

Inhoud

Deel I: Probleemstelling, onderzoeksvraag en methodologie

I.	Probleemstelling, aanleiding tot het onderzoek en verantwoording van het onderzoek	1
II.	Voorwerp, doel en opzet van het onderzoek, onderzoeksvraag en afbakening van het onderzoek	19
A.	Voorwerp, doel en opzet van het onderzoek	19
B.	Onderzoeksvraag	22
C.	Afbakening van het onderzoek	24
III.	Methodologie van het onderzoek	26
A.	Intra-disciplinaire juridische methode en interne rechtsvergelijking....	27
B.	Externe rechtsvergelijking	27
1.	Nederland	30
2.	Frankrijk	30
3.	Zwitserland	31
4.	Engeland en Wales, alsook de Verenigde Staten van Amerika	32
5.	Overige rechtssystemen: selectieve rechtsvergelijking	32
C.	Rechtshistorische onderzoeksmethode	33
IV.	Opbouw van het onderzoek	34

Deel II: Kwalificatie van de Angelsaksische *trust*

I.	Inleiding	39
II.	Historische schets van de <i>trust</i>	44
A.	Achtergrond	44
1.	Het feodale leenstelsel	44

2.	De modernisering van het Engelse rechtssysteem en de <i>common law</i>	47
3.	Equity.....	51
	B. De <i>use</i>	57
1.	Begrip en nut	57
2.	Oorsprong van de <i>use</i>	60
	a. Het Romeinse recht	61
	b. De Germaanse <i>Salman</i>	65
	c. De islamitische <i>Waaf</i>	66
	d. De <i>use</i> als uitloper van een bredere pan-Europese traditie	68
	C. De <i>use</i> wordt een <i>trust</i>	70
1.	De <i>use</i> als instrument voor wets- en belastingontwijking	70
2.	Het ingrijpen van HENDRIK VIII: het <i>Statute of Uses</i>	72
3.	De ontwikkeling van de <i>trust</i> na het <i>Statute of Uses</i>	78
	D. De <i>trust</i> vandaag.....	81
	E. Tussenbesluit.....	85
	III. De afwezigheid van ' <i>ownership</i> ' in de <i>common law</i> en de rol van het <i>right to exclude</i>	88
	A. Geen eenvormig positiefrechtelijk eigendomsrecht.....	88
	B. Uitsluitingstrategie versus beheerstrategie.....	93
	C. Wijze waarop <i>titles</i> worden beschermd.....	95
	D. Contrastering met ontwikkelingen in continentaal-Europa	96
1.	Voorkeur voor ' <i>vermogenssplitsing</i> ' boven ' <i>eigendomssplitsing</i> ' in Frankrijk	96
2.	Voorkeur voor ' <i>vermogenssplitsing</i> ' boven ' <i>eigendomssplitsing</i> ' in België.....	99
	E. Tussenbesluit.....	101
	IV. De hedendaagse <i>trust</i> : het Engelse grondmodel	106
	A. Inleiding tot de <i>trust</i> : onmogelijkheid tot definiëring.	106
1.	Omschrijvingen van de <i>trust</i>	106
2.	Nadere bespreking van de aangehaalde omschrijvingen.....	108

B.	De <i>trust</i> vergeleken met andere rechtsfiguren uit het Engelse recht	114
1.	De <i>trust</i> en <i>bailment</i>	115
a.	Gelijkenissen tussen <i>trust</i> en <i>bailment</i>	115
b.	Verschillen tussen <i>trust</i> en <i>bailment</i>	115
2.	De <i>trust</i> en <i>agency</i>	116
a.	Gelijkenissen tussen <i>trust</i> en <i>agency</i>	116
b.	Verschillen tussen <i>trust</i> en <i>agency</i>	117
3.	De <i>trust</i> en het <i>contract</i>	118
a.	Gelijkenissen tussen <i>trust</i> en <i>contract</i>	118
b.	Onderscheid tussen <i>trust</i> en <i>contract</i>	118
c.	Het samenspel van <i>trust law</i> en <i>contract law</i>	121
4.	De <i>trust</i> en het beheer van het <i>estate</i> van een overledene	122
a.	Over het begrip ' <i>estate</i> '	122
b.	Beheer van het <i>estate</i> van een overledene	123
c.	Onderscheid met de <i>trust</i>	124
5.	De <i>trust</i> en <i>powers</i>	125
a.	Onderscheid tussen <i>trusts</i> en <i>powers</i>	125
b.	Taxonomie van <i>powers</i> naar Engels recht	126
C.	De doeleinden waarvoor een <i>trust</i> kan worden aangewend	129
1.	Privé- en familiale doeleinden	130
2.	Zakelijke en commerciële doeleinden	133
3.	Charitatieve doeleinden	136
D.	Wijzen waarop de <i>trust</i> kan worden geclassificeerd	137
1.	Het nut van trustclassificatie	137
2.	Trusts ingedeeld aan de hand van hun ontstaansgrond	138
a.	De <i>express trust</i>	139
b.	De <i>constructive trust</i>	140
c.	De <i>resulting trust</i>	140
d.	De <i>statutory trust</i>	142
3.	Trusts ingedeeld aan de hand van de beoogde doelstelling	142

a.	De <i>private trust</i>	143
b.	De <i>public trust</i>	143
4.	Trusts ingedeeld aan de hand van de rechten van de <i>beneficiaries</i>	144
a.	Trustclassificatie als mogelijkheid tot verdere afbakening van het onderzoeksvoorwerp	144
b.	De <i>fixed (interest) trust</i>	145
i.	Nadere analyse van de <i>interests</i> onder een <i>fixed trust</i>	146
(a)	Algemeen	146
(b)	Present en future interests	147
(c)	Capital interests en income interests; successive interests .	148
(d)	Exhaustive en non-exhaustive interests	149
(e)	Conditional en defeasible interests	149
(f)	Vested, absolute en contingent interests	149
c.	De <i>discretionary trust</i>	150
5.	Trusts ingedeeld aan de hand van het al dan niet herroepbaar karakter	153
6.	Schematisch overzicht van de aangehaalde trustclassificaties	155
E.	Ontstaan en beëindiging van de trustverhouding	155
1.	De creatie van een <i>express trust</i>	155
a.	Algemeen	155
b.	' <i>The three certainties</i> '	157
i.	Certainty of intention/certainty of words	158
ii.	Certainty of subject matter	158
iii.	Certainty of object matter	159
(a)	Algemeen	159
(b)	Certainty of object matter: fixed trust	160
(c)	Certainty of object matter: discretionary trust	160
(d)	Certainty of object matter: overige aspecten	161
2.	Beperkingen opgelegd aan de instelling van <i>express trusts</i>	162
a.	Algemeen	162

b.	<i>Rule against perpetuities</i>	163
c.	<i>Rule against accumulations</i>	164
d.	<i>Rule against inalienability</i>	165
3.	Beëndiging van <i>express trusts</i>	165
a.	Algemeen	165
b.	De regel uit <i>Saunders v. Vautier</i>	166
(a)	Toepassing in Engeland en Wales	166
(b)	Toepassing in de Verenigde Staten	167
4.	<i>Sham trusts</i>	168
F.	Rechtspositie van de bij de trust betrokken actoren	171
1.	De <i>settlor</i>	172
2.	De <i>trustee</i>	173
a.	Algemeen	173
b.	Verplichtingen van de <i>trustee</i>	177
c.	Bevoegdheden van de <i>trustee</i>	181
d.	<i>Breach of trust</i>	183
3.	De <i>beneficiary</i>	185
a.	Algemeen	185
i.	Het recht op informatie	186
ii.	Recht op behoorlijk beheer van de <i>trust</i>	188
iii.	Recht om de trustverhouding te beëindigen	188
iv.	Rechten met betrekking tot het <i>equitable interest</i>	189
b.	<i>Beneficial interests</i> en <i>equitable interests</i>	190
c.	<i>Tracing, following</i> en <i>overreaching</i>	190
i.	<i>Overreaching</i>	190
ii.	<i>Tracing</i> en <i>following</i>	192
d.	Het ' <i>beneficiary principle</i> '	196
e.	De aard van het <i>equitable interest</i>	197
i.	Standpunten van MAITLAND, AUSTIN, SCOTT en STONE	198

(A)	De visie van MAITLAND	199
(B)	De visie van SCOTT en de kritiek van STONE.....	200
ii.	Het debat vandaag: SMITH, MCFARLANE, STEVENS en PENNER en het karakter van de <i>trust</i> als 'fonds'.....	202
(a)	Theorieën van SMITH, MCFARLANE en STEVENS: 'a right against a right'	204
(b)	Kritiek van PENNER en andere auteurs op de 'right against a right'-theorie	206
(c)	Ontkoppeling tussen de individuele trustgoederen en de waarde die zij vertegenwoordigen: de <i>trust</i> als 'fonds'.....	208
(d)	De <i>trust</i> als fonds en de 'bona fide purchaser-uitzondering'	210
(e)	De <i>trust</i> als fonds en de regel uit <i>Saunders v. Vautier</i>	212
4.	De <i>protector</i>	213
G.	Tussenbesluit	215
V.	Functionele analyse van de <i>trust</i>	219
A.	Inleiding	219
B.	Contractuele analyse van de <i>trust</i>	221
1.	De <i>trust</i> als 'deal': de analyse van LANGBEIN	221
2.	Evaluatie.....	225
C.	De <i>trust</i> geanalyseerd als een afzonderlijke entiteit	230
1.	De <i>trust</i> als afzonderlijke entiteit: de analyse van MATTEI, KRAAKMAN en HANSMANN	230
2.	Evaluatie.....	236
D.	De <i>trust</i> en agencykosten	245
1.	De <i>trust</i> en agencykosten: de analyse van SITKOFF	245
2.	Evaluatie.....	250
E.	De <i>trust</i> geanalyseerd als 'fonds'	255
1.	De <i>trust</i> als fonds: de analyse van LAU.....	259
2.	Evaluatie.....	266
F.	Tussenbesluit	267

VI. Algemeen besluit bij Deel II	272
Deel III: De civielrechtelijke erkenning van de Angelsaksische <i>trust</i>	
I. Inleiding – Over de <i>trust</i> als vreemde rechtsfiguur	279
II. Internationaal privaatrechtelijke aspecten van de Angelsaksische <i>trust</i> , m.i.v. van de vraag naar de civielrechtelijke erkenning van de Angelsaksische <i>trust</i>	288
A. Algemene systematiek van het internationaal privaatrecht.....	288
1. Voorwerp van het IPR.....	288
2. Eerste proces: het vaststellen van de internationale bevoegdheid	289
3. Tweede proces: het aanwijzen van het materieel van toepassing zijnde recht.	292
a. De geboorte van de verwijzingsregel en de toepassing van het aangewezen buitenlands recht.....	292
b. De opbouw van de verwijzingsregel	295
c. Het kwalificatieprobleem en de kwalificatieconflicten	296
d. De toepassing van het aangewezen buitenlands recht	302
e. Evaluatie met betrekking tot <i>trusts</i>	305
4. Derde proces: erkenning en uitvoerbaarverklaring van buitenlandse akten en rechtelijke uitspraken	307
B. De <i>trust</i> in het internationaal privaatrecht	308
1. Eerste proces: het vaststellen van de internationale bevoegdheid met betrekking tot de <i>trust</i>	308
a. Op grond van de Brussel I(bis)-Verordening.....	308
i. Toepassingsgebied van de Brussel I(<i>bis</i>)-Verordening	308
ii. Algemene bevoegdheidsregel en bijzondere bijkomende bevoegdheidsgronden	314
iii. Exclusieve bevoegdheid op grond van de <i>situs</i> van onroerende goederen	321
iv. Bevoegdheid op grond van persoonlijke verschijning	325

v.	Exclusieve bevoegdheid voor een door de partijen aangewezen gerecht	326
vi.	Bijzondere bevoegdheid in het geval van een veelheid aan verweerders	329
b.	Op grond van het WIPR.....	330
i.	Bijzondere bepalingen met betrekking tot <i>trusts</i>	330
ii.	Overige relevante bepalingen van het WIPR	334
2.	Tweede proces: het aanwijzen van het materieel van toepassing zijnde recht met betrekking tot de <i>trust</i> , m.i.v. de 'erkenning' van buitenlandse <i>trusts</i>	334
a.	Inleiding.....	334
b.	De 'erkenning' van buitenlandse <i>trusts</i> op grond van de Rome I- en de Rome II-Verordening?	337
c.	De 'erkenning' van buitenlandse <i>trusts</i> onder het Haagse Trustverdrag.....	339
i.	Toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag.....	342
(a)	Formeel toepassingsgebied	342
(b)	Materieel toepassingsgebied	344
(c)	Materieel toepassingsgebied: een aantal overige aspecten	351
(d)	Temporeel toepassingsgebied.....	353
ii.	Van het Haagse Trustverdrag uitgesloten materies	353
(a)	Uitgesloten materies: algemeen	353
(b)	Uitgesloten materies: testamentary trusts	354
(c)	Uitgesloten materies: trusts inter vivos.....	356
(d)	Uitgesloten materies: declarations of trust.....	361
iii.	Het aanwijzen van het op de Haagse <i>trust</i> van toepassing zijnde recht	364
(a)	Uitgangspunt: partijautonomie	364
(b)	Objectieve aanknopingsfactoren.....	366
(c)	Dépeçage	367

(d)	Wijziging van het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht.....	367
(e)	Uitsluiting van renvoi.....	368
(f)	Toepassingsbereik van het aangeduide recht.....	368
iv.	De ‘erkenning’ van de Haagse <i>trust</i>	372
(a)	Algemeen.....	372
(b)	De erkenningsregeling in het Haagse Trustverdrag	374
(c)	De minimumerkenning	375
(d)	Gevolgen van de erkenning.....	378
(e)	Gevolgen genoemd in de punten a), b) en c) van artikel 11, derde lid van het Haagse Trustverdrag.....	378
(f)	Gevolgen genoemd in punt d) van artikel 11, derde lid van het Haagse Trustverdrag	387
(g)	Gevolgen genoemd in punt d) van artikel 11, derde lid van het Haagse Trustverdrag en derden: andere visies.....	394
	Eerste visie: uitsluiting van tracing	394
	Tweede visie: de verkrijger kan worden aangeduid als constructive trustee	400
(h)	De mogelijkheid tot vermelding van de hoedanigheid van trustee in (openbare) registers	403
v.	Wijzen waarop de erkenning van de Haagse <i>trust</i> kan worden beperkt.....	411
(a)	Algemeen.....	411
(b)	Artikel 13 van het Haagse Trustverdrag – Weigering van erkenning	412
(c)	Artikel 15 van het Haagse Trustverdrag – Toepassing van regels van dwingende aard.....	416
	Algemeen over artikel 15 van het Haagse Trustverdrag.....	416
	Punt a): De bescherming van minderjarigen en (handelings)onbekwamen	420

Punt b): De persoonlijke en goederenrechtelijke gevolgen van het huwelijk.....	420
Punt c): Erfrecht, in het bijzonder de bescherming van het voorbehouden erfdeel	426
Eerste geval: rechter uit een (common law-)trustland wordt geconfronteerd met een lex successionis die een voorbehouden erfdeel kent	428
Tweede geval: rechter uit een niet-trustland wordt geconfronteerd met een lex successionis die een voorbehouden erfdeel kent (m.i.v. de eigen lex successionis).....	431
Punt d): De eigendomsoverdracht en de zakelijke zekerheidsrechten.....	436
Punt e): De bescherming van schuldeisers en het insolventierecht	438
Punt f): De bescherming van derden te goeder trouw	444
Tweede lid van artikel 15 van het Haagse Trustverdrag: adaptatie	445
(d) Artikel 16 van het Haagse Trustverdrag – Toepassing van ‘voorrangsregels’	446
(e) Artikel 18 van het Haagse Trustverdrag – Internationaal privaatrechtelijke openbare orde	448
vi. Verhouding tussen het Haagse Trustverdrag en het fiscaal recht	450
vii. Tussenbesluit betreffende het Haagse Trustverdrag.....	453
d. De ‘erkenning’ van buitenlandse <i>trusts</i> in rechtsordes zonder autonome verwijzingscategorie voor <i>trusts</i> : Frankrijk en België vóór de inwerkingtreding van het WIPR.....	457
i. Algemeen	457
ii. Kan de <i>trust</i> rechtsgevolgen ressorteren in Frankrijk en België?	461
(a) Is de <i>trust</i> als zodanig strijdig met de openbare orde?	462

(b)	Kan het gebruik van een trust een vorm van ‘wetsontduiking’ zijn?	464
(c)	Kan de bevoegdheid van de trustee om als zodanig op te treden worden erkend?.....	466
iii.	Assimilatie van de trustfiguur met voor het forum bekende rechtsfiguren	469
(a)	Assimilatie van trust en lastgeving	470
	Gelijkenissen tussen trust en lastgeving	470
	Verschillen tussen trust en lastgeving	471
	Voorbeelden van assimilatie tussen trust en lastgeving.....	472
	Het ‘mandat à effet posthume’: nieuwe mogelijkheid tot assimilatie?.....	476
(b)	Assimilatie van trust met testamentuitvoering.....	477
	Gelijkenissen tussen trust en testamentuitvoering	477
	Verschillen tussen trust en testamentuitvoering	478
	Voorbeelden van assimilatie tussen trust en testamentuitvoering	480
(c)	Assimilatie van trust en fideïcommis de residuo	481
	Het fideïcommis de residuo	481
	Gelijkenissen tussen trust en fideïcommis de residuo	488
	Verschillen tussen trust en fideïcommis de residuo	489
	Voorbeelden van assimilatie tussen trust en fideïcommis de residuo	491
(d)	Assimilatie van trust en onrechtstreekse schenking	491
	Gelijkenissen tussen trust en (onrechtstreekse) schenking.....	491
	Verschillen tussen trust en (onrechtstreekse) schenking	494
	Voorbeelden van assimilatie tussen trust en (onrechtstreekse) schenking	504
(e)	Evaluatie: deconstructie en assimilatie	509
(f)	Poging tot sui generis-benadering van de trust.....	511

Voorstelling van de zaak de Ganay	511
Eigen analyse van de zaak de Ganay	513
iv. Onderscheiden wijzen waarop de <i>trust</i> kan worden gekwaliceerd bij gebreke aan een afzonderlijke verwijzingscategorie	517
(a) Contractuele kwalificatie van de trust.....	518
(b) Goederenrechtelijke kwalificatie van de trust	521
(c) Erfrechtelijke kwalificatie van de trust	526
Algemeen	526
Bijzonder geval: artikel 31 van de Europese Erfrechtverordening.....	533
v. Tussenbesluit betreffende de ‘erkenning’ van buitenlandse <i>trusts</i> in rechtsordes zonder autonome verwijzingscategorie voor <i>trusts</i>	536
e. De ‘erkenning’ van buitenlandse <i>trusts</i> in België na de invoering van het WIPR	539
i. Algemeen	539
ii. Toepassingsgebied van de bepalingen in het WIPR inzake <i>trusts</i>	546
(a) Formeel toepassingsgebied	546
(b) Materieel toepassingsgebied	550
(c) Materieel toepassingsgebied: de trust als een afgescheiden vermogen	554
Het vermogensbegrip: traditionele opvatting	556
Het vermogensbegrip: moderne opvatting	558
Zaakvervanging (binnen het afgescheiden vermogen).....	563
De trust als afgescheiden vermogen?.....	568
(d) Materieel toepassingsgebied: ook constructieve en resulting trusts	570
(e) Temporeel toepassingsgebied.....	570

iii. Het aanwijzen van het op de <i>trust</i> van toepassing zijnde recht	571
(a) De in het WIPR vervatte verwijzingsregel: partijautonomie als uitgangspunt	571
(b) De in het WIPR vervatte objectieve verwijzingsregel: woonplaats van de trustee.....	572
iv. Toepassingsgebied van het ingevolge het WIPR aangewezen recht	573
v. De trustcreatie als voorafgaande kwestie	575
(a) Testamentary trusts.....	576
(b) Inter vivos trusts	581
(c) Declarations of trust	583
vi. Beperkingen aan de (gevolgen van de) erkenning van buitenlandse <i>trusts</i> : overzicht.....	586
vii. Belgische rechtspraak inzake het gebruik van buitenlandse <i>trusts</i> daterende van na de inwerkingtreding van het WIPR.....	591
(a) Eerste geval: procesbevoegdheid van de trust(ee) en verlaagd tarief in de successierechten	592
(b) Tweede geval: de fiscus als schuldeiser van de settlor?	597
(c) Derde geval: erkenning en fiscale gevolgen van een irrevocable fixed trust	600
viii. Beperkingen aan de (gevolgen van de) erkenning van buitenlandse <i>trusts</i> : goederenrechtelijke beperkingen.....	604
(a) De numerus clausus in het goederenrecht.....	606
(b) Het eigendomsrecht van de trustee.....	614
(Schijnbare?) Gevallen van ‘doelgebonden eigendom’ in het Belgische recht	616
Eerste geval: fideïcommis de residuo	616
Tweede geval: certificering van effecten	620
Derde geval: De kwaliteitsrekening	627

(Schijnbaar?) Geval van 'doelgebonden eigendom' in het Franse recht: de 'fiducie'	635
De Franse fiducie: algemene aspecten	635
De eigendomspositie van de fiduciaire onder een Franse fiducie.....	640
De 'interne verhoudingen' van de trust wordt beheerst door het toepasselijke trustrecht	645
Gevolgtrekkingen betreffende het eigendomsrecht van de trustee.....	646
Een fiduciair eigendomsrecht?	646
Een relatieve beschikkingsonbevoegdheid?	648
Hypothecaire publiciteit?.....	652
(c) De rechten van de beneficiaries	656
In de 'interne verhouding'	656
Ten aanzien van derden.....	657
Eerste benadering: de 'obligatoire trust'	659
Tweede benadering: de 'goederenrechtelijke trust'	661
Tussenconclusie over de aard van de rechten van de beneficiaries.....	665
De rechten van de beneficiaries en de executiemogelijkheden van hun schuldeisers.....	665
(d) Geen zakelijke rechten zonder titularis.....	669
Ten aanzien van de trustee	669
Ten aanzien van de beneficiaries	671
(e) De eenheid en ondeelbaarheid van het vermogen.....	674
ix. Beperkingen aan de (gevolgen van de) erkenning van buitenlandse trusts: erfrechtelijke beperkingen.....	679
(a) Bekwaamheid om te kunnen erven.....	681
(b) De saisine.....	685
(c) Het principiële verbod van erfstellingen over de hand	688

(d)	Het principiële verbod van bedingen betreffende een niet opengevallen nalatenschap	693
(e)	De erfrechtelijke reserve	699
	Algemeen	699
	De inbreng van goederen in een inter vivos trust getoetst aan het Belgische erfrecht	711
	In het geval van een irrevocable fixed inter vivos trust	711
	In het geval van een irrevocable discretionary inter vivos trust	716
	In het geval van een fixed of discretionary testamentary trust	717
	In het geval van een <i>revocable trust</i>	719
	In het geval van een declaration of trust	721
	Conclusie met betrekking tot de mogelijkheid tot het instellen van een succesvolle vordering tot inkorting	722
	De volgorde van inkorting	723
x.	Tussenbesluit betreffende de ‘erkenning’ van buitenlandse trusts in België na de inwerkingtreding van het WIPR	726
III.	Algemene conclusie bij Deel III	734
Deel IV: Fiscale gevolgen van het gebruik van een Angelsaksische trust		
I.	Inleiding	743
II.	De verhouding tussen het burgerlijk recht en het fiscaal recht binnen de Belgische rechtsorde	746
	A. Inleiding	746
	B. Het legaliteitsbeginsel <i>in fiscalibus</i>	746
	C. Het realiteitsbeginsel <i>in fiscalibus</i>	753
1.	Verschillende opvattingen over de inhoud van het realiteitsbeginsel	753
2.	Het realiteitsbeginsel speelt een belangrijke rol in verschillende fiscale leerstukken	755

a.	Het recht om de minst belaste weg te bewandelen door middel van juridische structurering en de ‘economische werkelijkheidsleer’	755
i.	Verwerping van de theorie inzake ‘wetsontduiking’	757
ii.	Verwerping van de theorie inzake de ‘economische realiteit’	758
b.	Impact van de algemene fiscale antimisbruikbepalingen op het realiteitsbeginsel en het recht op het volgen van de ‘minst belaste weg’	761
i.	De eerste algemene anti-ontwijkingsbepalingen in het Belgische fiscaal recht	761
ii.	De vernieuwde antimisbruikbepalingen in Belgische fiscaal recht	763
iii.	Impact op het realiteitsbeginsel	765
iv.	Ontwikkelingen op Europeesrechtelijk niveau	771
v.	Tussenconclusie met betrekking tot het realiteitsbeginsel	777
c.	‘Simulatie’ of ‘veinzing’ <i>in fiscalibus</i>	779
d.	De fiscale wet maakt geen onderscheid tussen geoorloofde en ongeoorloofde verrichtingen	783
e.	Is de fiscus een ‘derde’?	785
3.	Het realiteitsbeginsel <i>in fiscalibus</i> als ‘default rule’	786
D.	De verhouding tussen het fiscaal recht en het burgerlijk recht en de autonomie van het fiscaal recht	790
1.	Gemeenrechtelijke infrastructuur, fiscale superstructuur?	791
a.	Algemeen	791
b.	Toepassing op buitenlandse <i>trusts</i>	794
2.	De vraag naar de autonomie van het fiscaal recht en de weerslag daarvan op de verhouding tussen het fiscaal recht en het burgerlijk recht	797
a.	‘Autonomie’: Beknopte begripsbepaling	797
b.	(Schijnbare?) sporen van autonomie	799
c.	Verschillende standpunten in de rechtsleer	803
3.	Evaluatie	805
E.	Besluit	807

1.	Algemeen besluit met betrekking tot Hoofdstuk II	807
2.	Bijkomend besluit met betrekking tot het veinzingsleerstuk.....	810
III.	Fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse <i>trusts</i> : registratie-, schenk- en erfbelastingen.....	815
A.	Inleiding	815
B.	Registratie- en schenkbelastingen.....	817
1.	Algemeen.....	817
2.	Creatie van de <i>trust</i>	819
a.	Is de trustakte onderworpen aan een registratieplicht?	819
b.	Het verkooprecht	821
c.	De schenkbelasting	823
i.	Analyse met betrekking tot het Belgische recht	823
ii.	Vergelijking met het Nederlandse recht	826
iii.	Besluit.....	831
3.	Tijdens het bestaan van de <i>trust</i>	833
a.	Het verkooprecht	833
b.	De schenkbelasting	835
i.	Analyse met betrekking tot het Belgische recht	835
ii.	Vergelijking met het Nederlandse recht	838
iii.	Besluit.....	840
4.	Bij de beeindiging van de <i>trust</i>	841
a.	Het verkooprecht	841
b.	De schenkbelasting	842
C.	De erfbelasting.....	842
1.	Algemeen.....	842
2.	<i>Irrevocable fixed</i> en <i>discretionary trusts</i>	847
a.	Artikel 2.7.1.0.5. VCF/artikel 7 W.Succ.	847
i.	Betekenis van de wetsbepaling.....	847
ii.	Toepassing op <i>trusts</i>	849

b.	Artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ.	855
i.	Betekenis van de wetsbepaling.....	855
ii.	Toepassing op <i>trusts</i>	860
iii.	Relevantie van het onderscheid tussen <i>fixed trusts</i> en <i>discretionary trusts</i> voor de toepassing van artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ.....	868
c.	Vergelijking met het Nederlandse recht.....	877
3.	De invloed van het herroepbare karakter van de <i>trust</i>	881
4.	Testamentary <i>trusts</i>	885
a.	Analyse met betrekking tot het Belgische recht.....	885
b.	Vergelijking met het Nederlandse recht.....	888
5.	Bijzonder geval: taks tot vergoeding der successierechten	891
D.	Besluit.....	894
IV.	Fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse trusts: inkomstenbelastingen	900
A.	Inleiding.....	900
B.	Fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse <i>trusts</i> vóór de inwerkingtreding van de kaaimantaks	902
1.	Fiscale classificatie in het Belgische inkomstenbelastingenrecht	902
a.	Kernschets van de classificatieregels in een zuiver interne context.....	903
b.	Kernschets van de classificatieregels in een grensoverschrijdende context	905
c.	Gevolgen voor de fiscale classificatie van <i>trusts</i>	909
2.	Fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse <i>trusts</i> doorheen het prisma van de fiscale transparantie	916
a.	Fiscale behandeling van de <i>settlor</i>	917
i.	'Veinzing' of 'simulatie' <i>in fiscalibus</i>	917
ii.	Fiscale regularisatie.....	919
iii.	Toepassing van artikel 344, §1 WIB 1992	920
iv.	Toepassing van artikel 344, §2 WIB 1992	922

b.	Fiscale behandeling van de <i>trustee</i> en <i>beneficiary</i>	925
i.	Algemeen – Omschrijving van het transparantiebegrip	925
ii.	Volkomen fiscale transparantie – <i>bare trust</i>	928
iii.	Onvolkomen fiscale transparantie – <i>fixed interest trust</i>	930
iv.	Non-transparantie – <i>discretionary trust</i>	934
C.	Fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse <i>trusts</i> na de inwerkingtreding van de kaaimantaks	936
1.	De kaaimantaks: toepassing op <i>trusts</i> en evaluatie	937
a.	Algemeen	937
b.	Het begrip ‘juridische constructie’	940
i.	In zijn eerste betekenis	941
ii.	In zijn tweede betekenis	948
iii.	Uitzonderingsgevallen.....	951
c.	Het oprichtersbegrip.....	953
i.	De ‘eigenlijke’ oprichter.....	955
ii.	De oprichter-erfgenaam	958
iii.	De oprichter-houder	963
iv.	Tegenbewijsregeling	963
d.	De derde-begunstigde.....	965
e.	De doorkijkregeling	966
i.	Inkomsten principieel belastbaar in hoofde van de oprichter..	967
ii.	Inkomsten belastbaar in hoofde van een derde begunstigde ..	970
iii.	De doorkijkregeling nader beschouwd	974
f.	De belasting bij uitkering	978
g.	Specifieke antimisbruikbepalingen	979
i.	Artikel 344/1, eerste lid WIB 1992.....	979
ii.	Artikel 344/1, tweede lid WIB 1992 en artikel 47 van de programmawet van 10 augustus 2015	983
h.	Gevolgen voor wat betreft de aangifteplicht.....	985

i.	De <i>substance</i> -uitzondering	987
i.	'Daadwerkelijke economische activiteiten'	989
ii.	Uitoefening van de economische activiteit op de plaats van vestiging en het vereiste geheel van lokalen, personeel en uitrusting.....	995
iii.	Nadere evaluatie van de <i>substance</i> -uitzondering: vrij vestigingsrecht of vrij verkeer van kapitaal?	997
2.	De kaaimantaks: toepassing op 'gelaagde structuren' en evaluatie.....	1003
a.	Algemeen	1003
b.	Categorieën 'gelaagde structuren'	1004
c.	Uitgebreide interpretatie van de oprichtersnotie	1006
i.	Rechtstreeks of onrechtstreeks oprichterschap?	1007
ii.	Behoud van hoedanigheid van oprichter.....	1008
iii.	Toepassing door de DVB	1010
(a)	Onrechtstreeks oprichterschap	1010
(b)	Behoud van de hoedanigheid van oprichter	1013
d.	Uitgebreide interpretatie van het begrip 'juridische constructie type 1'	1015
i.	De Belgische fiscaalrechtelijke erfenis van de 'gedaanteloze <i>trust</i> '	1015
ii.	Eerste reeks voorafgaande beslissingen: 'de gecertificeerde maatschap'	1017
iii.	Tweede reeks voorafgaande beslissingen: gelaagde structuren.....	1021
e.	Toepassing van artikel 344/1, eerste lid WIB 1992.....	1024
f.	Toepassing van artikel 344, §1 WIB 1992.	1026
D.	Besluit.....	1030
V.	Algemeen besluit bij Deel IV.....	1041

Eindbesluit

I. 'De <i>trust</i> ' bestaat niet, maar kan wel worden omschreven.....	1053
II. Buitenlandse <i>trusts</i> kunnen worden 'ingepast' in het Belgische civielrechtelijke bestel door middel van het IPR	1057
III. De fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse <i>trusts</i> moeten <i>per default</i> worden vastgesteld, op grond van de onderliggende juridische realiteit, tenzij het fiscaal recht van deze regel afwijkt. Een keuze in die zin dient goed te worden doordacht.	1064
Geselecteerde bibliografie.....	1075

Deel I: Probleemstelling, onderzoeksvraag en methodologie

I. Probleemstelling, aanleiding tot het onderzoek en verantwoording van het onderzoek

1. “Koningin Fabiola heeft een private stichting in het leven geroepen die haar moet toelaten een gepaste regeling uit te werken voor haar erfenis. [...] De kinderloze Boudewijn en Fabiola lieten geen directe erfgenamen na, maar de koningin wil minstens een deel van de erfenis naar haar directe biologische neven en nichten laten vloeien.

[...]

Zonder erfgenamen zouden de successierechten op haar fortuin oplopen tot 70 percent, maar de stichting helpt haar daaraan te ontkomen.”¹

Het nieuws dat wijlen koningin FABIOLA een private stichting, ‘*Fons Pereos*’ genaamd, in het leven had geroepen, veroorzaakte destijds veel opschudding in België. Het feit dat de koningin kennelijk belastingen ‘ontweek’ door het aanwenden van een private stichting werd sterk veroordeeld door politici, opiniemakers en het bredere publiek. Toenmalig premier ELIO DI RUPO noemde de stichting zelfs “ethisch onaanvaardbaar”.² Vooral het gerucht dat gelden die door de voormalige koningin werden verkregen door middel van dotaties mogelijks in *Fons Pereos* terecht waren gekomen, zette kwaad bloed. Koningin FABIOLA, van haar kant, heeft dit scenario evenwel steeds ontkend. Volgens de koningin werd de private stichting slechts gefinancierd met persoonlijke bezittingen.³ Tengevolge van de aanhoudende kritiek werd *Fons Pereos* uiteindelijk ontbonden. Op 5 december 2014 werd bekend gemaakt dat koningin Fabiola was overleden. Haar erfenis werd nagelaten aan een goed doel.⁴

2. Vijf jaar na de terroristische aanslagen op het World Trade Center in New York op 11 september 2001 gaf KENNETH FEINBERG, de voormalige *Special Master* van het *Federal September 11th Victim Compensation Fund* een lezing aan de University of Massachusetts, met als titel “*What is life worth?*”.⁵ Tijdens zijn lezing sprak FEINBERG onder meer over de interviews die hij in de uitoefening van zijn

¹ *De Standaard*, 9 januari 2013, www.standaard.be.

² *Knack*, 10 januari 2013, www.knack.be.

³ *De Standaard*, 10 januari 2013, www.standaard.be.

⁴ *De Morgen*, 7 december 2014, www.demorgen.be.

⁵ *Esquire*, 16 december 2014, online beschikbaar op <http://www.esquire.com/news-politics/a26408/kenneth-feinberg-interview-0114/>

Zie tevens: <http://www.c-span.org/video/?c4495576/sundays-eight-kenneth-feinberg>

functie van de nabestaanden van de slachtoffers had afgenomen. Hij haalde in dit verband onder meer het volgende voorbeeld aan:

"Mr. Feinberg," a 24-year-old woman comes to see me sobbing uncontrollably in grief. "Mr. Feinberg, I lost my husband at the World Trade Center. He was a fireman, and he left me with two children, six and four. Now you're going to give me an award. I need as much as you can give me, and I want it in 30 days."

I said, "Mrs. Jones, we'll process your claim. Why the rush?"

"The rush? I'll tell you why the rush. I have terminal cancer. My husband was going to survive me and take care of these two children. I have only eight weeks to live. I want this money fast, because I've got to set up a trust fund. They're going to be orphans now."

3. Op het eerste gezicht hebben de twee aangehaalde situaties weinig met elkaar gemeen. Op één enkel punt na. In beide gevallen tracht een persoon haar toekomstige erfenis te regelen door gebruik te maken van een zogeheten 'trust(achtige) figuur'. In het eerste geval via een private stichting⁶, in het tweede geval via een *trust*. Wanneer er evenwel aan de Belgische bevolking, en in het bijzonder aan de Belgische jurist, zou worden gevraagd welke beelden de begrippen 'trusts' en 'trustachtige rechtsfiguren' oproepen, zal het antwoord vermoedelijk veeleer in de richting van het eerste aangehaalde voorbeeld neigen, dan naar het tweede.⁷ Indien een dergelijk wantrouwen bovendien reeds bestaat ten aanzien van Belgische rechtsfiguren, rijst de vraag of zulks dan niet *a fortiori* het geval is wanneer gaat om een voor het Belgische recht onbekende rechtsfiguur, zoals bij buitenlandse *trusts*. *Trusts* en 'trustachtige' figuren worden doorgaans dan ook in verband gebracht met allerhande vormen van belastingontwijking en zelfs met belastingontduiking. In de memorie van toelichting bij de kaaimantaks liet de Belgische wetgever, bij wijze van een citaat uit een krantenartikel, dan ook uitschijnen dat de door de *trust* bewerkstelligde 'scheiding van eigendom' er principieel slechts toe zou dienen om de fiscus op het verkeerde been te zetten.⁸

Het is ook deze beoordeling van *trusts* en trustachtige figuren die de Belgische wetgever er toe bracht om in 2013 een aangifteplicht voor 'buitenlandse vermogensstructuren' in te voeren.⁹ In een tweede stadium was er eveneens sprake van een echte 'doorkijkbelasting', waarbij door de buitenlandse fiscale vermogensstructuren zou worden heen gekeken, zodanig dat de ingebrachte vermogens en de daardoor gegenereerde inkomsten aan Belgische belastingplichtigen zouden kunnen worden toegerekend. De regering DI RUPO is er

⁶ De private stichting werd in België ingevoerd door middel van de wet van 2 mei 2002.

⁷ Zie bv. L. WEYTS, "To trust or not to trust: het notariaat geconfronteerd met deze Angelsaksische rechtsfiguur, from the frontdoor to the backdoor", *T.Not.* 2017, 392.

⁸ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 25.

⁹ Zie de wet van 30 juli 2013 houdende diverse bepalingen, *BS* 1 augustus 2013, 48270; N. APPERMONT, "Het gebruik van buitenlandse trust(achtige) figuren door belastingplichtigen in België in het vizier" in R. BARBAIX, N. CARETTE (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2014*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 239 – 250.

evenwel niet in geslaagd om de doorkijkbelasting in voege te laten treden vóór de verkiezingen van mei 2014. Onder de regering MICHEL dook het idee van een doorkijkbelasting of 'kaaimantaks' evenwel opnieuw op.¹⁰ Begin augustus 2015, in de loop van voorliggend onderzoek, werd door de Kamer van Volksvertegenwoordigers de zogeheten 'kaaimantaks' aangenomen.¹¹ Deze kaaimantaks is van toepassing op inkomsten verkregen, toegekend of betaalbaar gesteld door een 'juridische constructie' vanaf 1 januari 2015.¹² Naar aanleiding van de invoering van de kaaimantaks, bleek opnieuw het fundamentele wantrouwen van de wetgever ten aanzien van dergelijke vermogensstructuren (zie ook *infra*, randnr. 1255).¹³

Deze interesse in *trusts* en andere buitenlandse vermogensstructuren is ongetwijfeld mee ingegeven door de financiële belangen die met het gebruik van dergelijke rechtsfiguren gepaard gaan. Op basis van gegevens van de Nationale Bank van België, schatte de minister van Financiën, tevens belast met Bestrijding van fiscale fraude, op 30 juni 2015 dat er zich voor 57 miljard euro aan activa van Belgische rijksinwoners in verschillende buitenlandse juridische entiteiten bevinden.¹⁴ Wereldwijd zou zelfs 7,6 biljoen dollar aan waarden worden aangehouden in *offshore*-staten.¹⁵ De minister schatte de opbrengsten van deze maatregel op 50 miljoen euro voor begrotingsjaar 2015 en op 120 miljoen euro voor begrotingsjaar 2016.¹⁶

¹⁰ *De Standaard*, 7 november 2014, www.standaard.be.

¹¹ Deze maatregel is echter vanaf het begin erg kritisch onthaald door de rechtsleer. Zie o.a. G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 865 – 924; N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 5 – 37.

De kritiek op deze maatregel heeft de wetgever ertoe aangezet om nog in 2015 reeds een aantal wijzigingen aan dit wettelijke regime uit te werken, zie: artt. 102 – 109 van de wet van 26 december 2015 houdende maatregelen inzake versterking van jobcreatie en koopkracht, *BS* 30 december 2015, 80634.

Voor een uiteenzetting van de redenen die tot de vroege reparatiewet hebben geleid: Wetsontwerp houdende maatregelen inzake versterking van jobcreatie en koopkracht, amendementen, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1520/003, 10 – 13; G.D. GOYVAERTS, "Kaaimantaks gerepareerd én aangescherpt", *Fisc.Act.* 2015, afl. 42, 6 – 10.

¹² Art. 47 Programmawet van 10 augustus 2015, *BS* 18 augustus 2015, 53834.

¹³ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 24 e.v.

¹⁴ Verslag van de eerste lezing namens de commissie voor de Financiën en de Begroting betreffende het ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/009, 16 – 17.

Belangrijk is te noteren dat in deze gegevens géén rekening is gehouden met landen als de Verenigde Staten, Luxemburg en Zwitserland, zodat het genoemde bedrag naar alle waarschijnlijkheid een onderschatting vormt.

Later werd in de persbericht dat Belgen *anno* 2006 nog steeds een bedrag van 4 miljard euro op Zwitserse bankrekeningen hadden staan. Zie: *De Standaard*, 15 april 2016, www.standaard.be

¹⁵ H. CHRISTENSEN, J-M. TIRARD, "The amazing development of exchange of information in tax matters: from double tax treaties to FATCA and the CRS", *Trusts & Trustees* 2016, 898.

¹⁶ Verslag van de eerste lezing namens de commissie voor de Financiën en de Begroting betreffende het ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/009, 16.

Intussen is gebleken dat reeds in minstens 1570 aangiften van Belgische belastingplichtigen voor aanslagjaar ('AJ') 2015 melding werd gemaakt van het bestaan van 'juridische constructies'.¹⁷ In een antwoord op een parlementaire vraag gaf de minister van Financiën in mei 2016 nog te kennen dat het voor AJ 2015 specifiek zou gaan om 1594 fiscale dossiers.¹⁸

Daaropvolgende ontwikkelingen, zoals het *Panama Papers*-schandaal, hebben de interesse van de Belgische wetgever in het gebruik van buitenlandse *trusts* en 'trustachtige' figuren door belastingplichtigen vervolgens verder aangescherpt. In een eerste reactie op het enorme datalek, dat werd gecoördineerd door het *International Consortium of Investigative Journalists* ('ICIJ') en op 3 april 2016 werd gepresenteerd, werd de administratieve sanctie voor een wederrechtelijke niet-aangifte van de juridische constructie verhoogd tot 6250 EUR.¹⁹ Deze in artikel 445, §2 WIB 1992 voorziene sanctie geldt per jaar en per niet-aangegeven juridische constructie. Oorspronkelijk was het zelfs de bedoeling om deze wetwijziging in werking te laten treden met terugwerkende kracht. Dit idee werd na een kritisch advies van de Raad van State evenwel verlaten.²⁰ In de loop van 2017 ontving het ICIJ nog de prestigieuze *Pulitzer Prize* voor zijn rol in het naar buiten brengen van het *Panama Papers*-dossier.²¹

4. Deze interesse voor de *trust* en allerhande 'trustachtige' figuren – en vooral de fiscale gevolgen van het gebruik daarvan – is niet beperkt gebleven tot België. Integendeel, het ingrijpen van de Belgische wetgever in 2013 en 2015, dat een opstap vormt naar het uitwerken van een meer eenvormig beleid inzake het gebruik van *trusts* en 'trustachtige' figuren, kwam zelfs relatief laat, vergeleken met de ontwikkelingen die zich reeds hebben voorgedaan in een aantal van onze buurlanden en op Europees en internationaal niveau.

Zo is in Nederland sedert 1 januari 2010 het zogeheten 'APV-regime' in werking getreden.²² 'APV' staat voor 'afgezonderd particulier vermogen', waarmee wordt verwezen naar 'afgezonderde doelvermogens' zoals allerhande *trusts* en 'trustachtige' figuren. In de memorie van toelichting bij de kaaimantaks wordt overigens te kennen gegeven dat de Belgische wetgever zich in grote mate heeft laten inspireren door de Nederlandse APV-regeling, bij het uitwerken van de

¹⁷ *Knack*, 4 april 2016, www.knack.be.

¹⁸ *Vr. en Antw. Kamer 2015 – 2016*, 1 juli 2016, nr. 080, 385 – 386, (Nr. nr. 1001 P. VANVELTHOVEN).

¹⁹ Art. 49 Programmawet 1 juli 2016, *BS* 4 juli 2016, 40970; Ontwerp van programmawet, *Parl. St. Kamer 2015 – 2016*, nr. 54-1875/001, 34 – 35.

²⁰ Ontwerp van programmawet, *Parl. St. Kamer 2015 – 2016*, nr. 54-1875/001, 34 – 35; Adv.RvS. 59.380/1/2/3/4, 13 mei 2016 bij het voorontwerp van programmawet, *Parl.St. Kamer 2015 – 2016*, nr. 54-1875/001, 171 – 174.

²¹ De lijst van winnaars is beschikbaar op de website van de betrokken organisatie: <http://www.pulitzer.org/prize-winners-by-year/2017>

²² Zie de Wet van 17 december 2009; J.P. BOER, "Het APV-regime: overzicht en actuele ontwikkelingen" *WPNR* 2013, 982 – 988.

kaaimantaks, die, zoals in het vorige randnummer werd gesteld, met ingang van AJ 2016 in werking is getreden.²³

De Franse wetgever heeft in 2011 reeds de *Code General des Impôts* gewijzigd door specifieke regelgeving in te voeren inzake de fiscaliteit van *trusts*.²⁴ Deze specifieke regelgeving ging tevens gepaard met enkele aangifteverplichtingen. Zo dient de creatie, wijziging en beëindiging van een trustverhouding in Frankrijk te worden aangegeven door de *trustee*. Tevens dient de *trustee* ieder kalenderjaar de marktwaarde van de onder trustverband gebrachte goederen en rechten alsook het gekapitaliseerde inkomen aan te geven, zoals deze bestonden op 1 januari van hetzelfde kalenderjaar.²⁵ In de parlementaire voorbereiding van de desbetreffende wettelijke regeling valt onder meer een markante verklaring te lezen van senator ALAUZET: “Comme souligne le rapport du sénateur Eric Boucquet sur l'évasion des capitaux et des actifs hors de France et ses incidences fiscales, la constitution de trusts donne lieu à des phénomènes massifs d'évasion fiscale. Selon Transparency International France, 80% des flux illicites mondiaux liés à l'évasion fiscale transiraient par les trusts.”²⁶

Deze aangifteplicht geldt daarom indien de (vermeende) *settlor*, één of meer *beneficiaries* of één of meer *trustees* Frans rijksinwoner zijn of wanneer één of meerdere onder trustverband gebrachte goederen gelegen zijn in Frankrijk.²⁷ In de loop van 2013 beoogde de Franse wetgever een volgende stap te zetten in de strijd tegen de (vermeende) belastingontwijking en -ontduiking door middel van het gebruik van buitenlandse trustfiguren door de wettelijke grondslag te leggen voor een openbaar register waarin de namen van de bij de *trusts* betrokken partijen werden opgenomen.²⁸ Het duurde evenwel tot 2016 voor dit register officieel werd geïmplementeerd.²⁹ De in het register opgenomen informatie was afkomstig van de genoemde aangiftes.³⁰ In een beslissing van 21 oktober 2016 oordeelde de Franse *Conseil constitutionnel* dat de bepaling in de *Code Général des Impôts* die de wettelijke grondslag vormde voor dit openbaar register, ongrondwettig was.³¹

²³ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 29.

²⁴ Zie: Article 14 Loi 29 juillet 2011 en Décret du 14 septembre 2012; F. Sonneveldt, B.B.A. De Kroon, “International tax treatment of trusts”, WPNR 2013, 1028-29.

²⁵ Artikel 1649 AB *Code Général des Impôts*.

²⁶ *Compte rendu intégral du 3^e séance du jeudi 20 juin 2013*, Session Ordinaire de 2012 – 2013, n° 78 [3] A.N. *Journal Officiel*, 6798. Beschikbaar op: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/cr/2012-2013/20130279.pdf>

²⁷ Direction générale des finances publiques, BOI-PAT-ISF-30-20-30-20150701, *Section 290*, beschikbaar op: <http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/7854-PGP.html>.

²⁸ Art. 11 Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, *Journal Officiel* n° 0284 du 7 décembre 2013.

²⁹ Décret n° 2016-567 du 10 mai 2016 relatif au registre public des trusts, *Journal Officiel* n° 0109 du 11 mai 2016.

In het Décret viel onder meer te lezen dat: “Toute personne peut obtenir, par voie électronique, la délivrance des informations mentionnées à l'article 386 [...] La dénomination du trust ; [...] L'identité du constituant, du bénéficiaire ou de l'administrateur [...]”.

³⁰ A. DE L'ESTOILE CAMPI, A. MEIDANI, “French Tax Treatment of Foreign Trusts and the Related New Public Register”, *European Taxation* 2016, 404 – 407.

³¹ Décision 2016-591 QPC du 21 octobre 2016, *Journal Officiel* n° 0289 du 23 octobre 2016.

De *Conseil constitutionnel* overwoog daarbij onder meer dat: “*les dispositions contestées portent au droit au respect de la vie privée une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l’objectif poursuivi.*” Ook de weigering van de Franse overheid om over te gaan tot een ratificatie van het Haagse Trustverdrag van 1 juli 1985 is in belangrijke mate fiscaal geïnspireerd, niettegenstaande het gegeven dat Frankrijk het verdrag wel ondertekend heeft.³² Op 1 december 2016 werd de toegankelijkheid van het register dan aangepast door de Franse autoriteiten³³, in het raam van de omzetting van Richtlijn (EU) 2015/894³⁴. Voortaan kan het register slechts worden geraadpleegd door de in de wet genoemde personen, waaronder ook de Franse fiscale administratie.

5. Ook op het internationale en Europese niveau voltrekken zich aan een bijzonder hoog tempo een groot aantal relevante ontwikkelingen, bijvoorbeeld op het vlak van (automatische) internationale gegevensuitwisseling.³⁵ In dit verband kan onder meer worden gewezen op de zogenoemde *Common Reporting Standard*, die in de schoot van de OESO werd ontwikkeld en die de basis vormt van een multilateraal instrument op basis waarvan verschillende landen automatisch financiële gegevens zullen uitwisselen.³⁶ Verder kan nog worden gewezen op een aantal andere instrumenten ter bevordering van internationale

Zie tevens: C. JOLK, “Decision of the French Constitutional Court number 2016-591 of 21 October 2016 ‘Mrs Helen S’”, *Trusts & Trustees* 2016, 1165 – 1167.

³² Zie *infra*, vn. 1133 en vn. 1334.

³³ Art. 10 Ordonnance n° 2016-1635 du 1er décembre 2016 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, *Journal Officiel* n° 0280 du 2 décembre 2016.

³⁴ Richtlijn (EU) 2015/849 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 inzake voorkoming van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2006/70/EG van de Commissie, *Pb.L.* 5 juni 2015, afl. 141/73.

³⁵ N. DIEPVEN, F. DEBELVA, “The Evolution of the Exchange of Information in Direct Tax Matters: The Taxpayer’s Rights under Pressure”, *EC Tax Review* 2015, afl. 4, 210 – 219; N. DIEPVEN, S. DIEPVEN, “De internationale fiscale gegevensuitwisseling in België – Een hedendaagse schets en een bezorgde blik op de toekomst”, *TFR* 2015, 147; F. DEBELVA, “Internationale gegevensuitwisseling op basis van artikel 26 DBV’s en de vraag naar rechtsbescherming”, *AFT* 2015, afl. 1, 7. Daarbij rijst tevens de vraag hoe de interactie tussen de verschillende standaarden en instrumenten die worden ontwikkeld, vorm zal krijgen. VANISTENDAEL spreekt in dit verband van een ‘international information exchange puzzle’, zie: F. VANISTENAEL, “The International Information Exchange Puzzle”, *Tax Notes International* 2014, afl. 13, 1149 – 1153.

³⁶ Zie: OECD, *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*, OECD Publishing, 2014. De intentie is om dit systeem in de loop van 2017 volledig operationeel te maken. Zie: P. RADCLIFFE, “The OECD’s Common Reporting Standard: The Next Step in the Global Fight against Tax Evasion”, *Derivatives & Financial Instruments* 2014, 160 – 169; X. “Internationale ‘automatische’ gegevensuitwisseling binnenkort op kruissnelheid”, *Fiscoloog* 2014, afl. 1406, 15.

Zie ook: F. VANISTENDAEL, “Werk aan de winkel: de Multilaterale Conventie”, *AFT* 2017, afl. 3, 2 – 4; K. DEFERM, D-E. PHILIPPE, “Private vermogensstructuren en automatische gegevensuitwisseling in het licht van de nieuwe Belgische ‘CRS Guidance’”, *Fisc.Act.* 2017, afl. 17, 7 – 12; S. SLAETS, A. HUYGE, “International ontwikkelingen. Chapter 6: CRS Treatment of Trusts”, *TEP* 2016, afl. 1, 109 – 110.

gegevensuitwisseling, zoals artikel 26 van het OESO-modelverdrag³⁷, de zogeheten *Tax Information Exchange Agreements* ('TIEA's') en het Verdrag van 25 januari 1988 inzake administratieve bijstand in fiscale aangelegenheden, dat de resultante is van een samenwerking tussen de OESO en de Raad van Europa³⁸. Op het niveau van de Europese Unie kan in het bijzonder worden gewezen op de Europese richtlijn betreffende administratieve samenwerking op het gebied van belastingen³⁹, die werd geamendeerd in 2014⁴⁰. Het gevolg van deze amendering is dat de Europese lidstaten aan hun financiële instellingen een geheel van regels inzake rapportering en *due diligence* moeten opleggen, dat overeenstemt met de *Common Reporting Standard* van de OESO.

Op 18 maart 2015 publiceerde de Europese Commissie bovendien een volgend voorstel, dat ertoe strekt om binnen het kader van de administratieve bijstandsrichtlijn tevens te voorzien in een automatische uitwisseling van 'cross-border rulings'.⁴¹ Dit voorstel mondde uit in Richtlijn (EU) 2015/2376.⁴² Aangezien de amenderingen van de administratieve bijstandsrichtlijn er overigens toe geleid hebben dat deze richtlijn nagenoeg geheel overlapt met de reeds bestaande spaarrichtlijn, werd vervolgens voorgesteld om laatstgenoemde richtlijn op te heffen vanaf 1 januari 2016.⁴³ Nochtans had de Europese Commissie, zich bewust van onder meer de bijzondere problematiek met betrekking tot *trusts* en 'trustachtige' figuren in de context van de spaarrichtlijn, reeds enkele jaren geleden

³⁷ Zie hierover: F. DEBELVA, "Internationale gegevensuitwisseling op basis van artikel 26 DBV's en de vraag naar rechtsbescherming", *AFT* 2015, afl. 1, 5 – 32. Noteer overigens dat huidig artikel 26(5) van het OESO-modelverdrag bepaalt dat het bankgeheim geen reden vormt om informatie-uitwisseling tegen te gaan. Zie: D. COVELIERS, "Het einde van het fiscaal bankgeheim of het verhaal van de ijsberg die steeds sneller smelt" in D. COVELIERS *et. al.*, *Bankgeheim en privacy*, Mechelen, Kluwer, 2014, 12 – 28.

³⁸ Dit verdrag werd door België geratificeerd bij wet op 24 juni 2000, en trad voor België in werking op 1 december 2000. Zie: Wet van 24 juni 2000 houdende instemming met het Verdrag inzake wederzijdse administratieve bijstand in fiscale aangelegenheden, en met de Bijlagen A, B en C, gedaan te Straatsburg op 25 januari 1988, *BS* 17 oktober 2000, 34926. Zie algemeen: X. OBERSON, *International Exchange of Information in Tax Matters. Towards Global Transparency*, Cheltenham, Elgar, 2015, 56 – 67.

³⁹ Richtlijn 2011/16/EU van de Raad van 15 februari 2011 betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van belastingen en tot intrekking van richtlijn nr. 77/99/EEG, *Pb.L.* 11 maart 2011, afl. 64, 1.

⁴⁰ Richtlijn 2014/107/EU van de Raad van 9 december 2014 tot wijziging van richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied, *Pb.L.* 16 december 2014, afl. 359, 1; K. DEFERM, "De Europese FATCA is een feit. Fiscus weet weldra alles over buitenlandse rekeningen", *Fisc.Act.* 2015, afl. 2, 1 – 6.

⁴¹ Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory exchange of information in the field of taxation, COM(2015) 139 final.

Op 6 oktober 2015 bereikte de Raad van de Europese Unie een politiek akkoord over deze richtlijn, zie: <http://www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2015/10/06-cross-border-tax-rulings/>

⁴² Richtlijn EU 2015/2376 van de Raad van 8 december 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische gegevensuitwisseling van inlichtingen op belastinggebied, *Pb.L.* 18 december 2015, afl. 322/1.

⁴³ Voorstel van een Richtlijn van de Raad tot intrekking van Richtlijn 2003/48/EG van de Raad, COM(2015) 129 def.

een wetsgevingsproces in gang gezet dat diende uit te monden in een herziening van de spaarrichtlijn.⁴⁴ Vanaf 1 januari 2016 werd voorgenoemde Spaarrichtlijn dan ook ingetrokken.⁴⁵

Bovendien kan in dit verband nog gewezen op voorgenoemde Richtlijn (EU) 2015/849⁴⁶, de zogeheten Vierde Anti-witwasrichtlijn. In uitvoering van deze maatregel heeft de Belgische regering naar verluidt op 31 mei 2017 een voorontwerp van wet goedgekeurd betreffende de invoering van een register van uiteindelijke begunstigen.⁴⁷ Op grond van artikel 3 van de Vierde Anti-witwasrichtlijn dienen ook de oprichters, begunstigen, *trustees*, protectors en andere natuurlijke personen die door directe of indirecte eigendom of via andere middelen, uiteindelijke zeggenschap over de *trust* uitoefenen, in het register te worden opgenomen. De zeer algemene draagwijdte van de in de Vierde Anti-witwasrichtlijn vervat liggende bepalingen werden in de fiscale literatuur overigens reeds bijzonder sterk bekritiseerd.⁴⁸

Overigens werden door de EU nog een aantal initiatieven genomen in de strijd tegen (agressieve vormen van) belastingontwijking, zoals bijvoorbeeld in het raam van het januari 2016 voorgestelde '*Anti Tax Avoidance Package*' van de Europese Commissie. Deze initiatieven komen verder (*infra*, randnr. 1009 e.v.) nog aan bod. Aangezien laatstgenoemd initiatief zich in essentie beperkt tot (agressieve) belastingontwijking door vennootschappen, is het rechtstreeks belang ervan beperkt voor wat betreft voorliggend onderzoek, gelet op de afbakening ervan (zie *infra*, randnr. 26 e.v.)

Ten slotte kan nog worden gewezen op de veelbesproken Amerikaanse FATCA, die algemeen kan worden beschouwd als een belangrijke katalysator van een aantal van de hoger genoemde initiatieven van de OESO en de EU.⁴⁹

⁴⁴ Richtlijn nr. 2003/48/EG, 3 juni 2003 betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebetaling (EG), *Pb. L.*, 26 juni 2003, afl. 157, 129; Voorstel voor een richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 2003/48/EG betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebetalingen, Doc. 17096 Fisc. 242, 29 november 2013.

⁴⁵ Richtlijn (EU) 2015/2060 van de Raad van 10 november 2015 tot intrekking van Richtlijn 2003/48/EG betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebetaling, *Pb.L.* 18 november 2015, afl. 301/1.

⁴⁶ Richtlijn (EU) 2015/849 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 inzake voorkoming van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2006/70/EG van de Commissie, *Pb.L.* 5 juni 2015, afl. 141/73.

⁴⁷ *De Tijd*, 1 april 2017, www.tijd.be.

⁴⁸ J. NIEGEL, "(Where) Have you already been registered?", *Trusts & Trustees* 2016, 585 – 592; F. NOSEDA, "Caught in the crossfire between privacy and transparency", *Trusts & Trustees* 2016, 599 – 604; F. NOSEDA, "Common Reporting Standard and EU beneficial ownership registers: inadequate protection of privacy and data protection", *Trusts & Trustees* 2017, 404 – 409; F. NOSEDA, "CRS and beneficial ownership registers – a call to action", *Trusts & Trustees* 2017, advance access, 9.

⁴⁹ In de rechtsleer wordt evenwel gewezen op problemen met FATCA en de *Common Reporting Standard* die sterk doen denken aan de problemen die bestonden met betrekking

6. In een rapport van februari 2017, gepubliceerd door het *Tax Justice Network*, worden *trusts* zelfs omschreven als potentiële '*weapons of mass injustice*'.⁵⁰ Volgens het rapport zouden *trusts* om de 'werkelijke eigenaars' van de onder trustverband gebrachte activa verborgen te houden. *Trusts* zouden daarom allerlei vormen van misbruik kunnen faciliteren, zoals financiële misdrijven en witwasactiviteiten. Bovendien zouden *trusts* toelaten om allerlei activa in een '*ownerless limbo*' onder te brengen, waardoor zij buiten het bereik van schuldeisers, fiscale administraties en misdaadbestrijdende instanties zouden kunnen worden gehouden. Tot slot zouden *trusts* de globale ongelijkheid in de hand werken, omdat vooral (zeer) welstellende personen een beroep zouden doen op deze rechtsfiguren.⁵¹ Het rapport bevat daarom een aantal suggesties, teneinde de gepercipieerde situatie te verbeteren. Met name het in het leven roepen van een publiek register voor *trusts* en het principiële toerekenen van de onder trustverband gebrachte goederen aan de *settlor*, springen daarbij in het oog.⁵² In de gespecialiseerde rechtsleer werd het rapport echter reeds sterk bekritiseerd. Met name zou het rapport een selectief beeld schetsen en zouden allerlei juridische ontwikkelingen betreffende de – terecht of onterecht – in het rapport aan de kaak gestelde problemen niet in het rapport zijn geïncorporeerd.⁵³

7. De interesse in *trusts* en allerlei 'trustachtige' figuren is ongetwijfeld mede een gevolg van het feit dat, door de toenemende globalisering en de aandacht voor internationale vermogensplanning⁵⁴, verschillende jurisdicties steeds vaker worden geconfronteerd met buitenlandse rechtsfiguren, zoals *trusts*. Het hoger

tot *trusts* onder het (voormalige) regime van de Europese spaarrichtlijn, zie: P. COTORCEANU, "Hiding in plain sight: how non-US persons can legally avoid reporting under both FATCA and GATCA", *Trusts & Trustees* 2015, 1050 – 1063.

Zie in dit verband ook: *The Economist*, 20 februari 2016, www.economist.com, beschikbaar op: <http://www.economist.com/news/international/21693219-having-launched-and-led-battle-against-offshore-tax-evasion-america-now-part?fsrc=scn/tw/te/pe/ed/thebiggestloopholeofall?fsrc=scn/fb/te/pe/ed/thebiggestloopholeofall>

Voor een meer algemene bespreking, zie: H. CHRISTENSEN, J-M. TIRARD, "The amazing development of exchange of information in tax matters: from double tax treaties to FATCA and the CRS", *Trusts & Trustees* 2016, 898 – 922.

⁵⁰ TAX JUSTICE NETWORK, "Trusts: Weapons of Mass Injustice", 13 februari 2017, beschikbaar op: <http://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2017/02/Trusts-Weapons-of-Mass-Injustice-Final-12-FEB-2017.pdf>

⁵¹ *Ibid*, 2.

⁵² *Ibid*, 46 e.v.

⁵³ D. RUSSEL, T. GRAHAM, "Trusts: Weapons of Mass Injustice or Instruments of Economic Progress?", *Trusts & Trustees* 2017, 363 – 369; G. COOK, "Review by Jersey Finance of Trusts: *Weapons of Mass Injustice*? Published by Tax Justice Network", *Trusts & Trustees* 2017, *Advance Access*, 9p.

⁵⁴ L. WEYTS, "To trust or not to trust: het notariaat geconfronteerd met deze Angelsaksische rechtsfiguur, from the frontdoor to the backdoor", *T.Not.* 2017, 392.

aangehaalde *Panama Papers*-schandaal, dat een wereldwijde reactie teweeg bracht, kan daarvan zeker als voorbeeld gelden.⁵⁵

De vraag rijst evenwel of de enigszins kwalijke reputatie van *trusts* en 'trustachtige' figuren als instrumenten voor belastingontwijking of zelfs belastingontduiking wel volledig terecht is. *Trusts* en 'trustachtige' figuren zijn in de eerste plaats instrumenten, die kunnen worden aangewend voor eender welk doel dat de stichters en beheerders van dergelijke structuren vooropstellen. HAYTON verwoordde dit reeds treffend, door te stellen dat: "*trusts, like companies or trusts, can be used for good or bad purposes*".⁵⁶ De hoger besproken gevallen kunnen daarbij gelden als illustratie. Vermogensstructuren als *trusts* kunnen inderdaad ook voor andere, legitieme doeleinden worden gebruikt, dan enkel het ontwijken (of zelfs het ontduiken van) belastingen. Zo faciliteren zij vaak een op maat uitgewerkte erfovergang, worden zij vaak aangewend uit (legitieme) privacyoverwegingen en laten zij toe om de waarde van een familiepatrimonium op efficiënte wijze intact te houden.⁵⁷

8. Voor een goed begrip van de besproken materie is het noodzakelijk om op dit moment reeds een summiere omschrijving te bieden van de Angelsaksische *trust*, die het 'archetype' vormt voor de vele trustvormen die vandaag in verschillende jurisdicties kunnen worden teruggevonden.⁵⁸ Deze omschrijving is echter louter illustratief. Immers, op de vraag wat een *trust* net is en welke functies zij vervult, zal met name worden ingegaan in Deel II van het voorliggend onderzoek.

In *common law*-rechtsstelsels is een *trust* een rechtsverhouding waarin één of meerdere goederen (roerend of onroerend, lichamelijk of onlichamelijk) door een of meerdere personen worden aangehouden ten voordele van één of meer (andere) personen of een bepaald (door de wet omschreven) doel. Een *trust* kan in het leven worden geroepen wanneer een persoon één of meerdere zaken overdraagt aan een andere persoon, teneinde deze zaak aan te houden voor zichzelf of één of meerdere derden. Een *trust* kan eveneens ontstaan wanneer een persoon verklaart één of meerdere zaken vanaf deze verklaring aan te houden ten voordele van één of meerdere derden. Een *trust* wordt dus gecreëerd door een *settlor* (in de VS: *grantor*) die één of meerdere zaken overdraagt aan één of meerdere *trustees* om de onder trustverband gebrachte zaken te beheren ten voordele van één of meer

⁵⁵ Voor een kritische analyse van de reacties van onder andere de *offshore*-wereld, de OESO en verschillende andere mondiale spelers, zie: D. RUSSEL, T. GRAHAM, "The Panama Papers", *Trusts & Trustees* 2016, 481 – 486.

Zie tevens: F. VANISTENDAEL, "De Panama-moraal", *AFT* 2016, afl. 5, 2 – 3.

⁵⁶ D.J. HAYTON, *The Law of Trusts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 3.

⁵⁷ PRINCE M. VON UND ZU LIECHTENSTEIN, "Possible Uses of Liechtenstein Wealth Preservation Structures" in F.A. SCHURR, (ed.), *Trusts in the Principality of Liechtenstein and Similar Jurisdictions*, Zürich, Dike Verlag, 2014, 39 – 50; M. LAKHAN, "The Beginning of the End of Anonymity?" in F.A. SCHURR (ed.), *Trusts in the Principality of Liechtenstein and Similar Jurisdictions*, Zürich, Dike Verlag, 2014, 51 – 55.

⁵⁸ Cf. M. LUPOLI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 5 – 7, 223 e.v.; D. CLARRY, "Fiduciary Ownership and Trusts in a Comparative Perspective", *International and Comparative Law Quarterly* 2014, 909 – 924.

bepaalde of bepaalde *beneficiaries*. In *common law*-stelsels wordt de zogeheten '*legal title*' met betrekking tot de onder trustverband gebrachte zaken aangehouden door de *trustees*, maar dienen de *trustees* deze goederen aan te houden en te beheren ten voordele van de *beneficiaries*, die een '*equitable title*' aanhouden.

Het moge meteen duidelijk zijn dat de essentie van de *trust* niet zomaar kan worden gevat in een aantal korte bewoordingen.

9. De meeste *civil law*-rechtsstelsels kennen daantegen het trustconcept als zodanig traditioneel niet. Toch groeit het aantal uitzonderingen gestaag. De trustfiguur lijkt zelfs bezig aan een heuse (wereldwijde) veroveringstocht, en dit ondanks het kennelijk bestaande fiscale wantrouwen ten aanzien van *trusts*. Zo bevat het nieuwe Burgerlijk Wetboek van de Tsjechische Republiek, dat op 1 januari 2014 in werking is getreden, een trustfiguur.⁵⁹ Het nieuwe Roemeense Burgerlijk Wetboek, dat in werking is getreden op 1 oktober 2011, kent tevens een trustvariant, de *fiducia*.⁶⁰ Sedert 1 januari 2012 kent ook Curaçao een *trust*.⁶¹ Frankrijk kent sinds 2007 de *fiducie*, een civielrechtelijke tegenhanger van de *trust*.⁶² In Luxemburg werd reeds in 2003 een *fiducie* geïntroduceerd.⁶³ In China geschiedde zulks reeds in 2001.⁶⁴ Ook Liechtenstein is van oudsher helemaal niet

⁵⁹ I. SÁNDOR, "Different types of trust from an Ownership Aspect", *ERPL* 2016, 1212 – 1213; L. TICHÝ, "Recognition of a Trust as a Specific Problem in Private International Law", *ERPL* 2016, 1156 – 1188; W. SWADLING, "Trusts and Ownership: A Common Law Perspective", *ERPL* 2016, 969 – 972.

⁶⁰ Artt. 773 – 791 Roemeens Burgerlijk Wetboek; D. MOREANU, "The Trust under Romanian Law – Form of Patrimony Split for Natural and Legal Persons", *Perspectives of Business Law Journal* 2015, 79 – 87; A.R. ADAM, "Aspects concerning the concept of patrimony", *Law Annals from Titu Maiorescu University* 2014,

⁶¹ Landsverordening trust van 15 december 2011, *Publicatieblad van Curaçao (P.B.)* 15 december 2011, N° 67. Zie in dit verband: A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 339 – 340; J. DE BOER, "De trust naar Curaçaos recht", *WPNR* 2012, 287 – 291; M. BERGERVOET, D.S. MANSUR, "De Curaçaose trust in de praktijk", *WPNR* 2012, 292 – 301.

⁶² Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, *Journal Officiel* n° 44 du 21 février 2007; V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht' in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 173; E. REED, "France creates the fiducie, at last, and makes other radical changes to the forced heirship rules", *Trusts & Trustees*, 2007, 110 – 111.

⁶³ Loi du 27 juillet 2003 portant approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance - portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires, et - modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers, *Mémorial A*, N° 124, 3 september 2003, 2620.

⁶⁴ Trust Law of the People's Republic of China (Order of the President No. 50), adopted at the 21st Meeting of the Standing Committee, Ninth National People's Congress, 28 April 2001. Een officiële Engelstalige versie van de wettelijke regeling dienaangaande is beschikbaar op: http://www.gov.cn/english/laws/2005-09/12/content_31194.htm

Zie hierover exemplatief: R. LEE, "Conceptualizing the Chinese trust", *International and Comparative Law Quarterly* 2009, 655 – 69; L. HO, "Trust laws in China. History, ambiguity and beneficiary's rights" in L. SMITH (ed.), *Re-imagining the trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 183 – 221.

Net zoals in China, is ook in andere Aziatische landen de *trust* geen onbekend fenomeen. Zie hierover algemeen: L. HO, R. LEE, *Trust law in Asian Civil Law Jurisdictions, A Comparative Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 289p.

onbekend met de trustfiguur.⁶⁵ Het Belgische recht kent echter als zodanig (nog?) geen rechtstreekse tegenhanger van de *trust*.

10. Het feit dat België geen *trust* kent, impliceert evenwel geenszins dat er géén 'trustachtige' of 'fiduciare'⁶⁶ figuren in het Belgische recht aanwezig zouden zijn. In dit verband kan onder meer worden gedacht aan het recente wetgevend kader rond kwaliteitsrekeningen⁶⁷, het bewind onder de wet meerderjarige beschermde personen⁶⁸, het *fideïcommis de residuo* en de certificering van vennootschapseffecten⁶⁹, de Belgische private stichting en de burgerlijke maatschap, de middellijke vertegenwoordiging, de giralisering van effecten (KB nr. 62), de wet betreffende de financiële zekerheden, factoringovereenkomsten⁷⁰, het croupiercontract⁷¹, enzovoort.⁷² Hoewel bepaalde fiduciare beheersfiguren een eerder gesloten karakter vertonen en slechts in bepaalde en bij de wet voorziene gevallen kunnen worden aangewend, kunnen een aantal andere rechtsfiguren voor verschillende doeleinden worden aangewend. Verschillende van de genoemde rechtsfiguren komen verder (*infra*, randnr. 818 e.v.) nog op functionele wijze aan bod.

Zie in het bijzonder voor Zuid-Korea: S.P. AN, "Overview of the Reception and Implementation of the Trust in Korea" in D. KOESTER-WALTJEN, V. LIPP, D.W.M. WATERS (eds.), *Liber Amicorum Makoto Arai*, Baden-Baden, Nomos, 2015, 661 – 680.

⁶⁵ Zie exemplatief: F.A. SCHURR, "A Comparative Introduction to the Trust in the Principality of Liechtenstein" in F.A. SCHURR (ed.), *Trusts in the Principality of Liechtenstein and Similar Jurisdictions*, Zürich, Dike Verlag, 2014, 3 – 39.

Opvallend is bovendien dat verschillende rechtsstelsels die traditioneel tot de *common law*-familie worden gerekend gedurende de laatste jaren ook stichtingsvormen hebben geïntroduceerd, niettegenstaande deze rechtsstelsels reeds een *trust* kenden, zie: P. PICTH, C. KOPP, "Common Law Foundations and their recognition – a 'new kid on the block' in Private International Law", *Trusts & Trustees* 2017, 621 – 626.

⁶⁶ Voor het gebruik van dit begrip in de Belgische rechtsorde, zie bv.: R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 311 – 336; I. SAMOY, *Middellijke Vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 506; M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciare figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 703 – 819; H. SWENNEN, "Trustachtige rechtsfiguren in België", *TPR* 1992, 1097 – 1133.

⁶⁷ V. SAGAERT, D. GRUYAERT, "Een nieuw wetgevend kader voor de kwaliteitsrekening", *RW* 2014 – 2015, 522 – 533; I. SAMOY, *Middellijke Vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 499 – 515; S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 40.

⁶⁸ Zie hieromtrent: F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 218 – 230; P. SENAEVE, F. SWENNEN, G. VERSCHULDEN (eds.), *Meerderjarige beschermde personen*, Brugge, die Keure, 536p.

⁶⁹ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 311 – 336; I. SAMOY, *Middellijke Vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 504.

Over certificering, zie nog: S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 40.

⁷⁰ V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht'* in *Beginnelsen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 172 – 174.

⁷¹ S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 43; A. HAELTERMAN, "Taxation of Fiduciary Relationships (and Related Structures)", *ET* 1997, 50.

⁷² Voor een overzicht, zie: M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciare figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 703 – 819.

Bij nader inzien zijn deze fiduciaire en 'trustachtige' figuren in veel gevallen bijzondere verschijningsvormen van het meer algemene concept van 'fiduciaire eigendom', waarbij het eigendomsrecht met betrekking tot één of meerdere zaken moet worden uitgeoefend ten voordele van een andere persoon of een welbepaald doel en waarbij de bevoegdheden van de 'juridische' eigenaar aan banden worden gelegd.⁷³ In het geval waarin het fiduciair eigendomsrecht wordt uitgeoefend met als oogmerk het beheren van de zaak waarop het betrekking heeft, wordt gesproken van 'fiduciaire eigendom ten titel van beheer'. Wanneer het eigendomsrecht wordt aangewend voor zekerheidsdoeleinden wordt daarentegen gesproken van 'fiduciaire eigendom ten titel van zekerheid'.⁷⁴ Beide vormen van fiduciaire eigendom passen in de recente ontwikkelingen die ertoe strekken om het eigendomsrecht te instrumentaliseren, daar waar de opstellers van ons Burgerlijk Wetboek het eigendomsrecht vooral zagen als een doel op zichzelf.⁷⁵

11. De introductie van allerlei inheemse trustvarianten in verschillende (*civil law*-)rechtsstelsels mag ons evenwel niet uit het oog doen verliezen dat binnen deze rechtsstelsels ook vaak door rechtsonderhorigen gebruik wordt gemaakt van allerlei buitenlandse trustvormen. De proliferatie van allerlei trustvormen en 'trustachtige' rechtsfiguren op wereldwijde schaal vergroot zelfs de kans dat rechtsstelsels vroeg of laat in aanraking zullen komen met buitenlandse *trusts* en trustvarianten.

Dit is enerzijds het gevolg van de immer toenemende internationale mobiliteit van (natuurlijke) personen, maar anderzijds ook van het feit dat kennelijk heel wat rechtssubjecten gebruik (blijven) maken van buitenlandse *trusts* en 'trustachtige' rechtsfiguren. Het hoger (*supra*, randnr. 3) genoemde bedrag van 57 miljard EUR, dat vermoedelijk een onderschatting vormt van het reële bedrag⁷⁶, vormt hiervan een goede illustratie.

12. In de praktijk blijkt evenwel dat het gebruik van *trusts* door Belgische rijksinwoners aanleiding geeft tot een groot aantal problemen. Hoger werd reeds aangehaald dat dergelijke vermogensstructuren, *a fortiori* de *trust*, ook wanneer ze in België of door Belgische rijksinwoners worden aangewend, vaak geacht

⁷³ V. SAGAERT, R. JANSEN, "Goederenrecht: de gestage groei naar een conventioneel vermogensrecht", *RW* 2010 -2011, 70.

Voor een meer uitgebreide bespreking van enkele fiduciaire eigendomsvormen ten titel van beheer in het Belgische en het Franse recht, zie *infra*, randnr. 818 e.v.

⁷⁴ In het Belgische recht zal de fiduciaire eigendomsdracht ten titel van zekerheid een meer verregaande erkennign genieten vanaf de inwerkingtreding van de nieuwe wet op de roerende zakelijke zekerheden, althans voor wat betreft de overdracht van schuldvorderingen. Zie hierover: R. FELDKAMP, "Overdracht tot zekerheid van schuldvorderingen: een bijzonder(e zeker)heid?", *TBBR/RGDC* 2014, afl. 4, 215 – 241, i.h.b. 229 e.v.

⁷⁵ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 383 e.v.; V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht' in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 180.

⁷⁶ Zie *supra*, vn. 14.

worden in het leven te zijn geroepen voor louter fiscale doeleinden.⁷⁷ Dit geldt in het bijzonder wanneer zij worden gebruikt in het kader van vermogensplanning. De belastingautoriteiten bekijken dergelijke structuren dan ook met argusogen. Echter, zoals hoger werd aangehaald, kunnen *trusts* ook vele andere, nuttige doeleinden dienen. In het geval van *trusts* en andere buitenlandse vermogensstructuren die in België als bevreemdend overkomen, zou er nog kunnen worden gesteld dat het onbekende waarschijnlijk ook onbemind is. Zoals in één van de vorige randnummers werd opgemerkt, blijkt evenwel dat onze rechtsorde wel degelijk verscheidene fiduciaire en 'trustachtige' rechtsfiguren kent. Zoals de lotgevallen van de private stichting *Fons Pereos* aantonen, is de situatie voor een aantal Belgische rechtsfiguren kennelijk niet fundamenteel verschillend van de buitenlandse *trusts*. Nog los van het voorgaande, kan tevens worden opgemerkt dat het gebruik van buitenlandse *trusts* in een Belgische fiscale context aanleiding geeft tot heel wat verschillende bijzondere problemen en vraagstukken.

13. Bij nader inzicht blijkt evenwel dat *trusts* niet enkel op fiscaalrechtelijk vlak controversieel zijn. Ook op civielrechtelijk vlak lijken er heel wat problemen te bestaan met betrekking tot deze figuur. Zo lijkt de *trust prima facie* in botsing te komen met een aantal fundamentele regels van het Belgische burgerlijk recht⁷⁸, zoals de *numerus clausus* van de zakelijke rechten, dat in beginsel geen (trustachtige) 'opsplitsing' tussen de juridische en economische aspecten van het eigendomsrecht erkent⁷⁹, het beginsel van eenheid en ondeelbaarheid van het vermogen, de onmogelijkheid om een het eigendomsrecht voor een bepaalde tijd over te dragen⁸⁰, het vereiste dat zakelijke rechten steeds een (bestaande) titularis veronderstellen, het beperkter karakter van zakelijke subrogatie in de Belgische rechtsorde in vergelijking met wat het geval is in de klassieke *common law*, enz... Bovendien gelden, zoals in Deel II van dit onderzoek nog uitgebreid aan bod zal komen, in klassieke trustjurisdicties bijvoorbeeld bijzondere regels met betrekking tot (de bescherming van) derde-verkrijgers van trustgoederen. De vraag rijst hoe deze regels zich verhouden tot het Belgische goederenrecht, in het geval het bijvoorbeeld gaat om Belgische situsgoederen.

Het aanwenden van buitenlandse *trusts* kan tevens gevolgen hebben voor wat betreft het voorbehouden erfdeel van reservataire erfgenamen.⁸¹ Wanneer een Belgische erflater via een buitenlandse *trust* nagenoeg zijn hele vermogen kan vermaken ten voordele van *beneficiaries* die geen recht hebben op een voorbehouden erfdeel, zou een erflater *de facto* diens reservataire erfgenamen

⁷⁷ Zie bv.: MvT bij het ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 1125-001, 24 – 25.

⁷⁸ Zie oa. M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 703 – 819

⁷⁹ Zie evenwel: V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 172 – 174.

⁸⁰ Tenzij op een onrechtstreekse wijze, door middel van een persoonlijk recht of een ontbindende voorwaarde.

⁸¹ N. APPERMONT, "Is een inbreng in een *trust* door een erflater vatbaar voor een vordering tot inkorting? Een internationaal privaatrechtelijke en erfrechtelijke analyse" in C. DECLERCK, W. PINTENS (eds.), *Patrimonium 2015*, Brugge, die Keure, 2015, 263 – 285.

kunnen onterven. Ook rijzen vragen omtrent de bestaanbaarheid van buitenlandse *trusts* met een aantal dwingende regels van Belgisch erfrecht, zoals het principiële verbod op erfstellingen over de hand en het principiële verbod op bedingen betreffende niet opengevallen nalatenschappen.

In het bijzonder met betrekking tot deze goederenrechtelijke en erfrechtelijke kwesties lijkt het Belgische Wetboek Internationaal Privaatrecht ('WIPR') in de artikelen 124, §3 en 125, §2 dan ook bijzondere grenzen te stellen aan de erkenning van buitenlandse *trusts*. De bedoeling van deze bepalingen is onder meer om de goederenrechtelijke en erfrechtelijke draagwijdte en impact van buitenlandse *trusts* beperkt te houden.⁸² Zoals nog zal blijken, is dit niet anders voor het Haagse Trustverdrag, dat een belangrijke inspiratiebron vormde voor de Belgische IPR-regels inzake *trusts*.

14. De wortel van de bredere problematiek die de aanwending van *trusts* en 'trustachtige' figuren op het fiscaal gebied met zich meebrengt, bevindt zich kennelijk mede in het burgerlijk recht. Het is *prima facie* moeilijk om een samenhangende benadering op fiscaal gebied uit te werken, wanneer een dergelijke samenhang op het civielrechtelijk gebied evenmin lijkt te bestaan. Op geen van beide gebieden wordt de *trust* in België goed begrepen. Het gevolg is rechtsonzekerheid. De bemerking dat de vele civielrechtelijke onzekerheden die het gebruik van buitenlandse *trusts* met zich meebrengt, tevens de oorzaak vormen van vele fiscaalrechtelijke problemen en problemen is overigens niet nieuw. Zo werd deze bemerking reeds in 1992 geformuleerd door HAELTERMAN.⁸³ Gelijkaardige vaststellingen werden tevens gemaakt door andere auteurs.⁸⁴

⁸² MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 141.

⁸³ A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 306, 311.

Zie ook: A. HAELTERMAN, "Taxation of Fiduciary Relationships (and Related Structures)", *ET* 1997, 49: "Sometimes a foreign legal entity must also fit into the rather Cartesian conceptual arsenal of the Belgian Civil Code in order for it to be dealt with in the Belgian legal system. Examples of this are the application of Article 200 of the Company Laws [...] to the Netherlands trust office (administratiekantoor) and the civil law analysis of the trust in order to determine an appropriate tax treatment."

⁸⁴ R. DEBLAUWE, "Enkele beschouwingen over de trust en de Belgische belasting", *TFR* 1987, 82 en de verwijzingen aldaar aangehaald; M. QUAGHEBEUR, "Belgium. Trusts.", *IBFD*, 2015, nr. 1.4. e.v.; G. VAN HECKE, "Trust en successierechten" in X (ed.), *Liber Amicorum professor baron Jean Van Houtte*, Brussel, Elsevier, 1975, 1067; P. FAES, "De trust in het Belgisch fiscaal recht: beproefd vertrouwen", *V&F* 1998, 299. Laatstgenoemde auteur wijt de divergerende fiscaalrechtelijke standpuntnames in de Belgische rechtsleer terecht aan het gegeven dat de onderscheiden auteurs tevens divergerende standpunten innemen voor wat betreft hun civielrechtelijke analyse van de *trust*.

Ook in de Zwitserse rechtsleer wordt in het raam van de analyse van de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* vertrokken vanuit de samenhang tussen het Zwitserse civiel recht en het Zwitserse fiscaal recht, zie: S.G. CRETTI, *Le trust. Aspects fiscaux*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2007, 77 e.v.

Het voorgaande noopt tot de hypothese dat de fiscaalrechtelijke gevolgen van het gebruik mede in het licht van de verhouding tussen het Belgische fiscaal recht met de onderliggende (civielrechtelijke) juridische realiteit moeten worden onderzocht.

15. Hoewel over de *trust* reeds veel is geschreven, en bepaalde fiscale problemen reeds zijn aangepakt door de invoering van de kaaimantaks, de rechtspraak, fiscale *rulings*, beslissingen van de belastingadministratie en de bijdragen in de rechtsleer, wordt het duidelijk dat een fundamenteel en samenhangend kader voor het gebruik van buitenlandse *trusts* door Belgische rijksinwoners in het Belgische recht nog steeds ontbreekt. Veruit de meeste bestaande bijdragen spitsen zich enkel toe op deelaspecten van de bredere problematiek en praktijkgevallen, maar vormen op zich geen diepgaand onderzoek van (de wortels van) de fiscale problematiek.

In de ons omringende landen is veel meer onderzoek verricht naar zowel de civielrechtelijke als de fiscaalrechtelijke gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts*. Zo kan in Nederland worden gewezen op de proefschriften van BOER⁸⁵, GILISSEN⁸⁶, KOPPENOL-LAFORCE⁸⁷, SONNEVELDT⁸⁸ en AERTSEN⁸⁹. In Frankrijk verdienen de proefschriften van WITZ⁹⁰, BARRIÈRE⁹¹, SANCHEZ DE LOZADA⁹², IBARRA GARZA⁹³ en GODECHOT⁹⁴ bijzondere vermelding. Ook in Zwitserland is er heel wat onderzoek naar de (mogelijke) gevolgen van het aanwenden van buitenlandse *trusts* verricht, zowel wat betreft de civielrechtelijke als fiscaalrechtelijke gevolgen. In dit verband kan worden gewezen op de proefschriften van PANNATIER KESSLER⁹⁵, PEYROT⁹⁶,

⁸⁵ J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 468p.

⁸⁶ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 792p.

⁸⁷ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 329p.

⁸⁸ F. SONNEVELDT, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956*, Amersfoort, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, 2000, 340p.

⁸⁹ D.W. AERTSEN, *De trust. Beschouwingen over de invoering van de trust in het Nederlandse recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 370p.

⁹⁰ C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Parijs, Economica, 1981, 351p.

⁹¹ F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Parijs, Litec, 2004, 604p.

⁹² L. SANCHEZ DE LOZADA, *Trust expres privé, fidéicommiss latino-américain et fiducie française*, Saarbrücken, Editions Universitaires Européennes, 2012, 691p.

⁹³ R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire – trust fund*, Parijs, LGDJ, 2014, 706p.

⁹⁴ S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 477p.

⁹⁵ D. PANNATIER KESSLER, *Le droit de suite et sa reconnaissance selon la Convention de La Haye sur les trusts*, Genève, Schulthess, 2011, 408p.

⁹⁶ A. PEYROT, *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, Genève, Schulthess, 2011, 378p.

CRETTI⁹⁷, DANON⁹⁸ en PERRIN⁹⁹, alsook de monografie van THÉVENOZ¹⁰⁰. Ook op een breder, Europees niveau is reeds aandacht besteed aan deelaspecten van de voorliggende problematiek.¹⁰¹ Geen enkele van de aangehaalde werken concentreert zich evenwel op het Belgische recht, of op de aanwending van buitenlandse *trusts* door Belgische rijksinwoners.

16. Een fundamenteel kader, dat zowel de civielrechtelijke problematiek als de fiscale gevolgen van het gebruik van *trusts* door Belgische rijksinwoners mee in rekening neemt, is in België in zijn geheel afwezig. Het hoeft dan ook geen verbazing te wekken dat begrippen als 'vermogensplanning' en '*trusts*' in de eerste plaats doen denken aan (soms eerder buitensporige) gevallen van belastingontwijking of zelfs belastingontduiking, dan aan instrumenten die eenieder zouden kunnen toelaten om voorzieningen te treffen omtrent zijn of haar vermogen, van welke omvang dat vermogen ook moge zijn. De relatieve onbekendheid van de Belgische 'trustachtige figuren' buiten de kring van gespecialiseerde juristen en vermogensplanners scheidt bovendien de indruk dat deze rechtsfiguren enkel voor vermogende personen interessant kunnen zijn, aangezien zij zich het noodzakelijke advies kunnen veroorloven.

Het ontbreken van een testament of een andere regeling met betrekking tot het vermogen van een (toekomstige) erflater wordt overigens genoemd als een mogelijke reden voor de hoge frequentie waarmee erfenisruzies in België opduiken.¹⁰² Zo bleek uit een enquête van De Tijd – Netto in 2009 dat vier op de tien ondervraagden die ooit een erfenis ontvingen, daarover ruzie hadden of gehad hadden met een andere erfgenaam. Bovendien bleken deze ruzies in zes op de tien gevallen uit te monden in een blijvende verbreking van de familiebanden. De menselijke kostprijs van dit fenomeen mag daarom niet worden onderschat.

17. Tot slot nog een kanttekening met betrekking tot het begrip 'trustachtige figuur', dat in dit onderdeel reeds meermaals werd genoemd: uit Deel II en Deel III van voorliggend onderzoek zal nog blijken dat aan het begrip 'trustachtige figuur' op zichzelf weinig betekenis kan worden toegeschreven. Een belangrijke

⁹⁷ S.G. CRETTE, *Les relations de trust et la fiscalité suisse nationale et internationale*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2001, 208p.

⁹⁸ R.J. DANON, *Switzerland's direct and international taxation of private express trusts*, Zürich, Schulthess, 2004, 411p.

⁹⁹ J. PERRIN, "Le trust à l'épreuve du droit successoral", Genève, Droz, 2006, 356p.

¹⁰⁰ L. THÉVENOZ, *Trusts in Switzerland: Ratification of the Hague Convention on Trusts and Codification of the Law of Fiduciary Transfers*, Zürich, Schulthess, 2001, 400p.

¹⁰¹ B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 657p.

¹⁰² Wetsvoorstel tot wijziging van artikel 745sexies van het Burgerlijk Wetboek teneinde de regels vast te leggen voor de waardering van het vruchtgebruik in geval van omzetting van het vruchtgebruik van de langstlevende echtgenoot en van de langstlevende wettelijk samenwonende, en houdende invoeging van artikel 624/1 in het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Senaat 2013 – 2014, nr. 5-2338/1, 1; Wetsvoorstel tot aanvulling van artikel 870 van het Burgerlijk Wetboek en van artikel 591 van het Gerechtelijk Wetboek, wat betreft de kosten verbonden aan de vereffening en verdeling ten gevolge van het openvallen van een nalatenschap, *Parl. St.* Senaat 2010 – 2011, nr. 5-393/1, 1.

reden hiervoor is dat er geen eenduidige stamfiguur bestaat, het problematisch wordt om de groep 'trust-achtigen' op een eenduidige grondslag vast te stellen. Zoals nog zal blijken, bestaat 'dé trust' niet, en is zelfs in *common law*-rechtsstelsels geen gezaghebbende definitie van de *trust* voorhanden. Het vigerende standpunt is zelfs dat een dergelijke definitie een onmogelijke opgave is (zie *infra*, randnr. 128 – 139).

Opvallend is tevens dat wanneer verschillende 'trustachtige' rechtsfiguren in oenschouw worden genomen, het blijkt dat het kan gaan om rechtsfiguren met een uiteenlopende civielrechtelijke aard. Zo kan het desgevallend gaan om rechtspersonen (de private stichting), juridische universaliteiten (de maatschapsonverdeeldheid), verbintenisrechtelijke constructies (de factoringovereenkomst), een recht dat in sommige gevallen zakelijke werking lijkt te hebben (de rechtspositie van de certificaathouder ingevolge certificering) en een gevallen waarvan de situatie naar Belgisch recht rondit onduidelijk is (bv. het *fideïcommis de residuo*). Veeleer dan een olijsting te geven van een aantal Belgische rechtsfiguren die kunnen worden beschouwd als 'trustachtig', komen in de loop van het onderzoek wel een aantal Belgische civielrechtelijke technieken aan bod die, afhankelijk van de context waarbinnen zij worden aangewend, om een functioneel gelijkaardig resultaat te bereiken als kan worden bereikt door middel van het gebruik van een buitenlandse trustfiguur. Het begrip 'trustachtig' zal om deze redenen goeddeels gemeden worden in het verdere verloop van dit onderzoek.

Of, zoals de Franse jurist LEPAULLE reeds opmerkte in 1928, over de verwondering waarmee *civil law*-juristen vaak naar de *trust* kijken:

*"[i]n most instances, he will compare it (if he has some imagination!) with some civil law techniques that will look to him rather similar. But, when afterwards he will examine other trust deeds, he will have to compare them with quite different techniques of his own system. Hence, after the study of one definite trust, he may say: "trusts are the same thing as the fideicommissum." But his further experiences will show him that they are not so easily understood and that they may sometimes look like a usufruct, an executorship, a donation with a charge, a dotal regime, a wife separate estate regime, fiducia, etc. Such comparisons – and others – have been made by many European Courts. This leads the civilian to realize that he has only seen external and partial aspects of trusts and has failed to understand their nature. If he tries to grasp it, he will confront the same disappointing experience as that of the young Prince who runs after a Fairy: when he is on the point of reaching her, she has taken another form, ceases to be a beautiful lady, but has become a white bird, or an old witch!"*¹⁰³

¹⁰³ P. LEPAULLE, "An Outsider's View Point of the Nature of Trusts", *Cornell Law Quarterly* 1928, 52.

II. Voorwerp, doel en opzet van het onderzoek, onderzoeksvraag en afbakening van het onderzoek

A. Voorwerp, doel en opzet van het onderzoek

18. Uit het voorgaande kan worden afgeleid wat het voorwerp van voorliggend onderzoek is: de *trust*, zoals zij vanuit het perspectief van de Belgische rechtsorde wordt begrepen. Bovendien is gebleken dat het gebruik van buitenlandse *trusts* in België rechtsonzekerheid en argwaan met zich meebrengt, en dat één van de redenen die hieraan ten grondslag ligt, er per hypothese in bestaat dat deze rechtsfiguur op civielrechtelijk gebied en (kennelijk mede ten gevolge hiervan) eveneens op fiscaal gebied niet goed wordt begrepen. Het gevolg is dan ook dat hun potentieel tot op heden mogelijks onderbenut is, en dat het gebruik ervan vaak aanleiding geeft tot heel wat (rechts)onzekerheid.

19. Om ten volle tegemoet te kunnen komen aan de problematiek die eraan ten grondslag ligt, dient het onderzoeksvoorwerp verder te worden beperkt tot de rechtsfiguur die relevant is in het licht van de hierboven uiteengezette probleemstelling, i.e. de Angelsaksische *trust*. Dit betekent dat niet elke trustfiguur ter wereld het voorwerp uitmaakt van voorliggend onderzoek. Zoals hoger (*supra*, randnr. 8 – 9) werd opgemerkt, bestaan er heel wat verschillende trustvormen in een groot aantal verschillende jurisdicties. Dit aantal blijft bovendien toenemen. Bij gebrek aan een reeds bestaand en diepgaand onderzoek naar de aanwending van *trusts* door Belgische rijksinwoners, zal het onderzoek zich toespitsen op de 'grondvorm' van deze rechtsfiguur, i.e. het klassieke Angelsaksische trustmodel. De vele internationale trustmodellen, die in de regel sterk gestoeld zijn op het klassieke model¹⁰⁴, doch op een aantal punten ervan afwijken, worden slechts aangehaald waar dit nodig of nuttig blijkt te zijn. Gelet op het feit dat zij in grote mate slechts vertakkingen vormen van het klassieke Angelsaksische (*common law*-) model, kan worden verwacht dat veel van de gemaakte analyses met betrekking tot dit laatste model eveneens een kern van waarheid zullen blijken te bevatten voor wat betreft de vele onderscheiden trustvormen.

20. Het onderzoek heeft enerzijds een theoretisch en fundamenteel privaatrechtelijk aspect, waarbij het doel erin bestaat om een civielrechtelijke analyse naar voren te schuiven van de wijze waarop een Anglo-Amerikaanse *trust*, als buitenlandse rechtsfiguur, op civielrechtelijk vlak wordt erkend en hoe haar rechtsgevolgen worden 'ingepast' in het Belgische rechtsorde, door middel van de toepasselijke regels van het internationaal privaatrecht. Daarbij wordt onder meer aandacht besteed aan de regels die de 'civielrechtelijke erkenning' van de *trust* als buitenlandse rechtsfiguur bewerkstelligen, alsook aan de belangrijkste grenzen of limieten die deze regels opleggen aan deze erkenning. Hierbij wordt vertrokken vanuit een grondige analyse en kwalificatie van de klassieke *common law trust* zelf.

¹⁰⁴ M. LUPOLI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 201 – 205.

Een grondig begrip van het wezen van deze rechtsfiguur, haar werking en haar belangrijkste rechtsgevolgen zijn nodig, teneinde te begrijpen welke fundamentele (goederenrechtelijke en/of erfrechtelijke) regels problematisch kunnen zijn. Het is evenwel niet de bedoeling om de eigenschappen van de Angelsaksische *trust* tot in het uiterste detail te gaan onderzoeken. Gezien de grote diversiteit aan doeleinden waarvoor verschillende soorten *trusts* kunnen worden aangewend zou een dergelijk onderzoek niet realiseerbaar zijn. Essentieel is echter wel dat deze bijzondere rechtsfiguur goed kan worden 'gevat' of 'begrepen'. Daarom dient ook aandacht uit te gaan naar hoe de *trust* functioneert als 'organisatievorm'.

21. Anderzijds dient het onderzoek, om een bevredigend antwoord te kunnen bieden aan de hierboven besproken problematiek, ook de fiscale gevolgen het gebruik van buitenlandse *trusts* door Belgische rijksinwoners in aanmerking te nemen. Daarbij moet rekening worden gehouden met de hoger (*supra*, randnr. 14) gefomuleerde hypothese dat deze fiscale gevolgen moeten worden onderzocht in het licht van de juiste verhouding van het Belgische fiscaal recht met de onderliggende juridische realiteit.

Hierbij dient onder meer aandacht te worden besteed aan de gevolgen die het gebruik van een *trust* door een belastingplichtige in België heeft op het vlak van de inkomstenbelastingen, registratie-, schenk- en erfbelastingen en de fiscale antimisbruikbepalingen. Hierbij zal in de eerste plaats de 'fiscale kwalificatie' van de Angelsaksische trustfiguur van groot belang blijken te zijn. Nagegaan moet worden of de *trust* voor fiscale doeleinden als een fiscaal transparante, dan wel als een afzonderlijk fiscaal in aanmerking te nemen 'entiteit' dient te worden beschouwd. Deze kwalificatie zal een grote weerslag hebben op de vraag aan wie de onder trustverband gebrachte activabestanddelen en de inkomsten die zij mogelijks genereren, kunnen worden toegerekend.

Vervolgens zal, voor wat betreft de inkomstenbelastingen, bijzondere aandacht uitgaan naar de zogeheten 'kaaimantaks' en de impact hiervan op de inkomstenbelastingendimensie van het vraagstuk betreffende het gebruik van buitenlandse *trusts* door belastingplichtigen in België. Deze kaaimantaks geldt als een belangrijk instrument voor de Belgische federale overheid om het gebruik van buitenlandse 'juridische constructies' door belastingplichtigen in België teneinde geen of slechts een minimale belasting te betalen, tegen te gaan.¹⁰⁵ Een bijzonder aspect van de kaaimantaks is dat, in tegenstelling tot wat het geval was vóór de introductie van deze maatregel, de inkomstenbelastingendimensie van het gebruik van buitenlandse *trusts* en verschillende 'trustachtige' figuren wettelijk werd omkaderd. Dit levert dan ook een interessant contrast op met het geval van de registratie-, schenk- en erfbelastingen, waar zulks (vooralsnog?) niet het geval is.

22. Het is pas wanneer ook de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* door Belgische rijksinwoners mee worden onderzocht, dat de uiteindelijke doelstelling van het onderzoek kan worden bereikt. Deze doelstelling bestaat immers in het onderzoeken op welke wijze het gebruik van Angelsaksische

¹⁰⁵ MvT bij het ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 1125-001, 24.

trusts door Belgische rijksinwoners kan worden 'ingepast' in het Belgische rechtsbestel op civielrechtelijk vlak en wat daarvan de fiscale gevolgen zijn, daarbij rekening houdende met de concrete verhouding tussen het Belgisch fiscaal recht en de onderliggende (civielrechtelijke) juridische realiteit.

23. Hoewel het burgerlijk recht, hieronder ook begrepen het internationaal privaatrecht, en het fiscaal recht ter zake een aantal gelijkenissen delen, betekent dit niet dat het 'inpassingsproces' op een theoretisch niveau volledig overlapt met de analyse van de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts*.

Er moet immers rekening worden gehouden met de eigen aard en finaliteit van beide rechtstakken. Op civielrechtelijk vlak wordt in het internationaal privaatrecht geredeneerd in termen van 'wetsconflicten', die de toepassing van buitenlands recht dan wel de toepassing van het eigen recht kunnen voorschrijven. De vragen of een buitenlandse *trust* kan worden 'erkend', op welke wijze deze erkenning geschiedt en binnen welke grenzen het buitenlandse trustrecht kan doorwerken in een 'ontvangende rechtsorde', worden in een civielrechtelijke context in de eerste plaats opgelost aan de hand van verwijzingsregels die deel uitmaken van het internationaal privaatrecht. Uit de toepassing van deze verwijzingsregels blijkt welke rechtsvragen dienen te worden beslecht aan de hand van het recht dat de *trust* beheerst. Tevens blijkt uit een correcte toepassing van deze verwijzingsregels of de doorwerking van het buitenlandse trustrecht kan of zal afstuiten op dwingende bepalingen van het recht dat andere rechtvragen of rechtstakken beheerst.

Voor wat betreft het fiscaal recht is het plaatje anders. Ten eerste omdat voor mogelijke publiekrechtelijke wetsconflicten niet wordt geredeneerd in termen van verwijzingsregels. In het fiscaal recht wordt daarentegen gebruik gemaakt van 'afgrenzingsregels', waarmee staten het toepassingsgebied van hun eigen fiscale regelgeving aflijnen.¹⁰⁶ Bovendien sluiten staten tevens zogenaamde dubbelbelastingverdragen ('DBV's') af, teneinde te voorzien in een regeling omtrent de heffingsbevoegdheid van elke staat in een grensoverschrijdende context. Hier wordt beoogd na te gaan in hoeverre de *trust* en de hiermee verbonden juridische transacties kunnen worden onderworpen aan belastingheffing in België. Het gaat dan over de toepassing van de Belgische regels op een buitenlandse rechtsfiguur. Op civielrechtelijk vlak bestaat de finaliteit er evenwel in om na te gaan in hoeverre een buitenlandse rechtsverhouding, die ook wordt beheerst door buitenlands recht, zelf uitwerking kan krijgen binnen de Belgische rechtsorde. De Belgische dwingendrechtelijke bepalingen vormen hier in principe een kader waarbinnen deze uitwerking kan worden verleend.

¹⁰⁶ Voor wat betreft de Belgische inkomstenbelastingen kan hier gewag worden gemaakt van de artikelen 3 tot en met 5/1 WIB 1992 voor wat betreft de personenbelasting, de artikelen 179 tot en met 182 WIB 1992 voor wat betreft de vennootschapsbelasting, de artikelen 220 en 220/1 WIB 1992 voor wat betreft de rechtspersonenbelasting en artikel 227 WIB 1992 voor wat betreft de belasting van niet-inwoners.

B. Onderzoeksvraag

24. Het bovenstaande geeft aanleiding tot de volgende onderzoeksvraag: "Hoe kan het gebruik van een 'Angelsaksische *trust*' worden ingepast in het Belgische burgerlijk recht door middel van het internationaal privaatrecht en welke zijn de internrechtelijke fiscale gevolgen van het gebruik van dergelijke *trusts*, beschouwd vanuit de vraag naar de samenhang tussen het burgerlijk recht en het fiscaal recht?" Deze onderzoeksvraag dient vervolgens te worden ingedeeld in een aantal subonderzoeksvragen. Het antwoord op elk van deze subonderzoeksvragen zal vervolgens bijdragen aan het antwoord op de hoofdonderzoeksvraag.

Ten eerste dient te worden nagegaan wat een Angelsaksische *trust* eigenlijk is, waarvoor zij dient en hoe zij functioneert, met name vanuit een organisatierechtelijk perspectief. Vooraleer kan worden beoordeeld op welke wijze het gebruik van deze rechtsbetrekking kan worden ingepast in het Belgische burgerlijk- en fiscaal recht, dienen wij voldoende inzicht te verkrijgen in het wezen van deze in het Belgische recht onbekende rechtsbetrekking. Aangezien de *trust* een bijzonder complexe en veelzijdige rechtsbetrekking is, vormt dit geen vraag die met enkele korte bewoordingen kan worden beantwoord. Hoger (*supra* randnr. 8) werd reeds een korte omschrijving geboden van de *trust*, maar deze omschrijving roept meer vragen op dan ze beantwoordt. Wat is de aard van de rechten van de *beneficiaries*? Is de *trust* (naar *common law*) vooral een obligatoire rechtsfiguur, of eerder een zakenrechtelijke figuur? Misschien wat van de twee? Valt de *trust* te vereenzelvigen met een rechtspersoon of een juridische entiteit zonder rechtspersoonlijkheid? Pas wanneer is vastgesteld wat een *trust* is en hoe zij functioneert, kan nagegaan worden of en op welke wijze zij in de Belgische rechtsorde wordt erkend, en welke de rechtsgevolgen zijn die aan deze erkenning kunnen gekoppeld worden. Met het beantwoorden van deze subonderzoeksvraag kan ook worden nagegaan op wat de vele zogenoemde 'trustachtige figuren' in het Belgische recht geacht worden te gelijken.

Ten tweede moet worden onderzocht op welke wijze een buitenlandse Angelsaksische *trust* kan worden 'ingepast' in het Belgische burgerlijk recht. Zo dient te worden onderzocht of het Belgische recht, door middel van de toepasselijke regels van internationaal privaatrecht, het bestaan van de Angelsaksische *trust* als onderscheiden rechtsbetrekking erkent, en, indien het antwoord affirmatief luidt, of het gaat om een volledige en onvoorwaardelijke erkenning of slechts om een voorwaardelijke en/of partiële erkenning. In dit laatste geval worden alle rechtgevolgen die de *trust* in haar rechtsorde van oorsprong heeft niet op onvoorwaardelijke wijze aanvaard door de Belgische rechtsorde. Het gaat hier met andere woorden over de vraag naar de breedte van het toepassingsgebied van het recht dat op de trustverhouding zelf van toepassing is. Aangezien de Angelsaksische *trust prima facie* in conflict komt met een aantal fundamentele beginselen van het Belgische burgerlijk recht, dient eveneens te worden nagegaan hoe het Belgische recht met deze (mogelijke) conflicten omgaat. In dit verband kan

het tevens nuttig blijken om bepaalde zogeheten 'functioneel equivalente' rechtsfiguren in het Belgische recht in ogenschouw te nemen. De 'splitsing' tussen de 'juridische' en 'economische' eigendom die zij geacht worden te bewerkstelligen, neemt juridisch immers verschillende vormen aan, afhankelijk van de gehanteerde juridische techniek. De aard en rechtsgevolgen van deze juridische technieken kunnen vervolgens worden vergeleken met die van de Angelsaksische *trust* zelf. Zij kunnen desgevallend worden aangewend om de 'inpassing' van de gevolgen van de Angelsaksische *trust* in het Belgische burgerlijk recht nader te verklaren.

Ten derde moet de hoger (*supra*, randnr. 14) geformuleerde hypothese dat de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* moet worden onderzocht in het licht van de vraag naar het verband tussen het fiscaal recht en de onderliggende (civielrechtelijke) juridische realiteit. Daartoe is eerst vereist dat wordt vastgesteld of een dergelijk principieel verband daadwerkelijk bestaat en wat de aard van dit principiële verband dan wel mag zijn. Deze subonderzoeksvraag vormt daarmee in feite de lasnaad die toelaat om de bevindingen met betrekking tot de eerste twee subonderzoeksvragen te koppelen aan de beantwoording van de vierde subonderzoeksvraag.

Ten vierde rijst de vraag naar de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* door Belgische fiscale rijksinwoners. Kwalificeert het Belgische recht de Angelsaksische *trust* als een fiscaal transparante rechtsfiguur of niet? Volgt het fiscaal recht steeds de wijze waarop het burgerlijk recht de *trust* behandelt? Kan het Belgisch fiscaal recht daarvan afwijken? Wijkt het Belgisch fiscaal recht daar van af? Zo ja, op welke vlakken? Hiertoe dient in het bijzonder te worden nagegaan of er zich problemen voordoen met betrekking tot de fiscale behandeling van Angelsaksische *trusts* wanneer deze worden gebruikt door Belgische fiscale rijksinwoners in de context van vermogensplanning (zie *infra*, randnr. 26).

25. Het beantwoorden van deze onderzoeksvraag kan bijkomend leiden tot een antwoord op de meer algemene vraag die een *trigger* vormde van voorliggend onderzoek. Namelijk of de argwaan die tegenwoordig rond *trusts*, en mogelijk ook 'trustachtige figuren', hangt terecht is, en of deze argwaan niet zou kunnen weggenomen worden door meer licht te werpen in de duisternis. Een beter begrip van de *trust*, en in het verlengde daarvan de 'trustachtige figuren', kan ook meer begrip voor deze rechtsfiguren tot gevolg te hebben. Een beter begrip van deze rechtsfiguren kan bovendien leiden tot een reeks aanbevelingen die tot doel hebben om onze huidige situatie te verbeteren. Het onderzoek betreffende het gebruik van de Angelsaksische *trust* door Belgische fiscale rijksinwoners in de context van vermogensplanning, vormt bovendien een lakmoesproef voor de wijze waarop het Belgische recht omgaat met dergelijke buitenlandse rechtsfiguren, waarvoor het Belgische recht op het eerste gezicht niet direct een identificeerbare tegenhanger kent.

C. Afbakening van het onderzoek

26. Het onderzoek spitst zich toe op de klassieke Angelsaksische *trust*, en het gebruik daarvan door Belgische rijksinwoners in de context van (familiaal) privaat vermogensbeheer en vermogensplanning, en in het bijzonder als intergenerationeel transmissiemechanisme. Dit betekent eveneens dat niet elke trustvorm die binnen het Angelsaksische recht bekend is, aan bod zal komen. Enkel de trustvormen die dienstig zijn binnen deze context worden (uitgebreid) bestudeerd. Deze afbakening zal verder worden uitgewerkt in Deel II van voorliggend onderzoek, wanneer de onderscheiden trustvormen nader worden besproken. In het verdere verloop van het onderzoek worden slechts de trustvormen meegenomen die, gelet op de probleemstelling en de centrale onderzoeksvraag, relevant zijn. Andere trustvormen komen dan verder incidenteel aan bod, wanneer zulks dienstig blijkt te zijn voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag. Belangrijk is tevens dat het onderzoek steeds vertrekt vanuit het klassieke Engelse trustmodel. Behoudens wanneer anders wordt aangegeven, wordt steeds de toepasselijkheid van het Engelse trustrecht als uitgangspunt genomen.

27. Hoewel het onderzoek betrekking heeft op het Belgische burgerlijk recht *sensu lato* (goederenrecht, familiaal vermogensrecht, verbintenissenrecht, vennootschapsrecht/organisatierecht, internationaal privaatrecht), blijft het onderzoek beperkt tot de aanwending van de *trust* in een particuliere context. Bijzondere aandacht zal daarom gaan naar de (potentiële) goederenrechtelijke en erfrechtelijke beperkingen aan de rechtsgevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts*. Het gebruik van dergelijke *trusts* in een commerciële context, door natuurlijke personen of door rechtspersonen wordt met andere woorden uitgesloten van het onderzoek.

28. Het onderzoek heeft in de eerste plaats betrekking op het gebruik van buitenlandse *trusts* door natuurlijke personen. Ook dit is een gevolg van de focus die binnen het onderzoek wordt gelegd op het privaat vermogensbeheer. Het onderzoek heeft aldus geen betrekking op het gebruik van buitenlandse *trusts* door vennootschappen in het raam van een eventuele *corporate tax planning*. Dit heeft tot gevolg dat, voor wat betreft de inkomstenbelastingen, voornamelijk de fiscale gevolgen binnen de personenbelasting van het gebruik van buitenlandse *trusts* zullen worden onderzocht. Het voorgaande hoeft echter niet per definitie uit te sluiten dat de besluiten die uit voorliggend onderzoek kunnen worden getrokken niet, waar passend, zouden kunnen opgaan in deze context.

29. Hoewel het onderzoek vanuit zijn aard een internationale dimensie heeft, wordt het gebruik van buitenlandse *trusts* door Belgische fiscale rijksinwoners in de eerste plaats onderzocht vanuit een Belgisch internrechtelijk perspectief. Het is de wijze waarop een buitenlandse trustverhouding, als voor het Belgische recht onbekende rechtsfiguur, door het Belgische recht wordt erkend en hoe haar rechtsgevolgen worden 'ingepast' in het Belgische rechtssorde, die centraal staat in dit onderzoek. Dit heeft tot gevolg dat vraagstukken die rijzen in het context van

het internationaal fiscaal recht, zoals ontwikkelingen inzake het begrip '*beneficial ownership*' in een verdragscontext, de verdragsgerechtigdheid van *trusts* en de verdragskwalificatie van trustinkomsten en dergelijke meer, niet zullen worden besproken, dan binnen de contouren die de onderzoeksvraag toelaat en vanuit een Belgisch perspectief. Ook Europeesrechtelijke ontwikkelingen worden besproken vanuit een Belgisch perspectief en voor zoverre relevant voor het beantwoorden van bovenstaande onderzoeksvraag.

III. Methodologie van het onderzoek

30. Zoals hoger reeds werd aangegeven, vertrekt het onderzoek vanuit de 'state of the art' van de *trust* en de betrokken functioneel equivalente figuren in België, zoals deze kan worden aangetroffen in de wet, de rechtspraak en de rechtsleer. Hierbij worden eveneens verschillende soorten administratieve beslissingen betrokken, zoals circulaire en voorafgaande beslissingen in fiscale zaken¹⁰⁷ (fiscale 'rulings'). Dit onderzoek is vanuit zijn aard eveneens sterk rechtsvergelijkend gekleurd. Dit is met name zo omdat de Angelsaksische *trust* zelf van oorsprong een buitenlandse rechtsfiguur is, en omdat een reeks ontwikkelingen in het buitenland en op het supranationale niveau mede aan het voorliggende onderzoek ten grondslag liggen. Om deze redenen werd voornamelijk de klassieke 'legal desk research' methode gevolgd.

¹⁰⁷ Bij het onderzoeken van voorafgaande beslissingen in fiscale zaken past echter een noodzakelijke kanttekening van methodologische aard. Voorafgaande beslissingen in fiscale zaken hebben slechts betrekking op bijzondere situaties of verrichtingen die nog geen uitwerking hebben gehad op fiscaal vlak (zie art. 20 van de wet van 24 december 2002, *BS* 31 december 2002; art. 3.22.0.0.1., §1 VCF ingevoegd door het Decreet van 17 juli 2015 tot wijziging van de Vlaamse Codex Fiscaliteit van 13 december 2013, *BS* 14 augustus 2015, 52651).

Dit impliceert dat dat voorafgaande beslissingen slechts per geval worden afgeleverd en dus enkel rechtszekerheid bieden voor de aanvrager. Een belastingplichtige die geen voorafgaande beslissing heeft verkregen, kan zich dus principieel niet beroepen op andere voorafgaande beslissingen bij wijze van 'precedent'. Bij nader inzien moeten bij het voorgaande echter verschillende verfijningen worden aangebracht. Zo blijkt dat de Dienst Voorafgaande Beslissingen toch interne beleidslijnen of gedragslijnen heeft ontwikkeld om tot een meer uniform rulingbeleid te komen. Bovendien dient de Dienst Voorafgaande Beslissingen als administratieve overheid het gelijkheidsbeginsel te eerbiedigen. Niettegenstaande van een ware leer van *stare decisis* niet kan worden gesproken, kan het afleveren van een voorafgaande beslissing die een bepaald standpunt hanteert, toch een 'legitieme verwachting' doen ontstaan in hoofde van andere belastingplichtigen die zich in dezelfde fiscale situatie bevinden, dat de betrokken fiscale administratie de fiscale wet in hun geval in dezelfde zin zal toepassen. VAN DE VELDE suggereert in dit verband om van een 'rulingprudentie' van de Dienst Voorafgaande Beslissingen te spreken, in navolging van de jurisprudentie van de hoven en rechtbanken. Immers, in die laatste gevallen kent het Belgische recht evenmin een echte precedentwerking. Ook in het verdere verloop van dit onderzoek wordt daarom een vrij brede draagwijdte aan dergelijke voorafgaande beslissingen toegeschreven. Noteer evenwel dat de individuele belastingplichtige pas werkelijk rechtszekerheid kan verkrijgen door zelf een voorafgaande beslissing aan te vragen.

Zie over het voorgaande: E. VAN DE VELDE, "Enkele topics van estate planning door de fiscale bril van de Rulingdienst", *TEP* 2011, 126 – 130; E. VAN DE VELDE, 'Afspraken' met de *fiscus: de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen*, Brussel, Larcier, 2009, 490 – 498; E. WARSON, *Invulling en precedentwaarde van rulings*, Brussel, Larcier, 2010, 210p.

Over het bestaan van een algemene beleidslijn van de Dienst Voorafgaande Beslissingen omtrent de toepassing van de kaaimantaks, zie: G.D. GOYVAERTS, "Rulings kaaimantaks herijken notie 'oprichter'", *Fisc.Act.* 2017, afl. 13, 3 – 10.

A. Intra-disciplinaire juridische methode en interne rechtsvergelijking

31. Voor wat betreft de Belgische rechtsorde zal het onderzoek worden gevoerd aangaande de beginselen en de complexe scheidslijn tussen het privaatrecht (internationaal privaatrecht, goederenrecht, familiaal vermogensrecht, organisatierecht en verbintenissenrecht) en het fiscaal recht (inkomstenbelastingen, registratie-, schenk- en erfbelastingen en fiscale antimisbruikmaatregelen). Ontwikkelingen uit andere rechtstakken, zoals het 'Europees goederenrecht' (zie bv. het *Draft Common Frame of Reference*) en het internationaal fiscaal recht, zullen worden aangehaald wanneer zij relevant zijn voor wat betreft de analyse inzake de Belgische rechtsorde.

B. Externe rechtsvergelijking

32. Het voorliggend onderzoek vereist bovendien een extern rechtsvergelijkende invalshoek. Ten eerste is het noodzakelijk voor het beantwoorden van de eerste subonderzoeksvraag om een extensieve studie te ondernemen van een onderdeel van een buitenlands rechtstelsel. Onderzocht moet immers worden wat een Angelsaksische *trust* is, en hoe deze rechtsfiguur functioneert. Hiervoor zal vanzelfsprekend een (op functionele wijze beperkt) onderzoek van het Engelse en, in mindere mate het Amerikaanse, rechtstelsel noodzakelijk zijn. Ook voor de beantwoording van de overige onderzoeksvragen is een extern rechtsvergelijkende invalshoek onontbeerlijk. Deze rechtsvergelijkende analyse zal hoofdzakelijk op een geïntegreerde en thematische manier worden gevoerd. Deze rechtsvergelijkende methode heeft eveneens een functionele oriëntatie, in de zin dat zij enerzijds kan dienen als een instrument om het Belgische rechtssysteem op een meer effectieve en complete wijze voor te stellen, en anderzijds kan helpen aangeven hoe buitenlandse juridische structuren kunnen geïntegreerd worden in het Belgische juridische kader. Bovendien kunnen buitenlandse ervaringen dienen als een model voor eventuele wijzigingen aan het Belgische recht. Ten slotte kunnen er lessen worden getrokken uit buitenlandse ervaringen met de *trust* en 'trustachtige figuren' zoals de *fiducie*. Omwille van voorgaande redenen zal daarom in de eerste plaats een functionele rechtsvergelijkende methodologie worden gehanteerd.¹⁰⁸

33. Hoewel een extern rechtsvergelijkende methodologie veel voordelen biedt, dient op dit ogenblik wel reeds te worden gewaarschuwd voor een valkuil. Wanneer er aan externe rechtsvergelijking wordt gedaan, dient steeds in het achterhoofd te worden gehouden dat een ander rechtssysteem ook daadwerkelijk anders is. Hiermee wordt bedoeld dat elk rechtssysteem, en zelfs elke rechtsregel, is ingebed

¹⁰⁸ K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 32 – 47, i.h.b. 34.

in een eigen historische, politieke, sociale en epistemologische context waarmee dat rechtssysteem zelf in een permanente wisselwerking staat, en waarbij er dus continu een wederzijdse beïnvloeding aanwezig is.¹⁰⁹ Eén van de gebieden waarop dit eigene van een rechtssysteem tot uiting komt, is de taal. Om deze reden hebben wij ervoor gekozen om buitenlandse juridische concepten in de regel niet te vertalen naar het Nederlands, maar ze weer te geven in hun taal van oorsprong. Bijvoorbeeld, wanneer wordt gesproken over de 'legal' en 'equitable' ownership in het geval van een Engelse of Amerikaanse *trust*, is de verleiding soms groot om in het Nederlands te spreken over 'juridische' en 'economische' eigendom. Hoewel de Nederlandse terminologie wel op een functionele wijze kan omschrijven wat er aan de hand is, lopen wij het risico de werkelijkheid te vervormen. Net zoals elke andere juridische term is het juridische begrip 'eigendom' in feite 'geladen terminologie', waaraan de Belgische jurist meteen en onbewust een aantal connotaties, ideeën en gevolgen koppelt, en die functioneert in de specifieke juridische context die het Belgische rechtssysteem is.

Zo kent het Engelse recht niet eens een eenduidig juridisch concept van 'eigendom' of 'ownership', wegens haar afzonderlijke historische ontwikkeling (zie *infra*, randnr. 50 e.v. en randnr. 113 e.v.). Bovendien wordt juridische aard van de zogeheten 'equitable title' van de *beneficiary* in een *trust* sterk gekleurd door zijn eigen context en ontwikkeling. In *common law*-rechtssystemen staat de exacte aard van de rechten van de *beneficiary* in een *trust* zelfs al meerdere eeuwen ter discussie. Dit debat zal in Deel II van voorliggend onderzoek nog verder worden geschetst (zie *infra*, randnr. 288 e.v.). De bijzondere aard van de rechten van de *beneficiary* leiden er in dit verband toe dat Belgische juristen reeds snel concluderen dat de *trust* een opsplitsing van het eigendomsrecht inhoudt, terwijl het naar *common law* niet eens duidelijk is dat er werkelijk een 'splitsing' van het eigendomsrecht voorhanden is (zie bv. *infra*, randnr. 294). De 'rechtstaal' van de Belgische jurist laat evenwel niet toe om buiten de eigen (Romeinsrechtelijke) paradigma's van 'persoonlijke rechten' en 'zakelijke rechten' te denken en dwingt hem om de *trust* in de éne of de andere categorie te plaatsen om er een zinvolle betekenis aan te geven.¹¹⁰ De wetgever van 1804 heeft het onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke rechten immers verabsoluteerd.¹¹¹

Dit voorbeeld schetst duidelijk de bijzondere aard van de problemen die kunnen opduiken wanneer wij ons bezig houden met externe rechtsvergelijking en *a fortiori* wanneer wij rechtsfiguren die enkel in een ander rechtssysteem bestaan, onderzoeken en bestuderen. Dit laatste komt dan eerder neer op een studie van het buitenlandse rechtssysteem zelf. Door hen louter te bekijken vanuit het perspectief van ons eigen rechtssysteem, wordt het andere rechtssysteem tekort gedaan en lopen we het groot risico deze rechtsfiguren verkeerd voor te stellen of

¹⁰⁹ Zie: P. LEGRAND, "Foreign Law: Understanding Understanding", *Journal of Comparative Law* 2011, 67 – 177.

¹¹⁰ Over dit gegeven, zie *infra*, randnr. 403 – 411.

¹¹¹ V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 3.

de verkeerde conclusies te trekken over hun aard en betekenis.¹¹² Hoewel, zoals reeds werd aangegeven, vermoedelijk nooit helemaal tegemoet kan worden gekomen aan deze problematiek, hebben wij ervoor geopteerd om bijzondere juridische terminologie niet te vertalen naar het Nederlands, maar ze weer te geven in hun taal van oorsprong.

34. In het geval van een complexe rechtsfiguur als de *trust*, die, in haar klassieke vorm, bovendien vaak wordt gezien als iets 'typisch Engels', verschijnt deze problematiek in één van haar meest radicale vormen. Erg bekend in dit verband is de stelling van de befaamde Engelse rechtshistoricus FREDERIC WILLIAM MAITLAND, dat de *trust* 'perhaps [...] the most distinctive achievement of English lawyers' is geweest.¹¹³ Ook verklaarde MAITLAND, vermoedelijk met enige vorm van trots, dat zijn Duitse collega OTTO VON GIERKE had te kennen gegeven dat hij de *trust* maar niet kon begrijpen.¹¹⁴

Deze problematiek is ook de Italiaanse rechtsgeleerde MAURIZIO LUPOI niet ontgaan: "a civilian who wishes to understand trusts must try to immerse himself more than is normally necessary under the current comparative law tenets. He must take unusual pains to avoid making immediate, and almost instinctive, comparisons with institutions of the legal system with which he is familiar. He must try to forget any ideas which he may already have on the topic, because there is an extremely high likelihood that the limitations in comparative analysis which have often distinguished the civil-law approach to trusts have rendered these ideas imprecise, and, therefore, misleading."¹¹⁵ Ook de Franse jurist PIERRE LEPAULLE heeft in het verleden gelijkaardige observaties gemaakt (zie *supra*, randnr. 17).

35. Gelet op het feit dat nagenoeg ieder rechtsstelsel wel een *trust* of een aantal 'trustachtige' figuren kent, zou elke jurisdictie in aanmerking kunnen komen voor een externe rechtsvergelijking. Het is dan ook noodzakelijk om een keuze te maken met betrekking tot de onderzochte rechtsstelsels. Daarbij moet nog worden opgemerkt dat op methodologisch vlak een onderscheid wordt gemaakt tussen Deel III en Deel IV van voorliggend onderzoek. Voor wat betreft Deel III van het onderzoek, werd bij de keuze van de te onderzoeken rechtsstelsels, behoudens een enkel geval, in het bijzonder rekening gehouden met rechtsstelsels die het Haagse Trustverdrag hebben geratificeerd. Dit gegeven vormt een eenheidsfactor dat voor de relevante delen van het onderzoek geldt als aanknopingspunt voor het rechtsvergelijkend onderzoek. Voor wat betreft Deel IV van het onderzoek, wat de

¹¹² *A fortiori* bij het bestuderen van een *common law trust* dienen deze gegevens in het achterhoofd te worden gehouden dat voorzichtig moet worden omgesprongen met het al te ondoordacht leggen van verbanden met rechtsfiguren uit *civil law*-stelsels teneinde trustfiguur zoals deze kan worden aangetroffen in *common law*-stelsels, te verklaren.

Cf. K. ZWIGERT, H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 40 met betrekking tot het zogeheten *praesumptio similitudinis*.

¹¹³ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 23.

Zie bv. tevens: D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford, Clarendon Press, 1988, 1.

¹¹⁴ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 23.

¹¹⁵ M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 1.

fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* betreft, werd de rechtsvergelijking principieel anders opgevat, en wordt primair vergeleken met het Nederlandse fiscale stelsel, gelet op de (gedeeltelijk) gedeelde grondslagen van het Nederlandse fiscale stelsel ten aanzien van buitenlandse *trusts* en het actuele Belgische inkomstenbelastingenregime. In wat volgt wordt meer in detail uiteengezet welke buitenlandse rechtsstelsels werden gekozen voor een rechtsvergelijkende civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke analyse.

1. Nederland

36. Het Nederlandse rechtsstelsel is niet enkel interessant vanwege zijn nieuw Burgerlijk Wetboek. Van groot belang is ook de bemerking dat Nederland tevens partij is bij het Haagse Trustverdrag van 1 juli 1985. Daarmee werd in het Nederlandse recht een autonome internationaal privaatrechtelijke verwijzingscategorie voor *trusts* geïntroduceerd. De ratificatie van dit verdrag door Nederland gaf tevens aanleiding tot onderzoek betreffende de wijze waarop en de mate waarin buitenlandse *trusts* kunnen doorwerken binnen de Nederlandse rechtsorde.

Zoals hoger reeds werd opgemerkt onderging ook het Nederlands fiscaal recht een aantal recente ontwikkelingen met betrekking tot de omgang met *trusts* en (buitenlandse) trustachtige structuren. Teneinde een antwoord te bieden aan de bijzondere uitdagingen die deze rechtsfiguren bieden, heeft de Nederlandse wetgever ervoor geopteerd om deze structuren voor belastingdoeleinden te classificeren als een 'afgezonderd particulier vermogen' ('APV') en te voorzien in een eenvormige regeling waarbij het afgezonderd vermogen zelf, en de inkomsten die het genereert, kan worden toegerekend aan Nederlandse belastingplichtigen. Op deze wijze wordt vermeden dat een dergelijk vermogen wordt gezien als een 'zwevend vermogen' dat aan niemand kan worden toegerekend en bijgevolg ook in hoofde van geen enkele persoon belastbaar is. Het APV laat toe om de betrokken vermogensbestanddelen toe te rekenen aan één van de betrokken personen in de juridische constructie en deze persoon aan belastingen te onderwerpen. Het APV doet op het eerste gezicht bovendien sterk denken aan de voorgestelde Belgische 'doorkijkbelasting', in die zin dat het in beide gevallen eveneens een fiscale toerekeningsregeling betreft.

2. Frankrijk

37. Het Franse recht is eveneens belangrijk aangezien het enerzijds een sterke historische link heeft met het Belgische rechtssysteem: beide rechtsstelsels kennen een privaatrecht dat nog steeds in grote mate gebaseerd is op de *Code Napoléon* van 1804. Vanwege deze gedeelde historische basis, maar ook via zijn gezaghebbende rechtspraak en rechtsleer, blijft het Franse recht het Belgische rechtsstelsel beïnvloeden. Met name de gedeelde Napoleontische conceptie van het

eigendomsrecht, en de ontwikkelingen die het Franse zakenrecht heeft doorgemaakt sinds 1804 zijn bijzonder interessant in het kader van voorliggend onderzoek. Eveneens belangrijk is het feit dat de Franse wetgever in 2007 de *fiducie* in de *Code Civil* heeft geïntroduceerd. Deze *fiducie* wordt ook wel beschouwd als één van de voornaamste alternatieven voor het klassieke trustmodel in een continentaal rechtsstelsel. Hoewel de *trust* en de *fiducie* op een aantal punten van elkaar verschillen (zo is de *fiducie*, i.t.t. de *trust* gebaseerd op een contractuele verhouding), kunnen beide rechtsfiguren tot op zekere hoogte worden beschouwd als elkaars functionele equivalent. Bovendien lijkt het Franse rechtsstelsel de laatste jaren enigszins flexibeler om te springen met het zakenrechtelijk *numerus clausus*-beginsel. Zo lijkt het Franse *Cour de cassation* in 2012 en 2016 nog afstand genomen te hebben van dit beginsel in twee arresten van 23 mei en 31 oktober 2012, alsook het arrest van 8 september 2016 (zie uitgebreider *infra*, randnr. 814).¹¹⁶

Anders dan Nederland, heeft Frankrijk het Haagse Trustverdrag van 1 juli 1985 wel ondertekend, maar nooit geratificeerd. Het Franse internationaal privaatrecht kent aldus geen afzonderlijke verwijzingscategorie voor *trusts*. De actuele Franse situatie sluit daarmee aan bij de Belgische situatie vóór de inwerkingtreding van het Belgische WIPR in 2004. Deze gedeelde Napoleontische privaatrechtelijke basis maakt het vanuit een Belgisch perspectief bijzonder interessant om te bestuderen op welke wijze het Franse recht omgaat met de 'erkenning' van buitenlandse *trusts*.

3. Zwitserland

38. Het laatste continentaalrechtelijke rechtsstelsel dat uitgebreid aan bod komt, is het Zwitserse rechtsstelsel. Gelet op de hoger geformuleerde onderzoeksvraag, is het bestuderen van het Zwitserse recht bijzonder interessant, aangezien het Haagse Trustverdrag voor Zwitserland in werking is getreden op 1 juli 2007. Daarmee is Zwitserland, naast bijvoorbeeld Nederland, één van de weinige *civil law*-landen die zijn overgegaan tot een ratificatie van dit verdrag. Daar het Zwitserse privaatrecht op een eerder Germanistische leest is geschoeid, verschilt het Zwitserse rechtsstelsel op een aantal punten op structurele wijze met de eerder genoemde continentale rechtsstelsels, waarvan het privaatrecht een grotere invloed heeft ondervonden van de *Code Napoleon*. Het samenspel van deze elementen maakt het Zwitserse recht tot een interessant rechtsstelsel voor wat betreft de externe rechtsvergelijking die in het kader van het voorliggend onderzoek dient te worden gevoerd. Bijkomend valt nog op dat, in tegenstelling tot wat het geval is in Nederland, de ratificatie van het Haagse Trustverdrag ook heeft

¹¹⁶ Cass. Fr. 31 oktober 2012, *Recueil Dalloz* 2012, 2596; Cass. Fr. 23 mei 2012, *Bull.civ.*, III, nr. 84. In het eerste arrest leek het *Cour de cassation* aan te geven dat 'ordre public' de enige beperking op de vestiging van zakelijke rechten zou zijn. In het tweede arrest erkende het Hof een nieuw zakelijk recht dat een eeuwigdurend recht op exploitatie verleent. Zie ook *infra*, randnr. 814.

Zie tevens: Cass. Fr. 8 september 2016, *RTD Civ.* 2016, 894 (met noot W. DROSS), *RDI* 2016, 598 (met noot J-L. BERGEL).

geleid tot het aanpassen van enkele regels van Zwitsers materieel recht, teneinde op een betere wijze te kunnen omgaan met buitenlandse *trusts*. Zo werden enkele bepalingen van het Zwitserse insolventierecht afgestemd op het gebruik van buitenlandse trustverhoudingen.

Bovendien heeft de ratificatie van het Haagse Trustverdrag door Zwitserland, zoals hoger (*supra*, randnr. 15) reeds is gebleken, aanleiding gegeven tot heel wat academisch onderzoek. Ook in de Zwitserse rechtspraak kunnen verschillende interessante toepassingsgevallen worden aangetroffen.

4. Engeland en Wales, alsook de Verenigde Staten van Amerika

39. Tot slot is het Engelse recht als *common law*-rechtsstelsel erg relevant voor het voorliggende onderzoek, aangezien de *trust* kan worden beschouwd als één van de belangrijkste bijdragen die de *common law*-rechtsstelsels hebben geleverd aan de rechtswetenschap (zie *supra*, randnr. 34). Sinds zijn conceptie in het middeleeuwse Engelse recht heeft de *trust* reeds een lange weg afgelegd en geldt hij daarom als een gevestigde waarde in het Engelse recht. Wegens zijn langdurig bestaan heeft de *trust* in Engeland eveneens aanleiding gegeven tot het ontstaan van een ontzagwekkende hoeveelheid wetgeving, rechtspraak en rechtsleer omtrent een grote hoeveelheid aan problemen die zich kunnen voordoen in de verhoudingen tussen *settlor*, *trustee* en *beneficiary*, en de daarvoor geboden oplossingen. Vandaag is dit niet slechts het geval voor het Engelse recht, maar eveneens voor het Amerikaanse recht. Beide rechtssystemen dienen daarom te worden onderzocht, zodat kan worden vastgesteld op welke wijze zij omgaan met de *trust*. De oplossingen die zij bieden voor de specifieke problemen die gepaard gaan met fiduciaire verhoudingen in trustachtige structuren zouden in dit verband kunnen dienen als een inspiratiebron. Bovendien hebben beide rechtssystemen een eeuwenlange ervaring in de omgang met de *trust* in belastingzaken en zijn zij er in geslaagd om de *trust* eveneens te integreren in hun belastingrecht. De wijze waarop beide rechtsstelsels omgaan met de *trust* in een fiscale context kan eveneens zeer leerzaam zijn.

5. Overige rechtsstelsels: selectieve rechtsvergelijking

40. In de loop van het onderzoek zal op incidentele basis een rechtsvergelijkende uitstap worden gemaakt naar andere dan de hoger genoemde rechtsstelsels. Het is evenwel niet de bedoeling om deze rechtsstelsels op structurele wijze in het gevoerde onderzoek te betrekken. Zij worden dan ook enkel op incidentele basis in het onderzoek betrokken, op punten waar dit dienstig blijkt. Het kan daarbij in de eerste plaats gaan om rechtsordes die ook een trustvariant kennen, maar waarbij deze in mindere of meerdere mate afwijkt van het klassiek Engelse trustmodel. Hier kan gedacht worden aan de zogenaamde *offshore*-

trustjurisdicties, zoals de Kaaimaneilanden, Jersey, Guernsey, etc, alsook aan gemengde rechtsstelsels ('*mixed jurisdictions*') als Schotland, Québec en Zuid-Afrika. Op nog andere vlakken worden ook andere continentaalrechtelijke rechtsstelsels incidenteel in het onderzoek betrokken. Het gaat hierbij onder meer over het Duitse, het Luxemburgse en het Italiaanse recht. Daarbij kan worden genoteerd dat ook Luxemburg en Italië het Haagse Trustverdrag hebben geratificeerd, zodat ook uit inspiratie kan worden geput uit de ervaringen die deze rechtsstelsels hebben met het gebruik van buitenlandse *trusts*. Een nadere verantwoording voor het op deze wijze incidenteel betrekken van andere rechtsstelsels in het onderzoek, blijkt per rechtsstelsel afzonderlijk uit de hoofdtekst op die punten waar zij in het onderzoek werden betrokken.

C. Rechtshistorische onderzoeksmethode

41. Doorheen het onderzoek zal aandacht worden besteed aan de historische ontwikkeling van de *trust* binnen het Engelse rechtssysteem. Een goed begrip van de *trust* veronderstelt immers kennis van haar historische ontwikkeling. Een groot aantal bijzonderheden van deze rechtsfiguur kan pas worden verklaard wanneer ze worden gekaderd in de historische context waarbinnen de *trust* tot wasdom is gekomen. Deze onderzoeksmethode heeft dus vooral tot doel om de '*state of the art*' te kaderen en te verklaren. Er zal aansluiting en ondersteuning worden gezocht bij het reeds bestaande rechtshistorisch onderzoek.

IV. Opbouw van het onderzoek

42. Het onderzoek bestaat uit vier delen.

Deel I vormt een algemene voorstelling van het onderzoek. Dit deel van het onderzoek omvat zodoende de probleemstelling, de voorstelling van het voorwerp en doel van het onderzoek, de onderzoeksvraag, de afbakening van het onderzoek, alsook de methodologie en de opbouw van het onderzoek.

Zoals hoger reeds bleek, werd de centrale onderzoeksvraag onderverdeeld in vier subonderzoeksvragen. In Delen II tot en met IV wordt vervolgens voor elk van de vier subonderzoeksvragen een antwoord geboden. In het eindbesluit worden de antwoorden op deze subonderzoeksvragen samengebracht, met het oog op de beantwoording van het hoofdonderzoeksvraag. Uit wat volgt blijkt dat de afzonderlijke subonderzoeksvragen als een rode draad doorheen de drie substantiële delen van voorliggend onderzoek lopen.

43. In Deel II van voorliggend onderzoek zal worden ingegaan op de vraag welke rechtsbetrekking de Angelsaksische *trust* net is. Hoofdstuk I fungeert hierbij als inleiding tot dit deel. Hoger (*supra*, randnr. 8) werd reeds aangegeven dat de *trust* een zeer bijzondere rechtsbetrekking is. *Civil law*-juristen hebben in de regel dan ook heel wat moeite om deze rechtsfiguur te doorgronden. Deel II van voorliggend onderzoek correspondeert aldus met de eerste subonderzoeksvraag.

Teneinde de Angelsaksische *trust* te kunnen begrijpen, moeten wij eerst en vooral weten hoe zij is ontstaan en welke ontwikkelingen haar de vorm hebben gegeven die zij vandaag aanneemt. Het wezen van de Angelsaksische *trust* is nauw verbonden met haar historische oorsprong. Deze evolutie wordt geschetst in Hoofdstuk II. Het oogmerk van dit hoofdstuk bestaat er aldus in om een goed begrip van de volgende hoofdstukken mogelijk te maken door middel van het aanreiken van een aantal rechtshistorische bouwstenen. Tegelijk beoogt dit hoofdstuk om te voorzien in bijkomende achtergrondinformatie en het scheppen van context.

In Hoofdstuk III wordt de *trust* vervolgens ingebed in een bredere juridische context. De *trust* wordt (historisch) geacht nauw verbonden te zijn met het – conceptueel niet zo sterk uitgewerkte – eigendomsconcept in de klassieke *common law*. Enige achtergrondkennis hiervan is dan ook noodzakelijk om de aard en de functie van de *trust* te begrijpen. De bevindingen met betrekking tot het Engelse recht worden vervolgens gecontrasteerd met de ontwikkelingen in de onderzochte *civil law*-stelsels.

In Hoofdstuk IV staat de *trust* zoals zij vandaag juridisch wordt vormgegeven centraal. In dit hoofdstuk wordt met name nagegaan hoe de *trust* best kan worden omschreven, voor welke doeleinden zij wordt aangewend, op welke wijzen haar onderscheiden verschijningsvormen kunnen worden ingedeeld en wat de juridische inhoud is van de belangrijkste regels van het hedendaagse Angelsaksische trustrecht. Tevens komen in dit hoofdstuk de belangrijkste aspecten van de

rechtsbetrekkingen binnen de *express private trust* aan bod. Dit hoofdstuk bevat vanuit zijn aard tevens enkele aspecten die eerder omschrijvend van aard zijn. Echter, in het kader van een breder onderzoek waarbij de *trust* geldt als onderzoeksvoorwerp, valt hieraan niet te ontsnappen. Een rode draad doorheen dit onderzoek vormt de vaststelling dat *trusts* bijzonder caleidoscopische rechtsfiguren zijn, die in vele vormen en gedaanten kunnen voorkomen. Verder onderzoek over *trusts* kan pas op zinnige en gezaghebbende wijze worden gevoerd, wanneer wij een voldoende diepgaand beeld geschetst hebben van het onderzoeksvoorwerp zelf. Zulks vormt zelfs een grondvoorwaarde voor het kunnen voeren van verder onderzoek naar (de juridische gevolgen van) het gebruik van deze rechtsfiguur. Immers, indien deze basis ontbreekt, is geen referentiepunt voorhanden waaraan de volgende delen van het onderzoek kunnen worden getoetst.

In Hoofdstuk V worden de bouwstenen uit de vorige hoofdstukken aangewend om te ontwaren hoe de Angelsaksische *trust* functioneert, en welke bijzondere kenmerken en functies haar kenmerken als onderscheiden rechtsfiguur. In dit hoofdstuk wordt aldus beoogd om de *trust* te begrijpen op een manier die een klassieke juridische beschouwing van het trustrecht niet toelaat. Hiertoe zal de *trust* vanuit verschillende rechtseconomische en organisatierechtelijke perspectieven worden beschouwd. De inzichten die uit dit hoofdstuk naar voren komen, zullen vervolgens in Delen III en IV van voorliggend onderzoek worden meegenomen.

44. In Deel III van het onderzoek zal worden ingegaan op de vraag of, en desgevallend op welke wijze, het gebruik van Angelsaksische *trusts* kan worden ingepast in het Belgische burgerlijk recht. Dit Deel correspondeert daarmee met de tweede subonderzoeksvraag.

In Hoofdstuk I, dat fungeert als inleiding tot het derde deel van voorliggend onderzoek, zal eerst worden stilgestaan bij het fenomeen '*trust*' als vreemde rechtsfiguur, bekeken vanuit het perspectief van een *civil law*-stelsel.

Vervolgens zal in Hoofdstuk II worden vertrokken vanuit de vraag welke voorwaarden het Belgische IPR, alsook de op België van toepassing zijde Europese IPR-instrumenten, stellen aan de erkenning van Angelsaksische *trusts*. Hierbij wordt ook de (schaarse) rechtspraak op dit vlak mee in rekening genomen. Ook zal worden onderzocht welke rechtsgevolgen het gebruik van een Angelsaksische *trust* in de Belgische rechtsorde kan hebben. Hiertoe moet worden nagegaan welke de belangrijkste civielrechtelijke beperkingen zijn die worden gesteld aan het gebruik van Angelsaksische *trusts*, en welke limieten deze beperkingen (mogelijks) impliceren aan de rechtsgevolgen die deze *trusts* in de Belgische rechtsorde kunnen hebben. Gelet op de afwezigheid van enig (diepgaand) bestaand onderzoek naar de interactie tussen het internationaal privaatrecht en het materieel burgerlijk recht in België, zal in de eerste plaats inspiratie worden gezocht in buitenlandse ervaringen met het Haagse Trustverdrag. Uit de parlementaire geschiedenis van de bepalingen inzake *trusts* in het Belgische WIPR blijkt immers dat deze bepalingen in belangrijke mate zijn geïnspireerd op de bepalingen van het Haagse

Trustverdrag.¹¹⁷ Op basis van dit rechtsvergelijkend onderzoek kan vervolgens de Belgische situatie worden onderzocht en in kaart worden gebracht. Daarbij zal in het bijzonder de aandacht uitgaan naar de vraag in hoeverre buitenlandse *trusts* kunnen 'doorwerken' binnen de Belgische rechtsorde en in welke mate zij eventueel in conflict kunnen komen met de dwingende regels van het Belgische goederenrecht en het Belgische erfrecht. Vanuit deze inzichten zal vervolgens worden vastgesteld hoe en in welke mate buitenlandse *trusts* kunnen 'doorwerken' binnen de Belgische rechtsorde.

45. Deel IV van voorliggend onderzoek betreft tot slot de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* door Belgische rijksinwoners. Hoofdstuk I van het vierde deel fungeert als inleiding op dit vierde deel van het onderzoek.

In Hoofdstuk II van Deel IV wordt de verhouding tussen het Belgische fiscaal recht en het burgerlijk recht onderzocht. Hoofdstuk II van dit vierde deel biedt daarmee een algemeen kader voor de beoordeling van de fiscale gevolgen die het gebruik van Angelsaksische *trusts* door Belgische belastingplichtigen met zich meebrengen. Hoger (*supra*, randnr. 14) werd immers gesteld dat de fiscaalrechtelijke gevolgen van het gebruik mede per hypothese moeten worden onderzocht in het licht van de verhouding tussen het Belgische fiscaal recht met de onderliggende juridische civielrechtelijke realiteit. Daartoe is echter vereist dat deze verhouding eerst nader wordt onderzocht. Dit hoofdstuk vormt aldus een scharnier tussen Delen II en III en de overige hoofdstukken van Deel IV van voorliggend onderzoek. Centraal staat de vraag of, en in welke mate, het Belgisch fiscaal recht zich ent op de onderliggende juridische realiteit, en of het de wetgever vrij staat om van vastgestelde principiële verhouding af te wijken. Bovendien moet worden vastgesteld of het antwoord hetzelfde luidt, wanneer de onderliggende (civielrechtelijke) juridische realiteit niet wordt gevormd door het Belgische burgerlijk recht, maar door een buitenlands rechtsstelsel. Tevens wordt de kwestie inzake de 'autonomie' van het fiscaal recht in dit hoofdstuk nader beschouwd. Dit hoofdstuk correspondeert daarmee met de derde subonderzoeksvraag en vormt een 'scharnier' tussen Delen II en III en het vervolg van Deel IV.

In Hoofdstuk III worden vervolgens de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* op het vlak van de registratie-, schenk- en erfbelastingen in ogenschouw genomen, teneinde de vierde subonderzoeksvraag te beantwoorden. Daarbij wordt principieel vertrokken vanuit de bevindingen van het onderzoek dat werd gevoerd in het eerste hoofdstuk van Deel IV. Noch de Belgische wetgever, noch de onderscheiden decreetgevers hebben in het raam van deze takken van het fiscaal recht bijzondere fiscale wetsbepalingen ingevoegd met betrekking tot de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts*. Onderzocht wordt of, en desgevallend onder welke voorwaarden, er reeds fiscale wetsbepalingen bestaan die toelaten om binnen deze fiscale context tot belastingheffing te besluiten, welke juridische knelpunten daarbij rijzen en dergelijke meer. Ook de vraag wie moet

¹¹⁷ A. BONOMI, P. WAUTELET m.m.v. I. PRETELLI, A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions*, Brussel, Bruylant, 2016, 119.

worden aangemerkt als belastingplichtige wordt daarbij mee in ogenschouw genomen. De vraag kan immers rijzen of een trustverhouding als een afzonderlijke belastingplichtige kan worden beschouwd, gelet op de civielrechtelijke kenmerken van deze rechtsverhouding die werden vastgesteld in Delen II en III van voorliggend onderzoek.

In Hoofdstuk IV worden de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* op het vlak van de inkomstenbelastingen onderzocht. Daarbij gaat in de eerste plaats de aandacht uit naar de vraag wat deze fiscale gevolgen voor wat betreft de inkomstenbelastingen zouden zijn, abstractie gemaakt van de kaaimantaks. Opnieuw zal daarbij worden vertrokken vanuit de principes die de verhouding tussen het Belgisch fiscaal recht en de onderliggende (civielrechtelijke) juridische realiteit beheersen. Daatbij wordt vertrokken vanuit de civielrechtelijke kenmerken van de *trust*, zoals vastgesteld in Delen II en III van voorliggend onderzoek. Daarbij wordt eerst vastgesteld of een *trust* kan of moet worden beschouwd als een afzonderlijk belastbare entiteit voor wat betreft de Belgische inkomstenbelastingen. Hierbij worden eerst de zogeheten fiscale classificatieregels in ogenschouw genomen. Op grond van de conclusie die uit het voorgaande voortvloeit, wordt vervolgens onderzocht op welke wijze de trustverhouding en/of de daarbij betrokken actoren in de belastingheffing konden worden betrokken. Vervolgens worden de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* onderzocht, zoals deze zich aandienen sinds de inwerkingtreding van de kaaimantaks. In de mate dat de kaaimantaks kan worden beschouwd als een autonoom fiscaalrechtelijk regime dat een breuk met de onderliggende (civielrechtelijke) juridische realiteit impliceert, kan hieruit een belangrijk contrast blijken met het voorgaande.

Tot slot moet worden opgemerkt dat Deel IV van voorliggend onderzoek niet beoogt om iedere denkbare fiscale rechtsvraag die het gebruik van buitenlandse *trusts* met zich kan meebrengen te beantwoorden. Gelet op de bijzonder kneedbare aard van de *trust* als rechtsfiguur is zulks overigens niet mogelijk. Door middel van het onderzoeken van de fiscale vraagstukken die aan de oppervlakte komen wanneer deze kwestie wordt beschouwd in het licht van de principiële verhouding tussen het Belgisch fiscaal recht en de onderliggende juridische realiteit, kan echter een methode worden aangereikt op basis waarvan andere fiscale vragen over hetzelfde onderwerp kunnen worden opgelost door een beroep te doen op de in dit onderzoek uiteengezette internationaal privaatrechtelijke en civielrechtelijke analyse uit Delen II en III. Omdat wordt vertrokken vanuit de principiële verhouding tussen het Belgisch fiscaal recht met de onderliggende juridische realiteit, kan deze methode desgevallend ook worden toegepast op andere gevallen.

Deel II: Kwalificatie van de Angelsaksische trust

"I can't understand your trust" – OTTO VON GIERKE

In F.W. MATTLAND, *Equity*

I. Inleiding

46. Over de Angelsaksische *trust* is in de Belgische rechtsleer reeds heel wat geschreven.¹¹⁸ Toch blijft het voor veel juristen een enigszins vreemd aandoende rechtsfiguur, die op gespannen voet staat met een aantal fundamentele beginselen van het Belgische goederenrecht. Meer bepaald zou de *trust* een 'opsplitsing' van het eigendomsrecht inhouden¹¹⁹, waarbij de *trustee* de *juridische eigendom* verkrijgt en de *beneficiary* een de *economische eigendom* van de onder trustverband gebrachte goederen (ook wel *beneficial title* en *equitable title* genoemd). In zoverre dat meer dan één persoon eigendomsaanspraken verkrijgt met betrekking tot de trustgoederen houdt dit een schending in van het beginsel van exclusiviteit van het eigendomsrecht. Ook zou de trustfiguur in aanvaring komen met het eeuwigdurend karakter van het eigendomsrecht¹²⁰, omdat het *a priori*¹²¹ bedoeld is als een tijdelijke vorm van eigendom. Veel *trusts* zijn immers

¹¹⁸ Een kleine greep uit de bestaande rechtsleer: A-L. VERBEKE, "Trusts in België: liaisons dangereuses", *TPR* 2012, 704; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1247 – 1250; I. SAMOY, *Middellijke Vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 501 e.v.; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 227 - 231; S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 134p; M. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 703 – 814; M.E. STORME, "Vertrouwen is goed, dual ownership is beter. Elf essentialia bij de invoering van trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgische recht", *RW* 1996 – 1997, 137 - 154; J.H. HERBOTS, "Pleidooi voor de invoering in België van het fiduciaire contract naar het trustnabootsende Franse model", *RW* 1993 – 1994, 313 e.v.; J.L. JEGHERS, "La difficile intégration du trust anglo-saxon en droit civil belge", *Rev.not.b.* 1991, 311 - 337; H. SWENNEN, "Trustachtige figuren in België?", *TPR* 1992, 1100 e.v.; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 29; L. WEYTS, "To trust or not to trust: het notariaat geconfronteerd met deze Angelsaksische rechtsfiguur, from the frontdoor to the backdoor", *T.Not.* 2017, 389 – 402.

¹¹⁹ Bv. J.M. SMITS, *Europees privaatrecht in wording: naar een ius commune Europaeum als gemengd rechtssstelsel*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 263. Zie verder, *infra*, randnr. 219 e.v.

¹²⁰ M. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 710 – 11.

¹²¹ M. MUYLLE, "Het eeuwigdurend karakter van het eigendomsrecht. Oude materie, nieuwe perspectieven", *RW* 2013 – 2014, 4 – 16.

niet bedoeld om voor eeuwig te blijven bestaan¹²². Bovendien laat het welgekende *numerus clausus*-beginsel, dat inhoudt dat geen nieuwe zakelijke rechten kunnen worden geschept door de partijen bij een overeenkomst¹²³, niet toe dat partijen een nieuw zakelijk recht in het leven roepen. Dit prerogatief komt enkel de wetgever toe (zie daarover: *infra*, randnr. 810 e.v.). Bijgevolg dienen de partijen te kiezen uit een door de wetgever voorgeschreven reeks zakelijke rechten, waarbij niet kan worden afgeweken van een aantal inhoudelijke criteria en vereisten die de wetgever aan elk specifiek zakelijk recht verbindt.¹²⁴ Indien de partijen dit toch doen, is er geen sprake meer van een zakelijk recht, maar van een persoonlijk recht, dat de bijzondere juridische gevolgen van zakelijke rechten ontbeert.¹²⁵ Bovendien heeft de trustfiguur, wanneer wij deze bekijken door de bril van ons eigen goederenrechtelijk systeem, nog enkele andere problematische goederenrechtelijke aspecten. Te denken valt aan de vereiste dat zakelijke rechten te allen tijde een titularis dienen te hebben en het beginsel van ondeelbaarheid van het vermogen.

47. Het doel van voorliggend Deel is echter niet om de *trust* te benaderen vanuit een Belgisch perspectief en deze uit te leggen in juridische termen waarmee de Belgische jurist vertrouwd is, maar wel het omgekeerde. Teneinde 'recht' te kunnen doen¹²⁶ aan de *trust* als buitenlands juridisch concept wordt deze zo veel als mogelijk besproken als buitenlandse rechtsfiguur. Dit vormt ook de reden waarom, zoals hoger (*supra*, randnr. 33) reeds werd aangegeven, Engelse juridische termen in de regel geen Nederlandstalige vertaling krijgen. Zij worden daarentegen in het Engels geciteerd. Dit zijn, zoals alle juridische termen, woorden

¹²² Heel wat *common law* rechtsstelsels kennen zelfs regels tegen zgn. *perpetuities*, die overigens zeer complex kunnen zijn, zie: *infra*, randnr. 225 e.v.

¹²³ S. VAN ERP, "Chapter one. General Issues: Setting the Scene" in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2012, 65; M. STORME, "Zekerheidsoverdracht, *numerus clausus* van zakelijke rechten, en andere zekerheidsmechanismen na cassatie-arrest van 17 oktober 1996" (noot onder Cass. 17 oktober 1996), *RW* 1996 – 1997, 1399.

¹²⁴ In het Duitse recht spreekt men respectievelijk van *Typenzwang* en *Typenfixierung*. Partijen kunnen immers een contractuele invulling geven aan hun zakelijk recht, maar dienen de wezenlijke kenmerken van het zakelijk recht waarnaar zij zich richten, te eerbiedigen. Zie: V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht' in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 16; K. SWINNEN, "Het nutsvereiste bij erfdiensbaarden: one of a kind?", *TPR* 2015, 1224 – 1225; J. VAN DE VELDE, *Timesharing van onroerend goed: een rechtsvergelijkende en rechtseconomische analyse*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 112; M.E. STORME, "Zekerheden- en insolventierecht", Gent-Mariakerke 2016, 30 – 32, beschikbaar op:

<https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/Insolventierecht2015.pdf>

¹²⁵ Er kan wel worden gewezen op recente ontwikkelingen die het *numerus clausus*-beginsel enigszins afzwakken, zie: V. SAGAERT, R. JANSEN, "Goederenrecht: de gestage groei naar een conventioneel vermogensrecht", *RW* 2010 – 2011, 68 – 73; B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 657p.; V. SAGAERT, "Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van vermogensrechten", *TPR* 2005, 983 – 1086; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 277 e.v.

Zie ook *infra*, randnr. 814 e.v.

¹²⁶ P. LEGRAND, "Foreign Law: Understanding Understanding", *Journal of Comparative Law* 2011, 155 – 156.

met een bepaalde juridische 'lading', waaraan de Belgische jurist meteen een aantal connotaties, ideeën en gevolgtrekkingen verbindt die op hun beurt worden gekleurd en ingevuld vanuit de eigen juridische traditie. Zo zal bijvoorbeeld duidelijk worden waarom het niet zinvol is om, vanuit een continentaalrechtelijk perspectief, te spreken over 'gesplitste eigendom' van de onder trustverband gebrachte goederen, terwijl het vanuit een Engels perspectief misschien wel zinvol(ler) is om te spreken over 'dual ownership'.

De Angelsaksische *trust*, als voortbrengsel van het voor continentale juristen zeer vreemd aandoende *equity*, is bij uitstek een voorbeeld van hoe verschillend een buitenlands rechtstelsel wel kan zijn. Het voorgaande geldt net vanwege haar inbedding in de historische, politieke, sociale en epistemologische context van het *equity*-recht - en de Engelse *common law* in het algemeen -, waarmee continentale juristen in de regel weinig voeling hebben. Voor een goed begrip van de aangehaalde Angelsaksische juridische concepten wordt, waar nodig, wel een analogie gemaakt met juridische concepten die de Belgische jurist welbekend zijn.

48. De *trust* is vermoedelijk één van de meest complexe rechtsfiguren die kan worden aangetroffen in de hedendaagse rechtswereld. Om tot een goed begrip te komen van de *trust*, en *equity* in het algemeen, is het daarom nodig, *a fortiori* voor juristen die niet gevormd zijn in een *common law*-stelsel, dat wij ons dieper onderdompelen in deze materie dan voor een rechtsvergelijkend onderzoek of enige andere studie van buitenlands recht meestal noodzakelijk is.¹²⁷ De *trust* vormt op het eerste gezicht een relatief eenvoudige structuur, waar vooral de hoedanigheden van *settlor*, *trustee* en *beneficiary* centraal staan. Dit is evenwel slechts schijn. Achter deze façade van eenvoud gaat een unieke en uitermate complexe rechtsfiguur schuil, die zelfs in de *common law*-wereld nog steeds aanleiding geeft tot vurige debatten en uitvoerende juridische analyses (zie bv. *infra*, randnr. 286 e.v.). De trustfiguur doet kennelijk niet alleen vreemd aan wanneer zij wordt bekeken door een civielrechtelijke bril.

49. Deze vaststelling verantwoordt dat wij eerst het onderzoeksvoorwerp van voorliggend onderzoek zelf op diepgaande wijze dienen te bestuderen. Over de *trust*, ook wanneer het gebruik daarvan beoordeeld wordt vanuit een Belgisch perspectief, kunnen pas zinnige uitspraken worden gedaan wanneer wij eerst voldoende begrip hebben van het wezen van deze rechtsfiguur. Een goed begrip van de *trust* houdt in dat wij kunnen verklaren *wat* deze rechtsfiguur doet, *hoe* deze rechtsfiguur dit doet en *waarom* deze rechtsfiguur dit doet.

Dit is geen eenvoudige opgave. *Trusts* zijn bijzonder caleidoscopische rechtsfiguren, zodat enige kennis van deze verschillende facetten noodzakelijk is om een compleet beeld te kunnen vormen van deze rechtsfiguur. Teneinde

¹²⁷ M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 1.
Zie in dit verband ook: P. LEPAULLE, "An Outsider's View Point of the Nature of Trusts", *Cornell Law Quarterly* 1928, 52 – 53.

werkelijk te kunnen begrijpen waarover wij het hebben, komen daarom de volgende aspecten van de Angelsaksische¹²⁸ trustfiguur aan bod:

Eerst wordt een schets gemaakt van de historische ontwikkeling van de *trust*. Een goed begrip van de *trust* is immers onmogelijk wanneer de ontstaansgeschiedenis en ontwikkeling niet ogenschouw worden genomen (Hoofdstuk II).¹²⁹ Tegelijk beoogt dit hoofdstuk om te voorzien in bijkomende achtergrondinformatie en om context te scheppen. Zo zal onder andere blijken dat het fiscale wantrouwen ten aanzien van *trusts* bepaald geen nieuw fenomeen is en dat *trusts*, terecht of onterecht, aanleiding hebben gegeven tot één van de eerste historische voorbeelden van 'antimisbruikwetgeving'.

Vervolgens komt het eigendomsbegrip binnen de *common law* ter sprake. *Trusts* worden immers vaak, terecht of onterecht, geacht een bijzondere soort 'splitsing' of 'fragmentering' van het eigendomsrecht in te houden. Teneinde deze problematiek ten volle te kunnen begrijpen, is ook hier enige achtergrondkennis omtrent het eigendomsconcept binnen de *common law* noodzakelijk. Op deze wijze wordt de trustfiguur overigens in een bredere juridische context geplaatst (Hoofdstuk III).

Daarna wordt een beeld geschetst van functies van de hedendaagse Angelsaksische *trust*, alsook van de belangrijkste aspecten van het hedendaagse trustrecht. De bedoeling van deze bijdrage is overigens niet om een exhaustief beeld te geven van het vigerende trustrecht. Dit zou niet mogelijk zijn binnen het bestek van voorliggend onderzoek. De verschillende vuistdikke handboeken die reeds over dit onderwerp werden geschreven, geven met betrekking tot de huidige '*state of the art*' een veel uitgebreider beeld dan binnen het raam van voorliggend onderzoek mogelijk is. Getracht wordt wel om te voorzien in een voorstelling van de essentiële regels van de Angelsaksische trustverhouding, zodat de belangrijkste rechtsverhoudingen die binnen een trust spelen, kunnen worden uitgeklaard. (Hoofdstuk IV).

Met het voorgaande zal evenwel nog maar een aanzet tot antwoord zijn geboden op de vraag naar hoe deze regels in elkaar passen en hoe zij de *trust* als rechtsfiguur doen functioneren. De verschillende rechtsverhoudingen binnen de *trust* zullen daarom vervolgens functioneel worden geanalyseerd vanuit een aantal

¹²⁸ Uit het onderstaande zal nog blijken dat tussen de traditionele Engelse trustfiguur en zijn Amerikaanse tegenhanger een steeds grotere verwijdering optreedt. O.i. liggen beide rechtsfiguren nog steeds voldoende dicht bij elkaar om een gezamenlijke bespreking ervan te verantwoorden. Waar relevant zal worden gewezen op de verschillende beide rechtsfiguren.

LUPOI maakt in dit verband overigens een onderscheid tussen de traditionele trustfiguur en de vele (internationale) varianten daarvan die in heel wat andere jurisdicties kunnen worden teruggevonden. Behoudens wanneer anders wordt aangegeven, spitst onze bespreking zich toe op de traditionele trustfiguur. Zie: M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 5 – 8.

¹²⁹ W. SWADLING, "Chapter 4: General Principles" in A. BURROWS (ed.), *English Private Law*, 3rd edition, Oxford, Oxford University Press, 2013, 210.

verschillende invalshoeken, waarbij het organisatierechtelijke perspectief centraal zal staan (Hoofdstuk V).

II. Historische schets van de trust

A. Achtergrond

1. Het feodale leenstelsel

50. Een eerste bouwsteen voor een goed begrip van de trustfiguur, alsook voor een goed begrip van het hedendaagse Engelse goederenrecht (zie *infra*, randnr. 113 e.v.), is een inzicht in het middeleeuwse Engelse recht.

51. Na de Slag bij Hastings in het jaar 1066 na Christus werd WILLEM DE VEROVERAAR de eerste Normandische koning van Engeland. Gedurende zijn koningschap voerde hij in Engeland het leenrechtelijke stelsel¹³⁰ in. In dit stelsel was de koning de absolute 'eigenaar' van alle grond in zijn koninkrijk.¹³¹ De koning gaf vervolgens gronden in leen aan zijn vazallen. Het geven van land aan zo'n vazal of leenman kreeg de benaming *fee mee*, ontleend aan het Latijnse *feodum*. Hieraan ontleent de term 'feodaal' dan ook zijn oorsprong. Pas later verstond men onder *fee* niet meer het geven van de grond zelf als tegenprestatie, maar ging de *fee* het (erfelijke) gebruiksrecht op de grond zelf aanduiden.

52. De vazallen gaven op hun beurt de grond opnieuw leen aan onderleenmannen, waardoor een keten van verhoudingen ontstond, met aan het hoofd de koning en aan de onderzijde diegenen die het land effectief in bezit hadden. De wederdiensten die werden verleend voor het in leen geven van het land (*tenures* genoemd) bestonden aan de bovenkant van de keten vooral uit drie soorten categorieën: militaire diensten, persoonlijke diensten en religieuze diensten.¹³² Aan de onderzijde konden de desbetreffende diensten bijna om het even welke vorm aannemen. Later werden de diensten evenwel meer vergoed in geld, dan met gronden. Belangrijk is hierbij te beseffen dat noch de leenheer, noch de leenman en zelfs niet de koning gold als 'eigenaar', in de juridisch-abstracte zin zoals wij deze vandaag kennen. Er werd eerder gedacht in termen van feitelijke

¹³⁰ Deze term is evenwel op zich reeds een anachronisme, daar het gewoon een modern etiket is voor de bundeling van enkele gemeenschappelijke kenmerken van het middeleeuwse recht. Vóór het koningschap van Willem de Veroveraar bestonden er ook reeds feodale instituties, zij het minder uitgesproken. Zie: J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History, 4th Edition*, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 223-224.

¹³¹ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History, 4th Edition*, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 224. Het gebruik van het woord 'eigenaar' is op zich eveneens een anachronisme, aangezien niemand in de feodale wereld een zinvolle betekenis kon worden beschouwd als 'eigenaar' van alle gronden. *Ibid*, 230.

¹³² J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History, 4th Edition*, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 226-227. Voorbeelden zijn respectievelijk: het ter beschikking stellen van soldaten en wachten, het verlenen van persoonlijke diensten aan de koning zelf of het ter beschikking stellen van goederen aan de koninklijke bureaucratie en het bidden voor de ziel van de leenheer.

noties, zoals *seisin*¹³³, waarmee werd bedoeld dat men in het bezit¹³⁴ was een stuk grond in de hoedanigheid van leenman. Daar tegenover stond dat de diensten die leenmannen en onderleenmannen dienden te verlenen zélf ook het onderwerp van *seisin* werden, en dat er dus niet meer kon worden gesproken van diensten die werden verleend op enige 'contractuele' basis. De diensten werden dus zelf het onderwerp van 'bezit' van de leenheer.¹³⁵ Bekeken vanuit een hedendaags perspectief was het aldus de verbintenis die gold als het centraal concept in het middeleeuwse goederenrecht.¹³⁶ De bevoegdheden en 'rechten' met betrekking tot het land werden niet los gezien van persoonlijke verbintenissen tussen individuen.¹³⁷

53. In beginsel gold de regel dat de leenman de *seisin* kreeg gedurende heel zijn leven, en dus een *tenant for life* was, zodat de heer het land terugkreeg na het overlijden van de *tenant*. De *common law* ontwikkelde evenwel ook verdergaande *tenancies*, waarbij de erfgenamen van een overleden leenman het recht kregen om hem op te volgen. Deze regeling werd al snel de meest populaire. Zodanig zelfs dat het woord *fee* na een tijd zijn oorspronkelijke betekenis verloor en in de plaats daarvan een erfbare *tenancy* aanduidde. Een *tenancy in fee* werd aldus een *tenancy* die van rechtswege overging op de erfgenamen van de leenman.

54. Ook was de verkrijging van de grond afhankelijk van de door de leenheer gestipuleerde voorwaarden waaronder de grond in leen was gegeven. Hierbij kon dus eveneens grond in leen worden gegeven voor een beperkte duur. Bij een *tenancy for life* bleef de *inheritable fee* (het erfbare recht om het land te mogen gebruiken) bij de leenheer. In dit geval werd het recht om *seisin* over de grond te hebben dus temporeel opgedeeld. De leenman bleef in *seisin* tot zijn overlijden. Bij dat overlijden kreeg de leenheer de *seisin* terug. De idee dat het mogelijk was om *interests* (belangen) in grond op te delen in huidige en toekomstige belangen en in belangen van onderscheiden duur, gaf aanleiding tot het gebruik van het woord *estate* door Engelse rechtsgeleerden.¹³⁸ De voorwaarden waaronder de grond werd verkregen bepaalde immers de *status* van zijn recht. Hiervan werd dan ook het

¹³³ Dit doet sterk denken aan de term 'saisine' die bij ons in het erfrecht een belangrijke rol vervult. Meer bepaald wordt hiermee bedoeld op het recht van erfgenamen en algemene legatarissen om het bezit te nemen van de goederen, rechten en rechtsoverdrachten van de overledene, zelfs zonder dat daartoe enige formaliteit dient te worden vervuld.

Zie daarover nader: *infra*, randnr. 904 e.v.

¹³⁴ H.A.L. FISHER (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1911, 358 – 359.

¹³⁵ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History, 4th Edition*, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 237.

¹³⁶ H.PATRICK GLENN, "The Historical Origins of the Trust" in A. MORDECHAI RABELLO, *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Jeruzalem, Hamaccabi Press, 1997, 761.

¹³⁷ J.Q. WHITMAN, "The Seigneurs Descend to the Rank of Creditors: The Abolition of Respect", *Yale Journal of Law and the Humanities*, Vol. 6, 1994, 254.

¹³⁸ B. AKKERMANS, W. SWADLING, "Chapter Three. Types of Property Rights – Immovables and Movables (goods)" in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2012, 306 - 309; J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History, 4th Edition*, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 259.

Engelse woord 'estate' afgeleid.¹³⁹ Estate verwijst in het feodale Engelse recht dus naar de periode waarvoor een grond kan worden aangehouden.¹⁴⁰

55. De gebruikelijke bewoordingen waarbij een *tenancy* aan een leenman werd gegeven, waren 'To X, and his heirs forever'. Initieel werden echter vragen gesteld bij de bevoegdheid van de leenman om over de grond te beschikken *inter vivos*.¹⁴¹ Immers, zijn erfgenamen werden vermeld in de voorwaarden waaronder hij de grond had verkregen. Kwam dit dan niet neer op een onterving van zijn erfgenamen? Wanneer een *tenant in fee* overleed zonder erfgenamen, kwam het land bovendien ook terug aan de leenheer toe. Dit fenomeen werd 'escheat' genoemd. Rond het begin van de dertiende eeuw was het vigerende standpunt echter dat de bewoordingen 'and his heirs' geen individuele en definitieve titel verstrekten aan de erfgenamen, maar slechts een verwachting. Wanneer de erflater stierf *in saisin* van het land ging het *estate* automatisch over naar erfgenamen. Wanneer hij evenwel het land had vervreemd tijdens zijn leven, bleven de verkrijgers het *estate* behouden. Zij bleven dit behouden, zelfs wanneer de vervreemder stierf zonder erfgenamen of wanneer zijn bloedlijn definitief ophield met bestaan, zodat er geen *escheat* plaatsvond. Conceptueel gaf dit aanleiding tot het autonoom bestaan van een *estate* van onbepaalde duur, wat een *estate in fee simple* werd genoemd. Een *estate in fee simple* werd beschouwd als het meest absolute en verregaande *estate* dat het vigerende recht toeliet en waarvan alle 'mindere' *estates*, zoals een *estate in fee tail*, waren afgeleid. Eén en ander maakt dat de *fee simple* sterk doet denken aan onze huidige, Belgische conceptuele invulling van het eigendomsrecht, daar het wordt erkend als het meest absolute en verregaande belang dat een rechtssubject kon hebben met betrekking tot een grond.

56. Voor de leenman bleef het evenwel onmogelijk om bij testament of uiterste wil te beschikken over het aan hem verleende *estate*. De bewoordingen van de voorwaarden die het *estate* uitmaakten waren op dat punt duidelijk. Naast de onmogelijkheid om zijn kinderen te onterven, bracht deze regel nog een ander onwenselijk gevolg met zich mee. In het geval dat de kinderen nog minderjarig waren op het moment dat de leenman overleed, kregen zij de leenheer toegewezen als voogd. De leenheer diende echter in geen geval aan de erfgenamen enige verantwoording af te leggen betreffende het door hem gevoerde beheer.¹⁴²

¹³⁹ J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 190 – 191.

¹⁴⁰ B. AKKERMANS, W. SWADLING, "Chapter Three. Types of Property Rights – Immovables and Movables (goods)" in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2012, 306.

¹⁴¹ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4th Edition, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 262.

¹⁴² W.J. ZWALVE, C. Æ. Uniken Venema's *Common Law & Civil Law*, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, 117 – 118.

2. De modernisering van het Engelse rechtssysteem en de *common law*

57. Een tweede vernieuwing die WILLEM DE VEROVERAAR, en later vooral HENDRIK II¹⁴³, doorvoerde, bestond in een centralisering van het Engelse juridische apparaat. Tot dan toe was het bestaande juridische apparaat sterk verbrokkeld. Ook deze ontwikkeling is relevant voor een goed begrip van de *trust*, omdat zij onrechtstreeks mee de randvoorwaarden heeft geschapen voor het juridische systeem waarbinnen de trustfiguur tot wasdom is kunnen komen.

58. Hoewel MAITLAND de verovering van Engeland door WILLEM 'een catastrofe' noemde¹⁴⁴, wordt dit door andere auteurs genuanceerd.¹⁴⁵ In tegenstelling tot wat het geval was in Normandië, troffen de Normandische veroveraars in Engeland reeds een relatief ontwikkeld rechtssysteem en dito overheidsapparaat aan. Hoewel de Normandiërs in het begin bepaalde veranderingen doorvoerden die zeker niet als een vooruitgang werden beschouwd¹⁴⁶, trad er een synergie op tussen de bestaande Engelse instituties en de voorkeur van de Normandiërs voor een sterk overheidsapparaat en hun administratieve capaciteiten.¹⁴⁷ Aan de lijst van de tot dan toe bestaande lokale gerechten ('*county courts*'), leenheerlijke gerechten, kerkelijke gerechten en handelsondere gerechten werden in het jaar 1178 door Hendrik II ook de koninklijke gerechten toegevoegd. Binnen een eeuw na de verovering van Engeland ontwikkelde zich een koninklijk juridisch apparaat, dat was samengesteld uit drie delen: de *curia regis*, die was samengesteld uit de leden van koninklijke *curia* en twee grote ministeries, de *Exchequer* en de *Chancery*. Uit de *curia regis* ontstonden later drie bijzondere koninklijke gerechten: de (*Court of*) *Exchequer*¹⁴⁸, de *Court of Common Pleas*¹⁴⁹ en de *King's Bench*¹⁵⁰.¹⁵¹ Deze koninklijke gerechten genoten de koninklijke autoriteit, en trokken daarom steeds meer macht naar zich toe, ten koste van de lokale gerechten. Deze evolutie was evenwel niet ingegeven door enige vorm van constitutionalisme of een bepaalde politieke theorie. De

¹⁴³ P. STEIN, *Roman Law in European History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 63.

¹⁴⁴ F.W. MAITLAND, F. POLLOCK, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, Vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1898, 79.

¹⁴⁵ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4th Edition, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 12.

¹⁴⁶ MAITLAND en POLLOCK noemen bij wijze van voorbeeld het invoeren van *trials by combat*. Zie: F.W. MAITLAND, F. POLLOCK, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, Vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1898, e.v.

¹⁴⁷ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4th Edition, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 12.

¹⁴⁸ De *Court of Exchequer* hield zich voornamelijk bezig met belastingzaken. Volgens MAITLAND was de *Exchequer* niet enkel een koninklijk gerecht, maar bijna een ministerie zoals wij dat vandaag kennen. Zie: F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 2.

¹⁴⁹ De *Court of Common Pleas* behandelde geschillen tussen de burgers onderling.

¹⁵⁰ De *King's Bench* behandelde die zaken waar koninklijke belangen in het geding waren.

¹⁵¹ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 20.

beslissingen van de koning konden niet in vraag worden gesteld, en de autoriteit die hieraan verbonden was kwam de partijen in juridische procedures, alsook de Kroon zelf, van pas.¹⁵² Na verloop van tijd werd de toegang tot de koninklijke jurisdicties zelfs beschouwd als een geboorterecht.¹⁵³

59. Daarnaast trokken bepaalde, door de koning benoemde, rechters ook rond, om ter plekke geschillen aan te horen (*'on circuit'*). Vanwege het feit dat deze rechters regelmatig terug samen kwamen om overleg te plegen en omdat ze door hun vele verplaatsingen nooit gehecht raakten aan lokale gewoontes¹⁵⁴, werd de autoriteit van de lokale gerechten verder uitgehold.¹⁵⁵ Gaandeweg vormde zich een gemeenschappelijk stelsel van rechtsregels en rechterlijke uitspraken, waarbij dezelfde regels werden toegepast op gelijke of minstens gelijkaardige gevallen. Dit gemeenschappelijk rechtssstelsel, dat niet was uitgevaardigd of in een wettekst vastgelegd en evenmin uit zuiver lokaal gewoonterecht bestond, kreeg de naam *common law*¹⁵⁶. Deze benaming lijkt overigens te zijn geleend van de canonisten, die de term *'ius commune'* gebruikten.¹⁵⁷ Een verdere manier waarop centralisatie

¹⁵² J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History, 4th Edition*, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 15.

¹⁵³ *Ibid*, 97.

¹⁵⁴ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 21; W.J. ZWALVE, C. Æ. Uniken Venema's *Common Law & Civil Law*, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, 29.

¹⁵⁵ Deze ambulante rechters lieten zich ter plaatse bijstaan door een groep individuen, die werd samengesteld uit de lokale bevolking om zich te laten inlichten over de lokale feitelijke situatie. Hieruit ontwikkelde zich het instituut van de *jury*, dat in het Engelse recht belangrijke bevoegdheden had met betrekking tot de vaststelling en waardering van de feiten. Wanneer de feiten werden vastgesteld door een *jury*, kwam het daarna aan de rechter toe om oordeel te vellen, op basis van de door de *jury* vastgestelde feiten.

¹⁵⁶ In tegenstelling tot *civil law*-rechtssstelsels redeneert de *common law* dan ook niet deductief vanuit abstracte rechtsregels met algemene gelding die vervolgens worden toegepast op concrete casusgevallen, maar gebeurt net het omgekeerde: veel Engelse rechtsregels vinden hun oorsprong in uitspraken die rechters doen in concrete, feitelijke gedingen. Deze uitspraken worden, via de leer van *stare decicis* (precedentenleer) vervolgens veralgemeend, en dienen op gelijke wijze te worden toegepast op identieke feitelijke gevallen. In de concrete procesvoering wordt dan niet zo veel aandacht besteed aan hoe een abstracte, algemene regel dient te worden toegepast op een concreet geval, maar zal men gedurende de procesvoering eerder trachten om de feiten van het geval in kwestie te onderscheiden (*'to distinguish'*) van de feiten van het precedent. De *common law* wordt daarom ook grotendeels gekenmerkt door een organische groei van de rechtsregels en vaak ook door onzekerheid over wat het recht nu eigenlijk te zeggen heeft over concrete casusgevallen. De werking van de *common law* zou spreekwoordelijk kunnen worden voorgesteld als een groot, mistig veld, waar af en toe en op diverse plekken, bij wijze van een rechterlijke uitspraak, een lamp begint de branden. Het stuk veld dat wordt verlicht door deze lamp wordt dan zichtbaar. Dit verlichte stuk veld staat symbool voor het deelgebied waarover vanaf dan rechtszekerheid bestaat. De rest blijft evenwel gehuld in een duistere mist.

JEREMY BENTHAM uitte forse kritiek op dit onzekere en *a posteriori*-karakter van de *common law*, dat hij vergeleek met *'dog law'*: "*When your dog does anything you want to break him of, you wait till he does it, and then beat him for it*", zie W. TWINING (ed.), *Bentham. Selected Writings of John Dinwiddy*, Stanford, Stanford University Press, 2004, 54.

¹⁵⁷ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 2.

tot stand gebracht werd, waren de zogeheten *writs*.¹⁵⁸ Een *writ* was een bevelschrift afkomstig van de koning, dat was gericht aan een onderdaan, waarin kon worden bevolen dat een bepaalde zaak voor een koninklijke rechtbank diende te komen en dat de partijen voor die rechtbank dienden te verschijnen. Het waren dus zogenaamde *forms of action*¹⁵⁹, die onder meer de bevoegdheid van de rechter bepaalden, de te volgen procedure bevatten en op basis waarvan de tegenpartij voor de rechter werd geroepen en diende te verschijnen. Wegens hun markante opstelling en door het feit dat ze het zegel van de koning droegen, kwamen de *writs* impressionant over.¹⁶⁰ In de middeleeuwen was het verkrijgen van een *writ* bovendien de enige manier waarop een zaak kon worden ingeleid voor de koninklijke gerechten.¹⁶¹

Elke *writ* was dus een *form of action*, die aanleiding gaf tot een eigen procedure. Binnen elke procedure was er ruimte voor ontwikkeling van materieel recht. Elk van deze *pigeonholes* correspondeerde dus met een geheel eigen 'rechtswereld', en regels die golden binnen één *form of action* konden dus niet zomaar worden getransplanteerd naar de andere.¹⁶² Rechten en *remedies* waren dus maar relevant wanneer de juiste procedure bestond om hen vorm te geven. Wanneer de partij die de procedure inleidde dit deed op basis van een verkeerde *writ*, liep hij dus het risico om de zaak in zijn geheel te verliezen. In het begin werden deze *writs* nog min of meer uitgeschreven op een *ad hoc*-basis, waardoor steeds nieuwe *writs* het levenslicht zagen. *Writs* werden na verloop van tijd vermoedelijk zelfs gewoon (goedkoop) verkocht.¹⁶³ Evenwel werden de koninklijke gerechten vóór de tijd van HENDRIK II nog niet in grote mate aangezocht.¹⁶⁴ Pas gedurende de modernisering doorgevoerd onder het bewind van HENDRIK II wordt de uitzondering verheven tot de algemene regel. Iedere onderdaan die zijn zaak in een bepaalde formule kan gieten, kan zijn zaak voor de koninklijke gerechten brengen.¹⁶⁵ MAITLAND schrijft deze ontwikkelingen toe aan het feit dat onder het bewind van Hendrik II nog heel wat nieuwe *actions* uitgevonden werden.¹⁶⁶ De vereiste dat elk geding diende te beginnen bij een *writ*, uitgeschreven door een overheidsvertegenwoordiger, die op deze wijze invloed had op welke zaken er voor de koninklijke rechtbanken kwamen, doen sterk denken aan de *interdicten*, die werden uitgeschreven door de Romeinse

¹⁵⁸ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History, 4th Edition*, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 15.

¹⁵⁹ F.W. MAITLAND, *The Forms of Action at Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1909, 1-4.

¹⁶⁰ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History, 4th Edition*, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 15.

¹⁶¹ F.W. MAITLAND, *The Forms of Action at Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1909, 5.

¹⁶² *Ibid*, 4.

¹⁶³ J. HUDSON, *The Formation of the English Common Law*, Londen, Longman, 1996, 27 – 31.

¹⁶⁴ *Ibid*, 21.

¹⁶⁵ *Ibid*, 21.

¹⁶⁶ *Ibid*, 16.

praetor. Volgens STEIN is er in dit verband evenwel geen rechtstreekse invloed van het Romeins recht aanwezig.¹⁶⁷

60. De *common law* was dus in grote mate gebaseerd op deze *writs*. Wanneer geen *writ* kon worden verkregen, kon een rechtsonderhorige er niet in slagen een procedure te starten en kon deze rechtsonderhorige bijgevolg ook nooit in het gelijk worden gesteld. Langzaam groeide dan ook meer en meer het bewustzijn dat de macht om nieuwe *writs* te scheppen, gelijk stond met het uitvinden van nieuwe rechten en plichten. Ten gevolge hiervan groeide ook het geloof dat de *Chancery*, die de *writs* uitschreef, en rechters in het algemeen een dergelijke macht niet behoren te hebben.¹⁶⁸ Het systeem 'verstijft' dan ook.¹⁶⁹ In de *Provisions of Oxford* van 1258 werd het de *Chancellor* verboden om nog nieuwe *writs* uit te vaardigen zonder de goedkeuring van de Koninklijke Raad.¹⁷⁰ In het *Second Statute of Westminster*, dat werd uitgevaardigd in het jaar 1285, werd bepaald dat nieuwe *writs* wel nog mogen worden uitgevaardigd *in consimili casu*.¹⁷¹ Hoewel bepaalde rechtsleer betoogt dat het *Second Statute of Westminster* ertoe zou hebben geleid dat de *Chancery* geen nieuwe *writs* meer mocht uitvaardigen, behalve in gelijkaardige gevallen¹⁷², kan o.i. op basis van een nauwkeurige lezing van de werken van MAITLAND de tegenovergestelde conclusie worden bereikt. MAITLAND lijkt immers aan te geven dat het *Second Statute of Westminster* net er toe strekte om de *Chancellor* toe te staan om toch een nieuwe *writ* uit te vaardigen, wanneer hij werd geconfronteerd met een geval dat niet paste binnen de exacte bewoordingen van de reeds bestaande *writs*, maar het wegens de gelijkenissen met gevallen waarvoor wél *writs* bestonden, het dus onbillijk zou zijn om geen toegang te verlenen tot de koninklijke rechtbanken.¹⁷³ Het *Second Statute of Westminster* voorzag dus net in een (zeer beperkte) bevoegdheid voor de *Chancery* om toch nieuwe *writs* te scheppen wanneer de omstandigheden van de zaak dat toelieten.¹⁷⁴

Deze ontwikkelingen hielden in dat reeds bestaande *writs* nog mochten uitgevaardigd worden, wanneer er zich een geval voordeed dat goed te *framen* viel binnen het opzet van de beginselen van één van die *writs*, die werden bijgehouden in een register dat op de *Chancery* werd gehouden. Geheel nieuwe *writs* konden echter niet meer worden uitgevaardigd. Deze ontwikkeling had tot gevolg dat personen die met nieuwe feitelijke situaties werden geconfronteerd waarvoor geen

¹⁶⁷ P. STEIN, *Roman Law in European Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 63.

¹⁶⁸ F.W. MAITLAND, *The Forms of Action at Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1909, 51.

¹⁶⁹ G. WATT, *Trusts and Equity*, 5th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2012, 4.

¹⁷⁰ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4th Edition, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 56; G. WATT, *Trusts and Equity*, 5th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2012, 4.

¹⁷¹ F.W. MAITLAND, *The Forms of Action at Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1909, 51.

¹⁷² G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 23.

¹⁷³ F.W. MAITLAND, *The Forms of Action at Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1909, 51.

¹⁷⁴ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 3.

toepasselijke *writ* bestond, en die nooit konden worden ingepast in de bestaande principes en beginselen, toch in de kou bleven staan voor de koninklijke gerechten. Na verloop van tijd kon de *common law* als geheel, net vanwege de grote verbondenheid tussen procedure en materieel recht, de maatschappelijke ontwikkelingen niet meer volgen.¹⁷⁵ Dit was dan ook één van de voornaamste redenen voor het zich ontwikkelen van de zogeheten *law of equity*, die verder (*infra*, randnr. 62 e.v.) wordt besproken.

61. Eén van de gevolgen van dit alles was het ontbreken van een grote invloed van het herontdekte Romeinse recht op het Engelse rechtsstelsel. De *common law* was reeds in een gevorderd stadium van ontwikkeling toen het Romeins recht doorbrak aan de juridische opleidingen in Europa. Het Engelse recht ontwikkelde zich bovendien erg introspectief, star en moeilijk vatbaar voor veranderingen.¹⁷⁶ Dit hoeft evenwel niet te impliceren dat het Romeins recht geen enkele invloed heeft gehad op de *common law*. Bepaalde auteurs verdedigen dan ook de stelling dat de vroegtijdige modernisering die in het Engelse recht werden doorgevoerd deels te wijten zijn aan de sterke centralisering van de macht en een vroege invloed van het Romeinse recht, die de *common law* in staat stelde om zich verder autonoom te ontwikkelen gedurende de 12^e eeuw¹⁷⁷, waardoor de invloed van de latere glossatoren gering was.¹⁷⁸ VAN CAENEGHEM schrijft deze latere 'immunitet' voor het Romeinse recht toe aan de vroege (juridische) modernisering die in Engeland werden doorgevoerd.¹⁷⁹ Deze modernisering, die paradoxaal genoeg werden doorgevoerd door koningen en rechters met een eerder continentale inslag, gaven het Engelse recht zijn eigenheid. Vóór deze ontwikkelingen was het Engelse recht volgens VAN CAENEGHEM niets anders dan een *species* van het feodale recht in het algemeen.¹⁸⁰ Het is deze situatie, waar de *common law* zich erg star ontwikkelde, weinig receptief was voor innovatie en veranderingen en bovendien qua materiële inhoud feodaal van aard was, die de juiste voedingsbodem bleek voor het *equity*-recht om stilaan tot wasdom te komen.

3. Equity

62. De gestrengheid en de 'verstening' die de *common law* kenmerkten, leidden er toe dat bepaalde rechtzoekenden zich tot de koning zelf begonnen te

¹⁷⁵ C. Æ. VENEMA, *Trustrecht en Bewind*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1954, 65-70.

¹⁷⁶ P. STEIN, *Roman Law in European Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 87.

¹⁷⁷ H. PATRICK GLENN, "The Historical Origins of the Trust" in A. MORDECHAI RABELLO, *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Jeruzalem, Hamaccabi Press, 1997, 759; H. BRUNNER, "The Sources of English Law" in X (ed.), *Select Essays in Anglo-American Legal History*, Vol. II, Cambridge, Cambridge University Press, 1908, 42.

¹⁷⁸ H. BRUNNER, "The Sources of English Law", in X (ed.), *Select Essays in Anglo-American Legal History*, Vol. II, Cambridge, Cambridge University Press, 1908, 42.

¹⁷⁹ R.C. VAN CAENEGHEM, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, 88 - 90.

¹⁸⁰ *Ibid*, 110.

wenden bij wijze van een vaak nederig opgesteld¹⁸¹ verzoekschrift. In het begin geschiedde dit vooral door rechtzoekenden die onder de *common law* wel een procedure zouden kunnen hebben opgestart wanneer zij dit gewild hadden, maar die vreesden dat dit, gezien de omstandigheden, geen goede optie was. Dit kon bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de lokale omstandigheden dermate verstoord waren dat zij hiertoe geen mogelijkheid hadden, of dat ze vreesden voor de rijkdom en macht van de tegenpartij en diens mogelijkheden om de juryleden te beïnvloeden¹⁸².

Gaandeweg werd de *common law* bovendien meer en meer een streng en rigide systeem dat niet altijd meer in staat was om een billijk antwoord te bieden op de vragen die aan de rechters werden voorgelegd. Daarom wendde rechtszoekenden zich in de toenemende mate tot de koning.¹⁸³ Hoewel deze reeds had voorzien in de oprichting van de koninklijke rechtbanken, kon niet worden volgehouden dat hij daarmee zijn soevereiniteit had uitgeput en niet meer bevoegd was om zaken te horen, zeker wanneer de gewoonlijke procedures kennelijk niet toereikend waren om tot een rechtvaardig resultaat te komen.¹⁸⁴ In de middeleeuwse logica diende de koning immers enkel verantwoording af te leggen aan God voor de rechtvaardigheid van zijn wetten. De *Chancellor*, als ‘keeper of the king’s conscience’, kon daarom op basis van genade, billijkheid (*equity*¹⁸⁵) en rechtvaardigheid, uitzonderingen toestaan op de algemene wetgeving die was neergelegd door de koning zelf.¹⁸⁶ Hij kon daarmee verzekeren dat het geweten van de koning zuiver was ten aanzien van God. De koning, en bij uitbreiding diens *Chancellor*, behield met andere woorden dus een residuaire bevoegdheid om recht te doen, ook buiten het reeds geïnstitutionaliseerde juridische systeem om.¹⁸⁷ Op zich is dit idee van billijkheid geen uitvinding van de middeleeuwse Engelse rechtsgeleerden, het was onder meer ook al terug te vinden bij Aristoteles¹⁸⁸ en in de *Digesten*.¹⁸⁹

63. De *Chancellor* zelf was gewoonlijk een bisschop, die ook heel wat kennis had van het (Romeinse) civiel recht en het canoniek recht.¹⁹⁰ Hij was, naast de

¹⁸¹ “For the love of God” en “In the way of charity” waren vaak gebruikte frases waarmee een beroep werd gedaan op het rechtvaardigheidsgevoel van de koning. Hieruit valt af te leiden dat het gaat om een gunst die de koning kon verlenen. Van enige vorm van rechtsweigering kon dus geen sprake zijn.

¹⁸² F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 4.

¹⁸³ G. WATT, *Trusts and Equity*, 5th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2012, 5.

¹⁸⁴ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4th Edition, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 98.

¹⁸⁵ Afgeleid van het Latijnse ‘*Aequus*’.

¹⁸⁶ G. WATT, *Trusts and Equity*, 5th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2012, 5.

¹⁸⁷ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4th Edition, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 98; F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 3.

¹⁸⁸ J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, “Aristotle’s Equity” in A. MORDECHAI RABELLO, *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Jeruzalem, Hamaccabi Press, 1997, 12 – 22.

¹⁸⁹ T. ZIOLKOWSKI, *The Mirror of Justice, literary reflections of legal crises*, Princeton, Princeton University Press, 2003, 163.

¹⁹⁰ J. MARTIN, *Hanbury & Martin: Modern Equity*, 19th Edition, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 7; D.W.M. WATERS, “The Trust: Continual Evolution of a Centuries-Old Idea”, *Journal*

koning, één van de machtigste individuen in heel het rijk en trad op als 'eerste minister' van de Koning. Het feit dat de *Chancellor* gewoonlijk geleerd was in het Romeins en canoniek recht impliceerde volgens MAITLAND evenwel niet dat de *Chancellors* betrachtten het Engelse recht te romaniseren. Ze bleven vaak aanleunen bij de oplossingen die de *common law* zelf aanbood en consulteerden ook geregeld met *common law*-rechters.¹⁹¹ Geïnspireerd door de idee van een universeel natuurrecht, velden de *Chancellors* oordelen in zaken zonder daarbij al te veel te refereren naar andere geschreven bronnen en maakten zij nu en dan een analogie met de *common law* of haalden zij één of ander *maxime* aan dat ze geleend hadden bij de canonisten en de civilisten. Pas gedurende de tweede helft van de 16^e eeuw, gedurende de dynastie van de *Tudors*, begint hun jurisprudentie meer systematiek te vertonen. Deze veranderingen kwamen er niet toevallig. Meer en meer *Chancellors* waren immers geen *clerici* meer, maar opgeleide juristen, die tot hun beslissingen kwamen op basis van de precedentenleer, eerder dan door een casuïstische gewetensconsultatie.¹⁹²

64. Wanneer hij geconfronteerd werd met een klacht kon de *Chancellor* een *writ* uitschrijven om de verzoekende partij door te verwijzen naar de *common law*-rechtbanken¹⁹³, maar gedurende de 14^e eeuw was het *common law*-systeem verder versterkt en waren de koninklijke rechtbanken erg conservatief geworden, waardoor ze nieuwe *writs* en *writs* die qua vorm en bewoordingen afwijken van de vormen die gebruikelijk waren, vernietigden.¹⁹⁴ De *Chancellor* kon echter ook de partijen bij zich roepen en de klacht zelf onderzoeken op basis van de koninklijke prerogatieven. De toepasselijke *writ* waarmee hij dit kon doen, was de zogenaamde *writ of subpoena*¹⁹⁵. Deze *writ of subpoena* had een ander karakter dan de andere *writs* waarmee een proces kon worden ingeluid. De *writ of subpoena* functioneerde immers enkel als een soort dagvaarding, weliswaar met de boodschap er aan vastgehecht dat er een boete zou worden opgelegd wanneer de geadresseerde niet voor de *Chancellor* zou verschijnen. Gaandeweg werd aan de *Chancellor* duidelijk gemaakt dat hij zich niet diende te moeien met die rechtsgebieden die de *common law* aangingen en dus onder de jurisdictie vielen van het koninklijke rechtbanken.¹⁹⁶ Dit betekende echter niet dat de *equity* geen andere nuttige rol te vervullen had. Hoewel de *Chancery* niet functioneerde als een *court of law*, kon het wel doorgaan voor een *court of conscience*.¹⁹⁷ Van een onderscheiden rechtsstelsel was in den

of *International Trust and Corporate Planning* 2007, 209; F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 5.

¹⁹¹ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 5.

¹⁹² J. MARTIN, *Hanbury & Martin: Modern Equity*, 19th Edition, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 7

¹⁹³ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4th Edition, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 98

¹⁹⁴ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 5.

¹⁹⁵ De tegenpartij wordt opgeroepen te verschijnen onder dreiging van een boete. (Latijn: *sub poena*).

¹⁹⁶ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 5.

¹⁹⁷ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4th Edition, Londen, Butterworths-Tolley, 2002, 98

beginne nog geen sprake; de *courts of conscience* werden gezien als een integraal onderdeel van het systeem van de *common law* zelf.¹⁹⁸

65. Pas gedurende de *Tudor*-dynastie, die van 1485 tot 1603 aan de macht was, werd het gebruikelijk om *equity* te zien als een onderscheiden rechtsstelsel dat opereerde naast, maar niet onafhankelijk van, de *common law*. De rechters van de *common law*-rechtbanken wensten zich niet meer in te laten met feitenkwesies, en voorstellen van THOMAS MORE, die zelf het ambt van *Chancellor* bekleedde van 1529 tot 1533 en die de rechters wees op hun eigen bevoegdheid om de *common law* te mitigeren en minder rigoreus toe te passen, werden door de meeste *common law*-rechters verworpen.¹⁹⁹ In 1566 werd zelfs een man aangeklaagd wegens *contempt of the court* omdat hij zou hebben beweerd dat de *King's Bench* een 'gerecht van het geweten' was.²⁰⁰ Hierna zou de *equity* zich meer autonoom gaan ontwikkelen en worden gezien als een afzonderlijk, maar niet op zichzelf staand, rechtsstelsel en verdween de oorspronkelijke rechtvaardiging voor de bevoegdheden van de *Chancellor* ("conscience") meer en meer uit het collectieve geheugen.²⁰¹

66. Hoewel de *equity* zich na verloop van tijd als een afzonderlijk stelsel van rechtsregels begon te ontwikkelen, hoeft dit nog niet te betekenen dat het daarom ook geheel autonoom kon functioneren. Het bracht slechts een aantal correcties aan op de *common law*, dat wel een algemeen en op zichzelf staand juridisch systeem was. Hoewel er van tijd tot tijd fricties bestonden tussen beide rechtssystemen, zoals in 1615 bij de bekende *Earl of Oxford's Case*²⁰², bestonden beide systemen uiteindelijk (relatief) harmonieus naast elkaar. "*Equity had not*

¹⁹⁸ *Ibid*, 106.

¹⁹⁹ *Ibid*, 107.

²⁰⁰ *R. v. Welsh* (1566) CUL MS. Dd. 3. 87, fo. 21.

²⁰¹ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4th Edition, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 108.

²⁰² *Earl of Oxford's Case* (1615) 1 Ch Rep 1; In deze zaak werd een verweerder aangeklaagd die een eerdere zaak voor een *common law*-rechtbank had verloren, maar een injunctie had aangevraagd (en gekregen) van de *Lord Chancellor*, teneinde te voorkomen dat het eerste vonnis tegen hem zou kunnen worden uitgevoerd. Deze verweerder beweerde dat het vonnis tegen hem frauduleus verkregen was. Sir EDWARD COKE, de *Lord Chief Justice of the King's Bench*, liet de verweerder daarom aanklagen, maar de *Chancellor*, Lord ELLESMERE, verleende toch de gevraagde injunctie. Lord COKE argumenteerde vervolgens dat de *Lord Chancellor* schuldig was aan het illegaal horen van zaken, die in feite een beroep vormden tegen een beslissing van een *common law*-rechtbank. Lord ELLESMERE van zijn kant argumenteerde dat de injunctie de beslissing van de *common law*-rechtbank ongemoeid liet, maar slechts *in personam* gericht was tegen 'the corrupt conscience' van de partij die zijn gram had gehaald voor die *common law*-rechtbank. In 1616 werd het conflict verwezen naar koning JAMES I zelf, die op advies van zijn advocaat-generaal, Sir FRANCIS BACON, oordeelde ten voordele van Lord ELLESMERE. Naar verluidt was deze beslissing niet in de eerste plaats gesteund op juridische, maar op politieke gronden. EDWARD COKE was namelijk een tegenstander van de koninklijke prerogatieven over de *common law*, terwijl BACON deze net wel voorstond. In 1617 volgde BACON Lord ELLESMERE op als *Lord Chancellor*. Het is uit deze zaak dat het adagium 'where equity and law conflict, equity prevails' voortvloeit. Zie hierover: D. FOX, "The Nature, History and the Courts of Equity" in J. MCGHEE, (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 6 – 7.

come to destroy the law, but to fulfil it”, zei MAITLAND in zijn colleges over *equity* aan de universiteit van Cambridge.²⁰³ *Equity* kan dus worden voorgesteld als een vorm van ‘aanvullend’ recht, als een glosse in de marge van een hoofdtekst, die de *common law* is. Op eender welk ogenblik veronderstelt de *equity* het bestaan van de *common law* om te kunnen functioneren. *Equity* is dus een rechtsstelsel dat spreekwoordelijk bekeken verschijnt als een hoopje losse aantekeningen zonder al te veel onderlinge samenhang, geschreven op een doorzichtig blad. Pas wanneer men dit doorzichtig blad legt op een ander blad dat de regels van de *common law* bevat, kan inzicht worden verkregen in de *equity* als systeem.

67. Het bestaan van twee afzonderlijke *bodies of law* binnen één rechtsgebied is overigens geen unicum. In het Romeinse recht maakte men immers ook al het onderscheid tussen *ius civile* en *ius honorarium* of *ius praetorium*. Net als de *equity* veronderstelde het *ius praetorium* het bestaan van het *ius civile*, waarop het een aantal correcties aanbracht. Uit deze relatie komt het adagium ‘*equity follows the law*’ voort. Dit houdt in dat de *equity* de *common law* niet vervangt of schendt, maar een aanvulling erop vormt wanneer dit nodig is.²⁰⁴ Maar eens de *equity*-rechter een bepaald vonnis velde, was ook de *common law*-rechter hieraan gebonden. Ook kon men via een injunctie bij de *equity*-rechter bekomen dat een bepaalde tegenpartij niet naar de *common law*-rechtbanken mocht stappen of dat de tenuitvoerlegging van een van uitspraak door een *common law*-rechter werd verhinderd. Andere bekende maxims uit de *equity* zijn²⁰⁵:

- *Equity acts in personam*: uitspraken van *equity*-rechters zijn van persoonlijke aard en *equity* heeft ook slechts jurisdictie over de persoon van de verweerder.²⁰⁶ *Equity* heeft in de eerste plaats oog voor de persoonlijke omstandigheden van de partijen en *remedies* die kunnen worden bekomen bij de *equity*-rechter, strekken ertoe om rechtstreeks aan de persoon van de verweerder een aantal specifieke verplichtingen op te leggen. Daar waar *common law*-gerechten zowel jurisdictie hadden over personen als over zaken en hun dwingende macht vooral voortkwam uit hun capaciteit om eigendomsrechten aan te passen, door *damages* toe te kennen. De *equity* daarentegen kon enkel voorzien in *remedies* die personen troffen, en kon slechts onrechtstreeks invloed uitoefenen over zaken, door vonnissen te richten aan personen. Dit adagium identificeert niet alleen de persoon als subject aan wie de desbetreffende rechterlijke uitspraken zijn gericht, maar omvat tegelijkertijd een mechanisme om ze ten uitvoer te brengen.²⁰⁷ In de

²⁰³ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 5.

²⁰⁴ Het werkwoord *to follow* dient in deze context niet te worden begrepen als ‘volgen op’, in die zin dat het ‘na’ de *common law* zou komen of van een minder belang zou zijn. Om een aanvulling te kunnen vormen op de *common law* is eerst vereist dat de *equity* het bestaan van de *common law* als gegeven aanneemt en hiermee rekening houdt teneinde vervolgens daarop te kunnen verder bouwen.

²⁰⁵ Voor een algemene bespreking, zie: B. MCFARLANE, “The Maxims of Equity” in J. MCGHEE (ed.), *Snell’s Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 87 – 103.

²⁰⁶ J. MARTIN, *Hanbury & Martin: Modern Equity*, 19th Edition, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 34.

²⁰⁷ M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 70 – 73.

common law is het verboden om injuncties uit te vaardigen, daar waar het toekennen van een schadevergoeding (*damages*) volstaat om de belangen van de eiser te beschermen. In *equity* daarentegen, staat het de rechter vrij om *injunctions* uit te vaardigen of om *specific performance* te vereisen van de verweerder. Zowel *injunctions* als *specific performance* zijn immers van die aard dat ze een bepaald gedrag opleggen aan de persoon van de verweerder.

- *Equity will not suffer a wrong without a remedy*: *equity* is gericht op het voorkomen en rechtzetten van onrecht en zal ingrijpen wanneer een bepaald recht, misschien om één of andere technische reden, niet kan worden veiliggesteld.

- *He who comes into equity must come with clean hands*: de persoon die beroep doet op *equity* moet zelf bereid zijn om al zijn verplichtingen te voldoen, en mag zelf geen profijt halen uit zijn verkeerd handelen. De *clean hands*-doctrine doet enigszins denken aan het in Belgische recht bekende dagium *'nemo auditur propriam turpitudinem allegans'*.

- *He who seeks equity must do equity*: een verzoeker die *equitable relief* zoekt, moet bereid zijn om de verweerder zelf eerlijk en *fair* te behandelen. Hij zal geen gehoor vinden bij de rechtbank wanneer hij zelf zijn verplichtingen niet kan of wil nakomen. Dit *maxime* wordt beschouwd als een onderdeel van de ruimere *clean hands*-doctrine.

Deze adagia vormen slechts voorbeelden van enkele juridische beginselen die doorheen de tijd werden ontwikkeld binnen de *courts of equity*. Deze regels staan evenwel niet in stenen tafelen geschreven en dienen niet rigoureuus te worden toegepast, maar illustreren wel hoe *equity* werkt als jurisdictie.

68. Op de vraag naar welk rechtsgebied de *equity* bestrijkt, kan dan ook moeilijk een eenduidig antwoord gegeven worden. "*These three give place in court of conscience. Fraud, accident and breach of confidence*", zo klonk een oud rijmpje. MAITLAND stelde het als volgt: "*Thus we are driven to say that Equity now is a body of rules administered by our English courts of justice, which, were it not for the operation of the Judicature Acts*²⁰⁸, *would be administered only by those courts which would be known as the Courts of Equity*".²⁰⁹ Om een voorstelling te geven welke materieelrechtelijke regels de *equity* uitmaken, zit er dus weinig anders op dan een lijst op te stellen met regels die geen andere onderlinge samenhang vertonen dan het feit dat ze historisch gezien door eenzelfde Hof met een bijzondere jurisdictionele bevoegdheid zijn ontwikkeld.

²⁰⁸ De Judicature Acts van 1873 en 1875 strekten ertoe de veelheid aan verschillende gerechten die tot op dat ogenblik bestonden in Engeland af te schaffen en samen te brengen in één *High Court of Justice*, dat was opgedeeld in verschillende divisies, en met een *Court of Appeal* erboven.

²⁰⁹ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 1. Deze beschrijving van *equity* wordt nog steeds gebruikt in hedendaagse handboeken, zie: G. WATT, *Trusts and Equity*, 5th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2012, 12.

Eén van de meest kenmerkende en bijzondere juridische instituten die de *equity* heeft ontwikkeld, is de *trust*, en diens voorloper de *use*. Het ontstaan en de ontwikkeling hiervan wordt beneden verder besproken.

B. De *use*

1. Begrip en nut

69. De benaming *use* is, in tegenstelling tot wat soms werd gedacht, niet afgeleid van het Latijnse woord *usus*, maar van het woord *opus*. In het 'vulgaire' Latijn van de 7^e en 8^e eeuw na Christus betekenden de bewoordingen *ad opus* zo veel als 'ten behoeve van'.²¹⁰ In het oude Frans verbasterde dit naar 'os' of 'oes'. In de mond van de Engelsen werd dit vervolgens uitgesproken als 'use'. Zowel in Engeland als in Frankrijk vond men gevallen terug waar de éne een bepaald goed *ad opus* hield voor de andere.²¹¹ Voor wat betreft geld en bepaalde roerende goederen, had de *common law* zelf reeds in de 7^e en 8^e eeuw na Christus een eigen soort *trust* ontwikkeld.²¹² Wanneer A geld had ontvangen 'to the use' of B, kon de *common law* A verplichtingen opleggen met betrekking tot de verkregen gelden. Bepaalde juridische verschillen in de behandeling van roerende en onroerende goederen maakten eenzelfde structuur voor gronden naar *common law* onmogelijk.

Ten eerste omdat het oude Engelse recht, zeker voor geld en roerende goederen, slechts een vage notie had van eigendomsrechten²¹³ en feitelijk bezit een grotere rol speelde. Een tweede, verwante observatie is dat de concepten van *seisin* en *estate*, die wel meer ontwikkeld waren, zorgden dat een dergelijke structuur voor onroerende goederen amper paste binnen de opzet van de toenmalige *common law*. Gedurende de 13^e en 14^e eeuw groeide het inzicht dat heel wat verschillende doelstellingen bereikt konden worden door landen aan vrienden en vertrouwelingen over te dragen *ad opus suum*. De basisstructuur ziet er uit als volgt: nog gedurende zijn leven draagt de leenman/titelhouder (*feoffor*) zijn *estate* over aan een vriend of vertrouweling (*feoffee to uses*) opdat deze derde over het land zou beschikken ten gunste van een door de insteller aangewezen begunstigde (*cestui que use*), die ook de insteller zelf kon zijn. Paradoxaal genoeg leidde deze structuur ertoe dat de *feoffor* een, naar ons begrip, meer volledige of volwaardige 'eigenaar' werd van de onder de *use* gebrachte gronden dan hij onder de *common law* kon zijn.²¹⁴

²¹⁰ *Ibid*, 24; W.J. ZWALVE, *C.A.E. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Deventer, Tsjeenk Willink, 2000, 119.

²¹¹ H.A.L. FISHER (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Vol. II, Cambridge, Cambridge University Press, 1911, 404.

²¹² G. WATT, *Trusts and Equity*, 5th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2012, 9.

²¹³ H.A.L. FISHER (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1911, 405.

²¹⁴ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4th Edition, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 252 – 253.

70. Volgens MAITLAND was het eerste geval waarbij landen permanent *ad opus* gehouden worden voor een ander, dat van de Franciscaanse broeders.²¹⁵ Hun gelofte van armoede was dermate streng dat zij noch individueel, noch collectief onroerende goederen in eigendom mochten hebben. Nochtans hadden de Franciscanen, net als iedereen, een reeks dagelijkse behoeften. Om hun taken te kunnen vervullen, hadden zij ook een dak boven hun hoofd nodig en bedden om in te slapen. De *use* bood een goede oplossing voor dit probleem. Al snel werden heel wat landerijen voor de Franciscanen *in use* gehouden. Op deze manier viel de eigendom van de gronden juridisch gezien niet aan hen toe en respecteerden ze hun gelofte van armoede.²¹⁶ Via de *use* konden heel wat andere, specifieke juridische problemen die het middeleeuwse feodale recht met zich meebracht, gemakkelijk worden omzeild.

71. Ten eerste werd het op deze wijze mogelijk om te voorzien in een vorm van testamentaire beschikking met betrekking tot gronden. Hoger werd reeds duidelijk gemaakt dat deze wijze van beschikken door de toen geldende opvattingen en feodale verhoudingen, onmogelijk werd gemaakt. Deze onmogelijkheid om gronden te doen vererven via een testament werd in Engeland pas opgeheven via het *Statute of Wills* in 1540 (zie *infra*, randnr. 100). Volgens de regels van het feodale leenrecht werd de titel met betrekking tot gronden geërfd door de eerstgeboren zoon ('*primogenituur*').²¹⁷ Aangezien onroerende goederen in de regel met voorsprong de meest waardevolle goederen waren, maakte deze regel het moeilijk, zo niet quasi-onmogelijk, om te voorzien in voldoende voorzieningen voor andere zonen, dochters of andere mogelijke erfgenamen. De *use* bood zich in dit verband aan als een efficiënt instrument om de genoemde erfrechtelijke beperkingen te omzeilen. De gronden werden in dit geval reeds overgedragen aan een *feoffee* gedurende het leven van de *feoffor*. Toch kon hij nog steeds het land in gebruik houden, en na zijn overlijden zouden zijn vertrouwelingen handelen overeenkomstig zijn wensen, die konden worden neergelegd in een testament. Dit was geen testamentaire beschikking, maar enkel een vraag aan de (juridische) eigenaar van die grond om bepaalde handelingen te stellen of na te laten. De *use* vervulde dus de rol van substituut-testament.²¹⁸

Ten tweede konden op deze wijze *escheats* en zware feodale heffingen op gronden worden vermeden. Wanneer een *tenant* zijn einde voelde naderen, kon hij de titel op zijn land juridisch overdragen (*abusus*) aan een aantal vrienden en vertrouwelingen, die dan *joint tenants* werden, terwijl de 'landeigenaar' zelf toch

²¹⁵ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 25. "In the second quarter of the thirteenth century came hither the Franciscan friars. The rule of their order prescribes perfect poverty: they are not to have any wealth at all. They differ from monks. The individual monk can own nothing, but a community of monks, an abbey, a priory, may own land and will often be very rich. On the other hand, friars' priorities are not to have property either individually or collectively."

²¹⁶ J. MOORMAN, *A History of the Franciscan Order*, Oxford, Clarendon Press, 1968, 180.

²¹⁷ W.J. ZWALVE, *C. Æ. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, 114 - 115.

²¹⁸ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 33.

gerechtigd bleef om de grond te gebruiken (*usus*) en de vruchten die de grond voortbracht te innen (*fructus*). Indien er slechts één *feoffee* was die vervolgens stierf zonder erfgenamen of met slechts een minderjarige erfgenaam, stortte de hele constructie in elkaar. Om deze reden opteerden *tenants* er dan ook vaak voor om de grond aan verscheidene personen over te dragen.

Ten derde konden de regels rond verbeurdverklaringen wegens verraad en *escheat* door het plegen van misdrijven worden vermeden. De oorspronkelijke grondeigenaar kon dan wel veroordeeld worden, maar noch de leenheren noch de koning konden doorheen de sluier van *feoffees* kijken. Zij waren immers de leenmannen, het feit dat zij de grond lieten gebruiken door een ander deed daar niets aan af.

Ten vierde konden de *Statutes of Mortmain*²¹⁹ van 1279 en 1290 worden omzeild. Deze wetgeving, uitgevaardigd door koning EDWARD I, bepaalde dat geen gronden konden worden overgedragen of toevallen aan religieuze gemeenschappen. Van zodra gronden eigendom werden van kerkelijke gemeenschappen werden ze dan ook onttrokken aan het privaat economisch verkeer. De meeste inkomsten uit feodale heffingen werden echter net verkregen door middel van belastingen op het vererven of overdragen van grond. Wanneer de titelhouder van een grond er voor koos om de gronden te laten gebruiken door religieuze ordes, was dat geen schending van de vigerende wetgeving.

Ten vijfde hadden de *uses* een rol te vervullen tegen de achtergrond van de kruistochten. Wanneer men voor lange tijd vertrok, was het raadzaam de titel met betrekking tot de grond over te dragen aan één of meer vertrouwelingen die konden voldoen aan de feodale verplichtingen met betrekking tot de landen.

Ten slotte konden rechtssubjecten zich op deze wijze verarmen om schuldeisers te ontlopen. Deze konden dan ook geen beslag meer leggen op landerijen waarvan hun schuldenaar niet de 'eigenaar' was, ook al mocht deze de grond nog wel gebruiken. De *feoffees* waren de 'eigenaars', maar zij waren niet gebonden door verplichtingen jegens de schuldeisers. Reeds in 1377 werden dan ook maatregelen ter bescherming van schuldeisers genomen.

72. Hoewel *uses* geboekstaafd stonden als moeilijke creaturen, die van tijd tot tijd werden gebruikt om schuldeisers om de tuin te leiden of om zich aan wetsontwijking of -ontduiking te bezondigen, nam de *Chancellor* toch de taak op zich om juridische bescherming te bieden aan de partijen die een *use* hadden opgezet.²²⁰ MAITLAND geloofde dat *uses* desondanks toch zeer populaire instrumenten waren, en dat, ware het niet voor de *Chancellor*, de koninklijke

²¹⁹ Afgeleid van het Franse *main mort*. Zie ook E.F. HENDERSON, *Historical documents of the Middle Ages*, Londen, George Bell & Sons, 1892.

²²⁰ W.J. ZWALVE, *C.A.E. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Deventer, Tsjeenk Willink, 2000, 120 – 21.

rechtbanken toch wel een manier zouden hebben gevonden om de naleving van deze fiduciaire verplichtingen te verzekeren.²²¹

De *common law*-rechtbanken waren evenwel slecht geplaatst om zich in te laten met fiduciaire verplichtingen, omdat hun procedures niet toelieten aan de verweerder om zelf met bewijs op de proppen te komen en de vaststelling van feitelijke vraagstukken altijd overlieten aan een jury. Bovendien duurde het tot de 15^e eeuw voor de *common law*-rechtbanken enige juridische bescherming boden aan de partijen van een niet-authentieke overeenkomst²²². De *use* vond volgens MAITLAND immers zijn oorsprong in (een soort van) overeenkomst (zie *infra*, randnr. 289).²²³ Rond de tijd dat de *common law* enige bescherming was gaan bieden aan de onderhandse overeenkomst, genoot de *trust* reeds lang erkenning onder de jurisdictie van de *Chancery* en was een concurrerende erkenning en bescherming door de *common law*-rechtbanken dan ook niet meer nodig.

73. Nog vóór de *Chancery* bescherming was beginnen bieden aan de partijen van een *use*, vonden rechtzoekenden ook al enig gehoor bij de kerkelijke rechtbanken.²²⁴ Aangezien veel *uses* werden opgezet ten voordele van kerkelijke groeperingen, vormden de canonieke rechtbanken dan ook een natuurlijk forum om te voorzien in de daadwerkelijke afdwinging van de rechten en plichten die hierbij kwamen kijken. Gedurende de 14^e eeuw werd de geldende opvatting dat de *usus* van de goederen kon worden afgezonderd van hun *dominium* ('eigendom'), controversieel binnen de Kerkelijke autoriteiten.²²⁵ Paus Johannes XXII, zelf jurist van opleiding, vaardigde in 1323, 1324 en 1329 hiertoe enkele Pauselijke Bullen uit. Met dit nieuwe, geünificeerde concept van *dominium* werden de mogelijkheden voor kerkelijke rechtbanken om zich in te laten met de kwesties die *uses* met zich meebrachten dan ook sterk beperkt. Aangezien de *Chancery* een relatief efficiënt en toegankelijk alternatief vormde, dat bovendien zaken behandelde waarbij een bepaalde partij werd beticht van onjuist te hebben gehandeld, volgde de *Chancery* de kerkelijke rechtbank op als natuurlijk forum. Door hun aard als fiduciaire verbintenissen kwamen de beloftes die werden gemaakt in het kader van een *use*, terecht in het vaarwater van de jurisdictie van de *Chancellor*. De *common law*-rechtbanken negeerden het bestaan van *uses* grotendeels. De *cestui que use* had met de grond in kwestie evenveel te maken als eender welke andere derde.²²⁶

2. Oorsprong van de *use*

²²¹ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 6 - 7.

²²² Deze bescherming werd geboden bij wijze van de *action for assumpsit*, waarbij schadevergoeding kon worden verkregen wegens het niet-uitvoeren van een mondelinge of geschreven overeenkomst die niet in authentieke vorm was gegoten.

²²³ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 28.

²²⁴ H.PATRICK GLENN, "The Historical Origins of the Trust" in A. MORDECHAI RABELLO, *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Jeruzalem, Hamaccabi Press, 1997, 773; J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4th Edition, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 250 - 51.

²²⁵ *Ibid*, 763 - 765.

²²⁶ *Dod v. Chyttynden* (1502) Caryll Rep. 356, 396.

74. De vraag naar de oorsprong van de idee die schuilgaat achter de *use*, is door verschillende rechtshistorici reeds op diverse wijzen beantwoord. Het loutere feit dat verschillende antwoorden kunnen worden geboden op deze vraag, toont immers aan dat de *use* als fiduciaire rechtsverhouding niet inherent is aan het middeleeuwse Engelse recht, maar daarop gelijkende rechtsvormen reeds verschillende millennia geleden konden worden aangetroffen in uiteenlopende rechtsstelsels. Deze vaststelling doet blijken dat de *fiducia* in algemene zin een grondvorm lijkt te vormen van verschillende rechtssystemen.²²⁷

a. Het Romeinse recht

75. Oorspronkelijk werd verdedigd dat de *trust*, en dus ook de *use*, zou afstammen van het *fideicommissum* uit het Romeins recht. Net zoals het geval bij de *use* in het middeleeuws Engeland met betrekking tot de *common law*, werd het *fideicommissum* in het Romeins recht gebruikt om aan de rigiditeit van het *ius civile* te ontsnappen.²²⁸ Het *fideicommissum* vertoont dan ook enkele gelijkenissen met de *use* en de *trust*, zoals die zich oorspronkelijk ontwikkelden.²²⁹ Allemaal zijn ze gebaseerd op het schenken (*committere*) van vertrouwen (*fides*) op basis van een vriendschapsband. Het *fideicommissum* was in essentie een verzoek van een erflater gericht aan een vertrouwenspersoon (*haeres fiduciarius*²³⁰), die een voordeel uit de nalatenschap van eerstgenoemde genoot. De bedoeling was oorspronkelijk het onrechtstreeks bevoordelen van een persoon die onder het *ius civile* niet rechtstreeks kon worden bevoordeeld, bijvoorbeeld bij wijze van een legaat. Zo konden kinderen en personen die niet werden beschouwd als Romeinse burgers toch erfgoederen verkrijgen, wanneer ze door de *haeres fiduciarius* werden overgedragen. De uiteindelijke bevoordeelde werd de *fideicommissarius* genoemd.²³¹ De uitvoering hing volledig af van de bezwaarde, die slechts moreel verplicht was om de verbintenis na te komen. Aangezien het *ius civile* het *fideicommissum* niet kende, rustten er dus geen in rechte afdwingbare verplichtingen op de *haeres fiduciarius*.

76. Pas onder de heerschappij van AUGUSTUS, en daarna die van CLAUDIUS, werd het *fideicommissum* in het positief Romeins recht juridisch afdwingbaar gemaakt door de aanstelling van een *praetor fideicommissarius*.²³² Pas gedurende de heerschappij van JUSTINIANUS wordt het *fideicommissum* gelijk gesteld met een

²²⁷ C. Æ. VENEMA, *Trustrecht en Bewind*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1954, 119.

²²⁸ A. AVINI, "The Origins of the Modern English Trust Revisited", *Tulane Law Review*, 1995 – 1996, 1147 – 1148.

²²⁹ D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford, Clarendon Press, 1988, 1.

²³⁰ Dig. 36.1.3, .48, .69.

²³¹ *Ibid.*

²³² B. NICHOLAS, *An Introduction to Roman Law*, Oxford, Oxford University Press, 1962, 27 – 28.

legaat.²³³ Het grote verschil was echter dat het legaat, als schepping van de *ius civile*, gebonden was aan strikte en formele regels, terwijl het *fideicommissum*, als voortbrengsel van het keizerlijke recht, niet gebonden was aan zulke strenge regels met betrekking tot vorm en inhoud. Er werd bovendien een onderscheid gemaakt tussen twee soorten *fideicommissa*: enerzijds was er het *fideicommissum rerum singularum*, dat slechts één of bepaalde zaken van de nalatenschap betrof en dus te vergelijken was met een legaat, anderzijds was er het *fideicommissum hereditatis*, wat een gehele nalatenschap of een deel daarvan betrof. Het *fideicommissum hereditatis* viel aldus meer te vergelijken met wat in het Belgische recht bekend staat als een algemeen legaat of een legaat onder algemene titel.²³⁴ Het *fideicommissum* kon vormvrij in het leven geroepen worden. Desondanks golden er een viertal basisvereisten²³⁵:

- Zowel de erflater als de *fideicommissarius* dienden bevoegd te zijn om een testament te maken. Personen die niet of beperkt handelingsbekwaam waren, zoals geesteszieken, verkwisters die onder curatele werden gezet, slaven, vreemdelingen²³⁶ en dergelijke meer, vielen dus uit de boot. Zij hadden geen *testamenti factio* en konden derhalve geen *fideicommissum* in het leven roepen. De vereiste dat ook de *fideicommissarius testamenti factio* diende te hebben, was het resultaat van vroegere 'antimisbruikwetgeving', die de omzeiling van het Romeins erfrecht aan banden trachtte te leggen.

- Het *fideicommissum* diende geoorloofd te zijn. Er mocht geen onrechtmatig of immoreel oogmerk worden nagestreefd.

- De *haeres fiduciarius* moest een bepaald voordeel kunnen genieten bij de vererving. Hoewel dit voordeel gering kon zijn, strekte dit vereiste ertoe een bepaalde rechtvaardiging of compensatie te bieden voor het belasten van een persoon met een *fideicommissum*.

- De ontvangst van de erfgoederen dienden duidelijk hun oorsprong te vinden in de *intentio* van de erflater.

77. Oorspronkelijk kon de erflater op deze wijze vrijelijk beschikken over zijn goederen. Maar gaandeweg werd deze vrijheid aan banden gelegd, en werden bepaalde regels die reeds golden voor legaten ook op het *fideicommissum* toepasselijk.²³⁷ Zo ontstond aan het einde van de Republiek een beperkt reservatair erfrecht voor erfgenamen in de opgaande en neergaande lijn.

²³³ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 7.

²³⁴ G. MOUSOURAKIS, *Fundamentals of Roman Private Law*, Berlijn, Springer Verlag, 2012, 306.

²³⁵ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 7.

²³⁶ Tenzij deze beschikten over een *commercium*, een bevoegdheid om bepaalde rechtshandelingen naar Romeins recht te stellen.

²³⁷ M. KASER, *Roman Private Law*, Durban, Butterworth&Co., 1968, 323.

78. Het *fideicommissum* vertoont tevens heel wat gelijkenissen met de *use* en de latere *trust*:

- beide rechtsfiguren waren er op gericht om bepaalde beperkende regelgeving te omzeilen;
- beide rechtsfiguren vinden hun oorsprong in het vertrouwen (*fides, confidence, trust*) in een andere partij, op wie in de eerste plaats slechts een morele verplichting rustte;
- ook kende het *fideicommissum* een driepartijenstructuur die gelijkaardig is aan diegene die kan worden aangetroffen bij de *trust*;
- in geval van insolventie van de *fiduciarius*, beschikte de *fideicommissarius* over een voorrecht met betrekking tot de goederen die onder het *fideicommissum* vielen. De hedendaagse *trust* kent een gelijkaardige regeling (zie *infra*, randnr. 249 en 342 e.v.).
- Zowel het *fideicommissum* als de *use/trust* hebben als doel, of kunnen als doel hebben, het overdragen van een goed in de toekomst, door tussenkomst van een derde partij die als intermediair optreedt.

De rollen die de *haeres fiduciarius* en de *feoffee* spelen, lijken sterk op elkaar. Hetzelfde geldt voor de rol die voor de *fideicommissarius* en de *cestui que use* is weggelegd.

79. Toch bestaan er ook verschillen tussen het *fideicommissum* en de *trust*:

- een *fideicommissum* kon enkel *mortis causa* worden gevestigd. Dit was niet geval voor de *use* en de *trust*. De *use* werd eerder zelden *mortis causa* in het leven geroepen²³⁸;
- het Romeins recht kende geen opsplitsing tussen een *legal title* en een *equitable title*. Naar Romeins recht werd zelfs eerder de *fideicommissarius* beschouwd als de 'echte' eigenaar²³⁹, daar waar de juridische eigendom bij een *use* of *trust* duidelijk ligt bij de *feoffor* of de *trustee*;
- in de rechtsleer werd ook de vraag opgeworpen waarom de *use* niet gewoon de naam van *fideicommissum* droeg, wanneer het daar ook van afgeleid zou zijn²⁴⁰;

80. Bepaalde (oudere) Engelse rechtsleer was niettemin van mening dat het *fideicommissum* de rechtstreekse voorouder was van de *use*. Dit standpunt werd

²³⁸ H.A.L. FISHER (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1911, 416.

²³⁹ A. AVINI, "The Origins of the Modern English Trust Revisited", *Tulane Law Review*, 1995 – 1996, 1149;

²⁴⁰ H.A.L. FISHER (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1911, 416.

onder meer verdedigd door WILLIAM BLACKSTONE²⁴¹ en FRANCIS BACON²⁴². MAITLAND daarentegen was de mening toegedaan dat BLACKSTONE over het algemeen de invloed van het Romeinse en canonieke recht op de geschiedenis en totstandkoming van de *equity* sterk overschatte.²⁴³ Nochtans was MAITLAND de idee dat Romeinsrechtelijke elementen het ontstaan van de *use* mee hadden beïnvloed niet ongenegen, maar hij gaf daarbij wel te kennen dat de *use* volgens hem ook door het Germaans recht mee was vormgegeven.²⁴⁴

81. Ook de Romeinse *fiducia* vertoont enkele gelijkenissen met de *trust*.²⁴⁵ De *fiducia cum creditore* was het eerste zakelijke zekerheidsrecht dat de Romeinen kenden.²⁴⁶ Het kwam voor wanneer een schuldenaar of derde door een *mancipatio*²⁴⁷ aan een schuldeiser een zaak overdroeg in eigendom of een daarop gelijkende vorm van heerschappij, onderworpen aan een *pactum fiduciae*. Het *pactum fiduciae* bepaalde dat de schuldeiser de zaak terug diende over te dragen aan de oorspronkelijke eigenaar wanneer de schuld uitdoofde. In tegenstelling tot het *fideicommissum*, geschiedde de fiduciaire overdracht niet *mortis causa*.

Oorspronkelijk was het *pactum fiduciae* geen afdwingbare overeenkomst, maar was het uitsluitend gebaseerd op het vertrouwen (*fides*) van de overdrager in de schuldeiser. Het duurde evenwel niet lang voor de schuldenaar een persoonlijke *actio* (de *actio fiduciae*) kreeg waarmee de schuldeiser kon worden gedwongen de eigendom terug over te dragen en de oorspronkelijke eigenaar te compenseren voor elke schade die door opzet of nalaten aan het goed was veroorzaakt. Later werd het evenwel de gewoonte dat de partijen overeenkwamen dat het goed diende te worden verkocht en de schuld betaald zou worden met de opbrengst, wanneer de schuldenaar in gebreke bleef.²⁴⁸ Het Romeins recht liet eveneens toe dat een *res Mancipi* onder de hoede van een vriend werd gebracht en waarbij die vriend eventueel bepaalde beschikkingshandelingen kon stellen met betrekking tot de overgedragen zaak.²⁴⁹ Dit was de *fiducia cum amico*. Hoewel de vriend (*fiduciaris*) het *pactum fiduciae* diende te honoreren, werd hij op juridisch vlak toch gezien als de 'eigenaar' van de overdragen zaak. Bovendien had de overdrager van de zaak

²⁴¹ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 1766, 328 f.

²⁴² Zie: D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford, Clarendon Press, 1988, 284 – 285.

²⁴³ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 13.

²⁴⁴ F. POLLOCK en F.W. MAITLAND, *The History of English Law, 2nd Edition*, Vol. II, Cambridge, Cambridge University Press, 1968, 228 – 233.

²⁴⁵ M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 754.

²⁴⁶ G. MOUSOURAKIS, *Fundamentals of Roman Private Law*, Berlijn, Springer Verlag, 2012, 177.

²⁴⁷ Door een *mancipatio*, hetgeen een mondelinge formalistische handeling uitmaakte, kon in het Romeins recht de eigendomsoverdracht geschieden van een *res Mancipi*. Een *Res Mancipi* was een waardevolle zaak, zoals bijvoorbeeld een onroerend goed of een slaaf. De eigendomsoverdracht van een minder waardevolle zaak (*res nec Mancipi*) kon zonder deze vorm van formalisme geschieden.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 12.

(*fiduciant*) slechts een persoonlijke aanspraak ten aanzien van de *fiduciarius*.²⁵⁰ Dit impliceerde dat persoonlijke schuldeisers van de *fiduciarius* zich konden verhalen op de zaak.

82. De *fiducia* heeft de tand des tijds evenwel niet goed doorstaan. In het *Corpus Iuris Civilis* werd de *fiducia* dan ook niet mee opgenomen. Dat de *fiducia* voor ons als Romeinse rechtsfiguur bekend bleef is dan ook enkel te danken aan een handvol Romeinse teksten die de val van het West-Romeins rijk hebben overleefd.²⁵¹ De *fiducia* waarvan later, in het *ius commune* sprake was, vond haar oorsprong dan ook in het *fideicommissum*, dat wel in het *Corpus Iuris Civilis* werd opgenomen.²⁵²

b. De Germaanse *Salman*

83. Een tweede strekking in de rechtsleer verdedigt de stelling dat de *use* in de eerste plaats afstamt van de Salische *Salman*²⁵³. De *Salman* was een rechtsfiguur die werd erkend in de 6^e-eeuwse *Lex Salica*. De rechtsfiguur steunde op de overdracht onder de levenden van een goed door een overdrager aan een *salmannus*, die het goed opnieuw diende over te dragen aan een beneficiaris op het moment dat de overdrager overleed. Ook de *Salman* werd beschouwd als een louter fiduciaire verbintenis. De *Salman* werd dan ook niet erkend door het positieve recht en was bijgevolg niet juridisch afdwingbaar.²⁵⁴ Het oude Germaanse recht kende immers geen testament, waardoor de kinderen van de erflater, en bij gebreke daarvan, de meest nauwe bloedverwanten, steeds erfgenamen waren.²⁵⁵ De *Salman* vervulde daarom de functie van een testament. De theorie dat de *use* in essentie gebaseerd zou zijn op deze rechtsfiguur stelt dat migraties van Germaanse volksstammen naar Engeland hiervan aan de grondslag zou liggen. De rechtsfiguren die zij met zich meebrachten, zouden op deze wijze dan ook bekend en verspreid zijn geraakt in het Engelse recht.²⁵⁶

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ *Ibid.*; M. GRAZIDEI, "The development of Fiducia in Italian and French Law from the 14th Century to the End of the Ancien Regime" in R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMAN (eds.), *Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, 332.

²⁵² M. GRAZIDEI, "The development of Fiducia in Italian and French Law from the 14th Century to the End of the Ancien Regime" in R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMAN (eds.), *Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, 331 – 332.

²⁵³ G.T. Bogert, *Trusts*, 6th Edition, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1987; O.W. HOLMES, "Law in Science and Science in Law", *Harvard Law Review*, 1899, No. 7, 443 – 463.

²⁵⁴ A. AVINI, "The Origins of the Modern English Trust Revisited", *Tulane Law Review*, 1995 – 1996, 1149 – 1150; B.F. BROWN, "The ecclesiastical origin of the use", *Notre Dame Law Review*, 1935, nr. 10, 357.

²⁵⁵ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 14.

²⁵⁶ A. AVINI, "The Origins of the Modern English Trust Revisited", *Tulane Law Review*, 1995 – 1996, 1150; B.F. BROWN, "The ecclesiastical origin of the use", *Notre Dame Law Review*, 1935, nr. 10, 358.

84. De theorie die stelt dat de *Salman* de rechtstreekse voorouder was van de *use* is ook het mikpunt geweest van kritiek.²⁵⁷ Zo zouden de technische gelijkenissen tussen de werking van de *use* en de *Salman* relatief oppervlakkig zijn en ontbreekt het bewijs dat de *Salman* effectief gebruikt werd in Engeland. Ook vervult de *salmannus* een andere taak dan een *feoffee* of een *trustee*. De hoedanigheid van *salmannus* valt eerder te vergelijken met een *testamentary executor* dan met een *trustee* of *feoffor* die de goederen in de regel gedurende een langere tijd aanhoudt. Ook HENRY DE BRACON maakte in zijn omvangrijk werk *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* geen melding van het gebruik van de *Salman* in Engeland.

c. De islamitische Waqf

85. Een derde strekking meent dat de *trust* haar oorsprong vindt in het Islamitische recht (*Shari'a*)²⁵⁸, en meer bepaald in de Islamitische *waqf*²⁵⁹. Een *waqf* ontstaat wanneer een persoon (de *waqif*) geheel verzaakt aan zijn eigendomsaanspraken op bepaalde goederen en deze onder de controle brengt van een beheerder (de *mutawalli*). Elke *waqf* diende op het moment van oprichting of op een onbepaald moment in de toekomst, een belangeloos of liefdadig doel te dienen. Een *waqf* kon meteen vanaf de oprichting heel haar vermogen ter beschikking stellen voor een dergelijk doel. Deze variant kreeg de benaming *waqf khayri* mee. Een *waqf* kon evenwel ook een belangeloos doel gaan dienen vanaf een onbepaald moment in de toekomst. Dit was het geval bij de zogeheten 'private *waqf*', ook wel de *waqf ahli*²⁶⁰ of *waqf dhurri*²⁶¹ genoemd. Private *waqfs* werden gebruikt in een familiale context, waarbij de *waqif* de inkomsten die het waqfvermogen genereerde, toekwamen aan zijn kinderen en diens afstammelingen. Pas wanneer zijn bloedlijn zou zijn uitgestorven, zou de *waqf* worden aangewend voor een liefdadig doel. De *waqf* bood voor veel families een mogelijkheid om het uiteenvallen van familievermogen tegen te gaan en kon, omdat het gezien werd als een religieuze en heilige instelling, enige bescherming bieden tegen de inhaligheid van de lokale heersers.²⁶² De wereldlijke en religieuze overheersers hielden wel steeds een oogje in het zeil wanneer het aankwam op *waqfs*. Zo was de toestemming van een lokale rechter (*qadi*) vereist vóór een *waqf*

²⁵⁷ A. AVINI, "The Origins of the Modern English Trust Revisited", *Tulane Law Review*, 1995 – 1996, 1151.

²⁵⁸ M.M. GAUDIOSI, "The Influence of the Islamic Law on Waqf on the Development of the Trust in England", *University of Pennsylvania Law Review*, 1988, 1231 – 1261; J.A. SCHOENBLUM, "The Role of Legal Doctrine in the Decline of the Islamic Waqf: A Comparison with the Trust", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1999, 1191-1227.

²⁵⁹ Voor een meer uitgebreide bespreking van de Waqf, zie: H. CATTAN, "The Law of Waqf" in M. KHADDURI, H.J. LIEBESNY (eds.), *Law in the Middle East: Origin and Development of Islamic Law*, Vol. I, Washington D.C., Middle East Institute, 1955, p. 103 *et seq.*

²⁶⁰ *Wafq ahli* was de benaming die aan private *waqfs* werd gegeven in Egypte.

²⁶¹ *Wafq dhurri* was de benaming die een private *waqf* mee kreeg in Palestina.

²⁶² I. EDGE, "Methods of Avoidance of the Fixed Heirship Rules in Islamic Law: The Islamic Trust", *Trusts & Trustees*, 2008, 457; A. LAYISH, "The Family *Waqf* and the Shar'i Law of Succession in Modern Times", *Islamic Law and Society*, 1997, 352.

geldig kon worden opgericht. De *qadi* vervulde ook min of meer de rol die in de *common law* werd toegeschreven aan de *Chancellor*.²⁶³ Het Islamitische recht kent overigens geen scheiding tussen de *legal title* en een *equitable title*. Van enige vorm van 'opsplitsing van eigendom' was dus geen sprake. Meer zelfs: de eigendomstitel van een *waqf* werd ook niet bij de *mutawalli* gelegd. Het *waqf*vermogen wordt dus beschouwd als niemands eigendom, of een eigendom dat Allah toebehoort.²⁶⁴ De *waqf* werd overigens ook nooit beschouwd als een rechtspersoon.

86. Eén en ander leidde er evenwel toe dat de *incentives* voor de *mutawalli* om het *waqf*vermogen naar behoren te beheren niet erg krachtig waren. Veel *waqf*-eigendommen lagen er dan ook lange tijd onderkomen bij.²⁶⁵

87. Over de ontstaansgeschiedenis van de *waqf* lopen de meningen uit elkaar. In de *Koran* wordt de *waqf* niet vernoemd. In de *Hadith*²⁶⁶ zijn er evenwel een groot aantal verwijzingen te vinden naar de *waqf*. Anderen zijn de mening toegedaan dat de *waqf* zelf zijn oorsprong vindt in de Byzantijnse *Piae Causae*, die moslims aantreffen in veroverde landen die Byzantijnse invloeden hadden ondergaan.²⁶⁷

88. Voorstanders van de theorie die vooropstelt dat de *trust* haar oorsprong vindt in de *waqf*-figuur argumenteren dat de *waqf* gedurende de tijd van de kruistochten werd geïmporteerd door de Franciscanen, die reeds eerder in dit verhaal werden genoemd, wanneer ze gedurende de 13^e eeuw terugkeerden uit het Heilige Land na de kruistochten.²⁶⁸ De Franciscaanse broeders waren immers gedurende de 13^e eeuw erg actief in het Midden-Oosten.²⁶⁹ De periode van de kruistochten viel overigens samen met de periode waarin de *waqf* als instelling op het hoogtepunt was van haar populariteit in het Midden-Oosten.²⁷⁰ De *waqf* en de middeleeuwse *use* delen ook een aantal karakteristieken. Hoewel ze technisch-juridisch anders functioneerden hielden zowel de *use* als de *waqf* een zekere, en in het geval van de *waqf* een louter functionele, mate van opsplitsing in van de

²⁶³ A. HOFRI-WINOGRADOW, "Express trusts in Israel/Palestine" in L. SMITH (ed.), *Re-imagining the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 86.

²⁶⁴ *Ibid*, 87. Vergelijk met de hedendaagse *trust* in Québec, die eveneens kan worden beschouwd als een 'ownerless trust', zie: M. CANTIN CUMYN, "Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries" in L. SMITH (ed.), *Re-imagining the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 20-23; A. POPOVICI, "Trust in Quebec and Czech Law: Autonomous Patrimonies?", *ERPL* 2016, 944 – 945.

²⁶⁵ A. HOFRI-WINOGRADOW, "Express trusts in Israel/Palestine" in L. SMITH (ed.), *Re-imagining the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 87.

²⁶⁶ De *Hadith* is een verzameling van gezegden, tradities en gedragingen van de Profeet Mohammed. Voor de meerderheid van de moslims vormt de *Hadith* een aanvulling op en interpretatie van de bewoordingen van de *Koran*.

²⁶⁷ A. AVINI, "The Origins of the Modern English Trust Revisited", *Tulane Law Review*, 1995 – 1996, 1155-1157.

²⁶⁸ H. CATTAN, "The Law of Waqf" in M. KHADDURI, H.J. LIEBESNY (eds.), *Law in the Middle East: Origin and Development of Islamic Law*, Vol. I, Washington D.C., Middle East Institute, 1955, 213.

²⁶⁹ *Ibid*, 214.

²⁷⁰ A. AVINI, "The Origins of the Modern English Trust Revisited", *Tulane Law Review*, 1995 – 1996, 1155-1157.

eigendom over goederen en de feitelijke controle daarover of het gebruik ervan. De analogie gaat echter minder ver dan bij sommige van de andere mogelijke voorgangers van de *use*. De eigendom van de *waqf*-goederen berustte immers niet bij de *mutawalli*, noch bij de beneficiarissen. Wel werden beide rechtsfiguren gebruikt om de toenmalige zware juridische beperkingen op overdrachten van land te omzeilen, evenals de vele lasten die de toenmalige heersers oplegden. De rol die wordt gespeeld door de *feoffor* en de *waqif* zijn analoog aan elkaar, net zoals de functies die de *feoffee* en de *mutawalli* vervulden. Zowel de oorspronkelijke *use* als de *waqf* waren bedoeld om voor onbepaalde duur, zelfs voor eeuwig, te blijven gelden. MAITLAND, die kennelijk nooit melding gemaakt heeft van de *waqf* in zijn besprekingen over de *use*, vermeldde wel dat de Franciscaanse broeders de eersten waren die permanente *uses* hebben opgezet (zie *supra*, randnr. 70).²⁷¹ De Franciscaanse broeders waren ook de eersten die *uses* zouden opzetten op grote schaal *tout court*.²⁷²

Zowel de *waqf* als de *use* hadden een religieuze insteek. Vóór de 14^e eeuw, vanaf wanneer de *Chancellors* zich actiever zouden gaan bezighouden met de materie, genoten *uses* reeds enige vorm van erkenning binnen de kerkelijke rechtbanken. Hier valt dan ook enige analogie te maken met de figuur van de *qadi*. Nog een gelijkenis, die evenwel geen historische banden kan verklaren, is het feit dat ook de *Chancellors* vaak *clerici* waren die, zeker nog in de 14^e eeuw, op basis van spirituele gronden, het schenden of het misbruiken van andermans vertrouwen bestrafden.²⁷³

d. De *use* als uitloper van een bredere pan-Europese traditie

89. Een andere strekking in de rechtsleer argumenteert dat de *use* en vooral het uiteindelijke trustrecht stevig invloed heeft ondergaan van het geleerde civiele recht uit continentaal Europa. Zo stelt LUPOI dat de *confidentia*, een doctrine die zich ontwikkelde binnen de context van het *ius commune*, hierop mogelijk een invloed kan hebben gehad.²⁷⁴ Bovendien wijst LUPOI er op dat *Chancellors* als Sir EDWARD COKE spraken over '*breach of confidence*'²⁷⁵ en niet over '*breach of trust*'. Ook het befaamde *Statute of Uses*, dat verder ter sprake komt (*infra*, randnr. 94 e.v.), had het niet enkel over *uses*, maar over "*a use, confidence or trust*". ACCURSIUS had in zijn *Glossa Ordinaria* de aanleiding gegeven voor het ontstaan en het ontwikkelen van een doctrine van *confidentia* binnen het *ius commune* toen hij de persoon van de *fiduciarius* identificeerde.²⁷⁶

²⁷¹ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 25.

²⁷² H.A.L. FISHER (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1911, 406.

²⁷³ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 7.

²⁷⁴ M. LUPOI, "Trust and Confidence", *Law Quarterly Review*, 2009, 253 – 287.

²⁷⁵ E. COKE, *Fourth Part of the Institutes of the Law of England*, 5th Edition, 1681, 84.

²⁷⁶ M. LUPOI, "Trust and Confidence", *Law Quarterly Review*, 2009, 261.

Uit deze doctrine vloeide een nieuwe rechtsfiguur voort: de *fideicommissum confidentiale*, die een variant was op het oude Romeinse *fideicommissum*. Het grootste verschil tussen beide rechtsfiguren was dat de persoon die belast werd met de middeleeuwse variant van het *fideicommissum*, de goederen niet voor zichzelf mocht houden en alles wat hij verkregen had van de overledene, diende over te dragen aan de uiteindelijke beneficiaris.²⁷⁷ Deze middeleeuwse doctrine verspreidde zich doorheen middeleeuws Europa en werd zo een onderdeel van het *ius commune*.²⁷⁸ Hoewel LUPOI naar eigen zeggen niet kan identificeren via welke kanalen bepaalde principes van de *ius commune* doctrine rond *confidentia* het Engelse recht bezwangerden, concludeert hij dat dit op de één of de andere wijze toch moet zijn gebeurd, daar het vroege Engelse trustrecht een gemeenschappelijke identiteit deelde met de *confidentia*-doctrine.²⁷⁹ Noteer evenwel dat de *use* reeds bestond en gebruikt werd in Engeland vóór de 14^e en 15^e eeuw, waar LUPOI het begin van zijn discussie historisch situeert. De invloed die *ius commune* op dit vlak gehad kan hebben, blijft noodzakelijkerwijze beperkt tot de ontwikkelingen die de *use* heeft ondergaan gedurende de eerste eeuwen van diens bestaan in het Engelse recht.

90. Andere auteurs verdedigen de gedachte dat ook het ontstaan van de *use* als rechtsfiguur niet kan worden teruggevoerd tot één rechtstreekse juridische voorouder.²⁸⁰ Niet alleen veronderstelt een rechtstreekse transplantatie de mogelijkheid dat dergelijke transplantaties mogelijk zijn, maar eveneens dat er een grens bestaat waarover zulke transplantaties kunnen gebeuren.²⁸¹ Zo argumenteert PATRICK GLENN dat het vermoedelijk niet mogelijk is om te achterhalen welke rechtsfiguur de rechtstreekse voorouder vormt van de *use*, als die al bestaat, en dat de specifieke omstandigheden die in Engeland golden door een vroege receptie van het Romeinse recht ertoe leidden dat de koninklijke rechtbanken geen wettelijke bescherming konden bieden aan de *cestui que use*.²⁸² Door een vroege, maar beperkte receptie van het Romeins recht, waren reeds een aantal juridische concepten in het gemoderniseerde juridische systeem van Engeland sterker afgelijnd naar Romeins voorbeeld. Zo ook met het concept van de *seisin*, dat tot dan toe een zeer fluide concept was geweest dat zweefde tussen een recht en een louter rechtsfeit.

PATRICK GLENN argumenteert dan ook dat een erkenning door de koninklijke rechtbanken onmogelijk was geworden wegens het rationaliseren van de *seisin*. De *common law*-rechtbanken konden slechts één eigenaar juridische erkenning geven, en dat was de leenman die *seisin* had.²⁸³ *Seisin* was op deze wijze een meer

²⁷⁷ *Ibid*, 262.

²⁷⁸ *Ibid*, 263.

²⁷⁹ *Ibid*, 286.

²⁸⁰ H.PATRICK GLENN, "The Historical Origins of the Trust" in A. MORDECHAI RABELLO, *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Jeruzalem, Hamaccabi Press, 1997, 754 – 755.

²⁸¹ *Ibid*.

²⁸² *Ibid*, 768 – 772.

²⁸³ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History, 4th Edition*, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 248.

abstract, meer geromaniseerd juridisch concept geworden, dat in mindere mate het midden was gaan houden tussen een juridische en feitelijke situatie.²⁸⁴ Op deze wijze zou het *ius commune* eveneens bijgedragen hebben aan de ontwikkeling en vorming van de *use*, en later de *trust*. Op zich houdt het voorgaande geen negatie in van de stelling van MAITLAND dat de *trust* “perhaps the most distinctive achievement of the English lawyers”²⁸⁵ is. De *use* heeft zich immers maar kunnen ontwikkelen tot de rechtsfiguur die het uiteindelijk is geworden door de specifieke context waarin ze tot ontwikkeling is gekomen. Ook UNIKEN VENEMA is van oordeel dat de *use* in beginsel aan de Engelse bodem zelf is ontsproten, aangezien zij, net als de *Salman*, het *fideicommissum* en de *waqf* één van de grondvormen van eender welk rechtssysteem vertegenwoordigt, namelijk de fiduciaire rechtsverhouding in de algemene zin.²⁸⁶

C. De *use* wordt een *trust*

1. De *use* als instrument voor wets- en belastingontwijking

91. Door de talrijke voordelen die de *use* bood, werd het al snel een populaire en veelvuldig aangewende rechtsfiguur. Rond het begin van de 16^e eeuw werd zelfs het merendeel van de landerijen in Engeland aangehouden via *uses*.²⁸⁷ *Uses* werden blijkbaar dermate populair dat de *Chancellors* het zich konden veroorloven om de doctrine van *resulting uses* te introduceren.²⁸⁸ Wanneer partij A een andere partij B beleende zonder dat er een tegenprestatie van partij B tegenover stond, werd door de *Chancellors* zonder meer vermoed dat partij A niet definitief afstand wenste te doen van de grond in kwestie, maar dat B het land *in use* diende aan te houden voor A. Indien A de gronden had wens te schenken aan B, diende hij daarbij te expliciteren dat hij de grond beleende ten voordele van B en zijn erfgenamen ‘to the use’ van B en zijn erfgenamen. Enkel in het geval waar er een familieband bestond tussen beide partijen waren de *Chancellors* bereid om aan te nemen dat deze familieband op zich een voldoende vorm van tegenprestatie uitmaakte of de vereiste van een tegenprestatie overbodig maakte. *Uses* waren met andere woorden zo populair geworden dat algemeen werd aangenomen dat wanneer een partij afstand deed van zijn landerijen ten voordele van een derde, het kon worden vermoed dat er sprake was van een *use* en dat de *feoffee* geen voordeel vermocht te halen uit de transactie.

²⁸⁴ H.PATRICK GLENN, “The Historical Origins of the Trust” in A. MORDECHAI RABELLO, *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Jeruzalem, Hamaccabi Press, 1997, 769 – 770.

²⁸⁵ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 23.

²⁸⁶ C. Æ. VENEMA, *Trustrecht en Bewind*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1954, 119.

²⁸⁷ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History, 4th Edition*, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 251.

Zie hierover ook: J. MORLEY, “The Common Law Corporation: The Power of the Trust in Anglo-American Business History”, *Columbia Law Journal* 2016, 2152 e.v.

²⁸⁸ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 33.

92. De *use* ontsnapte wegens haar groeiende populariteit evenwel niet aan het toezien oog van toenmalige overheden. De mogelijkheden die de *use* bood aan vele partijen binnen de feodale piramide brachten een aantal problemen met zich mee.

Een eerste probleem bestond er in dat de creatie van een *use* vormvrij kon geschieden. Het was niet vereist dat de *feoffor* de *seisin* van een grond overdroeg aan de *feoffee* om een *use* in het leven te roepen. Aangezien de *use* geen 'zakelijke overeenkomst' was, en evenmin aan andere formaliteiten diende te worden voldaan, kon een *use* dus ook mondeling in het leven worden geroepen. Bij gebrek aan enige andere vorm van publiciteit bracht dit ook heel wat rechtsonzekerheid met zich mee. Zo kon de koper van een stuk land worden geconfronteerd met verborgen *uses* die dat stuk land bezwaarden, zelfs wanneer zij niet wisten of konden worden geacht te weten, dat het land met een *use* was bezwaard.²⁸⁹

Ten tweede leidde het veelvuldig gebruik van *uses* ertoe dat leenheren, en in het bijzonder de Koning, een groot aantal feodale heffingen misliepen.²⁹⁰ Volgens BAKER was het ontwijken van deze heffingen niet de voornaamste beweegreden om *uses* in het leven te roepen, maar maakte dit fenomeen het gebruik van *uses* over het algemeen des te aantrekkelijker.²⁹¹ De feodale heffingen waren in veel gevallen namelijk vastgeklikt aan de erfovergang van gronden. Wanneer een leenman echter nog tijdens zijn leven verschillende *feoffees* aanduidde aan wie de grond werd overgedragen, was er bij zijn dood geen erfovergang van die grond waaraan de feodale lasten konden worden verbonden. Zoals hoger reeds werd opgemerkt stortte de constructie in elkaar wanneer er slechts één *feoffee* werd aangeduid en deze overleed. Om deze reden duidde een *feoffor* in de regel verschillende *feoffees* aan, die dan werden gezien als *joint tenants*. Wanneer één van deze *feoffees* overleed, waste zijn deel gewoon aan bij de delen van de overlevende *feoffees* op basis van het *ius accrescendi*. Gezien het gemak waarmee deze feodale heffingen konden worden omzeild en de vele mogelijkheden die de *use* bood, werd het erg onaantrekkelijk om gronden nog in eigen naam aan te houden.

93. Initieel stonden de Engelse koningen niet weigerachtig tegenover het gebruik van *uses*, al werden er soms pogingen ondernomen om bepaalde gevallen wetsontduiking, waartoe het gebruik van *uses* soms aanleiding gaf, in te dammen. Zo vaardigde RICHARD II in 1391 een verordening uit met het oogmerk om het *Statute of Mortmain* in zodanige zin aan te passen dat deze niet meer kon worden omzeild door het gebruik van *uses*.²⁹² In de jaren tussen 1391 en 1490 werden door de Engelse koningen zo goed als geen maatregelen getroffen die er op waren gericht om de vele achterpoortjes waartoe *uses* aanleiding gaven, te sluiten. Pas

²⁸⁹ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History, 4th Edition*, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 252.

²⁹⁰ D.W.M. WATERS, "The Trust: Continual Evolution of a Centuries-Old Idea", *Journal of International Trust and Corporate Planning* 2007, 211.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² L. SHELFORD, *A practical treatise of the Law of Mortmain, and charitable uses and trusts*, Londen, Stevens and Pardon, 1836, 16.

gedurende de *Tudor*-dynastie keerde het tij, en begonnen HENDRIK VII en HENDRIK VIII weerwerk te bieden aan het veelvuldig gebruik van *uses*. De lange periode van inertie wordt door historici enerzijds verklaard door de opschudding veroorzaakt door de Rozenoorlogen, die ertoe leidden dat de koningen er weinig voor voelden om belastingontwijking door hun eigen aanhangers hard aan te pakken. Anderzijds wordt gewezen op de ontwikkeling van de *common recovery*²⁹³ rond 1470 die ertoe leidde dat de inkomstenstroom uit feodale lasten nog verder opdroogde.²⁹⁴

2. Het ingrijpen van HENDRIK VIII: het *Statute of Uses*

94. In 1490 en 1504 nam HENDRIK VII een eerste reeks maatregelen, die er vooral toe strekten de *cestui que use* voor fiscale doeleinden te behandelen als een juridische eigenaar. Indien een *cestui que use* overleed *ab intestato*, werd zijn erfgenaam op eenzelfde wijze belast als zou de erflater de titel met betrekking tot de gronden in eigen naam hebben aangehouden. Het gevolg was vooral dat rechtsonderhorigen er aan werden herinnerd dat ze best een testament opmaakten. Het was echter HENDRIK VIII die het oude feodalisme in grote mate terug tot leven wakte.²⁹⁵ Deze herleving van de oude feodale structuren leek vooral te zijn ingegeven door fiscale doeleinden, eerder dan het in eer herstellen van de oude feodale relaties op zich. Om deze reden kreeg dit fenomeen de benaming 'fiscaal feodalisme' met zich mee.²⁹⁶

HENDRIK VIII nam in dit verband een erg vijandige houding aan ten aanzien van *uses*. Op zich hoeft dit niet te verbazen, aangezien de koning de enige persoon was die niets te verliezen had en enkel kon winnen bij de afschaffing van *uses*.²⁹⁷ Zo begon de Koninklijke Raad in 1526 een strikte houding aan te nemen ten aanzien van vervreemdingen van gronden door de hoofdvazallen van de koning, teneinde te verzekeren dat eventuele misgelopen inkomsten van de Kroon werden vergoed. In 1529 bedachten Hendrik VIII en zijn adviseurs een voorstel dat ertoe zou leiden dat, in die gevallen waar werd gebruik gemaakt van *uses*, minstens een derde van de feodale lasten die onder de *common law* zouden moeten betaald, toch zouden kunnen worden ingevorderd. Dit voorstel werd, ondanks dreigementen van de

²⁹³ De *common recovery* was een juridische procedure die ertoe strekte om een *fee tail* om te zetten in een *fee simple*. Een *fee tail* was een titel met betrekking tot een grond, waarbij in tegenstelling tot de *fee simple*, de houder van de titel niet bevoegd was om over de grond te beschikken. De grond die in *fee tail* werd aangehouden kon dus niet worden verkocht, geschonken of gelegateerd. Door de mogelijkheid tot omzetting van dergelijke titels in een *fee simple* verkreeg de houder van de titel een zekere mate van beschikkingsbevoegdheid, die hem toeliet om te participeren in de (tegen dan) massale ontwijking van feodale lasten.

²⁹⁴ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4th Edition, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 253.

²⁹⁵ *Ibid*, p. 254.

²⁹⁶ M.J. BRADDICK, *The Nerves of the State: Taxation and the Financing of the English State, 1558 – 1714*, Manchester, Manchester University Press, 1996, 72; J. HURSTFIELD, "The profits of fiscal feudalism 1215 - 1540" *Economic History Review* VIII, 1955, 53.

²⁹⁷ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 34.

koning²⁹⁸, evenwel vlakaf verworpen door de *House of Commons of England* in 1532, dat diende in te stemmen met de invoering van nieuwe belastingmaatregelen.²⁹⁹

95. HENDRIK VIII liet het hier evenwel niet bij en maakte handig gebruik van een tweetal ontwikkelingen binnen de *common law* om zich te beraden over een nieuw voorstel. Ten eerste had de *Court of Common Pleas* sinds een koninklijke verordening van 1484³⁰⁰ de zienswijze ontwikkeld dat *uses* in bepaalde gevallen toch konden worden gereguleerd door de *common law*. Aangezien testamenten met betrekking tot gronden onder de *common law* nietig waren, vloeide hier logischerwijs ook uit voort dat testamenten met betrekking tot *uses* nietig waren wanneer ze gronden betroffen. Ten tweede bleken *common law* rechters ook van mening te zijn dat de 'eigendomssplitsing' die *uses* met zich meebrachten inherent bedrieglijk van aard was, en in eer en geweten niet afdwingbaar hoorde te zijn.³⁰¹

96. Onder invloed van HENDRIK VIII en enkele invloedrijke adviseurs, die intussen gezaghebbende posities hadden verkregen binnen de *Chancery*, werd vervolgens een ommekeer bereikt. THOMAS CROMWELL, die het ambt van secretaris van de koning uitoefende, stuurde aan op een onderzoek naar de geldigheid van het testament van Lord DACRE, een hoofdvazal van de koning. Indien het testament ten uitvoer zou worden gebracht, zouden de gronden van de overledene niet onder *wardship* (voogdij) van de koning kunnen komen tot de rechtmatige erfgenaam meerderjarig werd, en liep de koning mogelijke inkomsten uit deze gronden mis. Het onderzoek waarop CROMWELL had aangestuurd, wees uit dat het testament frauduleus was en tot doel had de koning te beroven van zijn rechtmatige inkomsten.³⁰² De *feoffees* brachten de zaak in 1535 vervolgens voor de *Chancery*, waar THOMAS AUDLEY, een medestander van HENDRIK VIII op het vlak van de *uses*, en THOMAS CROMWELL intussen de dienst uitmaakten. Hoewel AUDLEY en CROMWELL naar alle waarschijnlijkheid een negatief oordeel zouden hebben geveld ten aanzien van de *feoffees*, waren zij zich ervan bewust dat zij eveneens de steun van de *common*

²⁹⁸ "I assure you, if you will not take some reasonable end now when it is offered, I will search out the extremity of the law, and then will I not offer you so much again", zie: G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 38.

²⁹⁹ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History, 4th Edition*, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 254.

³⁰⁰ De verordening van 1484 strekte ertoe de problematiek van de verborgen *uses* te verzachten. Om diegenen te beschermen die gronden verkregen van *cestui que use* die in het bezit waren van de gronden, werd de regel ingevoerd dat de *cestui que use* een titel konden overdragen die ook tegenwerpelijk was aan de *feoffee*. In feite werd hiermee toegestaan dat de *cestui que use* een titel kon overdragen die hij zelf niet had. Hij werd bij wijze van een juridische fictie in een dergelijk geval beschouwd als een 'juridische eigenaar'. De conservatieve stelling van de *common law* dat de *cestui que use* evenveel met de grond in kwestie te maken had als eender welke andere vreemde werd hiermee enigszins ondergraven.

³⁰¹ In deze gedachtegang kan een zekere parallel worden ontwaard met het adagium *fraus omnia corrumpit*.

³⁰² J.H. BAKER, *The Oxford History of the Laws of England, Volume IV 1483 – 1558*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 670.

law-rechters nodig hadden om het vonnis voldoende geloofwaardigheid mee te geven.³⁰³

De zaak werd dus naar de *Exchequer Chamber* verwezen om daar plenair door de rechters te worden besproken. Initieel dienden de rechters slechts te oordelen over de vraag naar de al dan niet frauduleuze aard van het testament. Later in de procedure werd de nog meer gewaagde vraag opgeworpen of een testamentaire beschikking met betrekking tot gronden niet *ipso facto* nietig was, ongeacht of er nu een *use* mee gemoeid was of niet. Onder druk van HENDRIK VIII en zijn adviseurs besloten de rechters uiteindelijk dat gronden inderdaad van die aard waren dat enige testamentaire beschikking onmogelijk was, dus dat ook testamenten met betrekking tot *uses* van gronden nietig waren.³⁰⁴ Deze uitspraak was erg markant, aangezien ze diametraal tegenover de eerdere jurisprudentie kwam te staan. BAKER stelt dat dit naar zijn weten het enige geval was in de Engelse geschiedenis waar een koning die gefaald had een verordening door het Parlement te duwen in de plaats daarvan de *common law* had weten te veranderen.³⁰⁵

97. Het gevolg van het voorgaande was dat een nieuw voorstel door het *House of Commons* kon worden geduwd. De beslissing in *Lord Dacre's Case* had immers tot gevolg dat het niet in overeenstemming was met de juridische aard van gronden om per testament te kunnen worden overgedragen. Dit impliceerde dan ook dat heel wat titels met betrekking tot gronden ongeldig waren, aangezien ze rechtstreeks of onrechtstreeks afhankelijk waren geweest van testamentaire beschikkingen. Elke grondeigenaar wiens titel gebaseerd was op een testament liep dus het risico te worden uitgewonnen door de wettelijke erfgenaam van de erflater. HENDRIK VIII kwam vervolgens met een nieuw voorstel van verordening, waarin een bepaling werd opgenomen die ertoe strekte alle testamenten van personen die waren gestorven voor 1536 retroactief te bekrachtigen, waarmee de gevolgen van *Lord Dacre's Case* voor het verleden terug werden uitgewist.³⁰⁶ Op deze wijze kon het voorstel door een zeer onwillig Parlement worden geduwd. Deze wetgevende maatregel was het befaamde *Statute of Uses* van 1536.³⁰⁷

98. De doelstelling van het *Statute of Uses* bestond er in feite niet in om de *uses* zelf te elimineren, maar om de mogelijkheid tot testamentaire beschikkingen met betrekking tot landen nagenoeg teniet te doen.³⁰⁸ Deze doelstelling werd

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ *Ibid.*, 671.

³⁰⁵ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History, 4th Edition*, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 255.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ Het belangrijkste operationele gedeelte van het *Statute of Uses* bepaalde als volgt: "Where any person or persons shall be seised of any lands or other hereditaments to the use, confidence or trust of any other person or persons, in every such case such person and persons that shall have any such use, confidence or trust in fee simple, fee tail, for term of life or for years or otherwise shall stand and be seised deemed and adjudged in lawful seisin, estate and possession of land in the same lands and hereditaments in such like estates as they had or shall have in the use."

³⁰⁸ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History, 4th Edition*, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 255.

bereikt door de meeste *uses* zelf uit het rechtsverkeer te doen verdwijnen en de *equitable title* van de *cestui que use* om te zetten in een *legal title*. Het elimineren van de *uses* werd dus vooral beschouwd als een middel, en geen doel op zich. Indien de *uses* op een andere wijze zouden worden geëlimineerd, zou dit immers tot gevolg hebben gehad dat de *feoffees*, die slechts stromannen waren, alle juridische titels definitief in handen zouden hebben gekregen. Dit kon nooit de bedoeling zijn geweest. Wanneer A als *feoffee* een grond *in use* hield voor X, strekte de nieuwe maatregel ertoe dat de *seisin* van de grond (al dan niet fictief) van A werd overgeleverd aan X, de *cestui que use*. In hoofde van X werd de *legal title* samengevoegd met de *equitable title*, zodat X de enige houder werd van de integrale titel. Wanneer X vervolgens kwam te overlijden zou hij altijd *in seisin* van de grond zijn, zodat enige testamentaire beschikking met betrekking tot de grond onmogelijk werd gemaakt en de feodale heffingen opeisbaar werden en de koninklijke rechten met betrekking tot *wardship* en *relief* in eer werden hersteld.

99. Echter, net zoals het geval was bij zijn echtgenotes, executeerde HENDRIK VIII niet alle *uses*.³⁰⁹ Zo repte het *Statute of Uses* met geen woord over *chattels* (roerende goederen) en strekte het er enkel toe om *uses* met betrekking tot gronden te elimineren waarbij er slechts een enkele *cestui que use* werd aangeduid voor wie de grond(en) door *feoffees* werd(en) aangehouden.³¹⁰ Het *Statute of Uses* had geen betrekking op *active uses*, waarbij een grond tijdelijk werd overgedragen aan een derde met een specifiek doel, zoals het beheren van de eigendom, het bijeenbrengen van opbrengsten, het betalen van schulden en dergelijke meer.³¹¹ Dergelijke overdrachten strekten er immers in beginsel niet toe om feodale plichten en lasten te omzeilen. De grens tussen een klassieke *use* en een *active trust* viel in de praktijk evenwel vaak moeilijk te ontwaren.³¹²

100. Voor wat betreft de inkomstenstroom van de Schatkist was het *Statute of Uses* een groot succes.³¹³ Ook werd de tekst, die in verschillende opzichten kan worden beschouwd als een voorloper van hedendaagse antimisbruikbepalingen, door verschillende invloedrijke rechtsgeleerden geloofd als een schitterend voorbeeld van perfect gericht opgestelde wetgeving.³¹⁴

Anderen waren minder enthousiast. Zo zou de *Duke of Norfolk* beweerd hebben dat het *Statute of Uses* "the worst act ever made" was.³¹⁵ Het feit dat grond niet meer

³⁰⁹ G. WATT, *Trusts and Equity*, 5th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2012, 10.

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ A. AVINI, "The Origins of the Modern English Trust Revisited", *Tulane Law Review*, 1995 – 1996, 1143; F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 38; W.J. ZWALVE, *C.A.E. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Deventer, Tsjeenk Willink, 2000, 281 – 282.

³¹² F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 38 – 39.

³¹³ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4th Edition, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 256.

³¹⁴ Onder meer door FRANCIS BACON, zie: F. BACON, *The Learned Reading of Francis Bacon, One of Her Majesties Learned Counsell at Law, Upon the Statute of Uses Being His Double Reading to the Honourable Society of Grayes Inne ...*, Londen, 1642, 25.

³¹⁵ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4th Edition, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 256.

door een bij testament aangewezen erfgenaam kon worden vererfd, stuitte op veel weerstand bij de bevolking. Zo zou het *Statute of Uses* mee aanleiding hebben gegeven tot de Bedevaart der Genade (*Pelgrimage of Grace*) van 1536, een opstand die plaatsvond in het raam van de Engelse Reformatie die eveneens door HENDRIK VIII in gang werd gezet om de scheiding van zijn eerste echtgenote, CATHARINA VAN ARAGON, mogelijk te maken.³¹⁶ Hoewel HENDRIK VIII in eerste instantie niet onder de indruk was van de eisen van de opstandelingen, keerde hij reeds in 1540 bij wijze van het *Statute of Wills* terug naar het oorspronkelijke compromis.³¹⁷ Het *Statute of Wills* van 1540 voerde voor het eerst de mogelijkheid in om per testament over een *estate* te beschikken, zij het dat daarbij rechten van de Schatkist werden gevrijwaard. Dit werd onder meer bereikt door te bepalen dat deze rechten niet enkel verschuldigd werden wanneer een erflater *ab intestato* overleed, maar ook wanneer de gronden erfrechtelijk werden overgedragen middels een testamentaire beschikking.

101. Het *Statute of Uses* wordt ook wel beschouwd als het startpunt van de moderne trustwetgeving. Enerzijds was dit zo omdat *active uses* geacht werden buiten het toepassingsgebied van het *Statute of Uses* te vallen. In tegenstelling tot een gewone of *passive use* was de *feoffee* niet de passieve partij, maar wel de *cestui que use*. Dit vormde meteen ook de reden waarom het *Statute of Uses* niet werd geacht van toepassing te zijn op dergelijke *uses*. Anderzijds ontwikkelde zich nog een andere belangrijke uitzondering op de regeling vervat in het *Statute of Uses*, namelijk de *use upon a use*. Bepaalde rechtsleer betoogt dat de *use upon a use* reeds bestond vóór de invoering van het *Statute of Uses*³¹⁸, maar het is alleszins duidelijk dat de *use upon a use* uiteindelijk een veelvuldig gebruikt instrument werd om het *Statute of Uses* te omzeilen.³¹⁹

102. In het geval van een *use upon a use* duidde een *feoffor* X een *feoffee* A aan, die het *estate* in *use* diende te houden voor B, die op zijn beurt het *estate* in *use* hield voor C. Na de invoering van het *Statute of Uses* waren de *common law*-rechtbanken initieel van oordeel dat een dergelijke cascadestructuur eveneens nietig was.³²⁰ Door middel van het *Statute of Uses* behoorde het terrein van de *uses* immers niet meer exclusief tot het rechtsgebied van de *Chancery*, zodat ook *common law*-rechtbanken zich met *uses* konden beginnen inlaten. Hoewel de *use upon a use* in sommige gevallen wordt voorgesteld als een evident mechanisme

³¹⁶ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 34; J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History, 4th Edition*, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 256.

³¹⁷ De terugkeer naar de oorspronkelijke voorgestelde één derde-regel had in feite minder te maken met de eisen van de katholieke opstandelingen, die voor het overige evenmin werden ingewilligd, dan met de vrees dat enkele ingenieuze advocaten achterpoortjes zouden ontdekken in het *Statute of Uses*. Verschillende advocaten werden om deze reden blijkbaar opgesloten in de *Tower*. Zie: J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History, 4th Edition*, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 257.

³¹⁸ N. JONES, "The Use upon a Use in Equity Revisited", *Cambrian Law Review*, 2002, 67 – 80.

³¹⁹ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 2.

³²⁰ Onder meer in *Jane Tyrrel's Case* in 1557, zie: N. JONES, "Tyrrel's Case (1557) and the Use upon a Use", *Journal of Legal History*, ed. 2, 1993, 75 – 93.

waarmee het *Statute of Uses* kon worden omzeild³²¹, duurde het bijna een eeuw vanaf de invoering van het *Statute of Uses* voor de *Chancellor* terug ingreep en de secundaire *use* in rechte erkende³²² als een *trust*.³²³

De hedendaagse *trust* is dus het gevolg van de interpretatie die de *Court of Chancery* gaf aan *active uses* en *uses upon uses*, en heeft aan deze interpretatie, in het licht van het *Statute of Uses*, zijn bestaan te danken.³²⁴ Een tweede factor waaraan de *trust* vermoedelijk zijn overleving heeft te danken, en die tevens nauw samenhangt met de eerste, is de vaststelling dat, na 1540, het *Statute of Wills* de voornaamste maatregel werd die de feodale inkomensstroom van de Kroon veilig stelde.³²⁵ Het gebruik van *trusts* hield om deze reden geen ernstige financiële dreiging meer in. JONES schrijft dan ook: “*If the execution of uses was the means to protect the revenue, then all trusts, being of necessity unexecuted uses, were potential revenue evasion mechanisms. But since after 1540 the scope of the revenue was defined by the Statute of Wills, not all trusts had the potential to defeat the revenue, and the practice of the Chancellor in trust cases was formed around the identification and neutralisation only of those trusts which did pose a financial threat.*”³²⁶

103. Het overleven van de *trust* is in die opvatting dus mede afhankelijk geweest van het feit dat de grootschalige belastingontwijking waartoe zij aanleiding had gegeven op een andere manier kon worden geremedieerd dan een blijvende afschaffing van de *uses* zelf. Ook wijst de vaststelling dat *trusts*, ook na de invoering van het *Statute of Uses*, veelgebruikte mechanismen bleven, er op dat zij ook steeds andere doelen konden dienen dan het ontwijken van belastingen. Hoger (*supra*, randnr. 92.) werd bovendien ook reeds gewezen op de vaststelling van BAKER, dat belastingontwijking ook vóór de invoering het *Statute of Uses* niet de voornaamste beweegreden vormde om *uses* of *trusts* te gebruiken. Deze observatie is voor bepaalde gevallen tot op de dag van vandaag relevant voor wat betreft fiscale aangelegenheden (zie *infra*, randnr. 1342). Ook na de invoering van het *Statute of Uses* bleek dat *trusts* nog steeds voor verschillende doeleinden werden aangewend. Zo is er in de zestiende-eeuwse Engelse rechtspraak sprake van *trusts* die charitatieve doeleinden hadden³²⁷ en *private trusts* die tot doel

³²¹ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 2.

³²² F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 41; G. WATT, *Trusts and Equity*, 5th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2012, 10; N. JONES, “Trusts in England after the Statute of Uses” in R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMAN (eds.), *Itinera Fiducia: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, 182.

³²³ W. HOLDSWORTH, *History of English Law, 2nd Edition*, Vol. IV, Londen, Methuen, 1937, 641; D.W.M. WATERS, “The Trust: Continual Evolution of a Centuries-Old Idea”, *Journal of International Trust and Corporate Planning* 2007, 211.

³²⁴ A. AVINI, “The Origins of the Modern English Trust Revisited”, *Tulane Law Review*, 1995 – 1996, 1147 – 11

³²⁵ N. JONES, “Trusts in England after the Statute of Uses” in R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMAN (eds.), *Itinera Fiducia: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, 182 - 183.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ MAITLAND was overigens van mening dat de welwillendheid waarmee de *Chancery charitable uses* en *charitable trusts* behandelde van groot historisch belang was voor het

hadden om kwetsbare individuen te voorzien van een bescherming of een inkomen, zoals kinderen uit een eerste huwelijk van een hertrouwde weduwe³²⁸, zwakbegaafden die zichzelf niet konden voorzien van een inkomen³²⁹ en verkwisters³³⁰. Andere *trusts* strekten er dan weer toe om (politiek) vervolgte individuen te beschermen³³¹ of gehuwde vrouwen op indirecte wijze toch eigendommen te laten aanhouden, aangezien volgens de *common law* alle eigendom op naam van hun echtgenoot stond³³².

3. De ontwikkeling van de *trust* na het *Statute of Uses*

104. Het gevolg van het voorgaande was dat *de use*, voortaan *trust* genoemd, in de loop van de zeventiende eeuw opnieuw herleefde. Vanaf de tweede helft van de zeventiende eeuw verschenen vervolgens de eerste juridisch-analytische werken met betrekking tot de *trust* en de *equity* in het algemeen.³³³ Deze werken zijn voor ons van belang, aangezien ze voor de eerste maal doen blijken dat het hedendaagse juridische paradigma, dat de *trust* tot gevolg zou hebben dat de '*legal ownership*' van de '*equitable ownership*' wordt afgescheiden, en aanleiding geeft tot een vorm van 'eigendomssplitsing', in de loop van de geschiedenis meermaals ter discussie heeft gestaan (en in feite nog steeds ter discussie staat).³³⁴ Op dit debat wordt verder (*infra*, randnr. 294 e.v.) dieper ingegaan. Hier zullen we ons voorlopig beperken tot het schetsen van het historische kader waarvan de hedendaagse discussie de uitloper is.

begrip van de *trust*, aangezien bij *charitable trust* geen individualiseerbare *cestui que use* meer te ontwaren viel. Hij schrijft in dit verband: "It seems to me that our people slid unconsciously from the enforcement of the rights of the [cestui que trust] to the establishment of trusts without a [cestui que trust] – the so-called charitable trusts: and I think that continental law shows that this was a step that would not and could not be taken by men whose heads were full of Roman law. Practically, the private man who creates a charitable trust does something that is very like the creation of an artificial person, and does it without asking leave of the State."

Zie: H.A.L. FISHER (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Vol. III, Cambridge, Cambridge University Press, 1911, 271 e.v., 321 e.v.

³²⁸ Zie *Lacye v. Brimesmeade* (1561).

³²⁹ Zie *Loddenden v. Danyell* (1585).

³³⁰ Zie *Halghe v. Howson* (1583).

³³¹ Zie *Dudley v. Ellis* (1559); *Wield v. Wield* (1560); *Jeffrey v. Tyrrell* (1561); *Magnus v. Snell* (1561).

³³² N. JONES, "Trusts in England after the Statute of Uses" in R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMAN (eds.), *Itinera Fiducia: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, 186 – 189.

³³³ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 42.

³³⁴ M. MACNAIR, "The Conceptual Basis of Trusts in the Later 17th and Early 18th Centuries", in R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMAN (eds.), *Itinera Fiducia: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, 207 – 208.

105. De 17^e- en 18^e-eeuwse analyses van de *equity* benaderen de *trust grosso modo* vanuit twee verschillende theoretische standpunten.³³⁵

Eenzijds behandelden rechtsgeleerden als NOTTINGHAM³³⁶ en GILBERT³³⁷ de *trust* vooral vanuit een eigendomsrechtelijk of goederenrechtelijk perspectief, waarbij zij in de eerste plaats aandacht besteedden aan de juridische verhouding tussen de *trustee* en de *beneficiary*. Hoewel de *trustee* vanuit een zuiver juridisch perspectief werd gezien als 'eigenaar', werd de *beneficiary* in *equity* ook geacht een (soort van) eigendomsrecht te hebben met betrekking tot de trustgoederen.³³⁸ Via de *equity* werd de *equitable ownership* van de *beneficiary* geacht 'afgesplitst' te zijn van de juridische eigendom van de *trustee*.

Een tweede benadering, die wordt toegeschreven aan BALLOW³³⁹, benaderde de *trust* veeleer vanuit een obligatoir perspectief. Voor BALLOW lag de kern van de *equity* in de mogelijkheid om uitvoering in natura van overeenkomsten te kunnen eisen.³⁴⁰ Vanuit dit perspectief werd de *trust* eveneens gezien als een bijzondere *genus* van de juridische categorie der overeenkomsten en werd het schenden van gemaakte afspraken tussen *settlor*, *trustee* en *beneficiary* beschouwd als een bijzondere vorm van contractbreuk. Hoewel de meerderheidsopvatting eerder leek te neigen naar het behandelen van de *trust* binnen het raam van het goederenrecht, kan nu reeds worden opgemerkt dat de analyse van BALLOW in de loop van de verdere geschiedenis geen alleenstaand geval is gebleken. Ook MAITLAND nam later de stelling in dat, indien het hedendaagse contractenrecht in de veertiende eeuw reeds zijn huidige vorm had gehad, de *use* waarschijnlijk als een overeenkomst zou zijn bestempeld geweest.³⁴¹

Echter, geen van beide benaderingen heeft de tand des tijds doorstaan. De eigendomsrechtelijke benadering vertrok bij het verklaren van de *trust* vanuit civielrechtelijke analogieën, zoals het Romeinsrechtelijke *fideicommissum* of het vruchtgebruik. Tegenwoordig wordt de *trust*, los van de discussie over haar eventuele civielrechtelijke voorlopers, niet meer verklaard aan de hand van dergelijke analogieën. Anderzijds wordt, tenminste in Engeland en Wales, het

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ D.E.C. YALE (ed.), *Lord Nottingham's Manual of Chancery Practice and Prolegomena of Chancery and Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1965.

³³⁷ G. GILBERT, *The Law of Uses and Trusts*, 1734.

³³⁸ M. MACNAIR, "The Conceptual Basis of Trusts in the Later 17th and Early 18th Centuries", in R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMAN (eds.), *Itinera Fiducia: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, 221 e.v.

³³⁹ Hiermee wordt gerefereerd naar het werk "A Treatise of Equity" dat anoniem werd gepubliceerd in 1737, maar wordt toegeschreven aan de Engelse jurist HENRY BALLOW. Zie: M. MACNAIR, "The Conceptual Basis of Trusts in the Later 17th and Early 18th Centuries", in R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMAN (eds.), *Itinera Fiducia: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, 210.

³⁴⁰ M. MACNAIR, "The Conceptual Basis of Trusts in the Later 17th and Early 18th Centuries", in R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMAN (eds.), *Itinera Fiducia: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, 217.

³⁴¹ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 28.

trustrecht in de regel beschouwd als een vertakking van het goederenrecht.³⁴² Verder (*infra*, randnr. 322 e.v.) zal evenwel worden besproken hoe de 'contractuele' benadering van de *trust* later een sterke heropleving heeft gekend.

Het verschijnen van de genoemde analytische verhandelingen duidt bovendien op een ander belangrijk punt, dat mede voortvloeide uit de invloed van het *Statute of Uses* en het verschijnen van de *use upon a use* of de *trust*.³⁴³ Het verschijnen van dergelijke analytische behandelingen toont met name aan dat de aandacht die voorheen uitging naar de 'gewetensplichten' van de *feoffee*, was verschoven naar de juridische verhouding tussen (vooral) de *trustee* en de *beneficiary* van de *trust*, alsook naar de juridische verplichtingen van de *trustee* ten aanzien van de onder trustverband gebrachte goederen. Het is met andere woorden hier dat de basis werd gelegd voor de idee dat de trustgoederen gesegregeerd zijn van de persoonlijke goederen van de *trustee* en dus ontsnappen aan diens persoonlijke verplichtingen ten aanzien van zijn schuldeisers, familie en erfgenamen.³⁴⁴

106. Een ander gevolg van het verschijnen van deze uitgebreide analytische verhandelingen betreffende de *equity* was bovendien dat de *equity* zelf voortaan in toenemende mate een sterkere theoretische onderbouw verkreeg en de marge voor de *Chancery* om een discretionair oordeel te vellen werd ingeperkt. Zo stelde Lord ELDON, die tussen 1801 en 1806 en opnieuw tussen 1807 tot 1827 het ambt van *Lord Chancellor* bekleedde, in de zaak *Gee v. Pritchard* (1818): "*Nothing would inflict on me greater pain in quitting this place, than the recollection that I had done anything to justify the reproach that the equity of this court varies like the Chancellor's foot.*"³⁴⁵ Op deze wijze ging de *equity*, vooral in de loop van de achttiende eeuw, meer en meer beginnen lijken op zijn oudere broer, de *common law*, en evolueerde het tot een meer rigide en stabiel systeem.³⁴⁶ Deze ontwikkelingen vonden plaats onder invloed van de Verlichtingsfilosofie, die de *equity* bevrijdde van de gewetensnoties die eraan ten grondslag hadden gelegen, en deze verving door een meer rationalistische onderbouw.³⁴⁷

107. In de negentiende eeuw werden de *common law* en de *equity* vervolgens geconsolideerd door de *Judicature Acts*, die een procedurele unificatie tot gevolg hadden van de *Court of Chancery* met de *common law*-rechtbanken. Tot de jaren

³⁴² M. MACNAIR, "The Conceptual Basis of Trusts in the Later 17th and Early 18th Centuries", in R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMAN (eds.), *Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, 235.

³⁴³ D.W.M. WATERS, "The Trust: Continual Evolution of a Centuries-Old Idea", *Journal of International Trust and Corporate Planning* 2007, 212.

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ *Ann Paxton Gee v. William Pritchard and William Anderson*, 1818, 36 ER 670. Deze uitspraak van de *Lord Chancellor* kwam er niet toevallig. Al gedurende de loop van de zeventiende eeuw was de *Chancellor* vaak het mikpunt van kritiek, aangezien elke *Chancellor* naar eigen goeddunken *ad hoc* beslissingen zou vellen op basis van niet veel meer dan het eigen buikgevoel. Zie: G. WATT, *Trusts and Equity*, 5th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2012, 6 – 7.

³⁴⁶ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 43.

³⁴⁷ G. WATT, *Trusts and Equity*, 5th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2012, 7.

'70 van de negentiende eeuw hadden de *common law* en *equity* bestaan als twee afzonderlijke rechtssystemen met eigen rechterlijke organisaties³⁴⁸. Onder impuls van het Parlement werden beide rechtssystemen in 1873 en 1875 binnen één rechterlijke organisatie samengevoegd en voorzien van een uniform procesrecht.³⁴⁹ De *Judicature Acts* hadden tot gevolg dat de *King's Bench* (of *Queen's Bench*, afhankelijk van het geslacht van de monarch), de *Court of Common Pleas*, de *Exchequer*, de *Court of Chancery*, de *High Court of Admiralty*, de *Court of Probate* en de *Court of Divorce and Matrimonial Causes* werden samengevoegd tot één *Supreme Court of Judicature*. Dit *Supreme Court of Judicature* werd vervolgens opnieuw onderverdeeld in twee divisies. Enerzijds ontstond de *High Court of Justice*, en anderzijds ontstond de *Court of Appeal* als beroepsinstantie. In 1876 werd het *House of Lords* ten slotte erkend als hoogste rechtscollege. De *High Court of Justice* verkreeg daardoor alle bevoegdheden die de verschillende voormalige *common law*-rechtbanken hadden gehad, alsook de bevoegdheid van de voormalige *Court of Chancery*. Na deze fusie is *equity* opgehouden te bestaan als afzonderlijk rechtssysteem, en werd het geïntegreerd in het geconsolideerde rechtssysteem.

D. De trust vandaag³⁵⁰

108. Ook de *trust* zelf onderging in de loop van de achttiende en negentiende eeuw een gedaanteverwisseling die deze rechtsfiguur zijn hedendaagse vorm heeft gegeven.³⁵¹ Hier kan worden gewezen op twee belangrijke aspecten die de hedendaagse *trust* onderscheiden van zijn klassieke voorganger, die tot hiertoe werd besproken.³⁵² Ten eerste had de klassieke *trust* in het overgrote deel van de gevallen betrekking op gronden. Hoger (*supra* randnr. 69) werd evenwel opgemerkt dat de *common law* voor roerende goederen zelf een soort trustfiguur had ontwikkeld. Ook het gebruik van de *use* zelf is nooit helemaal beperkt geweest tot gronden.³⁵³ De overgang van een grotendeels agrarische samenleving naar het (post-)industriële tijdperk bracht veranderingen mee voor wat betreft samenstelling van de meeste vermogens.³⁵⁴ Hierbij kan vooral worden gewezen op de verschillende nieuwe vormen van 'rijkdom', zoals aandelen, obligaties, bankrekeningen, intellectuele rechten en dergelijke meer, die deze ontwikkelingen

³⁴⁸ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 43

³⁴⁹ *Ibid.*, 7 – 8; G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 43

³⁵⁰ Voor een uitgebreide bespreking van recentere historische ontwikkelingen inzake de *trust*, kan worden verwezen naar: D.W.M. WATERS, "The Trust: Continual Evolution of a Centuries-Old Idea", *Journal of International Trust and Corporate Planning* 2007, 226 e.v.

³⁵¹ Cf. D.W.M. WATERS, "The Trust: Continual Evolution of a Centuries-Old Idea", *Journal of International Trust and Corporate Planning* 2007, 207 – 208.

³⁵² M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 2

³⁵³ R. HELMHOLZ, "Trusts in the English Ecclesiastical Courts 1300 - 1640", in R. HELMHOLZ, R. ZIMMERMAN (eds.), *Itinera Fiducia: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, 160.

³⁵⁴ Het begrip 'vermogen' wordt in hier niet in een juridisch-technische zin aangewend.

met zich hadden meegebracht. Dit alles heeft tot gevolg gehad dat *trusts* in toenemende mate werden gebruikt voor het aanhouden van gehele 'vermogens', bestaande uit belangrijke roerende en onlichamelijke actiefbestanddelen.

Ten tweede voltrokken zich ook belangrijke veranderingen met betrekking tot de positie van de *trustee*. Hoger werd reeds gewag gemaakt van het bestaan van *active uses*, waar de *feoffor* ook andere taken toebedeeld kreeg dan het louter aanhouden van een juridische titel. Welnu, in de hedendaagse *trust* vervult de *trustee* in de meeste gevallen eveneens een actieve rol. In de rechtsleer wordt dan ook gesuggereerd dat deze wijziging met betrekking tot de positie van de *trustee* een rol heeft gespeeld bij het invoeren van vergoedingen voor de *trustee*.³⁵⁵ De actieve rol van de *trustee* werd enerzijds geïnduceerd door de wijzigingen met betrekking tot de samenstelling van de vermogens zelf.³⁵⁶ Bij een vermogen dat (mede) is samengesteld uit actiefbestanddelen als aandelen, obligaties, schuldvorderingen en gelden wordt sneller uitgegaan van de idee dat de *trustee* een fonds beheert, waarbij zijn opdracht er in bestaat om de waarde van het fonds als geheel intact te houden en te doen toenemen (zie *infra*, randnr. 303 e.v. en 370 e.v.).

Anderzijds komt de actieve rol van de *trustee* ook tot uiting door de uitkeringsmogelijkheden van trustgoederen. In tegenstelling tot de klassieke *trust*, waar de *trustee* vaak enkel gronden diende over te dragen aan de aangeduide *beneficiaries*³⁵⁷, dient bij de uitkering van trustgoederen in de hedendaagse *trust* veel vaker rekening te worden gehouden met verschillende factoren die zowel het moment van uitkering als de hoegroetheid van het uitgekeerde bedrag kunnen beïnvloeden. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan belastingoverwegingen, conjunctuurschommelingen en dergelijke meer. Eén en ander heeft ertoe geleid dat het trusteeschap in veel gevallen een professionele bezigheid is geworden.

109. Niettegenstaande de grote hoeveelheid aan verschijningsvormen die de *trust* kent (zie *infra*, randnr. 182 e.v.), worden *trusts* heden ten dage in de meeste gevallen nog steeds voor twee doeleinden gebruikt. Deze 'typische verschijningsvormen' hebben elk een eigen paradigmatisch karakter.³⁵⁸

Ten eerste bestaan er nog steeds veel *trusts* die vooral onroerende goederen betreffen. Dit zijn enerzijds vaak de zogeheten *bare trusts of land*, waar de *beneficiary* op absolute wijze gerechtigd is op het kapitaal alsook op het inkomen dat dit kapitaal genereert en waar de *trustee* een louter passieve rol vervult. Deze *trusts* worden soms aangetroffen in familiedynastieën en dienen vooral om de

³⁵⁵ C. STEBBINGS, *The Private Trustee in Victorian England*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 30 – 34.

³⁵⁶ Zo stelde de invloedrijke Amerikaanse jurist ROSCOE POUND reeds in 1922 dat: "*Wealth, in a commercial age, is made up largely of promises*". Zie: R. POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1922, 236.

³⁵⁷ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 2

³⁵⁸ J.E. PENNER, "The (True) Nature of a Beneficiary's Equitable Proprietary Interest under a Trust", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2014, 481 – 482; J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 17 – 18.

bijzondere onroerende goederen, zoals herenhuizen, in het familiepatrimonium te houden. Anderzijds zijn er grote aantallen *trusts* waarmee onroerende goederen worden aangehouden door mede-eigenaars. Dit is het resultaat van de Engelse *Land Law*, die stelt dat *co-ownership* van *land* enkel kan bestaan onder de vorm van een *trust*. Zo bepaalt *Section 34* van de *Law of Property Act 1925*: “Where, after the commencement of this Act, land is expressed to be conveyed to any persons in undivided shares and those persons are of full age, the conveyance shall (notwithstanding anything to the contrary in this Act) operate as if the land had been expressed to be conveyed to the grantees, or, if there are more than four grantees, to the four first named in the conveyance, as joint tenants in trust for the persons interested in the land [...]”.

Ten tweede bestaan er zeer veel zogeheten *management trusts*, waarbij aan de *trustee* een veel meer actieve rol wordt toebedeeld.³⁵⁹ Verder (*infra*, randnr. 196 – 211) zal nog worden aangegeven dat het karakter van een *trust* in grote mate wordt bepaald door de bevoegdheden van de *trustee* en de daarmee correlerende rechten van de *beneficiaries*. Hier geldt deze stelregel eveneens. *Management trusts* vereisen, zoals hun benaming reeds aangeeft, dat de onder trustverband gebracht vermogensbestanddelen op een actieve wijze worden beheerd en ge(her)investeerd voor rekening van de *beneficiaries*. In het vorige randnummer werd dan ook aangehaald dat het invoeren van vergoedingen voor de *trustee*, de samenstelling van de vermogens en de aangepaste uitkeringsmogelijkheden, hand in hand gingen met een meer actieve rol van de *trustee*. Nochtans hebben *trustees* in Engeland en Wales pas slechts een algemene, door de wet erkende investeringsbevoegdheid gekregen met de invoering van de *Trustee Act* in 2000.³⁶⁰

110. Volgens LAU vervullen dergelijke *management trusts* om deze redenen heden ten dage twee belangrijke functies.³⁶¹ Enerzijds laten zij een zekere arbeidsdeling en een verregaande specialisatie van de *trustee* toe. Veel hedendaagse *trustees* zijn dan ook gespecialiseerde individuen en instellingen die op professionele wijze aan fondsbeheer doen. Anderzijds is er een belangrijke rol weggelegd voor de wijze waarop de onder trustverband gebrachte goederen

³⁵⁹ J.E. PENNER, “The (True) Nature of a Beneficiary’s Equitable Proprietary Interest under a Trust”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2014, 482; R. SITKOFF, “An Agency Costs Theory of Trust Law”, *Cornell Law Review* 2004, 633; J. LANGBEIN, “The Contractarian Basis of the Law of Trusts”, *Yale Law Journal* 1995, 637.

³⁶⁰ *Section 3* van de *Trustee Act 2000* bepaalt dat:

“(1) Subject to the provisions of this Part, a trustee may make any kind of investment that he could make if he were absolutely entitled to the assets of the trust.

(2) In this Act the power under subsection (1) is called “the general power of investment”.

(3) The general power of investment does not permit a trustee to make investments in land other than in loans secured on land (but see also section 8).

(4) A person invests in a loan secured on land if he has rights under any contract under which—

(a) one person provides another with credit, and

(b) the obligation of the borrower to repay is secured on land.

(5) “Credit” includes any cash loan or other financial accommodation.

(6) “Cash” includes money in any form.”

³⁶¹ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 5.

worden aangehouden. De *trust* laat toe om op een efficiënte wijze goederen aan te houden in de vorm van een fonds, en deze goederen vervolgens uit te keren aan de gerechtigden. Deze kenmerken maken van de *trust* niet enkel een veelzijdig instrument om op geïnstitutionaliseerde wijze aan commercieel fondsbeheer te doen. Dit gebeurt ook vaak op een kleinere schaal. LANGBEIN verwijst in dit verband naar de *gratuitous private trust*, als een instrument dat in *common law* landen veelvuldig wordt aangewend om voorwaardelijke overdrachten van kapitaal te bewerkstelligen binnen een familiaal verband. Deze auteur verwijst in dit verband zelfs naar de "*core function of the trust*".³⁶²

Ook GALLANIS stelt dat, in het Amerikaanse recht, de focus steeds gelegen heeft op de *trust* als een instrument om overdrachten om niet te bewerkstelligen.³⁶³ In *The Restatement (Third) of Trusts* van het *American Law Institute* wordt eveneens gesteld dat de focus van de *Restatement (Third)* ligt op de *trust* "*as a device for flexible, long term settlement of family property*".³⁶⁴

In Engeland beschrijft RUDDEN de *trust* als "*essentially a gift, projected on the plane of time and so subjected to a management regime*".³⁶⁵ In dit verband zijn RUDDEN's bewoordingen "*on the plane of time*" bovendien erg interessant. Deze zinsnede benadrukt een functie van de *trust* die, binnen de context van het familiaal vermogensbeheer, van groot belang is. De *trust* laat als beheersinstrument toe om de temporele limieten van het individuele menselijke bestaan te overstijgen. Het is essentieel dat dit punt wordt aangestipt, want indien de *settlor hic et nunc* een schenking zou willen bewerkstelligen ten aanzien van een *beneficiary*, zou het inderdaad bijzonder omslachtig zijn om een *trustee* bij een dergelijke transactie te betrekken. In de ogen van de *settlor* moet het instellen van een *trust* noodzakelijkerwijs genoeg voordelen bieden om dergelijke omslachtigheid te verantwoorden.³⁶⁶

111. Uit de in het vorige randnummer aangehaalde citaten blijkt alleszins dat zowel in de Verenigde Staten als in Engeland en Wales de essentie van de *trust* nog steeds lijkt te liggen in haar capaciteiten om op maat uitgewerkte overdrachten om niet te bewerkstelligen. Het is om deze reden dat de *trust* in dit onderzoek een prominente plaats inneemt. De functies van de *trust* als beheersstructuur teneinde

³⁶² J. LANGBEIN, "The Contractarian Basis of the Law of Trusts", *Yale Law Journal* 1995, 630 – 632.

³⁶³ T.P. GALLANIS, "The New Direction of American Trust Law", *Iowa Law Review* 2011, 217.

³⁶⁴ *Restatement (Third) of Trusts*, Hfdst 1, Introductory Note (2003).

Nochtans moet worden opgemerkt dat recente (Amerikaanse) rechtsleer wijst op het gegeven dat de *common law trust* historisch ook een grote, maar veel minder uitgebreid bestudeerde, rol heeft vervuld in de commerciële sfeer. De trustfiguur deed met name dienst als een organisatievorm die verschillende functies vervulde waarvoor vandaag een beroep wordt gedaan op vennootschapsvormen, zie: J. MORLEY, "The Common Law Corporation: The Power of the Trust in Anglo-American Business History", *Columbia Law Journal* 2016, 2146 – 2198; W.J. CARNEY, "The Background of Modern American Business Law", *The Journal Jurisprudence* 2017, 93 – 138.

³⁶⁵ B. RUDDEN, "Gifts and Promises. By John P. Dawson", *Modern Law Review* 1891, 610 (boekrecensie).

³⁶⁶ Dit punt wordt nader uitgediept in Hoofdstuk V.

overdrachten om niet in een private (i.t.t. een commerciële) context te bewerkstelligen, wordt in Hoofdstuk V van dit Deel nader uitgewerkt. Vóór deze analyse kan worden gemaakt dienen we eerst nader in te gaan op het hedendaagse, vigerende trustrecht en de (betwiste) eigendomsconceptie in *common law*-systemen. Deze bouwstenen worden in de volgende hoofdstukken aangereikt.

E. Tussenbesluit

112. In dit hoofdstuk is een beeld geschetst van de ontstaansgeschiedenis en de historische ontwikkeling van de *trust*. Voor een goed begrip van de besproken materie was het bovendien noodzakelijk om ook de context waarbinnen deze ontwikkelingen zich hebben voltrokken, kort te schetsen. Net zoals de hedendaagse *trust* niet kan worden begrepen wanneer enige kennis van haar ontstaansgeschiedenis ontbreekt, kan deze ontstaansgeschiedenis niet ten volle worden begrepen wanneer enige kennis inzake de ontwikkeling van de vroege *common law* en *equity* ontbreekt. Een belangrijke observatie in dit verband is dat de *trust* tot wasdom is gekomen in de schoot van een rechtssysteem dat veel minder dan de Europees-continentale rechtssystemen geënt is op het Romeinse recht. Dit kan ons ook helpen om de vele eigenaardige eigenschappen en doctrines die de hedendaagse *trust* nog steeds kenmerken, te verklaren. De *trust* valt moeilijk te 'framen' binnen een kader van juridische begrippen die nog steeds in grote mate schatplichtig zijn aan een Romeinsrechtelijk kader, omdat de vroege Engelse *Chancellors* zelf niet zozeer 'dachten' in termen van Romeinsrechtelijke juridische begrippen. Hoewel bijvoorbeeld termen als *in rem* en *in personam* heden ten dage vaak worden gebruikt in de *common law*-literatuur, stemmen zij in het Engelse recht niet exact overeen met hun Romeinsrechtelijke origine.³⁶⁷

³⁶⁷ W. SWADLING, "Chapter 4: General Principles" in A. BURROWS (ed.), *English Private Law, 3rd edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 178.; T.C. WILLIAMS, "The Terms Real and Personal in English Law", *Law Quarterly Review* 1888, 394 – 408. In de laatstgenoemde bijdrage legt de auteur uit hoe het komt dat de Romeinsrechtelijke begrippen '*in rem*' en '*in personam*' uiteindelijk werden gebruikt als equivalent voor de typisch Engelsrechtelijke begrippen '*real*' en '*personal*'. De auteur merkt evenwel op dat Romeinsrechtelijke en Engelsrechtelijke begrippen niet dezelfde lading dekken. In het Romeinse recht duiden de begrippen op de aard van het recht dat met de *actio* werd beschermd. Daar waar een *actio in personam* een rechtsmiddel was om uitvoering te geven aan een *obligatio*, draaide een *actio in rem* om de vraag of de eiser een recht had ten aanzien van een goed, dat aan de rest van de wereld een gedoogplicht oplegde. Het Engelse onderscheid tussen de begrippen '*real*' en '*personal*' had dan weer betrekking op de wijze waarop rechten werden beschermd. Een *personal action* kon enkel worden beschermd middels het toekennen van *damages*, terwijl een *real action* kon worden beschermd door uitvoeringsmaatregelen te nemen ten aanzien van het goed dat het voorwerp was van het recht dat met de *action* werd beschermd. Volgens de auteur was het BRACON die de betekenis van deze begrippen vervormde. De enige zinvolle betekenis die daarom in het Engelse recht kan worden toegeschreven aan de begrippen '*in rem*' en '*in personam*' is daarom de volgende: een recht *in personam* kan enkel worden tegengeworpen aan bepaalde, vastgestelde personen, terwijl een recht *in rem* een recht is met betrekking tot een goed dat aan iedereen kan worden tegengeworpen. Zie ook: G. GRETTON, "Trusts Without Equity", *International and Comparative Law Quarterly* 2000, 608.

Uit dit onderdeel is verder gebleken dat *uses*, de voorlopers van de *trust*, in middeleeuws Engeland om verschillende redenen werden gebruikt. Zo werden *uses* aangewend om testamentaire beschikkingen met betrekking tot gronden mogelijk te maken, *escheats* en zware feodale heffingen te vermijden, de *Statutes of Mortmain* te omzeilen en het beheer van gronden toe te vertrouwen aan derden in het geval van langdurige afwezigheid.

Over de oorsprong van de *use* zelf bestaat onenigheid. In de rechtsleer is reeds gewezen naar verschillende rechtsfiguren waarvan de *use* (gedeeltelijk) een afstammeling zou kunnen zijn. Zo worden onder meer het *fideicommissum* en de *fiducia* uit het Romeinse recht, de Germaanse *Salman* en de Islamitische *waqf* genoemd als mogelijke voorouders. Andere auteurs zijn van mening dat de *use* een bijzondere uitloper vormt van een bredere pan-Europese traditie en niet rechtstreeks aan een bepaalde juridische voorouder kan worden gelinkt. Het loutere feit dat de vraag omtrent de oorsprong van de *use* op dermate veel verschillende wijzen kan worden beantwoord, is voor onze doeleinden belangrijker dan een mogelijk eenvormig en definitief antwoord op zich. Het toont namelijk aan dat verschillende (geografisch en temporeel verwijderde) rechtssystemen doorheen de tijd steeds fiduciaire figuren hebben gekend, wat ons toelaat om vast te stellen dat het bestaan van dergelijke rechtsfiguren doorheen de geschiedenis zeker niet steeds als problematisch werd gezien.

Deze opvatting veranderde evenwel tijdens de *Tudor*-dynastie, toen HENDRIK VIII het overgrote deel van de bestaande *uses* trachtte te executeren door de invoering van het befaamde *Statute of Uses*. Dit wettelijk ingrijpen is voor de *trust* van groot belang geweest. Opmerkelijk is dat het *Statute of Uses* een bijzondere soort antimisbruikregeling *avant la lettre* betrof en mede tot doel had om de inkomstenstroom van de Schatkist veilig te stellen. De *trust* kon echter overleven, mede omdat het ontwijken van allerlei heffingen niet de determinerende beweegreden was om een *use* in het leven te roepen en omdat de belastingontwijking waartoe zij aanleiding had gegeven op andere wijzen kon worden geredieerd.

Na de transformatie van de *use* in de *trust* ontwikkelde de rechtsfiguur zich verder in haar hedendaagse vorm. Hierbij dook reeds in de 17^e en de 18^e eeuw een doctrinaire onenigheid op omtrent de juridische aard van de *trust* en de juridische aard van het *equitable interest*. Terwijl verschillende rechtsgeleerden de *trust* eerder benaderden vanuit een goederenrechtelijk perspectief, hanteerden anderen een meer obligatoire invalshoek. Het gevolg van het verschijnen van dergelijke analytische behandelingen was alleszins dat de *equity* zelf een sterkere theoretische onderbouw kreeg en evolueerde tot een stabielere en theoretisch meer samenhangend systeem.

Sinds de (procesrechtelijke) 'fusie' tussen de *common law* en *equity* door de *Judicature Acts* tot een geconsolideerd juridisch systeem hebben zich nog een aantal opmerkelijke ontwikkelingen voorgedaan die hun stempel op de *trust* hebben gedrukt. Een eerste ontwikkeling was de overgang van een grotendeels agrarische

samenleving naar het (post-)industriële tijdperk, waardoor de samenstelling van de meeste vermogens ingrijpend veranderde. Gronden en andere onroerende goederen vormen daardoor lang niet meer de enige verschijningsvorm van rijkdom en weelde. Vermogens bestaan vandaag vaak vooral of minstens mede uit roerende vermogensbestanddelen, waarbij financiële activa een belangrijke plaats innemen. Veel hedendaagse *trusts* bestaan dan ook uit een 'portfolio' van verschillende vermogensbestanddelen. In een snel veranderende markt dienen dergelijke vermogensbestanddelen op een actieve wijze te worden beheerd, teneinde de waarde van het vermogen te doen toenemen of minstens intact te houden.

Vanwege deze reden werd opgemerkt dat de '*management trust*' vandaag wordt gezien als één van de twee typische verschijningsvormen van de *trust*. Hiermee verwant is de veranderde aard van het trusteeschap zelf. De *trustee* is in veel gevallen niet langer slechts een vertrouweling, maar een professioneel die de onder trustverband gebrachte vermogensbestanddelen (en dus het *trust fund*) beheert. Ten slotte is gebleken dat, niettegenstaande de talrijke commerciële toepassingen, de *trust* in Engeland, Wales en de Verenigde Staten in zijn grondvorm wordt gezien als een instrument van privaat vermogensbeheer.

III. De afwezigheid van 'ownership' in de common law en de rol van het right to exclude

A. Geen eenvormig positiefrechtelijk eigendomsrecht

113. Vóór kan worden overgegaan tot de bespreking van het hedendaagse trustrecht is het gepast om de komende bespreking verder in te bedden in zijn bredere context. In dit verband kan reeds worden gewezen op de vaststelling dat de afschaffing van het feodale leenstelsel in Engeland er niet toe heeft geleid dat ook komaf werd gemaakt met alle feodale concepten.³⁶⁸ De invloeden van het feodale recht zijn immers tot op de dag van vandaag merkbaar in de Engelse *land law*. Het voornaamste historische overblijfsel is de *fee simple absolute in possession*, zijnde het *estate in land* dat vandaag de belangrijkste betekenis heeft in het Engelse recht.³⁶⁹ Aangezien de *fee simple absolute in possession de facto* een eeuwigdurend karakter heeft, komt dit *estate in land* bovendien het dichtst bij wat *civil law*-stelsels (h)erkennen als een eigendomsrecht met betrekking tot een grond.³⁷⁰ In de *common law* heeft het begrip 'ownership' daarentegen geen vastomlijnde positiefrechtelijke juridische betekenis.³⁷¹ Hoewel er soms wordt gesproken over *ownership* in het Engelse recht, is dit (althans volgens sommige auteurs) in feite ten onrechte³⁷², en al zeker wanneer 'ownership' wordt geconcipeerd als een klassiek afzonderlijk positief recht. SWADLING stelt in dit verband onomwonden: "Indeed, the common law does not even have a concept of

³⁶⁸ S. VAN ERP, "Chapter one. General Issues: Setting the Scene" in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2012, 59.

³⁶⁹ B. AKKERMANS, W. SWADLING, "Chapter Three. Types of Property Rights – Immovables and Movables (goods)" in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2012, 309.

³⁷⁰ S. GARDNER, E. MACKENZIE, *An Introduction to Land Law, 3rd Edition*, Oxford, Hart publishing, 183; F. SONNEVELDT, "De positie van de beneficiary in het kader van de Anglo-Amerikaanse trust", *TEP* 2006, 295 – 296.

³⁷¹ A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 337; A. PEYROT, *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, Genève, Schulthess, 2011, 23.

³⁷² K. GRAY, "The Idea of Property in Land" in S. BRIGHT en J. DEWAR (eds.), *Land Law: Themes and Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 35; A. DYER, "International Recognition of the Trust Concept", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 2, 6.

Zie ook: Rapport over het Verdrag inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tot het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken alsmede tot het Protocol betreffende de uitlegging daarvan door het Hof van Justitie (door P. SCHLOSSER), *PB.C.* 5 maart 1979, afl. 59/105, 121.

ownership.”³⁷³ Andere auteurs zien het als een handig signaalwoord om aan te duiden wie op een bepaald moment de sterkste claim heeft met betrekking tot een goed.³⁷⁴

Hoewel het Romeinse recht een meer absolute invulling gaf aan het eigendomsrecht, dienden Engelse juristen in de middeleeuwen veeleer te vertrekken vanuit hun eigen feodale leefwereld, waarbij ze de juridische verhoudingen tussen leenheer en leenman onmogelijk konden negeren.³⁷⁵ Vanuit een Romeinsrechtelijk perspectief bekeken had evenwel enkel de heersende monarch het *dominium* over alle gronden, en waren de rechten van alle andere actoren in de feodale piramide daarvan afgeleid.³⁷⁶ Door het aanhouden van een Romeinsrechtelijke conceptie van *dominium* zou enkel de theoretische rechtspositie van de monarch kunnen worden verklaard, en niet de vele andere rechtsverhoudingen die van groot praktisch belang waren in het feodale stelsel. Hoger (randnr. 52 e.v.) werd daarom reeds besproken hoe het Engelse feodale recht daarom juridische concepten als *seisin*, *tenancy*, *fee* en *estate* ontwikkelde. De substantie van het feodale recht is in Engeland in de loop der jaren vrijwel helemaal geërodeerd door wetgevend ingrijpen. Zo vereenvoudigde de *Tenures Abolition Act* 1660 de tot dan bestaande *tenures* en schafte de *Law of Property Act* van 1925 alle tot dan bestaande *estates* af, behalve de *fee simple absolute in possession*. Andere *estates* (dus: het hebben van *interests* in grond voor een bepaalde duur) kunnen vanaf 1925 slechts bestaan via een *trust* of een *lease*^{377,378}.

114. De feodale wortels van de Engelse *land law* zijn niet de enige reden waarom de Engelse *common law* geen eenvormig juridisch concept van ‘eigendom’ kent met betrekking tot onroerende goederen. Hoger werd eveneens uiteengezet dat de *common law* historisch een groot belang hechtte aan het juridische concept ‘bezit’ (*possession*). De *common law* verstreekte dan ook een aantal *remedies* aan diegenen die uit hun bezit werden ontzet. Aangezien het voor het aanwenden van

³⁷³ W. SWADLING, “Trusts and Ownership: A Common Law Perspective”, *ERPL* 2016, 952.

³⁷⁴ D. CLARRY, “Fiduciary Ownership and Trusts in a Comparative Perspective”, *International and Comparative Law Quarterly* 2014, 925; J.W. HARRIS, “Reason or Mumbo Jumbo: The Common Law’s Approach to Property” in F.M.L. THOMPSON, *Proceedings of the British Academy, Vol. 117: 2001 Lectures*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 454 – 470; A. DYER, “International Recognition of the Trust Concept”, *Trusts & Trustees* 1996, afl. 2, 6.

³⁷⁵ A.D. HARGREAVES, *An introduction to the Principles of Land Law, 2nd Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 1963, 43 – 44; A. DYER, H. VAN LOON, “Report on trusts and analogous institutions” in CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) – Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 15.

³⁷⁶ A.D. HARGREAVES, *An introduction to the Principles of Land Law, 2nd Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 1963, 43 – 44; P. MATTHEWS, “The trust as a means of intergenerational wealth transfer in the UK and Europe in the light of the EU Regulation on Successions”, *Ricerca Giuridica* 2013, 305.

³⁷⁷ Een *lease* kan vanuit een civielrechtelijk perspectief worden beschouwd als een huurovereenkomst, en wordt in het Engelse recht (i.t.t. het Belgische recht) gezien als een zakelijk recht wanneer het een *lease of land* betreft.

³⁷⁸ B. AKKERMANS, W. SWADLING, “Chapter Three. Types of Property Rights – Immovables and Movables (goods)” in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2012, 307 – 309.

deze *remedies* voldoende was dat er kon worden bewezen dat de eiser op een eerder moment in het daadwerkelijk bezit was geweest van de grond, diende er geen 'eigendomsrecht' met betrekking tot de grond te worden bewezen.³⁷⁹ Het gevolg is geweest dat Engelse juristen spreken in termen van titels (*titles, entitlements*) op het daadwerkelijk bezit, die kunnen worden overgedragen en bindend zijn ten aanzien van derden.

115. Het is eveneens interessant om vast te stellen dat het Engelse recht evenmin een met de *civil law*-stelsels vergelijkbaar eigendomsconcept kent met betrekking tot *personal property* (verder benoemd als 'goods').³⁸⁰ Het hoger geschetste feodale systeem gold enkel voor gronden, wat tot gevolg had dat zich voor *goods* evenmin een doctrine van *estates* ontwikkelde en er dus geen mogelijkheden ontstonden om de *interests* met betrekking tot *goods* op te delen in de tijd.³⁸¹ Echter, net zoals tegenwoordig het geval voor gronden, kan via het aanwenden van een *trust* dit doel toch worden bereikt. In de Engelse *common law* genereert het feitelijk bezit van *goods* zelf een (zakelijk³⁸²) recht op bezit. Een dergelijk recht wordt doorgaans aangeduid als een *title*. Een dergelijke *title* verwijst naar een *entitlement to exclusive possession*, dus een recht op het exclusief bezit. In die zin kan het concept 'ownership' van lichamelijke goederen naar *common law* eerder worden beschouwd als een 'negatief recht'. Het correleert dan namelijk met de verplichting voor alle anderen dan de titelhouder om de grenzen van zijn *entitlement* te respecteren. Deze *entitlement* betreft dan "a right to immediate, exclusive possession."³⁸³ Een dergelijke *title* bestaat zo lang als het goed zelf blijft bestaan en houdt in dat de titelhouder met het goed mag doen wat hij wilt. Zo kan de titelhouder besluiten om het goed weg te schenken, te verkopen of zelfs te vernietigen.³⁸⁴

116. Eén en ander doet sterk denken aan de invulling die het Belgische recht geeft aan het eeuwigdurend karakter, het omvattend karakter en de exclusiviteit als kenmerken van het eigendomsrecht. Met betrekking tot de exclusiviteit kan worden opgemerkt dat dit beginsel een centrale plaats³⁸⁵ inneemt in de *common law*-literatuur die betrekking heeft op de idee van 'eigendom'. Het wordt door verschillende auteurs namelijk aangewend om dit 'eigendomsconcept' zelf te verklaren.³⁸⁶ Zo schrijft PENNER: "By contrast, at common law, the right of an owner

³⁷⁹ *Ibid*, 309.

³⁸⁰ B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 373 – 376.

³⁸¹ *Ibid*, 346.

³⁸² I.t.t. een persoonlijk recht op inbezitstelling.

³⁸³ J.E. PENNER, "Purposes and Rights in the Common Law of Trusts", *Revue Juridique Themis* 2014, 581.

³⁸⁴ B. AKKERMANS, W. SWADLING, "Chapter Three. Types of Property Rights – Immovables and Movables (goods)" in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2012, 348.

³⁸⁵ MERRILL spreekt van "a necessary condition of property". Zie: T.W. MERRILL, "Property and the Right to Exclude II", *Brigham-Kanner Property Rights Conference Journal*, Vol. 3, 2014, 8.

³⁸⁶ T.W. MERRILL, H.E. SMITH, "What Happened to Property in Law and Economics?", *The Yale Law Journal* 2001, 374. Zie evenwel ook L. KATZ, "Exclusion and Exclusivity in Property

*of a tangible is normally seen as a 'negative right', in the sense that it focusses on the right that correlates with the duty we all have not to trespass on property that is not our own.*³⁸⁷ In een dergelijke bespreking lijkt het eigendomsconcept waarvan sprake is, gelet op het voorgaande, een opeenhoping te zijn van enerzijds de *fee absolute in possession* met betrekking tot *land* en anderzijds *titles* met betrekking tot *goods*. Andere *common law*-auteurs beschouwen de 'title' of 'ownership' eerder als een 'bundle of rights', waartoe onder meer het recht op exclusief bezit, gebruik en beschikking behoort.³⁸⁸

Het orthodoxe standpunt in de *common law* blijft evenwel nog steeds dat een afzonderlijk, positiefrechtelijk eigendomsrecht niet bestaat.³⁸⁹ In de *common law* kan de term 'ownership' dus niet verwijzen naar een singulair en positiefrechtelijk eigendomsrecht dat zou kunnen worden gevestigd op zowel roerende als onroerende goederen.³⁹⁰ De term verwijst veeleer naar de meest volwaardige wijzen waarop onroerende goederen enerzijds en roerende goederen anderzijds kunnen worden aangehouden onder de *common law*. Van groot belang hierbij is telkens het exclusieve karakter van deze gerechtigdheden.

In tegenstelling tot het Belgische en Franse eigendomsrecht, waar de bevoegdheden van de eigenaar op een positiefrechtelijke wijze worden uiteengezet, kan het negatieve eigendomsconcept uit de *common law*, indien er al zou worden aangenomen dat het een autonome betekenis heeft, aldus worden beschouwd als de 'ruimte' die overblijft voor de eigenaar wanneer alle niet-eigenaars zijn

Law", *Toronto Law Journal* 2008, 275 – 315, waar de auteur beargumenteert dat de exclusiviteit waarvan sprake is ertoe strekt te verzekeren dat alle niet-rechthebbenden zich conformeren met de plannen die de rechthebbende maakt ten aanzien van zijn goederen. Een dergelijke opvatting komt o.i. conceptueel gesproken relatief dichtbij de opvatting van het eigendomsrecht in de Belgische rechtsorde.

³⁸⁷ J.E. PENNER, "Purposes and Rights in the Common Law of Trusts", *Revue Juridique Themis* 2014, 581

³⁸⁸ W. HOHFELD, W.W. COOK (ed.), *Fundamental Legal Concepts as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, New Haven, Yale University Press, 1923, 65 – 114; A. HONORÉ, "Ownership" in A. GUEST (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1961, 107 – 147; T.C. GREY, "The Disintegration of Property" in J.R. PENNOCK en J.W. CHIPMAN (eds.), *Nomos XXII: Property*, New York, New York University Press, 1980, 69. Zie ook: D. CLARRY, "Fiduciary Ownership and Trusts in a Comparative Perspective", *International and Comparative Law Quarterly* 2014, 904 – 905.

Volgens de *bundle of rights*-theorie is het overigens niet zozeer de verhouding tussen de 'eigenaar' en diens goed die centraal staat, maar een heus complex aan intersubjectieve verhoudingen waarbij het goed centraal staat. Volgens HONORÉ bestond deze *bundle of rights* uit maar liefst elf afzonderlijke onderdelen, waaronder ook de regel dat de goederen het onderpand vormen van de claims van de schuldeisers van de titularis van het goed. Zie: T. HONORÉ, *Making Law Bind*, Oxford, Clarendon Press, 1987, 166 – 179.

³⁸⁹ L. KATZ, "Exclusion and Exclusivity in Property Law", *Toronto Law Journal* 2008, 277, vn. 8; A. DYER, "International Recognition and Adaptation of Trusts: The Influence of the Hague Convention", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1999, 1000; W. SWADLING, "Trusts and Ownership: A Common Law Perspective", *ERPL* 2016, 959.

³⁹⁰ W. SWADLING, "Trusts and Ownership: A Common Law Perspective", *ERPL* 2016, 958 – 960.

uitgesloten van de desbetreffende zaak.³⁹¹ Het eigendomsconcept uit de *common law* lijkt aldus een groot belang te hechten aan de 'externe dimensie' van het eigendomsrecht.

117. Tot slot kan hier nog worden opgemerkt dat de verschillen tussen de concepties van het eigendomsrecht in *civil law* en *common law*-stelsels, rechtsvergelijkend onderzoek naar de *trust* bemoeilijken.³⁹² Wanneer in de *common law*-literatuur wordt gesproken van een 'division of ownership' of van 'equitable ownership', hoeft dit daarom niet rechtstreeks te correleren met wat *civil law*-juristen zich doorgaans voorstellen bij een 'gespleten eigendomsrecht' of 'dual ownership'.³⁹³ Deze mogelijke verwarring werd onderkend door de opstellers van het Verdrag inzake het recht van toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts van 1985 (verder: Haagse Trustverdrag). Zo ondervond het Permanent Bureau van de Haagse Conferentie in haar voorafgaand onderzoek dat de divergerende opvattingen inzake het eigendomsrecht een heus struikelblok vormden voor een eenvormige internationaal privaatrechtelijke behandeling van trusts.³⁹⁴

Zo stelt DYER: "In this context, the idea of a division of ownership seemed irrelevant, and even dangerous, since some civil law systems had a comprehensive definition of "ownership" as an absolute concept while in some common law systems, litigation concerning property tends to reduce itself to questions of who has the better title or who is entitled to a particular interest in the asset [...] Thus, the concept of dual ownership which is misleading at the level of comparative law because of the differing ideas as to what constitutes ownership and because ownership is a term of legal art in some systems but not in others, has been avoided".³⁹⁵ MATTHEWS spreekt in dit verband over een 'anti-conceptual approach

³⁹¹ L. KATZ, "Exclusion and Exclusivity in Property Law", *Toronto Law Journal* 2008, 282; T.E. MERRILL, "Property and the Right to Exclude", *Nebraska Law Review* 1998, 741; J.E. PENNER, *The Idea of Property in Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997, 103; J.W. HARRIS, "Reason or Mumbo Jumbo: The Common Law's Approach to Property" in F.M.L. THOMPSON, *Proceedings of the British Academy, Vol. 117: 2001 Lectures*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 466.

³⁹² S. VAN ERP, "Chapter one. General Issues: Setting the Scene" in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2012, 47; P. MATTHEWS, "The compatibility of the trust with the civil law notion of property" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 313 – 314; W.J. ZWALVE, C.AE. *Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Deventer, Tsjeenk Willink, 2000, 100 – 01, 105.

³⁹³ W.J. ZWALVE, C.AE. *Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Deventer, Tsjeenk Willink, 2000, 294.

³⁹⁴ A. DYER, "International Recognition and Adaptation of Trusts: The Influence of the Hague Convention", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1999, 999 – 1000.

Zie tevens: P. MATTHEWS, "Square Peg, Round Hole? Patrimony and the Common Law Trust" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 62 – 63; D. HAYTON, "Reflections on The Hague Trust Convention after 30 years", *Journal of Private International Law* 2016, afl. 1, 2.

³⁹⁵ A. DYER, "International Recognition and Adaptation of Trusts: The Influence of the Hague Convention", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1999, 1000 – 1001.

towards property' vanwege de *common law*.³⁹⁶ Een verwijzing naar het concept 'eigendom' werd uiteindelijk om deze redenen ook weggelaten in de in artikel 2 geboden omschrijving van het begrip 'trust'.

B. Uitsluitingstrategie versus beheerstrategie

118. De rechtvaardiging die doorgaans wordt geboden voor de centrale positie die het *right to exclude* inneemt in de *common law*-literatuur, is de volgende: het is eenvoudigweg veel efficiënter om een grote hoeveelheid aan mogelijke bevoegdheden met betrekking tot een goed af te bakenen via uitsluiting, dan om alle afzonderlijke bevoegdheden en rechten met betrekking tot een goed te definiëren.³⁹⁷ Tegenover deze 'exclusion strategy' ('uitsluitingstrategie') staat de 'governance strategy' ('beheerstrategie').³⁹⁸ Via een beheerstrategie worden de individuele gebruikers van een goed en hun bevoegdheden met betrekking tot dat goed in detail gespecificeerd, wat een veel grotere informatiekost impliceert voor de betrokken actoren.

In een beheerstrategie worden gedetailleerde regels aangewend om te bepalen hoe een bepaald goed dient te worden gebruikt, terwijl een uitsluitingstrategie gewoon een zekere ruimte openlaat voor de gerechtigde waarbinnen deze gerechtigde vervolgens kan kiezen hoe hij goed zal gebruiken.³⁹⁹

119. Deze beide strategieën kunnen o.i. worden vergeleken met de basiskeuze waar elk systeem van regelgeving wordt geconfronteerd. Ofwel is het uitgangspunt dat alles wat niet expliciet is toegelaten verboden, ofwel is het uitgangspunt dat alles wat niet specifiek verboden is, wordt toegelaten. Het hoeft geen betoog dat wanneer een regelgevend systeem een grote mate van complexiteit vertoont, het nagenoeg steeds efficiënter zal zijn om te vertrekken vanuit het tweede uitgangspunt.⁴⁰⁰ In de plaats van elke mogelijke handeling afzonderlijk te concipiëren en deze uitdrukkelijk toe te laten, wordt dan geopteerd om uiteen te

³⁹⁶ P. MATTHEWS, "The compatibility of the trust with the civil law notion of property" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 335 – 336.

³⁹⁷ L. KATZ, "Exclusion and Exclusivity in Property Law", *Toronto Law Journal* 2008, 283; H.E. SMITH, "Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information", *The Yale Law Journal* 2007, 1747.

³⁹⁸ H.E. SMITH, "Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights", *Journal of Legal Studies* 2002, S455; T.W. MERRILL, H.E. SMITH, "The Property/Contract Interface", *Columbia Law Review* 2001, 790 – 792.

³⁹⁹ T.W. MERRILL, H.E. SMITH, "The Property/Contract Interface", *Columbia Law Review* 2001, 791.

⁴⁰⁰ In het Belgische recht wordt deze fundamentele keuze mijns inziens gereflecteerd in het omvattende karakter van het eigendomsrecht. Het omvattende karakter van het eigendomsrecht impliceert immers dat de eigenaar van een goed alle bevoegdheden heeft die niet door de wet of per contract zijn uitgesloten of aan een derde worden toevertrouwd, zie: V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht'* in *Beginnelsen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 169. Cf. R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERHE, *Zakenrecht, Deel IA in Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen/Amsterdam, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1974, 307 – 308.

zetten wat verboden is. Op deze wijze dient elke actor met een geringere hoeveelheid informatie rekening te houden dan anders het geval was geweest. In de twee aangehaalde strategieën betreffende tot bevoegdheden met betrekking tot goederen is dit eveneens zo. Wanneer bijvoorbeeld iemand door een ondergrondse parkeerplaats wandelt die vol staat met geparkeerde voertuigen die eigendom zijn van anderen, weet deze persoon dat hij of zij deze voertuigen niet mag gebruiken, zonder dat hij of zij daarom hoeft te weten wie dat dan wel mag en welke rechten anderen hebben met betrekking tot die goederen.⁴⁰¹ De uitsluitingstrategie impliceert aldus een geringe informatiekost, net omdat zij zo weinig informatie overdraagt. De verhouding tussen de derde en de eigenaars (of andere gerechtigden) van de voertuigen is met andere woorden middellijk. Zij wordt geïntermediateerd door de goederen zelf, *in casu* de voertuigen.

120. De exclusiviteit vormt aldus een efficiënt, maar stomp en binair mechanisme om het 'eigendomsrecht' (hierbij inbegrepen de *title*) met betrekking tot goederen af te bakenen. Het mechanisme is efficiënt omdat het slechts een minimum aan informatiekosten impliceert; het is eveneens stomp en binair omdat het in abstractie bekeken slechts twee mogelijkheden openlaat: ofwel verleent de eigenaar toegang tot zijn goed, ofwel doet hij dat niet.⁴⁰² Een eigenaar zal evenwel zelden *carte blanche* willen verlenen aan diegenen die hij niet uitsluit van zijn goed. Om deze reden wordt gesteld dat de exclusiviteit slechts de grondlijn trekt voor meer complexe (juridische) interacties, waarvoor een beheerstrategie vervolgens de basis vormt. LAU geeft het voorbeeld waarin de eigenaar van een huis een klusjesman toegang geeft tot het huis, maar waarbij vervolgens de gedragingen van de klusjesman binnen het huis nader worden gespecificeerd door middel van een overeenkomst.⁴⁰³ De beheerstrategie vormt zodoende een noodzakelijke aanvulling op de uitsluitingstrategie. SMITH stelt in dit verband: "A legal regime that simply supplies an exclusion regime does not foreclose all kinds of governance rules: On the contrary, exclusion also delegates to the owners the decision of whether to contract for a governance regime. An owner with the right to exclude is not required to exclude others: Where the law does not supply a governance regime, owners and others can, transaction costs permitting, devise and implement a use-based regime over the assets in question [...]"⁴⁰⁴

Via specifiekere regels wordt de toegang tot, en het gebruik van het desbetreffende goed meer in detail geregeld. Volgens SMITH vormen de uitsluitingstrategie en de

⁴⁰¹ J.E. PENNER, "The (True) Nature of a Beneficiary's Equitable Proprietary Interest under a Trust, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2014, 475; H.E. SMITH, "Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information", *The Yale Law Journal* 2007, 1746 – 1747; J.E. PENNER, *The Idea of Property in Law*, New York, Oxford University Press, 1997, 65 – 67.

⁴⁰² T.W. MERRILL, "Property and the Right to Exclude II", *Brigham-Kanner Property Rights Conference Journal*, Vol. 3, 2014, 3.

⁴⁰³ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 145.

⁴⁰⁴ H.E. SMITH, "Property and Property Rules", *New York University Law Review* 2004, 1758 – 1759.

beheerstrategie in hun zuivere vorm dan ook twee uiteinden van een spectrum.⁴⁰⁵ De uitsluitingstrategie in haar zuivere vorm is efficiënt, aangezien zij bijna geen informatiekost impliceert voor derde-partijen⁴⁰⁶, maar zij is hierdoor tegelijk slechts binair, aangezien zij slechts twee fundamentele keuzemogelijkheden toelaat. De beheerstrategie is veel preciezer, maar vereist veel meer informatie en kennis van de betrokken actoren en vaak ook meer onderhandeling, opvolging en controle door die actoren.⁴⁰⁷ In veel gevallen volstaat de uitsluitingstrategie, die geldt als uitgangspunt, dan ook om (het gebrek aan) interactie in het rechtsverkeer te reguleren.

Wanneer we opnieuw het voorbeeld nemen van de huiseigenaar volstaat een zuivere exclusiviteitstrategie om iedereen die geen zaken heeft met het huis buiten te houden. Het genot van het huis komt principieel enkel aan de eigenaar toe. Wanneer een derde zich zonder toestemming in het huis bevindt, schendt hij in beginsel⁴⁰⁸ het eigendomsrecht van de eigenaar. Wanneer de eigenaar de derde toelaat in het huis, kan de wijze waarop het goed dient te worden gebruikt vervolgens nader worden geregeld door een samenspel van overeenkomsten en/of allerlei andere wettelijke regels. De eigenaar kan anderen een loutere permissie geven om zijn huis te betreden, of hij kan per overeenkomst persoonlijke of zakelijke rechten toestaan aan anderen. Zo zal de eigenaar, wanneer hij of zij een klusjesman binnen laat, het gebruik dat de klusjesman mag maken van het huis per overeenkomst vastleggen. Wanneer de eigenaar een persoon de permissie geeft om binnen te komen, zullen bij gebreke aan een overeenkomst de regels inzake buitencontractuele aansprakelijkheid (*tort law*) gewoon blijven spelen. Dit geldt evenzeer voor de regels inzake buitencontractuele aansprakelijkheid in het Belgische recht.

C. Wijze waarop *titles* worden beschermd

121. Aangezien het Engelse recht geen positief eigendomsrecht kent, maar slechts *titles*, kan de vraag rijzen naar hoe *titles* juridisch worden beschermd. In de vorige randnummers werd immers aangegeven dat de sterke bezitsbescherming er historisch heeft toe bijgedragen dat het Engelse recht nooit een

⁴⁰⁵ H.E. SMITH, "Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights", *Journal of Legal Studies* 2002, S453 – S455.

⁴⁰⁶ T.W. MERRILL, H.E. SMITH, "The Property/Contract Interface", *Columbia Law Review* 2001, 793 – 795.

⁴⁰⁷ *Ibid*, 797 – 799.

⁴⁰⁸ Voor wat betreft het Belgische recht kan zaakwaarneming hier gelden als één van de mogelijke uitzonderingen op het aangehaalde principe. In feite wordt de toestemming van de eigenaar in dergelijke gevallen door de wet verondersteld, op grond van de oorzaak die aan de zaakwaarneming ten grondslag ligt. Voor wat betreft de *common law* geeft MERRILL het voorbeeld van het noodzakelijkheidsverweer tegen een *action for trespass*, zie: T.W. MERRILL, "Property and the Right to Exclude II", *Brigham-Kanner Property Rights Conference Journal*, Vol. 3, 2014, 8.

eigendomsconcept heeft ontwikkeld. *Grosso modo* worden zakelijke rechten in het Engelse recht op een drietal wijzen beschermd.⁴⁰⁹

Ten eerste wordt het bezitsrecht beschermd door de *law of torts*, dat ongeoorloofde inmengingen met zakelijke rechten sanctioneert aan de hand van het toekennen van *damages*. In het bijzonder kan worden gewezen op de *tort of negligence*, de *tort of nuisance*, de *tort of trespass to land*, de *tort of trespass to goods* en de *tort of conversion*.

Ten tweede kan worden gewezen op het feit dat een algemene leer van revindicatie in de *common law* in zijn geheel afwezig is. De Engelse *common law* kent geen algemeen recht om een zaak op te eisen, wanneer zich deze bij een ander bevindt. Dit impliceert evenwel niet dat hiertoe geen specifieke *remedies* zouden bestaan in het Engelse recht. Met betrekking tot *land* kan een *specific recovery* worden verkregen door zich te beroepen op de *Civil Procedure Rules* 1998 die een bijzondere procedure kennen voor het terugwinnen van *land*. Met betrekking tot *goods* bepaalt *Section 3(2)* van de *Tort (Interference with Goods) Act* 1977 dat een rechtbank discretionair mag beslissen over het al dan niet toestaan van een *specific recovery*.

Ten slotte kunnen, via het aanwenden van *torts*, ook nog injuncties worden verkregen. Aangezien *injunctions* evenwel een *equitable remedy* vormen, kunnen de rechtbanken discretionair beslissen over het al dan niet opleggen ervan.

D. Contrastering met ontwikkelingen in continentaal-Europa

1. Voorkeur voor 'vermogensplitsing' boven 'eigendomssplitsing' in Frankrijk

122. De ontwikkelingen in de Engelse *common law* met betrekking tot het eigendomsrecht kunnen worden gecontrasteerd met de ontwikkelingen op het continent, en in het bijzonder Frankrijk, waar gedurende de middeleeuwen ook nagenoeg alle gronden in een feodale structuur werden aangehouden.⁴¹⁰ Het gevolg was dat de 'eigendom' van de gronden werd opgesplitst in het zogeheten *dominium directum* en het *dominium utile*.⁴¹¹ Deze twee vormen van eigendom werden onderscheiden door de jurist BARTOLUS, die ook nog een derde vorm van eigendom,

⁴⁰⁹ Zie uitgebreid: M. HINTEREGGER, "Chapter Two. The Protection of Property Rights" in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2012, 161 – 193.

⁴¹⁰ B. AKKERMANS, W. SWADLING, "Chapter Three. Types of Property Rights – Immovables and Movables (goods)" in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2012, 225.

⁴¹¹ V. SAGAERT, "The Trust Book in DCFR: A civil lawyer's perspective" in S. VAN ERP, B. AKKERMANS, A. SOLOMONS (eds.), *The Future of European Property Law*, München, Sellier European Law Publishers, 2012, 40.

quasi-dominium, erkende.⁴¹² Echter, na de Franse Revolutie werd komaf gemaakt met het feodalisme⁴¹³ en werd het *dominium utile* behouden als eigendomsrecht.⁴¹⁴ Het ontstaan van de exclusiviteit als kenmerk van het hedendaagse Belgische eigendomsrecht hangt hier rechtstreeks mee samen. Door het creëren van een exclusief eigendomsrecht, werden feodale rechtsverhoudingen onmogelijk gemaakt, daar het niet langer mogelijk was om verschillende 'eigendomslagen' op elkaar te stapelen.⁴¹⁵ De Franse revolutionairen wensten zich hiermee expliciet te distantiëren van het feodale 'gesplitste' of 'gelaagde' eigendomsbegrip, de zogeheten *duplex dominium*.⁴¹⁶

Het dogmatisme waarmee in Frankrijk wordt vastgehouden aan de exclusiviteit van het eigendomsrecht leeft voort tot op de dag van vandaag.⁴¹⁷ Toen de Franse wetgever in 2009 een bepaling in de *Code Civil* wenste in te voegen die er in essentie toe strekte om een vorm van gesplitste fiduciaire eigendom in te voeren in het kader van de reeds bestaande *fiducie*⁴¹⁸, uitten auteurs als CROCQ en AYNÈS daarop scherpe kritiek. Deze auteurs stelden onder meer dat de betrokken bepaling een herinvoering van het feodalisme zou impliceren. De beslissing van de Franse

⁴¹² B. AKKERMANS, W. SWADLING, "Chapter Three. Types of Property Rights – Immovables and Movables (goods)" in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2012, 217.

⁴¹³ J.Q. WHITMAN, "The Seigneurs Descend to the Rank of Creditors: The Abolition of Respect", *Yale Journal of Law and the Humanities*, Vol. 6, 1994, 249; F. LAURENT, *Principes*, VI, 136.

⁴¹⁴ J.P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Parijs, Dalloz, 2002, 433.

⁴¹⁵ V. SAGAERT, "The Trust Book in DCFR: A civil lawyer's perspective" in S. VAN ERP, B. AKKERMANS, A. SOLOMONS (eds.), *The Future of European Property Law*, München, Sellier European Law Publishers, 2012, 40.

⁴¹⁶ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 179 – 180.

⁴¹⁷ Ook volgens ZENATI vormt de exclusieve relatie die het eigendomsrecht teweegbrengt tussen de eigenaar en het goed waarop het betrekking heeft, de kern van het eigendomsrecht. Deze exclusieve relatie vormt bovendien de oorsprong van alle andere feitelijke bevoegdheden die de eigenaar kan verwerven met betrekking tot zijn eigendom. Zie: F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, diss. Lyon, 1981, nr. 311 – 427; F. ZENATI, "Pour une rénovation de la théorie de la propriété", *Rev.trim.dr.civ.* 1993, 314 – 317.

⁴¹⁸ De aanleiding tot de wens om een gesplitst fiduciair eigendomsrecht in te voeren was het verlangen van de Franse wetgever om de Franse financiële markten open te stellen voor islamitische investeerders. Islamitische financiële instellingen maken hiertoe gebruik van de *Sukuk*, een rechtsfiguur uit de *Shari'a*. Aangezien de *Shari'a* geld als een waardemeter ziet en niet als een bezit of vorm van eigendom op zich, is het onder het islamitisch recht verboden om een inkomen te genereren op basis van het loutere feit van het hebben van geld. Eén en ander doet vanuit een historisch perspectief denken aan het christelijke *usura*-verbod. Aangezien het heffen van rente verboden is, dient er dus te worden uitgekeken naar alternatieve financieringswijzen. Een voorbeeld hiervan is de *Sukuk*. Wanneer beide partijen een eigendomsrecht hebben in een actiefbestanddeel en zodus allebei participeren in het risico, worden financieringsconstructies naar islamitisch recht aanvaardbaar geacht. Dit vormt dan ook de reden waarom de bestaande opvatting van de *fiducie* als een afgescheiden doelvermogen, dat weliswaar nog steeds de eigendom is van de *fiduciaire* (zie *infra*, randnr. 841 e.v.), hiertoe onvoldoende werd geacht door de Franse wetgever.

Conseil constitutionnel om het amendement te vernietigen⁴¹⁹, werd dan ook toegejuicht : “*Une telle innovation aurait constitué une véritable révolution du droit des biens ou plutôt une contre-révolution puisqu'elle impliquait un retour au droit des biens antérieur à la Révolution française. Faut-il rappeler que l'une des évolutions majeures de la Révolution française et du code civil, que n'a pas connue la loi anglaise, a été d'abandonner le système des propriétés simultanées qui caractérisait l'Ancien Régime et que, depuis 1804, le propriétaire est celui qui a la plénitude des pouvoirs sur un bien*”.⁴²⁰

123. Bij gebreke aan enige vorm van werkelijke gesplitste fiduciaire eigendom in het Franse recht, wordt de bestaande *fiducie* opgevat als een afgescheiden doelvermogen.⁴²¹ Op deze wijze komt een trustachtige figuur tot stand door het aanwenden van een ‘vermogensplitsing’, eerder dan een zuivere ‘eigendomssplitsing’. De keuze om de *fiducie* de vorm te geven van een afgescheiden doelvermogen vormt nochtans eveneens een afwijking op de orthodoxe vermogensleer, die stelt dat het vermogen één en ondeelbaar is en dat elke persoon slechts één vermogen heeft. Deze orthodoxe vermogensleer wordt toegeschreven aan de Franse auteurs AUBRY en RAU.⁴²² De vermogensleer (*infra*, randnr. 730 e.v.), alsook de Franse *fiducie* (*infra*, randnr. 836 e.v.) komen verder nog uitgebreid ter sprake.

Met SAGAERT kan dan ook worden vastgesteld dat de beginselen van éénheid en ondeelbaarheid van het vermogen blijkbaar minder zwaarwichtig zijn dan de exclusiviteit van het eigendomsrecht, en dat Franse juristen blijkbaar bereid zijn om de éénheid en ondeelbaarheid van het vermogen op te offeren teneinde de exclusiviteit van het eigendomsrecht te vrijwaren.⁴²³ Toch zal nog blijken dat de keuze van de Franse wetgever voor een vermogensplitsing belangrijke gevolgen heeft gehad voor de aard van het eigendomsrecht van de goederen die zich in een afgescheiden doelvermogen bevinden. Van enige vorm van ‘gesplitste eigendom’

⁴¹⁹ *Conseil constitutionnel*, 14 oktober 2009, nr° 2009-589. Opvallend is dat het voorstel niet werd vernietigd om inhoudelijke redenen, maar om zuiver formele redenen. De *Conseil* was immers van oordeel dat de specifieke bepaling geen enkel verband had met het wetsvoorstel waarin het was opgenomen.

⁴²⁰ L. AYNÈS, P. CROCQ, “La Fiducie préservée des Audaces du Législateur”, *Recueil Dalloz*, 2009, 2559.

⁴²¹ R. IBARRA GARZA, “Protecting the trust fund in French and English Law”, *Trusts and Trustees*, 2014, 429 – 430; L. KACZMAREK, “Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l’opération”, *Recueil Dalloz*, 2009, 1845 e.v.

⁴²² C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae*, IX, Parijs, 1858, §573 – 74.

Voor een vertaling in het Engels van de belangrijkste passages uit het werk van AUBRY en RAU i.v.m. de vermogensleer, zie: N. KASIRER, “Translating Part of France’s Legal Heritage: Aubry and Rau on the *Patrimoine*” in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 177 – 98.

⁴²³ V. SAGAERT, “The Trust Book in DCFR: A civil lawyer’s perspective” in S. VAN ERP, B. AKKERMANS, A. SOLOMONS (eds.), *The Future of European Property Law*, München, Sellier European Law Publishers, 2012, 37.

Bepaalde Franse auteurs stellen evenwel dat de Franse rechtsleer de theorie van AUBRY en RAU in feite ten onrechte tot een dogma heeft verheven, zie: A. DENIZOT, “L’étonnant destin de la théorie du patrimoine”, *RTD Civ.* 2014, 547 – 568.

mag dan geen sprake zijn in het Franse recht, toch houdt de meerderheid van de Franse rechtsleer vol dat de introductie van de *fiducie* tot gevolg heeft gehad dat er een vorm van 'fiduciaire eigendom' is ontstaan in het Franse recht (zie *infra*, randnr. 842 e.v.).

2. Voorkeur voor 'vermogensplitsing' boven 'eigendomssplitsing' in België

124. Opvallend is dat binnen de Belgische rechtsorde een gelijkaardige reflex kan worden waargenomen als in Frankrijk. In dit verband kan worden verwezen naar de voorgeschiedenis betreffende de wet van 22 november 2013, die een nieuwe bepaling 8/1 invoegde in de hypotheekwet.⁴²⁴ Middels deze bepaling werd voorzien in een wettelijk kader betreffende de zogeheten kwaliteitsrekeningen van een aantal gereguleerde beroepsgroepen, te weten advocaten, notarissen en deurwaarders. Een kwaliteitsrekening of een derdenrekening wordt in de regel gedefinieerd als een rekening waarbij bij de tenaamstelling wordt aangegeven dat de titularis van de rekening deze rekening houdt in een bepaalde kwaliteit of hoedanigheid.⁴²⁵ Vanwege het feit dat de rekening wordt aangehouden in een dergelijke kwaliteit of hoedanigheid zou het (openlijk) gebruik van een dergelijke rekening een belangrijke beschermingsdam vormen voor de uiteindelijke bestemming van de tegoeden op deze rekening, aangezien de rekening niet onderhevig zou zijn aan de samenloop tussen de persoonlijke schuldeisers van de rekeninghouder, in geval van insolventie van deze laatste.⁴²⁶

Echter, met een arrest van 27 januari 2011 legde het Hof van Cassatie een bom onder het gebruik van derdenrekeningen, door te oordelen dat een persoonlijke schuldeiser (*in casu* de fiscus) van de rekeninghouder wel degelijk beslag kon leggen op de kwaliteitsrekening van haar schuldenaar.⁴²⁷ Dit arrest gaf aanleiding

⁴²⁴ Wet van 22 november 2013 tot wijziging van de wet van 25 ventôse jaar XI op het notarisambt wat de kwaliteitsrekening van notarissen betreft en de hypotheekwet van 16 december 1831 wat de kwaliteitsrekening van advocaten, notarissen en gerechtsdeurwaarders betreft, *BS* 10 december 2013, 97954.

⁴²⁵ E. DIRIX, "Kwaliteitsrekeningen", *TPR* 1996, 76; E. DIRIX, V. SAGAERT, "De kwaliteitsrekening herbezocht", *TPR* 2004, 265; I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 507; D. GRUYAERT, "De derdenrekening: stand van zaken na het cassatiearrest van 27 januari 2011", *TBBR/RGDC* 2012, 470 – 71.

⁴²⁶ V. SAGAERT, "De derdenrekening van een advocaat: een algemene kwaliteitsrekening?" (noot onder Brussel 26 maart 2002), *TBBR/RGDC* 2004, 318; D. GRUYAERT, "De derdenrekening: stand van zaken na het cassatiearrest van 27 januari 2011", *TBBR/RGDC* 2012, 471; D. GRUYAERT, "De nieuwe wet op de kwaliteitsrekening van notarissen, advocaten en gerechtsdeurwaarders: eindpunt van een vermogensrechtelijke controverse" in *VRG-ALUMNI* (ed.), *Recht in beweging – 22^{ste} VRG Alumnidag*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 2015, 79 – 80.

⁴²⁷ Cass. 27 januari 2011, *T.Not.* 2011, 310, noot C. ENGELS, *RW* 2010 – 2011, 1775, noot V. SAGAERT, *JT* 2011, 162, noot G. LEVAL, F. GEORGES.

tot bijzonder scherpe kritiek in de rechtsleer⁴²⁸ en mondde vervolgens uit in twee wetsvoorstellen. Daar waar het éne wetsvoorstel een algemene regeling voor kwaliteitsrekeningen beoogde⁴²⁹, richtte het andere wetsvoorstel zich specifiek op het scheppen van een wettelijk kader voor de kwaliteitsrekening voor een aantal vrije beroepen⁴³⁰. Daar waar het eerste wetsvoorstel expliciet opteerde voor de figuur van de middellijke vertegenwoordiging als juridische grondslag voor de kwaliteitsrekening⁴³¹, werd in het tweede wetsvoorstel een vermogensafscheiding als juridische grondslag voor de kwaliteitsrekening verkozen.⁴³² In de rechtsleer werd onder meer om deze reden een voorkeur uitgesproken voor het eerste voorstel.⁴³³ Ook vóór er sprake was van deze wetsbepaling beriep een deel van de rechtsleer zich reeds op de figuur van de middellijke vertegenwoordiging als juridische grondslag voor de kwaliteitsrekening.⁴³⁴ Een mogelijke alternatieve juridische grondslag was de fiduciaire eigendom ten titel van beheer.⁴³⁵

Uiteindelijk heeft de wetgever echter gekozen voor het tweede voorstel, waarmee in artikel 8/1 Hyp.W. wordt voorzien in een wettelijk geregelde vorm van vermogensafscheiding.⁴³⁶

125. Besloten kan dus worden dat ook de Belgische wetgever kennelijk geen fundamenteel probleem ziet in de idee van een vermogensplitsing.⁴³⁷ Zelfs niet

⁴²⁸ Voor een overzicht, zie: D. GRUYAERT, "De derdenrekening: stand van zaken na het cassatiearrest van 27 januari 2011", *TBBR/RGDC* 2012, 476 e.v.

⁴²⁹ Wetsvoorstel van 30 september 2011 tot wijziging van de hypotheekwet van 16 december 1851 wat de derdenrekening betreft, *Parl.St.* Kamer 2010 – 2011, nr. 53-K1764/001. Zie tevens: Wetsvoorstel van 3 oktober 2011 tot wijziging van de hypotheekwet van 16 december 1851 wat de derdenrekening betreft, *Parl.St.* Senaat 2010 – 2011, nr. 5-1243/1.

⁴³⁰ Wetsvoorstel van 8 juli 2011 tot wijziging van de wetgeving wat de kwaliteitsrekening van advocaten, notarissen en gerechtsdeurwaarders en de afscheiding van vermogens betreft, *Parl.St.* Kamer 2010 – 2011, nr. 53-K1661/001. Zie tevens: wetsvoorstel van 22 november 2011 tot wijziging van de wetgeving wat de kwaliteitsrekening van advocaten, notarissen en gerechtsdeurwaarders en de afscheiding van vermogens betreft, *Parl.St.* Senaat 2010 – 2011, nr. 53-1354/1.

⁴³¹ Wetsvoorstel van 30 september 2011 tot wijziging van de hypotheekwet van 16 december 1851 wat de derdenrekening betreft, *Parl.St.* Kamer 2010 – 2011, nr. 53-K1764/001, 6.

⁴³² Wetsvoorstel van 8 juli 2011 tot wijziging van de wetgeving wat de kwaliteitsrekening van advocaten, notarissen en gerechtsdeurwaarders en de afscheiding van vermogens betreft, *Parl.St.* Kamer 2010 – 2011, nr. 53-K1661/001, 7.

⁴³³ D. GRUYAERT, "De derdenrekening: stand van zaken na het cassatiearrest van 27 januari 2011", *TBBR/RGDC* 2012, 482.

⁴³⁴ I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 516 – 517; E. DIRIX, V. SAGAERT, "De kwaliteitsrekening herbezocht" *TPR* 2004, 269.

⁴³⁵ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 460 – 461; L. VAN DEN STEEN, *De effectenrekening*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 292 – 293; I. PEETERS, A. VERBEKE, "Kwaliteitsrekening en trust" in E. DIRIX, R. VRIESENDORP (eds.), *Inzake kwaliteit: de kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 193.

⁴³⁶ Zie over deze bepaling: V. SAGAERT, D. GRUYAERT, "Een nieuw wetgevend kader voor de kwaliteitsrekening", *RW* 2014 – 2015, 522 – 533.

⁴³⁷ Er zijn bovendien ook andere gevallen van wettelijk georganiseerde vermogensafsplitsing in het Belgische recht. Zo wordt bijvoorbeeld in de rechtsleer gesteld dat de regeling inzake

indien hetzelfde (of minstens een sterk vergelijkbaar) juridisch gevolg kan worden bereikt door aanwending van een andere, reeds bestaande, juridische techniek, i.e. de middellijke vertegenwoordiging. In geen van beide wetsvoorstellen werd kennelijk de mogelijkheid van een zuivere 'eigendomsplitsing' op de schuldvordering van de rekeninghouder ten aanzien van de bank in overweging genomen. Toch houdt een belangrijke stroming in de Belgische rechtsleer op onrechtstreekse wijze vol dat *in casu* wel een (bijzondere vorm) van gesplitste eigendom voorhanden kan zijn, aangezien de begunstigde tevens zou beschikken over een zakelijk recht op het rekeningtegoed op de bank (zie *infra*, randnr. 833 e.v.).

126. Wanneer de ontwikkelingen die deze *civil law* stelsels hebben doorgemaakt met betrekking tot het eigendomsrecht en het feodalisme worden afgezet tegen de wijze waarop de *common law* is geëvolueerd, valt op dat de juridische breuklijn die de Franse Revolutie vormt zich in Engeland niet heeft voorgedaan.⁴³⁸ Het gevolg is dat de hedendaagse Engelse *land law* nog steeds verankerd is in het feodale recht. Niettegenstaande deze vaststelling kan, gelet op de (dogmatische?) wijze waarmee eminente auteurs als AYNÈS en CROCQ vasthouden aan het exclusiviteitsbeginsel, toch de vraag worden opgeworpen of het feodalisme in het hedendaagse continentaal recht klaarblijkelijk niet nog steeds een grotere, zij het onrechtstreekse, rol speelt dan het doet in Engeland en Wales.

E. Tussenbesluit

127. In dit hoofdstuk werd vastgesteld dat het Engelse recht geen eigendomsconcept kent dat vergelijkbaar is met het positiefrechtelijke eigendomsconcept in België en Frankrijk. Het Engelse recht kent daarentegen wel de concepten *estate in land* en *title* die, wanneer ze nader worden bekeken, functioneel gezien gelijkenissen vertonen met het voor de Belgische jurist bekende eigendomsrecht. In veel gevallen waar wel wordt betoogd dat er zoiets als 'ownership' bestaat in Engeland en Wales, alsook in de Verenigde Staten, wordt dit

Belgische *covered bonds* ('gedekte obligaties') ook vermogensafschieding impliceert. Zie: R. FELTKAMP, "Een kredietinstelling, meerdere vermogens. Vermogensrechtelijke bedenkingen bij de regeling inzake Belgische *covered bonds*" in A. MICHIELSENS, E. ALOFS, K. BYTTEBIER, A.-L. VERBEKE (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 193 – 226; K. PANIS, E. HELLEBUYCK, "De Wet *covered bonds* en de Wet mobilisering van schuldvorderingen", *RW* 2012 – 2013, 1157 – 1159; F. HEREMANS, "Les *covered bonds*" in H. DAEMS, I. DE MEULENEERE, R. FELTKAMP, C. HOUSSA (eds.), *20 ans de loi bancaire*, Limal, Anthemis, 2013, 165 – 172. Aan deze vermogensafschieding wordt publiciteit gegeven door middel van een vermelding van de bestanddelen van dit bijzonder vermogen in een register. Zie art. 64/20, §2 van de wet van 22 maart 1993 op het statuut en het toezicht op de kredietinstellingen, *BS* 19 april 1993, 8650.

⁴³⁸ S. VAN ERP, "A numerus quasi-clausus of property rights as a constitutive element of a future European property law?" in K. BOELE WOELKI, C.H. BRANTS en G.J.W. STEENHOFF, *Het plezier van de rechtsvergelijking. Opstellen over unificatie en harmonisatie van het recht in Europa aangeboden aan prof. mr. E.H. Hondius*, Deventer, Kluwer, 40; S. VAN ERP, "A Numerus Quasi-Clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law?", *Electronic Journal of Comparative Law* 2003, afl. 7.2, nr. III.

concept eerder op een negatieve wijze gedefinieerd waarbij het *right to exclude* de hoofdmoot vormt. Nog andere auteurs beschouwen *ownership* aan de hand van een *bundle of rights*, waarbij de rechten op exclusief bezit en gebruik en beschikking eveneens een belangrijke rol spelen.

Bij gebrek aan een afzonderlijk en singulair eigendomsconcept binnen de *common law* lijkt het begrip '*ownership*' te verwijzen naar de meest volwaardige wijzen waarop onroerende goederen enerzijds en roerende goederen anderzijds kunnen worden aangehouden.⁴³⁹ De belangrijke rol die het *right to exclude* speelt wordt onder meer verklaard door het feit dat het een efficiënt mechanisme vormt voor de afbakening van de gerechtigdheden met betrekking tot een goed. Bepaalde auteurs durven daarom met enige zekerheid stellen dat het gebrek aan een singulair eigendomsconcept, dat *civil law*-stelsels overerfden uit het Romeins recht ('*dominium*'), er in belangrijke mate aan heeft toe bijgedragen dat het Engelse recht een dermate vruchtbare voedingsbodem is gebleken voor de ontwikkeling van rechtsfiguren als de *use* en de *trust*.⁴⁴⁰

Opmerkelijk is tevens dat, wanneer in de *common law*-literatuur wordt gesproken over het *right to exclude*, er vaak een impliciete assumptie aanwezig lijkt te zijn dat het enkel gaat om lichamelijke goederen.⁴⁴¹ De klassieke definitie van '*property*'

⁴³⁹ Zodoende lijkt de Engelse benadering zich vooral toe te spitsen op de rechten met betrekking tot een goed dan op het goed zelf. De focus ligt met andere woorden op de *interests of estates* die een persoon kan aanhouden met betrekking tot een goed. Zie: P. MATTHEWS, "The place of the trust in English law and in English life", *Trusts & Trustees* 2013, 246.

⁴⁴⁰ P. MATTHEWS, "The trust as a means of intergenerational wealth transfer in the UK and Europe in the light of the EU Regulation on Successions", *Recherche Juridique* 2013, 306.

⁴⁴¹ Deze aanname wordt geëxpliciteerd in M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 112 – 115. Ook PENNER heeft het over "*the right of the owner of a tangible*" in de context van een bespreking van *ownership* in de *common law*, zonder verder te refereren naar *intangibles*, zie: J.E. PENNER, "Purposes and Rights in the Common Law of Trusts", *Revue Juridique Themis* 2014, 581. Zie ook: T.W. MERRILL, "Property and the Right to Exclude II", *Brigham-Kanner Property Rights Conference Journal*, Vol. 3, 2014, 19, waar de auteur stelt dat het *right to exclude* correleert met het bezit als rechtsfeit. Volgens de auteur vormt het feitelijk bezit van een zaak een eenvoudig waarneembaar feit naar de buitenwereld dat weinig informatiekosten impliceert, en is het noodzakelijk dat de *property law*, via de exclusiviteit, daarmee correleert. Als de *property law* op een andere grondslag zou zijn gebaseerd, zou het volgens de auteur te ver verwijderd zijn van de feitelijk waarneembare realiteit en zou het systeem onwerkbaar worden. Een dergelijke interpretatie kan slechts gelden voor goederen die op een feitelijke en voor derden waarneembare wijze (en dus op een fysieke wijze) vatbaar zijn voor bezit.

Deze stelling wordt kennelijk ook in het Belgische recht gereflecteerd. Door de werking van art. 2279 BW, luidens hetwelk het bezit van roerende goederen als titel geldt, wordt de bezitter te goeder trouw geacht de eigenaar te zijn van het desbetreffende roerend goed. Hier maakt het Belgische recht dus eveneens de koppeling tussen de feitelijke toestand van het bezit (te goeder trouw) van een roerend goed en de eigendom ervan. Sinds het Cassatiearrest van 20 december 1974 (Cass. 20 december 1974, *Arr. Cass.* 1975, 478) wordt aangenomen dat deze bepaling een onmiddellijke eigendomsverwerving voor de bezitter inhoudt (i.t.t. een onmiddellijke verkrijgende verjaring), zodat het revindicatierecht van de oorspronkelijke eigenaar meteen verloren gaat, behoudens in geval van verlies of diefstal. Welnu, in de doctrine wordt klassiek aangenomen, zij het soms om verschillende redenen, dat art. 2279 BW niet geldt voor schuldvorderingen, niettegenstaande het feit dat

die wordt geboden door BLACKSTONE luidt als volgt: “*that sole despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, to the total exclusion of the right of any other individual in the universe*”.⁴⁴² Deze visie op *property* kan gemakkelijk worden gekoppeld aan het *in rem*-karakter van het eigendomsrecht. Met het *in rem*-karakter wordt bedoeld dat dit recht principieel tegenstelbaar is aan eenieder.⁴⁴³ Wanneer een recht toelaat om ieder ander individu uit te sluiten, impliceert dit dus dat het recht een *in rem*-karakter heeft, daar het, ook qua inhoud, aan iedereen kan worden tegengeworpen.

Een dergelijk geconcipieerd *right to exclude* is eenvoudig hanteerbaar zolang het inderdaad gaat om lichamelijke goederen (*'tangibles'*), maar dit wordt veel moeilijker wanneer het wordt toegepast op onlichamelijke goederen, *a fortiori* schuldvorderingen. PENNER erkent dat *choses in action*, zoals bijvoorbeeld schuldvorderingen, moeilijk uit te leggen zijn vanuit een eigendomsconcept waarin een dergelijke opvatting van exclusiviteit centraal staat⁴⁴⁴, maar biedt een verklaring door te stellen dat het exclusiviteitscriterium kan worden behouden doordat de *chose-holder* op indirecte wijze wordt beschermd. Dit is zo omdat de *chose-issuer* wel de bevoegdheid heeft om derden uit te sluiten van zijn goederen en zo het onderpand van de *chose in action* intact te houden.⁴⁴⁵ Dit argument doet, voor wat betreft het Belgische recht, enigszins denken aan de stelling van STORME dat een schuldvordering als persoonlijk recht geen exclusief recht verschaft op het vermogen of een zaak uit het vermogen van de schuldenaar. Derden mogen dan wel met de schuldeiser concurreren op het vermogen van de schuldenaar, maar niet met de specifieke prestatie die aan de schuldeiser toekomt.⁴⁴⁶ Met de laatste interpretatie wordt alleszins het mogelijke tegenargument dat derden geen verplichting hebben ten aanzien van de schuldeiser om zich niet in te laten met het vermogen van de schuldenaar uit de weg geruimd. Het argument van PENNER is o.i. wel aan deze kritiek onderhevig.

Wat hier ook van zij, niettegenstaande het feit dat het *right to exclude* een belangrijke plaats inneemt in de verschillende narratieven omtrent eigendom binnen de *common law*-jurisprudentie, lijkt het ontbreken van een achterliggend

schuldvorderingen een roerend karakter hebben. In de optiek van MERRILL valt dit te verklaren vanuit het feit dat schuldvorderingen niet voor een op feitelijk waarneembare wijze voor bezit vatbaar zijn.

Voor wat betreft het Belgische recht, zie: C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 253 e.v.; H. DE PAGE, R. DEKKERS, *Traité*, V, Brussel, Bruylant, 1975, 919 – 921.

Ook LEBON staat deze benadering trouwens voor.

⁴⁴² W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 1765, 3.

Dit *in rem*-karakter werd eveneens benadrukt door invloedrijke denkers als ADAM SMITH, JEREMY BENTHAM en JOHN AUSTIN. Gedurende de twintigste eeuw raakte deze zienswijze meer en meer in onbruik. Intussen lijkt het tij echter weer gekeerd. Zie *infra*, randnr. 293 e.v.

⁴⁴³ Zie in dit verband vn. 367.

⁴⁴⁴ J.E. PENNER, *The Idea of Property in Law*, New York, Oxford University Press, 1997, 138.

⁴⁴⁵ *Ibid*, 129 – 130.

⁴⁴⁶ M.E. STORME, “De drievoudige gelaagdheid van schuldvorderingen en hun bescherming” in H. COUSY, E. DIRIX, S. STIJNS, J. STUYCK (eds.), *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 336.

en solide conceptueel-juridisch raamwerk de zaken te vertroebelen wanneer het aankomt op *ownership* en de centrale positie van het *right to exclude*. LAU merkt dit eveneens op en concludeert dat in de klassieke interpretatie van BLACKSTONE het moeilijk wordt om het exclusiviteitscriterium en het bestaan van onlichamelijke goederen als onderwerp van *property law* te vereenzelvigen.⁴⁴⁷ Wanneer de exclusiviteit van het eigendomsrecht echter wordt voorgesteld als het exclusieve recht van de eigenaar om alle *bevoegdheden* die hem niet zijn ontzegd met betrekking tot een goed uit te oefenen, zoals in de Belgische rechtsorde het geval is⁴⁴⁸, ligt dit concept o.i. analytisch minder moeilijk. Een dergelijk conceptueel kader omtrent het eigendomsrecht lijkt evenwel te ontbreken binnen de *common law*-doctrine. Tot op heden is evenwel nog niet gebleken dat het ontbreken van een dergelijk conceptueel kader binnen de *common law* desastreuze gevolgen heeft gehad. Het belang van een sterk uitgewerkt conceptueel kader moet dan ook niet worden overschat.

Eveneens is gebleken dat het *right to exclude*, *in abstracto* beschouwd, een binair en stomp mechanisme is. Ofwel geeft de eigenaar, die de functie van *gatekeeper* vervult, derden toegang tot het goed waarop zijn eigendomsrecht betrekking heeft, ofwel sluit hij ze uit. Het voordeel van een dergelijke benadering is dat de informatiekosten voor derden minimaal zijn. Zij hoeven niet op de hoogte te zijn van de identiteit van de eigenaar of van de specifieke inhoud van het recht dat hij heeft met betrekking tot een specifiek goed. Het is voldoende dat zij weten dat zij geen rechten kunnen laten gelden met betrekking tot het goed in kwestie en er dus van moeten afblijven.

Wanneer de eigenaar echter bereid is om toegang te verlenen tot zijn eigendom zal hij slechts zelden een *carte blanche* willen verlenen. Om deze reden kan worden gesteld dat de exclusiviteit eveneens de bevoegdheid verleent aan de eigenaar om dergelijke interacties zelf te structureren door per overeenkomst een permissie of persoonlijke of zakelijke rechten te verlenen aan de personen die hij toegang verleent tot zijn eigendom. Het *right to exclude* vormt op deze wijze de grondslag voor meer complexe juridische interacties, waarbij de uitsluitingstrategie wordt aangevuld met een beheerstrategie. In dit opzicht valt o.i. een parallel te ontwaren met de opvatting van ZENATI. Met betrekking tot het eigendomsrecht in het Franse recht is deze auteur van mening dat de exclusieve relatie die het eigendomsrecht teweegbrengt tussen de eigenaar en zijn goederen, de oorsprong is van alle andere feitelijke bevoegdheden die de eigenaar kan verwerven met betrekking tot zijn eigendom.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 114 – 115.

⁴⁴⁸ V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 170; H. DE PAGE, R. DEKKERS, *Traité*, V, Brussel, Bruylant, 1975, 795.

⁴⁴⁹ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, diss. Lyon, 1981, nr. 311 – 427; F. ZENATI, "Pour une rénovation de la théorie de la propriété", *Rev.trim.dr.civ.* 1993, 314 – 317.

Nog met betrekking tot Frankrijk kan worden opgemerkt dat het dogmatisme dat vandaag nog steeds heerst omtrent de exclusiviteit van het eigendomsrecht erg groot is. Het verschil met de Engelse rechtstraditie is voor een deel historisch te verklaren. Daar waar de moderne *land law* nog tot op bepaalde hoogte verankerd is in het feodale recht, hebben de Franse revolutionairen zich sterk afgezet tegen de invulling die het feodale recht aan het eigendomsbegrip gaf. Hoewel de exclusiviteit van het eigendomsrecht in beide rechtsstelsels een belangrijke rol vervult, wordt in het Franse recht (en bijgevolg kennelijk eveneens in het Belgische recht) op een meer dogmatische wijze omgegaan met dit beginsel. Nochtans lijkt de functie die de exclusiviteit vervult in common law rechtsstelsels evenzeer aanwezig te zijn in het Belgische recht. De exclusiviteit van het eigendomsrecht noopt ertoe om derden uit te sluiten van de uitoefening van de bevoegdheden van de eigenaar. Bepaalde bevoegdheden kunnen weliswaar worden 'afgesplitst' door het toestaan van persoonlijke of zakelijke rechten, maar deze worden bij het aflopen van dat recht steeds weer opnieuw geïntegreerd binnen het eigendomsrecht van de eigenaar, waarna de exclusiviteit zich opnieuw zal uitstrekken over deze bevoegdheden. Op deze wijze trekt de exclusiviteit van het eigendomsrecht ook in het Belgische recht de grondlijn voor meer complexe juridische interacties met betrekking tot goederen. Derden worden in beginsel uitgesloten van de uitoefening van bevoegdheden met betrekking tot een goed, tenzij deze door de wet of per overeenkomst aan hen worden toevertrouwd.

IV. De hedendaagse trust: het Engelse grondmodel

A. Inleiding tot de trust: onmogelijkheid tot definiëring.

128. Eén van de redenen waarom de *trust* vandaag voor veel rechtssubjecten een aantrekkelijke rechtsfiguur kan lijken is haar flexibiliteit. *Trusts* komen dan ook voor in veel verschillende verschijningsvormen. Hoewel er vaak wordt gesproken over *trusts* als ware het een generieke rechtsfiguur, zal verder blijken dat hiermee de waarheid geweld wordt aangedaan. 'De *trust*' bestaat niet.⁴⁵⁰ De verschillende en uiteenlopende verschijningsvormen waarin *trusts* verschijnen, maken een eenvormige definitie dan ook zo goed als onmogelijk.⁴⁵¹ De complexiteit van dit vraagstuk wordt overigens versterkt door het feit dat de omschrijvingen of definities die worden gegeven aan de *trust* kunnen verschillen tussen de onderscheiden rechtsordes die een trustfiguur kennen. Zo is het trustrecht in de Verenigde Staten grotendeels Statelijk recht, dat niet door de Amerikaanse federale overheid wordt gereguleerd. Niettegenstaande deze overwegingen lijkt het toch aangewezen om dit onderdeel aan te vatten met de verschillende omschrijvingen van de trustfiguur die in de hedendaagse rechtsleer te vinden te zijn, zodat minstens de contouren van de trustfiguur helder worden geschetst. Deze omschrijvingen laten ons vervolgens toe om de verschillende soorten *trusts* nader te onderzoeken en na te gaan welke *trusts* in het licht van de onderzoeksvragen nader dienen te worden onderzocht.

1. Omschrijvingen van de trust

129. De moeilijkheden die gepaard gaan met het trachten te omschrijven van de trustfiguur worden ook opgemerkt in de Engelse rechtsleer. Zo stelt HAYTON dat: "*like an elephant, a trust is difficult to describe but easy to recognize*".⁴⁵² Toch worden in de rechtsleer de volgende omschrijvingen van de *trust* geboden.

⁴⁵⁰ C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 1.

⁴⁵¹ Zo stelt HAYTON dat: "*It is universally acknowledged that, due to the inductive development of the trust, there is no true or conclusive definition of trust that can enable one to determine whether or not certain legal relationships in particular circumstances give rise to a trust rather than some other legal concept.*", zie: D. HAYTON, "Trusts" in *Private International Law* in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 17; A. PEYROT, *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, Genève, Schulthess, 2011, 19.

⁴⁵² D.J. HAYTON, "Trusts" in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN et al. (eds.), *Vertrouwd met de trust. Trusts and trust-like arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, 3.

UNDERHILL en HAYTON stellen: "A trust is an equitable obligation, binding a person (called a trustee) to deal with property owned by him (called the trust property, being distinguished from his own property) for the benefit of persons (called beneficiaries, or in old cases cestuis que trust), of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation."⁴⁵³

GARDNER omschrijft de trust als volgt: "A trust is a situation in which property is vested in someone (a trustee), who is under legally recognized obligations, at least some of which are of a proprietary kind, to handle it in a certain way, and to the exclusion of any personal interest. These obligations may arise either by conscious creation by the previous owner of the property (the settlor), or because some other legally significant circumstances are present."⁴⁵⁴

SHERIDAN geeft de volgende omschrijving: "A trust is the relationship which arises whenever a person (called the trustee) is compelled in equity to hold property, whether real or personal, and whether by legal title or equitable title, for the benefit of some persons (of whom he may be one and who are termed beneficiaries) or for some object permitted by law, in such a way that the real benefit of the property accrues, not to the trustees, but to the beneficiaries or other objects of the trust. There can be no trust without trust property."⁴⁵⁵

Ook MAITLAND was zich bewust van de hoge moeilijkheidsgraad van het omschrijven van de trustfiguur. "No doubt we should like to begin our discussion with a definition of a 'trust'. But I know not where to find an authoritative definition", vertelde hij gedurende zijn colleges aan de universiteit van Cambridge.⁴⁵⁶ Hij stelde vervolgens de volgende werkdefinitie voor: "when a person has rights which he is bound to exercise upon behalf of another or for the accomplishment of some particular purpose and he is called a trustee."⁴⁵⁷

THOMAS en HUDSON geven de volgende omschrijving: "The essence of a trust is the imposition of an equitable obligation on a person who is the legal owner of property (a trustee) which requires that person to act in good conscience when dealing with that property in favour of any person (the beneficiary) who has a beneficial interest recognised by equity in the property. The trustee is said to 'hold the property on trust' for the beneficiary. There are four significant elements to the trust: that it is equitable, that it provides the beneficiary with rights in the property, that it also

Zo stelt ook LUPOI: "Most of us recognize a trust when we see one and do so without any particular definition in mind." Zie: M. LUPOI, "Trusts in the Civil Law – An Introduction", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 9, 20.

⁴⁵³ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 3.

⁴⁵⁴ S. GARDNER, *An introduction to the law of trusts, Third Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 2.

⁴⁵⁵ L.A. SHERIDAN, *Keeton and Sheridan's the Law of Trusts*, Chichester, Barry Rose, 1993, 3.

⁴⁵⁶ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 43.

⁴⁵⁷ *Ibid*, 44.

imposes obligations on the trustee, and that those obligations are fiduciary in nature."⁴⁵⁸

WATT geeft de volgende (korte) omschrijving mee: *"The trust is a unique way of owning property under which assets are held by a trustee for the benefit of another person, or for certain purposes, in accordance with special equitable obligations.*"⁴⁵⁹

In de Verenigde Staten omschrijft SCOTT de *trust* als *"a fiduciary relationship with respect to property, subjecting the person by whom the property is held to equitable duties to deal with the property for the benefit of another person, which arises as the result of a manifestation of an intention to create it.*"⁴⁶⁰

Het *Draft Common Frame of Reference* ("DCFR") geeft in artikel X.-1:102 de volgende definitie van de *trust* weer: *"A trust is a legal relationship in which a trustee is obliged to administer or dispose of one or more assets (the trust fund) in accordance with the terms governing the relationship (trust terms) to the benefit of a beneficiary or advance public benefit purposes.*"⁴⁶¹

Het Verdrag van 1985 inzake het recht dat toepasselijk is op *trusts* en inzake de erkenning van *trusts* ("Haagse Trustverdrag") stelt ten slotte de volgende omschrijving voorop: *"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".* Opvallend is dat het *Explanatory Report* bij het Haagse Trustverdrag uitdrukkelijk stelt dat de in artikel 2 van het Verdrag vervatte omschrijving van de *trust* wel op een definitie kan lijken, maar dit geenszins is. De omschrijving geeft enkel weer welke kenmerken een rechtsfiguur dient te vertonen voor ze onder het toepassingsgebied van het Verdrag valt.⁴⁶² Het *Explanatory Report* leert vervolgens dat verschillende delegaties zich hadden verzet tegen de opname van een 'definitie' in het Verdrag, en dat dit bovendien, gezien de divergente definities en omschrijvingen die door auteurs in verschillende *common law*-jurisdicties werden geboden, een onmogelijke taak zou zijn geweest.⁴⁶³

2. Nadere bespreking van de aangehaalde omschrijvingen

⁴⁵⁸ G.W. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 11 – 12.

⁴⁵⁹ G. WATT, *Trusts and Equity*, 5th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2012, 18.

⁴⁶⁰ A.W. SCOTT, *The Law of Trusts*, Boston, Little, Brown & Co., 1939, 32.

⁴⁶¹ C. VON BAR, E. CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Vol. 6, Munchen, Sellier, 2009, 5679.

De in het DCFR opgenomen definitie sluit daarmee alvast nauw aan bij het klassieke Engelse trustmodel, zie: A. BRAUN, "The framing of a European law of trusts" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 287.

⁴⁶² A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 36 – 38.

⁴⁶³ *Ibid*, nr. 37.

130. Hoewel alle geciteerde omschrijvingen en definities hetzelfde fenomeen weergeven, kunnen er toch een beduidend aantal onderlinge verschillen worden vastgesteld. Zo legt de definitie van UNDERHILL en HAYTON de nadruk op de personen van de *trustee* en de *beneficiary*, en het feit dat de *trustee*, in *equity*, een aantal verplichtingen heeft ten aanzien van de *beneficiary*. De omschrijving van GARDNER vult deze eerste omschrijving aan, in die zin dat GARDNER een onderscheid maakt tussen de verschillende soorten verplichtingen die op de *trustee* rusten. Deze auteur lijkt hiermee aan te geven dat een aantal rechten die de *beneficiary* geniet ten aanzien van de *trustee* van "of a proprietary kind" zijn. GARDNER verwijst hiermee met name naar de afgescheiden positie van de *trust res* waarnaar HAYTON en UNDERHILL ook reeds verwezen en naar zogeheten rechten van *tracing*, die de *beneficiaries* in een aantal gevallen genieten ten aanzien van eventuele verkrijgers van trustgoederen.⁴⁶⁴ Noteer ook dat de omschrijving van GARDNER de enige omschrijving is die melding maakt van de figuur van de *settlor*.

131. De omschrijving van SHERIDAN stelt niet zozeer de betrokken actoren centraal, maar wel de trustgoederen zelf. Terecht geeft deze omschrijving aan dat de trustgoederen uit onroerende goederen, roerende goederen en zelfs rechten (zoals bijvoorbeeld schuldvorderingen) kunnen bestaan. Hoewel in veel handboeken wordt gesproken over 'trust property', zonder meer, kan worden opgemerkt dat hedendaagse trusts kennelijk vaker wel dan niet bestaan uit persoonlijke (vorderings)rechten.⁴⁶⁵ Een *trust* kan zelfs bestaan uit *equitable interests*.⁴⁶⁶ Verder stelt SHERIDAN dat een *trust* niet kan bestaan zonder een *trust res*.

132. De omschrijving van MAITLAND is dan weer erg kort en vaag, en lijkt zich te concentreren rond het gegeven dat een *trustee* zijn rechten met betrekking tot de trustgoederen dient te beheren in het belang van een ander of een bepaald doel. WATT benadrukt dan weer het unieke karakter van de wijze waarop een *trustee* de trustgoederen dient aan te houden. Hoewel de *trustee* inderdaad wordt gezien als de 'juridische eigenaar' van de trustgoederen, kan hierbij worden opgemerkt dat de trustverhouding het 'eigendomsrecht' van de *trustee* op een aantal belangrijke vlakken inperkt. Het uitgangspunt in een *trust* blijft dus dat de *trustee* de 'eigenaar' blijft van de trustgoederen, alleen is hij geen 'eigenaar voor zichzelf'. Zo werd reeds opgemerkt dat zowel persoonlijke als zakelijke rechten *on trust* kunnen worden gehouden voor een ander. Wanneer een recht *on trust* wordt gehouden door een *trustee*, wijzigt deze wijze van het aanhouden van dit recht geenszins de aard daarvan.⁴⁶⁷ Zo ook blijft *in beginsel* de identiteit van de persoon die de bevoegdheden met betrekking tot dit recht kan uitoefenen, hetzelfde. In het geval

⁴⁶⁴ Op het begrip *tracing* wordt *infra*, randnr. 275 e.v. nader ingegaan.

⁴⁶⁵ W. SWADLING, "Chapter 4: General Principles" in A. BURROWS (ed.), *English Private Law, 3rd edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 210.

⁴⁶⁶ B. MCFARLANE, R. STEVENS, "The nature of equitable property", *Journal of Equity*, Vol. 4, 2010, 9.

⁴⁶⁷ W. SWADLING, A. BRAUN, "Chapter Six. Management: Trust, *Treuhand* and *Fiducie*" in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2012, 555 - 556.

van een *trust* is dit de houder van de *legal title*, zijnde de *trustee*. Zo heeft de *trustee* naar Engels recht het exclusieve bezitsrecht. Ook heeft de *trustee* het recht om de vruchten die de trustgoederen genereren, te ontvangen. Bovendien kan enkel de *trustee*, als houder van de titel met betrekking tot de trustgoederen, een vordering in rechte instellen tegen derden die zijn rechten met betrekking tot de trustgoederen schenden.⁴⁶⁸

133. In Belgische juridische terminologie zou dus kunnen worden gesteld dat de *trustee* in beginsel de bevoegdheden heeft die aan de eigenaar van een zaak toekomen, te weten: *usus*, *fructus* en *abusus*, alsook de aan het eigendomsrecht verbonden attributen. Toch wordt het eigendomsrecht van de *trustee* in grote mate ingeperkt. Zo zal de *trustee* de onder trustverband gebrachte goederen niet straffeloos kunnen vernietigen of zonder enige tegenprestatie wegschenken. Ook zullen de trustgoederen, in het geval van insolventie van de *trustee*, geen deel uitmaken van diens boedel.⁴⁶⁹ Daarenboven komt de waarde van de trustgoederen, alsook de inkomsten daarvan niet aan de *trustee* persoonlijk toe (zie *infra*, randnr. 302). De persoonlijke schuldeisers van de *trustee* mogen geen uitvoeringsmaatregelen nemen ten aanzien van de zaken die hun schuldenaar houdt als *trustee*.⁴⁷⁰ Anderzijds hebben trustschuldeisers in het geval van insolventie van de *trustee* wél toegang tot het persoonlijk vermogen van de *trustee* maar niet tot de trustgoederen zelf.⁴⁷¹ Al kan de *trustee* wel trustschulden betalen met trustgoederen of zichzelf met trustgoederen vergoeden indien hij trustschulden met zijn eigen middelen heeft betaald.⁴⁷² Noch kan de *trustee* de trustgoederen legateren of nalaten aan zijn erfgenamen. De Franse jurist LEPAULLE concludeerde dan ook dat in de *civil law*-terminologie, de *trustee* in feite niet kan worden aangemerkt als 'eigenaar'.⁴⁷³

⁴⁶⁸ *Ibid*, 556. Noteer evenwel dat met betrekking tot bezitsvorderingen de zaken anders liggen wanneer de *beneficiary* het bezit heeft van de trustgoederen. In dit geval verleent de *common law* hem als bezitter een onderscheiden recht om op te treden tegen bezitsstoornissen ten aanzien van eender wie geen 'beter' recht op bezit heeft; zie: *Healey v. Healey* (1915) 1 KB 938; W. SWADLING, "Chapter 4: General Principles" in A. BURROWS (ed.), *English Private Law, 3rd edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 212.

⁴⁶⁹ Zo bepaalt *Section 283 (3)* van de Engelse *Insolvency Act 1986* dat "*property held by the bankrupt on trust for any other person*" geen deel uitmaakt van de boedel.

⁴⁷⁰ B. RUDDEN, "Things as Thing and Things as Wealth", *Oxford Journal of Legal Studies* 1994, Vol. 14, 82.

⁴⁷¹ *Jennings v. Mather* (1902) 1 K.B. 1 (C.A.); L. SMITH, "Trust and Patrimony", *Estates, Trusts and Pensions Journal*, 2009, 339; P. MATTHEWS, "Square Peg, Round Hole? Patrimony and the Common Law Trust" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 73 – 76.

⁴⁷² L. SMITH, "Trust and Patrimony", *Estates, Trusts and Pensions Journal*, 2009, 339.

⁴⁷³ P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Parijs, Rousseau et Cie, 1932, 23 – 45.

134. De *beneficiaries*, die ingevolge de creatie van de *trust* de zogeheten 'equitable title'⁴⁷⁴ – soms ook wel *equitable ownership* genoemd⁴⁷⁵ – hebben verkregen, hebben zelf ook een aantal rechten met een *prima facie* goederenrechtelijk karakter, minstens wanneer beschouwd vanuit een continentaalrechtelijk perspectief. Zo kunnen de *beneficiaries* enerzijds in het geval van een *breach of trust* (een schending door de *trustee* van diens verplichtingen ten aanzien van de *beneficiaries*, zie *infra*, randnr. 257 e.v.), ten aanzien van derde-verkrijgers van trustgoederen een soort volgrecht uitoefenen.⁴⁷⁶ Anderzijds kunnen de *beneficiaries* ook goederen die werden verkregen voor *in breach of trust* verkochte trustgoederen *tracen*.⁴⁷⁷ De essentie van *tracing* bestaat er in dat de rechten van de *beneficiaries* blijven voortbestaan op de goederen die werden verkregen in de plaats van de trustgoederen. De rechten van de *beneficiaries* worden dus verdergezet op de goederen die in de plaats zijn getreden van de oorspronkelijke, verloren gegane trustgoederen. *Tracing* doet voor de Belgische jurist sterk denken aan zakelijke subrogatie, wat, net als het volgrecht, in de Belgische rechtsorde een bijzonder kenmerk vormt van zakelijke rechten.⁴⁷⁸

135. In het geval van de *trust* zijn het net de verschillende bijzondere ('goederenrechtelijke') kenmerken, die in de bovenstaande paragrafen werden toegelicht, die verschillende auteurs ertoe aanzetten te stellen dat de *trust* een (naar continentaal recht onbekende) 'eigendomssplitsing' inhoudt.⁴⁷⁹ Een andere strekking in de rechtsleer stelt voorop dat de *trust* naar continentaal recht zou kunnen worden begrepen als een 'vermogenssplitsing', eerder dan een 'eigendomssplitsing'.⁴⁸⁰

⁴⁷⁴ We hebben op dit punt in ons verhaal de vraag naar de civielrechtelijke aard van de rechten van een beneficiary onder een trust nog niet behandeld. Hierover bestaat al sinds jaar en dag betwisting in de *common law*-rechtsleer. Om deze reden werd gekozen om de termen met betrekking tot de rechten van de *beneficiary* tussen aanhalingstekens te zetten.

⁴⁷⁵ J. MARTIN, *Hanbury & Martin: Modern Equity, 19th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 18 – 19.

⁴⁷⁶ C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 319 – 321.

⁴⁷⁷ *Ibid*, 315 – 316.

⁴⁷⁸ V. SAGAERT, B. TILLEMANN, A-L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 9; Niettegenstaande beide concepten op elkaar gelijken bestaan er tussen *tracing* en de 'zaakvervanging', zoals deze op het continent wordt begrepen, nog een aantal fundamentele verschillen, zie: V. SAGAERT, *Zakelijke Subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 756 – 758.

Zie daarover ook: *infra*, randnr. 277.

⁴⁷⁹ Zie exemplatief: K. DE HAEN, *Fiscale Transparantie, een rechtsvergelijkende analyse*, Mechelen, Kluwer, 2009, 355; M. VANDENDIJK, C. HENDRICKX, "Angelsaksische trust. Gebruik in het kader van successieplanning voor Belgische rijksinwoners", *AFT* 2008, afl. 5, 12 – 13; I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 502 – 503; S. DE RAEDT, M. TRAEEST, *Trust en privaat vermogensbeheer*, Antwerpen, Maklu, 2000.; M. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 760; C. ASSER, F.H.J. MIJNSSEN, P. DE HAAN, et al., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Algemeen Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 514.

⁴⁸⁰ W. VAN GERVEN, *Deel I 'Algemeen Deel'* in *Beginnelsen van het Belgisch Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1987, 253 – 254.

De gedachte dat de Angelsaksische *trust* in *civil law*-termen kan worden voorgesteld als een afgescheiden vermogen is eerst ontwikkeld door LEPAULLE, die schreef dat: "*le trust est une institution qui consiste en un patrimoine indépendant de tout sujet de droit et dont l'unité est constituée par une affectation qui est libre dans les limites des lois en vigueur et de l'ordre public.*"⁴⁸¹ LEPAULLE kwam tot dit besluit op basis van de vaststelling dat de *settlor* de trustgoederen bij het instellen van de *trust* heeft overgedragen aan een *trustee*, die evenwel zelf, in continentale termen, bezwaarlijk als 'eigenaar' kan worden aangemerkt. Aangezien de trustgoederen zich evenmin in het vermogen van de *beneficiary* bevinden, bleef er volgens LEPAULLE geen andere mogelijkheid over dan te besluiten dat de trustgoederen een afgescheiden vermogen vormen. Het Engelse recht zelf heeft evenwel nooit een (uitgewerkte en eenvormige) vermogensleer ontwikkeld.⁴⁸²

Deze laatste bemerking vormt overigens, meer dan op eerste gezicht kan worden gedacht, een fundamentele hindernis voor *civil law*-juristen om de klassieke *common law trust* te begrijpen. Verder (*infra*, randnr. 335 e.v. en 370 e.v.) zal nog worden uitgediept hoe de *trust* naar Engels en Amerikaans recht kan opereren zonder dat hier een 'civielrechtelijke' vermogensnotie aan ten grondslag ligt. Voor heel wat *civil law*-rechtsstelsels vormt de vermogensleer evenwel een fundamenteel leerstuk⁴⁸³, dat in verschillende opzichten ten grondslag ligt aan het rechtsbegrip in haar geheel. In dit verband stelde ZENATI dat "*qu'elle [de vermogensleer] est devenue à tous égards transcendante, pas seulement qu'elle est essentielle, mais surtout parce qu'elle a accédé au rang de condition a priori de la connaissance juridique.*"⁴⁸⁴

136. Het feit dat zowel het DCFR als het Haagse Trustverdrag ter zake dan weer erg generiek stellen dat een *trust* een '*legal relationship*' is waarbij bepaalde activa onder de controle van een *trustee* worden geplaatst om te worden beheerd in het belang van een *beneficiary* of een bepaald doel, onderstreept de complexiteit om tot een omschrijving te komen van de *trust* die enigszins is aangepast aan zowel *common law* als *civil law*-jurisdicties. In tegenstelling tot de omschrijvingen die worden geboden door *common law*-auteurs is in beide omschrijvingen geen sprake

⁴⁸¹ P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Parijs, Rousseau et Cie, 1932, 31.

⁴⁸² P. MATTHEWS, "Square Peg, Round Hole? Patrimony and the Common Law Trust" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 69; A. POPOVICI, L. SMITH, "Lepaulle Appropriated" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 16; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 91; D. CLARRY, "Fiduciary Ownership and Trusts in a Comparative Perspective", *International and Comparative Law Quarterly* 2014, 907; P. MATTHEWS, "The compatibility of the trust with the civil law notion of property" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 327; P. MATTHEWS, "The trust as a means of intergenerational wealth transfer in the UK and Europe in the light of the EU Regulation on Successions", *Ricerche Giuridiche* 2013, 306; L. SMITH, "Trust and Patrimony", *Estates, Trusts and Pensions Journal* 2009, 335; A. POPOVICI, "Trust in Quebec and Czech Law: Autonomous Patrimonies?", *ERPL* 2016, 936.

⁴⁸³ A. POPOVICI, "Trust in Quebec and Czech Law: Autonomous Patrimonies?", *ERPL* 2016, 936.

⁴⁸⁴ F. ZENATI, "Mise en perspectives de la théorie du patrimoine", *RTD Civ.* 2003, 667.

meer van enige referentie naar *equity*, maar wordt de vraag naar hoe deze juridische relaties verder dienen te worden gekwalificeerd voor het overige open gelaten. Het *Explanatory Report* bij het Haagse Trustverdrag leert ons verder wel dat de uitdrukking '*fiduciary relationship*' door de opstellers van het Verdrag werd weerhouden, aangezien aan de term '*fiduciary*' geen eenduidige betekenis kon worden toegeschreven.⁴⁸⁵ De omschrijvingen van het DCFR en het Haagse Trustverdrag verschillen verder in die zin dat het DCFR slechts spreekt over een *legal relationship* in het enkelvoud, terwijl het Haagse Trustverdrag het heeft over *legal relationships*. De opstellers van het Verdrag wensten hiermee de complexiteit van de juridische verhoudingen waartoe een *trust* aanleiding geeft, te benadrukken. Hieruit mag evenwel niet worden afgeleid dat de juridische verhoudingen in een *trust* analoog zijn aan de (triangulaire) verhoudingen die aan de orde zijn in het geval van *agency* (vertegenwoordiging).⁴⁸⁶ Opvallend is tot slot dat het DCFR de *trust* niet voorstelt als een contractuele figuur.⁴⁸⁷

137. Uit het voorgaande blijkt dat de *trust* voorlopig als volgt kan worden omschreven: "de Angelsaksische *trust* is een rechtsverhouding die zijn grondslag vindt in *equity*, waarbij één of meer *trustees* de trustgoederen aanhouden en beheren ten voordele van één of meer *beneficiaries* of ten voordele van een bepaald doel." Deze 'werkomschrijving' (en dus niet 'werkdefinitie') is noodzakelijkerwijs zeer algemeen, teneinde de veelheid aan trustvormen, die verder (*infra*, randnr. 182 e.v.) nader zullen worden omschreven, te kunnen omvatten. Noteer bovendien dat in de werkomschrijving de positie van de *settlor* niet wordt genoemd. Dit valt evenwel te verklaren vanuit het perspectief van het Engelse en het Amerikaanse trustrecht. De *settlor* is een partij die in beginsel⁴⁸⁸ verdwijnt uit de trustverhouding eenmaal de *trust* is tot stand gekomen. Zodoende speelt de *settlor* in beginsel enkel een rol bij de trustcreatie.

Aangezien de aard van de juridische verhouding tussen de *trustee* en de *beneficiary* beneden (*infra*, randnr. 288 e.v.) verder wordt besproken, werd ervoor gekozen om in de werkomschrijving de generieke term 'rechtsverhouding' te gebruiken, zonder deze nader te classificeren of uit te werken. Gelet op het feit dat de voorgestelde omschrijving enkel verwijst naar de Angelsaksische *trust* is het verantwoord om een verwijzing naar *equity* mee op te nemen in de werkomschrijving. Voor wat betreft de 'internationale' trustmodellen, die kunnen worden gevonden in het Haagse Trustverdrag en de DCFR dient de verwijzing naar *equity* buiten beschouwing te worden gelaten.

138. Uit de verschillende omschrijvingen van de trustfiguur die in de vorige randnummers worden weergegeven, blijkt dat het in de praktijk erg moeilijk blijkt voor *common law*- en *civil law*-auteurs om een eenduidige en coherente

⁴⁸⁵ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 40.

⁴⁸⁶ *Ibid.*

⁴⁸⁷ A. BRAUN, "The framing of a European law of trusts" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 288.

⁴⁸⁸ Zie daarover: *infra*, randnr. 241 e.v.

omschrijving te bieden van een *trust*. Nochtans lijken de meeste auteurs het wel eens te zijn over het uitgangspunt dat er een soort 'irreducible core' van de *trust* zou moeten kunnen worden geïdentificeerd.⁴⁸⁹ Uit de in het vorige randnummer geformuleerde werksomschrijving blijkt tevens dat de verhouding tussen de *trustee* en diens verplichtingen met betrekking tot de trustgoederen, ongeacht of deze verplichtingen verder bestaan in het belang van één of meerdere rechtssubjecten (de *beneficiaries*) of ten aanzien van een bepaald doel (in het geval van een *charitable trust* of andere *purpose trust*), in elke trustvorm een centrale notie vormt. Een dergelijke 'kern' kan als het ware gedestilleerd worden uit de hoger geboden omschrijvingen. Welnu, indien de betrokken partijen bij de *trust* de verplichtingen van de *trustee* dermate ver zouden uithollen dat deze kern komt te vervallen, zou er geen trustrelatie meer voorhanden kunnen zijn.⁴⁹⁰ Over de exacte inhoud van deze 'kern' bestaat evenwel geen eensgezindheid.⁴⁹¹

139. Op de vraag hoe de *trust* naar Belgisch recht door middel van het internationaal privaatrechtelijke proces kan worden gekwalificeerd, zal verder worden ingegaan in Deel III. Deze analyse kan maar worden gemaakt indien we een voldoende duidelijk beeld scheppen van hoe de *trust* naar Engels recht juridisch wordt gekwalificeerd. De vele verschillen tussen de bovenstaande omschrijvingen geven alvast weer dat er ook binnen de *common law*-jurisdicties op het eerste gezicht weinig eensgezindheid bestaat over hoe de *trust* civielrechtelijk best gekwalificeerd kan worden. In de volgende onderdelen zal daarom, na een beknopte voorstelling van de onderscheiden soorten *trusts* en de doeleinden waarvoor *trusts* kunnen worden aangewend, dan ook nader worden ingegaan op het trustrecht *de lege lata*. Deze voorstelling laat ons vervolgens toe om de civielrechtelijke positie van de *trustee* en de *beneficiary* naar Engels recht te kunnen analyseren en om de werking van de trustfiguur op een functionele wijze te beschouwen.

B. De *trust* vergeleken met andere rechtsfiguren uit het Engelse recht

140. Wegens de moeilijkheden die gepaard gaan met het trachten omschrijven van de *trust*, is het zinvol om de trustfiguur af te zetten tegen enkele andere, daarop gelijkende rechtsfiguren uit het Engelse recht. Deze vergelijking is nuttig om verschillende redenen. Zo wordt op deze wijze het unieke karakter van de *trust*

⁴⁸⁹ P.S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity and Trusts, 2nd Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 528; D. FOX, "Definition and classification of trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 573; J.P. WEBB, "An ever-reducing core? Challenging the legal validity of offshore trusts", *Trusts & Trustees* 2015, 478; D.W.M. WATERS, "The Trust in a Changed and Yet Changing World", *Journal of International Tax, Trusts and Corporate Planning* 2008, 205.

⁴⁹⁰ *Armitage v. Nurse* [1998] Ch 241, 252 – 253; zie ook *infra*, randnr. 246.

⁴⁹¹ J.P. WEBB, "An ever-reducing core? Challenging the legal validity of offshore trusts", *Trusts & Trustees* 2015, 478 – 81; D.W.M. WATERS, "The Trust in a Changed and Yet Changing World", *Journal of International Tax, Trusts and Corporate Planning* 2008, 205.

nogmaals benadrukt, en kan aldus worden gewezen op de verschillende rechtsgevolgen die de verschillende rechtsfiguren met zich meebrengen. Bovendien kunnen verschillende rechtsfiguren elkaar wederzijds uitsluiten of elkaar net complementeren. De besproken rechtsfiguren werden allen gekozen in functie van hun bijzondere verschillen en gelijkenissen met de *trust*, zodat, wanneer zij daartegen worden afgezet, zij elk één of meer bijzondere aspecten van de trustfiguur aan het licht brengen.

1. De *trust* en *bailment*

a. Gelijkenissen tussen *trust* en *bailment*

141. *Bailment* is een rechtsfiguur uit de *common law*, die enkel kan worden aangewend voor *personal property* of *chattels* (i.e. roerende zaken). In het geval van een *bailment* draagt de éne persoon (de *bailor*) het bezit van een roerend goed over een andere persoon (de *bailee*), die in natura dient te worden teruggegeven wanneer het doel van de *bailment* (bijvoorbeeld de bewaring, het schoonmaken of het herstellen) is bereikt.⁴⁹² De rechten van de partijen kunnen, maar hoeven niet, nader (op contractuele wijze) te worden bepaald.⁴⁹³ Wel dient de *bailee* een zekere *standard of care* na te leven, ook al wordt deze niet nader contractueel ingevuld. De *bailee* heeft ten aanzien van de *bailor*, net als de *trustee* ten aanzien van de *beneficiaries* en/of de onder trustverband gebrachte goederen, dus wel een aantal fiduciaire verplichtingen. Een gevolg hiervan is dat, wanneer de *bailee*, hoewel hij daartoe niet bevoegd is, zou beschikken over de in *bailment* gegeven goederen, de *bailor*, net als de *beneficiary* in een *trust*, *equitable tracing rights* heeft (zie *infra*, randnr. 275 – 282).⁴⁹⁴ In het geval van insolvabiliteit van de *bailee*, blijven de in *bailment* gegeven goederen wel buiten de samenloop, net zoals het geval is met trustgoederen.⁴⁹⁵ *Bailment* kan worden beschouwd als de functionele equivalent van de bewaargevingsovereenkomst in het Belgische recht (zie art. 1915 BW).

b. Verschillen tussen *trust* en *bailment*

⁴⁹² A. HUDSON, *Equity and Trusts, 8th Edition*, Oxford, Routledge, 2015, 71; A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 16.

⁴⁹³ J. MARTIN, *Hanbury & Martin: Modern Equity, 19th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 50.

⁴⁹⁴ *Aluminium Industrie Vaassen BV v. Romalpa Aluminium Ltd* [1976] 2 All ER 552.

⁴⁹⁵ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 16 - 17.

142. Echter, tussen de trustfiguur en *bailment* bestaat een groot aantal belangrijke verschillen.⁴⁹⁶ Zo geschiedt in het geval van *bailment* geen eigendomsoverdracht. De *bailee* verkrijgt dus niet de *legal title* van de goederen waarop de *bailment* betrekking heeft, in tegenstelling tot een *trustee* in het geval van een *trust*.⁴⁹⁷ Noch is de *bailment equitable* van aard. Ook kan elke vorm van eigendom *on trust* worden gehouden, en zeker niet enkel roerende goederen. Ook is de *standard of care* die van een *bailee* wordt verwacht slechts minimaal, vergeleken met de standaarden die doorgaans aan een *trustee* worden opgelegd.

2. De trust en agency

a. Gelijkenissen tussen trust en agency

143. In *common law*-landen is *agency* een rechtsverhouding tussen een *agent* en een *principal*, waarbij de *agent* een *express of implied authority* heeft om rechtshandelingen te stellen voor rekening van de *principal*.⁴⁹⁸ De rechtsverhouding tussen een *agent* en zijn *principal* wordt in het Engelse recht zowel beheerst door de *common law* als door *equity*. De *agent* treedt op als een vertegenwoordiger van zijn *principal* en heeft de bevoegdheid om overeenkomsten af te sluiten met derden voor rekening van de *principal*. Dit leidt tot een rechtstreekse contractuele band tussen de *principal* en de derde-partij waarmee wordt gecontracteerd.⁴⁹⁹ *Agency* doet de Belgische jurist doorgaans sterk denken aan de vertegenwoordigingsfiguur⁵⁰⁰, waarvan het dan ook als de functionele equivalent kan worden beschouwd.

Hoewel het niet de functie is van een *trustee* om de *beneficiaries* te vertegenwoordigen ten aanzien van derden, bestaan er wel gelijkenissen tussen *agency* en de trustverhouding.⁵⁰¹ Zo kunnen zowel *agents* als *trustees* de rechtspositie van anderen beïnvloeden. *Agents* staan eveneens in een fiduciaire rechtsverhouding ten aanzien van hun *principal*, waarbij zij elke vorm van

⁴⁹⁶ D. FOX, "Definition and Classification of Trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 581; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, 8th Edition, Oxford, Routledge, 2015, 71.

⁴⁹⁷ P.S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity and Trusts*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016, 42.

⁴⁹⁸ *Ibid*, 5.

⁴⁹⁹ H.G. BEALE, W.D. BISHOP en M.P. FURMSTON, *Contract, Cases & Materials*, Somerset, Butler & Tanner, 2001, 1121; J. BEATSON, *Anson's Law of Contract*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 682.

⁵⁰⁰ Zie: I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 691 – 696.

⁵⁰¹ G.H.L. FRIDMAN, *Fridman's Law of Agency*, 7th Edition, Londen, Butterworths, 1996, 23 – 26.

In de zaak *Taylor v. Davis* van 1884 weigerde het *US Supreme Court* overigens om de *trustee* gelijk te stellen met een vertegenwoordiger. De *Supreme Court* stelde daarbij dat in het geval een *trustee* een overeenkomst sluit, enkel de *trustee* aan deze overeenkomst gebonden is, aangezien de *trustee* geen 'principaal' heeft: "*When a trustee contracts as such, unless he is bound no one is bound, for he has no principal.*"

Zie: *Taylor v. Davis*, 110 U.S. 330, 335 (1884).

belangenconflict dienen te vermijden. Het belang van de *principal* of de *beneficiary* dient steeds te prevaleren over dat van de *agent* of de *trustee*. In het geval dat een *agent* zijn verplichtingen ten aanzien van de *principal* niet naleeft, kan de *principal* eveneens gebruik maken van een aantal *remedies*, die sterk doen denken aan de *remedies* van *beneficiaries*, bijvoorbeeld in het geval waar een *agent* zelf geheimgehouden en verboden winsten opstrijkt uit zijn opdracht. Ook kunnen *agents* in bepaalde gevallen, zelfs indien zij daartoe niet bevoegd zijn, goederen van de *principal* overdragen aan een derde, zonder dat de *principal* de goederen kan revindiceren. In het geval van een *trust* is het eveneens zo dat de *trustee* de *legal title* op een rechtsgeldige wijze kan overdragen aan een *bona fide purchaser for value without notice of the existence of the trust* (ook wel "equity's darling" genoemd), waarbij het volgrecht (en de mogelijkheid om verder te *tracen*) van de *beneficiary* wordt uitgeschakeld.

b. Verschillen tussen *trust* en *agency*

144. Er bestaan anderzijds ook belangrijke verschillen tussen de trustverhouding en *agency*.⁵⁰² In veruit de meeste gevallen ontstaat een *agency*-verhouding op contractuele basis, en zelfs wanneer de verhouding van rechtswege ontstaat, is daarvoor nog steeds de instemming van minstens één van de partijen nodig.⁵⁰³ Bepaalde trustvormen kunnen evenwel ontstaan zónder de instemming van de betrokken partijen (zie *infra* randnr. 187 – 191). Een *trust* vereist niet het bestaan van een overeenkomst tussen de *trustee* en de *beneficiary*.

Ten tweede is een *trustee* niet te beschouwen als de vertegenwoordiger van zijn *beneficiary*. Een *trustee* stelt geen rechtshandelingen 'voor rekening' van de *beneficiary*, in die zin dat de gestelde rechtshandelingen niet aan de *beneficiary* kunnen worden toegerekend: er ontstaat geen contractuele verhouding tussen de *beneficiary* en de partijen waarmee de *trustee* overeenkomsten aangaat in zijn hoedanigheid als *trustee*.⁵⁰⁴ De *trustee* geldt immers als 'legal owner' van de trustgoederen. Noch kan eenduidig worden volgehouden dat de gevolgen van een overeenkomst die werd aangegaan door de *trustee*, bestemd zijn voor het vermogen van de *beneficiary*.⁵⁰⁵ De waarheid van de voorgaande bewering hangt immers sterk af van het type *trust* dat wordt besproken.

⁵⁰² D. FOX, "Definition and Classification of Trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 581 – 582; J.E. PENNER, *The Law of Trusts*, 9th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2014, 32; J. MARTIN, *Hanbury & Martin: Modern Equity*, 19th Edition, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 51; D.J. HAYTON, "National Report for England and Wales" in S.C.J.J. KORTMANN, D.J. HAYTON, N.E.D. FABER, K.G.C. REID, J.W.A. BIESMANS (eds.), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer, Kluwer, 2009, 88; G.H.L. FRIDMAN, *Fridman's Law of Agency*, 7th Edition, Londen, Butterworths, 1996, 26 – 27.

⁵⁰³ G.H.L. FRIDMAN, *Fridman's Law of Agency*, 7th Edition, Londen, Butterworths, 1996, 26, 133 – 150.

⁵⁰⁴ J.E. PENNER, *The Law of Trusts*, 9th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2014, 34.

⁵⁰⁵ Al dient dit wel te worden genuanceerd ingevolge het bepaalde in de bekende zaak *Saunders v. Vautier* (1841) 4 Beav. 115, 49 E.R. 282. De regel uit *Saunders v. Vautier* stelt

Een *trustee* stelt echter wél rechtshandelingen 'voor rekening van' de *beneficiaries* in die zin dat de *trustee* geacht wordt de trustgoederen te beheren in het belang van de *beneficiaries* en dat de voordelen van de rechtshandelingen die de *trustee* stelt met betrekking de trustgoederen, niet aan hen toekomen (zie in dit verband, *infra*, randnr. 302 en 379 e.v.).

Een derde verschil situeert zich op het niveau van de eigendomsverhoudingen.⁵⁰⁶ In het geval van een *trust* is de *trustee* de eigenaar van de trustgoederen, terwijl de *beneficiary* slechts de 'equitable title' heeft. *Agency* raakt in het Engelse recht nochtans niet aan de eigendomsverhoudingen tussen de partijen, maar creëert in beginsel slechts een obligatoire rechtsverhouding tussen de *agent* en zijn *principal*. De *principal* verkrijgt nochtans wel zakelijke rechten ten aanzien van de *agent*, wanneer deze laatste een *title to property*⁵⁰⁷ heeft verkregen voor rekening van de *principal*.

Wanneer de *agent* een goed heeft verkregen door het schenden van zijn fiduciaire verplichtingen ten aanzien van de *principal*, grijpt de *equity* in en wordt hij in principe geacht de zaak aan te houden in *constructive trust* ten voordele van de *principal* (zie *infra*, randnr. 187).⁵⁰⁸

3. De *trust* en het *contract*

a. Gelijkenissen tussen *trust* en *contract*

145. Voor een uitvoerige analyse van de gelijkenissen tussen *trust* en *contract*, wordt verwezen naar de discussie betreffende de 'contractuele analyse' van de *trust* in Hoofdstuk V (zie *infra*, randnr. 323 e.v.).

b. Onderscheid tussen *trust* en *contract*

146. In het Engelse recht is het *contract* een *common law*-instituut, dat een *personal obligation* creëert ten aanzien van de andere partij bij dat *contract*. In beginsel kunnen enkel de partijen bij het *contract* elkaar in rechte aanspreken op

dat, indien het recht van de *beneficiary* onvoorwaardelijk is, en indien de *beneficiary* handelingsbekwaam is, deze ten allen tijde het einde van de *trust* kan vorderen en zo de overdracht van de goederen kan bewerkstelligen. Indien er meerdere *beneficiaries* zijn, dienen ze unaniem te beslissen. Noteer evenwel dat de regel uit *Saunders v. Vautier* niet in alle *common law*-jurisdicties wordt aanvaard. Deze zaak wordt later (*infra* randnr. 232 e.v.) verder besproken.

⁵⁰⁶ J. MARTIN, *Hanbury & Martin: Modern Equity, 19th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 51.

⁵⁰⁷ En dus niet gewoon het bezit ('*possession*') van de zaak, noch een *beneficial title* als *beneficiary* van een *trust* ten voordele van de *agent*.

⁵⁰⁸ J. MARTIN, *Hanbury & Martin: Modern Equity, 19th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 50 – 51.

grond van dit *contract*.⁵⁰⁹ Het *contract* naar Engels recht is in feite een *bargain* ('overeenkomst'), maar wordt slechts in rechte beschouwd als zijnde een naar *common law* bindende overeenkomst wanneer aan een aantal voorwaarden is voldaan. Het Engelse recht kent twee contractsoorten. Enerzijds erkent het Engelse recht het bestaan van het *simple contract*, dat ontstaat wanneer er sprake is van aanbod en aanvaarding ('*offer and acceptance*'), een intentie om een juridische verhouding in het leven te roepen ('*intention to create legal relations*') en een *quid pro quo* ('*consideration*').⁵¹⁰ Anderzijds kent het Engelse recht het *specialty contract*, dat wordt opgenomen in een *deed*, een akte waarbij aan bepaalde formaliteiten dient te worden voldaan.⁵¹¹

147. De *trust* is daarentegen een '*equitable obligation*'⁵¹² met betrekking tot de onder trustverband gebrachte goederen, die bovendien ook derden aangaat wegens haar goederenrechtelijke kenmerken. Een *trust* is dus geen *contract*.⁵¹³ Het feit dat de trustgoederen niet tot de boedel van de *trustee* behoren in geval van samenloop en het (beperkt) volgrecht van de *beneficiaries* kunnen dienen als voorbeelden. Ook is voor het ontstaan van een geldige trustverhouding geen *deed* of *consideration* vereist.⁵¹⁴

De basisstructuur van een *contract* en een *trust* is bovendien verschillend. Hoewel een *settlor* eenvoudigweg kan verklaren dat hij een goed aanhoudt als *trustee* ten voordele van een *beneficiary*, en daarmee eveneens een tweepartijenstructuur in het leven roept, kan een *settlor* het goed eveneens overdragen aan een andere persoon, die het trustgoed vanaf dan aanhoudt ten voordele van een *beneficiary*. In het geval van een *trust* is er in beginsele⁵¹⁵ en met andere woorden sprake van drie hoedanigheden. Te weten die van *settlor*, *trustee* en *beneficiary* (zie *infra*,

⁵⁰⁹ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 9.

⁵¹⁰ Zie voor een uitgebreid overzicht van de geldigheidsvoorwaarden van het *simple contract*: E. MCKENDRICK, *Contract Law, 9th Edition*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 27 - 113.

⁵¹¹ Een *deed* dient naar *common law* met name te voldoen aan de volgende voorwaarden: (1) het document moet de benaming *deed* dragen, of het moet duidelijk blijken uit het document dat het bedoeld is als *deed*; (2) De *grantor* en de *grantee* dienen de juridische hoedanigheid te hebben om een recht, zaak of *interest*, over te dragen en te ontvangen; (3) de *deed* moet ondertekend worden door de opsteller ervan; (4) er dient steeds één of meer getuigen, afhankelijk van het geval, aanwezig te zijn; (5) de *deed* dient te worden *delivered*, i.e. de *grantor* dient een bepaalde gedraging of gedragingen te stellen waaruit blijkt dat hij wenst gebonden te zijn door de *deed*. In bepaalde jurisdicties wordt bovendien vereist dat de *deed* een zegel draagt. Zie: E. MCKENDRICK, *Contract Law, 9th Edition*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 65.

⁵¹² Zie de omschrijving van UNDERHILL en HAYTON, *supra* randnr. 130.

⁵¹³ P.S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity and Trusts, 2nd Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 39; D. CLARRY, "Fiduciary Ownership and Trusts in a Comparative Perspective", *International and Comparative Law Quarterly* 2014, 922; N. EASTAWAY, J. KIMBER, I. RICHARDS, *Tax Adviser's Guide to Trusts, 5th Edition*, Bloomsbury, West-Sussex, 2016, 19.

⁵¹⁴ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 9.

⁵¹⁵ In het geval van een *purpose trust* is er geen sprake van een *beneficiary*. Zie *infra* randnr. 172 en 183 e.v..

randnr. 240). Dit is bij een *contract* niet het geval. Het feit dat de *settlor* kan verklaren dat hij een goed aanhoudt als *trustee* ten voordele van een *beneficiary* toont bovendien aan dat de trustcreatie⁵¹⁶ naar Engels recht voortvloeit uit een eenzijdige rechtshandeling van de *settlor*.⁵¹⁷ Ook indien de *settlor* de *legal title* van de onder trustverband te brengen goederen overdraagt aan de *trustee* is er tussen hen in beginsel geen *contract* voorhanden. Het gaat naar Engels recht inderdaad om een eenzijdige rechtshandeling vanwege de *settlor*.⁵¹⁸

148. Een *simple contract* is in beginsel niet afdwingbaar door personen die geen partij zijn bij dat *contract*⁵¹⁹, terwijl een *trust* wel kan worden afgedwongen door haar *beneficiaries*. Dit is een groot verschil tussen het *contract* en de *trust*, aangezien de *beneficiaries* zelden 'partij' zullen zijn bij de (vermeende) deal die wordt gemaakt tussen de *settlor* en de *trustee*. In het geval van een *trust* zijn het in beginsel immers enkel de *beneficiaries* die de hoedanigheid bezitten om een *trust* af te dwingen of te beëindigen.⁵²⁰ In het geval van een *breach of trust* door de *trustee* heeft de *settlor* (althans in die hoedanigheid) geen *standing* om in rechte op te treden tegen de *trustee*. Ook kan worden gewezen op het maxime '*a trust does not fail for want of a trustee*'. Wanneer *settlor* X persoon Y wenst aan te duiden als *trustee* om een trustgoed aan te houden ten voordele van *beneficiary* Z, maar persoon Y weigert om op te treden als *trustee*, kunnen de rechtbanken een andere persoon aanwijzen die vervolgens zal optreden als *trustee*.⁵²¹ Wanneer Y daarentegen weigert om een overeenkomst aan te gaan met X, hebben de rechtbanken niet dezelfde bevoegdheid.

⁵¹⁶ Dit geldt wel enkel in het geval van een *express trust*, zie *infra* randnr. 185.

⁵¹⁷ *Paul v. Constance* [1977] 1 WLR 527; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, 8th Edition, Oxford, Routledge, 2015, 70.

⁵¹⁸ A. HUDSON, *Equity and Trusts*, 8th Edition, Oxford, Routledge, 2015, 70.

⁵¹⁹ Dit wordt beschouwd als een gevolg van de *privity of contract*-doctrine, die impliceert dat een *contract* geen verplichtingen of rechten kan scheppen voor personen of *agents* die geen partij zijn bij het *contract*. Deze regel dient sinds de invoering van de *Rights of Third Parties Act 1999* sterk te worden genuanceerd. Wanneer bij *contract* aan een derde partij een recht wordt verleend, kan deze partij dit recht zelf afdwingen. Zie: A. IWObI, *Essential Trusts*, 3rd Edition, Londen, Cavendish Publishing, 2001, 5; A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 9.

Vóór 1999 werd de problematiek van de derde-begunstigden soms opgelost door gebruik te maken van de zogeheten *trust of the promise*. Wanneer A en B een *contract* sloten waarbij B, als tegenprestatie voor een daad ondernomen door A, een prestatie diende te verrichten ten voordele van een derde, maar in gebreke bleef dit te doen, beging B een *breach of contract* ten aanzien van A. De vraag rees evenwel of de derde partij ook zelf B zou moeten kunnen aanspreken voor de uitvoering van het *contract*. Volgens het *House of Lords* in *Les Affréteurs Réunis v. Walford* [1919] AC 801, kon B ook worden gezien als een *trustee* en de derde als *beneficiary*. Deze zienswijze liet de derde toe om, als *beneficiary*, de *trust* af te dwingen ten aanzien van *trustee* B. Later raakte de *trust of the promise* in onbruik omdat de rechtbanken de (strengere) eis stelden dat de derde de intentie om een *trust of the promise* in het leven te roepen, in hoofde van A diende te bewijzen. Zie: E. MCKENDRICK, *Contract Law*, 9th Edition, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 136 – 138.

⁵²⁰ A. HUDSON, *Equity and Trusts*, 8th Edition, Oxford, Routledge, 2015, 70 – 71.

⁵²¹ J.E. PENNER, *The Law of Trusts*, 9th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2014, 45.

c. Het samenspel van *trust law* en *contract law*

149. Interessant is ook het geval waar een persoon een *contract* aangaat in zijn hoedanigheid als *trustee*. In dit geval is de *trustee* een partij bij het *contract*, maar niet de *beneficiary*.⁵²² In het geval waarin de medecontractant zijn verplichtingen onder het *contract* niet nakomt, blijft de regel dat enkel een contractpartij daartegen kan ageren, overeind. De economische gevolgen van de contractbreuk komen evenwel bij de *beneficiaries* terecht. Om deze reden wordt aan de *beneficiary* toch een aantal bevoegdheden toegekend. In het beste geval treedt de *trustee* op tegen de contractbreuk en stelt hij een rechtsvordering in teneinde *damages* te verkrijgen, die hij dan eveneens zal aanhouden voor de *beneficiary*. Indien de *trustee* zelf niet optreedt tegen een contractbreuk, kan de *beneficiary* een rechtsvordering tegen hem instellen teneinde hem te dwingen om het contract uit te voeren. Wanneer de *trustee* een rechtsvordering instelt tegen de medecontractant, kan de *beneficiary* zich hier vanuit een eigen hoedanigheid bij aansluiten als mede-eiser.⁵²³ Omgekeerd verbindt een *trustee* steeds zichzelf wanneer hij optreedt als *trustee*. Aangezien de *trust* geen rechtspersoonlijkheid heeft⁵²⁴ dient een medecontractant steeds de *trustee*/medecontractant aan te spreken voor de uitvoering van het *contract*. In het geval de *trustee*/medecontractant het *contract* niet nakomt, dient de contractant enkel de *trustee*/medecontractant te dagvaarden, ook al trad deze in feite niet op voor zichzelf.⁵²⁵

150. De *trust* en het *contract* sluiten elkaars bestaan niet wederzijds uit.⁵²⁶ In veel *trusts* wordt de rol van *trustee* waargenomen door een *professional*. In deze gevallen vereist de *trustee* dan ook een vergoeding voor zijn diensten en bestaat er dus een *contract* tussen de *settlor* en de *trustee*. De *trust* en de overeenkomst bestaan in die gevallen naast elkaar. Zij dienen echter niet met elkaar te worden vereenzelvigd. De overeenkomst maakt geen deel uit van de *trust*, maar is er slechts aan verwant.⁵²⁷ Ten slotte kan nog worden opgemerkt dat een *trust* en een

⁵²² A.J. OAKLEY, *Parker and Mellows: "The modern law of trusts"*, 9th Edition, Sweet & Maxwell, Londen, 2008, 23 - 24.

⁵²³ *Ibid*, 23.

⁵²⁴ D.J. HAYTON, "National Report for England and Wales" in S.C.J.J. KORTMANN, D.J. HAYTON, N.E.D. FABER, K.G.C. REID, J.W.A. BIESMANS (eds.), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer, Kluwer, 2009, 87; J. MORLEY, "The Common Law Corporation: The Power of the Trust in Anglo-American Business History", *Columbia Law Journal* 2016, 2154.

⁵²⁵ J.E. PENNER, *The Law of Trusts*, 9th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2014, 32.

⁵²⁶ J. MARTIN, *Hanbury & Martin: Modern Equity*, 19th Edition, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 51.

⁵²⁷ A. HUDSON, *Equity and Trusts*, 8th Edition, Oxford, Routledge, 2015, 70.

contract innig verbonden kunnen zijn in die zin dat contractuele rechten, als *choses in action*⁵²⁸, het voorwerp kunnen vormen van een *trust*.⁵²⁹

4. De *trust* en het beheer van het *estate* van een overledene

a. Over het begrip '*estate*'

151. Hoewel de *common law* als zodanig het begrip 'vermogen' ('*patrimony*') niet kent, onderkent het in bepaalde gevallen wel een zekere functionele equivalent daarvan. Dit is het begrip *estate*. Aan de term *estate* kunnen echter verschillende betekenissen worden toegeschreven, al naargelang de juridische context waarin het begrip wordt aangewend.⁵³⁰ Zo wordt begrip *estate* aangewend in de specifieke context van een erfovergang of insolventie.⁵³¹ Hoger (zie randnr. 54) werd bovendien reeds gewezen op de historische grondslag van het begrip *estate*, dat verwees naar de duurtijd van een feodale rechtsverhouding met betrekking tot gronden. Het begrip *estate in land* verwijst in de hedendaagse *land law* nog steeds naar de *interests* die een rechtssubject kan aanhouden met betrekking tot een grond. Het enige *estate in land* dat in Engeland tot op de dag van vandaag nog relevant is, is het de *fee simple absolute in possession*.⁵³² Echter, in de context van een erfovergang verwijst het begrip *estate* naar de *net worth* (netto-waarde) van de erflater. Het *estate* van de erflater verwijst naar de som van diens activa verminderd met de som van diens passiva.

De begrippen '*estate*' en '*patrimony*' mogen dan wel een zekere functionele equivalentie vertonen, in die zin dat het Engelse recht in de gevallen van erfovergang en insolventie een beroep doet op de notie van '*estate*' waar in verschillende civielrechtelijke stelsels in gelijkaardige gevallen een beroep wordt gedaan op het begrip 'vermogen' ('*patrimony*'), dit impliceert niet dat beide begrippen ook dezelfde betekenis zouden hebben binnen hun respectievelijke

⁵²⁸ Hieronder vallen onder meer wat de Belgische jurist 'vorderingsrechten' zou noemen. Nochtans omvat de juridische categorie van *choses in action* niet enkel vorderingsrechten. *Choses in action* zijn alle *personal property rights* (i.t.t. *real property*) die niet door middel van een daadwerkelijk bezit kunnen worden geëffectueerd en omvatten bijvoorbeeld ook intellectuele rechten. Zie: R.M. WIEBER, *Overgang van schuldvorderingen en afstand van vorderingen*, Deventer, Kluwer, 2009, 9.

⁵²⁹ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 9.

⁵³⁰ P. MATTHEWS, "Square Peg, Round Hole? Patrimony and the Common Law Trust" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 69 - 70; S. VAN ERP, "Chapter one. General Issues: Setting the Scene" in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford - Portland, Hart Publishing, 2012, 47.

⁵³¹ D. HAYTON, P. MATTHEWS, "England and Wales" in A-L. VERBEKE (ed.), *International Encyclopaedia of Laws: Property and Trust Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, 24.

⁵³² B. AKKERMANS, W. SWADLING, "Chapter Three. Types of Property Rights - Immovables and Movables (goods)" in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford - Portland, Hart Publishing, 2012, 309.

rechtsstelsels.⁵³³ In de voorgaande zin begrepen, vormt het *estate* van de overledene of de insolvable of gefailleerde in feite een 'foto' van diens economische vermogenstoestand op het moment van overlijden of het moment van insolventie of faillissement. Het 'vermogen' wordt in het Belgische rechtstelsel daarentegen begrepen als zijnde een een juridische universaliteit, i.e. een fluctuerend geheel (zie *infra*, randnr. 731).⁵³⁴

b. Beheer van het *estate* van een overledene

152. In het geval van een erfovergang dient het *estate* van de erflater te worden beheerd door een *personal representative* met het oog op het verzekeren van een vlotte afhandeling van de nalatenschap. Indien de erflater bij wijze van testament een beheerder heeft aangeduid wordt de positie van deze persoon aangeduid met de term '(testamentary) executor'. In het geval van een erfovergang *ab intestato* spreekt het Engelse recht van een 'administrator'.⁵³⁵ De rechtsverhouding tussen de *personal representative* en de erfgenamen en legatarissen vertoont een aantal gelijkenissen met de trustrelatie tussen *trustee* en *beneficiary*.⁵³⁶ De *personal representative* kan immers worden gezien als een soort *trustee* voor de beneficiarissen en schuldeisers van de erfboedel, aangezien hij de goederen aanhoudt voor hen, en niet voor zichzelf.⁵³⁷ De *personal representative* heeft inderdaad fiduciaire verplichtingen.⁵³⁸ De gelijkenis wordt nog sterker wanneer de erflater bij wijze van testament een *trust* in het leven roept. De personen die worden aangeduid als *executor* van het testament worden immers vaak eveneens aangeduid als *trustee*.⁵³⁹ Dit is echter niet noodzakelijk het geval. Opvallend is dat *Section 69* van de *Trustee Act 1925* stelt dat de plichten die rusten op *trustees* ook

⁵³³ P. MATTHEWS, "Square Peg, Round Hole? Patrimony and the Common Law Trust" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 69 - 71; D. HAYTON, P. MATTHEWS, "England and Wales" in A-L. VERBEKE (ed.), *International Encyclopaedia of Laws: Property and Trust Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, 24.

Zie ook: G. GRETTON, "Trusts Without Equity", *International and Comparative Law Quarterly* 2000, 609. GRETTON, een Schots jurist, ziet er eerder verregaande equivalentie tussen de begrippen 'vermogen' en 'estate'.

⁵³⁴ C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, IX, Parijs, 1858, §573 - 574; V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht'* in *Beginnelsen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 52 - 54; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 24 - 27.

⁵³⁵ A.J. OAKLEY, *Parker and Mellows: "The modern law of trusts"*, 9th Edition, Sweet & Maxwell, Londen, 2008, 31.

⁵³⁶ J. MARTIN, *Hanbury & Martin: Modern Equity*, 19th Edition, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 58 - 59.

⁵³⁷ A.J. OAKLEY, *Parker and Mellows: "The modern law of trusts"*, 9th Edition, Sweet & Maxwell, Londen, 2008, 31.

⁵³⁸ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 17.

⁵³⁹ J. MARTIN, *Hanbury & Martin: Modern Equity*, 19th Edition, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 59.

van toepassing zijn op *personal representatives*, tenzij daarvan door de wet wordt afgeweken.

c. Onderscheid met de *trust*

153. Niettegenstaande het voorgaande, kan de rechtspositie van *trustees* niet worden gelijkgesteld met deze van *personal representatives*.⁵⁴⁰ Zo blijkt onder meer de historische origine van beide mandaten fundamenteel verschillend te zijn. Zo werd het trusteeschap eerst ontwikkeld door de *Chancery*, terwijl de ontstaansgeschiedenis van de *personal representative* moet worden gezocht bij het *Ecclesiastical Court*.⁵⁴¹ Bovendien is de rol die een *trustee* vervult in een aantal opzichten fundamenteel verschillend van de rol van een *personal representative*. De plicht van een *personal representative* strekt ertoe om de goederen van de erflater te verzamelen, alle (belasting)schulden te voldoen en vervolgens de overblijvende goederen te verdelen onder de rechthebbenden. De taak van een *personal representative* is dus gericht op het bereiken van een welomschreven doel. Eens dit doel bereikt is, wordt de *personal representative* ontheven uit zijn functie. In het geval van een *trust* dient de *trustee* evenwel het beheer van de *trust* op een continue basis te voeren. Het beheer van een *trust* is geen taak waarvan de *trustee* zich best zo snel en efficiënt als mogelijk kwijt. Een verder onderscheid bestaat erin dat de *personal representative* de 'volle eigenaar' is van het *estate*. De beneficiarissen van het *estate* hebben met andere woorden geen *beneficial title* of enige andere vorm van 'eigendomsrecht' met betrekking tot het *estate*, waardoor het eigendomsrecht van de *personal representative* niet op dezelfde wijze 'bezwaard' is als het geval is in een *trust*.⁵⁴²

Hoger werd evenwel opgemerkt dat de *personal representative* wel fiduciaire verplichtingen heeft. Deze verplichtingen gelden echter ten aanzien van het *estate* als het geheel, en niet ten aanzien van de beneficiarissen daarvan.⁵⁴³ Interessant is bovendien dat, wanneer goederen ten onrechte vanuit het *estate* werden vervreemd, legatarissen en schuldeisers een volgrecht kunnen uitoefenen, teneinde de goederen te recupereren om te worden gebruikt voor het beheer van het *estate*. Zij oefenen dit volgrecht dus niet 'voor zichzelf' uit.⁵⁴⁴ Deze *remedy* bevestigt eerder de afwezigheid van enige 'eigendomsaanspraak' van de legatarissen en de

⁵⁴⁰ Voor een diepgaande analyse, zie: L. SMITH, "Scottish Trusts in the Common Law" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 133 – 148.

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² *Stamp Duties Comr. V. Livingston* [1965] AC 694; L. SMITH, "Scottish Trusts in the Common Law" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 137 – 40, 145.

Bijzonder interessant is dat SMITH uit dit gegeven afleidt dat het beheer van het *estate* van een overledene conceptueel veel dichter aansluit bij de Schotse *trust* dan bij de typische *common law trust*. Over de Schotse *trust*, zie *infra*, randnr. 535 e.v.

⁵⁴³ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 17 – 18.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, 17.

schuldeisers op de individuele boedelgoederen, dan het tegenovergestelde. De beneficiarissen hebben slechts het recht om te eisen dat het *estate* op een degelijke wijze wordt beheerd door de *personal representative*.⁵⁴⁵

Een volgend verschil is dat, indien er verschillende *personal representatives* zijn, zij elk afzonderlijk kunnen optreden. Een handeling gesteld door één *personal representative* is bindend ten aanzien van de anderen en ten aanzien van het *estate*.⁵⁴⁶ *Trustees* daarentegen kunnen enkel gezamenlijk verbindende handelingen stellen met betrekking tot de onder trustverband gebrachte goederen.⁵⁴⁷

5. De trust en powers

a. Onderscheid tussen *trusts* en *powers*

154. Een *power* wordt in de Engelse rechtsleer omschreven als: "*the authority to deal with or dispose of property which one does not own and which may or may not be vested in one.*"⁵⁴⁸ Een *power* kan worden voorgesteld als een (partiële) 'beschikkingsbevoegdheid' die door een eigenaar (de *donor*) wordt toegekend aan een derde (de *donee*).⁵⁴⁹ Een *power* kan dus ook worden gezien als een bijzondere vorm van 'machtiging' of 'volmacht' met betrekking tot een zaak of verschillende zaken.⁵⁵⁰ Hoewel er een fundamenteel verschil bestaat tussen de *trust* en *powers*, wordt het Engelse recht al snel erg complex met betrekking tot dit onderwerp. Om deze reden blijft dit onderdeel beperkt tot een kort en algemeen overzicht van de materie.

⁵⁴⁵ A.J. OAKLEY, *Parker and Mellows: "The modern law of trusts"*, 9th Edition, Sweet & Maxwell, Londen, 2008, 32.

⁵⁴⁶ *Warner v. Sampson* (1958) 1 QB 404; *Attenborough v. Solomon* (1913) AC 76.

⁵⁴⁷ J. MARTIN, *Hanbury & Martin: Modern Equity*, 19th Edition, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 59.

⁵⁴⁸ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 25.

⁵⁴⁹ J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 210.

Uit het proefschrift van JANSEN dat betrekking heeft op het fenomeen van de beschikkings(on)bevoegdheid naar Belgisch recht, blijkt overigens dat de beschikkingsbevoegdheid met betrekking tot een goed ook kan worden toegekend aan een niet-eigenaar. JANSEN besluit hierover: "Uit het onderzoek blijkt dat beschikkingsbevoegdheid geen noodzakelijk attribuut uitmaakt van het eigendomsrecht. Ook een derde, niet-eigenaar kan in bepaalde gevallen werkzaam beschikken over andermans goederen. Een eigenaar is dus principieel beschikkingsbevoegd, maar een beschikkingsbevoegde is niet principieel een eigenaar."

Zie: R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 873.

⁵⁵⁰ Zie algemeen over *powers*: R. NOLAN, "Powers – General Principles" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 255 – 284.

155. Het meest fundamentele onderscheid tussen *powers* en een *trust* is ongetwijfeld dat waar *trusts* imperatief zijn, *powers* discretionair zijn.⁵⁵¹ *Trustees* zijn ertoe gehouden om de verplichtingen die bij hun mandaat komen kijken na te leven en uit te voeren. Een *donee* van een *power* daarentegen is vrij om de bevoegdheid die hij verkregen heeft al dan niet aan te wenden. Op hem rust in beginsel hiertoe geen enkele verplichting om de door de *power* verleende bevoegdheid ook daadwerkelijk uit te oefenen.

156. Een *trustee* heeft evenwel ook een reeks bevoegdheden met betrekking tot de trustgoederen, zoals de wettelijke bevoegdheid om de trustgoederen te investeren⁵⁵², maar is steeds verplicht de trustgoederen aan te houden voor de *beneficiaries*, die bovendien een *equitable interest* hebben met betrekking tot de trustgoederen. De persoon in wiens voordeel een *power* kan worden uitgeoefend ('*the object*' genoemd) heeft geen goederenrechtelijke aanspraken tot wanneer de *donee* diens discretionaire bevoegdheid uitoefent in zijn voordeel.⁵⁵³ Tot op het moment dat een *donee* zijn bevoegdheden met betrekking tot de zaak uitoefent, komt het *beneficial interest* toe aan diegene die gerechtigd is om de zaak te ontvangen indien de *donee* niet over de zaak beschikt.⁵⁵⁴ Een dergelijk *beneficial interest* wordt dan 'verslagen' door de uitoefening van de bevoegdheid door de *donee*.⁵⁵⁵ Aangezien de *donee* niet verplicht is om de *power* ook daadwerkelijk uit te oefenen, kan de *power* uitdoven indien ze niet wordt uitgeoefend.⁵⁵⁶

b. Taxonomie van *powers* naar Engels recht

157. *Powers* worden doorgaans ingedeeld op basis van hun juridische reikwijdte. In het geval van een *general power* kan de *donee* de *power* aanwenden ten voordele van eenieder, daaronder begrepen zichzelf.⁵⁵⁷ Indien de *power* slechts kan worden aangewend ten voordele van (een) bepaalde (klasse van) begunstigde(n) is er sprake van een *special power*. Tot slot is er sprake van een *hybrid power* indien deze kan worden aangewend ten voordele van iedereen,

⁵⁵¹ P.S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity and Trusts, 2nd Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 51; D. FOX, "Definition and Classification of Trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 584; J. MARTIN, *Hanbury & Martin: Modern Equity, 19th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 65; A.J. OAKLEY, *Parker and Mellows: "The modern law of trusts", 9th Edition*, Sweet & Maxwell, Londen, 2008, 35; A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 26.

⁵⁵² Zie hiertoe de *Trustee Investment Act 1961*.

⁵⁵³ *Vestey v. IRC* [1980] AC 1148.

⁵⁵⁴ Zo kan door de *donor* worden bepaald aan wie de zaak toekomt indien de *donee* geen gebruik maakt van zijn *power*. Ook kan de zaak, vanaf het uitdoven van de *power* door het niet aanwenden daarvan, door de *donee in resulting trust* worden gehouden voor de *donor*. Voor een verklaring van het begrip *resulting trust*, zie *infra*, randnr. 188 – 190.

⁵⁵⁵ J. MARTIN, *Hanbury & Martin: Modern Equity, 19th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 65.

⁵⁵⁶ *Ibid*, 67.

⁵⁵⁷ J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 71.

behalve (een) bepaalde (klasse van) specifiek genoemde personen, zoals de *donor*, zijn echtgeno(o)t(e), afstammelingen en dergelijke meer.⁵⁵⁸

158. Echter, tot hiertoe werden *powers* voorgesteld als zijnde volledig onafhankelijk van de trustrelatie. In de praktijk is dit echter in de meeste gevallen niet zo. Hoewel *powers* onafhankelijk kunnen bestaan van *trusts*, worden de meeste *powers* toegekend via instrumenten die *trusts* in het leven roepen, zoals *deeds* en testamenten⁵⁵⁹, alsook door de wet. De aan *trustees* verleende *powers* kunnen distributief of administratief van aard zijn.⁵⁶⁰ Daar waar *administrative powers* aan de *trustees* vooral bevoegdheden verlenen om de trustgoederen te beheren en te investeren, verlenen *distributive powers* hen de bevoegdheden om het trustkapitaal en de inkomsten die het genereert naar eigen inzicht onder de *beneficiaries* te verdelen.⁵⁶¹ Deze *distributive powers* kunnen er zelfs toe strekken dat de *trustees* de bevoegdheid toegekend krijgen om zelf geheel vrij de *beneficiaries* aan te duiden (i.e. *general powers*). In andere gevallen wordt de keuzemogelijkheid van de *trustees* beperkt tot een vooraf vastgelegde categorie van personen (i.e. *special powers*).⁵⁶² En zelfs in die gevallen waar de keuzemogelijkheden van de *trustees* beperkt zijn tot een vooraf vastgelegde categorie van personen kan nog een verder onderscheid worden gemaakt al naargelang het geval waar de *trustee* ook nog de bevoegdheid krijgt om te beslissen welk bedrag elke (aangeduide) *beneficiary* ontvangt en of het volledige trustkapitaal dient te worden uitgedeeld dan wel verder te worden geïnvesteerd.

159. Wanneer een persoon het recht heeft, maar niet de verplichting, om de *power* uit te oefenen, is er sprake van een *mere power*. Hoger werd reeds opgemerkt dat een dergelijke *power* uitdooft wanneer daarvan geen gebruik wordt gemaakt. Het gevolg is dan ook dat de rechtbanken niet kunnen ingrijpen en beslissen ten voordele van wie de *power* zou moeten worden uitgeoefend.⁵⁶³ Er wordt in dit verband evenwel een onderscheid gemaakt tussen *mere powers* die worden gehouden door een *trustee* of fiduciair en *mere powers* die worden aangehouden door een persoon die niet optreedt als *trustee* of fiduciair.⁵⁶⁴ In het eerste geval is er sprake van een *fiduciary power*, in het andere geval van een *personal power*. Wanneer een persoon een *power* heeft verkregen in zijn hoedanigheid als *trustee* staat hij in een *fiducaire* verhouding ten aanzien van de *beneficiaries*, hetgeen impliceert dat hij, volgens het Engelse recht, minstens op

⁵⁵⁸ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 26.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, 20 – 21.

⁵⁶⁰ R. NOLAN, "Powers – General Principles" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 258 – 259; J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 211.

⁵⁶¹ *Ibid.*

⁵⁶² A.J. OAKLEY, *Parker and Mellows: "The modern law of trusts"*, 9th Edition, Sweet & Maxwell, Londen, 2008, 36.

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ R. NOLAN, "Powers – General Principles" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 259 – 260; A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 29.

regelmatige basis en in alle onafhankelijkheid dient te overwegen of hij de *power* al dan niet zou aanwenden. Bovendien kan hij geen afstand doen van de *power* en mag de *power* niet worden aangewend voor een ander doel dan waarvoor deze werd verleend. Evenmin mag daarvan worden gebruik gemaakt op een louter arbitraire wijze. In het geval dat van een *fiduciary power* geen gebruik wordt gemaakt, kunnen de rechtbanken in bepaalde omstandigheden tóch ingrijpen en de *power* zelf uitoefenen.⁵⁶⁵ De rechtbanken kunnen tevens ingrijpen indien een *fiduciary power* op onbehoorlijke wijze wordt aangewend.⁵⁶⁶ In het geval van een *personal power* blijft de stelregel dat er niet kan worden ingegrepen wanneer de *power* niet wordt uitgeoefend evenwel overeind.⁵⁶⁷

160. Het voorgaande kan aan de hand van een voorbeeld worden verduidelijkt. Indien een persoon een schenking wenst te doen waarbij de ontvanger het geschonken goed dient aan te houden voor een derde, kan deze schenking op verschillende wijzen worden vormgegeven. Ten eerste kan de schenker het goed gewoon schenken, terwijl daaraan slechts een morele verbintenis wordt gekoppeld voor de ontvanger om het goed vervolgens aan te wenden om daarmee een bepaalde categorie van personen te bevoordelen. Ten tweede kan aan de begiftigde, als *donee*, een *personal* en *special power* worden verleend, zodat op de *donee* zelfs niet de verplichting rust om te overwegen daarvan gebruik te maken. Ten derde kan aan de begiftigde, als een fiduciaire *donee* (geen *trustee*), een *special* en *fiduciary power* worden verleend, zodanig dat op *donee* wel de verplichting rust om te overwegen daarvan gebruik te maken, maar geen verplichting om dat ook daadwerkelijk te doen. Ten vierde kan aan een *trustee* (dus in het geval van een *trust*) een *special power* worden verleend, zodanig dat de *trustee* minstens verplicht wordt om regelmatig te overwegen de *power* uit te oefenen, maar hier opnieuw niet toe kan worden verplicht.

161. Het Engelse recht kent evenwel ook nog een vijfde mogelijkheid.⁵⁶⁸ In dit geval wordt er een *power* gegeven aan een *trustee* die ertoe strekt om op discretionaire wijze, maar wel verplicht, te bepalen welke personen uit een aangeduide categorie van mogelijke *beneficiaries* de ontvangers zullen zijn van trustinkomsten of trustkapitaal én vervolgens ook daadwerkelijk de uitkering van het inkomen of het kapitaal te effectueren, tenzij desgevallend het kapitaal ook verder kan worden geaccumuleerd. In tegenstelling tot de vier gevallen die werden genoemd in het vorige randnummer is de *trustee* in het vijfde geval wel degelijk verplicht om een keuze te maken en niet slechts om dit te overwegen.⁵⁶⁹ Een

⁵⁶⁵ *Mettoy Pension Trustees v. Evans* [1990] 1 WLR 1587. In de andere gevallen dooft de *power* wel uit wanneer daarvan geen gebruik wordt gemaakt, zie: A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 1995, 23.

⁵⁶⁶ D. HAYTON, "Trusts" in *Private International Law* in *ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, Recueil des Cours, Vol. 366*, Leiden, Nijhoff, 2013, 42.

⁵⁶⁷ A.J. OAKLEY, *Parker and Mellows: "The modern law of trusts"*, 9th Edition, Sweet & Maxwell, Londen, 2008, 37 – 38.

⁵⁶⁸ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 27.

⁵⁶⁹ A.J. OAKLEY, *Parker and Mellows: "The modern law of trusts"*, 9th Edition, Sweet & Maxwell, Londen, 2008, 37 – 38.

dergelijke *power* wordt ook wel een '*trust power*' genoemd. Daarmee wordt duidelijk gemaakt dat het gaat om een imperatieve *power*, in tegenstelling tot een 'discretionaire' *power*.

Deze terminologie is in feite verwarrend, aangezien het discretionaire element wel behouden blijft in die zin dat de *trustee* mag kiezen wie hij zal bevoordelen, maar de *trustee* niet kan kiezen of hij de *power* al dan niet wenst uit te oefenen. Het discretionaire element van een *power* bestaat er in het normale geval nochtans in dat de *donee* net de vrijheid heeft om de *power* al dan niet uit te oefenen.

De *trust power* staat daarom ook nog bekend onder een andere naam, de zogeheten *discretionary trust*.⁵⁷⁰

162. De vaststelling dat een *discretionary trust* sterke gelijkenissen vertoont met een *power*, en er in feite een variant van is, verklaart waarom van de (potentiële) individuele *beneficiaries* van de *trust* niet gezegd kan worden dat ze afzonderlijk een *equitable interest* met betrekking tot de trustgoederen hebben.⁵⁷¹ Als groep hebben deze (potentiële) *beneficiaries* echter wél een recht op de trustgoederen als geheel. Indien ze allen meerderjarig zijn en '*under no disability*' zijn, kunnen de *beneficiaries* als groep de trustverhouding beëindigen en de distributie van de trustgoederen eisen (zie *infra*, randnr. 232).⁵⁷²

Een *discretionary trust* kan bovendien worden omschreven als *exhaustive* wanneer alle inkomsten dienen te worden verdeeld onder de door de *trustee* aangeduide *beneficiaries*, en als *non-exhaustive* indien een (bepaald deel) van het inkomen mag worden geaccumuleerd en desgevallend geherinvesteerd. Bovendien kan nog worden opgemerkt dat de *discretionary trust* niet uitdooft door het tijdsverloop alleen.⁵⁷³

163. Ten slotte dient nog te worden opgemerkt dat het in de praktijk soms een zeer complexe oefening kan zijn om te achterhalen welk soort *power* of trustverhouding de *donor/settlor* eigenlijk in het leven heeft willen roepen. Gezien de grote verscheidenheid aan *powers* en *trusts* en de complexiteit van het Engelse recht in dit verband, is het absoluut noodzakelijk voor eender welke potentiële *donor* of *settlor* om de trustakte of het testament zo nauwkeurig mogelijk op te stellen, zodanig dat de gebruikte bewoordingen geen ruimte laten voor enige twijfel omtrent de bedoelingen van de *donor/settlor*.

C. De doeleinden waarvoor een *trust* kan worden aangewend

⁵⁷⁰ A. Hudson, *Equity and Trusts*, 8th Edition, Oxford, Routledge, 2015, 147.

⁵⁷¹ J. MARTIN, *Hanbury & Martin: Modern Equity, 19th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 65 – 66; N. LE POIDEVIN, "Going bust: insolvency and trusts", *Trusts & Trustees*, 2010, 307.

⁵⁷² *Vestey v. IRC* (1980) AC 1148; *Re Smith* (1928) Ch. 915.

⁵⁷³ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 28.

164. Hoger werd al gewag gemaakt van de verschillende doeleinden waarvoor *uses* in het verleden reeds werden aangewend (*supra*, randnr. 69 e.v. en 91 e.v.), alsook van de twee belangrijkste functies van *trusts* in *common law*-landen vandaag (*supra*, randnr. 109). De *trust* is, ook historisch gezien, steeds een zeer flexibele rechtsfiguur geweest, die voor verschillende en zelfs erg uiteenlopende doeleinden kan worden aangewend.⁵⁷⁴ In de regel wordt het doel van de *trust* bepaald door de *settlor*, die zelf kan bepalen welke verplichtingen hij aan de *trustee* wenst op te leggen. De grenzen aan de beslissingsvrijheid van de *settlor* worden in beginsel enkel bepaald door de wet, de openbare orde, de goede zeden en het algemeen belang.⁵⁷⁵ Binnen dit ruime kader heeft de *settlor* nog steeds een enorme beslissingsvrijheid. Gelet op deze flexibiliteit is niet mogelijk om een exhaustief beeld te geven van alle doeleinden waarvoor de *trust* kan worden aangewend.

Echter, bij wijze van inleiding op de verschillende wijzen waarop *trusts* doorgaans worden geclassificeerd, is het wel verhelderend om een beeld te schetsen van een aantal verschillende doelen die de *trust* kan dienen. Hoewel hoger werd gewezen op de belangrijkste functies die de *trust* in *common law*-landen vandaag vervult, volstaat een dergelijke bespreking niet om een impressie te geven van de brede waaier aan doeleinden waarvoor deze rechtsfiguur kan worden aangewend. Het overzicht van verschillende doeleinden dat verder aan bod komt, is bedoeld om aan te tonen hoe flexibel de *trust* werkelijk is. Deze doeleinden kunnen *grosso modo* worden onderverdeeld in drie categorieën: privé- of familiale doeleinden, zakelijke doeleinden en charitatieve doeleinden. Noteer dat het hier geboden overzicht betrekking heeft op de doelen waarmee *trusts* kunnen worden aangewend in *common law*-landen, en in het bijzonder Engeland, Wales en de Verenigde Staten.

165. Het bieden van dit overzicht is overigens niet alleen relevant voor het kunnen vatten van het caleidoscopische karakter van de trustfiguur, maar is tevens relevant voor wat betreft de analyse van de fiscale gevolgen van buitenlandse *trusts*. Dit komt aan bod in Deel IV van voorliggend onderzoek. De subjectieve intenties van de belastingplichtige en de eigenlijke doeleinden die met een concrete trustverhouding worden nagestreefd, moeten of kunnen *in fiscalibus* soms mee in rekening worden genomen. In het bijzonder wanneer het gebruik van buitenlandse *trusts* door Belgische belastingplichtigen wordt beoordeeld vanuit een antimisbruikperspectief.

1. Privé- en familiale doeleinden

⁵⁷⁴ G. GRETTON, "Trusts Without Equity", *International and Comparative Law Quarterly* 2000, 599; P. LEPAULLE, "An Outsider's View Point of the Nature of Trusts", *Cornell Law Quarterly* 1928, 52: "Indeed such absence of synthesis may be without great inconveniences in Anglo-Saxon countries, where trusts accompany the rythm of life, from the cradle to the grave, where every one knows what it is from seeing it functioning at the home as in the office."

⁵⁷⁵ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 56.

166. Ten eerste kunnen *trusts* worden aangewend voor privé- of familiale doeleinden.⁵⁷⁶ Zo maakt een *trust* het mogelijk om gronden te houden ten behoeve van personen die zelf niet handelingsbekwaam zijn of die niet in aanmerking komen om eigenaar te zijn van gronden, zoals minderjarigen onder de Engelse *Law of Property Act* van 1925. Ook kunnen *trusts* een alternatief bieden voor verschillende beheerstatuten voor het vermogen van om het even welke categorie van (handelings)onbekwamen zoals gehandicapten, geesteszieken en dergelijke meer.

167. Ook kunnen *trusts* worden aangewend om voorzieningen te treffen voor buitenechtelijke kinderen, zonder daarmee hun bestaan openbaar te maken, hetgeen wel het geval zou zijn indien men deze kinderen zou bevoordelen via een testament.

168. Een *trust* vormt bovendien een zeer gemakkelijk instrument om schenkingen onder voorbehoud van beheer te organiseren. Het beheer van de geschonken goederen wordt immers overgedragen aan de *trustee* en niet aan de *beneficiaris* van de schenking. Een *settlor* kan bovendien gewoon verklaren de goederen vanaf zijn verklaring aan te houden als *trustee* ten voordele van de *beneficiaries*. In dat geval behoudt de schenker, in zijn hoedanigheid als *trustee*, de *legal title* met betrekking tot de geschonken goederen en de daarmee corresponderende bewindsbevoegdheid.

169. Via een *trust* kan eveneens de (toekomstige) overdracht van een vermogen, of bepaalde vermogensbestanddelen, worden bewerkstelligd, waarbij dan rekening kan worden gehouden met onvoorziene omstandigheden door de *trustee* een discretionair keuzerecht te geven omtrent de beslissing wanneer en hoeveel trustgoederen aan de *beneficiaries* uitgekeerd zullen worden. Ook kunnen de voorwaarden of omstandigheden waaronder de trustgoederen kunnen of dienen te worden uitgekeerd vooraf door de *settlor* worden omschreven en als richtlijn worden meegegeven aan de *trustee*. Deze richtlijnen zijn echter principieel niet juridisch verbindend ten aanzien van de *trustee* (zie *infra*, randnr. 238). Vervolgens kan de *trust* worden aangewend om te voorzien in een gegarandeerd inkomen voor familieleden met een beperking, zonder daarvoor te hoeven terugrijpen naar meer omslachtige bewindsprocedures.

170. Een *trust* kan ook dienen om het familievermogen te beschermen tegen verkwisting. Dit gebeurt in de regel door middel van een zogeheten *spendthrift trust*. De *trustee* beschikt in een dergelijke *trust* over de bevoegdheid om beslissingen te nemen in verband met uitgaven ten voordele van de *beneficiary*.

⁵⁷⁶ De volgende voorbeelden werden ontleend aan: A.J. OAKLEY, *Parker and Mellows: "The modern law of trusts"*, 9th Edition, Sweet & Maxwell, Londen, 2008, 6 - 12; S. DE RAEDT, M. TRAESE, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 35 - 40; K.W. RYAN, "The Reception of the Trust", *International and Comparative Law Quarterly* 1961, 266; F. SONNEVELDT, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956*, Amersfoort, Sdu Uitgevers, 2000, 26 - 28; A. DYER, H. VAN LOON, "Report on trusts and analogous institutions" in CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) - Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 40 - 49.

Een ander voordeel van *spendthrift trusts* bestaat erin dat de schuldeisers van de *beneficiary* zich op de onder trustverband gebrachte goederen kunnen verhalen. Veel trustaktes bevatten eveneens *spendthrift-clausules*, zelfs indien de *beneficiary* niet bekend staat als een verkwister. Dit wordt vaak gedaan omdat dergelijke clausules een sterke bescherming kunnen bieden tegen schuldeisers van de *beneficiaries*, aangezien het de mogelijkheden om uitvoeringsmaatregelen te nemen ten aanzien van het *equitable interest* in de *trust* sterk beperkt.⁵⁷⁷ De *beneficiaries* kunnen hun *interest* in een *spendthrift trust* ook niet overdragen aan derden.⁵⁷⁸ Opvallend is dat de geldigheid van *spendthrift-clausules* in Engeland en Wales niet wordt aanvaard.⁵⁷⁹ In de Verenigde Staten worden dergelijke clausules in de trustakte wel geacht geldig te zijn.⁵⁸⁰ In de Amerikaanse *Uniform Trust Code* wordt evenwel gesteld dat bepaalde categorieën van schuldeisers, zoals de statelijke en federale overheden en schuldeisers van onderhoudsvorderingen, toch uitvoeringsmaatregelen kunnen nemen ten aanzien van het *equitable interest*.⁵⁸¹

Hoewel het Engelse recht de geldigheid van een *spendthrift-clause* niet aanvaardt, kent het Engelse recht wel de zogenoemde *protective trust*.⁵⁸² Kort gesteld is een *protective trust* in beginsel een *fixed trust* waarbij de *beneficiary* of *beneficiaries* beschikken over een *equitable interest* dat hen recht geeft op een periodieke uitkering van trustgoederen of de vruchten daarvan. In de trustakte wordt echter voorzien dat het *equitable interest* van aard verandert indien één of meer vooraf bepaalde voorwaarden intreden ('*forfeiture clause*'). Voorbeelden zijn de insolventie van de *beneficiary*, een beslag op het *equitable interest* door diens schuldeisers en dergelijke meer. De voorheen bestaande *fixed trust* wordt dan omgevormd tot een *discretionary trust*.⁵⁸³ Hoewel een *protective trust* heel wat verschillende modaliteiten kan hebben, is het belangrijkste gevolg steeds dat de *equitable interest* van de *beneficiary*, na de hervorming van de trustverhouding, een veel minder aantrekkelijk executieobject vormt voor diens schuldeisers (zie ook *infra*, randnr. 589 e.v. en 879 e.v.).

171. Door middel van een *trust* kan eveneens de globale netto-belastingdruk worden verminderd, aangezien zowel de *trustee(s)* als de *beneficiary(-ies)* rechten hebben op de trustgoederen en de opbrengsten die deze goederen genereren. Het gevolg van deze verhouding is dat de vraag wie de belastingen

⁵⁷⁷ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 67.

⁵⁷⁸ R. SITKOFF, "An Agency Costs Theory of Trust Law", *Cornell Law Review* 2004, 675.

⁵⁷⁹ *Brandon v. Robinson* [1811] 18 Ves. 429; R. SITKOFF, "An Agency Costs Theory of Trust Law", *Cornell Law Review* 2004, 674. Tot op zekere hoogte kan hetzelfde resultaat, ook in Engeland en Wales, worden bereikt door het aanwenden van een *discretionary trust*, gezien de onzekerheid over de vraag of de *beneficiary* ooit een daadwerkelijke uitkering van trustgoederen zal ontvangen.

⁵⁸⁰ *Brandon v. Robinson* [1811] 18 Ves. 429.

⁵⁸¹ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Uniform Trust Code* (laatst herzien in 2010), *Sections 502* en *503*. Beschikbaar op:

http://www.uniformlaws.org/shared/docs/trust_code/utc_final_rev2010.pdf

⁵⁸² *Section 33* van de *Trustee Act 1925*; D. FOX, "Private Express Trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 592 – 594.

⁵⁸³ A. PEYROT, *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, Genève, Schulthess, 2011, 196 – 97.

dient te dragen erg complex kan worden, *a fortiori* in rechtssystemen die de *trust* als zodanig zelf niet kennen. Dit thema komt verder aan bod in Deel IV van voorliggend onderzoek.

172. Een *trust* kan eveneens worden aangewend om ter zake des doods gelden te voorzien voor het oprichten en/of onderhouden van monumenten of graven, of om te voorzien in de zorg van bepaalde huisdieren⁵⁸⁴ (*honorary trusts*). Voor wat betreft de laatste categorie van *trusts* is het hier reeds gepast om op te merken dat *trusts for (private) purposes* in de regel verboden zijn in *common law*-stelsels.⁵⁸⁵ Dit verbod heeft evenwel niets te maken met een inherente negatieve houding ten aanzien van *private purpose trusts*, maar met praktische bezwaren. In het geval van een privaat doel is er immers in de regel geen enkele partij die een belang heeft bij het controleren en afdwingen van de fiduciaire verplichtingen die op de *trustee* rusten. In de regel zijn dergelijke *trusts* dus nietig. Het Engelse recht staat evenwel toch een aantal uitzonderingen toe op deze strikte regel, waarvoor op zich geen logische of eenduidige verklaring bestaat, behalve dan het feit dat het 'toegevingen' zijn aan bepaalde typisch menselijke zwaktes. SWADLING spreekt in dit verband over "*deeply rooted anomalies*" in het Engelse trustrecht.⁵⁸⁶

2. Zakelijke en commerciële doeleinden

173. Ten tweede kunnen *trusts* worden aangewend voor allerlei zakelijke en commerciële doeleinden.⁵⁸⁷ Zo worden *trusts* aangewend om pensioenfondsen aan te houden, op te bouwen en zeker te stellen (*pension trusts*). Deze *trusts* kennen dan ook een sterke functionele gelijkenis met pensioenfondsen.⁵⁸⁸ In een dergelijke *trust* zijn de *beneficiaries* de pensioengerechtigden, en de *trustees* de beheerders van het fonds. Aangezien vrijwel elk bedrijf van enige omvang een eigen *pension trust* heeft⁵⁸⁹, dienen deze *trusts* dan ook te voldoen aan een aantal streng

⁵⁸⁴ W. SWADLING, "Chapter 4: General Principles" in A. BURROWS (ed.), *English Private Law, 3rd edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 244 – 245.

⁵⁸⁵ *Ibid*, 244; D. FOX, "Private Express Trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 603 e.v.

In heel wat *offshore*-jurisdicties is dit evenwel anders, zie: J.P. WEBB, "An ever-reducing core? Challenging the legal validity of offshore trusts", *Trusts & Trustees* 2015, 482 – 483.

⁵⁸⁶ W. SWADLING, "Chapter 4: General Principles" in A. BURROWS (ed.), *English Private Law, 3rd edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 245.

⁵⁸⁷ De volgende voorbeelden werden ontleend aan: A.J. OAKLEY, *Parker and Mellows: "The modern law of trusts"*, 9th Edition, Sweet & Maxwell, Londen, 2008, 6 - 12; D.W. AERTSEN, *De trust: beschouwingen over de invoering van de trust in het Nederlandse recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 56 – 60; S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 35 – 40; A. DYER, H. VAN LOON, "Report on trusts and analogous institutions" in CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) – Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 55 – 63.

⁵⁸⁸ J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 226.

⁵⁸⁹ M. LUPOI, *Trusts: A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 145.

geregelde wettelijke voorwaarden. Voor Engeland en Wales is deze regelgeving neergelegd in de *Pensions Act 1995*.

174. Via andere investeringstrusts, die doorgaans worden beheerd door professionelen, kunnen beleggers hun risico spreiden door participaties te nemen in grote fondsen (*mutual funds* of *unit trusts*). Deze *trusts* fungeren dan als een collectief beleggingsinstrument, die vervolgens vaak worden onderverdeeld in *sub-units* waarvan de economische gerechtigdheden aan de *beneficiaries*/beleggers toekomen. Op deze wijze kan op een efficiënte wijze aan risicospreiding worden gedaan.

175. Nog andere *trusts* worden opgericht teneinde het stemrecht in vennootschappen uit te oefenen. Hiertoe worden de aandelen van de vennootschap overgedragen aan een *trustee* die zich ten aanzien van de overdragers of *beneficiaries* verbindt om het stemrecht op een bepaalde wijze uit te oefenen (*voting trusts*). *Voting trusts* kunnen om verschillende redenen interessant zijn. Zo kunnen via de *trust* bepaalde stemafspraken worden gemaakt, doordat aan de *trustee* wordt opgedragen om het stemrecht in een vennootschap op een vooraf vastgelegde wijze uit te oefenen. Een *voting trust* kan eveneens dienen als beschermingsmechanisme tegen vijandige overnames. Ook kan het voor minderheidsaandeelhouders interessant zijn om hun stemrecht op een efficiënte wijze te bundelen.

176. Via een *subordination trust* kan worden bewerkstelligd dat bepaalde schuldeisers hun vordering pas voldaan krijgen nadat andere schuldeisers reeds werden betaald. In het geval van een *subordination trust* gaat de *subordinated* of *junior creditor* ermee akkoord niet te worden betaald door zijn schuldenaar, vóór de schulden van die schuldenaar aan een andere schuldeiser, de *senior creditor*, volledig werden of kunnen worden betaald. Op zich kan dit doel eveneens worden bereikt door enkel een overeenkomst af te sluiten, waarbij wordt vastgelegd dat een bepaalde schuld achtergesteld is ten aanzien van een andere schuld. De goederenrechtelijke gevolgen van de *trust* kunnen evenwel een bijkomend zekerheidselement toevoegen, aangezien ze de *senior creditor* ook kunnen beschermen tegen de insolventie van de *junior creditor*. Via een *subordination trust* kan worden 'overeengekomen' dat de gelden die de *junior creditor* ontvangt *in trust* worden gehouden voor de *senior creditor*. Dergelijke *trusts* kunnen in de praktijk in verschillende omstandigheden worden aangewend. Zo kan bijvoorbeeld in het geval van projectfinanciering een bank andere kredietverstrekkers van een bedrijf, zoals een moedervenootschap of een grote aandeelhouder van het bedrijf dat het project uitvoert, achterstellen.

177. Ook wordt bijvoorbeeld voor de financiering van grote (bouw)projecten vaak een beroep gedaan op de *trust*. De financiering van grote projecten vereist vaak de betrokkenheid van verschillende financiële instellingen, die gezamenlijk de vereiste kredieten verschaffen. Deze kredietverleners wensen bovendien vaak, met het oog op het efficiënt beheer van de kredietportefeuille, de kredieten te kunnen overdragen aan andere financiers. In Angelsaksische landen vormt de *trust* in dit

verband vaak een efficiënt mechanisme dat toelaat om op een vereenvoudigde manier zakelijke zekerheden te vestigen ten voordele van deze financiers. De schuldenaar verbindt zich dan jegens een door de financiers aangestelde *trustee* tot betaling van alle schulden die hij is aangegaan ten aanzien van zijn kredietverleners. Het is op deze laatste schuldvordering dat vervolgens zakelijke zekerheden kunnen worden gevestigd. De financiers worden dan de *beneficiaries* van deze truststructuur.⁵⁹⁰ Men spreekt in dit geval van "gesyndiceerde kredieten".

In dit verband kan voor wat betreft de Belgische rechtsorde reeds worden gewezen op het bestaan van artikel 5 van de wet betreffende de financiële zekerheden, dat reeds toelaat om met betrekking tot financiële instrumenten of contanten roerende zekerheidsrechten te laten vestigen door een vertegenwoordiger. Deze vertegenwoordiger treedt op in eigen naam, maar voor rekening van enkele beneficiarissen. De identiteit van de begunstigen van de zakelijke zekerheidsrechten moet kunnen worden vastgesteld aan de hand van de overeenkomst. In dit verband kan eveneens worden verwezen naar artikel 3 van de nieuwe wetgeving op de roerende zakelijke zekerheden, die de figuur van de 'zekerheidstrustee' eveneens in het BW zal invoegen.⁵⁹¹

178. Met betrekking tot *trusts* die als zekerheidsinstrument worden aangewend, dient nog een kanttekening te worden gemaakt. In het Engelse recht is het in beginsel niet geoorloofd om *trusts* aan te wenden als een '*independent security device*'.⁵⁹² Indien een persoon die van een leverancier bepaalde goederen heeft

⁵⁹⁰ E. DIRIX, I. PEETERS, "De hypotheek « voor rekening » - Een juridische bouwsteen voor de financiering van grote projecten", *RW* 2004 - 2005, 837; V. SAGAERT, H. SEELDRAYERS, "De wet financiële zekerheden", *RW* 2004 - 2005, 1527 e.v.

⁵⁹¹ De inwerkingtreding van deze wet werd inmiddels echter herhaaldelijk uitgesteld. Eind 2016 werden aan deze wet overigens nog een aantal wijzigingen aangebracht. De datum van inwerkingtreding werd daarbij vastgesteld op 1 januari 2018.

Zie: Wet van 25 december 2016 houdende de wijziging van verscheidene bepalingen betreffende de zakelijke zekerheden op roerende goederen, *BS* 30 december 2016, 91950.

⁵⁹² N.S.G.J. VERMUNT, "De trust in het zekerheidsrecht: Engelse perspectieven" in N.E.D. FABER, C.J.H. JANSEN en N.S.G.J. VERMUNT, *Fiduciaire Verhoudingen*, Deventer, Kluwer, 2007, 252.

Nochtans kan hier melding worden gemaakt van de zogeheten *Quistclose trust*, vernoemd naar de zaak *Barclays Bank Ltd. v. Quistclose Investment Ltd.* (1970) AC 567, waarin de *Quistclose trust* voor het eerst als geldig zekerheidsinstrument werd erkend. De feiten in deze zaak waren als volgt: het bedrijf *Rolls Razor Ltd* had een groot tekortsaldo bij *Barclay's Bank*, maar wenste desalniettemin toch een dividend uit te keren aan haar aandeelhouders. Dit werd mogelijk gemaakt door de interventie van *Quistclose Investment*. *Quistclose Investment* stond daartoe een lening toe aan *Rolls Razor* 'for the purpose of paying the final dividend'. Het geld werd vervolgens gestort op een afzonderlijke rekening bij *Barclay's*, waarmee eveneens werd overeengekomen dat het geld dat op deze rekening stond enkel mocht worden aangewend om een dividend te betalen op de gestipuleerde datum. *Rolls Razor* ging echter in liquidatie vóór de gestipuleerde datum. *Barclay's* claimde vervolgens dat *Rolls Razor* reeds de *beneficial owner* was van het geld, onderworpen aan een persoonlijke rechtsverhouding met *Quistclose* om een equivalente geldsom terug te betalen. Op deze wijze zou *Barclay's* een schuldvergelijking kunnen doorvoeren, waardoor het reeds bestaande tekortsaldo volledig werd weggewerkt en *Quistclose* een louter chirografaire schuldeiser zou zijn geworden. *Quistclose* zelf claimde echter dat *Rolls Razor* een *trustee* was geworden, wiens opdracht erin bestond om het geld uit te keren aan de

verkregen, en deze persoon verklaart dat hij deze goederen als *trustee* aanhoudt voor de leverancier, wordt geen rechtsgeldige *trust* in het leven geroepen.⁵⁹³ Op deze wijze zouden de geleverde goederen steeds buiten de boedel blijven wanneer de *trustee* insolvent blijkt te zijn, en worden daarmee mogelijke andere schuldeisers sterk benadeeld. Het Engelse recht neemt met andere woorden niet aan dat de leverancier een '*equitable title*' verkrijgt met betrekking tot de geleverde goederen, maar slechts een *equitable charge*, een soort bezitloos zekerheidsrecht.

3. Charitatieve doeleinden

179. Ten derde worden *trusts* eveneens vaak aangewend voor charitatieve doeleinden.⁵⁹⁴ In dergelijke gevallen omhelst de *trust* in beginsel geen privaat vermogensbeheer, maar biedt het een oplossing voor het beheer van vermogens of fondsen ten voordele van goede doelen.⁵⁹⁵ In de meeste gevallen worden deze *trusts* opgericht per testament ('*testamentary trust*'). In het geval van een *charitable trust* staat de erflater (een deel van) zijn vermogen per testament af aan een *trustee* om het vermogen te beheren ten voordele van een (meestal) door de erflater aangeduid doel. In dergelijke *trusts* zijn dus geen individualiseerbare *beneficiaries*/personen aanwezig. *Charitable trusts* zijn dus geen '*trusts for persons*', maar *trusts for purposes*. Door hun bijzondere status genieten dergelijke *trusts* meestal van bepaalde voordelen en privileges die aan andere *trusts* in de regel niet toekomen, zoals belastingvrijstellingen.⁵⁹⁶

180. In het Engelse recht is gedurende verschillende eeuwen de vraag welke doeleinden nu precies konden gelden als 'charitatief' een heet hangijzer geweest.⁵⁹⁷ Reeds in de preambule van het *Statute of Charitable Uses* van 1601 kan een opsomming van aanvaarde doelen worden aangetroffen. Hier wordt onder meer

beneficiaries/aandeelhouders. Indien deze *primary trust* faalde, diende *Rolls Razor* het geld als *trustee* in een *secondary trust* aan te houden voor *Quistclose* zelf. Pas wanneer het geld op een correcte wijze aan de aandeelhouders zou zijn uitbetaald zou de rechtspositie van *Rolls Razor* worden gewijzigd naar een schuldenaar ten aanzien van *Quistclose*. Deze zienswijze hield in dat, indien *Rolls Razor* als *trustee* insolvent zou zijn geworden, zoals *in casu* ook het geval was, de trustgoederen buiten diens boedel zouden blijven. Het *House of Lords* aanvaardde unaniem het argument van *Quistclose*.

⁵⁹³ D.W. AERTSEN, *De trust: beschouwingen over de invoering van de trust in het Nederlandse recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 57.

⁵⁹⁴ A. DYER, H. VAN LOON, "Report on trusts and analogous institutions" in CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) – Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 49 – 53; L.A. SHERIDAN, "Public and Charitable Trusts" in W.A. WILSON (ed.), *Trusts and Trust-Like Devices*, Londen, British Institute of International and Comparative Law, 1981, 21 – 43.

⁵⁹⁵ S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 38.

⁵⁹⁶ W. SWADLING, "Chapter 4: General Principles" in A. BURROWS (ed.), *English Private Law, 3rd edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 233.

⁵⁹⁷ *Ibid*, 233 – 234.

melding gemaakt van uses ten voordele van ouderen, onbekwamen en armen, scholen, weeshuizen, universiteiten, bouwwerken en gildes. *Section 3* van de Engelse *Charities Act 2011* bevat de volgende limitatieve lijst van goede doelen: (a) *the prevention or relief of poverty*; (b) *the advancement of education*; (c) *the advancement of religion*; (d) *the advancement of health or the saving of lives*; (e) *the advancement of citizenship or community development*; (f) *the advancement of the arts, culture, heritage or science*; (g) *the advancement of amateur sport*; (h) *the advancement of human rights, conflict resolution or reconciliation or the promotion of religious or racial harmony or equality and diversity*; (i) *the advancement of environmental protection or improvement*; (j) *the relief of those in need because of youth, age, ill-health, disability, financial hardship or other disadvantage*; (k) *the advancement of animal welfare*; (l) *the promotion of the efficiency of the armed forces of the Crown or of the efficiency of the police, fire and rescue services or ambulance services*. *Sub (m)* laat ten slotte nog ruimte voor andere doeleinden die niet in de limitatieve lijst paragraaf 3 voorkomen, maar wel in andere paragrafen van de *Charities Act 2011* die analoog zijn met de in de lijst vervatte doelen.

181. Aangezien een *charitable trust* geen individuele *beneficiaries* heeft, kunnen er in de praktijk, nog meer dan bij andere trustvormen, allerlei *agency*- en andere gerelateerde problemen opduiken, aangezien de *trustee* niet rechtstreeks in een juridische verhouding staat ten aanzien van één of meerdere individuen die de *trustee* in de uitoefening van zijn taken kunnen controleren. Door het feit dat er geen individuele (menselijke) *beneficiaries* zijn, dient er een andere wijze te worden gevonden waarop *trustees* desgevallend ter verantwoording kunnen worden geroepen. Om deze reden wordt deze functie in de praktijk waargenomen door de Engelse staat, die een mechanisme heeft opgezet om de wijze waarop *charitable trusts* worden beheerd, te controleren. *In concreto* wordt deze rol waargenomen door de *Charity Commission*, die zowel een controlerende als een ondersteunende taak heeft.⁵⁹⁸

D. Wijzen waarop de *trust* kan worden geclassificeerd

1. Het nut van trustclassificatie

182. Gezien de grote verscheidenheid aan trustvormen is het voor een goede verstaanbaarheid van het onderwerp eveneens nuttig, en zelfs noodzakelijk, om een overzicht te geven waarop de verschillende soorten *trusts* kunnen worden ingedeeld. Dit zal ons later eveneens toelaten het toepassingsgebied van het voorliggend onderzoek verder af te bakenen. Niet elke trustvorm is immers relevant voor het beantwoorden van de voorliggende onderzoeksvragen. Bovendien zal de vraag naar de juridische classificatie van een bepaalde trustverhouding een belangrijke rol kunnen spelen de beantwoording in verschillende internationaal

⁵⁹⁸ J. MARTIN, *Hanbury & Martin: Modern Equity, 19th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 494 - 499.

privaatrechtelijke en civielrechtelijke vraagstukken, alsook voor wat betreft verschillende vraagstukken van fiscale aard. De fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* kunnen in bepaalde immers, zoals nog zal blijken, verschillen, afhankelijk van de concrete trustvorm die voorligt. Dit alles komt aan bod in Deel III en Deel IV van voorliggend onderzoek.

Noteer evenwel dat het indelen van de verschillende trustvormen in categorieën slechts een quasi-wetenschappelijke aangelegenheid is⁵⁹⁹, aangezien de vooropgestelde categorieën niet steeds dezelfde wetenschappelijke waarde hebben, en omdat het categoriseren tot op zekere hoogte een arbitraire aangelegenheid kan zijn. Om deze reden werd ervoor geopteerd om enkel de meest gangbare trustclassificaties mee te geven. Daarbij wordt tevens rekening gehouden met de trustclassificaties die relevant blijken te zijn voor de in Delen III en VI opgeworpen vraagstukken.

183. *Trusts* kunnen meer bepaald op de volgende wijzen worden geclassificeerd: (a) aan de hand van hun ontstaansgrond; (b) aan de hand van het met de trustinstelling nagestreefde doel; (c) aan de hand van de rechten die de *beneficiaries* aan de *trust* ontleen en de corresponderende verplichtingen van de *trustee*; (d) aan de hand van de mogelijkheid tot herroepbaarheid van de *trust*. Noteer evenwel dat onderstaand overzicht opnieuw geen exhaustief beeld kan bieden van alle mogelijke trustsoorten en -types. Het feit dat *Black's Law Dictionary* meer dan 160 trustsoorten vernoemt⁶⁰⁰, attesteert niet enkel het succes dat de *trust* als juridisch instituut doorheen de geschiedenis heeft gekend. Het maakt het geven van een overzicht van elke denkbare of mogelijke trustcategorie eveneens tot een onwenselijke opdracht binnen het bestek van voorliggend onderzoek.

2. Trusts ingedeeld aan de hand van hun ontstaansgrond

184. De eerste trustindeling geschiedt aan de hand van de ontstaansgrond van de betrokken *trust*. Hierbij kan reeds worden opgemerkt dat *trusts* op twee wijzen in het leven kunnen worden geroepen⁶⁰¹. Enerzijds ontstaat een *trust* ingevolge een wilsuiving van een *settlor* (*express trust*).⁶⁰² Anderzijds kan de *trust* eveneens van rechtswege ontstaan. *Trusts* die van rechtswege ontstaan worden vervolgens verder ingedeeld in drie categorieën: de *constructive trust*, de *resulting trust* en de *statutory trust*.

⁵⁹⁹ W. SWADLING, "Chapter 4: General Principles" in A. BURROWS (ed.), *English Private Law, 3rd edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 215; P. LEPAULLE, "Civil Law Substitutes for Trusts", *Yale Law Journal* 1927, 1128.

⁶⁰⁰ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 2.

⁶⁰¹ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 53.

⁶⁰² Voor wat betreft de categorie van *trusts* die in het leven worden geroepen door wilsuiving maakte MAITLAND nog melding van een vierde categorie, de *implied trust*. Deze trustclassificatie is evenwel in onbruik geraakt en wordt daarom niet verder besproken.

a. De *express trust*

185. De *express trust* is een trustvorm die stand komt ingevolge een vrije en uitdrukkelijke wilsverklaring vanwege de *settlor*. In het Engelse recht spreekt de rechtsleer over een '*manifestation of intent*' of een '*declaration of trust*'.⁶⁰³ De benaming *express trust* is dan ook ontleend aan het werkwoord '*to express*'. De *declaration of trust* is in beginsel een (mogelijks eenzijdige en) vormvrije⁶⁰⁴ rechtshandeling, tenzij het recht bij wijze van uitzondering voorziet in vormvoorschriften.⁶⁰⁵ De *express trust* wordt verder gekenmerkt door zijn vrijwillig karakter. Zowel de creatie van de *trust* zelf door de *settlor*, als de aanvaarding van de opdracht als *trustee* zijn vrijwillige handelingen. Niemand kan worden gedwongen *trustee* te worden van een *express trust*. Het is overigens ook dit karakter van een vrijwillig 'aanbod' vanwege de *settlor* en de al even vrijwillige 'aanvaarding' door de *trustee*, die MAITLAND ertoe bracht te beweren dat de *trust* een soort '*agreement*' was tussen de beide partijen (zie hierover verder, *infra*, randnr. 323 e.v.).⁶⁰⁶

Belangrijk is in dit verband nog op te merken dat de *express trust* nog verder kan worden onderverdeeld in twee categorieën. Enerzijds kan een *express trust* tot stand komen door een rechtshandeling bij leven van de *settlor*. In dit verband wordt gesproken van een *inter vivos trust*. Anderzijds kan een *trust* ook in het leven worden geroepen bij uiterste wilsbeschikking van de *settlor*. In een dergelijk geval wordt gesproken van een *testamentary trust*.

Noteer evenwel dat de benaming *inter vivos trust* het potentieel heeft om te misleiden: *inter vivos trusts* blijven voortbestaan, ook na het overlijden van de *settlor*. De bewoordingen "*inter vivos*" verwijzen enkel naar het moment waarop de *trust* tot stand komt.

186. *Express trusts* kunnen verder ook nog worden onderverdeeld in *bare trusts* en *special trusts*.⁶⁰⁷ In een *bare trust* houdt de *trustee* de trustgoederen aan zonder gebonden te zijn aan bijzondere *trust terms*. In een dergelijk geval zijn de *beneficiaries* ook op een 'absolute wijze' gerechtigd om de trustgoederen te ontvangen of om aan te geven aan de *trustee* wie de trustgoederen dient te ontvangen.⁶⁰⁸ Dit impliceert dat de *trustee* er in beginsel toe gehouden is om de richtlijnen van de *beneficiary* te volgen. In een *special trust* daarentegen heeft de

⁶⁰³ W. SWADLING, "Chapter 4: General Principles" in A. BURROWS (ed.), *English Private Law, 3rd edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 215.

⁶⁰⁴ G.T. BOGERT, *Trusts, 6th Edition*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1987, 25.

⁶⁰⁵ Dit is bij wijze van voorbeeld het geval voor de overdracht van onroerende goederen. Een dergelijke overdracht dient te worden ingeschreven in het Engelse *Land Registry*.

⁶⁰⁶ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 53.

⁶⁰⁷ D. FOX, "Definition and Classification of Trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 579; J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 19.

⁶⁰⁸ D. FOX, "Definition and Classification of Trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 579.

settlor wel in bijzondere *trust terms* voorzien waaraan de *trustee* bij het uitoefenen van zijn taken dan ook gebonden is.

b. De constructive trust

187. In het geval van een *constructive trust* verwijst de term ‘*constructive*’ naar het werkwoord ‘*to construct*’. Een *constructive trust* wordt, in tegenstelling tot de *express trust*, aan de betrokkenen *in equity* opgelegd door een rechtbank, desnoods tegen de wil van de als *trustee* aangeduide persoon in.⁶⁰⁹ De *constructive trust* is dus het gevolg van een eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling, en niet van een rechtshandeling gesteld door een particulier persoon. Het opleggen van een *constructive trust* is meestal een reactie op een als onrechtvaardig gepercipieerde situatie, die de rechter dan door een toepassing van *equity* tracht te remediëren.

Een tweetal voorbeelden kunnen hier enige verduidelijking scheppen. In *A-G for Hong Kong v. Reid*⁶¹⁰ bleek dat een hoge ambtenaar steekpenningen had aanvaard van misdadigers in ruil voor het laten vallen van lopende strafvervolgingen. De rechter was van oordeel dat hij daarmee zijn fiduciaire verplichtingen ten aanzien van de staat Hong Kong had geschonden, en dat hij bijgevolg de ontvangen gelden *in constructive trust* had gehouden ten aanzien van zijn principaal, zijnde de staat Hong Kong.

In *Chase Manhattan Bank NA v. Israel-British Bank London Ltd.*⁶¹¹ werd de ontvanger van een verkeerdelijk uitgevoerde betaling geacht de ontvangen geldsom *in constructive trust* te houden voor de werkelijk bedoelde ontvanger.⁶¹²

Noteer hoe in beide gevallen de *equity*-rechter *an sich* geen afbreuk doet aan de ‘juridische eigendom’ of *legal title* van de *trustee*, maar aan de *trustee* een aantal verplichtingen *in equity* oplegt, zodat hij de eigendom vanaf dat moment aanhoudt voor een ander. Andere gevallen waarin het bestaan van een *constructive trust* reeds is aangenomen, betreffen de beëindiging van samenlevingsrelaties en het verkrijgen van goederen voor middel van dwang, bedrog of *undue influence*.⁶¹³

c. De resulting trust

⁶⁰⁹ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 83.

⁶¹⁰ *A-G for Hong Kong v. Reid* (1994) 1 AC 324, PC.

⁶¹¹ *Chase Manhattan Bank NA v. Israel-British Bank London Ltd.* (1981) Ch 105.

⁶¹² Cf. het adagium *qui paie mal, paie deux fois* in het Belgische recht.

⁶¹³ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 83 – 84. In het geval van *undue influence* heeft een verkrijger een zaak of geldsom van de overdrager verkregen vanwege zijn groot geestelijk overwicht. *Undue influence* doet naar Belgisch recht sterk denken aan de ‘gekwalficeerde benadeling’.

188. De *resulting trust* is ongetwijfeld de moeilijkste en meest controversiële trustcategorie.⁶¹⁴ De term 'resulting' is afgeleid van het Latijnse 'resilio' en verwijst naar het 'terugspringen' of 'achteruit springen'. Een *resulting trust* ontstaat in gevallen waar de *beneficiary* van de *trust* tevens de persoon is van wie de *trustee* de goederen waarop de *trust* betrekking heeft, heeft gekregen.⁶¹⁵ Nochtans wordt niet elke *trust* waarvan de *beneficiary* eigenlijk ook de *settlor* was, een *resulting trust* genoemd.

De benaming 'resulting trust' wordt in de Engelse rechtsleer dan ook niet gebruikt in het geval van een trustverhouding waarbij de *settlor* zichzelf expliciet heeft aangeduid als *beneficiary*. Verder is het ook enigszins merkwaardig dat de *resulting trust* doorgaans geacht wordt een afzonderlijke categorie te vormen, wanneer het onderscheidend criterium de ontstaansgrond van de *trust* is. De term 'resulting' verwijst immers meer naar de identiteit van de *beneficiary* dan naar de wijze waarop de *trust* is ontstaan.⁶¹⁶

189. Volgens Lord BROWNE-WILKINSON in de zaak *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington LBC*⁶¹⁷ kan een *resulting trust* slechts in twee gevallen ontstaan.

Het eerste geval is dat waar een *settlor* een bepaald goed of goederen overdraagt aan een *trustee*, maar daarbij in het midden laat wat er met de trustgoederen dient te gebeuren wanneer zich bepaalde omstandigheden voordoen. Wanneer een *settlor* A bijvoorbeeld goederen overdraagt aan *trustee* X voor het leven van *beneficiary* B, maar daarbij niet nader stipuleert wat er dient te gebeuren indien B overlijdt, wordt de *trustee* geacht de goederen als *trustee* te houden voor B gedurende diens leven, maar *in resulting trust* voor A, wanneer B is overleden. *Settlor* A heeft met andere woorden niet volledig 'beschikt' over het gehele *equitable*- en *beneficial interest*. De *trust* 'slaagt' dan ook niet helemaal. Het deel waarover hij niet heeft beschikt wordt dan volgens het Engelse recht geacht *in resulting trust* te worden aangehouden ten voordele van *settlor* A.⁶¹⁸

Het tweede geval waarin een *resulting trust* ontstaat is dat waarin persoon A een goed om niet overdraagt aan persoon B, maar persoon B niet kan bewijzen dat er sprake is van een *gift*. Een variant hierop is het geval waar persoon A een derde partij betaalt om een goed over te dragen aan persoon B ('*traditio longa manu*'), zonder dat enige vorm van tegenprestatie wordt verwacht van B, maar waar B opnieuw niet kan bewijzen dat er sprake was van een *gift*. Ook hier wordt B vermoed het goed aan te houden voor A *in resulting trust*. In dit geval ontstaat de

⁶¹⁴ W. SWADLING, "Chapter 4: General Principles" in A. BURROWS (ed.), *English Private Law, 3rd edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 215 – 216.

⁶¹⁵ S. GARDNER, *An introduction to the law of trusts, Third Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 288.

⁶¹⁶ W. SWADLING, "Chapter 4: General Principles" in A. BURROWS (ed.), *English Private Law, 3rd edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 215.

⁶¹⁷ *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington LBC* [1996] AC 669.

⁶¹⁸ A.J. OAKLEY, *Parker and Mellows: "The modern law of trusts", 9th Edition*, Sweet & Maxwell, Londen, 2008, 40 – 41.

resulting trust op basis van een vermoeden, wat meteen ook impliceert dat, indien het tegenbewijs wordt geleverd, de *resulting trust* niet (meer) bestaat.

190. SWADLING merkt op dat de eerste vorm van de *resulting trust* eigenlijk eerder een vorm van *constructive trust* is, aangezien dergelijke *trusts* door de rechtbank worden geconstrueerd en hun bestaan te danken hebben aan de wet zelf ('*by operation of law*')⁶¹⁹. Deze *resulting trusts* worden dan ook soms *automatic resulting trusts* genoemd, waarbij de term '*automatic*' verwijst naar het feit dat dergelijke *resulting trusts* van rechtswege tot stand komen.

De tweede verschijningsvorm van *resulting trusts* is dan weer eerder een *trust* waarvan de instelling door de *settlor* wordt vermoed, bij gebrek aan enig bewijs. In feite is dit dan ook een verschijningsvorm van de *express trust*, die tot stand komt omdat de wet een vermoeden heeft geschapen in het voordeel van hem die om niet overdraagt.

Om deze redenen is SWADLING dan ook de mening toegedaan dat beide trustvormen beter thuishoren in de basiscategorieën van de *express trust* en de *constructive trust*.

d. De statutory trust

191. De *statutory trust* is een *trust* die ontstaat op basis van de wet. Dit kan zowel impliciet als expliciet geschieden.⁶²⁰ De *statutory trust* ontstaat dus eveneens van rechtswege, maar niet omdat haar bestaan door een rechtbank wordt opgelegd. Dit is dan ook het onderscheid met de andere categorie van *trusts* die van rechtswege in het leven worden geroepen, zijnde de *constructive trusts*. *Statutory trusts* ontstaan daarentegen door een parlementair ingrijpen. Hoewel de *statutory trust* verder niet wordt besproken, toont het loutere bestaan ervan wel aan dat ook de wetgevende macht haar vertrouwen durft stellen in deze rechtsfiguur.

3. Trusts ingedeeld aan de hand van de beoogde doelstelling

192. Hoger (*supra*, randnr. 164 e.v.) werd reeds een exemplatieve opsomming geboden van de verschillende doeleinden waarvoor *trusts* kunnen worden aangewend. Zoals HAYTON reeds aangaf, is het aantal doeleinden waarvoor een *trust* kan worden aangewend even oneindig als de fantasie en creativiteit van het menselijke brein zelf.⁶²¹ Daarom wordt in wat volgt, wordt de *trust* besproken op

⁶¹⁹ *Re Vandervelt's Trusts (No. 2)* (1974) Ch 269, 294.

⁶²⁰ A.J. OAKLEY, *Parker and Mellows: "The modern law of trusts"*, 9th Edition, Sweet & Maxwell, Londen, 2008, 39 – 40.

⁶²¹ D.J. HAYTON, "Trusts" in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN *et al.* (eds.), *Vertrouwd met de trust. Trusts and trust-like arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, 33.

een hoger en meer fundamenteel abstractieniveau.⁶²² Bovendien zal de hier gemaakte onderverdeling ons verder toelaten om het toepassingsgebied af te bakenen tot de *trusts* die in het licht van onze onderzoeksvraag relevant zijn. Om deze redenen wordt een onderscheid gemaakt tussen de *private trust* enerzijds en de *public trust* anderzijds.⁶²³

a. De *private trust*

193. In het geval van een *private trust* staan vooral de belangen van één of meer door de *settlor* aangeduide *beneficiaries* centraal.⁶²⁴ De (groep) *beneficiaries* kan evenwel ook op een toekomstig ogenblik worden bepaald, aan de hand van de richtlijnen van de *settlor*. De categorie van de *private trusts* is noodzakelijkerwijs erg breed, zodat heel wat trustvormen onder deze categorie vallen. Deze categorie lijkt bovendien samen te vallen met de hoger besproken *trusts* voor private of familiale doeleinden en de *trusts* voor zakelijke doeleinden. In beide gevallen is er immers sprake van één of meer identificeerbare *beneficiaries* of een nader te bepalen categorie van *beneficiaries* die bepaalde aanspraken hebben onder de trustverhouding in kwestie, individueel of als groep.

b. De *public trust*

194. In het geval van een *public trust*, wordt de *trust* net niet in het leven geroepen met als doel om de belangen van één of meerdere al dan niet nader te bepalen *beneficiaries* te dienen, maar voor een door de *settlor* vooropgesteld doel. De 'beneficiary' van een *public trust* is dus de maatschappij als geheel, of een bepaald onderdeel daarvan. Indien de categorie van de *private trusts* correspondeert met de *trusts* voor private of zakelijke doeleinden, correspondeert de categorie van de *public trusts* noodzakelijkerwijs met de categorie van *trusts for purposes*.⁶²⁵

⁶²² J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 189 – 199.

⁶²³ D. FOX, "Definition and Classification of Trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 580.

⁶²⁴ A.J. OAKLEY, *Parker and Mellows: "The modern law of trusts"*, 9th Edition, Sweet & Maxwell, Londen, 2008, 44.

⁶²⁵ Hoger werd reeds opgemerkt dat *trusts for purposes* die geen *charitable trust* vormen in het Engelse recht normaliter verboden zijn, behoudens in één van de gevallen waar sprake is van een anomaal geval, zie: *supra*, randnr. 172.

195. Vanwege hun bijzondere status genieten *charitable trusts* van een aantal bijzondere privileges, die aan andere trustvormen niet wordt verleend.⁶²⁶ Zo werd hoger (*supra*, randnr. 195) reeds vermeld dat de *trustee* in de kwijting van zijn taken wordt gecontroleerd door de *Charity Commission*, een orgaan van de Engelse overheid. Ten tweede zijn *charitable trusts* niet onderworpen enig *beneficiary principle* (zie *infra*, randnr. 283), wat voor andere trustvormen wel als een noodzakelijke geldigheidsvoorwaarde wordt beschouwd. *Charitable trusts* hebben vanuit hun aard geen *beneficiaries*, en dienen daarom niet aan deze verplichting te voldoen. Ten derde genieten *charitable trusts* doorgaans verschillende fiscale voordelen, zo zijn ze, *grosso modo*, niet onderworpen aan inkomstenbelastingen, vermogenswinstbelastingen, registratierechten en verkrijgen ze bijzondere voordelen op het vlak van BTW en schenkingsrechten. Ten slotte zijn *charitable trusts* 'duurzamer' dan andere trustvormen. Zo wordt de geldigheid van *charitable trusts* gemakkelijker aanvaard, zelfs wanneer hun doel niet in voldoende eenduidige bewoordingen is omschreven. Ook kunnen dergelijke *trusts* in theorie voor eeuwig bestaan.

4. Trusts ingedeeld aan de hand van de rechten van de *beneficiaries*

a. Trustclassificatie als mogelijkheid tot verdere afbakening van het onderzoeksvoorwerp

196. Een volgende indeling van *trusts* concentreert zich niet zozeer op de ontstaanswijze van de *trust* of het doel daarvan, maar op de rechten die de *beneficiaries* al dan niet verkrijgen ingevolge de trustverhouding. De in dit onderdeel besproken classificatie veronderstelt evenwel dat de in de vorige onderdelen vermelde classificaties reeds werden toegelicht. Zowel de *fixed (interest) trust* als de *discretionary trust* worden gedurende het verdere verloop van voorliggend onderzoek behandeld als twee mogelijke verschijningsvormen van de *express private trust*. Aangezien het onderscheidend criterium de rechten van de *beneficiaries* zijn, kunnen noch de *fixed trust*, noch de *discretionary trust* een verschijningsvorm van de *public trust* zijn.

Bovendien dienen wij ons verder quasi-uitsluitend te concentreren op *private express trusts*, aangezien dit de enige trustcategorie is die door een rechtshandeling van een *settlor* in het leven is geroepen, met als bedoeling het bevoordelen van de *beneficiaries*. Slechts deze trustcategorie is relevant, in het licht van de hoger (*supra*, randnr. 24) geformuleerde onderzoeksvraag, alsook de afbakening van voorliggend onderzoek. Ook *trusts* die van rechtswege ontstaan vormen aldus niet het voorwerp van voorliggend onderzoek.

⁶²⁶ S. GARDNER, *An introduction to the law of trusts, Third Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 108 – 112.

b. De *fixed (interest) trust*

197. In het geval van een *fixed trust* heeft elke *beneficiary* een vooraf, meestal door de *settlor* bepaald, vastgelegd recht op de distributie van een bepaald deel van het trustkapitaal en/of netto-trustinkomen.⁶²⁷ Elke *beneficiary* heeft met andere woorden een in *equity* vastgelegd recht met betrekking tot de trustgoederen en dient deze goederen op een vastgesteld tijdstip te ontvangen.

198. Dit recht kan een drietal verschijningsvormen aannemen. Ten eerste kan een *settlor* bepalen dat de *trustee* de trustgoederen dient uit te keren aan één of meerdere vooraf vastgestelde individuen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de *settlor* een *trust* instelt ten voordele van personen A, B en C. Ten tweede kan een *settlor* ook een groep ('*class*') aanduiden zonder de specifieke gerechtigden individueel te identificeren. Dit tweede geval kan vervolgens opnieuw op twee wijzen juridisch worden vormgegeven.⁶²⁸

Eenzijds kan het recht van iedere *beneficiary* worden bepaald, onafhankelijk van de rechten van mogelijke andere *beneficiaries*. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een *settlor* een *trust* instelt en aan de *trustee* opdraagt om zijn vrienden elk 100 pond te geven. In dit geval moet enkel worden aangetoond dat een persoon tot de vriendengroep van de *settlor* behoort om 100 pond te kunnen ontvangen.

Anderzijds kan de *settlor* bepalen dat de *trustee* 100 pond evenredig dient te verdelen onder zijn vrienden. In dit geval hangt de gerechtigdheid van elk lid van de *class* af van het bestaan van de gerechtigdheden van anderen die ook tot de *class* behoren. Immers, hoe meer vrienden de *settlor* heeft, hoe kleiner de gerechtigdheid van elke individuele vriend onder de *trust*. Aangezien de *trustee* niet de bevoegdheid heeft om zelf discretionair de gerechtigden onder de *trust* aan te duiden of te bepalen hoeveel trustgoederen er aan elke *beneficiary* worden uitgekeerd, is hier geen sprake van een *discretionary trust*. Het verschil tussen de genoemde varianten van de *fixed trust* bestaat erin dat de *certainty test* waaraan het laatst genoemde geval dient te voldoen, strikter wordt ingevuld dan in de eerste twee gevallen (zie *infra*, randnr. 221).⁶²⁹

199. Het recht van de *beneficiaries* onder een *fixed trust* is een 'netto-recht'. Zij hebben recht op het trustinkomen of het trustkapitaal, na aftrek van de kosten die door de *trustee* werden aangegaan in het kader van het beheer van de *trust*.⁶³⁰ Hoger (*supra*, randnr. 158) werd aangehaald dat *trustees* zowel kunnen beschikken over *administrative powers* als over *distributive powers*. Eveneens werd opgemerkt

⁶²⁷ Cf. A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 63; J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 68 – 69; D. FOX, "Private Express Trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 589.

⁶²⁸ C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 51 – 53.

⁶²⁹ *Ibid.*

⁶³⁰ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 63.

dat bepaalde *trustees* ook zogeheten *trust powers* kunnen hebben, en dat dergelijke *powers* in feite correleren met zogeheten *discretionary trusts*. De *powers* of bevoegdheden van een *trustee* hangen dus samen met de corresponderende rechten van de *beneficiaries*. Hieruit volgt logischerwijze dat in het geval van een *fixed trust* aan de *trustee* nooit een *dispositive power/trust power* kan worden gegeven. Dergelijke *powers* zijn immers onbestaanbaar met de *equitable interests* (in het geval van een *fixed trust*: de vaste aanspraken) van de *beneficiaries*. Indien de *trustee* discretionair kan kiezen of hij aan bepaalde *beneficiaries* van een vooraf vastgestelde *class* überhaupt wel een uitkering wil doen of zelfs naar eigen inzicht de *beneficiaries* kan aanduiden, heeft geen enkele potentiële *beneficiary* een *fixed interest*.

De *trustee* van een *fixed trust* heeft meestal wel *administrative powers*. Dit zijn bevoegdheden die ertoe strekken om het trustkapitaal te beheren en te investeren. Aangezien de gerechtigdheden van de *beneficiaries* slechts 'netto-gerechtigdheden' zijn, impliceert dit dat alle kosten, die door de *trustee* werden gemaakt in de uitoefening van zijn *administrative powers*, eerst dienen te worden vergoed voor een uitkering aan de *beneficiaries* kan geschieden.

i. **Nadere analyse van de *interests* onder een *fixed trust***

(a) *Algemeen*

200. Hoger (*supra*, randnr. 113) werd reeds aangehaald dat de *Law of Property Act* van 1925 ertoe heeft geleid dat, buiten de *estate in fee simple absolute in possession*, andere soorten *estates* slechts konden bestaan via een *lease* of achter de sluier van een *trust*. De *equitable interests* van de *beneficiary* kunnen via een *trust* dus op verschillende wijzen worden gemoduleerd. Nochtans maakt de verdere inhoudelijke kwalificatie van de rechten van de *beneficiary* in een *fixed trust* geen deel uit van het trustrecht als zodanig. In de inhoudelijke kwalificatie van deze rechten komt wel tot uiting in welke mate de *common law* belang hecht aan de elementen 'bezit' en 'tijd'. Dit bleek tevens al uit het hoger gebonden historisch overzicht met betrekking tot het Engelse feodale recht (*supra*, randnr. 52 e.v.). Ook valt hierdoor meteen op in welke mate het Engelse goederenrecht nog steeds is gebaseerd op de feodale *land law*. Hoewel op dit punt in het Engelse recht tegenwoordig geen onderscheid meer wordt gemaakt tussen onroerende goederen en roerende goederen, blijft het historische vertrekpunt het middeleeuwse Engelse recht met betrekking tot onroerende goederen.⁶³¹

⁶³¹ F. SONNEVELDT, "De positie van een beneficiary in het kader van de Anglo-Amerikaanse trust", *TEP* 2006, 294.

201. Vermeldenswaard is in dit verband nog dat het Engelse (alsook het Amerikaanse) recht drie wijzen kent om de eigendom van goederen te 'splitsen'.⁶³² Ten eerste kunnen er met betrekking tot hetzelfde goed verschillende gelijktijdige gerechtigden zijn. In dit geval kan worden gedacht aan *joint tenancy*⁶³³, *tenancy in common* en *tenacy by the entirety*. Ten tweede kunnen *interests* met betrekking tot eenzelfde goed worden gesplitst in *legal* en *equitable interests*. Hiervan vormt de klassieke trustverhouding het standaardvoorbeeld. Ten slotte kunnen *interests* worden gesplitst op een temporele basis. Het betreft het onderscheid tussen *present interests* en *future interests*.

(b) *Present en future interests*

202. *Present interests* zijn *interests* die in het heden reeds een recht verlenen op het bezit of het genot van het goed waarop het *interest* betrekking heeft.⁶³⁴ Om deze reden worden deze *interests* ook wel *possessory interests* genoemd. De belangrijkste *present interests* zijn de *fee simple*, de *fee tail*, het *life estate* en de *term of years*. *Future interests* daarentegen kunnen worden omschreven als een recht dat reeds bestaat, maar nog geen aanleiding geeft tot bezit of genot in het heden.⁶³⁵

Future interests worden op hun beurt onderverdeeld in *reversionary future interests* en *nonreversionary future interests*.⁶³⁶ Een *future interest* is *reversionary* wanneer dat *interest* voorbehouden blijft of wordt gecreëerd ten voordele van de overdrager zelf. Wanneer A een *interest* overdraagt aan B *for life* en daarbij stipuleert dat het *interest* na het overlijden B terug aan hem (of wanneer hij reeds is overleden zijn erfgenamen⁶³⁷) toekomt, is er sprake van een *reversionary interest*. Wanneer daarentegen het *interest* na het overlijden van B toekomt aan C, is er sprake van een *nonreversionary interest*.

In het Engelse en Amerikaanse recht wordt aangenomen dat er drie soorten *reversionary interests* bestaan: de *reversion*, de *possibility of reverter* en het *right of entry*. Er bestaan twee soorten *nonreversionary interests*: de *remainder* en de *executory interest*.⁶³⁸ Het valt buiten het opzet van dit onderzoek om deze

⁶³² T.P. GALLANIS, L.W. WAGGONER, *Estates, Future Interests and Powers of Appointment, 5th Edition*, St. Paul, West Academic Publishing, 2014, 2; J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 2015; F. SONNEVELDT, "De positie van een beneficiary in het kader van de Anglo-Amerikaanse trust", *TEP* 2006, 292.

⁶³³ Zie hieromtrent: *infra*, vn. 755.

⁶³⁴ T.P. GALLANIS, L.W. WAGGONER, *Estates, Future Interests and Powers of Appointment, 5th Edition*, St. Paul, West Academic Publishing, 2014, 17.

⁶³⁵ W. ANDERSEN, *Understanding Trusts and Estates*, Newark, LexisNexis, 2003, 186 – 187.

⁶³⁶ T.P. GALLANIS, L.W. WAGGONER, *Estates, Future Interests and Powers of Appointment, 5th Edition*, St. Paul, West Academic Publishing, 2014, 40 – 44.

⁶³⁷ F. SONNEVELDT, "De positie van een beneficiary in het kader van de Anglo-Amerikaanse trust", *TEP* 2006, 294.

⁶³⁸ T.P. GALLANIS, L.W. WAGGONER, *Estates, Future Interests and Powers of Appointment, 5th Edition*, St. Paul, West Academic Publishing, 2014, 41.

onderverdelingen van de *present* en *future interests* verder uitgebreid te bespreken. Zij maken immers geen deel uit van het Engelse of Amerikaanse trustrecht als zodanig.

203. De *settlor* van een *trust* geniet een vrijwel onbeperkte vrijheid om de *equitable interests* op te delen en te moduleren naar zijn wens. Vaak zal de *settlor* hier voorzien in een samenspel van *present* en *future interests*. Zo kan *settlor* A aan *beneficiary* X een *present interest* verlenen voor diens leven en *future interest* aan *beneficiary* Y. *Beneficiary* Y zal dan pas trustgoederen kunnen ontvangen na het overlijden van X. Het *interest* van Y betreft dan een *nonreversionary interest*. In de volgende randnummers wordt een kort beeld geschetst van een aantal veel voorkomende wijzen waarop de *settlor* deze *interests* verder kan moduleren.

(c) *Capital interests en income interests; successive interests*

204. Een eerste onderscheid kan worden gemaakt tussen *interests* in het kapitaal van de *trust* en *interests* die louter het inkomen betreffen dat de trustgoederen genereren.⁶³⁹ In eenzelfde *trust* kunnen beide soorten *interests* bijvoorbeeld worden verdeeld onder verschillende *beneficiaries*. In een dergelijk geval hebben de *beneficiaries* die een *income interest* hebben, recht op het inkomen dat de trustgoederen genereren. Zo kan een *trust* met betrekking tot onroerende goederen huuropbrengsten genereren, terwijl een *trust* met betrekking tot een aandelenportefeuille een dividendstroom kan genereren. De *beneficiaries* met een *capital interest* zijn daarentegen gerechtigd om de kapitaalwaarde van de onder trustverband gebrachte goederen te ontvangen. De waarde van hun *interest* hangt af van de marktwaarde die de onder trustverband gebrachte goederen hebben.

In een *trust* waar een onderscheid wordt gemaakt tussen *beneficiaries* die gerechtigd zijn op het trustkapitaal en *beneficiaries* die gerechtigd zijn op het trustinkomen, bestaan tevens *successive interests*.⁶⁴⁰ Dit zijn *interests* die elkaar opvolgen, gewoonlijk wanneer één of meerdere andere *beneficiaries* komen te overlijden. Neem als voorbeeld een *trust* van aandelen, die wordt gecreëerd door *settlor* A ten voordele van X gedurende tien jaar, vervolgens gedurende Y voor tien jaar en ten slotte voor Z op absolute wijze. In deze *trust* zijn X en Y *income beneficiaries*, terwijl Z een *capital interest* heeft. Aangezien de *trust* verder dient te blijven bestaan tot na het ophouden van de gerechtigdheid van X en Y kunnen zij nooit op absolute wijze aanspraak maken op de trustgoederen, maar enkel op het inkomen dat zij genereren. In deze logica vormt het laatste *interest* in de rij steeds een *capital interest*.⁶⁴¹

⁶³⁹ J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 77 – 78.

⁶⁴⁰ *Ibid*, 78.

⁶⁴¹ *Ibid*.

(d) *Exhaustive en non-exhaustive interests*

205. Net zoals een *discretionary trust* kan worden omschreven als exhaustief of niet-exhaustief (*infra*, randnr. 211), kunnen de *interests* van een *beneficiary* van een *fixed trust* eveneens exhaustief of niet-exhaustief van aard zijn. Wanneer aan de *trustees* een *power to accumulate* wordt gegeven, kunnen zij beslissen om inkomen op te potten, zodat dit niet (meteen) moet worden uitgekeerd aan de *beneficiaries* op het moment dat het inkomen wordt gegenereerd. Dit inkomen kan later bij het kapitaal worden gevoegd (zodat het terechtkomt bij de *capital beneficiaries*) of later worden uitgekeerd aan de *income beneficiaries*. Wanneer geen dergelijke *power* is voorzien, geldt de *trust* als exhaustief aangezien het inkomen wel dient te worden uitgekeerd.

(e) *Conditional en defeasible interests*

206. *Interests* in een *trust* kunnen eveneens voorwaardelijk ('*conditional*') zijn.⁶⁴² Het kan daarbij gaan om een *condition precedent* of een *condition subsequent*. Een *condition precedent* dient te zijn vervuld vooraleer de *beneficiary* werkelijk een *interest* verkrijgt. Zo kan in de trustakte worden opgenomen dat X een *beneficial interest* verkrijgt op voorwaarde dat hij zijn studies afrondt voor het jaar 2017.

Een *condition subsequent* wordt ook wel een *condition of defeasance* genoemd. In dit geval komt een einde aan het *interest* wanneer de voorwaarde wordt vervuld. Zo kan X worden aangeduid als *beneficiary*, tenzij hij geneesheer-specialist wordt, in welk geval zijn broer Y *beneficiary* wordt.

Het onderscheid tussen een *condition precedent* en een *condition subsequent* doet een Belgische jurist enigszins denken aan het onderscheid tussen een opschortende en een ontbindende voorwaarde. Noteer evenwel dat in het geval van het vervullen van een *condition subsequent* niet steeds de gehele trustverhouding wordt beëindigd. Slechts het *beneficial interest* waarop de voorwaarde betrekking had, houdt op te bestaan en wordt desgevallend vervangen door een *beneficial interest* in hoofde van een andere *beneficiary*.

(f) *Vested, absolute en contingent interests*

207. Aangezien het bestaan van *interests* afhankelijk kan worden gemaakt van voorwaarden, is het dus mogelijk dat deze *interests* 'verschuiven' van de éne naar de andere *beneficiary*. Teneinde deze verschuivingen te kunnen vatten, en de huidige 'status' van elk *interest* nauwkeurig te kunnen bepalen, wordt gesteld dat deze *interests* *vested*, *absolute* of *contingent* kunnen zijn.⁶⁴³

⁶⁴² *Ibid*, 79.

⁶⁴³ *Ibid*, 79 – 80.

Een *interest* wordt beschouwd als *vested* wanneer de *beneficiary*, zoals de zaken staan, gerechtigd is op de trustgoederen. Het maakt daarbij niet uit dat het specifieke *interest* dat een *beneficiary* heeft, een *future interest* kan zijn. Wat van tel is, is dat indien de zaken blijven zoals zij zijn, de *beneficiaries* gerechtigd zijn om de trustgoederen te ontvangen. Wanneer bijvoorbeeld *settlor* A bij testament een *trust* opricht ten voordele van zijn weduwe X gedurende haar leven en voor zijn twee dochters, Y en Z, bij haar overlijden, hebben de dochters slechts een *future, successive interest*. Alle *interests* zijn echter *vested interests*, aangezien het *interest* ten aanzien van alle *beneficiaries* vast staat.

De in het voorbeeld aangehaalde *interests* zijn boven ook *absolute interests*, aangezien zij niet *conditional* of *defeasible* zijn. Een *absolute interest* is een *interest* dat niet afhankelijk werd gesteld van de vervulling van een *condition precedent* of *condition subsequent*. Wanneer het *interest* wel afhankelijk werd gesteld van een voorwaarde kan het *interest* wel *vested* zijn, maar is het niet *absolute*. Indien *settlor* A het *interest* van zijn weduwe afhankelijk had gemaakt van de *condition subsequent* dat zij geen *beneficiary* meer zal zijn wanneer zij opnieuw huwt, kan dan ook geen sprake zijn van een *absolute interest* in hoofde van de weduwe. Zolang zij echter niet opnieuw huwt, is het wel een *vested interest*. Zij blijft dan gerechtigd om trustgoederen te ontvangen als *beneficiary* tot op het moment dat zij opnieuw huwt.

Uit het bovenstaande blijkt tevens dat wanneer een *beneficiary* een *vested* maar *defeasible interest* heeft verkregen, er ook een andere *beneficiary* is die een *vested interest* verkrijgt wanneer de voorwaarde zich voltrekt. De keerzijde van het *vesten* van het *interest* in hoofde van de nieuwe *beneficiary*, is dat het *interest* in hoofde van de eerste *beneficiary* uitdooft. Van de tweede *beneficiary* kan worden gesteld dat hij of zij een *contingent interest* heeft. Zo kan X worden aangeduid als *beneficiary*, tenzij hij geneesheer-specialist wordt, in welk geval zijn broer Y *beneficiary* wordt. In eerste instantie heeft X een *vested*, doch geen absoluut *interest*. Broer Y heeft een *contingent interest*. Het *interest* van broer Y is immers afhankelijk van het vervullen van een voorwaarde.

c. De discretionary trust

208. In tegenstelling tot wat geval is in een *fixed trust*, hebben de *beneficiaries* van een *discretionary trust* geen huidig, individueel en vastomlijnd recht op de trustgoederen.⁶⁴⁴ Hoger (*supra*, randnr. 161) werd reeds aangegeven dat een *discretionary trust* conceptueel kan worden gezien als een bijzondere soort *power*, met dien verstande dat de discretionaire bevoegdheid van de *trustee* erin bestaat dat hij naar eigen inzicht kan beslissen om trustgoederen uit te keren aan de *beneficiaries* en/of zelfs om te kiezen welke *beneficiaries* trustgoederen zullen

⁶⁴⁴ D. Fox, "Private Express Trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 591.

ontvangen.⁶⁴⁵ Op de *trustee* rust evenwel de verplichting om een keuze te maken en niet slechts om het maken van een keuze te overwegen, tenzij het trustinstrument zou toelaten dat de trustgoederen verder mogen worden geaccumuleerd. Geen enkele individuele *beneficiary* heeft dus een *equitable interest* in de *trust* tot op het moment dat de *trustee* van zijn discretionaire bevoegdheden gebruik maakt en beslist welke *beneficiaries* een uitkering van trustinkomen of –kapitaal zullen genieten.⁶⁴⁶ De potentiële *beneficiaries* hebben in dit verband slechts een recht om in aanmerking te worden genomen door de *trustee* als een mogelijke *beneficiary*.⁶⁴⁷ Nochtans zal het voorgaande in de volgende randnummers enigszins worden genuanceerd.

209. Net zoals het geval is bij een *fixed trust*, correleren de rechten van de *beneficiaries*, of beter, het gebrek daaraan, met de bevoegdheden van de *trustee*. In een *discretionary trust* heeft de *trustee* noodzakelijkerwijs ook 'dispositieve' bevoegdheden. Dergelijke bevoegdheden laten de *trustee* van een *discretionary trust* toe om zelf te beschikken over de netto-trustinkomsten ten voordele van de door hem aangeduide *beneficiaries*. Hoewel in het vorige randnummer werd opgemerkt dat geen enkele individuele *beneficiary* een aanspraak op de trustgoederen kan ontlenen uit zijn hoedanigheid, kunnen de (potentiële) *beneficiaries* als groep eventueel wél worden gezien als de houder van de *equitable title*.⁶⁴⁸ Op de *trustee* rust immers de verplichting om, desgevallend op de door hem gekozen momenten, van zijn bevoegdheid tot uitkering gebruik te maken. Bovendien hebben de *beneficiaries*, zoals hoger reeds werd aangehaald, gezamenlijk en indien ze meerderjarig en gezond van geest zijn, de bevoegdheid om de trustverhouding te beëindigen en de overdracht van de trustgoederen te vragen (zie *infra*, randnr. 232).⁶⁴⁹ De praktijk heeft uitgewezen dat deze bevoegdheid in veel gevallen slechts op papier bestaat, aangezien een aanzienlijk aantal *discretionary trusts* dermate veel potentiële *beneficiaries* hebben dat een dergelijke unanimitet onder hen quasi-onmogelijk te bereiken valt.⁶⁵⁰ Het beginsel blijft evenwel overeind, al is het dan vaak in theorie. Ten derde kan nog worden opgemerkt dat wanneer een *trustee* van een *discretionary trust* de trustgoederen ten onrechte heeft vervreemd of weggeschonken, deze trustgoederen

⁶⁴⁵ Aan de *trustees* kan zelfs een *power* worden toegekend die hen toelaat om bijkomende *beneficiaries* aan te duiden, zie: *Re Manisty's Settlement* [1974] Ch 17; *Re Hay's Settlement Trusts* [1981] 3 All ER 786; J.P. WEBB, "An ever-reducing core? Challenging the legal validity of offshore trusts", *Trusts & Trustees* 2015, 481.

⁶⁴⁶ J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 69; C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 27.

⁶⁴⁷ D. FOX, "Private Express Trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 591; S. GADHIA, K. RODGERS, J. HO, "Sham Trusts", *Trusts & Trustees* 2016, 465 - 466; J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 200; D.W. AERTSEN, *De trust: beschouwingen over de invoering van de trust in het Nederlandse recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 24.

⁶⁴⁸ C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 27 – 28.

⁶⁴⁹ *Vestey v. IRC* [1980] AC 1148; *Re Smith* [1928] Ch. 915.

⁶⁵⁰ C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 28.

hoogstwaarschijnlijk⁶⁵¹ kunnen worden 'getraced' in de handen van de derden die deze goederen onder zich hebben (zie *infra*, randnr. 276). Vast staat alleszins wel dat ook de (potentiële) *beneficiaries* onder een *discretionary trust* 'een recht op goed beheer' hebben ten aanzien van de *trustee*.⁶⁵²

210. Het antwoord op de vraag naar de aard van de rechten van de *beneficiaries* onder een *discretionary trust* is dus niet zo eenduidig als op het eerste gezicht kan lijken. Door te stellen dat zij geen rechten aan de trustverhouding kunnen ontleen tot wanneer de *trustee* zijn distributieve bevoegdheid in hun voordeel aanwendt, wordt slechts een gedeelte van het gehele beeld geschetst. In tegenstelling tot wat het geval is in een *charitable trust*, waar bij gebreke aan *beneficiaries* geen *equitable interest* bestaat, kan dus van een *discretionary trust* niet zonder meer worden gezegd dat de *equitable interests* pas ontstaan door een rechtshandeling van de *trustee*. Het 'recht om in aanmerking te worden genomen' waarvan in de vorige randnummers sprake was, omhelst meer dan deze omschrijving op het eerste gezicht doet blijken. Dit blijkt ook uit het feit dat de *beneficiaries* het recht hebben om controle uit te oefenen op de *trustee*, teneinde te verzekeren dat deze laatste zijn of haar bevoegdheden in eer en geweten uitoefent.⁶⁵³

211. In bepaalde atypische gevallen bepaalt de *settlor* dat het trustinkomen toekomt aan een *beneficiary*, tenzij de *trustee* beslist om zijn dispositieve bevoegdheden aan te wenden om het trustinkomen toe te bedelen aan een liefdadig doel of om al het trustinkomen te blijven accumuleren, zodat het niet zeker is of de *beneficiaries* gedurende hun leven een uitkering zullen genieten.⁶⁵⁴ Een *discretionary trust* wordt dus verder nog geclassificeerd als zijnde 'exhaustief' wanneer alle trustinkomsten *moeten* worden verdeeld onder de *beneficiaries* en als 'niet-exhaustief' wanneer de *trustees* de bevoegdheid hebben om trustinkomsten te accumuleren of de inkomsten aan een goed doel kunnen toebedelen. Net zoals de *certainty test* kan verschillen naargelang de verschillende verschijningsvormen van de *fixed trust*, verschilt de toets eveneens tussen de 'typische' en 'atypische' gevallen van de *discretionary trust*.⁶⁵⁵

⁶⁵¹ WEBB en AKKOUH lijken wat speculatief op dit punt, maar stellen toch dat er weinig twijfel bestaat over het feit dat de *beneficiaries* de trustgoederen kunnen *tracen*, ook al bevinden deze goederen zich bij een derde én is er slechts sprake van een *discretionary trust*. Zie: C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 27 – 28.

FOX lijkt in dit verband voor wat betreft het Engelse recht zekerder van zijn stuk, zie: D. FOX, "Private Express Trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 591.

Voor wat betreft het Amerikaanse recht wordt het standpunt dat ook de *beneficiaries* van een *discretionary trust* kunnen *tracen*, verdedigd door ROUNDS en ROUNDS. Zie: C.E. ROUNDS, C.E. ROUNDS, *Loring and Rounds: A Trustee's Handbook*, New York, Kluwer, 2015, 311.

⁶⁵² D. FOX, "Private Express Trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 591.

⁶⁵³ A. HUDSON, *Equity and Trusts*, 8th Edition, Oxford, Routledge, 2015, 51.

⁶⁵⁴ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 63 – 64.

⁶⁵⁵ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 64.

5. Trusts ingedeeld aan de hand van het al dan niet herroepbaar karakter

212. Het laatste onderscheid dat hier als zodanig⁶⁵⁶ aan bod komt is dat tussen *revocable* en *irrevocable trusts*.

Het uitgangspunt is steeds dat wanneer een *settlor* een goed overdraagt aan een *trustee*, deze overdracht onherroepelijk is.⁶⁵⁷ De instelling van een *trust* kan in beginsel niet meer worden herroepen, zelfs niet wanneer de *settlor* achteraf in moeilijkheden komt en de trustgoederen nodig zou hebben. Deze goederen hebben zijn vermogen definitief verlaten. Hiermee komt opnieuw de fundamentele stelregel tot uiting dat de *settlor* in beginsel van het toneel verdwijnt zodra de *trust* rechtsgeldig in het leven is geroepen (zie *infra*, randnr. 241 e.v.). In beginsel is een *trust* dus onherroepbaar (*irrevocable*) van aard.⁶⁵⁸ Dit uitgangspunt geldt eveneens in het geval van een *declaration of trust* door de *settlor*. Hoewel de *legal title* van de trustgoederen in dit geval bij de *trustee* blijft, heeft de *trustee* niet langer het *beneficial interest* van diezelfde goederen.

213. Echter, de *settlor* kan zich bij de trustcreatie ook het recht voorbehouden om de instelling van de *trust* te herroepen. Een dergelijke *trust* wordt ook een *revocable trust* genoemd. In het Engels wordt gesproken van een '*power to revoke*'. Hiermee wordt duidelijk hoe dit recht van de *settlor* juridisch wordt vormgegeven, i.e. als een *power*.⁶⁵⁹ Deze *power* kan enkel worden uitgeoefend gedurende het leven van de *settlor*, en valt weg zodra deze overlijdt. Vandaar dat soms ook naar de *revocable trust* wordt verwezen onder de benaming '*living trust*'. De *settlor* die aan zichzelf een *power to revoke* voorbehoudt kan deze *power* ook niet overdragen aan een ander.⁶⁶⁰ Hiermee wordt duidelijk dat de *power to revoke* in beginsel een persoonsgebonden karakter heeft. De *settlor* kan wel bepalen dat deze *power* aan een ander wordt toegekend, of dat hij de *power* slechts gezamenlijk met een ander kan uitoefenen. Bovendien heeft het aanwenden van de *power* geenszins terugwerkende kracht.⁶⁶¹ Indien de *trust* wordt herroepen keren de op dat moment

⁶⁵⁶ Zoals hoger reeds werd opgemerkt bestaan er nog veel meer trustvormen dan in dit onderdeel kan worden aangegeven. Verdere verwijzingen naar bijzondere trustvormen gebeuren daarom op een *ad hoc* basis.

⁶⁵⁷ D. FOX, "Private Express Trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 611; J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 24 - 25; G.W. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 25 - 26; A. HUDSON, *Equity and Trusts, 8th Edition*, Oxford, Routledge, 2015, 244 - 245.

⁶⁵⁸ Evenwel lijken een aantal trustjurisdicties, waaronder een aantal Amerikaanse staten deze regel tegenwoordig te hebben omgekeerd, zie: R.W. ANDERSEN, *Understanding Trusts and Estates*, Newark, LexisNexis, 2003, 92.

⁶⁵⁹ A. HUDSON, *Equity and Trusts, 8th Edition*, Oxford, Routledge, 2015, 245; D. FOX, "Private Express Trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 611.

⁶⁶⁰ J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 200.

⁶⁶¹ D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN, H.L.E. VERHAGEN (eds.), *Principles of European Trust Law*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 63.

aanwezige trustgoederen terug naar het vermogen van de *settlor* of komen zij toe aan een ander, afhankelijk van datgene wat is bepaald in de trustakte. Indien er reeds een uitkering van trustgoederen aan de *beneficiaries* zou zijn geschied, blijft deze uitkering verworven.

Een *power to revoke* wordt ook geacht in te houden dat diegene aan wie de *power* toekomt ook de bevoegdheid heeft om de trustverhouding aan te passen. *Qui peut le plus, peut le moins*. Het omgekeerde is eveneens waar: al te uitgebreide *powers* die ertoe strekken dat de trustverhouding fundamenteel kan worden gewijzigd, worden ook geacht een *power to revoke* te omvatten.⁶⁶²

214. Het instellen van een *revocable trust* door een *settlor* heeft tot gevolg dat de *settlor* ofwel het recht voorbehoudt om enkel de *equitable title* van de *beneficiary* te herroepen door het uitoefenen van zijn *power* (in het geval dat hij zichzelf tot *trustee* heeft benoemd), ofwel dat hij het recht voorbehoudt om de *legal title* van de *trustee* en de daarbij horende *equitable title* van de *beneficiary* te herroepen. Een dergelijke herroepbaarheid doet enigszins denken aan een beschikking bij testament, die eveneens kan worden herroepen door de testator. In de Verenigde Staten wordt de *revocable trust* om deze reden gezien als een functionele equivalent van een testamentaire beschikking.⁶⁶³

Hoger (*supra*, randnr. 71) werd reeds opgemerkt dat de middeleeuwse *use* reeds met hetzelfde oogmerk werd gebruikt. Ook in dat geval lagen (onder meer) fiscale overwegingen ten grondslag aan het gebruik van *uses*. De geschiedenis lijkt zichzelf hier dus tot op zekere hoogte te herhalen. Hoewel dergelijke *trusts* in de regel weinig tot geen fiscaal voordelen opleveren, daar het Amerikaanse recht het trustvermogen dat vervat ligt in een *revocable trust* (ook wel *grantor trust* genoemd) voor fiscale doeleinden in zijn geheel toerekent aan de *settlor* (zie *infra*, randnr. 1216), bieden *grantor trusts* wel andere voordelen. Vandaag zijn dergelijke *trusts* in de Verenigde Staten vooral populair omdat zij een alternatief bieden voor de complexe en vaak dure *probate procedure* die met testamentaire erfopvolging gepaard gaat. Zij worden dan ook wel eens beschouwd als *will substitutes*. De *settlor* blijft in de regel de *beneficiary* van de *grantor trust* tot aan zijn dood. Nadat de *settlor* is komen te overlijden draagt de *trustee* vervolgens de trustgoederen over aan de door de *settlor* aangeduide *beneficiaries*, zonder zich hierbij te moeten wenden tot langdurige en kostelijke procedures.

⁶⁶² J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 200.

⁶⁶³ R. SITKOFF, "Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 450; M. LUPOLI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 103.

6. Schematisch overzicht van de aangehaalde trustclassificaties

Ontstaansgrond	Doelstelling	Herroepbaar karakter	Rechtspositie <i>beneficiaries</i>
<i>Express trust</i> - <i>Mortis causa</i> (testamentary trust) - <i>Inter vivos</i>	Public trust / Charitable trust		
	Private trust	Revocable trust Irrevocable trust	Fixed trust Discretionary trust
<i>Statutory trust</i>			
<i>Constructive trust</i>			
<i>Resulting trust</i>			

E. Ontstaan en beëindiging van de trustverhouding

1. De creatie van een *express trust*

a. Algemeen

215. De creatie van een *express trust* is in beginsel een vormvrije rechtshandeling. Er worden geen bijzondere bewoordingen of formules vereist om over te gaan tot een rechtsgeldige trustcreatie.⁶⁶⁴ In beginsel kan de *settlor* dan

⁶⁶⁴ P.S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity and Trusts, 2nd Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 120; A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 73.

ook elke gewenste (beheers)verplichting opleggen aan de *trustee*.⁶⁶⁵ In bepaalde gevallen kan er evenwel toch sprake zijn van enkele formele vereisten waaraan moet worden voldaan vooraleer er sprake kan zijn van een rechtsgeldig opgerichte trustverhouding.⁶⁶⁶

De belangrijkste grenzen worden bepaald door de wet, de openbare orde en de goede zeden.⁶⁶⁷ Verder dient de *settlor* eveneens handelingsbekwaam, handelingsbevoegd en beschikkingsbevoegd te zijn met betrekking tot de onder trustverband gebrachte goederen.⁶⁶⁸ Wanneer met redelijke zekerheid kan worden aangetoond dat de *settlor* de intentie had om een *express private trust* in het leven te roepen, er bepaalde goederen onder trustverband worden gebracht, er één of meer vastgestelde of vaststelbare *beneficiaries*⁶⁶⁹ en de *trust* op een aantoonbaar effectieve wijze kan worden beheerd, zal in de regel dan ook sprake zijn van een geldige trustcreatie.⁶⁷⁰

Het trustrecht in Engeland en de Verenigde Staten is evenwel van dien aard dat het erg veel ruimte open laat voor de *settlor* om zelf de voorwaarden van de trustverhouding te bepalen. Aan de *trustee* kunnen erg eng gespecificeerde verplichtingen worden opgelegd, maar evenzeer kunnen aan de *trustee* verstrekende discretionaire bevoegdheden worden verleend. Uit het loutere feit dat de voorwaarden van de trustverhouding vrijelijk kunnen worden bepaald, mag evenwel niet worden afgeleid dat het trustrecht als geheel slechts zou bestaan uit regels van aanvullend recht waarvan naar keuze kan worden afgeweken. Er blijven in het Engelse recht, en in mindere mate in het Amerikaanse recht, nog steeds een aantal belangrijke dwingende regels bestaan die essentieel zijn voor de geldigheid van de *express private trust*.

216. Doorgaans kunnen *express private trusts* bovendien op twee wijzen worden opgericht.

Eenzijds kan de *settlor*, gedurende zijn leven of terzake des doods, één of meer goederen overdragen aan de *trustee*, met de bijhorende verplichting om deze goederen aan te houden als *trustee* voor één of meer *beneficiaries*.

Anderzijds kan de *settlor* ook gewoon verklaren dat hij één of meer goederen vanaf het heden zal aanhouden als *trustee* voor één of meer *beneficiaries*. In het laatste geval is er sprake van een '*self-declaration of trust*'. Wanneer goederen worden

⁶⁶⁵ J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 201.

⁶⁶⁶ Zie *infra*, vn. 1490 voor de vormvereisten die gelden voor *trusts* die betrekking hebben op onroerende goederen en *testamentary trusts*.

⁶⁶⁷ D. FOX, "Private Express Trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 614.

⁶⁶⁸ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 92.

⁶⁶⁹ De anomale gevallen die reeds werden vermeld in randnummer 172 vormen uitzonderingen op deze regel.

⁶⁷⁰ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 73.

overgedragen aan een *trustee* dient wel steeds aan de wettelijke voorwaarden die aan een dergelijke overdracht worden gesteld te zijn voldaan.⁶⁷¹ In het geval dat de persoon die door de *settlor* als *trustee* wordt aangeduid weigert om te participeren in de trustverhouding, betekent dit niet dat er geen *trust* tot stand is gekomen. In *equity* geldt in een dergelijk geval het maxime '*a trust does not fail for want of a trustee*'.⁶⁷² In het geval van *inter vivos trust* heeft de toepassing van het maxime tot gevolg dat de *settlor* zelf de goederen zal aanhouden als *trustee*. In het geval van een *testamentary trust* behoudt de *personal representative* de bevoegdheid om een nieuwe *trustee* aan te duiden.⁶⁷³

b. '*The three certainties*'

217. Voor de creatie van een rechtsgeldige trustverhouding dienen eveneens de zogeheten '*three certainties*' voorhanden te zijn.⁶⁷⁴ Een letterlijke vertaling van hiervan zou doen uitschijnen dat het om 'drie zekerheden' dient te gaan. Evenwel lijkt dit niet het geval. Uit wat volgt zal blijken dat het correcter is om te spreken over 'drie bepaalbaarheden', aangezien de drie voorwaarden niet steeds vereisen dat er sprake dient te zijn van een werkelijke zekerheid.

De 'drie bepaalbaarheden' zijn van groot belang, daar zij mede de kern van het materiële trustrecht vormen. Een trustverhouding is immers een rechtsverhouding die bijzondere verplichtingen oplegt aan de *trustee* en waaruit de *beneficiaries* (en desgevallend ook de *settlor* en/of *protector*) rechten ontleen. Deze rechten en verplichtingen vloeien voort uit de trustverhouding en zijn daarom afhankelijk van het bestaan van die rechtsverhouding. De rol van de 'drie bepaalbaarheden' bestaat er in de eerste plaats in dat zij toelaten om na te gaan of er wel degelijk sprake is van een trustverhouding en niet van enige andere rechtsverhouding, waaruit vervolgens andere rechtsgevolgen zullen voortvloeien. Bovendien strekken zij ertoe om de *trustees*, en desgevallend de hoven en de rechtbanken, toe te laten om op afdoende wijze gevolg te geven aan de wensen van de *settlor*, en aldus uitvoering te geven aan de *trust*.⁶⁷⁵ Deze 'drie bepaalbaarheden' zijn met andere woorden essentieel voor het bestaan van een *trust*.⁶⁷⁶ Zij betreffen met name de volgende drie elementen binnen de trustverhouding: *certainty of intention*, *certainty of subject matter* en *certainty of object matter*. Noteer evenwel dat wanneer de

⁶⁷¹ G. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 126 – 140; P.H. PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, Londen, Butterworths, 2001, 84 – 91.

⁶⁷² De betekenis van dit maxime mag echter niet verkeerd worden geïnterpreteerd. Zie *infra*, randnr. 245.

⁶⁷³ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 77.

⁶⁷⁴ G.W. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 43; P.H. PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, Londen, Butterworths, 2001, 43.

⁶⁷⁵ C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 38.

⁶⁷⁶ G.W. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 43.

rechter *in concreto* nagaat of de vereiste voorwaarden zijn vervuld, de 'drie bepaalbaarheden' in onderling verband zullen worden getoetst.⁶⁷⁷

i. **Certainty of intention/certainty of words**

218. *Certainty of intention/certainty of words* – De eerste bepaalbaarheidsvoorwaarde bestaat erin dat er een voldoende duidelijke wilsuiting vanwege de *settlor* kan worden vastgesteld die toelaat om te concluderen dat de *settlor* wel degelijk een *trust* in het leven wilde roepen, of minstens de rechtsgevolgen van een trustverhouding beoogde bij het stellen van een bepaalde handeling. Er zij nogmaals op gewezen dat de geldigheid van de trustcreatie niet afhankelijk is van het gebruik van bepaalde bewoordingen, formules en zelfs op louter mondelinge wijze kan geschieden. "There is no magic in the word 'trust'".⁶⁷⁸ Hoewel de bewoordingen "on trust" het duidelijkst de bedoeling van de *settlor* kunnen weergeven, kan de *settlor* zijn wil ook steeds op andere wijzen kenbaar maken, zelfs op informele wijze. De *ratio* achter deze toets wordt verwoord in het *equity*-maxime 'equity has regard to the substance and not the form'.⁶⁷⁹ Dit kan tot gevolg hebben dat de *settlor*, bijvoorbeeld bij testament, een rechtsgeldige *trust* in het leven roept ten voordele van een *beneficiary*, zelfs zonder dat hij zich daar bewust van was. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de rechtsverhouding die de *settlor* beoogde rechtens enkel kan bestaan in de vorm van een *trust*.⁶⁸⁰ De *settlor* wordt vermoed de rechtsgevolgen van zijn rechtshandeling beoogd te hebben.⁶⁸¹

ii. **Certainty of subject matter**

219. *Certainty of subject matter* – De tweede bepaalbaarheidsvoorwaarde heeft betrekking op de onder trustverband gebrachte goederen. Om deze reden raakt deze voorwaarde meteen de absolute kern van de trustverhouding. De voorwaarde houdt in dat de goederen die onder trustverband worden gebracht bepaald of minstens bepaalbaar dienen te zijn.⁶⁸² In beginsel kan elk goed onder trustverband worden gebracht. Op de *trustee* rust echter de verplichting om het geheel van trustgoederen afgescheiden te houden van zijn persoonlijke goederen (zie *infra*, randnr. 252). Vaak rusten er eveneens beheersverplichtingen op de *trustee*. Om deze redenen is het van groot belang dat het voldoende duidelijk is welke goederen onder trustverband werden gebracht. Wanneer de omschrijving van de onder

⁶⁷⁷ *Ibid.*

⁶⁷⁸ *Kinloch v. Secretary of State for India in Council* [1882] 7 App Cas 619, 631.

⁶⁷⁹ G.W. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 44; P.H. PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, Londen, Butterworths, 2001, 43.

⁶⁸⁰ *Bv. Paul v. Constance* [1977] 1 WLR 527.

⁶⁸¹ G.W. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 45.

⁶⁸² *Ibid.*, 75; P.H. PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, Londen, Butterworths, 2001, 46.

trustverband gebrachte goederen onbepaald is, kunnen aan de *trustee* geen verplichtingen worden opgelegd met betrekking tot die goederen.

Een goed voorbeeld vormt de zaak *Wine Shippers Ltd.*⁶⁸³ Deze zaak betrof een wijnhandelaar die verschillende kratten wijn had opgeslagen in verschillende warenhuizen. Deze wijn werd verkocht aan klanten, maar bleef opgeslagen in de warenhuizen tegen betaling. In de zaak werd geargumenteed dat, indien de *legal title* met betrekking tot de wijnen niet reeds was overgegaan naar de klanten door de koopovereenkomst, er minstens het bestaan van een *trust* in hun voordeel diende te worden erkend. De rechtbank wees het bestaan van een *trust* af op grond van het feit dat de wijnen in het warenhuis waren gebleven en nooit werden afgescheiden van de andere wijnen. Hoewel het Engelse recht dit conceptuele onderscheid niet lijkt te kennen, is het opvallend dat het hier lijkt te gaan om soortgoederen die niet konden worden onderscheiden van andere goederen. In het geval het slechts zou gaan om één goed, bepaalde goederen of een goed waaraan de *settlor* een bepaalde subjectieve waarde hecht en dit goed kan worden geïdentificeerd, kan er toch worden besloten tot het bestaan van voldoende zekerheid.⁶⁸⁴ Ook in gevallen waar het gaat om soortgoederen als geld en aandelen lijken sommige rechters zich inschikkelijk op te stellen.⁶⁸⁵

De keerzijde van de tweede bepaalbaarheidsvoorwaarde is dat de *beneficial interests* die betrekking hebben op de onder trustverband gebrachte goederen zeker dienen te zijn. Wanneer een *settlor* A in zijn testament twee huizen overdraagt aan *trustees* ten voordele van zijn twee dochters, waarbij wordt gesteld dat dochter X een huis mag kiezen en waarbij dochter Y het overblijvende huis krijgt, zal deze *trust* ongeldig zijn indien dochter X komt de overlijden vóór de *settlor*.⁶⁸⁶ Het *beneficial interest* van dochter Y werd als onzeker aangezien. Er is evenwel geen sprake van onzekerheid wanneer aan de *trustee* een discretionaire bevoegdheid werd verleend om de *beneficial interests* zelf nader in te vullen⁶⁸⁷, zoals het geval is bij een *discretionary trust*.

iii. Certainty of object matter

(a) Algemeen

220. De derde bepaalbaarheidsvoorwaarde stelt de geldigheid van de *trust* afhankelijk van de vraag of de *beneficiaries* bepaald of voldoende bepaalbaar zijn. Net als bij de tweede bepaalbaarheidsvoorwaarde, gaat achter deze voorwaarde de

⁶⁸³ *Re London Wine Co (Shippers) Ltd.* [1986] PCC 121.

⁶⁸⁴ *Pettingall v. Pettingall* [1842] 11 LJ Ch 176. Deze zaak betrof een testamentaire beschikking van 'de favoriete zwarte merrie' van de testator.

⁶⁸⁵ G.W. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 79 - 85; A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 79 - 81.

⁶⁸⁶ Zie: *Boyce v. Boyce* [1882] 7 App Cas 321.

⁶⁸⁷ P.H. PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, Londen, Butterworths, 2001, 48.

gedachte schuil dat de *trustee* ook werkelijk in de gelegenheid dient te worden gesteld om zich op een deugdelijke wijze van zijn taken te kunnen kwijten. Hiertoe is minstens vereist dat de *trustee* weet of kan weten ten behoeve van welke *beneficiaries* hij het beheer kan voeren. Ook in het geval een rechtbank dient te interveniëren in het beheer van een *trust*, dienen de rechters te weten ten behoeve van wie zij dienen in te grijpen.⁶⁸⁸ Het spreekt bovendien voor zich dat wanneer de *settlor* één of meer personen wenst te bevoordelen, er moet kunnen worden bepaald ten gunste van wie hij een dergelijke beschikking maakt. Indien dit onmogelijk blijkt te zijn, kan er geen sprake zijn van een bevoordeling. Hoger (*supra*, randnr. 220 e.v.) werd opgemerkt dat de *certainty test* kan verschillen al naargelang er sprake is van een *fixed trust* of een *discretionary trust*, en zelfs tussen de verschillende varianten van dergelijke *trusts*. Om deze reden worden de twee genoemde trustsoorten afzonderlijk besproken.

(b) *Certainty of object matter: fixed trust*

221. In het geval van een *fixed trust* heeft elke *beneficiary* vaste aanspraken onder de *trust*. Of een bepaalde *trust* de hoedanigheid van een *fixed trust* of *discretionary trust* aanneemt, dient te blijken uit de intenties van de *settlor*. Welnu, wanneer die intentie ertoe strekt om een *fixed trust* in het leven te roepen en zodoende alle *beneficiaries* een vastomlijnde aanspraak te geven op de trustgoederen, moet met zekerheid kunnen worden vastgesteld wie die *beneficiaries* zijn. Er dient met andere woorden zekerheid te bestaan omtrent de vraag wie een aanspraak heeft of zal hebben op de trustgoederen en op, of vanaf welk tijdstip die aanspraak zal bestaan, omdat de *settlor* dit zo heeft vastgelegd. Wanneer de *trustees* op het relevante tijdstip geen gesloten lijst kunnen voorleggen van de personen die een aanspraak hebben onder de *trust* is er geen sprake van een geldige *fixed trust*.⁶⁸⁹ Wanneer X een *trust* instelt ten voordele van haar man, Y, zo lang hij leeft en 'in remainder' voor haar kinderen kan er zodoende sprake zijn van een *fixed trust*, ook al kan op het moment dat de *trust* wordt ingesteld misschien nog niet worden bepaald hoeveel kinderen er zullen zijn op het moment dat de *trustee* zal overgaan tot uitkering van trustgoederen.

(c) *Certainty of object matter: discretionary trust*

222. Voor *discretionary trusts* gold initieel dezelfde *certainty test* als voor *fixed trusts*.⁶⁹⁰ Het gevolg hiervan was dat wanneer de *discretionary trust* niet aan

⁶⁸⁸ G.W. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 93 – 94.

⁶⁸⁹ G.W. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 94; A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 84.

⁶⁹⁰ G.W. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 97 – 98; 106 – 107; A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 85; P.H. PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, Londen, Butterworths, 2001, 52.

dezelfde stringente standaard kon voldoen die geldt voor *fixed trusts*, zij werd gekwalificeerd als een *power* in hoofde van de *trustee*. Hoger (*supra*, randnr. 155) werd reeds gewezen op het belangrijkste conceptuele onderscheid tussen *powers* en *trusts*: daar waar *trusts* 'imperatief' van aard zijn, worden *powers* beschouwd als zijnde 'discretionair' van aard. Wanneer de rechter van oordeel was dat er geen sprake was van een *discretionary trust*, maar van een *power*, deed deze herkwalificatie afbreuk aan de rechten van de *beneficiaries*. De reden waarom de rechtbanken dit standpunt innemen was omdat, in het geval dat de *trustee* zelf zijn taken niet uitvoerde en de rechtbank daarom diende in te grijpen, de rechtbank, op basis van het maxime 'equity is equality', moest kunnen voorzien in een gelijke verdeling van trustgoederen tussen de verschillende *beneficiaries*. Hieruit kan worden afgeleid dat, althans volgens de visie van de rechtbanken, *discretionary trusts* in feite nauwelijks leken te verschillen van *fixed trusts*.

Deze situatie veranderde grondig door de uitspraak van het *House of Lords* in de zaak *McPhail v. Doulton*.⁶⁹¹ Het *House of Lords* was van oordeel dat de bepaalbaarheidsvoorwaarde in het geval van *discretionary trusts* dichter diende aan te leunen bij de test die reeds voor *powers* werd gebruikt en dat de sterke voorkeur voor gelijke verdeling van de trustgoederen niet inherent aanwezig is in het trustrecht.⁶⁹² Van zodra deze stringente regel van de baan was en was vast komen te staan dat de rechtbank ook op andere wijzen het mogelijke nalaten van de *trustee* kon opvangen, lag de weg open voor een meer aangepaste bepaalbaarheidsvoorwaarde. Het *House of Lords* oordeelde dan ook dat een *discretionary trust* rechtsgeldig in het leven is geroepen wanneer kan worden bepaald of een mogelijke *beneficiary* al dan niet tot de 'klasse' van begunstigden kan worden gerekend. In zekere zin wordt de afbakeningproblematiek hierdoor verschoven naar de afbakening van de klasse zelf. Immers, indien de klasse zodanig breed werd omschreven dat de *trust* niet beheersbaar is voor de *trustee*⁶⁹³, of wanneer de klasse conceptueel erg vaag omschreven is⁶⁹⁴, zal de *discretionary trust* de bepaalbaarheidstoets niet doorstaan. Indien de *settlor* zelf er niet in is geslaagd om de klasse op voldoende duidelijke wijze af te bakenen, kan bezwaarlijk van de *trustee* worden verwacht dat hij dit wel kan.

(d) *Certainty of object matter: overige aspecten*

223. De vereiste dat de *beneficiaries* van een *express private trust* bepaald of minstens voldoende bepaalbaar dienen te zijn, houdt verband met het zogenoemde '*beneficiary principle*', dat vereist dat *express private trusts* in de regel steeds één

⁶⁹¹ *McPhail v. Doulton* [1971] AC 424. Deze zaak wordt uitvoerig besproken in P.S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity and Trusts*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016, 91 – 94.

⁶⁹² G.W. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 98.

⁶⁹³ Zoals in het geval waar een bepaalde klasse circa tweeënhal miljoen potentiële *beneficiaries* omvatte, zie: *R. v. District Auditor, ex p West Yorkshire Metropolitan County Council* [1986] RVR 24. Een dergelijk geval leunt erg dicht aan bij, en is mogelijk zelfs een voorbeeld van, '*administrative unworkability*', zie hiertoe: randnr. 223.

⁶⁹⁴ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 89.

of meer *beneficiaries* dienen te hebben om rechtsgeldig te zijn (zie *infra*, randnr. 284). Hier kan worden verwezen naar het hoger uiteengezette principiële verbod op *trusts for private purposes* (*supra*, randnr. 172). Dit principiële verbod kent niettemin enkele uitzonderingen, die worden gezien als toegevingen die het recht doet aan bepaalde typisch menselijke zwaktes. De derde bepaalbaarheidsvoorwaarde is eveneens nauw verbonden met de vereiste dat de *trust* 'administratively workable' dient te zijn.⁶⁹⁵ Wanneer een *trustee* zijn taken niet vervult, dient de rechtbank het beheer van de trustgoederen (tijdelijk) over te nemen. Sinds de uitspraak van het *House of Lords* in *McPhail v. Doultton* wordt aanvaard dat de rechtbanken de keuze hebben tussen een aantal verschillende mogelijkheden om zich op een rechtvaardige wijze van hun taak te kwijten. Zo kunnen zij een nieuwe *trustee* aanduiden, maar kunnen zij eveneens zelf de verdeling van de trustgoederen bewerkstelligen, mochten daarvoor voldoende duidelijke aanwijzingen worden gevonden. Echter, in het geval dat de discretionaire bevoegdheden van de *trustee* dermate ver gaan dat de klasse onbeheersbaar breed is, of wanneer noch expliciet, noch impliciet enig duidelijk criterium voorhanden is dat de *trustee* kan gidsen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden, zullen de rechtbanken in de regel oordelen dat de *trust* ongeldig is wegens 'administrative unworkability'. Opnieuw is de idee die hieraan ten grondslag ligt dat een trustverhouding in essentie inhoudt dat goederen worden aangehouden of beheerd ten voordele van *beneficiaries*. Dit impliceert niet alleen dat er wel degelijk *beneficiaries* zijn (*beneficiary principle*), maar eveneens dat kan worden bepaald wie de *beneficiaries* kunnen zijn. Wanneer quasi-iedereen een potentiële *beneficiary* is, dan kan net zo goed niemand *beneficiary* zijn.

2. Beperkingen opgelegd aan de instelling van *express trusts*

a. Algemeen

224. Hoger (zie *supra* randnr. 69 e.v. en 109) werd aangetoond dat de *trust* historisch gezien functioneerde als een mechanisme waarmee goederen, en in het bijzonder gronden, door een *trustee* konden worden aangehouden ten voordele van bepaald doel, wanneer dat was toegelaten, of ten voordele van één of meer *beneficiaries*. Doordat de *trust* aan de *trustee* een verplichting oplegt om de goederen zelf aan te houden en slechts te beheren in het voordeel van een ander, werden deze goederen in feite aan het rechtsverkeer onttrokken, en ontstond aldus het risico dat de *trust*, wanneer zij eeuwig kan bestaan, admortificatie ('dode handstelling') tot gevolg had. De wens om admortificatie te vermijden, werd reeds in de middeleeuwen onderkend, en leidde onder meer tot het aannemen van de *Statutes of Mortmain* van 1279 en 1290 (zie *supra*, randnr. 71). Deze *Statutes* werden echter onder meer omzeild door het gebruik van *uses* en later dus ook de *trust*. De *common law*-systemen ontwikkelden daarom zelf een aantal regels die dienden te voorkomen dat de *settlor* bij wijze van een *trust* al te lang vanuit het graf zou

⁶⁹⁵ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 91.

kunnen regeren over de onder trustverband gebrachte goederen. Deze regels namen de vorm aan van de *rule against perpetuities*, de *rule against accumulations* en de *rule against inalienability*. Deze beperkingen aan het instellen van een rechtsgeldige *trust* komen bovenop de beperkingen die reeds worden aangebracht door de vereisten dat de *trust* in overeenstemming dient te zijn met de openbare orde, de goede zeden en het algemeen belang.⁶⁹⁶ In wat volgt worden de drie genoemde regels kort toegelicht.

b. Rule against perpetuities

225. De *rule against perpetuities*, ook wel de *rule against remoteness of vesting* genoemd, is afgeleid uit de *Duke of Norfolk's Case* van 1682⁶⁹⁷ en had oorspronkelijk betrekking op *contingent future interests* met betrekking tot gronden, maar werd later eveneens van toepassing geacht op *interests* met betrekking tot andere goederen.⁶⁹⁸ *Contingent future interests* zijn, zoals hoger (*supra*, randnr. 207) reeds werd uiteengezet, *interests* die op een bepaald moment in de toekomst zullen *vesten* wanneer een bepaalde voorwaarde is vervuld. Dit geldt eveneens voor *equitable interests* in een *trust*. Immers, wanneer bij de oprichting van een *trust* niet is voorzien in een bepaalde duur, heeft de *trust* op zichzelf het potentieel om eeuwig te blijven bestaan⁶⁹⁹ en aldus de oorspronkelijke (klasse van) levende *beneficiaries* te overleven. Wanneer er nadien nog steeds *beneficial interests* in de *trust* bestaan worden deze *interests* aangehouden door *beneficiaries* die nog niet geboren waren op het moment van de oprichting van de *trust*. De *interests* van dergelijke *beneficiaries* zijn dus afhankelijk van ('*contingent on*') de voorwaarde dat zij daadwerkelijk worden geboren of vastgesteld. Welnu, het is aan dergelijke *contingent future interests* dat de *rule against perpetuities* een belangrijke beperking aanbrengt. Op deze wijze brengt de regel een belangrijke beperking aan op de duur waarmee een *settlor* goederen onder trustverband kan brengen.

226. Oorspronkelijk luidde de *common law*-regel als volgt: "*The rule against perpetuities requires that every estate or interest must vest, if at all, not later than twenty-one years after the determination of some life in being at the time of the creation of such estate or interest [...]*".⁷⁰⁰ Deze regel had bijvoorbeeld tot gevolg dat wanneer *settlor* A een *trust* instelde ten voordele van zijn kinderen, er geen schending was van de *rule against perpetuities*, aangezien nog gedurende zijn leven kon worden vastgesteld wie de *beneficiaries* zijn. Wanneer niet binnen ten

⁶⁹⁶ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 56.

⁶⁹⁷ *Duke of Norfolk's Case* [1682], 22 Eng. Rep. 931 (Ch.).

⁶⁹⁸ T.P. GALLANIS, "The New Direction of American Trust Law", *Iowa Law Review* 2011, 229.

⁶⁹⁹ Zo zou *settlor* A bij afwezigheid van de drie genoemde regels een *trust* kunnen instellen ten voordele van '*X and her heirs forever*', waarbij de erfgenamen van X steeds *beneficiary* zullen blijven, ook na haar overlijden.

⁷⁰⁰ Zie: *Re Thompson* [1906] 2 Ch. 199, 202.

laatste 21 jaar na het overlijden van een mens⁷⁰¹ die vandaag in leven is kan worden vastgesteld wie de *beneficiaries* zijn, en dus wie al dan niet een aanspraak op de trustgoederen heeft verkregen, zal de *trust* daarentegen nietig zijn.⁷⁰²

227. De oorspronkelijke *common law*-regel is evenwel herhaaldelijk het voorwerp geweest van herzieningen en aanpassingen. Zo kan sinds de inwerkingtreding van de *Perpetuities and Accumulations Act* 1964 in Engeland en Wales gekozen worden voor een alternatieve regeling en werd een '*wait and see*'-benadering geïntroduceerd, waardoor de trustverhouding slechts beëindigd wordt wanneer het vaststaat dat er *interests* zullen moeten worden gevestigd buiten de *perpetuity period*.⁷⁰³ Sinds de inwerkingtreding van de *Perpetuities and Accumulations Act* 2009 op 6 april 2010 werd onder meer de berekening van de *perpetuity period* vereenvoudigd door te stellen dat de *perpetuity period* op 125 jaar werd gebracht voor alle *private trusts* die vanaf de inwerkingtreding in het leven zijn geroepen.⁷⁰⁴ In de Verenigde Staten hebben heel wat Staten er reeds voor geopteerd om de *rule against perpetuities* optioneel te maken of de *perpetuity period* te verlengen tot, in bepaalde gevallen, maar liefst 1000 jaren.⁷⁰⁵ Het *American Law Institute*, dat onder andere verantwoordelijk was voor de uitgave van de *Restatement (Third) of Trusts*, lijkt er echter de mening op na te houden dat een al te groot risico op dode-hand-stelling dient te worden vermeden en stelt daarom een nieuwe, alternatieve *perpetuity period* van twee generaties voor.⁷⁰⁶ Uit empirisch onderzoek dat zowel *onshore* als *offshore*-jurisdicties mee in rekening neemt, is overigens gebleken dat *trusts* met een begiftigingsoogmerk soms meer dan een eeuw kunnen bestaan.⁷⁰⁷

c. Rule against accumulations

228. De *rule against (excessive) accumulations*⁷⁰⁸ ging historisch hand in hand met de *rule against perpetuities*. Oorspronkelijk luidde de regel dat het accumuleren van inkomsten binnen de trustverhouding maar mogelijk was voor zolang als het toekennen van *interests* onder de *trust* rechtsgeldig kon worden uitgesteld. Later werden, althans voor Engeland en Wales, in *Sections* 164 tot en

⁷⁰¹ G. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 206.

⁷⁰² GALLANIS noemt het geval waar een *settlor* via een testamentaire *trust* voorziet in een *interest* ten voordele van zijn achterkleinkinderen, zie: T.P. GALLANIS, "The New Direction of American Trust Law", *Iowa Law Review* 2011, 230.

⁷⁰³ G.W. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 192 - 193.

⁷⁰⁴ *Perpetuities and Accumulations Act* 2009, *Sections* 1 - 5; G.W. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 199 - 203.

⁷⁰⁵ T.P. GALLANIS, "The New Direction of American Trust Law", *Iowa Law Review* 2011, 231 - 232.

⁷⁰⁶ *Restatement (Third) of Property: Wills and other Donative Transfers*, §27.

⁷⁰⁷ A.S. HOFRI-WINOGRADOW, "How Harmful is Trust Proliferation?", 2015, 26. Beschikbaar op: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2629174

⁷⁰⁸ G.W. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 222 - 230.

met 166 van de *Law of Property Act 1925* en *Section 13* van de *Perpetuities and Accumulations Act 1964* zes verschillende maximumtermijnen opgenomen. Slechts voor de duur van de gekozen maximumtermijn mochten goederen binnen de *trust* worden geaccumuleerd, zonder dat er uitkeringen van trustgoederen geschieden. Ook de *rule against accumulations* werd grondig gewijzigd door de *Perpetuities and Accumulations Act* van 2009. *Section 13* van de genoemde wet schaft de zes verschillende maximumtermijnen af, waardoor de oorspronkelijke *common law* regel herleeft en de *rule against accumulations* haar zelfstandige betekenis *de facto* verliest. *Section 14* van de *Perpetuities and Accumulations Act* beperkt de accumulatieperiode voor *charitable trusts* evenwel tot 21 jaar.

d. Rule against inalienability

229. De derde regel is de zogeheten *rule against inalienability*, die voorkomt dat de individuele trustgoederen onvervreemdbaar zijn. Deze regel is in het Engelse recht innig verbonden met het principiële verbod op *non-charitable purpose trusts*.⁷⁰⁹ Dergelijke *trusts* dragen in zich het potentieel om eeuwig te blijven bestaan. Onvervreemdbaarheid van de trustgoederen wordt daarom slechts toegestaan voor de duur van de *perpetuity period*. Indien het kapitaal van het trustfonds voor een langere periode intact dient te worden gehouden, zodat het inkomen daarvan voor een bijzonder doeleinde kan dienen⁷¹⁰, is de *trust* nietig. Aan het bestaan van deze regel werd niet geraakt door de *Perpetuities and Accumulations Act 2009*.

3. Beëindiging van express trusts

a. Algemeen

230. In de regel komt aan de trustverhouding een einde op het moment dat in de trustakte wordt gestipuleerd. Ook wordt de trustverhouding beëindigd wanneer er geen *beneficiaries* meer zijn en wanneer er geen trustgoederen meer zijn.⁷¹¹ Interessant is dat aan de trustverhouding niet meteen een einde komt wanneer de *trustee* afstand doet van zijn mandaat, overlijdt of wordt afgezet. Deze regel komt tot uiting in het maxime '*a trust does not fail for want of a trustee*' (zie *supra*, randnr. 216 en *infra*, randnr. 245).⁷¹² In de regel zal in dergelijke gevallen een

⁷⁰⁹ G. MOFFAT, *Trusts Law, Fifth Edition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 319; A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 191.

⁷¹⁰ Zoals reeds werd besproken, worden *non-charitable purpose trusts* in bepaalde anomale gevallen toch aanvaard, zie *supra*, randnr. 172.

⁷¹¹ J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 206.

⁷¹² L. SMITH, "Trust and Patrimony", *Estates, Trusts and Pensions Journal* 2009, 336 - 337; N. STOCKWELL en R. EDWARDS, *Trusts and Equity, Seventh Edition*, Essex, Pearson Education Ltd., 2005, 47.

nieuwe *trustee* worden aangesteld. In het geval *charitable trusts* en andere (toegelaten) *purpose trusts* houdt de *trust* op te bestaan van zodra het vooropgestelde doel is bereikt of wanneer het doel niet kan worden bereikt.

231. Ook kan aan de trustverhouding eveneens een einde worden gebracht wanneer de *settlor* een *power to revoke* uitoefent. Dergelijke *powers* kunnen eveneens aan een derde of aan de *trustee* zelf worden gegeven. In dergelijke gevallen is er sprake van een '*power to terminate*'.

b. De regel uit *Saunders v. Vautier*

(a) Toepassing in Engeland en Wales

232. Bovendien kan de trustverhouding worden beëindigd op gezamenlijk initiatief van de *beneficiaries*. Deze regel vloeit voort uit de voor het trustrecht uitermate belangrijke zaak *Saunders v. Vautier*.⁷¹³ De regel uit *Saunders v. Vautier* houdt in dat wanneer alle *beneficiaries* meerderjarig zijn, '*sound of mind*' zijn en tezamen het gehele *beneficial interest* in de trustgoederen vertegenwoordigen, zij kunnen vorderen dat de *trustee* de *legal title* van de trustgoederen aan hen overdraagt.⁷¹⁴ Wanneer er slechts één *beneficiary* is, geldt deze regel evenzeer, maar zal deze enige *beneficiary* het volledige *beneficial interest* op zichzelf vertegenwoordigen. Door de *legal title* en de *equitable title* te verenigen in de handen van de *beneficiaries* komt de trustverhouding dan ook tot een einde. Hoewel de regel uit *Saunders v. Vautier* oorspronkelijk betrekking had op een situatie waar slechts één *beneficiary* op absolute wijze gerechtigd was om de trustgoederen te ontvangen, werd de regel nadien ook toegepast bij *trusts* met meerdere *beneficiaries*. In een dergelijk geval wordt vereist dat de *beneficiaries* op collectieve wijze hun recht om de trustverhouding te beëindigen, uitoefenen.

Deze regel geldt in beginsel evenzeer in het geval van een *discretionary trust*.⁷¹⁵ Hoewel *discretionary trusts* erg omvangrijke klassen van *beneficiaries* kunnen hebben, wat de uitoefening van de *Saunders v. Vautier*-rechten in de praktijk erg bemoeilijkt, blijft de regel *de jure* wel nog steeds overeind. Hoewel de individuele *beneficiaries* onder een *discretionary trust* geen *equitable interest* hebben in de

⁷¹³ *Saunders v. Vautier* [1841] 4 Beav 115. In de deze zaak werd bij wijze van testament een *trust* opgericht ten voordele van VAUTIER, waarbij de *trustee* de opbrengsten van de trustgoederen (*in casu*: dividenden) diende te accumuleren tot VAUTIER de leeftijd van 25 jaar had bereikt. Echter, nog voor hij die leeftijd bereikte, eiste VAUTIER dat de trustgoederen aan hem werden overgedragen. Aangezien enkel hij en niemand anders gerechtigd was om de aandelen te ontvangen, kende de rechtbank de eis van VAUTIER toe.

⁷¹⁴ J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 80; C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 29 - 30; T.P. GALLANIS, "The New Direction of American Trust Law", *Iowa Law Review* 2011, 226 e.v.; G.W. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 28 - 29.

⁷¹⁵ J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 82; C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 29; W. SWADLING, "Trusts and Ownership: A Common Law Perspective", *ERPL* 2016, 957.

trustgoederen, houden zij tezamen wél het *beneficial interest* aan. Zij dienen dan ook gezamenlijk te worden gezien als ‘one person, absolutely entitled under the trust’.⁷¹⁶ Het voorgaande kan evenwel uitzondering lijden wanneer het gaat om een *non-exhaustive discretionary trust* of een *discretionary trust* waarbij de klasse van *beneficiaries* niet volledig is gedefinieerd.⁷¹⁷ Beide uitzonderingen zijn gebaseerd op de visie dat in deze twee gevallen de *beneficiaries* tezamen niet 100% van het *equitable interest* aanhouden. Op geen enkel moment kan immers worden gesteld dat zij, en zij alleen, gerechtigd zijn om alle trustgoederen te ontvangen. In een *exhaustive discretionary trust* waar alle mogelijke *beneficiaries* bekend zijn en bestaan, vertegenwoordigen deze *beneficiaries* gezamenlijk wel het gehele *beneficial interest*.

233. De regel uit *Saunders v. Vautier* kan op het eerste gezicht verbazing opwekken, daar er op een nogal evidente wijze afbreuk wordt gedaan aan de wensen van de *settlor*. Echter, de regel belichaamt eveneens de uitkomst van een afweging die kennelijk in het Engelse recht werd gemaakt tussen de belangen van de *beneficiaries* en de belangen van de *settlor*. Wanneer alle *beneficiaries* het er over eens zijn dat de trustverhouding haar belang verloren heeft en eensgezind zijn over de verdeling van de trustgoederen, is het inderdaad weinig zinvol om de *trust* nog langer te laten bestaan. De basisidee in het Engelse recht lijkt immers te zijn dat de *trustee* de trustgoederen aanhoudt voor *beneficiaries* met mogelijks conflicterende belangen.⁷¹⁸ Wanneer er geen dergelijke conflicterende belangen (meer) aanwezig zijn, vervalt ook de nood aan een trustverhouding. Ook zien sommige auteurs in de regel een aanvulling op de hoger aangehaalde *rule against perpetuities*, daar de onder trustverband gebrachte goederen op een efficiëntere wijze kunnen deelnemen in het rechtsverkeer wanneer zij op onmiddellijke wijze worden aangehouden door de *beneficiaries* en niet *on trust*.⁷¹⁹ Om deze reden lijkt het Engelse trustrecht in zekere mate de belangen van de *beneficiaries* te benadrukken, ook al gaat dit tot op zekere hoogte ten koste van de wensen van de *settlor*.

(b) *Toepassing in de Verenigde Staten*

234. In de Verenigde Staten is het beeld evenwel anders. Hoewel de regel uit *Saunders v. Vautier* in de Verenigde Staten oorspronkelijk eveneens werd toegepast⁷²⁰, werd de regel in 1889 opzijgeschoven door het *Massachusetts Supreme Court* in de zaak *Clafin v. Clafin*.⁷²¹ De *Clafin-rule* werd vervolgens

⁷¹⁶ A. HUDSON, *Equity and Trusts*, 8th Edition, Oxford, Routledge, 2015, 184, 187.

⁷¹⁷ *Ibid*, 188 – 189.

⁷¹⁸ F. SONNEVELDT, “De positie van de beneficiary in het kader van de Anglo-Amerikaanse trust”, *TEP* 2006, 286.

⁷¹⁹ *Ibid*, 30.

⁷²⁰ T.P. GALLANIS, “The New Direction of American Trust Law”, *Iowa Law Review* 2011, 227.

⁷²¹ *Clafin v. Clafin*, 20 N.E. 454 (Mass. 1889). In deze zaak had de heer CLAFLIN het overblijvende deel van zijn *estate* in *trust* nagelaten aan zijn weduwe en zijn twee zonen, waarbij elk een derde van het resterende deel diende te ontvangen. Echter, aan de *trustee* werd opgedragen om het deel van de jonste zoon, Adelbert, in schijven uit te betalen. Nog

geacht in te houden dat een *trust* slechts vroegtijdig kon worden beëindigd wanneer alle *beneficiaries* hiermee toestemden en hiertoe bevoegd waren, maar eveneens dat geen afbreuk mocht worden gedaan aan enig '*material purpose*' de *settlor*. Met andere woorden: wanneer de *settlor* op voldoende duidelijke wijze te kennen gaf dat de *trust* niet voortijdig mocht worden beëindigd, hadden de *beneficiaries* geen mogelijkheid meer om de trustverhouding op eigen initiatief te beëindigen. Deze regel werd vervolgens in de meeste afzonderlijke Staten binnen de Verenigde Staten toegepast, en werd zelfs erg strikt geïnterpreteerd. Zo werd de loutere keuze voor een *discretionary trust* in bepaalde gevallen reeds geacht een '*material purpose*' vanwege de *settlor* in te houden. In recentere jaren lijkt de *Clafin-rule* minder streng te worden toegepast in de Verenigde Staten, in die zin dat minder gemakkelijk tot de slotsom wordt gekomen dat de *settlor* de wens had om de trustverhouding niet vroegtijdig te kunnen laten beëindigen.⁷²² Het principe blijft evenwel overeind. De regel uit *Saunders v. Vautier* wordt met andere woorden in alle 50 Staten in de regel verworpen.⁷²³

4. *Sham trusts*

235. In bepaalde gevallen zullen de rechtbanken weigeren om uitvoering te geven aan de vermeende trustverhouding, en in het bijzonder wanneer er sprake is van een *sham*, een geveinsde *trust*.⁷²⁴ Dergelijke *trusts* zijn immers nietig.⁷²⁵ Zo kan een *settlor* formeel een *trust* in het leven roepen ten voordele van zijn kinderen, terwijl hij in realiteit de *trust* uitsluitend ten voordele van zichzelf opricht en deze *trust* geheel controleert. De beweegredenen van de *settlor* zou onder meer kunnen zijn dat hij door het aanwenden van een dergelijke constructie zijn schuldeisers kan misleiden, daar de onder trustverband gebrachte goederen geen deel zullen uitmaken van zijn *bankrupt estate*, terwijl hij in de realiteit gewoon de

voor het betalen van de tweede schijf maakte Adelbert een rechtszaak aanhangig, waarbij hij eiste dat aan de *trust* een einde zou worden gesteld, teneinde de volledige som meteen te ontvangen. Onder de regel uit *Saunders v. Vautier* sneed zijn argument hout, maar toch werd het door het *Massachusetts Supreme Court* verworpen. Het Hof weigerde af te wijken van de wensen van de *settlor*, in zoverre deze geen wettelijke bepaling of regel van openbare orde overtraden.

⁷²² T.P. GALLANIS, "The New Direction of American Trust Law", *Iowa Law Review* 2011, 228 – 229.

⁷²³ D.W.M. WATERS, "The Trust: Continual Evolution of a Centuries-Old Idea", *Journal of International Trust and Corporate Planning* 2007, 215.

⁷²⁴ T. PAGONE, "Sham Trusts Revisited" *Trusts & Trustees* 2014, 1081 – 1090; C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 40 - 41; G.W. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 23 – 24, 57 - 67; A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 59 – 63; J. KOSKY, "Sham trusts and reserved powers" in S. COLLINS, S. KEMPSTER, M. MCMILLAN, A. MEEK (eds.), *International Trust Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 63 – 73.

⁷²⁵ S. GADHIA, K. RODGERS, J. HO, "Sham Trusts", *Trusts & Trustees* 2016, 471; D. FOX, "Private Express Trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 617; J. KOSKY, "Sham trusts and reserved powers" in S. COLLINS, S. KEMPSTER, M. MCMILLAN, A. MEEK (eds.), *International Trust Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 73.

trustgoederen beheert ten voordele van zichzelf. In een dergelijk geval is er sprake van 'veinzing', aangezien de *settlor* zichzelf op een eenvoudige wijze tot *trustee* kan benoemen en aan de buitenwereld kan laten uitschijnen dat zijn goederen niet meer aan hem toekomen, niettegenstaande dit in de realiteit wel het geval is.⁷²⁶ Een *sham* dient bovendien aanwezig te zijn vanaf de conceptie van de *trust*. Het Engelse recht kent geen doctrine inzake een *emerging sham*. Indien er collusie tussen *settlor* en *trustee* opduikt op een ogenblik dat de *trust* reeds bestaat, is er daarentegen (mogelijks) sprake van een *breach of trust*.⁷²⁷

Het zij overigens opgemerkt dat er pas sprake kan zijn van een *sham* indien en wanneer beide betrokken partijen (i.e. zowel de *trustee* als de *settlor*) de bedoeling hebben om aan de trustverhouding geen daadwerkelijk juridisch gevolg te geven.⁷²⁸ Indien slechts de *settlor* het oogmerk had om in werkelijkheid geen trustverhouding op te richten, is er geen sprake van een *sham*. In de verhouding tussen de *settlor* en de *trustee* bestaat immers geen (geheime) afspraak die in werkelijkheid het bestaan van een *trust* uitsluit.⁷²⁹

In de zaak *Snook v. London and West Riding Investments Ltd.* Omschreef DIPLOCK L.J. een *sham* in de volgende bewoordingen⁷³⁰: "*I apprehend that it is has any meaning it means acts done or documents executed by the parties to the 'sham' which are intended by them to give third parties or the Court the appearance of creating between the parties legal rights and obligations different from the actual legal rights and obligations (if any) which the parties intend to create [...] all the parties thereto must have a common intention that the acts or documents are not to create the legal rights and obligations which they give the appearance of creating.*"

236. Hoger (*supra*, randnr. 218) werd reeds gewag gemaakt van het adagium '*equity has regard to the substance and not the form*'. De toepassing van deze regel houdt eveneens in dat de *settlor* niet zomaar elke juridische verhouding in het leven kan roepen en daar vervolgens het label '*trust*' op kan plakken. Wanneer de *settlor* niet de bedoeling had om daadwerkelijk een trustverhouding in het leven te roepen en de daarbij horende rechtsgevolgen te accepteren, ontbreekt met andere woorden de *certainty of intention* en kan er geen sprake zijn van een *trust*. De essentie van een *sham* is aldus dat de personen ten voordele van wie de *trust* formeel werd opgericht in de realiteit niet de werkelijke *beneficiaries* zijn, of dat er in de feiten zelfs geen echte trustverhouding bestaat. Deze *sham* vloeit dan voort

⁷²⁶ Zie bv. *Midland Bank Plc v. Wyatt* [1995] 1 FLR 697.

⁷²⁷ S. GADHIA, K. RODGERS, J. HO, "Sham Trusts", *Trusts & Trustees* 2016, 468.

⁷²⁸ D. RUSSEL, T. GRAHAM, "Trusts: Weapons of Mass Injustice or Instruments of Economic Progress?", *Trusts & Trustees* 2017, 367; D. FOX, "Private Express Trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 616.

⁷²⁹ N. EASTAWAY, J. KIMBER, I. RICHARDS, *Tax Adviser's Guide to Trusts, 5th Edition*, Bloomsbury, West-Sussex, 2016, 15; D. FOX, "Private Express Trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 616 – 617.

⁷³⁰ *Snook v. London and West Riding Investments Ltd.* [1967] 1 All ER 518.

uit de gedeelde intentie van de *settlor* en de *trustee* om derden te misleiden omtrent de werkelijke afspraken waaronder de (zogezegde) *trust* opereert.⁷³¹

237. Er bestaan echter ook meer geraffineerde vormen van *sham trusts*.⁷³² In dergelijke gevallen beheert de *trustee* de onder trustverband gebrachte goederen op een andere wijze dan waartoe formeel wordt voorzien in de *trust deed*, en vaak op instructie van de *settlor* zelf. Wanneer de *trustee* niet op onafhankelijke wijze zijn 'mandaat' vervult, kan er tevens sprake zijn van een *sham trust*. Het feit dat de *trustees* steeds en zonder meer handelen op instructie van de *settlor* vormt dan ook een feitelijk vermoeden in het leven roepen, op grond waarvan een *sham* kan worden aangetoond.⁷³³ HAYTON merkt op dat de *settlor* zich beter op formele wijze een aantal *powers* kan voorbehouden en dat de *settlor* en de *trustee* best voldoende schriftelijke bewijsstukken bijhouden waarin de uitoefening van de *powers* of de onafhankelijke, discretionaire beslissingen van de *trustee* zelf gedocumenteerd staan.⁷³⁴ Een *settlor* kan zich evenwel vrij brede bevoegdheden voorbehouden zonder dat er noodzakelijkerwijs sprake is van een *sham trust*.⁷³⁵

Bij een *sham* is vooral van belang dat bewezen wordt dat er sprake is van een intentie van de betrokken partijen om de schijn op te wekken dat er een geldige trustverhouding in het leven werd geroepen, terwijl er in de werkelijke juridische verhouding geen sprake is van een eigenlijke *trust*. Een *settlor* die op openlijke wijze gebruik maakt van deze voorbehouden bevoegdheden levert dus zelfs de indicatie dat er géén *sham* voorhanden is, aangezien deze *settlor* daarmee de impressie geeft volgens de bepalingen van de trustakte te handelen. Dit laatste gegeven wijst er dan net op dat er wel degelijk een echte trustverhouding voorhanden is. Met andere woorden: de *settlor* kan zich allerlei bevoegdheden voorbehouden, maar indien dit het geval is, is het raamzaam om open kaart te spelen.

238. In dit verband kan ook worden gewezen op het gebruik van een zogeheten *letter of wishes* of *memorandum of wishes*. In een dergelijk document geeft de *settlor* zijn wensen te kennen omtrent het door de *trustee* te voeren beheer. Wanneer dergelijke documenten bestaan, doen *trustees* er eveneens goed aan om aan te tonen dat zij hun beslissingen op onafhankelijke wijze nemen. Zij kunnen hierbij vanzelfsprekend de instructies van de *settlor* mee in acht nemen, maar de uiteindelijke beslissing komt aan hen alleen toe. Een *letter of wishes* is dan ook geen juridisch bindend document.⁷³⁶ Wanneer echter blijkt dat de *trustee* zonder meer, op slaafse wijze, de *letter of wishes* volgt of moet volgen, kan ook een *sham*

⁷³¹ *Ibid*, 467.

⁷³² C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 41.

⁷³³ D. RUSSEL, T. GRAHAM, "Trusts: Weapons of Mass Injustice or Instruments of Economic Progress?", *Trusts & Trustees* 2017, 367.

⁷³⁴ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 61.

⁷³⁵ J. KOSKY, "Sham trusts and reserved powers" in S. COLLINS, S. KEMPSTER, M. MCMILLAN, A. MEEK (eds.), *International Trust Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 69.

⁷³⁶ Zie daarover N. EASTAWAY, J. KIMBER, I. RICHARDS, *Tax Adviser's Guide to Trusts*, 5th Edition, Bloomsbury, West-Sussex, 2016, 109.

worden aangenomen.⁷³⁷ In het raam van de invoering van de Belgische kaaimantaks (zie *infra*, randnr. 1255) bleek dat de Belgische wetgever kennelijk aanneemt dat de *trustee* de onder trustverband gebrachte vermogensbestanddelen in ieder geval wel zal beheren conform de *letter of wishes*.⁷³⁸

239. Opgemerkt kan nog worden dat de vereiste bewijslast om aan te tonen dat er een *sham trust* voorhanden is, *de facto* relatief hoog ligt.⁷³⁹ Engelse rechtbanken zullen in de regel dan ook niet al te vlot aannemen dat er inderdaad sprake is van een *sham trust*.⁷⁴⁰ Zulks vloeit voort uit de aard van een dergelijke bewering zelf, aangezien dit een ernstige aantijging vormt ten aanzien van de *settlor* en/of de (oorspronkelijke) *trustee*.⁷⁴¹ In de Engelse rechtsleer wordt evenwel gepleit om de stringente regel uit *Snook* te laten varen, en de vraag of er werkelijk een *sham* voorhanden is slechts te laten afhangen van de vraag of de *settlor* en *trustee* beoogden om een andere rechtsverhouding dan een (eigenlijke) *trust* in het leven te roepen, zónder de bijkomende vereiste te stellen dat de intentie om derden te misleiden bijkomend moet worden bewezen.⁷⁴²

F. Rechtspositie van de bij de trust betrokken actoren

240. Vóór kan worden overgegaan tot een bespreking van de rechtspositie van de verschillende bij de *trust* betrokken actoren, dient te worden gewezen op het feit dat er in het geval van een *trust* veeleer sprake is van drie verschillende 'hoedanigheden' dan dan drie verschillende 'partijen' of 'personen'. Immers, in een *trust* kunnen personen meer dan één hoedanigheid vervullen. Zo kan de *settlor* eveneens *trustee* worden na een *declaration of trust* of kan de *settlor* zichzelf aanduiden tot *beneficiary*. Ook kunnen zowel de persoon van de *trustees* als de *beneficiaries* na verloop van een zekere tijd veranderen. In een *discretionary trust* kan de *trustee* in principe zelf aanduiden wie de *beneficiaries* van de eerstvolgende uitkering van trustgoederen zullen zijn. Hoewel er in een *private express trust* steeds sprake zal zijn van een *settlor*, *trustee* en *beneficiary* gaat het daarbij om drie hoedanigheden en niet noodzakelijk om drie onderscheiden personen.⁷⁴³ Dit

⁷³⁷ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 61; S. GADHIA, K. RODGERS, J. HO, "Sham Trusts", *Trusts & Trustees* 2016, 474.

⁷³⁸ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St. Kamer* 2014 - 2015, nr. 54-1125/001, 25: "Met andere woorden, de oprichter van de trust - die dezelfde persoon mag zijn als de begunstigde - mag in de zogenaamde "letter of wishes", een confidentieel document waar enkel de oprichter en de beheerder in principe kennis van hebben, stipuleren hoe het trustvermogen moet worden aangewend."

⁷³⁹ D. RUSSEL, T. GRAHAM, "Trusts: Weapons of Mass Injustice or Instruments of Economic Progress?", *Trusts & Trustees* 2017, 367.

⁷⁴⁰ *Snook v. London and West Ridings Investments Ltd* [1967] 2 QB 786, nr. 802 D-F: "The courts will be slow (but not naively or unrealistically slow) to find dishonesty."

⁷⁴¹ S. GADHIA, K. RODGERS, J. HO, "Sham Trusts", *Trusts & Trustees* 2016, 468.

⁷⁴² D. RUSSEL, T. GRAHAM, "Trusts: Weapons of Mass Injustice or Instruments of Economic Progress?", *Trusts & Trustees* 2017, 367 - 369.

⁷⁴³ A. HUDSON, *Equity and Trusts, 8th Edition*, Oxford, Routledge, 2015, 59.

inzicht is belangrijk, aangezien de bij de *trust* betrokken personen soms optreden in meer dan één hoedanigheid.

1. De *settlor*

241. In beginsel is de rol van *settlor* beperkt tot het scheppen van de *trust*. Van zodra de *trust* in het leven is geroepen verdwijnt de *settlor*, althans in die hoedanigheid, van het toneel.⁷⁴⁴ Elkeen die rechts- en handelingsbekwaam is, zodat hij of zij een *legal of equitable estate* kan aanhouden en kan beschikken over de bestanddelen daarvan, kan *settlor* worden van een *trust*. Er worden met andere woorden geen bijzondere voorwaarden gesteld aan de hoedanigheid van de *settlor*.

De *settlor* dient tevens een *interest* te hebben op de goederen die hij of zij onder trustverband wenst te brengen. In het andere geval kan er immers geen sprake zijn van een rechtsgeldige trustcreatie.⁷⁴⁵ Het gevolg van de trustinstelling is dan ook dat de onder trustverband gebrachte goederen niet meer (op dezelfde wijze als voorheen) aan de *settlor* toekomen. Wanneer hij de goederen overdraagt aan een *trustee* verliest de *settlor* zijn aanspraken op de goederen.⁷⁴⁶

242. De *settlor* kan zich, zoals reeds bleek, bij de trustinstelling een aantal *powers* voorbehouden, waardoor hij of zij toch nog een invloed kan blijven uitoefenen op de wijze waarop de *trust* wordt beheerd. Zo kan de *settlor* een *power to revoke* voorbehouden, alsook *powers to modify* of *control*. In het geval dat de *settlor* zich een *power to revoke* voorbehoudt komt een *revocable trust* tot stand. In andere gevallen is het de *settlor* toegelaten om de *trustee* te doen wijzigen of om *beneficiaries* te schrappen of toe te voegen, alsook vetorechten of het recht om geraadpleegd te worden in bepaalde aangelegenheden. Het voorbehouden van dergelijke *powers* is niet zonder risico, daar het bijzondere fiscaalrechtelijke gevolgen met zich kan meebrengen (zie *infra*, randnr. 1216 en 1400). Ook op het vlak van het faillissementsrecht wordt rekening gehouden met de betrokkenheid van de *settlor* bij de *trust* na de trustinstelling.⁷⁴⁷ In de regel wordt vereist dat de *settlor* zich dergelijke *powers* uitdrukkelijk voorbehoudt.⁷⁴⁸ Indien de *settlor* dit heeft nagelaten, kan de *settlor* de *trust* niet meer herroepen omdat hij of zij van gedachten is veranderd of uit onvrede met de wijze waarop de *trust* wordt beheerd. Teneinde de nadelige fiscaal- en civielrechtelijke gevolgen te vermijden van het voorbehouden van al te veel bevoegdheden, kan de *settlor* in verschillende trustjurisdicties verkiezen om een *protector* aan te stellen.

⁷⁴⁴ J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 24; D.W.M. WATERS, "The Concept Called "The Trust", *Bulletin for International Fiscal Documentation* 1999, 124.

⁷⁴⁵ A. HUDSON, *Equity and Trusts, 8th Edition*, Oxford, Routledge, 2015, 247.

⁷⁴⁶ G.W. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 25.

⁷⁴⁷ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 107.

⁷⁴⁸ In sommige Amerikaanse Staten is dit evenwel anders, zie *infra*, randnr. 333.

243. Een andere wijze waarop de *settlor* invloed kan uitoefenen op de wijze waarop de *trustee* het beheer van de onder trustverband gebrachte goederen organiseert, is door het opstellen van een zogeheten *letter of wishes* of *memorandum of wishes* (zie *supra*, randnr. 238). Deze documenten zijn zoals gezegd op zich juridisch niet bindend, maar kunnen wel juridisch relevant zijn. De *trustee* kan (en moet zelfs) zijn beslissingen op een autonome basis te nemen, maar er wordt evenzeer van hem verwacht dat hij de redelijke wensen van de *settlor* mee in acht neemt bij het maken van zijn beslissing.⁷⁴⁹ Daarmee wordt niet bedoeld dat de *trustee* deze wensen per definitie moet uitvoeren, doch wel dat de *trustee* ze mee in rekening kan nemen bij het nemen van een beslissing. Zowel in het geval waar de *settlor* zich (verschillende) *powers* voorbehoudt als in het geval waar de *settlor* een *letter of wishes* opstelt, dient te worden opgepast voor een mogelijke kwalificatie van de *trust* als *sham trust*.

244. Ook kan in deze context reeds melding worden gemaakt van de zogeheten '*trust deal*-idee'. Hoewel de *settlor* in beginsel in die hoedanigheid van het toneel verdwijnt na de trustcreatie, lijken veel *settlors* in de praktijk de trustverhouding te beschouwen als een bijzondere soort '*deal*' die zij zijn aangegaan met de (veelal professionele) *trustees*. Het fenomeen is vooral bekend vanwege de gewilligheid waarmee een groot aantal *offshore*-jurisdicties hun trustrecht de laatste jaren hebben aangepast om tegemoet te komen aan de wensen van veel kapitaalcrachtige *settlors*.⁷⁵⁰ Het *trust deal*-idee komt verder nog ter sprake (zie *infra*, randnr. 323 e.v.), maar hier kan reeds worden opgemerkt dat er op dit punt een divergentie lijkt te bestaan tussen het klassieke, positieve trustrecht en de beleving van een groot aantal *settlors*.

2. De trustee

a. Algemeen

245. Net zoals het geval is voor de *settlor*, stelt het Engelse recht geen bijzondere vereisten aan de hoedanigheid van *trustee*. Elkeen die rechts- en handelingsbekwaam is kan daarom in beginsel de hoedanigheid van *trustee* waarnemen.⁷⁵¹ In veel *trusts* wordt bovendien meer dan één persoon aangesteld als *trustee*. In theorie kan één *trust* worden beheerd door een oneindig aantal *trustees*.⁷⁵² Wanneer er meer dan één *trustee* werd aangeduid, dienen zij overigens steeds gezamenlijk te handelen⁷⁵³ daar zij gelden als *joint tenants* van de onder

⁷⁴⁹ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 61 – 62.

⁷⁵⁰ J.P. WEBB, "An ever-reducing core? Challenging the legal validity of offshore trusts", *Trusts & Trustees* 2015, 481 – 482.

⁷⁵¹ *Ibid*, 268; Zie ook: S. WILSON, *Todd & Wilson's Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 318.

⁷⁵² *Ibid*. Section 34 van de *Trustee Act* 1925 bepaalt evenwel dat met betrekking tot *trusts of land* maximaal vier *trustees* kunnen worden aangesteld. Zie ook: P.S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity and Trusts, 2nd Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 536.

⁷⁵³ A. HUDSON, *Equity and Trusts, 8th Edition*, Oxford, Routledge, 2015, 348.

trustverband gebrachte vermogensbestanddelen^{754,755} Het voorgaande lijkt evenwel uitzondering wanneer het gaat om *charitable trusts*, *pension trusts* en wanneer de trustakte of een rechtbank dienaangaande anders bepalen.⁷⁵⁶

Opmerkelijk is dat de hoedanigheid van *trustee* de enige noodzakelijke hoedanigheid is voor het bestaan van de *trust*.⁷⁵⁷ Teneinde dit standpunt te weerleggen, wordt soms ten onrechte verwezen naar het maxime '*a trust does not fail for want of a trustee*' (zie *supra*, randnr. 216 en 230). Hoewel het waar is dat een *trust* niet zal ophouden te bestaan door het tijdelijk wegvallen van de *trustee*, kan hieruit niet worden afgeleid dat de hoedanigheid van *trustee* niet noodzakelijk zou zijn voor het bestaan van de trustverhouding. Een *trust* is in wezen steeds een wijze waarop goederen worden aangehouden, maar dit vereist steeds dat er een persoon is die deze goederen aanhoudt in de hoedanigheid van *trustee*. Wanneer de *trust* bedoeld is om verder te blijven bestaan zal daarom steeds een nieuwe *trustee* worden aangeduid.⁷⁵⁸ Het genoemde maxime is daarom veeleer een uiting

⁷⁵⁴ P.S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity and Trusts*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016, 528; D.J. HAYTON, "National Report for England and Wales" in S.C.J.J. KORTMANN, D.J. HAYTON, N.E.D. FABER, K.G.C. REID, J.W.A. BIESMANS (eds.), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer, Kluwer, 2009, 84.

⁷⁵⁵ *Joint tenancy* dient te worden onderscheiden van *ownership in common*. *Ownership in common* impliceert dat er sprake is van mede-eigenaars die elk afzonderlijk delen van een goed in mede-eigendom aanhouden. Over deze delen kunnen zij afzonderlijk beschikken, i.t.t. wat het geval is voor het goed als geheel. *Ownership in common* doet daarmee sterk denken aan de gewoonlijke continentaalrechtelijke opvatting inzake mede-eigendom. In het geval van *joint tenancy* daarentegen heeft elke afzonderlijke *joint tenant* geen abstract aandeel in het desbetreffende goed, maar hebben alle *joint tenants* een recht op het goed als geheel. Het belangrijkste praktische gevolg is dat, indien één van de *joint tenants* komt te overlijden, er geen aandeel van het desbetreffende goed in diens nalatenschap valt. Hun gerechtigheid op het goed als geheel wast daarentegen aan bij de gerechtigheden van de andere *joint tenants*. *Joint tenancy* doet daarmee niet zozeer denken aan de continentaalrechtelijke opvattingen over 'mede-eigendom', maar veeleer aan de Duitse *Gesamthand*. Bekeken door de bril van een *civil lawyer* gelden *trustees* dus in de eerste plaats als 'gezamenhandse' eigenaars van de onder trustverband gebrachte goederen.

Zie: D.J. HAYTON, "National Report for England and Wales" in S.C.J.J. KORTMANN, D.J. HAYTON, N.E.D. FABER, K.G.C. REID, J.W.A. BIESMANS (eds.), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer, Kluwer, 2009, 84; A. CLARKE en P. KOHLER, *Property law: Commentary and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 340; G. GRETTON, "Trusts Without Equity", *International and Comparative Law Quarterly* 2000, 610; M.E. STORME, "Noch terugwerking, noch overdracht: bij verdeling of aanwas verkrijgt men niets wat men al niet heeft. Tegelijk een bijdrage over de gesamthand in ons recht", *TPR* 2004, 671 e.v.; W.J. ZWALVE, *C.A.E. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Deventer, Tsjenk Willink, 2000, 109 e.v.

⁷⁵⁶ G.W. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 392.

⁷⁵⁷ M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 178 – 179; P. LEPAULLE, "An Outsider's Viewpoint of the Nature of Trusts", *Cornell Law Review* 1928, 56. Zie ook: P.S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity and Trusts*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016, 527: "All trusts need trustees, but the nature of trusteeship varies according to the type of trust".

⁷⁵⁸ L. SMITH, "Trust and Patrimony", *Estates, Trusts and Pensions Journal*, 2009, 337.

Dit geldt ook voor het Amerikaanse recht, zie: § 31 van de *Restatement (Third) of Trusts*, waar te lezen valt dat de rechtbank in de regel een andere *trustee* zal aanduiden, tenzij de *settlor* heeft gewild dat slechts één of meer bepaalde personen de hoedanigheid van *trustee*

van het 'ambtelijke' karakter van de *trustee*. In de rechtsleer wordt om deze reden dan ook soms gesproken over '*the office of trustee*'.⁷⁵⁹ Trustgoederen zijn immers maar trustgoederen wanneer zij worden aangehouden door een persoon in diens hoedanigheid van *trustee*. Hier komt het belang van het onderscheid tussen 'personen' en 'hoedanigheden' in een *trust* op zijn scherpst tot uiting. Een *trust* kan, luidens het maxime '*a trust does not fail for want of a trustee*' tijdelijk blijven bestaan ondanks het wegvallen van een bepaalde *trustee*-persoon, en kan aldus een tijdelijke 'onderbreking' in het waarnemen van deze hoedanigheid overleven. Ter staving van de bewering dat het trusteeschap kan worden gezien als een bijzondere hoedanigheid kan worden aangebracht dat overeenkomsten die werden aangegaan voor een vorige *trustee*, zijn eventuele opvolgers binden, in de mate dat deze overeenkomsten bindend waren ten aanzien van de vorige *trustee*.⁷⁶⁰

246. Hoger (*supra*, randnr. 104 e.v. en 108 e.v.) werd reeds gewezen op de vaststelling dat de functie van de *trust* als juridisch instrument heel wat ontwikkelingen heeft doorgemaakt. Deze ontwikkelingen worden gereflecteerd in gewijzigde opvattingen met betrekking tot het trusteeschap zelf. In zijn kern is het trusteeschap evenwel ongewijzigd gebleven. Om het te stellen met de woorden van MILLET, L.J.: "[T]here is an irreducible core of obligations owed by the trustees to the beneficiaries and enforceable by them which is a fundamental concept of a trust. If the beneficiaries have no rights enforceable against the trustees, there are no trusts... The duty of the trustees to perform the trusts honestly and in good faith for the benefit of the beneficiaries is the minimum necessary to give substance to the trusts."⁷⁶¹

Hiermee raakt MILLET, L.J. aan de fundamentele samenhang die bestaat tussen de trustgoederen, de *trustee* en het feit dat een *trustee* die goederen steeds beheert in functie van het belang van de *beneficiaries* (of het doel waarvoor de *trust* is

kunnen waarnemen. Ook in het geval dat er geen nieuwe *trustee* wordt gevonden zal de trustverhouding alsnog ophouden te bestaan.

⁷⁵⁹ A. HUDSON, *Equity and Trusts, 8th Edition*, Oxford, Routledge, 2015, 342; S. WILSON, *Todd & Wilson's Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 312; B. SHAH, "Trustee's indemnity and creditor's rights", *Trusts & Trustees* 2013, 79; D.J. HAYTON, "National Report for England and Wales" in S.C.J.J. KORTMANN, D.J. HAYTON, N.E.D. FABER, K.G.C. REID, J.W.A. BIESMANS (eds.), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer, Kluwer, 2009, 84; R. SITKOFF, "An Agency Costs Theory of Trust Law", *Cornell Law Review* 2004, 641 – 43; G. GRETTON, "Trusts Without Equity", *International and Comparative Law Quarterly* 2000, 617 – 18; B. RUDDEN, "Things as Thing and Things as Wealth", *Oxford Journal of Legal Studies* 1994, Vol. 14, 88.

Bijzonder interessant in dit verband is dat VAN GERVEN – voor wat betreft de rechtspositie van bewindvoerders in de Belgische rechtsorde – het tevens heeft over het "*privaatrechtelijk ambtskarakter der bewindsopdracht*". Door de rechtspositie van de bewindvoerder te beschouwen als een 'privaatrechtelijk ambt' sluit deze auteur in wezen dicht aan de hier vermelde visie op het trusteeschap.

Zie: W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 130 – 141.

Ook in *mixed jurisdictions* wordt soms gesproken over '*the office of trustee*', bijvoorbeeld in Zuid-Afrika, zie: E. CAMERON, M.J. DE WAAL, E. KAHN, M. SOLOMON, B. WUSCH, *Honoré's South African Law of Trusts*, Kaapstad, Juta, 2002, 179 e.v.

⁷⁶⁰ R. SITKOFF, "An Agency Costs Theory of Trust Law", *Cornell Law Review* 2004, 641.

⁷⁶¹ *Armitage v. Nurse* [1998] Ch 241, 252 – 253.

opgericht). De bijzondere verplichtingen die aldus op de *trustee* rusten met betrekking tot deze goederen vormen de kern van het trustrecht.

247. Hoger (*supra*, randnr. 108) werd reeds opgemerkt dat het waarnemen van de hoedanigheid van *trustee* vandaag in de regel een professionele bezigheid is geworden, waarvoor de *trustee* ook wordt vergoed.⁷⁶² Dit staat in sterk contrast met de oorspronkelijke opvatting van de *trustee* als een vertrouwenspersoon die, zonder daarvoor een tegenprestatie te ontvangen, de belangen van de *beneficiaries* waarnam. De taken die rusten op een *trustee* worden in de regel beschouwd als erg zwaarwichtig, waardoor het trusteeschap geen taak is die al te lichtzinning dient te worden opgenomen.⁷⁶³ Indien de *trustee* een vergoeding dient te ontvangen voor het waarnemen van deze hoedanigheid, kan zulks worden geregeld in een afzonderlijke overeenkomst, en kan dit ook nader worden gespecificeerd in de trustakte. Anderzijds kan niet van de *trustee* worden verwacht dat hij de gemaakte kosten met betrekking tot het beheer van de trustgoederen persoonlijk draagt. Om deze reden voorziet het trustrecht dat de *trustee* in de regel een recht op vergoeding heeft voor alle uitgaven die hij of zij heeft gemaakt in de loop van het beheer van de trustgoederen.⁷⁶⁴ De *trustee* heeft zelfs een *equitable lien*⁷⁶⁵ met betrekking tot de trustgoederen, dat functioneert als zakelijke zekerheid voor de vergoedingsrechten van de *trustee*.⁷⁶⁶

248. De *trustee* van een *trust* houdt de *legal title* van de trustgoederen aan. Dit betekent dat de *trustee* juridisch gezien ook geldt als 'eigenaar' van de trustgoederen. Hoger (*supra*, randnr. 132 – 135) merkten we op dat, hoewel de *trustee* in beginsel de juridische 'eigenaar' is van de trustgoederen, dit 'eigendomsrecht' op verschillende belangrijke wijzen wordt ingeperkt. Zo kan de *trustee* de onder trustverband gebrachte goederen niet straffeloos vernietigen of zonder enige tegenprestatie wegschenken. Dit is het gevolg van het feit dat de *trustee* geen 'eigenaar voor zichzelf' is. De trustverhouding drijft met andere woorden een wig tussen de *legal title* van de *trustee* en diens recht om de onder trustverband gebrachte goederen voor zichzelf te gebruiken.⁷⁶⁷

⁷⁶² Zie hiertoe *Section 29* van de *Trustee Act 2000*, alsook: A. HUDSON, *Equity and Trusts*, 8th Edition, Oxford, Routledge, 2015, 350.

⁷⁶³ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 109; G.W. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 282.

⁷⁶⁴ A.J. OAKLEY, *Parker and Mellows: "The modern law of trusts"*, 8th Edition, Butterworths, Londen, 2003, 618; A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 810.

⁷⁶⁵ Vanuit een Belgisch perspectief kan dit worden beschouwd als een soort retentierecht.

⁷⁶⁶ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 810 – 11; B. SHAH, "Trustee's indemnity and creditor's rights", *Trusts & Trustees* 2013, 80.

Het is overigens interessant om op te merken dat de *equitable lien* van de *trustee* een *proprietary interest* vormt, dat uit zijn aard voorrang geniet boven de claims van *beneficiaries* van de *trust*. In de trustakte kan evenwel worden bepaalde dat op bepaalde trustgoederen geen *equitable lien* kan rusten ten voordele van de *trustee*.

⁷⁶⁷ J.E. PENNER, *The Law of Trusts*, 9th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2014, 21.

249. Tevens is van essentieel belang dat de persoonlijke schuldeisers van de *trustee* geen verhaalsrecht hebben op de trustgoederen.⁷⁶⁸ Zelfs niet wanneer de *trustee* insolvent zou worden (*supra*, randnr. 133).⁷⁶⁹ De trustgoederen dienen dan ook afgescheiden te blijven van de persoonlijke goederen van de *trustee*. Opvallend is dat óók trustschuldeisers zich niet rechtstreeks kunnen verhalen op de onder trustverband gebrachte goederen. Zij gelden naar *common law* immers als persoonlijke schuldeisers van de *trustee* (zie *infra*, randnr. 343). In dit verband werd hoger trouwens (*supra*, randnr. 149) reeds gewezen op het feit dat de *trustee* zich in beginsel⁷⁷⁰ persoonlijk verbindt, wanneer hij als *trustee* overeenkomsten aangaat met derden.

Het feit dat de *trustee* persoonlijk instaat voor schulden aangegaan in de loop van het beheer van de trustverhouding wordt verzacht door het feit dat de *trustee* beschikt over een vergoedingsrecht ten aanzien van de trustgoederen.⁷⁷¹ De bijzondere verhoudingen tussen de *trustee* en zijn schuldeisers, weze het persoonlijke schuldeisers of trustschuldeisers, komen verder uitgebreider aan bod (*infra*, randnr. 335 e.v.).

b. Verplichtingen van de trustee

250. De exacte draagwijdte van de verplichtingen die de *trustee* dient te vervullen, hangen in de eerste plaats af van de bepalingen van *trust*(akte) zelf. Verschillende soorten *trusts* brengen verschillende bijzondere verplichtingen voor de *trustee* met zich mee.⁷⁷² Aangezien *trusts* voor een brede waaier aan doeleinden kunnen worden aangewend, hoeft het niet te verbazen dat de bijhorende rechten

⁷⁶⁸ A. HUDSON, *Equity and Trusts, 8th Edition*, Oxford, Routledge, 2015, 353 – 392; D.J. HAYTON, "Overview" in P. BIRKS, A. PRETTO (eds.), *Breach of Trust*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 381.

⁷⁶⁹ W. SWADLING, "Trusts and Ownership: A Common Law Perspective", *ERPL* 2016, 956.

Teneinde misbruik te voorkomen bevat het Engelse insolventierecht wel een aantal 'clawback-mechanismen' die ertoe moeten leiden dat goederen die enkel onder trustverband worden gebracht met het oogmerk om schuldeisers te benadelen, terug in de boedel terecht komen. In dit verband kan worden gewezen op *Sections* 339 en 423 tot en met 425 van de *Insolvency Act* 1986. *Section* 339 bepaalt dat 'transactions at undervalue' niet-tegenwerpelijk kunnen worden verklaard. *Section* 423 bevat een gelijkaardige bepaling inzake *trusts* die werden opgericht met het oogmerk om schuldeisers te benadelen. In *Section* 339 van dezelfde wet wordt dan weer bepaald dat eenzelfde bevoegdheid toekomt aan de *trustee in bankruptcy* (i.e. de curator).

Zie ook: G. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 248 e.v.; D. FOX, "Private Express Trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 611 e.v.

⁷⁷⁰ Voor wat betreft het trustrecht in de Verenigde Staten dient dit standpunt evenwel te worden genuanceerd, zie: *infra*, randnr. 344 e.v..

⁷⁷¹ Zie ook: B. SHAH, "Trustee's indemnity and creditor's rights", *Trusts & Trustees* 2013, 79; *Worrall v. Harford* [1802] 8 Ves Jun 4, 8.

⁷⁷² C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 239; A.J. HAWKINS, "The Trust Like Device in English Law" in W.A. WILSON (ed.), *Trusts and Trust-Like Devices*, Londen, British Institute of International and Comparative Law, 1981, 9 – 10.

en verplichtingen voor de *trustee* eveneens sterk variëren. De verplichtingen voor een *trustee* kunnen erg gering zijn, maar zijn in de regel veelomvattend.

251. In de kern van het trusteeschap liggen evenwel nog steeds de zogeheten fiduciaire taken van de *trustee*.⁷⁷³ In een *private trust* dient de *trustee* daarom steeds in eer en geweten en te goeder trouw te handelen conform de belangen van de *beneficiaries*. Hieruit volgt dat het van groot belang is dat de *trustee* steeds belangenconflicten vermijdt. Dergelijke belangenconflicten zouden de *trustee* immers ertoe kunnen aanzetten om zijn eigen belang boven dat van de *beneficiaries* te stellen. Deze regel gaat zelfs zo ver dat zij vooronderstelt dat *trustees* ook dienen te vermijden dat zij in een positie terecht kunnen komen waar hun eigenbelang mogelijk in conflict komt met de belangen van de *beneficiaries*.⁷⁷⁴ Met andere woorden, *trustees* dienen ook potentiële belangenconflicten te vermijden. Deze regel strekt er eveneens toe te voorkomen dat *trustees* zich schuldig kunnen maken aan '*self-dealing*' en hun hoedanigheid als beheerder zullen misbruiken om, desgevallend op onrechtstreekse wijze, voordeel te halen uit het beheer van de onder trustverband gebrachte goederen.⁷⁷⁵ *Trustees* dienen zich met andere woorden op een loyale wijze te kwijten van hun taken.⁷⁷⁶

252. Uit het voorgaande is reeds gebleken dat het trusteeschap een zwaarbeladen takenpakket met zich meebrengt. Een *trustee* heeft heel wat verplichtingen, en daartegenover staat slechts een beperkt aantal rechten. Behoudens de bijzondere verplichtingen die kunnen voortvloeien uit de trustakte zelf, heeft elke *trustee* in de regel de volgende verplichtingen⁷⁷⁷:

- Bij het aanvaarden van zijn trusteeschap dient de *trustee* zich te informeren omtrent de *trust* waarvan hij *trustee* is geworden. Zo dient hij na te gaan of aan

⁷⁷³ J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 209. Sommige auteurs betwijfelen evenwel of van elke *trustee* kan worden gezegd dat hij of zij fiduciaire verplichtingen heeft. Zie: C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 258 – 259.

⁷⁷⁴ C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 245.

⁷⁷⁵ Wanneer een bepaald trustgoed dient te worden verkocht, zou de *trustee* bijvoorbeeld in de verleiding kunnen komen om het goed zelf aan te kopen. Het probleem is echter dat de *trustee*, als beheerder, in dient te staan voor de verkoop van het goed. Indien hij werkelijk de belangen van de *beneficiaries* nastreeft, zal de *trustee* de hoogst mogelijke prijs voor dat goed trachten te onderhandelen. Indien hij het goed echter aan zichzelf verkoopt, heeft de *trustee* te kampen met een belangenconflict, waarbij de belangen van de *beneficiaries* in de meeste gevallen het onderspit zullen delven. Om deze reden is het *trustees* onder de '*self-dealing rule*' principieel verboden om zelf trustgoederen aan te kopen.

⁷⁷⁶ Deze 'loyauteitsplicht' werd door de bekende Amerikaanse rechter BENJAMIN CARDOZO als volgt omschreven: "*Many forms of conduct permissible in a workaday world for those acting at arms length, are forbidden to those bound by fiduciary ties. A trustee is held to something stricter than the morals of the marketplace. Not honesty alone, but the punctilio of an honor the most sensitive, is then the standard of behavior. [...] Only thus has the level of conduct for fiduciaries been kept at a level higher than that trodden by the crowd.*", zie: *Mainhard v. Salmon*, 249 N.Y. 458, 464 (1928).

⁷⁷⁷ Zie hieromtrent: A. HUDSON, *Equity and Trusts, 8th Edition*, Oxford, Routledge, 2015, 353 – 392; G.W. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 281 – 380; G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 111 – 119.

alle noodzakelijke voorwaarden om tot een geldige benoeming over te gaan is voldaan, welke de inhoud is van de trustakte, welke goederen onder trustverband werden gebracht, enz...

- Een *trustee* dient alle redelijke en praktische voorzorgen te nemen teneinde te verzekeren dat de trustgoederen op een veilige manier worden bewaard. De concrete invulling van deze plicht kan variëren, afhankelijk van welke goederen onder trustverband werden gebracht. Indien het om een gebouw gaat, staat de *trustee* in voor het onderhoud van dit gebouw. Indien het om een paard gaat, dient de *trustee* een gepaste stal te vinden, enz... In elk geval moet worden voorkomen dat de trustgoederen beschadigd of verloren zouden geraken. Aldus moet de *trustee* de gepaste maatregelen nemen teneinde de waarde van de trustgoederen te vrijwaren.

- De *trustee* dient de trustgoederen afgescheiden te houden van zijn persoonlijke goederen. De trustgoederen mogen niet worden vermengd met de persoonlijke goederen van de *trustee*. Naar dit fenomeen wordt soms verwezen onder de noemer '*ring-fencing*'.⁷⁷⁸ Zo dient de *trustee* de trustgelden niet gewoon te storten op een afzonderlijke bankrekening, maar steeds een afzonderlijke *trust account* te openen.⁷⁷⁹ Nochtans stellen bepaalde auteurs dat een *trustee* niet automatisch een *breach of trust* begaat door het louter vermengen van onder trustverband gebrachte goederen en zijn of haar persoonlijke goederen.⁷⁸⁰

- De *trustee* dient in te staan voor de gelijke behandeling van alle *beneficiaries* onder de *trust*. Aangezien hij in een fiduciaire verhouding staat met elke *beneficiary*, vloeit hieruit voort dat hij geen enkele *beneficiary* zonder gegoede reden voordeliger mag behandelen dan andere *beneficiaries*. Hij heeft als het ware een 'onpartijdigheidsplicht'.

- De *trustee* heeft een tevens een belangrijke zorgvuldigheidsplicht. Deze zorgvuldigheidsplicht werd bovendien wettelijk verankerd in *Section 1* van de *Trustee Act 2000*.⁷⁸¹ Deze zorgvuldigheidsplicht is subjectief van aard, nu sterk rekening wordt gehouden met de (beweerde) persoonlijke kennis en kwaliteiten van de *trustee*. De zorgvuldigheidsplicht strekt er niet toe de *trustee* te verplichten

⁷⁷⁸ A. PEYROT, *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, Genève, Schulthess, 2011, 27 e.v.

⁷⁷⁹ D.J. HAYTON, "Trusts" in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN *et al.* (eds.), *Vertrouwd met de trust. Trusts and trust-like arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, 44.

⁷⁸⁰ Zie: P. MATTHEWS, "Square Peg, Round Hole? Patrimony and the Common Law Trust" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 71 – 72.

⁷⁸¹ Deze bepaling leest als volgt:

"(1) whenever the duty under this subsection applies to a trustee, he must exercise such care and skill as is reasonable in the circumstances, having regard, in particular –
a) to any special knowledge or experience that he has or holds himself as having, and
b) if he acts as a trustee in the course of a business or a profession, to any special knowledge or experience that is reasonable to expect of a person acting in the course of that kind of business or profession"

om bepaalde handelingen te stellen. De *trustee* is slechts ertoe gehouden deze standaard in acht te nemen wanneer hij bepaalde handelingen stelt.

- De *trustee* is ertoe gehouden om de waarde van het trustfonds de vrijwaren door middel van beleggingen en investeringen. Hij dient hiertoe een evenwicht te vinden tussen het nastreven van zo veel mogelijk winst en een defensieve beleggingsstrategie. Deze evenwichtsoefening heeft ertoe geleid dat veel *trustees* tegenwoordig een breed portfolio aanhouden, waarbij de risico's die gepaard gaan met elke individuele belegging sterk worden beperkt.⁷⁸² In de *Trustee Act 2000* werden hiertoe zelfs bepalingen opgenomen die elke *trustee* toestaan om aan modern portfoliobeheer te doen.⁷⁸³ In de (intussen opgeheven) *Trustee Act 1961* was in dit verband slechts een restrictieve beleggingsplicht voorzien in hoofde van de *trustee*, die beoogde om *trustees* een zeer defensieve beleggingsstrategie te doen hanteren. Bij het investeren en beleggen dient de *trustee* desgevallend professioneel advies in te winnen. Deze laatste plicht hangt onder meer samen met de op de *trustee* rustende *duty of care*, die overigens ook diens handelingen in uitvoering van de beleggingsplicht beheersen. Ook de Engelse rechtbanken baseren zich in toenemende mate op theorieën omtrent portfoliobeheer, waaruit volgt dat de *trustee* niet *in breach of trust* handelt wanneer hij of zij een eerder riskante belegging doet, zolang er is voorzien in voldoende risicospreiding over het portfolio als geheel.⁷⁸⁴ Het is evenwel niet steeds evident voor *trustees* om de beginselen van hedendaagse portfoliotheorie, de volatiele financiële markten en de fiduciaire uitgangspunten van het klassieke trustrecht met elkaar te verzoenen.

- De *trustee* dient het bepaalde in de trustakte loyaal uit te voeren en aldus op de vastgestelde tijdstippen over te gaan tot uitkeringen van trustgoederen. Elke tekortkoming wordt in dit verband beschouwd als een *breach of trust*. Deze plicht is evenwel sterk afhankelijk van het bepaalde in de trustakte. Zo dient de *trustee* in het geval van een *discretionary trust* niet steeds over te gaan tot het uitkeren van trustgoederen.

- Op verzoek van de *beneficiaries* dient de *trustee* alle noodzakelijke inlichtingen te verstrekken omtrent het door hem gevoerde beheer over de trustgoederen, waartoe de *beneficiaries* gerechtigd zijn (zie daarover *infra*, randnr. 264 - 266).⁷⁸⁵ De *trustee* moet bovendien ook rekenschap en verantwoording afleggen inzake het gevoerde beheer. Dit impliceert dat de *trustee* een behoorlijke boekhouding dient te voeren en deze ter controle door de *beneficiaries* beschikbaar moet houden. In het Engels wordt gesproken van de *duty to keep and render accounts*.

- De *trustee* heeft ook een verplichting om zich in beginsel persoonlijk te kwijten van zijn taken. Hij mag met andere woorden de uitvoering van zijn taken principieel

⁷⁸² Zie hiertoe: *Bartlett v. Barclays Bank Trust Co Ltd.* [1980] Ch. 515.

⁷⁸³ Section 3(1) bepaalt in dit verband: "a trustee may make any kind of investment that he could make if he were absolutely entitled to the assets of the trust."

⁷⁸⁴ R. KULMS, "Trusts" in J. BASEDOW, K.J. HOPT, R. ZIMMERMAN, A. STIER, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2012, 1698.

⁷⁸⁵ D. HAYTON, "Foundations and trusts contrasted", *Trusts & Trustees 2011*, 466 - 467.

niet delegeren aan derden. Enkel indien dit hem in de trustakte expliciet wordt toegestaan, mag hij de uitvoering van bepaalde taken delegeren aan derden. Deze regel vloeit voort uit de historische opvatting dat de *trustee* een vertrouwenspersoon van de *settlor* is. Deze regel is evenwel sterk afgezwakt door wettelijk ingrijpen.⁷⁸⁶ Het delegeren van discretionaire bevoegdheden blijft in de regel niet mogelijk.

- *Trustees* hebben, zoals reeds werd aangehaald, een verplichting om mogelijke belangenconflicten te vermijden. Zij mogen zichzelf niet in een positie plaatsen waarin hun eigenbelang en de belangen van de *beneficiaries* in conflict kunnen komen. Het is de *trustee* ten strengste verboden om zichzelf te verrijken door middel van zijn hoedanigheid, alsook om de trustgoederen voor eigen gewin aan te wenden.

- Tot slot hebben *trustees* nog een aantal verplichtingen die samenhangen met uitoefening van hun discretionaire bevoegdheden. Het gaat hierbij om de verplichting om regelmatig de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid te overwegen, de verplichting om de mogelijke gevolgen van de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid te overwegen, het verbod om een derde de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid te laten dicteren en de verplichting om enkel rekening te houden met relevante overwegingen bij het nemen van een beslissing. Deze bijzondere verplichtingen zijn onder meer van belang voor *trustees* van *discretionary trusts*.⁷⁸⁷

c. Bevoegdheden van de *trustee*

253. Ook bij de bevoegdheden van de *trustees* kan een onderscheid worden gemaakt tussen de bevoegdheden die hij in zijn algemeenheid ontleent aan de wet en de bijzondere bevoegdheden die hem kunnen worden toegekend in de trustakte. Voor wat betreft de *express trusts* kan hier bovendien een onderscheid worden gemaakt tussen de *discretionary trust*, de *fixed interest trust* en de *bare trust*. Opvallend is dat in het Engelse recht voor wat betreft de bevoegdheden van de *trustee*, een beroep wordt gedaan op *powers*. Deze *powers* kwamen reeds hoger ter sprake (*supra*, randnr. 154 e.v.). In feite is dit een opvallend gegeven. De *trustee* houdt immers de *legal title* van de trustgoederen aan. Op het eerste gezicht lijkt het logische gevolg te zijn dat de *trustee* daarom ook alle beheersbevoegdheden zou hebben die een volle eigenaar ook heeft.⁷⁸⁸ Toch wordt voor heel wat bijzondere bevoegdheden een beroep gedaan op soorten *powers*. Voor een uitgebreide bespreking van *powers* als rechtsfiguren kan worden verwezen naar het bovenstaande. In wat volgt worden enkele *powers* besproken waarover *trustees* in de regel kunnen beschikken.

⁷⁸⁶ Zie *Part IV* van de *Trustee Act 2000*.

⁷⁸⁷ G.W. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 336

⁷⁸⁸ *Ibid*, 417.

254. Met betrekking tot *discretionary trusts* werd hoger (*supra*, randnr. 161 – 162) gesteld dat de trustfiguur in wezen zelf een bijzondere soort *power* is, waarvan echter wordt aangenomen dat de *trustee* verplicht is om deze *power* daadwerkelijk uit te oefenen. Het discretionaire element bestaat erin dat het aan de *trustee* toekomt om te kiezen ten voordele van welke *beneficiary* hij deze '*power*' uitoefent. In het geval van een *non-exhaustive discretionary trust* heeft de *trustee* bovendien nog de bijkomende bevoegdheid om niet over te gaan tot een uitkering van trustgoederen. Gezien het imperatieve karakter van de *discretionary trust* is deze terminologie evenwel verwarrend. In het geval er sprake is van een *discretionary trust* zullen de rechtbanken er dan ook op toe zien dat de discretionaire bevoegdheden van de *trustee* daadwerkelijk worden uitgeoefend.⁷⁸⁹

255. Er werd ook reeds gewag gemaakt van zogeheten *fiduciary powers*. Dit zijn *powers* waarbij, in tegenstelling tot *personal powers*, de *trustee* op regelmatige basis en in alle onafhankelijkheid dient te overwegen of hij daarvan al dan niet gebruik zou maken. De *ratio* die achter deze verplichting schuilgaat, is de fiduciaire verhouding waarin de *trustee* zich bevindt ten aanzien van de *objects* van de *power*. Wanneer dergelijke *powers* worden vergeleken met *discretionary trusts* blijkt evenwel dat het 'imperatief karakter' van *discretionary trusts* sterker is. In het laatste geval wordt immers aangenomen dat de *trustee* verplicht is om de '*power*' uit te oefenen en niet slechts om de uitoefening daarvan te overwegen.

256. De *powers* die aan een *trustee* kunnen worden verleend kunnen administratief of dispositief van aard zijn (zie *supra*, randnr. 158). Bij de *administrative powers* staan de bevoegdheden met betrekking tot het beheer, het investeren en het beleggen van de trustgoederen centraal. Hoger (*supra*, randnr. 252) werd reeds gewezen op de verplichtingen van de *trustee* in dit verband. Deze *powers* worden in hun algemeenheid dan ook in de relevante trustwetgeving aangetroffen. Bij de *dispositive powers* staan de bevoegdheden van de *trustees* om trustgoederen te verdelen centraal. In dit verband kan worden gewezen op de *power of maintenance* en de *power of advancement*. De *power of maintenance* betreft de bevoegdheid van de *trustee* om de opbrengsten van het trustvermogen te verdelen onder de *beneficiaries*.⁷⁹⁰ De *power of advancement* betreft de bevoegdheid om over te gaan tot uitkering van het kapitaal van de *trust*. Voor het overige kan nog worden gewezen op een aantal bijzondere bevoegdheden. Via een

⁷⁸⁹ G.W. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 413.

⁷⁹⁰ De Engelse wet voorziet in dit verband eveneens in een bijzondere *power of maintenance* voor *trustees* met betrekking tot minderjarige *beneficiaries*. Wanneer de *settlor* voorziet in een *trust* ten voordele van bepaalde *beneficiaries*, wordt in de trustakte vaak bepaald dat de uitkeringen aan de *beneficiaries* pas kunnen geschieden vanaf wanneer zij een bepaalde leeftijd hebben bereikt. Het Engelse recht voorziet in een bijkomende *power* voor *trustees* om toch reeds over te gaan tot een uitkering van trustgoederen aan minderjarige *beneficiaries* wanneer zij in (financiële) nood komen te verkeren. Aangenomen wordt immers dat de *settlor* niet zou hebben gewild dat de *beneficiaries* in nood zouden komen te verkeren, ook al hebben zij de juiste leeftijd nog niet bereikt. De trustakte kan de toepassing van dit bijzondere regime evenwel uitsluiten. Zie: A. HUDSON, *Equity and Trusts*, 8th Edition, Oxford, Routledge, 2015, 473 – 477.

power of appropriation kan de *trustee* bepaalde trustgoederen toewijzen aan een bepaalde *beneficiary* in de plaats van over te gaan tot de uitkering van een geldsom.⁷⁹¹ Voorts kan de *trustee* ook in rechte optreden tegen derden als eiser of verweerder, kan hij geldleningen opnemen uit de trustgoederen en dergelijke meer.

d. Breach of trust

257. Indien de *trustee* de op hem rustende verplichtingen niet naleeft, begaat hij een *breach of trust*.⁷⁹² Een *breach of trust* kan zich voordoen in twee 'hoedanigheden'.⁷⁹³ Enerzijds is het mogelijk dat een *trustee* een bepaalde handeling stelt die in zijn geheel *ultra vires* is. In dergelijke gevallen maakt het geen verschil of een *trustee* bij het stellen van die handeling al dan niet een fout heeft begaan. De handeling zelf was immers foutief, aangezien hij de desbetreffende handeling in zijn geheel niet mocht stellen. Voorbeelden van een dergelijke *breach of trust* vanwege de *trustee* zijn: een uitkering van trustgoederen bewerkstelligen ten voordele van een persoon die geen *beneficiary* is, of een handeling stellen waardoor een belangenconflict ontstaat tussen het eigenbelang van de *trustee* en de belangen van de *beneficiaries*. Anderzijds begaat de *trustee* eveneens een *breach of trust* wanneer hij een handeling stelt die *an sich* toegelaten zou zijn geweest, maar die hij uitvoert op een wijze die niet voldoet aan de geldende normen. Voor deze tweede categorie van *breaches of trust* wordt wel een bewijs van fout in hoofde van de *trustee* vereist. Een voorbeeld van deze tweede categorie van *breaches of trust* is een *trustee* die een investerinportfolio mag beheren, maar de beleggingen op een (zeer) ondoordachte wijze structureert.

258. In het geval er meer dan één *trustee* is, rijst de vraag hoe de aansprakelijkheid voor de *breach of trust* dient te worden verdeeld. Hoger (*supra*, randnr. 245) werd aangehaald dat de *trustees* in beginsel steeds gezamenlijk dienen te handelen. De algemene regel is dan ook dat zij gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor een *breach of trust*.⁷⁹⁴ Deze regel biedt de *trustees* een *incentive* om ook steeds betrokken te blijven bij de beslissingen die aangaande de *trust* worden gemaakt. Het voorgaande lijdt evenwel uitzondering wanneer een bepaalde *trustee* een opzettelijke fout heeft begaan of anderszins frauduleus heeft gehandeld.⁷⁹⁵

259. Een *trustee* kan verantwoordelijk worden gesteld voor een *breach of trust* wanneer deze *breach of trust* een verlies voor de *beneficiaries* – of nauwkeuriger:

⁷⁹¹ G.W. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 451.

⁷⁹² Zie hierover algemeen: D. FOX, "Breach of Trust" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 765 – 803.

⁷⁹³ P. BIRKS, A. PRETTO, "Preface" in P. BIRKS, A. PRETTO (eds.), *Breach of Trust*, Oxford, Hart Publishing, 2002, ix.

⁷⁹⁴ A. HUDSON, *Equity and Trusts*, 8th Edition, Oxford, Routledge, 2015, 862.

⁷⁹⁵ *Charitable Corporation v. Sutton* [1742] 2 Atk 400; *Lingard v. Bromley* [1812] 1 V&B 114; *Tarleton v. Hornby* [1833] 1 Y&C 333; *Attorney-General v. Wilson* [1840] Cr & Ph 1; *Scotney v. Lomer* [1886] 29 Ch D 535.

voor het trustfonds waarop de *beneficiaries* aanspraken hebben – tot gevolg heeft.⁷⁹⁶ Indien dit niet het geval is, valt immers niet uit te sluiten dat de *beneficiaries* op twee fronten beter af zouden kunnen zijn door het instellen van een vordering wegens *breach of trust*. Bijvoorbeeld in het geval waar de *breach of trust* een loutere formaliteit was, maar die wel tot gevolg had dat de waarde van het trustfonds uiteindelijk is toegenomen. In feite is hier sprake van een belangvereiste.

260. Hoger (*supra*, randnr. 148) werd ook uiteengezet dat niet de *settlor*, maar enkel de *beneficiaries* de *trustee* in rechte kunnen aanspreken wanneer deze laatste een *breach of trust* heeft begaan. Zoals verder (*infra*, randnr. 329 e.v.) zal blijken, is dit een zeer belangrijk punt. De *beneficiaries* kunnen ten aanzien van de *trustee* in beginsel aanspraak maken op drie *remedies* in geval van een *breach of trust*.⁷⁹⁷ In eerste orde kunnen zij bekomen dat de *trustee* het trustfonds 'herstelt in natura'. De *trustee* dient dan het oorspronkelijke trustgoed dat hij ten onrechte uit het trustfonds heeft verwijderd, terug in het trustfonds onder te brengen. Deze *remedy* wordt ook wel *specific restitution* genoemd. In eerste instantie dient aldus te worden nagegaan of het mogelijk is om het trustfonds in zijn oorspronkelijke staat te herstellen.⁷⁹⁸ Indien het oorspronkelijke trustgoed inmiddels door de verkrijger werd vervreemd, kunnen de *beneficiaries* vervolgens hun rechten laten gelden op het goed dat daarvoor in de plaats is gekomen (het *clean substitute* of het *traceable substitute*). De *beneficiary* kan ingevolge het *tracing*-proces vervolgens een keuze maken uit een aantal verschillende *remedies*. Voor een nadere bespreking van het *tracing*-proces kunnen wij verwijzen naar *infra* (randnr. 276 e.v.). Slechts in tweede instantie dient de *breach of trust* door de *trustee* op geldelijke wijze te worden gecompenseerd.

Ten derde kan van de *trustee* worden geëist dat hij de eventuele bijkomende 'schade' vergoedt die het gevolg is van de *breach of trust*. Daar waar de eerste twee *remedies* ertoe strekken de waarde van het trustfonds te herstellen als had de *breach of trust* zich niet voorgedaan, heeft de derde *remedy* tot doel om andere mogelijke verliezen voor het trustfonds te compenseren. Deze derde *remedy* geldt dan ook aanvullend, daar waar de eerste twee *remedies* elkaar wederzijds uitsluiten. Wanneer de *trustee* bijvoorbeeld aandelen heeft vervreemd, verliest het trustfonds de mogelijkheid om dividenden uit deze aandelen te ontvangen. De verloren kans om dividenden te ontvangen dient dan eveneens te worden gecompenseerd door de *trustee*.

⁷⁹⁶ *Target Holdings v. Redfern* [1996] 1 AC 421.

⁷⁹⁷ A. HUDSON, *Equity and Trusts*, 8th Edition, Oxford, Routledge, 2015, 865 – 880.

⁷⁹⁸ "The equitable rules of compensation for breach of trust have been largely developed in relation to such traditional trusts, where the only way in which all the beneficiaries' rights can be protected is to restore to the trust fund what ought to be there. In such a case the basic rule is that a trustee in breach of trust must restore or pay to the trust estate either the assets which have been lost to the estate by reason of the breach or compensation for such loss. Courts of Equity did not award damages, but in acting in personam, ordered the defaulting trustee to restore the trust estate", zie: *Target Holdings v. Redfern* [1996] 1 AC 421.

Van groot belang is het inzicht dat de *trustee* de *beneficiaries* slechts op onrechtstreekse wijze vergoedt. Hij dient immers de waarde van het trustfonds te herstellen, zonder dat deze vergoeding rechtstreeks aan de *beneficiaries* toekomt.⁷⁹⁹ Opvallend is dat met betrekking tot een *trust* niet wordt gesproken van *damages*. De reden hiervoor is dat *damages* een fenomeen zijn van de *common law* en niet van de *equity* als zodanig.

261. De *trustee* die reeds is afgetreden, kan nog steeds aansprakelijk worden gesteld voor *breaches of trust* die zich hebben voorgedaan gedurende zijn trusteeschap.⁸⁰⁰ Voor een *breach of trust* die zich heeft voorgedaan ná het neerleggen van het mandaat als *trustee*, kan de voormalige *trustee* niet meer aansprakelijk gesteld worden.

3. De *beneficiary*

a. Algemeen

262. De rechtspositie van de *beneficiary* in een *trust* wordt in de eerste plaats bepaald door de trustakte, en de interpretatie die aan de bepalingen van de trustakte kan of moet worden gegeven. Gezien de grote vrijheid die de *settlor* in dit verband geniet, kunnen de concrete rechten van de *beneficiary* onder een *trust* heel wat verschillende vormen aannemen. Wat de concrete vorm van deze rechten ook moge zijn, de trustverhouding zorgt er wel steeds voor dat er een wig ontstaat tussen de *legal title* van de *trustee* en de gebruiks-, genots- en beschikkingsrechten die normaliter uit het aanhouden van de *legal title* zouden voortvloeien. De *equitable title* van de *beneficiary*, correspondeert hiermee in de zin dat hij wel de uiteindelijke gerechtigde is met betrekking tot de vruchten en voordelen die de trustgoederen opleveren. In feite kan de rechtspositie van de *beneficiary* worden gezien als het spiegelbeeld van de rechtspositie van de *trustee*, aangezien de verplichtingen die op de *trustee* rusten, bestaan ten aanzien van de *beneficiary*.

263. Elkeen die een *equitable interest* kan verkrijgen, kan *beneficiary* worden van een *trust*.⁸⁰¹ In beginsel kunnen dus zowel natuurlijke personen als rechtspersonen *beneficiary* zijn van een *trust*. Ongeacht de gekozen trustvorm heeft de *beneficiary* van een *trust* in de regel een aantal vastomschreven rechten, die worden vastgeknoopt aan de hoedanigheid van *beneficiary*. Aan de basis hiervan ligt de idee dat iedere (potentiële) *beneficiary* een recht heeft op een deugdelijk beheer van de onder trustverband gebrachte goederen, in conformiteit met de bepalingen van de trustakte en het op de trustverhouding van toepassing

⁷⁹⁹ J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 36; A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 11.

⁸⁰⁰ G.W. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 330.

⁸⁰¹ J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 212.

zijnde recht.⁸⁰² Niettegenstaande het fundamentele belang van deze rechten moet hierbij toch de kanttekening worden gemaakt dat de exacte inhoud en draagwijdte van deze rechten vaak slechts moeizaam kan worden vastgesteld. De oorzaak hiervan is de wijze waarop de *common law* functioneert. De inhoud en draagwijdte van deze rechten dient aldus in de regel op een inductieve wijze te worden vastgesteld.⁸⁰³ In wat volgt worden daarom slechts enkele kernpunten aangehaald van de besproken materie.

i. Het recht op informatie

264. Ten eerste kan in dit verband het recht op informatie worden genoemd.⁸⁰⁴ De *beneficiary* dient door de *trustee* op de hoogte te worden gesteld van zijn hoedanigheid in het kader van de *trust*. Indien de *beneficiary* niet weet dat de *trust* bestaat, kan hij immers geen enkele vorm van controle op de *trustee* uitoefenen. De *beneficiary* heeft daarom in beginsel (en ook maar slechts in beginsel) een inzage-recht in de trustakte en de gevoerde boekhouding.⁸⁰⁵ Het voorgaande lijdt uitzondering in bepaalde *discretionary trusts*, waar de klasse van mogelijke *beneficiaries* zodanig groot is dat het voor de *trustee* onmogelijk is om elke *beneficiary* op de hoogte te brengen van zijn status.⁸⁰⁶ Via het recht op informatie kunnen *beneficiaries* tevens – opnieuw in beginsel – zicht krijgen op de omvang en samenstelling van het trustfonds en de wijze waarop de *trustee* de trustgoederen beheert. De *beneficiaries* krijgen hiertoe eveneens inzage in de trustakte, de rekeningen en de boekhouding die door de *trustee* in die hoedanigheid worden aangehouden.⁸⁰⁷ Het maakt daarbij in beginsel ook geen verschil of de *beneficiaries* in kwestie beschikken over een *interest in possession* of niet.⁸⁰⁸

265. Het recht op informatie gaat bovendien kennelijk verder dan een louter inzage-recht in de gevoerde boekhouding: “*Trustees must be ready to account to their beneficiaries for what they have done with formal financial statements, or with less formal documents, or indeed none at all.*”⁸⁰⁹ Door bepaalde auteurs wordt het recht op informative trouwens niet vastgeknoot aan het bestaan van enig

⁸⁰² S. KEMPSTER, “Rights to information” in S. COLLINS, S. KEMPSTER, M. MCMILLAN, A. MEEK (eds.), *International Trust Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 191.

⁸⁰³ Zie *supra*, vn. 156.

⁸⁰⁴ A.J. OAKLEY, *Parker and Mellows: “The modern law of trusts”, 8th Edition*, Butterworths, Londen, 2003, 711 – 12.

⁸⁰⁵ S. KEMPSTER, “Rights to information” in S. COLLINS, S. KEMPSTER, M. MCMILLAN, A. MEEK (eds.), *International Trust Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 198.

⁸⁰⁶ A. HUDSON, *Equity and Trusts, 8th Edition*, Oxford, Routledge, 2015, 393; J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 212.

Zie tevens: S. KEMPSTER, “Rights to information” in S. COLLINS, S. KEMPSTER, M. MCMILLAN, A. MEEK (eds.), *International Trust Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 195 – 196.

⁸⁰⁷ *Armitage v. Nurse* [1998] Ch 241; M. ROPER, “Accounting, disclosure and trustees’ costs”, *Trusts & Trustees* 2016, 243; A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 171 – 72.

⁸⁰⁸ *Armitage v. Nurse* [1998] Ch 241.

⁸⁰⁹ *RNLI & Ors v. Headley & McCole* [2016] EWHC 1948 (Ch), 261.

proprietary interest in hoofde van de *beneficiaries*, maar wel aan de superviserende rol die de Engelse rechtbanken waarnemen met betrekking tot *trusts*.⁸¹⁰

In dit verband dient nog te worden aangestipt dat – althans naar Engels recht – de *beneficiaries* niet zomaar recht hebben op het verkrijgen van eender welke informatie. Zo oordeelde het Engelse *High Court* in de zaak *RLNI & Ors v. Headley & McCole* dat de *beneficiaries* in kwestie geen recht hadden op inzage van informatie met betrekking tot de inkomsten van de *trust*. Slechts de *beneficiaries* die op dat ogenblik beschikten over een *income interest*, hadden volgens het *High Court* enig belang bij deze informatie. Indien en wanneer deze *income interests* zouden uitdoven, zouden de *beneficiaries* in kwestie dit recht wel verkrijgen, maar zou dit recht op informatie slechts *ex nunc* ingaan, waardoor zij geen informatie konden verkrijgen met betrekking tot trustinkomsten die het ontstaan van het eigen *income interest* zouden predateren.⁸¹¹ Eén en ander laat zich verklaren door de juridische architectuur van de *trust* in kwestie. Het betrof een *testamentary trust* waarbij de trustinkomsten werden toegewezen aan twee erfgenamen van de testator die slechts over een *income interest* beschikten. Na het overlijden van de langstlevende erfgenaam, dienden het trustkapitaal en de trustinkomsten te worden aangewend ten behoeve van tien nieuwe *beneficiaries*. Dit verklaart waarom de tweede categorie *beneficiaries*, die initieel over een *successive (capital) interest* beschikten, slechts beperkte rechten op informatie hadden. De zaak *RLNI & Ors* is daarbij een mooi voorbeeld van de genuanceerde wijze waarop het recht op informatie vanwege de *beneficiaries* dient te worden benaderd.

266. De *settlor* kan het recht op inzage met betrekking tot de trustdocumenten ook uitsluiten.⁸¹² In het geval van een *discretionary trust* rijst de vraag of ook de *letter of wishes* aan de *beneficiaries* kenbaar dient te worden gemaakt wanneer zij daarom verzoeken. In beginsel vormt de *letter of wishes* een vertrouwelijk document waarin de *beneficiaries* geen inzage krijgen.⁸¹³ De *trustee* kan in de regel wel op discretionaire wijze beslissen om toch inzage te verlenen. In bepaalde gevallen wordt zelfs aangenomen dat de *trustee* verplicht is om inzage te verlenen.⁸¹⁴ Zulks is echter niet altijd het geval. Opnieuw hangt de meer concrete invulling van het recht op informatie af van de context van de feitelijke situatie waarbinnen de vraag om informatie is gesitueerd.

Uit het loutere feit dat de *trustee* in bepaalde gevallen inzage dient te verlenen in de trustdocumenten mag niet worden afgeleid dat de *beneficiaries* een recht van zeggenschap hebben met betrekking tot de wijze waarop de *trustee* de goederen

⁸¹⁰ M. ROPER, "Accounting, disclosure and trustees' costs", *Trusts & Trustees* 2016, 243.

⁸¹¹ *RLNI & Ors v. Headley & McCole* [2016] EWHC 1948 (Ch), 261.

⁸¹² *Hartigan Nominees v. Rydge* [1992] 29 NSWLR 405; *Tierney v. King* [1983] 2 Qd R 580.

⁸¹³ *Breakspear v. Ackland* [2008] 3 WLR 698; T. GRAHAM, "Disclosure of Letters of Wishes and Confidentiality of Trustees' Deliberations after Schmidt" *Trusts & Trustees* 2008, 231 – 238; S. KEMPSTER, "Rights to information" in S. COLLINS, S. KEMPSTER, M. McMILLAN, A. MEEK (eds.), *International Trust Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 199 – 200.

⁸¹⁴ Zie daartoe: A. HUDSON, *Equity and Trusts, 8th Edition*, Oxford, Routledge, 2015, 401 – 403.

beheert.⁸¹⁵ Zij hebben in principe wel een recht op informatie met betrekking tot de door de *trustee* genomen beslissingen, maar de *trustee* is niet per definitie verplicht om mee te delen waarom hij een bepaalde beslissing genomen heeft.⁸¹⁶

ii. **Recht op behoorlijk beheer van de *trust***

267. Ten tweede heeft elke *beneficiary* een 'recht op behoorlijk beheer van de *trust*'. Dit recht correleert met de verplichting van de *trustee* om de onder trustverband gebrachte goederen op een zorgvuldige wijze te beheren. Zij kunnen de *trustee* dan ook in rechte aanspreken wanneer hij nalaat deze verplichting te honoreren. In het bijzonder kan hier nog worden gewezen op het recht van de *beneficiary* om te verlangen dat beroep wordt gedaan op een erkend boekhouder om het beheer van de trustgoederen in goede banen te leiden.⁸¹⁷ Ook kunnen zij van de *trustee* verlangen dat de hij of zij bepaalde vorderingsrechten tegen derden uitoefent, wanneer deze verband houden met het beheer van de onder trustverband gebrachte goederen. Indien de *trustee* deze vorderingsrechten niet zelf uitoefent, kunnen de *beneficiaries* in diens plaats treden en het vorderingsrecht zelf uitoefenen.⁸¹⁸

iii. **Recht om de trustverhouding te beëindigen**

268. Ten derde kan in dit verband opnieuw worden gewezen op de regel uit *Saunders v. Vautier*. Deze zaak kwam hoger (*supra*, randnr. 232 – 233), in het kader van de beëindiging van de trustverhouding, reeds uitgebreid aan bod. Let wel: bepaalde *discretionary trusts* hebben feitelijk tot gevolg dat de *beneficiaries* geen beroep kunnen doen op de regel uit *Saunders v. Vautier*. Wanneer het een *non-exhaustive discretionary trust* betreft of een *discretionary trust* waarbij de klasse van *beneficiaries* niet volledig is vastgelegd.

⁸¹⁵ Hierop bestaan wel een aantal uitzonderingen. Zo kan de trustakte bepalen dat de *trustee* rekening dient te houden met de wensen van de *beneficiaries*. Ook kunnen de *beneficiaries*, wanneer zij meerderjarig zijn en gezamenlijk op absolute wijze gerechtigd zijn op de trustgoederen, de *trustee* ontslaan en een nieuwe *trustee* aanduiden. Ten derde kan in dit verband reeds worden gewezen op de regel uit *Saunders v. Vautier*, die de *beneficiaries* in bepaalde gevallen toelaat om de trustverhouding te beëindigen, zodat de *trustee* de trustgoederen aan hen dient over te dragen. Zie: F. SONNEVELDT, "De positie van de beneficiary in het kader van de Anglo-Amerikaanse trust", *TEP* 2006, 286.

⁸¹⁶ A. HUDSON, *Equity and Trusts*, 8th Edition, Oxford, Routledge, 2015, 400.

⁸¹⁷ A.J. OAKLEY, *Parker and Mellows: "The modern law of trusts"*, 8th Edition, Butterworths, Londen, 2003, 715 – 716.

⁸¹⁸ *Ibid*, 716 – 717.

iv. Rechten met betrekking tot het *equitable interest*

269. Bovendien kan worden gesteld dat de *beneficiaries* in zekere zin de 'eigenaar' zijn van hun *equitable interest*. Dit *equitable interest* kan bijvoorbeeld worden overgedragen aan derden, indien de aard van dit recht zulks toelaat.⁸¹⁹ Bovendien kunnen de *beneficiaries* hun eigen *equitable interest* ook onder trustverband brengen of bezwaren met een zakelijk zekerheidsrecht.⁸²⁰ Wanneer een oorspronkelijke *beneficiary* zijn of haar eigen *interest* onder trustverband brengt, wordt het *equitable interest* van de oorspronkelijke *beneficiary* een 'bare *equitable interest*' en ontstaat er een geheel nieuw *equitable interest* in hoofde van de nieuwe *beneficiary*. In een dergelijk geval is er sprake van een *sub-trust*.⁸²¹ De oorspronkelijke *beneficiary* wordt dan *trustee* met betrekking tot zijn of haar eien *equitable interest*. In het geval van een *discretionary trust* werd reeds opgemerkt dat de individuele *beneficiaries* in feite geen *interest* hebben tot op het ogenblik dat de *trustee* beslist om zijn discretionaire bevoegdheden uit te oefenen. Aangezien de individuele *beneficiaries* geen *equitable interest* hebben tot op dit ogenblik, kunnen zij dit *interest* dan ook niet overdragen. Hetzelfde geldt in het geval van een *spendthrift trust* (zie *supra*, randnr. 170), zij dat dat onmogelijkheid tot overdraagbaarheid in dit laatste geval te maken heeft met het gegeven dat het *equitable interest* slechts bestaat als een onoverdraagbaar recht.

Een ander gevolg van de observatie dat de *beneficiary* kan worden gezien als 'eigenaar' van het *equitable interest* is tevens dat deze *equitable interests*, tezamen met de andere goederen van de *beneficiary*, mede het onderpand vormen voor de vorderingsrechten van schuldeisers van deze *beneficiaries*. Hierop wordt verder (*infra*, randnr. 589 e.v. en 879 e.v.) nog nader ingegaan, voor wat betreft de civielrechtelijke gevolgen van de erkenning van de trustverhouding in kwestie.

270. Voor wat betreft het inhoudelijke aspect van de rechten van de *beneficiary* kan worden verwezen naar het voorgaande met betrekking tot de *fixed interest trust* en de *discretionary trust* (*supra*, randnr. 197 – 207 alsook randnr. 208 – 211). Hoger (*supra*, randnr. 199) werd ook uiteengezet dat de *beneficiary* van een *trust* slechts een netto-aanspraak heeft op de goederen. Zij hebben slechts de residuaire claim.⁸²²

⁸¹⁹ D. FOX, "Private Express Trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 590.

⁸²⁰ C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 28, 142.

⁸²¹ *Ibid*, 148.

⁸²² R. SITKOFF, "An Agency Costs Theory of Trust Law", *Cornell Law Review* 2004, 646 – 647. Interessant in dit verband is tevens dat *beneficiaries* niet alleen een residuaire claim hebben in de zin dat zij trustschuldeisers moeten laten voorgaan. In de meeste *trusts* dienen *beneficiaries* tevens elkaar te laten voorgaan. Zo kunnen verschillende *beneficiaries* in een *discretionary trust* worden geconfronteerd met een situatie waarin de *trustee* slechts de claim van andere *beneficiaries* inwilligt, terwijl zij in de kou blijven staan. Ook in een *fixed trust* kunnen bepaalde *beneficiaries* een *income interest* hebben gedurende hun leven, terwijl andere *beneficiaries* slechts de *remainder* krijgen.

b. Beneficial interests en equitable interests

271. In het raam van een nadere bespreking van de rechten van de *beneficiary* onder een *trust* en diens *equitable interest*, dient er op te worden gewezen dat een *equitable interest* niet gelijk te stellen valt met een zogeheten '*beneficial interest*' of '*beneficial ownership*'. Beiden zijn geen synoniemen. Het begrip '*beneficial ownership*' duidt in de eerste plaats op de exclusieve gerechtigdheid die een rechtssubject heeft op de vruchten en andere voordelen van een bepaald goed.⁸²³ Zo kan de *trustee*, die een bepaald trustgoed aanhoudt, wel de *legal title* – of, naar analogie met de positie van de oorspronkelijke *beneficiary* in een *sub-trust*: de *bare legal title* – hebben met betrekking tot dit goed, maar dit heeft niet automatisch tot gevolg dat deze *trustee* ook het *beneficial interest* heeft met betrekking tot trustgoed. In dit voorbeeld is het *beneficial interest* wel in handen van de *beneficiary*, die de *equitable title* met betrekking tot het trustgoed heeft.

Er kan echter niet worden gesteld dat de *beneficiary* het *beneficial interest* met betrekking tot het trustgoed heeft, louter vanwege het feit dat hij een *equitable title* heeft. Het *beneficial interest* ligt bij de *beneficiary*, net omdat dat de *trustee* het goed voor hem aanhoudt in *equity*. Hij is, als *beneficiary*, de persoon in wiens voordeel de *trustee* het goed aanhoudt. Wanneer er meer dan één *beneficiary* is, houden zij gezamenlijk het *beneficial interest* aan.⁸²⁴ Wanneer er geen sprake is van een *trust*, maar de eigenaar het goed gewoon aanhoudt voor zichzelf, berust het *beneficial interest* bij de eigenaar zelf. In een dergelijk geval is er dan ook geen sprake van een *equitable interest*.⁸²⁵ Een dergelijk *interest* komt maar tot stand via een trustverhouding. Wanneer er sprake is van een *sub-trust* blijkt eveneens dat de oorspronkelijke *beneficiary* zowel het *beneficial interest* als een *equitable interest* aanhield onder de eerste trustverhouding. Na de creatie van de *sub-trust* komt het *beneficial interest* evenwel toe aan de tweede, nieuwe *beneficiary*.⁸²⁶

c. Tracing, following en overreaching

i. Overreaching

272. Hoger (*supra*, randnr. 256) werd besproken hoe *trustees* in de regel de bevoegdheid hebben om de trustgoederen te beleggen en de investeren. De *raison d'être* van veel trustverhoudingen is inderdaad hun wezen als 'fonds' (vandaar de veelgehoorde term '*trust fund*'; zie daaromtrent *infra*, randnr. 303 e.v.). Er werd naar dergelijke *trusts* verwezen onder de eerder algemene noemer van

⁸²³ C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 28, 317. *Ibid*, 28 en 317; J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 21 – 22.

⁸²⁴ J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 21.

⁸²⁵ *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington LBC* [1996] AC 669.

⁸²⁶ C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 149.

'*management trusts*'. Dit karakter van *trusts* indachtig, hoeft het geen verbazing te wekken dat het Engelse recht bijzondere methoden heeft ontwikkeld om de waarde van het fonds⁸²⁷ zo veel als mogelijk intact te houden. Niet alleen kan deze waarde worden aangetast wanneer de *trustee* nalaat de goederen op zorgvuldige wijze te onderhouden, (de waarde van) het fonds dient eveneens beschermd te worden tegen de vervreemding van de bestanddelen van het fonds door de *trustee*. De *trustee* kan op twee wijzen beschikken over de bestanddelen van het fonds. Ofwel heeft de *trustee* hiertoe de bevoegdheid, ofwel heeft de *trustee* deze bevoegdheid niet en handelt hij *in breach of trust*. Het tweede geval komt verder aan bod, wanneer de verschijnselen *tracing* en *following* worden besproken.

273. Wanneer de *trustee* wel binnen het kader van zijn bevoegdheden als beheerder van het trustfonds handelt, dient er enerzijds op te worden toegezien dat de goederen die de *trustee* daarvoor in ruil ontvangt, op hun beurt eveneens deel zullen uitmaken van het fonds. Anderzijds dient, teneinde het handelsverkeer niet te verstoren, de derde-verkrijger het voormalige trustgoed te ontvangen zonder dat dit goed nog behept is met de *equitable interest* van de *beneficiary*.

Het concept *overreaching* laat toe om beide gevolgen te bewerkstellingen in geval van een bevoegde en rechtmatige vervreemding van een trustgoed door een *trustee*.⁸²⁸ Door middel van *overreaching* wordt met andere woorden bewerkstelligd dat het *equitable interest* van de *beneficiary* wordt losgeweekt van het oorspronkelijke trustgoed en zich opnieuw aanhecht aan de goederen die daarvoor in de plaats komen. Het oorspronkelijke goed wordt vervolgens, vrij van enig *equitable interest*, overgedragen aan de verkrijger.⁸²⁹

274. Van essentieel belang om na te gaan of er inderdaad sprake kan zijn van *overreaching*, is de vraag of de handeling van de *trustee* *intra vires* was.⁸³⁰ Bij wijze van voorbeeld kan worden verwezen naar de zaak *Space Investments Ltd. v. CIBC (Bahamas) Ltd.*⁸³¹ In deze zaak wensten de *beneficiaries* aan te tonen dat zij een zakelijk recht hadden op bepaalde activa in de boedel van een insolvable bank.

⁸²⁷ Cf. B. RUDDEN, "Things as Thing and Things as Wealth", *Oxford Journal of Legal Studies* 1994, Vol. 14, 81 – 97.

⁸²⁸ D. FOX, "Overreaching" in P. BIRKS, A. PRETTO (eds.), *Breach of Trust*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 95 – 96; D. FOX, "Priorities" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 61 – 63.

⁸²⁹ P.S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity and Trusts, 2nd Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 56; D. FOX, "Priorities" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 61: "Overreaching is an incident of a trustee's equitable authority to make dispositions of the trust property. Its primary effect is to subordinate the interest of the beneficiary under the trust to the interest acquired by the donee from the trustee. The donee therefore takes his interest in the property entirely free of, or in priority to, the beneficiary's interest. A secondary effect of overreaching is that the beneficiary of the trust may take an interest in any proceeds arising from the disposition of the original property. In substance, therefore, it may seem that overreaching has the effect of transposing the beneficiary's equitable interest in the original asset to any proceeds over it."

⁸³⁰ P.S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity and Trusts, 2nd Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 57.

⁸³¹ [1986] 1 WLR 1072.

Deze bank, die eveneens hun *trustee* was, had trustgelden op een rekening geplaatst bij zichzelf. De trustakte liet een dergelijke handeling expliciet toe. Aangezien het ging om een toegelaten handeling, konden de *beneficiaries* aldus geen beroep doen op de regels inzake *tracing*. Er was immers geen sprake van een *breach of trust* in enigerlei zin. De crux van de zaak was dat de oorspronkelijke trustgoederen (het geld) was vervangen door een vorderingsrecht op de bank zelf. Dit was het normale gevolg van het feit dat de bank de gelden op een rekening had geplaatst bij zichzelf. Door de toegelaten storting op een bankrekening werden de *equitable interests* van de *beneficiaries* aldus *overreached* en werden zij aangehecht op de *chose in action* (ofwel: het vorderingsrecht) dat daarvoor in de plaats was gekomen. Helaas voor de *beneficiaries* had het vorderingsrecht een louter persoonlijk karakter, waardoor zij geen voorrang genoten op de schuldeisers van de bank.

ii. **Tracing en following**

275. Wanneer een *trustee in breach of trust* heeft gehandeld, beschikken de *beneficiaries* over een klein arsenaal aan mogelijkheden om hier in rechte tegen op te treden. Hoger (*supra*, randnr. 260) werd reeds uiteengezet op welke *remedies* de *beneficiaries* een beroep kunnen doen ten aanzien van de *trustee* die *in breach of trust* heeft gehandeld. Ten eerste kunnen de *beneficiaries* beroep doen op een reeks rechtsmiddelen met een persoonlijk karakter, op basis van het *equity-maxime 'equity acts in personam'*.⁸³² Zo kunnen zij onder meer *injunctions* verkrijgen en bewerkstelligen dat de *trustee* van zijn taak wordt ontslagen zodat een nieuwe *trustee* kan worden aangesteld. Ook werd gewezen op de verplichting van de *trustee* om de waarde van het trustfonds te herstellen. De derden die trustgoederen hebben ontvangen, kunnen dan weer aansprakelijk zijn wegens *knowing receipt of trust property* of zelfs *dishonest assistance in breach of trust*.⁸³³ Van belang is dat deze *remedies* een persoonlijk karakter hebben. Indien de *trustee* of de derde insolvabel is, loopt de *beneficiary* een significant risico, daar hij behandeld wordt als een gewone, chirografaire schuldeiser.

In het arsenaal van de *beneficiary* bevindt zich evenwel ook de mogelijkheid om over te gaan tot *following* of *tracing*. Het gevolg van deze processen is dat de *beneficiary* een claim zal kunnen vestigen op specifieke goederen.⁸³⁴ *Tracing* en *following* hebben met andere woorden een goederenrechtelijk karakter, althans beschouwd vanuit een continentaalrechtelijk perspectief.

276. De functie van *tracing* en *following* in het trustrecht bestaat erin dat het de *beneficiary* toelaat om trustgoederen die ten onrechte buiten trustverband

⁸³² J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 214.

⁸³³ A. HUDSON, *Equity and Trusts, 8th Edition*, Oxford, Routledge, 2015, 893.

⁸³⁴ *Ibid.*

werden gebracht, op te sporen, te identificeren en deze goederen, of desgevallend de waarde die deze goederen vertegenwoordigen, terug in het trustfonds onder te brengen. Bij een nadere bespreking van het juridische fenomeen *tracing*, komt het fundamentele karakter van de *trust* als een 'fonds' of een 'pool of assets' opnieuw sterk in de schijnwerpers te staan.⁸³⁵ Dit inzicht, dat o.i. op fundamentele wijze ten grondslag ligt aan de rechtsfiguur 'trust', komt verder nog uitgebreid ter sprake (zie *infra*, vanaf randnr. 303 e.v. en 370 e.v.). Hier kunnen wij volstaan met de bemerking dat het *tracing*-proces er mede toe bijdraagt dat de *trust* het karakter heeft van een 'fluide' fonds, waarbij de samenstellende bestanddelen van dit fonds continu voor elkaar worden ingewisseld. *Tracing* is er in de eerste plaats op gericht om de waarde van het 'trustfonds' als geheel in stand te houden, eerder dan de specieke samenstelling ervan. Dit punt komt verder aan bod.

277. Wanneer vaststaat dat de *beneficiary* voor een 'goederenrechtelijke' remedie heeft gekozen en niet voor een persoonlijke remedie, dringt zich opnieuw een fundamentele keuze op. *Tracing* en *following* zijn immers alternatieven, en staan niet in een hiërarchische verhouding tot elkaar.⁸³⁶ Daar waar *following* in essentie neerkomt op het uitoefenen van een volgrecht met betrekking tot de trustgoederen, leidt *tracing* veeleer tot het fenomeen dat in het Belgische recht bekend staat als 'zaakvervanging'. Op het eerste gezicht kan het dan ook verbazing opwekken dat *following* en *tracing* in het Engelse recht alternatieven zijn, daar waar dit voor het uitoefenen van een volgrecht en het optreden van zaakvervanging in het Belgische recht niet het geval is.⁸³⁷ In de Belgische rechtsorde is de toepassing van zaakvervanging niet mogelijk wanneer de zakelijk gerechtigde een beroep kan doen op andere zakenrechtelijke of verbintenisrechtelijke remedies, waarvan het uitoefenen van het volgrecht als voorbeeld kan dienen.

278. De *equitable title* van de *beneficiary* kan in beginsel worden tegengeworpen aan de *trustee* en elke derde die geen *bona fide purchaser for value without notice* ('equity's darling') is.⁸³⁸ Het gevolg hiervan is dat, wanneer de oorspronkelijke trustgoederen uit trustverband worden gehaald, de *beneficiary* de trustgoederen kan claimen bij de persoon bij wie deze goederen zich in natura bevinden, tot op het moment dat zijn *equitable title* op deze goederen uitdooft. De *equitable title* dooft uit wanneer de *trustee* een *power to dispose* uitoefent en aldus

⁸³⁵ J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 349.

⁸³⁶ D. FOX, "Overreaching" in P. BIRKS, A. PRETTO (eds.), *Breach of Trust*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 105 - 106; V. SAGAERT, *Zakelijke Subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 376; *Lipkin Gorman v. Karpnale* [1991] 2 AC 573; R. GOODE, "Property and Unjust Enrichment" in A. BURROWS (ed.), *Essays on the law of restitution*, Oxford, Oxford University Press, 1991, 233.

⁸³⁷ V. SAGAERT, *Zakelijke Subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 754.

Het gevolg van het feit dat *following* en *tracing* alternatieven vormen, is dat er zich een bijzondere soort 'vermenigvuldiging' van het eigendomsrecht voordoet. De eiser kan immers zowel zijn claim uitoefenen ten aanzien van het oorspronkelijke goed dat zich in de handen van een derde bevindt, als op het surrogaat dat voor dat goed in de plaats is gekomen. Voor een uitgebreidere bespreking van dit fenomeen, zie eveneens: V. SAGAERT, *Zakelijke Subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 377 - 379.

⁸³⁸ C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 319 - 320.

de *title* van de *beneficiary* op effectieve wijze *overreached* (zie *supra*, randnr. 272 – 274). De *equitable title* dooft echter eveneens uit wanneer de trustgoederen in de handen zijn gekomen van een *bona fide purchaser for value without notice*.

Wanneer is vast komen te staan dat de *equitable title* van de *beneficiary* niet is uitgedoofd en de oorspronkelijke trustgoederen kunnen worden gelocaliseerd, kan de *beneficiary* deze goederen teruggeisen. De *trustee* kan de *legal title* dan wel op geldige wijze aan de derde hebben overgedragen, de *equitable title* van de *beneficiary* op het overgedragen goed blijft bestaan.

Hoger (*supra*, randnr. 209) werd tevens opgemerkt dat er weinig twijfel bestaat aangaande de vraag of *beneficiaries* van een (volledig) *discretionary trust* ook een beroep kunnen doen op *tracing* en *following*. Nochtans is dit, gelet op de aard van de *discretionary trust*, allesbehalve een evidentie. In beginsel hebben de *beneficiaries* van een dergelijke *trust* geen huidige of vastomlijnde aanspraken met betrekking tot de trustgoederen zelf. Een dergelijke aanspraak ontstaat in principe pas wanneer de *trustee* van zijn of haar discretionaire dispositieve bevoegdheden gebruik maakt ten voordele van één of meerdere *beneficiaries*.

279. Met betrekking tot *tracing* kan worden opgemerkt dat het in essentie een proces is, en dus niet kan worden beschouwd als een volwaardige *remedy* op zich.⁸³⁹ *Tracing* laat enkel toe om een recht met betrekking tot het oorspronkelijke trustgoed als het ware 'op te sporen' doorheen een keten van transacties. De eiser die wenst te *tracen*, dient aldus na te gaan welke goederen in de plaats zijn gekomen van het goed waarop hij oorspronkelijk gerechtigd was. Wanneer de goederen die voor het oorspronkelijke goed in de plaats zijn gekomen, kunnen worden geïdentificeerd, kan hij vervolgens een claim laten gelden op de goederen. Noteer bovendien dat wij verder enkel 'equitable tracing' zullen bespreken. Het Angelsaksische recht kent eveneens een vorm van *tracing* naar *common law*.⁸⁴⁰ De voorwaarden voor het succesvol toepassen van *common law tracing* zijn echter veel strenger dan het geval is voor *equitable tracing*. Om deze reden vormt *equitable tracing* in de praktijk een meer extensief middel om de waarde van een (zakelijk) recht te vrijwaren. (*Equitable*) *tracing* is bovendien slechts mogelijk wanneer de eiser een *equitable title* had met betrekking tot het oorspronkelijke goed of wanneer de persoon die de oorspronkelijke goederen heeft vervreemd, in een fiduciaire verhouding stond met de eiser.⁸⁴¹

⁸³⁹ *Boscawen v. Bajwa* [1996] 1 WLR 328; *Filby v. Mortgage Express (No. 2) Ltd.* [2004] EWCA Civ 759; *Bracken Partners Ltd v. Gutteridge* [2004] 1 BCLC 377.

In de zaak *Boscawen* stelde MILLET, L.J.: "Tracing properly so-called, however, is neither a claim nor a remedy, but a process [...] It is the process by which the plaintiff traces what has happened to his property, identifies the persons who have handled it or received it, and justifies his claim that the money which they handled or received (and if necessary which they still retain) can properly be regarded as representing his property. He needs to do this because his claim is based on the retention by him of a beneficial interest in the property which the defendant handled or received. Unless he can prove this, he cannot (in the traditional language of equity) raise an equity against the defendant."

⁸⁴⁰ A. HUDSON, *Equity and Trusts*, 8th Edition, Oxford, Routledge, 2015, 895 – 899.

⁸⁴¹ *Re Diplock's Estate* [1948] Ch 465

280. *Tracing* laat aldus toe om de waarde van het oorspronkelijke trustgoed te traceren doorheen een keten van transacties. Neem het voorbeeld van een *trustee* T, die een schilderij verkoopt dat hij onder trustverband aanhield. Hij ontvangt hiervoor een prijs van 5000 EUR. T was niet bevoegd om het schilderij te verkopen, zodat de *equitable title* van de *beneficiary* niet wordt *overreached*. Koper C is bovendien geen *bona fide purchaser for value without notice*. Op dit ogenblik heeft de benadeelde *beneficiary* van de trust de keuze om ofwel het schilderij te 'volgen' in de handen van de C, ofwel om de 5000 EUR te *tracen* in de handen van T. Wanneer C het schilderij opnieuw verkoopt aan D voor 10.000 EUR, worden de mogelijkheden van de *beneficiary* mogelijk verder uitgebreid indien D ook geen *bona fide purchaser for value without notice* is. Hij kan nu eveneens de 10.000 EUR *tracen* in de handen van C. Bovendien kan hij nog steeds de 5000 EUR *tracen* in handen van T en kan hij een volgrecht uitoefenen met betrekking tot het schilderij. Deze keten wordt slechts doorbroken wanneer het schilderij in de handen komt van een *bona fide purchaser for value without notice*.

Stel dat D het schilderij verder verkoopt aan E, die wel een *bona fide purchaser for value without notice* is. D ontving hiervoor 12.000 EUR. In dit geval wordt het volgrecht van de *beneficiary* met betrekking tot het schilderij uitgeschakeld, maar kan hij wel nog steeds de geldsom *tracen* die in de plaats is gekomen van het schilderij, alsook het goed dat D aankoopt met deze gelden. Opnieuw dient te worden gewezen op het feit dat deze mogelijkheden gelden als alternatieven, en niet door de *beneficiary* kunnen worden gecumuleerd.

281. In het voorbeeld uit het vorige randnummer blijkt de toepassing van *tracing* relatief rechttoe rechtaan te zijn. De toepassing van *tracing* is in de realiteit vaak veel complexer dan uit het voorgaande voorbeeld blijkt. Zo kan de eiser gemakkelijk het te volgen 'spoor' bijster raken, wanneer niet kan worden aangetoond welk goed in de plaats van het oorspronkelijke trustgoed werd verkregen. Ook kunnen de goederen die in de plaats van de oorspronkelijke goederen werden verkregen, vermengd raken met nog andere goederen. Het typevoorbeeld hiervan zou zijn wanneer *trustee* T uit het voorbeeld de 5000 EUR van het schilderij op zijn eigen bankrekening heeft geplaatst, waardoor vermenging is opgetreden. De Engelse rechtbanken hebben met betrekking tot deze complexe problematiek van '*mixed funds*' reeds heel wat verschillende oplossingen naar voren geschoven.⁸⁴² Zo kan de eiser een zakelijk zekerheidsrecht verkrijgen op het *mixed fund* of kan hij een zakelijk recht verkrijgen op het *mixed fund*. Het is eveneens mogelijk dat de verkrijger zal worden beschouwd als *constructive trustee*. Een uitgebreide bespreking van deze complexe problematiek is binnen het kader van voorliggend onderzoek echter overbodig.

282. Ten slotte kan nog worden gewezen op de verschillende *remedies* waarop de eiser een beroep kan doen wanneer hij de *traceable proceeds* op succesvolle wijze heeft kunnen *tracen*. Ook hier blijkt het recht ter zake in grote mate complex

⁸⁴² A. HUDSON, *Equity and Trusts, 8th Edition*, Oxford, Routledge, 2015, 904 – 16; J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 352 – 359; C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 323 – 335.

te zijn. In beginsel zijn de twee belangrijkste *remedies* de *charge* en de *constructive trust*. In de rechtspraak werden tevens toepassingen gemaakt van de *equitable compensation*, de *lien* en *subrogation*.⁸⁴³ Ook bij de keuze van de toepasselijke *remedy* heeft de eiser een keuzerecht.⁸⁴⁴

d. Het '*beneficiary principle*'

283. Hoger (*supra*, randnr. 172) werd besproken dat er een principiële verbod bestaat op *trusts for purposes* in het Engelse recht. De belangrijkste uitzondering op dit verbod vormen de *charitable trusts*, die op verschillende vlakken een afzonderlijk wettelijk regime genieten (zie *supra*, randnr. 179). Ook in een aantal andere, anomale gevallen worden *purpose trusts* toch aanvaard in het Engelse recht. Het betreft hier in de regel *trusts* die een materie tot voorwerp hebben die correspondeert met 'typisch menselijke zwaktes'.

284. De algemene regel blijft evenwel dat *express trusts* enkel kunnen bestaan wanneer er *beneficiaries* zijn die kunnen toezien dat de *trustee* zijn verplichtingen naleeft.⁸⁴⁵ Zij zijn immers de enigen die de *trustee* in rechte kunnen aanspreken wanneer de *trustee* zich niet op een behoorlijke wijze kwijt van zijn taken. Wanneer niemand de *trustee* in rechte kan aanspreken, kan geen enkele rechtbank toezien op het beheer van een *trust*. Bovendien veronderstelt het trustverband steeds dat de *trustee* de goederen aanhoudt met een bepaald doel. Echter, zoals de bespreking inzake *tracing* en *following* aantoont, hebben *beneficiaries* een *equitable interest* dat (minstens in bepaalde mate, zie *infra*, randnr. 288 e.v.) een goederenrechtelijk karakter vertoont, *a fortiori* beschouwd vanuit een continentaalrechtelijk perspectief. Verondersteld wordt dat een bepaalde persoon, zij het een natuurlijke persoon of een rechtspersoon, de drager dient te zijn van dit recht. Aldus wordt het 'doel' waartoe de *trustee* de onder trustverband gebrachte goederen aanhoudt juridisch vormgegeven via het *beneficial interest* van de *beneficiaries*, dat tevens één of meer *equitable interests* uitmaakt. Dit *interest* bewerkstelligt de juridische link tussen de trustgoederen en het rechtssubject dat de *beneficial/equitable interest* aanhoudt. Hiermee is meteen ook de conceptuele reden gegeven voor het feit dat de *settlor* niet de bevoegdheid heeft om de *trustee* in rechte aan te spreken. Maar in tegenstelling tot een rechtssubject, kan een abstract doel geen zelfstandige drager zijn van rechten en

⁸⁴³ A. HUDSON, *Equity and Trusts*, 8th Edition, Oxford, Routledge, 2015, 920 – 934.

⁸⁴⁴ *Tang v. Capacious Investments Ltd.* [1996] 1 All ER 193; P. BIRKS, "Rights, wrongs and remedies" *Oxford Journal of Legal Studies* 2000, 8.

⁸⁴⁵ P.S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity and Trusts*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016, 111; G.W. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 137 – 138. In de *common law*-doctrine is er evenwel onenigheid over de vraag of het *beneficiary-principle* al dan niet behouden moet blijven, zie: J.P. WEBB, "An ever-reducing core? Challenging the legal validity of offshore trusts", *Trusts & Trustees* 2015, 484 – 485.

plichten, laat staan één die onder eigen naam aan het rechtsverkeer kan deelnemen.⁸⁴⁶

285. Wat het belang van het *beneficiary principle* ook moge zijn, het feit dat *charitable trusts* en bepaalde andere *purpose trusts* kunnen bestaan, is reeds voldoende om aan te tonen dat de hoedanigheid van *beneficiary* (in tegenstelling tot de hoedanigheid van *trustee*, zie *supra*, randnr. 245) geen essentiële hoedanigheid vormt voor het bestaan van een *trust*. Toegegeven: de overgrote meerderheid van de *express trusts* zouden falen wanneer er geen identificeerbare *beneficiaries* aanwezig zijn ('*certainty of object matter*'). Dit is echter niet steeds voor alle *trusts* het geval. *Trusts* dienen slechts in beginsel *trusts for people* te zijn.

e. De aard van het *equitable interest*

286. In de *common law*-landen bestaat reeds eeuwenlang een historisch debat omtrent de juridische aard van de rechten van een *beneficiary* onder een *trust*. Hoger (*supra*, randnr. 105) werd reeds aangegeven dat rechtsgeleerden als NOTTINGHAM, GILBERT en BALLOW de *trust* reeds belichtten vanuit twee verschillende invalshoeken. Daar waar NOTTINGHAM en GILBERT de *trust* eerder in een goederenrechtelijk perspectief plaatsten, leek BALLOW veeleer het standpunt in te nemen dat de *trust* een bijzondere soort *genus* van overeenkomsten was. NOTTINGHAM, GILBERT en BALLOW zijn lang niet de enigen die zich in de loop der jaren hebben gemengd in dit debat. De vraag naar de exacte juridische aard van het *equitable interest* (die voor een stuk de vraag naar de juridische aard van de trustfiguur zelf mee omvat) kan tot op de dag van vandaag niet definitief worden beantwoord.

Dit bijzondere juridische vraagstuk lijkt bovendien een sterke aantrekkingskracht uit te oefenen op heel wat *common law*-juristen.⁸⁴⁷ Vermoedelijk bestaan hiervoor verschillende redenen. Wegens haar flexibel karakter kan de *trust* bijna om het even welke vorm aannemen, zodat op bijna elke schijnbaar vaste regel een uitzondering kan gevonden worden. Dit juridische vraagstuk stelt aldus significante juridische en analytische uitdagingen. Bovendien is de trustfiguur, net zoals het recht in zijn geheel, aan evolutie onderhevig. Deze veranderingen laten toe om het vraagstuk van tijd tot tijd in een nieuw licht te plaatsen en verdere nuances te ontwaren.

287. In wat volgt, wordt geen exhaustief overzicht gegeven van alle aspecten van dit juridisch hangijzer. Het debat is zeer complex en heeft heel wat verschillende facetten, zodat een exhaustieve bespreking van de verschillende standpunten buiten het bestek van dit onderzoek valt. Wij beperken ons daarom

⁸⁴⁶ Zie hierover: J. VANANROYE, *Organisatierecht: werfbezoek aan een onvoltooide piramide*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 1.

⁸⁴⁷ En zelfs op juristen met een civielrechtelijke achtergrond, zie bv: P. LEPAULLE, "Trusts and the Civil Law", *Journal of Comparative Legislation and International Law* 1933, 26 – 28.

tot het weergeven van de kernpunten van het debat, om op deze wijze een beter begrip van de *trust* als rechtsfiguur te bewerkstelligen. Noteer ten slotte dat het niet wordt betwist dat de *beneficiary* bepaalde persoonlijke rechten heeft ten aanzien van de *trustee*, zoals eerder reeds werd uiteengezet (*supra*, randnr. 275 e.v.).⁸⁴⁸ Het voorwerp van discussie is veeleer of de kous af is wanneer wordt gesteld dat de *beneficiary* slechts *rights in personam* heeft, of dat daaraan zou moeten toegevoegd dat de *equitable title* eveneens een aantal *rights in rem* met betrekking tot de trustgoederen zelf verleent. Dit debat dient overigens niet te worden beschouwd als een louter academische aangelegenheid.

De vraag of het *equitable interest* tevens kan worden beschouwd als een zakelijk recht, kan de toekomst van het trustrecht helpen determineren. Het speelt immers een rol in debatten omtrent het mogelijke voortbestaan van het *beneficiary-principle* en de juridische geldigheid alsook de conceptuele houdbaarheid (of zelfs rechtsgeldigheid) van de vele nieuwe trustsoorten die vanaf de vorige eeuw in veel jurisdicties opduiken.⁸⁴⁹

Tot slot kan een dieper inzicht in dit debat een belangrijke rol spelen voor wat betreft de civiel- en fiscaalrechtelijke vraagstukken die aan bod zullen komen in Deel III en Deel IV van voorliggend onderzoek. Zo is dit debat bijvoorbeeld relevant voor de vraag of de *beneficiary* van een *trust* met Belgische situsgoederen eveneens kan beschikken over een zakelijk recht met betrekking tot die goederen. Als startpunt voor die analyse is het relevant om te weten of de *beneficiary* volgens het toepasselijke trustrecht eigenlijk wel beschikt over een 'zakelijk recht'.

i. Standpunten van MAITLAND, AUSTIN, SCOTT en STONE

288. Het vraagstuk omtrent de juridische classificatie van het *beneficial interest* laaide voor het eerst in alle hevigheid op tijdens de tweede helft van de 19^e eeuw en hield nog even aan na de eeuwwisseling. Heel wat bekende rechtsgeleerden deden hierbij een duit in het zakje.⁸⁵⁰ Aan de éne zijde stonden de auteurs die van mening waren dat de *trust* in essentie slechts een obligatoire rechtsverhouding was. Auteurs die dit standpunt verdedigden waren MAITLAND, LANGDELL, STONE en HOLLAND. Aan de andere zijde bevonden zich auteurs als AUSTIN en SCOTT, die het standpunt verdedigden dat de rechten van de *beneficiary*, en dus de *trust*, eerst en vooral een goederenrechtelijk karakter hadden.

⁸⁴⁸ A. HUDSON, *Equity and Trusts*, 8th Edition, Oxford, Routledge, 2015, 181; G.W. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 159.

⁸⁴⁹ J.P. WEBB, "An ever-reducing core? Challenging the legal validity of offshore trusts", *Trusts & Trustees* 2015, 476 – 487, in het bijzonder 483 – 487.

⁸⁵⁰ Exemplatief: F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 343 p; A.W. SCOTT, "The Nature of the Rights of the Cestui Que Trust", *Columbia Law Review* 1917, 269 – 290; P. BORDWELL, "Equity and the Law of Property", *Iowa Law Review* 1934, afl. 20, 1 e.v.; C. LANGDELL, "A Brief Survey of Equity Jurisdiction", *Harvard Law Review* 1887, afl. 1, 55 e.v.; H.F. STONE, "The Nature of the Rights of the Cestui Que Trust", *Columbia Law Review* 1917, 467 – 501.

Hoewel het debat erg complex is en er veel afzonderlijke juridische vraagstukken bij komen kijken, is de belangrijkste centrale vraag steeds geweest: heeft het *equitable beneficial interest* van de *beneficiary* een *in rem*-karakter of een *in personam*-karakter.

(a) De visie van MAITLAND

289. MAITLAND, die ongetwijfeld één van de meest dominante stemmen in het debat is, heeft steeds volgehouden dat het *beneficial interest* een *in personam*-recht is.⁸⁵¹ In het na zijn overlijden gepubliceerde 'Equity' worden maar liefst drie afzonderlijke hoofdstukken aan dit onderwerp gewijd. Bovendien komt het vraagstuk verder ter sprake in een aantal van de overige hoofdstukken.

MAITLAND leek de mening te zijn toegedaan dat de middeleeuwse *Chancellors* zich vermoedelijk niet al te veel om deze netelige kwestie hadden bekommerd en dat een *breach of trust* vermoedelijk met contractbreuk zou zijn gelijkgesteld geweest, ware het niet dat het contractenrecht behoorde tot het domein van de *common law*.⁸⁵² Bovendien konden de *Chancellors* volgens MAITLAND geen nieuwe *in rem*-rechten scheppen, aangezien zij daarmee de *common law* zouden overrulen.⁸⁵³ Wanneer de *cestui que use* of *cestui que trust* overigens zou worden gezien als 'eigenaar' zouden *uses* ook hun nut verliezen, aangezien zij net in het leven werden geroepen om de vele beperkingen met betrekking tot eigendom te omzeilen (zie *supra*, randnr. 70 e.v.).

MAITLAND verzette zich ook tegen de visie dat de *beneficiary* kon gelden als 'eigenaar' van de onder trustverband gebrachte goederen. Hiertoe citeerde hij een onderdeel uit het werk *Jurisprudence* van JOHN AUSTIN, aan wie de introductie van de Romeinsrechtelijke categorieën als rechten *in rem* en *in personam* in de *common law* worden toegeschreven.⁸⁵⁴ Het gevolg was dat MAITLAND ook nooit de visie heeft

⁸⁵¹ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 29 – 32, 106 – 152.

⁸⁵² *Ibid*, 30

⁸⁵³ *Ibid*, 31.

⁸⁵⁴ *Ibid*, 106: "By way of illustration I take a passage from Austin's *Jurisprudence*, I, 388. He has been explaining the difference between *jus in personam* and *jus in rem*. Then he says 'By the provisions of that part of the English law which is called equity, a contract to sell vests *jus in rem*, or ownership, in the buyer, and the seller only has a *jus in re aliena*. But according to the conflicting provisions of that part of the English system called *pecuniary law*, a sale and purchase without certain formalities merely gives *jus ad rem*, or a right to receive ownership, not ownership itself: and for this reason, a contract to sell, though in equity it confers ownership, is yet an imperfect conveyance, in consequence of the conflicting pretensions of law. To complete the transaction the legal interest of the seller must be passed to the buyer in legal form.'

Now as a piece of speculative jurisprudence this seems to me nonsense, while as an exposition of our English rules, I think it not merely nonsensical but mischievous. Suppose that A, an owner of land, has agreed to sell the land to X, but that the transaction has not yet been perfected by a conveyance. Is it really true that while law, as distinguished from equity, says that A is still the owner, equity holds that X is the owner? Is it true that in the year 1874 there was this conflict between law and equity? Think for a moment what such

onderschreven dat de *beneficiary* de '*equitable owner*' van de trustgoederen zou zijn. Hij haalde in dit verband een aantal verschillende argumenten aan. Zijn belangrijkste argument was ongetwijfeld het feit dat de *bona fide purchaser for value without notice* de *legal title* van de trustgoederen verkreeg, zonder dat het goed nog bezwaard was met het *equitable interest* van de *beneficiary*.⁸⁵⁵

MAITLAND maakt in dit verband een onderscheid tussen het 'interne karakter' van het *equitable interest* en het 'externe karakter'.⁸⁵⁶ Voor wat betreft het interne karakter merkte hij op dat het *equitable interest* als zodanig qua duur en mogelijkheid tot vervreemding kon worden gezien als zijnde analoog aan *legal interests*. Ook het externe karakter deed het *beneficial interest* verdacht sterk lijken op een recht *in rem*, aangezien de categorieën van personen aan wie het kon worden tegengeworpen gaandeweg sterk werden uitgebreid.⁸⁵⁷ Een *ius in rem* is immers een recht dat kan worden tegengeworpen ten aanzien van iedereen, terwijl een *ius in personam* slechts kan worden tegengeworpen aan bepaalde personen.⁸⁵⁸ Welnu, aangezien blijkt dat het *equitable interest* niet kan worden tegengeworpen aan een '*equity's darling*', kan het volgens MAITLAND niet om een *right in rem* gaan. Het dient met andere woorden te gaan om een *right in personam*, dat weliswaar tegenwerpelijk was ten aanzien van heel wat verschillende personen, maar niet aan iedereen. Aan de achterliggende redenen voor de *bona fide purchaser*-uitzondering maakt MAITLAND niet al te veel woorden vuil. Hij stelt dan ook enkel dat het gewoon niet mogelijk is om een juridische grondslag te vinden om de *bona fide purchaser* zijn *title* te ontnemen na de transactie. Het gaat om een derde die zelf geen enkele verplichting heeft opgenomen, die de zaak niet om niet heeft verkregen en die geen *guilty conscience* heeft. In *equity* kan hem dan ook niets ten laste worden gelegd.⁸⁵⁹

(b) De visie van SCOTT en de kritiek van STONE

290. SCOTT was daarentegen van mening dat het *equitable interest* een *right in rem* betrof.⁸⁶⁰ Hij deelde alvast de visie van MAITLAND dat het 'interne karakter' van het *equitable interest* belangrijke goederenrechtelijke kenmerken vertoonde. Vervolgens wees hij op de beslissing in twee rechtszaken⁸⁶¹ waaruit bleek dat schuldeisers niet slechts een *right in personam* hadden ten aanzien van hun

conflict between law and equity would have meant, one court saying that A is owner, another that X is owner – it would simply have meant anarchy. [...] No the thesis I maintain is this, that equitable estates and interests are not jura in rem." Zie: F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 106 – 107.

⁸⁵⁵ *Ibid*, 114 – 116.

⁸⁵⁶ *Ibid*, 112; D. Fox, "Equitable Property" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 22 – 23.

⁸⁵⁷ MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 107, 112, 117.

⁸⁵⁸ *Ibid*, 107; A.W. SCOTT, "The Nature of the Rights of the Cestui Que Trust", *Columbia Law Review* 1917, 273 – 274; T.C. WILLIAMS, "The Terms Real and Personal in English Law", *Law Quarterly Review* 1888, 394 – 408.

⁸⁵⁹ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 114 – 15.

⁸⁶⁰ A.W. SCOTT, "The Nature of the Rights of the Cestui Que Trust", *Columbia Law Review* 1917, 269 – 290.

⁸⁶¹ *Lumley v. Gye* [1853] 2 E&B 216; *Bowen v. Hall* [1881] 6 QBD 333.

schuldenaar, maar eveneens een *right in rem*, aangezien niemand zich op opzettelijke en ongerechtvaardigde wijze mag inmengen met het recht dat de schuldeiser heeft ten aanzien van zijn schuldenaar. Hij stelde vervolgens: "*And of course, an equitable obligation as clearly as a legal obligation, is the subject of ownership. It is the property of the obligee. If a third person intentionally and without excuse interferes with this property he lays himself open to a suit for damages.*"⁸⁶²

Op dit standpunt van SCOTT werd kort nadien scherpe kritiek geleverd door STONE, die in dit verband stelde dat "[...] *the result seems to be the destruction of what has hitherto been regarded as a useful although not altogether scientific generalization expressed by the phrase 'rights in rem' rather than the establishment of any substantial identity in character of the rights of the cestui with the rights of property hitherto commonly spoken of as 'rights in rem'.*"⁸⁶³ STONE deelde dan ook veler de visie van MAITLAND, dat *equitable rights* in feite een *in personam*-karakter hadden.

291. Met betrekking tot de *bona fide purchaser*-uitzondering voegde SCOTT nog toe dat deze regel niet kon worden begrepen wanneer geen bijzondere aandacht werd besteed aan de historiek ervan.⁸⁶⁴ Daar waar de *common law* eerst en vooral de nadruk legde op de rechten van de eiser in een zaak, werd in *equity* de nadruk gelegd op de verplichtingen van de verweerder. Volgens *equity* had een *bona fide purchaser for value without notice* evenwel geen bijzondere verplichtingen geschonden bij het aannemen van het trustgoed. Zijn geweten is zuiver. Het feit dat een dergelijke persoon de *legal title* van de trustgoederen verkreeg zonder dat zij waren bezwaard met het *equitable interest* van de *beneficiary* hoefde volgens SCOTT dan geen afbreuk te doen aan de positie van de *beneficiary* als een *in rem* gerechtigde. Eén en ander was gewoon te wijten aan de bijzondere regels van de *equity* als afzonderlijke jurisdictie. Bovendien stelde SCOTT dat de *bona fide purchaser*-uitzondering had weten te overleven omdat zij de handel en de vrije omloop van goederen in de hand werkte: "[a]nd the *bona fide purchase* lives today because experience in truth proved it to be commercially expedient. And although the doctrine was worked out quite independently of legal analogies, yet there are similar doctrines in the law, with different origins and different developments, whereby one person is given the power to cut off another's rights without that other's consent. For this reason and to this extent it seems that professor Huston is right when he suggests that the equitable doctrine of the *bona fide purchase* is but one example of a larger doctrine which 'runs through the whole fabric of modern law: - an effort to ensure security in commercial transactions and acquisitions by

⁸⁶² A.W. SCOTT, "The Nature of the Rights of the Cestui Que Trust", *Columbia Law Review* 1917, 274.

⁸⁶³ H.F. STONE, "The Nature of the Rights of the Cestui Que Trust", *Columbia Law Review* 1917, 470.

⁸⁶⁴ A.W. SCOTT, "The Nature of the Rights of the Cestui Que Trust", *Columbia Law Review* 1917, 278 - 280.

imposing certain responsibilities on owners of property with respect to that property as a price of legal protection to their interests in it."⁸⁶⁵

292. Het debat omtrent de aard van het *beneficial interest* eindigde gedurende de jaren '20 van de vorige eeuw, zonder dat er een duidelijke winnaar uit de bus was gekomen. De aanhoudende onzekerheid omtrent de juridische aard van de *trust* in het algemeen, en die van het *beneficial interest* in het bijzonder, weerhield de *trust* er niet van om zich gedurende de 20^e eeuw aan sneltempo over de wereld te verspreiden. Niet alleen kende de trustfiguur verschillende ontwikkelingen binnen de klassieke *common law*-jurisdicties, maar ook werd de figuur door steeds meer *civil law*- en gemengde jurisdicties 'geadopteerd' (zie *supra*, randnr. 10).

ii. **Het debat vandaag: SMITH, MCFARLANE, STEVENS en PENNER en het karakter van de *trust* als 'fonds'**

293. Kort na de volgende eeuwwisseling laaide het debat opnieuw op. Vermoedelijk vanwege het feit dat het *in rem/in personam*-onderscheid geen ideale basis is voor het voorliggende debat⁸⁶⁶, stelden een aantal auteurs voor om de rechten van de *beneficiary* op een andere, nieuwe wijze te categoriseren. In plaats van het te hebben over een persoonlijk recht ten aanzien van de *trustee* of een zakelijk recht met betrekking tot de trustgoederen, werd voorgesteld om de rechten van de *beneficiary* te categoriseren als 'rechten ten aanzien van de rechten van de *trustee*', ofwel: '*a right against a right*'.⁸⁶⁷

294. De meeste auteurs lijken vandaag eensgezind over het standpunt dat de rechten van de *beneficiary* kunnen worden beschouwd als zijnde 'afgeleid van'⁸⁶⁸ of 'ingekeerd in'⁸⁶⁹ de rechten van de *trustee*.⁸⁷⁰ In een zeer significant gedeelte van de hedendaagse *common law*-rechtsleer wordt het standpunt als zouden er twee concurrerende vormen van 'eigendom' met betrekking tot trustgoederen

⁸⁶⁵ A.W. SCOTT, "The Nature of the Rights of the Cestui Que Trust", *Columbia Law Review* 1917, 280.

⁸⁶⁶ J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 59.

⁸⁶⁷ R. CHAMBERS, *An Introduction to Property Law in Australia, 3rd Edition*, Sydney, Thompson Law, 2013, para. 13.90; B. MCFARLANE, R. STEVENS, "The Nature of Equitable Property", *Journal of Equity* 2010, Vol. 4, 1 - 28; L. SMITH, "Trust and Patrimony", *Estates, Trusts and Pensions Journal* 2009, 342 - 347.

⁸⁶⁸ P. MATTHEWS, "From Obligation to Property, and Back Again? The Future of the Non-Charitable Purpose Trust" in D.J. HAYTON (ed.), *Extending the Boundaries of Trust and Similar Ring-Fenced Funds*, Londen, Kluwer Law International, 2002, 206; P. MATTHEWS, "The compatibility of the trust with the civil law notion of property" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 318.

⁸⁶⁹ W. SWADLING, "Chapter 4: General Principles" in A. BURROWS (ed.), *English Private Law, 3rd edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 213; *Re Transphere Pty Ltd* (1986) 5 NSWLR 311.

⁸⁷⁰ J.E. PENNER, "The (True) Nature of a Beneficiary's Equitable Proprietary Interest under a Trust", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2014, 475.

Zo stelt deze auteur: "No one these days seriously contends that the law recognizes two competing interests in the same asset, the common law recognizing the trustee as owner, equity recognizing the beneficiary as owner."

bestaan, het éne *at common law*, het andere *in equity*, nog amper verdedigd of zelfs ronduit verworpen.⁸⁷¹ Deze rechtsleer verdedigt daarentegen het standpunt dat de juridische aard van de '*legal title*' die wordt aangehouden door de *trustee* van een geheel andere orde is dan het *equitable interest* dat wordt aangehouden door de *beneficiaries*. SWADLING stelt hieromtrent het volgende: "*The trustee has all the rights the settler had before the trust was created. The only difference is that someone else now has the rights to compel him to use those rights in a particular way. But this is new; it does not come from any division of pre-existing rights.*"⁸⁷²

Verder zal nog blijken dat dit onderscheid tevens kan worden ontwaard vanuit het perspectief van *civil law*-stelsels, wanneer zij het raam van een internationaal privaatrechtelijke oefening te maken krijgen met buitenlandse trustfiguren (zie i.h.b. *infra*, randnr. 847).

De impressie die soms nog steeds in de Belgische rechtsleer en rechtspraak wordt gegeven, als zou er – minstens naar *common law* – werkelijk een vorm van *dual ownership* voorhanden zijn⁸⁷³, lijkt dan ook achterhaald. SWADLING geeft in dit

⁸⁷¹ Zie de vorige voetnoot, alsook: W. SWADLING, "Trusts and Ownership: A Common Law Perspective", *ERPL* 2016, 961 e.v.; D. CLARRY, "Fiduciary Ownership and Trusts in a Comparative Perspective", *International and Comparative Law Quarterly* 2014, 927 – 928; A. DYER, "International Recognition of the Trust Concept", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 2, 6; A. DYER, "International Recognition and Adaptation of Trusts: The Influence of the Hague Convention", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1999, 1000; P. MATTHEWS, "The compatibility of the trust with the civil law notion of property" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 316, 336; M. MCAULEY, "The Architecture of Entitlements", *Trusts & Trustees* 1996, Vol. 3, afl. 1, 4; A. POPOVICI, "Trust in Quebec and Czech Law: Autonomous Patrimonies?", *ERPL* 2016, 931; F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 106 – 107.

⁸⁷² W. SWADLING, "Trusts and Ownership: A Common Law Perspective", *ERPL* 2016, 967.

⁸⁷³ Zie bv.: P. MIHAIL, "Family Trust et assurance vie: le riche et le pauvre?" in X (ed.), *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnard*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2008, 208; M. VANDENDIJK, C. HENDRICKX, "Angelsaksische trust. Gebruik in het kader van successieplanning voor Belgische rijkswoners", *AFT* 2008, afl. 5, 12 – 13; D. VAN LAERE, P. MISSOUL, "De trust en het nieuwe IPR Wetboek", *Successierechten – Nieuwsbrief* 2005, afl. 4, 1; P. BAERT, "Certificering van vennootschapseffecten: bij de noorderburen over het muurtje kijken", *TRV* 1999, 142; M.E. STORME, "Vertrouwen is goed, dual ownership is beter. Elf essentialia bij de invoering van trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgische recht", *RW* 1996 – 1997, 137 – 154, i.h.b. 139 e.v.; G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Parijs, Economica, 1984, 207; K. DE HAEN, *Fiscale Transparantie, een rechtsvergelijkende analyse*, Mechelen, Kluwer, 2009, 35; I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 502 – 503; S. DE RAEDT, M. TRAEEST, *Trust en privaat vermogensbeheer*, Antwerpen, Maklu, 2000. STORME spreekt o.a. van een "trust-achtige opsplitsing van eigendom", zie: M. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 760; ASSER spreekt in het kader van een *trust* over "een splitsing van eigenaarsbevoegdheden", zie: C. ASSER, F.H.J. MIJNSSEN, P. DE HAAN, et al., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Algemeen Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 514.

Zie tevens *supra*, vn. 119.

Uit het voorgaande is bovendien gebleken dat in de *common law* geen juridisch eigendomsconcept bestaat zoals dat het geval is in civielrechtelijke stelsels (zie *supra*, randnr. 113 e.v.). De uitdrukking '*dual ownership*' is in feite niets meer dan een poging om vanuit een eerder civielrechtelijk perspectief de 'fragmentering' van zakelijke rechten voor te stellen die kan plaatshebben in de *common law*. DYER en VAN LOON schrijven hierover:

verband aan dat de rechten van de *beneficiaries* dan ook geen loutere tegenhanger *in equity* zijn van de *legal title* van de *trustee at common law*.⁸⁷⁴

Ook het Engelse *Supreme Court* stelde zich in een arrest van 1 februari 2017 nog vrij kritisch op ten aanzien van de idee dat er in een *trust* sprake zou zijn van een 'gespleten' eigendomsrecht, en verwees daarbij zelfs naar de idee van een 'fiduciair' eigendomsrecht.⁸⁷⁵

295. Het bestaan van de rechten van de *beneficiary* hangt immers af van het bestaan van (de plichten van) een *trustee* en het bestaan van trustgoederen. Veeleer dan te duiden op enige vorm van een gespleten 'eigendomsrecht' (opgevat als een *civil law*-begrip), lijkt het *dual ownership*-concept te duiden om een splitsing tussen de juridische macht over de trustgoederen en het door *equity* erkende belang van de *beneficiaries*.⁸⁷⁶ *Equity* erkent dan ook geen bijzondere vorm van enig 'eigendomsrecht'.⁸⁷⁷ De vraag die vandaag in de rechtsleer wordt behandeld, betreft dan ook veeleer de juridische kwalificatie van dit 'afgeleide' recht van de *beneficiary*, zonder dat er wordt gesteld dat dit recht zou neerkomen op een werkelijk soort eigendomsrecht in hoofde van die *beneficiary*. Dit recht is slechts de juridische vormgeving van het door de *equity* erkende belang van de *beneficiaries*.

(a) *Theorieën van SMITH, MCFARLANE en STEVENS: 'a right against a right'*

296. SMITH, MCFARLANE en STEVENS nemen als startpunt van hun analyse de klassieke dichotomie tussen *rights in rem* en *rights in personam*, maar voegen hier een derde 'categorie' van rechten aan toe: '*rights against rights*'. Zo stelt SMITH: "[...] *Most importantly, a beneficiary has no rights in relation to the trust property except derivatively and through the trustee's rights to that property. [...] We need*

"Civil lawyers, when they write about the trust, tend to highlight 'dual ownership' as one of the essential characteristics of the trust. It will be clear from the foregoing that 'dual ownership' is an image for a way of fragmentation unknown in civil law of a concept of ownership which is itself essentially different from that of civil law. Because of this underlying difference in the concept of property itself, the image should be used with care, as it may be sometimes more elusive than illuminating." Zie: A. DYER, H. VAN LOON, "Report on trusts and analogous institutions" in CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) – Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 17.

Zie ook: D. CLARRY, "Fiduciary Ownership and Trusts in a Comparative Perspective", *International and Comparative Law Quarterly* 2014, 927 – 928; A. PEYROT, *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, Genève, Schulthess, 2011, 23 – 24.

Zie ook *supra*, randnr. 117.

⁸⁷⁴ W. SWADLING, "Trusts and Ownership: A Common Law Perspective", *ERPL* 2016, 964 – 966.

⁸⁷⁵ *Akers and others v Samba Financial Group*, [2017] UKSC 6.

⁸⁷⁶ W.J. ZWALVE, *C.A.E. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Deventer, Tsjeenk Willink, 2000, 294 – 95; W. SWADLING, "Trusts and Ownership: A Common Law Perspective", *ERPL* 2016, 967.

⁸⁷⁷ Voor een meer correcte benadering van dit gegeven in de Belgische rechtsleer, zie: E. DIRIX, "Artikel 8/1 Hyp.W." in X., *Voorrechten en hypotheek. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Algemene Bepalingen, Samenloop*, losbl., 23.

not reopen old debates by asking whether a beneficiary, like a trust creditor, has no real rights but only a claim against the trustee. But we can say that (i) the beneficiary's only rights are rights held in the rights of his trustee, while noticing that (ii) these rights of a beneficiary sometimes have effects on third parties. We can substantiate (i) by observing that if a third party wrongfully causes damage to the trust property, there is no claim by a beneficiary against the third party. Only the trustee has a claim, which of course itself is held in trust. We can substantiate (ii) by noticing that some of the transferees of the trust property cannot take it unencumbered by the claims of the beneficiary. [...] But conceptually, this is not because the beneficiary has a right in the trust property; it is because the third party is not allowed to interfere with the trustee's obligations in relation to that property. [...] The common law trust was not created by any decision to split ownership into 'legal title' and 'equitable title'. Rather it was created by a distortion of the law of obligations, in particular an enormous expansion of the universally accepted possibility of third party liability for interference with obligations.”⁸⁷⁸

In essentie betoogt SMITH dat de *equitable title* een bijzonder soort 'nagemaakt' zakelijk recht is, zodat de benaming *equitable title* slechts een metafoor is, voor iets wat in essentie geen echte *title* kan zijn. De *equitable title* schept volgens SMITH immers geen directe rechtsband tussen de trustgoederen en de *beneficiary*. Enkel de *trustee* heeft directe rechten ten aanzien van de onder trustverband gebrachte goederen.⁸⁷⁹ Dit vormt bovendien een bijkomende reden waarom een trustrelatie nooit kan bestaan zonder de aanwezigheid van een *trustee* (zie *supra*, randnr. 245). *Equity* is aldus veel 'kwistiger' met de tegenwerpelijke aan derden, dan de *common law* zelf, omdat het als rechtssysteem een ander begrip had van het concept 'verbintenis'.⁸⁸⁰

297. Ook McFARLANE en STEVENS argumenteren dat de *beneficiaries* van een *trust* rechten hebben die correleren met de verplichtingen van de *trustee* met betrekking tot de trustgoederen om deze ten voordele van hen aan te houden: “[...] even where an equitable property right relates to a physical thing, it does not give its holder a right to that thing. For example, let us say A has title to a car and declares that he or she holds their right to the car on trust for B. If X steals the car, or carelessly damages it, B has no direct claim against X. X is not liable to B for conversion or for negligently causing damage. This is not simple a matter of B's equitable right being invisible to the common law court: B has no claim, either at law or in equity, against X. B therefore does not have a right to exclude all non-beneficiaries from the enjoyment of the trust assets. As A has title to the car, X's interference with that thing means that A can bring a claim against X. As A holds his or her title on trust for B, A is under a duty to use that right, and its products, for B's benefit. So, if A refuses to bring a claim against X, B can apply to court to force A to do so. B can use an expedited procedure to combine such an application with A's claim against X. However, that procedural concession does not hide the

⁸⁷⁸ L. SMITH, “Trust and Patrimony”, *Estates, Trusts and Pensions Journal* 2009, 342 – 344.

⁸⁷⁹ *Ibid*, 344.

⁸⁸⁰ *Ibid*, 345.

key fact that two separate claims must be made: B has no direct claim against X as X has infringed no right of B. It has been suggested that B can be seen as having an 'indirect right in rem': that is, B has a right prima facie binding on anyone interfering with the car, but that right is indirect as it must be asserted through A. That suggestion must be rejected as any 'indirect' claim depends not on X's interference with the car itself, but rather on X's interference with A's right. For example, if A consents to X's interference with the car then X's interference, by itself, gives B no direct or indirect right against X."⁸⁸¹

McFARLANE en STEVENS stellen dan ook voor om de rechten van de *beneficiary* te classificeren als '*persistent rights*', aangezien deze rechten belangrijke verschillen vertonen met een louter persoonlijk recht, zoals klassiek opgevat.⁸⁸² Het blijft in de meeste gevallen immers 'volharden' wanneer derden trustgoederen verkrijgen. Deze derden blijven in dat geval in zekere mate gebonden door de verplichtingen van de *trustee*. Zolang de goederen evenwel in handen blijven van de *trustee* hebben de *beneficiaries* evenwel geen directe rechten ten aanzien van derden die het ongestoorde genot van de titelhouder van het goed verstoren. De oplossing voor deze schijbare onverenigbaarheid is volgens McFARLANE en STEVENS dan ook dat de *beneficiary* slechts een recht zou hebben ten aanzien van de rechten van de *trustee*. Dit is zo wanneer de trustgoederen in de handen zijn van de *trustee*, maar dit blijft tevens zo wanneer de *trustee* de goederen overdraagt aan derden: het recht dat deze derden verkrijgen is afgeleid van de rechten van de *trustee*, en het recht van de *beneficiary* blijft in dit geval 'volharden' ten aanzien van de derden.^{883, 884}

(b) *Kritiek van PENNER en andere auteurs op de 'right against a right'-theorie*

298. PENNER brengt dan weer verschillende argumenten aan die ertoe strekken het ongelijk van SMITH, McFARLANE en STEVENS aan te tonen.⁸⁸⁵ Ook WEBB en AKKOUH lijken niet geneigd om het orthodoxe standpunt dat de *beneficiaries* wel degelijk zakelijke rechten hebben met betrekking tot de trustgoederen te verlaten ten voordele van een *persistent rights*-doctrine.⁸⁸⁶ Zij voeren daartoe aan dat het feit dat de *beneficiaries* bepaalde personen die interfereren met het ongestoord genot van de trustgoederen niet kunnen aanspreken, niet per definitie onverenigbaar is met het bestaan van een zakelijk recht in hoofde van de *beneficiaries*. Ook kan worden aangevoerd dat het zakelijk recht dat zij bezitten, op zichzelf geen recht

⁸⁸¹ B. McFARLANE, R. STEVENS, "The Nature of Equitable Property", *Journal of Equity* 2010, Vol. 4, 3 – 4.

⁸⁸² *Ibid*, 5.

⁸⁸³ Zolang deze derde geen *bona fide purchaser for value without notice* is.

⁸⁸⁴ B. McFARLANE, R. STEVENS, "The Nature of Equitable Property", *Journal of Equity* 2010, Vol. 4, 5.

⁸⁸⁵ J.E. PENNER, "The (True) Nature of a Beneficiary's Equitable Proprietary Interest under a Trust", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2014, 473 – 500; J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 59 - 64; J.E. PENNER, "Review of McFarlane (2008) *The Structure of Property Law*" *Restitution Law Review* 2009, 254 – 255.

⁸⁸⁶ C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 23 – 26.

geeft op het bezit van de trustgoederen. Daarom lijkt het niet onredelijk dat zij geen claims kunnen uitoefenen ten aanzien van personen die dit bezit in hoofde van de *trustee* verstoren.⁸⁸⁷

Oorspronkelijk nam PENNER het standpunt in dat de *beneficiary* op indirecte wijze een *in rem*-recht heeft met betrekking tot de trustgoederen: “[...] *if the [beneficiary] has a right against the [trustee’s] ownership-right, then he has a right against whatever it the right it is, including its in rem aspects. Why then if the [beneficiary’s] right, indirect though it is, not a right in rem?*”⁸⁸⁸ MCFARLANE en STEVENS stellen hier tegenover dat wanneer de *trustee* zijn toelating geeft tot het beschadigen van de onder trustverband gebrachte goederen, de *beneficiary* evenzeer geen rechten kan laten gelden ten aanzien van de derde die het trustgoed beschadigt (*supra*, randnr. 297). Het feit dat de *beneficiary* zijn rechten slechts onrechtstreeks kan doen gelden ten aanzien van dergelijke derden vormt een belangrijke beperking voor de *beneficiary*. In dit geval zal deze laatste slechts een vordering wegens *breach of trust* ten aanzien van de *trustee* zelf hebben.

299. In zijn recentere publicaties lijkt PENNER in zekere mate naar het standpunt van SMITH, STEVENS en MCFARLANE te zijn toegegroeid.⁸⁸⁹ PENNER houdt nog steeds vol dat SMITH, STEVENS en MCFARLANE dwalen, door in hun analyses de nadruk te leggen op *trusts* waarbij de *trustee* een lichamelijk goed aanhoudt ten voordele van de *beneficiaries*, en zodoende in het bezit is van deze goederen.⁸⁹⁰ Zijn conclusie is echter dat de *right against a right*-doctrine ook op een ‘juistere’ wijze kan worden gelezen: “[Y]ou can think of the beneficiary’s interest as being in, or to, or against the trustee’s power of title, and thus as indirectly in the trust assets, because, of course, the trustee’s obligation is to exercise his powers of title to dispose of the trust assets according to the terms of the trust so as to the benefit of the beneficiaries. So long as you appreciate that the beneficiary’s interest under a trust is an interest in the rightful exercise of the powers that go with having title to the trust assets, you can see why the trust binds only successors in title to the trustee, for they acquire the powers to the title of the property which form the trust assets. But there is a misleading way of reading the idea of a right to a right, one in which the trustee’s right to the trust property is taken to be his right of possession of tangible trust property like chattels or land, rather than the powers of title which he must exercise to carry out the trust terms.”⁸⁹¹

PENNER lijkt op deze wijze aldus de *right against a right*-doctrine te verzoenen met zijn eerdere standpunt dat de *beneficiary* wel degelijk een recht met een

⁸⁸⁷ *Ibid*, 24 – 25.

⁸⁸⁸ J.E. PENNER, “Review of McFarlane (2008) *The Structure of Property Law*” *Restitution Law Review* 2009, 254 – 255.

⁸⁸⁹ J.E. PENNER, “The (True) Nature of a Beneficiary’s Equitable Proprietary Interest under a Trust, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2014, 473 – 500; J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 59 – 64.

⁸⁹⁰ J.E. PENNER, “The (True) Nature of a Beneficiary’s Equitable Proprietary Interest under a Trust, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2014, 483 – 485; J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 61.

⁸⁹¹ J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 60.

(onrechtstreeks) *in rem*-karakter heeft. Wanneer wordt gesteld dat de *beneficiary* een recht heeft ten aanzien van de wijze waarop de *trustee* zijn eigen bevoegdheden met betrekking tot de trustgoederen dient uit te oefenen, wordt daarmee eigenlijk bedoeld dat zij het recht hebben dat de *trustee* zijn bevoegdheden strikt volgens de bepalingen van de trustakte, i.e. in hun eigen voordeel, uitoefent.⁸⁹² Om deze reden is het volgens PENNER dan ook niet verkeerd om te stellen dat zij de *beneficial owners* zijn van de trustgoederen.⁸⁹³ Alleen mag, zoals reeds werd gesteld, het begrip '*beneficial owner*' niet begrepen worden als zijnde een vorm van 'eigendom' die concurreert met de *legal title* van de *trustee*. Indien het *beneficial ownership* van de *beneficiaries* kan worden gezien als een recht met betrekking tot de *powers of title* van de *trustee*, blijkt daaruit dat de corresponderende rechten van de *beneficiary* een afgeleide zijn van de rechten van de *trustee*. Op deze wijze kan alvast worden verklaard hoe het komt dat de *beneficiary* geen (rechtstreekse) rechten kan laten gelden ten aanzien van personen die trustgoederen stelen of beschadigen en kan worden tegemoetgekomen aan de bekommers van MAITLAND omtrent de onmogelijkheid van een juridisch systeem dat twee onderscheiden eigendomsrechten met betrekking tot eenzelfde goed erkent.

(c) *Ontkoppeling tussen de individuele trustgoederen en de waarde die zij vertegenwoordigen: de trust als 'fonds'*

300. Met het voorgaande alleen is echter nog geen antwoord geboden op MAITLAND's grootste bekommers: het feit dat de *bona fide purchaser for value without notice* trustgoederen kan verkrijgen zonder dat hierop nog steeds het *equitable interest* rust. Dit fenomeen kan worden verklaard door een verdere dimensie van het *equitable interest*, en de *trust* in het algemeen, te ontwaren: het 'fondskarakter'. In dit verband kan eerst worden verwezen naar de analyse van RUDDEN.⁸⁹⁴ Hoger (*supra*, randnr. 132 e.v.) werd reeds gewezen op de belangrijke beperkingen die aan de *trustee* als houder van de *legal title* met betrekking tot de trustgoederen worden opgelegd. Zo mag de *trustee* de trustgoederen niet verwaarlozen of vernietigen, en dienen de trustgoederen niet als onderpand voor de persoonlijke verbintenissen van de *trustee*, aangezien zijn persoonlijke schuldeisers geen toegang kunnen krijgen tot deze goederen.

301. RUDDEN stelt in dit verband vast dat het Engelse recht de trustgoederen in feite op twee verschillende wijzen behandelt. Enerzijds worden de trustgoederen behandeld als eender welk ander goed. Wanneer de trustgoederen worden behandeld als een 'goed', ligt de focus aldus op de goederen op zichzelf genomen *in natura*. Een goed kan aldus worden aangehouden vanwege de eigen kwaliteiten ervan. Dit heeft niets te maken met de aard van het goed als soortgoed of bepaald

⁸⁹² J.E. PENNER, "The (True) Nature of a Beneficiary's Equitable Proprietary Interest under a Trust, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2014, 487.

⁸⁹³ *Ibid.*

⁸⁹⁴ B. RUDDEN, "Things as Thing and Things as Wealth", *Oxford Journal of Legal Studies* 1994, Vol. 14, 81 – 97.

goed. Zo kan een zak bloem door de eigenaar worden beschouwd als uniek omdat hij er een brood mee wil maken, terwijl schilderijen van WARHOL en LICHTENSTEIN in de handen van een investeringsfonds slechts een bepaalde waarde vertegenwoordigen.⁸⁹⁵ RUDDEN stelt vast dat in het geval dat een goed wordt aangehouden vanwege het goed zelf, het Engelse recht zijn toevlucht neemt tot bekende en relatief eenvoudige juridische concepten, zoals *legal title*, *possession*, publiciteit door registratie of bezit en dergelijke meer.⁸⁹⁶

Een goed kan echter ook worden aangehouden, niet vanwege de kwaliteiten van het goed zelf, maar louter vanwege de waarde die het goed vertegenwoordigt. Het goed zelf is in dat geval louter de fysieke verschijningsvorm die de waarde in kwestie aanneemt. De fysieke verschijningsvorm is het 'jasje' waarin de waarde wordt gestoken (*'in-vest-ment'*). In een dergelijk geval wordt het goed niet aangehouden vanwege de inherente kwaliteiten van dit goed, maar vanwege de (abstracte) waarde die aan het goed wordt toegekend.⁸⁹⁷ In een dergelijk geval is het goed, zoals bijvoorbeeld de LICHTENSTEIN in handen van een investeringsfonds, slechts een vervangbaar onderdeel van een portfolio of een fonds, waarvan enkel de totale nettowaarde van belang is. De samenstellende bestanddelen van een dergelijk fonds kunnen worden verhandeld en ingewisseld. Elke transactie zal echter aan zijn eigen juridische regime onderworpen blijven. Zo zal de verkoop van een onroerend goed op een andere wijze geschieden dan de verkoop van een meerderheidsparticipatie in een beursgenoteerde vennootschap. Maar vanuit het standpunt van het fonds zelf maakt dit geen verschil. Bepaalde samenstellende bestanddelen worden in dat geval gewoon vervangen door andere bestanddelen, waarbij de fysieke vorm die deze bestanddelen aannemen uit zichzelf van geen belang zijn.

302. De vaststellingen uit het vorige randnummer brengen ons terug bij de *trust*. Wanneer we het karakter van de *trust* als 'fonds' onderkennen, valt op dat de analyse van RUDDEN zeer verhelderend is bij het bestuderen van de trustfiguur. Dit bijzondere karakter van de *trust* is ook MAITLAND niet ontgaan.⁸⁹⁸ RUDDEN stelt dan ook vast dat de verhouding tussen de *beneficiaries* en de trustgoederen er één is die de trustgoederen benadert vanuit een waarde-perspectief, en niet vanwege de individuele samenstellende onderdelen op zichzelf genomen.⁸⁹⁹ De rechten van de *beneficiaries* strekken er in beginsel niet toe om hen aanspraken te geven op de

⁸⁹⁵ *Ibid*, 83.

⁸⁹⁶ *Ibid*, 82.

⁸⁹⁷ *Ibid*, 86.

⁸⁹⁸ "The idea of the trust-fund which is dressed up (invested) now as land and now as current coin, now as shares and now as debentures seems to me as of the most remarkable ideas developed by modern English jurisprudence", zie: D. HAZELTINE en G. LAPSLEY (eds.), *Maitland: Selected Essays*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 134.

⁸⁹⁹ B. RUDDEN, "Things as Thing and Things as Wealth", *Oxford Journal of Legal Studies* 1994, Vol. 14, 87.

Ook MATTHEWS stelt in dit verband: "Thus, the interest of the beneficiary in trust assets is essentially economic, rather than physical.", Zie: P. MATTHEWS, "Square Peg, Round Hole? Patrimony and the Common Law Trust" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 81.

samenstellende onderdelen van het fonds, maar wel op de totale waarde die het fonds vertegenwoordigt. Zo hebben wij reeds vastgesteld dat de *trustee* hun *equitable interest* kan *overreachen*, dat de *beneficiaries* in beginsel geen rechtstreekse claim hebben ten aanzien van personen die de trustgoederen stelen of beschadigen en dat de *trustee* in geval van *breach of trust* eerst en vooral de waarde van het trustfonds dient te herstellen in de plaats van de *beneficiaries* zelf rechtstreeks schadeloos te stellen.

De *trustee* van zijn kant heeft enkel rechten met betrekking tot de trustgoederen 'als goederen', zonder dat hij op enigerlei wijze gerechtigd is op de waarde die de goederen vertegenwoordigen.⁹⁰⁰ Het zijn met andere woorden rechten die in de eerste plaats betrekking hebben op de fysieke materialiteit van de trustgoederen. Het *corpus* van het trustrecht is er zelfs in grote mate op gericht om te voorkomen dat de *trustee* zich op enigerlei wijze de waarde van de trustgoederen zou kunnen toe-eigenen. In een dergelijk geval begaat hij immers een *breach of trust*. Dit principe lag ook reeds vervat in de bewoordingen van MILLET, L.J. (*supra*, randnr. 246) omtrent de fundamentele samenhang die bestaat tussen de trustgoederen, de *trustee* en het feit dat een *trustee* die goederen steeds beheert in functie van het belang van de *beneficiaries* of het doel waarvoor de *trust* is opgericht.⁹⁰¹ De keerzijde van de verplichting van de *trustee* om de trustgoederen steeds te beheren in het belang van de *beneficiaries* is namelijk dat hij zelf geen aanspraak kan maken op de waarde die zij vertegenwoordigen. Dit inzicht is aldus fundamenteel voor het begrip van de *trust* als juridisch concept.

Dit inzicht kan bovendien worden gestaafd met de vaststelling dat de *trustee*, die de goederen aanhoudt 'als goederen' maar niet voor de waarde die zij vertegenwoordigen, wel de *legal title* van de goederen aanhoudt. Het is de *trustee* die in eerste instantie bevoegd is om de goederen te vervreemden, ze te beleggen en te investeren⁹⁰², om de goederen terug te krijgen van zij die ze gestolen hebben, enz... De *trustee* heeft als houder van *legal title* aldus allerlei bevoegdheden met betrekking tot de trustgoederen *ut singuli* of 'als goed', maar wordt door het trustrecht uitgesloten van waarde die zij vertegenwoordigen. Het trustrecht werpt aldus een scherm op tussen de materialiteit van de onder trustverband gesteld goederen en de waarde die deze goederen vertegenwoordigen. Deze waarde wordt als het ware 'losgeweekt' van de trustgoederen *ut singuli* en door middel van het trustrecht toebedeeld aan de *beneficiaries*.

(d) *De trust als fonds en de 'bona fide purchaser-uitzondering'*

303. Wanneer wij vervolgens teruggrijpen naar het probleem van de rechtspositie van de *bona fide purchaser for value without notice*, komen wij vervolgens tot het inzicht dat het slechts op het eerste gezicht lijkt te gaan om een

⁹⁰⁰ *Ibid.*

⁹⁰¹ Zie in dit verband: J.P. WEBB, "An ever-reducing core? Challenging the legal validity of offshore trusts", *Trusts & Trustees* 2015, 487 – 480.

⁹⁰² Tenminste wanneer hij deze bevoegdheid kan ontleen aan de trustakte of aan de wet.

paradoxaal situatie. Het gevolg van het feit dat een dergelijke verkrijger het trustgoed verkrijgt zonder dat hieraan nog een *equitable interest* is vastgehecht, leidt er inderdaad toe dat de *beneficiary* in een dergelijk geval geen recht *in rem* (meer) heeft met betrekking tot de trustgoederen. Toch toont de voorgaande analyse aan dat de *legal title* van de *trustee* behept is met allerlei beperkingen, en dat het *equitable interest* naar Engels recht toch zakenrechtelijke kenmerken vertoont.

Welnu, de analyse van RUDDEN toont eveneens aan dat de rechten van de *beneficiaries* er helemaal niet toe strekken om hen enige gerechtigdheid te geven met betrekking tot de individuele trustgoederen zelf. De *beneficiaries* zijn eerst en vooral gerechtigd op de waarde van het trustfonds als geheel. De *bona fide purchaser*-uitzondering past erg goed in dit plaatje. Wanneer de *trustee in breach of trust* bepaalde trustgoederen vervreemdt aan een derde, die geen kennis had of behoorde te hebben van de *trust* en die bovendien een correcte prijs heeft betaald voor het trustgoed, wordt de waarde van het trustfonds in beginsel niet aangetast. Het risico dat de transactie met een derde die niets van het bestaan van de *trust* af weet, niet *at arms length* werd onderhandeld is bovendien vrij klein. In dit geval volstaat het dus dat de *beneficiary* slechts een aanspraak kan maken op de tegenwaarde die de derde in ruil geeft voor het trustgoed.

Wanneer de derde die het trustgoed verkrijgt geen *bona fide purchaser for value without notice* is, is het risico dat de waarde van het trustfonds negatief beïnvloed wordt vanzelfsprekend veel groter. Een dergelijke derde kan bijvoorbeeld een trustgoed hebben verkregen zonder dat hij of zij daarvoor enige tegenprestatie heeft verricht, of heeft de transactie niet *at arms length* met de *trustee* onderhandeld. In dit geval behoudt de *beneficiary* aldus het keuzerecht tussen *following* en *tracing*. Ofwel kan de *beneficiary* het trustgoed in natura terugvragen bij deze derde (*following*) of mogelijk de tegenwaarde die de derde voor het trustgoed heeft verkregen, *tracen*. Zoals hoger (*supra*, randnr. 280) werd aangetoond, wordt elke derde die een trustgoed verkrijgt onderdeel van een keten. De *beneficiary* kan zijn rechten laten gelden ten aanzien van elke tussenschakel in deze keten, tot op het punt dat de keten zelf onderbroken wordt door een derde die wel geldt als *equity's darling*.

304. De regels inzake de *bona fide purchaser for value without notice* vormen aldus de andere kant van de medaille van de regels inzake *overreaching*. Ook wanneer de *trustee* op rechtsgeldige wijze zijn bevoegdheden met betrekking tot het trustgoed uitoefent, wordt het *equitable interest* van de trustgoederen losgeweekt. Vervolgens hecht dit *interest* zich terug aan bij de goederen die hiervoor in de plaats werden verkregen.

305. Indien we de *bona fide purchaser*-uitzondering op deze wijze beschouwen, wekt de regel geen verbazing meer op. Zij strekt er immers toe het karakter van de *trust* als 'fonds' te vrijwaren. Tegelijkertijd stimuleert zij, zoals SCOTT reeds aanhaalde, de vrije omloop van goederen. Een derde die niets afweet van het bestaan van een mogelijke *trust* en een goed verkrijgt voor een correcte prijs, hoeft

zich geen zorgen te maken omtrent de claims van mogelijke *beneficiaries*. Deze *beneficiaries* hebben namelijk geen *interest* met betrekking tot de trustgoederen *ut singuli*.⁹⁰³ Wanneer de *beneficiaries* beschikken over hun *equitable interest* dienen zij overigens ook niet aan te duiden op welke specifieke goederen hun *interest* betrekking heeft. Het *interest* wordt overgedragen als afzonderlijk goed op zich. Dit duidde MAITLAND reeds aan als het 'interne karakter' van het *equitable interest* (zie *supra*, randnr. 289). Het *equitable interest* is aldus een *interest* in een fluctuerend fonds van goederen.⁹⁰⁴

(e) *De trust als fonds en de regel uit Saunders v. Vautier*

306. Het laatste aspect van het *equitable interest* dat wij in deze discussie nog dienen te betrekken, is de regel uit *Saunders v. Vautier*. Hoger (*supra*, randnr. 232 e.v.) kwam de regel uit *Saunders v. Vautier* reeds uitgebreid aan bod. Uit deze zaak vloeit, kort gesteld, voort dat wanneer aan enkele voorwaarden zijn voldaan, de *beneficiaries* kunnen eisen dat de *trustee* de *legal title* van de trustgoederen aan hen overdraagt. Welnu, deze regel wordt in de rechtsleer eveneens aangewend om aan te tonen dat de *beneficiaries* een (soort van) *interest* hebben in de trustgoederen.⁹⁰⁵ Wanneer aan alle voorwaarden voldaan is, kunnen zij immers eisen dat de *trustee* de trustgoederen in natura overdraagt aan hen. Nochtans hoeft deze regel niet te worden geïnterpreteerd als zou zij afbreuk doen aan de voorgaande analyse. Integendeel, de regel uit *Saunders v. Vautier* vormt de laatste schakel in de analyse van de *trust* als fonds.

Het heeft immers maar zin om het *equitable interest* voor te stellen als een *interest* in de waarde van het trustfonds, wanneer er in hoofde van de *beneficiaries* een redelijke verwachting kan bestaan dat zij deze waarde ook 'gerealiseerd' zullen zien worden. De regel uit *Saunders v. Vautier* biedt hier zodoende een exitstrategie voor de *beneficiaries*. Tezamen met de mogelijkheid om het *beneficial interest* te vervreemden en de eventuele uitkering van trustgoederen af te wachten, vormt de regel uit *Saunders v. Vautier* een derde mogelijkheid voor *beneficiaries* om hun aanspraak op de waarde van de trustgoederen te realiseren.

⁹⁰³ J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 43.

⁹⁰⁴ J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 43; M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 131; J.E. PENNER, "Duty and Liability in Respect of Funds" in J. LOWRY en L. MISTELIS (eds.), *Commercial Law: Perspectives and Practice*, Londen, Butterworths, 2006, para. 12.16; R. NOLAN, "Equitable Property", *Law Quarterly Review* 2006, 232 – 265; R. NOLAN, "Property in a Fund", *Law Quarterly Review* 2004, 108 – 136. Ook HUDSON heeft het over "a proprietary right in the trust fund", zie: A. HUDSON, *Equity and Trusts, 8th Edition*, Oxford, Routledge, 2015, 181.

⁹⁰⁵ A. HUDSON, *Equity and Trusts, 8th Edition*, Oxford, Routledge, 2015, 182; G.W. THOMAS, A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 161.

4. De protector

307. Niets belet een *settlor* om in de trustakte te voorzien dat extensieve beheers- en dispositieve bevoegdheden worden gegeven aan genaamde derden die geen *trustee* zijn. Juridisch kunnen deze bevoegdheden worden toegekend door middel van *powers*. Deze praktijk houdt evenwel een risico in. In tegenstelling tot *trustees*, die kunnen worden beschouwd als *office-holders* (cf. *supra*, randnr. 245), hebben andere in de trustakte genoemde natuurlijke personen geen bijzondere hoedanigheid binnen de trustverhouding. Ten gevolge hiervan kunnen de personen die een dergelijke hoedanigheid bekleden niet worden vervangen door andere personen wanneer zij komen te overlijden of in de onmogelijkheid verkeren om deze hoedanigheid verder waar te nemen. Zij traden immers op in hun eigen, persoonlijke 'hoedanigheid'. Dit is meteen ook de reden waarom het zinvol is om dergelijke *powers* in de regel enkel voor te behouden voor personen die als *office-holder* optreden, i.e. de *trustees*.⁹⁰⁶

308. De figuur van de *protector*⁹⁰⁷ of *enforcer* bestaat formeel niet in het Engelse recht⁹⁰⁸, maar in de praktijk wordt op informele wijze wel regelmatig een *protector* aangeduid.⁹⁰⁹ Dit geschiedt door in de trustakte een persoon aan te duiden aan wie vervolgens een aantal *powers* worden verleend.⁹¹⁰ Deze *powers* maken het voor de *protector* mogelijk om de handelingen en beslissingen van de *trustee* te controleren.

309. De figuur van de *protector* werd ontwikkeld door *offshore*-jurisdicties.⁹¹¹ De (juridische) ontwikkeling van een formele hoedanigheid van *protector* is vermoedelijk mee toe te schrijven aan de grote geografische verwijdering tussen *trustees* die zich in *offshore*-jurisdicties bevinden en de *settlors* en *beneficiaries* die in *onshore*-jurisdicties zijn gevestigd.

Zo was oorspronkelijk in de *International Trusts Act* 1984 van de Cookeilanden het volgende te lezen: "*Protector* in relation to an international trust means a person who is the holder of a power which when invoked is capable of directing a trustee in matters relating to the trust and in respect of which matters the trustee has a

⁹⁰⁶ J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 77.

⁹⁰⁷ Voor een uitgebreide analyse i.v.m. de rechtspositie van de *protector*, zie: A. BOVE, *Trust Protectors. A Practice Manual with Forms*, New York, Juris Publishing, 2014, 304p.

⁹⁰⁸ Nochtans werd reeds in 1833 naar deze hoedanigheid gerefereerd in de *Fines and Recovery Act*.

⁹⁰⁹ A. HUDSON, *Equity and Trusts, 8th Edition*, Oxford, Routledge, 2015, 1055.

⁹¹⁰ A.J. OAKLEY, *Parker and Mellows: "The Modern Law of Trusts"*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 191.

⁹¹¹ D.W.M. WATERS, "The Trust: Continual Evolution of a Centuries-Old Idea", *Journal of International Trust and Corporate Planning* 2007, 238 - 40; R. SITKOFF, "An Agency Costs Theory of Trust Law", *Cornell Law Review* 2004, 670.

*discretion and includes a person who is the holder of a power of appointment or dismissal of trustees”.*⁹¹²

310. De *protector* staat in de regel in een fiduciaire verhouding ten aanzien van bij de trust betrokken personen.⁹¹³ Aan de *protector* kunnen onder meer de volgende bevoegdheden worden gegeven, die zowel een positief als een negatief karakter kunnen hebben⁹¹⁴:

- het houden van toezicht op de kosten die *trustees* (mogen) aanrekenen voor hun diensten;
- het hebben van een vetorecht met betrekking tot de (discretionaire) beslissing van de *trustee* om over te gaan tot uitkeringen aan de *beneficiaries*;
- het kunnen geven van toelating wanneer de *trustee* een handeling stelt die kan worden beschouwd als *self-dealing*;
- het kunnen dirigeren of controleren van de investeringsbevoegdheden en - beslissingen van de *trustee*;
- het kunnen aanduiden van nieuwe *beneficiaries* of het verwijderen van bestaande *beneficiaries*.

Niet elke *protector* staat echter in een fiduciaire verhouding ten aanzien van de andere betrokken personen in een *trust*.⁹¹⁵ Indien er wel degelijk sprake is van een fiduciaire verhouding, dient de *protector* deze *powers* steeds uit te oefenen in het belang van de *beneficiaries* en/of de *settlor*. Wanneer er echter sprake is van een *personal power* in hoofde van de *protector*, betekent dit dat de *settlor* de bedoeling heeft gehad om het aanwenden van de *power* over te laten aan het persoonlijke inzicht van de *protector*.⁹¹⁶ Om na te kunnen gaan of er sprake is van een fiduciaire relatie of niet, zal in de regel de trustakte zelf dienen te worden bestudeerd en geïnterpreteerd. Wanneer er bijvoorbeeld is voorzien in een regeling die toelaat om de *protector* te vervangen door een andere persoon, vormt dit in de regel een aanwijzing dat de *settlor* wenste te voorzien in een 'hoedanigheid' van *protector* in de betrokken *trust*. In een dergelijk geval zal kunnen worden geconcludeerd dat er sprake is van een fiduciaire verhouding.⁹¹⁷

⁹¹² Heden wordt de hoedanigheid van *protector* in de *International Trusts Act* van 1984 geregeld door het huidige *Section 20* van dezelfde wet.

⁹¹³ A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 30.

⁹¹⁴ Hiermee wordt bedoeld dat de *protector* zowel bevoegdheden kan hebben die ertoe strekken dat hij zijn goedkeuring dient te geven voor de *trustee* op geldige wijze een bepaalde beslissing kan nemen (negatieve bevoegdheden) alsook bevoegdheden waarmee hij bepaalde beslissingen van de *trustee* op actieve wijze kan 'overrulen' en desgevallend zijn eigen beslissing in de plaats kan stellen van die van de *trustee* (positieve bevoegdheden).

⁹¹⁵ J.E. PENNER, *The Law of Trusts*, 9th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2014, 77; A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 29.

⁹¹⁶ J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 223.

⁹¹⁷ J.E. PENNER, *The Law of Trusts*, 9th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2014, 77.

G. Tussenbesluit

311. In dit hoofdstuk is gebleken dat de *trust* een bijzonder complexe en veelzijdige rechtsfiguur is. Als rechtsfiguur is de *trust* bovendien nagenoeg onmogelijk te definiëren. Deze rechtsfiguur heeft zodanig veel facetten en bijzonderheden dat elke definitie het risico loopt een aantal belangrijke aspecten ervan te missen. *Trusts* kunnen echter wel worden omschreven. Het bleek echter moeilijk om uit de hoger aangehaalde omschrijvingen veel fundamentele raakvlakken te destilleren. Het aantal onderlinge verschillen is dan ook beduidend. Hieruit moet dan ook worden geconcludeerd dat 'de *trust*' gewoon niet bestaat. *Trusts* kunnen voorkomen in heel wat verschijningsvormen, elk met hun eigen bijzonderheden. Wanneer wij spreken over 'de *trust*' is dit slechts een vorm van efficiënt taalgebruik. Dit taalgebruik houdt wel het risico in dat wij zouden gaan spreken over de *trust* alsof deze rechtsfiguur een afzonderlijk bestaan zou leiden. Dit is echter niet zo. Uit het voorgaande bleek eveneens dat *trusts* in beginsel niet meer zijn dan een wijze waarop bepaalde goederen worden aangehouden door een persoon die optreedt als *trustee*. De *trust* is in die zin niet meer dan een bijzondere, maar tegelijkertijd zeer complexe, rechtsverhouding.

312. Wanneer de *trust* wordt vergeleken met een aantal andere rechtsfiguren uit het Engelse recht, blijkt telkenmale dat de *trust* een bijzonder eigen karakter heeft, en moet worden onderscheiden als een afzonderlijk bestaande rechtsverhouding. Twee vergelijkingen bleken in dit verband van een bijzonder complexe aard te zijn. Het eerste geval is de vergelijking tussen *trusts* en *powers*. In concrete gevallen kan het soms moeilijk zijn om vast te stellen of er nu sprake is van een *trust* of van een *power*. Bovendien kunnen aan *trustees* ook heel wat bijzondere bevoegdheden worden gegeven die vorm van *powers* aannemen. Ook is gebleken dat de *discretionary trust* eigenlijk een bijzondere soort *power* is die aan de *trustee* wordt verleend. Ook het onderscheid tussen *trusts* en *contracts* is complex, te meer daar beide rechtsfiguren een zekere historische verwantschap delen en eveneens gezamenlijk kunnen worden aangewend.

313. Wegens hun vele bijzondere kenmerken kunnen *trusts* op effectieve wijze worden ingezet voor heel wat verschillende doelen. De grenzen aan de beslissingsvrijheid van de *settlor* worden in beginsel enkel bepaald door de wet, de openbare orde, de goede zeden en het algemeen belang. *Trusts* zijn immers zeer sterk modificeerbaar, waardoor de creatie van een *trust* steeds maatwerk is. Zodoende kunnen *trusts* worden ingezet voor heel wat verschillende (legitieme) private, zakelijke en charitatieve doeleinden.

314. Gezien de nagenoeg ongekende flexibiliteit die het trustrecht biedt en de vele verschillende verschijningsvormen die de *trust* kan aannemen, is het noodzakelijk gebleken om enige rationele ordening aan te brengen met betrekking tot de verschillende soorten *trusts*. Afhankelijk van het gekozen criterium kunnen *trusts* op heel wat verschillende wijzen worden ingedeeld. Om deze reden werden slechts de meest gangbare classificatievormen verwerkt. Zo werden *trusts*

ingedeeld aan de hand van hun ontstaanswijze, hun beoogde doelstelling, hun eventueel herroepbaar karakter en de rechten die de *beneficiaries* aan de *trust* ontlenen. Hieruit is tevens gebleken dat achter het scherm dat wordt opgeworpen door de *trust*, zeer complexe gerechtigdheden kunnen schuilgaan. De *settlor* geniet in dit verband principieel de vrijheid om deze gerechtigdheden te structureren. De belangrijkste beperkingen zijn de *rule against perpetuities* en de *rule against accumulations*. Deze classificatievormen bieden bovendien het voordeel dat zij toelaten om het onderzoeksvoorwerp scherper af te bakenen. In het raam van voorliggend onderzoek wordt daarom de focus gelegd op de (*gratuitous*) *express private trust*. Vooral het onderscheid tussen *fixed-* en *discretionary trust* en de mogelijke herroepbaarheid van de *trust* lijkt op het eerste gezicht van groot belang. In dergelijke *trusts* dient in beginsel ook het *beneficiary principle* te worden gehonoreerd.

315. De analyse van de rechtspositie van de belangrijkste bij de *express private trust* betrokken 'hoedanigheden', bevestigen het beeld dat de *trust* in wezen een complexe, rechtsfiguur *sui generis* is. De belangrijkste verhoudingen zijn deze tussen *settlor*, *trustee* en *beneficiaries*. In het bijzonder de hoedanigheid van *trustee* bleek essentieel voor het bestaan van een *trust*. Eenmaal een *trust* bestaat, kan zij 'onderbrekingen' in de daadwerkelijke waarneming van deze hoedanigheid overleven, maar deze overleving is slechts te danken aan het feit dat er uitzicht blijft bestaan op de hernieuwde waarneming van het trusteeschap.

Bovendien is gebleken dat dit trusteeschap een zeer zwaar en drukkend karakter kan hebben. Er bestaat een verband tussen de complexiteit van een trustverhouding zelf en de zwaarte van het trusteeschap. In zeer eenvoudige trustverhoudingen, zoals *bare trusts*, hebben *trustees* in de regel geen bijzondere zwaarwichtige verantwoordelijkheden. In *trusts* waar sprake is van meerdere trustgoederen, waar de rechten van de *beneficiaries* ingewikkelder zijn en waar de *trustee* zelf veel meer bevoegdheden en verplichtingen heeft, wordt het beeld al snel fundamenteel anders. In dergelijke *trusts* wordt het trusteeschap dan ook waargenomen door een professionele *trustee*, die hiervoor in de regel ook wordt vergoed.

316. De rechtspositie van de *beneficiaries* is vermoedelijk de meest complexe kwestie. Getuige daarvan het historische en tot op de dag van vandaag nog steeds onopgeloste debat omtrent de vraag of de *beneficiaries* nu louter rechten *in personam*, dan wel rechten *in rem* hebben. Het debat wordt bovendien gecompliceerder wanneer de verschillende mogelijke aanspraken van de *beneficiaries* hierbij worden betrokken. Achter *trusts* kunnen immers bijzonder complexe gerechtigdheden schuilgaan. Individuele *beneficiaries* van *discretionary trusts* lijken dan weer amper juridisch omlijnende aanspraken te hebben met betrekking tot de onder trustverband gebrachte goederen.

Het bijzondere karakter van de *equitable interest* wordt verder in verf gezet door fenomenen als *tracing*, *following* en *overreaching*.

Deze fenomenen spelen een bijzondere rol tegen de achtergrond van het debat over de juridische aard van het *equitable interest*. Dit debat is vooral van belang omdat het ons toelaat de *trust* zelf beter te begrijpen. De aangehaalde juridische analyses vormen als het ware een poging om de onderscheiden puzzelstukken, die worden gevormd door de regels van het positieve trustrecht, in elkaar te laten passen om zo tot een coherent beeld te komen van de *trust* zelf. Deze doelstelling is tot op heden nog niet bereikt.

In het bijzonder kan worden gewezen op de *persistent rights*-doctrine, die het klassieke onderscheid tussen rechten *in personam* en rechten *in rem* tracht te overstijgen. Nog belangrijker is vermoedelijk het inzicht dat het trustrecht de onder trustverband gebrachte goederen in feite op twee onderscheiden wijzen benadert. Enerzijds worden deze goederen in aanmerking genomen 'vanwege zichzelf'. Anderzijds worden de trustgoederen in aanmerking genomen vanwege de waarde die zij vertegenwoordigen. Daarbij bleek dat de *trustee* heel wat bevoegdheden heeft met betrekking tot de individuele trustgoederen zelf. Als houder van *legal title* van deze goederen kunnen aan de *trustee* heel wat verschillende bevoegdheden worden gegeven. Er werd evenwel opgemerkt dat deze bevoegdheden eigenlijk hun basis vinden in de wet en de trustakte zelf en niet in het loutere aanhouden van de *legal title*. Indien de *trustee* alle bevoegdheden zou ontlenen aan het houden van de *legal title* op zich, kan niet worden verklaard waarom onderscheiden *trustees* heel wat onderscheiden bevoegdheden (kunnen) hebben. Deze bevoegdheden en de beperkingen die aan de *trustee* worden opgelegd, vormen dan ook de reden waarom RUDDEN beweert dat het eigenlijk niet juist is om te beweren dat de *trustee* werkelijk het 'eigendomsrecht' van de trustgoederen aanhoudt. De *trustee* houdt de trustgoederen enkel aan 'als goed', of vanwege de goederen zelf. Het zijn de *beneficiaries* die gerechtigd zijn op de waarde die de goederen vertegenwoordigen. Deze gerechtigdheid wordt juridisch vormgegeven door het *equitable interest*. Dit inzicht verklaart het bestaan en het samenspel van op het eerste gezicht bijzondere fenomenen als *tracing*, *overreaching*, de *bona fide purchaser*-uitzondering en de regel uit *Saunders v. Vautier*. Het zijn bijzonderheden zoals deze die van de *trust* een bijzonder dynamische rechtsfiguur maken en verklaren wat de *trust* uniek maakt.

317. Ten slotte werd de rechtspositie van de *protector* (of *enforcer*) in aanmerking genomen. Deze hoedanigheid wordt officieel niet door het Engelse recht erkend. De hoedanigheid van *protector* is vooral populair in verschillende *offshore*-jurisdicties. De (juridische) ontwikkeling van een formele hoedanigheid van *protector* is vermoedelijk mee toe te schrijven aan de grote geografische verwijdering tussen *trustees* die zich in *offshore*-jurisdicties bevinden en de *settlers* en *beneficiaries* die in *onshore*-jurisdicties zijn gevestigd.

318. Met het voorgaande werden tevens de bouwstenen aangereikt die ons zullen toelaten om in het volgende hoofdstuk over te gaan tot verschillende functionele analyses van de trustfiguur. Door middel van deze analyses wordt telkens nagegaan hoe de regels van het trustrecht in elkaar passen en hoe zij zodoende de *trust* als afzonderlijke rechtsfiguur laten opereren. Gelet op de

complexiteit en de vele facetten die het trustrecht zelf rijk is, hoeft het niet te verbazen dat *trusts* ook vanuit verschillende invalshoeken kunnen worden geanalyseerd. Hoewel de éne analyse inzichtelijker kan zijn dan de andere, bieden vooral de verschillende analyses tezamen een goed functioneel beeld van de trustfiguur.

V. Functionele analyse van de trust

A. Inleiding

319. Nu uit de vorige hoofdstukken gebleken welke de ontstaansgeschiedenis en historische ontwikkeling van de *trust* is en een overzicht is geboden met betrekking tot de essentiële regels van het hedendaagse trustrecht, zal in dit deel worden nagegaan *waarom* de *trust* een dermate aantrekkelijk instrument blijkt te zijn om in de private sfeer complexe overdrachten van vermogens of vermogensbestanddelen te structureren. Dit hoofdstuk bouwt dan ook verder op de vorige hoofdstukken uit voorliggend Deel van dit onderzoek, aangezien de bouwstenen die reeds werden aangereikt in de voorgaande delen ons zullen toelaten om de *trust* op een functionele wijze te analyseren.

Hoger (*supra* randnr. 110) werd reeds gesteld dat deze functie van de *trust* vaak erg centraal staat bij doctrinaire analyses en behandelingen van de *trust*. Niettegenstaande het feit dat het trustinstrument van dien aard is dat het zich als klei laat kneden zodat het voor een veelheid aan doeleinden kan worden gestructureerd, zal in dit hoofdstuk, en in overeenstemming met het opzet van dit proefschrift en in overeenstemming met hoger (*supra*, randnr. 26 – 29) gemaakte afbakening, de (*gratuitous*) *express private trust* centraal staan. Dit betekent evenwel niet dat de analyses die verder aan bod komen enkel zouden gelden voor *gratuitous private trusts*. Indien deze functie werkelijk de 'core function' van de *trust* is, om het met de woorden van LANGBEIN te stellen, dient het grootste deel van de hiernavolgende analyses dan ook evenzeer te gelden voor andere trustsoorten. *Gratuitous private trusts* worden echter gekenmerkt door het feit dat de *settlor* een grote rol toebedeeld krijgt in het dicteren van de voorwaarden waaronder de *trust* opereert.⁹¹⁸ De keerzijde hiervan is dat de *beneficiaries* in de regel amper zeggenschap hebben over deze voorwaarden.

320. Hoger (zie *supra*, randnr. 109 e.v.) is onder meer reeds gebleken dat hedendaagse *trusts* al lang niet meer alleen worden aangewend om enkel onroerende goederen aan te houden of over te dragen, maar in veel gevallen toelaten om een 'portfolio' van verscheidene vermogensbestanddelen te beheren. De *trust* wordt dan aanzien als een 'fonds' (zie *supra*, randnr. 300 e.v.). Deze ontwikkeling hangt nauw samen met het feit dat onroerende goederen in een post-industrieel tijdperk al lang niet meer de enige waardevolle vermogensbestanddelen zijn. Veel hedendaagse vermogens bestaan voor een significant deel of zelfs exclusief uit (on)lichamelijke roerende goederen.

Ook is gebleken dat deze ontwikkeling aanleiding heeft gegeven tot het professionaliseren van de hoedanigheid van *trustee*. Hedendaagse *trustees* zijn in veel gevallen geen loutere naamleners of stropoppen, maar hebben in de regel uitgebreide bevoegdheden om de onder trustverband gebrachte

⁹¹⁸ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 12.

vermogensbestanddelen te beheren en zij worden hier in de regel ook voor vergoed. Het trusteeschap heeft in veel opzichten een zwaarwichtiger karakter gekregen dan voorheen het geval was. Het trustrecht is hier in de regel aan tegemoet gekomen door het verlenen van relatief uitgebreide beheersbevoegdheden aan de *trustees*. Bovendien vormen *trusts*, wegens de verplichting die op de *trustee* rust om de onder trustverband gebrachte goederen afgescheiden te houden van zijn eigen goederen, een bijzondere manier om activa aan te houden en te verdelen onder verschillende gerechtigden. Eveneens is gebleken dat in de *common law*-literatuur wel degelijk veel waarde wordt gehecht aan het *right to exclude*, maar dat het achterliggende conceptuele raamwerk minder goed uitgewerkt lijkt te zijn dan het geval is in het Franse en het Belgische recht. Al deze ontwikkelingen worden als gegeven beschouwd bij de hiernavolgende analyses.

321. De hiernavolgende analyses verschillen van de bovenstaande bespreking van doctrinaire standpunten omtrent de aard van het *equitable interest* en de trustverhouding in het algemeen, in die zin dat een functionele analyse niet tot doel heeft om de zuiver juridische aard van het *equitable interest* en de trustverhouding bloot te leggen. Een functionele analyse strekt er daarentegen toe om na te gaan waarom de *management trust* een dermate aantrekkelijke rechtsfiguur is gebleken voor het beheer van activa, en hoe dit beheer wordt vormgegeven door het onder trustverband brengen van de betreffende goederen. Deze analyses kunnen evenwel niet volledig los worden gezien van de hoger (zie *supra*, randnr. 288 e.v.) aangehaalde doctrinaire debatten over de juridische aard van de trustverhouding en het *beneficial interest*. De verschillende analyses volgen immers dezelfde lijnen. De verder besproken analyses bouwen dan ook voort op deze debatten.

Eenzijds bestaan er analyses die de *trust* benaderen vanuit een verbintenisrechtelijk of contractuele invalshoek. Deze analyses houden daarom echter niet impliciete bewering in dat de *trust* moet worden gezien als een onderdeel van de Engelse of Amerikaanse *contract law*.⁹¹⁹ Anderzijds is de *trust* reeds het voorwerp geweest van analyses vanuit een goederenrechtelijk perspectief. Ten slotte is de *trust* ook geanalyseerd vanuit een eerder vennootschapsrechtelijke invalshoek, waarbij zij wordt geanalyseerd als een afzonderlijke entiteit.

Elk van deze drie perspectieven biedt waardevolle inzichten in de werking van de *trust* en betracht de vraag te beantwoorden waarom de *trust* een dermate geschikt juridisch beheersinstrument vormt. Deze analyses trachten de hoger opgeworpen (*supra*, randnr. 110) vraag te beantwoorden die ertoe strekte na te gaan welke de voordelen van het aanwenden van een *trust* zijn voor het bewerkstelligen van een schenking. Indien de *settlor* immers gewoon een schenking had willen bewerkstelligen, lijkt het bijzonder omslachtig en zelfs risicovol om hiervoor een *trustee* tussen zichzelf en de beneficiaris(sen) te plaatsen. De *trust* dient met

⁹¹⁹ J. LANGBEIN, "The Contractarian Basis of the Law of Trusts", *Yale Law Journal* 1995, 630. Al lijkt het uitgangspunt dat de auteur vooropstelt op basis van beweringen die elders in het artikel kunnen worden aangetroffen enigzins te moeten genuanceerd. Zie bv. *Ibid*, 664.

andere woorden een bepaalde rol te vervullen om van enig nut te zijn. In wat volgt, wordt gepoogd te achterhalen welke deze rol *in concreto* is.

B. Contractuele analyse van de *trust*

322. Ten eerste zal een analyse van de *trust* aan bod komen die op een eerder contractuele leest is geschoeid. Zo benadert JOHN LANGBEIN de *trust* als ware het een driepartijenovereenkomst. Hierbij wordt veel aandacht gegeven aan de aard van het trustrecht als een aanvullend recht. De analyse van LANGBEIN heeft bovendien weerklank gevonden in de Belgische rechtsleer.⁹²⁰

De contractuele analyse heeft *prima facie* als voordeel dat zij vermoedelijk het dichtst aanleunt bij het denkschema van veel *settlor*s. Verschillende trustjurisdicties lijken bovendien bereid om tot op zekere hoogte in te spelen op de wensen van *settlor*s in dit verband.

1. De *trust* als 'deal': de analyse van LANGBEIN

323. In zijn bijdrage "*The Contractarian Basis of the Law of Trusts*", analyseert LANGBEIN de *trust* als een driepartijenovereenkomst.⁹²¹ Volgens deze auteur is de trustfiguur in essentie: "*a deal, a bargain about how the trust assets will be managed and distributed*".⁹²² Deze 'deal' tussen de *settlor* en de *trustee* zou met andere woorden centraal staan binnen de trustverhouding. De loutere eigendomsoverdracht die plaatsvindt tussen de *settlor* en de *trustee* die daarmee instemt, maakt geenszins de kern uit van het verhaal.⁹²³ Veel belangrijker zijn volgens de auteur de omschrijving van de bevoegdheden en verantwoordelijkheden die de *trustee* heeft, als beheerder van de onder trustverband gebrachte goederen. Hedendaagse *trustees* zijn, zoals reeds opgemerkt, geen naamleners maar dienen de onder trustverband gebrachte goederen op actieve wijze te beheren. Deze bevoegdheden en verantwoordelijkheden kunnen nauwkeurig bepaald zijn, zoals vaak het geval zal zijn bij *fixed trusts*. Maar de bevoegdheden van de *trustee* kunnen evenzeer op een eerder losse wijze worden omschreven, zodanig dat aan de *trustee* discretionaire bevoegdheden worden toegekend. De *settlor* en de *trustee* kunnen dit resultaat op twee manieren bewerkstelligen. Enerzijds biedt het

⁹²⁰ A-L. VERBEKE, "Trusts in België: liaisons dangereuses", *TPR* 2012, 699. Ook WEYTS gewag van een '*trust-contract*', zie: L. WEYTS, "To trust or not to trust: het notariaat geconfronteerd met deze Angelsaksische rechtsfiguur, from the frontdoor to the backdoor", *T.Not.* 2017, 395, 396.

⁹²¹ J. LANGBEIN, "The Contractarian Basis of the Law of Trusts", *Yale Law Journal* 1995, 625 – 675. LANGBEIN was overigens niet de eerste die *trusts* vanuit een dergelijk perspectief heeft geanalyseerd. Zie bv.: A.I. OGUS, "The Trust as Governance Structure", *Toronto Law Journal* 1986, 186 – 222.

⁹²² J. LANGBEIN, "The Contractarian Basis of the Law of Trusts", *Yale Law Journal* 1995, 627.

⁹²³ LANGBEIN stelt dat *declarations of trust*, waarbij de *settlor* zelf verklaart de onder trustverband gebrachte goederen als *trustee* aan te houden ten voordele van één of meer *beneficiaries*, tegenwoordig nog slechts een marginaal fenomeen zijn.

trustrecht, volgens LANGBEIN, heel wat regels van aanvullend recht ('*default terms*') aan, waarnaar beide partijen zich kunnen richten.⁹²⁴ Anderzijds staat het de partijen vrij om af te wijken van heel wat van deze regels, en zo zelf de inhoud van hun overeenkomst vorm te geven. Op deze wijze beschouwd, zijn *trusts* volgens de auteur dan ook functioneel niet te onderscheiden van overeenkomsten ten behoeve van een derde.⁹²⁵

Op basis van de vaststelling dat de *trust* (1) ontstaat wanneer de *settlor* en de *trustee* daarmee instemmen en (2) dat de grote meerderheid van de regels van het trustrecht fungeren als aanvullend recht, besluit LANGBEIN dat *trusts* deze fundamentele kenmerken delen met *contracts*.⁹²⁶ Bovendien merkt hij op dat de *contract law* ook op andere punten lijkt te convergeren met het trustrecht. Zo zou er steeds meer ruimte worden open gelaten voor *specific performance* in de plaats van het toekennen van *damages*⁹²⁷, en is er binnen het Amerikaanse contractenrecht steeds meer aandacht voor de bestendigheid van veel contractuele relaties⁹²⁸ en *good faith*⁹²⁹. Om zijn argument extra kracht bij te zetten verwijst de auteur eveneens naar het standpunt van MAITLAND, die eveneens stelde dat de *trust* zijn oorsprong vond in iets wat een '*agreement*' kan worden genoemd.⁹³⁰

324. Na te hebben vastgesteld dat *trusts* op een functioneel niveau sterk vergelijkbaar zijn met overeenkomsten, past LANGBEIN een aantal rechtseconomische beginselen toe die eerder werden ontwikkeld en toegepast op overeenkomsten in de sferen van het (Amerikaanse) ondernemingsrecht en vennootschapsrecht. Immers, door het feit dat hedendaagse *trustees* veel meer beheersbevoegdheden hebben dan voorheen het geval was, is de focus van het trustrecht volgens de auteur mee verschoven naar de fiduciaire verplichtingen die de *trustee* heeft ten aanzien van de andere bij de *trust* betrokken partijen.⁹³¹ Het recht aangaande fiduciaire verplichtingen zijn volgens LANGBEIN dan ook het kernpunt gaan vormen van het hedendaagse trustrecht.⁹³²

De twee belangrijkste kenmerken van de *fiduciary law* vormen enerzijds de loyaliteitsplicht ('*duty of loyalty*') van de *trustee* en anderzijds diens zorgplicht ('*duty of care*' of '*duty of prudent administration*'). De eerste plicht strekt ertoe te vermijden dat de *trustee* aan zelfbedeling zal doen met betrekking tot de trustgoederen en mandateert dat hij belangenconflicten dient te vermijden. De *trustee* mag de *trust* slechts beheren in het belang van de *beneficiaries*⁹³³ en niet in zijn eigen belang. De zorgplicht daarentegen incorporeert een redelijkheidsnorm

⁹²⁴ Zie hiertoe eveneens: J. LANGBEIN, "Mandatory Rules in the Law of Trusts", *Northwestern University Law Review* 2004, 1105 – 1128.

⁹²⁵ J. LANGBEIN, "The Contractarian Basis of the Law of Trusts", *Yale Law Journal* 1995, 627.

⁹²⁶ *Ibid*, 650.

⁹²⁷ *Ibid*, 653.

⁹²⁸ *Ibid*, 653 – 654.

⁹²⁹ *Ibid*, 654 – 655.

⁹³⁰ *Ibid*, 644 – 645.

⁹³¹ *Ibid*, 641 – 642.

⁹³² *Ibid*, 655.

⁹³³ *Restatement (Third) of Trusts: Prudent Investor Rule*, § 170(1) (1992).

in het trustrecht. Van de *trustee* wordt verwacht dat hij de onder trustverband gebrachte goederen beheert zoals "*a man of ordinary prudence*" dat zou doen met betrekking tot zijn eigen goederen.⁹³⁴ Deze zorgplicht wordt verder geëxpliciteerd in subsidiaire regels die ertoe strekken te verzekeren dat de *trustee* rekenschap aflegt over zijn beheer, de *beneficiaries* informeert, de onder trustverband gebrachte goederen investeert en in stand houdt, de kosten van zijn beheer beperkt en dergelijke meer.⁹³⁵ Deze fiduciaire verplichtingen zijn verplichtingen ten aanzien van de *beneficiaries*. Deze eerder algemene regels vormen de oplossing voor het probleem dat, wanneer een *trustee* brede bevoegdheden krijgt met betrekking tot de trustgoederen, het onmogelijk wordt om via gedetailleerde regels neer te leggen hoe de *trustee* de belangen van de *beneficiaries* het best kan behartigen.

325. Vervolgens verklaart LANGBEIN dat de analyse die van fiduciaire verplichtingen kan worden gemaakt in de ondernemings- en vennootschapsrechtelijke sfeer, eveneens van toepassing is op trusts: "*When the task is complex, when efforts will span a substantial time, ... a detailed contract would be silly. When one party hires the other's knowledge and expertise, there is not much they can write down. Instead of specific undertakings, the agent [the manager in corporations, the trustee in the law of trusts] assumes a duty of loyalty in pursuit of the objective and a duty of care [prudence in the law of trusts] in performance... [T]he process is contractual – because both principal and agent enter this understanding for gain... [A] 'fiduciary' relation is a contractual one characterized by unusually high costs of specification and monitoring. The duty of loyalty replaces detailed contractual terms.*"⁹³⁶

Deze twee verplichtingen vormen de veruitwendiging van de '*default terms*' die in de vorige randnummers aan bod kwamen. De *trust* kan volgens LANGBEIN dan ook worden gezien als een soort overeenkomst waarvoor het recht voorziet in een groot aantal aanvullende regels die de partijen automatisch incorporeren in de overeenkomst wanneer zij hun deal een '*trust*' noemen. Veel van deze regels strekken er vervolgens toe om vorm te geven aan de *trust* als beheersinstrument: "[*T*]he *trust deal* sets the terms under which the trustee administers and applies the assets".⁹³⁷ Behoudens in het geval waar de partijen die de deal structureren hiervan wensen af te wijken, wordt de trustverhouding dan op een dergelijke wijze gestructureerd. De bredere implicatie van het importeren van de analyse afkomstig uit de rechtseconomische sfeer met betrekking tot het ondernemingsrecht en vennootschapsrecht, lijkt te zijn dat ook de filosofie die in veel gevallen achter dergelijke analyses schuilgaat, mee wordt geïmporteerd. Deze filosofie lijkt een voorkeur in te houden voor regels van aanvullend recht, boven regels die van dwingend recht of openbare orde zijn.⁹³⁸

⁹³⁴ *Restatement (Third) of Trusts: Prudent Investor Rule*, § 227 (1992).

⁹³⁵ *Restatement (Third) of Trusts: Prudent Investor Rule*, § 227(b) (1992).

⁹³⁶ LANGBEIN citeert hier een artikel van EASTERBROOK en FISCHER. Zie: F.H. EASTERBROOK, D.H. FISCHER, "Contract and Fiduciary Duty", *Journal of Law and Economics* 1993, 426 – 427.

⁹³⁷ J. LANGBEIN, "The Contractarian Basis of the Law of Trusts", *Yale Law Journal* 1995, 660.

⁹³⁸ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 23.

326. Een eerste normatieve bewering die voortvloeit uit het betoog van de auteur, is dat de *settlor* zelf de mogelijkheid zou moeten kunnen krijgen om op te treden ten aanzien van de *trustee* wanneer deze laatste zijn kant van de deal niet honoreert. LANGBEIN geeft hierbij aan dat de vigerende regel vanuit een goederenrechtelijk perspectief logisch lijkt: de *settlor* is geen eigenaar meer van de onder trustverband gebrachte goederen en heeft dus noch de vereiste hoedanigheid, noch het vereiste belang om de *trustee* in rechte aan te spreken. Wanneer de kwestie echter benaderd wordt vanuit een verbintenissenrechtelijk perspectief, wordt volgens de auteur meteen duidelijk dat de *settlor* wel degelijk *standing* zou moeten kunnen hebben, daar hij een rechtstreeks betrokken partij was bij de deal.⁹³⁹

Een tweede normatieve implicatie is volgens de auteur dat de regel die stelt dat de *trustees* te allen tijde belangenconflicten dienen te vermijden, te hard is.⁹⁴⁰ Wanneer de *settlor* in een hypothetische deal toestemming zou hebben gegeven voor belangenconflicten van een lage orde omdat dit de *trust* zou baten, dient de regel minder streng te worden toegepast of zelfs te worden opzij geschoven.

327. Ten slotte geeft LANGBEIN aan welk volgens hem het meest zwakke punt is in zijn contractuele analyse. Wanneer de *trustee* insolvent wordt, lijkt het trustrecht eerder aanknopingspunten te zoeken bij een goederenrechtelijke logica. Persoonlijke schuldeisers van de *trustee* zullen zich immers niet kunnen verhalen op de onder trustverband gebrachte goederen. LANGBEIN stelt daarbij dat het opvallend is dat in de rechtsvergelijkende literatuur zoveel aandacht wordt gegeven aan dit aspect van het trustrecht. Eén en ander is o.i. echter vermoedelijk te wijten aan de idee dat een recht gedwongen wordt zijn ware aard bloot te leggen in gevallen van insolventie. LANGBEIN merkt dan ook terecht op dat de bestendigheid van de *trust* tegen insolventie van de *trustee* in civielrechtelijke rechtssystemen het moeilijkst na te bootsen vormt door het aanwenden van zuiver verbintenissenrechtelijke constructies.⁹⁴¹

Een tweede element, waar LANGBEIN minder aandacht aan lijkt te besteden, is het feit dat het *equitable interest* van de *beneficiary* ook tegenwerpelijk kan zijn ten aanzien van derden. Behoudens in het geval waar de *trustee* de trustgoederen overdraagt aan een *bona fide purchaser for value without notice* kan de *beneficiary* de trustgoederen steeds *tracen* en 'volgen' in de handen van derden. Dit was ook meteen het belangrijkste argument van STONE om vol te houden dat de *beneficiary* wel degelijk een zakelijk recht zou moeten hebben met betrekking tot de onder trustverband gebrachte goederen.⁹⁴²

⁹³⁹ J. LANGBEIN, "The Contractarian Basis of the Law of Trusts", *Yale Law Journal* 1995, 664.

⁹⁴⁰ *Ibid*, 665 – 667.

⁹⁴¹ *Ibid*, 667 – 668.

Zie echter, *infra* randnr. 815.

⁹⁴² A.W. SCOTT, "The Nature of the Rights of the Cestui Que Trust", *Columbia Law Review* 1917, 275.

LANGBEIN zegt hierover het volgende: “*The Chancellor’s decree embodies a judgment about how far to impinge on outsiders to the trust deal between settlor and trustee and to vindicate that deal. The policies that are being balanced do not turn on understanding the beneficiary’s interest as property rather than contract.*”⁹⁴³ Dit argument doet daarmee enigzins denken aan dat van SMITH, dat het *equitable interest* in feite een soort ‘nagemaakt’ zakelijk recht zou zijn, dat in essentie van verbintenisrechtelijke aard is (zie *supra*, randnr. 297). Niettegenstaande het feit dat LANGBEIN kennelijk van oordeel is dat het feit dat de *beneficiaries* de trustgoederen kunnen *tracen* in de handen van derden (voor zover het niet gaat om *bona fide purchasers for value without notice*) op contractuele grondslag kan worden verklaard, brengt de bestendigheid tegen insolventie die de *trust* geniet, de auteur er uiteindelijk toch toe, te stellen dat de *trust* “*a hybrid of contract and property*” is. De erkenning van de centrale rol van die contractuele elementen spelen binnen de trustverhouding moeten er volgens LANGBEIN evenwel niet toe leiden dat de *property law*-elementen zouden moeten worden genegeerd.⁹⁴⁴

2. Evaluatie

328. Hoger (*supra*, randnr. 146 e.v.) werd aangegeven dat de *trust* dient te worden onderscheiden van het *contract*. Dit is inderdaad nog steeds het orthodoxe standpunt in verschillende (Engelse) handboeken omtrent *trusts*.⁹⁴⁵ De stelling van LANGBEIN lijkt buiten de Verenigde Staten en bepaalde *offshore*-jurisdicties dan ook relatief weinig weerklank te vinden.

329. LUPOI stelt terecht dat de historische analyse van LANGBEIN dan wel vertrekt vanuit een verwijzing naar het standpunt van MATLAND, maar dat LANGBEIN vervolgens alle andere ontwikkelingen die hebben plaatsgehad tussen de 14^e eeuw en vandaag, overslaat, zonder de vraag te stellen waarom de oorspronkelijke stand van zaken de tand des tijds niet heeft doorstaan.⁹⁴⁶ Bovendien sluit LANGBEIN aan het begin van zijn betoog *charitable trusts* en *constructive trusts* uit van het toepassingsgebied van zijn onderzoek.⁹⁴⁷ LUPOI deelt evenmin de mening van LANGBEIN wanneer deze stelt dat het feit dat de *legal title* bij de *trustee* berust, niet meer dan een ‘*historical convention*’ is.⁹⁴⁸ Ook lijken een reeks andere prominente

⁹⁴³ J. LANGBEIN, “The Contractarian Basis of the Law of Trusts”, *Yale Law Journal* 1995, 647 – 648.

⁹⁴⁴ *Ibid*, 669

⁹⁴⁵ Zie bv. : A. HUDSON, *Equity and Trusts, 8th Edition*, Oxford, Routledge, 2015, 70 – 73; A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 10 – 11.

⁹⁴⁶ M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 166.

⁹⁴⁷ J. LANGBEIN, “The Contractarian Basis of the Law of Trusts”, *Yale Law Journal* 1995, 631.

⁹⁴⁸ *Ibid*, 645, vn. 101; M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 166.

trustspecialisten de mening van LANGBEIN niet te delen.⁹⁴⁹ Als tegenargument wordt onder meer aangehaald dat de *settlor* inderdaad niet de hoedanigheid heeft de *trustee* in rechte aan te spreken in het geval van een *breach of trust*.

Evenmin kan de positie van de *beneficiary* vergeleken worden met die van een *third party beneficiary* van een overeenkomst, aangezien het *equitable interest* in veel sterkere mate tegenwerpelijk is ten aanzien van derden dan het recht van een loutere *third party beneficiary*. In het geval dat er trustgoederen verloren gaan ingevolge een *breach of trust* of de waarde van de onder trustverband gebrachte goederen afneemt door een *breach of trust*, is de *trustee* bovendien gehouden om de integriteit van de *trust* te herstellen (*supra*, randnr. 260).⁹⁵⁰ Dit is zo, zelfs indien hij geen persoonlijk voordeel heeft gehaald uit de *breach of trust*. De te herstellen schade wordt met andere woorden gemeten aan de hand van het verlies voor het trustfonds en niet aan de hand van de mogelijke winst in hoofde van de *trustee*.⁹⁵¹

Het is binnen deze context veelzeggend dat de *trustees* deze verplichting aldus niet hebben ten aanzien van de *beneficiaries* (of de *settlor*) persoonlijk. De *beneficiaries* worden slechts op onrechtstreekse wijze vergoed voor de *breach of trust*, door het 'herstellen' van het trustfonds. Wat van tel is, is de integriteit van de *trust* zelf. Deze argumenten kunnen worden gezien als een aanvulling op de argumenten die hoger (*supra*, randnr. 146 – 147) reeds werden geboden tegen het beschouwen van de *trust* als een *contract*.

330. LAU merkt bovendien op dat het niet correct is om te stellen dat het trustrecht grotendeels bestaat uit regels van aanvullend recht.⁹⁵² Hoewel het niet te ontkennen valt dat er van heel wat regels aangaande het beheer van de trustgoederen kan worden afgeweken, is het zeker niet zo dat het trustrecht als geheel slechts bestaat uit regels van aanvullend recht. Verschillende belangrijke basisregels binnen het trustrecht hebben zelfs een dwingend karakter, en staan net daarom nooit ter discussie in de 'deal' tussen *settlor* en *trustee*. In dit verband kan onder meer gewezen worden op de *rule against perpetuities*, de plicht die rust op de *trustee* om de trustgoederen afgescheiden te houden van de eigen goederen en het *beneficiary principle*.

Op andere vlakken biedt het trustrecht zelfs geen aanvullende regels aan, maar behoudt het gewoon de stilte. Over het doel van de *trust* of de wijze van verdeling van de trustgoederen onder de *beneficiaries*, zwijgt het trustrecht. Hier kan (en moet) de *settlor* dan ook vrij kiezen hoe de trustverhouding zal worden gestructureerd. In deze materies is het bovendien, gezien de grote verscheidenheid aan verschijningsvormen van de *trust*, onmogelijk om goede regels van aanvullend

⁹⁴⁹ P.S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity and Trusts, 2nd Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 27; D.J. HAYTON, "Overview" in P. BIRKS, A. PRETTO (eds.), *Breach of Trust*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 379 *et seq.*

⁹⁵⁰ J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 36; A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 11.

⁹⁵¹ *Bartlett v. Barclays Bank Trust Co Ltd (No 2)* [1980] 1 Ch 539, 545.

⁹⁵² M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 27.

recht uit te werken. Welk zou immers de grootste gemene deler zijn tussen *fixed trusts* en *discretionary trusts*, bij gebrek aan keuze door de *settlor* en waarnaar de aanvullende regels van het trustrecht dan idealiter zouden verwijzen?

De conclusie is dat het in narratief van LANGBEIN de principiële juridische vrijheid die het trustrecht in beginsel kenmerkt, ten onrechte wordt gekoppeld aan het *corpus* van het Amerikaanse verbintenissenrecht, alsook de bredere context die specifiek inherent is aan de Amerikaanse *contract law*.⁹⁵³ Deze koppeling mag dan wel onterecht zijn, ze is vermoedelijk ook bewust door de auteur voorzien.⁹⁵⁴ Het bredere, normatieve doel van LANGBEIN is dan ook om te ijveren voor meer flexibiliteit binnen het trustrecht. De inspiratiebron voor deze flexibiliteit zoekt hij vervolgens bij de *contract law*, waar (*a fortiori* in de Verenigde Staten) de idee van contractvrijheid een centrale rol inneemt.

331. Hoewel de al te nadrukkelijke focus van LANGBEIN op de vermeende contractuele aard van de *trust* in verschillende opzichten faalt als verklaring voor het positieve recht, legt deze analyse wel bloot hoe er vandaag regelmatig met de *trust* wordt omgegaan als ware het wel degelijk een soort contractuele 'deal' tussen de *settlor* en de *trustee*.⁹⁵⁵ De belangrijkste reden waarom het gerechtvaardigd is om de nadruk te leggen op de verhouding *settlor-trustee* is te zoeken in de praktijk. Het is immers geen geheim dat niet alleen klassieke *common law*-jurisdicties, zoals Engeland en Wales en de Verenigde Staten de trustfiguur kennen. Ook in het recht van een groot aantal *offshore*-jurisdicties wordt voorzien in verschillende soorten *trusts* en allerlei verwante rechtsfiguren. Dergelijke *trusts* zijn in de regel eveneens beheersvehikels en kunnen daarom worden ingepast in de bredere categorie van de *management trust*. Zoals ook VERBEKE meermaals terecht beschrijft⁹⁵⁶, is de *settlor* vaak de spilfiguur binnen de trustverhouding, ook al verdwijnt de *settlor* na de trustcreatie (in die hoedanigheid) in beginsel van het toneel. De *settlor* kan zich bijvoorbeeld (laten) benoemen tot *protector* of *enforcer* van de *trust* of kan een *letter of wishes* opstellen, waarnaar de *trustee* zich vervolgens kan richten en dergelijke meer.

Binnen een dergelijk opzet is de positie van de *beneficiaries* slechts van secundair belang. Het recht kan de hoedanigheid van *beneficiary* en diens relatie met de *trustee* wel centraal stellen, eerder dan de hoedanigheid van *settlor*, in feite hebben de *beneficiaries* zich dan tevreden te stellen met dat wat hen wordt toebedeeld door de *settlor*.

332. Deze divergentie tussen het zuiver formeel-juridische zwaartepunt binnen de trustverhouding (verhouding *trustee* - *beneficiary*) en het vaak feitelijke

⁹⁵³ D.A. DEMOTT, "Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation", *Duke Law Journal* 1988, 888.

⁹⁵⁴ H. HANSMANN, U. MATTEI, "The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis", *N.Y.U. Law Review* 1998, 471.

⁹⁵⁵ D.W.M. WATERS, "Reaching for the Sky: Taking Trust Laws to the Limit" in D.J. HAYTON (ed.), *Extending the Boundaries of Trust and Similar Ring-Fenced Funds*, Londen, Kluwer Law International, 2002, 285.

⁹⁵⁶ A-L. VERBEKE, "Trusts in Belgie: liaisons dangereuses", *TPR* 2012, 693 - 704.

zwaartepunt (verhouding *settlor* - *trustee*) is merkwaardig. Eigenlijk zou kunnen worden verwacht dat er vanuit de kant van het trustrecht om deze redenen meer aandacht zou uitgaan naar de wensen van de *settlor*. Tot op zekere hoogte is dit ook het geval. De trustwetgeving van vele *offshore*-jurisdicties, alsook het recht van de meeste Amerikaanse staten laat de *settlor* toe om aan zichzelf verregaande bevoegdheden voor te behouden. Dit is een punt waar de klassieke trustjurisdicties het erg moeilijk zouden hebben.⁹⁵⁷ Zo bepaalt *Section 3* van de *Trustee Act 1998* in de Bahama's dat de *settlor* zich de *powers* kan voorbehouden om te *trust* te herroepen of om bepaalde trustgoederen toe te voegen of te verwijderen. Eveneens kan de *settlor* de voorwaarden van de trust wijzigen, *trustees*, *beneficiaries* en *protectors* toevoegen of verwijderen, eisen dat zijn of haar toestemming wordt gevraagd vóór de *trustee* bepaalde handelingen mag stellen of nalaten, en dergelijke meer.⁹⁵⁸

Andere *offshore*-jurisdicties kennen gelijkaardige trustwetgeving.⁹⁵⁹ Ook de figuur van de *protector* is in veel van deze trustjurisdicties, in tegenstelling tot bijvoorbeeld Engeland en Wales, wettelijk geregeld.⁹⁶⁰ De opkomst van een figuur als de *protector* is in feite ironisch, aangezien deze ontwikkeling aantoont hoe weinig vertrouwen *settlors* tegenwoordig nog stellen in *trustees* alleen, en *a fortiori* *trustees* in *offshore*-jurisdicties. Van de klassieke band van vertrouwen tussen de *settlor* en zijn vertrouweling ('*trustee*' of '*fiduciair*') is hier inderdaad geen sprake meer.

Dit alles doet enigszins ironisch aan, aangezien (ook Engelse of Amerikaanse) *settlors* van *offshore-trusts* in veel gevallen nagenoeg hun hele vermogen afstaan aan *trustees* in verre landen, een daad die normaliter net veel meer vertrouwen zou vereisen dan het aanduiden van een *trustee* of *fiduciair* dicht bij huis en die wel een persoonlijke vertrouweling is. Eén en ander heeft ongetwijfeld te maken met de veranderde aard van het trusteeschap, dat tegenwoordig veel meer financiële- en managementvaardigheden vereist dan vroeger. Andere belangrijke elementen die in de regel meespelen in de beslissingen van de *settlors* om (delen van) hun vermogen onder te brengen in *offshore-trusts*, zijn privacy- en belastingoverwegingen, alsook bescherming tegen schuldeisers.⁹⁶¹ In hun queeste

⁹⁵⁷ J.P. WEBB, "An ever-reducing core? Challenging the legal validity of offshore trusts", *Trusts & Trustees* 2015, 482; M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 32.

⁹⁵⁸ *Bahamian Trustee Act 1998*, Section 3 (2). Zie eveneens *Section 14 (1)* van de *Cayman Islands Trusts Law* (2009 Revision).

⁹⁵⁹ Hier kan eveneens melding worden gemaakt van de befaamde *STAR trust* in de Kaaimaneilanden. De *STAR trust* is een geldige (*non-charitable*) *purpose-trust*, die kan opereren zonder de aanwezigheid van *beneficiaries*, en dus zonder "the shackles of equitable ownership". Zie: A. DUCKWORTH, "STAR trusts", *Trusts & Trustees* 2013, 215 - 229; J.P. WEBB, "An ever-reducing core? Challenging the legal validity of offshore trusts", *Trusts & Trustees* 2015, 482 - 483. Zie ook *Section 95* e.v. van de *Cayman Islands Trusts Law* (2009 Revision).

⁹⁶⁰ A.J. OAKLEY, *Parker and Mellows: "The Modern Law of Trusts"*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 190 - 191. Zie bv. *Section 81* van de *Trustee Act 1998* in de Bahama's.

⁹⁶¹ J.P. WEBB, "An ever-reducing core? Challenging the legal validity of offshore trusts", *Trusts & Trustees* 2015, 481 - 482.

om vermogens en bedrijvigheid aan te trekken, spelen *offshore*-jurisdicties kennelijk graag in op de wensen van *settlers* om de controle te behouden. De gecombineerde effecten van de bereidwilligheid om *trust deals* toe te staan en de management-, privacy- en belastingoverwegingen die gepaard gaan met *offshore-trusts* lijken voor veel *settlers* dan ook een aantrekkelijk model te vormen, althans in theorie.⁹⁶²

Nochtans mag de invloed van *offshore*-jurisdicties op het fenomeen van de '*trust-deal*' ook niet worden overschat. Uit empirisch onderzoek is gebleken dat in dit verband vooral een grote divergentie bestaat tussen de trustpraktijk in de Verenigde Staten en andere trustjurisdicties, met inbegrip van zowel *onshore*- als *offshore*-trustjurisdicties.⁹⁶³ De empirische gegevens duiden op grote verschillen tussen de trustpraktijk in de Verenigde Staten en andere trustjurisdicties voor wat betreft de mate van controle die *settlers* genieten met betrekking tot *trusts*. Zowel *de iure*, bijvoorbeeld via het voorbehouden van allerlei *powers*, als *de facto*. Deze vaststelling is frappant, aangezien zij suggereert dat de mate van controle die de gemiddelde *settlor* op de *trust* uitoefent of kan uitoefenen ook eenvoudig kan worden overschat, daar het vooral een Amerikaans fenomeen is.⁹⁶⁴ Buiten de Verenigde Staten zou het gaan om een minderheid van de gevallen.⁹⁶⁵

333. Uit het voorgaande blijkt dat deze trend dus ook (of zelfs vooral) speelt in (bepaalde) klassieke trustjurisdicties, soms nog meer dan in de *offshore*-wereld. Hier kan in het bijzonder worden gewezen op het bestaan van de *revocable trust*. Normaliter moet een *power to revoke* uitdrukkelijk worden opgenomen in het trustinstrument. Echter, in bepaalde Staten binnen de VS is dit uitgangspunt inmiddels omgekeerd.⁹⁶⁶ In deze Staten wordt een *trust* geacht herroepbaar te zijn, tenzij het tegendeel in de trustakte is bepaald. Hoger (*supra*, randnr. 214) werd reeds opgemerkt dat dergelijke *revocable trusts* in de VS niet (meer) altijd worden gebruikt omwille van belastingoverwegingen, maar veeleer omdat zij een efficiënt alternatief vormen voor testamentaire beschikkingen. Hoewel het als zodanig niet blijkt uit de empirische data waarnaar werd verwezen in het vorige randnummer, zou het fenomeen van de Amerikaanse *grantor trusts* wel een (begin van) verklaring kunnen bieden voor de divergentie tussen de Amerikaanse trustpraktijk en de trustpraktijk in de overige trustjurisdicties.

⁹⁶² A-L. VERBEKE, "Trusts in België: liaisons dangereuses", *TPR* 2012, 704.

⁹⁶³ A.S. HOFRI-WINOGRADOW, "How Harmful is Trust Proliferation?", 2015, 32 - 39. Beschikbaar op: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2629174

⁹⁶⁴ Zo besluit HOFRI-WINOGRADOW dat: "The survey results show that the express reservation of powers to trust settlers is a majority phenomenon in the U.S., but a minority one elsewhere. The actual control of trusts by their settlers, whether in the exercise of settlor-reserved powers or otherwise, is likewise far more common in the U.S. than elsewhere. U.S. trust practice appears to have abandoned the traditional expectation that settlers be powerless once a trust has been constituted, adopting instead an alternative vision of *inter vivos trusts* under which most settlers hold powers to intervene in, or revoke, trusts that they have created, and about half of all settlers in fact control their trusts directly or indirectly.", zie: *ibid*, 42 - 43.

⁹⁶⁵ *Ibid*, 43.

⁹⁶⁶ R.W. ANDERSEN, *Understanding Trusts and Estates*, Newark, LexisNexis, 2003, 92.

334. De analyse van LANGBEIN, hoewel juridisch-technisch niet correct, is dus geenszins uit de lucht komen vallen. Door de afwezigheid van enige vertrouwensband en het feit dat *trustees* – *a fortiori trustees* die zich in *offshore*-jurisdicties bevinden – worden vergoed voor hun ‘diensten’, is de opvatting van de *trust* als ‘deal’ of als ‘overeenkomst’ in de hoofden van de betrokken partijen niet veraf.

C. De *trust* geanalyseerd als een afzonderlijke entiteit

1. De *trust* als afzonderlijke entiteit: de analyse van MATTEI, KRAAKMAN en HANSMANN

335. In de klassieke – vooral Engelse – trustliteratuur wordt de idee, dat een *trust* dient te worden beschouwd als een entiteit of rechtspersoon, in de regel verworpen.⁹⁶⁷ Door de *trust* te beschouwen als een entiteit zou deze worden ‘gedenatureerd’⁹⁶⁸ en gesimplificeerd tot een soort afzonderlijke entiteit of vennootschap. Hiermee wordt geen recht gedaan aan het unieke karakter van de *trust*. De *trust* wordt klassiek dan ook niet beschouwd als een rechtspersoon of entiteit, maar als een wijze waarop een goed kan worden aangehouden.⁹⁶⁹ De *trust* wordt aldus gezien als een rechtsverhouding die bestaat in hoofde van eigenlijke personen of ‘entiteiten’. In die zin beschouwd, opereert de trustverhouding in feite

⁹⁶⁷ B. SHAH, “Trustee’s indemnity and creditor’s rights”, *Trusts & Trustees* 2013, 79; D. HAYTON, “Foundations and trusts contrasted”, *Trusts & Trustees* 2011, 462; D.J. HAYTON, “National Report for England and Wales” in S.C.J.J. KORTMANN, D.J. HAYTON, N.E.D. FABER, K.G.C. REID, J.W.A. BIESMANS (eds.), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer, Kluwer, 2009, 84 – 85; D.W.M. WATERS, “The Concept Called “The Trust”, *Bulletin for International Fiscal Documentation* 1999, 126; D.W.M. WATERS, “The Institution of the Trust in Civil and Common Law” in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 229, Leiden, Nijhoff, 1995, 427; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, 8th Edition, Oxford, Routledge, 2015, 350.

Voor wat betreft de Amerikaanse rechtsleer, zie: R. SITKOFF, “Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 435. SITKOFF stelt: “Formally a trust is not a freestanding juridical entity but rather a relationship created by private agreement [...]”. Alsook A. DYER, “International Recognition of the Trust Concept”, *Trusts & Trustees* 1996, afl. 2, 10.

Voor een Zwitsers perspectief, zie: E.H. PALTZER, “Issues regarding Trustees and Protectors located in Switzerland – A Lawyer’s View”, *Trusts & Trustees* 1996, Vol. 3, afl. 1, 16.

Interessant is dat, naar aanleiding van de hercodificatie van het burgerlijk recht in Québec in 1994, nog werd overwogen om ook de aldaar gekende *trust* te hervormen. Eén van de pistes die naar voren werd geschoven bestond er in om de *trust* rechtspersoonlijkheid te geven. Dit voorstel werd evenwel verworpen, daar het volgens verschillende commentatoren een te grote kloof zou slaan tussen de Québec *trust* en de klassieke *common law trust*. Zie: A. POPOVICI, “Trusting Patrimonies” in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 202 en de literatuur aldaar aangehaald; A. POPOVICI, “Trust in Quebec and Czech Law: Autonomous Patrimonies?”, *ERPL* 2016, 940 e.v.

⁹⁶⁸ J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 269.

⁹⁶⁹ L. SMITH, “Trust and Patrimony”, *Estates, Trusts and Pensions Journal* 2009, 336.

voornamelijk door middel van de rechtspersoonlijkheid van de *trustee*, die de *legal title* van de onder trustverband gebrachte goederen aanhoudt.⁹⁷⁰

336. Anderen wijken evenwel af van dit orthodoxe standpunt en analyseren de *trust* als ware het wel degelijk een afzonderlijke entiteit. Hier kan in het bijzonder worden gewezen op de voorstelling van MATTEI, KRAAKMAN en HANSMANN.⁹⁷¹ De *crux* van hun argument bestaat erin dat de trustfiguur een organisatievorm is, en dat trustrecht worden gezien als een soort organisatierecht ('*organizational law*').⁹⁷² De rol van het organisatierecht bestaat in het structureren van de rechten van schuldeisers door het segmenteren (en segregeren) van activa.⁹⁷³ Hiermee wordt bedoeld dat de activa worden verdeeld in subgroepen, waarbij elke groep afzonderlijk als onderpand dient voor de claims van een bepaalde groep schuldeisers. Het segmenteren van activa heeft volgens HANSMANN en KRAAKMAN twee aspecten.

Het eerste is dat een groep activa worden afgescheiden van de persoonlijke goederen van een natuurlijk persoon en dat deze worden toebedeeld aan een bepaalde entiteit, die kan worden onderscheiden van natuurlijke personen.

Ten tweede heeft deze 'vermogensafscheiding' tot gevolg dat aan bepaalde schuldeisers (een zekere mate van) voorrang zal worden verleend met betrekking tot deze groepen activa. Met betrekking tot dit tweede aspect kunnen opnieuw twee volgende aspecten worden onderscheiden. Enerzijds is er het 'beperkte aansprakelijkheid-aspect' ('*defensive asset partitioning*'), wat impliceert dat de schuldeisers van de entiteit in beginsel niet of slechts onder bijzondere omstandigheden toegang verkrijgen tot de persoonlijke goederen van de eigenaars

⁹⁷⁰ A. HUDSON, *Equity and Trusts, 8th Edition*, Oxford, Routledge, 2015, 350; J. MORLEY, "The Common Law Corporation: The Power of the Trust in Anglo-American Business History", *Columbia Law Journal* 2016, 2154.

⁹⁷¹ H. HANSMANN, U. MATTEI, "The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis", *N.Y.U. Law Review* 1998, 434 – 479; H. HANSMANN, U. MATTEI, "Trust Law in the United States. A Basic Study of Its Special Contribution", *American Journal of Comparative Law* 1998, 133 – 149; H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, "The Essential Role of Organizational Law", *Yale Law Journal* 2000, 387 – 440.

Zie bv ook: G. R. ELGUETA, "Divergences and Convergences of Common Law and Civil Law Traditions on Asset Partitioning: A Functional Analysis", *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 2010, 532, waarover *trusts* wordt gesproken als 'entiteiten'.

⁹⁷² Zie: J. VANANROYE, *Organisatierecht: werfbezoek aan een onvoltooide piramide*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 76p. In de Engelstalige literatuur wordt het begrip '*organizational law*' omschreven als: "a category that includes the law of corporations, limited liability companies, partnerships and trusts". Zie: R. SITKOFF, "Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 428.

⁹⁷³ H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, "The Essential Role of Organizational Law", *Yale Law Journal* 2000, 390; H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, "Organizational Law as Asset Partitioning" *European Economic Review* 2000, 810.

Zie ook: J. MORLEY, "The Common Law Corporation: The Power of the Trust in Anglo-American Business History", *Columbia Law Journal* 2016, 2146 – 2198.

Over het belang van de bijdrage van HANSMANN en KRAAKMAN, alsook een kritische beschouwing daarvan zie: M. RICKS, "Organizational Law as Commitment Device", *Vanderbilt Law Review* 2017, 1304 e.v.

of de beneficiarissen van de entiteit. Anderzijds wordt de entiteit zelf in meer of mindere mate afgeschermd van de claims van de persoonlijke schuldeisers van de eigenaars of beneficiarissen van de entiteit ('*entity shielding*' of '*affirmative asset partitioning*'). Zo kan het bijvoorbeeld voorkomen dat de persoonlijke schuldeisers van de eigenaars of beneficiarissen geen claim kunnen laten gelden op de activa die in de entiteit zijn ondergebracht. In de meeste gevallen moet de persoonlijke schuldeiser van de eigenaar of beneficiarissen zich alleszins laten tegenwerpen dat de ingebrachte activa niet zomaar kunnen worden verdeeld ('*capital lock-in*').

Er bestaan tevens zwakkere vormen van *entity shielding* waarbij de persoonlijke schuldeisers slechts delen of aandelen van de entiteit kunnen verwerven door hun vorderingsrecht ten aanzien van hun schuldenaar uit te oefenen, zonder dat zij de bevoegdheid hebben om de entiteit te liquideren. In andere gevallen kunnen zij wel de bevoegdheid hebben om de entiteit te liquideren, maar hebben de entiteitsschuldeisers een preferent recht op de activa van de entiteit.⁹⁷⁴ Het is dit laatste aspect, de *entity shielding*, die volgens de auteurs het essentiële aspect is van het organisatierecht. Dit is zo, omdat er entiteiten bestaan die wel een zekere mate van *entity shielding* kennen, maar waar geen sprake is van beperkte aansprakelijkheid of *defensive asset partitioning*. De auteurs verwijzen in dit verband naar de *U.S. General Partnership*.⁹⁷⁵ Entiteiten kennen steeds een zekere mate van *entity shielding* en soms eveneens bepaalde vormen van beperkte aansprakelijkheid.

337. De voordelen van *entity shielding* of *affirmative asset partitioning* bestaan er volgens de auteurs in dat de monitoringkosten van de schuldeisers worden beperkt, een beschermingsdam wordt opgeworpen tegen vroegtijdige liquidatie van de entiteit en dat een efficiënte risicoverdeling mogelijk wordt gemaakt.⁹⁷⁶

Met betrekking tot de *trust* wordt opgemerkt dat de onder trustverband gebrachte goederen worden afgescheiden van de persoonlijke goederen van de beheerder. Zo ontstaan er in hoofde van de *trustee* twee van elkaar afgescheiden groepen activa. Aan de éne kant zijn er zijn persoonlijke goederen en aan de andere kant de goederen die hij aanhoudt als *trustee*. "*Thus, the law of trusts makes the trustee, vis-à-vis creditors with whom he contracts, two distinct legal persons: a natural person contracting on behalf of himself, and an artificial person acting on behalf of the beneficiaries.*"⁹⁷⁷ Het is volgens de auteurs dan ook dit element van het trustrecht dat de essentiële bijdrage vormt van het trustrecht. Op grond van het voorgaande komen de auteurs dan ook tot de conclusie dat "[w]hile it is sometimes said that the common-law trust lacks legal personality, in our view it is, on the

⁹⁷⁴ H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, "The Essential Role of Organizational Law", *Yale Law Journal* 2000, 394 – 395.

⁹⁷⁵ *Ibid*, 395.

⁹⁷⁶ H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, "The Essential Role of Organizational Law", *Yale Law Journal* 2000, 398 e.v.

⁹⁷⁷ *Ibid*, 416.

contrary, quite clearly a legal entity, and trust law is consequently a form of organizational law."⁹⁷⁸

338. De reden voor het standpunt van de auteurs dat de segregatie van activa in hoofde van de *trustee* de enige waarlijk essentiële bijdrage van het trustrecht zou zijn, laat zich volgens MATTEI en HANSMANN verklaren als volgt. De analyse van de auteurs vertrekt van de vraag welk voordeel het erkennen van de *trust* als afzonderlijke rechtsfiguur biedt voor *common law*-jurisdicties. Met andere woorden: wat biedt het trustrecht dat niet gemakkelijk zou kunnen worden nagebootst door het aanwenden van *contract law* en *agency*?⁹⁷⁹ Vervolgens stellen zij, in lijn met de stelling van LANGBEIN, dat de *trust* in zijn kern bestaat uit contractuele verhoudingen, en dat het trustrecht daartoe voorziet in regels van aanvullend recht om deze verhoudingen te helpen reguleren.

Om toegevoegde waarde te hebben dient (1) deze standaardregeling evenwel *an sich* efficiënt te zijn, i.e. het trustrecht dient min of meer de uitkomst van een hypothetisch onderhandelingsproces tussen de betrokken partijen te reflecteren. Bovendien zouden (2) de transactiekosten van het afzonderlijk onderhandelen van deze contractuele en *agency* verhoudingen significant hoger moeten zijn dan in het geval waar het trustrecht hiertoe kan worden aangewend. Zo bekeken is de rol van het trustrecht gewoon om de transactiekosten te vermijden die wel zouden zijn opgedoken wanneer elke afzonderlijke verhouding ook afzonderlijk zou dienen te worden onderhandeld en aangegaan door de betrokken partijen. Vervolgens merken de auteurs op dat de interne verhoudingen van de *trust* ook zouden kunnen worden nagebootst door contractuele- en *agency*-verhoudingen, zonder daarom al te hoge transactiekosten te impliceren. Een *agent* heeft immers eveneens fiduciaire verplichtingen ten aanzien van de *principal*, en het standpunt dat een derde-begunstigde de uitvoering van de overeenkomst niet zou kunnen afdwingen is inmiddels zowel in de Verenigde Staten als in Engeland en Wales verlaten.⁹⁸⁰

Veel belangrijker, volgens de auteurs, zijn daarom de verhoudingen tussen de 'partijen' bij een *trust* en hun schuldeisers.⁹⁸¹ Het is immers op het vlak van de externe betrekkingen met schuldeisers, waar het trustrecht zijn bijzondere bijdrage levert. De interne betrekkingen, i.e. de betrekkingen tussen de *settlor*, *trustee* en *beneficiaries*, kunnen volgens de auteurs voldoende worden verklaard aan de hand van een contractuele analyse.

339. Met betrekking tot de *beneficiary* kan worden opgemerkt dat schuldeisers zich in de meeste gevallen wel kunnen verhalen op het *equitable interest*. Slechts in bepaalde gevallen – bv. in het geval van een *spendthrift trust* of een *discretionary trust* – is dit anders. De basisassumptie is evenwel steeds dat schuldeisers van de

⁹⁷⁸ *Ibid.*

⁹⁷⁹ H. HANSMANN, U. MATTEI, "The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis", *N.Y.U. Law Review* 1998, 445 – 446.

⁹⁸⁰ *Ibid.*, 448 – 451. Zie ook vn. 519.

⁹⁸¹ *Ibid.*, 438, 454 – 461; J. MORLEY, "The Common Law Corporation: The Power of the Trust in Anglo-American Business History", *Columbia Law Journal* 2016, 2167 – 2172.

beneficiary zich kunnen verhalen op het *equitable interest*.⁹⁸² Zij kunnen zich echter niet verhalen op de onder trustverband gebrachte goederen.

De schuldeisers kunnen hun schuldvordering ten aanzien van de *settlor* in beginsel evenmin verhalen op de onder trustverband gebrachte goederen wanneer de *trust* geldig werd gecreëerd. Dit beginsel lijdt evenwel een logische uitzondering wanneer de *settlor* eveneens *beneficiary* zou zijn van de *trust*.⁹⁸³ Nog belangrijker is dat ook de persoonlijke schuldeisers van de *trustee* geen toegang hebben tot de trustgoederen, zelfs wanneer er samenloop ontstaat in hoofde van de *trustee*. Het beginsel dat derden geen *good title* kunnen verwerven op de onder trustverband gebrachte goederen blijft zelfs overeind wanneer de *trustee in breach of trust* dergelijke goederen overdraagt aan derden, bijvoorbeeld om eigen schulden te voldoen.⁹⁸⁴ Enkel een *bona fide purchaser for value without notice* ontsnapt aan deze harde regel (zie *supra*, para. 278).

Ten slotte wordt de verhouding tussen de partijen bij de *trust* en de trustschuldeisers in ogenschouw genomen. Met betrekking tot de *trustee* merken de auteurs op dat deze in beginsel naar *common law* wel geacht werd persoonlijk aansprakelijk te zijn ten aanzien van derden voor alle verbintenissen die hij aangaat in de loop van zijn beheer.⁹⁸⁵ De *trustee* kan dergelijke persoonlijke aansprakelijkheid vermijden wanneer hij bij het sluiten van een overeenkomst aangeeft dat hij deze overeenkomst aangaat in zijn hoedanigheid als *trustee* en dat hij bijgevolg niet met zijn eigen goederen instaat voor de uitvoering van zijn verbintenissen.⁹⁸⁶

Met betrekking tot verbintenissen uit onrechtmatige daad kan nog worden opgemerkt dat de aansprakelijkheid van de *trustee* beperkt is tot de vergoeding die hij hiervoor van het trustvermogen kan krijgen.⁹⁸⁷ Ook de *settlor* en de *beneficiaries* kunnen niet persoonlijk door de trustschuldeisers worden aangesproken. Met betrekking tot die laatste categorie merken de auteurs nog op dat dit zonder het interveniëren van het trustrecht vermoedelijk ook anders zou uitdraaien.⁹⁸⁸ Indien de *trustee* zou kunnen worden beschouwd als de *agent* van de *beneficiary*, waardoor deze laatste ook persoonlijk aansprakelijk zou kunnen worden geacht voor de schulden die met betrekking tot de trustgoederen zouden zijn aangegaan.

⁹⁸² Noteer dat de *spendthrift trust* in Engeland niet wordt erkend (cf. *supra*, randnr. 170). Bovendien is voor het instellen van een geldige *spendthrift trust* vereist dat de *settlor* dit expliciet aangeeft in de trustakte.

⁹⁸³ H. HANSMANN, U. MATTEI, "The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis", *N.Y.U. Law Review* 1998, 454.

⁹⁸⁴ *Ibid*, 455.

⁹⁸⁵ De *Restatement (Second) of Trusts* geeft in dit verband nog de klassieke *common law*-regel weer: *Restatement (Second) of Trusts*, §261 – 262 (1959). Dit is in de VS inmiddels omgekeerd, zie *infra*, randnr. 345 e.v.

⁹⁸⁶ *Restatement (Second) of Trusts*, §263 (1959).

⁹⁸⁷ *Restatement (Second) of Trusts*, §264 (1959).

⁹⁸⁸ H. HANSMANN, U. MATTEI, "The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis", *N.Y.U. Law Review* 1998, 462.

340. De auteurs concluderen dan ook dat de grootste toegevoegde waarde van het trustrecht ten aanzien van *contract* en *agency law* zich situeert op het niveau van de verhoudingen tussen de betrokken partijen en derden waarmee zij in aanraking komen. Het zijn net deze verhoudingen die, wanneer het trustrecht niet zou interveniëren, uitzonderlijk moeilijk per overeenkomst of via *agency*-verhoudingen na te bootsen zouden zijn.⁹⁸⁹ Het zou immers bijzonder moeilijk zijn om al deze schuldeisers en verkrijgers van trustgoederen te overtuigen om vrijwillig de regels te aanvaarden die het trustrecht in deze oplegt. Ook de beperking van de buitencontractuele aansprakelijkheid van de trustee zou zonder de werking van het trustrecht vermoedelijk niet worden aanvaard door de *tort claimant*. De auteurs concluderen dan ook dat deze '*property-like aspects*' van het trustrecht van doorslaggevend belang zijn, en dat de *trust* om deze redenen ook geacht kan worden een entiteit te vormen die een afzonderlijk bestaan leidt ten aanzien van de drie voornaamste partijen bij de trustverhouding.⁹⁹⁰

341. Een bijkomend argument dat de auteurs aanwenden om hun stelling kracht bij te zetten is het veelvuldige gebruik van *trusts* in een commerciële context. Zo stellen ze dat, minstens wanneer wordt gekeken naar de waarde van de activa die in *trusts* worden aangehouden, het commerciële gebruik van *trusts* het private gebruik daarvan sterk overschaduwet.⁹⁹¹ Om deze reden gaan zij dan ook na wat het verschil nog is tussen de *trust* en allerlei vennootschapsstructuren. Het belangrijkste antwoord dat zij kunnen bieden is de flexibiliteit van het trustrecht, dat vaak in mindere mate aanwezig is in allerlei *business statutes*.⁹⁹² Toch lijkt het onderscheid tussen *trusts* en *corporations* in zekere mate te zijn vervaagd in de Verenigde Staten. Zo kent de Staat Delaware, die in de Verenigde Staten een voortrekkersrol speelt daar waar het aankomt op *corporate law*, sinds enige tijd een wettelijk geregelde *business trust*, de *Delaware Statutory Trust*.⁹⁹³ In dergelijke *trusts* treden de *trustees de facto* op als zaakvoerder ten voordele van de *beneficiaries* die optreden als investeerders. Belangrijk is onder meer dat de wetgeving in Delaware expliciet bepaalt dat de *beneficiaries* dezelfde beperkte aansprakelijkheid genieten als aandeelhouders in vennootschappen.⁹⁹⁴ Het was ook voornamelijk de *Delaware Statutory Trust Act* die de *Uniform Law Commission*⁹⁹⁵ inspireerde tot het uitvaardigen van een *Uniform Statutory Trust Entity Act*.⁹⁹⁶

⁹⁸⁹ *Ibid*, 466.

⁹⁹⁰ *Ibid*, 469 – 470.

⁹⁹¹ H. HANSMANN, U. MATTEI, "Trust Law in the United States. A Basic Study of Its Special Contribution", *American Journal of Comparative Law* 1998, 133.

⁹⁹² H. HANSMANN, U. MATTEI, "The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis", *N.Y.U. Law Review* 1998, 472 *et seq.*

⁹⁹³ *Delaware Statutory Trust Act* (DSTA), 12 Del. § 3801 *et seq.*

⁹⁹⁴ *Ibid*, § 3803.

⁹⁹⁵ De *Uniform Law Commission of National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* is een organisatie zonder winstoogmerk, bestaande uit juristen, die – *inter alia* – modelwetgeving uitwerkt voor de onderscheiden Amerikaanse Staten, teneinde het recht binnen deze Staten te uniformiseren.

⁹⁹⁶ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Uniform Statutory Trust Entity Act*, 2009. Beschikbaar op: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/statutory%20trust%20entity/ustea_final_09.pdf

Opvallend is evenwel dat in het voorwoord van de *Uniform Statutory Trust Entity Act* meermaals wordt aangegeven dat één van de verschillen tussen de in het model voorziene *trust* en de klassieke *common law trust* erin bestaat dat deze laatste géén entiteit zou vormen.⁹⁹⁷ *A contrario* betekent dit dat de in het model voorziene trustvorm, net zoals een *Delaware Statutory Trust*, wel degelijk als een afzonderlijke entiteit wordt beschouwd. Het standpunt van de *Uniform Law Commission* lijkt dan ook in tegenspraak met de stelling van HANSMANN en MATTEI dat de (*common law*) *trust* "effective legal personality" heeft.⁹⁹⁸

2. Evaluatie

342. De analyse van MATTEI, KRAAKMAN en HANSMANN vormt een conceptuele stap voorwaarts, wanneer deze wordt vergeleken met de zuiver contractuele analyse van LANGBEIN. Zoals in de vorige randnummers besproken, kan worden opgemerkt dat de auteurs zich tot op zekere hoogte bij LANGBEIN aansluiten, maar zij stellen tevens dat LANGBEIN ten onrechte de (externe) goederenrechtelijke aspecten van de *trust* minimaliseert. Vervolgens zoeken zij aansluiting bij aspecten van het trustrecht als organisatierecht, om vanuit dit perspectief de essentiële elementen van het trustrecht te verklaren. Vanuit een civielrechtelijke invalshoek vormt dit debat een zeer complexe aangelegenheid. In dit verband kan worden gewezen op de hoger (*supra*, randnr. 135) gemaakte opmerking dat het Engelse recht – en bijgevolg de *common law* in het algemeen – nooit een vermogensleer heeft ontwikkeld. De conceptuele moeilijkheden die de afwezigheid van een vermogensleer voor de civilist met zich meebrengt, worden in dit debat op hun scherpst gesteld. Bovendien blijkt, wanneer de kwestie nader wordt onderzocht, dat het Amerikaanse recht gedurende de laatste jaren op verschillende punten is beginnen afwijken van het klassieke Engelse trustrecht. Deze divergentie maakt dat het, in toenemende mate, moeilijk is geworden om nog *in abstracto* te spreken over 'de Angelsaksische *trust*'. Niet alleen blijkt dat er geen eenduidig trustconcept bestaat, maar dat er binnen de twee belangrijkste *common law*-jurisdicties eveneens in toenemende mate twee verschillende spectra van trustsoorten zijn ontstaan, waarvan de gemeenschappelijke basis tot op zekere hoogte is geërodeerd.

343. Volgens het klassieke *common law*-standpunt hebben *trustees* geen afzonderlijke *trustee*-hoedanigheid in het rechtsverkeer.⁹⁹⁹ Hoewel de *trustee* de onder trustverband gebrachte goederen afgescheiden dient te houden van zijn persoonlijke goederen, kan niet hetzelfde gezegd worden van de schulden die hij

⁹⁹⁷ *Ibid*, p. 1, 3.

⁹⁹⁸ H. HANSMANN, U. MATTEI, "The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis", *N.Y.U. Law Review* 1998, 472.

⁹⁹⁹ *A contrario*: L. SMITH, "Scottish Trusts in the Common Law" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 150 – 151. SMITH spreekt over hoe een dergelijke hoedanigheid een nieuwigheid is, die wordt toegekend door de UTC.

aangaat in de loop van zijn beheer.¹⁰⁰⁰ Aangezien het Engelse recht geen vermogensleer kent, kan dan ook niet worden volgehouden dat de trustgoederen – naar Engels of Amerikaans recht – een afgescheiden vermogen zouden vormen met eigen activa en passiva. Bovendien moet worden vastgesteld dat enkel activa *on trust* kunnen worden gehouden en nooit passiva. Het logische gevolg is dan ook dat de schulden die door de *trustee* worden aangegaan in de loop van zijn beheer in feite eigen schulden zijn van de *trustee*. Zowel zijn persoonlijke schulden als de trustschulden zijn steeds schulden van de *trustee* en niet die van de *trust*.¹⁰⁰¹ Hieruit volgt dat een ‘trustschuldeiser’, anders dan de benaming kan doen vermoeden, principieel geen schuldeiser is die zich rechtstreeks kan verhalen op de onder trustverband gebrachte goederen.

De *trustee* heeft evenwel steeds de (interne) bevoegdheid om trustschulden die rechtmatig werden aangegaan, te voldoen met gelden vanuit de trust zelf.¹⁰⁰² Hij is niet verplicht om de financiële kost zelf te dragen. Wanneer hij toch trustschulden met eigen middelen heeft voldaan, heeft hij het recht om zichzelf te vergoeden met middelen uit de *trust*.¹⁰⁰³ In het geval van een *bare trust*, waar de *beneficiary* op een absolute wijze gerechtigd is om de trustgoederen en trustinkomsten te ontvangen¹⁰⁰⁴, heeft de *trustee* soms zelfs een direct vorderingsrecht ten aanzien van de *beneficiary* zelf.¹⁰⁰⁵

De *trustee* kan evenwel in zijn overeenkomsten met derden laten opnemen dat hij niet persoonlijk aansprakelijk is voor schulden die betrekking hebben op zijn beheer van de trustgoederen, maar het enige gevolg van dergelijke clausule is dat zijn persoonlijke goederen niet het onderpand vormen voor de claims van zijn wederpartij.¹⁰⁰⁶ Het verschaft deze laatste partij echter geen rechtstreekse toegang

¹⁰⁰⁰ L. SMITH, “Trust and Patrimony”, *Estates, Trusts and Pensions Journal*, 2009, 338; C.E. ROUNDS, C.E. ROUNDS, *Loring and Rounds: A Trustee’s Handbook*, New York, Kluwer, 2015, 796.

¹⁰⁰¹ T. LOWE, “Insolvency and trusts”, *Trusts & Trustees* 2016, 948; L. SMITH, “Trust and Patrimony”, *Estates, Trusts and Pensions Journal*, 2009, 339; B. SHAH, “Trustee’s indemnity and creditor’s rights”, *Trusts & Trustees* 2013, 79; P. MATTHEWS, “Square Peg, Round Hole? Patrimony and the Common Law Trust” in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 73; W.J. ZWALVE, *C.A.E. Uniken Venema’s Common Law & Civil Law*, Deventer, Tsjeenk Willink, 2000, 288.

¹⁰⁰² N. LE POIDEVIN, “Going bust: insolvency and trusts”, *Trusts & Trustees* 2010, 306.

¹⁰⁰³ De *trustee* geniet hiertoe zelfs een *equitable lien* (een zakelijk zekerheidsrecht) op de trustgoederen, zie: *Scott v. Milne* [1884] 1 K.B. 1 (C.A.). Zie ook: *supra*, randnr. 247.

¹⁰⁰⁴ N. EASTAWAY, J. KIMBER, I. RICHARDS, *Tax Adviser’s Guide to Trusts, 5th Edition*, Bloomsbury, West-Sussex, 2016, 347; A. HARDY, “United Kingdom. Trusts.”, *IBFD*, 2015, nr. 1.4.1.1.

¹⁰⁰⁵ *Hardoon v. Belilios* [1901] A.C. 118 (P.C.). Het is onduidelijk of deze regeling nog steeds het geldend recht is in de Verenigde Staten. LAU betoogt alvast dat dit wel het geval is, zie: M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 68 – 69.

¹⁰⁰⁶ W.J. ZWALVE, *C.A.E. Uniken Venema’s Common Law & Civil Law*, Deventer, Tsjeenk Willink, 2000, 288. ZWALVE leidt uit dit gegeven o.i. ten onrechte af dat tengevolge het gebruik van dergelijke clausules er wel sprake zal zijn van een eigenlijk afgezonderd ‘trustvermogen’.

tot de trustgoederen.¹⁰⁰⁷ Belangrijk is tevens dat een dergelijk beding de instemming van de contractuele tegenpartij vereist; het beding maakt immers deel uit van een overeenkomst. trustschuldeisers hebben slechts toegang tot de trustgoederen via de gerechtigdheid van de *trustee* zelf (een zogeheten '*indemnity claim*') op de trustgoederen.¹⁰⁰⁸ In de *common law*-literatuur ter zake wordt gesproken over een '*subrogation claim*' in hoofde van de trustschuldeisers, die toelaat dat zij worden 'gesubrogeerd' in de rechten die de *trustee* had ten aanzien van de trustgoederen.¹⁰⁰⁹

Hieruit volgt dat de claim die trustschuldeisers hebben ten aanzien van de trustgoederen dus niet sterker zijn dan de claim van de *trustee* zelf. En wanneer de *trustee* bovendien zijn bevoegdheden overschreed, kan het zelfs zijn dat de *trustee* geen recht op vergoeding heeft.¹⁰¹⁰ In dit geval blijft de nietsvermoedende trustschuldeiser in de kou staan, aangezien de *trustee* zelf evenmin een recht op vergoeding heeft in dergelijke gevallen.¹⁰¹¹ Deze situatie is aldus materieel

Zie ook: T. LOWE, "Insolvency and trusts", *Trusts & Trustees* 2016, 949; J. MORLEY, "The Common Law Corporation: The Power of the Trust in Anglo-American Business History", *Columbia Law Journal* 2016, 2180 – 2183.

Ook in het Belgische recht kan trouwens met schuldeisers worden overeengekomen dat slechts bepaalde goederen tot het exclusieve onderpand zullen dienen van een schuldvordering, bijvoorbeeld in het geval van een maatschap, zie: J. VANANROYE, "Vermogensstructuur, aansprakelijkheid en verhaalbaarheid in de maatschap" in F. BOUCKAERT, M. DENEFF, K. GEENS *et. al.*, *Knelpunten van 30 jaar vennootschapsrecht*, Biblio, Kalmthout, 1999, 265.

¹⁰⁰⁷ L. SMITH, "Trust and Patrimony", *Estates, Trusts and Pensions Journal*, 2009, 339; D. HAYTON, "Foundations and trusts contrasted", *Trusts & Trustees* 2011, 464; C.E. ROUNDS, C.E. ROUNDS, *Loring and Rounds: A Trustee's Handbook*, New York, Kluwer, 2015, 796.

SHAH geeft aan dat er over dit punt discussie bestaat, maar dat de (kleine) minderheid die het tegenovergestelde standpunt verdedigt zich niet kan beroepen op (Engelse) rechtspraak in deze zin en er ook in de rechtsleer amper steun voor kan worden gevonden. Zie ook: B. SHAH, "Trustee's indemnity and creditor's rights", *Trusts & Trustees* 2013, 84.

¹⁰⁰⁸ Dit vorderingsrecht van de trustschuldeisers kan daarom worden gezien als een soort zijdelingse vordering, zij het dat er geen afzonderlijke schuldvordering bestaat tussen de *trustee* en de trustgoederen. Conceptueel beschouwd, leunt de rechtspositie van de trustschuldeisers alleszins dichter hierbij aan dan bij een rechtstreeks vorderingsrecht ten aanzien van de trustgoederen.

¹⁰⁰⁹ T. LOWE, "Insolvency and trusts", *Trusts & Trustees* 2016, 948; P. MATTHEWS, "Square Peg, Round Hole? Patrimony and the Common Law Trust" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 73; B. SHAH, "Trustee's indemnity and creditor's rights", *Trusts & Trustees* 2013, 82; N. LE POIDEVIN, "Going bust: insolvency and trusts", *Trusts & Trustees* 2010, 306.

¹⁰¹⁰ Zie ook: T. LOWE, "Insolvency and trusts", *Trusts & Trustees* 2016, 948 – 949; B. SHAH, "Trustee's indemnity and creditor's rights", *Trusts & Trustees* 2013, 80.

Voor de situatie waar een dergelijke *subrogation claim* wel bestaat, maar de *trustee* insolvelabel wordt vooraleer de schuldeiser deze heeft kunnen aanwenden, zie: P. MATTHEWS, "Square Peg, Round Hole? Patrimony and the Common Law Trust" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 74 e.v.

¹⁰¹¹ C.E. ROUNDS, C.E. ROUNDS, *Loring and Rounds: A Trustee's Handbook*, New York, Kluwer, 2015, 797.

verschillend van de situatie waarin de trust een afzonderlijk vermogen zou vormen, met eigen activa en passiva.¹⁰¹²

Met betrekking tot *tort claimants* is de situatie volgens de *common law* niet anders. In het geval de *trustee* een *tort* begaat in de loop van zijn beheer is hij persoonlijk aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende schade.¹⁰¹³ Hetzelfde geldt wanneer uitvoeringsagenten van de *trustee* de *tort* zouden hebben begaan.¹⁰¹⁴

In sommige gevallen geniet de *trustee* evenwel een restitutierecht. Wanneer de *trustee* zelf geen persoonlijke fout heeft begaan en niet nalatig is geweest in de keuze van zijn uitvoeringsagenten, heeft hij een recht op vergoeding ten aanzien van de *trust*. De *tort creditor* kan dan vervolgens zijn eigen vorderingsrecht laten gelden ten aanzien van het recht van de *trustee*.¹⁰¹⁵ Opnieuw verkrijgt de schuldeiser op deze wijze slechts een onrechtstreekse toegang tot de trustgoederen. De keerzijde van het verhaal is immers dat, indien de *trustee* wel een persoonlijke fout heeft begaan of buiten zijn bevoegdheid heeft gehandeld, de schuldeisers enkel de *trustee* persoonlijk kunnen aanspreken, aangezien het restitutierecht van de *trustee* zelf is komen te vervallen.¹⁰¹⁶ Indien de *trustee* zelf onvoldoende middelen heeft om om zijn schuld te betalen, blijft de schuldeiser ook in dit geval in de kou staan.

344. In de Verenigde Staten zijn gedurende de laatste jaren, mogelijks als gevolg van de analyses van auteurs als MATTEI, KRAAKMAN en HANSMANN, enkele wijzigingen aangebracht ten aanzien van de klassieke *common law*. Deze wijzigingen hebben ertoe geleid dat de *trust* inderdaad meer is gaan lijken op een ware entiteit.¹⁰¹⁷ In dit verband kan gewezen worden op de aanzienlijke invloed

¹⁰¹² SMITH merkt bovendien op dat, wanneer een *trustee* failliet gaat, de trustschuldeisers eveneens gebruik kunnen maken van het eventuele recht op vergoeding dat de *trustee* heeft ten aanzien van de *trust*. Dit recht valt immers in diens eigen *bankrupt estate*, wat zeker niet het geval is voor de trustgoederen. Er bestaat evenwel een stroming binnen de *common law*-literatuur die beweert dat deze rechten op vergoeding bij voorrang moeten worden aangewend om de schulden te voldoen ten aanzien van de trustschuldeisers. Hiermee wordt vermeden dat deze middelen *pro rata* dienen te worden verdeeld onder alle persoonlijke schuldeisers van de failliete *trustee*. Zie ook: D.J. HAYTON, "Trading Trusts, Trustees' Liabilities and Creditors" in J. GLASSON, *The International Trust*, Bristol, Jordan Publishing, 2006, 515 – 517.

¹⁰¹³ C.E. ROUNDS, C.E. ROUNDS, *Loring and Rounds: A Trustee's Handbook*, New York, Kluwer, 2015, 800.

¹⁰¹⁴ *Ibid*, 800 – 801.

¹⁰¹⁵ *Ibid*, 801.

¹⁰¹⁶ *Ibid*, 801 – 802.

¹⁰¹⁷ R. SITKOFF, "Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 436.

Opvallend is dan ook dat de *Introductory Note* bij *Chapter 21* van de *Restatement (Third) of Trusts* uitdrukkelijk wordt verwezen naar de bijdrage van HANSMANN en KRAAKMAN, die hoger werd besproken. De desbetreffende inleidende tekst stelt echter dat de *trust* juridisch-technisch niet kan worden beschouwd als een 'entiteit', niettegenstaande de hedendaagse Amerikaanse opvattingen van het trustrecht.

van de *Restatement (Third) of Trusts*¹⁰¹⁸ en van de *Uniform Trust Code*¹⁰¹⁹. Hoewel deze instrumenten op zichzelf niet bindend zijn, dienen ze wel als inspiratiebron voor de onderscheiden Staten. Daar waar de *Uniform Trust Code*, net zoals de *Uniform Statutory Trust Entity Act*, in feite geldt als modelwetgeving, is de *Restatement (Third) of Trusts* opgesteld op basis van rechtspraak, en hebben de opstellers bijgevolg minder speling om af te wijken van in de rechtspraak gevestigde precedenten. Om deze reden leunt de *Restatement (Third) of Trusts* qua inhoud nog relatief dicht aan bij de standpunten van de *common law* zoals hoger uiteengezet. In de *Restatement (Third) of Trusts* wordt evenwel opgemerkt dat er wel degelijk sprake is van een tendens in de richting van het benaderen van de *trust* als ware het een afzonderlijke entiteit.¹⁰²⁰

345. In de *Uniform Trust Code* ("UTC") is de doorsijpeling van de entiteitsbenadering nog sterker aanwezig dan in de *Restatement (Third) of Trusts*. Zo wordt in *Section 3(10)* van de UTC, onder de hoofding 'definitions', gesteld dat *trusts* ook onder de definitie van 'persons' vallen.¹⁰²¹ Nog opvallender in dit verband is *Section 1010* UTC. Deze bepaling leest als volgt:

"*Section 1010. Limitation on personal Liability of the Trustee*

- (a) *Except as otherwise provided in the contract, a trustee is not personally liable on a contract properly entered into in the trustee's fiduciary capacity in the course of administering the trust if the trustee in the contract disclosed the fiduciary capacity.*
- (b) *A trustee is personally liable for torts committed in the course of administering a trust, or for obligations arising from ownership or control of trust property, including liability violation of environmental law, only if the trustee is personally at fault.*
- (c) *A claim based on a contract entered into by the trustee in the trustee's fiduciary capacity, on an obligation arising from ownership or control of trust property, or on a tort committed in the course of administering the trust, may be asserted in a judicial proceeding against the trustee in the trustee's fiduciary capacity, whether or not the trustee is personally liable for the claim."*

346. Opvallend aan deze bepaling uit de UTC is allereerst dat er uit kan worden afgeleid dat de Staten die het model volgen toch een bijzondere fiduciaire hoedanigheid in hoofde van de *trustee* erkennen. De *trustee* kan in deze Staten wel degelijk worden aangesproken in zijn hoedanigheid van *trustee*. Voor wat betreft het procedurele aspect van het geheel, bepaalt *Section 1010 (c)* dat de

¹⁰¹⁸ *Restatement (Third) of Trusts*, 2003.

¹⁰¹⁹ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Uniform Trust Code* (laatst herzien in 2010). Beschikbaar op: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/trust_code/utc_final_rev2010.pdf

¹⁰²⁰ *Restatement (Third) of Trusts*, §2 *comment a* (2003). Merk op dat er op dit vlak een verschil bestaat ten opzichte van de benadering van de *Restatement (Second) of Trusts* van 1959, waar nog meer dan in de derde *Restatement* wordt uitgegaan van de traditionele *common law*-standpunten.

¹⁰²¹ *Section 3(10)* UTC.

trustee steeds in zijn fiduciaire hoedanigheid kan worden aangesproken, los van de vraag of hij persoonlijk aansprakelijk zal zijn of niet.

Het gevolg van *Section 1010 (a)* is bovendien dat aan de *trustee* een zekere mate van beperkte aansprakelijkheid wordt toegekend wanneer hij aangeeft in zijn hoedanigheid van *trustee* op te treden. Het gevolg is dat de standaardregel uit de *common law* wordt omgekeerd, en dat de Amerikaanse *trustee* enkel persoonlijk aansprakelijk is voor de uitvoering van overeenkomsten in het geval van een *breach of trust*, wanneer hij zijn hoedanigheid niet heeft bekendgemaakt of wanneer een overeenkomst dit zo bepaalt.¹⁰²² Ook dit laatste is opvallend, aangezien het ons leert dat de beperking van de persoonlijke aansprakelijkheid van de *trustee* in feite geen bijzondere regel van het trustrecht zelf is. Het is eerder een regel van aanvullend recht ('*default rule*') die thuishoort binnen de Amerikaanse *contract law*.¹⁰²³ Niets weerhoudt een eventuele medecontractant van de *trustee* om in de overeenkomst te bedingen dat de *trustee* ook persoonlijk kan worden aangesproken voor de uitvoering van de overeenkomst. Het belangrijkste gevolg van deze bepaling in de UTC is dan ook dat de regel van aanvullend recht die voorziet in de risicoverdeling tussen het persoonlijk 'vermogen' van de *trustee* en het trustfonds, is omgekeerd ten aanzien van de vroegere situatie (zie *supra*, randnr. 343). Daar waar in het Engelse recht de *trustee* op contractuele wijze kan uitsluiten dat zijn persoonlijke goederen het onderpand vormen voor de claims van trustschuldeisers, is de *default rule* in het Amerikaanse recht omgekeerd: de Amerikaanse *trustee* kan op contractuele wijze toelaten dat zijn persoonlijke goederen wél het onderpand vormen voor de claims van trustschuldeisers.

In veel staten van de VS kunnen trustschuldeisers tegenwoordig overigens wel contractuele schulden rechtstreeks verhalen op de trustgoederen indien de *trustee* bevoegd was om de desbetreffende overeenkomst aan te gaan.¹⁰²⁴ In de woorden van ROUNDS en ROUNDS: "*Today, the default law has evolved to the point where much of the risk is now on the trust estate rather than the creditor, assuming that the trustee's fiduciary capacity was properly disclosed when the contract was struck.*"¹⁰²⁵

347. Met betrekking tot de buitencontractuele aansprakelijkheid van de *trustee* ten aanzien van derden bepaalt de UTC dat de *trustee* enkel persoonlijk

¹⁰²² In dit verband kan ook worden gewezen op §§ 105 - 106 van de *Restatement (Third) of Trusts*, waar dezelfde regel wordt uiteengezet.

Opvallend is dat uit een gezamenlijke lezing van §§ 105 en 106 van de *Restatement (Third)* af te leiden valt dat de *trustee* die zijn hoedanigheid niet bekend maakte aan de contractuele tegenpartij wel een *indemnity claim* t.a.v. de trustactiva heeft, "*if the contract is otherwise proper*". Met andere woorden, indien de *trustee* zijn of haar bevoegdheden heeft overschreden, is en blijft deze *trustee* persoonlijk aansprakelijk ten aanzien van de tegenpartij, ongeacht of het om de klassieke *common law*-regel gaat of om de in de *Restatement (Third)* opgenomen regel.

¹⁰²³ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 67.

¹⁰²⁴ C.E. ROUNDS, C.E. ROUNDS, *Loring and Rounds: A Trustee's Handbook*, New York, Kluwer, 2015, 796 - 797.

¹⁰²⁵ *Ibid*, 797 - 798.

aansprakelijk kan worden gesteld in het geval waar hij ook een persoonlijke fout heeft begaan. Ook *tort claimants* dienen de *trustee* aan te spreken in zijn fiduciaire hoedanigheid. In beginsel is de aansprakelijkheid van de *trustee* bovendien beperkt tot de waarde van het trustfonds, aangezien hij normaliter slechts kan worden aangesproken in zijn hoedanigheid van *trustee*. Op het eerste gezicht lijkt het uitgangspunt van de UTC veel meer *trustee*-vriendelijk dan de klassieke *common law*. Dit is evenwel niet steeds het geval en kan leiden tot een vals gevoel van veiligheid. Ten eerste kan van de voorzichtige *tort claimant* worden verwacht dat deze de *trustee* niet enkel in zijn hoedanigheid van *trustee* zal wensen aan te spreken voor het verkrijgen van een schadevergoeding. Tenzij de *trustee* (nagenoeg) insolvent is, is het voor de *tort claimant* interessanter om de *trustee* in zijn beide hoedanigheden aan te spreken. Dit vergroot immers het potentiële onderpand van de schuldvordering die de *tort claimant* zal hebben, indien zijn vordering ontvankelijk en gegrond wordt geacht. Ten tweede wordt de *trustee* geconfronteerd met een belangenconflict. Indien hij wenst vol te houden dat hij geen persoonlijke fout heeft begaan, wentelt hij de financiële gevolgen van de *tort* af op het trustfonds, en dus op de *beneficiaries*. De *beneficiaries* dienen om deze reden afzonderlijk in rechte te worden vertegenwoordigd.¹⁰²⁶ Zij zullen bovendien in de meeste gevallen trachten aan te tonen dat er wel degelijk sprake is van een persoonlijke fout van de *trustee*. Dit alles betekent dan ook dat het standpunt van de UTC betreffende de buitencontractuele aansprakelijkheid van de *trustee* niet zo *trustee*-vriendelijk is als het op het eerste gezicht lijkt.

348. Wanneer de bovenstaande regelingen, zowel de regeling binnen de klassieke *common law* als de bijzondere Amerikaanse regels, worden vergeleken met de regelingen die gelden voor bestuurders van *corporations*, zowel in Engeland als in de Verenigde Staten, valt op dat de wettelijke bescherming die bestuurders van *corporations* genieten, sterker is.¹⁰²⁷ Zij worden niet geacht om activa in eigen naam aan te houden of om overeenkomsten in eigen naam te zijn aangegaan. Bovendien kunnen zij niet zomaar persoonlijk worden aangesproken voor verbintenissen of *torts* van de *corporation*. Zij kunnen desgevallend wel persoonlijk worden gedagvaard door de aandeelhouders van de *corporation* voor de handelingen die aanleiding hebben gegeven tot de aansprakelijkheid van de entiteit. Het verschil is echter dat de schuldeisers niet met deze persoonlijke aansprakelijkheid worden geconfronteerd en evenmin met de risicovolle juridische gevolgen inzake restitutierecht en dergelijke meer. Het feit dat *trustees* in de Verenigde Staten wel in hun hoedanigheid van *trustee* kunnen worden gedagvaard, toont aan dat de UTC een stap heeft gezet in de richting van het begrijpen van de *trust* als entiteit. Nochtans lijkt de *Uniform Law Commission* van mening te zijn dat *common law trust* géén entiteit is.¹⁰²⁸ O.i. dient dit standpunt ook nog steeds te gelden voor het trustbegrip dat vervat ligt in de UTC.

¹⁰²⁶ *Ibid*, 803.

¹⁰²⁷ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 68.

¹⁰²⁸ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Uniform Statutory Trust Entity Act*, 2009, p. 1, 3.

349. Het voorgaande leert ons dat de *defensive asset partitioning* of beperkte aansprakelijkheid van de *trustee* alleszins minder sterk is dan in de analoge gevallen bij *corporations* en soortgelijke entiteiten. De *affirmative asset partitioning* binnen een *trust* lijkt van een sterkere orde te zijn, aangezien derden in de regel geen toegang krijgen tot de trustgoederen, zelfs niet wanneer de *trustee* insolvent is. Het gevolg hiervan is dat *trusts*, ook in een commerciële context vooral worden aangewend voor het aanhouden en beheren van fondsen, en slechts in zeer beperkte mate voor het ontwikkelen van andere (risicovollere) economische activiteiten.¹⁰²⁹ Dit volgt logisch uit het voorgaande, aangezien is gebleken dat de onder trustverband gebrachte goederen in grotere mate worden beschermd tegen claims van schuldeisers van betrokken partijen, dan de persoonlijke goederen van de *trustee* tegen trustschuldeisers.

Het voorgaande heeft tevens tot gevolg dat *trustees* de trustgoederen in mindere mate rechtstreeks aanhouden, maar vaak ook door middel van onderliggende vennootschappen, waarvan de *trustees* de aandeelhouders zijn. Op deze wijze kunnen de *trustees* genieten van een mate van beperkte aansprakelijkheid ('*defensive asset partitioning*') door middel van deze onderliggende vennootschappen.¹⁰³⁰

350. Het is o.i. echter minder zeker of het voorgaande eveneens tot gevolg dient te hebben dat de *trust* inderdaad als een afzonderlijke entiteit dient te worden gezien. De belangrijkste conceptuele reden hiervoor is dat het trustrecht ingrijpt op het niveau van de *trustee*, en niet op het niveau van de *trust* als een afzonderlijke entiteit. *Black's Law Dictionary* definieert het begrip 'entity' als: "[a]n organization (such as a business or governmental unit) that has a legal identity apart from its members."¹⁰³¹ Een trustverhouding leidt evenwel geen afzonderlijk bestaan buiten de personen die er deel van uitmaken. Naar Engels recht, en naar alle waarschijnlijkheid ook nog steeds naar Amerikaans recht, is een *trust* niets meer dan een wijze waarop de *trustee* bepaalde goederen aanhoudt. Er is geen sprake van een afzonderlijke entiteit die een eigen bestaan kan leiden. Wanneer wordt gesproken over 'de *trust*' is dit in feite ook niets anders dan een kwestie van efficiënt taalgebruik (zie *supra*, randnr. 335). Hieruit kan en mag niet worden afgeleid dat een *trust* een afzonderlijk bestaan zou leiden. Het is inderdaad zo dat de *trustee* verplicht is om de onder trustverband geplaatste goederen afgescheiden te houden van zijn eigen goederen, maar het trustrecht grijpt op dit punt opnieuw in op het niveau van de *trustee* zelf. Bovendien kent de *common law* geen vermogensleer, en kan een *trust* dan ook niet worden gezien als een vermogen

Beschikbaar

op:

http://www.uniformlaws.org/shared/docs/statutory%20trust%20entity/ustea_final_09.pdf

¹⁰²⁹ H. HANSMANN, U. MATTEI, "The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis", *N.Y.U. Law Review* 1998, 476; M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 102; A. UNDERHILL, D.J. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 45.

¹⁰³⁰ D. RUSSEL, T. GRAHAM, "Trusts: Weapons of Mass Injustice or Instruments of Economic Progress?", *Trusts & Trustees* 2017, 365.

¹⁰³¹ B. A. GARNER (ed.), *Black's Law Dictionary, Tenth Edition*, St. Paul, Thompson Business, 2014, 650.

dat afgescheiden zou zijn van de *trustee*. Tot slot kunnen, zoals hoger reeds gesteld, enkel activa *on trust* worden gehouden en nooit passiva (*supra*, randnr. 343).

Hoewel het waar is dat de *trust* wel degelijk enkele eigenschappen deelt met entiteiten, zoals beschreven door MATTEI, HANSMANN en KRAAKMAN, maakt dit van de *trust* nog geen afzonderlijke entiteit.¹⁰³² In de rechtsband tussen de *beneficiaries* en de trustgoederen is er dan ook geen 'intermediatie' door een afzonderlijke entiteit die de *trust* is.

351. Dit alles betekent opnieuw niet dat de analyse van MATTEI, HANSMANN en KRAAKMAN geen verdiensten heeft. Terecht wijzen zij op het belang van de goederenrechtelijke aspecten van het trustrecht, zonder daarom de flexibiliteit die het trustrecht biedt uit het oog te verliezen. De vele bijzonderheden van het trustrecht kunnen echter worden verklaard aan de hand van het trustrecht zelf, zonder af te hangen van de idee dat de *trust* een op zichzelf staande entiteit dient te zijn. Vanuit een civielrechtelijk perspectief is de idee van een *trust* als afgescheiden doelvermogen¹⁰³³ en/of entiteit¹⁰³⁴ althans erg aantrekkelijk. MATTEI, HANSMANN en KRAAKMAN tonen aan waarom dit zo is.

Wanneer abstractie wordt gemaakt van de bijzonderheden en rarigheden van het trustrecht, die vaak een gevolg zijn van bijzondere historische context waarbinnen de *trust* tot wasdom is gekomen, blijft er inderdaad een rechtsfiguur over die, bekeken door een civielrechtelijke bril, sterk doet denken aan een soort entiteit of afgescheiden doelvermogen. Dit betekent evenwel niet dat de *common law trust* als een entiteit of een afgescheiden vermogen kan worden beschouwd. SMITH waarschuwt in dit verband: "[i]t is definitionally true that a common law trust is not a legal person; but of course this definitional truth does not necessarily hold in other legal traditions. And yet, in any legal tradition, if the trust becomes a legal person, then it ceases to be a fundamental legal institution. [...] The "entification" of the trust spells, in the long run, the end of the law of trusts by assimilation."¹⁰³⁵

¹⁰³² SITKOFF stelt in dit verband evenwel dat "[...] the modern American trust is in function (though not in form) an entity separate from the trustee and the beneficiary". Zie: R. SITKOFF, "Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 428.

¹⁰³³ P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Parijs, Rousseau et Cie, 1932, 31.

¹⁰³⁴ Zie bv. H.C.F. SCHOORDIJK, "Trust en rechtspersoonlijkheid, afgescheiden vermogen, vertegenwoordiging en bewindsbevoegdheid" in H. COUSY, E. DIRIX, S. STIJNS, J. STUYCK (eds.), *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 573 – 586.

Ook LEPAULLE zelf pleitte er laat in zijn carrière nog voor om de *trust* te beschouwen als een rechtspersoon: "*la solution le plus efface et la plus simple est de doter le trust de la personne morale [...]*". Zie: P. LEPAULLE, "Review of La propriété dans le trust (by R. PASQUAL)", *Revue Internationale de droit Comparé* 1952, 378.

¹⁰³⁵ L. SMITH, "Trust and Patrimony", *Estates, Trusts and Pensions Journal*, 2009, 353 – 354.

D. De *trust* en agencykosten

352. De derde analyse die ter sprake komt is deze van SITKOFF, die de *trust* omschrijft als een *nexus of contracts* ('knooppunt van vrijwillige verhoudingen') waarbij in de eerste plaats aandacht wordt geschonken aan de rol van het trustrecht om agencykosten te beperken. Opvallend is dat de auteur gebruik maakt van theorieën die oorspronkelijk werden uitgedacht in de schoot van rechtseconomische analyses die in de eerste plaats betrekking hebben op vennootschapsentiteiten. Hoewel *trusts* in een aantal opzichten functionele gelijkenissen vertonen met vennootschappen, mag niet worden vergeten dat het trustrecht op het eerste gezicht een unieke plaats lijkt in te nemen binnen de *common law*. Hierbij rijst de vraag of *trusts* daarom, niettegenstaande hun eventuele verwantschap¹⁰³⁶, wel zomaar kunnen worden gelijkgesteld met allerlei *corporate entities*.

1. De *trust* en agencykosten: de analyse van SITKOFF

353. De analyse van SITKOFF heeft als uitgangspunt dat de *trust* belangrijke aspecten van het (Engelse en Amerikaanse) goederenrecht en contractenrecht met elkaar vermengt, en dat het trustrecht daarom kan worden beschouwd als een onderdeel van het bredere 'organisatierecht'.¹⁰³⁷ Op deze wijze betreft SITKOFF zowel de contractuele analyse van LANGBEIN als de entiteitsanalyse van HANSMANN, KRAAKMAN en MATTEI in zijn verhaal.

Echter, in de lijn van de entiteitsanalyse, ziet SITKOFF enkel een bijzondere rol voor de goederenrechtelijke aspecten van de *trust* weggelegd op het vlak van de 'externe verhoudingen' die een *trust* teweegbrengt. Voor wat betreft de rechtsverhoudingen tussen de *settlor*, *trustee* en *beneficiary*, waren HANSMANN en MATTEI het reeds met LANGBEIN eens dat het trustrecht als zodanig weinig toevoegt aan de *contract law*.¹⁰³⁸ SITKOFF lijkt het in dit verband met hen eens te zijn.¹⁰³⁹ Belangrijk is aldus te beseffen dat de door HANSMANN, KRAAKMAN en MATTEI en LANGBEIN aangebrachte analyses, alsook de overname daarvan door SITKOFF, zich eerder lijken te scharen achter het standpunt dat de aard van het *beneficial interest* eerder een *in personam*-karakter heeft. De rechtsverhouding tussen de *trustee* en de *beneficiary* wordt door hen in de eerste plaats beschouwd als een rechtsverhouding van contractuele aard. Het is in deze optiek dan ook slechts ten aanzien van derden (de 'externe verhouding') dat het goederenrechtelijke aspect van de *trust* ten volle kan spelen. SITKOFF onderkent wel dat er een zekere spanning

¹⁰³⁶ E. ROCK, M. WACHTER, "Dangerous Liaisons: Corporate Law, Trust Law, and Interdoctrinal Legal Transplants", *Northwestern University Law Review*, 2002, 655 – 657; H.A.L. FISHER (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1911, 395.

¹⁰³⁷ R. SITKOFF, "An Agency Costs Theory of Trust Law", *Cornell Law Review* 2004, 627.

¹⁰³⁸ H. HANSMANN, U. MATTEI, "The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis", *N.Y.U. Law Review* 1998, 470.

¹⁰³⁹ R. SITKOFF, "An Agency Costs Theory of Trust Law", *Cornell Law Review* 2004, 633.

bestaat tussen het aanwenden van een analyse die in eerste plaats is gestoeld op een contractuele grondslag en het debat over de vraag of de *beneficiaries* al dan niet een zakenrechtelijke aanspraak hebben op de trustgoederen. Echter, ongeacht de uitkomst van dit debat blijft een agencykostenanalyse volgens de auteur haar waarde behouden.¹⁰⁴⁰

354. Voor zijn analyse baseert SITKOFF zich op de reeds bestaande werken betreffende de *'theory of the firm'*.¹⁰⁴¹ De grondlegger van deze theorie was COASE, die trachtte te ontwaren waarom bepaalde economische activiteiten plaatshadden binnen ondernemingen (*'firms'*), eerder dan via transacties op de open markt. Kort gesteld was de bevinding van COASE dat economische activiteiten eerder binnen ondernemingen worden geconcentreerd wanneer de verwachte kosten om aan interne middelenallocatie te doen lager zijn dan wanneer dezelfde activiteit via transacties op de open markt zou worden gevoerd. Met andere woorden, wanneer de kosten om een activiteit op de open markt te ontwikkelen en te coördineren ten gevolge van imperfecte informatie hoger zijn dan wanneer de activiteit binnen één onderneming wordt ontwikkeld, zullen de actoren voor deze laatste mogelijkheid kiezen.

JENSEN en MECKLING, door wiens werk SITKOFF werd geïnspireerd, voegen hieraan toe dat de onderneming kan worden gezien als een *nexus of contracts*, i.e. als een juridische fictie die het knooppunt vormt van een aantal 'overeenkomsten' of 'vrijwillige verhoudingen'.¹⁰⁴² Vervolgens focussen zij op een aantal problematische

¹⁰⁴⁰ *Ibid*, 639.

¹⁰⁴¹ Zie in het bijzonder: R.H. COASE, "The Nature of the Firm" *Economica* 1934, 386 – 405; O. HART, "An Economist's Perspective on the Theory of the Firm" *Columbia Law Review* 1989, 1757 – 1774, M.C. JENSEN, W.H. MECKLING, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", *Journal of Financial Economics* 1976, 305 – 360.

¹⁰⁴² "It is important to recognize that most organizations are simply legal fictions which serve as a nexus for a set of contracting relationships among individuals. This includes firms, non-profit institutions such as universities, hospitals, and foundations, mutual organizations such as mutual savings banks and insurance companies and co-operatives, some private clubs, and even governmental bodies such as cities, states, and the federal government, government enterprises such as TVA, the Post Office, transit systems, and so forth. The private corporation or firm is simply one form of legal fiction which serves as a nexus for contracting relationships and which is also characterized by the existence of divisible residual claims on the assets and cash flows of the organization which can generally be sold without permission of the other contracting individuals. Although this definition of the firm has little substantive content, emphasizing the essential contractual nature of firms and other organizations focuses attention on a crucial set of questions—why particular sets of contractual relations arise for various types of organizations, what the consequences of these contractual relations are, and how they are affected by changes exogenous to the organization. Viewed this way, it makes little or no sense to try to distinguish those things that are "inside" the firm (or any other organization) from those things that are "outside" of it. There is in a very real sense only a multitude of complex relationships (i.e., contracts) between the legal fiction (the firm) and the owners of labor, material and capital inputs and the consumers of output." Zie: M.C. JENSEN, W.H. MECKLING, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", *Journal of Financial Economics* 1976, 310 – 311.

aspecten van deze verhoudingen, die zich concentreren rond dit knooppunt. Hierop passen zij een agencykostenanalyse toe.

355. Agencykosten ontstaan door de onmogelijkheid om te voorzien in 'complete' overeenkomsten wanneer de éne partij (de agent) een aantal discretionaire bevoegdheden heeft die economische gevolgen hebben voor een andere partij (de principaal), wanneer deze andere partij de uitoefening van deze bevoegdheden niet op continue basis kan waarnemen.^{1043, 1044} Behoudens het geval waar een perfecte correlatie bestaat tussen de inspanningen van de agent en de waarneembare winsten die uit de uitvoering van diens taak voortvloeien, wordt het voor de principaal zeer moeilijk om zich ervan te verzekeren of de agent zich op een geheel behoorlijke wijze van zijn taak kwijt.¹⁰⁴⁵ Er ontstaat met andere woorden een probleem van asymmetrische informatie.

Neem bijvoorbeeld het geval waar een rechtzoekende een beroep doet op een advocaat die zijn belangen dient te behartigen. De advocaat heeft in de regel een veel betere kennis van de betrokken materie dan de rechtzoekende. Dit vormt ook meteen de reden waarom de rechtzoekende een beroep doet op de diensten van de advocaat. Wanneer de advocaat in rechte dient op te treden, heeft hij bovendien heel wat beslissingsautoriteit die de rechtzoekende niet kan monitoren, bijvoorbeeld bij het opstellen van de juridische argumentatie. De rechtzoekende kan bijgevolg erg moeilijk inschatten of de advocaat zijn belangen wel op de juiste wijze heeft behartigd, of de advocaat niet onnodig veel tijd in het dossier heeft gestoken, of de advocaat wel een juiste prijs heeft aangerekend voor deze diensten, enz... Dit zijn allen voorbeelden van agencykosten.

356. Deze agencykosten ontstaan omdat de belangen van de agent niet steeds op één lijn liggen met de belangen van de principaal. Wanneer de *incentives* die de agent drijven niet perfect op één lijn liggen met die van de principaal, zal de agent zelden tot nooit volledig in het belang van de principaal handelen.

De kosten, waartoe deze problematiek aanleiding geeft, komen evenwel niet steeds bij de principaal terecht. Agencykosten zijn de som van een aantal verschillende kosten. Eerst zijn er de kosten die de principaal oploopt ten gevolge van het moeten monitoren van het gedrag van de agent. Ten tweede dient de agent stappen te ondernemen om de principaal gerust te stellen dat bepaalde situaties zich niet zullen voordoen of minstens dat de principaal zal worden vergoed wanneer zij zich wel voordoen. Ten derde ontstaan er kosten wanneer de agent niet volledig in het belang van de principaal handelt, bijvoorbeeld wanneer de agent nalaat een bepaalde handeling te stellen die voor de principaal een meerwaarde zou hebben

¹⁰⁴³ R. SITKOFF, "An Agency Costs Theory of Trust Law", *Cornell Law Review* 2004, 636.

¹⁰⁴⁴ Wanneer wij in deze context van 'agent' en 'principaal' spreken, doelen wij niet op de strikt juridische betekenis van deze woorden maar wel op de economische betekenis daarvan.

¹⁰⁴⁵ R. COOTER, B.J. FREEDMAN, "The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences", *N.Y.U. Law Review* 1991, 1048 – 1051.

opgeleverd.¹⁰⁴⁶ Het gaat respectievelijk om monitoringkosten, hechtingskosten en de residuaire verliezen.¹⁰⁴⁷

357. SITKOFF past het voorgaande model van agencykosten vervolgens toe op de trustverhouding. De normatieve claim van zijn analyse is dat een belangrijke functie van het trustrecht, en van de verplichtingen die rusten op de *trustee* in het bijzonder, erin bestaat om de agencyproblemen zo veel als mogelijk te voorkomen en/of te minimaliseren. Dit dient bovendien zoveel als mogelijk te geschieden in overeenstemming met de *ex ante* instructies die de *settlor* geeft.¹⁰⁴⁸ SITKOFF deelt ten slotte mee hoe de verschillende regels van het trustrecht de agencykosten trachten te minimaliseren.

358. Wanneer de *trust* wordt beschouwd als een aggregaat van 'overeenkomsten' of 'vrijwillige verhoudingen', naar analogie met het model dat JENSEN en MECKLING toepassen op de onderneming, kunnen volgens SITKOFF de volgende relevante verhoudingen worden onderscheiden:

- de *settlor* en de *trustee*;
- de *trustee* en de *beneficiaries*;
- de *settlor* en de *beneficiaries*;
- de *trustee* en diens schuldeisers;
- de *beneficiaries* en hun schuldeisers;
- de *settlor* en diens schuldeisers;
- de *settlor* en de *protector*;
- de *beneficiaries* en de *protector*;
- de *trustee* en zijn uitvoeringsagenten;
- en de uitvoeringsagenten van de *trustee* en de *beneficiaries*.

359. De dominante verhoudingen zijn deze tussen de *settlor* en de *trustee*, en deze tussen de *trustee* en de *beneficiaries*.¹⁰⁴⁹ Het 'deconstrueren' van de *trust* op voorgaande wijze laat vervolgens toe dat de individuele verhoudingen kunnen worden geanalyseerd aan de hand van de theorie omtrent agencykosten. In dit complexe web van onderlinge verhoudingen blijken immers veel belangenconflicten te bestaan. SITKOFF bespreekt binnen dit kader onder meer de loyauteitsplicht ('*duty of loyalty*') die op de *trustee* rust.¹⁰⁵⁰ Binnen het kader van een agencykostenanalyse blijkt dat de loyauteitsplicht van de *trustee*, die in feite geldt als een aansprakelijkheidsregel, beoogt de monitoringkosten van de *beneficiaries* te drukken, aangezien het een bijkomende *incentive* geeft aan de *trustee* om zijn taak naar behoren uit te oefenen. De creatie van deze bijkomende *incentive* in hoofde van de *trustee* verkleint de noodzaak voor de *beneficiaries* om de *trustee*

¹⁰⁴⁶ De reden hiervoor kan zijn dat de handeling kosten heeft geïmpliceerd voor de agent die niet worden gereflecteerd in diens vergoeding, terwijl de gegenereerde meerwaarde enkel of vooral aan de principaal toekomt.

¹⁰⁴⁷ M.C. JENSEN, W.H. MECKLING, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", *Journal of Financial Economics* 1976, 308.

¹⁰⁴⁸ R. SITKOFF, "An Agency Costs Theory of Trust Law", *Cornell Law Review* 2004, 621.

¹⁰⁴⁹ *Ibid*, 639 – 640.

¹⁰⁵⁰ *Ibid*, 679 – 682.

op continue basis in de gaten te houden. Bovendien kunnen zij de *trustee* aansprakelijk stellen wanneer hij zijn plichten schendt. Om efficiënt te blijven, veronderstelt deze aansprakelijkheidsregel wel dat het aantal *beneficiaries* niet al te groot is. Immers, hoe meer *beneficiaries* er zijn, hoe minder sterk het *incentive* voor elk individu afzonderlijk zal zijn om een vordering in te stellen tegen de *trustee*, en hoe kostelijker het zal zijn om hieromtrent eensgezindheid te bereiken tussen de *beneficiaries*. Veel *trusts* hebben echter een beperkt aantal *beneficiaries*, dus verhoudingsgewijs is het aandeel dat elke *beneficiary* heeft in het trustfonds in de regel voldoende groot om een reëel *incentive* te vormen voor het ingrijpen in geval van *breach of trust*. Met andere woorden: hoe talrijker de *beneficiaries* in een bepaalde *trust*, hoe groter het risico op een *collective action*-probleem.

360. Ook de zorgplicht ('*duty of care*') van de *trustee* strekt er volgens de auteur toe mogelijke agencykosten te drukken.¹⁰⁵¹ Door de *trustee* aansprakelijk te stellen wanneer hij onvoldoende zorgvuldigheid aan de dag legt bij het uitvoeren van zijn verplichtingen, strekt het trustrecht ertoe om wanbeheer en onzorgvuldigheden te voorkomen. SITKOFF merkt in dit verband op dat de zorgvuldighedsstandaarden in het trustrecht restrictiever zijn dan bijvoorbeeld het geval is in het Amerikaanse vennootschapsrecht.¹⁰⁵² Dit is volgens de auteur te wijten aan het feit dat tussen *beneficiaries* in de regel minder diversiteit en meer risico-aversie heerst dan het geval is onder aandeelhouders.

361. SITKOFF neemt eveneens de plicht tot gelijke behandeling van de *trustee* in ogenschouw. Aangezien de *beneficiaries* slechts een residuaire claim hebben, beconcurreren zij elkaar. Distributies van trustvermogen zijn een *zero sum game*: wat de *trustee* aan *beneficiary* X geeft, kan niet meer worden uitgekeerd aan *beneficiary* Y. Deze *beneficiaries* kunnen bovendien verschillende soorten *claims* hebben op het trustvermogen. Hoger (*supra*, randnr. 204) werd in dit verband uiteengezet dat *beneficiaries* aanspraken kunnen hebben op het trustkapitaal en op de inkomsten van de *trust*, of slechts op één van beide. Ook kunnen *beneficiaries* *successive interests* hebben. Zo kan *beneficiary* X gedurende haar leven gerechtigd zijn op de trustinkomsten, terwijl de *remainder* toekomt aan *beneficiary* Y. De resultante hiervan is dat zij verschillende voorkeuren zullen hebben omtrent de wijze waarop de *trustee* zijn investerings- en uitkeringsbevoegdheden uitoefent. De plicht tot gelijke behandeling leidt ertoe dat de *trustee* geen onderscheid mag maken tussen de verschillende soorten *beneficiaries* en met (de belangen van) elke *beneficiary* voldoende rekening dient te houden. Aldus mag de *trustee* zijn beslissingen niet rechtvaardigen aan de hand van de mogelijke winst die *beneficiary* X of Y in het bijzonder zal realiseren, maar dient hij steeds te handelen in de geaggregeerde belangen van de verschillende *beneficiaries*.

362. Voor wat betreft de verhouding *settlor-beneficiaries* bespreekt SITKOFF onder meer de *Clafin*-regel (zie *supra*, randnr. 234).¹⁰⁵³ Het betreft hier de vraag of en in welke mate de *beneficiaries* eventuele rechterlijke wijzigingen van de *trust*

¹⁰⁵¹ *Ibid*, 654 – 657.

¹⁰⁵² *Ibid*, 656 – 657.

¹⁰⁵³ *Ibid*, 658 – 663.

terms kunnen bekomen. De Amerikaanse regel in *Clafin* is restrictiever dan de *Saunders v. Vautier*-regel die geldt in Engeland en Wales. Onder de *Clafin*-doctrine kunnen de *beneficiaries* immers enkel de vroegtijdige beëindiging van de trustverhouding bewerkstelligen wanneer de *settlor* hiertoe de toelating heeft gegeven, of, bij stilzwijgen van de *settlor*, wanneer de vroegtijdige stopzetting van de trustverhouding het 'materiële doel' van de *trust* niet frustreert. SITKOFF merkt op dat de *Clafin*-regel tegemoetkomt aan het probleem van 'temporele agencykosten' die de trustverhouding tot gevolg heeft. Deze temporele agencykosten betreffen de vraag of de *trustee* op termijn trouw zal blijven aan de wensen van de *settlor*, ook wanneer deze reeds is overleden.¹⁰⁵⁴ Het gevolg van de toepassing van de *Clafin*-regel is in dit verband dat de *trustee* trouw kan blijven aan de oorspronkelijke wensen van de *settlor*, niettegenstaande dat de *beneficiaries* dit graag anders zouden zien.

363. SITKOFF betreft eveneens schuldeisers en derden in het agencykostenmodel.¹⁰⁵⁵ Hiermee wordt een verband gelegd tussen het interne beheersregime dat geldt tussen de drie belangrijkste hoedanigheden in de *trust* en de mogelijke weerslag hiervan op de bevoegdheid om met derden te contracteren. In dit verband doet SITKOFF een beroep op de analyses van MATTEI, HANSMANN en KRAAKMAN betreffende de segregatie van trustgoederen om de 'externe' grenzen van de *trust* vorm te geven. Voor wat betreft de *equitable tracing* stelt SITKOFF vast dat er geen spanning bestaat tussen dit proces en het agencykostenmodel van de *trust*. Deze schuldeisers zijn immers betrokken in het 'knooppunt van verhoudingen' dat de *trust* vormt. Het *tracen* laat toe dat de monitoringkosten in hoofde van de *beneficiaries* worden verschoven naar de derden die trustgoederen ontvangen. In de plaats van de interne verhoudingen te bezwaren met een verhoogd niveau aan monitoring, wordt het risico bij een *breach of trust* vanwege de *trustee* verschoven naar (bepaalde) derden die de trustgoederen ontvangen.

2. Evaluatie

364. De analyse van SITKOFF kan worden gezien als een aanvulling op zowel de analyse van LANGBEIN als de analyse van MATTEI, HANSMANN en KRAAKMAN. Dit is zo omdat de agencykostenanalyse een maatstaf aanreikt aan de hand waarvan een oordeel kan worden geveld omtrent de merites van bepaalde regels van het trustrecht. Het is één zaak om te argumenteren voor het bestaan van *default terms* in het trustrecht, maar daarmee is nog niets gezegd over de wijze waarop deze regels *in concreto* moeten worden vormgegeven. De analyse van SITKOFF, door haar focus op de (uiteenlopende) belangen van de verschillende actoren in een trustverhouding, biedt hiertoe verschillende richtlijnen.

Tegelijk vormt de analyse van SITKOFF een aanvulling op de 'entiteitsanalyse' doordat zij aandacht besteedt aan het verband tussen de 'interne' verhoudingen

¹⁰⁵⁴ *Ibid*, 683.

¹⁰⁵⁵ *Ibid*, 671.

binnen de trust en de gevolgen daarvan voor derden en schuldeisers. Teneinde de agencykosten binnen de interne verhoudingen onder controle te houden, worden bepaalde gevolgen van de trustverhouding afgewenteld op derden, wanneer zij (al dan niet met kennis van de trustverhouding) deel gaan uitmaken van het 'knooppunt aan overeenkomsten'. De belangrijkste uitzondering hierop is de *bona fide purchaser for value without notice*. Deze uitzondering valt te verklaren vanuit billijkheidsoverwegingen. Het zou onbillijk zijn om de gevolgen van de trust (en dus een vorm van risico) af te wentelen op derden die niets afwisten van het bestaan van de trust en die bovendien een correcte prijs betaald hebben voor het goed dat zij verworven hebben. De analyse van SITKOFF verfijnt aldus de koppeling die MATTEI, HANSMANN en KRAAKMAN reeds zelf legden met de contractuele analyse van LANGBEIN.

365. De vraag die echter rijst is of de agencykostenanalyse van SITKOFF, die conceptueel sterk is gestoeld op de agencykostenanalyse van JENSEN en MECKLING betreffende ondernemingen, een voldoende solide basis vormt voor de analyse van de trust. Impliciet ligt hieraan de idee ten grondslag die MATTEI, HANSMANN en KRAAKMAN ook reeds verdedigden, namelijk dat de trustfiguur deel uitmaakt van wat zij het 'organisatierecht' noemen en dat er een nauwe verwantschap bestaat tussen de trust en allerlei *corporate entities*. SITKOFF expliciteert deze aanname aan het begin van zijn betoog.¹⁰⁵⁶ Hoger (*supra*, randnr. 342 – 351) hebben wij evenwel vastgesteld dat een trust niet kan worden beschouwd als een entiteit die een afzonderlijk bestaan leidt van de bij de trust betrokken actoren. In de analyse van JENSEN en MECKLING vormt de onderneming, als entiteit, het knooppunt waarrond de relevante verhoudingen worden verzameld. Maar strikt genomen is deze *nexus* in het geval van een trust slechts in een erg metaforische zin aanwezig.¹⁰⁵⁷ Aangezien de trust bovendien geen rechtspersoonlijkheid heeft, kan zij bovendien in geen enkel geval optreden als tegenpartij in één van deze overeenkomsten.¹⁰⁵⁸

Bovendien rijst de vraag of alle verhoudingen die SITKOFF aanhaalt binnen dit knooppunt dienstig zijn binnen eender welke analyse van de trust. De auteur geeft in dit verband zelf aan een contractueel nihilisme waar geen grenzen worden getrokken tussen de verhoudingen die 'binnen' de trust te situeren vallen en deze die extern zijn aan de trust, te willen schuwen.¹⁰⁵⁹ Hiertoe doet hij, zoals gezegd,

¹⁰⁵⁶ *Ibid*, 623 – 625.

¹⁰⁵⁷ In een latere publicatie lijkt SITKOFF zich dan ook niet meer zozeer te baseren op de *nexus of contracts*-idee, zie: R. SITKOFF, "Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 428 – 453.

¹⁰⁵⁸ JENSEN en MECKLING hebben het dan ook over "a multitude of complex relationships (i.e. contracts) between the legal fiction (the firm) and the owners of labor, capital input and the consumers of output", zie: M.C. JENSEN, W.H. MECKLING, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", *Journal of Financial Economics* 1976, 311.

¹⁰⁵⁹ R. SITKOFF, "An Agency Costs Theory of Trust Law", *Cornell Law Review* 2004, 671 – 672; cf. M.C. JENSEN, W.H. MECKLING, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", *Journal of Financial Economics* 1976, 311. JENSEN en MECKLING stellen in dit verband dat "it makes little or no sense to try to distinguish those things which are 'inside' the firm (or any other organization) from those things that are 'outside' of it."

een beroep op het gesegregeerde karakter van de trustgoederen en de zakelijke werking van de *trust* ten aanzien van derden. Wanneer echter bijvoorbeeld ook de uitvoeringsagenten van de *trustee* in de analyse worden betrokken, gaat de auteur al erg ver. De *trustee* kan in dit verband met heel wat verschillende personen contracteren omtrent een materie die de *trust* aangaat. Hier ontstaat het risico dat niet alleen zuivere uitvoeringsagenten aan wie de *trustee* bepaalde trusttaken delegeert, maar alle personen die diensten verstrekken die van enig nut zijn voor de beheerstaken van de *trustee*, in het knooppunt worden betrokken.¹⁰⁶⁰ Dit kan bezwaarlijk de bedoeling zijn van SITKOFF's analyse.

366. Ook kan worden betwijfeld of alle gevallen die SITKOFF bespreekt wel kunnen worden gezien als agencyproblemen *pur sang*.¹⁰⁶¹ LAU stelt in dit verband dat de plicht tot gelijke behandeling die op de *trustee* rust er in feite niet toe strekt om tegemoet te komen aan een agencyprobleem. Een agencyprobleem in zijn klassieke betekenis ontstaat wanneer de agent van een principaal opportunistisch handelt, en aldus beslissingen neemt die in zijn of haar eigen voordeel zijn, eerder dan dat de beslissing een maximaal voordeel voor de principaal impliceert. Echter, wanneer de *trustee* noodzakelijkerwijs een keuze dient te maken tussen verschillende *beneficiaries*, betekent dit niet dat de *trustee* een beslissing kan nemen die in de eerste plaats in zijn eigen voordeel is. Zoals hoger aangehaald, vormt de keuze tussen verschillende *beneficiaries* een *zero sum game*. Wat *beneficiary* X ontvangt, kan *beneficiary* Y niet meer krijgen. De *trustee* zelf geniet geen economisch voordeel, ongeacht de keuze hij maakt. De *trustee* kan desgevallend wel een bijzondere persoonlijke affiniteit hebben voor een bepaalde *beneficiary* en de wens hebben om deze *beneficiary* in het bijzonder te bevoordelen. In dergelijke gevallen begeven we ons evenwel principieel reeds buiten het traditionele terrein van agencykosten, aangezien dit geen zuiver economisch *incentive* vormt. In dergelijke gevallen is dan ook eerder sprake van verschillende concurrerende aanspraken van *beneficiaries*. De plicht tot gelijke behandeling lijkt dan ook veeleer tegemoet te komen aan de concurrentie tussen de *beneficiaries* onderling, dan aan het risico dat de *trustee* opportunistisch handelt ten gevolge van informatie-assymetrieën.

Hetzelfde geldt voor de *Clafin*-regel. Indien de *settlor* reeds overleden is, is er in beginsel niets wat de *trustee* ervan weerhoudt om met de *beneficiaries* overeen te komen dat aan de trustverhouding een einde moet komen, zodat de trustgoederen zullen uitgekeerd worden aan de *beneficiaries*. De rechtbanken oefenen hier geen ambtshalve controle op uit. De *trustee* kan misschien wel bepaalde *incentives* ontlenen uit het feit dat hij wordt vergoed voor zijn diensten. Maar de *Clafin*-regel als zodanig zal de *trustee* geen bijzondere *incentives* geven om de wensen van de *settlor* te blijven honoreren.¹⁰⁶²

¹⁰⁶⁰ Zie ook: M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 41 – 42.

¹⁰⁶¹ *Ibid*, 46.

¹⁰⁶² *Ibid*, 46 – 47.

367. Ondanks de vaststelling dat niet elke door SITKOFF besproken problematiek even gemakkelijk kan worden gekwalificeerd als een agencyprobleem, blijft het wel zo dat de belangrijkste fiduciaire verplichtingen, zoals de zorgvuldigheidsplicht en de loyaliteitsplicht, gemakkelijk kunnen worden geanalyseerd aan de hand van de agencykostentheorie. Dit idee is echter niet nieuw¹⁰⁶³ en is evenmin omstreden. De vraag rijst daarom of de *nexus of contracts*-idee een noodzakelijke grondslag vormt voor een agencykostenanalyse van de trust. Indien niet wordt betwist dat de belangrijkste verhoudingen binnen de *trust* gemakkelijk kunnen worden geanalyseerd aan de hand van een agencykostentheorie, is het niet nodig om de getransplanteerde¹⁰⁶⁴ *nexus of contacts*-idee hiervoor als conceptuele grondslag aan te voeren. Meer zelfs, zonder de toepassing van een concept als een 'knooppunt van vrijwillige verhoudingen' of een 'knooppunt van overeenkomsten' kan gemakkelijk worden vermeden dat allerlei verhoudingen in de analyse worden betrokken die niet dienstig zijn voor een analyse van de *trust*.

368. Ten slotte kan nog worden aangehaald dat een agencykostenanalyse ook niet als zaligmakend kan worden beschouwd, aangezien zij slechts bepaalde aspecten van de relatie tussen de agent en principaal in acht neemt. Hoger (*supra*, randnr. 356) werd uiteengezet hoe agencykosten te wijten zijn aan de soms divergerende belangen van agent en principaal, en hoe dit het risico inhoudt dat de agent niet steeds volledig in het belang van de principaal zal handelen.

Het uitgangspunt is steeds dat zowel de principaal als agent (1) rationele actoren zijn die (2) steeds in hun eigen belang handelen.¹⁰⁶⁵ In dit verband kan de vraag worden opgeworpen of deze twee basisassumpties wel op ongekwalificeerde wijze kunnen worden toegepast in de materie van *trusts*.¹⁰⁶⁶ Deze kritiek kan vermoedelijk worden geuit ten aanzien van de toepassing van agencykostentheorie in eender welke context, maar in het bijzonder in de context van de vermogensplanning en het aanwenden van *trusts* en andere functioneel gelijkaardige rechtsfiguren, dient in het achterhoofd te worden gehouden dat het niet steeds de bedoeling zal zijn van de betrokken actoren om strikt in hun eigen belang te handelen. De *trust* veronderstelt van oudsher een vertrouwensband. Hoewel deze persoonlijke vertrouwensband tegenwoordig vaak in mindere mate aanwezig is, wordt het trusteeschap nog steeds geassocieerd met belangrijke maatschappelijke waarden als eerlijkheid, loyaliteit en zorgvuldigheid.¹⁰⁶⁷ De ideale *trustee* is aldus een *bonus pater familias*. Niet alleen voor zichzelf, maar bovendien ook voor anderen. De *trustee* heeft dus ook bepaalde niet-juridische prikkels die

¹⁰⁶³ Zie bv: R. COOTER, B.J. FREEMAN, "The Fiduciary Relationship: It's Economic Character and Legal Consequences", *N.Y.U. Law Review* 1991, 1045 – 1075; F.H. EASTERBROOK, D.R. FISCHER, "Contract and Fiduciary Duty", *Journal of Law and Economics* 1993, 425 – 446.

¹⁰⁶⁴ Over de gevaren van zulke 'legal transplants', zie algemeen: A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2nd Edition, Athens, GA, Georgia University Press, 1993, 140p.

¹⁰⁶⁵ R.A. POSNER, "Are We One Self or Multiple Selves: Implications for Law and Public Policy", *Legal Theory* 1997, 24.

¹⁰⁶⁶ L. TRITT, "The Limitations of an Economic Agency Cost Theory of Trust Law", *Cardozo Law Review* 2010 – 2011, 2594.

¹⁰⁶⁷ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 50.

hem of haar ertoe moeten aanzetten om zich op een behoorlijke wijze te kwijten van zijn of haar taken. Deze prikkels hebben bovendien als gevolg dat het eigenbelang van de *trustee* ook tot op zekere hoogte op één lijn wordt gebracht met de belangen van de *settlor* en de *beneficiaries*. In het geval van een professionele *trustee* is de openlijke behartiging van deze waarde zelfs voor belang bij het aantrekken van meer economische activiteiten. Het trusteeschap heeft aldus een signaalfunctie ten aanzien van derden. Omgekeerd zal een professionele *trustee* met een slechte reputatie in de regel minder economische activiteiten aantrekken.

Ook van de *settlor*, die in beginsel de *beneficiaries* van de *trust* wenst te begiftigen of te bevoordelen¹⁰⁶⁸, kan bezwaarlijk worden gesteld dat hij of zij uitsluitend wordt gedreven door het eigenbelang. De *settlor* stelt hiermee vooral de belangen van de *beneficiaries* centraal. Hoger (*supra*, randnr. 110) werd in dit verband gesteld dat indien de *settlor hic et nunc* een schenking ten voordele van de *beneficiaries* had willen bewerkstelligen, er efficiëntere mechanismen bestaan dan de *trust*. De *settlor* moet aldus impliciet of expliciet van oordeel zijn geweest dat de belangen van de *beneficiaries* beter gediend zijn met de tussenplaatsing van een *trustee* dan wanneer hij of zij de goederen rechtstreeks aan hen had geschonken. Een dergelijke tussenplaatsing brengt inderdaad een efficiëntieverlies met zich mee. De *settlor* moet echter van oordeel zijn geweest dat dit efficiëntieverlies in de voorliggende omstandigheden kon worden gerechtvaardigd. Zo kan de *trust* desgevallend zijn opgericht ten voordele van *beneficiaries* die in de ogen van de *settlor* te jong of op een andere manier (in de ogen van de *settlor*) onbekwaam waren om de trustgoederen op een behoorlijke wijze te beheren. Ook de bijzondere kwaliteiten van de *trustee* kunnen de nadelen van diens interpositie rechtvaardigen. Het kan dan gaan om de bijzondere kwaliteiten die de *trustee* heeft als investeerder, beheerder of diens aantrekkelijke fiscale positie. Het aanwenden van een *trust* gebeurt in dergelijke gevallen ook (minstens mede) in het belang van andere personen dan de *settlor* zelf.

369. Hoewel agencykostentheorie een nuttig instrument vormt om de zin en onzin van bepaalde regels van het trustrecht aan een relatief eenvoudige en objectieve maatstaf te toetsen, mag niet uit het oog worden verloren dat het inderdaad niet meer is dan dat: één mogelijk instrument. Deze kritiek kan dan ook gelden in eender welke context waarin agencykostentheorie wordt aangewend. In de context van het trustrecht bestaat evenwel het bijzondere risico dat de complexe en vaak ook emotioneel geladen materie wordt vernauwd tot een louter commerciële aangelegenheid.¹⁰⁶⁹ De doctrines die werden uitgedacht binnen het raam van *theories of the firm* kunnen niet op ongekwalificeerde wijze worden getransplanteerd naar het trustrecht. Wanneer echter de eigenheid van het trustrecht, alsook de bredere sociale context waarbinnen *trusts* worden aangewend mee in acht worden genomen, vormt de agencykostentheorie evenwel een nuttige

¹⁰⁶⁸ L. TRITT, "The Limitations of an Economic Agency Cost Theory of Trust Law", *Cardozo Law Review* 2010 – 2011, 2598.

¹⁰⁶⁹ *Ibid*, 2640.

tool aan de hand waarvan een aantal dominante verhoudingen binnen de *trust* kunnen worden geanalyseerd.

E. De *trust* geanalyseerd als 'fonds'

370. Uit de voorgaande besprekingen is gebleken dat, hoewel elke analyse zijn eigen focus en onderscheiden karakter heeft, zij tevens een aantal conceptuele grondslagen delen. Zo lijken LANGBEIN, SITKOFF, HANSMANN, KRAAKMAN en MATTEI het steeds eens te zijn over de bewering dat minstens de 'interne' verhoudingen in een *trust* een 'contactair' of *in personam* karakter hebben. Bij nader inzien komt deze bewering evenwel wat ongenueanceerd over, gelet op het bestaan van het langdurige debat omtrent de juridische aard van het *beneficial interest*. De reden waarom initieel veel minder aandacht werd besteed aan de bijzondere aspecten van het (mogelijke) *in rem*-karakter heeft verschillende oorzaken.

De eerste is dat de rechtseconomische literatuur tevens gefundeerd is in de economische wetenschap. De conceptie van 'eigendomsrechten' of 'zakelijke rechten' in deze literatuur doet enigszins vreemd aan voor de klassiek geschoolde continentale jurist. In feite wordt hier de *bundle of rights*-conceptie van het eigendomsrecht (zie *supra*, randnr. 116) tot in het extreme doorgetrokken. MERRILL en SMITH stellen in dit verband: "[b]y and large, this view has become convention wisdom among legal scholars: Property is a composite of legal relations that holds between persons and only secondarily or incidentally involves a 'thing'"¹⁰⁷⁰ Economisten nemen met andere woorden aan dat 'property' niets meer is dan een bepaalde bundeling van rechten op middelen, waarbij deze rechten aangeven hoe en door wie deze middelen mogen worden gebruikt. Sommige economen gaan zelfs zo ver dat zij stellen dat zuiver contractuele (i.e. bilaterale) relaties aan het hart liggen van het *property*-concept.¹⁰⁷¹ Deze visie is niet uit de lucht komen vallen. Zij kan in het bijzonder worden getraceerd naar het bijzonder invloedrijke¹⁰⁷² artikel 'The Problem of Social Cost' van RONALD COASE, waar de idee van transactiekosten voor de eerste maal uitgebreid aan bod kwam.¹⁰⁷³ COASE leek

¹⁰⁷⁰ T.W. MERRILL, H.E. SMITH, "What Happened to Property in Law and Economics?", *The Yale Law Journal* 2001, 357 – 358; B.A. ACKERMAN, *Private Property and the Constitution*, New Haven, Yale University Press, 1977, 26 – 29.

¹⁰⁷¹ Y. BARZEL, *Economic Analysis of Property Rights*, 2nd Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, 33; S.N. CHEUNG, "The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource", *Journal of Law & Economics* 1970, 67.

¹⁰⁷² Voor de grote invloed die de theorie van COASE op het vlak van *property rights* heeft gehad, zie: T.W. MERRILL, H.E. SMITH, "What Happened to Property in Law and Economics?", *The Yale Law Journal* 2001, 375 – 385.

¹⁰⁷³ R. COASE, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law & Economics* 1960, 1 – 44. Zie in dit verband eveneens: R. COASE, "The Federal Communications Commission", *Journal of Law & Economics* 1959, 1 – 40, i.h.b. 34.

In *The Problem of Social Cost*, stelt COASE het volgende: "A final reason for the failure to develop a theory adequate to handle the problem of harmful effects stems from a faulty concept of a factor of production. This is usually thought of as a physical entity which the businessman acquires and uses (an acre of land, a ton of fertiliser) instead of as a right to perform certain (physical) actions. We may speak of a person owning land and using it as a

de idee van het goederenrecht in de *common law* geen zelfstandige betekenis te geven en zag hierin vooral een bundeling van bilaterale (gebruiks)rechten met betrekking tot goederen. In het eerste deel van het artikel stelt COASE dat *property-rights* de grondlijn trekken voor contractuele transacties met betrekking tot de goederen waarop zij betrekking hebben, om zo een optimale allocatie van gebruiksrechten te bekomen. In het tweede deel van het artikel laat hij situaties aan bod komen waarbij geen contractuele transacties mogelijk zijn. In dit tweede deel komt hij tot de conclusie dat de allocatie van gebruiksrechten in dergelijke gevallen idealiter overeenkomt met de situatie waar contractuele transacties wel mogelijk waren geweest. In beide gevallen worden *property-rights* gezien als een bundeling van bilaterale (en dus *in personam*) gebruiksrechten, die het fundament zouden vormen voor contractuele transacties met betrekking tot deze rechten.¹⁰⁷⁴

De tweede oorzaak is in wezen innig verbonden met de eerste. Ook het *property*-concept van COASE kwam immers niet uit de lucht gevallen. Hoger (*supra*, randnr. 127) werd in dit verband gewag gemaakt van de omschrijving die BLACKSTONE gaf aan het *property*-begrip, en die in het bijzonder toegespitst was op het *in rem*-karakter van dit concept ("*that sole despotic dominion*"). Ter herhaling: met het *in rem*-karakter wordt bedoeld dat een recht aan iedereen kan worden tegengeworpen en niet slechts bindend is ten aanzien van een aantal vastgestelde personen. In de klassieke *common law*-literatuur werd deze opvatting gevolgd door onder meer ADAM SMITH¹⁰⁷⁵, JEREMY BENTHAM¹⁰⁷⁶ en JOHN AUSTIN¹⁰⁷⁷. Zoals hoger (*supra*, randnr. 118 – 120) werd aangegeven, bestaat er dan ook een innige band tussen het *in rem*-karakter van *property rights* en het *right to exclude*. Hierbij werd aangegeven dat de klassieke conceptie van het *right to exclude* en het *in rem*-karakter, zoals oorspronkelijk geformuleerd door BLACKSTONE, wel steek hield zo lang als het om lichamelijke goederen ging, maar conceptueel veel minder bruikbaar was wanneer het ging om onlichamelijke goederen. MERRILL en SMITH voegen hier nog aan toe dat de nadruk die BLACKSTONE legde op het *right to exclude* vermoedelijk ook te maken had met het kunnen veiligstellen van zakelijke rechten

factor of production but what the land-owner in fact possesses is the right to carry out a circumscribed list of actions. The rights of a land-owner are not unlimited. It is not even always possible for him to remove the land to another place, for instance, by quarrying it. And although it may be possible for him to exclude some people from using 'his' land, this may not be true of others. For example, some people may have the right to cross the land. Furthermore, it may or it may not be possible to erect certain types of buildings or to grow certain crops or to use particular drainage systems on the land. This does not come about simply because of Government regulation. It would equally be true under the common law. In fact it would be true under any system of law. A system in which the rights of individuals were unlimited would be one in which there were no rights to acquire." (eigen onderlijning). Zie: R. COASE, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law & Economics* 1960, 43 – 44.

¹⁰⁷⁴ T.W. MERRILL, H.E. SMITH, "What Happened to Property in Law and Economics?", *The Yale Law Journal* 2001, 368, 374.

¹⁰⁷⁵ A. SMITH, *Lectures on Jurisprudence*, Edited by R.L. MEEK, D.D. RAPHAEL and P.G. STEIN, Oxford, Clarendon Press, 1978, 9 – 86.

¹⁰⁷⁶ J. BENTHAM, *The Limits of Jurisprudence Defined*, Edited by C.W. EVERETT, New York, Columbia University Press, 1945, 164.

¹⁰⁷⁷ J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, Edited by R. CAMPBELL, Londen, John Murray, 1885, 795 – 799.

ten aanzien van derden. In latere tijden, en in het bijzonder vanaf de twintigste eeuw, bestond deze noodzaak niet meer in dezelfde mate.¹⁰⁷⁸ In de vroege twintigste eeuw raakte de visie van BLACKSTONE meer en meer in onbruik in de *common law*-jurisdicties. Als belangrijkste reden hiervoor wordt gewezen op de juridische taxonomie van HOHFELD.¹⁰⁷⁹ Deze auteur schreef aan het begin van de twintigste eeuw een bijzonder invloedrijk artikel omtrent het onderscheid tussen *in personam*- en *in rem*-rechten, waarin hij suggereerde dat er tussen beide categorieën slechts een onderscheid in gradatie bestond, maar geen onderscheid in principe.¹⁰⁸⁰ De rechten zijn qua aard hetzelfde, enkel het aantal personen die erdoor gebonden zijn, verschilt. Daar waar *in personam*-rechten slechts tegen een aantal identificeerbare personen konden worden uitgeoefend, kunnen rechten *in rem* worden afgedwongen ten aanzien van een onbepaalde categorie personen. Belangrijk is opnieuw dat de zakelijke rechten binnen de *common law* op deze wijze werden 'gereduceerd' tot het aggregaat van een groot aantal *in personam*-rechten. Hoewel HOHFELD zelf nooit refereerde naar de *bundle of rights*-theorie, vormde zijn visie (tezamen met deze van HONORÉ) wel een voorloper of zelfs de grondslag daarvan.¹⁰⁸¹

371. Het is tegen deze achtergrond dat de populariteit van visies als die van LANGBEIN, SITKOFF, HANSMANN, KRAAKMAN en MATTEI dient te worden geplaatst.¹⁰⁸² Gelet op het voorgaande hoeft het geen verbazing te wekken dat analyses die de verhoudingen binnen de *trust* voorstellen in een terminologie van *in personam*-rechten erg prevalent zijn. Nochtans is er in recente jaren stilaan een andere wind beginnen te waaien. Voor wat betreft het zuiver juridische debat omtrent de *trust* en de aard van het *beneficial interest*, kan worden verwezen naar het bovenstaande (*supra*, randnr. 300 e.v.) inzake de conceptie van de *trust* als een fonds, en hoe daarmee werd tegemoet gekomen aan de argumenten van MAITLAND en de auteurs die zich in diens denkspoor bevinden.

372. In de rechtseconomische literatuur heeft zich een gelijkaardige ontwikkeling voorgedaan. Slechts aan het begin van het nieuwe millennium heeft de rechtseconomie haar aandacht voor fenomenen als vermogensafscheiding en

¹⁰⁷⁸ T.W. MERRILL, H.E. SMITH, "What Happened to Property in Law and Economics?", *The Yale Law Journal* 2001, 398.

¹⁰⁷⁹ *Ibid*, 364.

¹⁰⁸⁰ W.N. HOHFELD, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal* 1917, 710 – 770. Zo stelt HOHFELD: "A *paucital right, or claim, (right in personam)* is either a unique right residing in a person (or group of persons) and availing against a single person (or single group of persons); or else it is one of a few fundamentally similar, yet separate, rights availing respectively against a few definite persons.' A *multital right, or claim, (right in rem)* is always one of a large class of fundamentally similar yet separate rights, actual and potential,' residing in a single person (or single group of persons) but availing respectively against persons constituting a very large and indefinite class of people." (eigen onderlijning). Zie: *Ibid*, p. 718.

¹⁰⁸¹ T.W. MERRILL, H.E. SMITH, "The Property/Contract Interface", *Columbia Law Review* 2001, 783; J.E. PENNER, "The 'Bundle of Rights' Picture of Property" *UCLA Law Review* 1995 – 1996, 724 e.v.

¹⁰⁸² M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 115, 119.

het zakenrecht terug herwonnen. In dit verband volstaat het reeds om te verwijzen naar de titel van de bijdrage "What Happened to Property in Law and Economics?" van de hand van MERRILL en SMITH.¹⁰⁸³ In deze bijdrage wijzen deze auteurs erop dat het 'bilaterale model' van *property-rights* in veel gevallen verhelderend kan werken – zoals bijvoorbeeld in het analyseren van fenomenen als transactiekosten en agencyproblemen – maar dat met dit model een aantal andere typische aspecten van *property-rights* niet kunnen worden verklaard.¹⁰⁸⁴ Een belangrijk voorbeeld hiervan is dat dit zuiver bilaterale model niet kan verklaren waarom het aantal zakelijke rechten beperkt is en dat deze zakelijke rechten slechts in een door de wet gestandaardiseerde vorm kunnen voorkomen.¹⁰⁸⁵ Ook missen de voorstanders van het bilaterale model volgens hen het punt dat het verschil tussen *in personam*- en *in rem*-rechten niet louter een kwestie van gradatie is, maar dat er wel degelijk een principiële verschil bestaat tussen beide categorieën. Rechten *in personam* hangen in beginsel vast aan specifieke personen, terwijl rechten *in rem* slechts vasthangen aan een persoon vanwege diens verhouding tot een 'goed'.¹⁰⁸⁶

¹⁰⁸³ T.W. MERRILL, H.E. SMITH, "What Happened to Property in Law and Economics?", *The Yale Law Journal* 2001, 357 – 398.

¹⁰⁸⁴ *Ibid*, 385.

¹⁰⁸⁵ *Ibid*, 385 – 388; T.W. MERRILL, H. E. SMITH, "Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle", *Yale Law Journal* 2000, 1 – 70. MERRILL en SMITH wijzen in dit verband naar het *in rem*-karakter van zakelijke rechten (zowel in de *common law* als in civielrechtelijke jurisdicties) en de informatiekosten die hierdoor op de schouders van derden terechtkomen. Indien zakelijke rechten die op goederen rusten, kunnen worden tegengeworpen aan iedereen, wordt hierdoor een enorm coördinatieprobleem gecreëerd. Op elke persoon rust immers de plicht om deze rechten te respecteren. Om een aantasting van deze rechten te vermijden, dient elke persoon te weten welke gedragingen hij of zij al dan niet mag stellen met betrekking tot dit goed. MERRILL en SMITH zien de *numerus clausus* als een systeem dat deze informatiekosten drastisch reduceert en binnen aanvaardbare perken houdt. Indien elke persoon vrijelijk dergelijke rechten kan scheppen, dan dient iedereen op wie een corrélerende plicht rust om deze rechten te respecteren, te achterhalen welke inhoud deze rechten net hebben. Het *numerus clausus*-beginsel ziet er op toe dat slechts een beperkt aantal rechten kan bestaan, en dat deze rechten steeds onder vaste noemers worden gebracht.

Zij worden hierin bekritiseerd door HANSMANN en KRAAKMAN, die een andere rol weggelegd zien voor het *numerus clausus*-beginsel. HANSMANN en KRAAKMAN volgen MERRILL en SMITH wanneer zij stellen dat het beperken van informatiekosten bij derden centraal staat bij het reguleren van zakelijke rechten. Zij verschillen echter van mening over de wijze waarop de beperking van informatiekosten wordt bewerkstelligd. Volgens HANSMANN en KRAAKMAN strekt het *numerus clausus*-beginsel er niet toe om het aantal zakelijke rechten te standaardiseren. Zij argumenteren in dit verband dat van deze standaardisering overigens geen sprake is, nu de betrokken partijen vaak heel wat mogelijkheden hebben om de inhoud van hun zakelijk recht op contractuele wijze te moduleren. Met andere woorden: het aspect 'Typenfixierung' van de *numerus clausus* is niet absoluut. Het beperken van het aantal zakelijke rechten laat volgens de auteurs veeleer toe om na te gaan of de overdrager van dit recht ook wel degelijk de (onbezwaarde) 'eigenaar' was van het recht in kwestie, door middel van bepaalde publiciteitsmechanismen. Zie: H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, "Property, Contract and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights", *Journal of Legal Studies* 2002, S373 – S417.

¹⁰⁸⁶ T.W. MERRILL, H.E. SMITH, "The Property/Contract Interface", *Columbia Law Review* 2001, 787; J.E. PENNER, *The Idea of Property in Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997, 25 – 31; J.E. PENNER, "The 'Bundle of Rights' Picture of Property" *UCLA Law Review* 1995 – 1996,

373. De herleving van het debat omtrent de aard van het *equitable interest* en de hernieuwde aandacht voor het zakenrecht in de rechtseconomische literatuur, hebben auteurs als LAU ertoe gebracht om deze twee narratieven samen te brengen tot één coherent geheel. De analyse van LAU vertrekt aldus van de idee dat de *trust* kan worden voorgesteld als een 'fonds' en koppelt hieraan vervolgens de inzichten van auteurs als MERRILL en SMITH.

1. De *trust* als fonds: de analyse van LAU

374. In tegenstelling tot andere auteurs, neemt LAU de (interne) goederenrechtelijke aspecten van de *trust* als startpunt van zijn analyse. Vanwege de bijzondere relatie tussen de trustfiguur en het concept '*property*' in de *common law*, staat LAU even stil bij de vraag waarom juridische systemen überhaupt dergelijke rechten, *a fortiori* het eigendomsrecht, kennen. "*To appreciate the trust, we must appreciate why we have property at all.*"¹⁰⁸⁷ Immers, indien de *trust* een goederenrechtelijke grondslag heeft en een innige verbondenheid deelt met het eigendomsrecht, kan de *ratio* die achter het eigendomsrecht schuilgaat ons mogelijks iets leren over de *trust*. Vermoedelijk door het feit dat zijn analyse in de eerste plaats een rechtseconomische inslag heeft, beperkt LAU zich dan ook tot de belangrijkste werken omtrent het eigendomsrecht in de rechtseconomische literatuur. Hij haalt in dit verband in het bijzonder de analyses van POSNER en DEMSETZ aan.

375. Voor POSNER bestaan er twee rechtvaardigingen voor de erkenning van het eigendomsrecht.¹⁰⁸⁸

De eerste rechtvaardiging is 'dynamisch'. Aangezien de meeste economische activiteiten niet meteen renderen of een meerwaarde opleveren, worden actoren geconfronteerd met een temporeel probleem. Actoren dienen activiteiten te ontplooiën in het heden, maar zullen pas in de toekomst een *return* verkrijgen voor het werk dat zij hebben verricht. Eigendomsrechten strekken er dan ook toe aan de actor te verzekeren dat deze *return* ook daadwerkelijk aan hem of haar zal toekomen. Zo zal een landbouwer niet geneigd zijn om een heel seizoen lang te werken op zijn veld, wanneer allerlei anderen zomaar het product daarvan (i.e. de oogst) kunnen claimen. Het eigendomsrecht verzekert daardoor de legitieme verwachtingen van de actor en creëert prikkels om economische activiteiten te ontplooiën.

De tweede rechtvaardiging is 'statisch'. Volgens POSNER is het bestaan van eigendomsrechten eveneens noodzakelijk om het efficiënt gebruik van middelen te coördineren. Zonder het bestaan van eigendomsrechten kunnen middelen immers door eender wie worden gebruikt en worden de negatieve gevolgen van het

728; K. CAMPBELL, "On the General Nature of Property Rights", *King's College Law Journal* 1992, 84 – 89.

¹⁰⁸⁷ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 137.

¹⁰⁸⁸ R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, New York, Aspen Publishers, 2003, 32 – 34.

overgebruiken van het middel eveneens gespreid zodat geen enkele actor deze gevolgen in het bijzonder dient te dragen. Dit fenomeen staat bekend als *'the tragedy of the commons'*. Wanneer het middel echter in handen is van een eigenaar, zal deze persoon de negatieve gevolgen van het overgebruik dragen. Deze vaststelling, gecombineerd met de vaststelling dat de eigenaar eveneens de voordelen van een efficiënt gebruik van een middel zal dragen, leidt tot de conclusie dat de eigenaar voldoende prikkels heeft om aan te sturen op een efficiënt gebruik van het middel. Eigendomsrechten coördineren eveneens economische activiteiten in het algemeen, aangezien zij de grondlijn trekken voor economische transacties (cf. *supra*, randnr. 120). Actoren kunnen (althans in beginsel) immers maar zaken verhandelen waarop zij gerechtigd zijn of die van hen zijn. En zij zullen hun goederen in de regel maar verhandelen voor andere goederen wanneer zij de *ex ante*-verwachting hebben dat zij beter af zullen zijn ná de transactie dan daarvoor. Het bestaan van eigendomsrechten creëert zekerheid in economische transacties en laat op indirecte wijze toe economische activiteiten te coördineren via het prijssysteem.¹⁰⁸⁹ Ook DEMSETZ spitst zich toe op de coördinerende functie van eigendomsrechten.¹⁰⁹⁰

376. De prikkelende en coördinerende functies van het eigendomsrecht hebben echter hun limieten. Het zijn immers steeds mensen die worden geprikkeld en wiens handelingen worden gecoördineerd. Maar mensen zijn sterfelijk en kunnen niet voor eeuwig worden geprikkeld. De prikkelende functie van eigendomsrechten heeft te lijden onder de onzekerheid van mensen over hun ogenblik van heengaan, en neemt mede daarom af naarmate personen ouder worden. EPSTEIN wijst in dit verband op het belang van de (private) erfovergang.¹⁰⁹¹ Wanneer het een persoon toegelaten wordt om aan te duiden wie zijn eigendom zal verkrijgen na zijn of haar overlijden, wordt het risico verkleind dat deze persoon kiest voor onmiddellijke consumptie van alle goederen of reeds alle goederen overdraagt gedurende zijn of haar leven. Bovendien stelt EPSTEIN: "[w]ith a strong bequest motive, the benefits to the next generation will be treated largely as though they were benefits to present owners, thereby reducing the dislocations that time may impose upon consumption and investment preferences."¹⁰⁹²

LAU merkt verder op dat het louter hebben van een privaat systeem voor *ab intestato* erfovergang, in tegenstelling tot het hebben van geen erfovergang, dan wel een grote stap vooruit kan zijn, maar dat deze stap op zich nog niet voldoende is. Een erfovergang *ab intestato* is een stomp mechanisme, dat enkel goed werkt wanneer alle betrokken personen de gevolgen ervan wenselijk vinden.¹⁰⁹³ Hoger (*supra*, randnr. 69 e.v.) bleek dat de *use* een antwoord vormde op een zeer

¹⁰⁸⁹ L. VON MISES, "Economic Calculation in the Socialist Commonwealth" in F.A. HAYEK (ed.), *Collectivist Economic Planning*, Londen, Routledge, 1935, 87 – 130.

¹⁰⁹⁰ H. DEMSETZ, "Towards a Theory of Property Rights", *The American Economic Review* 1967, 347 – 359.

¹⁰⁹¹ R.A. EPSTEIN, "Past and Future: The Temporal Dimension in the Law of Property", *Washington University Law Review* 1986, 697 – 698.

¹⁰⁹² *Ibid*, 697.

¹⁰⁹³ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 141.

onflexibel systeem van erfovergang. Ook de *trust* vervult heden nog steeds een belangrijke functie in dit opzicht. De *trust* laat immers toe om allerlei complexe gerechtigdheden (*supra*, randnr. 200 – 211) toe te kennen, die in de *common law* als zodanig niet (meer) bestaan. Sinds de inwerkingtreding van de *Law of Property Act* van 1925 kunnen andere *estates* dan de *fee simple absolute in possession* slechts bestaan achter het 'juridische scherm'¹⁰⁹⁴ van een *trust* of een *leasehold*.

Dit inzicht is overigens niet enkel relevant in het kader van erfovergangen. Ook buiten deze context laat de *trust* toe om op een efficiënte wijze complexe gerechtigdheden te structureren, zonder grote informatiekosten te impliceren voor derden. Hier kan opnieuw worden teruggerepen naar de theorie van MERRILL en SMITH, die stellen dat: *[t]he trust as an institution dramatically reduces the information costs of having a system of property rights that includes exotic interests such as life estates, remainders, possibilities of reverter and executory interests. If life estates and remainders were held as legal interests, then third parties dealing with property owners would face substantial risks that any particular parcel would be subject to an undisclosed future interest. Of course, title searches would reveal these interests with respect to real estate. But independent contractors and trade creditors who deal with ostensible fee simple owners will not ordinarily find it economically worthwhile to undertake a title search before providing services. And future interests in personal property would not be revealed by title searches, since most personal property is not subject to any organized registry. The popularity of the trust as a means of managing property for the benefit of one or more beneficiaries has rendered the third-party information costs associated with such exotic interests far more manageable.*¹⁰⁹⁵

De *trust* laat aldus toe dat personen, zowel gedurende hun leven als daarna, een (nog) hoge(re) mate van controle verwerven met betrekking tot hun goederen, op een wijze die voor derden amper extra informatiekosten met zich meebrengt. Deze derden kunnen immers handelen met een *trustee* die de *legal title* van de goederen aanhoudt. Wanneer deze derden bovendien *bona fide purchasers for value without notice* zijn, hoeven zij zich zelfs geen zorgen te maken omtrent de claims van mogelijke *beneficiaries*.

377. De *trust* biedt volgens LAU ook een belangrijke bijdrage op het vlak van de coördinatiefunctie van het eigendomsrecht.¹⁰⁹⁶ Zoals gezegd laat het eigendomsrecht toe dat personen in beginsel zelf de lusten en de lasten van het hebben goederen dienen te dragen. Aangezien de eigenaar een *in rem*-recht heeft, en aldus anderen kan uitsluiten van het goed, blijft er voor hem een breed arsenaal aan mogelijkheden open om het goed efficiënt te gebruiken. Zo kan de eigenaar het goed zelf gebruiken, het verhuren, het verkopen en dergelijke meer.

¹⁰⁹⁴ B. RUDDEN, "Things as Thing and Things as Wealth", *Oxford Journal of Legal Studies* 1994, Vol. 14, 91. RUDDEN maakt gewag van een 'trust screen'.

¹⁰⁹⁵ T.W. MERRILL, H.E. SMITH, "The Property/Contract Interface", *Columbia Law Review* 2001, 848 – 849.

¹⁰⁹⁶ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 144.

Hoger (*supra*, randnr. 120) werd ook gesteld dat het *right to exclude* slechts een binair mechanisme is, dat in de regel dient te worden aangevuld met een 'beheerstrategie' teneinde complexe (juridische) interacties mogelijk te maken. Het voordeel van een 'uitsluitingstrategie' is dat zij weinig informatie overdraagt en daardoor weinig informatiekosten impliceert. Echter, complexe interacties vereisen veel meer informatie dan de simpele boodschap of een persoon wordt uitgesloten van een goed of niet. In dit verband werd hoger opgeworpen dat we derden, wanneer we verkiezen om ze niet uit te sluiten van onze goederen, zelden een *carte blanche* willen verlenen. Om deze reden opteren we ervoor om hun specifieke rechten en bevoegdheden met betrekking tot een goed nader te specificeren via overeenkomsten. In dergelijke gevallen maken wij gebruik van een 'beheerstrategie'. Een 'beheerstrategie' geeft ruimte voor specificiteit, maar heeft als nadeel dat hiervoor veel meer informatie moet worden verwerkt.

Welnu, het is om deze redenen dat een 'uitsluitingstrategie' veeleer wordt geassocieerd met *in rem*-rechten, die tenslotte kunnen worden tegengeworpen aan éénieder, terwijl een 'beheerstrategie' wordt geassocieerd met *in personam*-verhoudingen, die in de regel sterk door de betrokken partijen kunnen worden gemodificeerd.¹⁰⁹⁷

378. In verhoudingen met een aantal individueel vastgestelde personen wegen de hogere informatiekosten immers vaak niet op tegen de voordelen van de grote specificiteit. Maar deze specificiteit is duur: er dient te worden onderhandeld, geïmplementeerd en gecontroleerd op naleving van de overeengekomen modaliteiten. Zo tonen de analyses van SITKOFF en LANGBEIN reeds aan dat het niet mogelijk is te voorzien in 'complete overeenkomsten', omdat de kosten om tot een dergelijke overeenkomst te komen eenvoudigweg te hoog liggen.

In het geval van rechten *in rem*, die in beginsel aan eenieder kunnen worden tegengeworpen, ligt dit anders. In deze gevallen is het niet wenselijk om veel informatiekosten op te leggen aan alle derden. Vandaar dat het veel eenvoudiger is om aan al deze derden een negatieve plicht tot onthouding op te leggen.¹⁰⁹⁸ In dat geval dienen zij immers niet te weten welke personen welke gerechtigdheden hebben met betrekking tot een goed. De *trade-off* tussen beide strategieën bestaat er alleszins in dat de uitsluitingstrategie 'goedkoop' is in termen van informatiekosten, terwijl de beheerstrategie erg flexibel is, maar 'duur' in termen van informatiekosten.

379. Wanneer de voorgaande inzichten worden toegepast op de trustfiguur, valt volgens LAU op dat de *trust* een bijzondere paradox vormt van beheers- en exclusiviteitsregels.¹⁰⁹⁹ De schijnbare tegenstelling bestaat erin dat de *settlor* aan de *trustee* de *legal title* van de goederen overdraagt, maar dat de waarde van het

¹⁰⁹⁷ T.W. MERRILL, H.E. SMITH, "The Property/Contract Interface", *Columbia Law Review* 2001, 790.

¹⁰⁹⁸ *Ibid*, 794. Zie ook het hoger (*supra*, randnr. 119) uitgewerkte voorbeeld van de voertuigen in de parkeergarage.

¹⁰⁹⁹ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 16.

fonds als geheel *ab initio* toekomt aan de *beneficiaries*. Dit inzicht hebben wij hoger reeds behandeld, in het raam van het debat omtrent de aard van de rechten van de *beneficiaries* in een *trust* (*supra*, randnr. 302). Gebruik makend van het conceptuele kader dat werd aangereikt door MERRILL en SMITH, tracht LAU aan te tonen hoe dit geheel wordt bewerkstelligd.

380. Het startpunt van de analyse is dat de *trustee* de *legal title* van de trustgoederen aanhoudt. Zoals, wellicht ten overvloede, werd opgemerkt wordt de *trustee* daardoor de 'eigenaar' – i.e. houder van de *legal title* – van de onder trustverband gebrachte goederen. Dit houdt ernstige risico's in. De *trustee* wordt immers principieel beschikkingsbevoegd met betrekking tot deze goederen. Wanneer de *trustee* zijn *legal title* met betrekking tot de goederen misbruikt, zou dit de *beneficiaries* duur te staan kunnen komen. Vanuit een continentaalrechtelijk perspectief stelde VAN GERVEN dan ook dat het geven van het eigendomsrecht van de trustgoederen aan de *trustee* in feite een overbedeling vormt van diens positie.¹¹⁰⁰ Bovendien wordt vanuit dit perspectief in de regel het volle eigendomsrecht toebedeeld aan de fiduciaire eigenaar, i.e. de bewindvoerder, zodat de persoon in wiens belang het bewind wordt gevoerd in de regel wordt herleid tot een gewone schuldeiser die slechts obligatoire aanspraken heeft ten aanzien van de fiduciaire eigenaar. In het geval dat er samenloop ontstaat in hoofde van de fiduciaire eigenaar biedt een dergelijke constructie dan ook geen enkele bescherming aan de belanghebbenden.¹¹⁰¹

Om het fondsconcept te doen werken, dient de *trustee* evenwel verregaande bevoegdheden te hebben met betrekking tot de samenstellende bestanddelen van het fonds. Teneinde de waarde van het fonds intact te houden, is het immers nodig dat de *trustee* met deze goederen op een flexibele basis aan het rechtsverkeer kan deelnemen. Ook dient de *trustee* bijvoorbeeld ervoor te zorgen dat derden de trustgoederen niet beschadigen of stelen. In deze zin begrepen, vormt de afgescheiden positie van de onder trustverband gebrachte goederen, die auteurs als HANSMANN, KRAAKMAN en MATTEI zo benadrukken, het corrolarium van deze beheersbevoegdheden van de *trustee*.¹¹⁰² Het feit dat de trustgoederen dienen te worden afgescheiden van de persoonlijke goederen van de *trustee* wordt op deze manier begrepen als een middel om een doel te bereiken, eerder dan een essentieel kenmerk van de *trust an sich*. Dit doel bestaat in het beheer van de trustgoederen door een gespecialiseerde *trustee* die de goederen ook zelf aanhoudt en kan of moet verdelen onder de *beneficiaries*.

381. Het trustrecht slaagt erin een evenwicht te vinden tussen deze twee schijnbaar tegengestelde belangen. Dit evenwicht wordt meer bepaald bereikt door het scheiden van de *legal title* en de *equitable title* met betrekking tot de trustgoederen.¹¹⁰³ Het is door het afzonderlijke bestaan van een *legal title* en een *equitable title* met betrekking tot de trustgoederen dat de *trustee* verregaande

¹¹⁰⁰ W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 31.

¹¹⁰¹ *Ibid.*

¹¹⁰² M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 6.

¹¹⁰³ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 150.

bevoegdheden kan hebben met betrekking tot de trustgoederen, terwijl hij toch op effectieve wijze wordt uitgesloten van de waarde die de goederen vertegenwoordigen. Met de opsplitsing tussen *legal title* en *equitable title* tracht het trustrecht via een beheerstrategie dezelfde resultaten te bereiken als de resultaten die worden beoogd met een uitsluitingstrategie. LAU stelt in dit verband: “*the settlor does not intend the trustee to benefit from the trust asset but, for various reasons, it is best that the trustee holds the legal title. So to the extent that the settlor has a choice of not transferring the title to the trustee and thereby excluding him from the asset, the settlor refrains from exercising his right to exclude and grants access to the trustee – completely and permanently – by way of transferring legal title to him. At the same time, the trust instrument and trust law generally impose on the trustee a tremendous amount of duties and obligations. These include the duties of loyalty, care, investment and to be ready with accounts. These duties form the core of the trust’s governance strategy but, ironically, their net effect is to exclude the trustee from the benefits of the asset. In this sense, the trust is adopting a strategy of governance-based exclusion.*”¹¹⁰⁴

Op de *trustee* rust inderdaad een zeer groot aantal verplichtingen. Dit is de reden waarom reeds werd aangegeven dat het waarnemen van de hoedanigheid van *trustee* in beginsel een erg zwaarwichtige taak vormt (*supra*, randnr. 247). Deze verplichtingen rusten op de *trustee*, zonder dat daar veel bijzondere rechten tegenover staan.¹¹⁰⁵ Zo dient de *trustee* steeds belangenconflicten te vermijden en mag hij zichzelf geen winsten laten toekomen uit zijn beheer. Bovendien rusten er in principe heel wat informatieverplichtingen op *trustees*, zodat zij er toe gehouden zijn om de *beneficiaries* (in beginsel zelfs in het geval van een *discretionary trust*) op de hoogte te stellen van hun status onder de *trust* en om verantwoording af te leggen voor het door hen gevoerde beheer. De finaliteit van deze verplichtingen bestaat erin dat *trustees* kunnen worden ‘gemonitord’ door de belanghebbenden onder de *trust*, en dat de rechtbanken desgevallend kunnen ingrijpen.¹¹⁰⁶ Ook VAN GERVEN onderkende dit gegeven, dat volgens deze auteur alvast het klassieke antwoord is dat in *common law*-jurisdicties wordt geboden ten overstaan van de hem ontwaarde ‘overbedeling’ van de *trustee*.¹¹⁰⁷ *With great powers come great responsibilities.*

382. De tweede paradox die LAU ontwaart, betreft de *bona fide purchaser*-uitzondering.¹¹⁰⁸ In tegenstelling tot vele andere auteurs, beschouwt LAU deze regel niet als de achilleshiel van het trustrecht, of van de rechtspositie van de *beneficiary*. Hij sluit zich dan ook bij de visie die stelt dat deze regel het hebben van een *interest* in een fonds mogelijk maakt. Tot op het moment dat de trustgoederen worden uitgekeerd, kan de *beneficiary* niet worden gezien als hebbende een *interest* in de

¹¹⁰⁴ *Ibid*, 150 – 151.

¹¹⁰⁵ A. HUDSON, “The Regulation of Trustees” in M. DIXON, G. GRIFFITHS (eds.), *Contemporary Perspectives on Property, Equity and Trusts Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 164; Zie ook: *supra*, randnr. 252.

¹¹⁰⁶ D. HAYTON, “Foundations and trusts contrasted”, *Trusts & Trustees* 2011, 466 – 467.

¹¹⁰⁷ W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 34 – 35.

¹¹⁰⁸ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 153.

trustgoederen *ut singuli*. Dit *interest* vormt dan ook een afgeleide van het *interest* van de *trustee*. De inhoud van dit *interest* kan bovendien sterk variëren, naargelang de wensen van de *settlor*. Strikt genomen heeft het *equitable interest* volgens LAU dan wel een *in personam*-karakter, maar dit is slechts te wijten aan het feit dat het gaat om een afgeleide 'eigendomsvorm'. De reden waarom het *interest* een *in personam*-karakter heeft, maakt deze afgeleide vorm van 'eigendom' net mogelijk.

Bovendien dient rekening te worden gehouden met het temporele aspect.¹¹⁰⁹ Zolang als de *trustee* zich op behoorlijke wijze van zijn taken kwijt en de *trust* 'up and running' is, zijn de rechten van de *beneficiaries* met betrekking tot de trustgoederen zelf nauwelijks relevant. Het is pas wanneer de *trustee* de trustgoederen ten onrechte vervreemdt of aan zichzelf toekent, dat de *beneficiaries* in actie (zullen) komen. Maar op dit moment houdt de *trustee* deze goederen niet meer op correcte wijze *on trust*. Opnieuw wordt aangetoond dat de rechten van de *beneficiary* en de *trustee* geen 'concurrerende' rechten zijn, die tegelijkertijd uitoefenbaar zijn met betrekking tot dezelfde goederen.¹¹¹⁰

383. LAU concludeert dan ook dat de *trust* beide functies van het eigendomsrecht – de creatie van *incentives* en de coördinatiefunctie – verder uitbreidt. De *trust* is een functionele 'extensie' van het eigendomsrecht.¹¹¹¹ De *trust* heeft enerzijds een prikkelende functie doordat zij een flexibel intergenerationeel overdrachtsmechanisme kan dienen en er achter het 'scherm' dat zij opwerpt op efficiënte wijze allerlei complexe gerechtigdheden kan doen schuilgaan. De belangrijkste functie van de *trust* vandaag schuilt in haar coördinatiefunctie. Via het fondsconcept combineert zij de voordelen van zowel een uitsluitingstrategie als een beheerstrategie. De *trustee* heeft de *legal title*, zodat hij ongewenste derden kan en moet uitsluiten van de trustgoederen. De vele regels van het trustrecht zelf strekken er dan weer toe om de *trustee* zelf uit te sluiten van de waarde van deze goederen. De *beneficiary* ten slotte, kan zelf ook derden uitsluiten wanneer de *trustee* hierin tekortschiet. De rechten van de *beneficiary* zijn echter functioneel beperkt, zodat zij correleren met het idee van een 'fonds'. De prikkels die de *trustee* zelf zou hebben om de goederen op efficiënte wijze te beheren, mocht ook de waarde van de trustgoederen aan hem of haar toekomen, worden in het trustrecht grotendeels vervangen door de vele verplichtingen die ertoe strekken een goed beheer van de goederen te verplichten. Deze vele en complexe verplichtingen dienen ertoe te leiden dat de trustgoederen worden beheerd alsof zij door een absoluut gerechtigde eigenaar werden aangehouden. De aanname van het trustrecht in dit verband is evenwel dat het gaat om een eigenaar die zelf het nut van de goederen wenst te maximaliseren. In tegenstelling tot een ware eigenaar, kan de *trustee* dus niet kiezen of hij of zij het nut van de trustgoederen al dan niet wenst te maximaliseren.

¹¹⁰⁹ J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 52.

¹¹¹⁰ Zie ook: D. CLARRY, "Fiduciary Ownership and Trusts in a Comparative Perspective", *International and Comparative Law Quarterly* 2014, 928.

¹¹¹¹ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 144.

2. Evaluatie

384. De analyse van LAU is bijzonder inzichtelijk, aangezien zij de eerste rechtseconomische analyse is die aansluit bij het concept van de *trust* als fonds, en sterk geïnspireerd is door andere literatuur omtrent de bijzondere aspecten van het goederenrecht. HANSMANN, KRAAKMAN en MATTEI besteden evenzeer aandacht aan de goederenrechtelijke aspecten van de *trust*, maar deden dit vooral in het kader van een breder project betreffende de taxonomie van heel wat verschillende entiteiten. Tegelijk kan daarbij worden opgemerkt dat de analyse van LAU bijzonder sterk gestoeld is op een aantal standpunten in de juridische literatuur die nog steeds omstreden zijn.

LAU lijkt dit probleem te onderkennen op het vlak van de aard van het *equitable interest*. Juridisch-technisch gaat het volgens deze auteur inderdaad om een *interest* met een *in personam*-karakter dat heel sterk is gaan lijken op een *interest in rem*. Dit is te wijten aan het feit dat *equitable interest* het karakter heeft van een *interest* in een fonds, en geen *interest* is in de afzonderlijke samenstellende bestanddelen van dit fonds. Doctrines als *tracing*, *overreaching* en de *bona fide purchaser*-uitzondering zijn net essentieel om de *trust* het karakter van een fonds te geven.

Hiermee is echter de vraag naar de juridische aard van het 'fonds' zelf niet beantwoord. Auteurs als PENNER en LAU, die dit concept voorstaan, laten in de regel na de aard van het fonds zelf op een meer diepgaande wijze te bespreken of te analyseren. Dient het fonds te worden gekwalificeerd als een afzonderlijk 'goed' waarin rechtssubjecten een *interest* kunnen hebben? PENNER verdedigt de stelling dat dit zo is¹¹¹², maar wordt hierin tegengesproken door NOLAN¹¹¹³. Ook wordt de idee van een *interest* in een fonds niet door alle auteurs aanvaard. Dit basisconcept, dat een essentiële rol vervult in de analyse van LAU, dient kennelijk zelf nog verder te worden uitgewerkt.

385. Bovendien kan worden gewezen op een aantal andere tendensen die wat afbreuk lijken te doen aan het fondsconcept. In het bijzonder kan worden gewezen op de bevoegdheden die *settlers* in bepaalde jurisdicties zelf hebben om de mogelijkheden van *beneficiaries* om hun *interest* te 'realiseren' aan banden te leggen. In het bijzonder kan hier worden gewezen op de *Clafin*-regel (zie *supra*, randnr. 234) en mogelijkheid om *spendthrift*-clausules (zie *supra*, randnr. 170) in het trustinstrument op te nemen. In het bijzonder in de Verenigde Staten kan de *settlor* van een *trust* de vroegtijdige stopzetting van de trustrelatie tegenhouden,

¹¹¹² J.E. PENNER, "Duty and Liability in Respect of Funds" in J. LOWRY en L. MISTELIS (eds.), *Commercial Law: Perspectives and Practice*, Londen, Butterworths, 2006, para. 12.15 – 12.21.

¹¹¹³ R. NOLAN, "Equitable Property", *Law Quarterly Review* 2006, 232 – 265; R. NOLAN, "Property in a Fund", *Law Quarterly Review* 2004, 108 – 136. Zie tevens: D. FOX, "Equitable Property" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 25 – 27.

alsook ervoor zorgen dat de *beneficiaries* hun *interest* niet kunnen vervreemden. Op deze manier worden hun aanspraken in het 'fonds' minder liquide, aangezien zij slechts de (eventuele) distributie van trustgoederen kunnen afwachten. Wanneer *trusts* bovendien niet gebonden zijn aan een *perpetuity period*, zoals het geval is in sommige *offshore*-jurisdicties, kan de *settlor* een nagenoeg onverwoestbare *trust* scheppen. In Engeland en Wales heeft de *settlor* dergelijke bevoegdheden evenwel niet, zodat de idee van de *trust* als fonds in de eerste plaats van toepassing is op Engelse *trusts*.

Het Engelse recht laat dan weer wel het gebruik van verregaande exoneratieclausules in de trustakte toe, die de *trustee* exonereren voor een *breach of trust* ten gevolge van zijn zware fout.¹¹¹⁴ Slechts voor opzettelijke fouten of fraude kan de *trustee* onmogelijk worden geëxonereerd. Het gebruik van dergelijke exoneratieclausules laat toe om de werking van heel wat essentiële *governance*-regels binnen het trustrecht sterk te verzachten. Het inlassen van dergelijke clausules kan bovendien het voorwerp vormen van de 'deal' tussen *settlor* en *trustee*. De *trustee* heeft, gelet op de zwaarwichtigheid van de verplichtingen die het trustrecht oplegt, alleszins wel heel wat prikkels om sterk aan te dringen op het inschrijven van een dergelijke clause in de trustakte. Empirisch onderzoek toont bovendien aan dat nagenoeg elke trustakte waarbij een professionele *trustee* betrokken is een dergelijke exoneratieclausule bevat, *a fortiori* in de gevallen van institutionele *trustees* die optreden in veel verschillende *trusts* en doorgaans ook een meer welstellend clientele aantrekken.¹¹¹⁵ Dit fenomeen is eveneens niet consistent met het karakter van de *trust* als een fonds dat wordt beheerd ten voordele van de *beneficiaries*.

F. Tussenbesluit

386. In dit hoofdstuk werden vier verschillende (rechtseconomische) analyses besproken, die de *express private trust* telkens vanuit verschillende invalshoeken benaderen. Deze bespreking liet ons toe om verder te bouwen op de reeds vergaarde kennis van de ontstaansgeschiedenis van de *trust* en het positieve trustrecht. Deze analyses verklaren dan ook vooral waarom *trusts* dermate populaire instrumenten zijn om in de private sfeer overdrachten van vermogens of vermogensbestanddelen te bewerkstelligen. De bespreking van de inhoud van het positieve trustrecht kan ons dan wel heel wat leren over hoe de *trust* juridisch-technisch in elkaar zit, maar biedt op zich weinig inzicht in de functies die de *trust* vervult en waarom zij als rechtsfiguur daartoe geschikt is. Met andere woorden: een juridisch-technische analyse reikt de noodzakelijke puzzelstukken aan, maar past deze puzzelstukken daarom nog niet in elkaar.

¹¹¹⁴ *Armitage v. Nurse* [1998] Ch 241; J.E. PENNER, *The Law of Trusts*, 9th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2014, 339 – 343.

¹¹¹⁵ A.S. HOFRI-WINOGRAOW, "How Harmful is Trust Profileration?", 2015, 26 – 29. Beschikbaar op: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2629174

Een aanzet tot inpassing werd geboden door de bespreking van het historische en hedendaagse debat inzake de aard van het *equitable interest*. In dit hoofdstuk werd deze benadering verder uitgediept.

387. De eerste analyse die aan bod kwam, was deze van JOHN LANGBEIN. LANGBEIN beschouwt de *trust* als een soort 'driepartijenovereenkomst' en als een *deal* over hoe de trustgoederen dienen te worden beheerd en verdeeld. In essentie vervult het trustrecht volgens LANGBEIN aldus een rol die sterk lijkt op deze van het Amerikaanse contractenrecht. Daaruit leidt de auteur vervolgens het belang af van efficiënte *default terms*, die op gestandaardiseerde wijze de 'deal' tussen *settlor* en *trustee* zo goed als mogelijk dienen te reflecteren. In de praktijk worden deze *default terms* juridisch vormgegeven door de belangrijkste fiduciaire verplichtingen die op de *trustee* rusten. Dergelijke *default terms* hebben als voordeel dat zij transactiekosten inperken, aangezien de betrokken partijen slechts dienen aan te geven op welke vlakken zij wensen af te wijken van de standaardregeling. Het aantal dwingende regels zou volgens de auteur bovendien tot een minimum moeten worden beperkt.

De analyse laat LANGBEIN toe om enkele normatieve uitspraken te formuleren betreffende het trustrecht zelf. Zo ijvert hij voor meer mogelijkheden voor de *settlor* om op treden tegen de *trustee* wanneer deze nalaat zijn plichten te vervullen en wenst hij de strikte regels inzake het vermijden van belangenconflicten voor de *trustee* afgezwakt te zien.

De *trust* kan echter niet worden gezien als een loutere 'overeenkomst'. Uiteindelijk dient LANGBEIN zelf daarom ook toe te geven dat het zuiver contractuele model niet kan verklaren waarom de trustverhouding bijvoorbeeld de insolventie van zowel de *trustees* als de *beneficiaries* kan overleven. De grootste verdienste van LANGBEIN's analyse is dat zij verklaart waarom er zoiets bestaat als een 'trust deal' en hoe de belangrijkste feitelijke verhouding binnen een *trust* verschilt van de belangrijkste juridische verhouding binnen de truststructuur.

388. Het conceptuele gat dat LANGBEIN openliet, werd opgevuld door KRAAKMAN, HANSMANN en MATTEI. Deze auteurs delen de mening van LANGBEIN dat het trustrecht voor wat betreft de interne verhoudingen weinig toevoegt aan de bestaande *contract law*. De grote verdienste van het trustrecht is volgens deze auteurs daarom niet dat het voorziet in efficiënte *default terms*, maar dat het voorziet in een 'segregatie van activa'. Het is net dit afgescheiden karakter van de trustgoederen dat *quasi*-onmogelijk kan worden nagebootst door het aanwenden van elementen van een zuiver verbintenisrechtelijke aard. Ook ten aanzien van onvrijwillige schuldeisers, in het bijzonder slachtoffers van een onrechtmatige daad, kan dit resultaat niet worden bereikt zonder een ingrijpen vanwege het trustrecht zelf. Volgens KRAAKMAN, HANSMANN en MATTEI kan een *trust* aldus worden beschouwd als een 'afzonderlijke entiteit'.

De *trust* deelt op het eerste gezicht dan wel verschillende kenmerken met eigenlijke 'entiteiten', maar hoeft niet als zodanig te worden begrepen. Wanneer de regels van het trustrecht die betrekking hebben op de rechtsverhoudingen tussen *settlors*,

trustees en *beneficiaries* en hun schuldeisers nader in ogenschouw worden genomen, blijkt dat het standpunt van de auteurs enigszins dient te worden genuanceerd. Wel bleek hoe het Amerikaanse trustrecht in toenemende mate kan worden onderscheiden van diens klassieke Engelse tegenhanger. Uiteindelijk bleek dat de klassieke *common law trust*, en vermoedelijk ook nog steeds de meeste Amerikaanse *trusts*, niet kunnen worden beschouwd als een afzonderlijke entiteit. De *trust* lijkt bovenal een *sui-generis* rechtsfiguur te zijn, die elementen van het contractenrecht en het goederenrecht combineert. Dit verklaart bovendien waarom veel hedendaagse *trustees* de eigenlijke trustgoederen onrechtstreeks aanhouden door middel van onderliggende vennootschappen. Op deze wijze genieten zij toch van een mate van beperkte aansprakelijkheid ('*defensive asset partitioning*').

389. De analyse van SITKOFF bouwt voort op de analyses van LANGBEIN, KRAAKMAN, HANSMANN en MATTEI. SITKOFF ziet in de *trust* bovendien een soort 'knooppunt van vrijwillige verhoudingen', naar analogie met ondernemingen. De *trust* vormt als 'quasi-entiteit' het knooppunt waarond de verhoudingen zijn gestructureerd. Voor de analyse van de verhoudingen zelf grijpt SITKOFF terug naar de analyse van LANGBEIN en past hierop vervolgens een agencykostenanalyse toe. SITKOFF argumenteert vervolgens dat een belangrijke functie van het trustrecht erin bestaat om deze agencykosten zo veel als mogelijk te drukken. Hij concludeert dan ook dat heel wat regels van het trustrecht inderdaad een dergelijk oogmerk lijken te hebben.

Hoewel een agencykostenanalyse inderdaad een objectieve maatstaf aanreikt waaraan de merites van de regels van het trustrecht als *default law* kunnen worden getoetst, kan worden betwijfeld of alle door SITKOFF besproken gevallen wel kunnen worden beschouwd als agencyproblemen *pur sang*. Door het transplanteren van een agencykostentheorie die in de eerste plaats werd ontwikkeld binnen de context van het ondernemingsrecht, wordt het risico op een al te verregaande inclusiviteit groot. *Trusts* kunnen niet zomaar worden gelijkgesteld met ondernemingen, en niet alle juridische verhoudingen die zich rond een *trust* situeren zijn van belang in het raam van een analyse van het trustrecht zelf. Bovendien vormen de regels van het trustrecht niet de enige dam tegen opportunistisch handelen van de *trustee*. De *trustee* heeft ook belangrijke niet-juridische prikkels die hem of haar ertoe moeten aanzetten op zich op een behoorlijke wijze te kwijten van zijn of haar taken.

390. In de analyse van LAU wordt de *trust* onderzocht als 'fonds'. LAU sluit daarmee aan bij een standpunt dat vooral in de Engelse rechtsleer wordt gehuldigd. Hierin wordt eveneens het debat omtrent de aard van het *equitable interest* betrokken. LAU stelt vast dat *trusts* in feite een functionele 'extensie' vormen van het eigendomsrecht. Ten eerste vormen *trusts* een efficiënte en flexibele manier om (bijvoorbeeld) erfovergangen te structureren én kunnen achter *trusts* complexe gerechtigheden in het leven worden geroepen, terwijl de informatiekosten voor derden tegelijk beperkt blijven. Ten tweede maken *trusts* het hebben van een 'recht in een fonds' mogelijk. Strikt genomen vormt het recht van de *beneficiary* volgens LAU dan wel een recht *in personam*, maar de reden hiervoor (zijnde de *bona fide purchaser*-uitzondering) vormt net een essentieel aspect van het fondsbegrip zelf.

De regels van het trustrecht bewerkstelligen, middels allerlei complexe *governance*-regels, dat de *trustee* wordt uitgesloten van de waarde van de trustgoederen, terwijl de *legal title* van de *trustee* toelaat om derden uit te sluiten van de trustgoederen. Het trustrecht combineert zodoende het beste van beide strategieën, teneinde de waarde van de trustgoederen af te scheiden van de goederen *ut singuli*. Hiermee is ook verklaard waarom de *equitable title* van de *beneficiary* kan beschouwd worden als een 'afgeleide' van de *legal title* van de *trustee*.

De analyse van LAU lijkt evenwel toegespitst op een bepaalde soort *trust*. In dit verband kan worden betoogd dat het trustrecht vooral toelaat om *trusts* te scheppen met het karakter van een fonds, zonder dat dit voor iedere *trust* noodzakelijkerwijze het geval is. In bepaalde *trusts*, zoals *bare trusts* en in het bijzonder *bare trusts of land* (*supra*, randnr. 109) wordt geen 'fondskarakter' beoogd. Ook laten verschillende regels van het trustrecht, *a fortiori* in de Verenigde Staten en *offshore*-jurisdicties, de *settlor* toe om dit 'fondskarakter' te frustreren of zelfs nagenoeg uit te sluiten.

391. Afzonderlijk genomen weet geen enkele van de voorgaande analyses een volledig beeld van 'de *trust*' te geven. Dit is echter geenszins problematisch, daar wij hoger reeds hebben te kennen gegeven dat 'de *trust*' ook niet bestaat (*supra*, randnr. 128). *Trusts* zijn slechts op het eerste gezicht relatief eenvoudige structuren waarbij een *settlor* goederen overdraagt aan een *trustee* – of zichzelf aanduidt als *trustee* – om deze aan te houden voor een bepaald charitatief doel of ten voordele van één of meerdere *beneficiaries*.

Achter deze ogenschijnlijk eenvoudige structuur gaat een rechtsfiguur schuil die doorspekt is met nuances en zich niet laat vangen door de meeste gangbare juridische classificatiesystemen. Binnen welke categorie we de *trust* ook willen situeren (het Engelse of Amerikaanse verbintenissenrecht, organisatierecht, goederenrecht, enz...), er blijken steeds een aantal uitzonderingen of knelpunten aanwezig te zijn. *Trusts* vertonen, in meerdere of mindere mate, kenmerken van al deze categorieën. Zij kunnen op maat worden gecreëerd binnen het kader van een *deal*. Bovendien zijn de interne verhoudingen binnen een *trust* bijzonder vatbaar voor juridische modificatie, zoals ook het geval is voor contractuele overeenkomsten. Bovendien kunnen verschillende regels van het trustrecht worden gezien als een partieel tegengewicht voor de agencyproblemen die met dergelijke verhoudingen gepaard gaan. Tegelijkertijd bewerkstelligen zij een vorm van wat in *civil law*-systemen bekend staat als vermogensafscheiding, waardoor zij ontegensprekelijk een goederenrechtelijk aspect hebben. Zij delen dit aspect met allerhande afzonderlijke entiteiten. Ten slotte laat de *trust*, door middel van het onderscheid tussen de *legal title* en de *equitable title*, toe om een 'fonds' te scheppen dat in veel opzichten een extensie vormt van de belangrijkste functies van het eigendomsrecht.

Tegelijkertijd kan niet worden volgehouden dat *trusts* slechts verbintenissenrechtelijke constructies zijn of dat alle belangenconflicten in het kader van een *trust* echt

agencyproblemen zijn. *Trusts* kunnen bovendien niet echt worden beschouwd als entiteiten. Noch hebben alle *trusts* per definitie het karakter van een 'fonds'.

Trusts dienen met andere woorden te worden beschouwd als rechtsfiguur *sui generis*, die verschillende aspecten van verschillende rechtstakken lijkt te integreren tot een afzonderlijk geheel. Als afzonderlijk juridisch concept heeft de *trust* wel een eigen 'kern'.¹¹¹⁶ Deze 'kern' wordt dan ook gevormd door de samenhang die bestaat tussen de trustgoederen, de *trustee* en het feit dat een *trustee* die goederen steeds beheert in functie van het belang van de *beneficiaries*, wiens *equitable title* een afgeleide vormt van de *legal title* van de *trustee*, of het doel waarvoor de *trust* is opgericht.¹¹¹⁷

¹¹¹⁶ D.W.M. WATERS, "The Trust in a Changed and Yet Changing World", *Journal of International Tax, Trusts and Corporate Planning* 2008, 205.

¹¹¹⁷ Cf. J.P. WEBB, "An ever-reducing core? Challenging the legal validity of offshore trusts", *Trusts & Trustees* 2015, 480; *Armitage v. Nurse* [1998] Ch 241, 252 - 253.

VI. Algemeen besluit bij Deel II

392. In wat volgt wordt een algemeen besluit geformuleerd bij Deel II van voorliggend onderzoek. Daarbij worden slechts de belangrijkste overkoepelende inzichten verwerkt die in dit Deel van het onderzoek naar voren kwamen. Voor een meer gedetailleerd overzicht van de inzichten die per hoofdstuk naar voren kwamen, wordt verwezen naar de hoger geformuleerde tussenbesluiten.

393. *'I don't understand your trust'* – Teneinde een antwoord te kunnen bieden op de centrale onderzoeksvraag, is het noodzakelijk gebleken om de rechtsfiguur die in dit onderzoek centraal staat, eerst zélf aan een grondige analyse te onderwerpen. Het is immers onmogelijk om zinvolle uitspraken te doen betreffende de wijze waarop (het gebruik van) een buitenlandse *trust* kan worden ingepast in het Belgische burgerlijk recht of over de fiscale gevolgen die (het gebruik van) een buitenlandse *trust* kan bewerkstelligen, wanneer niet wordt vertrokken vanuit een goed begrip van deze bijzondere rechtsfiguur zelf. Met Deel II van voorliggend onderzoek werd aldus getracht een antwoord te bieden op de eerste subonderzoeksvraag, die de vraag betreft wat een Angelsaksische *trust* is en hoe deze rechtsfiguur functioneert.

Om de trustfiguur te 'vatten', dient de continentaalrechtelijk geschoolde jurist in de eerste plaats bereid te zijn om het hem of haar vertrouwde juridisch referentiekader los te laten, en zich onder te dompelen in een vreemd rechtstelsel. Dit is nodig, zo bleek, om te vermijden dat de trustfiguur zou worden uitgelegd door middel van het leggen van intuïtieve verbanden met de punten die dit vertrouwde, continentaalrechtelijke juridisch referentiekader uitmaken. De trustfiguur, zo bleek, vormt een voorbeeld van hoe 'anders' een buitenlands rechtstelsel wel kan zijn. Het leggen van dergelijke verbanden zou de analyse van de trustfiguur als zodanig immers kunnen doorkruisen en daardoor vervormen. In dat geval zou de buitenlandse juridische werkelijkheid geweld worden aangedaan.

Een goed begrip van de trustfiguur kan dan ook niet worden bereikt door middel van een loutere uiteenzetting van de vigerende regels van een bepaald trustrecht, zoals bijvoorbeeld het Engelse trustrecht, dat kan worden beschouwd als 'grondvorm'. Zoals het geval is voor ieder geheel van rechtsregels, is het trustrecht ingebed in een bredere historische, maatschappelijke, politieke, sociale en epistemologische context. De context waarin dit geheel van rechtsregels tot stand is gekomen, alsook de bredere juridische context waarin het functioneert, moet daarom mee in ogenschouw worden genomen.

394. *'These three give place in court of conscience. Fraud, accident and breach of confidence'* – De eigenlijke historische origine van de trustfiguur bleek een open vraagstuk te zijn. Het ontstaan van de hedendaagse trustfiguur kan worden teruggevoerd op diens juridische voorouder, de 'use'. De historische oorsprong van de *use* bleek echter een hoogst onzeker gegeven te zijn. In de literatuur worden verschillende mogelijke juridische voorouders naar voren

geschoven, maar in geen enkel afzonderlijk geval kon op onomstotelijke wijze worden aangetoond dat er rechtstreeks historisch verband bestaat tussen de *use* en de mogelijke voorouder in kwestie. Net om deze reden wordt door een aantal auteurs de idee geopperd dat de *use*, en daarmee ook de *trust*, een bijzondere verschijningsvorm is van een juridische basisidee die in heel wat verschillende rechtsstelsels kan worden aangetrokken, zijnde de 'fiduciaire rechtsverhouding' in een algemene zin.

Hoewel de fiduciaire idee die aan de trustfiguur ten grondslag ligt mogelijks niets 'typisch Engels' is, kan hetzelfde echter niet worden gezegd van de trustfiguur als zodanig. Doorheen hoofdstuk II van Deel II bleek immers dat de hedendaagse trustverhouding in feite de resultante is van verschillende historische 'toevalligheden' die de bredere context hebben uitgemaakt van de totstandkoming van deze rechtsfiguur. Invloeden waren: de aard van het Engelse feodale stelsel, de verstarring van de *common law* en de correcties die daaraan door het *equity*-recht werden aangebracht, het fiscaal feodalisme en de vastberadenheid van HENDRIK VIII en dergelijke meer. Zowel de *use* als de *trust* boden rechtsonderhorigen daarbij mogelijkheden en vrijheden die zij anders, door de toepassing van regels van gemeen recht, niet zouden hebben gehad. Hoewel belastingontwijking zeker niet de enige mogelijke beweegreden was om *uses* en *trusts* te gebruiken, vormden de mogelijkheden die deze rechtsfiguren in dit verband boden zeker een bijkomend voordeel. Indien uit Deel I van voorliggend onderzoek het principiële wantrouwen van (belasting)autoriteiten ten aanzien van *trusts* naar voren kwam, bleek uit hoofdstuk II van Deel II dat een dergelijk fiscaal wantrouwen ten aanzien van *uses* zeker geen louter hedendaags verschijnsel is.

395. 'Ownership' is geen 'eigendom' – Vervolgens is gebleken dat de Engelse *common law* nooit een eenvormig conceptueel uitgewerkt 'eigendomsrecht' heeft ontwikkeld. In de rechtsleer wordt daarentegen zelfs gesproken van een '*anti-conceptual approach towards property*' (zie *supra*, randnr. 117). In klassieke *common law*-systemen wordt daarentegen wel gebruik gemaakt van concepten als '*title*' en '*estate*' en theorieën als de '*bundle of rights*' (zie *supra*, randnr. 116). Aan het begrip '*ownership*' komt echter geen vastomlijnde juridische betekenis toe, daar waar dit wel het geval is voor Belgische en/of Franse eigendomsbegrip. Ofschoon het Engelse recht, *a fortiori* voor wat betreft de Engelse *land law*, nooit helemaal heeft gebroken met de feodale wortels die er aan ten grondslag lagen, bleek de historische schaduw van het feodalisme kennelijk sterker te overheersen in Frankrijk en België dan het geval is in het Engelse recht. Het voorgaande heeft echter tot gevolg dat het inzicht dat *interests* in onroerende en roerende goederen temporeel kunnen worden opgesplitst en toegewezen aan verschillende personen vanuit een *common law*-perspectief niet zo bijzonder aandoet. Hoger (*supra*, randnr. 113) bleek overigens dat sinds de *Law of Property Act* 1925 voor dergelijke fenomenen net een beroep moet worden gedaan op de trustfiguur.

Wanneer in de *common law* wordt gesproken van een '*division of ownership*' of '*dual ownership*', wordt hiermee niet noodzakelijkerwijze hetzelfde bedoeld als wat continentaalrechtelijke juristen daaronder begrijpen. Overigens gaan in *common*

law-stelsels heel wat stemmen op die beweren dat een dergelijke uitdrukking zelfs vanuit een *common law*-perspectief onzinnig is (zie *supra*, randnr. 294). Het *equitable interest* van de *beneficiary* zou namelijk van een geheel andere orde zijn dan de *legal title* die wordt aangehouden door de *trustee*.

In ieder geval heeft de afwezigheid van een conceptueel vastomlijnd eigendomsbegrip naar *common law* enerzijds tot gevolg dat de discussies omtrent de verenigbaarheid van de *trust* met de exclusiviteit van het eigendomsrecht en dergelijke meer zich in *common law*-stelsels gewoon niet stellen. Maar zelfs los van het voorgaande, werd hiermee duidelijk dat het vanuit een *civil law*-perspectief nagenoeg betekenisloos en zelfs misleidend is, om de trustfiguur naar *common law* voor te stellen als een 'splitsing van eigendom'. Naar *common law* is er immers geen 'eigendom' voorhanden die kan worden geplitst.

396. 'Trust' is onmogelijk te definiëren – Eveneens is gebleken dat het concept 'trust' onmogelijk te definiëren valt. Indien zou worden gestreefd naar een beknopte, inhoudelijk nauwkeurige definitie, bleek dat er steeds inhoudelijke elementen uit de boot zouden vallen, wat tot gevolg zou hebben dat de voorgestelde definitie te eng zou zijn. Indien de definitie daarentegen ruim zou worden geformuleerd, zou deze, teneinde alle mogelijke trustvormen te omvatten, uiteindelijk dermate ruim van aard zijn dat zij niet meer slechts betrekking zou hebben op de trustfiguur als zodanig. Besloten werd daarom dat de trustfiguur als zodanig slechts kan worden omschreven en aangeduid, maar niet kan worden gedefinieerd. *Trusts* zijn dan ook bijzonder caleidoscopische rechtsfiguren die een veelheid aan concrete gedaantes kunnen aannemen en waarmee een veelheid aan concrete doeleinden kan worden nagestreefd. In de Engelse rechtsleer bleek echter dat uit dit amalgaam toch een soort vage 'kern' zou kunnen worden gedestilleerd, die gemeenschappelijk zou moeten zijn voor alle rechtsverhoudingen die worden aangeduid als een *trust*. Deze 'irreducible core' zou met name betrekking hebben op de op de *trustee* rustende verplichtingen met betrekking tot de onder trustverband gebrachte goederen ten aanzien van de *beneficiaries* (zie *supra*, randnr. 246). Opnieuw moet echter worden vastgesteld dat niet alle *trusts* ook werkelijk *beneficiaries* hebben, niettegenstaande zulks volgens het '*beneficiary principle*' in de regel wel is vereist. Het nader expliciteren van de verplichtingen die tot deze 'irreducible core' zouden behoren, is overigens evenmin vanzelfsprekend. Op de vraag 'wat is een *trust*' valt met andere woorden geen eenvoudig antwoord te geven. Op een fundamenteel niveau houdt de gezegde van HAYTON dat "*like an elephant, a trust is difficult to describe but easy to recognize*" dan ook steek. Het is echter niet omdat de trustfiguur niet kan worden gedefinieerd, dat zij niet kan worden begrepen of omschreven. Daarom werd geopteerd voor de (noodzakelijkerwijs zeer algemene) werkomschrijving: "de Angelsaksische *trust* is een rechtsverhouding die zijn grondslag vindt in *equity*, waarbij één of meer *trustee* de trustgoederen aanhouden en beheren ten voordele van één of meer *beneficiaries* of ten voordele van een bepaald doel."

397. Principiële afbakening: *Express private trusts* – Gelet op de grote hoeveelheid aan trustsoorten en trustcategorieën, bleek het noodzakelijk om het

onderzoek verder af te bakenen tot de trustcategorie die correspondeert met de centrale onderzoeksvraag en de hoger (*supra*, randnr. 26 – 29) gemaakte afbakening. Een nadere studie van het hedendaagse trustrecht *de lege lata* bracht echter aan het licht dat binnen de categorie van de '*private express trusts*' alsnog verschillende trustsoorten kunnen worden onderscheiden, bijvoorbeeld aan de hand van de vraag naar het al dan niet herroepbaar karakter en de aard van de rechten van de *beneficiary* en de daarmee corresponderende bevoegdheden van de *trustee*.

398. Het trustrecht is een complex geheel van regels, dat verschillende vragen (vooralnog) onbeantwoord laat – Uit Deel II van dit onderzoek is tevens gebleken dat het trustrecht een hoge mate van complexiteit vertoont, en zich moeilijk laat vatten in enkele korte bewoordingen. Het trustrecht vertoont ook heel wat typische *common law*-kenmerken, zoals de grote mate van afhankelijkheid van rechterlijke uitspraken en inductieve redeneermethodes. Dit heeft tot gevolg dat het trustrecht continu aan evolutie onderhevig is, maar dat er tegelijk niet steeds een voor de hand liggend antwoord bestaat op verschillende vragen. Zo kwam bijvoorbeeld het recht op informatie van de *beneficiaries* in een trustverhouding aan bod. Hoewel het niet betwist is dat een dergelijk recht op informatie binnen het raam van een trustverhouding bestaat, bleek wel dat de exacte inhoud van het recht op informatie in hoge mate wordt geschakeerd door de concrete trustverhouding die voorligt en afhankelijk is van de specifieke aard van de rechten die aan de *beneficiary* in kwestie worden toegekend door de trustakte.

Een andere kwestie waarop, zelfs na een eeuwenlang doctrinair debat, geen evident antwoord bestaat, is of de rechten van de *beneficiary* in een *trust*, en daarmee ook de trustverhouding zelf, primair van verbintenisrechtelijke of van goederenrechtelijke aard is, zoals deze concepten in het Engelse recht worden begrepen. Hedendaagse auteurs suggereren zelfs dat *trusts* buiten deze klassieke dichotomie moeten worden gesitueerd en brengen hiertoe nieuwe potentiële classificatiemogelijkheden aan. Zelfs los van de concrete juridische analyses die deze auteurs aanbrengen, bleek het onderzoeken van deze standpunten relevant, aangezien zulks leidde tot een beter begrip van de trustfiguur als zodanig. Vanuit een continentaalrechtelijk perspectief moet echter worden besloten dat de *beneficiary* tevens over rechten van een goederenrechtelijke aard beschikt, en dat de *bona fide purchaser*-regel daarbij de rol speelt van een derdenbeschermingsregel. Vanuit een *common law*-perspectief is dit antwoord echter geenszins evident, aangezien het kennelijk niet gaat om een recht dat aan eenieder kan worden tegengeworpen.

399. Het trustrecht drijft een wig tussen de materialiteit van de trustgoederen en de waarde die zij vertegenwoordigen – Eén van de belangrijkste inzichten die daaruit naar voren kwam, was dat het trustrecht in feite een scheiding aanbrengt, of althans het potentieel heeft om zulks te doen, tussen de materialiteit van de afzonderlijke trustgoederen en de waarde die zij vertegenwoordigen. De trustverhouding manifesteert zich daarmee als een 'fonds'

waarvan de waarde toekomt aan de door de *settlor* aangeduide *beneficiaries* en de door de *settlor* in de trustakte gestelde voorwaarden. De vermogensbestanddelen die deze waarde vertegenwoordigen zijn echter inwisselbaar. Ook de *bona fide purchaser*-regel en de regel uit *Saunders v. Vautier* konden vanuit deze logica worden verklaard (zie *supra*, randnr. 303 – 306). Dit inzicht kan bovendien de populariteit van de trustfiguur helpen verklaren, aangezien deze basale functie in heel wat verschillende contexten zijn nut kan ontplooien en binnen iedere specifieke context heel wat verschillende doeleinden kunnen worden nagestreefd.

400. In de context van vermogensplanning kan de trustfiguur worden aangewend als een 'functionele extensie van het eigendomsrecht' – De wig die het trustrecht drijft tussen de waarde van de onder trustverband gebrachte goederen *ut singuli*, laat de trustfiguur toe om, achter de *legal title* van de *trustee* een potentieel zeer complex systeem van gerechtigdheden te doen schuilen op een wijze die geen overdaad aan informatiekosten impliceert voor derden die met de *trustee* in contact komen. Specifiek in een intergenerationale context, laat dit de *settlor* toe om op een meer volkomen wijze over diens goederen te beschikken dan anders mogelijks het geval zou zijn geweest. De *trustee* wordt echter niet geprikkeld om de doeleinden van de *trust* waar te nemen door het gegeven dat de waarde van de onder trustverband gebrachte goederen ook aan hem of haar toekomt. Deze prikkel wordt principieel vervangen door de mogelijkheid tot vergoeding, de vele verplichtingen die op hem of haar rusten, en de afdwingingsmogelijkheden die in handen zijn van de *beneficiaries*. Daaraan kan echter afbreuk worden gedaan door het uithollen van deze verplichtingen door allerlei exoneratieclausules en dergelijke meer. Bovendien vormt het voorgaande niet de enige mogelijke functie die met een trust kan worden beoogd (zie *supra*, randnr. 109).

401. Een common law trust is geen 'contract' of 'entiteit' – De *common law trust* fungeert in de eerste plaats als een mogelijke wijze waarop goederen kunnen worden aangehouden door een *trustee*, i.e. ten bate van *beneficiaries* of ten bate van een bepaald doel. Doorheen Deel II van dit onderzoek is echter eveneens gebleken dat de *trust* als zodanig geen overeenkomst of 'deal' is en evenmin een op zichzelf staande 'entiteit'. De debatten dienaangaande worden echter bemoeilijkt door een aantal verschillende factoren. Zo is het aannemelijk dat, althans in de hoofden van veel *settlers*, de *trust* toch een soort 'deal' met de *trustee* vertegenwoordigt omtrent de wijze waarop de onder trustverband gebrachte goederen moeten worden beheerd. Bovendien wordt vaak over *trusts* gesproken, als ware het een afzonderlijke entiteit en heeft het trustrecht wel degelijk een bepaalde mate van '*asset partitioning*' tot gevolg. Bij nader inzien bleek geen van beide conceptuele verklaringsmodellen juridisch waterdicht te zijn. De benadering van de *trust* als 'fonds' bleek overigens evenmin in alle gevallen op te gaan. Dit alles is echter opnieuw te wijten aan het gegeven dat met *trusts* dermate veel verschillende doeleinden kunnen worden nagestreefd en dat er dermate veel verschillende trustcategorieën bestaan. Specifiek voor wat betreft de *express private trust* die wordt aangewend in de context van het privaat vermogensbeheer, en die nog steeds als 'grondvorm' wordt beschouwd (zie *supra*,

randnr. 390) bleek de fondsbenadering over het algemeen de sterkste verklaringskracht te bezitten.

402. 'De trust' bestaat niet – Uit het voorgaande kwam over het algemeen vooral duidelijk naar voren dat 'de' prototypische *trust* niet bestaat. Op de vraag wat een *trust* net 'is' kan dan ook geen antwoord worden geboden. Volstaan moet worden met verklaringsmodellen die specifieke trustvarianten die worden aangewend in verschillende specifieke contexten nader in ogenschouw nemen. In het verdere verloop van dit onderzoek zal dan in beginsel ook de *express private trust* als uitgangspunt worden gehanteerd.

Deel III: De civielrechtelijke erkenning van de Angelsaksische *trust*

“Die Grenzen meiner Sprache bedeuten die Grenzen meiner Welt”

L. WITTGENSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus*, 5.6.

I. Inleiding – Over de *trust* als vreemde rechtsfiguur

403. In Deel II van voorliggend onderzoek werd de Angelsaksische *trust*, als afzonderlijke rechtsfiguur¹¹¹⁸, uitgebreid onderzocht en geanalyseerd, met als eerste bedoeling een (juridisch) waarheidsgetrouw beeld te schetsen van deze complexe en plastische rechtsfiguur. In dit deel zal daarentegen de vraag naar de civielrechtelijke erkenning van de Anglo-Amerikaanse trustfiguur centraal staan. In de hedendaagse, geglobaliseerde samenleving blijft het gebruik van *trusts* door allerhande rechtssubjecten, alsook de rechtsgevolgen daarvan, immers niet beperkt binnen een aantal nationale landsgrenzen, en zelfs niet binnen de *common law*-wereld. Aan het begin van de jaren '80 van de vorige eeuw werd door de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht opgemerkt dat het aantal situaties waarin civielrechtelijke landen werden geconfronteerd met het gebruik van buitenlandse (*common law*-) *trusts* toenam door de aanzwellende globalisering.¹¹¹⁹ Eenzelfde vaststelling werd overigens reeds gemaakt door LEPAULLE in 1933.¹¹²⁰ Een realiteit die overigens niet steeds wordt gereflecteerd in het aantal (gepubliceerde) rechterlijke uitspraken omtrent deze materie.¹¹²¹ Hoewel er intussen heel wat jaren verstreken sedert deze vaststelling, leert de hedendaagse realiteit dat kennelijk noch het gebruik van *trusts*, noch het

¹¹¹⁸ Hoewel tevens is gebleken dat Engelse en Amerikaanse *trusts* – of nauwkeuriger: de wijze waarop beide trustvormen binnen hun respectievelijke rechtssystemen worden geconcipieerd – op verschillende punten divergeren, *supra*, randnr. 343 e.v. Wanneer wordt gesproken over ‘de Anglo-Amerikaanse *trust*’ wordt dan ook eerder gerefereerd naar de conceptuele notie van het klassieke trustmodel, eerder dan een specifiek aan te wijzen rechtsfiguur.

¹¹¹⁹ A. DYER, H. VAN LOON, “Report on trusts and analogous institutions” in CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) – Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 66. Hoewel gepubliceerd in 1985 dateert het genoemde rapport van 1982.

¹¹²⁰ P. LEPAULLE, “Trusts and the Civil Law”, *Journal of Comparative Legislation and International Law* 1933, 18.

¹¹²¹ *Ibid.*

grensoverschrijdend rechtsverkeer is verminderd sinds het begin van de jaren '80 van de vorige eeuw.¹¹²²

404. De genoemde realiteit stelt ons evenwel voor een aantal bijzondere uitdagingen. Angelsaksische *trusts* zijn niet enkel bijzonder complexe en plastische rechtsfiguren, zij zijn tevens volledig vreemd aan onze rechtsorde.¹¹²³ In het geval de Belgische rechtsorde in aanraking komt met een *trust*, wordt zij dus niet enkel geconfronteerd met een *buitenlandse* rechtsfiguur, maar tevens met een haar geheel onbekende rechtsfiguur, waarvoor *prima facie* geen aanwijsbaar equivalent bestaat binnen de Belgische rechtsorde. Aangezien het Belgische recht de trustfiguur niet kent, kan deze rechtsfiguur slechts via de poort van het internationaal privaatrecht in onze rechtsorde doordringen.¹¹²⁴ Deze aanraking doet, onder meer op civielrechtelijk vlak, een aantal vragen rijzen. Erkent de Belgische rechtsorde überhaupt het afzonderlijke bestaan van deze vreemde rechtsfiguur? Zijn er voorwaarden verbonden aan deze erkenning? Worden de rechtsgevolgen van deze figuur in aanmerking genomen? En zo ja, welke rechtsgevolgen? Worden de gevolgen van deze erkenning door ons rechtstelsel beperkt?

Met andere woorden: hoe kan het gebruik van deze *trusts* worden 'ingepast' in het Belgische rechtssysteem? Met de vraag naar de loutere 'erkenning' van buitenlandse *trusts* is de kous echter nog niet af. De verschillende rechten, bevoegdheden en verplichtingen van *settlers*, *trustees* en *beneficiaries* kunnen slechts worden vastgesteld aan de hand van de toepasselijke *lex causae*, i.e. het recht dat op de trustverhouding van toepassing is. Het Belgische internationaal privaatrecht dient hiertoe te verwijzen naar het van toepassing zijnde recht op de trustverhouding. Zulks veronderstelt echter al dat er een geëigende internationaal privaatrechtelijke methode bestaat die toelaat om de *lex causae* in kwestie te identificeren.

Verder ontstaat bovendien een wisselwerking tussen de (interne) rechtsgevolgen van de trustverhouding en de vraag naar de rechten van erfgenamen, schuldeisers en andere derden die rechtstreeks of onrechtstreeks in aanraking kunnen komen met de trustverhouding.

405. Wegens deze talrijke vragen en de hoger gedane vaststelling dat *trusts* in toenemende mate deel zijn gaan uitmaken van het internationale rechtsverkeer, besliste de Haagse Conferentie voor internationaal privaatrecht om deze problematiek aan een nader onderzoek te onderwerpen. Deze inspanningen

¹¹²² D. HAYTON, "The increasing significance of conflicts of laws' issues", *Trusts & Trustees* 2014, 1069; L. WEYTS, "To trust or not to trust: het notariaat geconfronteerd met deze Angelsaksische rechtsfiguur, from the frontdoor to the backdoor", *T.Not.* 2017, 392.

¹¹²³ Adv.RvS. 29.210/2 bij het wetsvoorstel houdende het wetboek van internationaal privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2001 – 2002, nr. 2-1225/1, 291.

¹¹²⁴ Gelijkaardige opmerkingen werden reeds gemaakt in Nederland, zie: C.D. VAN BOESCHOTEN, "Het Haagse Trustverdrag in Nederlands Perspectief" in *Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht*, Lelystad, Koninklijke Vermande BV, 1994, 1.

mondden uit in het Haagse Trustverdrag.¹¹²⁵ België heeft dit Verdrag evenwel niet ondertekend, noch geratificeerd. Dit hoeft evenwel niet te impliceren dat het Haagse Trustverdrag geen bijzondere invloed heeft gehad op de relevante Belgische IPR-regels (*infra*, randnr. 713 e.v.).¹¹²⁶

406. Wanneer de Belgische rechtsorde wordt geconfronteerd met een buitenlandse *trust*, stoten wij vanaf het begin op een mogelijk probleem. Vooral de bovenstaande vragen kunnen worden beantwoord aan de hand van het samenspel van verschillende internationaal privaatrechtelijke en toepasselijke materiële rechtsregels, moet eerst en vooral worden onderzocht welke buitenlandse rechtsfiguur er voorhanden is. Dit is nodig om in tweede instantie te kunnen nagaan op welke internationaal privaatrechtelijke verwijzingsregel een beroep moet worden gedaan teneinde het materieel van toepassing zijnde recht te kunnen vaststellen.¹¹²⁷ Ook voor de bevoegdheid van de Belgische rechtbanken om kennis te nemen van geschillen aangaande de *trust* op grond van de bepalingen van de Brussel *Ibis*-Verordening¹¹²⁸ of op basis van artikel 123 Wetboek Internationaal Privaatrecht (verder 'WIPR'), dient eerst vast komen te staan dat er inderdaad een trustverhouding voorhanden is.

Dit punt is minder evident dan het op het eerste gezicht lijkt.¹¹²⁹ Niet alleen blijkt de rechtsfiguur '*trust*' in het Belgische recht (alsook in vele andere continentale

¹¹²⁵ De volgende Staten en gebieden zijn partij bij dit Verdrag: Australië, Canada (behalve Ontario en Québec), Italië, Liechtenstein, Luxemburg, Monaco, Malta, Zwitserland, Nederland, San Marino en het Verenigd Koninkrijk. Het Verdrag verbindt tevens een aantal *Crown Dependencies*, *Overseas Territories* en *Sovereign Base Areas* van het Verenigd Koninkrijk: Akrotiri en Dhekelia (Cyprus), Bermuda, de Britse Maagdeneilanden, de Falklands, Gibraltar, Montserrat, Guernsey, Isle of Man, Jersey, St. Helena, de Turks en Caicoseilanden, Zuid-Georgia en het Brits Antarctisch Territorium. Ten slotte verbindt het Verdrag ook Hong Kong, dat in 1997 door het Verenigd Koninkrijk werd overgedragen aan de Volksrepubliek China en vandaag geldt als een bijzondere administratieve regio van de Volksrepubliek China. Het Verdrag werd ondertekend, maar niet geratificeerd door Frankrijk en de USA.

Zie de Statustabel van het Haagse Trustverdrag:

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=59

¹¹²⁶ MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl. St. Senaat* 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 138 e.v.; J. ERAUW, "De trust en de trustachtigen in het nieuwe Belgische IPR", *TEP* 2005, 272 – 275; J. ERAUW, "Trust en trustachtige figuren in België. Het toepasselijk recht" in J. BAEL *et al.* (eds.), *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 396 – 397.

¹¹²⁷ Cf. K. LENAERTS, "Systeemschets van het internationaal privaatrecht", *Jura. Falc.* 1983 – 1984, 467.

¹¹²⁸ Verordening 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PB.L.* 20 december 2012, afl. 351/1. Deze Verordening is in werking getreden op 10 januari 2015.

¹¹²⁹ "In order to determine how civil law rules of international private law apply to a foreign legal technique, it is necessary to find out first what is the nature of that foreign legal technique taken in itself. Hence, if we want to know what civil law courts will do with an Anglo-Saxon trust, we must first know what a trust is, or at least what our courts will understand a trust to be. That preliminary task is, indeed, far from easy." Zie: P. LEPAULLE, "Trusts and the Civil Law", *Journal of Comparative Legislation and International Law* 1933, 18.

rechtsstelsels) niet te bestaan; uit Deel II van voorliggend onderzoek is tevens gebleken dat 'dé trust' gewoon niet bestaat. Zo is gebleken dat binnen de *common law*-literatuur ter zake geen eensgezindheid bestaat over een aantal vraagstukken betreffende de juridische aard van de trustverhouding, de rechtsfiguur uitermate plastisch van aard is en het nagenoeg onmogelijk is om haar te definiëren. Hiermee rijst de vraag of – wanneer wij het woord 'trust' in de mond nemen – eigenlijk kunnen verwijzen naar een coherent en eenvormig juridisch concept?

407. Deze vraag is ook reeds aan de orde gesteld in de *common law*-literatuur¹¹³⁰ (zie ook *supra*, randnr. 288 e.v.), maar de kwestie blijft – net zoals een significant aantal andere juridische kwesties binnen het trustrecht – ook binnen de *common law*-stelsels vooralsnog onopgelost.¹¹³¹

Uit het hoger (*supra*, randnr. 129) aangehaalde citaat van HAYTON ("like an elephant, a trust is difficult to describe but easy to recognize") blijkt alvast dat *common law*-juristen hier geen fundamenteel probleem waarnemen. Bovendien blijkt uit het grote succes dat de trustfiguur in *common law*-stelsels kent¹¹³², dat deze conceptuele onduidelijkheden in *common law*-stelsels nooit een onoverkomelijk obstakel zijn geweest. Integendeel, de kennelijk vage grenzen van de amorfe trustfiguur hebben haar steeds in staat gesteld mee te evolueren met haar tijd, en zelfs om onverholven aanvallen tegen haar rechtsgeldigheid te overleven (*supra*, randnr. 94 e.v.). De trustfiguur vormt ten slotte sinds jaar en dag een gemeenrechtelijk onderdeel van *common law*-stelsels, zelfs in die mate dat wanneer een Engelse jurist op onbevagen wijze naar continentale civielrechtelijke codificaties zou kijken, hij of zij de afwezigheid van de trustfiguur vermoedelijk zou kwalificeren als een groot zwart gat.¹¹³³

408. Eén en ander doet denken aan de beschouwing van WITTGENSTEIN omtrent de betekenis van het begrip 'taalspel' ('*Sprachspiel*'), zoals dat door hem werd aangewend in zijn werk *Philosophische Untersuchungen*, waar hij door middel van het schetsen van verschillende 'taalspellen' aantoont dat de betekenis van verschillende woorden en de betekenis van gebruikte taal varieert, afhankelijk van de context waarin zij worden aangewend.¹¹³⁴ Interessant is dat WITTGENSTEIN, wanneer hij nagaat welke dan de betekenis is van het begrip '*Spiel*', vervolgens stelt dat het onmogelijk is om van dit begrip een exacte definitie te geven.¹¹³⁵

¹¹³⁰ G. GRETTON, "Up there in the *Begriffshimmel*?" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 524 - 545; D.W.M. WATERS, "The Trust in a Changed and Yet Changing World", *Journal of International Trust and Corporate Planning* 2008, 205.

¹¹³¹ J.P. WEBB, "An ever-reducing core? Challenging the legal validity of offshore trusts", *Trusts & Trustees* 2015, 479.

¹¹³² P. MATTHEWS, "The place of the trust in English law and in English life", *Trusts & Trustees* 2013, 242 - 254; M. LUPOI, "The Shapeless Trust", *Trusts & Trustees* 1995, afl. 3, 16; P. LEPAULLE, "Civil Law Substitutes for Trusts", *Yale Law Journal* 1926 - 1927, 1126.

¹¹³³ F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 23.

¹¹³⁴ L. WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, Oxford, Basil Blackwell, 1958, 250p.

¹¹³⁵ *Ibid*, para. 65 - 67: "65. Here we come up against the great question that lies behind all these considerations.—For someone might object against me: "You take the easy way out! You talk about all sorts of language-games, but have nowhere said what the essence

WITTGENSTEIN komt uiteindelijk tot de conclusie dat alle door hem opgenoemde voorbeelden van spellen een aantal wisselende karakteristieken vertonen, maar dat wanneer wordt ingezoomd op individuele kenmerken, er telkens een aantal andere spellen uit de boot vallen, zodat de individuele karakteristiek niet kan worden verheven tot een element van een definitie. De auteur maakt dan ook een analogie met familiegelekenissen: indien we – onbewust – voldoende (mogelijks variërende) gelekenissen zien tussen verschillende personen, kan dit voldoende zijn om te besluiten dat zij tot eenzelfde ‘familie’ behoren.

Hier kan de analogie worden gemaakt met vraag naar welke juridische verhoudingen, binnen de *common law*, onder het begrip ‘trust’ vallen. Hoewel het kennelijk quasi-onmogelijk is om een definitie van het begrip te geven of om aan te geven welke de exacte kern van het begrip ‘trust’ is (vgl. met de vraag naar de kern van het begrip ‘spel’), is het voor *common law*-juristen zeker geen onmogelijke opgave om trusts te onderscheiden van rechtsverhoudingen die geen trusts zijn, ook al lijken zij mogelijks op elkaar (zie *supra*, randnr. 140 e.v.). Net zomin als het geen onmogelijke opgave is om een spel te onderscheiden van een gelekaardige activiteit die geen spel is. Zo kan bijvoorbeeld de deelname aan een autorace worden onderscheiden van het louter deelnemen aan het verkeer met de auto om naar een winkel te rijden. Of er daarom een ‘zuiver’ of ‘puur’ concept van

of a language-game, and hence of language, is: what is common to all these activities, and what makes them into language or parts of language. So you let yourself off the very part of the investigation that once gave you yourself most headache, the part about the general form of propositions and of language." And this is true.—Instead of producing something common to all that we call language, I am saying that these phenomena have no one thing in common which makes us use the same word for all,— but that they are related to one another in many different ways. And it is because of this relationship, or these relationships, that we call them all "language". I will try to explain this.

66. *Consider for example the proceedings that we call "games". I mean board-games, card-games, ball-games, Olympic games, and so on. What is common to them all?—Don't say: "There must be something common, or they would not be called 'games' "—but look and see whether there is anything common to all.—For if you look at them you will not see something that is common to all, but similarities, relationships, and a whole series of them at that. To repeat: don't think, but look!—Look for example at board-games, with their multifarious relationships. Now pass to card-games; here you find many correspondences with the first group, but many common features drop out, and others appear. When we pass next to ballgames, much that is common is retained, but much is lost.—Are they all 'amusing'? Compare chess with noughts and crosses. Or is there always winning and losing, or competition between players? Think of patience. In ball games there is winning and losing; but when a child throws his ball at the wall and catches it again, this feature has disappeared. Look at the parts played by skill and luck; and at the difference between skill in chess and skill in tennis. Think now of games like ring-a-ring-a-roses; here is the element of amusement, but how many other characteristic features have disappeared! And we can go through the many, many other groups of games in the same way; can see how similarities crop up and disappear. And the result of this examination is: we see a complicated network of similarities overlapping and criss-crossing: sometimes overall similarities, sometimes similarities of detail.*

67. *I can think of no better expression to characterize these similarities than "family resemblances"; for the various resemblances between members of a family: build, features, colour of eyes, gait, temperament, etc. etc. overlap and criss-cross in the same way.— And I shall say: 'games' form a family."*

het begrip *trust* bestaat in VON JHERINGS *juristische Begriffshimmel*¹¹³⁶, dat kan gelden als volmaakt juridisch correct, kan o.i. worden betwijfeld.

409. Hoewel het identificeren van de *trust* als een op zichzelf staande rechtsverhouding kennelijk geen fundamenteel probleem oplevert voor *common lawyers*, kan vermoedelijk niet hetzelfde worden gezegd voor *civil law*-juristen. De rechtsfiguur *trust* is immers geen inherent onderdeel van de 'rechtstaal' in *civil law*-stelsels. Meer zelfs, de (*common law*) *trust* is een volkomen onbekende rechtsfiguur in de meeste *civil law*-stelsels, waarvoor zoals gezegd geen rechtstreeks equivalente rechtsfiguur bestaat. Het is vermoedelijk om deze reden dat een invloedrijk internationaal privaatrechtelijk instrument als het Haagse Trustverdrag in haar tweede artikel zelf een aantal karakteristieken ('familiegelijkenissen') aangeeft die een juridische verhouding dient te vertonen vooraleer deze juridische verhouding kan worden geïdentificeerd als een *trust* voor de doeleinden van het verdrag (zie *infra*, randnr. 483 e.v.). Dit is een markante eigenschap van het Haagse Trustverdrag. In andere internationaal privaatrechtelijke verdragen van de Haagse Conferentie of van andere instellingen wordt niet betracht om de betrokken rechtsverhouding te omschrijven of te definiëren. Zo wordt in het CISG-Verdrag van 1980 nergens gedefinieerd wat net dient te worden begrepen onder '*contracts of sale of goods*'.¹¹³⁷ Evenmin wordt in het Verdrag van 29 mei 1993 inzake de bescherming van kinderen en de samenwerking op het gebied van interlandelijke adoptie ("Haags Adoptieverdrag"), waarbij België overigens partij is¹¹³⁸, het begrip 'adoptie' gedefinieerd. Ook wordt in het Verdrag van 14 maart 1978 inzake de voltrekking en de erkenning van de geldigheid van huwelijken nergens uiteengezet wat moet worden verstaan onder het begrip 'huwelijk'.

Veelal wordt als gegeven genomen dat de interpretatoren van de teksten van dergelijke verdragen weten naar welke rechtsfiguren of rechtsverhoudingen wordt gerefereerd in het verdrag, te meer nu deze begrippen telkens moeten worden geïnterpreteerd in een internationale context.¹¹³⁹ Gelet op het voorgaande hoeft dit

¹¹³⁶ Zie: R. VON JHERING, "Im juristischen Begriffshimmel" in R. VON JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1885. In dit essay bekritiseert VON JHERING op satirische wijze de Duitse Pandectisten, die volgens hem doorgedreven conceptualistisch te werk gingen en gebruik maakten van al te abstracte en formalistische juridische redeneringen. In deze *Begriffshimmel* zouden deze auteurs volgens VON JHERING de door hen gebezigde juridische begrippen kunnen aantreffen in hun meest pure en juiste vorm. Zo stelt VON JHERING: "Da Du Romanist bist, so kommst Du in den juristischen Begriffshimmel. In ihm findest Du alle die juristischen Begriffe, mit denen Du Dich auf Erden so viel beschäftigt hast, wieder. Aber nicht in ihrer unvollkommenen Gestalt, in ihrer Verunstaltung, die sie auf Erden durch die Gesetzgeber und Praktiker erfahren haben, sondern in ihrer vollendeten, fleckenlosen Reinheit und idealen Schönheit."

¹¹³⁷ Zie art. 1(1) CISG.

¹¹³⁸ Verdrag inzake de internationale samenwerking en de bescherming van kinderen op het gebied van de interlandelijke adoptie, gedaan te Den Haag op 29 mei 1993, BS 6 juni 2005, 26063. Het Verdrag is voor België in werking getreden op 1 september 2005.

¹¹³⁹ M. GRAZIDEI, "Recognition of common law trusts in civil law jurisdictions under the Hague Trusts Convention with particular regard to the Italian experience" in L. SMITH (ed.), *Re-imagining the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 45.

niet te verbazen. Hoewel de materieelrechtelijke regels ter zake kunnen verschillen kennen de meeste rechtsordes vermoedelijk wel een rechtsfiguur 'huwelijk', 'verkoop' of 'adoptie'. De functionele equivalentie van een buitenlandse rechtsfiguur kan zodoende beoordeeld worden aan de hand van de gelijkenissen of verschillen met een rechtsfiguur die inherent is aan de eigen rechtsorde. In het geval van de *trust* is een dergelijke equivalente rechtsfiguur niet voorhanden.

410. Ook de Belgische wetgever heeft ervoor geopteerd om, naar het voorbeeld van het Haagse Trustverdrag, in het WIPR een afzonderlijk artikel te wijden aan het begrip '*trust*'. Niet alleen wordt hiermee een omschrijving geboden van wat in het Belgische internationaal privaatrecht moet worden begrepen onder het begrip '*trust*', maar bovendien beperkt de omschrijving van dit begrip volgens de wetgever het aantal types van 'fiduciare rechtsverhoudingen' waarop (dit artikel van) het wetboek betrekking heeft.¹¹⁴⁰ Zodoende beoogde de wetgever met artikel 122 WIPR niet enkel een identificatieve functie, maar tevens een beperkende functie: enkel de rechtsverhoudingen die de toets aan de genoemde kenmerken in artikel 122 WIPR doorstaan, zullen door de poort van het Belgische IPR kunnen worden 'ontvangen' en 'erkend' als *trust* (zie *infra*, randnr. 723 e.v.).

Het opnemen van een dergelijk artikel in het WIPR wekte kennelijk de verbazing op van de Raad van State, die in zijn advies betreffende het voorontwerp van het WIPR het volgende opmerkte: "*Het feit dat dit artikel in het ontwerp opgenomen is, is verrassend; in het ontwerp wordt immers nooit bepaald wat verstaan wordt onder de woorden die gebezigd worden om belangrijke rechtsfiguren aan te geven, zoals het huwelijk, de afstamming, de echtscheiding, de erfopvolging, de verbintenissen uit overeenkomst of de verbintenissen uit oneigenlijke overeenkomst, enz. De noodzaak die gebleken is om in het ontwerp zelf het begrip "trust" wettelijk te omschrijven alvorens de internationaal privaatrechtelijke regels betreffende trusts te geven, hangt samen met de omstandigheid dat die rechtsfiguur geen deel uitmaakt van het Belgische privaatrechtelijke rechtsstelsel, zodat die rechtsfiguur, die in dat rechtsstelsel als het ware onbekend is, met geen enkel woord of geen enkele uitdrukking uit de rechtstaal die in het Belgische materieel recht gebezigd wordt, kan worden aangegeven.*"¹¹⁴¹

De Raad van State, afdeling Wetgeving legt hier inderdaad de vinger op de wonde: de rechtsfiguur *trust* is dermate vreemd aan het Belgische rechtsstelsel, dat er in dat rechtsstelsel zelfs geen geëigend woord bestaat om het concept aan te duiden. Het is vermoedelijk om deze reden dat, *à défaut de mieux*, het begrip 'trustachtige figuur' ingang heeft gevonden in de Belgische rechtstaal.¹¹⁴² SWENNEN heeft hierbij treffend opgemerkt dat de suffix "-achtige" impliceert dat iets behoort tot een bepaalde groep, waarbij de groep wordt bepaald aan de hand van een kenmerkende

¹¹⁴⁰ MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 139.

¹¹⁴¹ Adv.RvS. 29.210/2 bij het wetsvoorstel houdende het wetboek van internationaal privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2001 – 2002, nr. 2-1225/1, 291.

¹¹⁴² Zie hierover in het bijzonder: H. SWENNEN, "Trustachtige rechtsfiguren in België", *TPR* 1992, 1097 – 1132.

kwaliteit, die ook voorhanden is in de stamfiguur waarnaar wordt verwezen.¹¹⁴³ In bepaalde gevallen kan echter worden betwijfeld of de kenmerkende kwaliteit wel (geheel) zuiver voorhanden is bij de stamfiguur waarnaar wordt verwezen. Soms kan zelfs het bestaan van één duidelijke stamfiguur worden betwijfeld of kan een zaak tot een bepaalde groep worden gerekend om deze deelachtig te maken aan het 'chic' dat kleeft aan de (vermeende) stamfiguur.¹¹⁴⁴ Zo stelt de auteur: "*In menig natuurhistorisch museum is vroeger een reptielenbot dinosaurusachtig verklaard: een kwestie van verkoop.*"¹¹⁴⁵

Welnu, er kan worden opgemerkt dat, zelfs los van de bedenkingen die worden opgeworpen door SWENNEN, het gebruik van een concept als 'trustachtige figuren' de vigerende conceptuele twijfel inzake het wezen van de trustfiguur tot in de tweede macht verheft. Zelfs binnen de contouren van de rechtsstelsels waaraan de *trust* zelf is ontsproten, blijkt het onmogelijk om een definitie te geven van deze rechtsfiguur. Hoogstens slaagt de rechtsleer erin om een (vage) 'kern' te destilleren die gemeenschappelijk is aan de verschillende hoedanigheden waarmee de *trust* kan verschijnen en kan deze kern verder worden aangevuld of afgedekt met een 'schil' van een variabel aantal 'familiegelijkenissen'. Het hoeft dan ook geen verbazing te wekken dat, wanneer een dergelijk juridisch concept, dat bovendien vreemd is aan de eigen rechtsorde, wordt geselecteerd als stamfiguur, de groep van de '-achtigen' zelf zeer moeilijk af te lijnen zal zijn. Om deze reden kunnen verschillende vraagtekens worden geplaatst bij de eigenlijke waarde van een begrip als 'trustachtige figuren'.

Dit alles wordt overigens bevestigd wanneer de hoger (*supra*, randnr. 10) geboden opsomming van rechtsfiguren die de titel van 'trustachtige figuur' op enig moment hebben toebedeeld gekregen. Tussen deze verschillende rechtsfiguren bestaat – op hun betiteling als 'trustachtige figuur' na – in de regel weinig verwantschap of juridische samenhang. Hoogstens zou kunnen worden aangevoerd dat zij één of meer karakteristieken vertonen die doen denken aan een *trust*. Echter, gelet op de enorme plasticiteit van *trusts* hoeft het niet te verbazen dat zij (kunnen) lijken op verschillende andere (continentale) rechtsfiguren. De vraag die hierbij moet worden gesteld is of hier ook rechtstheoretische conclusies uit kunnen of dienen te worden getrokken.

411. In wat volgt zal worden onderzocht hoe de buitenlandse *trust* als *corpus alienum* door de Belgische rechtsorde wordt ontvangen, gekwalificeerd en 'ingepast' op civielrechtelijk vlak, door middel van het internationaal privaatrecht. Hierbij zal tevens aandacht worden besteed aan hoe dit proces werkt in de enkele andere onderzochte *civil law*-stelsels, zoals Nederland, Frankrijk en Zwitserland. Ook zal nader worden ingegaan op de gelijkenissen en verschillen tussen de aanpak die wordt gehanteerd in het Belgische WIPR en het Haagse Trustverdrag. De twee laatstgenoemde vraagstukken hangen overigens nauw samen. Aangezien zowel Nederland als Zwitserland het Haagse Trustverdrag hebben geratificeerd, kan de

¹¹⁴³ *Ibid*, 1097.

¹¹⁴⁴ *Ibid*, 1097 – 1098.

¹¹⁴⁵ *Ibid*, 1098.

benadering die in deze stelsels wordt gevolgd, een inspiratiebron vormen voor de Belgische benadering. Frankrijk daarentegen, kent tot op de dag van vandaag geen afzonderlijke internationaal privaatrechtelijke verwijzingsregel voor *trusts*. De Franse situatie correspondeert daarmee met de Belgische situatie vóór de inwerkingtreding van het Belgische WIPR. Het mee in ogenschouw nemen van de Franse situatie kan daarmee inzichtelijk zijn om te onderzoeken met welke situatie het Belgische WIPR komaf heeft willen maken. De voorgaande Vooraleer hiertoe kan worden overgegaan, wordt evenwel eerst op beknopte wijze ingegaan op de algemene methodiek van het internationaal privaatrecht. Gelet op de bijzondere aard van de trustfiguur is het immers nodig om voldoende inzicht te vergaren in de bredere systematiek van het IPR als zodanig vooraleer kan worden onderzocht op welke wijze dfe trustfiguur in deze systematiek kan worden ingepast. Vervolgens wordt nader ingegaan op de toepassing van de regels van het internationaal privaatrecht op de Angelsaksische trustfiguur.

II. Internationaal privaatrechtelijke aspecten van de Angelsaksische trust, m.i.v. van de vraag naar de civielrechtelijke erkenning van de Angelsaksische trust

A. Algemene systematiek van het internationaal privaatrecht

1. Voorwerp van het IPR

412. Een zeer bekende omschrijving van het voorwerp van het internationaal privaatrecht luidt als volgt. Het gaat om "*l'ensemble de règles applicables aux seules personnes privées dans les relations de la société internationale*".¹¹⁴⁶ Opvallend kenmerk van het IPR is echter dat, hoewel het de rechtsbetrekkingen tussen rechtssubjecten in een internationaal verband beheerst, het in essentie nationaal recht is.¹¹⁴⁷ Het gaat daarom in het IPR steeds om een nationaalrechtelijke benadering van grensoverschrijdende rechtsvragen¹¹⁴⁸, wanneer meerdere rechtssystemen op civielrechtelijk of handelsrechtelijk vlak met elkaar in aanraking of concurrentie komen.

413. Het internationaal privaatrecht omhelst in essentie drie afzonderlijke processen of onderdelen, die een antwoord bieden op drie soorten juridische 'conflicten' die zich kunnen voordoen wanneer verschillende rechtsordes met elkaar in aanraking komen.¹¹⁴⁹ Allereerst ontstaat de vraag naar de voorwaarden waaronder de nationale rechtbanken internationale bevoegdheid genieten om kennis te nemen van een geschil met grensoverschrijdende elementen ('*conflicts de jurisdictions*', '*conflict of jurisdictions*'). Ten tweede komt de 'harde kern' van het

¹¹⁴⁶ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit international privé*, Parijs, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981, I, 3.

Een mooie verantwoording voor het wezen van het IPR komt naar voren in het volgende gedicht van JOHN DONNE (1572 – 1631): "*No man is an island, Entire of itself, Every man is a piece of the continent, A part of the main*", zie: A. BRIGGS, *Private International Law before English Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 1.

¹¹⁴⁷ G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, 2; J. ERAUW m.m.v. H. STORME, *Deel XVII 'Internationaal Privaatrecht'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 43; K. LENAERTS, "Systeemschets van het internationaal privaatrecht", *Jura. Falc.* 1983 – 1984, 465.

¹¹⁴⁸ K. SIEHR, "General Problems of Private International Law in Modern Codifications" in P. ŠARČEVIĆ, P. VOLKEN, A. BONOMI (eds.), *Yearbook of Private International Law, Vol. VII*, München, Sellier, 2006, 20.

¹¹⁴⁹ T.C. HARTLEY, *International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International Law, 2nd Edition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 3; B. DE GROOTE, R. DE CORTE, *Privaatrecht in Hoofdpijnen, Deel 2*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 414; G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, 3 – 5; J. ERAUW m.m.v. H. STORME, *Deel XVII 'Internationaal Privaatrecht'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 41 e.v.

Bepaalde auteurs voegen hier nog een vierde deelgebied aan toe, i.e. de regels met betrekking tot allerhande vormen van gerechtelijke en administratieve samenwerkingsinstrumenten. Zie: A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Algemeen Deel IPR in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2013, 7.

IPR aan bod: de vraag naar welke materiële (privaatrechtelijke) rechtsregels van toepassing zijn op het onderhavige geval. Op dit punt kan een inhoudelijke divergentie ontstaan tussen de materieelrechtelijke regels van het rechtsstelsel waartoe het *forum* behoort en de materieelrechtelijke regels van andere rechtsstelsels, waarmee het onderhavige geschil eveneens aanknopingspunten vertoont ('*conflicts de lois*', '*conflict of laws*'). Door middel van een samenspel van verwijzingsregels die fungeren als 'selectienormen', wordt doorverwezen naar het rechtsstelsel dat op materieelrechtelijk vlak de betrokken rechtsvragen beheerst.¹¹⁵⁰ Door het toepassen van deze verwijzingsregels wordt als het ware orde geschept in de chaos waartoe de potentiële toepasselijkheid van verschillende conflicterende rechtsregels aanleiding kan geven. Ten derde komt de vraag aan bod naar de voorwaarden waaronder buitenlandse akten en rechterlijke uitspraken kunnen worden erkend en/of kunnen worden uitvoerbaar verklaard.

2. Eerste proces: het vaststellen van de internationale bevoegdheid

414. Het IPR verschilt op twee belangrijke punten van het internationaal publiekrecht: enerzijds heeft het IPR tot doel om privaatrechtelijke verhoudingen tussen private partijen binnen een grensoverschrijdende context te regelen, eerder dan verhoudingen tussen staten onderling. Anderzijds wordt het IPR in de eerste plaats toegepast door nationale gerechtshoven.¹¹⁵¹ Hoewel binnen de context van het IPR klassiek de meeste nadruk werd gelegd op het tweede proces, i.e. het aanwijzen van het toepasselijke recht op de voorliggende rechtsvraag (zie *infra*, randnr. 417), wordt in het hedendaagse IPR terecht ook een sterke nadruk gelegd op het belang van het bevoegde forum. Zelfs in die mate dat bepaalde auteurs aan de vraag naar het bevoegde forum een groter belang toeschrijven dan aan de vraag naar het op de onderhavige rechtskwestie van toepassing zijnde recht.¹¹⁵² Een belangrijke reden hiervoor is onder meer dat de bevoegde rechtbank steeds zijn eigen procedureregels zal toepassen op vraagstukken van procedurele aard.¹¹⁵³ Kwesties in verband met het aanleveren van bewijsmateriaal, rechtsplegingsvergoedingen, de vraag of er een juryproces zal worden gevoerd en dergelijke meer, worden steeds bepaald door de *lex fori*. Verder kunnen er grote

¹¹⁵⁰ G. VAN HECKE m.m.v. K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Story-Scientia, 1989, 93.

¹¹⁵¹ D.P. STEWART, "Private International Law: a Dynamic and Developing Field", *University of Pennsylvania Journal of International Law* 2009, 1123. STEWART merkt daarbij tevens op dat veel internationaal privaatrechtelijke instrumenten ook tot doel hebben om de verschillende materieelrechtelijke regelingen binnen nationale rechtsordes te harmoniseren, teneinde het transnationaal verkeer van personen, goederen en diensten te faciliteren.

¹¹⁵² T.C. HARTLEY, *International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International Law, 2nd Edition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 6 – 8.

¹¹⁵³ G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, 3. In Nederland wordt zulks uitdrukkelijk bepaald door artikel 10:3 NBW, zie ook: A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Algemeen Deel IPR in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2013, 28 – 30.

verschillen bestaan tussen de competenties of bijzondere expertises van verschillende fora, de wijze waarop verschillende fora dezelfde rechtsregels toepassen op een geschil, de vigerende opvattingen binnen een bepaald forum omtrent bepaalde (extra-)juridische waarden, hun ingesteldheid ten aanzien van verschillende situaties, enzovoort.¹¹⁵⁴

Belangrijk in het verdere verloop van ons verhaal zal evenwel blijken te zijn dat de tweede stap van het internationaal privaatrechtelijk proces in zeer belangrijke mate wordt gekleurd door (het recht van) het forum. Aangezien het IPR ontspringt binnen iedere nationale rechtsorde, bepaalt ook deze nationale rechtsorde in beginsel hoe en in welke mate vreemde elementen, zoals de toepassing van buitenlands materieel recht, in de eigen rechtsorde zullen worden ingepast.¹¹⁵⁵ Eens de bevoegdheid van het forum vaststaat zal het forum immers haar eigen nationaalrechtelijke conflictenregel toepassen teneinde het materieel van toepassing zijnde rechtsstelsel aan te duiden. Dit impliceert inderdaad dat de toepassing van het tweede proces binnen het IPR gekleurd wordt door het recht van de staat van het forum. Hierop wordt teruggekomen bij het uiteenzetten van de techniek van de verwijzingsregel (*infra*, randnr. 417 e.v.). Voorlopig volstaat het hier om op te merken dat het geen vanzelfsprekendheid is dat een rechtsstelsel in zijn eigen systeem van verwijzingsregels per definitie rekening houdt met het bestaan van vreemde rechtsfiguren, zoals een *trust*. Hierdoor kan het voorkomen dat de *lex fori* geen afzonderlijke verwijzingsregel kent waaronder rechtsvragen betreffende deze rechtsfiguur kunnen worden gesubsumeerd. Aldus ontstaat een moeilijkheid, aangezien deze onbekende rechtsfiguur of rechtsverhouding kan of zal moeten worden gekwalificeerd onder een verwijzingscategorie die het forum wel kent (zie *infra*, randnr. 431).

Aansluitend bij het vorige kan nog worden opgemerkt wanneer een rechtbank een nationale conflictenregel toepast, deze rechtbank het resultaat van deze toepassing op allerlei wijzen kan 'masseren'.¹¹⁵⁶ Zo kan de rechtbank de voorliggende rechtsvraag mogelijks op de éne of de gene wijze 'kwalificeren' zodat de rechtsvraag wordt gesubsumeerd onder een bepaalde (gewenste) verwijzingscategorie. Dit kan op zijn beurt leiden tot de toepasselijkheid van een bepaald (gewenst) rechtsstelsel. De rechtbank kan tevens gebruik maken van de openbare orde-exceptie of een bepaalde uitleg geven aan het materieel van toepassing zijnde recht die overeenstemt met haar eigen intuïties of denkbeelden.

415. Opgemerkt kan worden dat de eerste stap van het internationaal privaatrechtelijk proces – net als de overige stappen – sterk onderhevig is aan de invloed van het recht van de Europese Unie. Zelfs in zulke mate dat de Uniewetgever op grond van 67 en 81 VWEU een aantal Verordeningen heeft

¹¹⁵⁴ T.C. HARTLEY, *International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International Law, 2nd Edition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 7.

¹¹⁵⁵ K. LENAERTS, "Systeemschets van het internationaal privaatrecht", *Jura. Falc.* 1983 – 1984, 467.

¹¹⁵⁶ J. ERAUW m.m.v. H. STORME, *Deel XVII 'Internationaal Privaatrecht'* in *Beginnelsen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 343.

aangenomen die een verregaande harmonisatie van de Europese internationaal privaatrechtelijke regels ter zake impliceren. In het bijzonder kan hier worden gewezen op Brussel *Ibis*-Verordening¹¹⁵⁷ en de Erfrechtverordening¹¹⁵⁸. Verder kan binnen dit kader nog worden gewezen op andere Europeesrechtelijke instrumenten, zoals de Brussel II *Ibis*-Verordening¹¹⁵⁹ en de Insolventieverordening¹¹⁶⁰, die voor de doeleinden van voorliggend onderzoek evenwel minder relevantie vertonen. Het belang van deze Europese verordeningen voor het IPR van de onderscheiden Europese lidstaten is erg groot. Vanuit hun aard als Europese Verordening genieten de genoemde instrumenten rechtstreekse werking en genieten de in deze verordeningen vervatte regels voorrang boven de nationaalrechtelijke IPR-regels van de lidstaten, in zoverre de betrokken materie onder het toepassingsgebied van de verordeningen valt en de betrokken lidstaat onderworpen is aan de desbetreffende verordening.¹¹⁶¹

416. Een belangrijke rode draad, die doorheen het Europese IPR-systeem op het punt van de internationale bevoegdheid loopt, vormt de voorspelbaarheid waarmee het bevoegde forum kan worden geïdentificeerd aan de hand van de van toepassing zijnde bevoegdheidsregels.¹¹⁶² Een tweede belangrijke rode draad

¹¹⁵⁷ Verordening 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 20 december 2012, afl. 351/1. Om verwarring met de vorige verordening (i.e. de Brussel I Verordening) te vermijden wordt in deze bijdrage naar de nieuwe verordening verwezen onder de benaming "Brussel *Ibis*-Verordening", zie: G. VAN CALSTER, "L'EEEX nouveau (ofte: Brussel *Ibis*) est arrivé. De hervorming van de moeder van het Europees Internationaal Privaatrecht", *RW* 2014 – 2015, 1443 – 1444.

¹¹⁵⁸ Verordening 650/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen en de aanvaarding en de tenuitvoerlegging van authentieke akten op het gebied van erfopvolging, alsmede betreffende de instelling van een Europese Erfrechtverklaring, *Pb.L.* 27 juli 2012, afl. 201/107.

¹¹⁵⁹ Verordening 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening 1347/2000, *Pb.L.* 23 december 2003, afl. 338/1.

¹¹⁶⁰ Verordening 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *Pb.L.* 30 juni 2000, afl. 160/1.

Voor wat betreft insolventieprocedures geopend na 27 juni 2017 is de vernieuwde insolventieverordening van toepassing, zie: Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures, *Pb.L.* 5 juni 2015, afl. 141/19.

Zie tevens de vernieuwde insolventieverordening die in werking zal treden vanaf 26 juni 2017: Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures, *Pb.L.* 5 juni 2015, afl. 141/19.

¹¹⁶¹ Zo hebben bijvoorbeeld Denemarken, het Verenigd Koninkrijk en Ierland geweigerd om te participeren in de Erfrechtverordening, zie consideransen 82 en 83 bij de Erfrechtverordening.

¹¹⁶² G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, 16. Dit wordt bevestigd door considerans 4 bij de Brussel *Ibis*-Verordening: "Sommige verschillen in de nationale regels inzake de rechterlijke bevoegdheid en de erkenning van beslissingen bemoeilijken de goede werking van de interne markt. Bepalingen die de eenvormigheid van de regels inzake jurisdictiegeschillen in burgerlijke en handelszaken

vormt het beginsel van wederzijds vertrouwen, zoals geponeerd door het Hof van Justitie van de Europese Unie.¹¹⁶³ Ook de Europese Commissie verwees reeds naar het beginsel van wederzijds vertrouwen als grondslag voor het toekomstige Europese beleid inzake Justitie.¹¹⁶⁴ Verwacht kan worden dat de invloed van de Europese Unie op het vlak van internationaal privaatrecht enkel nog zal toenemen in de komende jaren.¹¹⁶⁵

3. Tweede proces: het aanwijzen van het materieel van toepassing zijnde recht.

a. De geboorte van de verwijzingsregel en de toepassing van het aangewezen buitenlands recht

417. In de tweede stap van het internationaal privaatrechtelijk proces komt de vraag aan bod welke materieelrechtelijke regels van toepassing zijn op het onderhavige geval. Het tweede proces wordt historisch beschouwd als zijnde de 'harde kern' van het internationaal privaatrecht. Hoger (*supra*, randnr. 412 – 413) werd in dit verband reeds kort toegelicht hoe het materieel van toepassing zijnde recht wordt aangeduid door de regels van het internationaal privaatrecht van het bevoegde forum.

De vorm die dit proces heden aanneemt, is evenwel niet steeds een evidentie geweest. Uit de historiek van deze rechtstak blijkt dat beginselen als personaliteit – waarbij iedere persoon voor wat betreft zijn rechten en verplichtingen enkel onderworpen kan zijn aan het recht van het volk of de stam waartoe hij of zij behoort – of het territorialisme – waarbij in de eerste plaats de soevereine gelding van het eigen recht binnen het eigen grondgebied wordt benadrukt – een belangrijke rol hebben gespeeld.¹¹⁶⁶ Van belangrijke waarde voor het hedendaagse internationaal privaatrechtelijke proces, is het beginsel van de 'zetel' van de internationale rechtsbetrekking, dat in 1849 door VON SAVIGNY werd

mogelijk maken alsook zorgen voor een snelle en eenvoudige erkenning en tenuitvoerlegging van in een lidstaat gegeven beslissing, zijn onontbeerlijk."

¹¹⁶³ HvJ C-116/02, *Gasser*, *Jur.* 2003, I, punt 72; HvJ C-159/02, *Turner*, *Jur.* 2004, I, punt 24.

¹¹⁶⁴ *The EU Justice Agenda for 2020 – Strengthening Trust, Mobility and Growth within the Union*, Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM (2014) 144 final, 11 maart 2014, 4.

¹¹⁶⁵ A. BRIGGS, *Private International Law before English Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 20.

¹¹⁶⁶ J. ERAUW m.m.v. H. STORME, *Deel XVII 'Internationaal Privaatrecht' in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 57 – 59; G. VAN HECKE m.m.v. K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Story-Scientia, 1989, 99 – 100, 114 – 118.

Beide beginselen kunnen overigens worden gezien als elkaars tegenpolen, zie: W. NIEDERER, *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1954, 21 – 22.

geïntroduceerd.¹¹⁶⁷ In het achtste, en tevens laatste deel, van zijn werk over het Romeinse privaatrecht behandelde VON SAVIGNY het internationaal privaatrecht en bewerkstelligde hiermee een copernicaanse omwenteling, door eerst het personalisme, vervolgens het territorialisme te verwerpen en aansluitend een alternatief te presenteren. Voor de eerste maal werd in de rechtsleer het beginsel geponeerd dat voor iedere rechtsbetrekking het daarop van toepassing zijnde recht moest worden gezocht, vertrekkende vanuit de aard van die rechtsbetrekking zelf: *"Für beide Arten der Collision läßt sich nunmehr die gemeinsame Aufgabe dahin bestimmen: daß bei jedem Rechtsverhältniß dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältniß seiner eigenthümlichen Natur angehört oder unterworfen ist."*¹¹⁶⁸

Voor VON SAVIGNY moest elke rechtsverhouding dus *in abstracto* kunnen worden verbonden met een bepaalde rechtsorde, op basis van een rationeel verbindingselement tussen de betrokken rechtsverhouding en het aangewezen rechtsstelsel. Via deze methode kon, althans in theorie, de verbinding tussen een bepaalde rechtsvraag en het 'normaal' geografisch zwaartepunt ('de natuurlijke *Sitz*') op een objectieve en neutrale wijze worden gelegd. Hieruit volgt dat de aangewezen rechtsorde vermocht de regel te stellen.

Op deze wijze werd de moderne verwijzingsregel geboren. Het gevolg van de toepassing van deze verwijzingsregel is dat wanneer de relevante aanrakingspunten worden gelokaliseerd in een buitenlandse jurisdictie, het forum de voorliggende rechtsvraag ook aan de hand van het rechtsstelsel van de aangewezen jurisdictie dient op te lossen. Met andere woorden: het werd mogelijk dat de rechter een voorliggend geschil dient te beslechten op grond van buitenlandse rechtsregels.

418. Echter, VON SAVIGNY trok deze benadering niet op absolute wijze door. Hij erkende tevens dat er zich uitzonderingsgevallen konden voordoen waarbij het buitenlandse recht niet door het forum kon of moest worden toegepast. Hij onderscheidde daarbij twee soorten uitzonderingen: *"A. Gesetze von streng positiver, zwingender Natur, die eben wegen dieser Natur zu jener freien Behandlung, unabhängig von der Grenzen verschiedener Staaten, nicht geeignet sind. B. Rechtsinstitute eines fremden Staates, deren Dasein in dem unsrigen überhaupt nicht anerkannt ist, die also deswegen auf Rechtsschutz in unserm Staate keinen Anspruch haben."*¹¹⁶⁹

Met de eerste uitzondering verwees VON SAVIGNY naar het verschijnsel van de zogeheten 'politiewetten', i.e. dwingendrechtelijke wetsbepalingen die door de wetgever van een dermate groot belang worden geacht dat zij zich opdringen boven het buitenlandse recht dat ingevolge de verwijzingsregel van toepassing wordt

¹¹⁶⁷ G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 4 - 5; J. ERAUW m.m.v. H. STORME, *Deel XVII 'Internationaal Privaatrecht'* in *Beginnelsen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 60 e.v.

¹¹⁶⁸ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, VIII, Berlijn, 1849, 27 - 28.

¹¹⁶⁹ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, VIII, Berlijn, 1849, 33.

verklaard.¹¹⁷⁰ Een bekend (Belgisch) voorbeeld was de wet van 27 juli 1961 betreffende de eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop. Heden is deze wettelijke regeling ondergebracht in Titel 3 van Boek X Wetboek Economisch Recht ("WER"). Artikel 4 van de vroegere wet van 1961 stelde onder meer dat wanneer een Belgische rechtbank kennis nam van een geschil met betrekking tot de eenzijdige beëindiging van een verkoopconcessie met uitwerking op het Belgische grondgebied, de rechtbank uitsluitend het Belgische recht mocht toepassen. Bovendien werd in dit artikel voorzien in een bevoegdheidsgrond ten voordele van de Belgische rechtbanken. In artikel X.39 WER worden de bewoordingen van artikel 4 van de wet van 1961 hernomen.¹¹⁷¹ Gelet op de toenemende invloed van het Europees recht op het IPR dient het belang van deze bepaling enigszins te worden genuanceerd. In de rechtspraak werd bijvoorbeeld reeds aanvaard dat nationale dwingende IPR-regels ondergeschikt waren aan de vroegere Brussel I Verordening.¹¹⁷²

Belangrijker is echter de tweede uitzonderingsgrond die VON SAVIGNY vooropstelt. Indien de bevoegde rechtbank wordt geconfronteerd met de noodzaak om buitenlands recht toe te passen teneinde het voorliggende geschil te beslechten, rijst de mogelijkheid dat de rechtbank wordt geconfronteerd met buitenlandse rechtsfiguren en buitenlandse juridische instituten. De toepassing van buitenlands recht door een rechtbank van een andere staat is daarvoor overigens geen *conditio sine qua non*; het is evenzeer mogelijk dat de rechtbanken van een staat zich dienen uit te spreken over rechtsbetrekkingen die minstens gedeeltelijk in het buitenland zijn gelokaliseerd, zelfs indien zij een geschil beslechten aan de hand van hun eigen recht. VAN HECKE en LENAERTS verwijzen naar dit verschijnsel onder de benaming 'de permeabiliteit van rechtsorden'.¹¹⁷³ Deze permeabiliteit houdt onder meer in dat de vraag rijst of een bepaalde rechtsorde rechtsgevolgen kan verlenen aan buitenlandse rechtsfiguren die in de rechtsorde geheel onbekend zijn. Het was net deze vorm van permeabiliteit die VON SAVIGNY contesteerde. VON SAVIGNY noemt als voorbeelden de burgerlijke dood en de slavernij.¹¹⁷⁴ Duidelijk was alvast dat voor VON SAVIGNY de *de plano* niet-erkenning van onbekende buitenlandse rechtsfiguren de principiële regel was in het internationaal privaatrecht.

419. Deze niet-erkenning van onbekende buitenlandse rechtsfiguren is evenwel niet houdbaar gebleken. Zo sloot KAHN zich in een bijdrage in 1891 nog aan bij de

¹¹⁷⁰ G. VAN HECKE m.m.v. K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Story-Scientia, 1989, 107 e.v.

¹¹⁷¹ Artikel X.39 WER luidt als volgt: "De benadeelde concessiehouder kan, bij de beëindiging van een verkoopconcessie met uitwerking voor het gehele Belgische grondgebied of een deel ervan, in elk geval de concessiegever in België dagvaarden, hetzij voor de rechter van zijn eigen woonplaats, hetzij voor de rechter van de woonplaats of de zetel van de concessiegever. Ingeval het geschil voor een Belgische rechtbank wordt gebracht, zal deze uitsluitend de Belgische wet toepassen."

¹¹⁷² Antwerpen 15 juni 2009, RW 2012 – 2013, 345 – 348; Gent 5 november 2007, NJW 2008, 500 – 502.

¹¹⁷³ G. VAN HECKE m.m.v. K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Story-Scientia, 1989, 57 e.v.

¹¹⁷⁴ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, VIII, Berlijn, 1849, 37 – 38.

door VON SAVIGNY gehanteerde stelregel.¹¹⁷⁵ Echter, reeds in 1899 komt KAHN tot een andere conclusie: "Es ist hier nicht der Ort, die Anknüpfungen, bei deren Vorliegen alle diese "fremden Institute" anwendbar oder nicht anwendbar sind, im Einzelnen erschöpfend festzustellen: das Eine liegt hier noch deutlicher als bei den Gesetzen des *ordre public* zu Tage, daß von einer Ignorierung und grundsätzlichen Richtanwendung des ausländischen Rechts gar keine Rede sein kann."¹¹⁷⁶ Het is met andere woorden niet omdat een bepaalde rechtsfiguur onbekend is in de ene of de andere rechtsorde, dat het daarom gaat om een exotische of buitensporige rechtsfiguur waarvan het bestaan per definitie dient te worden genegeerd. Bijzonder interessant is dat KAHN in zijn bespreking dienaangaande onder meer verwijst naar de *trust*.¹¹⁷⁷ KAHN legde hiermee mede de grondslag voor de hedendaagse opvatting dat de eigen verwijzingscategorieën in een internationalistische geest dienen te worden opgevat en niet slechts mogen worden beschouwd als een verlengstuk van bekende internrechtelijke categorieën, zodat ook ruimte wordt gelaten voor de erkenning van buitenlandse instellingen.¹¹⁷⁸

Deze opvatting heeft niet enkel weerklank gevonden in *civil law*-stelsels; ook in het Engelse recht wordt traditioneel aanvaard dat de beschikbare verwijzingscategorieën worden gecreëerd door de Engelse *common law*. Deze verwijzingscategorieën dienen ook te worden opgevat in "a broad internationalist spirit."¹¹⁷⁹

b. De opbouw van de verwijzingsregel

420. De invloed van VON SAVIGNY komt sterk naar voren in de opbouw van de verwijzingsregel zelf. Het is de verwijzingsregel die in feite geldt als de oplossing voor het voorliggende *conflict des lois*. Ten eerste bestaat een verwijzingsregel uit een verwijzingscategorie, die een bepaalde rechtsverhouding of een bepaald voorval aanduidt (bv: een onrechtmatige daad). Vervolgens wordt voor deze categorie een bindingselement aangereikt met een bepaalde rechtsorde. (bv: het recht van het land waar de schade zich heeft voorgedaan, de *lex loci damni*). Zodoende wordt de rechtsverhouding of het voorval van de verwijzingscategorie op abstracte wijze aangeknoopt bij een bepaalde rechtsorde, die dan meer betekenisvol wordt geacht dan andere bindingen aan andere rechtsordes. Het is immers de rechtsorde die via de aanknopingsfactor wordt aangeduid, die geacht

¹¹⁷⁵ Zie: F. KAHN, "Gesetzeskollisionen: Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts" in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1891, 1 – 143.

¹¹⁷⁶ F. KAHN, *Über Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts*, 1899, 74.

¹¹⁷⁷ *Ibid*, 73.

¹¹⁷⁸ J. ERAUW, "De trust en de trustachtigen in het nieuwe Belgische IPR", *TEP* 2005, 278 – 279; G. VAN HECKE m.m.v. K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Story-Scientia, 1989, 62; G. MELCHIOR, *Die Grundlagen des Deutschen Internationalen Privatrechts*, Berlijn/New York, 1971, 123.

¹¹⁷⁹ A. BRIGGS, *The Conflict of Laws, 3rd Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 17; *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG v. Five Star Trading LLC* [2001] EWCA Civ. 68, [2001] QB 825, 27.

wordt de meest betekenisvolle band te hebben met het voorval of de rechtsverhouding uit de verwijzingscategorie.

421. Het voorwerp van de verwijzingscategorie is steeds een rechtsvraag.¹¹⁸⁰ Er wordt daarbij telkenmale vertrokken vanuit een feitelijk gegeven of een rechtsverhouding, die vervolgens één of meer juridische vragen doet rijzen. Zo vormt de onrechtmatige daad een feitelijk voorval die één of mogelijks meer juridische vragen doet ontstaan, zoals bijvoorbeeld de vraag of de schadeverwekker een vergoeding verschuldigd is aan de schadelijder. In het Engelse recht is dit niet anders. Zo benadrukt BRIGGS dat het niet de rechtsregels ("rules of law") zijn die het voorwerp vormen van verwijzingsregels, maar "issues".¹¹⁸¹

422. Uit het voorgaande blijkt het belang van het onderbrengen van een bepaalde rechtsvraag onder de 'juiste' verwijzingscategorie.¹¹⁸² Indien een bepaalde rechtsvraag onder de verkeerde verwijzingscategorie wordt gebracht, zal ten gevolge hiervan (mogelijks) worden aangeknoopt bij de verkeerde rechtsorde. Deze 'kwalificatie' geschiedt door het forum. BRIGGS hanteert hiervoor de volgende analogie: de bevoegde rechtbank kan hier worden vergeleken met een postsordeerder die de voorliggende rechtsvraag zoals een brief in het juiste vakje dient te duwen. Afhankelijk van het vakje waarin de brief terecht komt zal deze brief worden afgeleverd op een verschillend adres.¹¹⁸³ Zoals in het volgende onderdeel zal blijken, kan dit kwalificatievraagstuk evenwel problematisch blijken te zijn.

c. Het kwalificatieprobleem en de kwalificatieconflicten

423. Hoewel uit het voorgaande is gebleken dat de toepassing van een verwijzingsregel oorspronkelijk was bedoeld als een objectieve en neutrale manier om het op een bepaalde rechtsbetrekking van toepassing zijnde recht aan te duiden, werd tevens vastgesteld dat het bevoegde forum de uitkomst van deze oefening op allerlei wijzen kan beïnvloeden (*supra*, randnr. 414). Echter, de toepassing van op het eerste gezicht gelijk ogende verwijzingsregels door verschillende fora, kunnen ook leiden tot een andere uitkomst, zelfs zonder dat het betrokken forum handelde met het oogmerk om de uitkomst van de oefening te 'masseren'. Dit is louter het gevolg van het feit dat het forum telkens zijn eigen verwijzingsregels, en dus ook zijn eigen verwijzingscategorieën toepast. von

¹¹⁸⁰ G. VAN HECKE m.m.v. K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Story-Scientia, 1989, 139; H. LEWALD, "Règles générales des conflits de lois" in *ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, Recueil des Cours, Vol. 39*, Leiden, Nijhoff, 1939, 10 – 11.

Cf. E. RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, Vol. I, Chicago, Callahan & Company, 1945, 45 – 46.

¹¹⁸¹ A. BRIGGS, *The Conflict of Laws, 3rd Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 18

¹¹⁸² G. VAN HECKE m.m.v. K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Story-Scientia, 1989, 143.

¹¹⁸³ A. BRIGGS, *The Conflict of Laws, 3rd Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 15.

SAVIGNY leefde echter nog in de hoop dat internationale eenmaking van het IPR zou worden bereikt door het gezag van de rechtsleer.¹¹⁸⁴ Anderen, zoals MANCHINI, zagen meer brood in een eenmaking door middel van internationale verdragen.¹¹⁸⁵ Het uiteindelijke doel bleef evenwel hetzelfde: de creatie van een universeel internationaal privaatrecht.¹¹⁸⁶

424. Echter, aan het einde van de 19^e eeuw legden auteurs als KAHN en BARTIN een nieuw probleem bloot.¹¹⁸⁷ Zelfs indien alle verwijzingsregels geheel hetzelfde zouden zijn, valt niet uit te sluiten dat verschillende fora tot verschillende oplossingen zouden komen. Het is immers perfect mogelijk dat aan op het eerste gezicht gelijkkluidende begrippen in verschillende rechtsorden een andere betekenis of draagwijdte kan worden toegekend. Hierdoor kunnen problemen opduiken wanneer een bepaalde rechtsvraag dient te worden gesubsumeerd onder een bepaalde verwijzingscategorie, die deel uitmaakt van het nationaal IPR van de forumstaat.

ERAUW stelt het probleem voor in de volgende bewoordingen: *“Opdat men echter het in die collisieregels geformuleerd besluit met betrekking tot de allocatie of de toewijzing zou kunnen trekken, moet het duidelijk zijn op welke rechtsconcepten de regel betrekking heeft en met welke daarvan men in het concrete geval geconfronteerd wordt. Eerst en vooral moeten de materiële normen hun plaats krijgen in de systematiek van het recht: de vraag dient te worden gesteld in welke termen en in welke rechtstak de feiten of de rechtsverhoudingen die om een normatieve regeling vragen, worden beschreven. In vaktaal en dus in concepten van de jurist moeten de diverse regels een naam krijgen, d.w.z. ze moeten worden ‘gekwalificeerd’. En daar stoten we op een probleem, dat dezelfde feiten en dezelfde juridische doelstellingen internationaal in onderling afwijkende rechtsconstructies worden gevat of gegoten.”*¹¹⁸⁸ Kwalificatieproblemen kunnen dus opduiken indien

¹¹⁸⁴ R. DE NOVA, “Historical and comparative introduction to conflict of laws” in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 118, Leiden, Nijhoff, 1966, 462.

¹¹⁸⁵ *Ibid*, 466 – 467.

¹¹⁸⁶ *Ibid*, 467.

¹¹⁸⁷ Zie daartoe: A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Algemeen Deel IPR in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2013, 246 – 248; K. SIEHR, “General Problems of Private International Law in Modern Codifications” in P. ŠARČEVIĆ, P. VOLKEN, A. BONOMI (eds.), *Yearbook of Private International Law*, Vol. VII, München, Sellier, 2007, 39; H. WEBER, *Die Theorie der Qualifikation*, Tübingen, Mohr, 1986, 14 – 48; L.A. MISTELIS, *Charakterisierungen und Qualifikation im internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr, 1999, 36 – 46; F. RIGAUX, *La théorie des qualifications en droit international privé*, Brussel, Larcier, 1956, 9 – 30; E.G. LORENZEN, “Qualification, Classification or Characterization Problem in the Conflict of Laws”, *Yale Law Journal* 1941, 743; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit international privé*, Parijs, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981, 1338.

¹¹⁸⁸ J. ERAUW m.m.v. H. STORME, *Deel XVII ‘Internationaal Privaatrecht’* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 352.

een in een bepaalde verwijzingscategorie gebruikt begrip een andere invulling krijgt dan de mogelijks toepasselijk zijnde rechtsstelsels.¹¹⁸⁹

425. De vraag naar de wijze waarop een concrete internationale rechtsverhouding dient te worden gesubsumeerd onder een bepaalde verwijzingscategorie, vormt evenwel niet het enige mogelijke kwalificatieprobleem.¹¹⁹⁰ Zo kunnen ook kwalificatieconflicten ontstaan met betrekking tot de vraag naar het recht dat de betekenis van een bepaalde aanknopingsfactor moet bepalen. Bijvoorbeeld: indien een aanknopingsfactor stelt dat een rechtsverhouding wordt geregeld door het recht van de woonplaats van een partij, dient het begrip 'woonplaats' dan te worden begrepen in de betekenis die dit begrip heeft in het forum, of in de betekenis van het (mogelijks) van toepassing zijnde materieel recht?

De vraag op welke wijze een bepaalde rechtsverhouding met internationale kenmerken kan worden ondergebracht bij de juiste verwijzingscategorie blijft evenwel de kern van het kwalificatieprobleem uitmaken.¹¹⁹¹ Deze vraag kan immers op verschillende wijzen worden beantwoord. In de literatuur worden *grosso modo* drie oplossingen verdedigd: de kwalificatie volgens de *lex fori*, de kwalificatie volgens de *lex causae* en de autonome of rechtsvergelijkende kwalificatie.¹¹⁹²

426. Schoolmakend zijn in dit verband twee klassieke voorbeelden. Het eerste voorbeeld, dat eerst werd besproken door BARTIN¹¹⁹³, betrof een arrest van het hof van beroep te Algiers van 24 september 1889. De zaak betrof een Maltees echtpaar, dat eerst had gewoond in Malta, waar zij ook in het huwelijk waren getreden. Het echtpaar had vervolgens gewoond in Algerije, dat toen nog onder Franse soevereiniteit stond. De echtgenoot overleed in Algerije. Vervolgens rees de vraag of de geldelijke aanspraak waarop de overlevende echtgenote zich baseerde tot het

¹¹⁸⁹ A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Algemeen Deel IPR in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2013, 245.

¹¹⁹⁰ L. STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2012, 40 – 41.

¹¹⁹¹ *Ibid*, 42.

¹¹⁹² *Ibid*, 42 – 43; E. RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, Vol. I, Chicago, Callahan & Company, 1945, 47 – 60; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit international privé*, Parijs, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981, I, 340 – 351; J. ERAUW m.m.v. H. STORME, *Deel XVII 'Internationaal Privaatrecht'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 353.

Voor meer over de kwalificatiemethode op grond van rechtsvergelijking, zie: E. RABEL, "Das Problem der Qualifikation", *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1931, 24 e.v. Alsook: E. RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, Vol. I, Chicago, Callahan & Company, 1945, 49 – 60.

Zie i.h.b. op p. 49 – 50: "In this view, the factual situation, which is the true premise of any conflicts rule, must be referable indifferently to foreign as well as to domestic substantive law. Hence, if legal terms are used to describe this factual situation, they must be susceptible of interpretation with the with reference to foreign institutions, even those unknown to the *lex fori*." (eigen onderlijning).

¹¹⁹³ E. BARTIN, *De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois*, Clunet, 1897, 225 – 255, 466 – 495, 720 – 728.

erfrecht of het huwelijksvermogensrecht behoorde. Het antwoord op deze vraag was belangrijk, want het Franse IPR verwees voor wat betreft het huwelijksvermogensrecht naar het Maltese recht (plaats van de eerste domicilie), terwijl het voor het erfrecht verwees naar de Franse recht (*lex rei sitae/lex successionis*). Onder het vigerende Franse erfrecht had de weduwe evenwel geen aanspraak op de nalatenschap. De regel waarop de weduwe zich baseerde, i.e. artikel 18 van de Code de Rohan die bepaalde dat de helft van wat tijdens het huwelijk werd verkregen toekwam aan de langstlevende echtgenote, werd door het hof van beroep te Algiers gekwalificeerd als zijnde van vermogensrechtelijke aard. BARTIN baseerde hierop zijn klassieke leer: de betekenis van de verwijzingscategorie kon enkel uit het Franse recht worden gehaald. Volgens het Franse recht betrof het hier zodoende een regel van huwelijksvermogensrecht en werd dus de Franse verwijzingsregel inzake huwelijksvermogensrecht toegepast. Het maakt daarbij niet uit of de regel ook tot het huwelijksvermogensrecht werd gerekend in Malta. Dit is een eerste oplossing voor het kwalificatieprobleem: de kwalificatie geschiedt volgens de *lex fori*.

Het tweede voorbeeld, besproken en bekritiseerd door KAHN¹¹⁹⁴, betrof de vraag naar de verjaring van een wisselbrief die werd getrokken in de Verenigde Staten. Het Duitse *Reichsgericht* oordeelde in een arrest van 4 januari 1882 dat de verbintenis werd beheerst door het recht van de plaats waar de wisselbrief was getrokken (*in casu* het recht van Tennessee). Daar de verjaringsregels in het Amerikaanse recht worden beschouwd, i.e. worden 'gekwalificeerd', als zijnde van procedurele aard, heeft het verbintenisrecht van Tennessee echter niets te zeggen inzake verjaringstermijnen. Echter, aangezien de Duitse verjaringsregels, die wel als een onderdeel van materieel recht worden beschouwd, niet van toepassing waren, was de wisselbrief *de facto* onverjaarbaar. Dit is een voorbeeld van kwalificatie volgens de *lex causae*, i.e. het aangewezen recht.

427. Volgens VAN HECKE en LENAERTS, die zich hiervoor baseren op een bijdrage van RAAPE¹¹⁹⁵, bevatten beide kwalificatiemogelijkheden een deel van de waarheid.¹¹⁹⁶ Allereerst dient een rechtsvraag onder een bepaalde verwijzingscategorie te worden gebracht aan de hand van de opvattingen die vigeren in de forumstaat, zij het dat deze oefening in een internationalistische geest dient te geschieden – zoals hoger reeds werd opgemerkt (zie *supra*, randnr. 419). Vervolgens worden de buitenlandse regels ('de *lex causae*') zelf onderzocht teneinde vast te kunnen stellen of deze regels zich inderdaad laten inpassen in de gekozen categorie. Daartoe worden de aard en het doel van de buitenlandse regel onderzocht. Het aangewezen recht dient immers getrouw te worden toegepast. Ten

¹¹⁹⁴ F. KAHN, *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, München/Leipzig, Lenel und Lewald, 1928, 114 – 121.

¹¹⁹⁵ L. RAAPE, "Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé" in *ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, Recueil des Cours, Vol. 50*, Leiden, Nijhoff, 1934, 517 e.v.

¹¹⁹⁶ G. VAN HECKE m.m.v. K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Story-Scientia, 1989, 141 – 142.

derde wordt nagegaan in hoeverre de toepassing van de buitenlandse regel verenigbaar is met de rechtsopvattingen van het forum. Zodoende komt het aan de buitenlandse normsteller toe om een bepaalde rechtsvraag of feitencomplex onder te brengen onder bepaalde materiële rechtsnormen, terwijl de classificatie van die regels onder een bepaalde verwijzingsnorm toekomt aan het forum.

In het geval van de wisselbrief zou deze oplossing impliceren dat de vraag naar de verjaring wordt ondergebracht onder de verwijzingscategorie voor overeenkomsten, aangezien deze materie in de forumstaat inderdaad wordt beschouwd als een onderdeel van het contractenrecht. Wanneer vervolgens wordt gekeken naar de rechtsorde die de wisselverbintenis beheerst, valt op dat er wel een verjaringsregel bestaat waaronder de feiten kunnen worden ondergebracht, maar deze wordt gekarakteriseerd als een regel van procesrecht. Het komt echter aan de forumstaat toe om deze regel tot een bepaalde verwijzingsnorm onder te brengen, zoals deze voor overeenkomsten. In een dergelijk kwalificatieconflict wordt daarom in de regel toch aangesloten bij de classificatie van het forum.¹¹⁹⁷

De vraag of een bepaald goed roerend of onroerend is wordt evenwel uitzonderlijk steeds beslecht aan de hand van de *lex causae*.¹¹⁹⁸

Ook in het Engelse recht wordt in principe de regel gehanteerd om rechtsvragen te kwalificeren aan de hand van de *lex fori*.¹¹⁹⁹ Er vallen slechts een klein aantal uitzonderingen te noteren waar wordt vertrokken van een kwalificatie aan de hand van de *lex causae*.¹²⁰⁰ Vermoedelijk om deze reden stelt BRIGGS in zijn analogie van de postsorteerder niet alleen dat het Engelse recht is dat de vakjes schept (i.e. voorziet in de verwijzingscategorieën), maar tevens dat de beslissing om een bepaalde brief in het éne of het gene vakje te duwen ook aan de hand van het Engelse recht dient te geschieden.¹²⁰¹ Ook in het Franse¹²⁰² en het Nederlandse¹²⁰³

¹¹⁹⁷ J. ERAUW m.m.v. H. STORME, *Deel XVII 'Internationaal Privaatrecht'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 354; Specifiek voor Frankrijk, zie: M. GORÉ, "Le trust en droit international privé" in J. HERBOTS, D. PHILIPPE, *De trust en de fiduciaire overeenkomst. Praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, 84.

¹¹⁹⁸ J. ERAUW m.m.v. H. STORME, *Deel XVII 'Internationaal Privaatrecht'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 354.

Dit is niet anders in het Engelse recht, zie: C.M.V. CLARKSON, J. HILL, *The Conflict of Laws, 4th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 29.

¹¹⁹⁹ *Ibid*, 28; L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 47; *Macmillan Inc v. Bishopsgate Investment Trust Plc* [1996] 1 WLR, 407.

¹²⁰⁰ Zie bv. *Re Cohn* [1945] Ch 5; *Re Maldonado's Estate* [1954] P 233.

¹²⁰¹ A. BRIGGS, *The Conflict of Laws, 3rd Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 15.

¹²⁰² Cass. Fr. 22 juni 1955, *Rev. Crit. DIP* 1955, 723 (met noot H. BATIFFOL); H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit international privé*, Parijs, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981, I, 340; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2014, I, 459 – 461; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Parijs, Litec, 2004, 117.

¹²⁰³ Rb. Amsterdam 23 februari 2011, *NIPR* 2011, nr. 204; Rb. Middelburg 18 september 1996, *NIPR* 1997, nr. 217; Hof Arnhem 1 oktober 1986, *NIPR* 1987, nr. 96; L. STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2012, 42.

recht geniet de kwalificatie op grond van de *lex fori* de voorkeur¹²⁰⁴, zij het dat ook in beide rechtsstelsels rekening wordt gehouden met het internationaal karakter van de verwijzingscategorie. Deze laatste kan dus niet worden gezien als een loutere extensie van het eigen, nationaal recht.

428. Opgemerkt kan nog worden dat indien de verwijzingsregel niet vervat ligt in het nationaal recht, maar in een verdrag of een ander internationaal instrument (bijvoorbeeld een Europese verordening), de vraag of een concrete rechtsvraag kan worden gesubsumeerd onder een bepaalde verwijzingscategorie principieel afhangt van de – in beginsel autonome – betekenis die aan de verwijzingscategorie zelf toekomt.¹²⁰⁵ Het kwalificeren van rechtsvragen dient dus te gebeuren aan de hand van de (autonome) betekenis van de verwijzingscategorieën in het verdrag of de verordening in kwestie. In het Europese IPR wordt overigens gestreefd naar een harmonisering van het kwalificatievraagstuk.¹²⁰⁶ Indien het daarentegen gaat om een verwijzingscategorie die vervat ligt in een internationaal verdrag, is het mogelijk dat het verdrag zelf de betekenis van deze verwijzingscategorie definieert of omschrijft, zoals bijvoorbeeld het geval is in artikel 2 van het Haagse Trustverdrag. Indien het verdrag zelf geen bepalingen bevat die uitsluitel bieden

¹²⁰⁴ Dit is overigens zo voor de meeste Europese landen, zie: A. METZGER, "Characterization" in J. BASEDOW, K.J. HOPT, R. ZIMMERMAN en H. STIER (eds.), *Max Planck Encyclopedia of European Private International Law, Vol. I*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 39 – 43.

¹²⁰⁵ Cf. G. VAN CALSTER, "Wat betekent het begrip 'huwelijksvermogensrecht' in het IPR en welke praktische implicaties heeft de regeling inzake huwelijksvermogensrecht in het WIPR?" in C. DECLERCK, W. PINTENS (eds.), *Patrimonium 2015*, Brugge, die Keure, 2015, 239.

¹²⁰⁶ G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, 5 – 8.

Zo heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie reeds gesteld dat het begrip "overeenkomst" uit artikel 7(1) van de Brussel *Ibis*-Verordening dient te worden begrepen als een autonoom Europees concept, tenminste voor wat betreft de vraag naar het vaststellen van de rechterlijke bevoegdheid op basis van dit artikel, zie: HvJ C-34/82, *Martin Peters*, *Jur.* 1983, I, punt 9 – 10. Volgens VAN CALSTER is het Hof er evenwel nog niet in geslaagd om een allesomvattende autonome definitie van het begrip 'overeenkomst' aan te reiken. Het Hof heeft in een aantal latere zaken wel wat bijkomende richtlijnen aangeboden, zie: HvJ C-26/91, *Jacob Handte*, *Jur.* 1992, I, para. 15; HvJ C-27/02, *Engler*, *Jur.* 2005, I, para. 29. Van zodra de bevoegdheid van de rechtbank vaststaat, verkrijgt de nationale rechtbank in principe opnieuw de bevoegdheid om zelf de voorliggende rechtsbetrekking te (her)kwalificeren als een overeenkomst of deze rechtsbetrekking onder een andere verwijzingscategorie onder te brengen, teneinde het toepasselijke recht te bepalen. De Europese Unie heeft echter ook voor wat betreft verbintenissen uit overeenkomst voorzien in harmonisatie voor wat betreft de bepaling van het toepasselijke recht. Tot op heden heeft het Hof van Justitie nog niet voorzien in een autonome definitie van het begrip 'overeenkomst' in de Rome I Verordening. In de regel wordt daarom de betekenis van het begrip 'overeenkomst' zoals dat geldt binnen het contentieux van de Brussel *Ibis*-Verordening als uitgangspunt genomen voor het bepalen van de betekenis van het begrip 'contract' in de Rome I Verordening, zie: A. BRIGGS, *Private International Law before English Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 517 – 18; M. MCPARLAND, *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 109; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2014, I, 469 – 470.

omtrent de inhoud van de verwijzingscategorie dient te worden getracht om de verdragsautonome betekenis van de verwijzingscategorie te achterhalen.¹²⁰⁷

d. De toepassing van het aangewezen buitenlands recht

429. Van zodra de verwijzingsregel het op de voorliggende rechtsvraag van toepassing zijnde rechtstelsel heeft aangewezen, dient dit recht in beginsel¹²⁰⁸ door het forum te worden toegepast op de onderhavige zaak.¹²⁰⁹ In het Belgische en het Nederlandse recht is de rechter zelfs verplicht om ambtshalve de juiste verwijzingsregels toe te passen (art. 15 WIPR; voor Nederland: art. 10:2 Nederlands Burgerlijk Wetboek, verder: "NBW").¹²¹⁰ Dit betekent dat van zodra de rechtbank kennis neemt van het voorhanden zijn van één of meer buitenlandse elementen, de Belgische verwijzingsregels moeten worden toegepast, of, indien de zaak onder het toepassingsgebied van een ander IPR-instrument valt dat rechtstreekse werking heeft, de verwijzingsregels die vervat liggen in dit

¹²⁰⁷ Zie in dit verband de artikelen 31 en 32 van het Weens Verdrag inzake het Verdragenrecht van 23 mei 1969. De algemene regel betreffende de interpretatie van verdragen, die vervat ligt in artikel 31(1) van het verdrag, luidt als volgt: "*A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.*" Gelet op de finale bewoordingen van de algemene interpretatieregel, dient een verwijzingscategorie die vervat ligt in een verdrag o.i. in de regel extensief geïnterpreteerd te worden, tenzij de verdragsluitende staten aangegeven hebben hiervan te willen afwijken. Een verwijzingscategorie die is neergelegd in een verdrag heeft immers in beginsel als bedoeling een uniforme regeling in te voeren, waarmee nationale verschillen kunnen worden overstege.

Deze visie sluit aan bij een arrest van het Hof van Cassatie van 27 januari 1977. Volgens het Hof dienen de rechtsconcepten die vervat liggen in een verdrag te worden geïnterpreteerd op grond van een rechtsvergelijkende analyse van het recht van de verdragsluitende staten, zie: Cass. 27 januari 1977, *Pas.* 1977, I, 544; vgl. HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 281.

¹²⁰⁸ Het forum kan om een aantal verschillende redenen afwijken van het toepassen van het aangewezen materieel recht. Zo kan de (Belgische) rechter zich bijvoorbeeld beroepen op de exceptie van de internationale openbare orde, het toepassen van voorrangregels of 'politiewetten' en het sanctioneren van wetsontduiking, waarbij de betrokken partijen op bedrieglijke wijze een wettenconflict hebben doen ontstaan of bepaalde aanknopingsfactoren door middel van manipulatie of veinzing hebben gewijzigd. Zie: J. ERAUW m.m.v. H. STORME, *Deel XVII 'Internationaal Privaatrecht'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 371 e.v.

Voor wat betreft het Belgische wetboek IPR kan worden verwezen naar de artikelen 21 WIPR (exceptie van internationale openbare orde), artikel 20 WIPR (toepassing van voorrangregels) en artikel 18 WIPR (wetsontduiking). Zie voor wat betreft de Rome I Verordening: artikel 3(3) en (4) Rome I en artikel 9 Rome I (met betrekking tot bepalingen van dwingend recht) en artikel 21 Rome I (met betrekking tot de internationale openbare orde van het forum).

¹²⁰⁹ Deze regel geldt tevens in Nederland, zie: artikel 10:2 NBW; A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Algemeen Deel IPR in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2013, 265.

¹²¹⁰ Zie tevens Cass. 9 oktober 1980, *Pas.* 1981, 159.

instrument.¹²¹¹ De Belgische rechter dient de inhoud van het aangewezen buitenlands recht zelf vast te stellen (art. 15, §1 WIPR; Voor Nederland volgt dit eveneens uit art. 10:2 NBW¹²¹²). De Belgische rechter dient het buitenlands recht bovendien correct toe te passen. Een buitenlandse wet is immers evenzeer een 'wet' in de zin van artikel 608 Ger.W., zodat de schending hiervan aanleiding geeft tot cassatie.¹²¹³ Hiertoe dient het Hof van Cassatie dus ook controle uit te oefenen op de juiste toepassing van het buitenlandse recht. In Nederland kan de schending van het buitenlandse recht evenwel niet in cassatie worden aangevoerd.¹²¹⁴

Het adagium *curia ius novit* strekt zich met andere woorden uit over zowel het interne recht van het forum als over de aangewezen *lex causae*.¹²¹⁵ De rechter kan zich hiertoe wel beroepen op een aantal hulpmiddelen. Zo kan de rechter de medewerking van de partijen organiseren (art. 15, §2, lid 1 WIPR) of beroep doen op het verzoek om inlichtingen op basis van de Europese Overeenkomst nopens het verstrekken van inlichtingen over buitenlands recht.¹²¹⁶ Volgens het Hof van Cassatie is het overigens niet uitgesloten dat de rechter zich voldoende geïnformeerd acht met betrekking tot de inhoud van het buitenlandse recht op grond van een opinie die werd aangeleverd door een gerechtsdeskundige, aangeduid door één van de partijen, indien deze opinie aan tegenspraak werd onderworpen.¹²¹⁷ Op de vraag of de toepassing van het buitenlands recht ook de toepassing van de verwijzingsregels van dit recht impliceert (i.e. de vraag naar de mogelijkheid van het *renvoi*), wordt hier niet verder ingegaan. Het volstaat om te stellen dat *renvoi* principieel wordt uitgesloten door het Belgische WIPR en de meeste Europese instrumenten.¹²¹⁸

¹²¹¹ Het Hof van Cassatie vereist in dit verband wel dat de rechter die ambtshalve een verwijzingsregel toepast, hetgeen mogelijks de toepasselijkheid van buitenlands recht impliceert, de debatten dient te heropenen teneinde de partijen de kans te geven om hieromtrent te concluderen, zie: Cass. 22 oktober 1982, *Pas.* 1983, I, 254.

¹²¹² A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Algemeen Deel IPR in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2013, 274.

Zie tevens: HR 22 februari 2002, *NJ* 2003/483; HR 3 september 1999, *NJ* 2001/405; HR 3 april 1927, *NJ* 1927, 1110.

¹²¹³ Cass. 2 april 1981, *RW* 1981 – 1982, 922.

¹²¹⁴ Artikel 79, lid 1, sub b Wet op de Rechterlijke Organisatie; A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Algemeen Deel IPR in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2013, 276.

¹²¹⁵ Zie algemeen: H. STORME, "Vreemd recht voor de Belgische rechter", *NJW* 2005, 1154 – 1166.

Dit is ook de heersende visie in Nederland, zie: HR 4 juni 1915, *NJ* 1915, 865; HR 8 april 1927, *NJ* 1927, 1110; HR 3 september 1999, *NJ* 2001/405; HR 22 februari 2002, *NJ* 2003/483; HR 19 december 2010, *NJ* 2011/8.

Hetzelfde geldt voor Zwitserland, zie: L. THÉVENOZ, "Les trusts sont-ils effectivement reconnus en Suisse? : un bilan sept ans après la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts", *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier* 2014, 169 en de verwijzingen aldaar.

¹²¹⁶ Opgemaakt te Londen op 7 juni 1968, *BS* 23 november 1973.

¹²¹⁷ Cass. 7 december 2012, *Pas.* 2012, 2446.

¹²¹⁸ Zie bv. artikel 16 WIPR, artikel 20 Rome I Verordening en artikel 24 Rome II Verordening, waar *renvoi* telkens principieel wordt uitgesloten. Slechts in een aantal

De Belgische en Nederlandse opvattingen in dit verband kunnen worden gecontrasteerd met de Engelse opvattingen. Voor de Engelse rechtbanken is de toepassing van de Engelse *common law* de regel, en de toepassing van buitenlands recht de uitzondering. De Engelse rechtbanken zullen daarom pas buitenlands recht toepassen van zodra is voldaan een viertal voorwaarden.¹²¹⁹ Allereerst dient de relevante verwijzingsregel te verwijzen naar een buitenlands rechtssysteem. Ten tweede mag het buitenlandse recht niet in conflict komen met dwingende regels van Engels recht. Ten derde dient de partij die haar standpunt steunt op buitenlands recht de toepassing van dit recht te bewijzen. Ten vierde moet de partij die haar standpunt steunt op buitenlands recht ook de inhoud van dit recht bewijzen. De Engelse rechter heeft dus niet de bevoegdheid, noch de plicht om ambtshalve buitenlands recht toe te passen.¹²²⁰ Indien zulks niet wordt ingeroepen door de partijen, past de Engelse rechter dus per definitie het Engelse recht toe op de onderhavige zaak.¹²²¹ Interessant genoeg lijkt dit zelfs zo te zijn wanneer de verwijzingsregel vervat ligt in een Europese verordening of een internationaal verdrag.¹²²² De idee dat een rechter zelf een onderzoek instelt naar het buitenlands

uitzonderlijke gevallen wordt het *renvoi* toch aanvaard, bv in artikel 100, lid 2 WIPR, met betrekking tot het recht van toepassing op rechtspersonen.

Over *renvoi* in het algemeen, zie: A. BRIGGS, *The Conflict of Laws, 3rd Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 20 – 25; J. ERAUW m.m.v. H. STORME, *Deel XVII 'Internationaal Privaatrecht' in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 346 – 50; G. VAN HECKE m.m.v. K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Story-Scientia, 1989, 160 – 165; A. AGOSTINI, "Le mécanisme du renvoi", *Rev. Crit. DIP* 2013, 545 – 586.

¹²¹⁹ A. BRIGGS, *Private International Law before English Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 94 - 106; A. BRIGGS, *The Conflict of Laws, 3rd Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 7.

¹²²⁰ A. BRIGGS, *The Conflict of Laws, 3rd Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 8.

¹²²¹ A. BRIGGS, *Private International Law before English Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 97.

¹²²² A. BRIGGS, *The Conflict of Laws, 3rd Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 8.

De vraag kan in dit verband rijzen of zulks wel verenigbaar is (was) met de Europese regelgeving in kwestie. BRIGGS lijkt aan te geven dat een wijziging qua *modus operandi* in dit geval een erg drastische verandering zou impliceren voor de wijze waarop de Europese rechtbanken werken. Nochtans zou het niet de eerste keer zijn (geweest) dat de Engelse *common law* in aanvaring komt met het Europees recht. Zie bv: HvJ C-281/02, *Owusu, Jur.* 2005, I (in verband met de Engelse *forum non conveniens*-doctrine) en HvJ C-159/02, *Turner v. Grovit, Jur.* 2004, I (in verband met *anti-suit injunctions*).

Deze tegenstelling werd op de spits gedreven in het arrest *West Tankers*, waar het Hof van Justitie van de Europese Unie oordeelde dat *anti-suit injunctions*, uitgevaardigd door de rechtbanken van een lidstaat, onverenigbaar zijn met de Brussel I-Verordening, zelfs indien de procedure in Engeland buiten het toepassingsgebied van de Brussel I-Verordening viel op basis van de uitsluitingsgrond voor arbitrage, voorzien in deze verordening. De *anti-suit injunction* mocht er immers niet toe leiden dat de effectiviteit van de Verordening zou worden ondermijnd, doordat een rechtbank van een andere Europese lidstaat niet ongehinderd over haar eigen bevoegdheid kon oordelen op basis van de Brussel I Verordening. Zie: HvJ C-185/07, *Allianz SpA en Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc, Jur.* 2009, I, punt 19 – 34.

In een later arrest kwam het Hof van Justitie evenwel tot een andere beslissing omtrent een *anti-suit injunction* die was uitgevaardigd door een arbitrage-tribunaal, aangezien deze niet onder het toepassingsgebied van de Brussel I-Verordening vallen, zie: HvJ C-536/13, *Gazprom, Jur.* 2015, I, punt 27 – 44. Zie tevens: C.P. OJIEGBE, "From *West Tankers* to

recht past niet in de Engelse plaatje.¹²²³ Of, om het in de woorden van BRIGGS te stellen: “*the principle that curia novit jus, that the court knows the law, begins and ends with English domestic law*”.¹²²⁴ In tegenstelling tot wat het geval is in de meeste continentale rechtsordes wordt het buitenlandse recht beschouwd als een door de partijen te bewijzen feit, eerder dan als een rechtsregel die door de rechter zelf moet worden toegepast.

e. Evaluatie met betrekking tot trusts

430. Deze theoretische aanblik laat ons toe om met betrekking tot rechtsverhoudingen of rechtsfiguren die in de staat van het forum geheel onbekend zijn, zoals de *trust*, vanuit het perspectief van de meeste *civil law*-stelsels een aantal kanttekeningen naar voren te schuiven.

Uit het voorgaande bleek alvast dat het feit dat de *trust* in beginsel een geheel onbekende rechtsfiguur is in de meeste *civil law*-forumstaten, geen principiële probleem zou mogen opleveren inzake de ‘erkenning’ van het bestaan van deze rechtsfiguur. Met andere woorden, haar bestaan zal normaal door de forumstaat in beginsel niet worden genegeerd, wegens de enkele reden dat deze rechtsfiguur in de forumstaat niet gekend is. De stelling van VON SAVIGNY, die in de tegenovergestelde zin luidde, lijkt op rechtstheoretisch gebied alvast verlaten. Problematischer is echter het punt dat het forum steeds zijn eigen verwijzingsrecht zal toepassen en in beginsel ook aan de hand van zijn eigen recht de voorliggende rechtsverhoudingen en de daaruit voortvloeiende rechtsvragen zal kwalificeren (kwalificatie *de lege fori*). Bij de aanvang van deze oefening kan dan wel rekening worden gehouden met de aard en de doelstelling van de mogelijks buitenlandse regels en bovendien kunnen de eigen verwijzingscategorieën breed worden geïnterpreteerd, maar zulks biedt nog geen garantie op een eenvormige of consequente benadering van vreemde rechtsbetrekkingen waarvoor het recht van de forumstaat geen eenduidig equivalent kent, zoals de *trust*.¹²²⁵ Vandaar dat in de rechtsleer soms wordt volgehouden dat een kwalificatie *de lege causae* het comparatieve voordeel zou hebben dat ‘vreemde rechtsfiguren’ onder deze benadering gemakkelijker zouden kunnen worden gekwalificeerd.¹²²⁶ O.i. kan de laatste stelling niet zonder meer worden gevolgd. Zelfs al zou de rechter van het forum de vreemde rechtsfiguur, *in casu* de *trust*, kwalificeren aan de hand van de

Gazprom: anti-suit injunctions, arbitral anti-suit orders and the Brussels I Recast”, *Journal of Private International Law* 2015, 267 – 294; O. VAN DER HAEGEN, “Back to the CJEU’s *Gazprom* judgment: anti-suit injunctions, arbitration and Brussels I (Recast)”, *b-Arbitra* 2016, 151 – 183.

¹²²³ *Duchess Di Sora v. Philipps* [1863] 10 HLC, 640.

¹²²⁴ A. BRIGGS, *Private International Law before English Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 103.

¹²²⁵ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2014, I, 457.

¹²²⁶ H. JACOBS, “Heeft de wet wijziging huwelijksvermogensstelsel inzake het internationaal privaatrecht alle kwalificatieproblemen opgelost?” in J. CATTARUZZA, W. KUPERS, I. PEETERS (eds.), *Liber Amicorum Achilles Cuypers*, Brussel, Larcier, 2009, 143.

lex causae, dan duikt er nog steeds een probleem op wanneer deze rechtsfiguur moet worden ingepast in een verwijzingscategorie van het forum. Het is dus niet evident dat in het IPR van het forum een dergelijke verwijzingscategorie kan worden aangetroffen, waarbij vervolgens kan worden aangeknoopt.

Aan de andere kant dient ook in de benadering waar de buitenlandse rechtsfiguur wordt gekwalificeerd *de lege fori*, rekening te worden gehouden met het wezen van de buitenlandse rechtsfiguur zelf. De rechter van het forum dient bij het kwalificeren van een buitenlandse rechtsfiguur als de *trust* toch te vertrekken vanuit het wezen van de trustfiguur zelf. De rechter zal immers moeten oordelen bij welke nationale rechtsfiguur de concrete trustrelatie die voorligt het meest aansluit, teneinde deze onder een bepaalde nationale verwijzingscategorie onder te brengen. De theoretische consensus luidt immers dat de nationale verwijzingscategorieën breed moeten worden geïnterpreteerd, zodat ook buitenlandse rechtsverhoudingen, die niet helemaal aansluiten bij deze van het forum, daarin kunnen worden ondergebracht.

431. Ongeacht of de *trust* wordt gekwalificeerd aan de hand van de *lex fori* of de *lex causae*, in beide gevallen kan er een probleem opduiken. In het geval van de kwalificatie *de lege causae* kan de *trust* wel worden gekwalificeerd als *trust*, maar voorziet het nationale recht mogelijks geen afzonderlijke verwijzingscategorie. In dat geval dient de *trust* nog steeds te worden ondergebracht binnen de verwijzingscategorie die het dichtst aansluit bij de trustverhouding. Uit wat volgt zal blijken dat de uitkomst van deze oefening bovendien van geval tot geval kan verschillen (zie *infra*, randnr. 629 e.v.). Bij een kwalificatie *de lege fori*, moet eveneens vanuit de concrete trustverhouding zelf worden vertrokken en geanalyseerd, teneinde deze te kunnen onderbrengen onder een bepaalde verwijzingscategorie. In beide gevallen komen we tot de conclusie dat de trustverhouding moet worden ondergebracht onder een verwijzingscategorie van het forum.

Indien het recht van de forumstaat daarentegen wel een verwijzingscategorie kent voor *trusts*, zal de uitkomst van de kwalificatieoefening o.i. ook steeds dezelfde zijn, ongeacht de gevolgde methode. In het geval van een kwalificatie *de lege causae* zal de trustverhouding worden gekwalificeerd als een trustverhouding, en kan worden aangeknoopt bij de daarvoor voorziene verwijzingscategorie. In het geval dat een rechtsorde principieel kwalificeert aan de hand van het eigen recht, dus *de lege fori*, zal de verwijzingscategorie voor *trusts*, om nuttig dienst te kunnen doen, o.i. steeds een omschrijving dienen te bevatten van wat in de forumstaat wordt begrepen onder de rechtsfiguur '*trust*'. Indien zulk een omschrijving ontbreekt, kan van de verwijzingscategorie immers geen nuttig gebruik worden gemaakt, daar het recht van de forumstaat de rechtsfiguur '*trust*' niet kent.¹²²⁷ In beide gevallen zal dan ook in beginsel gebruik worden gemaakt van de

¹²²⁷ *Infra*, randnr. 515 zullen wij echter zien dat deze werkmethode aanleiding kan geven tot een cirkelredenering: immers, teneinde na te gaan of de genoemde kenmerken effectief voorhanden zijn, dient reeds een *prima facie*-onderzoek te geschieden van het *potentieel* van toepassing zijnde recht.

verwijzingscategorie voor *trusts* indien zulk een verwijzingscategorie door het recht van de forumstaat wordt voorzien. Deze verwijzingscategorie zal in elk geval wel worden begrensd door de omschrijving van het rechtsbegrip '*trust*', indien wordt voorzien in een dergelijke omschrijving (zie daartoe *infra*, randnr. 482 e.v. en randnr. 723 e.v.).

432. Verwacht kan dus worden dat, bij gebreke aan een specifieke verwijzingscategorie voor *trusts*, de kwalificatie van deze rechtsfiguur in civielrechtelijke landen op casuïstieke, en dus uiteenlopende, gronden zal geschieden. Zulks komt de voorspelbaarheid van de procesgang en de rechtszekerheid allerminst ten goede. Indien er wel een specifieke verwijzingscategorie ontstaat voor *trusts* zou het plaatje evenwel moeten wijzigen, aangezien de *trust* in de gelegenheid wordt gesteld om 'als *trust*' door te werken in de rechtsorde van het forum.

Voorlopig is het bovenstaande slechts een onderzoekshypothese. Aan de hand van een analyse van het positieve recht en de rechtspraak van de onderzochte rechtsstelsels zal nog moeten worden nagegaan in hoeverre de hier uiteengezette theoretische visie overeenstemt met de werkelijkheid.

4. Derde proces: erkenning en uitvoerbaarverklaring van buitenlandse akten en rechtelijke uitspraken

433. Het derde internationaal privaatrechtelijke proces heeft betrekking op de erkenning en uitvoering van buitenlandse rechterlijke beslissingen.¹²²⁸ Dit proces betreft klassiek de vraag welke formaliteiten moeten worden vervuld teneinde zich in een bepaald land op een buitenlandse akte of buitenlandse rechterlijke beslissing te kunnen beroepen, alsook de vraag welke rechtsgevolgen dergelijke buitenlandse akten of rechterlijke beslissingen in een ander land gevolgen kunnen ressorteren. Klassiek moet daartoe een afzonderlijke procedure worden doorlopen, teneinde een '*exequatur*' te verkrijgen. Ook hier is sprake van een zeer significante Europese invloed, aangezien verschillende Europese IPR-instrumenten een regeling bevatten betreffende erkenning van akten en rechterlijke beslissingen afkomstig uit andere Europese lidstaten.¹²²⁹ Daarbij wordt gestreefd naar het minimaliseren van de

¹²²⁸ G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, 3; J. ERAUW m.m.v. H. STORME, *Deel XVII 'Internationaal Privaatrecht'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 225 e.v.; F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit international privé*, Brussel, Larcier, 2005, 36; P. FRANZINA, X. KRAMER, J. FITCHEN, "The Recognition and enforcement of Member State Judgments" in A. DICKINSON, E. LEIN (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 373 – 519.

¹²²⁹ Zie bv. Art. 36 e.v. Brussel *Ibis*-Verordening; P. FRANZINA, X. KRAMER, J. FITCHEN, "The Recognition and enforcement of Member State Judgments" in A. DICKINSON, E. LEIN (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 373 – 519; G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, 188 – 201. Voor de Europese Erfrechtverordening betreft het art. 39 e.v.; A. BONOMI, P. WAUTELET m.m.v. I. PRETELLI, A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions*, Brussel, Bruylant, 2016, 617 e.v.

hordes die moeten worden gepasseerd om akten en rechterlijke beslissingen uit andere lidstaten te laten erkennen, teneinde een 'vrij verkeer van rechterlijke beslissingen' te bewerkstelligen.¹²³⁰ Dit derde proces is echter uit zijn aard veel minder relevant voor wat betreft de 'erkenning' van buitenlandse *express private trusts*, aangezien deze trustvariant op vrijwillige grondslag in het leven wordt geroepen. Voor wat betreft *trusts* die in het leven worden geroepen door een rechterlijke beslissing, is dit proces echter wel relevant.¹²³¹ De mogelijkheid tot 'erkenning' van dergelijke trustvarianten begint dan bij de vraag of de rechterlijke beslissing waarmee zij werden opricht, kan worden erkend. Hoger (*supra*, randnr. 397) werd voorliggend onderzoek echter afgebakend tot *express private trusts*. Het derde internationaal privaatrechtelijke proces komt in het verdere verloop van voorliggend onderzoek dan ook niet meer als zodanig aan de orde.

B. De *trust* in het internationaal privaatrecht

1. Eerste proces: het vaststellen van de internationale bevoegdheid met betrekking tot de *trust*

434. Uit het voorgaande is gebleken dat de eerste stap in het internationaal privaatrechtelijke proces, i.e. de vaststelling van de bevoegde rechtbank, een determinerende invloed kan hebben voor wat betreft de uitkomst van het internationaal privaatrechtelijke proces als geheel. Om deze reden wordt dan ook eerst stilgestaan bij de regeling inzake de internationale bevoegdheid betreffende geschillen inzake *trusts*.

a. Op grond van de Brussel I(bis)-Verordening

i. Toepassingsgebied van de Brussel I(bis)-Verordening

435. Voor wat betreft de internationale rechtsmacht met betrekking tot de *trust*¹²³² dient in de eerste plaats te worden verwezen naar de Brussel I(bis)-Verordening. Door het feit dat het hier gaat om een Europese verordening, geniet

In dit verband kan ook nog worden gewezen op de verordening tot vaststelling van een Europese procedure betreffende geringe vorderingen. Zie: Verordening 861/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 tot vaststelling van een Europese procedure betreffende geringe vorderingen, *P.B.L.* 31 juli 2007, afl. 199/1.

¹²³⁰ G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, 188.

¹²³¹ F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit international privé*, Brussel, Larcier, 2005, 698.

¹²³² Binnen het raamwerk van de Europese IPR-verordeningen dient het begrip '*trust*' volgens bepaalde auteurs vermoedelijk autonoom te worden geïnterpreteerd. Zie: A. BONOMI, P. WAUTELET m.m.v. I. PRETELLI, A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions*, Brussel, Bruylant, 2016, 115 – 116.

Zie echter: *infra*, randnr. 477.

dit instrument principieel voorrang boven het Belgische WIPR.¹²³³ Deze verordening domineert de regels inzake de internationale rechtspleging inzake 'burgerlijke en handelszaken' van zodra er een internationaal element aanwezig is.¹²³⁴ De (oude) Brussel I-Verordening¹²³⁵ is met ingang van 10 januari 2015 ingetrokken en vervangen door de Brussel *Ibis*-Verordening.¹²³⁶ Artikel 66 van de Brussel *Ibis*-Verordening bepaalt echter bij wijze van overgangsregeling, dat de oude verordening van toepassing blijft op beslissingen inzake rechtsvorderingen die zijn ingesteld op authentieke akten die zijn verleden of geregistreerd en gerechtelijke schikkingen die zijn getroffen of goedgekeurd vóór 10 januari 2015. De toepassing van de oude verordening zal zich met andere woorden nog een tijd laten voelen, ook na de (volledige) inwerkingtreding van de Brussel *Ibis*-Verordening.

436. Met de bepalingen van de Brussel I(*bis*)-Verordening moet slechts rekening worden gehouden voor zover deze verordening ook effectief van toepassing is. Het valt buiten het bestek van dit onderzoek om dit punt *in extenso* te onderzoeken. De vraag of de Brussel I(*bis*)-Verordening van toepassing is op de onderhavige materie is evenwel van groot praktisch belang. Om deze reden zullen slechts de algemene regels kort worden weergegeven.

437. De (oude) Brussel I-Verordening was slechts van toepassing in drie gevallen:

- De verweerder in een rechtszaak heeft zijn of haar woonplaats in een lidstaat van de Unie. De nationaliteit van de verweerder is hierbij niet van belang. Ook de woonplaats van de eiser of diens nationaliteit zijn irrelevant.

- Een rechtbank van een lidstaat heeft een exclusieve bevoegdheid op grond van artikel 22 van de (oude) Brussel I-Verordening (i.e. artikel 24 van de Brussel *Ibis*-Verordening). Deze regel geldt ongeacht de woonplaats van de partijen.

- Wanneer minstens één partij woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat en er een geldige forumkeuze werd gedaan ten voordele van de rechtbanken van een lidstaat, overeenkomstig artikel 23 van de Brussel I-Verordening.

438. In de Brussel *Ibis*-Verordening is het (territoriaal) toepassingsgebied enigszins uitgebreid ten aanzien van haar voorganger. Zo bepaalt artikel 25 van de Brussel *Ibis*-Verordening dat, indien de partijen een geldige forumkeuze hebben

¹²³³ Zie ook: artikel 2 WIPR; A-L. VERBEKE, "Artikel 123. Internationale bevoegdheid inzake de trust" in J. ERAUW, M. FALLON *et al.* (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd – Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 662.

¹²³⁴ Het begrip "internationaal element" dient daarbij enigszins extensief te worden geïnterpreteerd, zie: HvJ C-327/10, *Hypoteční banka a.s. v Udo Mike Lindner*, *Jur.* 2011, I, punt 33.

¹²³⁵ Verordening nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PB.L.* 16 januari 2001, afl. 12/1.

¹²³⁶ Zie artt. 80 en 81 Brussel *Ibis*-Verordening.

gemaakt ten voordele van de rechtbanken van een lidstaat, deze rechtbanken bevoegd zijn, ongeacht de woonplaats van de partijen.¹²³⁷ Verder wordt de internationale reikwijdte van de verordening uitgebreid middels de artikelen 18, lid 1 en 21, lid 2 Brussel *Ibis*-Verordening. Voor bepaalde 'beschermde categorieën' (*in casu*: consumenten en werknemers) geldt het woonplaatsvereiste voor de verweerder niet langer onverkort. Indien de eiser, die onder één van beide beschermde categorieën valt, een rechtsvordering instelt tegen een verweerder die geen woonplaats heeft in een lidstaat van de Unie, valt deze rechtsvordering toch onder het toepassingsgebied van de Brussel *Ibis*-Verordening.¹²³⁸

439. Met betrekking tot het materieel toepassingsgebied van de Brussel I(*bis*)-Verordening bepaalt artikel 1 van beide verordeningen dat zij slechts wordt toegepast in 'burgerlijke en handelszaken' ('*civil and commercial matters*', '*matière civile et commerciale*') en dit ongeacht de aard van het gerecht waar de kwestie aanhangig is. Beide verordeningen hebben geen betrekking op fiscale zaken, douanezaken en administratiefrechtelijke zaken. In de Brussel *Ibis*-Verordening wordt hier nog aan toegevoegd dat ook de aansprakelijkheid van de staat wegens een handeling of nalaten in de uitoefening van het openbaar gezag ('*acta iure imperii*') tevens buiten het materieel toepassingsgebied vallen. Het begrip 'burgerlijke en handelszaken' vereist een autonome Europese betekenis.¹²³⁹ Samengevat komt het standpunt van het Hof van Justitie van de Europese Unie hierop neer dat rechtsvorderingen of rechterlijke beslissingen buiten het toepassingsgebied van de verordening(en) vallen wegens factoren die kenmerkend zijn voor de aard van de tussen de procespartijen bestaande rechtsbetrekkingen of van het voorwerp van het geschil.¹²⁴⁰

440. Nog met betrekking tot het toepassingsgebied van de Brussel I(*bis*)-Verordening kan worden opgemerkt dat artikel 6, lid 1 van de Brussel *Ibis*-Verordening (artikel 4 van de oude verordening) stelt dat indien de verweerder geen woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, de bevoegdheid in elke lidstaat wordt geregeld door de (IPR-)wetgeving van de desbetreffende lidstaat. Hiervoor wordt slechts uitzondering gemaakt voor de gevallen waarin sprake is van een geldige forumkeuze, een exclusieve bevoegdheid of, voor wat betreft de Brussel *Ibis*-Verordening, wanneer de eiser die onder een bepaalde beschermde categorie valt woonplaats heeft in een lidstaat van de Unie. Dit alles vormt gewoon een herhaling van wat hoger reeds werd gesteld in verband met het toepassingsgebied van de Brussel I(*bis*)-Verordening.

¹²³⁷ Zie algemeen: H. BOULARBAH, S. FRANCO, A. NUYTS, J-L VAN BOXSTAEL, J-F VAN DROUGHENBROEK, P. WAUTHELET, "De Bruxelles I à Bruxelles *Ibis*", *JT* 2015, 95 – 97.

¹²³⁸ Zie ook artikel 6, lid 1 Brussel *Ibis*-Verordening.

¹²³⁹ Over de invulling van dit begrip, zie: HvJ 29/76, *LTU v. Eurocontrol*, *Jur.* 1976, I, punt 5; HvJ C-814/79, *Rüffer*, *Jur.* 1980, I, punt 6 – 16; HvJ C-172/91, *Sonntag*, *Jur.* 1993, I, punt 20 – 26; HvJ C-265/05, *Frahuil SA v. Assitalia SA*, *Jur.* 2004, I, punt 20 – 21; HvJ C-292/05, *Lechouritou*, *Jur.* 2007, I, punt 29, 46.

¹²⁴⁰ G. VAN CALSTER, "L'EEX nouveau (ofte: Brussel *Ibis*) est arrivé. De hervorming van de moeder van het Europees Internationaal Privaatrecht", *RW* 2014 – 2015, 1446.

Echter, het tweede lid van artikel 6 – of voor de oude verordening, het tweede lid van artikel 4 – voegt aan het voorgaande toe dat in de gevallen waar de verordening niet van toepassing is, er wel een plicht geldt tot gelijke behandeling van eisers die woonplaats hebben in een lidstaat, ongeacht hun nationaliteit. Ongeacht de nationaliteit van de eiser die woonplaats heeft in een lidstaat moet deze zich, luidens de verordening, op gelijke voet met de onderdanen van een lidstaat kunnen beroepen op het nationaal IPR van de desbetreffende lidstaat. Indien bijvoorbeeld een Amerikaans staatsburger die woonplaats heeft in België een vordering instelt tegen een Canadees, die geen woonplaats heeft in België, volgt uit artikel 6, lid 2 Brussel *Ibis*-Verordening dat de Amerikaanse eiser op gelijke voet dient te worden behandeld met een Belgische eiser. Het gevolg hiervan is o.i. dat de doorgaans meegegeven formule met betrekking tot het territoriaal toepassingsgebied van de Brussel *I(bis)*-Verordening niet helemaal correct is. In dit geval lijkt de verordening immers een plicht tot gelijke behandeling op te leggen in een situatie die op het eerste gezicht niet onder haar toepassingsgebied valt. Het is o.i. daarom beter om te stellen dat de Brussel *I(bis)*-Verordening evenzeer van toepassing is, maar geen antwoord biedt op het vlak van de rechterlijke bevoegdheid voor het voorliggende *issue*, waardoor in tweede instantie een beroep dient te worden gedaan op het nationaal IPR van de lidstaat in kwestie, zij het dat op deze lidstaat een plicht tot gelijke behandeling rust.

441. Specifiek met betrekking tot *trusts* die worden aangewend in het raam van vermogensplanning dient rekening te worden gehouden met artikel 1.2. a) en f) van de Brussel *Ibis*-Verordening. Luidens deze puntjes is de verordening niet van toepassing op, *inter alia*, de staat en bevoegdheid van natuurlijke personen, het huwelijksvermogensrecht of het vermogensrecht ter zake van relatievormen waaraan volgens het toepasselijke recht gelijkaardige gevolgen worden verbonden als met die van het huwelijk. De verordening is evenmin van toepassing op testamenten en erfenissen, met inbegrip van onderhoudsverplichtingen die ontstaan als gevolg van het overlijden. Wel is in de verordening geen algemene uitsluiting voorzien ten aanzien van *trusts*.

Echter, vanwege de algemene uitsluiting van erfeniskwesties, zou kunnen worden betoogd dat een *trust* die is opgericht in het kader van successieplanning buiten het toepassingsgebied van de verordeningen zou vallen.¹²⁴¹ Nochtans kan deze

¹²⁴¹ M. LEHMANN, "Special Jurisdiction" in A. DICKINSON, E. LEIN (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 180; M. MELLAH, T. MAES, "Hoofdstuk XII. Trust" in I. COUWENBERG, A. HANSEBOUT, L. VANFRAECHEM, *Internationaal Privaatrecht. Duiding 2014*, Brussel, Larcier, 2014, 799; A-L. VERBEKE, "Artikel 123. Internationale bevoegdheid inzake de trust" in J. ERAUW, M. FALLON *et al.* (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd – Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 662; P. MANKOWSKI, "Article 5" in P. MANKOWSKI, U. MAGNUS, *European Commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, 2007, 232; Rapport SCHLOSSER, 89.

Zulks werd in het verleden ook betoogd door ERAUW, zie: J. ERAUW, "Niet-uitsluitende bevoegdheidsgronden" in H. VAN HOUTTE, M. PERTEGAS-SENDER (eds.), *Europese IPR-Verdragen*, Leuven, Acco, 1997, 106.

visie o.i. niet zonder meer worden gevolgd. Belangrijk voor het goede verloop van het internationaal privaatrechtelijke proces is in dit verband steeds dat de 'juiste' rechtsvraag wordt gesteld. Neem bijvoorbeeld het geval van een *testamentary trust*, die werd ingesteld bij laatste wilsbeschikking van de *settlor*. Indien de voorliggende rechtsvraag betrekking heeft op een kwestie die als 'erfrechtelijk' dient te worden gekwalificeerd, bijvoorbeeld de vraag naar de geldigheid van de uiterste wilsbeschikking, kan worden geconcludeerd dat de Brussel I(*bis*)-Verordening inderdaad niet van toepassing is. Indien de rechtsvraag echter betrekking heeft op de trustverhouding zelf, bijvoorbeeld aangaande het bestuur van de onder trustverband gebrachte goederen door de *trustee*, dan valt de rechtsvordering die hierop betrekking heeft o.i. wel onder het toepassingsgebied van de Brussel I(*bis*)-Verordening.¹²⁴² Dergelijke *trusts* worden immers (naar Engels recht) in de regel pas volledig van kracht van zodra de passiva van de nalatenschap worden voldaan, zoals begrafeniskosten, (belasting)schulden en zelfs het verwijderen van activa uit de *trust* ter voldoening van de claims van reservataire of anderszins door de wet beschermde erfgenamen.¹²⁴³

442. In de Brussel I(*bis*)-Verordening is geen algemene uitsluiting voorzien ten aanzien van *trusts*. In het vroegere EEX-Verdrag werden, ter gelegenheid van de toetreding van Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk tot dit verdrag,

¹²⁴² Zie eensluidend: M.E. KOPPENOL-LAFORCE, "De trust in het EEX" in X. (ed.), *Tot vermaak van Slagter. Feestbundel aangeboden aan Prof. Mr. W.J. Slagter ter gelegenheid van zijn 65^{ste} verjaardag*, Deventer, Kluwer, 1988, 109; D. HAYTON, "'Trusts' in Private International Law" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours, Vol. 366*, Leiden, Nijhoff, 2013, 40; D. HAYTON, "The increasing significance of conflicts of laws' issues", *Trusts & Trustees* 2014, 1073.

Zie in dit verband ook ro. 13 en art. 1.2.j) van de Erfrechtverordening, waarin wordt voorzien dat kwesties inzake "de oprichting, het beheer en de ontbinding van *trusts*" van het toepassingsgebied van deze verordening worden uitgesloten. Nochtans voorziet de Erfrechtverordening niet in een algemene uitsluiting ten aanzien van *trusts*. O.i. kan het bepaalde in de Erfrechtverordening worden beschouwd als het spiegelbeeld van het bepaalde in de Brussel I(*bis*)-Verordening, zodat de materie die is uitgesloten van het toepassingsgebied van deze laatste verordeningen in beginsel wordt gedekt door de Erfrechtverordening en *vice versa*.

¹²⁴³ D. HAYTON, "'Trusts' in Private International Law" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours, Vol. 366*, Leiden, Nijhoff, 2013, 40; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 16.

Voor wat betreft Engeland en Wales kan hier worden verwezen naar de *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* van 1975 die aan de Engelse rechtbanken toestaat om op discretionaire basis een deel van het *estate* van een overledene toe te kennen, indien in het testament van de overledene of via de wettelijke devolutie van de nalatenschap geen 'reasonable financial provision' wordt getroffen voor bepaalde familieleden of van de overledene afhankelijke personen. Het Engelse recht kent immers geen wettelijke reserve zoals de meeste *civil law*-stelsels. Zie: J. WOOD, "England and Wales" in L. GARB, J. WOOD (eds.), *International Succession, 4th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 259.

Voor een rechtsvergelijkend overzicht, zie: W. PINTENS, "Pleidooi voor een rechtsvergelijkende analyse van de reserve" in C. DECLERCK, W. PINTENS (eds.), *Patrimonium 2015*, Brugge, die Keure, 2015, 413 – 418.

zelfs een aantal bepalingen ingevoegd die specifiek betrekking hebben op *trusts*.¹²⁴⁴ Deze bepalingen werden quasi-ongewijzigd overgenomen in de latere Brussel I-Verordening en de Brussel *Ibis*-Verordening.¹²⁴⁵ Opgemerkt kan worden dat de desbetreffende bepalingen van de (oude) Brussel I-Verordening ook werden opgenomen in het Verdrag van Lugano van 2007.¹²⁴⁶ Het Lugano-Verdrag wordt in wat volgt evenwel niet afzonderlijk besproken, aangezien de bespreking van de (oude) Brussel I-Verordening *mutatis mutandis* ook van toepassing is op het Lugano-Verdrag.

Uit het Rapport SCHLOSSER blijkt dat er voor de toepassing van de Brussel I(*bis*)-Verordening een onderscheid moet worden gemaakt tussen de 'interne' en de 'externe' rechtsbetrekkingen in de *trust*.¹²⁴⁷ De 'externe betrekkingen' zijn de rechtsbetrekkingen die de *trustee* heeft met personen die geen *beneficiary* zijn van de *trust* en die anderszins vreemd zijn aan de voorliggende trustverhouding. Zo kan de *trustee* mogelijks overeenkomsten aangaan met derden met betrekking tot bepaalde trustgoederen. Zo kan de Engelse *trustee* een trustgoed verkopen of een huurovereenkomst aangaan met betrekking tot een onroerend trustgoed gelegen in België. In het Rapport SCHLOSSER wordt opgemerkt dat in verband met deze rechtsbetrekkingen in feite geen wijziging van het EEX-Verdrag nodig was. Deze rechtsbetrekkingen vielen reeds onder het toepassingsgebied van het Verdrag. Het maakte immers geen verschil of een *trustee* een overeenkomst aanging in zijn of haar 'hoedanigheid' van *trustee* of niet.

¹²⁴⁴ Zie in dit verband: Rapport over het Verdrag inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tot het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken alsmede tot het Protocol betreffende de uitlegging daarvan door het Hof van Justitie (door P. SCHLOSSER), *PB.C.* 5 maart 1979, afl. 59/105 – 108 ("Rapport SCHLOSSER").

¹²⁴⁵ Het overnemen van de desbetreffende bepalingen bleek nochtans niet evident te zijn. In het oorspronkelijke voorstel van de Brussel I-Verordening werd er nog van uit gegaan dat Denemarken, het Verenigd Koninkrijk en Ierland niet zouden deelnemen aan de nieuwe verordening. In het voorstel was daarom geen spoor van enige bepaling met betrekking tot *trusts*, zie: Voorstel voor een Verordening (EG) van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PB.C.* 28 december 1999, 376 E/1, i.h.b. rechtsoverweging 21.

Toen eenmaal bekend was geraakt dat Ierland en het Verenigd Koninkrijk gebruik zouden maken van hun *opt-in*, werd al gauw een amendement ingediend dat ertoe strekte om de desbetreffende bepalingen terug op te nemen in het voorstel, zie: Draft report on the proposal on the proposal for a Council Regulation (EC) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (door D. WALLIS), COM (1999) 348 final – C5-0169/1999 – 1999/0154 (CNS), opgesteld voor de Commissie Juridische zaken en Interne Markt. De oorspronkelijke idee om de desbetreffende bepalingen weg te laten uit de verordening werd in het verslag zelfs betiteld als '*petty*'.

¹²⁴⁶ Verdrag van Lugano betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PB.L.* 21 december 2007, afl. 339/3, i.h.b. artt. 5.6, 23.4 en 5 en 60.3. Met de ondertekening van dit verdrag werden de regels van de oude Brussel I-Verordening uitgebreid tot een aantal lidstaten van de Europese Vrijhandelsassociatie, te weten Zwitserland, Noorwegen en IJsland.

¹²⁴⁷ Rapport SCHLOSSER, 106.

De reden waarom er volgens het Rapport SCHLOSSER werd voorzien in een aantal bijzondere bevoegdheidsgronden met betrekking tot *trusts*, was vanwege het feit dat er in de systematiek van het toenmalige EEX-Verdrag mogelijk wel problemen zouden rijzen in verband met de 'interne' rechtsbetrekkingen in een *trust*. Dergelijke 'interne' rechtsbetrekkingen zijn bijvoorbeeld geschillen tussen *trustees* onderling, tussen *trustees* en *beneficiaries* of zelfs geschillen tussen de *settlor* en andere partijen die betrokken zijn met de *trust*. Indien de algemene systematiek van de Brussel I(*bis*)-Verordening steeds zou worden gevolgd, zou de *beneficiary* die een vordering wenst in te stellen tegen de *trustee*, deze laatste slechts kunnen dagen voor de rechtbanken van de lidstaten waar de *trustee* zijn woonplaats heeft. De woonplaats van de *trustee* is evenwel niet steeds een goed aanknopingspunt voor de bevoegdheid van de rechtbanken met betrekking tot de interne trustverhoudingen. Zo is het immers goed mogelijk dat een Engelse *trustee* verhuist naar een lidstaat die de *trust* niet kent, bijvoorbeeld België, terwijl de onder trustverband gebrachte goederen zich in het Verenigd Koninkrijk bevinden. In dergelijke situaties zou het suboptimaal zijn indien de *beneficiaries* of andere *trustees* de *trustee* in kwestie slechts in België voor de rechtbank kunnen dagen. In het Rapport SCHLOSSER wordt opgemerkt dat de bijzondere bevoegdheidsregels inzake verbintenissen uit overeenkomst hier overigens geen oplossing zouden bieden, daar de rechtsbetrekkingen tussen *trustees* onderling en ten aanzien van *beneficiaries* niet van een contractuele aard zijn.¹²⁴⁸ Om deze redenen werd dan ook besloten om in het EEX-Verdrag een aantal bepalingen in te voeren die betrekking zouden hebben op deze 'interne' verhoudingen van de *trust*.

ii. Algemene bevoegdheidsregel en bijzondere bijkomende bevoegdheidsgronden

443. Uit het voorgaande is reeds gebleken dat de algemene bevoegdheidsregel van de Brussel I(*bis*)-Verordening ook van toepassing is in het geval van vorderingen ingesteld in het raam van een trustrelatie, daar *trusts* niet uitgesloten zijn van het toepassingsgebied van de verordening. Een persoon kan dus in het kader van een trustverhouding ook steeds gedaagd worden voor de gerechten van de lidstaat waar hij of zij woonplaats heeft (zie: artikel 4 Brussel *Ibis* en artikel 2 Brussel I).

444. Omwille van de hoger (*supra*, randnr. 442) aangehaalde redenen, is er tevens voorzien in een bijkomende bevoegdheidsgrond voor *trusts*¹²⁴⁹ in beide verordeningen. Het betreft hier gevallen waarin personen die woonplaats hebben

¹²⁴⁸ *Ibid.*

¹²⁴⁹ Hoewel de Brussel *Ibis*-Verordening in de verschillende taalversies spreekt over het begrip '*trust*' wordt door bepaalde auteurs geopperd dat ook 'analoge' rechtsfiguren die geen klassieke *common law*-trusts zijn onder het toepassingsgebied van deze bepaling zouden kunnen vallen. Deze argumentatie doet enigszins denken aan de afbakening van het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag, dat verder (*infra*, randnr. 483 e.v.) nog aan bod komt. Zie: M. LEHMANN, "Special Jurisdiction" in A. DICKINSON, E. LEIN (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 180.

in een lidstaat kunnen worden opgeroepen voor gerechten van een andere lidstaat. Artikel 7.6. Brussel *Ibis* bepaalt dat wanneer “*ten aanzien van een geschil dat aanhangig wordt gemaakt tegen een oprichter, trustee of begunstigde van een trust die in het leven is geroepen op grond van de wet of bij geschrifte dan wel bij een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst*”¹²⁵⁰, deze personen kunnen worden opgeroepen voor de gerechten van de lidstaat op wiens grondgebied de trust ‘woonplaats heeft’. Opmerkelijk is dat artikel 7.6. Brussel *Ibis* een taalkundig verschil bevat ten aanzien van artikel 5.6. van de Brussel I-Verordening. Artikel 5.6. van de oude verordening bepaalde dat een persoon kon worden opgeroepen voor de gerechten van de lidstaat waar hij of zij ‘woonplaats’ heeft “*als oprichter, trustee of begunstigde van een trust*” (eigen onderlijning). In de Brussel *Ibis*-Verordening is de aanvang van artikel 7.6. daarmee in overeenstemming gebracht met de andere paragrafen van dit artikel, die in de Brussel I-Verordening in de regel ook aanvang namen met de bewoordingen “*ten aanzien van*”.

Het verschil in bewoordingen wordt nog duidelijker wanneer enkele andere taalversies van beide verordeningen, die allen even authentiek zijn¹²⁵¹, in ogenschouw worden genomen. In de Engelstalige en Franstalige versies van de Brussel I-Verordening vangt artikel 5.6. aan met de bewoordingen “*as settlor, trustee or beneficiary of a trust*” en “*en sa qualité de fondateur, de trustee ou de bénéficiaire d’un trust*”. In de Brussel *Ibis*-Verordening vangt artikel 7.6. in beide taalversies aan met de bewoordingen “*as regards a dispute brought against a settlor, trustee or beneficiary of a trust*” en “*s’il s’agit d’une action engagée à l’encontre d’un fondateur, d’un trustee ou d’un bénéficiaire d’un trust*”.

445. Opvallend is tevens dat de bijkomende bevoegdheidsgrond gestoeld is op het criterium ‘woonplaats van de trust’ (*‘domicile of the trust’, ‘domicile du trust’*). Ofschoon trusts in beginsel niets anders zijn dan rechtsverhoudingen of, nog beter gesteld, wijzen waarop een trustee bepaalde onder trustverband gebrachte goederen aanhoudt¹²⁵² (zie *supra*, randnr. 245 en 401), wordt in de Brussel I(*bis*)-Verordening als uitgangspunt gehanteerd dat trusts een lokaliseerbaar geografisch zwaartepunt (kunnen) hebben. Hiermee wordt aangeleund bij de idee dat trusts

¹²⁵⁰ Opvallend is dat de Nederlandstalige en Franstalige versies van de Brussel I(*bis*)-Verordening hier spreken over respectievelijk “*een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst*” en “*une convention verbale, confirmée par écrit*”. De Engelse taalversie van de verordening heeft het daarentegen over “*a trust created by the operation of a statute, or by a written instrument, or created orally and evidenced in writing*” (eigen onderlijning). De Engelse taalversie maakt dus geen melding van een ‘overeenkomst’ (*‘agreement’*). Deze taalversie leunt daarom ook dichter aan bij de juridische realiteit, aangezien trusts in *common law*-jurisdicties niet in het leven worden geroepen per overeenkomst. O.i. moeten de Nederlandse en Franse taalversies van de verordeningen dan ook in die zin worden geïnterpreteerd dat elk schriftelijk bewijsstuk waarmee het bestaan van een mondeling gecreëerde trust aantoonbaar is, in aanmerking moet worden genomen. Het hoeft met andere woorden niet te gaan om een schriftelijk bewijs van een reeds bestaande mondelinge overeenkomst.

¹²⁵¹ A. BRIGGS, *Private International Law before English Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 68.

¹²⁵² Zie in dit kader specifiek: M. LEHMANN, “Special Jurisdiction” in A. DICKINSON, E. LEIN (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 180.

(een soort) 'afzonderlijke entiteiten' zijn (*cf. supra*, randnr. 335 e.v.). In het Rapport SCHLOSSER wordt dienaangaande opgemerkt dat de notie van een 'domicilie' van de *trust* nochtans niet geheel onbekend is, zij daartoe wel wordt verwezen naar een Schotse auteur.¹²⁵³ Ook in het Engelse (inkomsten)belastingrecht komt het begrip '*domicile*' van de *trust* aan bod.¹²⁵⁴ Echter, in het Engelse inkomstenbelastingensysteem wordt de '*domicile*' van de *trust* bepaald door de vraag of de *trustees* al dan niet (allemaal) *resident* zijn in het Verenigd Koninkrijk. In feite wordt de gezamenlijke en mogelijks wisselende groep van *trustees* gezien als een afzonderlijke 'nominale persoon'¹²⁵⁵, die woonplaats ('*residency*') heeft in het Verenigd Koninkrijk indien de gezamenlijke *trustees* daar eveneens woonplaats hebben. Indien de *trustees* allemaal woonplaats hebben buiten het Verenigd Koninkrijk, geldt dit ook voor de *trust*. Het is in dit laatste geval irrelevant op welke plaats de *trust* gewoonlijk wordt beheerd. Indien bepaalde *trustees* woonplaats hebben in het Verenigd Koninkrijk en andere *trustees* geen woonplaats hebben in het Verenigd Koninkrijk, wordt de vraag of de 'nominale persoon' woonplaats heeft in het Verenigd Koninkrijk bepaald door een *tie-breaker* regel, waarbij wordt gekeken naar de woonplaats van de *settlor* bij de oprichting van de *trust*.¹²⁵⁶ Voor het bepalen van de '*residency*' in de Engelse inkomstenbelastingen wordt in *Section 474* van de *Income Tax Act 2007* uitdrukkelijk beroep gedaan op een fiscale fictie.

446. In de Brussel I(*bis*)-Verordening wordt evenwel nergens aangegeven op welke wijze deze 'woonplaats' van de *trust* dient te worden bepaald. In artikel 63.3. Brussel *Ibis* (artikel 60.3. Brussel I) wordt slechts bepaald dat om vast te stellen of een *trust* woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, het gerecht waarbij de zaak aanhangig werd gemaakt, het voor hem geldende IPR dient toe te passen. Dit is evenwel gemakkelijker gezegd dan gedaan.¹²⁵⁷ Ook in het Rapport SCHLOSSER werd opgemerkt dat, ten tijde van de invoering van deze bepalingen, vele continentale rechtsstelsels geen regels kenden die toelieten om de woonplaats van

¹²⁵³ Rapport SCHLOSSER, 107.

Het feit dat het om een Schotse auteur gaat is relevant. Het Schotse recht kent, net als het Engelse recht, een trustfiguur, maar vanwege het feit dat Schotland een zogeheten '*mixed jurisdiction*' is, die zowel onder invloed heeft gestaan van de *civil law*-stelsels als de *common law*-stelsels, lijkt deze notie van een 'domicilie' toch enigszins geforceerd, wanneer het wordt bekeken vanuit een zuiver *common law*-perspectief.

Over *trusts* in Schotland, zie: W.M. GORDON, S. WORTLEY, *Scottish Land Law*, Vol. 1, Londen, Thompson Reuters, 2009, 505 – 523; G. GRETTON, "Trusts Without Equity", *International and Comparative Law Quarterly* 2000, 619 – 620; K.G.C. REID, "Patrimony Not Equity: the trust in Scotland", *European Review of Private Law* 2000, 427 – 437.

¹²⁵⁴ Zie *Sections 474 t.e.m. 476* van de *Income Tax Act 2007*; J. RIVETT, "Taxation of Non-resident Trusts in the United Kingdom" *Trusts & Trustees* 2008, 605 – 613.

¹²⁵⁵ *Section 474(1)* van de *Income Tax Act 2007* bepaalt dienaangaande: "*For the purposes of the Income Tax Acts (except where the context otherwise requires), the trustees of a settlement are together treated as if they were a single person (distinct from the persons who are the trustees of the settlement from time to time).*"; N. EASTAWAY, J. KIMBER, I. RICHARDS, *Tax Adviser's Guide to Trusts, 5th Edition*, Bloomsbury, West-Sussex, 2016, 207 – 208.

¹²⁵⁶ *Section 476 Income Tax Act 2007*.

¹²⁵⁷ D.W.M. WATERS, "The Concept Called "The Trust", *Bulletin for International Fiscal Documentation* 1999, 127.

de *trust* te bepalen. Deze rechtsstelsels zouden volgens het Rapport dus regels dienen in te voeren die toelaten deze vaststelling te maken.¹²⁵⁸ Het Rapport gaf daarbij nog aan dat deze vaststelling kon worden gedaan volgens de regels van de forumstaat zelf, of aan de hand van het recht waaraan de trustverhouding onderworpen is.

Een ander gevolg van de benadering die wordt voorgestaan in artikel 63.3. Brussel *Ibis*-Verordening is dat het begrip 'woonplaats van de *trust*' kan verschillen alnaargelang wat het geldende IPR van de forumstaat bepaalt.

447. In het Verenigd Koninkrijk wordt een *trust* geacht 'woonplaats' te hebben in de staat waarmee de trustverhouding '*its closest and most real connection*' heeft.¹²⁵⁹ In beginsel zal de *trust* daarom geacht worden woonplaats te hebben in de staat waarvan het recht de geldigheid van de trustverhouding regelt.¹²⁶⁰ Indien het concept enkel zou terugverwijzen naar het recht van de staat waar de *trustee* woonplaats heeft, zou de regel immers net datgene bereiken wat artikel 7.6. Brussel *Ibis*-Verordening beoogt te vermijden, althans in zaken waar een *trustee* optreedt als verweerder. In dat geval zou bovendien *de facto* geen alternatief forum kunnen worden aangeduid op basis van de van toepassing zijnde bepalingen.

448. De benadering die wordt gehanteerd in het Verenigd Koninkrijk kan worden gecontrasteerd met de Zwitserse benadering. Zwitserland, dat partij is bij het hoger (*supra*, randnr. 442) genoemde Verdrag van Lugano, heeft in zijn *Loi fédérale sur le droit international privé*¹²⁶¹ eveneens een aantal bepalingen opgenomen die specifiek betrekking hebben op de *trust*. Eén en ander werd sterk in de hand gewerkt door de inwerkingtreding van het Haagse Trustverdrag voor Zwitserland op 1 juli 2007.¹²⁶² Artikel 21 van de desbetreffende wet betreft "*le siège et établissement des sociétés et des trusts*" en bepaalt dat: "*Le siège d'un trust est réputé se trouver au lieu de son administration désigné dans les termes du trust par écrit ou sous une autre forme qui permet d'en établir la preuve par un texte. A défaut de désignation, le siège se trouve au lieu où le trust est administré en fait.*" Dit concept speelt, bij gebreke aan een expliciete forumkeuze, een rol in het bepalen van de bevoegdheid van de Zwitserse rechtbanken in trustzaken.¹²⁶³ Ook vóór de inwerkingtreding van deze bepalingen werden buitenlandse *trusts* in

¹²⁵⁸ Rapport SCHLOSSER, 107 – 108.

¹²⁵⁹ Section 45(2) en (3) *Civil Jurisdiction and Judgments Act* 1982.

¹²⁶⁰ *Chelleram v. Chelleram (No. 2)* [2002] 3 All ER 17, 162; *Gomez v. Gomez-Monche Vives* [2008] EWCA Civ. 1065, [2009] Ch 245, 72; A. BRIGGS, *Private International Law before English Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 763.

¹²⁶¹ *Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987*, RO 1988, 1776.

¹²⁶² J. PERRIN, "The Recognition of Trusts and Their use in Estate Planning under Continental Laws" in P. ŠARČEVIĆ, P. VOLKEN, A. BONOMI (eds.), *Yearbook of Private International Law*, Vol. X, München, Sellier, 2009, 634.

¹²⁶³ Zie artikel 149, para. 3, b) van de *Loi fédérale sur le droit international privé*. Dit concept speelt bovendien een rol in het Zwitserse insolventierecht aangaande *trusts*, zie: *infra*, randnr. 522 e.v.

Zwitserland overigens soms over één kam geschoren met buitenlandse 'entiteiten', en in het bijzonder vennootschappen.¹²⁶⁴

449. In het Belgische WIPR kan worden teruggegrepen naar het bepaalde in artikel 123, §1 WIPR.¹²⁶⁵ Deze bepaling stelt dat de Belgische rechtbanken bevoegd zijn om kennis te nemen van de vorderingen betreffende de betrekkingen tussen de oprichter, *trustee* of begunstigde van een *trust* indien (a) de *trust* in België wordt bestuurd of, (b) de vordering goederen betreft die zich bij instelling van de vordering in België bevinden. In het artikel wordt evenwel nergens gesteld dat deze regels ook kunnen dienen voor het vaststellen van de 'woonplaats' van een *trust*, noch wordt verwezen naar de Brussel I(*bis*)-Verordening. Wat alleszins vaststaat is dat ook vóór de inwerkingtreding van het WIPR de situatie niet geheel duidelijk was. Het Belgische recht bevatte toen geen enkele bepaling met betrekking tot de internationale bevoegdheid inzake *trusts*, noch enige verwijzingsregel die toeliet om het op de *trust* van toepassing zijnde recht vast te stellen (zie daarover *infra*, randnr. 611 e.v.). In de rechtsleer werd door RIGAUX en FALLON het standpunt verdedigd dat wij ons dienden te hoeden voor een analogische toepassing van de regels met betrekking tot de woonplaats van natuurlijke personen of vennootschappen.¹²⁶⁶ Door ERAUW werd vooropgesteld dat zou kunnen worden aangesloten bij het criterium van de 'nauwste binding'.¹²⁶⁷ DE RAEDT en TRAEST stelden dat de internationale bevoegdheid met betrekking tot trustverhouding vermoedelijk niet los kon worden gezien van de vraag naar het van toepassing zijnde recht met betrekking tot de *trust*.¹²⁶⁸ Zodoende sloten deze auteurs aan bij de tweede door het Rapport SCHLOSSER vooropgestelde mogelijkheid, met name dat deze vaststelling kon worden gedaan aan de hand van het van toepassing zijnde recht op de trustverhouding. Het nadeel van deze laatste benadering was evenwel dat in België geen afzonderlijke verwijzingsregel bestond met betrekking tot *trusts*. De auteurs grepen dan ook terug naar het Haagse Trustverdrag, dat voorziet in uniforme regels voor het bepalen van het van toepassing zijnde recht op de trustverhouding. België heeft evenwel nooit de intentie geuit om tot het verdrag toe te treden.

Ook uit de memorie van toelichting bij het WIPR kan niet met zekerheid worden afgeleid of de wetgever beoogde om met artikel 123, §1 WIPR regels aan te bieden

¹²⁶⁴ J. PERRIN, "The Recognition of Trusts and Their use in Estate Planning under Continental Laws" in P. ŠARČEVIĆ, P. VOLKEN, A. BONOMI (eds.), *Yearbook of Private International law*, Vol. X, München, Sellier, 2009, 633.

¹²⁶⁵ N. APPERMONT, "Is een inbreng in een *trust* door een erflater vatbaar voor een vordering tot inkorting? Een internationaal privaatrechtelijke en erfrechtelijke analyse" in C. DECLERCK, W. PINTENS (eds.), *Patrimonium 2015*, Brugge, die Keure, 2015, 269.

¹²⁶⁶ F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit international privé*, Brussel, Larcier, 2005, 695.

¹²⁶⁷ J. ERAUW, "Kwaliteitsrekeningen en cliëntengelden met grensoverschrijdende elementen in België" in X. (eds), *Kwaliteitsrekeningen* (Nr. 5 in de reeks *Voorrechten en hypotheeken – Grondige studies*), Antwerpen, Kluwer, 1999, 132.

¹²⁶⁸ S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 49.

voor het bepalen van de 'woonplaats' van de *trust*.¹²⁶⁹ In de memorie valt wel te lezen dat "[i]n geval het verdrag¹²⁷⁰ niet wordt toegepast, voorziet het wetboek in de vorm van gemeen recht in dezelfde bevoegdheidsgronden voor de interne verhoudingen in de *trust*."¹²⁷¹ O.i. kan deze passage pas nuttig begrepen worden wanneer wordt aangenomen dat de in het artikel vervat liggende criteria ook kunnen worden gebruikt in het raam van de Brussel I(*bis*)-Verordening, aangezien het in het andere geval immers niet om 'dezelfde bevoegdheidsgronden' kan gaan. Bovendien worden de bevoegdheidsgronden die het Belgische recht aanreikt op deze wijze gelijkgeschakeld voor situaties waarin de Belgische rechtbanken hun internationale bevoegdheid ontlenen aan de Brussel I(*bis*)-Verordening als op basis van het WIPR.¹²⁷²

450. Opvallend is dat noch in de Brussel I(*bis*)-Verordening, noch in de in de vorige randnummers besproken nationale wetgeving, wordt gesproken over de vierde mogelijke 'hoedanigheid' die kan opduiken bij *trusts*, i.e. de *protector* (zie *supra*, randnr. 307 – 310). Aan dergelijke *protectors* kunnen nochtans belangrijke bevoegdheden toekomen met betrekking tot de interne verhoudingen binnen een trustverhouding. De bevoegdheden van *protectors*, die de juridische vorm aannemen van *powers*, kunnen fiduciair of persoonlijk van aard zijn (*supra*, randnr. 310). Hoger werd daarbij opgemerkt dat wanneer de desbetreffende *powers* worden geclassificeerd als zijnde *fiduciary powers*, de uitoefening van deze *powers* in beginsel geschiedt onder de controle van de rechtbanken. Uit de hoger geboden olijsting (*supra*, randnr. 310) van mogelijke *powers* die kunnen toekomen aan *protectors*, kan worden afgeleid dat deze laatsten een belangrijke rol kunnen spelen in de interne verhoudingen van de *trust*. Hoewel het belang van de hoedanigheid van *protector* bij het opstellen van de desbetreffende regels in 1978 vermoedelijk gering was, gaat deze *ratio* vandaag kennelijk niet meer op. Vandaar rijst de vraag of artikel 7.6. Brussel I*bis* en artikel 5.6. Brussel I ook kunnen worden toegepast ten aanzien van geschillen aanhangig gemaakt tegen een *protector*.

451. Deze kwestie kwam aan bod in een Engelse zaak *Gomez v. Gomez Monche Vives*.¹²⁷³ In deze zaak diende het Engelse *Court of Appeal* een antwoord te bieden op de vraag of de Engelse rechtbanken bevoegd waren in een zaak ingesteld tegen een *appointor* – te vergelijken met een *protector* – van een Engelse *trust*, die woonplaats had in Spanje. De eisers wensten de *appointor* te vervangen door een andere *appointor*. Het Engelse hof diende daarom te beslissen of zij internationale bevoegdheid kon ontlenen aan artikel 5.6. Brussel I-Verordening. Het hof besliste dat dit niet het geval was, daar de vordering niet was ingesteld tegen de verweerder 'als *trustee*', zoals de tekst van artikel 5.6. Brussel I-Verordening vereist. Het

¹²⁶⁹ MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 139 – 140.

¹²⁷⁰ Nu: de Brussel I(*bis*)-Verordening.

¹²⁷¹ MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 140.

¹²⁷² Zie eensluidend: S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 73 – 74.

¹²⁷³ *Gomez v. Gomez-Monche Vives* [2008] EWCA Civ. 1065, [2009] Ch 245.

Engelse hof gaf daarmee een restrictieve invulling aan artikel 5.6. Brussel I-Verordening.¹²⁷⁴

De vraag rijst echter of hoger opgemerkte de tekstuele verschillen tussen artikel 5.6. Brussel I-Verordening en artikel 7.6. Brussel *Ibis*-Verordening aanleiding kunnen geven tot een andere interpretatie van de tekst in toekomstige, gelijkaardige gevallen.¹²⁷⁵ Dit verschil komt het best naar voren in de Franse taalversie van de verordeningen ("*en sa qualité de [...] trustee*" in artikel 5.6. Brussel I-Verordening versus "*s'il s'agit d'une action engagée à l'encontre [...] d'un trustee*" in artikel 7.6. Brussel *Ibis*-Verordening). Ook in de Engelse en Nederlandse taalversies lijkt de Brussel *Ibis*-Verordening minder nadruk te leggen op de specifieke hoedanigheid die de verweerder heeft in het kader van de trustverhouding. Een meer inclusieve interpretatie van artikel 7.6. Brussel *Ibis*-Verordening zou alleszins dichter aanleunen bij de visie die in het Rapport SCHLOSSER wordt voorgestaan om voor dergelijke vorderingen terecht te kunnen bij een geschikt forum.¹²⁷⁶ Het blijft evenwel een feit dat van *protectors, appointors of enforcers* geen melding wordt gemaakt in artikel 7.6. van de Brussel *Ibis*-Verordening. Bovendien werden met deze taalkundige wijziging ook geen materieelrechtelijke implicaties beoogd.¹²⁷⁷ Een mogelijke tussenoplossing zou daarom zijn dat *settlers of beneficiaries* van een *trust* aan wie dergelijke *powers* zijn toegekend, ook voor de uitoefening van die *powers* kunnen worden gedaagd onder artikel 7.6. Brussel *Ibis*-Verordening. De tekst van artikel 7.6. lijkt in de verschillende taalversies immers minder de nadruk te leggen op de specifieke of singuliere hoedanigheid van *settlor* of *beneficiary*. Een dergelijke *beneficiary* is immers ook "een [...] begunstigde"¹²⁷⁸, maar wordt niet gedaagd 'als [...] begunstigde'¹²⁷⁹.

452. Opvallend is nog dat artikel 5.6. Brussel I-Verordening alsook artikel 7.6. Brussel *Ibis*-Verordening enkel van toepassing is op *trusts* die in het leven zijn geroepen op grond van de wet of bij geschrift, dan wel een schriftelijk bevestigde mondelinge overeenkomst.¹²⁸⁰ Het gevolg hiervan is dat *constructive trusts*, die worden opgelegd door de rechtbank (*supra*, randnr. 187), alsook *resulting trusts* in beginsel uitgesloten zijn van het toepassingsgebied van artikel 5.6 Brussel I-Verordening en artikel 7.6. Brussel *Ibis*-Verordening.¹²⁸¹ Dit in tegenstelling tot

¹²⁷⁴ Deze beslissing werd mede vanwege deze reden bekritiseerd door HAYTON, zie: D. HAYTON, "Jurisdiction over trust disputes under Article 5(6)", *Trusts & Trustees* 2008, 384 – 391.

¹²⁷⁵ D. HAYTON, "'Trusts' in Private International Law" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 44.

¹²⁷⁶ Rapport SCHLOSSER, 106 – 108.

¹²⁷⁷ L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, Third Cumulative Supplement to the 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2016, 348 – 349.

¹²⁷⁸ Zie artikel 7.6. Brussel *Ibis*-Verordening.

¹²⁷⁹ Zie artikel 5.6. Brussel I-Verordening.

¹²⁸⁰ Zie in dit verband: M. LEHMANN, "Special Jurisdiction" in A. DICKINSON, E. LEIN (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 180.

¹²⁸¹ P. MANKOWSKI, "Article 5" in P. MANKOWSKI, U. MAGNUS, *European Commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*", München, Sellier European Law Publishers,

statutory trusts en *private express trusts* waarvan het bestaan blijkt uit een geschrift. Nochtans kan deze redenering niet op absolute wijze worden doorgetrokken. De uitsluitingen in de tekst van de Brussel I(*bis*)-Verordening verwijzen niet expliciet naar *constructive* of *resulting trusts*. Hoger (*supra*, randnr. 190) werd dienaangaande gesteld dat zogenoemde *automatic resulting trusts* kunnen ontstaan in het geval een *settlor* niet geldig over het gehele *beneficial interest* heeft beschikt, zodanig dat de ontstane *resulting trusts* in feite een 'fall-back' vormt. Welnu, indien de oorspronkelijk beoogde op te zetten *express trust* wel degelijk blijkt uit een geschrift, maakt de ontstane *automatic resulting trust* in principe een geheel uit met de onvolledig geslaagde *express trust*. Bovendien worden dergelijke *automatic resulting trusts* geacht van rechtswege te zijn ontstaan (*supra*, randnr. 190).¹²⁸² Hetzelfde zou kunnen worden geargumenteed ten aanzien van een *constructive trust* die ontstaat omdat de *trustee* van een *private trust* waarvan het bestaan kan worden bewezen aan de hand van een geschrift, zichzelf op onrechtmatige wijze trustgoederen toe-eigent.

iii. **Exclusieve bevoegdheid op grond van de *situs* van onroerende goederen**

453. Op grond van artikel 24.1. Brussel *Ibis*-Verordening¹²⁸³ zijn, ongeacht de woonplaats van de partijen, voor zakelijke rechten op, de huur en verhuur, alsook pacht en verpachting van onroerende goederen, de rechten van de lidstaat waar het onroerend goed gelegen is, exclusief bevoegd. In de Engelse en Franse taalversies wordt in de tekst respectievelijk gesproken over "*proceedings which have as their object rights in rem in immovable property*" en "*en matière de droits réels immobiliers*". Gelet op het hoger (*supra*, randnr. 288 e.v.) besproken debat inzake de juridische aard van het *equitable interest* kan aldus de vraag rijzen of de rechten van een *beneficiary* in een *trust* met betrekking tot een onroerend goed ook kunnen worden gezien als zijnde 'zakelijke rechten' ('*rights in rem*'). Op basis van de functionele analyses van de *trust* kan zoiets worden vermoed. Hoewel het op Romeinsrechtelijke leest geschoeide onderscheid tussen *rights in personam* en *rights in rem* vermoedelijk niet (helemaal) geschikt is om de juridische aard van het *equitable interest* te vatten¹²⁸⁴, kan worden geconcludeerd dat, zelfs indien het *equitable interest* in essentie moet worden gezien als een *right in personam*, het

2007, 231 – 232; Voor *constructive trusts*, zie tevens: *Chelleram v. Chelleram* (No. 2) [2002] 3 All ER 17, 44.

¹²⁸² Evenwel nam het Engelse gerecht in de zaak *Gomez* een eerder restrictief standpunt in op dit punt. Het Engelse hof was van oordeel dat de *resulting trust* in kwestie niet werd gecreëerd 'bij geschrift' en evenmin 'op grond van de wet', zie: *Gomez v. Gomez-Monche Vives* [2008] EWCA Civ. 1065, [2009] Ch 245, 57.

¹²⁸³ Het analoge artikel in de Brussel I-Verordening is artikel 22.1. Aangezien er tussen beide artikelen echter geen tekstuele verschillen bestaan, wordt in de hoofdtekst enkel verwezen naar artikel 24.1. Brussel *Ibis*-Verordening. Wat over dit artikel wordt gesteld, geldt evenzeer voor artikel 22.1 Brussel I-Verordening.

¹²⁸⁴ Zie ook: M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 117; D. WATERS, "The Nature of the Trust Beneficiary's Interest", *Canadian Bar Review* 1967, 219.

toch kenmerken vertoont van wat *civil law*-juristen (h)erkennen als een zakelijk recht (zie *supra*, randnr. 275 en 287).

454. De vraag naar de juridische aard van het *equitable interest* kwam vanuit een Europeesrechtelijk perspectief aan bod in de zaak *Webb v. Webb*.¹²⁸⁵ De zaak betrof een geschil tussen twee Engelse partijen, vader en zoon *Webb*. Vader *Webb* had op naam van zijn zoon een flat gekocht in Antibes. Na een tijdje de flat afwisselend te hebben gebruikt, stelde vader *Webb* in 1990 een rechtsvordering in tegen zijn zoon bij een Engelse rechtbank, teneinde te doen vaststellen dat de zoon de flat aanhield als *trustee* ten voordele van de vader en hem te doen gelasten om de noodzakelijke documenten op te stellen om de eigendom ('*legal ownership*') van de flat over te dragen. De zoon betwistte de bevoegdheid van de Engelse rechtbanken, aangezien zijn vader zich volgens hem beriep op een zakelijk recht op een onroerend goed. De Engelse *High Court* oordeelde in het voordeel van de vader, aangezien vader *Webb* zich baseerde op de fiduciaire rechtsverhouding die bestond tussen hem en zijn zoon, en hij noch de vaststelling van zijn '*legal ownership*', noch een wijziging van het bepaalde in het hypotheekregister eiste, maar verzocht om een rechterlijk bevel ten aanzien van zijn zoon om de nodige stukken voor te bereiden teneinde de eigendom van de flat over te dragen.

De beslissing van de *High Court* wekt het op het eerste gezicht enige verbazing, *a fortiori* aangezien zij afkomstig is van een Engelse rechtbank. Dit hoeft echter niet zo te zijn. In het Engelse IPR worden *equitable rights* historisch in beginsel beschouwd als zijnde *rights in personam*.¹²⁸⁶ Onder meer op deze basis konden de Engelse rechtbanken in het verleden beslissen om buitenlands onroerend goed te verkopen en de opbrengsten van de verkoop *on trust* te houden, in overeenstemming met een testament.¹²⁸⁷ In feite leidt deze zienswijze tot niets anders dan een uitgebreidere bevoegdheid van de Engelse rechtbanken, zelfs met betrekking tot in het buitenland gelegen onroerende goederen. Hoewel de Engelse rechtbanken niet rechtstreeks jurisdictie kunnen uitoefenen met betrekking tot buitenlandse onroerende goederen, kunnen zij wel 'persoonlijke jurisdictie' uitoefenen ten aanzien van een betrokken partij, zo deze zich in Engeland bevindt. In dat geval doet de Engelse rechtbank niet meer dan een vooraf bestaande overeenkomst tussen de partijen of een vooraf bestaande *equitable obligation* tussen de partijen afdwingen¹²⁸⁸, ook al gebeurt zulks met betrekking tot een in het buitenland gelegen onroerend goed: '*equity acts in personam*'.

455. Het Engelse *High Court* was tevens van oordeel dat zoon *Webb* de flat hield voor zijn vader krachtens een stilzwijgend tot stand gekomen *resulting trust*. Er kon immers geen schenking worden bewezen in hoofde van vader *Webb*, en daarom

¹²⁸⁵ HvJ C-294/92, *Webb v. Webb*, *Jur.* 1994, I, 1733.

¹²⁸⁶ *Penn v. Lord Baltimore* [1750] 1 Ves. Sen. 444, 27 E.R., 1132; *El Ajou v. Dollar Land Holdings Plc* [1993] 3 All E.R., 736 – 737; G. PANAGOPOULOS, *Restitution in Private International Law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2000, 71 – 72; Zie evenwel: P. SPARKES, *European Land Law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2007, 506 – 507.

¹²⁸⁷ *Re Piercy* [1895] 1 Ch. 83.

¹²⁸⁸ A. BRIGGS, *The Conflict of Laws, 3rd Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 301; P. BIRKS, "In rem or in personam? *Webb v Webb*", *Trust Law International* 1994, 100.

werd het *beneficial interest* met betrekking tot de flat geacht zich nog bij deze laatste te bevinden, waardoor een trustverhouding tot stand kwam. Zoon *Webb* stelde vervolgens hoger beroep in bij de *Court of Appeal*, dat besloot een prejudiciële vraag stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie, daar het Engelse hof twijfels had over de draagwijdte van toenmalig artikel 16, *sub* 1 EEX-Verdrag (huidig artikel 24.1. Brussel *Ibis*-Verordening).

456. Voor de beslechting van deze kwestie moest worden nagegaan of het recht dat vader *Webb* genoot als *beneficiary* onder de tot stand gekomen *resulting trust* al dan niet een goederenrechtelijk karakter had. Advocaat-Generaal DARMON stelde, op grond van het Rapport JENARD¹²⁸⁹, dat de exclusieve bevoegdheid voorzien in artikel 16 *sub* 1 EEX-Verdrag was gebaseerd op het 'onderwerp van de eis'.¹²⁹⁰ De vraag die moest worden beantwoord, was aldus of de rechtsvordering die ertoe strekt te laten vaststellen dat een verweerder een onroerend goed houdt in het raam van een *trust* en om de verweerder te laten gelasten de noodzakelijke stukken op te stellen teneinde de *legal ownership* op naam de eiser te stellen, een 'zakelijke rechtsvordering' is in de zin van (toenmalig) artikel 16, *sub* 1 EEX-Verdrag. De Advocaat-Generaal was van mening dat *in casu* geen rechtsvordering voorhanden was die rechtstreeks betrekking had op de "omvang, de hoedanigheid, de eigendom of het bezit" van een onroerend goed.¹²⁹¹

De Advocaat-Generaal stelde vervolgens dat "[d]e scheidslijn lijkt dus te liggen tussen rechtsvorderingen waarvan het belangrijkste onderwerp de betwisting van de eigendom is tussen personen die onderling geen enkele fiduciaire betrekking invoeren, en rechtsvorderingen die de schending van een fiduciaire verbintenis betreffen, waarvan de vaststelling zakelijke gevolgen heeft. In een dergelijk geval is mijns inziens de persoonlijke aard van de betrekkingen de beslissende factor."¹²⁹²

457. Ook het Europees Hof oordeelde dat vader *Webb* zich niet beriep op een zakelijke rechtsvordering.¹²⁹³ Het maakte daarbij onder meer de volgende overweging: "De vader stelt niet, dat hij thans reeds de voorrechten bezit die rechtstreeks het onroerend goed betreffen en die tegenover eenieder kunnen worden ingeroepen, maar beroept zich uitsluitend op rechten tegenover zijn zoon. Zijn rechtsvordering is derhalve geen zakelijke rechtsvordering in de zin artikel 16, *sub* 1, Executieverdrag, maar een persoonlijke rechtsvordering."¹²⁹⁴ Het voorgaande impliceerde dan ook dat de Engelse rechtbanken wel degelijk hun

¹²⁸⁹ Rapport over het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (door P. JENARD), *PB.C.* 5 maart 1979, afl. 59/34 (verder: "Rapport JENARD").

¹²⁹⁰ Conclusie van Advocaat-Generaal M. DARMON van 8 februari 1994 in de zaak C-294/92, *Webb v. Webb*, *Jur.* 1994, I-1725.

¹²⁹¹ *Ibid.*, I-1728. Zie ook: HvJ C-115/88, *Reichert*, *Jur.* 1990, I, punt 11; HvJ C-438/12, *Weber v. Weber*, *Jur.* 2014, I, punt 42; HvJ C-386/12, *Schneider*, *Jur.* 2013, punt 21.

¹²⁹² Conclusie van Advocaat-Generaal M. DARMON van 8 februari 1994 in de zaak C-294/92, *Webb v. Webb*, *Jur.* 1994, I-1728.

¹²⁹³ Zie ook: G. VAN CALSTER, "Brussel I(bis)-Verordening: exclusieve bevoegdheidsgronden en forumbedingen" in B. ALLEMEERSCH, T. KRUGER (eds.), *Handboek Europees Burgerlijk Procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 8.

¹²⁹⁴ HvJ C-294/92, *Webb v. Webb*, *Jur.* 1994, I, 1733, punt 15.

internationale bevoegdheid konden ontleen aan de algemene bevoegdheidsregels die vervat lagen in het EEX-Verdrag.¹²⁹⁵

458. De meerderheid van de (Engelse) *common law*-auteurs stelt dat deze beslissing *de jure* niet correct was.¹²⁹⁶ De bezwaren die worden naar voren geschoven, lijken echter eerder van principiële aard te zijn dan van pragmatische aard. Gelet op het hoger aangehaalde debat omtrent de juridische aard van het *equitable interest*, hoeft dit geen verbazing te wekken. Het Hof mengde zich hiermee immers in een academisch debat, dat veel *common law*-auteurs reeds lange tijd weet te biologeren.

Het standpunt dat wordt ingenomen door het Hof is ook vatbaar voor kritiek. Hoewel er in de zaak *Webb* geen derden in het spel waren, negeerde het Hof van Justitie de goederenrechtelijke dimensie van de *trust* in kwestie. De in het geding zijnde rechtsvordering van vader *Webb* strekte er bovendien toe, te laten vaststellen dat de zoon de flat uitsluitend ten behoeve van hem aanhoudt, i.e. als *trustee*. Zulk een vaststelling is evenwel declaratief van aard en geenszins constitutief. Wanneer aan deze vaststelling wordt toegevoegd dat de onderhavige *trust* in essentie slechts een *bare trust* was, waar de *beneficiary* op absolute wijze gerechtigd is op de onder trustverband gebrachte goederen¹²⁹⁷, wordt duidelijk dat vader *Webb* zijn rechtsvordering wel steunde op een goederenrechtelijke aanspraak ten aanzien van de trustgoederen. Dergelijke *bare trusts* leveren in beginsel zelfs minder conceptuele problemen op dan *trusts* waarin wél een 'fondskarakter' wordt beoogd (zie *supra*, randnr. 109). Het is wat ironisch te moeten vaststellen dat het Hof van Justitie de goederenrechtelijke aard van wat vermoedelijk conceptueel de meest eenvoudige trustsoort is, miskent. Het voorgaande wordt bovendien versterkt door de vaststelling dat in de zaak *Webb* in essentie een klassieke *Saunders v. Vautier*-situatie voorligt, waarbij één *beneficiary* zich beroept op diens *interest* in de trustgoederen zelf (zie *supra*, randnr. 232 - 233).¹²⁹⁸

459. Het oordeel van het Hof kan evenwel op pragmatische gronden worden verdedigd. Ten eerste zouden de Franse rechtbanken, indien zij exclusief bevoegd zouden zijn geweest op basis van artikel 16, *sub* 1 EEX-Verdrag, een geschil met betrekking tot *trusts* hebben moeten beslechten. Dit valt vermoedelijk niet binnen

¹²⁹⁵ De beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Unie werd nadien nog gevolgd door het Engelse *Court of Appeal* in *Prazic v. Prazic*, zie: *Prazic v. Prazic* [2006] EWCA Civ. 474, alsook in de zaak *Ashurst v. Pollard*, zie: *Ashurst v. Pollard* [2001] Ch 959 CA.

¹²⁹⁶ J. GARTON (ed.), *Moffat's Trusts Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 273; A. BRIGGS, *The Conflict of Laws, 3rd Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 68 - 69; J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 62; P. BIRKS, "In rem or in personam? *Webb v Webb*", *Trust Law International* 1994, 99 - 101.

¹²⁹⁷ Zie *supra*, randnr. 186.

¹²⁹⁸ P. BIRKS, "In rem or in personam? *Webb v Webb*", *Trust Law International* 1994, 99.

Er is overigens een geval bekend in de Engelse rechtspraak waar de specifieke feiten die aan de zaak *Webb v. Webb* ten grondslag lagen, werden aangewend om die zaak te onderscheiden van het geschil dat voor de Engelse rechtbank aanhangig was. Zie: *Re Hayward, descd.* [1997] 1 Ch 45.

het expertisegebied van veel Franse rechters.¹²⁹⁹ Bovendien zou de zaak in kwestie op een andere wijze kunnen worden opgelost indien een Franse rechtbank zich over de zaak zou moeten uitspreken. Ten tweede leunt de beslissing van het Hof van Justitie aan bij wat ook de regel is onder het Engelse IPR zelf, aangezien de Engelse rechtbanken zelf in principe ook bevoegdheid zouden hebben opgenomen onder de klassieke *common law*-regels.¹³⁰⁰ Nochtans stelt BIRKS dat het Hof van Justitie het wezen van het recht van vader *Webb* als een *right in rem* had kunnen erkennen, maar concluderen dat voormalig artikel 16, *sub* 1 EEX-Verdrag gewoon nooit bedoeld was om van toepassing te zijn op een dergelijke situatie. Deze redenering laat volgens BIRKS nog steeds voldoende ruimte om tot de conclusie te komen dat het *in casu* niet ging om een 'zakelijk recht in de zin van artikel 16, *sub* 1 EEX-Verdrag".¹³⁰¹

460. Uit het voorgaande kan evenwel niet worden afgeleid dat de *common law* en het Europees recht ter zake op één lijn zouden zijn gebracht. Voor het uitvaardigen van *anti-suit injunctions* baseren de Engelse rechtbanken zich evenzeer op de jurisdictie die zij op de persoon van de verweerder hebben, zo deze zich (ook) in Engeland bevindt.¹³⁰² Een dergelijk bevel is dan ook helemaal niet gericht ten aanzien van enige buitenlandse rechtbank. Hiertoe hebben de Engelse rechtbanken de bevoegdheid niet. Zij kunnen slechts een bevel richten ten aanzien van een verweerder die aan hun jurisdictie onderworpen is. In het geval dat de geadresseerde toch een rechtsvordering instelt voor een buitenlandse rechtbank, kan deze in Engeland *in contempt of court* worden gehouden.¹³⁰³ Het betreft dus geen rechtstreekse, maar een onrechtstreekse beperking van de bevoegdheid van een buitenlandse rechtbank. Niettegenstaande deze overwegingen heeft het Hof van Justitie reeds meermaals geoordeeld dat *anti-suit injunctions* niet kunnen worden toegelaten in het kader van de Brussel I(*bis*)-Verordening.¹³⁰⁴

Wel kan worden geconcludeerd dat de zaak *Webb* het belang van artikel 24.1. Brussel *Ibis*-Verordening sterk beperkt.

iv. **Bevoegdheid op grond van persoonlijke verschijning**

461. Op grond van artikel 26 Brussel *Ibis*-Verordening is het gerecht van een lidstaat waarvoor de verweerder verschijnt, bevoegd. Deze bevoegdheidsregel is evenwel niet van toepassing indien de verweerder verschijnt om de bevoegdheid te betwisten of indien het gerecht van een andere lidstaat exclusief bevoegd is op grond van artikel 24 van dezelfde Verordening. Het is niet vereist dat de verweerder

¹²⁹⁹ Zie ook: D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2014, II, 147.

¹³⁰⁰ P. SPARKES, *European Land Law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2007, 506 – 507.

¹³⁰¹ P. BIRKS, "In rem or in personam? *Webb v Webb*", *Trust Law International* 1994, 101.

¹³⁰² Over deze moeizame verhouding, zie *supra*, vn. 1222.

¹³⁰³ Zie in dit verband de *Contempt of Court Act* 1981.

¹³⁰⁴ Zie *supra*, vn. 1222.

enkel verschijnt om de bevoegdheid te betwisten, zonder dat deze daarbij ook een verweer ten gronde mag voeren.¹³⁰⁵ Deze bepaling geldt als een impliciete forumkeuze, die zelfs voorrang geniet boven een eerder gedane expliciete forumkeuze, en kan evenzeer toepassing vinden in het raam van trustgeschillen.

v. **Exclusieve bevoegdheid voor een door de partijen aangewezen gerecht**

462. Artikel 25.3. Brussel *Ibis*-Verordening, alsook artikel 23.3 Brussel I-Verordening, bepaalt dat “[h]et gerecht of de gerechten van een lidstaat waaraan in de akte tot oprichting van een trust bevoegdheid is toegekend, is of zijn bij uitsluiting bevoegd om kennis te nemen van een vordering tegen een oprichter, een trustee of een begunstigde van een trust, als het gaat om de betrekkingen tussen de personen of om hun rechten of verplichtingen in het kader van de trust.”

Opvallend aan deze passage is dat, in tegenstelling tot de eerste paragraaf van de artikelen 25 Brussel *Ibis*-Verordening en 23 Brussel I-Verordening, niet is voorzien dat de bevoegdheid van het in de trustakte aangewezen gerecht exclusief is, ‘tenzij de partijen anders bepalen’. In beide verordeningen wordt er zonder meer van uitgegaan dat de bevoegdheid van het aangewezen gerecht wel degelijk geldt als zijnde exclusief, tenzij zij in zouden druisen tegen de artikelen 15, 19, 23 of 24 Brussel *Ibis*-Verordening.¹³⁰⁶ Het gevolg is o.i. dat ook *trustees* of *beneficiaries* die pas later bij de trustverhouding betrokken zullen geraken ook gebonden zullen zijn aan de exclusieve bevoegdheid van het in de trustakte aangewezen gerecht. De forumkeuze maakt immers integraal deel uit van de bepalen waaronder de betrokken *trust* opereert en beide verordeningen laten, buiten de genoemde gevallen, geen ruimte voor een beroep op andere mogelijke bevoegdheidsgronden.

Opvallend is tevens dat in artikel 31 Brussel *Ibis*-Verordening, waarmee werd beoogd om een sterkere bescherming te bieden aan forumkeuzes dan in de Brussel I-Verordening het geval was, geen melding wordt gemaakt van een dergelijke clause die vervat ligt in een trustakte.¹³⁰⁷ In artikel 31.2. alsook 31.3. Brussel *Ibis*-Verordening wordt daarentegen enkel verwezen naar “het krachtens de overeenkomst aangewezen gerecht” en “het in de overeenkomst aangewezen gerecht”. Eén en ander in tegenstelling tot artikel 25 Brussel *Ibis*-Verordening, waar in paragraaf 4 ‘overeenkomsten tot aanwijzing van een bevoegd gerecht’ en ‘soortgelijke bedingen in een akte tot oprichting van een *trust*’ afzonderlijk worden genoemd. Concreet impliceert dit o.i. dat de in artikel 31 vervat liggende beschermingsregels voor forumkeuzeclausules geen gelding vinden in het geval waar het gaat om een forumkeuzeclausule die vervat ligt in een trustakte. Concreet houden deze regels in dat, wanneer een zaak aanhangig wordt gemaakt bij het in

¹³⁰⁵ HvJ 150/80, *Elephanten Schuh*, Jur. 1981, I, punt 14.

¹³⁰⁶ Voor de Brussel I-Verordening betreft het de artikelen 13, 17, 21 en 22. Zie: artikel 25.4. Brussel *Ibis*-Verordening en artikel 23.5. Brussel I-Verordening.

¹³⁰⁷ Zie ook: D. HAYTON, “A 2014 Review of Recent Trust Developments”, *Trust Law International* 2014, afl. 2, 57 – 58.

de forumkeuzeclausule aangewezen gerecht, alle andere lidstatelijke gerechten hun uitspraak moeten aanhouden tot het aangewezen gerecht zich onbevoegd heeft verklaard. Indien het aangewezen gerecht zich wel degelijk bevoegd verklaart, dient elke andere lidstatelijke rechtbank zich onbevoegd te verklaren.¹³⁰⁸

Aangezien deze bepalingen kennelijk niet gelden voor forumkeuzeclausules die vervat liggen in trustaktes dient o.i. te worden teruggevallen op de algemene regels zoals deze golden voor de inwerkingtreding van de specifieke bepalingen van artikel 31 Brussel *Ibis*-Verordening. Indien de zaak reeds aanhangig is gemaakt in een ander gerecht dan het gerecht dat in de trustakte werd aangewezen, dient de exclusief bevoegde rechtbank het geding op te schorten tot het eerst aangezochte gerecht een beslissing heeft genomen omtrent haar eigen bevoegdheid.¹³⁰⁹ Zulks vloeit voort uit het bepaalde in artikel 29.1. Brussel *Ibis*-Verordening.

463. Ten slotte rijst nog de vraag naar het lot van forumkeuzeclausules die verwijzen naar de rechtbanken van een land dat geen lidstaat is van de Unie en evenmin partij is het bij het Lugano-Verdrag. Het is immers denkbaar dat een trustakte van een *offshore-trust* een forumkeuzeclausule bevat ten voordele van de rechtbanken van de trustjurisdictie zelf, maar waar de verweerder woonplaats heeft in een EU-lidstaat. Dit is een vraag naar de mogelijkheid tot 'reflexieve' werking van de Brussel *I(bis)*-Verordening.¹³¹⁰ Dit zou inhouden dat, in de interpretatie dat de verordening van toepassing is met betrekking tot de keuze voor het gerecht van een niet-lidstaat, de lidstatelijke rechtbanken hun bevoegdheid zouden moeten of kunnen afwijzen ten voordele van het aangewezen gerecht.

De hoger (*supra*, randnr. 335 e.v.) uiteengezette regeling inzake het toepassingsgebied van de Brussel *I(bis)*-Verordening doet echter twijfels ontstaan omtrent de mogelijkheid tot een dergelijke reflexieve werking.¹³¹¹ Dit standpunt wordt bevestigd door het Hof van Justitie van de Europese Unie, dat reeds heeft geoordeeld in het arrest *Coreck* dat voormalig artikel 17 EEX-Verdrag (nu: artikel 25 Brussel *Ibis*) niet van toepassing was op forumkeuzeclausules die een gerecht van buiten de EU aanwezen.¹³¹² Uit dit arrest bleek echter niet of de forumkeuze voor een gerecht van een niet-lidstaat impliceerde dat het EEX-Verdrag in haar geheel niet meer kon worden toegepast, zodat de kwestie moest worden beslecht aan de hand van het residuair nationaal IPR van de lidstaten. Of de forumkeuze dan uiteindelijk zou worden gerespecteerd, zou dan afhangen van het IPR van de

¹³⁰⁸ Zie algemeen: G. VAN CALSTER, "L'EEX nouveau (ofte: Brussel *Ibis*) est arrivé. De hervorming van de moeder van het Europees Internationaal Privaatrecht", *RW* 2014 – 2015, 1453 – 1457; H. BOULARBAH, S. FRANCO, A. NUYS, J-L VAN BOXSTAEL, J-F VAN DROUGHENBROEK, P. WAUTHELET, "De Bruxelles I à Bruxelles *Ibis*", *JT* 2015, 95 – 97.

¹³⁰⁹ HvJ C-116/02, *Gasser*, *Jur.* 2003, I, punt. 42.

¹³¹⁰ G. VAN CALSTER, "L'EEX nouveau (ofte: Brussel *Ibis*) est arrivé. De hervorming van de moeder van het Europees Internationaal Privaatrecht", *RW* 2014 – 2015, 1456.

¹³¹¹ A. BRIGGS, *Civil Jurisdiction and Judgments*, 6th Edition, New York, Routhledge, 2015, 189.

¹³¹² HvJ C-387/98, *Coreck Maritime GmbH v. Handelsveem BV*, *Jur.* 2000, I, punt 21.

lidstaten zelf. Een andere mogelijkheid¹³¹³ was dat de overige regels van het EEX-Verdrag (heden de verordeningen) wel onverkort zouden gelden. In de hoger uitgewerkte hypothese zou dit betekenen dat de verweerder enkel zou kunnen worden opgeroepen voor de rechtbanken van de lidstaat waar deze woonplaats heeft. In het arrest *Gothaer*¹³¹⁴ en considerans 24 bij de Brussel *Ibis*-Verordening¹³¹⁵ lijkt de deur voor een reflexieve toepassing van artikel 25 Brussel *Ibis*-Verordening evenwel op een kier te worden gezet.

Wat hier ook van zij, er zijn in de Engelse rechtspraak wel gevallen voorhanden waar de rechtbanken (geldige) forumkeuzeclausules ten voordele van rechtbanken van derde-landen honoreerden, niettegenstaande dat minstens één verweerder woonplaats had in een EU-lidstaat.¹³¹⁶ In het geval van de eerst weergegeven interpretatie van het *Coreck*-arrest zou dit tevens impliceren dat de Belgische rechtbanken toepassing dienen te maken van artikel 7 WIPR, dat, onder bepaalde voorwaarden¹³¹⁷, de Belgische rechtbanken ertoe verplicht zich onbevoegd te verklaren wanneer zij worden geconfronteerd met een geldig overeengekomen forumclausule ten voordele van een buitenlands gerecht.

¹³¹³ Die lijkt te worden ondersteund door een lezing van het arrest *Owusu*, waar het HvJ tevens de toepasselijkheid van de Verordening aanvaardde, niettegenstaande dat de zaak in kwestie amper relevante bindingselementen had met de Europese Unie, zie: HvJ C-281/02, *Owusu*, *Jur.* 2005, I.

¹³¹⁴ HvJ C-456/11, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG e.a. v. Samskip GmbH*, *Jur.* 2011, I.

¹³¹⁵ Deze considerans heeft betrekking op artikel 33 van de Brussel *Ibis*-Verordening, dat lidstatelijke rechtbanken in staat stelt om rekening te houden met procedures die aanhangig zijn voor gerechten van derde-landen. Luidens considerans 24 kan de beoordeling van de lidstatelijke rechter "tevens een overweging van de vraag omvatten of het gerecht van de derde staat in een bepaalde zaak exclusief bevoegd is in omstandigheden waarin een gerecht van een lidstaat exclusief bevoegd zou zijn." Welnu, de Brussel *Ibis*-Verordening stelt dat een door de partijen aangewezen gerecht in beginsel zelf ook exclusief bevoegd is, tenzij de partijen hiervan afwijken. Voor forumkeuzeclausules in trustaktes is deze laatste mogelijkheid zelfs niet voorzien. Betoogd kan dus zeker worden dat deze bevoegdheid tevens een 'exclusieve' bevoegdheid is, zoals bedoeld in considerans 24. Deze rechtsoverweging hoort evenwel bij artikel 33 Brussel *Ibis*-Verordening, dat, tezamen met considerans 23, als voorwaarde hanteert dat er op het moment van het instellen van een geding voor de lidstatelijke rechtbank, reeds een geding aanhangig is voor het gerecht van een derde-land.

¹³¹⁶ *Arkwright Mutual Insurance Co v Bryanston Insurance Co Ltd* [1990] 2 QB 649; *Konkola Copper Mines plc v Coromin* [2005] EWHC 858 (Comm); en in het bijzonder: *Winnetka Trading Corporation v Julius Baer International Limited and another* [2008] EWHC 3146 (Ch).

¹³¹⁷ Zo dient het te gaan om een gelegenheid waarbij de partijen naar Belgisch recht vrij kunnen beschikken over hun recht, dient er een rechtsgeldige forumclausule voorhanden te zijn en indien de buitenlandse beslissing in België kan worden erkend of ten uitvoer worden gelegd.

vi. **Bijzondere bevoegdheid in het geval van een veelheid aan verweerders**

464. Luidens artikel 8.1. van de Brussel *Ibis*-Verordening kan een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat ook worden opgeroepen voor de rechtbanken van de woonplaats van één van de verweerders, op voorwaarde dat er tussen de vorderingen zo een nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, zodat kan worden vermeden dat bij de afzonderlijke behandeling van de zaken onverenigbare beslissingen zouden worden gegeven.¹³¹⁸ Het Hof van Justitie van de Europese Unie vereist tevens dat de mogelijke divergenties zich moeten kunnen voordoen in het kader van eenzelfde situatie, zowel rechtens als feitelijk.¹³¹⁹

465. De samenhangregeling uit artikel 8.1. Brussel *Ibis*-Verordening kan o.i. ook worden toegepast ten aanzien van verschillende geschillen in het kader van een trustverhouding. In zaken met verschillende verweerders is het immers mogelijk dat voldoende feitelijke en juridische samenhang aanwezig is om de toepassing van het artikel te rechtvaardigen. Dergelijke geschillen vinden immers hun grondslag in één en dezelfde juridische verhouding, i.e. de *trust*. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een *beneficiary* twee of meer *trustees*, die woonplaats hebben in verschillende staten, dagvaardt in het kader van een trustgeschil. Dit artikel kan o.i. ook toepassing vinden ten aanzien van derden die slechts incidenteel met de trustverhouding in aanraking komen. Bijvoorbeeld in het geval waar een derde de *trustee* assisteert in het begaan van een *breach of trust*. In dit geval zijn zowel de *trustee* als de derde hoofdelijk aansprakelijk¹³²⁰, zodat er o.i. voldoende feitelijke en juridische samenhang voorhanden is om de toepassing van artikel 8.1. te rechtvaardigen. Ten slotte zijn er ook redenen om aan te nemen dat ook een derde die *in breach of trust* bepaalde trustgoederen ontvangt zonder daarvoor een (voldoende) tegenprestatie te hebben geleverd, ook middels de samenhangregeling van artikel 8.1. kan worden betrokken in een hoofdgeding tegen de *trustee* of *vice versa*. Indien de derde immers geen *bona fide purchaser for value without notice* (zie *supra*, randnr. 278) is, verkrijgt deze derde goederen die zijn behept met een *equitable interest* van de *beneficiary*. Nog los van de vraag

¹³¹⁸ Zie artikel 6.1. Brussel I-Verordening; HvJ 187/87, *Kalfelis*, *Jur.* 1988, punt 12.

¹³¹⁹ Aldus konden twee octrooi-houders zich niet beroepen op artikel 8.1. Brussel *Ibis*-Verordening voor beweerde octrooi-inbreuken die zouden zijn begaan door verschillende vennootschappen van eenzelfde concern die waren gevestigd in verschillende Europese lidstaten. De octrooi-houders steunden hun beroep op de toepassing van de samenhangregeling op basis van de argumenten dat (i) alle verweerders behoorden tot hetzelfde concern, (ii) dat de verweerders handelden op basis van een gezamenlijk beleid en (iii) dat alle inbreukmakende handelingen nagenoeg identiek waren. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wees echter de toepassing van de samenhangregeling af op grond van de redenering dat dit allemaal feitelijke criteria waren, maar de zaken onvoldoende juridische samenhang vertoonden. Elk octrooi blijft immers onderworpen aan de nationale regeling van de staat die het octrooi heeft verleend. Zie: HvJ C-539/03, *Roche*, *Jur.* 2006, I.

¹³²⁰ *Ultraframe UK Ltd. v. Fielding* [2005] EWHC 1638 (Ch.), nr. 1600.

of dit *equitable interest* (in de forumstaat) moet of kan worden gezien als een persoonlijk of zakelijk recht, staat het o.i. wel vast dat de *beneficiary* in dat geval een aanspraak heeft ten aanzien van de derde die het trustgoed onder zich houdt. Ook in dit geval is er zowel feitelijk als rechtens samenhang voorhanden.

Opmerkelijk is wel dat artikel 8.1. als voorwaarde stelt dat, indien er meerdere verweerders zijn, een persoon slechts kan worden opgeroepen "voor het gerecht van de woonplaats van één van hunner".¹³²¹ Dit betekent dat minstens één van de verweerders zijn of haar woonplaats moet hebben in de lidstaat waar de zaak aanhangig wordt gemaakt. Dit doet de vraag rijzen naar het lot van een eventuele forumkeuzeclausule in een trustakte. Indien de trustakte een forumclausule bevat ten voordele van de Engelse rechtbanken, maar de *trustee* en de derde geen van beiden woonplaats hebben in het Verenigd Koninkrijk, lijkt de samenhangregeling uit artikel 8 geen oplossing te bieden. De derde kan op grond van artikel 8.1. niet in de Engelse procedure worden betrokken, daar noch de *trustee*, noch de derde woonplaats heeft in het Verenigd Koninkrijk. Hetzelfde probleem rijst in verband met de aanvullende bevoegdheidsgrond die vervat ligt in artikel 7.6. van de Brussel *Ibis*-Verordening. Op deze aanvullende bevoegdheidsgrond zou in de voorliggende hypothese wel een beroep kunnen worden gedaan om de *dishonest trustee* te dagvaarden voor de gerechten waar de *trust* 'woonplaats' heeft, maar de samenhangregeling uit artikel 8.1. van dezelfde verordening lijkt hier opnieuw geen soelaas te bieden. Dit is jammer, aangezien hoger (*supra*, randnr. 444) is gebleken dat deze bepaling werd ingevoegd met het oog op het kunnen beslechten van trustgeschillen door een daartoe geschikt forum.

b. Op grond van het WIPR

i. Bijzondere bepalingen met betrekking tot trusts

466. Voor een rechtsfiguur die op basis van artikel 122 WIPR als 'trust' kan worden beschouwd (zie *infra*, randnr. 723 e.v.), wordt in artikel 123 WIPR eveneens een bevoegdheidsregel aangeboden. Artikel 123 WIPR stelt dat: "[d]e Belgische rechters [...] bevoegd [zijn] om kennis te nemen van vorderingen betreffende de betrekkingen tussen de oprichter, trustee of begunstigde van een trust, naast de gevallen voorzien in de algemene bepalingen van deze wet, indien: 1° de trust in België wordt bestuurd; of 2° de vordering goederen betreft die zich bij de instelling van de trust in België bevinden." De tweede paragraaf van artikel 123 WIPR voegt hier nog aan toe dat wanneer in de trustakte bevoegdheid wordt toegekend aan Belgische of buitenlandse rechters of aan één van hen, de artikelen 6 en 7 WIPR naar analogie van toepassing zijn.

Volgens de memorie van toelichting bij het WIPR beoogde de wetgever in de eerste plaats om, in gevallen waar de Brussel I(*bis*)-Verordening niet van toepassing is,

¹³²¹ Dit beginsel komt evenzeer tot uiting in de Engelse en Franse taalversies van de Brussel *Ibis*-Verordening: "in the courts for the place where any one of them is domiciled" en "devant la juridiction du domicile de l'un d'eux."

in de vorm van gemeen recht in dezelfde bevoegdheidsgronden te voorzien voor de interne verhoudingen van de *trust*.¹³²²

Dit alles kan worden gecontrasteerd met het Nederlandse internationaal privaatrecht, waar noch in Boek 10 BW noch in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een bijzonder artikel is voorzien met betrekking tot *trusts*. Het gevolg is dat enkel kan worden teruggevallen op de bepalingen van de Brussel I(*bis*)-Verordening. De Nederlandse wetgever was kennelijk van oordeel dat het invoegen van een specifieke bepaling met betrekking tot *trusts* overbodig zou zijn.¹³²³

467. Zoals hoger (*supra*, randnr. 435) werd aangegeven geniet de Brussel I(*bis*)-Verordening voorrang boven het WIPR. Zulks wordt bevestigd door artikel 2 WIPR. Het gevolg hiervan is dat de bepalingen van het WIPR slechts toepassing zullen vinden, indien de Brussel I(*bis*)-Verordening de betrokken materie niet regelt. Dit geldt eveneens voor artikel 123 WIPR. Indien de eerder aangehaalde visie (*supra*, randnr. 441) wordt aangenomen, namelijk dat *trusts* die zijn opgericht in het kader van successieplanning, buiten het toepassingsgebied van de Brussel I(*bis*)-Verordening vallen, dient minstens voor de 'interne' trustgeschillen een beroep te worden gedaan op de bepalingen van de WIPR in dit verband.¹³²⁴ Hoger hebben wij evenwel tegelijk aangegeven deze visie niet zonder meer te onderschrijven.

468. Een opvallend verschil in bewoordingen tussen artikel 123 WIPR en de artikelen 7.6. Brussel I*bis*-Verordening en 5.6. Brussel I-Verordening is dat het eerstgenoemde artikel expliciet refereert naar de 'betrekkingen tussen de oprichter, trustee of begunstigde van de *trust*'. Hoewel de genoemde artikelen van de Brussel I(*bis*)-Verordening ook zijn geschreven met het oog op een toepassing binnen de 'interne verhoudingen' van de *trust*, is zulks nergens expliciet in de bewoordingen van de verordeningen opgenomen. In de tekst van beide verordeningen wordt niet expliciet gerefereerd naar de hoedanigheid van de eiser. In artikel 123 WIPR is dit wel het geval. In dit verband is de Belgische tekst dus explicieter opgesteld.

469. Een tweede verschil tussen de Brussel I(*bis*)-Verordening en het WIPR voor wat betreft de bijzondere bevoegdheidsregels inzake de *trust*, is dat binnen het contentieux van de verordeningen nergens wordt aangegeven wat net moet worden verstaan onder het begrip '*trust*'. In het WIPR wordt in artikel 122 aangegeven wat moet worden verstaan onder het begrip '*trust*' voor wat betreft de toepassing van

¹³²² MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 140.

¹³²³ A.I.M. VAN MIERLO m.m.v. F.M. BART, *Parlementaire Geschiedenis: Herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, Deventer, Kluwer, 2002, 103.

¹³²⁴ M. MELLAH, T. MAES, "Hoofdstuk XII. Trust" in I. COUWENBERG, A. HANSEBOUT, L. VANFRAECHEM, *Internationaal Privaatrecht. Duiding 2014*, Brussel, Larcier, 2014, 799.

In de Erfrechtverordening worden immers 'interne trustgeschillen' uitgesloten van het toepassingsgebied van de verordening, zodat op basis van deze verordening geen bevoegd forum kan worden aangeduid. Zie *supra*, vn. 1242 en *infra*, randnr. 698.

dit wetboek. O.i. wordt binnen het contentieux van de Brussel I(*bis*)-Verordening de kwalificatie van een bepaalde rechtsverhouding als 'trust' overgelaten aan de *lex causae*, i.e. het recht dat de trustverhouding beheerst.¹³²⁵ In die gevallen waar volgens het (mogelijks) van toepassing zijnde recht een trustverhouding voorhanden is, zal deze kwalificatie o.i. door de Brussel I(*bis*)-Verordening worden gehonoreerd. Pas in tweede orde dient te worden nagegaan of de trustverhouding voldoet aan andere mogelijke vereisten die de Brussel I(*bis*)-Verordening stelt aan deze rechtsverhouding, zoals de voorwaarde dat de *trust* in het leven moet zijn geroepen op grond van de wet, bij geschrift, dan wel bij een schriftelijk bevestigde mondelinge 'overeenkomst'.¹³²⁶ Zo leek ook in de zaak *Webb* de vraag of er effectief een *resulting trust* voorhanden was, overgelaten te worden aan het Engelse recht. De rechtsvraag die door het Hof van Justitie werd beantwoord bestond er enkel in om een oordeel te vellen of een rechtsoverdracht zoals voorhanden was in deze zaak, al dan niet onder het toepassingsgebied van artikel 16, sub 1 EEX-Verdrag viel.

In het WIPR vallen enkel rechtsfiguren, die op grond van artikel 122 van dit wetboek als 'trust' kunnen worden gekwalificeerd, onder het toepassingsgebied van artikel 123. O.i. heeft dit tot gevolg dat de Belgische bevoegdheidsregel wel *constructive trusts* omvat, daar deze *in equity* in het leven worden geroepen door een rechtbank. Op het eerste gezicht beschouwd zal de Belgische regeling echter geen betrekking hebben op *resulting trusts*, daar deze in het leven worden geroepen op grond van 'het recht' ('*the law*') en niet ontstaan door een rechterlijke uitspraak.¹³²⁷ Het bestaan van *resulting trusts* kan wel in rechte worden erkend door een rechtbank, zoals in de feiten die aan de zaak *Webb* ten grondslag lagen, is gebleken.

¹³²⁵ Dit lijkt ook het standpunt te zijn van LUPOI, zie: M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 344; M. LUPOI, "The Shapeless Trust", *Trusts & Trustees* 1995, afl. 3, 16.

Dit standpunt wordt (op weliswaar indirecte wijze) mede ondersteund door het bepaalde in de Rome I-Verordening met betrekking tot *trusts*. In artikel 1.2. h) wordt de oprichting van 'trusts' alsmede de daardoor ontstane rechtsbetrekkingen tussen de *settlor*, *trustee* en *beneficiary* uitgesloten van het toepassingsgebied van deze Verordening. Een gelijkaardige uitsluiting kan worden aangetroffen in artikel 1.2. f) van de Rome II-Verordening. Met betrekking tot de Rome I-Verordening kan uit het Rapport-GIULIANO/LAGARDE worden afgeleid dat met deze uitsluiting wordt gerefereerd naar 'trusts' zoals dit begrip in *common law*-jurisdicties wordt gebezigd. Zie: Rapport betreffende het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (door M. GIULIANO en P. LAGARDE), *PB.C.* 31 oktober 1980, afl. 282/13.

¹³²⁶ Over de betekenis van het begrip 'overeenkomst' in de Nederlandse taalversie van dit artikel, zie *supra*, vn. 1206.

¹³²⁷ Zie *supra*, randnr. 188 – 190.

Verdedigt alvast dat zulks wel het geval zou zijn: A-L. VERBEKE, "Artikel 122. Kenmerken van de trust" in J. ERAUW, M. FALLON *et al.* (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd – Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 660.

Ook in de MvT bij het WIPR lijken *constructive trusts* en *resulting trusts* in dit verband op een hoopje te worden gegooid, zie: MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 139.

470. De vraag rijst echter of de uitsluiting van *resulting trusts* als volledig of zelfs als voorhanden zijnde kan worden beschouwd. Zoals hoger (*supra*, randnr. 188 – 190) werd aangegeven, kan een *resulting trust* ook ontstaan in het geval van een onvolledig geslaagde *private express trust*, waarvan het bestaan wel degelijk blijkt uit een geschrift. Dit was o.i. voldoende om te stellen dat niet alle *resulting trusts* noodzakelijkerwijs uitgesloten zijn van het toepassingsgebied van de artikelen 7.6. en 5.6. van de Brussel *Ibis*- en de Brussel I-Verordening, respectievelijk. In artikel 122 WIPR is het criterium echter dat de *trust* moet zijn opgericht door een 'rechtshandeling' van de oprichter. Welnu, in de hoger geboden uiteenzetting over *resulting trusts* is gebleken dat het Engelse recht de *resulting trusts* steeds 'toevoegt' in het geval een *settlor* niet volledig heeft geschikt over het *beneficial interest* van de trustgoederen, waardoor de *trust* 'terugspringt' naar de *settlor* zelf. Er wordt in deze gevallen dus wel steeds 'aangeknoopt' bij een rechtshandeling die *settlor* heeft gesteld, ook al werd de creatie van de *resulting trust* daarom nog niet (expliciet) door de *settlor* beoogd. Zoals blijkt, zijn dit reeds zeer complexe kwesties waarvoor Belgische rechtbanken in de regel slecht geplaatst zullen zijn om deze te beslechten. In de memorie van toelichting wordt er alleszins van uit gegaan dat ook '*resulting judicial trusts*', i.e. *resulting trusts* waarvan het bestaan reeds (op declaratieve wijze) werd vastgesteld in een rechterlijke uitspraak, onder de in artikel 122 WIPR geboden omschrijving vallen. O.i. is er daarom geen reden voorhanden om deze bepaling restrictiever te interpreteren dan nodig. Een brede interpretatie van artikel 122 zal de Belgische rechtbank in de regel ook een complexe beoordelingstaak besparen.

471. Volgens artikel 123 WIPR is er een voldoende band met België voorhanden om de bevoegdheid van de Belgische rechtbanken te rechtvaardigen wanneer de trustgoederen zich op het Belgisch grondgebied bevinden of het bestuur van de *trust* wordt waargenomen in België. Zoals hoger (*supra*, randnr. 449) werd betoogd, kunnen beide criteria ook worden toegepast in het raam van artikel 63.3. Brussel *Ibis*-Verordening. De vraag rijst echter of zulks zich in veel gevallen zal voordoen. Vermoedelijk zal dit niet het geval zijn, daar het weinig interessant is om een *trust* te besturen in België, terwijl het Belgische recht de trustfiguur niet kent.¹³²⁸ Waarschijnlijker is dat bepaalde trustgoederen (bijvoorbeeld onroerende goederen) zich zouden bevinden op het Belgische grondgebied. Het voorgaande is nochtans opvallend, daar de opstellers van het WIPR in het verleden hebben aangegeven dat het doel van het hoofdstuk over *trusts* in het WIPR er (mede) in bestond om Belgische personen te kunnen laten aanstellen tot *trustee* voor *trusts* over in het buitenland gelegen goederen.¹³²⁹ Verder zal blijken dat uit een aantal

¹³²⁸ M. MELLAH, T. MAES, "Hoofdstuk XII. Trust" in I. COUWENBERG, A. HANSEBOUT, L. VANFRAECHEM, *Internationaal Privaatrecht. Duiding 2014*, Brussel, Larcier, 2014, 799; A-L. VERBEKE, "Artikel 123. Internationale bevoegdheid inzake de trust" in J. ERAUW, M. FALLON *et al.* (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd – Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 663; A. VAN GEEL, N. LABEEUW, "Het Wetboek van Internationaal Privaatrecht", *Nieuwsbrief Notariaat* 2004, afl. 20, 7.

¹³²⁹ Wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, Verslag namens de Commissie voor Justitie, *Parl.St. Senaat* 2003 – 2004, nr. 3-27/7, 237.

vooraangaande beslissingen in fiscale zaken toch blijkt dat bepaalde trustverhoudingen worden bestuurd door Belgische rechtspersonen (zie *infra*, randnr. 1186 e.v.).

472. Met betrekking tot forumkeuzeclausules ten voordele van de Belgische rechtbanken kan evenzeer worden opgemerkt dat deze zich in de praktijk vermoedelijk zelden zullen voordoen. De Belgische rechtbanken hebben immers geen bijzondere ervaring met *trusts*. Bovendien laat artikel 6, §2 WIPR de Belgische rechter toe om diens bevoegdheid op grond van de forumkeuzeclausule te weigeren op grond van het feit dat het voorliggende geschil geen betekenisvolle band vertoont met België. Indien één van de betrokken partijen woonplaats heeft in België, zou er volgens bepaalde auteurs alvast wel een dergelijke band voorhanden zijn.¹³³⁰

ii. Overige relevante bepalingen van het WIPR

473. Het WIPR bevat tevens een aantal algemene bepalingen die relevant (kunnen) zijn voor het bepalen van de rechterlijke bevoegdheid van de Belgische rechtbanken in trustgeschillen. In eerste instantie kan hierbij worden verwezen naar artikel 5 WIPR. Dit artikel bepaalt dat de Belgische rechtbanken bevoegd zijn indien de verweerder (of indien er meerdere verweerder zijn: één van hen) zijn of haar woonplaats of gewone verblijfplaats in België heeft. Indien er meerdere verweerders zijn, mag de vordering evenwel niet slechts voor de Belgische rechtbanken worden ingesteld om een gedaagde te onttrekken aan de rechter van diens gewoonlijke verblijfplaats in het buitenland. Verder bevat artikel 9 WIPR een samenhangregeling die analoog is aan de samenhangregeling die kan worden gevonden in de Brussel I(*bis*)-Verordening. In het uiterste geval kan een beroep worden gedaan op artikel 11 WIPR (*forum necessitatis*).

2. Tweede proces: het aanwijzen van het materieel van toepassing zijnde recht met betrekking tot de *trust*, m.i.v. de 'erkenning' van buitenlandse *trusts*

a. Inleiding

474. In wat volgt komt de vraag aan bod naar het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht. Deze vraag is voor onze doeleinden belangrijker, daar hoger (*supra*, randnr. 418 e.v. en 430 e.v.) is gebleken dat zij verbonden is met

¹³³⁰ M. MELLAH, T. MAES, "Hoofdstuk XII. Trust" in I. COUWENBERG, A. HANSEBOUT, L. VANFRAECHEM, *Internationaal Privaatrecht. Duiding 2014*, Brussel, Larcier, 2014, 799; A-L. VERBEKE, "Artikel 123. Internationale bevoegdheid inzake de trust" in J. ERAUW, M. FALLON *et al.* (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd – Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 663.

de vraag naar de mogelijkheid tot 'erkenning' van buitenlandse rechtsfiguren, die in de forumstaat onbekend zijn. Ook met betrekking tot de wijze waarop het op de voorliggende rechtsverhouding van toepassing zijnde recht moest worden bepaald, bestonden hierbij heel wat vragen, *a fortiori* in het geval van de *trust*. Het IPR van de meeste *civil law*-landen bevatte immers geen verwijzingscategorie die op maat was gesneden voor *trusts*. Hoger is echter ook gebleken dat met het Haagse Trustverdrag onder meer werd beoogd om een dergelijke verwijzingscategorie aan te reiken.

Aangezien de bepalingen van het Belgische WIPR in grote mate zijn gebaseerd op deze van het Haagse Trustverdrag¹³³¹, zullen in wat volgt eerst de bepalingen van dit verdrag worden onderzocht. Niet elke afzonderlijke bepaling van het Haagse Trustverdrag zal *in extenso* worden onderzocht. Zulks is reeds elders gebeurd¹³³² en zou in het raam van het voorliggend onderzoek van onvoldoende meerwaarde zijn. Het onderzoek zal zich daarom toespitsen op de meest belangrijke bepalingen van het Haagse Trustverdrag, teneinde een voldoende diepgaand inzicht te bieden in de wijze waarop de door het verdrag ingevoegde internationaal privaatrechtelijke systematiek functioneert. Wegens de gelijkenissen die de Belgische wetsbepalingen kennelijk vertonen met deze van het Haagse Trustverdrag, kan een dergelijke bespreking immers inzichtelijk werken.

475. De belangrijkste doelen van dit onderdeel bestaan er enerzijds in om een vergelijkende analyse met de bepalingen van het WIPR mogelijk te maken, en anderzijds om na te gaan of de bepalingen van het Trustverdrag de erkenning van buitenlandse *trusts* effectief hebben kunnen faciliteren. Dit laatste kan onder meer worden afgetoetst aan de huidige stand van zaken in het Nederlandse en Zwitserse recht, daar Nederland en Zwitserland partij zijn het Haagse Trustverdrag. Bovendien heeft ook het Verenigd Koninkrijk het Haagse Trustverdrag ondertekend en geratificeerd. Frankrijk daarentegen, heeft het Haagse Trustverdrag wel ondertekend, maar nooit geratificeerd.¹³³³ In dit verband kan worden opgemerkt

¹³³¹ MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 138 – 141; Wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, Verslag namens de Commissie voor Justitie, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/7, 237.

¹³³² J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 544p; M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 327 – 367; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 329p.

¹³³³ De reden hiervoor is dat in Frankrijk heel wat stemmen opgingen om de ratificatie van het Haagse Trustverdrag uit te stellen tot ook een Franse functionele equivalent in het Franse recht kon worden geïntroduceerd. Hoger (*supra*, randnr. 122) is gebleken dat intussen de *fiducie* werd geïntroduceerd in het Franse recht. Deze rechtsfiguur wordt verder (*infra*, randnr. 836 e.v.) besproken. Een ratificatie van het Haagse Trustverdrag is tot op heden uitgebleven. Zie: H. VAN LOON, "L'actualité de la convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance" in X. (ed.), *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Parijs, Défrenois, 2007, 323.

Gelet op het gegeven dat de *fiducie* reeds werd geïntroduceerd in het Franse recht werd de Franse overheid gevraagd of de ratificatie van het Haagse Trustverdrag zou volgen. Uit het ministeriële antwoord bleek evenwel dat er bij de Franse overheid weinig animo bestaat om tot een ratificatie van het Haagse Trustverdrag over te gaan. De redenen daarvoor lijken

dat artikel 18 van het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht van 23 mei 1969 een verbod oplegt aan Staten om vóór de inwerkingtreding van een verdrag, het voorwerp en doel van dit verdrag ongedaan te maken, *inter alia* in het geval waar een Staat een verdrag heeft ondertekend onder voorbehoud van verdere ratificatie, en dit tot op het ogenblik dat deze Staat heeft te kennen gegeven geen partij te willen worden bij dit verdrag.¹³³⁴

476. Een nader onderzoek van de bepalingen van het Haagse Trustverdrag zal aan het licht brengen op welke wijze en in welke mate Het IPR van de Staten die partij zijn bij dit verdrag toelaat om buitenlandse *trusts* te 'erkennen' en civielrechtelijk te benaderen. Gelet op het gegeven dat *common law trusts* in wezen onbekende rechtsfiguren zijn voor continenaalrechtelijke rechtsordes, kan tevens een interessante wisselwerking met het recht van de ontvangende rechtsordes worden verwacht.

Vervolgens zal aan bod komen hoe met dit erkenningsvraagstuk en de andere daarbij horende juridische vraagstukken wordt omgegaan in rechtsordes waarvan het internationaal privaatrecht géén afzonderlijke verwijzingscategorie kent voor *trusts*. Zullen in dit kader worden onderzocht: het Franse recht en het Belgische recht. Aangezien België sinds de introductie van het WIPR in 2004 wel een afzonderlijke internationaal privaatrechtelijke verwijzingscategorie kent voor *trusts*, zal in dit gedeelte van het onderzoek slechts worden stilgestaan bij de Belgische situatie vóór 2004. Een dergelijk onderzoek is interessant omdat in theorie kan worden verwacht dat de stand van zaken in het oude Belgische recht veeleer zou kunnen of moeten aanleunen bij de (nog steeds actuele) Franse situatie. Indien de introductie van een eigen verwijzingsregel voor *trusts*, bijvoorbeeld door middel van het Haagse Trustverdrag of de daarop gebaseerde bepalingen van het WIPR, de 'erkenning' van buitenlandse *trusts* daadwerkelijk kan faciliteren, zou er (minstens in theorie) een bijzonder belangrijk verschil moeten

onder meer fiscaal geïnspireerd. "*Il convient en effet de veiller à ce qu'une telle ratification n'emporte pas reconnaissance en France, sans aucun contrôle, de patrimoines d'affectation, créés selon un droit étranger, qui échapperaient aux mesures de transparence imposées aux fiducies françaises et qui pourraient ainsi concurrencer sérieusement cette nouvelle institution. La ratification de la convention risquerait également d'encourager les délocalisations de patrimoines et de rendre plus délicate la lutte contre le blanchiment et les fraudes, puisque les trusts constitués à l'étranger devraient être reconnus en droit interne.*"

Zie: Reconnaissance des trusts en France : précision ministérielle, *Recueil Dalloz* 2008, 342.
¹³³⁴ Noteer evenwel dat Frankrijk zelf geen partij is bij het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht. Toch hoeft dit niet te betekenen dat de inhoudelijke bepalingen van dit verdrag per definitie irrelevant zouden zijn voor Frankrijk. Het Internationaal Gerechtshof heeft immers meermaals, en tot op heden kennelijk zonder uitzondering, aanvaard dat de bepalingen van dit verdrag tevens het geldende internationaal gewoonterecht reflecteren. Zie: IGH, *Case concerning Kasikili/Sedudu Island* (Botswana v. Namibia), Judgment, *ICJ Reports* 1999, 1059, punt. 18; IGH, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276*, Advisory Opinion, *ICJ Reports* 1971, 46 – 47, punt 94; IGH, *Fisheries Jurisdiction Case* (Federal Republic of Germany v. Iceland), Judgment, *ICJ Reports* 1973, 63, punt. 36; IGH, *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), Judgment, *ICJ Reports* 1997, 38, punt 46.

bestaan tussen de Belgische situatie vóór de introductie van het WIPR en de Belgische situatie sinds de introductie van het WIPR.

Teneinde deze onderzoekshypothese verder te kunnen staven, wordt in derde en laatste instantie de Belgische situatie onderzocht sinds de inwerkingtreding van het WIPR. Aan de hand van de concrete bepalingen van het WIPR en de resultaten die het onderzoek op dat punt reeds heeft opgeleverd, zal worden onderzocht in welke mate buitenlandse trustverhoudingen in België civielrechtelijk kunnen worden erkend en 'ingepast' onder het Belgische recht *de lege lata*. Daarbij zal tevens de aandacht uitgaan naar materieelrechtelijke regels die de (gevolgen van) de erkenning kunnen beperken. In de eerste plaats wordt daarbij gedacht aan potentieel problematische dwingende regels van het Belgische goederenrecht en potentieel problematische dwingende regels van het Belgische erfrecht.

Vooraleer zal worden overgegaan tot een nader onderzoek van de bepalingen van het Haagse Trustverdrag en de daaropvolgende onderwerpen, zal bij wijze van 'voorzwaag' kort worden stilgestaan bij de mogelijke toepassing van de Rome I- en Rome II-Verordeningen. Gelet op het gegeven dat beide instrumenten in zekere zin kunnen worden beschouwd als het Europese 'gemeen recht' voor wat betreft het tweede internationaal privaatrechtelijke proces, kan hun mogelijke relevante niet op voorhand worden uitgesloten.

b. De 'erkenning' van buitenlandse trusts op grond van de Rome I- en de Rome II-Verordening?

477. Reeds op het eerste gezicht kan worden opgemerkt dat *trusts* uitgesloten zijn van het toepassingsgebied van de Rome I-Verordening¹³³⁵, alsook van de Rome II-Verordening¹³³⁶. Artikel 1.2.h) Rome I-Verordening heeft evenwel enkel betrekking op de 'interne rechtsbetrekkingen' in het raam van een *trust*.¹³³⁷ Voor wat betreft de 'externe rechtsbetrekkingen' zijn de Rome I en Rome II-Verordeningen gewoon van toepassing (*cf. supra*, randnr. 422). Dit betekent dat verbintenissen uit overeenkomsten die werden aangegaan door *settlers*, *trustees* en/of *beneficiaries* met derden, ook al zijn deze verbintenissen gerelateerd aan de trustverhouding, onder het toepassingsgebied van de Rome I-Verordening vallen.¹³³⁸ In het Rapport-GIULIANO/LAGARDE werd omtrent het begrip '*trusts*' in de context van de Rome I-Verordening opgemerkt dat met deze uitsluiting voor '*trusts*' wordt gerefereerd naar '*trusts*' zoals dit begrip in *common law*-jurisdicties wordt

¹³³⁵ Artikel 1.2.h) van Verordening 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *PB.L.* 4 juli 2008, afl. 177/6 ("Rome I-Verordening").

¹³³⁶ Artikel 1.2.e) van Verordening 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, *PB.L.* 31 juli 2007, afl. 199/40 'Rome II-Verordening').

¹³³⁷ M. MCPARLAND, *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 251.

¹³³⁸ Rapport-GIULIANO/LAGARDE, 13; M. MCPARLAND, *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 252.

gebezigd.¹³³⁹ Artikel 25 Rome I-Verordening bepaalt evenwel dat de Verordening de toepassing van internationale overeenkomsten die eerder door de lidstaten werden gesloten, onverlet laat. Dit doet de vraag rijzen naar de verhouding tussen de Rome I-Verordening en het Haagse Trustverdrag. Want, zoals nog zal blijken (*infra*, randnr. 483 e.v.), is het Haagse Trustverdrag niet enkel van toepassing op klassieke *common law-trusts*, maar ook op andere trustvormen.

Een mogelijke overlapping tussen beide instrumenten kan o.i. worden opgelost door middel van interpretatie. In het Rapport-GUILIANO/LAGARDE valt te lezen dat 'trusts' die van continentale oorsprong zijn, en daarom mogelijks (zuiver?) contractuele figuren kunnen betreffen, wegens hun gelijkenissen met de *common law-trusts* van het toepassingsgebied van het vroegere Verdrag van Rome (nu: Rome I-Verordening) kunnen worden uitgesloten.¹³⁴⁰ Mede gelet op het bepaalde in artikel 25 van de Rome I-Verordening verdient het o.i. daarom de voorkeur om het toepassingsgebied van de Rome I-Verordening restrictief te interpreteren ten voordele van het Haagse Trustverdrag.¹³⁴¹ België is evenwel geen partij bij dit laatste verdrag, al kent België in het interne IPR een juridisch kader dat daar sterk op geënt is (zie daarover: *infra*, randnr. 712).

478. Met betrekking tot de Rome II-Verordening liggen de zaken mogelijks nog complexer. In artikel 1.2.e) wordt enkel gewag gemaakt van 'trusts die vrijwillig in het leven zijn geroepen'. In het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie werden *trusts* op algemene wijze uitgesloten van het toepassingsgebied van het voorstel van verordening, met als reden dat het een rechtsfiguur *sui-generis* betrof.¹³⁴² Op initiatief van het Europees Parlement werden de bewoordingen echter gewijzigd teneinde een grotere consistentie te vertonen met het Haagse Trustverdrag en omdat *common law*-rechtsstelsels de *trust* gebruiken als instrument om situaties van ongerechtvaardigde verrijking tegen te gaan.¹³⁴³ Op basis van de redactie van artikel 1.2.e) Rome II-Verordening, alsook op basis van de voorbereidende werken van de verordening zelf, wordt in de literatuur het standpunt verdedigd dat de Rome II-Verordening van toepassing is op bepaalde *trusts*. Wanneer een persoon ten onrechte een geldsom heeft ontvangen kan in de context van het Engelse recht een vordering worden ingesteld tegen de ontvanger van de geldsom, teneinde te doen vaststellen dat deze laatste de geldsom aanhoudt

¹³³⁹ Zie *supra*, vn. 1325.

¹³⁴⁰ Rapport-GUILIANO/LAGARDE, 13.

¹³⁴¹ Zie tevens: L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1490.

¹³⁴² Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to non-contractual obligations ("Rome II"), COM (2003) 427 final, 9.

¹³⁴³ Draft Report on the proposal for a European Parliament and Council regulation on the law applicable to non-contractual obligations ("Rome II") (door D. WALLIS), COM (2003) 427 – C5-0338/2003-2003/0168 (COD), 11. Het door het Europees Parlement voorgestelde amendement werd vervolgens (principeel) aanvaard door de Europese Commissie, zie: Gewijzigd voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en van de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ("Rome II"), COM (2006) 83 def., 3.

als *trustee*.¹³⁴⁴ De *trust* kan in een dergelijk geval worden beschouwd als een herstellende maatregel die door de toepasselijke *lex causae* wordt opgelegd op grond van een buitencontractuele verbintenis.¹³⁴⁵ Met betrekking tot de vraag of de vordering ten aanzien van derden die trustgoederen hebben verkregen ook onder het toepassingsgebied van de Rome II-Verordening valt, is de rechtsleer verdeeld.

Op basis van verschillende lezingen van het arrest *Webb* kan het standpunt worden ingenomen dat dergelijke claims buiten het toepassingsgebied van de Rome II-Verordening vallen, tenzij zij specifiek betrekking hebben op een *trust* die zelf onder het toepassingsgebied van de Rome II-Verordening valt (i.e. die wordt opgelegd op grond van een buitencontractuele verbintenis)¹³⁴⁶, dan wel dat alle vorderingen tegen derden ten aanzien van de *trust* in beginsel onder het toepassingsgebied van de Rome II-Verordening vallen.¹³⁴⁷ Nochtans dient rekening te worden gehouden met artikel 28 van de Rome II-Verordening, op grond waarvan de toepassing van het Haagse Trustverdrag voorrang zou genieten op de toepassing van deze verordening.¹³⁴⁸ Zulks geldt vermoedelijk niet alleen voor vrijwillig gecreëerde *trusts* die onder artikel 3 van het Haagse Trustverdrag vallen (zie *infra*, randnr. 488), maar vermoedelijk ook wanneer een partij bij het Haagse Trustverdrag de toepassing van dit verdrag heeft uitgebreid tot andere *trusts* op grond van artikel 20 van dit verdrag.¹³⁴⁹

c. De 'erkenning' van buitenlandse *trusts* onder het Haagse Trustverdrag

479. Zoals hoger (*supra*, randnr. 405) werd aangegeven, is België geen partij bij het Haagse Trustverdrag. Nochtans is een analyse van de belangrijkste

¹³⁴⁴ A. SCOTT, "The Scope of 'Non-Contractual Obligations'" in J. AHERN, W. BINCHY (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 77 – 78; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations, Updating Supplement*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 26.

¹³⁴⁵ Zie artikel 15, c) en d) Rome II-Verordening.

¹³⁴⁶ Zie: A. SCOTT, "The Scope of 'Non-Contractual Obligations'" in J. AHERN, W. BINCHY (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 78 – 80.

¹³⁴⁷ A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations, Updating Supplement*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 26.

¹³⁴⁸ Eensluidend: L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1491.

¹³⁴⁹ J. HARRIS, "Constructive Trusts and Private International Law: Determining the Applicable Law", *Trusts & Trustees* 2012, 976; D. HAYTON, "'Trusts' in Private International Law" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours, Vol. 366*, Leiden, Nijhoff, 2013, 69 – 70.

Het Verenigd Koninkrijk heeft ervoor geopteerd om gebruik te maken van dit artikel, zie: *Section 1(2) van de Recognition of Trusts Act 1987*.

bepalingen van dit verdrag binnen de context van voorliggend onderzoek van groot belang, daar dit verdrag het oogmerk heeft om bruggen te bouwen tussen de *civil law*-stelsels en de *common law*-stelsels.¹³⁵⁰ Het waren oorspronkelijk vooral de *civil law*-landen die aandrongen op de noodzaak aan een internationaal privaatrechtelijk instrument, dat hen in staat zou moeten stellen om beter om te kunnen gaan met *trusts* op internationaal privaatrechtelijk gebied.¹³⁵¹ Op het vlak van de eerste stap in het internationaal privaatrechtelijk proces, i.e. het aanwijzen van een internationaal bevoegde rechtbank, was op het ogenblik dat de idee rees om te voorzien in een internationaal privaatrechtelijk instrument inzake *trusts*, zopas een belangrijke stap gezet. Er waren immers een aantal bepalingen met betrekking tot het aanwijzen van de bevoegde rechtbank in trustgeschillen in het toenmalige EEX-Verdrag geïntroduceerd (zie *supra*, randnr. 444 e.v.).¹³⁵²

Echter, op de vraag of dergelijke buitenlandse *trusts* konden worden 'erkend' in staten of rechtsordes die zelf geen trustfiguur kenden, werd hiermee nog geen antwoord geboden. Dit gold eveneens voor de vraag naar hoe het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht vastgesteld moest worden. Hoewel nog zal blijken dat *civil law*-stelsels de trustfiguur als dusdanig ook reeds 'erkenbaar' achtten, nog vóór er sprake was van het Haagse Trustverdrag (of daarmee vergelijkbare IPR-regelingen), gaf de toenmalige situatie aanleiding tot erg veel rechtsonzekerheid.¹³⁵³ Bij gebreke aan een afzonderlijke verwijzingscategorie voor *trusts*, diende immers *ad hoc* te worden aangeknoopt bij een bepaalde verwijzingscategorie die de forumstaat wel kende. Daarbij rees de vraag of deze

¹³⁵⁰ In het Rapport VON OVERBECK wordt hieromtrent gesteld: "*La présente Convention veut régler une institution, le trust, connue de certains Etats membres de la Conférence, le plus souvent Etats de common law, mais qu'ignorent la plupart des Etats de civil law, Membres de la Conférence. En cela, elle diffère essentiellement des autres Conventions de La Haye, qui règlent, sur le plan des conflits de lois, des conflits de juridictions ou de la reconnaissance et de l'exécution des décisions, des institutions, telles que l'adoption, le divorce, le contrat de vente ou les obligations alimentaires, régies certes par des règles de droit international privé divergentes dans les divers Etats, mais connues partout. Si certaines de ces Conventions visaient à réconcilier les pays à principe de nationalité et les pays à principe de domicile, la présente Convention est plus particulièrement destinée à jeter des ponts entre pays de common law et pays de civil law.*"

Zie ook: A. DYER, "International Recognition of the Trust Concept", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 2, 7; S. FERRERO, "The Scope and the Effects of Mandatory Rules and Public Policy under the 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition", *Il Nuovo Diritto Delle Società* 2013, afl. 7, 36; A. BRAUN, "The framing of a European law of trusts" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 278.

¹³⁵¹ D. HAYTON, "'Trusts' in Private International Law" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 58.

¹³⁵² H. VAN LOON, "L'actualité de la convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance" in X., *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Parijs, Défrenois, 2007, 326; J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 367 – 368.

¹³⁵³ J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 365 – 368; D.W.M. WATERS, "The Hague Trusts Convention twenty years on" in M. GRAZIDEI, U. MATTEI, L. SMITH (eds.), *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 65.

verwijzingscategorieën daarvoor überhaupt geschikt waren (zie daarover *infra*, randnr. 686 e.v.).

Welnu, met de invoering van het Haagse Trustverdrag werd beoogd om aan deze noden tegemoet te komen, door enerzijds te voorzien in eenvormige regels met betrekking tot de aanwijzing van het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht en anderzijds door het aanbieden van regels die betrekking hebben op de 'erkenning' van buitenlandse trusts.¹³⁵⁴ Hiermee zouden de verschillende moeilijkheden die komen kijken bij de confrontatie met een onbekende buitenlandse rechtsfiguur kunnen worden overstegen.¹³⁵⁵ Naast het aanbieden van eenvormige conflictenregels met betrekking tot trusts, strekte het Haagse Trustverdrag er dus toe de 'erkenning' van buitenlandse trusts te bevorderen in rechtsordes die niet bekend zijn met deze rechtsfiguur.¹³⁵⁶

Het besluit om het Haagse Trustverdrag op te stellen, werd genomen gedurende de XIVE Zitting van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht in 1980. Het verdrag werd daarmee op de agenda gezet van de XVe Zitting. Deze werd gehouden van 8 tot 20 oktober 1984 te 's Gravenhage, nadat reeds verschillende ontwerp teksten de revue waren gepasseerd.¹³⁵⁷ Het Haagse Trustverdrag kan worden onderverdeeld in vier onderdelen. Ten eerste bevat het verdrag in Hoofdstuk 1 een aantal bepalingen met betrekking tot haar eigen toepassingsgebied. Van groot belang is hierbij de vraag welke rechtsfiguren onder het toepassingsgebied van dit verdrag kunnen vallen. Het tweede onderdeel, dat overeenstemt met Hoofdstuk 2 van het verdrag, bevat een aantal conflictenregels die toelaten het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht te kunnen vaststellen. Het derde onderdeel (Hoofdstuk III) regelt de (voorwaarden voor de) 'erkenning' die aan rechtsfiguren die onder het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag vallen, toekomt. Het vierde onderdeel (Hoofdstukken IV en V) omvat een aantal bepalingen van algemene aard, alsook de gebruikelijke slotbepalingen.

¹³⁵⁴ M. GRAZIDEI, "Recognition of common law trusts in civil law jurisdictions under the Hague Trusts Convention with particular regard to the Italian Experience" in L. SMITH (ed.), *Re-Imagining the Trust: Trusts in Civil Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 36; D.W.M. WATERS, "The Hague Trusts Convention twenty years on" in M. GRAZIDEI, U. MATTEI, L. SMITH (eds.), *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 69.

¹³⁵⁵ H. VAN LOON, "L'actualité de la convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance" in X., *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Parijs, Défrenois, 2007, 332.

¹³⁵⁶ A. BRAUN, "The framing of a European law of trusts" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 278.

¹³⁵⁷ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 47.

i. Toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag

(a) Formeel toepassingsgebied

480. Het Haagse Trustverdrag bevat geen bepalingen die haar formeel toepassingsgebied nauwgezet aflijnen.¹³⁵⁸ Het verdrag heeft ook 'universele werking' in de zin dat de *settlor* elk door hem of haar gewenst recht kan aanduiden, ook al is dit het recht van een Staat die zelf geen partij is bij het verdrag.¹³⁵⁹ Toch legt het verdrag hier een belangrijke beperking op. Artikel 5 van het verdrag bepaalt immers dat het verdrag niet van toepassing is indien het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht zelf geen *trust* kent, of wanneer het aangewezen recht de betrokken trustcategorie (bv. *private purpose trust*) niet kent. Hoewel het zelden zal voorkomen dat de *settlor* kiest voor een rechtsstelsel dat zelf geen *trust* kent, of de betrokken trustcategorie die de *settlor* wenst op te richten niet kent¹³⁶⁰, lijkt de in artikel 5 vervatte regel vooral te zijn geschreven voor het geval waar de *settlor* geen expliciete rechtskeuze heeft gemaakt. In dat geval dient het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht te worden vastgesteld aan de hand van objectieve aanknopingsfactoren.^{1361,1362} Het leek alleszins niet de bedoeling van de opstellers te zijn dat artikel 5 vaak zou dienen te worden toegepast.¹³⁶³ In de doctrine zijn verschillende zienswijzen geopperd omtrent het belang van artikel 5 van het Haagse Trustverdrag.¹³⁶⁴ O.i. dient artikel 5 beperkend te worden geïnterpreteerd: het zal immers zelden voorkomen dat de *settlor* een rechtskeuze maakt ten voordele van een land dat geen trustrecht kent. Zelfs indien dit het geval is, kan nog worden gebruik gemaakt van de objectieve aanknopingsfactoren die vervat liggen in artikel 7. Zoals nog zal blijken, laat artikel 7 heel wat beleidsvrijheid aan de rechtbanken, zodat slechts in extreme gevallen geen aanknopingsfactoren worden gevonden bij een 'trustland'. Diezelfde rechtbanken kunnen overigens gebruik maken van een aantal bepalingen uit Hoofdstuk 4 van het verdrag om de (als nefast ervaren) gevolgen van de erkenning aan banden te leggen (zie *infra*, randnr. 550 e.v.).

¹³⁵⁸ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 49.

¹³⁵⁹ *Ibid*; A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 64; M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 351.

¹³⁶⁰ Artikel 6 van het Haagse Trustverdrag laat de *settlor* immers toe om zelf het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht te kiezen (zie *infra*, randnr. 500)

¹³⁶¹ Op grond van artikel 7 van het Haagse Trustverdrag (zie *infra*, randnr. 502).

¹³⁶² M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 49.

¹³⁶³ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 61 – 62.

¹³⁶⁴ Zie o.a.: H. KÖTZ, "Die 15. Haager Konferenz und das Kollisionsrecht des trust", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht* 1986, 566, 569 – 570; E. GAILLARD, D.T. TRAUTMAN, "La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance", *Revue critique de droit international privé* 1986, 12; E. GAILLARD, D.T. TRAUTMAN, "Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts", *American Journal of Comparative Law* 1987, 320 – 321; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 50.

Met betrekking tot de in Hoofdstuk 3 van het Haagse Trustverdrag geregelde 'erkenning' van onder het verdrag vallende *trusts*, kan worden opgemerkt dat het verdrag in beginsel evenzeer universele werking heeft. Artikel 21 van het verdrag laat aan de partijen bij het verdrag evenwel de mogelijkheid om de toepassing van Hoofdstuk 3 te beperken tot *trusts* die worden beheerst door het recht van een verdragsstaat.¹³⁶⁵ Er is ons evenwel geen geval bekend waar een lidstaat heeft verklaard gebruik te willen maken van de in artikel 21 geboden mogelijkheid.

481. Het is niet de bedoeling van het Haagse Trustverdrag om de trustfiguur te introduceren in het (materiële) recht van rechtsordes die de *trust* niet kennen.^{1366,1367} Nochtans kan hierbij tegelijk worden opgemerkt dat, door het ontbreken van een 'internationaliteitseis', de toepassing van het Haagse Trustverdrag niet veronderstelt dat de *trust* enige internationale component heeft¹³⁶⁸, zodat een loutere rechtskeuze voor een trustland in beginsel voldoende kan zijn om een *trust* in het leven te roepen. Dit vormt het bewijs van de verregaande partijautonomie die het Haagse Trustverdrag kenmerkt. Dit inzicht heeft vooral een voet aan de grond gekregen in Italië¹³⁶⁹, waar de '*trust interno*'

¹³⁶⁵ Zie ook: A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 34.

¹³⁶⁶ S.M. SMITH, S. BAYLISS, "Conflict of laws and the proper law of trusts: sufficient protection of proprietary interests?", *Trusts & Trustees* 2015, 1067; M. REVILLARD, *Droit international privé et Européen: pratique notariale*, Parijs, Défrenois, 2014, 501; S. FERRERO, "The Scope and the Effects of Mandatory Rules and Public Policy under the 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition", *Il Nuovo Diritto Delle Società* 2013, afl. 7, 36; P. MATTHEWS, "From Obligation to Property, and Back Again? The Future of the Non-Charitable Purpose Trust" in D.J. HAYTON (ed.), *Extending the Boundaries of Trust and Similar Ring-Fenced Funds*, Londen, Kluwer Law International, 2002, 238; J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 90; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 54; A.E. VON OVERBECK, "Law applicable to, and Recognition of Trusts in Switzerland: the Possible Future under the Hague Convention", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 5, 5.

¹³⁶⁷ Dit is overigens ook de insteek van de opstellers van het WIPR, zie: MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 140; Wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, Verslag namens de Commissie voor Justitie, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/7, 236. Zie ook *infra*, randnr. 713.

¹³⁶⁸ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 66; M. GRAZIDEI, "Recognition of common law trusts in civil law jurisdictions under the Hague Trusts Convention with particular regard to the Italian experience" in L. SMITH (ed.), *Re-imagining the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 60; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 53.

¹³⁶⁹ M. GRAZIDEI, "Recognition of common law trusts in civil law jurisdictions under the Hague Trusts Convention with particular regard to the Italian experience" in L. SMITH (ed.), *Re-imagining the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 65 – 78; L. FUMAGALLI, "National Report for Italy" in S.C.J.J. KORTMANN, D.J. HAYTON, N.E.D. FABER, K.G.C. REID, J.W.A. BIESMANS (eds.), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer, Kluwer, 2009, 223 – 228; B. UBERTAZZI, "The trust in Spanish and Italian private international law (part I)", *Trusts & Trustees* 2006, afl. 10, 14 – 19; D.W.M. WATERS, "The Hague Trusts Convention twenty years on" in M. GRAZIDEI, U. MATTEI, L. SMITH (eds.), *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 79 – 80; M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 351.

'een relatief wijdverbreid fenomeen is geworden.¹³⁷⁰ Het ontbreken van een 'internationaliteitseis' wordt in het verdrag ondervangen door artikel 13 waarin wordt bepaald dat de partijen niet verplicht zijn om een *trust* te erkennen waarvan de kenmerkende elementen nauw verbonden zijn met een land dat de *trust* niet kent (zie *infra*, randnr. 553 e.v.). Artikel 13 van het Haagse Trustverdrag houdt evenwel geen verplichting om de erkenning van dergelijke *trusts* te weigeren. Het Italiaanse voorbeeld toont aan dat het om een facultatieve weigeringsgrond gaat.¹³⁷¹ Het IPR wordt hier in feite aangewend als 'corridor'.¹³⁷² Via het IPR kunnen trustverhoudingen die worden beheerst door een buitenlands rechtsstelsel desgevallend toch worden 'erkend' in landen die de *trust* niet kennen. De impact van deze erkenning kan tegelijkertijd via IPR-regels worden beperkt.

(b) *Materieel toepassingsgebied*

482. Hoger (*supra*, randnr. 136 en 409) werd reeds verwezen naar de in artikel 2 van het Haagse Trustverdrag vervat liggende 'omschrijving' van het begrip '*trust*'. De exacte contouren van dit verdragsbegrip zijn evenwel moeilijk vast te stellen. Deze omschrijving luidt (in haar volledigheid) als volgt:

De rechtsgeldigheid van deze '*trust interno*' werd initieel wel gecontesteerd in Italië, zie: G. CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato*, Milaan, Guiffre, 2001, 442p. Zie ook: B. UBERTAZZI, "The trust in Spanish and Italian private international law (part I)", *Trusts & Trustees* 2006, afl. 10, 15, vn. 4 en de verwijzingen aldaar.

Intussen is het gebruik van 'interne *trusts*' in Italië dermate gemeengoed geworden dat reeds in 2011 meer dan vijftig rechterlijke beslissingen voorhanden waren met betrekking tot *trusts*, zie: M. LUPOI, *La giurisprudenza italiana sui trust dal 1899 al 2011*, Milaan, Ipsoa Wolters Kluwer, 2011, 1056p.

¹³⁷⁰ De mogelijkheid tot het instellen van 'interne *trusts*' bestaat ook in Zwitserland. Zie: P. GILLIOZ, N.F. MEYER, "Trusts and Taxation in Switzerland", *Bulletin for International Taxation* 2015, 240; A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 359; F. GUILLAUME, "The Hague Trusts Convention and Selected Questions in Swiss Private International Law" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 19; J. PERRIN, "The Recognition of Trusts and Their use in Estate Planning under Continental Laws" in P. ŠARČEVIĆ, P. VOLKEN, A. BONOMI (eds.), *Yearbook of Private International law, Vol. X*, München, Sellier, 2009, 645; W. WIEGAND, C. HURNI, "National Report for Switzerland" in S.C.J.J. KORTMANN, D.J. HAYTON, N.E.D. FABER, K.G.C. REID, J.W.A. BIESMANS (eds.), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer, Kluwer, 2009, 316 – 317; H. R. KÜNZLE, "Special Issues concerning Domestic Swiss Trusts and Liechtenstein Trust Law" in F.A. SCHURR (ed.), *Trusts in the Principality of Liechtenstein and Similar Jurisdictions*, Zürich, Dike Verlag, 2014, 193 – 213.

¹³⁷¹ In het Rapport VON OVERBECK wordt dan ook gesteld dat: "L'article 13 permet de refuser la reconnaissance d'un trust qui à été placé sous une loi connaissant cette institution, par la désignation de la loi applicable [...], la fixation du lieu de l'administration [...], ou le choix d'un trustee ayant sa résidence habituelle dans un tel pays [...], alors que les autres éléments objectifs de la situation rattachent le trust plus étroitement à un ou plusieurs Etats qui ne connaissent pas l'institution." (eigen onderlijning), zie: A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 122.

¹³⁷² J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 90.

"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."

En, op even authentieke wijze¹³⁷³, in het Frans:

"Aux fins de la présente Convention, le 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."

483. Hoger (*supra*, randnr. 129) werd reeds benadrukt dat artikel 2 van het Haagse Trustverdrag niet is bedoeld als 'definitie' van de *trust*, maar slechts toelaat om rechtsverhoudingen te identificeren die voor de toepassing van het Haagse Trustverdrag kunnen worden erkend 'als *trust*'.¹³⁷⁴ Hoewel in de preambule van het

¹³⁷³ Luidens de slotbepaling van het Haagse Trustverdrag zijn beide taalversies even authentiek.

¹³⁷⁴ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 36 e.v.; H. VAN LOON, "L'actualité de la convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance" in X, *Mélanges en l'honneur de Mariel*

Haagse Trustverdrag verwezen wordt naar de klassieke Engelse *trust*, die werd ontwikkeld door de *courts of equity*, is het Haagse Trustverdrag evenzeer van toepassing op zogeheten '*analogous institutions*'.¹³⁷⁵ Ofschoon in de eerste debatten omtrent de tekst van het verdrag enkel werd verwezen naar 'Angelsaksische *trusts*'¹³⁷⁶, besliste de XVe Zitting van de Haagse Conferentie dat ook andere rechtsfiguren, die functioneel analoog zijn aan *trusts*, onder het materieel toepassingsgebied van het verdrag konden vallen, indien zij ook voldoen aan de in artikel 2 geformuleerde omschrijving.¹³⁷⁷ Opmerkelijk is dat in het Rapport VON OVERBECK te lezen valt dat invoeging van deze 'analoge rechtsfiguren' onder het toepassingsgebied van het verdrag geschiedde zonder een formele stemronde.¹³⁷⁸

Het is om deze reden dat de in het verdrag geboden 'omschrijving' van de *trust* moet worden beschouwd als een autonoom verdragsbegrip¹³⁷⁹ en zeker niet kan worden beschouwd als een 'definitie' van het begrip '*trust*'.¹³⁸⁰ Er kunnen immers ook rechtsfiguren onder haar toepassingsgebied worden gebracht die manifest géén *trusts* in de klassieke zin zijn.¹³⁸¹

Revillard, Parijs, Défrenois, 2007, 329; J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 104.

Ook KOPPENOL-LAFORCE stelt dat artikel 2 van het Haags Trustverdrag een 'omschrijving' vormt van de *trust*. In de Engelstalige samenvatting van haar proefschrift heeft zij het evenwel over "a definition", zie: M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 249, 265.

¹³⁷⁵ De preambule luidt als volgt: "Considering that the trust, as developed in the courts of equity in common law jurisdictions and adopted with some modifications in other jurisdictions, is a unique legal institution".

¹³⁷⁶ VAN LOON merkt in dit verband op dat deze ommekeer er slechts kwam in oktober 1984, toen, gedurende één van de vergaderingen van de Haagse Conferentie, verschillende diplomatieke delegaties van *civil law*-landen zich bekloegen over het feit dat hun eigen rechtsfiguren per definitie uitgesloten zouden blijven van het toepassingsgebied van het verdrag, zie: H. VAN LOON, "L'actualité de la convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance" in X, *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Parijs, Défrenois, 2007, 328 - 329.

¹³⁷⁷ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 25 e.v.; H. VAN LOON, "L'actualité de la convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance" in X, *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Parijs, Défrenois, 2007, 328 - 29; M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 331 - 33; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 56; F. GUILLAUME, "The Hague Trusts Convention and Selected Questions in Swiss Private International Law" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 5 - 6; L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1486.

¹³⁷⁸ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 26 *in fine*.

¹³⁷⁹ F.A.A. DUYNSTEE, "Het trustverdrag: een paasei of een lege dop?", *WPNR* 1993, 371.

¹³⁸⁰ Er kan hier nogmaals worden benadrukt dat het definiëren van het begrip '*trust*' door de opstellers van het Haagse Trustverdrag werd ervaren als zijnde een onmogelijke opdracht, zie *supra*, randnr. 129.

¹³⁸¹ Ten onrechte wordt dan ook door KOPPENOL-LAFORCE gesteld dat de in artikel 2 van het Haagse Trustverdrag geboden omschrijving van de *trust* geheel géént is op de 'Anglo-

484. Het vertroevelen van deze omschrijving bood omzeggens twee belangrijke voordelen.¹³⁸² Enerzijds zouden *civil law*-juristen kunnen werken met terminologie die zij beter zouden begrijpen¹³⁸³ en dus veel minder met een voor hen wezensvreemde juridische terminologie die stamt uit de *common law*. Aldus heeft het Haagse Trustverdrag een 'educatieve dimensie'. Anderzijds zou een uitbreiding van het toepassingsgebied de aanvaarding van het verdrag door *civil law*-landen bevorderen. Zo werd in de rechtsleer reeds betoogd dat ook rechtsfiguren als de Duitse *Treuhand*¹³⁸⁴, de Luxemburgse *fiducie*¹³⁸⁵, de Franse *fiducie*¹³⁸⁶, de Liechtensteinse *Anstalt*¹³⁸⁷ en het Nederlandse testamentair bewind¹³⁸⁸ voldoen aan de in artikel 2 geboden omschrijving. In België heeft STORME reeds geargumenteed dat rechtsfiguren als de kwaliteitsrekening¹³⁸⁹, het certificeren van effecten en,

Amerikaanse *trust*'. Zie: M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 249.

¹³⁸² M. LUPUI, "The Shapeless Trust", *Trusts & Trustees* 1995, afl. 3, 16.

¹³⁸³ Gedurende de debatten omtrent de tekst van het Haagse Trustverdrag werd overigens meermaals (door delegatieleden van *common law*-landen) opgemerkt dat artikel 2 van het Haagse Trustverdrag een 'pedagogische functie' kon vervullen ten aanzien van *civil law*-juristen, zie: CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) – Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 153, 236 en 250; A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 12 e.v.

¹³⁸⁴ F.H.G. BIEMANS, *Afgezonderde particuliere vermogens. Onderzoek naar de rechtsfiguur afgezonderd particulier vermogen in het Nederlandse fiscale recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 28; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 79; F.E. KLEIN, "À propos de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance" in X, *Mélanges Paul Piotet*, Bern, Stämpfli, 1990, 478.

¹³⁸⁵ J. PERRIN, "The Recognition of Trusts and Their use in Estate Planning under Continental Laws" in P. ŠARČEVIĆ, P. VOLKEN, A. BONOMI (eds.), *Yearbook of Private International law, Vol. X*, München, Sellier, 2009, 636; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 81 – 82.

¹³⁸⁶ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2014, II, 160; C. WITZ, "La fiducie française face aux expériences étrangères et la convention de La Haye relative au « trust »", *Recueil Dalloz* 2007, 1374; A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 336.

¹³⁸⁷ F.H.G. BIEMANS, *Afgezonderde particuliere vermogens. Onderzoek naar de rechtsfiguur afgezonderd particulier vermogen in het Nederlandse fiscale recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 29; J. PERRIN, "The Recognition of Trusts and Their use in Estate Planning under Continental Laws" in P. ŠARČEVIĆ, P. VOLKEN, A. BONOMI (eds.), *Yearbook of Private International law, Vol. X*, München, Sellier, 2009, 636.

¹³⁸⁸ A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 337.

¹³⁸⁹ O.i. geldt deze analyse des te meer sedert de wijziging in het wettelijke regime van kwaliteitsrekeningen in 2013. Zie *supra*, randnr. 124 e.v. Zie ook *infra*, randnr. 829 e.v. Ook in verband met de Nederlandse kwaliteitsrekening werd reeds verdedigd dat aan de voorwaarden van artikel 2 Haagse Trustverdrag zou kunnen zijn voldaan: A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 338; F.A.A. DUYNSTEE, "Het trustverdrag: een paasei of een lege dop?", *WPNR* 1993, 371. Voor een aantal andere IPR-aspecten van de derdenrekening sinds de wetswijziging, zie: L. DEMEYERE, N. DEBRUYNE, "De kwaliteitsrekening van advocaten na de wet van 23 november

mogelijks, het *fideïcommis (de residuo)* voldoen aan de vereisten gesteld in het Haagse Trustverdrag.¹³⁹⁰ Hierbij kan nog worden opgemerkt dat de aanwezigheid van een loutere functionele equivalentie tussen de *trust* en de genoemde rechtsfiguren geen voldoende voorwaarde vormt om tot het besluit te komen dat deze rechtsfiguren ook onder het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag zouden kunnen worden gebracht. Er dient daarentegen in de eerste plaats een juridisch-structurele equivalentie voorhanden te zijn.

485. Bekeken vanuit het perspectief van de *common law* werkt de in het Haagse Trustverdrag geboden omschrijving aldus eerder vertroebelend dan verhelderend. Maar dit resultaat werd kennelijk beoogd door de opstellers van het verdrag. Zo werden op verschillende punten 'concessies' gedaan ten aanzien van *civil law*-stelsels, die de in artikel 2 vervatte omschrijving verder weg doen drijven van de typische *common law-trust*. Als illustratie hiervan kan worden verwezen naar het verwijderen van de bewoordingen '*fiduciary relationships*' in de omschrijving, met als reden dat een aantal *civil law*-juristen hiertegen bezwaren hadden geuit.¹³⁹¹ Ook wordt in de omschrijving gesproken over '*legal relationships*' of '*relations juridiques*'. Nochtans werd hoger (*supra*, randnr. 332) opgemerkt dat in de klassieke *common law-trust* het zwaartepunt ligt in de verhouding tussen de *trustee* en de *beneficiary/-ies*. De nadruk die wordt gelegd op de verhouding tussen de *settlor* en de *trustee* is volgens *common law*-auteurs kennelijk typerend voor *civil law*-juristen.^{1392,1393} Doch dit laatste moet worden genuanceerd, gelet op het bestaan van het '*trust deal*-idee' (zie *supra*, randnr. 323 e.v.). Hoger (*supra*, randnr. 117) werd ook reeds aangehaald dat enige verwijzing naar het begrip 'eigendom' opzettelijk werd weggelaten uit de in het Haagse Trustverdrag

2013: enkele aspecten van internationaal privaatrecht" in M. PIERS, H. STORME, J. VERHELLEN (eds.), *Liber Amicorum Johan Erauw*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 47 – 60.

Voor een internationaal privaatrechtelijke analyse die dateert van vóór de wetwijziging, zie: J. ERAUW, "Kwaliteitsrekeningen en cliëntengelden met buitenlandse elementen in België" in E. DIRIX, R. VRIESENDORP (eds.), *Inzake kwaliteit: de kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 153 – 180.

¹³⁹⁰ M. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 812 – 813.

¹³⁹¹ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 40.

¹³⁹² P. MATTHEWS, "Trusts in Belgian Private International Law", *Trust Law International* 2005, 195; P. MATTHEWS, "From Obligation to Property, and Back Again? The Future of the Non-Charitable Purpose Trust" in D.J. HAYTON (ed.), *Extending the Boundaries of Trust and Similar Ring-Fenced Funds*, Londen, Kluwer Law International, 2002, 218 – 221.

¹³⁹³ Dit is des te meer interessant, daar in de literatuur verschillende standpunten lijken te worden verdedigd omtrent het belang van deze meervoudsvorm. In het Rapport VON OVERBECK wordt gesteld dat één van kritieken op het gebruik van deze meervoudsvorm er (ten onrechte) toe zou kunnen leiden dat werd aangenomen dat de *trust* een soort driehoeksverhouding in het leven zou roepen. De meervoudsvorm genoot evenwel voorkeur omdat de 'complexiteit' van de trustverhouding hierdoor het sterkst naar voren kwam. Nochtans lijken Franse auteurs als BÉRAUDO en TIRARD er wel van overtuigd dat de *trust* in essentie '*une opération triangulaire*' is.

Zie: A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 40; J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 369.

opgenomen omschrijving, gelet op de verschillen tussen het eigendomsbegrip in de meeste *civil law*-stelsels enerzijds en het eigendomsbegrip in *common law*-stelsels anderzijds. Laatstgenoemde weglating heeft alleszins tot voordeel dat desgevallend ook *trusts* waar de eigendomstitel formeel niet bij de *trustee* moet worden gelokaliseerd, ook onder het toepassingsgebied van het verdrag kunnen vallen.¹³⁹⁴

486. Ten slotte heeft de omschrijving het enkel over trustgoederen die 'onder de controle van de *trustee*' worden geplaatst. De *trustee* van een 'Haagse *trust*' moet dus niet noodzakelijkerwijs de eigenaar zijn van de onder trustverband gebrachte goederen. Hoger hebben wij evenwel vastgesteld dat de *trustee* van een klassieke *common law-trust* normaliter de *legal title* met betrekking tot de onder trustverband gebrachte goederen aanhoudt, hetgeen de *trustee* vanuit een *civil law*-perspectief, de (minstens nominale) 'eigenaar' maakt van deze goederen.¹³⁹⁵ De vraag of het autonome Haagse trustconcept ook vertegenwoordigingsverhoudingen omvat, wordt door HAYTON negatief beantwoord.¹³⁹⁶ HAYTON stelt voorop dat het Haagse Trustverdrag in principe wel

¹³⁹⁴ Zie bv. *infra*, vn. 1768 en randnr. 735.

¹³⁹⁵ In de twee andere grensoverschrijdende projecten met betrekking tot de *trust*, werd evenwel de tegenovergestelde conclusie bereikt. Ten eerste kan worden verwezen naar de *Principles of European Trust Law*, waarmee werd beoogd om een geheel aan uniforme regels op te stellen voor 'Europese *trusts*'. Hoewel de opstellers van deze *Principles* verder bouwden op het werk van de Haagse Conferentie aangaande het trustrecht, wordt in deze *Principles* het principe gehanteerd dat de *trustee* de 'eigenaar' is van de trustgoederen. Artikel 1(1) van de *Principles* luidt als volgt: "[i]n a trust, a person called the "trustee" owns assets segregated from his private patrimony and must deal with those assets (the "trust fund") for the benefit of another person called the "beneficiary" or the furtherance of a purpose". Het feit dat het eigendomsrecht van de trustgoederen toekomt aan de *trustee* wordt dan ook gezien als een fundamentele notie. Zie: D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN, H.L.E. VERHAGEN (eds.), *Principles of European Trust Law*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 38 – 43.

Ook het DCFR stelt deze voorwaarde, maar lijkt genuanceerder voor wat betreft de gebruikte terminologie, gelet op de afwezigheid van een unitair eigendomsconcept in *common law*-stelsels. Vereist wordt dat de *title* met betrekking tot de trustgoederen "is vested in the trustee". De *trustee* is bovendien "cloaked in the mantle of an outright owner", of kan worden beschouwd als een "fiduciary owner". Zie: C. VON BAR, E. CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of the European Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. 6, Oxford, Oxford University Press, 2009, 5691.

Interessant is overigens dat in het Zuid-Afrikaanse recht, dat een zogeheten *mixed jurisdiction* uitmaakt, in dit verband wordt gesproken van 'bare ownership' of 'ex officio ownership', zie: E. CAMERON, M.J. DE WAAL, E. KAHN, M. SOLOMON, B. WUSCH, *Honoré's South African Law of Trusts*, Kaapstad, Juta, 2002, 288 e.v.

¹³⁹⁶ D. HAYTON, "Reflections on The Hague Trust Convention after 30 years", *Journal of Private International Law* 2016, afl. 1, 4 – 5; D. HAYTON, "Trusts" in *Private International Law* in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 62 – 65. HAYTON baseert zijn standpunt onder meer op het argument dat in artikel 2 wordt vooropgesteld dat de trustgoederen geen onderdeel zijn van het *estate* van de *trustee*. De auteur leidt hier *a contrario* uit af dat het voorgaande veronderstelt dat de goederen wel in diens *estate* zouden vallen indien zij geen afzonderlijk 'fonds' of 'boedel' vormen. Bovendien vormt het feit dat de *title* met betrekking tot de trustgoederen door een derde ten voordele van de *trustee* kan worden aangehouden volgens de auteur in principe evenmin een tegenargument, daar hiermee volgens de auteur wordt bedoeld op het zeer specifieke geval waar aandelen in genoteerde vennootschappen worden aangehouden door een bewaarnemer.

vereist dat de *trustee* geldt als 'eigenaar' van de onder trustverband gebrachte goederen. Een uitbreiding van het toepassingsgebied tot allerlei vertegenwoordigingsverhoudingen zou op zijn beurt het toepassingsgebied van het verdrag op ongebreidelde wijze vergroten.¹³⁹⁷ Bovendien sluit het Haagse Agentuurverdrag *trustees* uitdrukkelijk uit van zijn toepassingsgebied.¹³⁹⁸ In de doctrine wordt zelfs opgemerkt dat de enige reden waarom niet wordt verwezen naar het eigendomsrecht of de '*legal title*' van de *trustee* er in bestond om de *civil law*-landen geen 'angst aan te jagen'.¹³⁹⁹ HARRIS lijkt dan weer te twijfelen aan het standpunt van HAYTON, maar neemt zelf geen expliciet standpunt in omtrent deze kwestie.¹⁴⁰⁰

487. Het voorgaande heeft ertoe geleid dat de 'Haagse *trust*' in de literatuur wordt beschouwd als een '*shapeless trust*', een '*trust*' ontdaan van enige vaste gedaante.¹⁴⁰¹ Om deze reden kan een 'Haagse *trust*' verschillende kenmerken vertonen die voor een klassieke *common law-trust* in beginsel uit den boze zijn. Hierbij kan worden gedacht aan een *private purpose trust*, *trusts* waarbij slechts bepaalde soorten (rechts-)personen (bijvoorbeeld vergunde financiële instellingen)

Zie ook: M. GRAZIDEI, "Recognition of common law trusts in civil law jurisdictions under the Hague Trusts Convention with particular regard to the Italian experience" in L. SMITH (ed.), *Re-imagining the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 52; L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1487.

¹³⁹⁷ HAYTON is daarom van mening dat rechtsfiguren als de Zuid-Afrikaanse *bewind-trust* niet als '*trust*' in de zin van het Haagse Trustverdrag kunnen worden beschouwd, aangezien de *trustee* hier slechts optreedt als bewindvoerder, zonder eigenaar te zijn van de trustgoederen, zie: *Ibid*, 64.

¹³⁹⁸ Zie artikel 3, b. Haagse Agentuurverdrag: "*le trustee n'est pas considéré comme un intermédiaire agissant pour le compte du trust, du constituant ou du bénéficiaire.*"; H. VAN LOON, "L'actualité de la convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance" in X (ed.), *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Parijs, Défrenois, 2007, 330; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, "De trust in het EEX" in X. (ed.), *Tot vermaak van Slagter. Feestbundel aangeboden aan Prof. Mr. W.J. Slagter ter gelegenheid van zijn 65^{ste} verjaardag*, Deventer, Kluwer, 1988, 104 – 105.

¹³⁹⁹ C. JAUFRET-SPINOSI, "La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1er juillet 1995)", *Journal du droit international* 1987, 27; M. LUPOI, "The Shapeless Trust", *Trusts & Trustees* 1995, afl. 3, 16; M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 334; J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 113, vn. 140.

¹⁴⁰⁰ J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 106.

¹⁴⁰¹ Deze betiteling werd oorspronkelijk geopperd door LUPOI in 1995, maar werd nadien door nagenoeg iedere andere auteur die over de Haagse *trust* schrijft, opgepikt. Zie: M. LUPOI, "The Shapeless Trust", *Trusts & Trustees* 1995, afl. 3, 15 – 18; M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 331 – 41; J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 111 e.v.; D. HAYTON, "Trusts" in *Private International Law* in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 62, 68; D.W.M. WATERS, "The Hague Trusts Convention twenty years on" in M. GRAZIDEI, U. MATTEI, L. SMITH (eds.), *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 73; J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 111 e.v.

kunnen worden aangeduid als *trustee*, en dergelijke meer. Van belang is alleszins dat artikel 2 van het Haagse Trustverdrag toelaat om de rechtsfiguur 'trust' op een verdragsautonome wijze te kwalificeren (*cf. supra*, randnr. 430 - 432).¹⁴⁰² Daarmee is echter niet gezegd dat alle problemen inzake de 'kwalificatie' van *trusts* zouden zijn opgelost. In de vorige randnummers werd immers vastgesteld dat de in artikel 2 van het Haagse Trustverdrag geboden omschrijving van de trustfiguur ook niets méér is dan een loutere omschrijving. Bovendien kunnen ook andere rechtsfiguren, die manifest geen *trusts* zijn, voldoen aan de in artikel 2 opgenomen criteria. HARRIS stelt om deze reden dat een Engelse rechtbank vermoedelijk de in artikel 2 geboden criteria zal aftoetsen aan de hand van de (vermoedelijke) *lex causae* en zodoende de buitenlandse rechtsfiguur toch zal toetsen aan de (losse groep) kenmerken van het klassieke Engelse trustmodel.¹⁴⁰³ Een gelijkaardige benadering wordt eveneens voorgesteld voor wat betreft de Belgische IPR-regels (zie *infra*, randnr. 725 - 726).

(c) *Materieel toepassingsgebied: een aantal overige aspecten*

488. Vanuit een *civil law*-perspectief is het tevens interessant om op te merken dat in artikel 2 wordt verwezen naar de rol van de *settlor*. Hoger (*supra*, randnr. 241) werd reeds besproken hoe de *settlor* in beginsel (in deze hoedanigheid) wegvalt, van zodra diens goederen onder trustverband werden gebracht. Toch kunnen *trusts* waarbij de *settlor* zich een aantal *powers* voorbehoudt bij de trustinstelling op grond van artikel 2 van het Haagse Trustverdrag, worden erkend 'als trust' in de zin van dit verdrag. Een *trust* zal bijvoorbeeld dus niet buiten het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag vallen omdat deze *revocable* van aard is.

Belangrijk is bovendien dat het volgens artikel 2 moet gaan om een *trust* die vrijwillig is opgericht door de *settlor*, i.e. een *express trust*.¹⁴⁰⁴ Dit wordt verder benadrukt in artikel 3 van het Haagse Trustverdrag, waar kan worden gelezen dat het verdrag enkel van toepassing is op *trusts* die vrijwillig zijn opgericht en kunnen worden bewezen aan de hand van één of meerdere schriftelijke stukken.¹⁴⁰⁵ Dit impliceert in beginsel dat *constructive* en *resulting trusts* in beginsel buiten het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag zullen vallen. Dit standpunt moet nochtans, net zoals het geval is voor wat betreft de Brussel I(*bis*)-Verordening, worden genuanceerd. Zo is het goed mogelijk dat verschillende soorten *resulting*

¹⁴⁰² G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 194.

¹⁴⁰³ J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 118 - 120.

¹⁴⁰⁴ Artikel 2 lijkt in dit verband overigens zowel een gewone *private express trust* als een *trust for private purposes* te omvatten.

¹⁴⁰⁵ De Zwitserse wetgever heeft er echter voor gekozen om het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag uit te breiden naar *trusts* waarvan het bestaan niet met schriftelijke stukken kan worden aangetoond. Zie: Art. 149a *Loi fédérale sur le droit international privé*; F. GUILLAUME, "The Hague Trusts Convention and Selected Questions in Swiss Private International Law" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 18.

trusts en *constructive trusts* onder het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag vallen, zoals *automatic resulting trusts* en *constructive trusts* die niet tegen de wensen van de betrokken partijen in, worden opgelegd. Binnen de rechtsleer lijken de meningen hierover echter verdeeld.¹⁴⁰⁶ Ook *statutory trusts* vallen hierdoor in beginsel buiten het toepassingsgebied van het verdrag.¹⁴⁰⁷ Het volstaat om hier op te merken dat artikel 20 van het Haagse Trustverdrag de partijen bij het verdrag toelaat om de toepassing van het verdrag uit te breiden tot *trusts* die worden opgelegd door rechterlijke beslissingen.¹⁴⁰⁸

¹⁴⁰⁶ Zo argumenteert KOPPENOL-LAFORCE dat *constructive trusts* in beginsel niet onder het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag vallen, maar *resulting trusts* in sommige gevallen wel, zie: M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 62 – 65.

HARRIS is de mening toegedaan dat enkel *automatic resulting trusts* onder het toepassingsgebied van het verdrag vallen. Deze auteur laat bovendien de mogelijkheid open dat sommige *constructive trusts* ook onder het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag kunnen vallen, zie: J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 125 – 133. In een andere publicatie herneemt HARRIS dit standpunt, zie: J. HARRIS, “Constructive Trusts and Private International Law: Determining the Applicable Law”, *Trusts & Trustees* 2012, 971 – 972.

Ook HAYTON lijkt deze mening te zijn toegedaan, zie: D. HAYTON, “Trusts” in *Private International Law* in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 71 – 81.

Uit het Rapport VON OVERBECK valt alvast enige steun te ontwaren voor het standpunt dat (bepaalde) *resulting trusts* onder het toepassingsgebied van het verdrag kunnen vallen, zie : A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 51.

WATERS verdedigt dan weer het standpunt dat *constructive trusts* in principe niet onder het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag vallen, maar biedt hiervoor geen verdere argumentatie dan een verwijzing naar het bepaalde in artikel 3, zie: D.W.M. WATERS, “The Hague Trusts Convention twenty years on” in M. GRAZIDEI, U. MATTEI, L. SMITH (eds.), *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 72.

BÉRAUDO en TIRARD menen dan weer dat *resulting trusts* onder het toepassingsgebied van het verdrag vallen, maar dat *constructive trusts* principieel uitgesloten zijn, tenzij zij door een minnelijk akkoord door de partijen in het leven worden geroepen, zie: J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 371 – 372.

LUPOI, ten slotte, neemt een genuanceerd standpunt in, en stelt dat bepaalde verschijningsvormen van *constructive trusts* onder het toepassingsgebied van het verdrag kunnen vallen, terwijl bepaalde vormen van *resulting trusts* buiten dit toepassingsgebied blijven: M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 341 – 345.

¹⁴⁰⁷ Doch ook hier lijken de meningen op bepaalde punten verdeeld, zie: M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 65 – 66; D. HAYTON, “Trusts” in *Private International Law* in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 81; J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 133.

¹⁴⁰⁸ Uit de Statustabel van het Haagse Trustverdrag blijkt dat het Verenigd Koninkrijk, Zwitserland, Hong Kong, Monaco en Canada gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid die artikel 20 aanrijkt, zie: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=59>.

(d) *Temporeel toepassingsgebied*

489. Uit artikel 22 van het Haagse Trustverdrag blijkt dat het Haagse Trustverdrag van toepassing is op elke trustverhouding die onder het materieel toepassingsgebied ervan valt, ongeacht het tijdstip waarop de trustverhouding tot stand is gekomen. Het tweede lid van hetzelfde artikel laat partijen evenwel de mogelijkheid om de toepassing van het verdrag te beperken tot trustverhoudingen die in het leven zijn geroepen vanaf het ogenblik van inwerkingtreding van het verdrag. Uit het Rapport VON OVERBECK blijkt dat de toevoeging van het tweede lid gedurende debatten niet van een leien dakje is gegaan.¹⁴⁰⁹ Tot nog toe heeft bij ons weten evenwel nog geen enkele partij bij het Haagse Trustverdrag een voorbehoud gemaakt bij de gewoonlijke toepassing van het eerste lid van artikel 22.

ii. **Van het Haagse Trustverdrag uitgesloten materies**

(a) *Uitgesloten materies: algemeen*

490. Op grond van artikel 4 van het Haagse Trustverdrag worden een aantal materies van het toepassingsgebied van het verdrag uitgesloten. Zodoende brengt dit artikel een aantal belangrijke grenzen aan voor wat betreft het toepassingsgebied van het verdrag. Luidens artikel 4 is het verdrag niet van toepassing op voorafgaande vragen betreffende de geldigheid van testamenten of andere rechtshandelingen krachtens dewelke de goederen aan een *trustee* worden overgedragen. Hiermee voorziet het verdrag in een loskoppeling van de rechtshandeling waarmee de *trust* in het leven wordt geroepen met de trustverhouding zelf.¹⁴¹⁰

Deze loskoppeling wordt gevat in de metafoor van een raket en de raketlanceerder: teneinde een raket te lanceren is er steeds een lanceerbasis nodig. Deze lanceerbasis is de rechtshandeling waarmee de *trust* in het leven wordt geroepen, zoals een (geldig) testament of een (geldige) rechtshandeling onder de levenden.¹⁴¹¹ De raket is de *trust*. Niettegenstaande de raket en de raketlanceerder mogelijks in hetzelfde schriftelijke document kunnen worden aangetroffen, dienen zij goed uit elkaar te worden gehouden voor wat betreft de toepassing van het

¹⁴⁰⁹ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 173 – 175.

¹⁴¹⁰ *Ibid*, nr. 53; J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 373 – 374.

¹⁴¹¹ Indien de goederen niet rechtsgeldig werden overgedragen aan de *trustee*, zij het omdat de *lex situs* de overdracht van goederen niet erkent, of (in een causaal stelsel van overdracht) omwille van het feit dat de titel die aan de overdracht ten grondslag ligt ongeldig is, kan de *trust* niet rechtsgeldig ontstaan. Met andere woorden: het is niet voldoende dat er een 'lanceerbasis' aanwezig is. De lanceerbasis dient tevens te functioneren.

Haagse Trustverdrag in het bijzonder en de IPR-analyse in het algemeen. Merk trouwens op dat in artikel 4 wordt gesproken over een 'overdracht' van de trustgoederen aan de *trustee*. In artikel 2 (zie *supra*, randnr. 482 en 486) wordt slechts gesteld dat de onder trustverband gebrachte goederen 'onder de controle' van de *trustee* dienen te worden geplaatst.

Op het eerste gezicht kan worden gedacht dat het artikel enkel refereert naar kwesties inzake de formele en/of materiële geldigheid van de rechtshandeling waarmee de *trust* in het leven wordt geroepen. Het bereik van artikel 4 is evenwel veel breder. Zo stellen BÉRAUDO en TIRARD: "*par les mots « questions préliminaires », sont aussi recouvertes les notions de capacité, de pouvoir, de propriété dans ce qu'elles ont de relatif au transfert des biens.*"¹⁴¹² Artikel 4 sluit dus alle kwesties omtrent de overdracht van goederen uit van het toepassingsgebied van het verdrag.¹⁴¹³

(b) *Uitgesloten materies: testamentary trusts*

491. In het geval van *testamentary trusts* is het onderscheid tussen de 'raketlanceerbasis' en de 'raket' relatief eenvoudig te trekken.¹⁴¹⁴ In het Engelse en Amerikaanse erfrecht wordt, zoals hoger (*supra*, randnr. 152 – 153) reeds werd uiteengezet, gebruik gemaakt van de figuur van de *personal representative*, die het *estate* van een overledene beheert en vereffent, alvorens over te gaan tot de uitkering van de goederen die in dit *estate* vallen aan de rechthebbenden. In het geval van een *testamentary trust* vormt de overdracht van de onder trustverband gebrachte goederen aan de *trustee* het slotstuk voor wat betreft het beheer van de *personal representative* over deze goederen, althans in die hoedanigheid.¹⁴¹⁵

Uit artikel 4 van het Haagse Trustverdrag blijkt alvast duidelijk dat alle kwesties aangaande de formele en materiële geldigheid van het testament worden beheerst door het recht dat op deze laatste wilsbeschikking van toepassing is, ingevolge de op autonome wijze vastgestelde verwijzingsregels. Het recht dat van toepassing is op de *trust* heeft hier aldus geen invloed op. Verder heeft het verdrag evenmin betrekking op rechtsvragen inzake de testateurbevoegdheid van de testator, de rechtsgevolgen van de herroeping van een testament, (de omvang van) het beschikbaar deel van de nalatenschap, de vraag of bij testament over bepaalde goederen kan worden beschikt en dergelijke meer. Aangezien de rechtshandeling

¹⁴¹² J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 374.

¹⁴¹³ D. HAYTON, "'Trusts' in Private International Law" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 82 – 83; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 85.

¹⁴¹⁴ M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 346.

¹⁴¹⁵ D. HAYTON, "'Trusts' in Private International Law" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 40; G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 91; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 86.

op grond waarvan de goederen onder trustverband worden gebracht niet onder het op de *trust* van toepassing zijnde recht valt, dient o.i. aan de hand van de toepasselijke *lex successionis* te worden bepaald of de reservataire erfgenamen, zo deze er zijn, een vordering tot inkorting kunnen instellen.¹⁴¹⁶ Indien de vordering tot inkorting succesvol is, dienen de desbetreffende goederen uit het trustverband te worden verwijderd. De vordering tot inkorting is immers gericht op de rechtshandeling waarmee de goederen onder trustverband werden gebracht (zie *infra*, randnr. 921 e.v.).¹⁴¹⁷

492. Het is betwist of artikel 4 ook de vraag of de testator überhaupt een *testamentary trust* kan of mag scheppen, van het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag uitsluit. Indien dit het geval is, dient deze vraag alleen te worden beantwoord aan de hand van de toepasselijke *lex successionis*.¹⁴¹⁸ HARRIS stelt evenwel dat de rol van de *lex successionis* is uitgespeeld wanneer komt vast te staan dat de testator/*settlor* over de goederen mag beschikken per testament.¹⁴¹⁹ Ook WAUTELET en BONOMI zijn deze laatste redenering genegen.¹⁴²⁰ Er dient evenwel bijzondere aandacht te worden besteed aan de vraag of de van toepassing zijnde *lex successionis* een *numerus clausus* van testamentaire beschikkingen kent.¹⁴²¹ Indien zulks het geval is, kan dit mogelijk impact hebben

¹⁴¹⁶ D. HAYTON, "Trusts" in *Private International Law* in *ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, Recueil des Cours, Vol. 366*, Leiden, Nijhoff, 2013, 82.

¹⁴¹⁷ Voor wat betreft het Belgische recht, zie: N. APPERMONT, "Is een inbreng in een *trust* door een erfflater vatbaar voor een vordering tot inkorting? Een internationaal privaatrechtelijke en erfrechtelijke analyse" in C. DECLERCK, W. PINTENS (eds.), *Patrimonium 2015*, Brugge, die Keure, 2015, 281 – 283.

¹⁴¹⁸ Voor wat betreft Nederland werd reeds door GILISSEN het standpunt ingenomen dat dit onmogelijk zou zijn, gelet op het geldende erfrechtelijk gesloten stelsel, waarbij het niet mogelijk zou zijn om een via een uiterste wilsbeschikking een rechtshandeling tot stand te brengen die niet geregeld is in boek 4 NBW. zie: G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 220, 299, 478. Zie ook: artikel 4:42, lid 1 NBW. ROELOFS lijkt daarentegen geen principieel bezwaar te zien in de oprichting van een *testamentary trust* en geeft slechts aan dat de *trustee* moet worden beschouwd als erfgenaam, legataris of lastbevoordeelde. Zie: E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 129.

Ook KOPPENOL-LAFORCE is de mening toegedaan dat dit de *lex successionis* bepaalt of de testator een *testamentary trust* mag scheppen, zie: M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 87.

Onder het toen geldende recht was er volgens KOPPENOL-LAFORCE evenwel geen *numerus clausus* van testamentaire beschikkingen in het Nederlandse recht, zodat het scheppen van een *testamentary trust* mogelijk zou moeten zijn volgens de auteur. Zie: *Ibid*, 256. Deze visie werd evenwel ook niet unaniem gedeeld, zie: I.S. JOPPE, "Het 'Haagse Trustverdrag' in werking", *WPNR* 1996, 187 – 188.

Voor wat betreft de verschillende standpunten die ter zake worden ingenomen in de Zwitserse rechtsleer, zie *infra*, vn. 2046.

¹⁴¹⁹ J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 153.

¹⁴²⁰ A. BONOMI, P. WAUTELET m.m.v. I. PRETELLI, A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions*, Brussel, Bruylant, 2016, 117, 120.

¹⁴²¹ *Ibid*, 120 – 121.

op de vraag of de goederen bij wijze van testament onder trustverband kunnen worden gebracht (zie *infra*, randnr. 698 en 762 e.v.).

In de volgende randnummers zullen wij deze discussie over de grenzen van de afbakening tussen de *lex causae* en het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht nog zien terugkomen bij *inter vivos trusts* en *declarations of trust*. Ons standpunt ter zake is hetzelfde als dit van HARRIS. De rol van de *lex causae* met betrekking tot het voorliggende vraagstuk is o.i. uitgespeeld wanneer is vast komen te staan dat de *settlor* over de goederen kan en mag beschikken. De vraag of deze goederen onder trustverband kunnen worden gesteld, dient, althans onder het Haagse Trustverdrag, naar onze mening te worden beantwoord aan de hand van het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht. O.i. brengt dit standpunt overigens geen 'substantiële risico's' met zich mee voor het forum. Indien is vast komen te staan dat de *settlor* vrij kon en mocht beschikken over de erfgoederen, bijvoorbeeld omdat deze goederen in het beschikbaar deel vielen, waarom zouden zij dan niet onder trustverband kunnen worden gesteld, mits alle daartoe noodzakelijke voorwaarden zijn voldaan?

Het Haagse Trustverdrag geeft de rechters van de forumstaat met artikel 15, §1, c) trouwens de mogelijkheid om de rechtsgevolgen van dergelijke *trusts* in te perken (zie *infra*, randnr. 572 e.v.). Verder kan de forumstaat via het nationaal IPR nog bijkomende voorwaarden opleggen aan de 'erkenning' van trustverhoudingen die worden onderworpen aan een buitenlands rechtstelsel, zoals bijvoorbeeld het voorzien van een 'internationaliteitseis'. In het Haagse Trustverdrag is dit evenwel niet expliciet gebeurd, doch kan mogelijks wel beroep worden gedaan op artikel 13 van het verdrag (zie *supra*, randnr. 481).

(c) *Uitgesloten materies: trusts inter vivos*

493. Met betrekking tot *inter vivos trusts* liggen de zaken kennelijk complexer. Eerst dient een onderscheid worden gemaakt tussen gevallen waar de *settlor* overgaat tot een *declaration of trust* en verklaart bepaalde goederen vanaf dat ogenblik aan te houden als *trustee*, en andere gevallen waarbij de *settlor* een translatieve rechtshandeling stelt, door de trustgoederen over te dragen aan een andere persoon, die de goederen zal aanhouden als *trustee*. De *declaration of trust* wordt verder (*infra*, randnr. 498 e.v.) afzonderlijk behandeld.

Met betrekking tot andere *inter vivos trusts*, kan als algemene stelregel worden aangenomen dat de formele en materiële geldigheid van de rechtshandeling waarmee de goederen onder trustverband worden gesteld, niet onder het toepasselijke trustrecht valt. De formele en materiële geldigheid van deze rechtshandeling zal integendeel aan de hand van de toepasselijke *lex causae* moeten worden beoordeeld. In veruit de meeste gevallen zal hier de *lex rei sitae*-regel relevant zijn, alsook de toepasselijke *lex contractus*.¹⁴²² Vragen in verband met het ontstaan en tenietgaan van de rechten op de trustgoederen, de

¹⁴²² Zie ook *infra*, vn. 1484.

beschikkingsbevoegdheid van de *settlor*, de vraag of het gaat om een causaal of abstract stelsel met betrekking tot de overdracht van de goederen en de vraag naar hoe de overdracht vorm dient te krijgen, worden dus niet beheerst door het ingevolge het Haagse Trustverdrag aangeduide recht. Indien bijvoorbeeld bepaalde schuldeisers van de *settlor* een (geldige) *actio pauliana* instellen ten aanzien van de *settlor* die bepaalde goederen heeft overgedragen aan een *trustee*, zal deze overdracht ten aanzien van hen niet tegenwerpelijk zijn.¹⁴²³ Ook kan hier bijvoorbeeld worden gedacht aan de vraag of, indien van toepassing, de *settlor* wel over de desbetreffende goederen kon beschikken, gelet op het toepasselijke huwelijksvermogensrecht¹⁴²⁴, en dergelijke meer.

494. De vraag óf de goederen kunnen worden overgedragen door de *settlor* moet zoals gezegd worden onderscheiden van de vraag of deze *settlor* ook een *trust* kan creëren met betrekking tot deze goederen.¹⁴²⁵ Indien de *settlor* bijvoorbeeld niet beschikkingsbevoegd is met betrekking tot de goederen die hij of zij onder trustverband wenst te brengen, kan er ook geen geldige overdracht geschieden aan een *trustee*.¹⁴²⁶ Het is evenwel een andere vraag of, indien de goederen zijn gelegen in een niet-trustland, deze goederen überhaupt kunnen worden overgedragen aan een *trustee* teneinde deze goederen *on trust* te houden.

¹⁴²³ Ook in *common law*-stelsels kan een 'frauduleuze' overdracht aan een *trustee* worden opzijgeschoven door schuldeisers. Zie bv: *Section 423 Bankruptcy Act 1986* (met betrekking tot '*transactions defrauding creditors*').

Zie ook: vn. 1508.

Zie in dit verband de uitvoerige jurisprudentie van Italiaanse rechtbanken inzake 'interne trusts': A. BRAUN, "The Risk of 'Misusing' Trusts: Some Lessons from the Italian Experience", *ERPL* 2016, 1119 – 1139.

¹⁴²⁴ L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1492.

¹⁴²⁵ D. HAYTON, "Trusts" in *Private International Law*" in *ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, Recueil des Cours, Vol. 366*, Leiden, Nijhoff, 2013, 83.

¹⁴²⁶ De Schotse zaak *Re Clark and Whitehouse Joint Administrators of Rangers Football Club* [2012] ScotCS CSOH 55 vormt hiervan een mooie illustratie. Een Engelse geldschieter stond een lening toe aan de Schotse voetbalclub. De leningovereenkomst, die werd beheerst door het Engelse recht, bevatte een clause die stelde dat de inkomsten die de club zou verwerven door de ticketverkoop meteen *on trust* dienden te worden gehouden voor de Engelse geldschieter. De Schotse rechtbank besliste evenwel dat de voetbalclub niet kon beschikken over een toekomstige zaak. De Engelse geldschieter werd daarom beschouwd als een obligatoire schuldeiser van de voetbalclub. Zie i.h.b. para. 24 van het vonnis.

Ook in het Belgische recht wordt als stelregel gehanteerd dat een (absoluut) toekomstig goed niet het voorwerp kan zijn van enig zakelijk recht, zie: M.E. STORME, *Handboek Vermogensrecht*, Gent-Mariakerke 2010, 36 – 37, beschikbaar op: <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/vermogensrecht2010I.pdf>

Ook KOPPENOL-LAFORCE betoogde reeds dat aan de hand van de *lex rei sitae* dient te worden uitgemaakt of toekomstige goederen kunnen worden overgedragen of in zekerheid kunnen worden gegeven. Zie: M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 244.

In het Engelse recht wordt daarentegen wel aanvaard dat goederen die uit hun aard niet overdraagbaar zijn, kunnen worden aangehouden als trustgoederen. In dat geval zal de *settlor* echter zelf optreden als (enige) *trustee* door middel van een *declaration of trust*. In een dergelijk geval wordt de *legal title* van de goederen immers niet overdragen aan een derde. Zie: W. SWADLING, "Trusts and Ownership: A Common Law Perspective", *ERPL* 2016, 954.

De meeste continentale rechtsstelsels kennen geen *trust*, zodat het onder trustverband brengen van goederen mogelijks kan worden beschouwd als een inbreuk op het goederenrechtelijke *numerus clausus*-beginsel (zie voor België, *infra*, randnr. 816 e.v.).

495. Voor wat betreft Frankrijk stellen BÉRAUDO en TIRARD dat heel wat Franse auteurs van mening zijn dat het onmogelijk zou zijn om goederen die in Frankrijk zijn gelegen onder trustverband te brengen.¹⁴²⁷ Deze goederen zouden niet kunnen worden onderworpen aan een ander goederenrechtelijk regime dan deze die worden voorzien door de Franse *Code Civil*. Deze onmogelijkheid zou daarom de overdracht van een goed, teneinde dit goed onder trustverband te brengen, onmogelijk maken. Deze auteurs nuanceren het voorgaande evenwel sterk, en wijzen op bestaande Franse rechtspraak die deze mogelijkheid wel aanvaardt.¹⁴²⁸ De auteurs vinden bovendien steun voor hun standpunt in het arrest *Webb*: “*La controverse paraît avoir été aujourd’hui réglée par la Cour de Justice des Communautés européennes qui, dans l’arrêt Webb v. Webb rendu le 17 mai 1994, a admis que le juge anglais pouvait déclarer un resulting trust portant sur un immeuble sis en France.*”¹⁴²⁹

In Nederland moet dan weer rekening gehouden worden met artikel 3:84, lid 3 NBW, het zogeheten fiduciaverbod¹⁴³⁰. In de Nederlandse rechtsleer bestaat evenwel discussie omtrent de vraag of artikel 3:84, lid 3 NBW de overdracht van goederen aan een *trust* op goederenrechtelijk vlak verhindert. Een aantal Nederlandse auteurs vrezen alvast dat het fiduciaverbod een overdracht van goederen aan een *trustee* inderdaad zou kunnen verhinderen.¹⁴³¹ Immers, indien

¹⁴²⁷ J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 374.

Zie bijvoorbeeld: M. TRAVERS, “De la validité du point de vue français des trusts créés par des étrangers sur des biens soumis à la loi française ou par des français sur des biens situés hors de France”, *Rev. Crit. DIP* 1909, 527, “*Du moment que le trustee a un droit de propriété inconnu de droit français, tout trust, portant sur de biens situés en France, doit être considéré comme nul au regard de la loi française.*”, alsook: 529.

¹⁴²⁸ J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 375. Zie eensluidend: M. REVILLARD, *Droit international privé et Européen: pratique notariale*, Parijs, Défrenois, 2014, 498 – 499; G.A.L. DROZ, M. REVILLARD, *Successions, Jurisclasseur droit international, V° Libéralités, Donations, Trusts*, Fasc. 557-30 B, 2015, nr. 91 e.v.

¹⁴²⁹ J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 375.

¹⁴³⁰ Artikel 3:84, lid 3 NBW leest als volgt: “*Een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht van dat goed.*”

Zie in dit verband: T.H.D. STRUYCKEN, “*The Numerus Clausus and Party Autonomy in the Law of Property*” in R. WESTRIK, J. VAN DER WEIDE (eds.), *Party Autonomy in International Property Law*, Munchen, Sellier European Law Publishers, 2011, 74 – 77.

¹⁴³¹ S. BARTELS, T. VAN MIERLO m.m.v. H.D. PLOEGER, *Algemeen Goederenrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2013, 572; G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 211; U. VENEMA, “Het Haagse Trustverdrag: de in het verdrag voorziene ‘externe werking’ van Anglo-Amerikaanse trusts (II)”, *WPNR* 1993, 392; R.D. VRIESENDORP, “Het Nederlandse goederenrecht en het

geen geldige titel ten grondslag ligt aan de overdracht van een goed, kan de overdracht van het goed niet als juridisch geldig worden beschouwd.¹⁴³² Dit euvel zou volgens deze auteurs dan worden verholpen door artikel 10:144 NBW (voormalig artikel 4 van de Wet Conflictenrecht Trusts), wat bepaalt: "*Bepalingen van Nederlands recht inzake eigendomsoverdracht, zekerheidsrecht of de bescherming van schuldeisers in geval van insolventie laten de in artikel 11 van het Haagse Trustverdrag 1985 omschreven rechtsgevolgen van de erkenning van een trust onverlet.*"

Dit artikel zou tot gevolg hebben dat de overdracht van goederen aan een *trustee* niet dient te worden getoetst aan het fiduciaverbod.¹⁴³³ Terecht wordt in de Nederlandse rechtsleer opgemerkt dat dit een vreemde oplossing is, daar artikel 10:144 NBW betrekking heeft op een reeds bestaande *trust*. In het kader van artikel 4 van het Haagse Trustverdrag wordt nu net (ook) gesproken over een aan de eigenlijke instelling van de *trust* voorafgaande kwestie, die buiten het toepassingsgebied van het verdrag valt.¹⁴³⁴

Andere auteurs zijn daarom van mening dat de overdracht van goederen aan de *trustee* wel degelijk aan het fiduciaverbod dient te worden getoetst, maar dat een dergelijke toetsing geen probleem kan opleveren. Indien met het fiduciaverbod wordt beoogd dat de verkrijger rechthebbende moet worden van het goed, is er volgens deze auteurs met de *trust* geen probleem aangezien de *trustee* wel degelijk rechthebbende wordt.¹⁴³⁵ Het feit dat de goederen ingevolge de ratificatie van het Haagse Trustverdrag in Nederland dienen te worden beschouwd als een afgescheiden vermogen, waarop de persoonlijke schuldeisers van de *trustee* geen verhaal kunnen nemen (zie *infra*, randnr. 517 e.v.), doet volgens deze auteurs hieraan niets af. Verder stellen deze auteurs wel dat, indien de eerste interpretatie van het fiduciaverbod wordt aanvaard, er toch een beroep zal moeten worden gedaan op artikel 10:144 NBW.¹⁴³⁶

496. De bedoeling van de ratificatie van het Haagse Trustverdrag zou immers geheel teniet worden gedaan, indien het instellen van een *trust* in zijn geheel onmogelijk zou worden gemaakt door preliminaire kwesties.¹⁴³⁷ KOPPENOL-LAFORCE

Haagse Trustverdrag" in *Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht*, Lelystad, Koninklijke Vermande BV, 1994, 50 - 54.

¹⁴³² M.E. KOPPENOL-LAFORCE, "Inbreng van Nederlandse goederen in een trust", *WPNR* 1997, 547.

¹⁴³³ U. VENEMA, "Het Haagse Trustverdrag: de in het verdrag voorziene 'externe werking' van Anglo-Amerikaanse trusts (II)", *WPNR* 1993, 392 - 93; C.D. VAN BOESCHOTEN, "Het Haagse Trustverdrag in Nederlands Perspectief" in *Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht*, Lelystad, Koninklijke Vermande BV, 1994, 28 - 31, 36 - 38.

¹⁴³⁴ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 181 - 182.

¹⁴³⁵ A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 342 - 343.

¹⁴³⁶ *Ibid*, 344.

¹⁴³⁷ R.D. VRIESENDORP, "Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag" in *Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht*, Lelystad, Koninklijke Vermande BV, 1994, 50 - 54.

concludeerde in dit verband alvast dat bijzondere uitvoeringswetgeving nodig zou zijn voor de creatie van een *trust* in niet-trustlanden, waar vóór de inwerkingtreding van het Haagse Trustverdrag goederen niet rechtsgeldig onder trustverband konden worden gesteld.¹⁴³⁸ De *lex rei sitae* zou dit dan immers niet toelaten.

O.i. gaat een dergelijke bewering evenwel te ver. Er dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de vraag naar de rechtsgeldigheid van de overdrachtshandeling *an sich* (i.e. is de *settlor* beschikkingsbevoegd? Kunnen de desbetreffende goederen rechtsgeldig worden overgedragen? Enz...) en de specifieke vraag of deze goederen ná de overdracht onder trustverband kunnen worden gesteld. O.i. wordt deze tweede vraag beheerst door het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht.¹⁴³⁹ Het in artikel 3:84, lid 3 NBW neergelegde fiduciaverbod is bovendien een typisch Nederlands fenomeen, dat potentieel de rechtsgeldigheid van de overdrachtshandeling aan de *trustee* kan doorkruisen. In rechtsordes waar een dergelijke bepaling afwezig is, lijkt o.i. geen noodzaak te bestaan om bijzondere uitvoeringswetgeving aan te nemen waaruit expliciet blijkt dat het toegelaten is om goederen onder trustverband te plaatsen.

Wij zullen bovendien zien dat een gelijkaardig standpunt wordt gehanteerd in verband met de vraag of een *declaration of trust* onder het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag valt (*infra*, randnr. 498 e.v.). Zo zal blijken dat de prevalerende zienswijze lijkt te zijn dat de rol van de *lex situs* is uitgespeeld van zodra de vraag of de *settlor* over de goederen kán beschikken, positief beantwoord is. Indien blijkt dat *settlor* beschikkingsbevoegd is en de goederen kunnen worden overgedragen zal, volgens deze zienswijze, het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht bepalen of een *declaration of trust* mogelijk is. Ook hier wordt dus voorzien in een loskoppeling van de vragen aangaande de overdracht van de goederen *an sich* en het vestigen van een trustverband met betrekking tot deze goederen.

497. Specifiek met betrekking tot het Belgische recht werd reeds door JEGHERS aangehaald dat een *trust* slechts uitwerking zou kunnen krijgen binnen de grenzen van de dwingende Belgische regels, onder meer op het vlak van het goederenrecht.¹⁴⁴⁰ Met de inwerkingtreding van het WIPR werd door middel van

¹⁴³⁸ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 250.

¹⁴³⁹ Ook HARRIS is van mening dat het standpunt van KOPPENOL-LAFORCE te ver gaat, en stelt: "It follows that the sole question with which the *lex situs* should concern itself is whether the legal title to an interest may be alienated. It should not be a reason to invalidate the "rocket-launching" process that the *situs* does not know the trust concept.", zie: J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 24 – 25.

¹⁴⁴⁰ J.L. JEGHERS, "La difficile intégration du trust anglo-saxon en droit civil belge", *Rev.not.b.* 1991, 329. Aan het einde van zijn betoog merkt JEGHERS overigens op dat de landen die het Haagse Trustverdrag ratificeren zouden moeten overgaan tot wijzigingen van een aantal interne, materieelrechtelijke regels, onder meer op het vlak van huwelijksvermogensrecht, fiscaal recht en het erfrecht, zie: *ibid*, 336.

Zie tevens: P. MIHAIL, "Family Trust et assurance vie: le riche et le pauvre?" in X (ed.), *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnard*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2008, 208.

artikel 125, §2 WIPR in het Belgische IPR een soortgelijke regel ingevoerd als middels artikel 4 van het Haagse Trustverdrag. Hoewel in de rechtsleer reeds werd verdedigd dat deze paragraaf uit het WIPR niet mag worden gelijkgeschakeld met artikel 4 Haagse Trustverdrag¹⁴⁴¹, beoogde de wetgever met deze paragraaf om eveneens een scheiding aan te brengen tussen de overdrachtshandeling waarmee goederen onder trustverband worden gebracht en de (oprichting van) de *trust*. Deze overdrachtshandelingen dienen te worden beoordeeld aan de hand van hun eigen verwijzingsregels.¹⁴⁴² De Belgische situatie wordt verder nog uitgebreid behandeld (zie *infra*, randnr. 762 e.v.).

(d) *Uitgesloten materies: declarations of trust*

498. Ten slotte rijst de vraag of *declarations of trust* ook moeten worden gevat onder artikel 4 van het Haagse Trustverdrag. Gelet op het toepassingsgebied van artikel 4 van het verdrag is het antwoord niet meteen evident. Uit de redactionele geschiedenis van de tekst blijkt alvast dat de opstellers van het verdrag de tekst voldoende duidelijk achtten, en nalieten om een expliciete verwijzing naar *declarations of trust* in artikel 4 op te nemen.¹⁴⁴³ Volgens KOPPENOL-LAFORCE blijven *declarations of trust* daarom buiten het toepassingsgebied van het verdrag, en wordt de vraag of dergelijke *declarations* enige goederenrechtelijke gevolgen met zich meebrengen beheerst door het recht van de plaats van de ligging van de goederen.¹⁴⁴⁴

¹⁴⁴¹ P. MATTHEWS, "Trusts in Belgian Private International Law", *Trust Law International* 2005, 197.

¹⁴⁴² MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St. Senaat* 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 141.

¹⁴⁴³ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 57.

¹⁴⁴⁴ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 90 – 91, 182. KOPPENOL-LAFORCE en een aantal andere Nederlandse auteurs zijn overigens wel van mening dat een *declaration of trust* mogelijk is, ook al woont de *settlor-trustee* in Nederland en betreft de *trust* (onder meer) in Nederland gelegen goederen, zie: *Ibid*, 183 – 184; U. VENEMA, "Het Haagse Trustverdrag: de in het verdrag voorziene 'externe werking' van Anglo-Amerikaanse trusts (I)", *WPNR* 1993, 368; R.D. VRIESENDORP, "Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag" in *Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht*, Lelystad, Koninklijke Vermande BV, 1994, 68 – 69.

Andere Nederlandse auteurs nemen het standpunt in dat de *declaration of trust* een typisch trustrechtelijk fenomeen is, waarvan zowel de geldigheid als de rechtsgevolgen aan het toepasselijke trustrecht dienen te worden onderworpen, zie: A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 346; M.H.E. RONGEN, *Cessie*, Deventer, Kluwer, 2012, 769 – 770.

Deze visie wordt wel niet unaniem gedeeld. Zo acht JOPPE een *declaration of trust* onmogelijk indien het Nederlandse recht de *lex rei sitae* van de goederen is. Zie: I.S. JOPPE, "Het 'Haagse Trustverdrag' in werking", *WPNR* 1996, 184. VAN BOESCHOTEN lijkt dan weer te twijfelen, zie: C.D. VAN BOESCHOTEN, "Het Haagse Trustverdrag in Nederlands Perspectief" in *Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht*, Lelystad, Koninklijke Vermande BV, 1994, 31.

HAYTON stelt dat indien de *settlor* beschikkingsbevoegd is met betrekking tot de trustgoederen en het toepasselijke trustrecht *declarations of trust* toelaat, er geen probleem zou mogen bestaan in verband met *declarations of trust*.¹⁴⁴⁵ HAYTON wijst hierbij naar rechtspraak van een aantal Italiaanse rechtbanken, die *declarations of trust* met betrekking tot onroerende goederen in Italië hebben toegelaten, onder invloed van het Haagse Trustverdrag. Ook LUPOI is geneigd om de toepassing van het verdrag op *declarations of trust* te aanvaarden.¹⁴⁴⁶ Dit is ook het standpunt van BRIGGS¹⁴⁴⁷ en HARRIS¹⁴⁴⁸. Andere gezaghebbende Engelse auteurs twijfelen, maar stellen dat er eigenlijk geen principiële reden kan bestaan om *declarations of trust* uit te sluiten.¹⁴⁴⁹

499. In de zaak *Akers*, die in graad van beroep werd beslecht door het Engelse *Court of Appeal*¹⁴⁵⁰, kwam de vraag aan de orde of een *settlor* in een niet-trustland kon overgaan tot een *declaration of trust* met betrekking tot aandelen in een aantal vennootschappen die zijn gevestigd in dat land. De zaak betrof een Saoedische *settlor* die (naast enkele andere transacties te hebben verricht) zichzelf had aangesteld als *trustee* van een aantal aandelen in Saoedische vennootschappen ten voordele van een familiaal investeringsvehikel ('SICL') dat was gevestigd op de Kaaimaneilanden. In de verklaring werd echter geen toepasselijk recht aangeduid. Het investeringsvehikel bleek echter insolvent te zijn en werd onder vereffeningsbewind gesteld. De Saoedische *settlor* droeg vervolgens de aandelen in kwestie over aan een Saoedische bank, Samba Financial Group, teneinde zijn schulden ten aanzien van deze partij te vereffenen. *Akers*, die optrad als vereffenaar, stelde daarop in Engeland een vordering in teneinde te doen vaststellen dat de overdracht van de aandelen aan Samba Financial Group nietig was ingevolge *Section 127* van de *Insolvency Act 1986*. In eerste aanleg had de *Chancellor* nog toepassing gemaakt van de *forum non conveniens*-doctrine. *Section 127* vereist immers dat het investeringsvehikel een *proprietary interest*

¹⁴⁴⁵ D. HAYTON, "Trusts" in *Private International Law* in *ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, Recueil des Cours, Vol. 366*, Leiden, Nijhoff, 2013, 83; D. HAYTON, "The increasing significance of conflicts of laws' issues", *Trusts & Trustees 2014*, 1076.

¹⁴⁴⁶ M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 335.

¹⁴⁴⁷ A. BRIGGS, *Private International Law before English Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 765.

¹⁴⁴⁸ J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 106.

¹⁴⁴⁹ L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1487.

¹⁴⁵⁰ *Akers v. Samba Financial Group* [2014] EWCA Civ. 1516. Deze zaak werd reeds besproken in: J. WHEELER, "The English Court of Appeal considers the governing law of trusts and the Hague Trusts Convention", *Trusts & Trustees 2015*, 776 – 786; D. HAYTON, "The Hague Trusts Convention and trusts of foreign property", *Trusts & Trustees 2015*, 1082 – 1086; S.M. SMITH, S. BAYLISS, "Conflict of laws and the proper law of trusts: sufficient protection of proprietary interests?", *Trusts & Trustees 2015*, 1073 – 1078. Zie ook: D. HAYTON, "A 2014 Review of Recent Trust Developments", *Trust Law International 2014*, afl. 2, 58.

diende te hebben met betrekking tot de betrokken aandelen, hetgeen volgens de *Chancellor* onmogelijk was, aangezien de Saoedische *lex situs* geen trusts kent.

In graad van beroep focuste de *Court of Appeal* echter op artikel 4 van het Haagse Trustverdrag. De *Court of Appeal* stelde daarbij vast dat de Saoedische *lex situs* dan wel de vraag beheerste of de *settlor* inderdaad bevoegd was om te beschikken over de aandelen (aan een niet-Saoedi¹⁴⁵¹)¹⁴⁵², maar dat artikel 4 géén betrekking heeft op de vraag of een *settlor* in een niet-trustland ook kan overgaan tot een *declaration of trust*. Deze kwestie wordt integendeel beheerst door het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht, zodat de vraag of een *declaration of trust* mogelijk is, afhangt van het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht. Zulks is in overeenstemming met het door ons verdedigde standpunt inzake het toepassingsgebied van het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht, ook met betrekking tot *testamentary trusts* en andere *inter vivos trusts* (zie *supra*, randnr. 770 e.v. en 773 e.v.).

Het oordeel van het *Court of Appeal* werd op zijn beurt aangevochten bij het Engelse *Supreme Court*, dat uitspraak deed in een arrest van 2 februari 2017.¹⁴⁵³ Het *Supreme Court* hervormde het arrest van het *Court of Appeal*, op basis van de overweging dat *Section 127* van de *Insolvency Act 1986* in deze zaak niet van toepassing was. Het *Supreme Court* overwoog daarbij dat *Section 127* betrekking heeft op het geval waar de betrokken activa eigendom waren van de vennootschap waarop het vereffeningbewind betrekking heeft. *In casu* was echter de Saoedische *settlor* als *trustee* de eigenaar van de onder trustverband gebrachte aandelen: “*The holder of interests such as SICL’s does not need protection on the lines of section 127, in order to protect its property or to protect or enforce its interests. Mr. Al-Sanea disposed of his legal interest in the shares. That involved him in a breach of trust. But it did not involve any disposition of SICL’s property.*”¹⁴⁵⁴ Uit het voorgaande blijkt evenwel dat het *Supreme Court* uitdrukkelijk de rechtsgeldigheid van de desbetreffende trusts aanvaardt, ook al hebben deze trusts betrekking op goederen die gelegen zijn in het buitenland en indien de *lex rei sitae* de trust als rechtsfiguur niet kent.¹⁴⁵⁵ Het *Supreme Court* deed overigens geen uitspraak omtrent de interpretatie die het *Court of Appeal* gaf aan artikel 4 van het Haagse Trustverdrag, niettegenstaande de verweerder uitdrukkelijk argumenteerde dat deze visie verkeerd was: “*Even if the Court of Appeal was wrong to limit article 4 to the question whether the assets were*

¹⁴⁵¹ Het Saoedische recht zou verbieden dat personen die niet de nationaliteit van Saoedi-Arabië hebben eigenaar kunnen zijn van aandelen in Saoedische bedrijven. Daar waar de *Chancellor* dit zonder meer had aanvaard, stelde de *Court of Appeal* vast dat het Saoedische recht nader diende te worden bewezen, vooraleer het hierover uitspraak kon doen.

¹⁴⁵² Het *Court of Appeal* bevestigde daarmee de zienswijze van de Schotse rechtbank in zaak *Rangers*, zie *supra*, vn. 1426.

¹⁴⁵³ *Akers and others v Samba Financial Group*, [2017] UKSC 6.

Zie hierover tevens: M. MACIEL, A. WALTON, “When the music stops: the UKSC judgment in *Akers*, applying the bona fide purchaser rule and offshore trusts”, *Trusts & Trustees* 2017, *advance access*, 1 – 7.

¹⁴⁵⁴ *Akers and others v Samba Financial Group*, [2017] UKSC 6, punt 54.

¹⁴⁵⁵ *Ibid*, punt 21, 22 en 38.

alienable, in the sense of being transferable to the trustee or anyone else [...], an issue on which it is unnecessary to reach any final conclusion, there was nothing invalid about the declarations of trust."¹⁴⁵⁶

Uit het oordeel van het *Supreme Court* kan als zodanig dus geen verwerping van het hier verdedigde standpunt worden afgeleid. Wel integendeel, het *Supreme Court* aanvaardde immers de rechtsgeldigheid van de *declarations of trust* en maakte in andere passages in het arrest nog uitdrukkelijk gewag van de (mogelijke) toepassing van de artikelen 11 en 15 van het Haagse Trustverdrag. Vooral interessant is daarbij dat het *Supreme Court* uitdrukkelijk overwoog dat, vanuit een Engels perspectief, de *trusts* toch *equitable interests* creëerden, die naar *common law* geldig en afdwingbaar waren.¹⁴⁵⁷ Nog belangrijker is de overweging van *Supreme Court* dat, in geval van vervreemding van de goederen, de vraag of de verkrijger de goederen al dan niet verkrijgt onder last van het daarop rustende trustverband, overlaat aan de *lex rei sitae*.¹⁴⁵⁸ Dit spoort met het verder door ons verdedigde standpunt (*infra*, randnr. 525 e.v.).

iii. **Het aanwijzen van het op de Haagse trust van toepassing zijnde recht**

(a) *Uitgangspunt: partijautonomie*

500. In artikel 6 van het Haagse Trustverdrag wordt op het vlak van de rechtskeuze het beginsel van de partijautonomie gehanteerd.^{1459, 1460} Het staat de

¹⁴⁵⁶ *Ibid*, punt 38.

¹⁴⁵⁷ *Ibid*, punt 42.

¹⁴⁵⁸ *Ibid*, punt 41.

¹⁴⁵⁹ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 63; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 105; L. COLLINS (ed.), *Dacey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1494; J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 376; J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 166; S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 59; F. GUILLAUME, "The Hague Trusts Convention and Selected Questions in Swiss Private International Law" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 12 – 13.

¹⁴⁶⁰ Ook in de Verenigde Staten wordt op dit vlak een zekere partijautonomie voorgestaan, maar deze oogt beperkter dan de ruime autonomie in het Haagse Trustverdrag. Zie *Section 107* van de UTC: "The meaning and effect of the terms of the trust are determined by: (1) the law of the jurisdiction designated in the terms unless the designation of that jurisdiction's law is contrary to a strong public policy of the jurisdiction having the most significant relationship to the matter at issue, or; (2) in the absence of a controlling designation in the terms of the trust, the law of the jurisdiction having the most significant relationship to the matter at issue."

settlor van de *trust* met andere woorden vrij om zelf een rechtskeuze te maken ten voordele van het recht van een bepaald trustland. Zoals hoger (*supra*, randnr. 480) werd aangegeven staat het de *settlor* ook vrij om een rechtskeuze te maken ten voordele van een (trust)land dat zelf geen partij is bij het Haagse Trustverdrag ('universele werking').

De rechtskeuze kan expliciet of impliciet geschieden. Een impliciete rechtskeuze dient evenwel vervat te liggen in de trustakte¹⁴⁶¹ of enig ander schriftelijk document waaruit het bestaan van de *trust* blijkt. Desgevallend dient de rechter het schriftelijke stuk te interpreteren, teneinde na te gaan of een impliciete rechtskeuze werd gemaakt, één en ander in het licht van de omstandigheden van de zaak.¹⁴⁶² Het tweede lid van artikel 6 legt evenwel een belangrijke beperking op: indien een rechtskeuze werd gedaan ten voordele van het recht van een land dat de *trust* niet kent¹⁴⁶³, zal de rechtskeuze geen gevolg ressorteren. Het van toepassing zijnde recht wordt dan vastgesteld aan de hand van artikel 7 van het verdrag, op grond van een objectieve aanknopng. Verder worden de gevolgen van de rechtskeuze op onrechtstreekse wijze beperkt door de artikelen 13, 15, 16 en 18 van het Haagse Trustverdrag (zie *infra*, randnr. 550 e.v.).

Hoewel de partijautonomie op het vlak van het aanduiden van het toepasselijke recht reeds een verworvenheid was in de *common law*-stelsels¹⁴⁶⁴, is het misschien verrassend om vast te stellen dat ook verschillende *civil law*-landen, ook vóór de inwerkingtreding van het Haagse Trustverdrag, de *settlor* soms toelieten om zelf het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht te kiezen. Dit vloeide voort uit de verder (*infra*, randnr. 687 e.v.) besproken tendens van verschillende *civil law*-rechters om trustverhoudingen vanuit een IPR-perspectief als 'contractueel' of 'obligatoir' te karakteriseren.¹⁴⁶⁵ Dit bracht met zich mee dat er, net zoals voor

In de bijhorende commentaar bij *Section 107 UTC* wordt opgemerkt dat het Haagse Trustverdrag de inspiratiebron vormde voor de redactie van deze bepaling.

¹⁴⁶¹ De trustakte is hiervoor zelfs het primaire aanknopingspunt, zie: L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1495.

¹⁴⁶² A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 69.

¹⁴⁶³ Deze passage vormt meteen een bijkomend argument dat de hoger voorgestane uitsluiting van allerlei vertegenwoordigingsverhoudingen van het toepassingsgebied van het verdrag ondersteunt. Immers, indien het materieel toepassingsgebied van het verdrag dermate breed wordt geïnterpreteerd, zou nog wel eens kunnen blijken dat rechtsordes die 'de *trust*' niet kennen, erg zeldzaam zijn.

¹⁴⁶⁴ A. DYER, H. VAN LOON, "Report on trusts and analogous institutions" in CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) – Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 70 – 71.

¹⁴⁶⁵ Zie bv. voor Frankrijk: Parijs 10 januari 1970 (*Courtois c. De Ganay*), *Rev. Crit. DIP* 1971, 518 (met noot G.A.L. DROZ). Voor Luxemburg: Tribunal d'arrondissement de Luxembourg 21 januari 1971 (*Four Seasons Overseas c. Finimtrust*), *Revue critique de droit international privé* 1972, 51. Voor Zwitserland, zie : Tribunal fédéral Suisse 29 januari 1970 (*Harrison c. Crédit Suisse*), *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral* 1970, II, 79.

Zie ook : A. DYER, H. VAN LOON, "Report on trusts and analogous institutions" in CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) – Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 81.

eigenlijke overeenkomsten, een voorkeur was voor partijautonomie op het gebied van het aanduiden van het op de rechtsverhouding van toepassing zijnde recht.¹⁴⁶⁶

501. Interessant om op te merken is nog dat uit empirisch onderzoek is gebleken dat een rechtskeuze ten voordele van een ander rechtsstelsel dan dat van de woonplaats van de *settlor* of de *beneficiaries* van een *trust* met een begiftigingsoogmerk, een samenhang vertoont met de welstellendheid van de personen in kwestie.¹⁴⁶⁷ Uit het onderzoek bleek dat welstellende personen in meer gevallen zullen opteren voor een rechtskeuze ten voordele van een buitenlands rechtsstelsel dan minder welstellende personen.

(b) *Objectieve aanknopingsfactoren*

502. In het geval dat de *settlor* geen rechtskeuze maakte of een rechtskeuze maakte voor een land dat de *trust* niet kent, kan de *trust* worden 'gered' door de objectieve aanknopingsfactor waarin wordt voorzien in artikel 7 van het Haagse Trustverdrag. In het geval er geen (geldige) rechtskeuze voorhanden is, wordt de trustverhouding geregeld door het rechtsstelsel waarmee de *trust* de nauwste binding heeft. Op zichzelf is dit evenwel een vaag criterium. Om deze reden reikt artikel 7 een aantal criteria aan die kunnen worden gebruikt om de nauwste binding vast te stellen. Deze aanpak is hoofdzakelijk gebaseerd op het *proper law*-concept dat vooral in het Amerikaanse en Engelse IPR wordt gehanteerd.¹⁴⁶⁸ Verschillende aanknopingspunten kunnen immers een rol spelen, zonder dat daarbij de éne of de andere aanknopingsfactor als zodanig een bijzonder gewicht in de schaal gooit. Het staat de rechter evenwel vrij om een impliciete hiërarchie in de volgorde van de genoemde aanknopingsfactoren af te leiden.¹⁴⁶⁹ De lijst met aangeboden aanknopingsfactoren is bovendien niet exhaustief.¹⁴⁷⁰ Omzeggens geniet iedere

¹⁴⁶⁶ J. PERRIN, "The Recognition of Trusts and Their use in Estate Planning under Continental Laws" in P. ŠARČEVIĆ, P. VOLKEN, A. BONOMI (eds.), *Yearbook of Private International Law*, Vol. X, München, Sellier, 2009, 649; A. DYER, H. VAN LOON, "Report on trusts and analogous institutions" in CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) – Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 81.

¹⁴⁶⁷ A.S. HOFRI-WINOGRADOW, "How Harmful is Trust Profileration?", 2015, 15 – 16. Beschikbaar op: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2629174

¹⁴⁶⁸ *Chelleram v. Chelleram (No. 1)* [1985] Ch 409, 425; S.M. SMITH, S. BAYLISS, "Conflict of laws and the proper law of trusts: sufficient protection of proprietary interests?", *Trusts & Trustees* 2015, 1066; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 109 – 111. In de Engelse rechtsleer wordt inderdaad vooropgesteld dat het *common law*-standpunt ongeveer hetzelfde is, zie: L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1497; J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 376.

¹⁴⁶⁹ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 77; L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1497.

¹⁴⁷⁰ D. HAYTON, "Trusts" in *Private International Law* in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 88; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 111.

rechter dus heel wat beleidsvrijheid bij het vaststellen van het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht, zodat in nagenoeg ieder geval aanknopings kan worden gezocht bij het recht van een trustland.¹⁴⁷¹ Dit verkleint de kans dat zal een rechtsstelsel zal worden aangeduid dat de trustfiguur niet kent.

De vier door het verdrag aangereikte aanknopingsfactoren zijn: (a) de door de *settlor* aangewezen plaats waar de *trust* wordt bestuurd, (b) de plaats waar de trustgoederen gelegen zijn¹⁴⁷², (c) de plaats waar de *trustee* zijn verblijf heeft of kantoor houdt en (d) de plaats waar de doeleinden van de *trust* moeten worden verwezenlijkt. Het Haagse Trustverdrag bevat geen bepaling die aangeeft op welk ogenblik de genoemde aanknopingsfactoren dienen te worden beoordeeld. Aannemelijk is dat de rechter ook hier heel wat beleidsvrijheid toekomt.¹⁴⁷³ Opmerkelijk is trouwens dat de genoemde aanknopingsfactoren in grote mate lijken toegespitst op *inter vivos-trusts*, aangezien de nationaliteit of de (laatste) woonplaats van de *settlor* nergens worden genoemd. Voor het bepalen van het toepasselijke erfrecht kunnen deze aanknopingsfactoren nochtans van belang zijn (zie *infra*, randnr. 697 e.v.). Desgevallend kan de rechter hier o.i. dan ook toepassing van maken, zo er een *testamentary trust* voorligt.

(c) *Dépeçage*

503. Het Haagse Trustverdrag staat uitdrukkelijk *dépeçage* toe. Artikel 9 van het verdrag bepaalt dat een afsplitsbaar deel van de *trust* (in het bijzonder het bestuur daarvan) kan worden beheerst door een ander recht dan op de trustverhouding in haar algemeenheid van toepassing is. *Dépeçage* kan zowel worden toegepast ingevolge een rechtskeuze, dan wel aan de hand van objectieve aanknopingsfactoren.¹⁴⁷⁴

(d) *Wijziging van het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht*

504. Alhoewel *non-charitable trusts* (van het klassieke *common law*-type) principieel niet tot in de eeuwigheid kunnen bestaan, kunnen zij toch een bijzonder langdurig bestaan leiden (zie *supra*, randnr. 225 - 227). Teneinde de flexibiliteit te

¹⁴⁷¹ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 61; A. BRIGGS, *Private International Law before English Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 797; L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1498 - 1499.

¹⁴⁷² In de literatuur wordt gesteld dat deze objectieve aanknopingsfactor beter zou worden geschrapt of vervangen door een nuttigere aanknopingsfactor. Zie: D. HAYTON, "Reflections on The Hague Trust Convention after 30 years", *Journal of Private International Law* 2016, afl. 1, 13 - 14.

¹⁴⁷³ A. BRIGGS, *Private International Law before English Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 797; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 116.

¹⁴⁷⁴ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 90; L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1499 - 1500.

vrijwaren, laat artikel 10 van het Haagse Trustverdrag in bepaalde gevallen toe dat het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht kan worden gewijzigd. Een bepaald rechtssysteem kan door wetwijzigingen of door nieuwe rechtspraak immers onaantrekkelijk worden gedurende het bestaan van de *trust*. De *caveat* bestaat erin dat artikel 10 slechts aangeeft dat het oorspronkelijk van toepassing zijnde recht bepaalt of de wijziging qua toepasselijk recht kan plaatshebben.¹⁴⁷⁵ Dit geldt zowel voor het hoofdzakelijk van toepassing zijnde recht als voor enig afgesplitst onderdeel in het geval van *dépeçage*. Het Engelse recht laat een dergelijke wijziging in beginsel toe.¹⁴⁷⁶ Zij kan geschieden door de uitoefening van een *power*, een rechterlijke uitspraak of in geval van overeenstemming tussen de *beneficiaries*.¹⁴⁷⁷

(e) *Uitsluiting van renvoi*

505. Artikel 17 van het Haagse Trustverdrag bepaalt dat onder het begrip 'recht' wordt begrepen het positieve recht van de aangewezen staat of rechtsorde met uitsluiting van het IPR van die staat of rechtsorde. Het *renvoi* wordt met andere woorden uitgesloten door het Haagse Trustverdrag.¹⁴⁷⁸

(f) *Toepassingsbereik van het aangeduide recht*

506. Artikel 8 van het Haagse Trustverdrag bepaalt – op niet limitatieve wijze¹⁴⁷⁹ – dat, wanneer het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht is

¹⁴⁷⁵ Deze aanpak kan bijvoorbeeld worden gecontrasteerd met de regeling in de Rome I-Verordening. Artikel 3.2. van de Rome I-Verordening stelt dat de partijen bij de overeenkomst ten alle tijde kunnen overeenkomen om de overeenkomst aan een ander recht te onderwerpen dan voorheen het geval was. Zie ook: A. BRIGGS, *Private International Law before English Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 770.

¹⁴⁷⁶ L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1500. Hier kan bovendien de vraag rijzen of een wijziging in het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht neerkomt op een wijziging aan een reeds bestaande *trust*, of de creatie van een nieuwe *trust* impliceert. Het *Delaware Supreme Court* heeft in het verleden reeds voor de tweede mogelijkheid gekozen. Zie: *Ibid*, 1499 – 1500; J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 304 – 306; *Wilmington Trust Co. v. Wilmington Trust Co.* 26 Del. Ch. 397, 24 A.2d. 309 (1942). Het *Supreme Court* spreekt in het arrest inderdaad over een 're-establishment' van de trustverhouding.

Zie voor Engeland: *Duke of Marlborough v. AG (no.1)* [1945] Ch 78; R. VOS, "Migration of Trusts and Change of Proper Law", *Trusts & Trustees* 2001, afl. 5, 28 – 29; P. MATTHEWS, *Trusts: Migration and Change of Proper Law*, Oxford, Key Haven Publishers, 1997, 67 e.v.; D. BROWNHILL, "Changing the Governing Law of a Trust" in D., KOESTER-WALTJEN, V. LIPP, D.W.M. WATERS (eds.), *Liber Amicorum Makoto Arai*, Baden-Baden, Nomos, 2015, 142 – 161.

¹⁴⁷⁷ L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1500.

¹⁴⁷⁸ J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 387 – 389.

¹⁴⁷⁹ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 81; J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 233.

vastgesteld, dit recht de geldigheid ('*validity*'), de uitlegging ('*construction*') en de rechtsgevolgen ('*effects*') van de trustverhouding beheerst, alsook het bestuur ('*administration*') daarvan. Het gaat met name over de volgende onderwerpen: (a) de benoeming, het aftreden en het ontslag van de *trustees*, de bevoegdheid om als *trustee* om op te treden en de overgang van de functie van *trustee*¹⁴⁸⁰; (b) de onderlinge rechten en verplichtingen 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 verwerven¹⁴⁸¹; (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 *beneficiaries*, met inbegrip van de persoonlijke aansprakelijkheid van de *trustees* ten aanzien van de *beneficiaries*; (h) de wijziging of beëindiging van de *trust*; (i) de verdeling van het trustvermogen en (j) de verplichting van de *trustees* om verantwoording af te leggen voor het door hen gevoerde bestuur.

507. Vaak wordt aangenomen dat deze oplijsting in het verdrag is opgenomen om *civil law*-juristen te helpen vaststellen welke onderwerpen of rechtsvragen worden beheerst door het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht.¹⁴⁸² Opvallend is dat, op zeer algemene wijze, wordt gesteld dat ook de 'rechtsgevolgen van de *trust*' door het van toepassing zijnde recht worden beheerst. Dit is opvallend, aangezien wij hoger (*supra*, randnr. 398) hebben vastgesteld dat de (klassieke *common law*) *trust* ook belangrijke goederenrechtelijke gevolgen met zich meebrengt.¹⁴⁸³ Niettegenstaande dat omtrent dit vraagstuk heel wat verschillende visies bestaan, blijft de vaststelling toch dat *beneficiaries* (althans naar Engels en Amerikaans recht) kunnen *tracen* en dat de trustgoederen afgezonderd moeten blijven van de persoonlijke goederen van de *trustee*, zodat de trustgoederen niet aan de verhaalsrechten van diens schuldeisers onderworpen zijn.

¹⁴⁸⁰ Deze passage impliceerde een breuk met de klassieke opvatting binnen de *common law* dat Engelse hoven en rechtbanken *in personam* konden handelen ten aanzien van *trustees* die onder hun territoriale bevoegdheidssfeer kwamen, zelfs indien de voorliggende *trust* aan een ander rechtstelsel onderworpen was. Zie: L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1506.

¹⁴⁸¹ Het betreft hier slechts de vraag of het van toepassing zijnde trustrecht toelaat dat de onder trustverband gebrachte goederen *mogen* worden bezwaard met zekerheidsrechten of *mogen* worden vervreemd. De rechten die door derden ingevolge een zekerheidsstelling of overdracht door derden worden verworven worden evenwel bepaald door de *lex situs* van de goederen, zie artikel 15(1)(d) van het Haagse Trustverdrag (*infra*, randnr. 583 e.v.).

¹⁴⁸² A. BRIGGS, *Private International Law before English Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 770; D. HAYTON, "Trusts" in *Private International Law* in *ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, Recueil des Cours, Vol. 366*, Leiden, Nijhoff, 2013, 88.

¹⁴⁸³ Dit werd ook reeds opgemerkt door Gilissen, zie: G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 203.

Los van nuanceringen die hier kunnen worden aangebracht (bijvoorbeeld de *bona fide purchaser*-uitzondering als 'derdenbeschermingsregel'), is het duidelijk dat dit onmiskenbaar goederenrechtelijke kenmerken zijn, althans bekeken vanuit het perspectief van de Belgische, Franse, Zwitserse en Nederlandse rechtsstelsels. Welnu, net vanwege het feit dat de rechtsgevolgen van zakelijke rechten zich ook opdringen ten aanzien van derden, wordt in het IPR van de meeste landen nagenoeg steeds geopteerd voor een objectieve aanknopingsfactor voor zakelijke rechten en het zakenrechtelijk statuut van goederen, i.e. de *lex rei sitae*.¹⁴⁸⁴ Hiermee wordt bedoeld: een aanknopingsfactor die niet (gemakkelijk) door de betrokken partijen kan worden gemanipuleerd. Wij zullen verder (*infra*, randnr. 558 e.v.) nog zien hoe het Haagse Trustverdrag een delicaat, doch soms ook onscherp, evenwicht tracht te zoeken tussen de ruime wilsautonomie die aan de *settlor* toekomt en het beperken van de impact hiervan ten aanzien van derden.¹⁴⁸⁵

508. Opgemerkt kan nog worden dat artikel 8 van het Haagse Trustverdrag slechts de materiële geldigheid van de *trust* regelt.¹⁴⁸⁶ De redenen hiervoor blijken evenwel niet duidelijk uit de voorbereidende werken van het verdrag.¹⁴⁸⁷ Er dient in dit verband wel een belangrijk onderscheid te worden gemaakt tussen de formele geldigheid van de *trust* zelf, en de formele geldigheid van het *instrumentum*

¹⁴⁸⁴ Voor België: artikel 81, §1 WIPR; voor Nederland: artikel 10: 127 NBW; voor Engeland en Wales: L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1330 en 1336 voor respectievelijk *moveables* en *immoveables*; voor Frankrijk: Cass. Fr. 10 februari 2010, *Recueil Dalloz* 2010, 443 (met noot I. GALLMEISTER); P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 2014, 475 e.v.; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit international privé*, Parijs, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981, I, D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2014, II, 117 e.v.; in de Verenigde Staten geldt de *lex rei sitae* regel in beginsel sterk voor onroerende goederen ('*immovables*'), maar wordt voor roerende goederen ('*moveables*') iets minder strak vastgehouden aan de *lex rei sitae*-regel, zie: S.C. SYMEONIDES, *American Private International Law*, Alpen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, 254 e.v.; zie voor het Schotse recht: *Re Clark and Whitehouse Joint Administrators of Rangers Football Club* [2012] ScotCS CSOH 55, para. 19. Zie voor het Zwitserse recht: artt. 99 en 100 *loi fédérale sur le droit international privé*; L. THÉVENOZ, *Trusts in Switzerland: Ratification of the Hague Convention on Trusts and Codification of the Law of Fiduciary Transfers*, Zürich, Schulthess, 2001, 203.

Vgl. ook met de Europese Insolventieverordening, die stelt dat de *lex concursus* moet worden geïdentificeerd aan een objectieve en door derden vaststelbare aanknopingsfactor, de zgn. COMI ('*centre of common interests*'). Zie art. 3.1. *jo.* art. 7.1. en *considerans* 31 van Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures, *Pb.L.* 5 juni 2015, afl. 141/19.

¹⁴⁸⁵ HAYTON stelt in dit verband zelfs dat het toepassingsbereik van het aangeduide recht slechts toeziet op de 'interne verhoudingen' tussen *settlor(s)*, *trustee(s)*, *beneficiary(-ies)* en *protector(s)*. Zulks is evenwel niet verwonderlijk daar HAYTON van mening is dat *tracing* ten aanzien van derde-verkrijgers van trustgoederen uitgesloten is van het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag. Zie: D. HAYTON, "Reflections on The Hague Trust Convention after 30 years", *Journal of Private International Law* 2016, afl. 1, 15.

¹⁴⁸⁶ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 82 en 83; J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 233.

¹⁴⁸⁷ Al blijkt wel uit het Rapport VON OVERBECK dat de kwestie of vragen met betrekking tot de formele geldigheid van de *trust* ook onder het Haagse Trustverdrag dienden te worden gebracht, uitgebreid besproken werden. Zie: *ibid*, 83.

waarmee de trustverhouding in het leven wordt geroepen, i.e. het juridische instrument waarmee de goederen onder trustverband worden gebracht.¹⁴⁸⁸ Artikel 4 van het Haagse Trustverdrag plaatst deze kwesties buiten het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag. De (formele en materiële) geldigheid van de rechtshandeling waarmee de goederen onder trustverband worden gebracht, dienen te worden beoordeeld aan de hand van het recht dat op deze rechtshandeling van toepassing is. Indien een *trust* bijvoorbeeld in het leven wordt geroepen per testament, dient de rechtsgeldigheid van het testament zelf afzonderlijk te worden beoordeeld aan de hand van het recht dat daarop van toepassing is.¹⁴⁸⁹

De uitsluiting van kwesties betreffende de formele geldigheid van de *trust* van het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag is jammer, aangezien daartoe in beginsel moet worden teruggevallen op de algemene IPR-regels van de forumstaat.¹⁴⁹⁰ Indien dit forum echter geen *common law*-land is, zullen hiertoe in

¹⁴⁸⁸ L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1491; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 121.

¹⁴⁸⁹ Zie bijvoorbeeld de artikelen 24, 26 en 27 van de Erfrechtverordening. Op grond van artikel 1.2.f) worden rechtsvragen betreffende de formele geldigheid van mondelinge uiterste wilsbeschikkingen evenwel uitgesloten van het toepassingsgebied van de Europese Erfrechtverordening.

¹⁴⁹⁰ In het gewoonlijke geval kan een *trust* zelfs op mondelinge wijze in het leven worden geroepen, zodat er amper formele geldigheidsvereisten zijn voor een *trust*. Voor *trusts* die betrekking hebben op onroerende goederen dient evenwel te worden gelet op *Section 53(I)(b) Law of Property Act 1925*, alsook op *Section 2* van de *Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act* van 1989. Deze bepalingen houden in dat het bestaan van de *trust* tot uitdrukking moet worden gebracht in een *deed*, die bovendien moet worden ondertekend door de *settlor*. Deze formele geldigheidsvoorwaarden gelden niet voor *constructive* en *resulting trusts*. Op deze wijze wordt voorkomen dat, in het geval geen geldige *trust* in het leven wordt geroepen wegens het niet naleven van deze geldigheidsvoorwaarden, de *trustee* ook het *beneficial interest* met betrekking tot de onder trustverband gebrachte goederen verkrijgt. Gelijkaardige geldigheidsvereisten gelden eveneens in de VS, zie: P.S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity and Trusts, 2nd Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 120 e.v.; D. FOX, "Private Express Trusts" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 605 – 606; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 25.

Ook voor *testamentary trusts* dient aan een aantal formaliteiten te worden voldaan, zie: *Section 9 Wills Act 1837*. Deze formaliteiten houden in dat het testament in geschreven vorm moet voorliggen, het testament moet ondertekend zijn door de testator en dat deze ondertekening moet geschieden in het bijzijn van twee of meer getuigen. Aangezien deze voorwaarden gelden voor testamenten in het algemeen, hebben zij dus ook betrekking op *trusts* die in het testament vervat liggen. De genoemde voorwaarden betreffen dus slechts op onrechtstreekse wijze te *trust* als zodanig. In bepaalde gevallen erkennen de Engelse rechtbanken toch bepaalde *trusts*, hoewel niet aan de genoemde voorwaarden van *Section 9* is voldaan. Het betreft hier de zogeheten *secret trusts*. Indien uit de laatste wilsbeschikking van de testator niet blijkt dat een legataris bepaalde goederen *on trust* dient te houden, maar zij zulks wel zijn overeengekomen, is er sprake van een *secret trust*. Uit de laatste wilsbeschikking blijkt in dit geval ook niet wie geldt als *beneficiary* van de *secret trust*. Indien wel kan worden afgeleid uit het testament dat er een *trust* in het leven wordt geroepen, maar de trustvoorwaarden niet nader worden gespecificeerd, is er sprake van een *half-secret trust*.

de regel evenwel geen afzonderlijke verwijzingsregels voorhanden zijn. O.i. verdient het alleszins de voorkeur om ook voor kwesties betreffende de formele geldigheid van de trustverhouding zelf aan te sluiten bij het recht dat op de trustverhouding van toepassing is.¹⁴⁹¹

iv. De 'erkenning' van de Haagse trust

(a) Algemeen

509. Het derde hoofdstuk van het Haagse Trustverdrag vormt het centrale onderdeel van het Haagse Trustverdrag. Het hoofdstuk betreft de rechtsgevolgen die een buitenlandse trustverhouding kan ressorteren in een ander land dan het land waarvan het recht de trustverhouding beheerst. Zoals hoger (*supra*, randnr. 481) reeds werd benadrukt, is het uitdrukkelijk niet de bedoeling geweest van de opstellers van het verdrag om de trust binnen te loodsen in een rechtsorde die deze rechtsfiguur zelf niet kent. Het is integendeel wel de bedoeling van het verdrag om een trust, die op geldige wijze werd gecreëerd naar buitenlands recht, toe te laten om te blijven functioneren, ook al dient dit te gebeuren binnen het juridisch kader van een andere rechtsorde. Door het aanbieden van op maat gesneden IPR-regels kan de trust 'als trust' doorwerken binnen de nationale rechtsorde van andere landen en zelfs in niet-trustlanden.¹⁴⁹²

Het opnemen van een afzonderlijk hoofdstuk in verband met 'erkenning' in een IPR-verdrag kan verwonderen. Is er niet reeds sprake van een 'erkenning' van een buitenlandse rechtsfiguur indien de verwijzingsregels van de forumstaat verwijzen naar een buitenlands rechtstelsel, dat de rechtsverhouding als *lex causae* kan beheersen? Verschillende auteurs twijfelen dan ook aan de noodzakelijkheid van een afzonderlijk hoofdstuk inzake de erkenning van trusts.¹⁴⁹³

Zie hierover: P.S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity and Trusts, 2nd Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 125 e.v.; J. GRIFFIN, "The need for abolition of secret trusts", *Trusts & Trustees* 2017, 373 – 382.

In *common law*-stelsels wordt doorgaans aangenomen dat de formele geldigheid van de trust wordt geregeld door het recht dat van toepassing is op de trustverhouding zelf of door het recht van de plaats waar de trustakte ten uitvoer wordt gelegd. Zie: A. DYER, H. VAN LOON, "Report on trusts and analogous institutions" in CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) – Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 73.

Zie nog algemeen: A. HUDSON, *Equity and Trusts, 8th Edition*, Oxford, Routledge, 2015, 240 – 252; C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 119 – 153.

¹⁴⁹¹ Dit standpunt wordt ondersteund door HARRIS. Zie: J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 274.

¹⁴⁹² zie: A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 14.

¹⁴⁹³ J. ERAUW, "Kwaliteitsrekeningen en cliëntengelden met grensoverschrijdende elementen in België" in X. (ed), *Kwaliteitsrekeningen* (Nr. 5 in de reeks *Voorrechten en hypotheek – Grondige studies*), Antwerpen, Kluwer, 1999, 133; G. WITTHUN, *Das internationale Privatrecht des trust*, Frankfurt, Peter Lang, 1987, 159, zoals geciteerd in S. DE RAEDT, M. TRAESE, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 61.

510. Wanneer het hoofdstuk inzake de erkenning in een bredere context wordt geplaatst, blijkt evenwel dat het samenspel van de verschillende bepalingen die in dit hoofdstuk vervat liggen de (rechters van de) forumstaat heel speelruimte bieden om (bepaalde aspecten van) de trustverhouding al dan niet te 'erkennen'. Het Haagse Trustverdrag plaatst een aantal minimale vereisten voor erkenning op de voorgrond, maar bevat evenzeer heel wat bepalingen waarmee kan teruggenomen worden met de éne hand, wat met de andere hand werd gegeven. Bovendien zagen de opstellers een afzonderlijk hoofdstuk inzake de 'erkenning' van de *trust* als een handig werkinstrument voor *civil law*-juristen om de daadwerkelijke erkenning van de *trust* te bevorderen.¹⁴⁹⁴ De principiële 'erkenbaarheid' van de *trust* is immers één zaak, maar de exacte rechtsgevolgen die een dergelijke erkenning met zich mee kan brengen, zijn nog iets geheel anders.¹⁴⁹⁵ Uit wat volgt zal dan ook blijken dat de principiële erkenning van de trustfiguur als *trust* in de landen die het Haagse Trustverdrag hebben geratificeerd, niet overal op dezelfde wijze juridisch wordt vormgegeven.

Als uitgangspunt werd echter genomen dat een afzonderlijk hoofdstuk over de erkenning dienstig zou zijn voor landen die de *trust* als rechtsfiguur zelf niet kennen.¹⁴⁹⁶ Volgens KOPPENOL-LAFORCE en HARRIS is het hanteren van terminologie als 'erkenning' misleidend, aangezien dit begrip normaal wordt voorbehouden voor de 'erkenning van rechterlijke uitspraken'.¹⁴⁹⁷ Hiermee heeft dit hoofdstuk uit het verdrag evenwel geen uitstaans. Het gaat hier slechts om het feit dat aan de geldigheid van de *trust* en de rechtsgevolgen daarvan onder de *lex causae* ook gevolg moet worden verleend in de forumstaat.¹⁴⁹⁸ Aan de naar buitenlands recht geschapen rechtsverhouding worden zodoende rechtsgevolgen verbonden binnen de rechtssfeer van de forumstaat. In de klassieke IPR-literatuur wordt het begrip

WITTHUN stelt: "Anwendung ausländisches Recht bedeutet aber zugleich, daß man dieses anerkennt. Ein besonders Kapitel über Anerkennung ist also überflüssig."

¹⁴⁹⁴ Zulks wordt overigens expliciet bevestigd in het Rapport VON OVERBECK in een passage omtrent artikel 14 van het Haagse Trustverdrag: "Cette disposition reflète bien les objectifs de la Convention: il s'agit de faciliter la reconnaissance des trusts [...]", A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 134.

¹⁴⁹⁵ A.E. VON OVERBECK, "Law Applicable to, and Recognition of Trusts in Switzerland: the Possible Future under the Hague Convention", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 5, 5.

¹⁴⁹⁶ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 31.

¹⁴⁹⁷ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 55; J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 101.

Eensluidend: J. ERAUW, "Kwaliteitsrekeningen en cliëntengelden met grensoverschrijdende elementen in België" in X. (eds), *Kwaliteitsrekeningen* (Nr. 5 in de reeks *Voorrechten en hypotheke - Grondige studies*), Antwerpen, Kluwer, 1999, 133; P. WAUTELET, "Chronique de droit international privé: le Code de droit international privé", *Chron.dr.not.* 2005, 97.

¹⁴⁹⁸ F. GUILLAUME, "The Hague Trusts Convention and Selected Questions in Swiss Private International Law" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 9 - 10.

Zie ook: J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 261 - 263; Conclusie van Advocaat-Generaal NIESSEN, nr. 13.02044 bij het arrest *X. t. De staatssecretaris van Financiën* van 4 maart 2014, nr. 6.4.

'erkenning' trouwens evenzeer gehanteerd in het raam van het erkennen van het bestaan in rechte van buitenlandse rechtspersonen en entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid.¹⁴⁹⁹

O.i. vindt het opteren voor een afzonderlijk hoofdstuk inzake de erkenning van *trusts* zijn grondslag in hetgeen hoger (*supra*, randnr. 403 – 412) werd gesteld inzake de '*trust* als vreemde rechtsfiguur'. Indien enkel zou worden geredeneerd in termen van conflictenregels, zouden veel rechters, andere juristen en vermoedelijk zelfs diegenen die gebruik maken van buitenlandse trustverhoudingen misschien nog meer op hun ongemak zijn geweest in het aanzicht van dergelijke *trusts* dan nu mogelijks nog het geval is. Het hoofdstuk over de erkenning biedt een omkadering voor de wisselwerking tussen het van toepassing zijnde trustrecht en het materieel recht van het forum. Het hoeft dan ook niet te verbazen dat dit hoofdstuk tevens belangrijke materieelrechtelijke bepalingen bevat.¹⁵⁰⁰

(b) De erkenningsregeling in het Haagse Trustverdrag

511. Artikel 11 van het Haagse Trustverdrag omvat de principale erkenningsregel van het verdrag:

"A trust created in accordance with the law specified by the preceding Chapter shall be recognised 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."*

¹⁴⁹⁹ Zie bv. E. RABEL, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, Vol. 2, Chicago, Callahan & Company, 1947, 124 – 172.

¹⁵⁰⁰ J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 382.

De toepassing van artikel 11 van het Haagse Trustverdrag vereist allereerst dat rechtsverhoudingen die aan de hand van de voorgaande bepalingen van het verdrag kunnen worden geïdentificeerd 'als *trust*'. Dit geldt slechts indien zij geldig tot stand gekomen zijn volgens de *lex causae*. Hier kan nogmaals worden benadrukt dat, door de universele reikwijdte van het verdrag, het in beginsel is niet vereist dat het aangewezen of gekozen recht ook het recht is van één van de partijen bij het verdrag. Artikel 11 is ook slechts van toepassing indien het gaat om een *trust* waarvan het bestaan uit een geschrift blijkt. Bovendien dient het in beginsel te gaan om een *trust* die vrijwillig in het leven is geroepen (zie *supra*, randnr. 488).

(c) *De minimumerkenning*

512. Het tweede lid van artikel 11 vormt het skelet van het kader dat het hoofdstuk inzake de erkenning beoogt te bieden. Het artikel geeft aan welke rechtsgevolgen van de trustverhouding op zijn minst dienen te worden 'erkend', vooraleer er sprake kan zijn van een nuttige of zinnige vorm van 'erkenning' van het bestaan van de buitenlandse *trust* 'als *trust*'. Opvallend is daarbij in de eerste plaats dat de trustgoederen 'a *seperate fund*' of '*une masse distincte*' ('een afzonderlijke boedel') vormen. Hoger (*supra*, randnr. 135) werd in dit verband opgemerkt dat de Franse jurist LEPAULLE ook reeds stelde dat de trustgoederen '*un patrimoine indépendant*' vormen. In het Rapport VON OVERBECK wordt dienaangaande gesteld dat het hier gaat om een "*essential element of a trust, without which its recognition would have no meaning*".¹⁵⁰¹

Nochtans werd ook vastgesteld dat een dergelijke voorstelling een vertekend beeld van de werkelijkheid geeft. Ten eerste omdat de klassieke *common law*-jurisdicties geen vermogensleer kennen (*supra*, randnr. 135) en ten tweede omdat de schulden die de *trustee* aangaat in de loop van het beheer over de trustgoederen, worden beschouwd als *persoonlijke* schulden van de *trustee*. Dit vloekt met de klassieke continentaalrechtelijke notie van afgezonderde boedels of afgescheiden vermogens, waarvan het determinerende kenmerk is dat er een categorie schuldeisers bestaat, die géén louter persoonlijke schuldeisers zijn van de drager(s) of beheerder(s) van dit vermogen, maar integendeel worden beschouwd als 'zaakschuldeisers'. Het afgescheiden vermogen kent aldus een eigen passief, dat bevoorrecht is ten aanzien van de goederen die zich in dit vermogen bevinden (zie hierover *infra*, randnr. 746 e.v.).¹⁵⁰² Naar *common law* dienen 'trustschuldeisers' daarentegen een omweg te nemen. Hoger (*supra*, randnr. 343) werd in dit verband

¹⁵⁰¹ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 108.

Zie ook: D. HAYTON, "Reflections on the Hague Trusts Convention after 30 years", *Journal of Private International Law* 2016, 3.

¹⁵⁰² J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 24; J. VANANROYE, "Slingerende toerekening: de zakelijke rechten in een maatschap", *TRV* 2014, 234; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 125 - 127; M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 712, 796.

vastgesteld dat de gerechtigdheid van 'trustschuldeisers' op de trustgoederen nooit sterker kan zijn dan deze van de *trustee* zelf. Dit vormde o.i. een sterk argument om het standpunt als zou de *trust* naar *common law* een 'afzonderlijke entiteit' zijn, te verwerpen.

Keert het Haagse Trustverdrag op deze stappen terug door de *trust* voor te stellen als '*une masse distincte*'? O.i. is dit niet het geval. Dit heeft alles te maken met het belangrijke 'vertaalprobleem' dat opduikt in de interactie tussen *common law*-stelsels enerzijds en *civil law*-stelsels anderzijds.¹⁵⁰³ Daar waar de *common law* het vermogensconcept niet kent en daarmee dus ook op dogmatisch vlak geen rekening moest worden gehouden, kan in *civil law*-stelsels niet buiten de contouren van de vermogensleer om worden geredeneerd. Een exacte replica van het 'fondskarakter' van de *trust* (zie *supra*, randnr. 300 en 370 .e.v.) is o.i. naar *civil law*-termen onmogelijk, behoudens in het geval van een expliciete tussenkomst van de wetgever in die zin. De segregatie van de trustgoederen kan in *civil law*-stelsels o.i. slechts op consistente wijze worden weergegeven via afgescheiden vermogen, daar de techniek van vermogensafschieding het dichtst aanleunt bij het wezen van de trustfiguur zelf. Dit standpunt zal verder (*infra*, randnr. 476 e.v.) nog nader worden onderbouwd.

De draagwijdte van dit aspect van de minimumerkenning mag trouwens ook niet worden overschat. Deze erkenning houdt slechts in dat deze goederen moeten worden beschouwd als een afzonderlijke boedel. De vraag *welke* goederen moeten worden beschouwd als trustgoederen, alsook de vraag aan welke voorwaarden moet worden voldaan voor de overdracht van deze goederen, vallen onder het toepassingsgebied van artikel 4. Deze vragen dienen daarom niet aan de hand van het toepasselijke trustrecht te worden behandeld. De vraag hoe de *trustee* vorm moet geven aan de segregatie van de trustgoederen is evenwel een kwestie van bestuur, en wordt daarom geregeld door het toepasselijke trustrecht (zie *supra*, randnr. 506). Het belang van deze minimale erkenning is evenwel groot, aangezien de erkenning van buitenlandse *trusts* in het andere geval geen enkel zinnig gevolg zou hebben.¹⁵⁰⁴

513. Het tweede element van de minimale erkenning die de verdragspartijen moeten bieden aan de *trust* ingevolge het tweede lid van artikel 11 bestaat erin dat de *trustee* in zijn 'hoedanigheid' van *trustee* dient te kunnen optreden. De *trustee* dient aldus in deze hoedanigheid in rechte te kunnen optreden als eiser of verweerder en moet tevens als *trustee* kunnen verschijnen voor notarissen of andere personen die handelen in de uitoefening van een openbaar ambt. Opvallend is dat ook met dit tweede element van de minimumerkenning wordt afgeweken van

¹⁵⁰³ Vlg. J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 330 – 336.

¹⁵⁰⁴ D. HAYTON, "Reflections on The Hague Trust Convention after 30 years", *Journal of Private International Law* 2016, afl. 1, 3.

het klassieke *common law*-standpunt dat *trustees* niet in het rechtsverkeer optreden in een bepaalde *trustee*-hoedanigheid (zie *supra*, randnr. 343).¹⁵⁰⁵

514. Aldus kan worden vastgesteld dat, wanneer wij aankomen bij de fase waarbinnen een trustverhouding kan worden 'erkend' door een *civil law*-jurisdictie, de klassieke *common law*-trust reeds een metamorfose heeft ondergaan. Niet alleen werd door het Haagse Trustverdrag de notie van de 'gedaanteloze *trust*' ingevoerd, maar ook in de erkenningsfase worden de belangrijkste aspecten van de *trust* 'vertaald' aan de hand van een aantal juridische concepten die haar gemakkelijker hanteerbaar maken voor *civil law*-stelsels.

515. Door sommige auteurs wordt bovendien opgemerkt dat op dit punt in het verdrag een cirkelredenering lijkt verscholen te liggen.¹⁵⁰⁶ Immers, teneinde na te gaan of er wel degelijk een verdragstrust voorhanden is, en dus of een bepaalde rechtsfiguur onder het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag valt, dient volgens deze auteurs reeds te worden vastgesteld of er inderdaad een afgescheiden vermogen voorhanden is. Tot dit uitsluitel kan evenwel pas worden gekomen wanneer de betrokken rechtsfiguur wordt onderzocht. Zulks veronderstelt evenwel dat óók het op deze rechtsfiguur van toepassing zijnde recht is vastgesteld. Maar dit recht kan pas worden vastgesteld indien eerst op grond van artikel 2 is vastgesteld dat er überhaupt een 'Haagse *trust*' voorhanden is. Deze auteurs stellen dat aan deze cirkelredenering kan worden ontsnapt door aan te nemen dat de aanwezigheid van de in artikel 2 genoemde criteria dienen te worden beoordeeld aan de hand van het *potentieel* van toepassing zijnde recht.

Hier kan overigens een parallel worden getrokken met de hoger gemaakte (*supra*, randnr. 430 – 432) opmerking aangaande de kwalificatieproblematiek omtrent buitenlandse *trusts*. Ook indien een *trust* dient te worden gekwalificeerd *de lege fori*, moet nog steeds vertrokken worden vanuit de figuur van de *trust* zelf, teneinde deze onder een verwijzingscategorie van het eigen recht onder te brengen. Zoals gesteld, wordt de uitkomst van deze oefening verder bemoeilijkt door het feit dat *common law*-systemen geen vermogensleer kennen, en dat enige notie van 'afgescheiden vermogens' in de juridisch-technische zin, bekeken vanuit een *civil law*-perspectief, afwezig is. De manier om hieraan tegemoet te komen is de *trust* een 'gedaanteverandering' of 'metamorfose' te laten ondergaan, door deze te beschouwen vanuit het perspectief van *civil law*-stelsels, en dus als een afgescheiden vermogen.

¹⁵⁰⁵ Voor een aantal praktische voorbeelden waar de hoedanigheid van *trustee* op het procedurele vlak al dan niet werd erkend door de Zwitserse rechtbanken, zie: L. THÉVENOZ, "Les trusts sont-ils effectivement reconnus en Suisse? : un bilan sept ans après la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts", *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier* 2014, 162.

¹⁵⁰⁶ A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 333.

(d) *Gevolgen van de erkenning*

516. Het derde lid van artikel 11 somt vervolgens vier belangrijke gevolgen op van de minimale erkenning van de *trust*:

a) privé-schuldeisers van de *trustee* kunnen geen verhaal nemen op de onder trustverband gebrachte goederen;

b) de trustgoederen vallen niet in het vermogen van de *trustee* in geval van diens faillissement of enige andere vorm van insolventie;

c) de trustgoederen vallen niet in de huwelijksgemeenschap van de *trustee* noch in diens nalatenschap;

d) en de trustgoederen mogen worden teruggevorderd door de *beneficiary/-ies* of een *trustee* indien een (andere) *trustee* de trustgoederen op wederrechtelijke wijze heeft vermengd met goederen die in diens eigen vermogen vervallen of heeft vervreemd aan een derde. Het artikel voegt hier wel aan toe dat de rechten en verplichtingen van een derde die één of meer trustgoederen onder zich heeft, worden beheerst door het recht dat wordt aangewezen door de verwijzingsregels van het forum.

(e) *Gevolgen genoemd in de punten a), b) en c) van artikel 11, derde lid van het Haagse Trustverdrag*

517. De gevolgen die staan opgesomd in punten a), b) en c) lijken o.i. een logisch gevolg te zijn van het conceptualiseren van de trustgoederen als een afgescheiden vermogen.¹⁵⁰⁷ Indien de minimale erkenning van de *trust* (terecht) inhoudt dat de trustgoederen niet mogen worden vereenzelvigd met de goederen die aan de *trustee* persoonlijk toebehoren, volgt daaruit dat zij evenmin kunnen toekomen aan de persoonlijke schuldeisers van de *trustee* en andere personen ten aanzien van wie de *trustee* in een louter 'persoonlijke hoedanigheid' staat, zoals zijn of haar echtgenoot en erfgenamen.¹⁵⁰⁸ Deze punten gaven dan ook geen

¹⁵⁰⁷ Eensluitend: J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 314.

¹⁵⁰⁸ Gelet op het feit dat artikel 2 van het verdrag slechts vooropstelt dat de onder trustverband gebrachte goederen 'onder de controle van de *trustee*' dienen te worden geplaatst, en aldus enige verwijzing naar de positie van de *trustee* als 'eigenaar' of houder van de '*legal title*' met betrekking tot de trustgoederen afwezig is, is het eigenaardig dat in artikel 11 ook niet wordt gesteld dat de goederen evenmin het onderpand vormen van de schuldeisers van de *settlor*. Naar Engels recht is dit alleszins evident, aangezien de *settlor* zowel de *legal title* als de *beneficial title* met betrekking tot de onder trustverband gebrachte goederen volledig heeft overgedragen, dan wel de goederen is gaan aanhouden als *trustee*. Het Engelse recht kent in dit verband overigens haar eigen vormen van schuldeisersbescherming. Voor wat betreft het Haagse Trustverdrag kan, ingevolge het bepaalde in artikel 4, worden volgehouden dat de specifieke vormen van

aanleiding tot al te veel discussie tijdens het redigeren van de verdragsbepalingen.¹⁵⁰⁹ Teneinde de logische consequenties van het erkennen van de *trust* als afgezonderd vermogen (*'patrimoine d'affectation'*¹⁵¹⁰ of *'une masse distincte'*) door te trekken, kan immers niet worden vastgehouden aan het klassieke standpunt binnen de *common law* dat in beginsel alle schuldeisers van de *trustee* persoonlijke schuldeisers zouden zijn.

518. Het voorgaande geeft aanleiding tot een zeer complex vraagstuk: het bestuur van de *trust* en de persoonlijke aansprakelijkheid van de *trustees* ten aanzien van de *beneficiaries* worden geregeld door het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht. Indien de aansprakelijkheid van de *trustee* ten aanzien van anderen ook door dit recht zou worden geregeld, zal in het geval van de klassieke *common law* blijken dat ook 'trustschuldeisers' kunnen gelden als 'persoonlijke schuldeisers' van de *trustee*. Maar in dat geval zou er geen 'bevoorrecht passief' zijn, hetgeen nochtans het belangrijkste kenmerk vormt van wat in veel *civil law*-stelsels in de regel beschouwen als een 'afgescheiden vermogen'.

De persoonlijke schuldeisers van de *trustee* zijn allereerst de schuldeisers die met de *trustee* te maken hebben buiten diens hoedanigheid van *trustee*. Het op het bestuur van de *trust* van toepassing zijnde recht zal er in de regel op toezien dat de *trustee* de trustgoederen afgezonderd houdt van diens persoonlijke goederen (zie *supra*, randnr. 252), zodat de zuiver persoonlijke schuldeisers van de *trustee* niet kunnen worden misleid ingevolge enige schijn van kredietwaardigheid. Het is aan de *trustee* om de creatie van een dergelijke schijn te vermijden. Ook de *beneficiaries* kunnen in bepaalde gevallen een persoonlijke vordering hebben ten aanzien van de *trustee*, bijvoorbeeld in het geval van een *breach of trust*. Nochtans impliceert het voorgaande niet dat een eventuele vergoeding daarom aan de *beneficiary/-ies* persoonlijk toekomt. De *trustee* is, althans volgens het klassieke *common law*-standpunt, er immers toe gehouden om het trustfonds zelf te restitueren (zie *supra*, randnr. 260).

Hoger (*supra*, randnr. 343) hebben wij ook ontwaard dat, volgens het klassieke *common law*-standpunt, ook schuldeisers uit onrechtmatige daad gelden als persoonlijke schuldeisers van de *trustee*. Voor de VS was de analyse genuanceerder (zie *supra*, randnr. 347). Luidens het klassieke *common law*-standpunt heeft de *trustee*, indien deze laatste geen persoonlijke fout kan worden aangewreven en indien deze evenmin nalatig was in het kiezen van zijn of haar uitvoeringsagenten, een resitutierecht ten aanzien van de trustgoederen. Zowel in de VS als onder de

schuldeisersbescherming evenzeer van toepassing zijn ten aanzien van de rechtshandeling waarmee goederen onder trustverband werden geplaatst. Zo kan door benadeelde schuldeisers een *actio pauliana* worden ingesteld tegen de overdracht van goederen aan de *trustee*. zie ook vn. 1423.

Zie: M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 163 – 165.

¹⁵⁰⁹ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 112.

¹⁵¹⁰ Ook vanuit een Frans perspectief zou het trustfonds worden 'vertaald' als een afgescheiden vermogen of *'patrimoine d'affectation'*, zie: J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 383.

klassieke *common law*-regeling, kunnen *tort claimants* zich meestal, op rechtstreekse of onrechtstreekse wijze, toch op de trustgoederen verhalen, desgevallend via de rechten van de rechten van de *trustee*. Ook voor contractuele schulden die de *trustee* aangaat in de loop van diens beheer hebben wij reeds opgemerkt dat, volgens de *common law*, de persoonlijke goederen van de *trustee* principieel ook het onderpand vormen van de claims van 'trustschuldeisers' tenzij zulks contractueel wordt uitgesloten. In de VS is de *default-rule* het omgekeerde en zal de *trustee* in beginsel niet persoonlijk aansprakelijk zijn, tenzij diens persoonlijke aansprakelijkheid uit de overeenkomst zelf vloeit, de *trustee* zijn of haar hoedanigheid niet bekend maakte, hij of zij contracteerde *in breach of trust* of wanneer hij of zij de hoedanigheid van *trustee* niet bekend maakte (zie *supra*, randnr. 346).

Schematisch:

	<i>Common Law</i> (Engeland en Wales)	Verenigde Staten
Contractuele schulden	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Trustee</i> persoonlijk gehouden en aansprakelijk (randnr. 343) - Schuldeisers hebben slechts onrechtstreekse toegang tot de trustgoederen indien voldaan aan VW (randnr. 343) 	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Trustee</i> in beginsel niet persoonlijk gehouden en aansprakelijk indien voldaan aan VW (randnr. 346) - Schuldeisers hebben mogelijks wel rechtstreekse toegang tot de trustgoederen indien voldaan aan VW (randnr. 346)
Schulden vanwege <i>torts</i>	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Trustee</i> persoonlijk gehouden en aansprakelijk (randnr. 343) - Schuldeisers hebben slechts onrechtstreekse toegang tot de trustgoederen indien voldaan aan VW (randnr. 343) 	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Trustee</i> in beginsel niet persoonlijk gehouden en aansprakelijk indien voldaan aan VW (randnr. 347) - Schuldeisers hebben mogelijks wel rechtstreekse toegang tot trustgoederen indien voldaan aan VW (randnr. 347)

519. Niettegenstaande de verschillen tussen de Engelse en Amerikaanse opvattingen, werd hoger (*supra*, randnr. 401) toch besloten dat de *trust* in geen van beide gevallen kan worden beschouwd als een 'afzonderlijke entiteit'. Indien het uitgangspunt er evenwel in bestaat dat de trustgoederen moeten worden beschouwd als een afgescheiden vermogen, kunnen de Engelse en Amerikaanse visies op de *trust* mogelijks worden verzoend met de continentale versie op afgescheiden vermogens. Indien wij aannemen dat de schuldeisers die op (on)rechtstreekse wijze verhaal kunnen nemen op de trustgoederen worden beschouwd als 'zaakschuldeisers' van het afgescheiden vermogen, lijken beide noties met elkaar bestaanbaar en kan de '*trust*' op deze wijze toch worden erkend als afgescheiden vermogen.¹⁵¹¹ Merk op dat deze metamorfose van de *trust* naar een afgescheiden vermogen nadelig kan uitvallen voor sommige *beneficiaries*, aangezien, althans voor goederen gelegen in een rechtsorde die de *trust* als afgescheiden vermogen opvat, de 'zaakschuldeisers' een rechtstreeks verhaal verkrijgen op de onder trustverband gebrachte goederen, zelfs al hadden zij deze mogelijkheid niet volgens het recht dat de trustverhouding zelf beheerst.

520. In Nederland wordt door VERHAGEN een soortgelijke oplossing verdedigd.¹⁵¹² Aangezien er sprake is van een afgescheiden vermogen, zonder enige vorm van (wettelijk voorziene) beperkte aansprakelijkheid, lijkt de logische oplossing aldus te zijn dat trustschuldeisers (als 'zaakschuldeisers') bevoorrecht zijn op de trustgoederen en desgevallend eveneens verhaal kunnen nemen op de persoonlijke goederen van de trustee. Louter persoonlijke schuldeisers van de trustee zouden daarentegen in beginsel geen verhaal kunnen nemen op de trustgoederen.

VERHAGEN voegt aan zijn analyse wel toe dat het billijk zou lijken, mocht de 'onbeperkte aansprakelijkheid' van de trustee *de facto* worden omgezet in een vorm van beperkte aansprakelijkheid, zodat de trustschuldeisers geen verhaal zouden kunnen nemen op de persoonlijke goederen van de trustee.¹⁵¹³ De auteur wordt hierin gevolgd door verschillende andere Nederlandse auteurs.¹⁵¹⁴ Deze auteurs importeren hiermee als het ware, naast het aspect '*entity shielding*' dat essentieel

¹⁵¹¹ Zo stelt ook HAYTON: "*Creditors knowingly dealing with a trustee acting as such should not, therefore, be able to levy execution against the trustee's personal patrimony to satisfy their judgment debts because the trust patrimony should be regarded as separately liable*" (eigen onderlijning), zie: D. HAYTON, "Developing the use of trusts in the Netherlands", *WPNR* 1997, 544.

Merk op dat het onderlijnde gedeelte aantoont dat ook HAYTON lijkt te aanvaarden dat de rechten van de 'trustschuldeisers' anders dienen te worden opgevat dan het geval is onder de klassieke *common law*-positie.

¹⁵¹² H.L.E. VERHAGEN, "Het Haagse Trustverdrag" in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN *et al.* (eds.), *Vertrouwd met de trust. Trusts and trust-like arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, 99 – 100.

¹⁵¹³ *Ibid*, 100.

¹⁵¹⁴ Zie: S.C.J.J. KORTMANN, "Past "de trust" in het Nederlandse recht?" in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN *et al.* (eds.), *Vertrouwd met de trust. Trusts and trust-like arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, 187; A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 368. Zie ook: J. DE BOER, "De trust naar Curaçaos recht", *WPNR* 2012, 289.

is voor het bestaan van een afgescheiden vermogen, óók het aspect 'beperkte aansprakelijkheid' of '*defensive asset partitioning*'. Volgens KOPPENOL-LAFORCE zouden de trustschuldeisers, indien het trustvermogen ontoereikend blijkt te zijn, een vordering tot schadevergoeding hebben ten aanzien van de *trustee*.¹⁵¹⁵ De logica van deze standpunten, als weergave van het vigerende positieve recht, ontgaat ons enigszins. De auteurs lijken in dit verband met name aansluiting te zoeken bij het Amerikaanse trustrecht. Nochtans hebben wij hoger gezien dat de principiële persoonlijke niet-aansprakelijkheid van de Amerikaanse *trustee* veeleer het gevolg is van een aanvullende *default rule* die eerder van verbintenisrechtelijke aard is, en ook op verbintenisrechtelijke wijze kan worden omzeild. De betrokken auteurs geven echter geen uitsluitsel over de reden waarom zij een voorkeur hebben voor deze aanpak.

521. O.i. lijkt het logischer om de 'metamorfose' naar een afgescheiden vermogen ook consequent door te trekken en de *trust* ook consequent als zodanig te behandelen. Noch in het Haagse Trustverdrag, noch in het Belgische WIPR en evenmin in het materieel recht van België of Nederland is een wettelijke grondslag te vinden voor het introduceren van enige vorm van beperkte aansprakelijkheid ten voordele van de *trustee*. Zulks is evenmin de gemeenrechtelijke regel voor afgescheiden vermogens.

De 'beperkte aansprakelijkheid' volgt in regel veeleer uit het feit dat een afgescheiden vermogen kan worden bekleed met rechtspersoonlijkheid, zodat de deelgenoten in beginsel gelden als derden ten aanzien van de overeenkomsten die deze rechtspersoon aangaat. Specifiek op vennootschapsrechtelijk vlak wordt de beperkte aansprakelijkheid bovendien geregeld gekoppeld aan de (minimum)verplichtingen die de deelgenoten van de rechtspersoon hebben met betrekking tot de vorming, instandhouding en vrijwaring van het vermogen van deze rechtspersoon.¹⁵¹⁶ De *trust* is echter geen rechtspersoon en wordt als gevolg van de voorhanden zijnde 'metamorfose' evenmin bekleed met rechtspersoonlijkheid. Evenmin hebben *trusts* een vorm van 'minimumkapitaal'. Bij gebreke aan rechtspersoonlijkheid of aan enige andere wettelijke grondslag voor beperkte aansprakelijkheid kan de door deze auteurs gevolgde opvatting met betrekking tot de beperking van de persoonlijke aansprakelijkheid van de *trustee*, dan ook niet worden gevolgd.

O.i. is het daarentegen wel mogelijk dat de *trustee* zijn of haar persoonlijke aansprakelijkheid uitsluit per overeenkomst, in zoverre dat het op de overeenkomst van toepassing zijnde recht een dergelijke uitsluiting van aansprakelijkheid toelaat. *De facto* reflecteert ons standpunt om deze reden ook de Engelse positie.

522. Met betrekking tot punt b) van artikel 11 kan nog worden opgemerkt dat het Nederlandse insolventierecht, in tegenstelling tot het Zwitserse

¹⁵¹⁵ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 191.

¹⁵¹⁶ J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblio, 2014, 12.

insolventierecht¹⁵¹⁷, geen bijzondere regels kent inzake *trusts*. In de Nederlandse rechtsleer wordt daarom voorgesteld om de *trust* te assimileren in het systeem van de Nederlandse faillissementswet.¹⁵¹⁸ Zo nodig kan dit volgens deze auteurs gebeuren door, zo veel als mogelijk, een analogische toepassing te maken van de regels die gelden voor gelijksoortige Nederlandse rechtsfiguren. Opvallend is overigens dat zowel in Zwitserland als in Nederland de *trustee* kennelijk ook in diens hoedanigheid van *trustee* van een afzonderlijk trustvermogen failliet kan worden verklaard. In Zwitserland is deze regel zelfs wettelijk verankerd.¹⁵¹⁹

Indien de *trustee*, op grond van artikel 3 van de Europese Insolventieverordening, zijn of haar centrum van voornaamste belangen in Nederland heeft of in Nederland een vestiging heeft, zou de *trustee* dan ook *in zijn of haar hoedanigheid van trustee van een bepaald trustvermogen* failliet moeten kunnen worden verklaard.¹⁵²⁰ Deze auteurs zien geen probleem in het feit dat de Nederlandse faillissementswet hieromtrent geen uitdrukkelijke regeling inhoudt.

523. Met betrekking tot het Zwitserse recht kan nog worden opgemerkt dat het antwoord op de vraag op welke vermogensbestanddelen de trustschuldeisers zich kunnen verhalen, expliciet afhankelijk wordt gemaakt van het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht.¹⁵²¹ Indien, onder het van toepassing

¹⁵¹⁷ Zie: J. PERRIN, "The Recognition of Trusts and Their use in Estate Planning under Continental Laws" in P. ŠARČEVIĆ, P. VOLKEN, A. BONOMI (eds.), *Yearbook of Private International law*, Vol. X, München, Sellier, 2009, 647; A. PEYROT, M. BARMES, "Les trusts et l'exécution force en Suisse" in L. THÉVENOZ, C. BOVET, *Journée 2007 de droit bancaire et financier*, Zürich, Schulthess, 2008, 129 e.v.; A. PEYROT, "How to square the circle? The challenge met by Swiss insolvency law in dealing with common law trusts" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 41 – 66.

Artikel 284b van de Zwitserse faillissementswet leest als volgt: "*Dans la faillite d'un trustee, le patrimoine du trust est distrait de la masse en faillite après déduction des créances du trustee contre ce patrimoine.*" Opgemerkt kan dus worden dat het Zwitserse faillissementsrecht het 'trustvermogen' beschermt tegen een faillissement van de *trustee*.

Zie: *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889*, RO 11 488.

¹⁵¹⁸ A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht* in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deventer, Kluwer, 2015, 368 e.v.

¹⁵¹⁹ Zie artikel 284a, para. 3 van de Zwitserse *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*: "*La poursuite se continue par la voie de faillite. La faillite est limitée au patrimoine du trust.*"

¹⁵²⁰ A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht* in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deventer, Kluwer, 2015, 369; N.E.D. FABER, "Eigendom ten titel van beheer, kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen" in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN et al. (eds.), *Vertrouwd met de trust. Trusts and trust-like arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, 244 - 245; R.D. VRIESENDORP, "Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag" in *Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht*, Lelystad, Koninklijke Vermande BV, 1994, 105 – 106.

KOPPENOL-LAFORCE verzet zich tegen dit standpunt, zie: M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 193.

Zie art. 3 van Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures, *Pb.L.* 5 juni 2015, afl. 141/19.

¹⁵²¹ Deze conclusie wordt bereikt door een gezamenlijke lezing van artikel 284a, para. 1 van de Zwitserse *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite* en de artikelen 149a tot

zijnde trustrecht, 'trustschulden' gelden als persoonlijke schulden van de *trustee*, dan worden deze schulden in Zwitserland ook toegerekend aan de *trustee* persoonlijk. Indien de *lex causae* daarentegen de schuld rechtstreeks toerekent aan het trustvermogen, dienen de trustschuldeisers de *trustee* aan te spreken in diens hoedanigheid als *trustee*, waardoor zij zich rechtstreeks zouden kunnen verhalen op de onder trustverband gebrachte goederen. In het geval de onderliggende *lex causae* het klassieke model volgt en alle schulden beschouwt als zijnde persoonlijke schulden van de *trustee*, maar bepaalde schuldeisers in de schoenen kunnen treden van de *trustee* (zo zogeheten *subrogation claim*, zie *supra*, randnr. 282 en 343), laat het Zwitserse recht evenwel toe, indien aan alle voorwaarden die de *lex causae* hiertoe stelt, dat deze schuldeisers zich rechtstreeks kunnen verhalen op de trustgoederen.¹⁵²²

Wanneer het voorgaande wordt gecombineerd met het inzicht dat het Zwitserse insolventierecht een bijzondere regeling kent inzake het 'faillissement van de *trust*', noopt dit tot de volgende bedenkingen.

Indien de *lex causae* alle schulden beschouwt als zijnde de schulden van de *trustee* persoonlijk, zal een eventuele samenloop alle persoonlijke goederen van de *trustee* omvatten, ongeacht of die samenloop is uitgelokt door zuiver persoonlijke schuldeisers of schuldeisers met wie de *trustee* handelde als *trustee*.¹⁵²³ De onder trustverband gebrachte goederen blijven geheel buiten deze samenloop (*affirmative asset partitioning*). In bepaalde gevallen kunnen 'trustschuldeisers' zich principieel wel direct verhalen op de trustgoederen indien zij zich kunnen beroepen op een *subrogation claim*.

In het geval de *lex causae* toestaat dat, indien aan alle voorwaarden is voldaan, de trustschuldeisers zich rechtstreeks kunnen verhalen op de onder trustverband gebrachte goederen, raakt een eventueel 'faillissement' van de *trust* de *trustee* niet in diens persoonlijke hoedanigheid, zodat diens persoonlijke goederen buiten de samenloop blijven. De *trustee* geniet in dat geval *de facto* van een vorm van beperkte aansprakelijkheid (of beter gezegd: non-aansprakelijkheid).¹⁵²⁴ Hoger hebben wij besproken dat, althans volgens de UTC, de *trustee* toch in bepaalde gevallen in zijn persoonlijke hoedanigheid kan worden aangesproken door schuldeisers (zie *supra*, randnr. 346). Een toepassing van de Zwitserse regels leert

en met 149e van de Zwitserse *Loi fédérale sur le droit international privé*. De eerste paragraaf van artikel 284a stelt de vraag op welk vermogen een 'trustschuld' kan worden verhaald immers afhankelijk van het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht, door een verwijzing naar de desbetreffende artikelen uit de Zwitserse wet betreffende het internationaal privaatrecht.

Zie ook: A. PEYROT, "How to square the circle? The challenge met by Swiss insolvency law in dealing with common law trusts" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 61 – 64; A. PEYROT, *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, Genève, Schulthess, 2011, 147 e.v., 151 e.v., 326.

¹⁵²² A. PEYROT, *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, Genève, Schulthess, 2011, 156.

¹⁵²³ *Ibid*, 150.

¹⁵²⁴ *Ibid*, 155, 177.

ons dat, indien de *lex causae* inderdaad een dergelijke regel bevat, deze benadering behouden blijft binnen het Zwitserse insolventierecht.

Het is zeer opmerkelijk om vast te stellen hoe een fenomeen dat vanuit een *common law*-perspectief (*supra*, randnr. 346) kan worden benaderd als de eenvoudige omkering van een regel van aanvullend recht, op dergelijke wijze kan resoneren in een buitenlands insolventierecht.

Schematisch voor Zwitserland:

<i>Trustee</i> handelt voor privé-doeleinden	→	Persoonlijke schulden	→	Verhaalbaar volgens gemeenrechtelijk Zwitsers insolventierecht
		Persoonlijke schulden volgens <i>lex causae</i> *		
<i>Trustee</i> handelt voor trustdoeleinden	→	Trustschulden volgens <i>lex causae</i> **	→	Verhaalbaar volgens art. 284a <i>Loi fédérale sur la poursuite de dettes et la faillite</i> .

* Uitzondering in geval van een rechtsgeldige *subrogation claim*.

** Indien aan alle voorwaarden die de *lex causae* hiertoe stelt is voldaan.

524. Bij het voorgaande kunnen ten slotte nog enkele samenvattende bedenkingen worden gemaakt.

Zowel in Zwitserland als in Nederland lijkt de *trust*, als gevolg van de 'metamorfose' van een eigenlijke *trust* naar een afgescheiden vermogen, op een aantal vlakken dicht aan te schurken bij wat *civil law*-stelsels normaliter (h)erkennen als (volkomen) rechtspersonen. Ten eerste omdat de *trust* – of nauwkeuriger: de *trustee*¹⁵²⁵, in zijn of haar hoedanigheid als *trustee* van een bepaald trustvermogen, in een samenloopprocedure terecht kan komen. Ten tweede omdat in de

¹⁵²⁵ Hoger (*supra*, randnr. 335) werd immers gesteld dat een trustverhouding klassiek geacht wordt te opereren *via* de afzonderlijke rechtspersoonlijkheid van de *trustee*(s). Zie: A. HUDSON, *Equity and Trusts*, 8th Edition, Oxford, Routledge, 2015, 350.

Nederlandse doctrine zelfs wordt geijverd voor een vorm van beperkte aansprakelijkheid voor de *trustee*. Ten derde omdat, zoals hoger (*supra*, randnr. 448) is gebleken dat het Zwitserse recht ook spreekt van de 'zetel' (*le siège*) van een *trust*, in de context van het vaststellen van de internationale bevoegdheid van de Zwitserse rechtbanken inzake trustzaken. Reeds in 1952 werden gelijkaardige bemerkingsen geformuleerd door de Franse auteur LEPAULLE, die de *trust* op deze wijze benaderde vanuit een continentaalrechtelijk perspectief: "*la solution le plus efficace et la plus simple est de doter le trust de la personne morale [...]*".¹⁵²⁶ Ook in de Nederlandse literatuur wordt betoogd dat de *trust* nog het best kan worden begrepen als een rechtspersoon.¹⁵²⁷

In het Zwitserse insolventierecht wordt dan weer aansluiting gezocht bij het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht, teneinde te bepalen welke schuldvorderingen rechtstreeks verhaalbaar zijn op het trustvermogen. De Zwitserse aanpak herintroduceert met andere woorden de hoger beschreven verschillen tussen de Engelse en Amerikaanse trustmodellen. De benadering als afgescheiden vermogen wordt zodoende onder het Zwitserse recht minder consequent doorgetrokken, juist omdat op dit vlak terug aansluiting wordt gezocht bij de gehanteerde regel in rechtsstelsels die geen vermogensleer kennen. Deze benadering doorkruist dus de civielrechtelijke logica die normaliter achter afgescheiden vermogens schuilgaat.

Aan de andere kant voorziet het Zwitserse recht expliciet dat de *trustee* van een bepaald trustvermogen in die hoedanigheid failliet kan worden verklaard. In Nederland is dit 'slechts' een doctrinair standpunt. Beschouwd vanuit een *common law*-perspectief is het misschien verrassend om vast te stellen dat de *trustee* in diens hoedanigheid van *trustee* in een samenloopprocedure kan worden betrokken.¹⁵²⁸ Hoger (*supra*, randnr. 343) werd immers vastgesteld dat enkel activa *on trust* kunnen worden gehouden. Dit weerhoudt beide rechtsstelsels er kennelijk niet van te aanvaarden dat het afgescheiden trustvermogen als zodanig in staat van insolventie kan verkeren.

Hierbij kan nog de bedenking worden gemaakt dat in zogeheten *mixed jurisdictions* als Schotland, waar de *trust* wordt ook wordt beschouwd als een afgescheiden vermogen (zie *infra*, randnr. 535), er óók is voorzien in een bijzondere samenloopprocedure ingeval het afgescheiden trustvermogen insolvabel is.¹⁵²⁹

¹⁵²⁶ P. LEPAULLE, "Review of La propriété dans le trust (by R. PASQUAL)", *Revue Internationale de droit Comparé* 1952, 378.

¹⁵²⁷ H.C.F. SCHOORDIJK, "Trust en rechtspersoonlijkheid, afgescheiden vermogen, vertegenwoordiging en bewindsbevoegdheid" in H. COUSY, E. DIRIX, S. STIJNS, J. STUYCK (eds.), *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 573 – 586.

¹⁵²⁸ A. PEYROT, *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, Genève, Schulthess, 2011, 174 – 175; P. PANICO, *International Trust Laws*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 236, 270.

¹⁵²⁹ *Section 6 (1) (a) Bankruptcy (Scotland) Act 1985 e.v.*

Bekeken vanuit het perspectief van *civil law*-landen en gemengde jurisdicties doet het Zwitserse idee dus helemaal niet zo vreemd aan.

(f) *Gevolgen genoemd in punt d) van artikel 11, derde lid van het Haagse Trustverdrag*

525. Het bepaalde in punt d) van het derde lid geeft in de rechtsleer aanleiding tot verwarring. De draagwijdte van de bepaling is immers onduidelijk. Volgens het Rapport VON OVERBECK heeft deze bepaling betrekking op het fenomeen 'tracing'.¹⁵³⁰ Hoger (*supra*, randnr. 275 e.v.) werd dit concept reeds toegelicht. Deze bepaling heeft zowel betrekking op het geval waar trustgoederen (ten onrechte) worden vermengd met de eigen goederen van de *trustee*, alsook op het geval waar de goederen zich bij derden bevinden ingevolge een *breach of trust*. Het is opvallend dat in artikel 11 überhaupt wordt verwezen naar het fenomeen *tracing*. Uit Deel II is immers gebleken dat het feit dat de *beneficiaries* in klassieke *common law*-jurisdicties kunnen *tracen*, een reden vormt om aan te nemen dat het *equitable interest* minstens ten aanzien van bepaalde personen zakenrechtelijke gevolgen kan ressorteren. De mogelijkheid om te *tracen* wordt slechts afgeblokt wanneer de trustgoederen worden verkregen door een *bona fide purchaser for value without notice*. Echter, uit de in artikel 2 geboden omschrijving van de 'gedaanteloze' of 'Haagse *trust*', blijkt in niets dat een *beneficiary* per definitie een (quasi-)zakelijk recht op de trustgoederen dient te hebben. Het enige goederenrechtelijke rechtsgevolg wat aan bod komt in artikel 2 is de afgescheiden positie van de trustgoederen ten aanzien van de persoonlijke goederen van de *trustee*. *Tracing/following* kan dus pas aan de orde komen indien het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht dit fenomeen kent.¹⁵³¹

526. Een opvallend verschil tussen de Engelse en Franse taalversies van het verdrag is dat in de Engelse taalversie het eerder neutrale begrip 'recovered' wordt gebezigd, terwijl de Franse taalversie spreekt over 'revindication'. Deze laatste notie lijkt o.i. toch niet helemaal overeen te stemmen met *tracing*. Het proces *tracing* is immers omvattender, en incorporeert eveneens noties die analoog zijn aan het volgrecht en zakelijke subrogatie (zie *supra*, randnr. 275 – 277). Een terugvordering kan pas geschieden nadat de *traceable products* zijn

¹⁵³⁰ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 113. VON OVERBECK hanteert het begrip 'droit de suite' als Franse vertaling voor het begrip 'tracing'.

Hoger (*supra*, randnrs. 275 e.v.) werden de concepten *tracing* en *following* naar Engels recht afzonderlijk besproken. Wanneer hier, alsook in wat volgt wordt gesproken over *tracing* in verhouding tot derden, verwijzen wij daarmee niet naar het *tracingproces* zoals het geval is in de Anglo-Amerikaanse literatuur. Wij verwijzen daarentegen wel naar de mogelijkheid om de goederen te volgen in de handen van derden.

¹⁵³¹ D. PANNATIER KESSLER, "The recognition of tracing under the Hague Trusts Convention: an analysis of article 11 para 3 lit d from the perspective of Swiss law", *Trusts & Trustees* 2012, 151.

geïdentificeerd. Het begrip *'revindication'* dient o.i. daarom niet in een Belgische of Franse juridische context te worden geïnterpreteerd.

527. De inclusie van *tracing* in het verdrag alarmeerde kennelijk enkele leden van de participerende delegaties¹⁵³² en de delegatie van de Bank voor Internationale Betalingen ("BIB") in het bijzonder¹⁵³³. Deze laatste delegatie vreesde vooral dat (continentale) banken zouden worden geconfronteerd met allerlei *tracing*-claims. Om deze reden worden de mogelijke gevolgen van *tracing* dan ook op allerlei wijzen door het verdrag zelf ingeperkt, *a fortiori* wanneer er derden (i.e. andere personen dan de *trustee*[s]) bij betrokken zijn.

528. Op grond van het bepaalde in artikel 11, derde lid, d) van het Haagse Trustverdrag lijkt de bescherming voor het trustfonds o.i. integraal te geschieden op grond van het toepasselijke trustrecht, wanneer de *trustee* trustgoederen heeft vermengd met zijn of haar eigen goederen.¹⁵³⁴ Deze stelling wordt in essentie ook verdedigd in de Nederlandse rechtsleer, doch de meeste Nederlandse auteurs lijken het standpunt toegedaan dat een soortgelijke bescherming voor de *beneficiaries* ook kan worden bereikt door middel van Nederlandse goederenrechtelijke concepten.¹⁵³⁵ Zodoende wordt, *grosso modo*, een soortgelijk resultaat bereikt als ook het geval zou zijn onder de klassieke trustrechtelijke regels. Ook wanneer de *trustee in breach of trust* een aantal trustgoederen heeft vervreemd en met de opbrengsten een ander goed voor zichzelf heeft gekocht, dient het nieuwe goed onderdeel te worden van het trustfonds, desgevallend ten belope van het aandeel aan trustgoederen dat de *trustee* heeft gebruikt om het nieuwe goed aan te schaffen.¹⁵³⁶ Hierdoor ontstaat dan een medegerechtigdheid binnen het

¹⁵³² M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 355; CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) – Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 212, 234.

¹⁵³³ CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) – Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 215 – 220, i.h.b. 218.

¹⁵³⁴ D. PANNATIER, KESSLER, "The recognition of tracing under the Hague Trusts Convention: an analysis of article 11 para 3 lit d from the perspective of Swiss law", *Trusts & Trustees* 2012, 151; D. PANNATIER, KESSLER, *Le droit de suite et sa reconnaissance selon la Convention de La Haye sur les trusts*, Genève, Schulthess, 2011, 88; L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1510 – 1511.

¹⁵³⁵ A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht* in C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 371; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 222 – 26; H.L.E. VERHAGEN, "Het Haagse Trustverdrag" in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN *et al.* (eds.), *Vertrouwd met de trust. Trusts and trust-like arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, 104 – 106. De laatstgenoemde auteur tracht *tracing* ten aanzien van de *trustee* in het Nederlandse recht te assimileren door enerzijds een beroep te doen op algemene zaakvervangende en anderzijds door aan de *beneficiaries* een bijzonder voorrecht toe te kennen, in het geval dat de *trustee* ten onrechte trustgoederen (of de tegenwaarde daarvan) vermengd heeft met diens persoonlijk vermogen.

¹⁵³⁶ Zie ook: D. HAYTON, "Trusts" in *Private International Law* in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 66.

afzonderlijke trustvermogen. In het kader van een eventuele tengeldemaking zouden de trustschuldeisers en de begunstigden van de *trust* daarmee – bij voorrang – aanspraak kunnen maken op het gedeelte waartoe zij gerechtigd zijn, zodat het resterende deel in het persoonlijke vermogen van de *trustee* valt.¹⁵³⁷ Ook door de Belgische doctrine werd in het verleden reeds een beroep gedaan op een gelijkaardig concept teneinde een oplossing te bieden voor gevallen waar de beheerder van een ‘trustachtige figuur’ de beheerde goederen ten onrechte vermengt met persoonlijke goederen.¹⁵³⁸

529. Echter, wanneer er derden bij betrokken zijn, vertroebelt het plaatje erg snel en geeft het verdrag kennelijk heel wat mogelijkheden aan de lidstaten om de mogelijke gevolgen van *tracing* (daarmee wordt hier bedoeld: het recht om de goederen te volgen in de handen van derden) te beperken. Luidens de tekst van het verdrag dient voor wat betreft de rechten en de verplichtingen van derden die de trustgoederen onder zich hebben, rekening te worden gehouden met de verwijzingsregels van het forum. Aangezien het hier gaat om een goederenrechtelijke materie, zou hier in beginsel de *lex rei sitae*-regel gelden, zodat zou moeten worden verwezen naar het recht van het land van de ligging van de goederen.

Ten eerste kan hier worden opgemerkt dat de draagwijdte van deze tweede zin van de betrokken bepaling in de literatuur betwist is. In de Franse en Engelse taalversies van het verdrag wordt respectievelijk gewag gemaakt van “*un tiers détenteur des biens du trust*” en “*any third party holder of the assets*”. Dit doet verschillende auteurs vermoeden dat de bepaling betrekking heeft op alle derden die trustgoederen onder zich houden, dus ook derden die trustgoederen onder bezwarende of ten kosteloze titel hebben verkregen van de *trustee*.¹⁵³⁹ VON OVERBECK en KOPPENOL-LAFORCE wijzen echter op de ontstaansgeschiedenis van deze

¹⁵³⁷ In Belgische rechtstermen wordt hier gerefereerd naar de zogeheten ‘numerieke mede-eigendom’. Zie: V. SAGAERT, *Deel V ‘Goederenrecht’ in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 78 – 82; M.E. STORME, “Overdracht van roerende goederen, vestiging van pandrecht, eigendomsvoorbehoud: een poging tot systematisatie” in *Het Zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit, XVIII^o Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1991 – 1992*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 506; L. VAN VLIET, *Transfer of moveables in German, French, English and Dutch Law*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2000, 101.

¹⁵³⁸ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 422.

STORME verwijst in dit verband naar het KB nr. 62 van 10 november 1967, zie: M.E. STORME, “Overdracht van roerende goederen, vestiging van pandrecht, eigendomsvoorbehoud: een poging tot systematisatie” in *Het Zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit, XVIII^o Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1991 – 1992*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 506. Zie ook *infra*, randnr. 896.

¹⁵³⁹ Bv: L. COLLINS (ed.), *Dacey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1510 – 1511; D. HAYTON, “Trusts” in *Private International Law* in *ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, Recueil des Cours, Vol. 366*, Leiden, Nijhoff, 2013, 66 – 68; J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 384; J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 322 – 323; D. PANNATIER KESSLER, “The recognition of tracing under the Hague Trusts Convention: an analysis of article 11 para 3 lit d from the perspective of Swiss law”, *Trusts & Trustees* 2012, 151.

bepaling, en stellen dat deze bepaling enkel slaat op derden die in een contractuele verhouding staan tot de *trustee* en geen rechthebbenden zijn met betrekking tot de trustgoederen.¹⁵⁴⁰ Het typevoorbeeld hiervan zou een bank zijn waarbij de *trustee* een rekening heeft geopend en waarop trustgelden staan.

De rechtspositie van derden die trustgoederen van de *trustee* verkrijgen, zou volgens deze auteurs afdoende worden geregeld via artikel 15 van het Haagse Trustverdrag (zie *infra*, randnr. 593). O.i. is een historische interpretatie van het artikel evenwel onvoldoende om de letterlijke tekst van het verdrag opzij te schuiven: *in claris cessat interpretatio*. In de interpretatie dat artikel 11, derde lid, d) betrekking heeft op alle derden die van de *trustee* verkrijgen, is de reikwijdte van deze bepaling overigens groter dan die van artikel 15, hetwelk het alleen heeft over dwingende regels van van andere aangewezen rechtsstelsels (zie *infra*, randnr. 559).¹⁵⁴¹ Ook het Engelse *Supreme Court* heeft reeds de visie onderschreven dat artikel 11, derde lid, d) van het Haagse Trustverdrag betrekking heeft op alle derde-verkrijgers van trustgoederen.¹⁵⁴²

530. Het voorgaande impliceert dat verschillende stappen dienen te worden doorlopen bij het nagaan of een trustgoed kan worden teruggevorderd van een derde die dit goed onder zich houdt. Aangezien *tracing* in beginsel slechts aan bod kan komen wanneer er sprake is van een *breach of trust*, wordt in wat volgt uitgegaan dat een dergelijke *breach of trust* ook daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. De vraag of een dergelijke *breach of trust* voorhanden is, dient o.i. te worden beantwoord aan de hand van het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht. Het is immers dit recht dat kwesties inzake rechtsgevolgen en het bestuur van de *trust* regelt.¹⁵⁴³

¹⁵⁴⁰ A.E. VON OVERBECK, "Law Applicable to, and Recognition of Trusts in Switzerland: the Possible Future under the Hague Convention", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 5, 7; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 137 – 139, 252 – 253.

Ondersteunen dit standpunt eveneens: C.D. VAN BOESCHOTEN, "Het Haagse Trustverdrag in Nederlands Perspectief" in *Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht*, Lelystad, Koninklijke Vermande BV, 1994, 22; R.D. VRIESENDORP, "Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag" in *Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht*, Lelystad, Koninklijke Vermande BV, 1994, 96.

VON OVERBECK stelt: "The meaning of this sentence has to be ascertained from its history rather than from its wording. Its origin was a proposal of the observer of the Bank for International Settlements. It refers not to third persons to whom the trustee has transferred assets in breach of trust, but to third persons, in a contractual relationship with the trustee, who hold assets of the trust; practically, this concerns bankers. Rights and duties of such third persons shall be subject of the law determined by the conflict rules of the forum."

¹⁵⁴¹ HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 322; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 139.

¹⁵⁴² *Akers and others v Samba Financial Group*, [2017] UKSC 6, paragraaf 40 – 41.

¹⁵⁴³ Zie eensluidend: D. PANNA TIER KESSLER, "The recognition of tracing under the Hague Trusts Convention: an analysis of article 11 para 3 lit d from the perspective of Swiss law", *Trusts & Trustees* 2012, 150.

In eerste instantie zal het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht bepalen of een goed (of de tegenwaarde daarvan) kan worden gevolgd in de handen van een derde die de trustgoederen onder zich houdt. In het geval deze *lex causae* het concept *tracing* kent, zal dit in de regel wel het geval zijn. In een tweede fase moet rekening worden gehouden met de toepassing van de *lex rei sitae*. Zo zal bijvoorbeeld de vraag, of de derde beroep kan doen op de toepasselijke derdenbeschermingsregels, dienen te worden beantwoord aan de hand van de verwijzingsregels die volgens het forum van toepassing zijn.

Dit alles veronderstelt evenwel dat de *beneficiary* überhaupt een beroep kan doen op enige goederenrechtelijke remedie, zoals *tracing of following*. O.i. hangt het antwoord op deze vraag af van de onderliggende vraag welke aard aan de rechten van de *beneficiaries* onder een *trust* wordt toegekend. Ook hier treedt noodzakelijkerwijs een wisselwerking op tussen het van toepassing zijnde trustrecht en het recht van de forumstaat. Allereerst dient aan de hand van de *lex causae* te worden vastgesteld of de *beneficiaries* beschikken over een 'zakelijk recht' of een recht met zakelijke werking. Slechts indien dit het geval is, komt de vraag aan bod of de forumstaat de, vanuit zijn perspectief, zakelijke aard van deze rechten honoreert. Het is immers niet vanzelfsprekend dat de aard van het *equitable interest* moet worden beoordeeld aan de hand van het van toepassing zijnde trustrecht.¹⁵⁴⁴ In de voorbereidende werken van het Haagse Trustverdrag kan wel een passage worden aangetroffen waaruit blijkt dat, wanneer een

¹⁵⁴⁴ Zo laten DICEY, MORRIS en COLLINS de mogelijkheid open dat de aard van het *equitable interest* dient te worden beoordeeld aan de hand van het recht van het land van de ligging van de goederen, ingevolge de toepassing van artikel 15, eerste lid, d) van het Haagse Trustverdrag. Indien dit het geval zou zijn, kan de *beneficiary* o.i. voor in België, Frankrijk of Nederland gelegen goederen nooit meer dan een persoonlijk recht hebben ten aanzien van de *trustee*, aangezien dit anders een schending oplevert van het *numerus clausus*-beginsel in het goederenrecht.

Zie: L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1502.

Het belang van dit beginsel dient evenwel te worden genuanceerd. Voor wat betreft het Franse recht kan dit worden geïllustreerd aan de hand van enkele arresten van het Franse Hof van Cassatie. Zie bv: Cass. Fr. 2 december 2009, *Bull. Civ.* 2009, III, 266; Cass. Fr. 23 mei 2012, *RDT Civ.* 2012, 553; Cass. Fr. 31 oktober 2012, *RDI* 2013 (met noot BERGEL). Zie tevens: Cass. Fr. 8 september 2016, *RTD Civ.* 2016, 894 (met noot W. DROSS), *RDI* 2016, 598 (met noot J-L. BERGEL). In het arrest van 31 oktober 2012 stelde het *Cour de cassation* dat "que les parties étaient convenues de conférer à la Maison de Poésie, pendant toute la durée de son existence, la jouissance ou l'occupation des locaux où elle était installé ou de locaux de remplacement, la cour d'appel, qui à méconnu leur volonté de constituer un droit réel au profit de la fondation, à violé les textes supervisés." Met dit arrest casseerde het *cour de Cassation* een arrest van het *cour d'appel* dat een gebruiksrecht *sui generis* herkwalficeerde in een recht van gebruik en bewoning ('*droit de l'usage et de l'habilitation*'). O.i. blijft het nog maar de vraag of de rechtscolleges van continentale landen dermate gewillig zullen blijken te zijn om de rechten van een *beneficiary* die voortvloeien uit een Engelse *trust* te erkennen als zakelijke rechten.

Het *numerus clausus*-beginsel wordt verder nog uitgebreider besproken (*infra*, randnr. 810 e.v.). De vraag of het *equitable interest* van *beneficiaries* kan worden beschouwd als een zakelijk recht wordt verder eveneens nog besproken (zie *infra*, randnr. 861 e.v.).

rechtsvraag zowel trustrechtelijk als niet-trustrechtelijk kan worden gekwalificeerd, de eerste mogelijkheid de voorkeur moet genieten.¹⁵⁴⁵

O.i. geniet het de voorkeur om de aard van het *equitable interest* vast te stellen aan de hand van het van toepassing zijnde trustrecht.¹⁵⁴⁶ Als argument hiervoor kan worden aangehaald dat het uitgangspunt van het Haagse Trustverdrag bestaat in de 'erkenning' van de *trust* als *trust* (*supra*, randnr. 512). Ook de Engelse rechtspraak onderschrijft dit standpunt.¹⁵⁴⁷ Hoger (*supra*, randnr. 382) is in dit verband gebleken dat de *bona fide purchaser*-uitzondering, die volgens LAU ten onrechte vaak wordt beschouwd als de achilleshiel van de *trust*, in feite ertoe strekt om haar functioneren als 'fonds' te bewerkstelligen. Indien de *trustee* evenwel *in breach of trust* bepaalde trustgoederen heeft overgedragen aan derden die géén *bona fide purchasers for value without notice* zijn, wordt de nettowaarde van het fonds (veel sterker) aangetast. De kans dat deze derden de trustgoederen om niet hebben verkregen of tegen een te lage tegenwaarde, is dan immers veel groter. In dergelijke gevallen zouden de *beneficiaries* wel degelijk een beroep moeten kunnen doen op *tracing* teneinde de waarde van het trustfonds te herstellen.

531. Het voorgaande geeft daarom aanleiding tot de volgende redenering. In een eerste stap kan o.i. de (quasi-)zakenrechtelijke aard van de rechten van de *beneficiaries* onder een *common law-trust* als zodanig worden erkend onder het Haagse Trustverdrag. Vervolgens moet worden nagegaan of het toepasselijke trustrecht het concept *tracing* kent en toelaat. In een derde stap komen de eigen verwijzingsregels van het forum in beeld voor wat betreft 'de rechten en verplichtingen' van de derde-houder van de onder trustverband gebrachte goederen. Het is slechts in deze laatste stap dat de mogelijkheid om te *tracen* kan worden afgeblokt. O.i. dwingen de bevindingen van de eerste en tweede stap wel tot de conclusie dat de *beneficiary* een beroep kan doen op een volgrecht of eventueel zakelijke subrogatie, in de mate dat de *lex rei sitae* dit toelaat. Het kan dan echter wel zo zijn dat het eigenlijke *tracen* op zich illusoir wordt gemaakt door de derde stap in de hier verdedigde redenering¹⁵⁴⁸, dit hoeft o.i. niet uit te sluiten

¹⁵⁴⁵ CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) – Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 138.

¹⁵⁴⁶ Iets wat ook DICEY, MORRIS en COLLINS in een verdere passage lijken te bevestigen. Zie: L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1516 ("The law applicable to the trust will determine the nature and the extent of the beneficiaries' rights [...]"). Zie ook eensluidend: T. GRAHAM, "The Hague Trusts Convention five years on: the Swiss Federal Supreme Court's decision in *Rybolovlev v Rybolovleva*", *Trusts & Trustees* 2012, 751.

¹⁵⁴⁷ KESSLER verwijst in dit verband naar de zaak *Chellaram v. Chellaram* [2002] EWHC 632 (Ch.). Zie: D. PANNATIER KESSLER, "The recognition of tracing under the Hague Trusts Convention: an analysis of article 11 para 3 lit d from the perspective of Swiss law", *Trusts & Trustees* 2012, 150.

Zie ook: *Akers and others v Samba Financial Group* [2017] UKSC 6, paragraaf 17.

¹⁵⁴⁸ Het standpunt dat de bepalingen van het Haagse Trustverdrag, alhoewel zij *tracing* in principe mogelijk maken, dit proces eveneens illusoir maken door het bepaalde in artikel 11, derde lid, d) *in fine*, wordt overigens door de meeste auteurs gedeeld, zij het soms om uiteenlopende redenen. In het geval dat de historische interpretatie van deze bepaling toch

dat de *beneficiary* de desbetreffende goederen niet zou kunnen volgen in de handen van derden. Deze visie werd overigens door het Engelse *Supreme Court* onderschreven in de zaak *Akers*.¹⁵⁴⁹

Het nettoresultaat van deze redenering is dan ook dat derden te goeder trouw kunnen handelen met de *trustee* alsof deze laatste geen *trustee* was. Indien zij een goed verkrijgen van een *trustee* staan deze derden in geen betere of slechtere positie dan wanneer zij met enig ander persoon hadden gehandeld.¹⁵⁵⁰ De derden zullen inderdaad niet steeds op de hoogte zijn van het bestaan van enige trustverhouding, en dus is het logisch dat zij in dezelfde juridische positie staan als wanneer zij enig ander goed hadden verkregen, conform de regels van de rechtsorde waarbinnen zij zich situeren. Het gevolg van de hier verdedigde redenering is dat ook de goede of de kwade trouw in hoofde van deze derden moet worden beoordeeld aan de hand van het recht van de forumstaat. De vraag is of de derde al dan niet te goeder trouw is, dient immers te worden beantwoord aan de hand van de *lex rei sitae*, die kwesties inzake derdenbescherming in hun geheel blijft regelen.¹⁵⁵¹

532. Aldus kunnen wij concluderen dat het van toepassing zijnde trustrecht plaats moet ruimen ten voordele van een toepassing van de *lex rei sitae* wanneer trustgoederen worden overgedragen aan derden. Indien het recht van de ligging van de goederen de (quasi-)goederenrechtelijke aard van de rechten van de *beneficiaries* wel degelijk erkent (stap 1 van de redenering), en indien het op de *trust* van toepassing zijnde recht het concept *tracing* erkent en *in concreto* toelaat (stap 2), zal de vraag of er effectief sprake kan zijn van derdenbescherming moeten worden beantwoord aan de hand van de *lex rei sitae*. Is de derde te goeder trouw, dan wordt deze beschermd zoals elke andere derde die handelt met een ander persoon. In het geval dat de derde te kwader trouw is, zouden de *beneficiaries* van

doorslaggevend zou worden geacht, kan hetzelfde resultaat worden bereikt door het toepassen van het bepaalde in artikel 15, eerste lid e) en f) van het Haagse Trustverdrag (zie *infra*, randnr. 587 e.v.). Zie: D.J. HAYTON, "Trusts" in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN *et al.* (eds.), *Vertrouwd met de trust. Trusts and trust-like arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, 60; H. KÖTZ, "Die 15 Haager Konferenz und das Kollisionsrecht des trust", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht* 1986, 580; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 135, 258 – 259; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, R.S.P. KOTTENHAGEN, "The institution of the trust and Dutch law" in E.H. HONDIUS (ed.), *Netherlands Reports to the fifteenth International Congress of Comparative Law. Rapports néerlandais pour la quinzième congrès de droit compare. Bristol 1998*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 150. Zie ook: D. PANNATIER KESSLER, "The recognition of tracing under the Hague Trusts Convention: an analysis of article 11 para 3 lit d from the perspective of Swiss law", *Trusts & Trustees* 2012, 155.

¹⁵⁴⁹ *Akers and others v Samba Financial Group*, [2017] UKSC 6, paragraaf 41.

¹⁵⁵⁰ Zie ook: D. PANNATIER KESSLER, *Le droit de suite et sa reconnaissance selon la Convention de La Haye sur les trusts*, Genève, Schulthess, 2011, 114.

¹⁵⁵¹ Zie ook: A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 372 – 374; D. PANNATIER KESSLER, "The recognition of tracing under the Hague Trusts Convention: an analysis of article 11 para 3 lit d from the perspective of Swiss law", *Trusts & Trustees* 2012, 155; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 168, 217.

de *trust* zich echter op een volrecht moeten kunnen beroepen ten aanzien van deze derde. Zulks zou het gevolg zijn van de erkenning van de (quasi-)goederenrechtelijke aard van de rechten van deze *beneficiary* en het feit dat de *lex causae* het tracingproces erkent en toelaat. De rechtspositie van de derde te kwader trouw dient evenwel dezelfde te zijn als de rechtspositie van enige andere derde te kwader trouw die een goed ontvangt waarop een zakelijk recht rust, binnen deze rechtsorde. Vanuit het perspectief van derden maakt het zodoende geen verschil of zij handelen met een *trustee* of niet. De vraag of zulks ook in België zou moeten gelden, wordt *infra* (randnr. 849 e.v. en 861 e.v.) verder uitgewerkt.

(g) *Gevolgen genoemd in punt d) van artikel 11, derde lid van het Haagse Trustverdrag en derden: andere visies*

533. De in de vorige randnummers ontwikkelde visie met betrekking tot de vraag of de *beneficiaries* van een *trust* ook een beroep zouden moeten kunnen doen op *tracing* ten aanzien van derden, wordt in de rechtsleer die deze vraag eveneens behandelt, evenwel niet *unisono* onderschreven. Omwille van de complexiteit die dit vraagstuk kenmerkt en de vele uiteenlopende visies ter zake, wordt in wat volgt een nadere analyse gemaakt van de verschillende visies die ter zake in de rechtsleer worden verdedigd. Daarbij valt op dat enerzijds standpunten worden verdedigd die restrictiever zijn dan hoger ontwikkelde visie, maar dat er anderzijds ook standpunten worden verdedigd die nog verder gaan en dus aan het van toepassing zijnde trustrecht nog meer draagwijdte verlenen. Eerst wordt het restrictieve standpunt besproken en geanalyseerd. Vervolgens het meer verregaande standpunt.

Eerste visie: uitsluiting van tracing

534. Bepaalde rechtsleer betoogt dat *tracing* goeddeels illusoir zal blijken te zijn, wanneer het gaat om goederen die zich in een niet-trustland bevinden. Een erg vocaal verdediger van dit standpunt is HAYTON, die voorhoudt dat *tracing* “*merely [...] an aspiration*” zal blijken te zijn onder het Haagse Trustverdrag.¹⁵⁵² HAYTON neemt wel aan dat *tracing* in beginsel wel onder het toepassingsgebied van het Haagse trustverdrag valt¹⁵⁵³, maar wijst op het bepaalde in de laatste zin van artikel 11, derde lid, punt d), alsook op het bepaalde in artikel 15, punten d) en e)

¹⁵⁵² D. HAYTON, “The Significance of the Hague Convention on Trusts and on Succession: A Common Law Perspective” in A. BORRÁS, A. BUCHER, T. STRUYCKEN, M. VERWILGHEN (eds.), *E Pluribus Unum: Liber Amicorum G.A.L. Droz*, Den Haag/Londen/Boston, Martinus Nijhoff, 1996, 125.

¹⁵⁵³ D. HAYTON, “Trusts” in *Private International Law* in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 66 – 67; D. HAYTON, “The Hague Convention on the law applicable to trusts and their recognition”, *International and Comparative Law Quarterly* 1987, 266.

van het verdrag (zie *infra*, randnrs. 583 e.v.).¹⁵⁵⁴ De laatstgenoemde bepalingen onderwerpen de vraag naar de mogelijkheid tot *tracing* aan het recht dat wordt aangewezen door de conflictenregels van het forum, en dus vermoedelijk aan de *lex rei sitae*. HAYTON lijkt er daarbij van uit te gaan dat de erkenning van *tracing* door *civil law*-landen op problemen zal stuiten, aangezien zij het goederenrechtelijk karakter van de rechten van de *beneficiary* niet zullen laten tegenwerpen aan derden. Hieruit volgt dat de *beneficiaries* slechts een persoonlijk recht¹⁵⁵⁵ hebben ten aanzien (van de goederen in een afgescheiden vermogen) van de *trustee*.¹⁵⁵⁶

De typisch 'goederenrechtelijke *trust*' is daarmee goeddeels een 'obligatoire *trust*' ('*obligational trust*') geworden. Aan de *trust* wordt evenwel niet elk goederenrechtelijk gevolg ontzegd, aangezien er nog steeds sprake is van vermogensafschieding in hoofde van de *trustee*. De goederenrechtelijke gevolgen van de *trust* gaan dan evenwel niet zo ver dat aan de *beneficiary* ook een (soort) zakelijk recht op de trustgoederen zou worden toegekend, zodanig dat deze laatste over een volgrecht zou beschikken met betrekking tot de trustgoederen. In deze optiek zouden de *beneficiaries* dan in principe ook hoogstens kunnen beschikken over een persoonlijk vorderingsrecht ten aanzien van de derde-verkrijger, gebaseerd op diens buitencontractuele aansprakelijkheid of op grond van verrijking zonder oorzaak. O.i. kan het hier evenwel niet gaan om derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk in de klassieke zin, gelet op de afwezigheid van een contractuele verhouding tussen de *trustee* en de *beneficiary*.

535. Interessant is dat het begrip '*obligatoire trust*' eveneens kan verwijzen naar de bijzondere trustvormen die kunnen worden aangetroffen in het recht van de zogeheten *mixed jurisdictions*, die in de loop van hun geschiedenis zowel *common law* als *civil law*-invloeden hebben gekend.¹⁵⁵⁷ Voorbeelden van dergelijke *mixed jurisdictions* zijn Schotland, Zuid-Afrika, Québec en Louisiana. Voor onze doeleinden is het in de eerste plaats interessant om op te merken dat alle vier de genoemde rechtsordes een inheemse trustfiguur kennen, elk met eigen bijzondere

¹⁵⁵⁴ D. HAYTON, "Trusts" in Private International Law" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 67 – 68; D. HAYTON, "The Significance of the Hague Convention on Trusts and on Succession: A Common Law Perspective" in A. BORRÁS, A. BUCHER, T. STRUYCKEN, M. VERWILGHEN (eds.), *E Pluribus Unum: Liber Amicorum G.A.L. Droz*, Den Haag/Londen/Boston, Martinus Nijhoff, 1996, 125; D. HAYTON, "The Hague Convention on the law applicable to trusts and their recognition", *International and Comparative Law Quarterly* 1987, 275 – 276.

¹⁵⁵⁵ Dat weliswaar is achtergesteld ten aanzien van de trustschuldeisers in zoverre dergelijke schuldeisers voorhanden zijn.

¹⁵⁵⁶ D. HAYTON, "Reflections on The Hague Trust Convention after 30 years", *Journal of Private International Law* 2016, afl. 1, 3; D. HAYTON, "The Hague Trusts Convention and trusts of foreign property", *Trusts & Trustees* 2015, 1085; D. HAYTON, "The increasing significance of conflicts of laws' issues", *Trusts & Trustees* 2014, 1070; D. HAYTON, "Trusts" in Private International Law" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 65.

¹⁵⁵⁷ D. HAYTON, "Trusts" in Private International Law" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 35 – 39.

kenmerken. In het bijzonder het Schotse en het Zuid-Afrikaanse recht is in dit kader interessant.

Zo wordt de *trust* bijvoorbeeld in Schotland beschouwd als zijnde een afgescheiden vermogen.¹⁵⁵⁸ De Schotse *trustee* is dus titularis van een persoonlijk vermogen, alsook van een afzonderlijk trustvermogen. De *beneficiaries* van de Schotse *trust* hebben echter niet meer dan een *persoonlijk recht* tan aanzien van de *trustee* met betrekking tot de onder trustverband gebrachte goederen¹⁵⁵⁹, terwijl de *trustees* gelden als (volle) eigenaars¹⁵⁶⁰. Meer zelfs, de persoonlijke rechten van de *beneficiary* op de trustgoederen zijn achtergesteld ten aanzien van de vorderingsrechten van de trustschuldeisers.¹⁵⁶¹ Enkel in het geval dat er omwille van een *breach of trust* vanwege de *trustee* onvoldoende activa in het afgezonderde trustvermogen aanwezig zijn om de claims van de trustschuldeisers te voldoen, hebben de *beneficiaries* de mogelijkheid om een vordering tot schadevergoeding in

¹⁵⁵⁸ L. SMITH, "Scottish Trusts in the Common Law" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 127 – 159; G. GRETTON, "Up there in the *Begriffshimmel*?" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 531 – 532; D. HAYTON, "'Trusts' in Private International Law" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 35; K.G.C. REID, "National Report for Scotland" in S.C.J.J. KORTMANN, D.J. HAYTON, N.E.D. FABER, K.G.C. REID, J.W.A. BIESMANS (eds.), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer, Kluwer, 2009, 263 – 264; G. GRETTON, "Trusts Without Equity", *International and Comparative Law Quarterly* 2000, 608 e.v.; K.G.C. REID, "Patrimony Not Equity: the trust in Scotland", *European Review of Private Law* 2000, 427 – 437.

Zulks wordt overigens bevestigd in een *discussion paper* van de *Scottish Law Commission*, zie: SCOTTISH LAW COMMISSION, "Discussion Paper on the Nature and the Constitution of Trusts", Edinburgh, 2006, nr. 2.18 e.v. Raadpleegbaar op: http://www.scotlawcom.gov.uk/files/1312/7892/7069/dp133_trusts.pdf

Zelfs het Engelse *Supreme Court* heeft opgemerkt dat de goederenrechtelijke effecten van de Schotse *trust* kunnen worden verklaard door een beroep op de vermogensleer, zie: *Akers and others v Samba Financial Group*, [2017] UKSC 6, paragraaf 35.

¹⁵⁵⁹ W.A. WILSON, "The Trust in Scots Law" in W.A. WILSON (ed.), *Trusts and Trust-Like Devices*, Londen, British Institute of International and Comparative Law, 1981, 239; L. SMITH, "Scottish Trusts in the Common Law" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 129; D. HAYTON, "'Trusts' in Private International Law" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 35; G. GRETTON, "Trusts Without Equity", *International and Comparative Law Quarterly* 2000, 612, 619 – 620; M. WIENBRACKE, *English and Scots trusts under the German Inheritance and Gift Tax Act*, Baden Baden, Nomos, 2005, 61; SCOTTISH LAW COMMISSION, "Discussion Paper on the Nature and the Constitution of Trusts", Edinburgh, 2006, nrs. 2.12, 2.13 en 2.22. Raadpleegbaar op: http://www.scotlawcom.gov.uk/files/1312/7892/7069/dp133_trusts.pdf

¹⁵⁶⁰ L. SMITH, "Scottish Trusts in the Common Law" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 129.

¹⁵⁶¹ G. GRETTON, "Trusts Without Equity", *International and Comparative Law Quarterly* 2000, 613; SCOTTISH LAW COMMISSION, "Report on Trust Law", Edinburgh, 2014, nr. 11.9, Raadpleegbaar op: http://www.scotlawcom.gov.uk/files/4014/0904/0426/Report_on_Trust_Law_SLC_239.pdf; SCOTTISH LAW COMMISSION, "Discussion Paper on the Nature and the Constitution of Trusts", Edinburgh, 2006, nr. 2.22 Raadpleegbaar op: http://www.scotlawcom.gov.uk/files/1312/7892/7069/dp133_trusts.pdf

te stellen tegen de *trustee*.¹⁵⁶² De rechten van de *beneficiary* worden in de Schotse opvatting voldoende beschermd doordat binnen het afgescheiden trustvermogen een vorm van 'algemene zaakvervanging' plaatsvindt en omdat de *trustee* aansprakelijk gesteld kan worden door de *beneficiaries*. Slechts wanneer de derden die trustgoederen verkregen hebben, te kwader trouw zijn of om niet verkregen hebben, kunnen zij door de *beneficiaries* worden aangesproken wegens onrechtmatige daad of verrijking zonder oorzaak.¹⁵⁶³ Ook in Schotland beperkt het goederenrechtelijk effect van de *trust* zich dus in beginsel¹⁵⁶⁴ tot vermogensafschieding, zonder daarom aan de *beneficiaries* een zakelijk recht toe te kennen. Dit is ook meteen de reden waarom *trusts* in Schotland niet conflicteren met het aldaar geldende *numerus clausus*-beginsel van zakelijke rechten.¹⁵⁶⁵

In Zuid-Afrika, waar twee onderscheiden trustvormen bestaan¹⁵⁶⁶, is de situatie iets genuanceerder. In de trustvorm waarbij de *trustee* geldt als eigenaar van de onder trustverband gebrachte goederen, heeft de *beneficiary* slechts een persoonlijk recht ten aanzien van de *trustee*, maar kan dit recht soms toch worden tegengeworpen aan een derde die de trustgoederen verwerft van de *trustee*. In

¹⁵⁶² SCOTTISH LAW COMMISSION, "Discussion Paper on the Nature and the Constitution of Trusts", Edinburgh, 2006, nr. 2.22 Raadpleegbaar op: http://www.scotlawcom.gov.uk/files/1312/7892/7069/dp133_trusts.pdf

¹⁵⁶³ K.G.C. REID, "National Report for Scotland" in S.C.J.J. KORTMANN, D.J. HAYTON, N.E.D. FABER, K.G.C. REID, J.W.A. BIESMANS (eds.), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer, Kluwer, 2009, 266; SCOTTISH LAW COMMISSION, "Discussion Paper on the Nature and the Constitution of Trusts", Edinburgh, 2006, nrs. 2.10, 2.11 en 4.38 Raadpleegbaar op: http://www.scotlawcom.gov.uk/files/1312/7892/7069/dp133_trusts.pdf

REID geeft evenwel aan dat in het geval waar derden de trustgoederen onder bezwarende titel verkregen hebben, deze overdracht principieel niet teniet kan worden gedaan, zelfs indien de derde in kwestie te kwader trouw was.

¹⁵⁶⁴ In bepaalde gevallen kunnen de *beneficiaries* evenwel optreden in naam van de *trustee* ten aanzien van derden, zie: R. KULMS, "Trusts" in J. BASEDOW, K.J. HOPT, R. ZIMMERMAN, A. STIER, *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2012, 1699.

¹⁵⁶⁵ G. GRETTON, "Up there in the *Begriffshimmel*?" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 542, vn. 60.

¹⁵⁶⁶ In Zuid-Afrika kunnen twee trustvormen worden onderscheiden. Enerzijds bestaat er een 'eigendomstrust', waarbij de *trustee* geldt als eigenaar van de onder trustverband gebrachte goederen. Anderzijds bestaat er een 'bewind-trust' waarbij de *beneficiary* geldt als eigenaar van de trustgoederen, maar waarbij deze goederen worden beheerd door een *trustee*. Zie: M.J. DE WAAL, "The Uniformity of Ownership, *Numerus Clausus* and the Reception of the Trust in South-African Law", *European Review of Private Law* 2000, 448 – 449; F. DU TOIT, *South African Trust Law: Principles & Practice*, Butterworths, Kaapstad, 2002, 3 – 4; E. CAMERON, M.J. DE WAAL, E. KAHN, M. SOLOMON, B. WUSCH, *Honoré's South African Law of Trusts*, Kaapstad, Juta, 2002, 7 – 8.

Voor een gezamenlijke bespreking van de Zuid-Afrikaanse en Schotse *trusts*, zie: M.J. DE WAAL, R.R.M. PAISLEY, "Trusts" in R. ZIMMERMAN, D. VISSER, K. REID, *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 819 – 848. Nog over de Zuid-Afrikaanse *trust*: H. SHER, "Trusts in South Africa", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 7, 11 – 13.

bepaalde Zuid-Afrikaanse literatuur wordt dan ook gesproken van een *ius in personam ad rem acquirendam*.¹⁵⁶⁷

536. Het standpunt dat de *beneficiaries* over niets meer dan een persoonlijk recht kunnen beschikken, werd ten tijde van de ratificatie van het Haagse Trustverdrag ook gedeeld door de Zwitserse overheid, die in een bericht van 2 december 2005¹⁵⁶⁸ aangaf dat, althans naar Zwitsers internationaal privaatrecht, *tracing* wel erkend kon worden in de verhouding tussen de *trustee* en de *beneficiary*¹⁵⁶⁹, maar dat deze laatsten niet beschikten over een zakelijk recht op de trustgoederen dat kon worden tegengeworpen aan derde-verkrijgers van trustgoederen.¹⁵⁷⁰

De Zwitserse overheid hanteert daarbij kennelijk als uitgangspunt dat *tracing* naar *common law* in feite ook goederenrechtelijke werking ontbeert, en eerder neerkomt op een persoonlijk vorderingsrecht dat veel meer weg heeft van een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering of een vordering gebaseerd op verrijking zonder oorzaak.¹⁵⁷¹ O.i. berust het standpunt van de Zwitserse overheid evenwel op een verkeerde interpretatie van het *tracing*begrip naar *common law*. Hoger (*supra*, randnr. 272 e.v.) hebben wij immers besproken hoe het *equitable interest* van een *beneficiary* aan de trustgoederen blijft 'kleven' tot op het ogenblik dat dit uitdooft door ofwel een *intra vires* vervreemding vanwege de *trustee* (*overreaching*), of tot op het ogenblik dat een *bona fide purchaser for value without notice* het trustgoed verkrijgt. Zo is het dus mogelijk dat de *beneficiary* de trustgoederen kan *tracen* tot in de handen van een vierde, die het trustgoed zelf verkreeg van een derde die het goed *in breach of trust* ontvangen heeft.

Het standpunt van de Zwitserse overheid lijkt mede gebaseerd op de (terechte) vaststelling dat wanneer de *beneficiary* overgaat tot *tracing*, de finaliteit erin bestaat dat de trustgoederen terug in het trustfonds moeten worden ondergebracht, en dat de *beneficiary* in feite niet 'voor zichzelf' optreedt.¹⁵⁷² Dit heeft echter te maken met de essentie van de *trust* als 'fonds' en niet met de verkeerde veronderstelling dat het *tracing*proces geen goederenrechtelijke aard zou hebben, beschouwd vanuit een continentaalrechtelijk perspectief. Indien de *beneficiary* op succesvolle wijze een ten onrechte vervreemd trustgoed terug in

¹⁵⁶⁷ E. CAMERON, M.J. DE WAAL, E. KAHN, M. SOLOMON, B. WUSCH, *Honoré's South African Law of Trusts*, Kaapstad, Juta, 2002, 576.

¹⁵⁶⁸ Voor een uitgebreide analyse van – en kritiek op – dit bericht inzake de mogelijkheid tot *tracing*, zie: D. PANNATIER KESSLER, *Le droit de suite et sa reconnaissance selon la Convention de La Haye sur les trusts*, Genève, Schulthess, 2011, 97 – 104.

¹⁵⁶⁹ *Message concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et sa reconnaissance du 2 décembre 2005*, 05.088, *Feuille Fédérale* 17 januari 2006, 582.

¹⁵⁷⁰ *Ibid*, 571 – 572, 577, 582 – 583.

¹⁵⁷¹ *Ibid*, 571, 587.

¹⁵⁷² Zo wordt gesteld: "Ainsi, dans le cas où des tiers ont acquis des biens faisant partie du patrimoine du trust, le bénéficiaire ne peut faire valoir à leur égard aucun droit au versement des prestations qui lui reviennent; tout au plus peut-il exiger la restitution de ces biens au trust. Ce droit à restitution n'est plus un droit que le bénéficiaire exerce à titre personnel, mais quasiment un droit appartenant au trust lui-même." Zie: *Ibid*, 572.

handen zou krijgen, wordt het goed o.i. opnieuw onderworpen aan de werkingssfeer van het toepasselijke trustrecht, zodat de verplichting om het trustfonds te restitueren voortvloeit uit de werking van het van toepassing zijnde trustrecht.

Tot slot kan nog worden opgemerkt dat een meerderheid van de Zwitserse auteurs van mening is dat *tracing* ten aanzien van derden in beginsel wel binnen het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag valt en, binnen de contouren van het bepaalde in artikel 15 van dit verdrag kan worden erkend.¹⁵⁷³ Een minderheid van de Zwitserse auteurs verdedigt evenwel het door de Zwitserse overheid ingenomen standpunt.¹⁵⁷⁴ In de Zwitserse rechtsleer wordt bovendien opgemerkt dat het standpunt van de Zwitserse overheid ten tijde van de ratificatie van het Haagse Trustverdrag, als zouden de *beneficiaries* over niets meer dan een persoonlijk recht kunnen beschikken, niet steeds blijkt te worden gevolgd in de (nog steeds schaarse) Zwitserse rechtspraak.¹⁵⁷⁵

Ook in Nederland wordt het standpunt dat aan beperkingen die aan de *trustee* worden opgelegd in de *interne* verhouding met de *beneficiaries* – die wordt geregeld door het toepasselijke trustrecht – niet zomaar externe werking worden verleend, door verschillende auteurs gedeeld.¹⁵⁷⁶ Ook in de Nederlandse rechtsleer bestaat

¹⁵⁷³ Zie bv: L. THÉVENOZ, "Les trusts sont-ils effectivement reconnus en Suisse? : un bilan sept ans après la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts", *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier* 2014, 162; D. PANNATIER KESSLER, "The recognition of tracing under the Hague Trusts Convention: an analysis of article 11 para 3 lit d from the perspective of Swiss law", *Trusts & Trustees* 2012, 154 – 158; D. PANNATIER KESSLER, *Le droit de suite et sa reconnaissance selon la Convention de La Haye sur les trusts*, Genève, Schulthess, 2011, 100 - 104; D. PIOTET, "Quelques questions de droit privé suisse sur le trust sous l'empire de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985", *Notalex* 2008, 14; B. FOËX, "The Hague Trust Convention and Switzerland: a few remarks concerning movable property" in A.R. MARKUS, A. KELLERHALS, C. JAMETTI GREINER (eds.), *Das Haager Trust-Übereinkommen und die Schweiz*, Zürich, Schulthess, 2003, 32; L. THÉVENOZ, *Trusts in Switzerland: Ratification of the Hague Convention on Trusts and Codification of the Law of Fiduciary Transfers*, Zürich, Schulthess, 2001, 271 – 273; C. REYMOND, "Réflexions de droit comparé sur la Convention de La Haye sur le trust", *Revue de droit international et de droit compare* 1991, 17.

¹⁵⁷⁴ T. MAYER, "La Suisse et la convention de La Haye sur la reconnaissance du trust: le projet d'arrêté fédéral sur l'approbation et la mise en oeuvre de la convention de La Haye", *Expert Comptable Suisse* 2006, 670, 674; M. EICHNER, *Die Rechtsstellung von Treugebern und Begünstigten aus Trust und Treuhand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2007, 213 – 214.

¹⁵⁷⁵ Voor een bespreking, zie: L. THÉVENOZ, "Les trusts sont-ils effectivement reconnus en Suisse? : un bilan sept ans après la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts", *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier* 2014, 162 – 163.

¹⁵⁷⁶ R.D. VRIESENDORP, "Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag" in *Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht*, Lelystad, Koninklijke Vermande BV, 1994, 88 – 97; R.D. VRIESENDORP, "Schuldeisers en het Haagse Trustverdrag: einde van het verhaal?", *WPNR* 1997, 561; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 259.

hieromtrent echter geen eensgezindheid binnen de rechtsleer, daar bepaalde auteurs de in het vorige onderdeel genoemde visie verdedigen.¹⁵⁷⁷

Tweede visie: de verkrijger kan worden aangeduid als constructive trustee

537. Er dient tevens te worden gewezen op een andere in de rechtsleer verdedigde opvatting inzake de bescherming van derde-verkrijgers van trustgoederen ingevolge een *breach of trust*. Deze opvatting situeert zich aan het andere 'uiterste' van het spectrum dan de in de vorige randnummers voorgestelde opvattingen, in die zin dat de hier uiteengezette opvatting nóg meer bescherming verleent aan de *beneficiaries* van de *trust*, ten koste van derde-verkrijgers die een trustgoed ontvingen *in breach of trust* en geen *bona fide purchasers for value without notice* zijn. VENEMA betoogt in dit verband dat van zodra op grond van het Haagse Trustverdrag de mogelijkheid wordt open gezet voor de toelating van een terugvorderingsrecht ten opzichte van bepaalde derde-verkrijgers van trustgoederen, en voor zover het toepasselijke trustrecht dit bepaalt, "men wel moet uitkomen bij de figuur van de *constructive trustee*".¹⁵⁷⁸

Hoger (*supra*, randnrs. 282 e.v.) werd bij de bespreking van de begrippen *tracing* en *following* inderdaad opgemerkt dat één van de *remedies* waarop een beroep kan worden gedaan ingevolge een succesvol *tracing*-proces, erin bestaat dat de persoon die de trustgoederen onder zich heeft, wordt beschouwd als *constructive trustee* ten voordele van de *beneficiaries*. In tegenstelling tot wat de rechtsleer ter zake kennelijk volhoudt, is de *constructive trust* niet de enige *remedy* die het Engelse recht biedt in dergelijke gevallen. Echter de aanvaarding van het bestaan van een *constructive trust* in hoofde van de derde-verkrijger is van de drie tot hiertoe aangehaalde zienswijzen, veruit de meest verregaande. Aan het toepasselijke trustrecht wordt op deze wijze immers een zeer verregaande toepassing verleend. Het gevolg van het erkennen van het bestaan van een *constructive trust* betekent immers niets anders dan het ontstaan van een nieuwe, afzonderlijke trustverhouding in hoofde van de derde-verkrijger ten voordele van de oorspronkelijke *beneficiaries*. Zo ontstaat bij de derde-verkrijger opnieuw een afgescheiden trustvermogen waarbinnen opnieuw zaakvervangings zal optreden. De schuldeisers van de derde-verkrijger zouden zich dan in beginsel de vermogensafschieding moeten laten tegenwerpen. De derde-verkrijger zal evenwel zelden tot nooit enige vorm van (feitelijke) publiciteit aan de *trust* verlenen, zodat het nog maar ten zeerste de vraag is of diens schuldeisers zich ooit het bestaan van enig afgescheiden vermogen zullen moeten laten tegenwerpen. In een dergelijk geval rest opnieuw geen andere keuze dan de *constructive trustee* in kwestie

¹⁵⁷⁷ A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht* in *C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 372 – 74.

¹⁵⁷⁸ U. VENEMA, Het Haagse Trustverdrag: de in het verdrag voorziene "externe werking" van Anglo-Amerikaanse trusts (iii)", *WPNR* 1993, 448.

persoonlijk aan te spreken, wegens het schenden van diens verplichtingen als *trustee*. O.i. lijkt dit geen billijke oplossing binnen *civil law*-rechtsstelsels.

Dit gezegd zijnde, zou een *constructive trust* mogelijks wel kunnen worden aanvaard wanneer deze specifiek wordt opgelegd door een buitenlandse rechter, door het aanvaarden van (het optionele) artikel 20 van het Haagse Trustverdrag (zie *supra*, randnr. 488).¹⁵⁷⁹ Een dergelijke situatie verschilt echter van deze waar een derde die een trustgoed (om niet) *in breach of trust* verkrijgt, automatisch geacht wordt dit goed aan te houden als *constructive trustee* of waar de rechter van het land van het forum een dergelijke *trust* behoort op te leggen, omwille van het enkele feit dat dit goed werd verkregen van een *trustee*.

538. Volgens VENEMA wordt aan zijn standpunt overigens geen afbreuk gedaan door de laatste zin van artikel 11, derde lid, punt d), waar wordt gesteld dat de rechten en de verplichtingen van een derde die trustgoederen onder zich heeft, beheerst blijven worden door de verwijzingsregels van het forum.¹⁵⁸⁰ VENEMA besluit dat deze zin niet zo dient te worden geïnterpreteerd; dat er van de 'externe werking' van *trusts* ten aanzien van derden niets meer over zou blijven.¹⁵⁸¹ De vrees van VENEMA is begrijpelijk: de 'omvorming' van een typische *common law trust* naar een louter 'obligatoire *trust*' houdt op zich een zekere fnuiking in van de erkenning van buitenlandse *trusts*. Misschien zelfs een ernstigere fnuiking dan met het Haagse Trustverdrag werd bedoeld.

O.i. kan de goederenrechtelijke bescherming van het *equitable interest*, in het geval hiervan überhaupt enige sprake kan zijn, beter worden gerealiseerd door de minder verregaande oplossing die hoger werd ontwikkeld, namelijk door het toekennen van een volgrecht aan de benadeelde *beneficiary*. In het andere geval rijst namelijk het risico dat er, net als het geval is in *common law*-stelsels, door middel van *tracing* en het ontstaan van *constructive trusts* in hoofde van derden (en verdere verkrijgers) die te kwader trouw of om niet verkregen hebben, zich een gelijkaardige vermenigvuldiging van het eigendomsrecht zal voordoen.¹⁵⁸² De *beneficiaries* kunnen dan niet slechts een zakelijk recht laten gelden op de oorspronkelijke en individuele trustgoederen die zich in de handen van een derde bevinden, maar ook op alle goederen die bij deze derde in de plaats zijn getreden door middel van zaakvervanging én desgevallend ook op de oorspronkelijke trustgoederen die zich in handen van een vierde-verkrijger bevinden, zo deze eveneens om niet heeft verkregen of ook te kwader trouw was. Een dergelijke oplossing wordt o.i. niet ondersteund door de tekst van het Haagse Trustverdrag. Bovendien zou het een zware last kunnen impliceren voor derden die goederen verkrijgen van een *trustee*. Tot slot zou het een al te ernstige aantasting kunnen impliceren van het goederenrecht van de forumstaat.

¹⁵⁷⁹ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 136.

¹⁵⁸⁰ U. VENEMA, Het Haagse Trustverdrag: de in het verdrag voorziene "externe werking" van Anglo-Amerikaanse trusts (iii)", *WPNR* 1993, 449.

¹⁵⁸¹ *Ibid*, 449.

¹⁵⁸² Zie *supra*, vn. 837.

539. Nochtans kan in de Zwitserse rechtspraak, die overigens dateert van vóór de Zwitserse ratificatie van het Haagse Trustverdrag, wel een arrest van het Zwitserse *Tribunal fédéral* worden aangetroffen die dicht in de buurt komt van de door VENEMA voorgestane benadering.¹⁵⁸³ *In casu* was sprake van een *agency*-verhouding tussen de Amerikaanse staat (de principaal) en een Zwitserse advocaat (de agent), die werd beheerst door Amerikaans recht. Het hoogste Zwitserse gerechtshof was van oordeel dat de principaal zich kon beroepen op *tracing* en *following* ten aanzien van de agent, daar deze laatste in strijd met zijn fiduciaire verplichtingen bepaalde activumbestanddelen niet aan de principaal had overgedragen. De agent werd daardoor immers beschouwd als *constructive trustee* ten voordele van de principaal. De mogelijkheid tot *tracing* en *following* zou volgens het Zwitserse Hof zelfs intact blijven, mocht de agent/*constructive trustee* de goederen overdragen aan derden. Het Hof aanvaardde daarnaast dat de principaal, als houder van de *equitable title* naar Amerikaans recht, een zakelijk recht (of minstens een recht met zakelijke werking) had op de goederen in kwestie en dat de afscheiding van deze goederen niet in strijd was met de Zwitserse openbare orde¹⁵⁸⁴. Hoewel geen trustzaak *sensu stricto* – er was immers initieel slechts sprake van een *agency*-verhouding – wijst dit arrest er wel op dat er enige ruimte bestaat voor de erkenning van *tracing* in het Zwitserse recht.

In dit verband kan er opnieuw op worden gewezen dat uit bepaalde Zwitserse rechtspraak, die dateert van na de ratificatie van het Haagse Trustverdrag, blijkt dat in de praktijk op minder dogmatische wijze wordt omgegaan met de kwalificatie van de rechten van de *beneficiary* dan de Zwitserse overheid ten tijde van de ratificatie liet uitschijnen.¹⁵⁸⁵

540. Tot slot is het bijzonder interessant om op te merken dat in het DCFR óók de opvatting wordt verdedigd dat begiftigden en verkrijgers te kwader trouw die trustgoederen verkrijgen vanwege de *trustee*, deze trustgoederen slechts verkrijgen onder last van het daarop liggende trustverband.¹⁵⁸⁶ De begiftigde of verkrijger te kwader trouw wordt daarmee in feite een *constructive trustee*. De genoemde 'kwade trouw' verkrijgt in de desbetreffende bepaling ook een autonome

¹⁵⁸³ Tribunal fédéral Suisse 19 november 2001 (*X c. Les Etats-Unis d'Amérique*), zaak 5C.169/2001. Opvallend is dat deze zaak niet werd gepubliceerd in het *Recueil Officiel*.

Voor een uitgebreide bespreking van het arrest, zie: J. PERRIN, "Vers une reconnaissance des effets *erga omnes* du trust en Suisse?", *Bulletin CEDIDAC* 2004, afl. 38, 1 – 5. Beschikbaar op: http://www.unil.ch/files/live/sites/cedidac/files/Bulletins/Bulletin_no_38.pdf

¹⁵⁸⁴ Zie artikel 17 *Loi fédérale sur le droit international privé*.

¹⁵⁸⁵ L. THÉVENOZ, "Les trusts sont-ils effectivement reconnus en Suisse? : un bilan sept ans après la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts", *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier* 2014, 162 – 163.

¹⁵⁸⁶ Art. X – 10:401 DCFR; C. VON BAR, E. CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Vol. 6, München, Sellier, 2009, 5741.

Op een algemeen niveau kan trouwens worden opgemerkt dat Boek X van het DCFR nauwer aansluit bij het klassieke Engelse trustmodel dan bij de *trust*- en *fiducie*-figuren van continentaalrechtelijke stelsels. Zie: A. BRAUN, "The framing of a European law of trusts" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 287 e.v.

betekenis toegeschreven. Een verkrijger wordt geacht te kwader trouw te zijn indien: *“the transferee knows or could reasonably be expected to know that the transfer is by a trustee and is not in accordance with the terms of the trust. [...] A transferee can reasonably be expected to know a matter if: (a) it would have been apparent from a reasonably careful investigation; and (b) having regard to the nature and the value of the asset, the nature and the costs of such investigation, and commercial practice, it is fair and reasonable to expect a transferee in the circumstances to make such an investigation.”*¹⁵⁸⁷ Een gelijkwaardige bescherming wordt in het DCFR geboden aan personen die vanwege de *trustee* een (beperkt) zakelijk recht verkrijgen op de trustgoederen.

(h) *De mogelijkheid tot vermelding van de hoedanigheid van trustee in (openbare) registers*

541. Artikel 12 van het Haagse Trustverdrag luidt als volgt:

“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.”

542. Bij deze bepaling kunnen meteen een aantal bemerkingen worden gemaakt.

Ten eerste valt op dat artikel 12 van het Haagse Trustverdrag, net zoals artikel 11, melding maakt van een bijzondere ‘*trustee*-hoedanigheid’.

Ten tweede is het toepassingsbereik van artikel 12 niet beperkt tot publieke, openbare registers. Volgens het Rapport VON OVERBECK heeft deze bepaling eveneens betrekking op allerlei private registers met een publieke functie, zoals bijvoorbeeld aandeelhoudersregisters van vennootschappen.¹⁵⁸⁸

Ten derde kan uit het Rapport eveneens worden afgeleid dat de registratie van de *trustee qua trustee* de voorkeur geniet. Slechts wanneer zulks onmogelijk blijkt te zijn, dient de registratie best op zodanige wijze plaats te vinden dat het bestaan van de *trust* op een andere wijze uit het register blijkt.

Ten vierde maakt het o.i. geen verschil of het van toepassing zijnde trustrecht de inschrijving van de *trustee* in een register al dan niet toelaat. Aangezien de finaliteit van artikel 12 erin bestaat om de erkenning van de buitenlandse *trust* te bevorderen, dient in de eerste plaats rekening gehouden te worden met de

¹⁵⁸⁷ Art. X – 10:401 DCFR; C. VON BAR, E. CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Vol. 6, München, Sellier, 2009, 5741.

¹⁵⁸⁸ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 121.

overweging of een dergelijke inschrijving dienstig is voor de erkenning van de *trust* in het land waar de inschrijving gezocht wordt.¹⁵⁸⁹

Ten vijfde kan uit het bepaalde in artikel 12 afgeleid worden dat de mogelijkheid tot inschrijving enkel geldt voor een *trust* die wordt erkend conform de overige bepalingen van het Haagse Trustverdrag en die, volgens het op deze rechtsverhouding van toepassing zijnde recht, geldig is opgericht.¹⁵⁹⁰

Ten zesde is het aan de rechtsorde waar de inschrijving door de *trustee* wordt gezocht om aan te geven welke documenten dienen te worden overgelegd en aan welke formaliteiten moet worden voldaan teneinde een inschrijving te bekomen.¹⁵⁹¹ Hetzelfde geldt voor de vraag *wie* bevoegd is om de registratie te bewerkstelligen.¹⁵⁹² O.i. zal dit normaliter de *trustee* zijn, aangezien deze principieel geldt als rechthebbende van de betrokken trustgoederen.

Het hoeft overigens niet te verbazen dat de *trustee* in de registers wordt aangeduid als 'eigenaar' van de trustgoederen.¹⁵⁹³ Zoals in Deel II van voorliggend onderzoek reeds uitvoerig werd toegelicht, is de *trust* geen rechtspersoon. De *trust* zelf ontbeert daarom de hoedanigheid om zelf als 'eigenaar' van de trustgoederen geboekstaafd te staan. In de landen die het Haagse Trustverdrag hebben geratificeerd neemt de *trust* daarentegen de vorm aan van een afgescheiden vermogen, dat zelf niet kan worden geïdentificeerd als eigenaar. In het persoonsgebonden identificatiesysteem dat doorgaans wordt gehanteerd in dergelijke publieke registers, zal dus steeds de naam van de *trustee* worden vermeld.

543. Noteer evenwel dat het Haagse Trustverdrag geen verplichting tot registratie in de hoedanigheid van *trustee* oplegt. De in artikel 12 gebruikte taal is

¹⁵⁸⁹ Zie eensluidend: M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 142; H. KÖTZ, "Die 15. Haager Konferenz und das Kollisionsrecht des trust", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht* 1986, 582.

Anders: J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 384.

¹⁵⁹⁰ Indien de *trust* dient te worden erkend op grond van de bepalingen van het Haagse Trustverdrag zou het volgens HARRIS ingaan tegen de geest van het verdrag om de inschrijving te weigeren op grond van het enkele feit dat de staat in kwestie de *trust* niet kent. Een weigering zou enkel kunnen worden gebaseerd op de artikelen 15, 16 en 18 van het verdrag. Zie: J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 337.

¹⁵⁹¹ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 120.

¹⁵⁹² *Ibid.*

¹⁵⁹³ Nochtans was dit vóór de ratificatie van het Haagse Trustverdrag door Zwitserland niet steeds een evidentie. VON OVERBECK vermeldt dat de Zwitserse praktijk er soms in bestond de onroerende trustgoederen onder te brengen in een vennootschap, waarvan de *trustee* vervolgens de aandelen zou aanhouden. Op deze wijze kon de vennootschap worden geïdentificeerd als eigenaar in het publieke register. In andere gevallen werden de *beneficiaries* vermeld als eigenaar van de trustgoederen. Sommige kantonale kantoren stonden evenwel toe dat de *trustee* werd genoemd als eigenaar. Zie: A.E. VON OVERBECK, "Law Applicable to, and Recognition of Trusts in Switzerland: the Possible Future under the Hague Convention", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 5, 7.

permissief, maar geenszins dwingend. Nochtans verdient het sterk de aanbeveling dat een *trustee* kenbaar maakt dat hij of zij een bepaald goed aanhoudt als *trustee*. De reden hiervoor houdt sterk verband met enkele van de hoger besproken aspecten van de erkenning van buitenlandse *trusts*. In de gevallen waar er sprake is van een georganiseerde vorm van publiciteit zal het immers in de regel zo zijn dat het bestaan van de trustverhouding slechts tegenwerpelijk is aan derden indien in het desbetreffende register ook melding wordt gemaakt van de trustverhouding. In het geval dat een *trustee* als eigenaar wordt vermeld in het register, maar van het trustverband geen melding wordt gemaakt, zullen derden er in de regel van uit kunnen gaan dat de *trustee* een 'onbezwaarde' eigenaar is. Het bestaan van de *trust* zal in dat geval dan ook niet aan hen kunnen worden tegengeworpen. Voor onroerende goederen en andere registergoederen kan dus zowel voor de tegenwerpelijkheid van het trustverband aan persoonlijke schuldeisers van de *trustee* alsook aan derden-verkrijgers van trustgoederen die een goed (om niet) hebben ontvangen *in breach of trust*, de vereiste worden gesteld dat de *trustee* zich in hoedanigheid heeft ingeschreven in het register.¹⁵⁹⁴

Indirect kan daarom worden volgehouden dat, als gevolg van het toepasselijke trustrecht er desgevallend toch een verplichting rust op de *trustee* om in de mate van het mogelijke, melding te maken van het bestaan van het trustverband in deze registers. Dit kan worden beschouwd als een modaliteit van de verplichting die op elke *trustee* rust om de onder trustverband gebrachte goederen afgescheiden te houden van zijn of haar persoonlijke goederen (zie *supra*, randnr. 252).¹⁵⁹⁵

Immers, daar waar het bestaan van een afgescheiden vermogen in de interne verhouding tussen de *trustee* en de *beneficiaries* gemakkelijk kan worden aanvaard, wordt voor de tegenwerpelijkheid aan derden normaliter, vanuit een Belgisch perspectief, vereist dat er minstens sprake is van enige vorm van feitelijke publiciteit.¹⁵⁹⁶

544. Artikel 12 van het Haagse Trustverdrag heeft zowel in Nederland als in Zwitserland neerslag gevonden in de nationaalrechtelijke IPR-regelingen. In Nederland betreft het artikel 10:143 NBW.¹⁵⁹⁷ In Zwitserland betreft het artikel 149d van de *Loi fédérale sur le droit international privé*.¹⁵⁹⁸ Gelet op het belang

¹⁵⁹⁴ H.L.E. VERHAGEN, "Het Haagse Trustverdrag" in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN *et al.* (eds.), *Vertrouwd met de trust. Trusts and trust-like arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, 97.

¹⁵⁹⁵ Eensluidend: B. FOËX, "La mention du trust au registre foncier", *Revue Suisse du notariat et du registre foncier* 2009, 84 e.v.

¹⁵⁹⁶ Zie *infra*, randnr. 774.

¹⁵⁹⁷ Dit artikel luidt als volgt: "Met betrekking tot een goed ter zake waarvan inschrijvingen kunnen plaatsvinden in een ingevolge de wet gehouden register en dat behoort tot de trustgoederen 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 de trust blijkt."

¹⁵⁹⁸ Dit artikel luidt als volgt: "Dispositions spéciales concernant la publicité.

Lorsque les biens d'un trust sont inscrits au nom d'un trustee dans le registre foncier, le registre des bateaux ou le registre des aéronefs, le lien avec un trust peut faire l'objet d'une mention.

van deze bepaling, hebben bepaalde Zwitserse auteurs reeds geopperd dat het beter ware geweest, mocht deze bepaling in het materiële Zwitserse recht zijn opgenomen.¹⁵⁹⁹ Beide bepalingen zijn er op gericht om elke twijfel met betrekking tot de mogelijkheid tot het vermelden van het bestaan van de *trust* in officiële registers weg te nemen. Het vermelden van het bestaan van de *trust* is in beginsel enkel dienstig in registers betreffende onroerende goederen of (andere) registergoederen, aangezien enkel uit deze registers kan worden afgeleid welke specifieke goederen onder trustverband werden gebracht.

Aangezien dergelijke publicatie voor de *interne* verhouding binnen een trustrelatie in beginsel van weinig belang is, dienen, zoals hoger werd aangehaald, de voordelen van een dergelijke mogelijkheid tot registratie vooral te worden gezocht in de verhouding tussen de bij de *trust* betrokken actoren (vooral *trustees* en *beneficiaries*) en derden.

Hierbij kunnen twee belangrijke categorieën van 'derden' worden onderscheiden. Enerzijds zijn er de persoonlijke schuldeisers van de *trustee* die mogelijks de vermogensafscheiding van de trustgoederen ('*entity shielding*') dienen te ondergaan. Anderzijds zijn er de derden die een goed of een zakelijk recht daarop verkrijgen van de *trustee* dat aan hen (om niet) werd overgedragen *in breach of trust*. De rechtspositie van beide categorieën wordt in de volgende randnummers afzonderlijk besproken.

545. Zowel in Nederland als in Zwitserland zijn de meningen verdeeld over de vraag of de melding van het trustverband in openbare registers een vereiste is voor de tegenwerpelijheid van de vermogensafscheiding aan de persoonlijke schuldeisers van de *trustee*. Deze vraag is o.i. niet onbelangrijk. Zelfs al is een *trustee* in een *common law*-jurisdictie gevestigd, zouden de persoonlijke schuldeisers van de *trustee* het onderpand van hun schuldvorderingen (potentieel) toch kunnen vergroten door zich trachten te verhalen op trustgoederen die in *civil law*-jurisdicties gelegen zijn. In deze rechtsordes zouden zij zich dan de 'segregatie' van de trustgoederen in principe niet moeten laten tegenwerpen.

In Nederland is VERHAGEN de mening toegedaan dat in het geval van registergoederen het alvast noodzakelijk is dat de inschrijving van de *trustee qualitate qua* geschiedt, teneinde de vermogensafscheiding tegenwerpelijk te maken aan diens persoonlijke schuldeisers.¹⁶⁰⁰ KOPPENOL-LAFORCE is daarentegen de

Le lien avec un trust portant sur des droits de propriété intellectuelle enregistrés en Suisse est, sur demande, inscrit dans le registre pertinent.

Le lien avec un trust qui n'a pas fait l'objet d'une mention ou qui n'a pas été inscrit n'est pas opposable aux tiers de bonne foi."

¹⁵⁹⁹ F. GUILLAUME, "Trust, réserves héréditaires et immeubles", *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle* 2009, afl. 1, 41.

¹⁶⁰⁰ H.L.E. VERHAGEN, "Het Haagse Trustverdrag" in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN et al. (eds.), *Vertrouwd met de trust. Trusts and trust-like arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, 97.

Wat genuanceerder, waar wordt gesteld dat de registratie "de meest eenvoudige wijze" zou zijn om aan te tonen dat de goederen tot een afgescheiden vermogen behoren: A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht* in C.

mening toegedaan dat het wenselijk ware geweest dat de Nederlandse wetgever dit punt uitdrukkelijk had geregeld, maar stelt dat een gebrek aan publicatie geen beletsel zou zijn voor de afgescheidenheid van de trustgoederen.¹⁶⁰¹

In Zwitserland lijkt de meerderheid van de rechtsleer het er over eens te zijn dat de vermelding van de hoedanigheid van *trustee* in publieke registers wél vereist is om de afscheiding van de trustgoederen tegenwerpelijk te maken aan de persoonlijke schuldeisers van de *trustee*.¹⁶⁰² Zulks is ook de visie van de Zwitserse overheid¹⁶⁰³ en in principe ook van de kantonale bureau's waar de landregisters worden aangehouden¹⁶⁰⁴.

Hoewel de vermelding van het trustverband in de Zwitserse registers eveneens optioneel is, sanctioneert het Zwitserse recht de niet-vermelding ervan door de niet-tegenwerpelijkheid van het afgescheiden trustvermogen aan de persoonlijke schuldeisers van de *trustee*.

Een minderheid van de rechtsleer is evenwel van mening dat het niet vermelden van het bestaan van de *trust* in de registers geenszins tot niet-tegenwerpelijkheid mag leiden.¹⁶⁰⁵ Zo wordt door deze auteurs betoogd dat het Zwitserse recht

Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deventer, Kluwer, 2015, 365 – 366.

Delen ook het standpunt van VERHAGEN inzake de noodzaak van publiciteit teneinde de vermogensafschieding te effectueren: A. STENEKER, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen*, Deventer, Kluwer, 2005, 142; C. Æ. VENEMA, *Trustrecht en Bewind*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1954, 210.

¹⁶⁰¹ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 199.

¹⁶⁰² B. FOËX, "La mention du trust au registre foncier", *Revue Suisse du notariat et du registre foncier* 2009, 86 e.v.; P.M. GUTZWILLER, *Schweizerisches Internationales Trustrecht*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2007, 176; M. EICHNER, *Die Rechtsstellung von Treugebern und Begünstigten aus Trust und Treuhand*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2007, 200; S. WOLF, N. JORDI, "Trust und schweizerisches Zivilrecht – insbesondere Ehegüter-, Erb- und Immobiliarsachenrecht" in S. WOLF (ed.), *Der Trust: Einführung und Rechtslage in der Schweiz nach dem Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens*, Bern, Stämpfli, 2008, 73; F. GUILLAUME, "Trust, réserves héréditaires et immeubles", *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle* 2009, afl. 1, 43; W. WIEGAND, C. HURNI, "National Report for Switzerland" in S.C.J.J. KORTMANN, D.J. HAYTON, N.E.D. FABER, K.G.C. REID, J.W.A. BIESMANS (eds.), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer, Kluwer, 2009, 320.

¹⁶⁰³ *Message concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et sa reconnaissance du 2 décembre 2005*, 05.088, *Feuille Fédérale* 17 januari 2006, 606. Zo wordt gesteld: "L'al. 3 dispose qu'une relation de trust qui n'a pas été inscrite dans un registre public n'est pas opposable aux tiers de bonne foi. Cette règle sert à protéger tant les créanciers de bonne foi du trustee que les acquéreurs de bonne foi de biens du trust qui ont été aliénés. Dans le premier cas, elle a pour effet de permettre aux créanciers de faire saisir les éléments du patrimoine du trust qui n'ont pas fait l'objet d'une inscription, dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée ouverte à l'encontre du trustee."

¹⁶⁰⁴ Zulks blijkt alvast uit een (niet bindende) richtlijn van het Zwitserse Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier aan deze kantonale bureau's. Zie: *Lignes directrices destinées au traitement des affaires liées à un trust*, Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier, 28 juni 2007 (geactualiseerd op 20 augustus 2007), p. 3 – 4, beschikbaar op: http://www.rmf.ch/download/wegleitung_trust_f.pdf

¹⁶⁰⁵ A. PEYROT, "How to square the circle? The challenge met by Swiss insolvency law in dealing with common law trusts" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge,

schuldeisers niet automatisch gelijkstelt met derden te goeder trouw, het gebrek aan afgescheidenheid niet in lijn zou liggen met de bepalingen van het Haagse Trustverdrag en bovendien tot verschillende praktische problemen zou leiden.¹⁶⁰⁶ THÉVENOZ betoogt daarenboven dat persoonlijke schuldeisers die de solvabiliteit van de *trustee* afleiden uit diens (schijnbare) eigendom van registergoederen waarbij geen melding van enig trustverband werd gemaakt, in de regel ook zakelijke zekerheidsrechten zullen eisen op deze goederen. Op deze wijze zouden zij kunnen worden gelijkgeschakeld met derde-verkrijgers te goeder trouw.¹⁶⁰⁷

546. Met betrekking tot derde-verkrijgers te goeder trouw, zijn de Nederlandse en Zwitserse literatuur wel eenduidig: voor de tegenwerpelijheid van het bestaan van de *trust* aan derden met betrekking tot registergoederen is het noodzakelijk dat melding wordt gemaakt van de hoedanigheid van *trustee* in het register.¹⁶⁰⁸ De goede trouw van de derde-verkrijger is overigens niet enkel relevant in de hypothese dat de *beneficiary* enig volgrecht heeft met betrekking tot de trustgoederen op grond van de goederenrechtelijke effecten van diens *equitable interest*. Ook voor de zogenoemde 'obligatoire *trust*' kan de goede trouw van de

Cambridge University Press, 2013, 55 – 58; A. PEYROT, "La mention du trust dans les registres publics et la protection des créanciers de bonne foi: un regard critique", *Revue Suisse du droit des affaires et du marché financier* 2009, 366 – 373; D. PANNATIER KESSLER, *Le droit de suite et sa reconnaissance en Suisse selon la Convention de La Haye sur les trusts*, Zürich, Schulthess, 2011, 156 e.v.

¹⁶⁰⁶ A. PEYROT, "How to square the circle? The challenge met by Swiss insolvency law in dealing with common law trusts" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 55 – 58.

¹⁶⁰⁷ A. PEYROT, "Les défis du droit Suisse de l'insolvabilité face au trust: separation des patrimoines, publicité et poursuite pour dettes", *McGill Law Journal* 2013, 954 - 55; L. THÉVENOZ, *Trusts in Switzerland: Ratification of the Hague Convention on Trusts and Codification of the Law of Fiduciary Transfers*, Zürich, Schulthess, 2001, 285.

¹⁶⁰⁸ Voor Nederland, zie: H.L.E. VERHAGEN, "Het Haagse Trustverdrag" in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN *et al.* (eds.), *Vertrouwd met de trust. Trusts and trust-like arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, 97; S. JOPPE, "Het 'Haagse Trustverdrag' in werking", *WPNR* 1996, 186; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 221; A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 365 – 366.

Voor Zwitserland, zie: J. PERRIN, "The Recognition of Trusts and Their use in Estate Planning under Continental Laws" in P. ŠARČEVIĆ, P. VOLKEN, A. BONOMI (eds.), *Yearbook of Private International law, Vol. X*, München, Sellier, 2009, 646; B. FOËX, "La mention du trust au registre foncier", *Revue Suisse du notariat et du registre foncier* 2009, 86; A. PEYROT, "How to square the circle? The challenge met by Swiss insolvency law in dealing with common law trusts" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 52 – 54; D. PANNATIER KESSLER, "The recognition of tracing under the Hague Trusts Convention: an analysis of article 11 para 3 lit d from the perspective of Swiss law", *Trusts & Trustees* 2012, 156.

Zie ook: *Message concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et sa reconnaissance du 2 décembre 2005*, 05.088, *Feuille Fédérale* 17 januari 2006, 606; *Lignes directrices destinées au traitement des affaires liées à un trust*, Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier, 28 juni 2007 (geactualiseerd op 20 augustus 2007), p. 4.

verkrijgende derde belangrijk zijn voor de beoordeling van een mogelijke verrijking zonder oorzaak of de buitencontractuele aansprakelijkheid van de derde-verkrijger.

547. Uit de Nederlandse rechtsleer blijkt evenwel dat het steeds onduidelijk is gebleven in hoeverre de vermelding van het trustverband in openbare registers een nadere onderzoeksplicht impliceert aangaande de bevoegdheid van de *trustee* om over een trustgoed te beschikken.¹⁶⁰⁹ Het loutere feit dat er sprake is van een trustverband zal immers zeker niet voldoende zijn om te besluiten dat de *trustee* het onder trustverband gebrachte goed niet mag overdragen. Zoals hoger (*supra*, randnr. 252 *jo.* 253 e.v.) werd besproken, zal de *trustee* in de overgrote meerderheid van de gevallen net wel bevoegd zijn om over de trustgoederen te beschikken. Een *breach of trust* is veeleer zeldzaam, vergeleken met de gevallen waar het *equitable interest* van de *beneficiaries* op geldige wijze wordt *overreached* door de *trustee*. Echter, net omwille van dit fenomeen zal het ontbreken van enige onderzoeksplicht in hoofde van de verkrijgende derde (of de notaris), *de facto* tot gevolg hebben dat de melding van het bestaan van het trustverband waardeloos wordt. Als de derde er zonder meer van uit mag gaan dat de *trustee* mag beschikken over het trustgoed, zal de vermelding van de *trust* nagenoeg geen enkele invloed (kunnen) hebben op de goede trouw van de derde-verkrijger.

O.i. wordt deze situatie best geremedieerd door aan te nemen dat een minimale onderzoeksplicht bestaat in hoofde van de derde, en desgevallend ook de notaris, waarbij minstens een marginale controle moet worden uitgeoefend aangaande de bevoegdheden van de *trustee*. Zo kan aan de *trustee* worden gevraagd om inzage te verlenen in de stukken waaruit blijkt dat hij of zij inderdaad bevoegd is om het goed te vervreemden.

In de Zwitserse literatuur wordt de kwestie iets nadrukkelijker aan de orde gebracht, en wordt gesteld dat van zodra melding is gemaakt van enig trustverband, het aan de notaris is om, ten behoeve van de verkrijger, na te gaan of de *trustee* inderdaad de bevoegdheid heeft om het goed te vervreemden. Zulks kan worden afgetoetst aan de bepalingen van de trustakte en het van toepassing zijnde trustrecht.¹⁶¹⁰ Indien de trustakte een dergelijke rechtshandeling onderwerpt aan het voorafgaand akkoord van andere partijen, bijvoorbeeld een *protector*, dient de Zwitserse notaris zich ervan te verzekeren dat een dergelijk akkoord inderdaad werd bekomen.¹⁶¹¹

548. Tot slot kan hieromtrent nog worden opgemerkt dat het voorgaande principieel geldt voor derde-verkrijgers die een trustgoed verkrijgen ten bezwarende titel. Derde-verkrijgers die om niet verkrijgen lopen o.i. steeds het

¹⁶⁰⁹ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, F.H. AALDERINK, "Art. 126 – 144 Boek 10 BW: goederenrecht en trusts", *WPNR* 2010, 542.

¹⁶¹⁰ D. PANNATIER KESSLER, "The recognition of tracing under the Hague Trusts Convention: an analysis of article 11 para 3 lit d from the perspective of Swiss law", *Trusts & Trustees* 2012, 156; D. PANNATIER KESSLER, *Le droit de suite et sa reconnaissance en Suisse selon la Convention de La Haye sur les trusts*, Zürich, Schulthess, 2011, 190 – 204.

¹⁶¹¹ D. PANNATIER KESSLER, *Le droit de suite et sa reconnaissance en Suisse selon la Convention de La Haye sur les trusts*, Zürich, Schulthess, 2011, 204.

risico door de *beneficiaries* of andere *trustees* dan de overdragende *trustee* te worden aangesproken van zodra melding wordt gemaakt van het bestaan van een *trust*. Immers, gelet op de verplichtingen die doorgaans wegen op *trustees*, zal het zelden tot nooit voorkomen dat een *trustee* een trustgoed om niet overdraagt aan een persoon die géén *beneficiary* is van de *trust*.

549. Merk op dat het voorgaande in sterk contrast staat met de Engelse benadering, daar de Engelse wetgever van mening is dat vermeldingen van *trusts* in de mate van het mogelijke uit het *land register* dienen te worden gehouden.¹⁶¹² Uit Deel II is immers gebleken dat, althans volgens de klassieke *common law*-benadering, de *trust* in essentie een scherm vormt¹⁶¹³, waar achter de *legal title* van de *trustee* een uitermate flexibel systeem van *equitable interests* kan schuilgaan, dat de *settlor* naar eigen inzicht kan inrichten.¹⁶¹⁴ Naar de buitenwereld toe wordt evenwel slechts melding gemaakt van het *legal interest* van de *trustee*. Zulks hoeft ook niet problematisch te zijn, daar de *trustee* in de meeste gevallen de *equitable title* van de *beneficiary* gewoon zal *overreachen* bij een eventuele vervreemding van het trustgoed in kwestie.

Teneinde de vrije circulatie van onroerende goederen te stimuleren, de derde-verkrijgers een mogelijks zware onderzoeksplicht te besparen en het karakter van de *trust* als 'fonds' zo veel als mogelijk in stand te houden, werd door de Engelse wetgever dus een keuze gemaakt voor de principiële niet-registratie van *trusts*. Een bijkomend voordeel is dat de achterliggende juridische infrastructuur van de *trust* verborgen blijft, en de *trust* zelf dus ook voldoende privacy garandeert aan de achterliggende betrokkenen.¹⁶¹⁵ Daar waar een vermelding in het register in *civil law*-landen dus net de mogelijke goederenrechtelijke werking van een *trust* mee helpt garanderen, in zoverre dat deze zou worden aanvaard, en het bestaan van

¹⁶¹² Section 74 van de (intussen opgeheven) *Land Registration Act 1925* las als volgt: "Subject to the provisions of this Act as to settled land, neither the registrar nor any person dealing with a registered estate or charge shall be affected with notice of a trust express implied or constructive, and references to trusts shall, so far as possible, be excluded from the register."

Deze bepaling werd in essentie hernomen in Section 78 van de nieuwe *Land Registration Act 2002*. Deze regel wordt ook bevestigd door *Practice Guide 24* van het Engelse *Land Registry* (sectie 1.3), te consulteren op: <https://www.gov.uk/government/publications/private-trusts-of-land/practice-guide-24-private-trusts-of-land>

Zie nog: A. BRAUN, "The Risk of 'Misusing' Trusts: Some Lessons from the Italian Experience", *ERPL* 2016, 1137.

¹⁶¹³ De invoeging van artikel 12 in het Haagse Trustverdrag werd door de vertegenwoordigers van bepaalde *common law*-stelsels dan ook niet goed begrepen, zie: CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) – Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 160.

¹⁶¹⁴ Zie in dit verband nog: H.E. SMITH, "Standardization in property law" in K. AYOTTE, H.E. SMITH, *Research Handbook on the Economics of Property Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, 153.

¹⁶¹⁵ CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) – Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 160.

de trustverhouding kenbaar maakt aan de buitenwereld, wordt de situatie in Engeland in feite geheel omgekeerd benaderd.

v. **Wijzen waarop de erkenning van de Haagse trust kan worden beperkt**

(a) *Algemeen*

550. In het vorige onderdeel werden de belangrijkste bepalingen uit het Haagse Trustverdrag besproken die er in de eerste plaats toe strekken om de 'erkenning' van buitenlandse trustfiguren te faciliteren. Uit de complexiteit van de hoger weergegeven discussies bleek evenwel dat de exacte grenzen van deze erkenning erg vaag lijken, en dus moeilijk te bepalen zijn. Uitgegaan wordt alvast van een zekere minimale vorm van erkenning. Daarbij wordt tevens als uitgangspunt gehanteerd dat indien de aangegeven minimumdrempel niet gehaald wordt, de principiële erkenning van buitenlandse trusts een zinloze oefening zou zijn. Het gaat daarbij vooral om de erkenning van de trustfiguur als afgescheiden vermogen en het feit dat de trustee moet kunnen optreden in hoedanigheid.

Daarbij werd opgemerkt dat de trust voor wat betreft elk van beide elementen reeds een zekere metamorfose heeft ondergaan, daar geen van beide kenmerkende elementen (in dezelfde mate) kan worden aangetroffen in de klassieke *common law*-stelsels. Al kan daarbij wel de bedenking worden gemaakt dat de Amerikaanse *Uniform Trust Code* het geval van de 'getransformeerde' erkende Haagse trust vermoedelijk dichter benadert dan de Engelse trust. Wanneer daarenboven wordt nagegaan in hoeverre de *equitable title* van de *beneficiaries* ook tegenwerpelijk is ten aanzien van derden, en of aan de rechten van de *beneficiary* enige zakelijke werking kan worden verleend, blijken de meningen bovendien sterk te verschillen.

Het is geen geheim dat in *civil law*-stelsels geen soortgelijk onderscheid bestaat tussen *common law* en *equity*. Ook de *equitable title* van de *beneficiaries* heeft zodus een metaformose ondergaan. Het resultaat van deze gedaanteverandering is evenwel onzeker. Een eerder ruime of verregaande 'erkenning' van de trust zou tot gevolg hebben dat er sprake zou zijn van een zakelijk recht of minstens een recht met zakelijke werking, teneinde te garanderen dat de *beneficiaries* minstens beschikken over een volgrecht. Nochtans zijn, zoals hoger (*supra*, randnr. 534 e.v., i.h.b. randnr. 536) reeds bleek, heel wat auteurs, alsook de Zwitserse overheid, van mening dat er slechts sprake kan zijn van een persoonlijk recht in hoofde van de *beneficiaries*.

551. Ofschoon het Haagse Trustverdrag een aantal bepalingen bevat die ertoe strekken om de erkenning van buitenlandse trusts te faciliteren, kunnen evenzeer bepalingen worden aangetroffen die deze erkenning kunnen beperken. De onderhandelende partijen hadden immers niet enkel oog voor de mogelijke positieve gevolgen van een ruimere erkenning van buitenlandse trusts, maar eveneens voor de mogelijks kwalijke gevolgen die hieruit zouden kunnen voortvloeien. Het kon niet de bedoeling zijn dat een dergelijke erkenning tot gevolg

zou hebben dat een *trust* zich als een invasieve exoot zou nestelen in de delicate ecosystemen van civielrechtelijke rechtsordes en deze alzo zou verstoren. Vandaar dat het meer dan logisch leek om staten eveneens voldoende middelen te verstrekken om de kwalijke gevolgen hiervan in te dammen. Liever dan de exoot vrij los te laten in het wild, wordt zodoende een gebied afgebakend dat als een afgegrensd juridisch reservaat kan dienen.

552. In wat volgt zullen daarom de belangrijke bepalingen uit het Haagse Trustverdrag worden besproken waarmee de erkenning aan buitenlandse *trusts* in meerdere of mindere mate kan worden onthouden.

Voorafgaand aan deze bespreking moet in dit verband nog worden gewezen op een verdragsbepaling die reeds de revue is gepasseerd. Artikel 4 van het Haagse Trustverdrag speelt in deze eveneens een belangrijke rol.¹⁶¹⁶ Door heel wat punten te beschouwen als 'voorafgaande kwesties', die niet worden geregeld door het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht, wordt het aantal materies dat geregeld wordt door dit recht reeds in sterke mate beperkt. In wat volgt zal dan ook blijken dat het praktische belang van enkele beperkende bepalingen uit het Haagse Trustverdrag dient te worden genuanceerd, daar zij in veel gevallen gewoon een bevestiging vormen van hetgeen reeds zou blijken ingevolge een stringente toepassing van artikel 4 van dit verdrag.

(b) Artikel 13 van het Haagse Trustverdrag – Weigering van erkenning

553. Het hoger (*supra*, randnr. 481) aangehaalde artikel 13 van het Haagse Trustverdrag laat toe om de erkenning van een buitenlandse *trust* volledig achterwege te laten wanneer, behalve het gekozen recht en de gewoonlijke verblijfplaats van de *trustee*, alle kenmerkende elementen van de *trust* nauwer verbonden zijn met een staat die deze rechtsfiguur niet kent. Daarbij werd eveneens gesteld dat deze bepaling niet imperatief van aard is, zodat het de partijen bij het Haagse Trustverdrag vrij staat om ook volledig 'interne *trusts*' te erkennen, zoals bijvoorbeeld in Italië het geval is. Volgens het Rapport VON OVERBECK staat het de rechters van (vooral niet-trustlanden) vrij om deze bepaling in te roepen wanneer zij van oordeel zijn dat een bepaald geval op onrechtmatige wijze werd onttrokken aan de toepassingsfeer van het eigen recht, of desgevallend uit solidariteit met een andere staat die geen trustrecht kent en waarmee alle relevante kenmerkende elementen van de zaak verbonden zijn.¹⁶¹⁷

¹⁶¹⁶ Zie ook: *Message concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et sa reconnaissance du 2 décembre 2005*, 05.088, *Feuille Fédérale* 17 januari 2006, 580.

¹⁶¹⁷ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 123.

Het artikel dient evenwel niet te worden aangewend als een algemeen middel om tot de niet-erkenning van buitenlandse *trusts* te besluiten, zie: J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 344.

Interessant is dat gedurende de debatten naar aanleiding van het opstellen van de verdragstekst, de delegaties van de *civil law*-landen aangaven dat zij bereid waren om buitenlandse *trusts* te erkennen, maar van de *common law*-landen verwachtten dat deze laatsten hun belangen in aanmerking zouden nemen, door in hun rechtbanken desgevallend artikel 13 toe te passen in gevallen die nauwer verbonden waren met landen die geen *trust* kenden. Zodoende zouden de rechters van *common law*-landen het bestaan van 'frauduleuze' *trusts* kunnen negeren, teneinde de belangen van *civil law*-landen te vrijwaren.

Verschillende delegaties van *common law*-landen hebben zich echter steeds sterk verzet tegen een dergelijke interpretatie en gaven er de voorkeur aan om de belangen van *civil law*-landen te vrijwaren door eerder in selectieve gevallen de erkenning van *trusts* terzijde te schuiven, bijvoorbeeld door het in aanmerking nemen van (buitenlandse) dwingende regels. Het ging voor deze *common law*-delegaties te ver om de erkenning van *trusts* die waren opgericht volgens hun eigen recht, of volgens een ander trustrecht, geheel te onthouden, terwijl zij deze *trusts* in andere gevallen wel zouden hebben erkend.¹⁶¹⁸

554. Artikel 13 maakt slechts melding van criteria die niet in aanmerking kunnen worden genomen als 'kenmerkende elementen', maar bewaart de stilte als het aankomt om op positieve wijze aan te geven welke elementen dan wel in aanmerking kunnen worden genomen. In het Rapport VON OVERBECK vermeldt in het bijzonder de nationaliteit of gewoonlijke verblijfplaats van de betrokken personen, alsook de plaats waar de onder trustverband gebrachte goederen zich bevinden.¹⁶¹⁹ In de rechtsleer wordt daarentegen soms betoogd dat artikel 13 samen met artikel 7 van het verdrag moet worden gelezen, aangezien in het laatstgenoemde artikel wel een aantal 'kenmerkende elementen' staan vermeld.¹⁶²⁰ *In concreto* kan het daarbij slechts gaan om het tweede en vierde criterium vernoemd in artikel 7, daar het eerste en het derde criterium expliciet niet in aanmerking kunnen worden genomen volgens de tekst van artikel 13.

Het tweede en het vierde element betreffen met name de plaats waar de trustgoederen gelegen zijn en de doeleinden van de *trust* en de plaats waar deze doeleinden dienen te worden bereikt. Nochtans lijkt geen van beide criteria *an sich* doorslaggevend te zijn. Zo wordt in de Nederlandse rechtsleer betoogd dat zelfs in het geval waar het enige of het belangrijkste trustgoed gelegen is in Nederland, de erkenning toch niet dient te worden onthouden indien er voldoende andere (internationale) aanknopingspunten zijn. Zo het bijvoorbeeld gaat om een Nederlands onroerend goed dat is ingebracht in een Jersey *trust* ten behoeve van Engelse *beneficiaries*, waarbij de *trustee* tevens gevestigd is in Jersey, zou er

¹⁶¹⁸ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 129.

¹⁶¹⁹ *Ibid*, nr. 128.

¹⁶²⁰ M. LUPOLI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 361 – 362.

volgens bepaalde rechtsleer geen reden zijn om artikel 13 toe te passen.¹⁶²¹ Bovendien valt het antwoord op de vraag naar de 'doeleinden' van een *trust* niet steeds gemakkelijk te geven. In de meeste *trusts* zal het gaan om de bevoordeling van de *beneficiaries*. Deze *beneficiaries* kunnen echter steeds verhuizen, zodat de kenmerkende prestaties verbonden zijn met het land waar de *beneficiaries* gevestigd zijn op het ogenblik van de verrichting van elke afzonderlijke prestatie. In het geval het gaat om een *charitable trust* of een *purpose trust* zal één en ander afhangen van de (mogelijke) locatie(s) waar het doel van de *trust* dient te worden verwezenlijkt.

KOPPENOL-LAFORCE betoogt dat artikel 13 niet zou mogen worden toegepast vanaf het ogenblik dat een *trust* die wordt beheerst door buitenlands recht, wordt beheerd door een *trustee* die in een trustland gevestigd is. De situatie zou dan voldoende internationaal zijn.¹⁶²²

555. Uit het voorgaande kan alvast worden afgeleid dat artikel 13 in de praktijk vermoedelijk een moeilijk hanteerbaar wapen is in de handen van de rechter die erover twijfelt om aan een buitenlandse *trust* al dan niet de erkenning te onthouden. Niet alleen zijn de in aanmerking te nemen criteria onduidelijk, ook de vaststelling van het tijdstip waarop de beoordeling dient te worden gemaakt, is verre van evident. Een *trust* die oorspronkelijk meer verbonden is met een niet-trustland kan nadien deze binding verliezen ten voordele van een trustland en *vice versa*.

Neem bijvoorbeeld het geval van een Nederlandse inwoner die met het oog op een verhuis naar Engeland, een *trust* opricht. De kwestie wordt bovendien bemoeilijkt door de vraag of er wel veel landen bestaan die géén Haagse *trust* kennen. Afhankelijk van de interpretatie die wordt gegeven aan de artikel 2 van het verdrag, kunnen mogelijks veel landen wel degelijk 'trustlanden' blijken te zijn, ook al kennen zij geen *common law trust*.¹⁶²³ Daarenboven stelt het Haagse Trustverdrag ook andere mechanismen ter beschikking om de erkenning van buitenlandse trustfiguren te beperken. Tot slot zijn ook de rechtsgevolgen van een niet-erkenning op grond van artikel 13 onduidelijk. Dienen in dit geval enkel de rechtsgevolgen van de *trust*, zoals bijvoorbeeld genoemd in artikel 11, niet te worden erkend? Of dient de gehele overdracht van de trustgoederen aan de *trustee* als niet-tegenwerpelijk te worden beschouwd?¹⁶²⁴ Dit laatste is vermoedelijk zelfs

¹⁶²¹ A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 361.

¹⁶²² M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 150 – 151. De auteur wordt hierin echter bekritiseerd door andere rechtsleer, zie: A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 361 – 362.

¹⁶²³ H. KÖTZ, "Die 15. Haager Konferenz und das Kollisionsrecht des trust", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht* 1986, 577; M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 339 – 340.

¹⁶²⁴ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 270.

niet nodig. Wanneer de *trustee* wordt beschouwd als een onbezwaarde en volle eigenaar van de onder trustverband gebrachte goederen, wordt de oorzaak van de overdracht reeds geheel uitgehold.

556. O.i. kunnen daarom best de volgende 'richtlijnen' in aanmerking worden genomen bij de toepassing van artikel 13 van het Haagse Trustverdrag. Enkel wanneer uit het geheel van de feiten en kenmerkende elementen blijkt dat het enige of belangrijkste doel van de *trust* erin bestaat om een bepaalde situatie te 'onttrekken' aan de toepassings sfeer van het recht dat normaliter op de voorhanden zijnde situatie van toepassing zou zijn geweest, is er enige ruimte voor de toepassing van artikel 13. Op zich hoeft daarbij geen enkel individueel kenmerkend element doorslaggevend te zijn. Evenmin is de aanwezigheid van de in artikel 13 genoemde (negatieve) elementen voldoende om te besluiten dat het artikel niet zou mogen worden toegepast. Doorslaggevend bij dit alles is het oogmerk waarmee de *trust* door de *settlor* werd opgericht, zonder dat de toetsing beperkt hoeft te blijven tot het ogenblik van oprichting van de *trust*. Immers, indien het oogmerk van het Haagse Trustverdrag er net in bestaat om de erkenning van *trusts* te faciliteren¹⁶²⁵, zou het bijzonder weinig zinvol zijn om deze erkenning te gaan ontzeggen op onduidelijke of onvoorspelbare gronden. Slechts indien na een marginale toetsing blijkt dat een situatie voorhanden is die door het desbetreffende verdragsartikel wordt gevisieerd, zou de rechter dit artikel dienen toe te passen. Het spreekt voor zich dat de rechter hierin heel wat beleidsvrijheid geniet. Net omwille van de zware gevolgen die een niet-erkenning op grond van artikel 13 met zich meebrengt en het feit dat zulks moeilijk voorspelbaar is, komt het ons voor dat daar tegenover staat dat deze bepaling enkel zal worden toegepast in ernstige gevallen, waar voldoende duidelijk blijkt dat deze onder het toepassingsgebied van dit artikel kunnen worden gebracht.

557. Gelet op het wazige karakter van artikel 13 hoeft het dan ook niet te verbazen dat verschillende staten die partij zijn bij het Haagse Trustverdrag hebben besloten om het artikel (enigszins) te neutraliseren. Zo heeft het Verenigd Koninkrijk, een dualistische rechtsorde, besloten om enige verwijzing naar artikel 13 in de *Recognition of Trusts Act 1987* achterwege te laten.¹⁶²⁶ In de rechtsleer wordt wel gewaarschuwd voor de gevolgen. Het is immers niet ondenkbaar dat een *settlor* op deze wijze het principiële verbod op (*private*) *purpose trusts* weet te omzeilen door een rechtskeuze te maken voor een trustrecht dat dergelijke *trusts* wel toelaat. Het is overigens nog maar de vraag of dit verbod een dwingende regel of een regel van openbare uitmaakt in de zin van artikelen 15, 16 en 18 van het Haagse Trustverdrag.¹⁶²⁷ Ook Zwitserland heeft de toepassing van artikel 13

¹⁶²⁵ Zie in dit verband o.a. A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 134.

¹⁶²⁶ L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1511.

¹⁶²⁷ Zie bv: D. HAYTON, "The increasing significance of conflicts of laws' issues", *Trusts & Trustees* 2014, 1070 e.v.

geneutraliseerd in de tweede paragraaf van artikel 149c van de *Loi fédérale sur le droit international privé*. Zogeheten 'interne trusts' kunnen dus ook in Zwitserland bestaan.¹⁶²⁸ Een stringente toepassing van artikel 13 zou in Zwitserland bovendien hebben geleid tot de niet-erkenning van trusts die onder het Zwitserse internationaal privaatrechtelijke systeem wel erkenning genoten vóór de ratificatie van het Haagse Trustverdrag.¹⁶²⁹

(c) Artikel 15 van het Haagse Trustverdrag – Toepassing van regels van dwingende aard

Algemeen over artikel 15 van het Haagse Trustverdrag

558. Artikel 15 van het Haagse Trustverdrag luidt als volgt:

"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 inalienable 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."

559. Gelet op de vele doeleinden waarvoor trusts kunnen worden aangewend, hoeft het niet te verbazen dat de verdragssluitende staten hebben willen voorkomen dat door het gebruik van buitenlandse trusts allerlei nationaalrechtelijke regels van dwingende aard en waarvan niet 'by voluntary act' kan worden afgeweken, zouden kunnen worden omzeild. Vandaar dat in artikel 15 wordt

DICEY, MORRIS en COLLINS wijzen evenwel op een mogelijke toepassing van artikel 18 van het Haagse Trustverdrag, zie: L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1502 – 1503.

¹⁶²⁸ *Message concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et sa reconnaissance du 2 décembre 2005*, 05.088, *Feuille Fédérale* 17 januari 2006, 604; J. PERRIN, "The Recognition of Trusts and Their use in Estate Planning under Continental Laws" in P. ŠARČEVIĆ, P. VOLKEN, A. BONOMI (eds.), *Yearbook of Private International law, Vol. X*, München, Sellier, 2009, 645.

¹⁶²⁹ *Message concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et sa reconnaissance du 2 décembre 2005*, 05.088, *Feuille Fédérale* 17 januari 2006, 605; J. PERRIN, "The Recognition of Trusts and Their use in Estate Planning under Continental Laws" in P. ŠARČEVIĆ, P. VOLKEN, A. BONOMI (eds.), *Yearbook of Private International law, Vol. X*, München, Sellier, 2009, 645.

bepaald dat het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht de toepassing van dwingendrechtelijke regels uit andere rechtstakken niet kan uitschakelen, indien dit recht daarmee in aanraking zou komen. Dit kunnen, maar moeten niet, de dwingendrechtelijke regels van de forumstaat zelf zijn.¹⁶³⁰ Indien de conflictenregels die in de forumstaat van toepassing zijn de situatie onderwerpen aan een ander recht dan haar eigen recht, moet rekening worden gehouden met de dwingendrechtelijke regels van het door de conflictenregels van het forum aangewezen recht. De in dit artikel bedoelde dwingende regels zijn niet de zogeheten 'internationaal dwingende regels' of 'regels van bijzonder dwingend recht', maar wel de nationaalrechtelijke dwingende regels.^{1631,1632} Toch verdedigt bepaalde rechtsleer dat óók de nationaalrechtelijke dwingende regels in het raam van artikel 15 dienen te worden getoetst op hun dwingendheid in internationale gevallen.¹⁶³³ Zulks kadert in de tendens in de rechtsleer om te stellen dat artikel 15 met gepaste terughoudendheid dient te worden toegepast op concrete gevallen, teneinde de erkenning van buitenlandse *trusts* niet geheel uit te hollen.¹⁶³⁴

Dit standpunt is evenwel gebaseerd op een teleologische interpretatie van het verdrag als een geheel en een systematische interpretatie van artikel 15 als artikel van dit verdrag in het bijzonder. Er is echter niets dat de rechter daartoe verplicht. Integendeel, want in het Rapport VON OVERBECK wordt dienaangaande terecht

¹⁶³⁰ L. THÉVENOZ, "Les trusts sont-ils effectivement reconnus en Suisse? : un bilan sept ans après la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts", *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier* 2014, 173.

¹⁶³¹ S. FERRERO, "The Scope and the Effects of Mandatory Rules and Public Policy under the 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition", *Il Nuovo Diritto Delle Società* 2013, afl. 7, 37 – 8; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 152.

¹⁶³² Ter illustratie van het verschil: dit onderscheid kan eveneens worden aangetroffen in de Rome I-Verordening. In de derde en de vierde paragraaf van artikel 3 Rome I-Verordening wordt verwezen naar 'rechtsregels van een ander land dan het land waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken'. In artikel 9 van de verordening wordt daarentegen verwezen naar 'bepalingen van bijzonder dwingend recht' die moeten worden toegepast op elk geval dat onder de toepassingsfeer van dit recht komt, ongeacht welk recht op dat geval van toepassing is. Dergelijke bepalingen van bijzonder dwingend recht zijn dus in de eerste plaats materieelrechtelijke bepalingen van de forumstaat die zich opdringen, boven de toepasselijke *lex causae*.

Uit considerans 37 van de Rome I-Verordening wordt het onderscheid tussen beide soorten regels bevestigd en aangegeven dat de 'bepalingen van bijzonder dwingend recht' met meer terughoudendheid dienen te worden gebezigd dan de 'bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken', zoals genoemd in artikel 3 van de verordening.

¹⁶³³ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 152.

¹⁶³⁴ *Ibid*, 152; A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 363; D. HAYTON, "Trusts" in *Private International Law* in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 92 – 93 (specifiek met betrekking tot punten (d) en (d) van artikel 15); H.L.E. VERHAGEN, "Het Haagse Trustverdrag" in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN *et al.* (eds.), *Vertrouwd met de trust. Trusts and trust-like arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, 89 – 90; E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 99; D. HAYTON, "The Hague Convention on the law applicable to trusts and their recognition", *International and Comparative Law Quarterly* 1987, 278.

aangegeven dat “[...] *un juge hostile pourrait toujours trouver dans l’article 15 un moyen de mettre le trust en échec.*”¹⁶³⁵ Artikel 15 is dus in essentie een bepaling met een potestatief karakter. Doch het is net mede om deze reden dat in de rechtsleer voor terughoudendheid wordt gepleit voor wat betreft de toepassing ervan.

Daarbij moet bovendien in ogenschouw worden genomen dat de eerste paragraaf van artikel 15 slechts een exemplatieve opsomming bevat. Deze bepaling is dus zeker niet exhaustief van aard.¹⁶³⁶

560. Het loutere feit dat een bepaling als artikel 15 in het Haagse Trustverdrag werd opgenomen, toont bovendien aan dat het verre van evident is om in kwesties als deze slechts te redeneren in termen van internationaal privaatrechtelijke kwalificaties.¹⁶³⁷ Het van toepassing zijnde trustrecht kan, onder meer als gevolg van de vele doeleinden waarvoor *trusts* kunnen worden aangewend en de vele facetten die zij vertonen, in aanraking komen met heel wat andere rechtstakken, zoals het goederenrecht, het personen- en familierecht, het erfrecht, het familiaal vermogensrecht en dergelijke meer.

Indien enkel zou kunnen worden geredeneerd in termen van internationaal privaatrechtelijke kwalificaties, ogen de zaken *prima facie* relatief eenvoudig. Enerzijds kan de voorhanden zijnde rechtsvraag worden gekwalificeerd als zijnde trustrechtelijk, zodat de kwestie wordt beheerst door het toepasselijke trustrecht. Indien de kwestie anderzijds wordt gekwalificeerd als zijnde een kwestie die wordt beheerst door een andere rechtstak, wordt vervolgens de aangewezen *lex causae* toegepast, desnoods in weerwil van het van toepassing zijnde trustrecht.

561. De vraag rijst echter of deze werkmethode ook praktisch hanteerbaar is. Het is net omdat de *trust* dermate invasief kan werken, dat een dergelijke aanpak de principiële erkenning van de *trust* mogelijks uitholt. Indien bijvoorbeeld een *trustee* insolvelabel wordt en de vraag rijst of zijn persoonlijke schuldeisers zich kunnen verhalen op de trustgoederen, raakt deze kwestie zowel de essentie van het trustrecht als van het van toepassing zijnde goederenrecht en het toepasselijke insolventierecht. Uit de bespreking van artikel 11 is alvast gebleken dat het toepasselijke trustrecht en het insolventierecht van de partijen bij het Haagse Trustverdrag in dergelijke gevallen in interactie treden. Enerzijds dient de *trust* te worden beschouwd als een afgescheiden vermogen, waarbij *affirmative asset*

¹⁶³⁵ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 139.

¹⁶³⁶ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 139; J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 388; L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1501; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 155; H.L.E. VERHAGEN, “Het Haagse Trustverdrag” in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN *et al.* (eds.), *Vertrouwd met de trust. Trusts and trust-like arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, 88.

¹⁶³⁷ J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 359.

partitioning optreedt. Anderzijds dient deze notie te worden verzoend met het insolventierecht, een kwestie waar in het Nederlandse als in het Zwitserse recht telkens een onderscheiden antwoord op wordt geboden.

Ofschoon deze benadering meer recht doet aan de trustrechtelijke realiteit en de erkenning van *trusts* in de hand werkt, valt het grote voordeel van het aanwenden van een zuivere kwalificatiemethodiek hiermee weg. Niettegenstaande de verschillende rechtsstelsels in interactie kunnen treden, rijst in dit verband wel de vraag aan welk recht voorrang moet worden gegeven in het geval waar zij conflicteren. Het is exact op dit punt dat artikel 15 van het Haagse Trustverdrag de rechter te hulp schiet. Hoewel in de regel wordt gepleit voor een eerder spaarzaam gebruik van artikel 15, biedt het artikel de rechter wel de vrijheid om het toepasselijke trustrecht te *overrulen*. Indien aan dit laatste recht op consistente wijze voorrang zou moeten worden verleend, zouden de meeste *civil law*-landen zich vermoedelijk nooit geroepen voelen om het Haagse Trustverdrag te ratificeren. In die zin beschouwd is artikel 15 niet meer dan een compromisbepaling.

562. Tot slot kan hier nog worden gewezen op de vaststelling dat de meeste auteurs van mening zijn dat de nationale rechter verplicht is om artikel 15 van het Haagse Trustverdrag ambtshalve toe te passen.¹⁶³⁸ Gelet op de tekst van de eerste zin van artikel 15 is deze conclusie nochtans geen evidentie. Ook is het zo dat – althans vanuit Belgisch perspectief – het de rechter niet vrij staat om de toepassing van regels van dwingend recht (i.t.t. regels van openbare orde) ambtshalve op te werpen. Een betere visie is o.i. dat de rechter van het forum *in concreto* dient na te gaan of de toepasselijke regel van de *lex causae* van dien aard is dat de forumrechter deze regel ambtshalve zou moeten toepassen. Met andere woorden, de forumrechter dient na te gaan of de regel in kwestie van openbare orde is, dan wel van louter dwingend recht, binnen de van toepassing zijnde *lex causae*.

In de Engelse *Recognition of Trusts Act 1987* is de kwestie nadrukkelijker geregeld, door het aanwenden van een dwingender ogend taalgebruik door de Engelse wetgever. Zulks wordt ook bevestigd door de Engelse rechtspraak.¹⁶³⁹

563. In wat volgt, zal kort worden stilgestaan bij de betekenis van de verschillende punten die werden aangehaald in de eerste paragraaf van artikel 15. Het is evenwel niet de bedoeling om in het kader van dit proefschrift elk van de aangehaalde punten ook exhaustief te bespreken. Zulks past ook niet binnen het

¹⁶³⁸ A.L.G.A. STILLE, "De 'Haagse' trust in het familie-, huwelijksvermogens- en erfrecht (family estate planning)", *WPNR* 1997, 563; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 152 – 53, alsook vn. 124 en de verwijzingen aldaar. HARRIS, GAILLIARD en TRAUTMAN zijn evenwel een andere mening toegedaan, en stellen dat artikel 15 de rechter slechts de mogelijkheid verleent om deze dwingende regels toe te passen, zie: J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 362; E. GAILLIARD, D.T. TRAUTMAN, "Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts", *American Journal of Comparative Law* 1987, 337.

¹⁶³⁹ "Section 1(3) of the 1987 Act gives mandatory effect to Article 15", zie: *Tod v. Barton* [2002] EWHC 264 (ch), para. 40.

opzet van dit onderzoek, aangezien de juiste toepassing van de meeste bepalingen binnen de onderscheiden rechtsordes een in verschillende gevallen een volledig onderzoek op zich veronderstellen. Waar nuttig zullen op exemplatieve wijze wel enkele voorbeelden worden aangehaald, teneinde één en ander te verduidelijken.

Punt a): De bescherming van minderjarigen en (handelings)onbekwamen

564. Het toepassingsgebied van de eerste beperkende regel is niet erg breed.¹⁶⁴⁰ Dit is het gevolg van het feit dat deze regel vooral betrekking heeft op de handelingsbekwaamheid van de bij de trustverhouding betrokken personen. Deze kwesties worden reeds door artikel 4 aan het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag onttrokken.¹⁶⁴¹ Voorbeelden zijn de bekwaamheid van minderjarige *settlers* of *beneficiaries* om een *trust* in het leven te roepen, dan wel om voordelen vanuit een *trust* te ontvangen. De bekwaamheid om op te treden als *trustee* valt volgens de tekst van artikel 8 van het Haagse Trustverdrag wel onder het toepassingsgebied van dit verdrag.¹⁶⁴² In dergelijke gevallen dient aan de hand van de conflictenregels van het forum te worden bepaald welk recht op deze kwesties van toepassing is en aldus op welke wijze de minderjarige of meerderjarige handelingsonbekwame dient te worden vertegenwoordigd.

Punt b): De persoonlijke en goederenrechtelijke gevolgen van het huwelijk

565. Punt b) van de eerste paragraaf van artikel 15 verwijst naar zowel de persoonlijke als de goederenrechtelijke gevolgen van het huwelijk. Hieronder kan worden gebracht: de bekwaamheid van echtgenoten om te beschikken over bepaalde goederen, de verplichtingen van beide echtgenoten ten aanzien van elkaar, de invloed van het (gekozen) huwelijksvermogensstelsel, de aanwezigheid van andere bepalingen in een eventueel huwelijkscontract, de gevolgen van een mogelijke echtscheiding¹⁶⁴³, enzovoort. Zo kan het zijn dat de toepasselijke

¹⁶⁴⁰ S. FERRERO, "The Scope and the Effects of Mandatory Rules and Public Policy under the 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition", *Il Nuovo Diritto Delle Società* 2013, afl. 7, 43; L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1501.

¹⁶⁴¹ D. HAYTON, "'Trusts' in Private International Law" in *ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, Recueil des Cours, Vol. 366*, Leiden, Nijhoff, 2013, 90; J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 361 – 362.

¹⁶⁴² J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 364.

¹⁶⁴³ Voor een interessante bespreking van een aantal punten van Zwitsers recht, zie: T. WÜSTEMANN, D. PANNATIER KESSLER, "Trusts in the context of Swiss divorce proceedings", *Trusts & Trustees* 2011, 883 – 892.

Over het Nederlandse recht, zie: M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 230 – 234.

wetgeving vereist dat de éne echtgenoot zijn of haar toestemming geeft, vóór de andere echtgenoot een bepaalde rechtshandeling kan stellen. Gedacht kan worden aan de toepassing van artikel 1:88 NBW, waar een aantal dergelijke rechtshandelingen opgesomd staan. De eerste paragraaf van dit artikel omvat onder meer een gelijkaardige regeling als artikel 215 van het Belgische Burgerlijk Wetboek (bescherming van de gezinswoning). Ook het Zwitserse Burgerlijk Wetboek ("ZBW") bevat een gelijkaardige bepaling (artikel 169 ZBW).

Ook andere regels uit het huwelijksvermogensrecht kunnen de toepassing van het toepasselijke trustrecht doorkruisen. Zo kunnen onder meer de regels betreffende de bestuursbevoegdheid over het gemeenschappelijk huwelijksvermogen (zo dit er is) een belangrijke rol spelen. En zelfs indien een echtgenoot bestuursbevoegd is, betekent dit nog niet automatisch dat deze echtgenoot bepaalde goederen onder trustverband mag stellen zonder de toestemming van de andere echtgenoot, daar dit een daad van beschikking veronderstelt, die in de regel zal worden gekwalificeerd als een beschikking om niet. Anderzijds moet wel rekening gehouden worden met het bepaalde in artikel 11, vierde lid, punt c). Indien een goed daadwerkelijk onder trustverband werd gebracht, maakt dit goed géén deel meer uit van het gezamenlijk vermogen van de echtgenoten, tenzij het van toepassing zijnde trustrecht anders bepaalt.

566. Een bijzondere toepassing van deze bepaling is te vinden in het Engelse recht. Een aantal Engelse rechtbanken hebben in het verleden reeds meermaals gebruik gemaakt van deze bepaling om op grond van *Section 24(1)(c)* van de *Matrimonial Causes Act 1973*¹⁶⁴⁴ de bepalingen van een trustakte aan te passen. Ook indien de *trust* in kwestie beheerst wordt door een buitenlands rechtsstelsel.¹⁶⁴⁵ Door zulks te doen, beroepen deze Engelse rechtbanken zich aldus op punt b) van de eerste paragraaf van artikel 15 van het Haagse Trustverdrag om de werking van artikel 8, paragraaf 2, punt h) buiten werking te stellen. Zo oordeelde het *Court of Appeal* in de zaak *Charman*¹⁶⁴⁶ dat de bepalingen van een *offshore trust* die op rechtsgeldige wijze werd gecreëerd, toch konden worden gewijzigd op grond van het Engelse echtscheidingsrecht. Interessant is dat de Engelse rechtbank de trustgoederen kennelijk beschouwde als zijnde deze van de echtgenoot persoonlijk.¹⁶⁴⁷ Indien een echtscheidingszaak dus voor de Engelse

¹⁶⁴⁴ Deze bepaling leest als volgt: "On granting a decree of divorce, a decree of nullity of marriage or a decree of judicial separation or at any time thereafter (whether, in the case of a decree of divorce or of nullity of marriage, before or after the decree is made absolute), the court may make any one or more of the following orders, that is to say — [...] (c) an order varying for the benefit of the parties to the marriage and of the children of the family or either or any of them any ante-nuptial or post-nuptial settlement (including such a settlement made by will or codicil) made on the parties to the marriage other than one in the form of a pension arrangement (within the meaning of section 25D below)"

¹⁶⁴⁵ N. FRANCIS, J. HARRIS, "Trusts and divorce", *Trusts & Trustees* 2012, 134; A. MEEK, "Matrimonial disputes" in S. COLLINS, S. KEMPSTER, M. McMILLAN, A. MEEK (eds.), *International Trust Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 37.

¹⁶⁴⁶ *Charman v. Charman* [2007] EWCA Civ 503. Het Engelse *Supreme Court* heeft deze benadering later bevestigd, zie: *Grantino v. Radmacher* [2010] UKSC 42.

Zie in dit verband ook: *Charalambous v. Charalambous* [2004] EWCA Civ. 1030.

¹⁶⁴⁷ N. FRANCIS, J. HARRIS, "Trusts and divorce", *Trusts & Trustees* 2012, 132.

rechtbanken wordt gebracht, en indien deze rechtbanken het Engelse recht toepassen, wat voor *ancillary relief*-procedures quasi-steds het geval zal zijn¹⁶⁴⁸ - is de potentiële extraterritoriale reikwijdte van het Engelse recht enorm. Deze inzichten kunnen kennelijk relevant zijn in een Belgische fiscale context (zie *infra*, randnr. 1357).

567. In de zaak *Radmacher*, die werd beslecht door het Engelse *Supreme Court*, werd de kwestie bovendien gecompliceerd door de aanwezigheid van huwelijksvoorwaarden ('*prenuptial agreement*') waaruit zou moeten voortvloeien dat geen van beide partijen financieel beter af zou zijn na een mogelijke beëindiging van het huwelijk dan daarvoor. De huwelijksvoorwaarden in kwestie werden beheerst door het Duitse recht. Het *Supreme Court* paste in de context van een procedure tot het toekennen van *ancillary relief* echter enkel het Engelse recht toe.¹⁶⁴⁹ De zaak *Radmacher* is in Engeland vooral bekend omdat het *Supreme Court* voor de eerste maal besliste dat een dergelijke *prenuptial agreement* niet strijdig was met de Engelse openbare orde.¹⁶⁵⁰ Zulks zal de Engelse rechtbanken er evenwel niet van weerhouden om toch een eis tot het toekennen van *ancillary relief* in te willigen.

568. Daarbij kan nog worden opgemerkt dat verschillende *offshore*-jurisdicties bijzondere wetgeving hebben ingevoerd die de erkenning van dergelijke (buitenlandse) uitspraken onmogelijk maken.¹⁶⁵¹ Zo heeft de *Jersey Royal Court* in het verleden reeds geweigerd om een vonnis van een Engels *Family Court* te erkennen, dat ertoe strekte om de trustakte van een *Jersey trust* aan te passen.¹⁶⁵² Hieruit blijken de praktische moeilijkheden die zich kunnen voordoen wanneer de trustgoederen in het buitenland zijn gelegen. In dergelijke gevallen kunnen de Engelse rechtbanken wel - op grond van hun persoonlijke jurisdictie over de partijen in kwestie - toepassing maken van *Section 25(2)(a)* van de *Matrimonial Causes Act 1973* en de echtgenoot in kwestie veroordelen tot het betalen van een aanzienlijke som geld aan de andere echtgenoot. Verwacht wordt dan dat de

¹⁶⁴⁸ Zo stelde het *Supreme Court* in de zaak *Charman* in paragraaf 103, onder verwijzing naar DICEY, MORRIS en COLLINS, dat "In England, when the court exercises its jurisdiction to make an order for financial relief under the *Matrimonial Causes Act 1973*, it will normally apply English law, irrespective of the domicile of the parties, or any foreign connection." Zie ook: L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1087.

¹⁶⁴⁹ *Grantino v. Radmacher* [2010] UKSC 42, para. 103 - 108.

¹⁶⁵⁰ Zie para. 52 van het arrest *Radmacher*: "We wholeheartedly endorse the conclusion [...] that the old rule that agreements providing for future separation are contrary to public policy is obsolete and should swept away."

Deze conclusie werd in 2012 onderschreven door de *Law Commission* in een rapport getiteld "Matrimonial Property, Needs and Agreements", beschikbaar op: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/286308/H_C_1089_Web_only.pdf

¹⁶⁵¹ Zo worden in de rechtsleer ter zake genoemd: Anguilla, de Cookeilanden, Jersey, Guernsey, de Bahama's, Bermuda, de Britse Maagdeneilanden, de Kaaimaneilanden, Cyprus en het eiland Man. Zie: N. FRANCIS, J. HARRIS, "Trusts and divorce", *Trusts & Trustees* 2012, 145.

¹⁶⁵² *Mubarak v. Mubarak* [2008] Jersey LR 250.

trustee een uitkering van trustgelden zal doen, teneinde de veroordeelde echtgenoot bij te staan.¹⁶⁵³

569. In dit verband kan tevens melding worden gemaakt van de Zwitserse zaak *Rybolovlev v. Rybolovleva*¹⁶⁵⁴, die een echtscheidingsprocedure betrof tussen een Russisch echtpaar, dat zonder huwelijkscontract was getrouwd in Rusland, maar sinds 1995 in Zwitserland verbleef.¹⁶⁵⁵ In 2005 wenste de echtgenoot een wijziging aan te brengen aan het huwelijksvermogensstelsel, dat enkele belangrijke uitzonderingen bevatte op het Zwitserse wettelijk stelsel¹⁶⁵⁶. Dit werd geweigerd door de echtgenote. Enkele maanden later stelde de echtgenoot twee *non-revocable* en *discretionary trusts* in naar het recht van Cyprus, waarin hij het grootste deel van zijn fortuin – bestaande uit onder meer aandelen, kunst, onroerend goed en jachten – onder bracht. De heer RYBOLOVLEV was zowel *settlor*, *beneficiary* als *protector* van de *trusts* in kwestie. In 2008 stelde de echtgenote een vordering tot echtscheiding in. Zij stelde tevens een procedure in die het verkrijgen van een aantal voorlopige maatregelen tot voorwerp had. Zij wenste daarmee onder meer een voorlopige bewarende maatregel op grond van artikel 178 ZBW te bekomen, die de echtgenoot ervan zou weerhouden om over bepaalde goederen te beschikken.¹⁶⁵⁷ De eis sloeg ook op goederen die de echtgenoot op onrechtstreekse wijze aanhield, i.e. de goederen die werden ondergebracht in de Cypriotische *trusts*.

¹⁶⁵³ Zie in dit verband, over de toepassing van *Section 25(2)(a)* van de *Matrimonial Causes Act 1973*: *Whaley v. Whaley* [2011] EWCA Civ. 617, para. 38 – 46, waar werd erkend dat het kapitaal dat zich in buitenlandse *trusts* bevond mee in aanmerking kon worden genomen voor de toepassing van de laatstgenoemde wetsbepaling.

¹⁶⁵⁴ Tribunal fédéral Suisse 26 april 2012 (*Rybolovlev c. Rybolovleva*), zaak 5A 259/2010. De zaak werd niet gepubliceerd in het *Recueil Officiel*.

¹⁶⁵⁵ Zie voor een uitgebreidere bespreking van de stand van zaken in dit geschil tot en met 2012: T. WÜSTEMANN, D. GABRIEL, "Treatment of Trusts in Switzerland" in M. HARPER, D. GOODMAN, P. HAMLIN, P. MATTHEWS, E. GALE, P. FUDAKOWSKA, P. BURGESS, *International Trust and Divorce Litigation*, Bristol, Jordan Publishing, 2013, 271 e.v. Zie tevens: L. THÉVENOZ, "Les trusts sont-ils effectivement reconnus en Suisse? : un bilan sept ans après la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts", *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier* 2014, 165 – 168.

¹⁶⁵⁶ T. WÜSTEMANN, D. GABRIEL, "Treatment of Trusts in Switzerland" in M. HARPER, D. GOODMAN, P. HAMLIN, P. MATTHEWS, E. GALE, P. FUDAKOWSKA, P. BURGESS, *International Trust and Divorce Litigation*, Bristol, Jordan Publishing, 2013, 271.

Het Zwitserse wettelijk stelsel is enigszins vergelijkbaar met het Belgische wettelijk stelsel, daar het in beide gevallen een stelsel van gemeenschap van aanwinsten betreft. Zie: T. GRAHAM, "The Hague Trusts Convention five years on: the Swiss Federal Supreme Court's decision in *Rybolovlev v Rybolovleva*", *Trusts & Trustees* 2012, 747.

¹⁶⁵⁷ De bepaling in kwestie leest als volgt: "*Restrictions du pouvoir de disposer*:"

1 *Dans la mesure nécessaire pour assurer les conditions matérielles de la famille ou l'exécution d'obligations pécuniaires découlant du mariage, le juge peut, à la requête de l'un des époux, restreindre le pouvoir de l'autre de disposer de certains de ses biens sans le consentement de son conjoint.*

2 *Le juge ordonne les mesures de sûreté appropriées.*

3 *Lorsque le juge interdit à un époux de disposer d'un immeuble, il en fait porter la mention au registre foncier"*

Het geschil in verband met de voorlopige maatregelen werd uiteindelijk beslecht door het Zwitserse *Tribunal fédéral* dat de gevraagde voorlopige maatregelen toekende. Verrassend genoeg sloeg deze voorlopige maatregel niet enkel op goederen gelegen in Zwitserland, maar op alle goederen die onder het Zwitserse huwelijksvermogensrechtelijk regime vielen.¹⁶⁵⁸ Hierdoor kwam aan de uitspraak een gelijkaardig extraterritoriaal effect toe, dat vergelijkbaar is met een *freezing injunction*, zoals gekend in *common law*-jurisdicties.¹⁶⁵⁹

Belangrijk voor dit onderzoek is op te merken dat de toegekende voorlopige maatregelen ook sloegen op de goederen die waren ondergebracht in de Cypriotische *trusts*. Op grond van de vaststelling dat de echtgenoot zou kunnen worden beschouwd als 'economische eigenaar' van de onder trustverband gebrachte goederen, beriep de Zwitserse feitenrechter zich op theorieën als *Durchgriff* ('*piercing the corporate veil*') en rechtsmisbruik. Zo werd een rechtstreeks verband gelegd tussen de echtgenoot en de trustgoederen. De geldigheid van de Cypriotische *trusts* werd wel aanvaard, zodat de rechtbank zich niet beriep op het voorhanden zijn van een *sham*.¹⁶⁶⁰ Het Zwitserse *Tribunal fédéral* keurde deze aanpak nadien goed, mede op grond van artikel 15 van het Haagse Trustverdrag.¹⁶⁶¹

570. Hoewel deze aanpak mogelijks kan worden verklaard door het feit dat een procedure in verband met voorlopige maatregelen de aard heeft van een 'kort geding', lijkt dit o.i. geen juiste rechtstoepassing te zijn van artikel 15. In essentie vervingen de Zwitserse rechtbanken een onderzoek naar de geldigheid van de

¹⁶⁵⁸ L. THÉVENOZ, "Les trusts sont-ils effectivement reconnus en Suisse? : un bilan sept ans après la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts", *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier* 2014, 166.

¹⁶⁵⁹ Merk op dat een dergelijke *freezing injunction* niet slaat op de in het buitenland gelegen goederen als zodanig. De Zwitserse (en *common law*) rechters zijn immers niet bevoegd om dergelijke maatregelen te bevelen ten aanzien van in het buitenland gelegen goederen. Een *freezing injunction* is daarentegen gericht ten aanzien van de persoon in kwestie, die zich bevindt onder de rechtsmacht van de rechtbank in kwestie.

Zo stelde het Zwitserse *Tribunal fédéral* in de zaak *Rybolovlev* in para. 7.3.2.2.: "Dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial, les prétentions patrimoniales des époux se rapportent à la totalité des biens matrimoniaux indépendamment du lieu de situation de ceux-ci. Il n'apparaît dès lors pas inconcevable que la restriction du pouvoir de les aliéner (mesure ad personam) porte aussi sur des biens localisés à l'étranger. A défaut, l'étendue de la protection que l'art. 178 CC est censée offrir à l'époux dont les prétentions sont menacées [...] serait réduite. La saisie (mesure in rem) apparaît quant à elle comme une mesure de sûreté visant à assurer l'efficacité de la restriction du pouvoir de disposer et à empêcher l'acquisition des biens par des tiers [...]. Elle tend à « immobiliser » les valeurs sur lesquelles porte la restriction du pouvoir de disposer (cf. en ce sens: ATF 120 III 67 consid. 2b p. 70). Il n'est dès lors pas insoutenable d'admettre que, au stade des mesures provisoires, l'on puisse ordonner la saisie de biens sis à l'étranger [...]. Autre est la question de l'exécution forcée de cette décision et de la voie qui devra être suivie à cet effet."

¹⁶⁶⁰ L. THÉVENOZ, "Les trusts sont-ils effectivement reconnus en Suisse? : un bilan sept ans après la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts", *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier* 2014, 167; T. WÜSTEMANN, D. GABRIEL, "Treatment of Trusts in Switzerland" in M. HARPER, D. GOODMAN, P. HAMLIN, P. MATTHEWS, E. GALE, P. FUDAKOWSKA, P. BURGESS, *International Trust and Divorce Litigation*, Bristol, Jordan Publishing, 2013, 273.

¹⁶⁶¹ Zie para. 7.1. e.v. van het arrest *Rybolovlev*.

Cypriotische *trusts* en de aard van de rechten van de *beneficiary*, dat in de eerste plaats dient te geschieden aan de hand van de *lex causae*, door de toepassing van een aantal beginselen van Zwitsers recht. Het is daarbij zelfs nog maar de vraag of een concept als *durchgriff*, dat wel kan worden toegepast ten aanzien van rechtspersonen, kan worden gebruikt om door de afzonderlijke persoonlijkheid van een *trustee* heen te kijken en een rechtstreeks verband te leggen met de *beneficiaries*. De *trust* zelf heeft immers geen rechtspersoonlijkheid.

Het arrest lokte dan ook sterke kritiek uit.¹⁶⁶² Een juiste rechtstoepassing had o.i. vereist dat de Zwitserse rechters hadden onderzocht of de echtgenoot de goederen in kwestie überhaupt onder trustverband kon brengen, gelet op artikel 4 van het Haagse Trustverdrag. Bovendien had eventueel kunnen worden gebruikt gemaakt van de *clawback*-bepaling uit artikel 220 ZBW, die ertoe strekt 'frauduleuze overdrachten' aan derden niet-tegenstelbaar te laten verklaren. Tot slot had eventueel ook een nader onderzoek naar het geveinsde gehalte van de *trusts* ('*sham doctrine*') in kwestie mogelijks soelaas kunnen brengen. In de Zwitserse rechtsleer wordt bevestigd dat een dergelijke aanpak tot hetzelfde resultaat had kunnen leiden.¹⁶⁶³

571. Opvallend is dat later, in de procedure ten gronde, de Zwitserse appèlrechters in 2015 oordeelden dat de waarde van de goederen die in 2005 in de *trusts* werden ondergebracht wel in aanmerking konden worden genomen, doch werden gewaardeerd op het ogenblik dat zij onder trustverband werden gebracht.¹⁶⁶⁴ Zodoende werd geen rekening meer gehouden met de waardevermeerdingen van de laatste 10 jaren.¹⁶⁶⁵ Deze (civielrechtelijke) uitspraak is markant, daar het Zwitserse belastingrecht *trusts* die werden opgericht door een *settlor* die Zwitsers rijksinwoner is, in principe transparant belast in hoofde van deze *settlor*, ook als het een *discretionary trust* betreft.¹⁶⁶⁶ Voor fiscale doeleinden wordt dan de werkelijke waarde van de trustgoederen rechtstreeks toegerekend aan de *settlor*. Dit is een opvallende divergentie tussen het Zwitserse civiel recht en het Zwitserse belastingrecht. De zaak is uiteindelijk nooit opnieuw voor het

¹⁶⁶² Zie bijvoorbeeld: T. GRAHAM, "The Hague Trusts Convention five years on: the Swiss Federal Supreme Court's decision in *Rybolovlev v Rybolovleva*", *Trusts & Trustees* 2012, 746 – 755.

¹⁶⁶³ L. THÉVENOZ, "Les trusts sont-ils effectivement reconnus en Suisse? : un bilan sept ans après la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts", *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier* 2014, 167 – 68.

¹⁶⁶⁴ B. VISCHER, "Recent developments: Switzerland", *Trusts & Trustees* 2016, 55.

¹⁶⁶⁵ Ons is (nog) geen rechtsleer ter zake bekend, maar over het verdere verloop van de procedure werd wel nog veel bericht in de internationale en Zwitserse pers, zie: *Le Temps*, 28 juni 2015, www.letemps.ch. Beschikbaar op: <http://www.letemps.ch/suisse/2015/06/28/trusts-etranagers-puissants-defient-suisse>

¹⁶⁶⁶ Zie in dit verband circulaire nr. 20 van het Zwitserse Département fédéral des finances van 27 maart 2008, beschikbaar op: <https://www.estv.admin.ch/dam/estv/fr/dokumente/bundessteuer/kreisschreiben/2004/1-020-DV-2008.pdf.download.pdf/1-020-DV-2008-f.pdf>. In het bijzonder nrs. 5.1.1.2 en 5.2.3.

Zwitserse *Tribunal fédéral* gekomen, daar de partijen in de loop van 2015 een schikking hebben getroffen.¹⁶⁶⁷

Punt c): Erfrecht, in het bijzonder de bescherming van het voorbehouden erfdeel

572. Gelet op het feit dat *trusts* in het bijzonder een rol kunnen spelen als intergenerationeel transmissiemechanisme (zie *supra*, randnr. 383 en 400), komt de opname van een bijzondere bepaling betreffende het erfrecht allerminst vreemd over. Bovendien bevat het erfrecht van de onderscheiden staten in de regel verschillende bepalingen die (minstens) van dwingend recht zijn. Het voorbehouden erfdeel is, in zoverre het toepasselijke erfrecht dit kent¹⁶⁶⁸, hiervan in de regel een belangrijk voorbeeld¹⁶⁶⁹. O.i. dienen rechtsvragen aangaande het voorbehouden erfdeel dan ook als erfrechtelijk te worden gekwalificeerd, zodat het bestaan van enig voorbehouden erfdeel wordt beheerst door de toepasselijke *lex successionis*. Hetzelfde geldt voor de vraag welke door de erflater gestelde handelingen kunnen worden geveiseerd door een vordering tot inkorting.¹⁶⁷⁰

¹⁶⁶⁷ B. VISCHER, "Recent developments: Switzerland", *Trusts & Trustees* 2016, 44; *Forbes*, 20 oktober 2015, www.forbes.com. Zie: <http://www.forbes.com/sites/afontevicchia/2015/10/20/the-saga-of-russian-billionaire-dmitry-rybolovlevs-4-5b-divorce-comes-to-an-end/#144ec6d44382>.

¹⁶⁶⁸ De meeste *civil law*-rechtsstelsels zijn bekend met de erfrechtelijke reserve, ook al kan de exacte juridische vorm daarvan soms verschillen. Zo kan het van rechtsstelsel tot rechtsstelsel afhangen of de reservataire of beschermde erfgenamen een reserve in natura hebben of een reserve in waarde. Voor een rechtsvergelijkend overzicht, zie: W. PINTENS, "Pleidooi voor een rechtsvergelijkende analyse van de reserve" in C. DECLERCK, W. PINTENS (eds.), *Patrimonium 2015*, Brugge, die Keure, 2015, 413 – 418.

Zie ook: L. GARB, J. WOOD (eds.), *International Succession, 4th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 992p; C. CASTELEIN, R. FOQUÉ, A-L. VERBEKE (eds.), *Imperative Inheritance in a Late-Modern Society. Five Perspectives*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 224p; KFBN-FRNB (ed.), *De Erfrechtelijke Reserve in Vraag Gesteld. Examen Critique de la Réserve Successorale, I, Rechtsvergelijking. Droit Comparé*, Brussel, Bruylant, 1997, 445p. *Common law*-stelsels kennen echter in de regel géén door de wet bepaald voorbehouden erfdeel (zie in dit verband tevens vn. 1243). Daar staat tegenover dat, bijvoorbeeld in Engeland, de rechter op discretionaire basis een deel van het *estate* van de overledene kan toekennen aan bepaalde erfgenamen in het geval er niet is voorzien in een 'reasonable financial provision'. Interessant is nog op te merken in deze context dat het in aanmerking te nemen *estate* door de rechter fictief kan worden uitgebreid tot door de erflater gedane schenkingen en andere overdrachten waarvoor onvoldoende tegenwaarde werd ontvangen, die hebben plaatsgevonden binnen de zes jaar voor het overlijden. Dit geldt *a fortiori* indien de rechter van oordeel is dat de overdracht vanwege de erflater geschiedde om de toekenning van een financiële provisie aan de beschermde erfgenamen mogelijk te maken. Zie: *Sections 10 en 12 van de Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*. Zie daarover o.a.: N. EASTAWAY, J. KIMBER, I. RICHARDS, *Tax Adviser's Guide to Trusts, 5th Edition*, Bloomsbury, West-Sussex, 2016, 505 – 507.

¹⁶⁶⁹ D. HAYTON, "Trusts and Forced Heirship Problems", *Journal of International Trust and Corporate Planning* 1993, 3.

¹⁶⁷⁰ Deze bemerkingsen worden tevens ondersteund door de tekst van de Europese Erfrechtverordening. Zie in het bijzonder het bepaalde in artikel 2, punten b), h) en i).

Het belang van het van toepassing zijnde trustrecht mag in deze materie trouwens ook niet worden overschat. Het loutere bestaan van een trustverhouding kan op zich in beginsel geen afbreuk doen aan de rechten van reservataire erfgenamen. Immers, indien de *trust* reeds tot stand is gekomen, impliceert dit dat de trustgoederen op een eerder ogenblik onder trustverband werden gebracht. Zulks geschiedt in de meeste gevallen door een overdracht van de goederen aan een *trustee*. Het is normaliter dan ook deze overdrachtshandeling, die kan worden geveiseerd door een vordering tot inkorting. Het werkelijke probleem met betrekking tot de erfrechtelijke reserve, zoals deze in de meeste *civil law*-stelsels bestaat, situeert zich dus op het niveau van de rechtshandeling die aan de creatie van de *trust* ten grondslag ligt, i.e. de overdracht van de trustgoederen door de *settlor*.

Echter, zoals hoger (*supra*, randnr. 490 e.v.) reeds werd besproken, valt deze overdrachtshandeling niet onder het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag, zodat het forum zijn eigen verwijzingsregels moet toepassen om het van toepassing zijnde recht met betrekking tot die rechtshandeling vast te stellen. Vervolgens moet deze rechtshandeling vanuit het perspectief van het van toepassing zijnde erfrecht worden beoordeeld, teneinde vast te stellen of deze rechtshandeling volgens de *lex successionis* een rechtshandeling is die kan worden geveiseerd middels een vordering tot inkorting. Aldus is het de juridische kwalificatie van de rechtshandeling waarmee de goederen onder trustverband werden gebracht, vanuit het perspectief van de toepasselijke *lex successionis*, die determinerend is voor de mogelijkheid tot inkorting (zie verder *infra*, randnr. 921 e.v.).¹⁶⁷¹ Merk evenwel op dat de deze analyse in de eerste plaats geldt voor *civil law*-rechtsstelsels, die een vastomlijnd voorbehouden erfdeel kennen (i.t.t. de eerder discretionaire toekenningen in het Engelse recht).¹⁶⁷²

573. Gelet op het voorgaande kan een onderscheid worden gemaakt tussen twee situaties.

¹⁶⁷¹ Wij hebben in het verleden dit standpunt reeds elders verdedigd, zie: N. APPERMONT, "Is een inbreng in een *trust* door een erflater vatbaar voor een vordering tot inkorting? Een internationaal privaatrechtelijke en erfrechtelijke analyse" in C. DECLERCK, W. PINTENS (eds.), *Patrimonium 2015*, Brugge, die Keure, 2015, 264 e.v.

¹⁶⁷² Vanuit Engels perspectief bekeken, liggen de zaken vermoedelijk anders. Zoals reeds aangehaald in vn. 1243 en 1668, kent het Engelse recht geen voorbehouden erfdeel, maar kan de rechter wel een deel van het *estate* van de overledene toekennen aan bepaalde hulpbehoevende familieleden in zoverre de erflater dit heeft nagelaten te doen. Zulks zou kunnen gebeuren op grond van artikel 15 van het Haagse Trustverdrag. Echter, HARRIS merkt dienaangaande op dat het niet vanzelfsprekend is dat de regels in kwestie van dwingende aard zijn, zie: J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 367.

Eerste geval: rechter uit een (common law-)trustland wordt geconfronteerd met een lex successionis die een voorbehouden erfdeel kent

574. Ten eerste is het mogelijk dat een rechter in een land dat bekend is met de *trust* het erfrecht dient toe te passen van een rechtsstelsel dat de *trust* niet kent. Het typische geval is dat een rechter van een *common law*-land het erfrecht van een *civil law*-rechtsstelsel dient toe te passen en er een probleem rijst aangaande de aanspraken van de reservataire erfgenamen. Uit de Engelse literatuur dienaangaande blijkt alvast dat Engelse rechters in de regel weinig moeite zullen hebben om testamentaire *trusts*, waarin bepaalde goederen, die vallen in het *estate* van de overledene, zullen worden ingebracht, niet te laten ontstaan in zoverre deze goederen toekomen aan reservataire erfgenamen.¹⁶⁷³ Het gaat hier immers om beschikkingen ter zake des doods. In feite heeft dit weinig te maken met artikel 15 van het Haagse Trustverdrag, aangezien de vordering tot inkorting, zoals gezegd, de rechtshandeling treft waarmee de goederen onder trustverband werden gebracht of zullen worden gebracht, i.e. een testamentaire beschikking. Op grond van artikel 4 van het verdrag zal gewoon worden vastgesteld dat de *testamentary trust* niet rechtsgeldig tot stand is gekomen. De kans bestaat overigens dat de Engelse rechtbanken zich tevens inschikkelijk zullen opstellen ten aanzien van reservataire erfgenamen naar buitenlands recht in die gevallen waar de *settlor* een *revocable trust* heeft ingesteld, of heeft voorzien in een *power of appointment* waarmee deze laatste zich gedurende zijn of haar leven trustgoederen aan zichzelf kon (blijven) toewijzen.¹⁶⁷⁴

575. Een heel ander beeld ontstaat evenwel wanneer het een (al dan niet herroepbare) *inter vivos trust* betreft. Vanuit het perspectief van de meeste *common law*-rechtsstelsels is het zo goed als ondenkbaar dat een geldige rechtshandeling onder de levenden achteraf zou worden aangevochten op grond van buitenlands erfrecht.¹⁶⁷⁵ Vanuit het perspectief van *common law*-stelsels is de enige relevante vraag of de *settlor* gedurende zijn leven, volgens de *lex rei sitae*, bevoegd was om over de goederen te beschikken.¹⁶⁷⁶ Indien de bescherming van de reservataire erfgenamen dermate ver gaat dat de *settlor*/erflater niet op geldige

¹⁶⁷³ D. HAYTON, "The increasing significance of conflicts of laws' issues", *Trusts & Trustees* 2014, 1076; L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1501 – 1502; D. HAYTON, "'Trusts' in Private International Law" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours, Vol. 366*, Leiden, Nijhoff, 2013, 91; J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 366.

¹⁶⁷⁴ D. HAYTON, "Trusts and Forced Heirship Problems", *The King's College Law Journal* 1993 – 1994, afl. 4, 15 – 16.

¹⁶⁷⁵ D. HAYTON, "The increasing significance of conflicts of laws' issues", *Trusts & Trustees* 2014, 1076; L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1501 – 1502; D. HAYTON, "'Trusts' in Private International Law" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours, Vol. 366*, Leiden, Nijhoff, 2013, 91 – 92; J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 368.

¹⁶⁷⁶ J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 368 – 369.

wijze kon beschikken over de goederen omdat ze voorbehouden zijn voor zijn reservataire erfgenamen, zou dit nog kunnen worden aanvaard. Wat vanuit het perspectief van deze rechtsstelsels evenwel volstrekt onaanvaardbaar schijnt, is dat een geldige beschikking onder de levenden achteraf zou kunnen worden tenietgedaan omwille van een buitenlandse erfrechtelijke regeling.¹⁶⁷⁷ In essentie gaat het hier dan ook om een internationaal privaatrechtelijke kwalificatiekwestie.

Deze aversie voor de mogelijke toepassing van zulke regels gaat kennelijk zelfs dermate ver dat net deze kwestie één van de grootste struikelblokken vormde voor het Verenigd Koninkrijk om zich aan te sluiten bij de Europese Erfrechtverordening.¹⁶⁷⁸ Bovendien achten bepaalde auteurs het mogelijk dat de Engelse rechtbanken buitenlandse rechterlijke uitspraken die een geldig tot stand gekomen *inter vivos trust* (deels) ontmantelen omwille van een in dat land toegekende vordering tot inkorting, zullen weigeren te erkennen op grond van de Engelse openbare orde.¹⁶⁷⁹ Zulks zal evenwel enkel nuttig blijken te zijn in het geval waar de trustgoederen in kwestie in het Engeland of Wales gelegen zijn en de buitenlandse uitspraak aldaar ten uitvoer dient te worden gelegd.

576. In verschillende *offshore*-jurisdicties zijn de zaken zo mogelijk nog markanter, daar verschillende van deze rechtsordes specifieke *firewall*-wetgeving hebben aangenomen teneinde claims van buitenlandse reservataire erfgenamen (en desgevallend ook [andere] schuldeisers) tegen te gaan en elke erkenning aan buitenlandse vonnissen die dergelijke claims inwilligen, te ontzeggen.¹⁶⁸⁰ Merk

¹⁶⁷⁷ D. HAYTON, "Trusts" in *Private International Law* in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 91; A. DE LA ROSA, "Succession and forced heirship disputes" in S. COLLINS, S. KEMPSTER, M. McMILLAN, A. MEEK (eds.), *International Trust Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 53. Zie ook: *Pouey v. Hordern* [1900] 1 Ch. 492.

Nochtans werd in vn. 1243 en 1668 opgemerkt dat *Section 10* van de Engelse *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975* zélf een (weliswaar beperkte) *clawback*-provisie bevat...

¹⁶⁷⁸ Zo was het *House of Lords* van oordeel dat "the impact of the clawback in the proposal as it stands would be detrimental to UK interests." Zie: HOUSE OF LORDS EUROPEAN UNION COMMITTEE, "Sixth Report – The EU's Regulation on Succession", Londen, 2010, para. 98 en 158. Elders stelde het *House of Lords* dat dit "The single most contentious issue in the proposal for the UK" was. Zie: *Ibid*, para. 86.

Zie ook: A. BONOMI, P. WAUTELET m.m.v. I. PRETELLI, A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions*, Brussel, Bruylant, 2016, 102; D. HAYTON, "Reflections on The Hague Trusts Convention after 30 years", *Journal of Private International Law* 2016, afl. 1, 19; D.J. HAYTON, "The 'wills and succession' exclusion from the recast Brussels Regulation", *Trusts & Trustees* 2016, 819; A. DE LA ROSA, "Succession and forced heirship disputes" in S. COLLINS, S. KEMPSTER, M. McMILLAN, A. MEEK (eds.), *International Trust Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 54.

¹⁶⁷⁹ D. HAYTON, "The increasing significance of conflicts of laws' issues", *Trusts & Trustees* 2014, 1076.

¹⁶⁸⁰ D. HAYTON, "Thoughts on future trust law developments", *Trusts & Trustees* 2016, 1004; A. BONOMI, P. WAUTELET m.m.v. I. PRETELLI, A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions*, Brussel, Bruylant, 2016, 126.

Voorbeelden zijn Guernsey, Jersey en de Kaaimaneilanden en het eiland Man.

Meer algemeen over dit fenomeen: D. HAYTON, "The increasing significance of conflicts of laws' issues", *Trusts & Trustees* 2014, 1076 – 1077

evenwel opnieuw op dat dergelijke wetgeving geen bescherming biedt indien de relevante trustgoederen gelegen zijn in een rechtsorde die wel een voorbehouden erfdeel kent, en *a fortiori* indien de trustgoederen zich bevinden in de rechtsorde waarvan de uitspraak zelf afkomstig is.

Ook in verschillende staten van de Verenigde Staten, waarvan enkel de staat Louisiana een voorbehouden erfdeel kent in de klassieke zin van het woord¹⁶⁸¹, is dit fenomeen bekend. Zo hebben ook de staten Delaware en South Dakota dergelijke *firewall*-wetgeving¹⁶⁸² en zijn er in de staat New York verschillende rechterlijke uitspraken voorhanden waaruit blijkt dat een geldig opgerichte trustverhouding niet zomaar kan worden ontmanteld omwille van claims van buitenlandse reservataire erfgenamen.¹⁶⁸³

Een bekend voorbeeld is de zaak *Rothschild v. Pateras* die in 2011 werd beslecht door het *Guernsey Royal Court*. Zie in dat verband: A. OZANNE, "Effect of foreign forced heirship rules on a Guernsey trust: the Royal Court of Guernsey's decision in *Rothschild v. Pateras* [Judgment 15/2011]", *Trusts & Trustees* 2012, 915 – 917.

Zie in het bijzonder voor de *firewall*-wetgeving van de Kaaimaneilanden: R. MACK, "Offshore: Cayman Islands", *Trusts & Trustees* 2009, 250 – 255. In de bijdrage wordt zelfs gesuggereerd dat artikel 15 van het Haagse Trustverdrag één van de redenen zou zijn waarom de Kaaimaneilanden nooit partij zijn geworden bij het Haagse Trustverdrag, zie: *Ibid*, 252.

Bermuda kent reeds sinds 1990 bijzondere *firewall*-wetgeving. In dergelijke *firewall*-wetgeving wordt doorgaans bepaald dat het bestaan en de integriteit van *trusts* die rechtsgeldig werden opgericht volgens het recht van de jurisdictie in kwestie, niet in het gedrang kunnen worden gebracht door het invoeren van voorbehouden erfdelen onder een buitenlandse *lex successiois*. Ook kunnen buitenlandse rechterlijke uitspraken in die zin niet worden erkend of worden uitgevoerd in dergelijke jurisdicties. Langs de andere kant voorziet het recht van deze jurisdicties soms wel dat, indien de *trust* werd opgericht door inwoners van de jurisdictie in kwestie, de rechtbanken toch de mogelijkheid hebben om de trustakte te wijzen en financiële proviesies te treffen voor bepaalde erfgenamen of nabestaanden van de overleden *settlor*. Dergelijke wetgeving is in essentie discriminatoir. Voor een voorbeeld, zie: N. JOHNSON, "Bermuda's Response to Forced Heirship", *Trusts & Trustees* 1998, afl. 2, 8 – 9.

Over de *firewall*-wetgeving van het eiland Man, die in 2015 nog werd versterkt: J. RIMMER, "Big changes in the Isle of Man", *Trusts & Trustees* 2016, 1084 – 1085.

Voor een casusgeval betreffende de *firewall*-wetgeving van Jersey, zie: J. HARRIS, "Jersey firewall legislation, decisions in the best interests of the beneficiaries and the need for further reform of Article 9 of the Trusts (Jersey) Law 1984", *Trusts & Trustees* 2016, 1055 – 1062; J. HARRIS, "The Re-Amendment of Jersey's Firewall Legislation: All Right Now?", *Trusts & Trustees* 2013, 766 – 786.

¹⁶⁸¹ M.W. GALLIGAN, "'Forced heirship' in the United States of America, with particular reference to New York State", *Trusts & Trustees* 2016, 104.

¹⁶⁸² *Ibid*, 111.

¹⁶⁸³ De bekendste zaak is vermoedelijk de zaak-*Francine Meyer* (2009 NY Slip Op 01932 [62 AD3d 133]), waar de *Appellate Division* van het *New York Supreme Court* oordeelde dat overdrachten van goederen onder de levenden die werden uitgevoerd in New York, worden beheerst door het recht van deze staat. Zo stelde de *Appellate Division* dat "[...] forced heirship provisions of a civil law jurisdiction like France are inapplicable to inter vivos transfers of property executed in New York, irrespective of whether the transferors domicile was New York or France. This is because the validity and effect of these transfers, as well as the capacity to effect them, are governed by the law of the state where the property was situated at the time of the transfer."

577. Uit het voorgaande blijkt dat de problematiek inzake het voorbehouden erfdeel en *trusts*, beschouwd vanuit het perspectief van *common law*-landen, in belangrijke mate neerkomt op een kwalificatiekwestie, die zelf is gestoeld op beleidskwesties en zelfs de (internationaal privaatrechtelijke) openbare orde. A *fortiori* in het geval van *inter vivos trusts* kwalificeren deze rechtsordes de voorafgaande overdracht van goederen aan een *trustee* als een kwestie die wordt beheerst door de *lex rei sitae*. Vanuit dit perspectief bekeken, heeft de toepassing van een buitenlands erfrecht hiermee geen uitstaans, en mag het hiermee zelfs geen uitstaans hebben. Inzake kwesties die wel als erfrechtelijk kunnen worden gekwalificeerd, hetzij omdat het een *testamentary trusts* betreft, hetzij omdat de *settlor* op de één of andere wijze een *equitable interest* met betrekking tot de onder trustverband gebrachte goederen is blijven aanhouden tot aan zijn of haar overlijden, lijken de bezwaren alvast minder sterk.

Tweede geval: rechter uit een niet-trustland wordt geconfronteerd met een lex successionis die een voorbehouden erfdeel kent (m.i.v. de eigen lex successionis)

578. De problematiek inzake het gebruik van buitenlandse *trusts* en voorbehouden erfdenen wordt door *civil law*-landen op geheel andere wijze benaderd. Dit is niet bepaald verwonderlijk. Immers, wij kunnen hier het hoger (*supra*, randnr. 110) aangehaalde citaat van RUDDEN in herinnering brengen, waarin werd gesteld dat de *trust* in de eerste plaats kan worden beschouwd als "*essentially a gift, projected on the plane of time and so subjected to a management regime*".

Vermoedelijk is dit ook de situatie die in de eerste plaats wordt beoogd door punt c) van de eerste paragraaf van artikel 15. De staat in kwestie kan er immers, teneinde de vlotte toepassing van haar eigen erfrecht (of ander erfrecht dat een voorbehouden erfdeel kent) te verzekeren, alle belang bij hebben om overdrachten van goederen aan *trustees*, hetzij onder de levenden, hetzij bij testamentaire beschikking, mee op te nemen in de fictief wedersamengestelde nalatenschap. Indien het beschikbaar deel werd overschreden door de *settlor*/erflater, kan het onderbrengen van goederen in een *trust* worden gezien als een bevoordeling van de *beneficiaries* of het doel in kwestie en aan inkorting worden onderworpen. De *trustee* kan dan worden verplicht om de goederen (of hun tegenwaarde) uit het trustverband te verwijderen en over te dragen aan de reservataire erfgenamen.

Mogelijks kan datgene wat de reservataire erfgenamen, die ook werden aangeduid *beneficiaries*, reeds op onbezwaarde wijze uit de *trust* hebben ontvangen, wel in

Andere rechterlijke uitspraken afkomstig van rechtbanken uit de staat New York wijzen in dezelfde richting, zie: *De Wertheim v. Gotlib* 81 NY2d 711 [1993]; *Neto v. Thorner* 718 F. Supp. 1222 (SDNY 1989); *Wyatt v. Fulrath* 16 NY2d 169 [1965].

Zie algemeen: N. MALUMIAN, "Trusts as estate planning tools for settlors in forced heirship jurisdictions", *Trusts & Trustees* 2015, 430 – 437; M.W. GALLIGAN, "'Forced heirship' in the United States of America, with particular reference to New York State", *Trusts & Trustees* 2016, 117 – 118.

minder worden gebracht. Op dit punt rijst nochtans al een eerste probleem. Gelet op het 'fondskarakter' van heel wat *trusts* en het feit dat reeds uitkeringen kunnen zijn geschied aan *beneficiaries* die géén reservataire erfgenamen zijn¹⁶⁸⁴, is het denkbaar dat de *trustee* wordt blootgesteld aan een grotere claim vanwege de reservataire erfgenamen dan effectief kan worden voldaan met de overblijvende trustgoederen die van de *settlor* in kwestie afkomstig waren.¹⁶⁸⁵ Vanuit het perspectief van de *trustee* bestaan er overigens meerdere risico's, daar deze laatste op het ogenblik van instelling van de *trust* niet noodzakelijk zal kunnen weten welke *lex successionis* van toepassing zal zijn op de erfovergang van de *settlor*.

579. Gelet op het voorgaande hoeft het ook niet te verbazen dat nagenoeg alle *civil law*-rechtsordes in de praktijk de daadwerkelijke bescherming van de erfrechtelijke reserve zullen trachten te verzekeren wanneer zij worden geconfronteerd met buitenlandse *trusts*.¹⁶⁸⁶ Eerst en vooral is het belangrijk te vermelden dat de meeste *civil law*-rechtsordes in dergelijke gevallen normaliter niet elke erkenning aan de *trust* ontzeggen op grond van de openbare orde.¹⁶⁸⁷ De gehanteerde methode bestaat er in de regel evenwel in om een eventueel conflict tussen het toepasselijke trustrecht en het toepasselijke erfrecht op te lossen door inkorting, en niet door nietigheid. De *trust* kan in de regel desgevallend blijven bestaan ten belope van het beschikbaar deel, in zoverre aan alle overige geldigheids- en erkenningsvoorwaarden is voldaan (zie *infra*, randnr. 799 en 921 e.v. voor België).

580. In de staten die het Haagse Trustverdrag hebben geratificeerd, lijkt zowel de literatuur als de (schaarse) rechtspraak – die soms dateert van vóór de

¹⁶⁸⁴ Het is evenwel niet ondenkbaar dat als een dergelijke derde zich bevindt in een niet-trustland, ook deze laatste zijn of haar voorafgaande uitkering van trustgoederen kan zien worden ingekort. Nochtans zou dit o.i. vereisen dat hier een direct juridisch verband wordt gelegd tussen de *settlor* en deze begunstigde, hetgeen niet evident zal zijn gelet op de tussenplaatsing van de *trustee*. De *beneficiary* heeft zodoende nooit rechtstreeks van de *settlor* verkregen.

¹⁶⁸⁵ D. HAYTON, "Trusts and Forced Heirship Problems", *The King's College Law Journal* 1993 – 1994, afl. 4, 13.

¹⁶⁸⁶ A. BONOMI, P. WAUTELET m.m.v. I. PRETELLI, A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions*, Brussel, Bruylant, 2016, 123.

¹⁶⁸⁷ A. DYER, H. VAN LOON, "Report on trusts and analogous institutions" in CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) – Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 86. DYER en VAN LOON verwijzen in dit verband naar Griekse, Oostenrijkse, Franse, Zwitserse, Italiaanse en Nederlandse rechtspraak.

Specifiek voor Italië, zie: S. FERRERO, "The Scope and the Effects of Mandatory Rules and Public Policy under the 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition", *Il Nuovo Diritto Delle Società* 2013, afl. 7, 45; Zie ook uitspraken van het *Tribunale di Venezia* van 4 januari 2005 en van het *Tribunale di Luca* van 23 september 1997, vermeld in: M. LUPOI, *La giurisprudenza italiana sui trust dal 1899 al 2011*, Milaan, Ipsoa Wolters Kluwer, 2011, 709 en 987.

Dit standpunt werd in België nog bevestigd door de rechtbank te Brussel in een vonnis van 22 april 2010. Zie: Rb. Brussel 22 april 2010, *Rec.gen.enr.not.* 2011, afl. 1, 22 (met noot E. DE WILDE D'ESTMAEL), *RGCF* 2011, 246 (met noot P. DE PAGE). Zie ook: Rb. Brussel 31 mei 1994, *RW* 1994 – 1995, 677 – 680 en Rb. Brussel 27 november 1947, *Rev.prat.not.b.* 1948, 158 (i.h.b. 171), *Pas.* 1948, III, 51.

inwerkingtreding van het Haagse Trustverdrag – er nagenoeg unaniem van uit te gaan dat een dergelijke inkorting ook mogelijk moet zijn ten aanzien van *trusts*.¹⁶⁸⁸ Daarbij wordt in de regel amper een onderscheid gemaakt tussen *inter vivos trusts* en *testamentary trusts*, daar in beide gevallen zogenaamd een gift voorhanden zou zijn. Zulks is alvast het geval in Nederland¹⁶⁸⁹, waar alleen recentere rechtsleer¹⁶⁹⁰ zich hier kritisch over uitlaat, alsook in Italië¹⁶⁹¹. Op deze recentere strekking in de rechtsleer is evenwel ook reeds kritiek gezeten.¹⁶⁹² Ook Franse auteurs hebben zich in deze zin uitgesproken, ook al heeft Frankrijk het Haagse Trustverdrag (nog) niet geratificeerd.¹⁶⁹³

Opvallend is dat de rechtsleer die de mogelijkheid tot het inkorten van de *trust* verdedigt, in de regel niet expliciet onderzoekt of ook aan de toepassingsvoorwaarden voor een succesvolle vordering tot inkorting moet zijn voldaan. Doorgaans wordt – op impliciete wijze – aangenomen dat het onder trustverband brengen van goederen een ‘gift’ uitmaakt. Zulks strookt niet met de hoger vooropgestelde aanpak. De overdrachtshandeling zou daarentegen net dienen te worden gekwalificeerd aan de hand van het op deze rechtshandeling van

¹⁶⁸⁸ Algemeen: A. BONOMI, P. WAUTELET m.m.v. I. PRETELLI, A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions*, Brussel, Bruylant, 2016, 123.

Zie specifiek: *infra*, vn. 2680.

¹⁶⁸⁹ A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 364; G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 205; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 237-38; A.L.G.A. STILLE, “De ‘Haagse’ trust in het familie-, huwelijksvermogens- en erfrecht (family estate planning)”, *WPNR* 1997, 566; I.S. JOPPE, “Het ‘Haagse Trustverdrag’ in werking”, *WPNR* 1996, 187; C.D. VAN BOESCHOTEN, “Het Haagse Trustverdrag in Nederlands Perspectief” in *Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht*, Lelystad, Koninklijke Vermande BV, 1994, 33 – 34; F.A.A. DUYNSTEE, “Het trustverdrag: een paasei of een lege dop?”, *WPNR* 1993, 375; K.L.H. VAN MENS, *Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip*, Deventer, Kluwer, 1985, 333.

¹⁶⁹⁰ A.J. VAN HOEPEN, “Never trust a trust”, *WPNR* 2014, 195 – 203; E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 75 – 109.

¹⁶⁹¹ S. FERRERO, “The Scope and the Effects of Mandatory Rules and Public Policy under the 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition”, *Il Nuovo Diritto Delle Società* 2013, afl. 7, 44 – 46, waar ook verwezen wordt naar een aantal Italiaanse rechterlijke uitspraken waaruit in de regel blijkt dat *trusts* kunnen worden gevisieerd door het instellen van een vordering tot inkorting. Ook wordt melding gemaakt van een (zeldzamere) uitspraak waaruit blijkt dat de *trust in casu* niet in strijd werd bevonden met het voorbehouden erfdeel.

Over het Italiaanse recht in dit verband, zie: C. RE, “Onshore: Italy”, *Trusts & Trustees* 2009, 171 – 177.

¹⁶⁹² W. LOOF, “Reactie op “Never trust a trust” van A.J. VAN HOEPEN”, *WPNR* 2014, 722 – 725; A.J. VAN HOEPEN, “Naschrift”, *WPNR* 2014, 725 – 729.

¹⁶⁹³ M. GORÉ, “Le trust en droit international privé” in J. HERBOTS, D. PHILIPPE, *De trust en de fiduciaire overeenkomst. Praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, 90 – 91; P. MIHAIL, “Family Trust et assurance vie: le riche et le pauvre?” in X (ed.), *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnard*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2008, 218.

Zie ook: L.T. BATES, “Common law express trusts in French Law”, *Yale Law Journal* 1930, 42 e.v.

toepassing zijnde recht. Slechts als blijkt dat er een overeenstemming bestaat tussen de kwalificatie die aan deze rechtshandeling kan worden gegeven (bv. 'gift', 'schenking' of 'legaat') enerzijds, en de toepassingsvoorwaarden voor een vordering tot inkorting voldaan zijn anderzijds, zou de *trust* op succesvolle wijze kunnen worden 'ingekort'. Immers, artikel 15 van het Haagse Trustverdrag doet niets anders als ruimte bieden voor de daadwerkelijke *toepassing* van de dwingende bepalingen van de *lex successionis*. Nergens staat vermeld dat *trusts* per definitie moeten kunnen worden ingekort. Deze conclusie zou pas kunnen mogen worden getrokken wanneer is gebleken dat de toepassing van de bepalingen van de *lex successionis* ook daadwerkelijk tot deze conclusie leidt.

581. Ook in de Zwitserse rechtsleer wordt echter de standaardbenadering gevolgd.¹⁶⁹⁴ Zo stelt GUILLAUME in verband met een *inter vivos trust*: "*Dès lors que le trust a été constitué du vivant du constituant, les biens en trust seront soumis aux règles relatives aux libéralités entre vifs. Ils seront donc potentiellement soumis au rapport (art. 626 à 632 CC) ou à réduction (art. 527 CC). Les héritiers lésés dans leur réserve héréditaire pourront faire valoir leurs droits au moyen d'une action en réduction (art. 522 CC). Cette action doit pouvoir être dirigée aussi bien contre le trustee que contre les bénéficiaires du trust qui ont reçu des distributions du trust. Il y a donc une risque que les biens transférés dans le fonds du trust puissent être « récupérés ».*"¹⁶⁹⁵ GUILLAUME verdedigt aldus een benadering waar een eerder expansieve rol is weggelegd voor de erfrechtelijke reserve naar Zwitsers recht bij een eventuele confrontatie met buitenlandse *trusts*. PERRIN is een gelijkaardig standpunt toegedaan, maar maakt een onderscheid tussen *testamentary trusts* en *inter vivos trusts*.¹⁶⁹⁶ In het eerste geval zouden de reservataire erfgenamen alvast weinig te vrezen hebben. Inzake *inter vivos trusts* expliciteert de auteur dat de overdrachtshandeling zou moeten kunnen worden gesubsumeerd onder de bepalingen van artikel 527 ZBW.¹⁶⁹⁷ Uit deze bepaling

¹⁶⁹⁴ Voor een Zwitsers perspectief op deze kwestie, dat evenwel dateert van vóór de ratificatie van het Haagse Trustverdrag door Zwitserland, zie: T. WACH, "Forced heirship and the Common Law trust – Especially from the Swiss Point of View – Part I", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 5, 15 – 19; T. WACH, "Forced heirship and the Common Law trust – Especially from the Swiss Point of View – Part II", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 6, 21 – 25.

Voor een recentere analyse, zie o.m.: F. GUILLAUME, "The Hague Trusts Convention and Selected Questions in Swiss Private International Law" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 21 – 24; L. THÉVENOZ, *Trusts in Switzerland: Ratification of the Hague Convention on Trusts and Codification of the Law of Fiduciary Transfers*, Zürich, Schulthess, 2001, 211 – 223.

¹⁶⁹⁵ F. GUILLAUME, "Trust, réserves héréditaires et immeubles", *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle* 2009, afl. 1, 38.

¹⁶⁹⁶ J. PERRIN, "The Recognition of Trusts and Their use in Estate Planning under Continental Laws" in P. ŠARČEVIĆ, P. VOLKEN, A. BONOMI (eds.), *Yearbook of Private International Law*, Vol. X, München, Sellier, 2009, 634; J. PERRIN, "Le *trust* à l'épreuve du droit successoral", Genève, Droz, 2006, 231 e.v.

¹⁶⁹⁷ Deze bepaling luidt als volgt: "A l'égard des libéralités entre vifs, Sont sujettes à réduction comme les libéralités pour cause de mort: (1) les libéralités entre vifs faites à titre d'avancement d'hoirie sous forme de dot, d'établissement ou d'abandon de biens, quand elles ne sont pas soumises au rapport; (2) celles qui sont faites à titre de liquidation anticipée de droits héréditaires;

blijkt onder meer dat schenkingen vatbaar zijn voor een vordering tot inkorting indien zij werden voltrokken binnen de vijf jaar voor het overlijden van de schenker, de schenking herroepbaar was of, ongeacht wanneer zij werd voltrokken, geschiedde met het oogmerk om de regels inzake het voorbehouden erfdeel te omzeilen. Niettegenstaande het artikel spreekt van een schenking, neemt sommige Zwitserse rechtsleer wel aan dat ook andere (eenzijdige) rechtshandelingen onder het toepassingsgebied van dit artikel kunnen worden gebracht.¹⁶⁹⁸ Een overdracht van goederen aan een *trustee* zou hier dan evenzeer onder kunnen worden gebracht.

Noteer daarbij dat luidens artikel 528 ZBW de restitutieplicht van derden die te goeder trouw verkregen van de erflater, kan worden beperkt ten belope van hun verrijking op het ogenblik van overlijden. Ook *trustees* zouden zich kunnen beroepen op de bescherming van dit artikel.¹⁶⁹⁹ Tot slot zij er op gewezen dat, onder Zwitsers recht, een persoon die zijn of haar laatste woonplaats had in Zwitserland, zonder echter de Zwitserse nationaliteit te hebben, een rechtskeuze kan maken ten voordele van het recht van de staat waarvan hij of zij de nationaliteit heeft (de zogeheten *professio iuris*).¹⁷⁰⁰ Aangezien de erfrechtelijke reserve naar Zwitsers recht niet van internationale openbare orde is¹⁷⁰¹, kan door een geldige rechtskeuze te maken voor het recht van een staat die geen erfrechtelijke reserve kent, en desgevallend wel een *trust*, de Zwitserse erfrechtelijke reserve van de baan worden geruimd.

582. Uit het voorgaande blijkt allereerst dat de meerderheid van de auteurs – en rechtbanken – in *civil law*-rechtsordes de overdracht aan de *trustee* op geheel andere wijze kwalificeren in het licht van het van toepassing zijnde erfrecht. In verschillende gevallen wordt de overdrachtshandeling zelfs helemaal niet afzonderlijk gekwalificeerd, maar wordt gewoon het standpunt gehanteerd dat de *trust ipso facto* slechts kan worden ingesteld ten belope van het beschikbaar deel

(3) *les donations que le disposant pouvait librement révoquer et celles qui sont exécutées dans les cinq années antérieures à son décès, les présents d'usage exceptés;*
(4) *les aliénations faites par le défunt dans l'intention manifeste d'éviter les règles concernant la réserve."*

¹⁶⁹⁸ L. THÉVENOZ, *Trusts in Switzerland: Ratification of the Hague Convention on Trusts and Codification of the Law of Fiduciary Transfers*, Zürich, Schulthess, 2001, 219, vn. 129; J. PERRIN, "Le *trust* à l'épreuve du droit successoral", Genève, Droz, 2006, 235 – 237.

Merk echter op dat op het ogenblik van schrijven hervorming van het Zwitserse erfrecht in de steigers staat. Bepaalde aspecten van deze erfrechthervorming zouden, indien zij ook daadwerkelijk zullen worden omgezet in wetgeving, gevolgen kunnen hebben voor wat betreft het gebruik van buitenlandse *trusts*. Zo zou de verwijzing naar een '*liberalité*' in art. 527 ZBW mogelijks kunnen geschrapt en vervangen door een bredere verwijzing naar iedere door de erflater gedane 'kosteloze beschikking'. Zie: D. JAKOB, "Draft revision of Swiss inheritance law: impact on estate planning via foundations and trusts", *Trusts & Trustees* 2017, 706 – 707.

¹⁶⁹⁹ C. DELÉTRA, J. PERRIN, "Offshore: Switzerland", *Trusts & Trustees* 2009, 703.

¹⁷⁰⁰ *Ibid*, 699. Zie artikel 90 van de *Loi fédérale sur le droit international privé*; H. HONSELL, N.P. VOGT, A.K. SCHNYDER, S.V. BERTI, *Basler Kommentar Internationales Privatrecht*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2013, 739 – 749.

¹⁷⁰¹ Tribunal fédéral Suisse 17 augustus 1976 (*Hirsch c. Cohen*), *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral* 1976, II, 136.

van de nalatenschap. In andere gevallen, wanneer er een concreet probleem zou rijzen aangaande de erfrechtelijke reserve, lijkt het o.i. zelfs niet uitgesloten dat rechters de overdrachtshandeling aan de *trustee* desgevallend zullen kwalificeren in het licht van het toepasselijke erfrecht, teneinde tot de conclusie te kunnen komen dat de *trust* kan worden ingekort. Dit zou slechts het spiegelbeeld vormen van de praktijk van verschillende *common law*-landen om de toepassing van de erfrechtelijke reserve ten aanzien van *trusts* buiten werking te stellen. Evenzeer is het belangrijk op te merken dat de bescherming van de erfrechtelijke reserve in *civil law*-landen in de regel slechts soelaas zal bieden als de trustgoederen zich daadwerkelijk bevinden in die landen, of minstens in landen waar een rechterlijke uitspraak die de vordering tot inkorting toestaat, erkend zal kunnen worden. In veel *common law*- (en dus ook *offshore*-)jurisdicties zal dit evenwel niet het geval zijn (zie *supra*, randnr. 574 e.v.). In deze gevallen lopen de reservataire erfgenamen het risico om in de kou te blijven staan, zelfs al hebben zij een rechterlijke uitspraak in hun voordeel bekomen.

Punt d): De eigendomsoverdracht en de zakelijke zekerheidsrechten

583. De exacte draagwijdte van punt d) van artikel 15 is niet geheel duidelijk. Eerst dient opnieuw gewezen te worden op het samenspel met artikel 4 van het Haagse Trustverdrag, waaruit blijkt dat de eigendomsoverdracht aan de *trustee* alvast niet onder artikel 15 kan worden gebracht. Uit de opstellingsgeschiedenis van deze bepaling blijkt dat er tussen de delegaties die deelnamen aan Haagse Conferentie discussie bestond over de draagwijdte die aan deze bepaling diende te worden verleend.

Interessant is alvast dat een ontwerpversie van de bepaling die verwees naar het eigendomsrecht en zakelijke rechten in het algemeen, door de Conferentie afgeschoten werd wegens te extensief. Gevreesd werd – vermoedelijk niet ten onrechte – dat een verwijzing naar het eigendomsrecht en zakelijke rechten in het algemeen de daadwerkelijke erkenning van *trusts* in verregaande mate zou uithollen.¹⁷⁰² Uiteindelijk stelde de Conferentie zich tevreden met een verwijzing naar de eigendomsoverdracht en naar (zakelijke) zekerheidsrechten, waarbij er nog werd op gewezen dat ook schuldeisers die reeds een schuldvordering hadden vóór het instellen van de *trust*, beschermd dienden te worden.¹⁷⁰³ Met dit laatste kan onder meer worden bedoeld op de *actio pauliana*. De geschiedenis van deze wetsbepaling is daarom niet alleen interessant voor de interpretatie van deze bepaling zelf, maar tevens voor de interpretatie van verschillende bepalingen van het Haagse Trustverdrag, *a fortiori* de bepalingen die erkenning van buitenlandse

¹⁷⁰² A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 143.

¹⁷⁰³ *Ibid.*

trusts regelen en alle overige bepalingen die toelaten om deze erkenning te beperken.

584. Van zodra vast staat dat de overdrachtshandeling aan de *trustee* niet onder het toepassingsgebied van deze bepaling kan worden gebracht, rijst de vraag bij welke gevallen dit dan wel mogelijk is. Allereerst kan uit de tekst van de bepalingen worden afgeleid dat het van toepassing zijnde trustrecht zich niet inlaat met de wijze waarop de eigendom van goederen kan worden overgedragen. Het zal aldus de *lex rei sitae* zijn die bepalend is, indien een *trustee* handelt met derden in diens hoedanigheid van *trustee*. Ook de wijze waarop de eigendom van goederen door *trustees* dient te worden overgedragen in het geval van een uitkering van trustgoederen aan *beneficiaries* kan onder het toepassingsgebied van deze bepaling worden gebracht.¹⁷⁰⁴ In dit verband vormt punt d) van artikel 15 niets meer dan de bevestiging van de vermoedelijke uitkomst van het internationaal privaatrechtelijke kwalificatieproces: de overdracht van goederen zou in dit verband normaliter worden gekwalificeerd als een goederenrechtelijke kwestie die wordt beheerst door de *lex rei sitae*.

Uit de bemerking dat met het Haagse Trustverdrag niet wordt beoogd om de *trust* te introduceren in het materiële interne recht van de lidstaten bij het verdrag (*supra*, randnr. 481), kan ook worden afgeleid dat met punt d) van artikel 15 kan worden voorkomen dat buitenlandse *trusts* zouden kunnen worden gebruikt als zekerheidsinstrument. Hoger (*supra*, randnr. 176) is immers gebleken dat *trusts* kunnen worden gebruikt voor zekerheidsdoeleinden. Nochtans staat het Engelse recht niet zomaar toe dat *trusts* worden gebruikt als '*independent security device*'. *Trusts* die voor dergelijke doeleinden worden gebruikt hebben evenwel het potentieel om gevallen van werkelijke zekerheidseigendom te benaderen. Dit zou meteen hun aantrekkelijkheid verklaren, daar werkelijke eigendom tot zekerheid het *nec plus ultra* zou zijn van het insolventierecht: een sterkere bescherming valt als schuldeiser nauwelijks in te beelden. Door middel van artikel 15 kan een gebruik van *trusts* voor dergelijke doeleinden worden voorkomen.¹⁷⁰⁵

585. Behalve het feit dat de *trust* dus principieel niet kan dienen als een zakelijk zekerheidsrecht, kan ook worden opgemerkt dat op grond van punt d) van artikel 15 het bestaande systeem van zakelijke zekerheidsrechten van de lidstaten intact dient te worden gelaten. Let wel: uit de letterlijke tekst van deze bepaling kan worden afgeleid dat zij enkel betrekking heeft op zakelijke zekerheidsrechten, en

¹⁷⁰⁴ D. HAYTON, "Trusts" in Private International Law" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 92.

¹⁷⁰⁵ De Zwitserse overheid stelde in dit verband, ter gelegenheid van de ratificatie van het Haagse Trustverdrag: "Sous l'empire du droit en vigueur, les trusts constitués dans l'unique but de constituer des sûretés réelles doivent peut-être être soumis non pas au statut du trust, mais au statut réel pertinent (art. 99 et 100 LDIP). Il restera possible, après ratification de la convention, d'appliquer le statut réel (art. 15, par. 1, let. d, de la convention)." Zie: *Message concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et sa reconnaissance du 2 décembre 2005*, 05.088, *Feuille Fédérale* 17 januari 2006, 582.

niet op andere (persoonlijke) zekerheidsrechten.¹⁷⁰⁶ De inclusie van zakelijke zekerheidsrechten ondersteunt mede de hoger (*supra*, randnr. 522 – 532) gemaakte bemerking dat schuldeisers die een zakelijk zekerheidsrecht verwerven op de onder trustverband gebrachte goederen, desgevallend kunnen worden gelijkgeschakeld met derde-verkrijgers te goeder trouw. Indien zij te goeder trouw zijn, zouden zij zich de vermogensafscheiding die de (naar civielrechtelijke begrippen getransformeerde) *trust* impliceert, niet moeten laten tegenwerpen.

586. HAYTON verdedigt dat deze bepaling op andere vlakken toch beperkend dient te worden geïnterpreteerd. De bepaling zou er niet toe mogen leiden dat, in geval van insolventie van de *trustee*, bepaalde trustgoederen van rechtswege zouden worden overgedragen aan schuldeisers van de *trustee* of aan een derde ten voordele van deze schuldeisers. Indien dit het geval zou zijn, zou de vermogensafscheiding, die wordt beschouwd als een essentieel onderdeel van de minimumerkenning op grond van het Haagse Trustverdrag – kunnen worden omzeild.¹⁷⁰⁷

Punt e): De bescherming van schuldeisers en het insolventierecht

587. Opvallend aan deze bepaling is eerst dat nergens wordt vermeld op welke schuldeisers zij betrekking heeft. Potentieel komen dan ook vier categorieën schuldeisers in aanmerking: de schuldeisers van de *settlor*, de persoonlijke schuldeisers van de *trustee*, de trustschuldeisers en de schuldeisers van de *beneficiaries*. In de literatuur wordt evenwel gesteld dat deze bepaling geen betrekking kan hebben op de persoonlijke schuldeisers van de *trustee*, indien dit zou impliceren dat deze bescherming ertoe zou (kunnen) leiden dat zij zich de vermogensafscheiding niet zouden hoeven laten tegenwerpen.¹⁷⁰⁸ Indien dit het geval zou zijn, wordt dat wat met de éne hand werd gegeven, met de andere hand teruggenomen. Als uit artikel 11 van het Haagse Trustverdrag volgt dat de erkenning van de *trust* onder de vorm van een afgescheiden vermogen een onderdeel vormt van de minimale erkenning, waarzonder de erkenning als geheel zinloos zou zijn, kan op deze stap niet middels de toepassing van artikel 15 worden teruggekomen.

¹⁷⁰⁶ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 161.

¹⁷⁰⁷ D. HAYTON, "Trusts" in Private International Law" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 92.

¹⁷⁰⁸ A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 363 - 364; S. FERRERO, "The Scope and the Effects of Mandatory Rules and Public Policy under the 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition", *Il Nuovo Diritto Delle Società* 2013, afl. 7, 47; D. HAYTON, "Trusts" in Private International Law" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 92 – 93; L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1502.

De Nederlandse wetgever heeft dit principe opgenomen in artikel 10:144 NBW, dat luidt als volgt: “Bepalingen van Nederlands recht inzake eigendomsoverdracht, zekerheidsrecht of de bescherming van schuldeisers in geval van insolventie laten de in artikel 11 van het Haags Trustverdrag 1985 omschreven rechtsgevolgen van de erkenning van een trust onverlet.” Ook de Zwitserse wetgever heeft, door het voorzien in bijzondere bepalingen in het Zwitserse insolventierecht, ervoor gezorgd dat de vermogensafscheiding principieel gehandhaafd blijft in het geval van een faillissement van de *trustee* (zie *supra*, randnr. 133 en 337). Ook hier past het om nogmaals te wijzen op het uitgangspunt dat de rechter zich in principe terughoudend dient op te stellen bij de toepassing van artikel 15. In de Nederlandse rechtsleer wordt daarom betwijfeld of het opnemen van een bepaling als artikel 10:144 NBW ook echt nodig was.¹⁷⁰⁹ Onder het motto “*better safe than sorry*” was dit o.i. evenwel geen slechte keuze. De juridische vormgeving van de *trust* als afgescheiden vermogen impliceert ook dat de trustschuldeisers hun schuldvorderingen in beginsel rechtstreeks kunnen verhalen op de onder trustverband gebrachte goederen. Evenwel kan de wetgever afwijken van dit beginsel, zoals bijvoorbeeld de Zwitserse wetgever heeft gedaan.

588. Blijven over: de schuldeisers van de *settlor* en de schuldeisers van de *beneficiaries*. Nochtans zullen de schuldeisers van de *settlor* in de regel niet hoeven te beroepen op artikel 15 om zich bijvoorbeeld een overdracht van goederen aan de *trustee* niet-tegenwerpelijk te laten verklaren op grond van, onder meer, een *actio pauliana*.¹⁷¹⁰ Zulks kan reeds geschieden op grond van artikel 4, waaruit blijkt dat het toepasselijke trustrecht zich niet uitstrekt tot deze rechtshandeling. Punt e) van artikel 15 kan gelezen worden als een bepaling die deze conclusie bevestigt en onderschrijft. Dit geldt ook voor de toepassing van de faillissementspauliana en andere verwante mechanismen die desgevallend werken op grond van een ‘verdachte periode’, voorafgaand aan de insolventie van de *settlor*.¹⁷¹¹ Het kan niet de bedoeling zijn geweest van het Haagse Trustverdrag om *settlors* een (bijkomend) middel te bieden om zich op bedrieglijke wijze te verarmen of bepaalde schuldeisers te benadelen.

589. Het grootste belang van punt e) van de eerste paragraaf van artikel 15 is wellicht dat het ook enige bescherming biedt aan de schuldeisers van de *beneficiaries*.¹⁷¹² In *common law*-jurisdicties wordt het *equitable interest* immers beschouwd als een *chose in action*, die in beginsel kan worden vervreemd en

¹⁷⁰⁹ A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 364.

¹⁷¹⁰ A. BRAUN, “The Risk of ‘Misusing’ Trusts: Some Lessons from the Italian Experience”, *ERPL* 2016, 1126 e.v.

¹⁷¹¹ S. FERRERO, “The Scope and the Effects of Mandatory Rules and Public Policy under the 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition”, *Il Nuovo Diritto Delle Società* 2013, afl. 7, 48.

¹⁷¹² L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1502.

waarop schuldeisers zich dan ook in beginsel kunnen verhalen (zie *supra*, randnr. 339).¹⁷¹³

In de eerste plaats is het interessant om op te merken dat, in het geval van een *fixed trust*, de *common law*-rechtsordes toelaten dat de schuldeisers van de *beneficiary* zich in principe wel kunnen verhalen op het *equitable interest*. Dit kan zelfs zo ver gaan dat deze schuldeisers zich kunnen subrogeren in de plaats van de *beneficiaries* en specifieke trustgoederen kunnen claimen. Of, indien er meerdere *beneficiaries* zijn, de verdeling ervan kunnen vorderen.¹⁷¹⁴ Het bestaan van deze mogelijkheid voor de schuldeisers van de *beneficiary* in kwestie hangt logischerwijze samen met de rechten die deze *beneficiary* zelf heeft ten aanzien van de trustgoederen. Daaruit volgt dat in het geval van een *discretionary trust* of een *spendthrift trust* – niet toegelaten in Engeland en Wales – de schuldeisers deze mogelijkheid niet hebben.¹⁷¹⁵ Een *interest* in een *discretionary trust* is evenwel een weinig aantrekkelijk executieobject, daar de *trustee* die weet heeft van de situatie waarschijnlijk geen uitkering zal verrichten aan de beslagen *beneficiary*. Het is daarom betwist of dergelijke *interests* kunnen dienen als (potentieel) executieobject.¹⁷¹⁶

Het is daarbij overigens nog maar de vraag of een *equitable interest* in een *discretionary trust* überhaupt kan worden beschouwd als een vermogenswaarde. De *beneficiary* heeft immers geen enkele juridische aanspraak ten aanzien van de trustgoederen tot op het ogenblik dat de *trustee* zijn of haar discretionaire bevoegdheden uitoefent ten voordele van de *beneficiary*. Geargumenteerd kan worden dat het *interest* slechts vanaf dat ogenblik kan worden beschouwd als een vermogenswaarde. O.i. hangt het antwoord op deze vraag af van de concrete trustverhouding die voorligt. Een loutere hoop (*spes*) op een bevoordeling kan o.i. gelden als een vermogenswaarde, hoe gering ook, indien de potentiële overnemer

¹⁷¹³ Zie ook: P.S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity and Trusts*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016, 501 – 503; H. HANSMANN, U. MATTEI, "Trust Law in the United States. A Basic Study of Its Special Contribution", *American Journal of Comparative Law* 1998, 138 – 139.

¹⁷¹⁴ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 67. Zie ook *supra*, randnr. 343.

¹⁷¹⁵ Zie ook: C.E. ROUNDS, C.E. ROUNDS, *Loring and Rounds: A Trustee's Handbook*, New York, Kluwer, 2016, 350.

Voor *discretionary trusts*, zie: *Schmidt v. Rosewood Trust* [2003] UKPC 26; T. GRAHAM, "The Hague Trusts Convention five years on: the Swiss Federal Supreme Court's decision in *Rybolovlev v Rybolovleva*", *Trusts & Trustees* 2012, 749.

¹⁷¹⁶ A. PEYROT, *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, Genève, Schulthess, 2011, 235 – 237. Zie in het bijzonder vn. 115 op p. 236 voor een overzicht van Engelse en Amerikaanse auteurs die verdedigen dat *interests* in een *discretionary trust* niet kunnen dienen als executieobject. Een veel aangehaalde reden hiervoor is dat, gelet op de aard van *discretionary trusts*, dergelijke *interests* te onbepaald van aard zijn om te kunnen worden beschouwd als een *proprietary interest* in hoofde van de houder.

Zie ook: P.S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity and Trusts*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016, 494.

Merk op dat *contingent interests* in de regel wél als potentieel executieobject worden beschouwd in de Engelse en Amerikaanse literatuur, niettegenstaande hoger (randnr. 207) werd gewezen op het voorwaardelijke karakter van dergelijke *interests*. Zie: A. PEYROT, *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, Genève, Schulthess, 2011, 234 – 235.

ook enige hoop kan koesteren op een uitkering. Indien de trustakte bepaalt dat slechts een *beneficiary* die was opgenomen in de oorspronkelijke klasse een voordeel kan ontvangen, maar niet een overnemer van het *equitable interest* die niet tot deze klasse behoort, kan er o.i. geen sprake zijn van enige vermogenswaarde tot op het ogenblik dat de *trustee* reeds een beslissing in het voordeel van de oorspronkelijke *beneficiary* heeft genomen. Óf het *equitable interest* kan dienen als potentieel executieobject hangt dus af van de concrete omstandigheden en de regels waaronder de trustverhouding in kwestie opereert. Merk op dat voorgaande vragen tevens relevant zijn in het geval van een *protective trust*.¹⁷¹⁷

590. In het geval van een *spendthrift trust*, vloeit de onbeslagbaarheid voort uit de principiële onoverdraagbaarheid van het *equitable interest*.¹⁷¹⁸ Noteer evenwel dat in de Verenigde Staten de belastingheffende autoriteiten zich een *spendthrift-clause* niet hoeven te laten tegenwerpen, in zoverre de toepasselijke wetgeving zulks bepaalt.¹⁷¹⁹ Hetzelfde geldt voor bepaalde andere bijzondere schuldeisers, zoals kinderen, echtgenoten die een succesvolle onderhoudsvordering hebben ingesteld en voor personen die diensten hebben verleend ter vrijwaring van het *equitable interest*.¹⁷²⁰

591. Het voorgaande doet in feite veel minder vreemd aan dan het op het eerste gezicht mag lijken. Wanneer het *equitable interest* wordt vergeleken met de 'mede-eigendom' van een maat in een Belgische maatschap, blijkt dat, gelet op het *intuitu personae*-karakter van de maatschap, het deel in een maatschap als zodanig principieel niet overdraagbaar is.¹⁷²¹ Hieruit volgt dat ook de uitwinning van dit deel onmogelijk wordt. Dit alles is evenwel geen regel van dwingend recht, zodat de maten kunnen overeenkomen dat de delen wel vrij overdraagbaar zijn. Zulks impliceert natuurlijk ook dat het deel wel kan worden uitgewonnen.¹⁷²² Het 'aandeel' dat de maten hebben in de afzonderlijke boedelgoederen is evenzeer onoverdraagbaar en kan dus evenmin worden uitgewonnen.¹⁷²³

Het voor deze doeldeinden relevante verschil tussen deze situatie en deze van de *trust* bestaat er omzeggens in dat het in de Belgische maatschap de maten zijn die beslissen of de delen van de maatschap vrij overdraagbaar zijn of niet. In het geval van de *trust* is dit de *settlor*. Echter, in beide gevallen wordt de mogelijkheid tot overdraagbaarheid en beslagbaarheid vastgesteld door middel van een wilsuïting.

¹⁷¹⁷ Over *protective trusts*, zie *supra*, randnr. 170.

¹⁷¹⁸ C.E. ROUNDS, C.E. ROUNDS, *Loring and Rounds: A Trustee's Handbook*, New York, Kluwer, 2016, 366.

¹⁷¹⁹ *Ibid*, 366.

¹⁷²⁰ Zie *Section 503 UTC*.

¹⁷²¹ K. GEENS, J. VANANROYE, "De gradaties in de rechtspersoonlijkheid en het vennootschappelijk vermogen" in W. VAN EECKHOUTTE (ed.), *XXVe Postuniversitaire cyclus Willy Delva, Rechtspersonenrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 462 – 463.

Over het *intuitu personae*-karakter binnen het vennootschapsrecht in het algemeen, zie: F.M. BEERNAERT, "Intuitus personae et sociétés", *TRV-RPS* 2017, 273 – 287.

¹⁷²² J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblio, 2014, 267 – 268.

¹⁷²³ *Ibid*, 265 – 266.

Het lijkt *prima facie* dus zeker niet onredelijk voor *civil law*-landen om de principiële onoverdraagbaarheid en bijhorende onbeslagbaarheid van '*equitable interests*'¹⁷²⁴ te respecteren. Nochtans komt alvast één Zwitserse auteur tot de conclusie dat de onbeslagbaarheid van *interests* in een *spendthrift trust* niet dient te worden gehonoreerd op grond van de bepalingen van het Haagse Trustverdrag.¹⁷²⁵ Over de vraag of de werking van de *forfeiture clause* van een *protective trust* (zie *supra*, randnr. 170) dient te worden gerespecteerd, zijn de meningen eerder verdeeld.¹⁷²⁶

Met betrekking tot het Belgische recht moet evenwel worden vastgesteld dat tussen de partijen geldig overeengekomen uitsluitingen van de overdraagbaarheid van schuldvorderingen, waaraan zakelijke werking kan toekomen omdat de schuldvordering slechts als 'goed' bestaat op de wijze waarop zij tussen partijen is vormgegeven, volgens de meeste auteurs niet kunnen leiden tot een onbeslagbaarheid van die schuldvordering, gelet op de dwingende aard en het maatschappelijk belang van de regels inzake de verhaalsaansprakelijkheid.¹⁷²⁷

592. Bij het voorgaande kunnen nog enkele bijkomende bedenkingen worden gemaakt.

In verband met de vergelijking met de maatschap kan ten eerste worden opgemerkt dat de schuldeisers van een maat die zich in staat van faillissement of kennelijk onvermogen bevindt, de ontbinding van de maatschap kunnen eisen (art. 39, 4^o W.Venn.).¹⁷²⁸ Opnieuw is de regel niet van dwingend recht, zodat

¹⁷²⁴ Het begrip staat tussen aanhalingstekens omdat een enkele *beneficiary* van een *discretionary trust* in principe geen volwaardig *equitable interest* heeft. Enkel de groep van potentiële *beneficiaries* als geheel zou beschikken over het gehele *equitable interest*. Zie *supra*, randnr. 208 – 209.

¹⁷²⁵ A. PEYROT, *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, Genève, Schulthess, 2011, 259 – 264.

¹⁷²⁶ Zo stelt STAEHELIN: "Problematisch sind schließlich Bestimmungen in einem ausländischen 'protective trust' wonach der Anspruch des Beneficiars auf Leistungen aus dem Trustvermögen dahinfällt, wenn der insolvent wird. Derartige Bestimmungen können gegen zwingendes Schweizer Konkursrecht verstoßen". Zie: D. STAEHELIN, "Trusts im schweizerischen Zwangsvollstreckungsrecht" in A.R. MARKUS, A. KELLERHALS, C. JAMETTI GREINER (eds.), *Das Haager Trust-Übereinkommen und die Schweiz*, Zürich, Schulthess, 2003, 75. Zie tevens: J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 376.

PEYROT is evenwel van oordeel dat een dergelijke *trust* niet als onverenigbaar kan worden beschouwd met enige dwingende regel van Zwitsers insolventierecht of met de Zwitserse openbare orde. Het betreft volgens de auteur een loutere toepassing van de 'interne' bepalingen waaronder de voorliggende trustverhouding opereert. Zie: A. PEYROT, *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, Genève, Schulthess, 2011, 253 – 256.

¹⁷²⁷ C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 680, 682, 765 – 766; M.E. STORME, "Zekerheden- en insolventierecht", Gent-Mariakerke 2016, 542 – 543, beschikbaar op:

<https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/Insolventierecht2015.pdf>

Zie evenwel: E. DIRIX, K. BROECKX, *Beslag*, Mechelen, Kluwer, 2010, 452; E. DIRIX, R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 18 – 19.

¹⁷²⁸ Uit het bekende arrest van het Hof van Cassatie van 28 februari 1985 vloeit bovendien voort dat de schuldeisers van de maten zich het 'netto-karakter' van diens deel moeten laten tegenwerpen. Zie: Cass. 28 februari 1985, RW 1985 – 1986 (met noot E. DIRIX).

desgevallend in een andere oplossing kan worden voorzien in het raam van een voortzettingsregeling. De schuldeisers dienen zich evenwel geen abnormaal laag scheidingsaandeel of scheidingsaandeel dat lager is dan in andere gevallen van uittrekking van de maat te laten tegenwerpen.¹⁷²⁹ In het geval van een *trust* zal de staat van faillissement of het kennelijk onvermogen van de *trustee* het bestaan van de trustverhouding in beginsel niet in het gedrang brengen, tenzij diens persoonlijke schuldeisers zich in bepaalde gevallen wel verhalen op trustgoederen.

De persoonlijke schuldeisers van de *beneficiary* zouden tevens kunnen trachten om derdenbeslag te leggen in de handen van de (gezamenlijke) *trustee(s)*. Het voorwerp van dit beslag zouden dan de goederen of sommen zijn die de *beneficiary* bij wijze van uitkering door de *trustee(s)* zou verkrijgen. Zulks lijkt o.i. geen twijfel indien het een *fixed trust* betreft, aangezien de *beneficiary* in dergelijke gevallen een vordering heeft ten aanzien van de *trustee*. In het Belgische recht zijn er bovendien gevallen bekend waar reeds derdenbeslag kan worden gelegd in de handen van een derde op grond van een bestaande rechtsverhouding waaruit later een schuldvordering kan ontstaan.¹⁷³⁰ Of zulks voldoende grond biedt om, althans vanuit Belgisch perspectief, te kunnen overgaan tot een derdenbeslag in de handen van de *trustee* van een *discretionary trust* lijkt op het eerste gezicht twijfelachtig. Er is immers helemaal geen zekerheid dat de *beneficiary* in kwestie ooit een uitkering zal ontvangen van de *trustee*. Hier wordt verder (*infra*, randnr. 874 e.v.) nog op teruggekomen. Een dergelijke strategie is wellicht ook mogelijk indien het een *spendthrift-trust* betreft.¹⁷³¹

De grootste complicatie die hierbij kan worden ontwaard, is wellicht dat de onder trustverband gebrachte goederen zich in de meeste gevallen in het buitenland bevinden. Op grond van het internationaalrechtelijke territorialiteitsbeginsel wordt algemeen aanvaard dat een staat geen executiebevoegdheden heeft op het grondgebied van een andere staat ('*par in parem non habet imperium*').¹⁷³² De uitvoering zal integendeel dienen te worden aangezocht in de staat waar de

¹⁷²⁹ J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 267 – 268; K. GEENS, M. DENEFF, F. HELLEMANS, R. TAS, J. VANANROYE, "Vennootschappen. Overzicht van rechtspraak (1992 – 98)", *TPR* 2000, 143, 240.

¹⁷³⁰ Cass. 12 mei 1989, *Arr.Cass.* 1989 – 1990, nr. 520, *RW* 1990 – 1991 1347 (met noot E. DIRIX); M.E. STORME, "Zekerheden en insolventierecht", Gent-Mariakerke, 2016, 562.

¹⁷³¹ In het analoge geval van de maatschap *intuitu personae*, waar de delen in het maatschapsvermogen als geheel eveneens onbeschikbaar en onbeslagbaar zijn, kan dit immers ook. Het enige gevolg van een dergelijk beslag is dat de maatschap slechts bevrijdend kan betalen aan de beslagleggende schuldeiser(s). Zie: J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 268 – 269.

¹⁷³² M. BOSSUYT, J. WOUTERS, *Grondlijnen van internationaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 286. Zie voor het Engelse recht: *Societe Eram Shipping Co Ltd v. Compagnie Internationale de Navigation* [2004] 1 AC 260; *Masri v. Consolidated Contractors* [2008] EWCA Civ 303, i.h.b. para. 54: "The execution of a judgment is an exercise of sovereign authority. It is a seizure by the state of an asset of the judgment debtor to satisfy the creditor's claim. And it is a general principle of international law that one sovereign state should not trespass upon the authority of another, by attempting to seize assets situated in within the jurisdiction of the foreign state or compelling its citizens to do acts within its boundaries." Zie voor het Franse recht: N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, Parijs, LGDJ, 2016, 28 – 28?

goederen in kwestie zich bevinden, desgevallend na het doorlopen van een *exequatur*-procedure, indien een rechterlijke uitspraak afkomstig uit een vreemde staat aldaar tenuitvoer dient te worden gelegd. In het geval van een derdenbeslag wordt dan ook algemeen aanvaard dat de executie dient te worden aangezocht in de staat waar het voorwerp zich bevindt. In het geval van schuldvorderingen zal in de eerste plaats worden aangeknoopt bij de woonplaats van de debiteur van de schuldvordering (bijvoorbeeld een bank).¹⁷³³ Het is in vele gevallen nog maar de vraag of de bevoegde rechter in de staat van de ligging van de goederen (of van de debiteur van de – mogelijks toekomstige – schuldvordering) bereid zal zijn om het beslag daadwerkelijk te leggen.

Punt f): De bescherming van derden te goeder trouw

593. Het bepaalde in punt f) van artikel 15 van het Haagse Trustverdrag heeft tegelijkertijd een breder en beperkter toepassingsgebied dan punt e) van hetzelfde artikel. Breder, want punt f) heeft betrekking op alle derden te goeder trouw, daar waar punt e) slechts betrekking heeft op schuldeisers. Beperkter, want punt f) stelt als bijkomende vereiste dat de derden te goeder trouw dienen te zijn.¹⁷³⁴ Deze bepaling dient samen te worden gelezen met artikel 11, derde lid, punt d) van het verdrag. Hoger (*supra*, randnr. 529) werd in dit verband reeds gesteld dat de laatstgenoemde bepaling – op grond van de letterlijke tekst van het Haagse Trustverdrag – ruimer dient te worden geïnterpreteerd dan de opstellers van het verdrag reeds hadden voorzien. Uit de bespreking dienaangaande wordt meteen duidelijk dat deze interpretatie tot gevolg heeft dat een ruime overlapping bestaat tussen het bepaalde in artikel 11 en punt f) van artikel 15. Deze overlapping impliceert ook meteen dat, zelfs indien de restrictieve interpretatie van het bepaalde in artikel 11 zou worden geprefereerd, het leeuwendeel van wat hoger werd uiteengezet omtrent artikel 11, transposeerbaar is naar artikel punt f) van artikel 15.

Betekent dit dan dat aan punt f) van artikel 15 geen zelfstandige betekenis toekomt? Een dergelijke interpretatie gaat o.i. te ver. Het is immers denkbaar dat, zelfs indien op grond van artikel 11 kan worden aanvaard dat de *beneficiaries*

¹⁷³³ Zie voor België: Cass. 26 september 2008, *RW* 2009 – 2010, 237 – 38; R. FRANSIS, "Het territorialiteitsbeginsel in het executierecht", *RW* 2009 – 2010, 222; K. BROECKX, "Capita selecta in het uitvoeringsrecht" in F. GEORGES (ed.), *Le droit de l'exécution, en principe(s) et en particulier*, Brugge, die Keure, 2010, 68 – 69; G. VAN HECKE m.m.v. K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Story-Scientia, 1989, 299 – 300. FRANSIS stelt dat in Frankrijk dezelfde regel wordt gehuldigd en verwijst in dit verband naar het doctoraal proefschrift van RUET. Zie: L. RUET, *Les créances en droit international privé*, doctoraatsproefschrift, Paris-II, 1989, 670 e.v. Zie tevens: Cass. Fr. 14 februari 2008, *Recueil Dalloz* 2008, 686 (met noot V. AVENA-ROBARDET).

Voor Nederland: N.W.M. VAN DEN HEUVEL, B. BOERSMA, "Derdenbeslag in internationaal perspectief", *WPNR* 2009, 115.

¹⁷³⁴ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 144.

principeel beschikken over een volgrecht ten aanzien van de onder trustverband gebrachte goederen, dit volgrecht (in bepaalde specifieke gevallen) afstuit op een dwingende bepaling van het door de regels van het forum aangewezen recht. In beginsel dat dit aangewezen recht de *lex rei sitae* zijn, zoals hoger (*supra*, randnr. 529) werd vastgesteld. Te denken valt aan de *numerus clausus* in het goederenrecht, de *confusio nummorum*, die revindicatie van chartaal geld uitsluit, het feit dat de rekeninghouder slechts een vordering heeft ten aanzien van de bank (i.e. dat het geld op de rekening zelf niet diens eigendom is) en dergelijke meer. Op de *numerus clausus* na zijn dit regels die in beginsel exogeen zijn aan de problematiek van *tracing* of het uitoefenen van een volgrecht, maar de daadwerkelijke uitoefening daarvan wel kunnen doorkruisen.

Tweede lid van artikel 15 van het Haagse Trustverdrag: adaptatie

594. Als tegengewicht voor de (potentieel) zeer verregaande gevolgen die kunnen voortvloeien uit een al te rigoureuze toepassing van het eerste lid van artikel 15 van het Haagse Trustverdrag, werd tevens een tweede lid opgenomen.¹⁷³⁵ Uit de tekst van het tweede lid van artikel 15 blijkt dat, indien de rechter de *trust* niet als zodanig wenst te erkennen of het toepasselijke trustrecht *overrulet*, deze laatste op een andere wijze moet trachten gevolg te geven aan de trustverhouding. In het Rapport VON OVERBECK wordt evenwel gesteld dat het niet gaat om een strikte juridische regel, maar veeleer om “*un appel à la bonne volonté*”.¹⁷³⁶ Volgens bepaalde rechtsleer legt het tweede lid van artikel 15 evenwel minstens een ‘inspanningsverbintenis’ op aan de nationale rechter om ten minste na te gaan of de trustverhouding op de éne of de andere wijze kan worden ‘gered’.¹⁷³⁷

De meest voor de hand liggende wijze om dit doel te bereiken is door de rechtsverhouding in kwestie aan te passen in het licht van de nationaalrechtelijke regels van de *lex fori* of de aangewezen *lex causae*. In zekere zin is er in een dergelijk geval sprake van regressie, aangezien *de facto* wordt teruggekeerd naar de situatie zoals deze vaak bestond vóór de invoering van het Haagse Trustverdrag. Zoals verder nog zal blijken is de ‘omzetting’ van de *trust* in een rechtsfiguur die de forumrechter bekend is, de belangrijkste juridische strategie in rechtsordes die geen afzonderlijke verwijzingsregel kennen voor *trusts*. BÉRAUDO en TIRARD verwachten, althans vanuit een Frans perspectief, weinig heil van deze bepaling: “*La portée de cette adaptation sera vraisemblablement très limitée, tout au moins en France, puisque par hypothèse le trust qu’il s’agirait de sauver contrevient à des*

¹⁷³⁵ *Ibid*, nr. 147.

¹⁷³⁶ *Ibid*.

¹⁷³⁷ S. FERRERO, “The Scope and the Effects of Mandatory Rules and Public Policy under the 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition”, *Il Nuovo Diritto Delle Società* 2013, afl. 7, 51 – 52.

lois impératives."¹⁷³⁸ O.i. hoeven de zaken evenwel niet zo pessimistisch te worden voorgesteld. De bepaling doet enigszins beroep op de creativiteit van de rechter in kwestie, maar het doel van de adaptatie of herkwalificatie bestaat er net in om gevolg te kunnen geven aan de trustverhouding en het conflict met de dwingendrechtelijke bepaling in kwestie te omzeilen.

595. Het tweede lid van artikel 15 voegt aldus een stap toe aan de systematiek die de toepassing van artikel 15 in haar geheel veronderstelt.

Ten eerste dient voor elke individuele rechtsvraag te worden nagegaan naar welk recht de toepasselijke conflictenregel van het forum verwijst.

Ten tweede dienen de nationaalrechtelijke dwingendrechtelijke bepalingen van dit aangewezen rechtsstelsel te worden geïdentificeerd die betrekking kunnen hebben op de voorliggende trustverhouding.

Ten derde, indien mocht blijken dat het van toepassing zijnde trustrecht dient te wijken voor een dergelijke dwingendrechtelijke bepaling, dient te worden nagegaan of de trustverhouding niet 'gered' kan worden door haar te herkwalificeren naar een rechtsverhouding die het forum wel bekend is, die niet in strijd is met de dwingende regel in kwestie en waarmee (min of meer) dezelfde doelstelling kan worden bereikt. Dit heeft tot gevolg dat de herkwalificatie van de *trust* kan geschieden naar verschillende mogelijke andere rechtsverhoudingen en -figuren. Uit wat volgt zal inderdaad blijken dat de conversie- of herkwalificatietechniek die wordt gebruikt in landen die geen afzonderlijke verwijzingsregel kennen voor *trusts*, de uitkomst van de herkwalificatieoefening vaak afhangt van de noodwendigheden van het voorliggende geval. Net omwille van deze reden is deze techniek onvoorspelbaar in haar toepassing, en tast ze de rechtszekerheid aan. In belangrijke kwesties is dit o.i. een reden om te trachten een eventuele procesvoering voor de rechtbanken van dergelijke staten omtrent trustmateries te vermijden, en te kiezen voor een schikking of, waar mogelijk, arbitrage.

(d) Artikel 16 van het Haagse Trustverdrag – Toepassing van 'voorrangsregels'

596. Artikel 16 van het Haagse Trustverdrag leest als volgt:

"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.

¹⁷³⁸ J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 388.

Any Contracting State may, by way of reservation, declare that it will not apply the second paragraph of this Article."

597. In tegenstelling tot wat het geval is voor artikel 15, heeft artikel 16 van het verdrag betrekking op zogenoemde internationaal privaatrechtelijke dwingende regels ('*lois de police*' of '*rules of immediate application*').¹⁷³⁹ Het Rapport von OVERBECK maakt in dit verband melding van regels inzake cultureel erfgoed, volksgezondheid, bescherming van vitale economische belangen en de bescherming van zwakke economische partijen en werknemers.¹⁷⁴⁰ Zoals uit het tweede lid van artikel 16 blijkt hoeft het niet *per se* te gaan om de internationaalrechtelijke dwingende regels van de forumstaat zelf, maar kunnen tevens, in uitzonderlijke gevallen, de internationaalrechtelijke dwingende regels van derde-staten in acht worden genomen, wanneer de situatie een voldoende nauwe band vertoont met de staat in kwestie.¹⁷⁴¹ Bovendien is het tweede lid van artikel 16 geformuleerd in permissieve bewoordingen, in tegenstelling tot wat het geval is voor het eerste lid.

Opvallend is wel dat de voorbeelden gegeven in het Rapport von OVERBECK ofwel van (semi-) publiekrechtelijke aard zijn en/of betrekking hebben op dwingende regels uit de contractuele sfeer. Niet toevallig wordt in de Rome I-Verordening ook specifiek melding gemaakt van 'consumenten' en werknemers in twee afzonderlijke bepalingen.¹⁷⁴² Deze bepalingen lagen tevens vervat in het verdrag dat de voorloper was van de Rome I-Verordening. Het lijkt ons niet onredelijk om aan te nemen dat deze bepalingen mee aan de grondslag liggen van de vermelding van deze categorieën van regels in het Rapport von OVERBECK. Dergelijke regels hebben echter in de eerste plaats betrekking op het contractenrecht.

In de *Recognition of Trusts Act* 1987 werd enige verwijzing naar het tweede lid van artikel 16 van het verdrag achterwege gelaten, in overeenstemming met het derde lid van hetzelfde artikel.¹⁷⁴³

598. In het Haagse Trustverdrag wordt niet aangegeven op welke wijze een mogelijk conflict tussen artikel 15 en artikel 16 dient te worden opgelost. In bepaalde gevallen is het denkbaar dat een (nationaalrechtelijke) dwingende bepaling uit het door artikel 15 aangewezen recht strijdt met een internationaal privaatrechtelijke dwingende bepaling van het forum. Vermoedelijk zal de

¹⁷³⁹ M. LUPOLI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 365.

¹⁷⁴⁰ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 149; F. GUILLAUME, "The Hague Trusts Convention and Selected Questions in Swiss Private International Law" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 15.

¹⁷⁴¹ Uit het Rapport von OVERBECK blijkt bovendien dat de inclusie van deze verwijzing in het verdrag sterk gecontesteerd werd, zie: A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 154 e.v.

¹⁷⁴² Zie de artikelen 6 en 8 van de Rome I-Verordening.

¹⁷⁴³ L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1502.

forumrechter in een dergelijk geval voorrang geven aan de internationaal dwingende bepaling van het forum.¹⁷⁴⁴

599. In dit verband kan, bij wijze van voorbeeld, verwezen worden naar een arrest van het Zwitserse *Tribunal fédéral* van 18 november 2009.¹⁷⁴⁵ In het arrest was het Zwitserse Hooggerechtshof van oordeel dat het principiële verbod op een 'fidéicommiss de famille' dat vervat ligt in artikel 335 ZBW geen regel van dwingend recht was in de zin van artikel 18 van de *loi fédérale sur le droit international privé*.¹⁷⁴⁶ Evenmin was het verbod van internationaal privaatrechtelijke openbare orde. Hoewel het arrest in de eerste plaats betrekking had op een Liechtensteinse *Stiftung*, is de uitspraak mogelijks ook relevant in het kader van *trusts*.¹⁷⁴⁷ Dit strookt bovendien met het standpunt van de Zwitserse overheid, die reeds naar aanleiding van de ratificatie van het Haagse Trustverdrag stelde dat de tweede paragraaf van artikel 335 ZBW niet overeenigbaar was met de erkenning van buitenlandse *trusts*.¹⁷⁴⁸ De Zwitserse *Lex Koller*, op grond waarvan bepaalde vereisten dienen te worden voldaan vooraleer niet-Zwitsers ingezetenen onroerende goederen gelegen in Zwitserland kunnen verkrijgen, wordt daarentegen wel beschouwd als een voorrangregel die kan worden toegepast door middel van artikel 16 van het Haagse Trustverdrag.¹⁷⁴⁹

(e) *Artikel 18 van het Haagse Trustverdrag – Internationaal privaatrechtelijke openbare orde*

600. Artikel 18 van het Haagse Trustverdrag bepaalt:

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

¹⁷⁴⁴ J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 384.

¹⁷⁴⁵ Tribunal fédéral Suisse 18 november 2009 (*Banque X c. Fondation Y*), *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral* 2009, III, 614.

¹⁷⁴⁶ Zie: A. PEYROT, "Arrêt du TF: l'art. 335 al.2 CC (interdiction de constituer des fidéicommiss de famille) ne relève pas à l'ordre public international suisse", *Centre de Droit Bancaire et Financier*, 2009. Beschikbaar op: <http://www.cdbf.ch/657/#.VwqI6PmLSHs>

¹⁷⁴⁷ P. GILLIOZ, N.F. MEYER, "Trusts and Taxation in Switzerland", *Bulletin for International Taxation* 2015, 240; L. THÉVENOZ, "Les trusts sont-ils effectivement reconnus en Suisse? : un bilan sept ans après la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts", *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier* 2014, 163.

¹⁷⁴⁸ *Message concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et sa reconnaissance du 2 décembre 2005*, 05.088, *Feuille Fédérale* 17 januari 2006, 574 – 575.

¹⁷⁴⁹ F. GUILLAUME, "The Hague Trusts Convention and Selected Questions in Swiss Private International Law" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 15 – 16; F. GUILLAUME, "Trust, réserves héréditaires et immeubles", *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle* 2009, afl. 1, 42.

Zie evenwel: L. THÉVENOZ, "Les trusts sont-ils effectivement reconnus en Suisse? : un bilan sept ans après la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts", *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier* 2014, 163 – 164.

601. In feite is dit een standaardbepaling die wordt opgenomen in ieder verdrag dat in de schoot van de Haagse Conferentie wordt uitgewerkt.¹⁷⁵⁰ In tegenstelling tot artikel 16, verwijst artikel 18 niet naar de bepalingen van internationaal privaatrechtelijke openbare orde van derde-staten. Het Rapport VON OVERBECK bewaart het stilzwijgen inzake deze materie. Enerzijds kan beroep worden gedaan op een *a contratio*-interpretatie, die tot de conclusie zou leiden dat een dergelijk beroep onmogelijk is op grond van artikel 18. Anderzijds verwijst artikel 18 niet specifiek alleen naar de regels van internationaal privaatrechtelijke openbare orde van het forum. Gelet op de bemerking dat zulks wel mogelijk is onder artikel 16 van het Haagse Trustverdrag bestaat er o.i. geen reden om deze mogelijkheid uit te sluiten onder artikel 18.¹⁷⁵¹ Het is evenwel niet steeds even waarschijnlijk dat de nationale rechter *proprio motu* regels van openbare orde zal invoeren die niet behoren tot het eigen nationale recht.¹⁷⁵² Er kan tevens worden opgemerkt dat de letterlijke verdragstekst een extra drempel opwerpt voor een beroep op de internationaal privaatrechtelijke openbare orde in het raam van artikel 18 van het Haagse Trustverdrag: slechts indien de toepassing van de gewoonlijke regels van het verdrag *manifest* in strijd is met de internationaal privaatrechtelijke openbare orde dient een beroep te worden gedaan op deze bepaling. Deze interpretatie van het begrip 'manifest' werd kennelijk door de opstellers van het verdrag beoogd.¹⁷⁵³

602. Specifiek voor het Engelse recht is het evenmin duidelijk of het principiële verbod op *purpose trusts* kan worden omzeild door middel van een rechtskeuze voor buitenlands recht. Hoger (*supra*, randnr. 557) werd in het raam van artikel 13 van het Haagse Trustverdrag reeds gewezen op deze problematiek. DICEY, MORRIS en COLLINS wijzen er op dat, indien de trustgoederen exclusief of voornamelijk in het Engeland en Wales zijn gelegen, zij het onwaarschijnlijk achten dat de Engelse rechtbanken zich tolerant zullen opstellen.¹⁷⁵⁴ HAYTON stelt zich dan weer erg genuanceerd op, en vraagt zich af of bepaalde *offshore trusts* überhaupt kunnen

¹⁷⁵⁰ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 164; J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 390; M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 365.

¹⁷⁵¹ Zie eensluidend: S. FERRERO, "The Scope and the Effects of Mandatory Rules and Public Policy under the 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition", *Il Nuovo Diritto Delle Società* 2013, afl. 7, 61.

¹⁷⁵² L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1503.

¹⁷⁵³ A. DYER, "International Recognition and Adaptation of Trusts: The Influence of the Hague Convention", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1999, 1013.

Zie ook: D. HAYTON, "Thoughts on future trust law developments", *Trusts & Trustees* 2016, 1004, waar de auteur stelt dat het daadwerkelijk aanwenden van artikel 18 van het Haagse Trustverdrag een 'extreme case' zou vereisen.

¹⁷⁵⁴ L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1503.

Zie ook: S. FERRERO, "The Scope and the Effects of Mandatory Rules and Public Policy under the 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition", *Il Nuovo Diritto Delle Società* 2013, afl. 7, 65 – 68. FERRERO komt tot het besluit dat dergelijke *purpose trusts* niet zouden moeten worden erkend in Engeland op grond van artikel 18 van het Haagse Trustverdrag.

kwalificeren als trustverhouding in de ogen van de Engelse rechtbanken.¹⁷⁵⁵ HARRIS is evenwel de mening toegedaan dat bepaalde *offshore-trusts* die het karakter kunnen hebben van een *purpose trust* toch zouden kunnen worden erkend in Engeland en Wales, daar er geen strijdigheid met de openbare orde zou zijn.¹⁷⁵⁶ Hetzelfde geldt voor het verbod op *perpetuities*, dat volgens de eerstgenoemde auteurs van openbare orde is.¹⁷⁵⁷

Voor wat betreft het Nederlandse recht wijst KOPPENOL-LAFORCE op mogelijke clausules in de trustakte waarin wordt bepaald dat uitkeringen afhankelijk worden gemaakt van het al dan niet huwen of gehuwd blijven van een *beneficiary* of het bestaan van *charitable trusts* die bepaalde bevolkingsgroepen discrimineren.¹⁷⁵⁸

vi. **Verhouding tussen het Haagse Trustverdrag en het fiscaal recht**

603. De laatste bepaling van het Haagse Trustverdrag die in het raam van voorliggend onderzoek zal worden onderzocht is artikel 19. Deze bepaling stelt dat "*nothing in the Convention shall prejudice the powers of States in fiscal matters.*" In beginsel kan uit de bewoordingen van deze bepaling worden afgeleid dat de ratificatie van het Haagse Trustverdrag niet tot gevolg heeft dat het fiscaal recht van de lidstaten op enigerlei wijze moet worden beïnvloed. Een partij bij het verdrag is er met andere woorden niet toe gehouden om op grond van het verdrag zelf, ook enige fiscale 'erkenning' te geven aan de *trust* als zodanig.

604. Echter, in de Nederlandse rechtspraak en rechtsleer is het verband tussen de civielrechtelijke erkenning van buitenlandse *trusts* op grond van het Haagse Trustverdrag en de 'fiscale erkenning' daarvan reeds meermaals aan de orde gekomen.

Zo heeft de Nederlandse Hoge Raad in de zogeheten 'Novemberarresten' van 18 november 1998 zich voor de eerste maal sedert de inwerkingtreding van het Haagse Trustverdrag in Nederland over deze kwestie gebogen.¹⁷⁵⁹ Niettegenstaande artikel 4 van het Haagse Trustverdrag de vraag naar de rechtsgeldigheid van de overdrachtshandeling die aan de instelling van de *trust* ten grondslag ligt, aan het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag onttrekt, kan uit de tekst van artikel 8 van het verdrag worden afgeleid dat de geldigheid van de *trust* als zodanig toch wordt geregeld door het door het verdrag aangewezen

¹⁷⁵⁵ D.J. HAYTON, "National Report for England and Wales" in S.C.J.J. KORTMANN, D.J. HAYTON, N.E.D. FABER, K.G.C. REID, J.W.A. BIESMANS (eds.), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer, Kluwer, 2009, 93 – 94.

¹⁷⁵⁶ J. HARRIS, *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 395 – 396.

¹⁷⁵⁷ L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1503.

¹⁷⁵⁸ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 171.

¹⁷⁵⁹ HR 18 november 1998, *BNB* 1999/35 – 37, i.h.b. punt 3.3. – 3.5.

recht. Zodoende hangt de rechtsgeldigheid van de *trust* af van de *lex causae*, althans in zoverre deze niet door voorafgaande kwesties wordt doorkruist.

Welnu, uit de 'novemberarresten' kan worden afgeleid dat de Hoge Raad zich – op grond van artikel 19 – heeft uitgesproken voor een autonome fiscale erkenning van buitenlandse *trusts*.¹⁷⁶⁰ De Hoge Raad week hiermee bovendien af van het advies van Advocaat-Generaal MOLTMAKER, die had geconcludeerd dat de civielrechtelijke erkenning van buitenlandse *trusts* op grond van het Haagse Trustverdrag tevens doorslaggevend zou moeten zijn voor de fiscaalrechtelijke erkenning.¹⁷⁶¹ Ook heeft de Hoge Raad geen enkele verwijzing opgenomen naar enig vereiste dat de *trust* een voldoende nauwe band diende te vertonen met Nederland om op fiscaalrechtelijk vlak te worden erkend. Het week hiermee opnieuw af van de conclusie van de Advocaat-Generaal.¹⁷⁶² De enige voorwaarde die de Hoge Raad in dit verband stelt, komt dan ook neer op een beoordeling naar de rechtsgeldigheid van de *trust* op grond van de *lex causae* die van toepassing was op het ogenblik van deze oprichting. Indien uit de toepassing van de *lex causae* bijvoorbeeld zou blijken dat het *beneficiary principle* (indien van toepassing) geschonden is of er sprake is van een *sham trust*, zou de *trust* op grond van het door de Hoge Raad geformuleerde criterium niet dienen te worden erkend. Of de *trust* überhaupt een voldoende nauwe band vertoont met Nederland, speelt in die overweging niet mee.

605. Alhoewel de Nederlandse Hoge Raad een scheiding heeft aangebracht tussen de civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke erkenning van buitenlandse *trusts*, waren een aantal stemmen in de Nederlandse rechtsleer toch gewonnen voor een direct verband tussen de civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke erkenning van het bestaan van buitenlandse *trusts*. In de eerste plaats kan hier nogmaals worden gewezen op de conclusie van Advocaat-Generaal MOLTMAKER, die op verschillende vlakken plaats zag voor een wisselwerking tussen de bepalingen van het Haagse Trustverdrag en het Nederlandse belastingrecht.¹⁷⁶³ Zoals gesteld, wenste de Advocaat-Generaal bijvoorbeeld de mogelijkheid om de erkenning van de *trust* op grond van artikel 13 van het Haagse Trustverdrag af te wijzen, door te trekken naar de Nederlandse fiscaliteit.

Voor wat betreft de Nederlandse rechtsleer kan worden gewezen op het standpunt van HOPPENREIJS en VRIESENDORP.¹⁷⁶⁴ Deze auteurs betogen dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen *trusts* die niet kunnen worden erkend op grond van het Haagse Trustverdrag en *trusts* die wel erkenning genieten op grond van de

¹⁷⁶⁰ J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 241.

¹⁷⁶¹ Conclusie Adv. Gen. MOLTMAKER bij HR 18 november 1998, *BNB* 1999/35, punt 2.2.2. – 2.2.4, 3.5.3.

¹⁷⁶² Conclusie Adv. Gen. MOLTMAKER bij HR 18 november 1998, *BNB* 1999/35, punt 2.2.3.

¹⁷⁶³ Conclusie Adv. Gen. MOLTMAKER bij HR 18 november 1998, *BNB* 1999/35, punt 3.5.2. – 3.5.3.

¹⁷⁶⁴ R.T.R. HOPPENREIJS, R.D. VRIESENDORP, "De fiscaal- en civielrechtelijke benadering van de trust in Nederland: eenheid of verscheidenheid?" in P.H.J. ESSERS, R.H. HAPPE, G.T.K. MEUSSEN, *et. al.* (eds.), *Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2000, 47 – 62.

bepalingen van het verdrag. Volgens hun redenering komt artikel 19 van het verdrag helemaal niet aan orde in het geval van een (civielrechtelijk) niet-erkende *trust*, daar het Haagse Trustverdrag als geheel niet van toepassing is in dergelijke gevallen, met inbegrip van artikel 19. De autonome positie die het fiscaal recht geniet op grond van deze bepaling wordt daardoor volgens de auteurs eveneens doorbroken. De civielrechtelijke niet-erkenning dwingt dan ook tot een fiscaalrechtelijke niet-erkenning. In het geval van een *trust* die wel wordt erkend op grond van de bepalingen van het Haagse Trustverdrag is dan weer wel ruimte voor de toepassing van artikel 19 en herleeft de autonomie van het fiscaal recht in dit verband. Bovendien zou, volgens de auteurs, een divergentie tussen de fiscaalrechtelijke en civielrechtelijke erkenning van buitenlandse *trusts*, aanleiding geven tot averechtse situaties.¹⁷⁶⁵ Deze stellingname is enigszins opvallend, aangezien het risico op divergentie eveneens ontstaat bij *trusts* die wel civielrechtelijk worden erkend op grond van de bepalingen van het Haagse Trustverdrag.

Wij hebben echter twijfels bij de houdbaarheid van deze redenering. Immers, tot de civielrechtelijke niet-erkenning van een *trust* besluiten, dient in de eerste plaats eveneens te gebeuren op grond van de bepalingen van het Haagse Trustverdrag. Een civielrechtelijke niet-erkenning is dan in wezen niets anders dan de vaststelling dat een *trust* om de éne of de andere reden niet voldoet aan de voorwaarden die het Haagse Trustverdrag dienaangaande stelt. Dit impliceert evenwel dat ook de niet-erkende *trust* onder de toepassingsfeer van het Haagse Trustverdrag valt. In het andere geval zou er geen reden bestaan om de erkenningsregeling die in dit verdrag vervat ligt, (pogen) toe te passen in de eerste plaats. Daarbij sluit artikel 19 in elk geval een door het verdrag opgelegd direct verband tussen het fiscaal recht en het burgerlijk recht uit. Indien de niet-erkende *trust* in de toepassingsfeer van het Haagse Trustverdrag als geheel valt, dient artikel 19 tevens mee in rekening te worden genomen.

606. Andere Nederlandse auteurs besluiten tot een andersoortig verband tussen de civielrechtelijke erkenning van een *trust* op grond van het verdrag en de fiscaalrechtelijke erkenning daarvan.¹⁷⁶⁶ BOER spreekt in dit verband over een 'indirecte doorwerking' van het Haagse Trustverdrag naar de fiscaliteit.¹⁷⁶⁷ Indirect, omdat volgens deze opvatting de civielrechtelijke erkenning of niet-erkenning van een buitenlandse *trust* slechts wordt gezien als een 'signaal' voor de fiscale rechter. Dit ontnemt de rechter geenszins de mogelijkheid om over te gaan tot een autonome fiscaalrechtelijke beoordeling, maar kan slechts een 'vermoeden' scheppen dat geldt ten voordele of ten nadele van de mogelijke fiscaalrechtelijke

¹⁷⁶⁵ *Ibid*, 59.

¹⁷⁶⁶ J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 247; F. SONNEVELDT, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956*, Amersfoort, SDU Uitgevers, 2000, 142 - 143; J.P. BOER, R.M. FREUDENTHAL, "De behandeling van periodieke uitkeringen uit een trust in de inkomstenbelasting", *WFR* 2003, 1325 - 1339.

¹⁷⁶⁷ J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 246 - 248.

erkenning van de *trust*. Immers, uit de bepalingen van het Haagse Trustverdrag volgt dat een (gedeeltelijke) niet-erkenning van de buitenlandse *trust* specifieke civielrechtelijke oorzaken kan hebben. Zulks is bijvoorbeeld het geval indien de (gedeeltelijke) niet-erkenning geschiedt op grond van artikel 15 van het verdrag. Het heeft omzeggens weinig zin om daaraan meteen een fiscaalrechtelijke non-erkenning te koppelen.

Bovendien is hoger gebleken dat de fiscaalrechtelijke 'erkenningsregel' die werd vooropgesteld door de Hoge Raad, erin bestaat dat aan de hand van de toepasselijke *lex causae* dient te worden nagegaan of de *trust* rechtsgeldig is tot stand gekomen volgens het recht dat op de *trust* van toepassing was ten tijde van haar instelling. Deze 'erkenningsregel' mag dan autonoom heten, zij is o.i. op grond van artikel 8 van het Haagse Trustverdrag evenzeer onderdeel van het civielrechtelijk erkenningsvraagstuk. Het is zo dat onder het Haagse Trustverdrag meerdere voorwaarden kunnen worden gesteld aan de erkenning van buitenlandse *trusts* dan de geldigheid volgens de *lex causae* alleen. Wanneer daarbij ook nog in ogenschouw wordt genomen dat, om te kunnen nagaan of een *trust* rechtsgeldig werd ingesteld onder de *lex causae* die de *trust* beheerste op het ogenblik van haar instelling, eerst dient te worden vastgesteld welke de *lex causae* dan wel is. Hiertoe dient een beroep te worden gedaan op de geldende verwijzingsregel voor *trusts*. Alleen door deze regel toe te passen kan het op de trustverhouding zijnde recht worden geïdentificeerd.

vii. **Tussenbesluit betreffende het Haagse Trustverdrag**

607. Het Haagse Trustverdrag is een eerder delicaat en complex instrument, dat als voornaamste finaliteit heeft de 'erkenning' van buitenlandse *trusts* te bevorderen. Hiermee wordt een brug gebouwd tussen enerzijds de *common law*-jurisdicties die van oudsher bekend zijn met de trustfiguur en de *civil law*-jurisdicties die – zo wordt gedacht – geen *trust* kennen. In beginsel is het verdrag geschreven met het oog op het faciliteren van de erkenning van klassieke *common law trusts* in *civil law*-landen, doch uit de opstellingsgeschiedenis van het verdrag is gebleken dat ook op de *common law trust* gelijkende rechtsfiguren mogelijks onder het materieel toepassingsgebied van het verdrag kunnen vallen. Hoewel daaraan in de literatuur veel minder aandacht wordt besteed, is het mogelijk dat *common law*-landen desgevallend ertoe gehouden kunnen zijn om bepaalde rechtsfiguren uit *civil law*-landen te erkennen als 'Haagse *trust*'. Dit is het gevolg van het zogenaamde 'gedaanteloze' karakter van de Haagse *trust*.

Essentieel aan het Haagse Trustverdrag is tevens dat het een instrument is dat beoogt om bruggen te bouwen tussen *civil law*- en *common law*-stelsels. En in het bijzonder voor rechtsstelsels die de trustfiguur niet kennen beoogt het verdrag om de rechters van *civil law*-stelsels de noodzakelijke werktuigen aan te reiken om de trustfiguur te kunnen 'vatten', in de vorm van een set conflictenregels die tegelijk ook aangeven uit welke elementen de 'erkenning' van een trustfiguur kan of moet

bestaan, alsook welke de limieten aan deze erkenning zijn.¹⁷⁶⁸ Het verdrag heeft daarmee niet alleen een 'faciliterende' functie, maar tevens een 'educatieve functie'.

608. De 'erkenning' van *common law trusts* wordt in de eerste plaats gefaciliteerd omdat het Haagse Trustverdrag een autonome verwijzingscategorie voor *trusts* aanbiedt, waarvan de *civil law*-landen vervolgens gebruik kunnen maken. In *common law*-jurisdicties bestond een dergelijke aanknopingsfactor reeds vroeger, daar zij een loutere extensie is van het interne recht van dergelijke rechtsordes. Voor *civil law*-landen wordt op deze wijze een antwoord geboden op een belangrijk probleem (zie *infra*, randnr. 611 e.v.). Doordat kan worden aangeknoopt bij een afzonderlijke verwijzingscategorie voor *trusts*, kunnen deze rechtsfiguren, indien zij daadwerkelijk kunnen worden gesubsumeerd onder de nieuwe verwijzingscategorie, ook als *trust* worden 'erkend' en behandeld in *civil law*-landen. Zelfs indien zij de *trust* als zodanig niet kennen in het interne recht.

Het weze bovendien opgemerkt dat gedurende het erkenningsproces een bijzonder fenomeen optreedt. Uit Deel II van voorliggend onderzoek is reeds gebleken dat in *common law*-rechtsordes wordt geredeneerd in termen van concepten en begrippen die *civil law*-landen niet kennen, en *vice versa*. Uitgerekend bij de *trust* komen deze verschillen sterk tot uiting. Zo is onder meer gebleken dat *common law*-rechtsordes er andere opvattingen op na houden inzake zakelijke rechten, het eigendomsbegrip anders wordt ingevuld dan het geval is in *civil law*-landen en zij geen eenduidige vermogensleer kennen. De *trust* belicht deze verschillen vermoedelijk als geen enkele andere rechtsfiguur. Dit doet echter een belangrijke vraag rijzen. Hoe kan de *trust* worden 'erkend' in jurisdicties die (fundamenteel) andere opvattingen hebben over de juridische vormgeving van een aantal elementaire bouwblokken die aan deze rechtsfiguur ten grondslag liggen.

Het antwoord dat door het Haagse Trustverdrag wordt geboden, is enigszins geïnspireerd op het werk van de Franse jurist LEPAULLE, die reeds aan het begin van de vorige eeuw opmerkte dat de *common law trust* aanschurkt bij het concept *patrimoine d'affectation* ('Zweckvermögen'), een autonoom, i.e. op zichzelf staand, afgezonderd vermogen. In de metamorfose die de klassieke *common law trust* doormaakt tot een 'Haagse *trust*', die daadwerkelijk kan opereren in *civil law*-landen, speelt de vermogensleer een doorslaggevende rol. De Haagse *trust* wordt namelijk beschouwd als een vermogen dat is afgescheiden van het persoonlijke vermogen van de *trustee*, die de goederen evenwel aanhoudt als 'eigenaar', maar onder last van het daarop rustende trustverband dat wordt beheerst door het toepasselijke trustrecht. In deze optiek wordt de *trust* evenwel niet beschouwd als een op zichzelf staand vermogen, zoals vandaag in bijvoorbeeld Québec wel het geval is¹⁷⁶⁹, maar veeleer als een afgezonderd vermogen dat verbonden blijft aan

¹⁷⁶⁸ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 14.

¹⁷⁶⁹ G. GRETTON, "Up there in the *Begriffshimmel*?" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 533; A. POPOVICI, "Trusting Patrimonies" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 200

de rechtssubjectiviteit van een persoon, zijnde de *trustee* ('*Söndervermogen*'). Zoals is gebleken leunt dit model veel meer aan bij de Schotse conceptie van de trustfiguur.¹⁷⁷⁰

Zodoende heeft de *trust* reeds een belangrijke metamorfose ondergaan. Daar waar zij in *common law*-rechtsordes niet meer is dan gewoon een *trust*, wordt zij vanuit het oogpunt van *civil law*-landen die zich hebben aangesloten bij het Haagse Trustverdrag beschouwd als een afgescheiden vermogen. Dit impliceert dat aan de *trust* principieel een bevoorrecht eigen passief zal toekomen, waarop trustschuldeisers hun schuldvorderingen kunnen verhalen. In Zwitserland bestaat dan ook bijzondere wetgeving die dit principiële gevolg opnieuw neutraliseert. Een tweede aspect van deze metamorfose is gelegen in het erkennen van een bijzondere '*trustee*-hoedanigheid', die in het klassieke Engelse model afwezig is. Een derde, meer betwist aspect, is gelegen op het niveau van de rechten van de *beneficiaries*. Onder het klassieke trustmodel hebben zij een aantal rechten ten aanzien van de *trustee* die van persoonlijke aard zijn, maar hebben zij eveneens rechten die, althans vanuit een *civil law*-perspectief, onmiskenbaar een goederenrechtelijke aard hebben. In Deel II werd uitvoerig uiteengezet waarom hierover in de *common law*-landen reeds lange tijd een fundamentele discussie bestaat. Vanuit een *civil law*-perspectief kan evenwel worden opgemerkt dat de belangrijkste reden waarom het *in rem*-karakter van de rechten van de *beneficiary* wordt ontkend in veel Engelse en Amerikaanse rechtsleer (bescherming van '*equity's darling*'), neerkomt op een regel die *civil law*-landen beschouwen als zijnde een regel van derdenbescherming. In *civil law*-landen lijkt, althans op dit punt, de vraag naar de persoonlijke of goederenrechtelijke aard van een recht veel meer te worden losgekoppeld van de vraag naar derdenbescherming, dan in *common law*-rechtsordes het geval is.

Wat hier ook van zij, zelfs in het geval dat de ontvangende rechtsorde niet bereid zou zijn om aan de *beneficiaries* een zakelijk recht of een recht met zakelijke werking toe te kennen, hoeft dit niet te impliceren dat er geen sprake zou zijn van 'erkenning' van de buitenlandse *trust*. Er zou in dit geval veeleer worden aangesloten bij het trustmodel dat enkele 'gemengde rechtsordes', zoals Schotland, Zuid-Afrika en Québec, kennen. Uit de in Deel II gemaakte functionele analyses van de *trust* blijkt evenwel dat het 'fondskarakter' van de *trust* op efficiëntere wijze kan worden gevrijwaard indien de *beneficiaries* in geval van *breach of trust* kunnen optreden, ook ten aanzien van derde-verkrijgers, behoudens in het geval van derdenbescherming. Zelfs indien de *beneficiaries* over een zakelijk recht zouden beschikken, dat hen toelaat een volgrecht uit te oefenen met betrekking tot de

– 205; D. HAYTON, "Reflections on The Hague Trust Convention after 30 years", *Journal of Private International Law* 2016, afl. 1, 7 – 8.

Zie: art. 1261 *Code civil du Québec*.

De kwalificatie van de Québec *trust* als een geheel op zichzelf staand vermogen zonder rechtspersoonlijkheid gaat evenwel gepaard met enkele controverses, zie: A. POPOVICI, "Trust in Quebec and Czech Law: Autonomous Patrimonies?", *ERPL* 2016, 929 – 950.

¹⁷⁷⁰ G. GRETTON, "Up there in the *Begriffshimmel*?" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 533.

trustgoederen, blijft er nog steeds een metamorfose voorhanden. Wij hebben in dit verband de stelling verdedigd dat de *beneficiary* in de ontvangende rechtsorde dan gelijk kan worden gesteld met enige andere houder van een beperkt zakelijk recht met betrekking tot een bepaald goed. De *beneficiary* kan het aan dit zakelijk recht verbonden volgrecht dan slechts uitoefenen onder dezelfde voorwaarden (bijvoorbeeld: een publiciteitsverplichting) als enige andere houder van een zakelijk recht, binnen dezelfde rechtsorde.

609. Essentieel aan het Haagse Trustverdrag is dat de vrijheid van de *settlor* om een rechtskeuze te maken, wordt vooropgesteld. Hiermee sluit het Haagse Trustverdrag aan bij de regel die in beginsel ook wordt gehanteerd voor overeenkomsten in het internationaal privaatrecht. Deze keuze van de opstellers van het Haagse Trustverdrag heeft evenwel zijn consequenties. Ofschoon het verdrag verschillende regels bevat inzake de (minimale) 'erkenning' die aan een geldig opgerichte *trust* dient te worden geboden, bevat het verdrag eveneens heel wat mogelijkheden voor de rechter in de forumstaat om deze 'erkenning' uit te hollen. Binnen dit spanningsveld dient een evenwicht te worden gezocht. De ondergrens komt o.i. overeen met de regeling inzake de minimale erkenning (artikel 11 van het verdrag). Op grond van artikel 8 van het verdrag kan evenwel een ruimere erkenning worden geboden. Indien deze in artikel 11 uiteengezette minimale erkenning zou worden onthouden, verliest het Haagse Trustverdrag *de facto* zijn betekenis. Toch zijn de regels waarmee de erkenning kan worden beperkt evenzeer van groot belang. Indien zij niet zouden zijn opgenomen, zouden potentiële *settlors*, in sommige landen zelfs in zuiver 'interne situaties', heel wat belangrijke regels van dwingende aard kunnen omzeilen door middel van het gebruik van buitenlandse trustfiguren. De dwingende regels waarnaar het Haagse Trustverdrag verwijst, hebben in veel gevallen betrekking op situaties waarvoor het IPR verwijzingsregels aanbiedt die niet (helemaal vrij) door de betrokken partijen kunnen worden gemanipuleerd. Hier kan in de eerste plaats worden gedacht aan rechtsvragen van goederenrechtelijke aard waar de *lex rei sitae* wordt toegepast. Hetzelfde geldt voor rechtsvragen die de erfovergang betreffen, waar behoudens een *professio iuris* ten voordele van het recht van de staat waarvan de overledene de nationaliteit had, het recht van de laatste gewone verblijfplaats van toepassing is.¹⁷⁷¹

610. Alles in overweging genomen kan de evaluatie van het Haagse Trustverdrag o.i. niet anders dan (gematigd) positief zijn. Weliswaar scheidt het verdrag een aantal spanningsvelden en konden een aantal punten meer in detail worden uitgewerkt, maar van de andere kant is het ook niet de functie van een internationaal privaatrechtelijk instrument om de materieelrechtelijke implicaties daarvan op een micro-niveau te managen. Het verdrag biedt enerzijds een grote vrijheid aan *settlors*, maar laat tegelijkertijd ook heel wat ruimte om de gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* in te perken. Het verdrag bakent met andere woorden een begrensde ruimte af waarbinnen het van toepassing zijnde trustrecht kan spelen en de *trust* zodoende effectief als *trust* kan worden erkend,

¹⁷⁷¹ Zie exemplatief de artikelen 78 e.v. WIPR en 21 e.v. van de Erfrechtverordening.

met inbegrip van haar rechtsgevolgen. Binnen deze afbakening kan vervolgens nagegaan in hoeverre de getransformeerde *trust* en haar rechtsgevolgen exact kunnen worden erkend in de staat van ontvangst. Uit het voorgaande is gebleken dat deze erkenning echter kan variëren van geval tot geval en van rechtsorde tot rechtsorde. De genuanceerde benadering ten aanzien van *trusts*, die wordt gefaciliteerd door het Haagse Trustverdrag kan dan ook aanleiding geven tot complexe vraagstukken. In de Zwitserse rechtsleer wordt dan ook geconstateerd dat Zwitserse rechters in complexe gevallen soms hun toevlucht nemen tot erg verre gaande maatregelen als *Durchgriff* (zie *supra*, randnr. 569), teneinde een bestaande trustverhouding te kunnen opzichschuiven zonder dat dit strikt noodzakelijk was voor het oplossen van de zaak.¹⁷⁷² Desalniettemin heeft het verdrag een evenwicht trachten (en toch ook weten) te vinden tussen het faciliteren van de erkenning van *trusts* enerzijds en het respect voor de materieelrechtelijke autonomie van de staten die partij zijn bij het verdrag anderzijds.

d. De 'erkenning' van buitenlandse trusts in rechtsordes zonder autonome verwijzingscategorie voor trusts: Frankrijk en België vóór de inwerkingtreding van het WIPR

i. Algemeen

611. In het voorgaande werd uiteengezet dat wanneer een rechtsstelsel dat de *trust* niet kent in aanraking komt met buitenlandse *trusts*, er een probleem rijst. Immers, indien het interne recht de *trust* niet kent, bestaat de kans dat een dergelijke rechtsorde evenmin een afzonderlijke verwijzingscategorie kent voor *trusts*. In het voorgaande werd onderzocht hoe dit probleem kan worden verholpen door middel van de introductie van een autonome verwijzingscategorie voor *trusts*. Door middel van het introduceren van een dergelijke verwijzingscategorie kunnen

¹⁷⁷² L. THÉVENOZ, "Les trusts sont-ils effectivement reconnus en Suisse? : un bilan sept ans après la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts", *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier* 2014, 171.

Opmerkelijk is dat in de Nederlandse rechtspraak een vonnis kan worden aangetroffen waar de rechtbank een beroep deed op de van toepassing zijnde *lex causae* teneinde een trustverhouding opzij te schuiven. Zo bepaalt het derde lid van artikel 2 van het Haagse Trustverdrag dat het loutere gegeven dat de *settlor* zichzelf enkele bevoegdheden voorbehoudt niet per definitie problematisch moet zijn. Veel trustjurisdicties kennen echter de regel dat de *trustee* niet de (*de facto*) enige begunstigde mag zijn van een *trust*. Het *equitable interest* en de *legal title* worden dan immers in één hand verenigd. Welnu, om deze reden oordeelde de rechtbank te Amsterdam dat er in de voorliggende zaak geen sprake kon zijn van een rechtsgeldige *trust*, nu de *settlor* voor zichzelf nagenoeg alle rechten en bevoegdheden van een *trustee* heeft voorbehouden. Een dergelijk feitencomplex kan er ook op wijzen dat er mogelijk is een *sham trust* voorhanden is. Zie: Rb. Amsterdam 5 oktober 2000, *NIPR* 2002/249.

rechtsvragen die specifiek de *trust* betreffen, worden opgelost aan de hand van de *lex causae* waarnaar vervolgens wordt gewezen.

Indien een dergelijke verwijzingscategorie echter ontbreekt, rijzen een aantal belangrijke vragen. Kan de *trust* überhaupt worden erkend? Is zulks niet strijdig met de openbare orde? Onder welke verwijzingscategorie van het forum dient deze rechtsfiguur te worden gesubsumeerd? Kan de *trust* wel 'als *trust*' worden behandeld door de forumrechter, of dient er een conversie of assimilatie plaats te vinden naar of met een rechtsfiguur die het forum wél kent?

612. Uit wat volgt zal blijken dat de Franse en Belgische rechtspraak ook meestal neigde in de richting van de erkenning van *trusts*, zelfs bij afwezigheid van een afzonderlijke verwijzingscategorie voor *trusts*.¹⁷⁷³ Hierbij zal in de eerste plaats aandacht uitgaan naar de Franse rechtspraak inzake de erkenning van buitenlandse *trusts* en de Belgische rechtspraak inzake de erkenning van dergelijke *trusts* die dateert van vóór de inwerkingtreding van het WIPR. Sedert de inwerkingtreding van het nieuwe wetboek kent België immers een afzonderlijke verwijzingscategorie voor *trusts*. In overeenstemming met de hoger (*supra*, randnr. 430 – 432) geformuleerde onderzoekshypothese zou de civielrechtelijke erkenning van *trusts* in België terdege van aard moeten (of minstens kunnen) verschillen in de periodes vóór de invoering van het WIPR en de periode daarna.

613. Opvallend is evenwel dat in tegenstelling tot wat het geval is voor sommige staten die het Haagse Trustverdrag hebben geratificeerd, deze welwillendheid zich meestal beperkte tot 'internationale situaties', i.e. waar de personen in kwestie een voldoende binding hadden met een vreemde staat. Zulks hoeft evenwel niet de betekenen dat de rechter in kwestie ook daadwerkelijk buitenlands recht diende toe te passen. Uit de geanalyseerde rechtspraak zal tevens blijken dat rechters ook regelmatig in aanraking zijn gekomen met *trusts* in de marge van de toepassing van het eigen recht. Dit biedt de mogelijkheid om de *trust* te kwalificeren vanuit de invalshoek van het recht dat toepasselijk is op het onderhavige geschil. Hierbij kan vervolgens rekening worden gehouden met het oogmerk waarmee de *trust* oorspronkelijk in het leven werd geroepen ('doelgebonden kwalificatie' of 'doelgebonden assimilatie').¹⁷⁷⁴

614. De Belgische en Franse rechtbanken die geconfronteerd zijn geworden met *trusts*, hebben in de regel getracht om de trustfiguur tot op bepaalde hoogte te doorgronden, en hebben evenzeer getracht om de *trust* te converteren naar of assimileren met een rechtsfiguur die hen wel bekend was.¹⁷⁷⁵ Deze

¹⁷⁷³ Dit werd in de Franse rechtsleer reeds opgemerkt aan het begin van de 20^e eeuw. Zie: M. TRAVERS, "De la validité, au point de vue du droit français, des trusts créés par des étrangers sur des biens soumis à la loi française ou par des Français sur des biens situés hors de France", *Rev. Crit. DIP* 1909, 521 – 522.

¹⁷⁷⁴ F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Parijs, Litec, 2004, 115 – 116, 118; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2014, II, 150.

¹⁷⁷⁵ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2014, II, 148 – 151; J. PERRIN, "Le trust à l'épreuve du droit successoral", Genève,

assimilatietechniek ligt in feite in het verlengde van de kwalificatie *de lege fori*.¹⁷⁷⁶ Op internationaal privaatrechtelijk vlak kan, weliswaar door het ruim interpreteren van de eigen verwijzingscategorieën, een aanknopng worden gevonden voor aan het forum onbekende rechtsfiguren. Vervolgens dienen hieraan rechtsgevolgen te worden gekoppeld. Eén manier om dit te bewerkstelligen, is door deze rechtsfiguren inderdaad te assimileren met rechtsfiguren die het forum wel kent. VAN HECKE verwijst in dit verband naar het proefschrift van VISCHER, die tot de conclusie kwam dat een dergelijke assimilatie kan geschieden indien beide rechtsfiguren voldoende equivalentie vertonen.¹⁷⁷⁷ Ofschoon zulks in de loop van dit onderzoek niet meer verder aan bod zal komen, blijkt de neiging tot assimilatie met aan het forum bekende rechtsfiguren ook te bestaan in andere *civil law*-stelsels die geen internationaal privaatrechtelijke verwijzingscategorie kennen voor *trusts*, bijvoorbeeld in Spanje.¹⁷⁷⁸

In het geval van *trusts* is zulks evenwel problematisch. Het is reeds ten overvloede gebleken dat *trusts* bijzonder caleidoscopische rechtsfiguren zijn die een brede waaier aan doeleinden kunnen dienen. Dit noopt meteen tot de conclusie dat de *trust* potentieel met een veelheid aan rechtsfiguren kan worden geassimileerd, zonder dat de overlapping tussen de *trust* en de rechtsfiguur waarmee zij wordt geassimileerd perfect is.¹⁷⁷⁹ Merk op dat hier een samenspel ontstaat met de bemerking die in het vorige randnummer is gemaakt omtrent de mogelijkheid tot het kwalificeren van de *trust* in het licht van het geschil in kwestie, alsook het daarop van toepassing zijnde recht. Echter, aangezien *civil law*-stelsels in de regel geen enkele afzonderlijke rechtsfiguur kennen die naar voren kan worden geschoven als rechtstreekse equivalent van de *trust*, heeft dit gevolgen voor de toepassing van de assimilatietechniek. Langs de éne kant ontstaat het risico dat,

Droz, 2006, 142; J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 331 - 334; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Parijs, Litec, 2004, 118; G.A.L. DROZ, M. REVILLARD, *Successions*, Jurisclasseur droit international, V° Libéralités, Donations, Trusts, Fasc. 557-30 B, 2015, nr. 118; G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Parijs, Economica, 1984, 213; A. BRAUN, "The framing of a European law of trusts" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 284; L. SMITH, "Stateless trusts" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 90 ; M. REVILLARD, *Droit international privé et Européen: pratique notariale*, Parijs, Défrenois, 2014, 494 - 495.

Zie ook: M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 811, waar de auteur spreekt over "herkwalificatie".

¹⁷⁷⁶ G. VAN HECKE, "Principes et méthodes de solutions des conflits de lois" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 126, Leiden, Nijhoff, 1970, 501 - 502.

¹⁷⁷⁷ *Ibid*, 502.

¹⁷⁷⁸ R. LAFUENTE SÁNCHEZ, "Recognition of foreign trusts and challenges facing the Spanish Courts", *Trusts & Trustees* 2017, advance access, 6, 8.

¹⁷⁷⁹ G.A.L. DROZ, M. REVILLARD, *Successions*, Jurisclasseur droit international, V° Libéralités, Donations, Trusts, Fasc. 557-30 B, 2015, nr. 79; R. ZONDERVAN, "Réflexions sur la division du patrimoine. A propos de la société d'une personne, du trust et la fondation", *Rev. Banque* 1967, 245.

door middel van de assimilatie, de *trust* wordt denatureerd.¹⁷⁸⁰ Langs de andere kant kunnen, wegens het gebrek aan overeenstemming tussen de *trust* en rechtsfiguur waarmee zij wordt gelijk gesteld, anomalieën opduiken.

In het geval dat een *trust* bijvoorbeeld door een Franse rechter wordt geassimileerd met een (onrechtstreekse) schenking¹⁷⁸¹, wordt hiermee niet enkel geraakt aan het wezen van de *trust* in kwestie, maar strijdt deze assimilatie tevens met de regels van het interne Franse recht. Immers, indien het gaat om een *revocable trust* blijkt het Franse recht plots te maken te hebben met een – normaliter verboden – herroepbare schenking (cf artikel 894 CC).¹⁷⁸² Indien de *trust* enige tijd bestaat zou het bovendien kunnen gaan om een schenking van toekomstige goederen, eveneens principieel verboden onder het Franse recht.¹⁷⁸³

615. Hoewel verschillende rechters hebben getracht de trustfiguur min of meer te doorgronden, meestal binnen de context van het voorliggende geschil, werd de *trust* in kwestie in de meeste gevallen niet 'als *trust*' behandeld. Het doorgronden van de *trust* binnen het raam van het voorliggende geschil liet de rechters in kwestie doorgaans slechts toe om een *prima facie* geschikte rechtsfiguur te identificeren waarmee de *trust* vervolgens kon worden geassimileerd. Slechts in een zeldzaam geval werd afzonderlijk aandacht geschonken aan de *trust* als zodanig en werd vervolgens overgegaan tot het bestuderen van de interactie tussen de trustfiguur en de andere aspecten van het geschil in kwestie.

616. In wat volgt, wordt de analyse van de wijze waarop Franse en Belgische rechtbanken (vóór de inwerkingtreding van het WIPR) in het verleden zijn omgegaan met de confrontatie met buitenlandse *trusts*, opgesplitst in drie delen, teneinde de overzichtelijkheid te bewaren. Eerst wordt op een meer algemeen niveau nagegaan of de Franse en Belgische rechtbanken de *trust* überhaupt 'erkenbaar' achtten en bereid waren om de *trust* daadwerkelijk rechtsgevolgen te laten ressorteren.

Vervolgens zal worden ingezoomd op de trustfiguur zelf en zal worden geanalyseerd op welke wijzen de Franse en Belgische rechters de *trust* hebben geassimileerd met aan hen bekende rechtsfiguren. In deze rechtspraak vallen twee strekkingen te onderscheiden. Ten eerste bestaat er een dominante strekking waar de assimilatie van de *trust* geschiedt vanuit de context van het voorliggende geschil en waarbij aan de *trust* als zodanig weinig aandacht wordt besteed. Ten tweede bestaat er

¹⁷⁸⁰ S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 49.

¹⁷⁸¹ Zoals het Franse *Cour de cassation* in het verleden reeds heeft gedaan, zie: Cass. Fr. 22 februari 1996, *Bull.civ.*, I, nr. 93; *Rev. Crit. DIP* 1996, 692 (met noot G.A.L. DROZ); *D.* 1996, 365; *Déf.* 1997, a. 36457 (met noot T. VIGNAL).

Zie *infra*, randnr. 669 e.v.

¹⁷⁸² T. VIGNAL (noot onder Cass. Fr.22 februari 1996), *Déf.* 1997, a. 36457, n° 9.

¹⁷⁸³ Dit is evenzeer het geval voor het Belgische recht ingevolge de tekst van artikel 943 BW, zie bv.: P. DELNOY, P. MOREAU, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil*, Brussel, Larcier, 2016, 66.

(zeldzamere) rechtspraak die het *sui-generis* karakter van *trusts* op een meer verregaande wijze tracht te eerbiedigen.

Tot slot wordt rechtspraak in kwestie gekaderd in zijn bredere context en zal de interactie tussen de *trust* en andere rechtstakken die relevant waren voor het geschil nader worden beschouwd. Deze rechtstakken zullen vaak een rol spelen voor de wijze waarop de *trust* kan of zal worden gekwalificeerd in de loop van het internationaal privaatrechtelijke procedé. Uit de onderstaande casusgevallen zal blijken dat er, althans in de Belgische en de Franse rechtspraak dienaangaande, drie belangrijke kwalificatiemogelijkheden naar voren kunnen worden geschoven. Het gaat daarbij om een contractuele kwalificatie, een goederenrechtelijke kwalificatie en een erfrechtelijke kwalificatie. De doelmatigheid van elke kwalificatiemogelijkheid zal daarbij kritisch worden geanalyseerd.

ii. **Kan de *trust* rechtsgevolgen ressorteren in Frankrijk en België?**

617. De vraag naar de 'erkenbaarheid' van buitenlandse *trusts* in België en Frankrijk valt *grosso modo* uiteen in drie onderdelen. Op elk van de drie geïdentificeerde niveau's kan de 'erkenning' van buitenlandse *trusts* worden geblokkeerd. In eerste instantie zal worden nagegaan of *trusts* als zodanig worden beschouwd als zijnde strijdig met de openbare orde. Indien dit het geval zou zijn, kan elk rechtsgevolg aan de trustverhouding worden ontzegd.

Vervolgens komt de vraag aan bod of het gebruik van buitenlandse *trusts* wordt beschouwd als een vorm van wetsontduiking ('*fraude à la loi*'). Wetsontduiking wordt in het IPR principieel gesanctioneerd door het ontweken rechtsstelsel. Het Belgische recht opteert in dit geval, zoals verschillende andere rechtsstelsels, voor de sanctie van niet-tegenwerpelijkheid.¹⁷⁸⁴ Deze sanctie leidt tot de toepassing van het rechtsstelsel dat normaliter van toepassing was geweest op de onderhavige kwestie.

Tot slot zal de vraag worden behandeld of de bevoegdheid van de *trustee* om als zodanig op te treden, kan worden erkend binnen de werkingssfeer van de Franse en Belgische rechtsorde. Immers, indien het web aan rechtsverhoudingen, zowel intern als extern, uit elkaar wordt getrokken, blijkt dat het de *trustee* is die de spil vormt in dit web aan rechtsverhoudingen. In beginsel hebben alle bij de *trust* betrokken actoren (*settlor, beneficiaries, protector*) een directe rechtsverhouding (gehad) met de *trustee*. Ook komt de *trustee*, als beheerder en als houder van de *legal title*, van de onder trustverband gebachte goederen, het meest in aanraking met derden binnen het kader van de *trust*. Uit de analyse van het Haagse Trustverdrag is gebleken dat de (minimale) 'erkenning' van de *trust* vooral bepalingen bevat die betrekking hebben op de rechtspositie van de *trustee*. Het voorgaande scheidt de verwachting dat in nagenoeg elke assimilatie van de *trust*

¹⁷⁸⁴ Zulks kan worden afgeleid uit de tekst van artikel 18 WIPR. Zie *infra*, randnr. 621.

met een rechtsverhouding die het forum bekend is, de *trustee* een rol zal spelen. Een voorafgaande vraag is dan of de bevoegdheden van de *trustee* om rechtshandelingen te stellen überhaupt kunnen worden erkend. Indien dit niet het geval zou zijn, wordt elke mogelijk navolgende assimilatie in feite zonder voorwerp.

(a) *Is de trust als zodanig strijdig met de openbare orde?*

618. Franse rechters zijn in het verleden, vermoedelijk meer dan andere continentaal-Europese rechters¹⁷⁸⁵, geconfronteerd met buitenlandse *trusts*. De eerste Franse rechtspraak in dit verband dateert zelfs van *medio* 19^e eeuw.¹⁷⁸⁶ Uit het geheel van de rechtspraak kan worden afgeleid dat de Franse rechters *trusts* zelden tot nooit hebben beschouwd als zijnde strijdig met de openbare orde, omwille van het loutere feit dat het ging om onbekende buitenlandse rechtsfiguren. Integendeel, het blijkt dat Franse rechters de rechtsgeldigheid van buitenlandse *trusts*, die reeds geldig in het leven waren geroepen, doorgaans hebben erkend.¹⁷⁸⁷ Aan het einde van de 20^e eeuw merkte een auteur dienaangaande op dat procespartijen zich al vaak de moeite niet meer troostten om de nietigheid van de *trust* in rechte als argument aan te voeren, daar de rechtsgeldigheid van buitenlandse *trusts* principieel aanvaard werd door Franse rechters.¹⁷⁸⁸

619. In specifieke gevallen is het evenwel denkbaar dat door de aanwending van bepaalde *trusts* toch inbreuken zouden kunnen worden gemaakt tegen materieelrechtelijke regels die van openbare orde zijn. Het hof te Parijs heeft reeds in een arrest van 18 februari 1909 te kennen gegeven dat dergelijke *trusts* in geen geval rechtsgevolgen zouden kunnen ressorteren in Frankrijk. Zo stelde het hof dat elk rechtsgevolg in Frankrijk zou worden ontzegd, indien de *trust* tot doel had "*en faisant échec, par des moyens détournés qui ne différaient pas de l'interposition de personne, à des prohibitions de la loi française ayant un caractère*

¹⁷⁸⁵ F. BOULANGER, *Droit international des successions. Nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Parijs, Economica, 2004, 115.

¹⁷⁸⁶ J.P. BÉRAUDO, "Trust", *Rép.intern.* 2012, nr. 38; J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 333; J. PERRIN, "Le trust à l'épreuve du droit successoral", Genève, Droz, 2006, 127; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Parijs, Litec, 2004, 117.

¹⁷⁸⁷ J. PERRIN, "Le trust à l'épreuve du droit successoral", Genève, Droz, 2006, 127; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Parijs, Litec, 2004, 120; M. TRAVERS, "De la validité, au point de vue du droit français, des trusts créés par des étrangers sur des biens soumis à la loi française ou par des Français sur des biens situés hors de France", *Rev. Crit. DIP* 1909, 522; R. PRIoux, "L'admissibilité en Belgique de l'administratiekantoor, de la fiducie et du trust portant sur des actions d'une société de droit belge", *JT* 1996, 454.

TRAVERS was evenwel van mening dat *trusts* met betrekking tot goederen gelegen in Frankrijk wel degelijk nietig waren, zie: *Ibid*, 527 – 531.

Zie evenwel: Trib. Civ. Seine 23 februari 1927, *Rev. Crit. DIP* 1927, 263.

¹⁷⁸⁸ Y. LEQUETTE, "De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust entre vifs" (noot onder Cass.Fr. 20 februari 1996), *Recueil Dalloz* 1996, nr. 4.

d'ordre public."¹⁷⁸⁹ Hieruit kan omgekeerd worden afgeleid dat het Franse hof *trusts* als zodanig niet als strijdig met de openbare orde beschouwt. De uitspraak van het hof vindt bovendien steun in een aantal andere Franse rechterlijke uitspraken.¹⁷⁹⁰ Slechts in zeldzame gevallen kwamen (lagere) rechters tot een ander oordeel.¹⁷⁹¹ Uit de aangehaalde passage van het arrest blijkt evenwel dat de nietigheidssanctie kan dienen als stok achter de deur in specifieke gevallen waar inderdaad een schending van een regel van openbare orde voorhanden is.

620. In België werd het Franse standpunt bevestigd door de rechtbank te Brussel in een vonnis van 27 november 1947.¹⁷⁹² De zaak betrof een vereffening-verdeling van de nalatenschap van een overleden Engelsman, die woonplaats had te Brussel. Dit laatste gegeven had tot gevolg dat het Belgische recht van toepassing was op de erfovergang in kwestie. Om deze reden voerde de eiser aan dat de *trust*, die bij wijze van testament van de erflater in het leven was geroepen, nietig was wegens strijdigheid met de Belgische openbare orde. Volgens de rechtbank was er evenwel, onder verwijzing naar eerdere Franse rechtspraak, geen reden voorhanden om te besluiten tot een schending van een regel van openbare orde.¹⁷⁹³ Interessant is bovendien dat, hoewel de rechtbank de rechtsgevolgen van de *testamentary trust* in kwestie grondig analyseerde, deze vervolgens vergeleek met de rechtsgevolgen van een *fiducie*. Dit gegeven speelde kennelijk een rol in de totstandkoming van het oordeel van de rechtbank inzake het vraagstuk omtrent de strijdigheid van de *trust* met de openbare orde: "*Attendu, qu'il faut conclure des considérations ci-dessus que le testament quérelle ne contient aucune substitution prohibée, cachée sous les apparences d'un trust, mais une série de dispositions qui s'apparentent à la fiducie, institution tombée pratiquement en désuétude en Belgique, mais qui n'offre rien de contraire, en principe, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public*". Bijzonder interessant aan deze zaak is tevens dat de trustverhouding door de rechtbank geldig werd bevonden, niettegenstaande het Belgische recht van toepassing was op de onderhavige zaak.¹⁷⁹⁴ Uit het weergegeven citaat blijkt evenwel dat de rechtbank een slag om de arm bewaarde, door te stellen dat de *trust* slechts in beginsel niet strijdig kon

¹⁷⁸⁹ Parijs 18 februari 1909, *Journal de Droit International* (verder: "Clunet") 1910, 1144. Voor een overzicht van de feiten van de zaak, zie: L.T. BATES, "Common Law Express Trusts in French Law", *Yale Law Journal* 1930, 43.

¹⁷⁹⁰ Zie bv : Parijs, 7 augustus 1883, *Clunet* 1884, 192; Trib. Nice, 3 mei 1905, *Clunet* 1911, 278.

¹⁷⁹¹ Zie bv: Trib. Rouen, 19 december 1927, *Revue de Droit International Privé* 1928, 511.

¹⁷⁹² Rb. Brussel 27 november 1947, *Rev.prat.not.b.* 1948, 158, *Pas.* 1948, III, 51.

¹⁷⁹³ Zo overwoog de rechtbank: "*Attendu cependant que le demandeur insiste et dit que la constitution d'un trust est en soi une violation de l'ordre public belge; Attendu que le tribunal ne trouve pas les éléments versés aux débats la justification de cette allegation et ne voit pas pour quel motif une succession testamentaire assortie d'une fiducie serait nulle aux yeux du droit belge.*"

¹⁷⁹⁴ R. ZONDERVAN, "Réflexions sur la division du patrimoine. A propos de la société d'une personne, du trust et la fondation", *Rev.Banque* 1967, 248 – 249.

Voor enkele kritische bedenkingen bij dit vonnis, zie: H. MOTULSKY, "De l'impossibilité juridique de constituer un 'trust' anglo-saxon sous l'empire de la loi française", *Rev. Crit. DIP* 1948, 451 – 468.

worden geacht met de openbare orde.¹⁷⁹⁵ Dit standpunt werd na de inwerkingtreding van het WIPR opnieuw bevestigd door de rechtbank te Brussel.¹⁷⁹⁶

(b) Kan het gebruik van een trust een vorm van 'wetsontduiking' zijn?

621. Een tweede potentiële struikelblok voor de civielrechtelijke erkenning van buitenlandse trusts vormt de internationaal privaatrechtelijke theorie inzake 'wetsontduiking' of '*fraude à la loi*'.¹⁷⁹⁷ In België wordt heden specifiek naar deze theorie gerefereerd in artikel 18 WIPR, dat stelt: "Voor de bepaling van het toepasselijk recht in een aangelegenheid waarin partijen niet vrij over hun rechten kunnen beschikken, wordt geen rekening gehouden met feiten en handelingen gesteld met het enkele doel te ontsnappen aan de toepassing van het door deze wet aangewezen recht."

TRAEST is o.i. terecht het standpunt toegedaan dat de theorie van wetsontduiking in het IPR met enige terughoudendheid dient te worden toegepast, daar het allerminst eenvoudig is om de grens te trekken tussen een toegestane handeling en een handeling die slechts werd gesteld met als oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van het normaal aangewezen recht.¹⁷⁹⁸ Uit de memorie van toelichting bij het WIPR blijkt niet als zodanig dat de wetgever de mening was toegedaan dat artikel 18 WIPR, dat de algemene theorie van wetsontduiking in het WIPR incorporeert, met terughoudendheid moet worden toegepast. Er wordt echter wel opgemerkt dat de rechtspraak zich in het verleden slechts in uitzonderlijke omstandigheden beriep op het leerstuk van wetsontduiking.¹⁷⁹⁹ Uit de in artikel 18 WIPR gebezigde bewoordingen valt overigens af te leiden dat het moet vaststaan dat de rechtsonderhorige zich tot een ander rechtstelsel heeft gewend met het enkele doel (i.e. met frauduleuze bedoelingen) om aan de toepassing van het normaliter van toepassing zijnde recht te ontsnappen.

¹⁷⁹⁵ Zie tevens: Rb. Antwerpen 4 maart 1971, *Rec.gén.enr.not.* 1971, 251.

Ook in Frankrijk kunnen rechterlijke uitspraken worden aangetroffen waar de rechter uitdrukkelijk weigerde om de *trust* gelijk te stellen met een verboden substitutie, zie: TGI Bayonne 28 april 1975, *Rev. Crit. DIP* 1976, 330 (met noot A. NECKER).

¹⁷⁹⁶ Rb. Brussel 22 april 2010, *Rec.gén.enr.not.* 2011, afl. 1, 22 (met noot E. DE WILDE D'ESTMAEL), *RGCF* 2011, 246 (met noot P. DE PAGE): "*Si l'institution du trust est inconnue en droit civil belge, elle n'en est pas moins pour autant reconnue depuis longtemps par la jurisprudence qui a admis la validité de trusts constitués à l'étranger, pour autant qu'ils ne portent pas atteinte aux règles d'ordre public belge [...]*".

¹⁷⁹⁷ Zie bv: R. PRIOUX, "L'admissibilité en Belgique de l'administratiekantoor, de la fiducie et du trust portant sur actions d'une société de droit belge", *JT* 1996, 454 - 455 ; L. WEYTS, "To trust or not to trust: het notariaat geconfronteerd met deze Angelsaksische rechtsfiguur, from the frontdoor to the backdoor", *T.Not.* 2017, 397.

¹⁷⁹⁸ M. TRAEST, "Artikel 18: wetsontduiking" in J. ERAUW, M. FALLON et al. (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd - Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 91.

¹⁷⁹⁹ MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 - 2004, nr. 3-27/1, 43, i.h.b. vn. 2.

622. In de Franse rechtspraak zijn evenwel enkele voorbeelden voorhanden waar de rechters in kwestie zich (soms op impliciete wijze) hebben beroepen op de theorie van wetsontduiking, teneinde het gebruik van een buitenlandse *trust* te sanctioneren. Uit de geanalyseerde rechtspraak kan met name worden afgeleid dat Franse rechters in het verleden een beroep hebben gedaan op de theorie van wetsontduiking in geschillen met een erfrechtelijke context.¹⁸⁰⁰

623. Bij wijze van voorbeeld kan worden verwezen naar de zaak *Caron*.¹⁸⁰¹ De zaak betrof een (genaturaliseerd) Amerikaans staatsburger die zijn gewone verblijfplaats had op de Britse Maagdeneilanden. De heer CARON was onder meer eigenaar van een onroerend goed gelegen aan de Franse Côte d'Azur. Bij wijze van diverse testamentaire beschikkingen wenste CARON zijn gehele vermogen te legateren aan zijn secretaresse en haar echtgenoot, alsook aan een goed doel. Nochtans was dit principieel onmogelijk, daar de heer CARON enkele reservataire erfgenamen had. Wetende dat het onroerend goed na zijn overlijden zou vererven volgens Frans recht¹⁸⁰² en dus in handen zou komen van zijn reservataire erfgenamen, bracht de heer CARON het onroerend goed in, in een speciaal daartoe opgerichte Amerikaanse vennootschap. Vervolgens werd ook een *trust* opgericht, waarin de aandelen van deze vennootschap werden ondergebracht. De *trustee* kreeg als taak om na het overlijden van CARON, de aandelen uit te keren aan de secretaresse en diens echtgenoot, met wie CARON de Amerikaanse vennootschap had opgericht. De roerende nalatenschap van de heer CARON zou immers principieel worden onderworpen aan het recht van diens laatste verblijfplaats, i.e. het recht van de Britse Maagdeneilanden, dat geen erfrechtelijke reserve kent.

Volgens het hof te Aix-en-Provence stond vast dat de betrokkenen het goed hadden ingebracht in een Amerikaanse vennootschap teneinde ervoor te zorgen dat de (roerende) effecten werden onderworpen aan Amerikaans recht, zodat zij onder trustverband konden worden gebracht.¹⁸⁰³ Het hof besloot, onder meer op grond van deze redenen, dat er inderdaad sprake was van wetsontduiking. Dit arrest werd later gecasseerd door het *Cour de cassation*, dat evenwel bepaalde overwegingen van de *appèlrechers* bevestigde. Het Franse *Cour de cassation* stelde in dit verband dat "*qu'il importe peu que la règle de conflit soit unitaire ou complexe pour qu'il y ait fraude à la loi ; qu'il suffit que cette règle de conflit soit volontairement utilisée, en modifiant un élément de rattachement, à la seule fin d'éviter l'application d'une loi compétente ;*"¹⁸⁰⁴ Verder overwoog het *Cour de cassation* dat de *appèlrechers* hun oordeel om het geval inderdaad te kwalificeren als wetsontduiking naar recht hadden verantwoord.

¹⁸⁰⁰ J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 253.

¹⁸⁰¹ Voor een schematisch overzicht van deze zaak, zie: J-C. GOLDSMITH, "Trusts in France", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 6, 11.

¹⁸⁰² Het Franse recht beheerste immers de erfovergang met betrekking tot onroerende goederen gelegen in Frankrijk, zie: Cass. Fr. 14 maart 1961, *Rev. Crit. DIP* 1961, 774 (met noot H. BATIFFOL).

¹⁸⁰³ Aix-en-Provence 9 maart 1982, *Rev. Crit. DIP* 1983, 282 (met noot G.A.L. DROZ).

¹⁸⁰⁴ Cass. Fr. 20 maart 1985, *Rev. Crit. DIP* 1986, 65 (met noot Y. LEQUETTE).

624. Hoewel in de zaak *Caron* wel degelijk werd besloten tot het voorhanden zijn van wetsontduiking, dient de uitspraak in deze zaak niet te worden veralgemeend, daar het verdict sterk samenhangt met de feiten die aan het geschil ten grondslag lagen. Uit de zaak kwam immers duidelijk de intentie van de erflater naar boven om zijn reservataire erfgenamen *de facto* te onterven door een beroep te doen op buitenlands recht, zonder dat gebruikte constructies enig ander doel leken te dienen. In veel feitelijke gevallen zal dit evenwel anders zijn, of zal de wetsontduiking moeilijker te bewijzen zijn. In de meeste gevallen stellen de Franse rechters zich daarom inschikkelijk op ten aanzien van *trusts*.¹⁸⁰⁵

(c) *Kan de bevoegdheid van de trustee om als zodanig op te treden worden erkend?*

625. Een laatste obstakel dat in eerste instantie uit weg dient te worden geruimd is het risico dat, behalve de mogelijk dat de trust als zodanig wordt beschouwd als zijnde strijdig met de openbare orde of wordt gezien als een vorm van wetsontduiking, de bevoegdheid van de *trustee* om als zodanig op te treden, niet wordt erkend. Aangezien de *trustee* de belangrijkste spilfiguur is binnen elke trustverhouding, en in veel trustverhoudingen van de *trustee* wordt verwacht dat deze zich op actieve wijze van zijn of haar taken zal kwijten, dienen de bevoegdheden van de *trustee* om zijn of haar taken onder de *trust* te volbrengen ook daadwerkelijk te worden erkend. Met andere woorden: het is één zaak om te erkennen dat het aanwenden van een trustverhouding niet per definitie strijdig is met de openbare orde of neerkomt op wetsontduiking. Indien aan de *trustee* echter niet de mogelijkheid wordt geboden om desgevallend op te treden in kwesties die de trust aangaan, blijft de 'erkenning' van buitenlandse *trusts* een lege doos.

Bovendien zal blijken uit wat volgt dat, teneinde de vaak gebruikte assimilatietechniek succesvol te kunnen aanwenden, de rechtspositie van de *trustee* vaak nader zal moeten worden bepaald. De nadere bepaling van deze rechtspositie hangt af van de rechtsfiguur waarmee de voorhanden zijnde *trust in concreto* mee wordt geassimileerd. Doch het zal in nagenoeg elk geval vereist zijn dat in hoofde van de *trustee* een algemene bevoegdheid om rechtshandelingen te stellen (met betrekking tot de trustgoederen), wordt erkend.

626. Uit de Franse rechtspraak komt alvast naar voren dat de bevoegdheid van de *trustee* om daadwerkelijk als *trustee* op te treden in Frankrijk kan worden erkend, zonder dat aan de trustakte een *exequatur* moet worden verleend.¹⁸⁰⁶ Hoewel het hof van beroep te Parijs in een arrest van 7 augustus 1883 de mogelijkheid leek open te laten dat deze vereiste toch zou kunnen worden opgelegd¹⁸⁰⁷, veegde hetzelfde hof elke onzekerheid hieromtrent van tafel in een

¹⁸⁰⁵ F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Parijs, Litec, 2004, 125.

¹⁸⁰⁶ J.P. BÉRAUDO, "Trust", *Rép.intern.* 2012, nr. 40; J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 334.

¹⁸⁰⁷ Parijs, 7 augustus 1883, *Clunet* 1884, 192.

later arrest van 29 november 1952¹⁸⁰⁸. Laatstgenoemde zaak betrof de vraag of een *trustee*, wiens hoedanigheid werd erkend in een eerdere uitspraak van het Engelse *High Court*, kon overgaan tot de verkoop van een onroerend goed gelegen in Frankrijk. Het hof te Parijs stelde dat de verkoop doorgang kon vinden, ook zonder dat een voorafgaande *exequatur* werd verleend aan de uitspraak van het *High Court*. Hieruit vloeit alvast voort dat, voor wat betreft de bevoegdheid voor *trustees* om hun bevoegdheden uit te oefenen met betrekking tot trustgoederen, er in Frankrijk in beginsel geen onderscheid wordt gemaakt tussen roerende en onroerende goederen.¹⁸⁰⁹

627. De bevoegdheid van de *trustee* om op te treden in zaken die de trustverhouding aanbelangen werd tevens erkend door het Franse *Cour de cassation* in twee onderscheiden zaken. In een eerste zaak casseerde het Franse Hof een arrest van het hof van beroep te Rouen. Het hof te Rouen had geoordeeld dat een *public trustee* gevestigd te New York geen vordering tot schadevergoeding kon instellen ingevolge een strafrechtelijk gesanctioneerde inbreuk.¹⁸¹⁰ Volgens het *Cour de cassation* diende de bevoegdheid van de New Yorkse *trustee* om op te treden, te worden erkend. In een tweede zaak erkende het *Cour de cassation* dat de beheersbevoegdheden van een *trustee*, die was aangeduid in een testament dat door een Amerikaanse rechtbank werd gehomologeerd, dienden te worden erkend in Frankrijk. Hiertoe was volgens het Hof geen voorafgaande *exequatur* vereist, zo lang als in Frankrijk geen gedwongen uitvoeringsmaatregelen dienden te worden genomen.¹⁸¹¹

In een arrest van 4 februari 2004 werd de bevoegdheid van een *trustee* om als procespartij op te treden in een geschil betreffende een verzekeringskwestie erkend.¹⁸¹² Volgens het hof te Aix-en-Provence had de *trustee* in kwestie de noodzakelijke bevoegdheid om in diens hoedanigheid van *trustee* de terugbetaling te verzoeken van honoraria van advocaten vanwege een verzekeringsmaatschappij. In eerste aanleg had de rechter nog geoordeeld dat de *trustee* noch de noodzakelijke hoedanigheid, noch een voldoende belang kon aantonen om in rechte om te treden, daar deze laatste volgens de rechter geen

¹⁸⁰⁸ Parijs, 29 november 1952, *Clunet* 1953, 140.

Zie in dit verband ook: TGI Parijs 23 november 1989, *Rev. Crit. DIP* 1990, 741 (met noot M. REVILLARD).

¹⁸⁰⁹ J.P. BÉRAUDO, "Trust", *Rép.intern.* 2012, nr. 40.

¹⁸¹⁰ Cass. Fr. 4 juni 1941, *Recueil de Jurisprudence Dalloz* 1942, 5.

¹⁸¹¹ Cass. Fr. 3 november 1983, *Rev. Crit. DIP* 1984, 336 (met noot M. REVILLARD).

¹⁸¹² Aix-en-Provence 4 februari 2004, *Pétits Affiches* 2004, afl. 204, 11 (met noot I. ZULIAN). Zie ook: Parijs 11 maart 2005, *Rev. Crit. DIP* 2005, 627 (met noot E. FOHRER), waar het hof te Parijs erkende dat de *trustees* bevoegd waren om op te treden voor de Franse rechtbanken, daar zij dienden te worden beschouwd als eigenaars van de onder trustverband gebrachte goederen en niet als vertegenwoordigers van de *beneficiaries*. Volgens het hof kon de tegenpartij zich dan ook niet beroepen op het adagium *nul en France ne plaide par procureur*. Nog over dit arrest: D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2014, II, 162 – 163.

Zie ook nog het arrest van het Franse *Cour de cassation* van 13 september 2011 in de zaak *Belvédère*, besproken in: S. VAN LOOCK, "A 'Belvédère' on international finance law", *European Property Law Journal* 2012, 166 – 175.

zakelijk recht had op de onderliggende trustgoederen. Verder is het bijzonder interessant dat het hof de *trust* weigerde gelijk te stellen met een Franse rechtsfiguur, zoals bijvoorbeeld een vereniging, een vennootschap of een stichting. Het hof refereerde daarentegen wel naar de bepalingen van het Haagse Trustverdrag, alhoewel Frankrijk dit verdrag niet heeft geratificeerd.

628. In de Belgische rechtspraak die de invoering van het WIPR predateert, is de kwestie bij ons weten als zodanig niet aan de orde gekomen. Niettegenstaande uit de hoger weergegeven Belgische rechtspraak kan worden afgeleid dat Belgische rechters in het algemeen eerder geneigd waren om het bestaan van een *trust* te eerbiedigen¹⁸¹³, kan echter wel een geval worden aangetroffen waar een Belgische rechtbank de civielrechtelijke realiteit in zijn geheel negeerde.

Het betrof een fiscaal geschil omtrent de toenmalige Belgische belasting op het kapitaal, ingevoerd door de wet van 17 oktober 1945, die onder meer tot doel had om oorlogswinsten af te romen. De vraag die voorlag was of de waarden die waren ingebracht in een Engelse trust door een vader ten voordele van zijn dochter, ook aan de Belgische belasting konden worden onderworpen. Het hof van beroep te Brussel stelde in een arrest van 7 januari 1960 onder meer dat "*qu'en effet, le « trust fund » y apparaît comme un fonds détenu et administré par la Westminster Bank Ltd au profit de l'appelante [...] en vertu d'une politique de gestion et d'investissement déterminé par ses statuts; que le contenu de ceux-ci, seul, est de nature à caractériser les droits transmis au « trustee » qui, en l'espèce, ne se révèle être que l'administrateur et non le propriétaire d'un patrimoine à lui remis par un tiers au profit, certain ou éventuel, de personnes que la convention indique*" (eigen onderlijning).¹⁸¹⁴

Hoewel het hof te Brussel dus erkende dat de *trustee* in kwestie wel degelijk een aantal beheersbevoegdheden had, ontkende het hof tegelijkertijd dat de *trustee* ook de daadwerkelijke eigenaar was van de onder trustverband gebrachte goederen. Zulks komt weliswaar niet neer op een algehele weigering om de bevoegdheden van de *trustee* te erkennen, maar vormt toch een wezenlijke aantasting van de juridische aard van de trustfiguur in kwestie. Meteen vormt het arrest een illustratie van het gegeven dat individuele rechterlijke uitspraken omtrent *trusts* erg contextgebonden kunnen zijn. Een al te ruime extrapolatie van eender welk in zulke uitspraken neergelegd principe is daarom zelden een goed idee.

In het Franse recht kan trouwens een gelijkaardig geval worden aangetroffen, waar de rechter tot een geheel andere conclusie kwam. In een uitspraak van 4 mei 2004 oordeelde het *Tribunal de Grande Instance* te Nanterre dat de *beneficiary* van een *trust* niet kon worden beschouwd als 'eigenaar' van de onder trustverband

¹⁸¹³ Zie in dit verband nog: Rb. Antwerpen 4 maart 1971, *Rec.gén.enr.not.* 1971, 251; Rb. Brussel 31 mei 1994, *RW* 1994 – 1995, 677 – 680.

¹⁸¹⁴ Brussel 7 januari 1960, *Rec.gén.enr.not.* 1960, 229.

gebrachte goederen, zodat deze laatste geen *impôt de solidarité sur la fortune* verschuldigd was.¹⁸¹⁵

iii. **Assimilatie van de trustfiguur met voor het forum bekende rechtsfiguren**

629. Hoger (*supra*, randnr. 614) werd gesteld dat de verregaande plasticiteit die zo kenmerkend is voor *trusts* ertoe kan leiden dat deze rechtsfiguren potentieel met een breed scala aan rechtsfiguren kunnen worden geassimileerd.¹⁸¹⁶ Dit fenomeen is tegelijkertijd een zegen en een vloek. Enerzijds laat het toe om bij de assimilatie van de trustfiguur met een rechtsfiguur die het forum bekend is, rekening te houden met de context van de zaak in kwestie en de oefening op doelgebonden wijze te volbrengen ('doelgebonden assimilatie'). Anderzijds staat daar tegenover dat de rechtszoekenden op deze manier worden overgelaten aan de kunde en de welwillendheid van de rechters om te zoeken naar de juiste kwalificatie. Bovendien komt deze werkwijze de rechtszekerheid allerminst ten goede en ontstaat, zoals hoger aangegeven, het risico dat zowel de trustfiguur in kwestie als de rechtsfiguur waarmee de trust wordt geassimileerd, wordt 'gedenatureerd'. Tot slot kan een verkeerdelijke assimilatie verhinderen dat het doel van de *trust* kan worden bereikt.

630. Een greep uit de voorhanden zijnde rechtspraak illustreert dit beeld. Zo is de *trust* in de rechtspraak reeds geassimileerd met een lastgevingsovereenkomst¹⁸¹⁷, met een fideïcommissaire substituïtie¹⁸¹⁸, met een

¹⁸¹⁵ TGI Nanterre 4 mei 2004, *Dr. et patrimoine* november 2004, 22.

Opgemerkt deze in dit verband wel dat de Franse fiscaliteit inzake *trusts* op dit punt werd gewijzigd in 2011, zie: J-L. BOUCHATAY, A. MOREAU, G. AUBINEAU, "The new French rules of taxation for trusts: wide (scope), heavy (tax) and severe (penalty)", *Trusts & Trustees* 2012, 116 – 122.

¹⁸¹⁶ Zulks werd in het verleden ook opgemerkt door het Zwitserse Tribunal fédéral in bekende zaak Harrison: "[...] Besteht im schweizerischen Recht keine Rechtseinrichtung, welcher das durch den Vertrag vom 12. April 1928 begründete Rechtsverhältnis in allen Teilen entsprechen würde, so ist zu prüfen, welchen schweizerischen Rechtseinrichtungen das streitige Rechtsverhältnis in seinen Wirkungen am ehesten gleicht." zie: Tribunal fédéral Suisse 29 januari 1970 (Harrison c. Crédit Suisse), *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral* 1970, II, 79.

¹⁸¹⁷ Trib. Civ. Seine 30 mei 1873, *Clunet* 1875, 17; Parijs 28 januari 1879, *Clunet* 1880, 472; Trib. Civ. Seine 10 december 1880, *Clunet* 1881, 435; Trib. Civ. Seine 26 december 1894, *Clunet* 1885, 587; Trib. Civ. Seine 10 december 1888, *Clunet* 1881, 435; Cass. Fr. 18 juni 1901, *Clunet* 1912, 243; Trib. Civ. Seine 28 juni 1901, *Clunet* 1901, 812; Parijs, 27 januari 1904, *Recueil de Jurisprudence Dalloz* 1905, 356; Toulouse 18 juli 1905, *Clunet* 1906, 541; Cass. Fr. 19 februari 1908, *Clunet* 1912, 243; Trib. Civ. Seine 19 december 1916, *Clunet* 1917, 1069; Trib. Civ. Alpes Maritimes 22 februari 1928, *Déf.*, 21783, *Clunet* 1929, 433; Parijs 18 april 1929, *Rev. Crit. DIP* 1935, 149; Cass. Fr. 4 juni 1941, *Recueil de Jurisprudence Dalloz* 1942, 5.

¹⁸¹⁸ Trib. Civ. Nice 3 mei 1905, *Clunet* 1911, 278; Trib. Civ. Seine 16 mei 1906, *Rev. Crit. DIP* 1907, 240.

*fideïcommis de residuo*¹⁸¹⁹, met een *fiducie*¹⁸²⁰, met de figuur van testamentuitvoering¹⁸²¹, met een onrechtstreekse schenking¹⁸²² en dergelijke meer. Tot slot bestaat er eveneens zeldzamere rechtspraak die de *trust* veeleer tracht te benaderen als een rechtsfiguur *sui generis*.¹⁸²³

In wat volgt zal op exemplatieve wijze een overzicht worden gegeven van een aantal assimilatietechnieken die reeds zijn toegepast in de Franse en Belgische rechtsorde.

(a) *Assimilatie van trust en lastgeving*

Gelijkenissen tussen trust en lastgeving

631. Hoger (*supra*, randnr. 143 e.v.) werd besproken dat, alhoewel er enkele gelijkenissen bestaan, de *trust* en *agency* naar Engels recht van elkaar dienen te worden onderscheiden. Nochtans wordt in de rechtsleer geopperd dat door middel van vertegenwoordigingsfiguren – in het bijzonder door middel van middellijke vertegenwoordiging – soms dezelfde of gelijkaardige resultaten kunnen worden bereikt.¹⁸²⁴ Het is ongetwijfeld omwille van deze gepercipieerde functionele verwantschap dat verschillende rechters hun toevlucht hebben genomen tot een assimilatie van de voorhanden zijnde *trust* met een lastgevingsovereenkomst, die, naast onmiddellijke vertegenwoordiging, tevens middellijke vertegenwoordiging kan omvatten.¹⁸²⁵

De gelijkenissen tussen *trusts* en beide vormen van vertegenwoordiging dienen niet ver te worden gezocht. In beide gevallen is er sprake van – op een algemeen niveau

¹⁸¹⁹ Rb. Antwerpen 4 maart 1971, *Rec.gén.enr.not.* 1971, 251.

¹⁸²⁰ Trib. Civ. Nice 3 mei 1905, *Clunet* 1911; Rb. Brussel 27 november 1947, *Rev.prat.not.b.* 1948, 158, *Pas.* 1948, III, 51.

¹⁸²¹ Trib. Civ. Seine 6 augustus 1888, *Clunet*, 1889, 635; Trib. Civ. Seine 5 maart 1897, *Clunet* 1911, 595; Parijs 29 november 1952, *Clunet* 1953, 140; Trib. Civ. Seine 22 maart 1967, *Rev. Crit. DIP* 1968, 503; TGI Bayonne 28 april 1975, *Rev. Crit. DIP* 1976, 330 (met noot A. NECKER); Cass. Fr. 3 november 1983, *Rev. Crit. DIP* 1984, 336.

Zie in de Belgische rechtspraak: Rb. Antwerpen 4 maart 1971, *Rec.gén.enr.not.* 1971, 251.

¹⁸²² Cass. Fr. 22 februari 1996, *Bull.civ.*, I, nr. 93; *Rev. Crit. DIP* 1996, 692 (met noot G.A.L. DROZ); *D.* 1996, 365; *Déf.* 1997, a. 36457 (met noot T. VIGNAL). Onrechtstreeks: Cass. Fr. 15 mei 2007, *Recueil Dalloz* 2007, 1941 (met noot X. DELPECH).

¹⁸²³ Parijs 10 januari 1970 (*Courtois c. De Ganay*), *Rev. Crit. DIP* 1971, 518 (met noot G.A.L. DROZ).

¹⁸²⁴ I. SAMOY, *Middellijke Vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 503; M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 764 – 790; L.T. BATES, "Common law express trusts in French Law", *Yale Law Journal* 1930, 88: "In order to understand the attitude of French law toward Common Law trusts it is necessary to describe the law which governs the contract of *prête-nom*. This is the nearest thing to a trust in modern French law." Noteer evenwel dat deze bijdrage de invoering van de *fiducie* in het Franse recht met enkele decennia predat. Genuanceerder, zie: X., "Common Law Trusts in Civil Law Courts", *Harvard Law Review* 1954, 1031.

¹⁸²⁵ V. SAGAERT, B. TILLEMAN, A-L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 462 – 463.

bekeken – een persoon die optreedt voor rekening van een ander. In het geval van lastgeving is het 'optreden voor rekening van een ander' eerder direct geconcipeerd. In het geval van onmiddellijke vertegenwoordiging worden de door de lasthebber aangegane verbintenissen immers principieel toegerekend aan de lastgever. Bij middellijke vertegenwoordiging is er volgens het heersende standpunt in de rechtsleer dan wel geen rechtstreekse verbintenisrechtelijke toerekening aan de lastgever, op goederenrechtelijk vlak is deze rechtstreekse toerekening wel aanwezig.¹⁸²⁶ In het geval van de *trust* is het 'optreden voor rekening van' evenwel slechts op zeer indirecte wijze aanwezig. De verbintenissen van de *trustee* worden binnen *common law*-rechtsstelsels noch verbintenisrechtelijk, noch goederenrechtelijk toegerekend aan de *beneficiary*. Hoogstens worden de (economische) gevolgen van de handelingen die de *trustee* stelt met betrekking tot de trustgoederen 'gekanaliseerd' richting de *beneficiaries* door middel van hun *equitable interest* en *beneficial interest*. De *trustee* dient wel steeds op te treden in het belang van de *beneficiaries*. Ook een lasthebber dient zich als een goed huisvader van zijn taken te kwijten.¹⁸²⁷

O.i. is het niet nodig om hier een semantische discussie te openen over de exacte wijze waarop de uitdrukking 'voor rekening van' dient te worden begrepen, doch het moge duidelijk zijn dat de (weliswaar belangrijke) gelijkenis tussen de *trust* en de onderscheiden vertegenwoordigingsvormen, tevens een (niet minder belangrijk) nuanceverschil in zicht draagt.

Verschillen tussen trust en lastgeving

632. Het vorige randnummer hintte reeds op een eerste verschil tussen de *trust* en de lastgevingsovereenkomst. Gelet op de hoger (*supra*, randnr. 144) weergegeven bespreking inzake de verschillen tussen *trust* en *agency*, hoeft hier niet uitgebreid te worden stilgestaan bij de talrijke verschillen tussen beide rechtsverhoudingen. Ter herhaling kan worden gesteld dat, in tegenstelling tot een vertegenwoordigingverhouding, de *common law trust* op zichzelf geen contractuele of zuiver verbintenisrechtelijke rechtsverhouding is¹⁸²⁸, zodat de *trustee* niet te

¹⁸²⁶ Antwerpen, 20 augustus 1990, *TRV* 1990, 535 (met noot E. HUYGE); R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 809 – 810; R. JANSEN, "Zakenrechtelijke bekrachtiging van onregelmatige middellijke vertegenwoordiging" (noot onder Cass. 24 oktober 2008), *RW* 2009 – 2010, 69; H. DE PAGE, R. DEKKERS, *Traité*, V, Brussel, Bruylant, 1975, 370 – 371; M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 766; W. VAN GERVEN, *Deel I 'Algemeen Deel'* in *Beginnelsen van het Belgisch Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1987, 489 – 490; M.E. STORME, *Handboek Vermogensrecht*, Gent-Mariakerke 2010, 42 – 43, beschikbaar op: <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/vermogensrecht2010I.pdf>

¹⁸²⁷ V. SAGAERT, B. TILLEMANS, A-L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 469.

¹⁸²⁸ Zie ook: A.J. HAWKINS, "The Trust Like Device in English Law" in W.A. WILSON (ed.), *Trusts and Trust-Like Devices*, Londen, British Institute of International and Comparative

beschouwen is als de vertegenwoordiger van de *settlor* of de *beneficiaries*. De *trustee* geldt daarentegen als 'eigenaar' van de onder trustverband gebrachte goederen, terwijl vertegenwoordigingsfiguren op zichzelf in beginsel slechts een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding scheppen tussen lastgever en lasthebber.¹⁸²⁹

Hier kan, in het bijzonder met betrekking tot de Franse en de Belgische vertegenwoordigingsfiguren, nog worden geduid op enkele bijkomende verschillen met de *trust*, die evenwel mede voortvloeien uit het contractuele karakter van de vertegenwoordiging. Een vertegenwoordigingsverhouding eindigt in beginsel met de dood, onbekwaamverklaring of het kennelijk onvermogen van één van de partijen.¹⁸³⁰ Een *trust* kan evenwel de dood, onbekwaamverklaring en de insolventie van een *trustee* overleven. Bovendien geldt inzake vertegenwoordiging de stelregel dat de vertegenwoordigingsverhouding steeds eenzijdig opzegbaar is.¹⁸³¹ Een *trust* is daarentegen in beginsel *irrevocable* van aard, tenzij de *settlor* anders heeft bepaald bij de creatie van de trustverhouding.¹⁸³²

Voorbeelden van assimilatie tussen trust en lastgeving

633. Eén van de eerste gevallen die aanleiding gaf tot een assimilatie tussen een *trust* en een lastgevingsovereenkomst betrof een situatie waarin een echtgenoot een voorziening had getroffen voor zijn echtgenote, van wie hij feitelijk gescheiden leefde.¹⁸³³ Hiertoe had de echtgenoot via een '*deed of separate maintenance*' een *trust* opgericht. Er werd gestipuleerd dat de echtgenoot elk jaar een som zou overmaken aan een *trustee*, die het geld vervolgens zou doorstorten aan de echtgenote. De schuldeisers van de echtgenote wensten beslag te leggen op de schuldvordering van de echtgenote. De vraag was echter in wiens handen het beslag diende te worden gelegd. Diende de echtgenoot te worden beschouwd als de schuldenaar van zijn vrouw, of was de schuldenaar de *trustee*?

Hoger (*supra*, randnr. 589) werd in het raam van de bespreking van het Haagse Trustverdrag opgemerkt dat het *equitable interest* van *beneficiaries* van een *trust* in de meeste gevallen wel degelijk kan dienen als executieobject voor diens

Law, 1981, 11: "In nearly all cases trusts are set up as a voluntary act of the settlor. They are not contractual in origin at all".

¹⁸²⁹ J.P. BÉRAUDO, "Trust", *Rép.intern.* 2012, nr. 11.

¹⁸³⁰ I. SAMOY, *Middellijke Vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 93.

¹⁸³¹ Zie art. 2004 jo. 2003 BW en artikel 2004 jo. 2003 CC.

Voor Frankrijk: F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Parijs, Litec, 2004, 129.

Voor België: I. SAMOY, *Middellijke Vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 95, vn. 239 en de verwijzingen aldaar.

¹⁸³² J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 342 – 343.

¹⁸³³ Trib. Civ. Seine 26 december 1894, *Clunet* 1885, 587.

schuldeisers. Tevens gesteld dat de schuldeisers ook derdenbeslag zouden kunnen trachten te leggen in de handen van de *trustee*. Binnen het kader van het Haagse Trustverdrag is dit logisch: de *beneficiary* staat enkel in een rechtstreekse rechtsverhouding met de *trustee* en niet met de *settlor*, die principieel in die hoedanigheid wegvalt na de trustcreatie.

Het *Tribunal civil de la Seine* overwoog echter: "*Attendu qu'en réalité le curateur [bedoeld wordt: de trustee] n'est qu'un mandataire chargé de recevoir de l'un des des époux pour le remettre à l'autre les sommes provenant de la pension ; que la dame Terry est donc bien la créancière personnelle de son mari*". Meteen valt op hoe de assimilatietechniek leidt tot een vervorming van de juridische verhoudingen die een *trust* normaliter kenmerken. Door de *trustee* te beschouwen als een louter doorgeefluik, kon de Franse rechter tot het besluit komen dat er een rechtstreekse rechtsverhouding bestond tussen de *settlor* en de *beneficiary* van de *trust* in kwestie. Nochtans strookt dit niet met de juridische realiteit die een *trust* kenmerkt. Indien het beslag kon worden gelegd in de handen van de betrokken *trustee* zou vermoedelijk een beter evenwicht zijn bereikt tussen het eerbiedigen van het wezen van de trustverhouding en de bescherming van de schuldeisers van de echtgenote.

634. Een tweede voorbeeld, dat vaker dan het eerste wordt aangehaald in de rechtsleer¹⁸³⁴, is de zaak *Kerr*.¹⁸³⁵ *In casu* had een Engelse vennootschap een aantal obligaties uitgegeven, die bovendien werden gedekt door een hypotheek op een onroerend goed in Frankrijk. De obligaties, die bestemd waren voor de Franse markt, werden ondergebracht in een Engelse *trust*. De achterliggende bedoeling was dat de *trustees* zouden optreden in het gemeenschappelijk belang van de obligatiehouders, die golden als *beneficiaries* van de *trust*. De taak van de *trustees* bestond er onder meer in om de activa van de vennootschap uit te winnen in het geval van samenloop. De Engelse vennootschap werd vervolgens failliet verklaard in Frankrijk. Eén van de individuele obligatiehouders/*beneficiaries* wenste vervolgens in eigen naam op te treden tegen de Engelse vennootschap (op dat ogenblik vertegenwoordigd door de Franse curator), teneinde de daadwerkelijke uitwinning van de activa van de vennootschap te bekomen. Nochtans bepaalde de trustakte dat slechts de *trustees* konden optreden in dergelijke gevallen. Het hof te Toulouse, daarin gevolgd door het *Cour de cassation*, assimileerde de *trustees* met lasthebbers en oordeelde dat aan de 'lastgevingsovereenkomst' *de facto* een privatieve werking toekwam. De individuele Franse obligatiehouder/*beneficiary* verkeerde dan ook niet meer in de mogelijkheid om in eigen naam in rechte op te treden. De lastgeving werd, bij wijze van uitzondering op de algemene regel, beschouwd als onherroepelijk, daar de obligatiehouders/*beneficiaries* zouden hebben verzaakt aan hun herroepingsrecht, daar de lastgeving werd beschouwd

¹⁸³⁴ J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 339 – 341; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Parijs, Litec, 2004, 129 – 131; A. GOBIN, L. MAERTEN, "Nouvelles perspectives du trust en France", *JCP N* 1985, afl. 49, nr. 37 – 38; L.T. BATES, "Common Law Express Trusts in French Law", *Yale Law Journal* 1930, 47.

¹⁸³⁵ Toulouse 18 juli 1905, *Clunet* 1906, 541; Cass. Fr. 19 februari 1908, *Clunet* 1912, 243.

als zijnde een lastgeving van gemeenschappelijk belang.¹⁸³⁶ Interessant is evenwel dat de Franse rechters hun beslissing kennelijk in de eerste plaats fundeerden op de voorhanden zijnde Franse authentieke akte inzake de hypotheek, eerder dan op de trustakte als zodanig.

635. Een derde, belangrijk, voorbeeld is het geval *Betts-Brown*, dat in de vroege twintigste eeuw aanleiding gaf tot een reeks rechterlijke uitspraken.¹⁸³⁷ Interessant is dat, in de bredere context van dit geschil te noteren valt dat de twee vonnissen van het *tribunal civil de la Seine* waartoe het geval aanleiding gaf, elkaar flagrant tegenspreken.¹⁸³⁸ Het geschil betrof een *trust* die werd opgericht door een aanstaande echtgenote, die haar schoonvader oorspronkelijk aanduidde als *trustee*. Het betrof hier een *marital trust*, die de echtgenote toeliet om haar persoonlijke goederen af te zonderen van het huwelijksvermogensstelsel waartoe zij zou toetreden, daar zij wou vermijden dat haar persoonlijke fortuin op de naam van haar echtgenoot zou komen te staan (*cf. supra*, randnr. 103). Gelijkaardige mechanismen waren in Frankrijk niet onbekend. Zo kon worden geopteerd voor een stelsel van scheiding van goederen, of voor een *régime dotal*, waarbij de echtgenoot slechts het beheer van de goederen van de echtgenote verkreeg, maar geen eigendomsaanspraak kon laten gelden.¹⁸³⁹ Het laatstgenoemde stelsel werd echter door de Franse wetgever afgeschaft in 1965. Het cruciale verschil tussen de *trust* en de genoemde Franse oplossingen bestaat er echter in dat het Franse recht een oplossing bood via het huwelijksvermogensrecht, daar waar het Engelse recht een oplossing bood via de *trust*. Dergelijke *trusts* waren in Franse rechtspraak reeds bekend in de 19^e eeuw, en de rechtsgeldigheid ervan werd erkend, daar de echtgenoten via de *trust* geacht werden te hebben voorzien in een gelijkaardig huwelijksvermogensstelsel.¹⁸⁴⁰

In de zaak *Betts-Brown* stelde zich echter het probleem dat, ingevolge een uitspraak van het Engelse *High Court*, de oorspronkelijke *trustee* werd vervangen. De oorspronkelijke *trustee* diende tevens een bedrag ter waarde van 4 miljoen Franse frank te betalen. Teneinde de betaling van het bedrag te verzekeren werd door de oorspronkelijke *trustee* een hypotheek aangegaan op een onroerend goed gelegen te Parijs. Toen dit goed uiteindelijk werd verkocht en de koopsom diende te worden uitgekeerd, zagen enkele onbetaalde schuldeisers van de echtgenote hun kans, en lieten zij derdenbeslag leggen in de handen van de koper. De nieuwe *trustees* stelden vervolgens een vordering in teneinde handlichting te verkrijgen. In een reeks tegenstrijdige vonnissen oordeelde het *tribunal civil de la Seine* eerst dat de handlichting verleend moest worden, en de schuldeiser slechts beslag kon

¹⁸³⁶ Zie in dit verband: I. SAMOY, *Middellijke Vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 98 – 99; P. WÉRY, *Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 284 – 285.

Voor België, zie in het bijzonder: Cass 28 juni 1993, *RW* 1993 – 1994, 1425 (met noot A. VAN OEVELEN).

¹⁸³⁷ Parijs 18 april 1929, *Rev. Crit. DIP* 1935, 149; Trib. Civ. Seine 22 december 1926, *Rev. Crit. DIP* 1927, 70; Trib. Civ. Seine 23 februari 1927, *Rev. Crit. DIP* 1927, 263.

¹⁸³⁸ J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 348.

¹⁸³⁹ X., "Common Law Trusts in Civil Law Courts", *Harvard Law Review* 1954, 1041.

¹⁸⁴⁰ Trib. Civ. Seine, 8 augustus 1888, *Clunet* 1889, 635.

leggen op de gelden die werden uitgekeerd aan de *beneficiary*.¹⁸⁴¹ In een tweede vonnis, dat enkele maanden later werd gewezen, oordeelde een andere kamer van dezelfde rechtbank echter dat 'de door het huwelijksvermogensstelsel in kwestie gecreëerde onbeslagbaarheid' strijdig was met de openbare orde.¹⁸⁴²

Het eerste vonnis werd nadien hervormd door het hof te Parijs.¹⁸⁴³ Het hof benadrukte in zijn arrest eerst dat de vrije circulatie van goederen diende te worden gevrijwaard, en dat dit beginsel van openbare orde was. Vervolgens stelde het hof dat de *trustees* in kwestie niet de eigenaars waren van de onder trustverband gebrachte goederen, maar dat integendeel de *beneficiary* de eigenaar was. Zo stelde het hof: "*Qu'il importe peu, dès lors, que les trustees jouissent en vertu de leur droits propres de la faculté de placer le capital en tels biens qui leur conviennent et de modifier à leur gré les emplois qui ont été faits; - Que ces pouvoirs sont ceux d'un mandataire ou d'un administrateur, mais que n'ayant pas le droit de disposer des biens ou les aliéner ils ne sauraient être regardés comme en ayant acquis la propriété.*"¹⁸⁴⁴ In zijn verdere analyse hechtte het hof overigens veel belang aan het feit dat Franse huwelijksvermogensstelsels onderworpen waren aan publiciteit, daar huwelijkscontracten dienden te worden bekendgemaakt. Derden, zoals de schuldeisers in kwestie, waren dan ook op de hoogte van de beperkingen die dergelijke stelsels met zich mee konden brengen. Het hof maakte vervolgens de eerdere assimilatie van de *marital trust* met de Franse huwelijksvermogensstelsels ongedaan, door te wijzen op het feit dat *trusts* niet aan dezelfde publiciteit waren onderworpen. Door het occulte karakter van de *trust*, kon deze dus niet worden tegengeworpen aan schuldeisers die van het bestaan daarvan niets afwisten.¹⁸⁴⁵

636. Niettegenstaande de hoger aangehaalde verschillen tussen de *trust* en de lastgevingsovereenkomst, blijkt uit de besproken gevallen wel, dat door middel van een assimilatie van beide rechtsverhoudingen, hetzelfde of minstens een gelijkaardig doel kan worden bereikt. Het eerste geval toont aan dat er toch juridische verschillen kunnen opduiken. Ook kan niet steeds in elk geval een beroep worden gedaan op deze assimilatietechniek zonder dat dit tot juridische verstoringen leidt. In het geval van een *trust* die werd opgericht bij wijze van testament van de erflater is het moeilijker om de trustverhouding te herkwalficeren naar een vorm van lastgeving, daar deze overeenkomst een einde neemt bij de dood van één der partijen. Toch zijn er gevallen bekend in de Franse rechtspraak waar deze regel terzijde werd geschoven en de *trustees* in kwestie toch werden beschouwd als een lasthebber van de overledene.¹⁸⁴⁶

¹⁸⁴¹ Trib. Civ. Seine 22 december 1926, *Rev. Crit. DIP* 1927, 70.

¹⁸⁴² Trib. Civ. Seine 23 februari 1927, *Rev. Crit. DIP* 1927, 263.

¹⁸⁴³ Parijs 18 april 1929, *Rev. Crit. DIP* 1935, 149.

¹⁸⁴⁴ *Ibid.*

¹⁸⁴⁵ Zo stelde het hof: "*Que si la législation anglaise ne soumet les contrats de trust à aucune publicité, leur caractère secret conduit encore davantage à ne pas permettre que soient opposées à des tiers qui les ignorent nécessairement, des dispositions susceptibles de les priver de tous recours utile contre leur débiteur.*", zie: *Ibid.*

¹⁸⁴⁶ Trib. Civ. Seine 19 december 1916, *Clunet* 1917, 1069.

Het 'mandat à effet posthume': nieuwe mogelijkheid tot assimilatie?

637. Hoewel ons geen geval bekend is in de rechtspraak waar een dergelijke assimilatie uitdrukkelijk heeft plaatsgevonden, kan nog worden gewezen op het feit dat de Franse wetgeving, sedert de belangrijke hervorming van het erf- en schenkingsrecht in 2006, een uitdrukkelijke wettelijke regeling kent voor het *mandat à effet posthume*.¹⁸⁴⁷ Door middel van een *mandat à effet posthume* kan de overledene nog gedurende zijn leven een lasthebber aanduiden, die het geheel of een gedeelte van diens vermogen zal beheren dat is overgegaan naar de erfgenamen, bijvoorbeeld in het geval waar deze erfgenamen dit niet zelf kunnen wegens hun jonge leeftijd of een handicap.¹⁸⁴⁸ Zodoende wordt ieder persoon in de gelegenheid gesteld om : "*donner à une ou plusieurs autres personnes, physiques ou morales, mandat d'administrer ou de gérer, sous réserve des pouvoirs confiés à l'exécuteur testamentaire, tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés.*"¹⁸⁴⁹

De mogelijkheid om zich te beroepen op het *mandat à effet posthume* wordt door de Franse wetgever evenwel onderhevig gemaakt aan het voorhanden zijn van "*un intérêt sérieux et légitime au regard soit du patrimoine transmis, soit de la personne de l'héritier*".¹⁸⁵⁰ Indien deze voorwaarde niet vervuld is, wordt het *mandat à effet posthume* getroffen door een nietigheidssanctie.¹⁸⁵¹

Daar het *mandat à effet posthume* toelaat om te voorzien in een veiligheidsgrendel met betrekking tot de erfgoederen en een doelmatig beheer van deze goederen kan faciliteren¹⁸⁵², is de aanknopng met een trustfiguur niet ver te zoeken. De vergelijking met een *trust* moet evenwel ook niet worden overdreven, daar beide rechtsfiguren ook belangrijke juridische verschilpunten vertonen. Niet enkel werd door de Franse wetgever voorzien in een doelmatigheidsvoorwaarde, ook blijkt de

¹⁸⁴⁷ Artt. 812 – 812-7 CC.

¹⁸⁴⁸ S. HUYGHE, "Rapport fait au nom de la Commission des Lois Constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration Générale de la République sur le projet de loi, modifié par le Sénat, portant réforme des successions et des libéralités", Assemblée Nationale, 12 juni 2006, 13.

¹⁸⁴⁹ Art. 812 CC.

¹⁸⁵⁰ Art. 812-1-1 CC; S. HUYGHE, "Rapport fait au nom de la Commission des Lois Constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration Générale de la République sur le projet de loi, modifié par le Sénat, portant réforme des successions et des libéralités", Assemblée Nationale, 12 juni 2006, 13.

Zie ook: Cass. Fr. 10 juni 2015, *RTD Civ.* 2015, 670 (met noot M. GRIMALDI).

¹⁸⁵¹ M. GRIMALDI, "Le mandat à effet posthume reprend des couleurs" (noot onder Cass. Fr. 10 juni 2015), *RTD Civ.* 2015, 670.

¹⁸⁵² S. ARNAUD, S. GINON, F. PETIT, "L'étendue des pouvoirs du mandataire à effet posthume (Perspectives et prospectives pratiques après l'arrêt du 12 mai 2010)", *Pétits Affiches* 2012, afl. 182 – 183, 55.

duurtijd van het mandaat van de lasthebber sterker te zijn beperkt in de tijd.¹⁸⁵³ Bovendien blijven de erfgenamen ook de eigenaars van de goederen waarop het *mandat à effet posthume* betrekking heeft. De rechtsverhouding wordt dan ook beëindigd indien zij de desbetreffende goederen vervreemden.¹⁸⁵⁴ De effectiviteit van de rechtsverhouding wordt zodoende onderhevig gemaakt aan de voortdurende welwillendheid van de eigenlijke eigenaars. Uit dit verschil met de *trust* vloeit evenwel een punt van gelijkenis voort: hoewel de *beneficiaries stricto sensu* niet gelden als 'owner' van de onder trustverband gebrachte goederen, kunnen zij onder bepaalde voorwaarden wel gebruik maken van de regel uit *Saunders v. Vautier*, zo het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht deze regel erkent, en zo de *trust* beëindigen.

(b) *Assimilatie van trust met testamentuitvoering*

Gelijkenissen tussen trust en testamentuitvoering

638. Hoger (*supra*, randnr. 152 e.v.) werd erop gewezen dat de rechtspositie van een *trustee* op een aantal vlakken verschilt van deze van de (*testamentary*) *executor*. Nochtans valt de rechtspositie van de *executor* naar Engels recht niet zomaar te vergelijken met deze van de testamentuitvoerder in de Franse en de Belgische rechtsorde, daar deze eerste zelf de gehele nalatenschap dient te vereffenen en te verdelen.¹⁸⁵⁵ In bijvoorbeeld het Belgische recht blijft vereffening en verdeling van de nalatenschap een verantwoordelijkheid van de erfgenamen zelf.¹⁸⁵⁶ In de Belgische rechtsorde wordt de rechtsfiguur van de testamentuitvoerder traditioneel eerder stiefmoederlijk behandeld. Eén van de oorzaken is vermoedelijk gelegen in het feit dat de toepasselijke wetgeving sinds lange tijd als onaangepast wordt ervaren.¹⁸⁵⁷

In de Franse en Belgische rechtsorde heeft de testamentuitvoerder alleszins met de *trustee* gemeen dat het in beide gevallen gaat om een persoon die wordt belast met een vertrouwensmissie vanwege de erflater en/of *settlor*.¹⁸⁵⁸ Evenwel zal de

¹⁸⁵³ Uit art. 812-1-1 CC blijkt dat het *mandat à effet posthume* in beginsel een duurtijd heeft van 2 jaar, maar deze duurtijd door de rechter kan worden verlengd. In elk geval komt een einde aan het *mandat à effet posthume* na het verstrijken van vijf jaar.

¹⁸⁵⁴ Art. 812-4, 5° CC; Cass. Fr. 12 mei 2010, *RTD Civ.* 2010, 527.

¹⁸⁵⁵ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 888.

¹⁸⁵⁶ *Ibid*, 887; F. BUYSSENS, "De testamentuitvoerder" in W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, *Patrimonium 2008*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 311.

¹⁸⁵⁷ E. ADRIAENS, "De testamentuitvoerder en zijn onmiddellijke inzetbaarheid in de huidige testamentaire praktijk" in A-L VERBEKE, F. BUYSSENS, *Notariële Actualiteit 2014 - 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 55; R. DE VALKENEER, "De testamentuitvoerder en het Haags Verdrag over het beheer van de roerende nalatenschappen" in *Waarheen met het erfrecht, Verslagboek Notariële Dagen Brugge*, Brugge, Kamer der Notarissen Brugge, 1980, 100.

¹⁸⁵⁸ F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Parijs, Litec, 2004, 131 - 32; M. GRIMALDI, *Liberalités. Partages d'ascendants*, Parijs, Litec, 2000, nr. 1479; E. ADRIAENS, A-L. VERBEKE, "De testamentuitvoerder in 30 vragen en clausules" in A-L. VERBEKE, C.

testamentuitvoerder het testament niet zelf uitvoeren, daar deze laatste veeleer een controlerende dan een uitvoerende functie heeft.¹⁸⁵⁹ Daar de testamentuitvoerder kan worden beschouwd als zijnde een verlengstuk van de erflater, dat als functie heeft om zekerheid te bieden dat de wensen van de erflater ook na diens overlijden zullen worden geëerbiedigd, is de analogie met de *trustee* van een *testamentary trust* niet ver te zoeken. Het is niet ondenkbaar dat in situaties waar erflaters uit een *common law*-jurisdictie hun toevlucht zouden zoeken tot *testamentary trusts*, bepaalde erflaters uit niet-trustlanden zouden opteren voor het aanduiden van een testamentuitvoerder. Een mogelijke reden voor het aanduiden van een testamentuitvoerder kan erin bestaan dat de erflater vreest dat diens erfgenamen de laatste wilsbeschikkingen niet zullen uitvoeren, eventueel als gevolg van minderjarigheid, onwetendheid, kwade wil en dergelijke meer.¹⁸⁶⁰

Verschillen tussen trust en testamentuitvoering

639. Niettegenstaande het gegeven dat beide rechtsfiguren oppervlakkige gelijkenissen vertonen, bestaan er toch ook fundamentele verschillen tussen de *trust* en de testamentuitvoering. Ten eerste kan worden opgemerkt dat, in tegenstelling tot de *trustee*, de testamentuitvoerder géén eigenaar is van de erfgoederen die onder zijn of haar beheer of supervisie worden geplaatst.¹⁸⁶¹ Bovendien zijn de bevoegdheden van de testamentuitvoerder, *a fortiori* in het Belgische en het oude Franse recht, veel beperkter dan de bevoegdheden van een *trustee*. Zo staat het de testamentuitvoerder bijvoorbeeld niet vrij om de goederen te verkopen, dan tenzij om de noodzakelijke gelden te verkrijgen om de legaten uit te keren.¹⁸⁶² De bevoegdheden van de testamentuitvoerder zijn beperkt in het licht van het doel van de testamentuitvoering. Aangezien de doeleinden die met deze

DECLERCK, J. DU MONGH (eds.), *Themis 96 – Familiaal Vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2016, 23.

Zie ook: Trib. Civ. Nice 3 mei 1905, *Clunet* 1911, 278, waar de rechtbank het heeft over “*une mission de confiance*”.

¹⁸⁵⁹ E. ADRIAENS, “De testamentuitvoerder en zijn onmiddellijke inzetbaarheid in de huidige testamentaire praktijk” in A-L VERBEKE, F. BUYSENS, *Notariële Actualiteit 2014 – 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 56 – 57; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 891.

¹⁸⁶⁰ E. ADRIAENS, “De testamentuitvoerder en zijn onmiddellijke inzetbaarheid in de huidige testamentaire praktijk” in A-L VERBEKE, F. BUYSENS, *Notariële Actualiteit 2014 – 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 57; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 887.

¹⁸⁶¹ K. VANWINCKELEN, C. DECLERCK, J. DU MONGH, W. PINTENS, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 891; F. BUYSENS, “De testamentuitvoerder” in W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, *Patrimonium 2008*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 312.

Voor Frankrijk: G.A.L. DROZ, M. REVILLARD, *Successions*, Jurisclasseur droit international, V° Libéralités, Donations, Trusts, Fasc. 557-30 B, 2015, nr. 93; J.P. BÉRAUDO, “Trust”, *Rép.intern.* 2012, nr. 41.

¹⁸⁶² Art. 1031 BW; Art. 1030 CC; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 891.

rechtsfiguur kunnen worden nagestreefd beperkter zijn dan deze die kunnen worden beoogd met een *trust*, dient het ook niet te verbazen dat de bevoegdheden van testamentuitvoerders beperkter zijn dan deze van een trustee.¹⁸⁶³

Ingevolge de hervorming van het Franse erfrecht in 2006, werden de bevoegdheden van de testamentuitvoerders met ingang van 1 januari 2007 aanzienlijk verruimd.¹⁸⁶⁴ Zo werd ook de duur van diens mandaat verlengd naar 2 jaar, tenzij de rechter een verlenging van de duurtijd van het mandaat toestaat.¹⁸⁶⁵ Ter vergelijking: in België wordt op grond van artikel 1031, vijfde lid BW, aanvaard dat de testamentuitvoerder, ongeacht of deze door de erflater in het bezit werd gesteld van de erfgoederen, na 'een jaar en een dag' rekening en verantwoording dient af te leggen over het hem gevoerde beheer.¹⁸⁶⁶ Verder blijkt dat, zowel in Frankrijk als in België, het verlenen van een *saisine* aan de testamenuitvoerder slechts optioneel is. Niet elke testamentuitvoerder wordt in het bezit gesteld van de erfgoederen.¹⁸⁶⁷ De kwalificatie als 'bezit' blijkt overigens enigszins dubbelzinnig te zijn, daar in de rechtsleer soms wordt aanvaard dat de erfgenamen nog steeds de *saisine* blijven genieten en dus de erfgoederen blijven bezitten waarop ook het bezitsrecht van de testamenuitvoerder slaat. De erfgenamen worden dan beschouwd als bezitters *in corpore alieno*.¹⁸⁶⁸

Wat hier ook van zij, uit de toepasselijke regelgeving valt af te leiden dat de bevoegdheden van de testamentuitvoerder beperkter zijn dan deze van een *trustee*. Daar waar de testamentuitvoerder in beginsel enkel dient te waken over de uitvoering van het testament van de erflater, verkrijgt een *trustee*, die desgevallend per testament werd aangewezen, een autonome opdracht met betrekking tot de onder trustverband gestelde goederen.

¹⁸⁶³ J.P. BÉRAUDO, "Trust", *Rép.intern.* 2012, nr. 42; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Parijs, Litec, 2004, 132.

¹⁸⁶⁴ Loi n° 2006-728 de 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JO* 24 juni 2006, 9513. De hervorming is in werking getreden op 1 januari 2007.

¹⁸⁶⁵ Artt. 1031 en 1032 CC.

¹⁸⁶⁶ E. ADRIAENS, A-L. VERBEKE, "De testamentuitvoerder in 30 vragen en clausules" in A-L. VERBEKE, C. DECLERCK, J. DU MONGH (eds.), *Themis 96 – Familiaal Vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2016, 43; F. BUYSENS, "De testamentuitvoerder" in W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, *Patrimonium 2008*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 326.

Nochtans bestaat er ook rechtspraak en rechtsleer die volhoudt dat deze regel slechts geldt voor testamentuitvoerders die door de erflater in het bezit zijn gesteld van de erfgoederen. Zie: Antwerpen, 29 juni 1998, *TBBR* 1999, 278; R. DILLEMANS, A. VAN DEN BOSSCHE, M. DE CLERCQ, *Deel VII Testamenten in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 311; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 893.

¹⁸⁶⁷ E. ADRIAENS, A-L. VERBEKE, "De testamentuitvoerder in 30 vragen en clausules" in A-L. VERBEKE, C. DECLERCK, J. DU MONGH (eds.), *Themis 96 – Familiaal Vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2016, 33 – 34; R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 423 – 424.

¹⁸⁶⁸ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1041 – 1042.

Voorbeelden van assimilatie tussen trust en testamentuitvoering

640. Hoewel de gelijkenissen tussen de trustfiguur en de testamentuitvoering slechts oppervlakkig blijken te zijn, heeft dit gegeven verschillende Franse rechtbanken in het verleden er toch niet van weerhouden om een beroep te doen op de figuur van testamentuitvoering indien dit goed uitkwam.¹⁸⁶⁹

641. Zo is er een geval bekend waar een Engelse testator een onroerend goed gelegen in Frankrijk onder trustverband trachtte te stellen. Zijn, eveneens Engelse, erfgenamen trachtten deze gang van zaken te belemmeren, door onder meer in te roepen dat dit naar Frans recht neerkwam op een verboden substitutie.¹⁸⁷⁰ De rechtbank te Nice wist de situatie te ontmijnen, door te stellen dat de *trustee* in kwestie niet meer was dan 'een bijzondere soort' testamentuitvoerder en dat diens eigendomsrecht slechts een juridische fictie betrof. Volgens de rechtbank waren de *trustees* immers geen "*légataires pour leur propre compte*". Aangezien de *beneficiaries*, althans naar Frans recht, de werkelijke eigenaars zouden zijn, kon niet worden volgehouden dat er een verboden substitutie voorhanden was.

In een ander geval werd het bestaan van een eigendomsrecht wel erkend in hoofde van de *trustee*, teneinde te voorkomen dat de *beneficiaries* zich in diens afwezigheid in het bezit zouden kunnen laten stellen van de trustgoederen.¹⁸⁷¹

642. In nog een ander geval¹⁸⁷² kwam een Amerikaanse vrouw te overlijden na een verkeersongeval in Frankrijk, dat werd veroorzaakt door een Fransman. De vrouw keerde eerst terug naar New York alwaar zij overleed. Door het Amerikaanse gerecht te New York werd een *public trustee* aangeduid teneinde de afwikkeling van de erfovergang de bewerkstelligen. Aangezien de Franse autoriteiten een strafrechtelijke procedure hadden geopend ten aanzien van de veroorzaker van het ongeval, wenste de *trustee* zich burgerlijke partij te stellen, teneinde schadevergoeding te bekomen. Nochtans hadden, althans naar Frans recht, enkel de erfgenamen zelf de noodzakelijke hoedanigheid om zich burgerlijke partij te stellen. Het Franse *Cour de cassation* overwoog echter dat de *trustee* toch de noodzakelijke hoedanigheid had om zich burgerlijke partij te stellen, aangezien deze hoedanigheid diende te worden beoordeeld aan de hand van de van toepassing zijnde *lex successionis*. De *trustee* werd daarbij door het Franse Hof beschouwd als een testamentuitvoerder. Het Hof casseerde daarmee een arrest

¹⁸⁶⁹ Ook in de Duitse rechtspraak vallen uitspraken te ontwaren waar de *trustee* wordt gelinkt aan de Duitse *Testamentsvollstrecker*. Zie: Kammergericht Berlin 3 april 2012, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge* 2012, 593 – 596.

Voor meer voorbeelden, zie: P. PICT, "Der Erb-trust und die neue EU-Erbrechtverordnung" in D., KOESTER-WALTJEN, V. LIPP, D.W.M. WATERS (eds.), *Liber Amicorum Makoto Arai*, Baden-Baden, Nomos, 2015, 535 – 552; M. WIENBRACKE, *English and Scots trusts under the German Inheritance and Gift Tax Act*, Baden Baden, Nomos, 2005, 35 – 40.

¹⁸⁷⁰ Trib. Civ. Nice 3 mei 1905, *Clunet* 1911, 278.

¹⁸⁷¹ TGI Bayonne 28 april 1975, *Rev. Crit. DIP* 1976, 330 (met noot A. NECKER).

¹⁸⁷² Cass. Fr. 4 juni 1941, *Recueil de Jurisprudence Dalloz* 1942, 1.

van het hof van beroep te Rouen, dat had geoordeeld dat de *trustee* de noodzakelijke hoedanigheid ontbeerde.

(c) *Assimilatie van trust en fideïcommis de residuo*

Het fideïcommis de residuo

643. Hoger werd reeds belicht dat oorspronkelijk het standpunt werd verdedigd dat de *trust* zou afstammen van het Romeinsrechtelijke *fideicommissum*. Een historisch aanknopingspunt tussen de *trust* en het hedendaagse *fideïcommis de residuo* of restlegaat/restschenking, dat eveneens zijn oorsprong vindt in het Romeinse recht¹⁸⁷³, hoeft dus niet ver te worden gezocht. Van oudsher vormt het *fideïcommis de residuo* een alternatief voor de (in beginsel) verboden erfstelling over de hand. Gedurende de jaren '70 van de vorige eeuw werd het *fideïcommis de residuo* herontdekt als een nuttig instrument voor vermogensplanning.¹⁸⁷⁴ Sedert haar herontdekking heeft deze (complexe) rechtsfiguur, die niet expliciet in het Belgische Burgerlijk Wetboek wordt geregeld¹⁸⁷⁵, een aantal belangrijke ontwikkelingen doorgemaakt. Bovendien zal verder (*infra*, randnr. 818 e.v.) blijken dat het nodig is om nader in te gaan op de eigendomskwestie binnen het *fideïcommis de residuo*. Om deze redenen worden de krachtlijnen van deze rechtsfiguur in de volgende randnummers eerst kort afzonderlijk toegelicht.

644. In essentie geeft het restlegaat aan een schenker¹⁸⁷⁶ of erflater de mogelijkheid om het lot van zijn goederen over meer dan één generatie heen te bepalen.¹⁸⁷⁷ Het restlegaat is een legaat of een schenking, waarbij een eerste begiftigde ('de bezwaarde') goederen verkrijgt van de erflater of schenker waarover hij (in beginsel) vrij kan beschikken, maar waarbij het gedeelte van deze goederen dat bij het overlijden van de bezwaarde overblijft, toekomt aan een tweede begunstigde ('de verwachter'), die *ab initio* door de erflater of schenker werd aangeduid.¹⁸⁷⁸ Het betreft aldus een 'tweetrapsbeschikking' waarbij de verwachter

¹⁸⁷³ M. VAN QUICKENBORNE, "Het legaat de residuo", *TPR* 1972, 623.

¹⁸⁷⁴ R. BARBAIX, "Last van fidei-commis de residuo" in A-L. VERBEKE, F. BUYSSENS, H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Vermogensplanning met Effect bij Leven: Schenking*, Brussel, Larcier, 2009, 563; R. DILLEMANS, M. COENE, W. PINTENS M.M.V. N. TORFS, "Overzicht van rechtspraak: schenkingen en testamenten (1970 - 1984)", *TPR* 1985, 619; M. Van Quickenborne, "Het legaat de residuo", *TPR* 1972, 621.

¹⁸⁷⁵ M. PUELINCKX-COENE, "Over schenkingen de residuo", *TEP* 2007, 190.

¹⁸⁷⁶ In de hedendaagse rechtsleer wordt inderdaad aanvaard dat het *fideïcommis de residuo* een modaliteit van een schenking kan uitmaken, zie: B.CARDOEN, "Het fideïcommis de residuo toegepast op een schenking van actuele goederen", *Not.Fisc.M.* 2004, 223 - 233.

¹⁸⁷⁷ V. SAGAERT, "Het fideïcommis de residuo door de bril van het goederenrecht: mogelijkheden, beperkingen en evoluties" in N. CARETTE, R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 145.

¹⁸⁷⁸ *Ibid*, 145; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1229; M. PUELINCKX-COENE, "Over schenkingen de residuo", *TEP* 2007, 190; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 240; R. DILLEMANS, *Deel VII Testamenten in Beginselen van Belgisch*

bij het overlijden van de bezwaarde slechts recht heeft op het overblijvende deel, i.e. 'het residu'. De restschenking werkt volgens analoge principes, zij het dat in dit geval geen sprake is van een legaat, maar van een schenking.

645. Vooral omwille van historische redenen diende het *fideicommis de residuo* nadrukkelijk te worden onderscheiden van de (in beginsel) verboden erfstelling over de hand¹⁸⁷⁹ (art. 896 B.W.). Doordat de vrijheid van de bezwaarde om naar eigen goeddunken over de fideïcommissaire goederen te beschikken sterk werd benadrukt, kon het *fideicommis de residuo* worden onderscheiden van de erfstelling over de hand. In dit laatste geval is immers wél sprake is van een bewaarplicht in hoofde van de eerste verkrijger.¹⁸⁸⁰ Daarmee werd de rechtsgeldigheid van dit procedé gerechtvaardigd. De keerzijde van de medaille bestond er in dat de rechten van de verwachter met betrekking tot het 'fideïcommissaire vermogen' traditioneel sterk onderbelicht bleven.¹⁸⁸¹

646. Essentieel bij het *fideicommis de residuo* is dat aan de bezwaarde geen bewaarplicht wordt opgelegd.¹⁸⁸² Op deze wijze wordt voorkomen dat bijvoorbeeld het legaat *de residuo* wordt gekwalificeerd als een (in beginsel) verboden erfstelling over de hand. Achter dit verbod schuilde onder meer een economisch motief: tijdens het *Ancien Régime* had de erfstelling over de hand gedurende lange tijd heel wat goederen onttrokken aan het vrije handelsverkeer.¹⁸⁸³ Aangezien verschillende adellijke families gebruik maakten van erfstellingen over de hand teneinde het familievermogen intact te houden, leidde het gebruik van erfstellingen over de hand tot het fenomeen van de dode hand, zodat een belangrijke economische waarde verloren ging.

Privaatrecht, Antwerpen, Standaard, 1977, 217; H. DE PAGE, *Traité*, VIII-2, Brussel, Bruylant, 1973, 1883 – 1885. Zie ook: Antwerpen 8 april 2015, *T.Not.* 2015, 439.

¹⁸⁷⁹ Over dit verbod, zie: V. SAGAERT, "Het verbod van erfstellingen over de hand voorbijgestreefd?" in F. SWENNEN, R. BARBAIX (eds.) *Over Erven – Liber Amicorum M. Puelinckx-Coene*, Mechelen, Kluwer, 2006, 387 - 409; M. COENE, "Wie is nog bang voor de erfstelling over de hand?", *NJW* 2004, 362 – 365.

¹⁸⁸⁰ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1231.

¹⁸⁸¹ V. SAGAERT, "Het *fideicommis de residuo* door de bril van het goederenrecht: mogelijkheden, beperkingen en evoluties" in N. CARETTE, R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 147.

¹⁸⁸² De Belgische rechtspraak stelt zich overigens mild op bij het beoordelen van het al dan niet aanwezig zijn van een bewaarplicht. Zelfs wanneer hierover twijfel kan bestaan, zal de rechtspraak in de regel toch aannemen dat er geen sprake is van een bewaarplicht, zodat het restlegaat 'gered wordt', zie: Brussel 15 juli 1905, *J.T.* 1905, 1429; Rb. Luik 9 juli 2013, *Pas.* 1914, II, 89, Cass. 16 juni 1950, *Rec.gén.enr.not.* 1951, nr. 19063; V. SAGAERT, "Het verbod van erfstellingen over de hand voorbijgestreefd?" in F. SWENNEN, R. BARBAIX (eds.) *Over Erven – Liber Amicorum M. Puelinckx-Coene*, Mechelen, Kluwer, 2006, 399; M. VAN QUICKENBORNE, "Het legaat de residuo", *TPR* 1972, 625 – 626.

¹⁸⁸³ V. SAGAERT, "Het *fideicommis de residuo* door de bril van het goederenrecht: mogelijkheden, beperkingen en evoluties" in N. CARETTE, R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 146.

647. Traditioneel wordt daarom aangenomen dat het volle eigendomsrecht op de fideïcommissaire goederen toekomt aan de bezwaarde.¹⁸⁸⁴ De bezwaarde is daarom ook principieel beschikkingsbevoegd. Van enige vorm van 'eigendomssplitsing' met betrekking tot de fideïcommissaire goederen kan dan ook geen sprake zijn.¹⁸⁸⁵ Wel aanvaardden rechtspraak en rechtsleer vrij gemakkelijk dat aan de bezwaarde geen testeerbevoegdheid toekwam, behoudens wanneer het tegendeel expliciet werd bedongen door de oorspronkelijke erflater.¹⁸⁸⁶ Indien dit wel normale regel zou zijn, kan de eerste begunstigde het intreden van de tweede trap van het *fideïcommis de residuo* al te gemakkelijk tenietdoen. De vraag of het de bezwaarde ook toegelaten was om de fideïcommissaire goederen aan derden te schenken kan daarentegen minder gemakkelijk worden beantwoord.¹⁸⁸⁷ Het is de bezwaarde in elk geval wel toegestaan om te beschikken over de fideïcommissaire goederen ten bezwarende titel, alsook om de fideïcommissaire goederen en hun opbrengsten te 'consumeren'^{1888, 1889}

¹⁸⁸⁴ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 315, J-P. DELOBBE, F. DELOBBE, "Le fideïcommis de residuo" in C. BIQUET-MATHIEU *et. al.* (eds.), *Liber Amicorum Paul Delnoy*, Brussel, Larcier, 2005, 205; J. RONSE, "Het fidei-commis de residuo", *T.Not.* 1949, 3 - 4.

¹⁸⁸⁵ V. SAGAERT, "Het *fideïcommis de residuo* door de bril van het goederenrecht: mogelijkheden, beperkingen en evoluties" in N. CARETTE, R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 147.

¹⁸⁸⁶ Cass. 29 maart 1976, *Pas.* 1976, I, 829; Cass. 25 juni 1959, *Pas.* 1959, I, 1156; Rb. Luik 10 februari 1992, *Rev.trim.dr.fam.* 1993, 543; M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND, F. BUYSENS, "Overzicht van rechtspraak: giften (1993 - 1998)", *TPR* 1999, 1035 M. VAN QUICKENBORNE, "Het legaat de residuo", *TPR* 1972, 628 - 630.

¹⁸⁸⁷ Volgens een eerste strekking in de rechtsleer zou het de bezwaarde verboden zijn om de fideïcommissaire goederen weg te schenken, behoudens het geval waar dit door de oorspronkelijke erflater/schenker uitdrukkelijk werd toelegaten, zie: Cass. 26 februari 1953, *Pas.* 1953, I, 494; M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND, F. BUYSENS, "Overzicht van rechtspraak: giften (1993 - 1998)", *TPR* 1999, 1032; M. VAN QUICKENBORNE, "Het legaat de residuo", *TPR* 1972, 631.

Volgens een tweede strekking kunnen dergelijke schenkingen perfect door de beugel, indien er geen sprake is van rechtsmisbruik en wanneer het schenken van de fideïcommissaire goederen niet uitdrukkelijk door de oorspronkelijke erflater/schenker werd verboden. Zie: Brussel 6 januari 1982, *Rev.not.b.* 1982, 422; R. BARBAIX, "Last van fidei-commis de residuo" in A-L. VERBEKE, F. BUYSENS, H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning - Boek 2: Vermogensplanning met Effect bij Leven: Schenking*, Brussel, Larcier, 2009, 568; J-P. DELOBBE, F. DELOBBE, "Le fideïcommis de residuo" in C. BIQUET-MATHIEU *et. al.* (eds.), *Liber Amicorum Paul Delnoy*, Brussel, Larcier, 2005, 208.

Over deze kwestie, en het belang van het interpreteren van de wil van de testator, zie: Antwerpen 23 oktober 2006, *T.Not.* 2008, 191; M. PUELINCKX-COENE, R. BARBAIX, N. GEELHAND, "Overzicht van rechtspraak: giften (1998 - 2011)", *TPR* 2013, 780 - 784.

¹⁸⁸⁸ VAN QUICKENBORNE spreekt in dit verband van 'verteren', zie: M. VAN QUICKENBORNE, "Het legaat de residuo", *TPR* 1972, 636 - 637.

¹⁸⁸⁹ Echter, ook bij beschikkingen onder bezwarende titel dient de bezwaarde steeds te goeder trouw te handelen. Zo dient de bezwaarde niet steeds in te teren op het kapitaal van het fideïcommissaire vermogen, terwijl hij zijn eigen goederen ongemoeid laat, zie: V. SAGAERT, "Het *fideïcommis de residuo* door de bril van het goederenrecht: mogelijkheden, beperkingen en evoluties" in N. CARETTE, R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 151. Het vereiste van goede trouw lijkt wel niet steeds even restrictief te worden ingevuld, zie: Cass. 23 juni 1983, *Pas.* 1983, I, 1205.

648. Geleidelijk aan hebben rechtspraak en rechtsleer echter in toenemende mate beperkingen erkend aan de rechtspositie van de bezwaarde, zodat de positie van de verwachter gaandeweg werd versterkt.¹⁸⁹⁰ Hiertoe werden enerzijds een aantal beperkingen aanvaard op de principiële beschikkingsbevoegdheid van de eerste begunstigde, terwijl anderzijds de rechtspositie van de tweede begunstigde in toenemende mate werd 'verzakelijkt'. Immers, daar waar de oude doctrine in hoofde van de verwachter sprak van een voorwaardelijk recht¹⁸⁹¹, spreekt de meerderheid van de rechtsleer vandaag, alsook bepaalde rechtspraak, over een 'eigendomsrecht onder opschortende termijn met een aleatoir voorwerp'.¹⁸⁹² In bepaalde hedendaagse rechtsleer wordt daarom in het kader van het *fideicommiss de residuo* toch gesproken van een 'eigendomssplitsing'.¹⁸⁹³ In de recentere rechtsleer wordt zodus de nadruk gelegd op de vraag naar de aard van de rechten van de verwachter in het *fideicommiss de residuo*. Met name de vraag of er tussen opeenvolgende fideïcommissaire goederen ook zakelijke subrogatie optreedt, heeft

¹⁸⁹⁰ V. SAGAERT, "Het *fideicommiss de residuo* door de bril van het goederenrecht: mogelijkheden, beperkingen en evoluties" in N. CARETTE, R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 147; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1229; R. JANSEN, "Verstrooide gedachten over zakelijke subrogatie bij het *fideicommiss de residuo*" in W. PINTENS, J. DU MONGH, C. DECLERCK, *Patrimonium 2009*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 356; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 315.

¹⁸⁹¹ Immers, de verwachter dient de bezwaarde te overleven én er dienen nog fideïcommissaire goederen over te blijven nadat deze eerst door de handen van de bezwaarde zijn gepasseerd. Zie: J. RONSE, "Het fidei-commis de residuo", *T.Not.* 1949, 2; H. DE PAGE, *Traité*, VIII-2, Brussel, Bruylant, 1973, 1884; J. VAN DER VORST, "Over het legaat van overschot en het legaat de residuo", *T.Not.* 1937, 50; Voor een bespreking, zie tevens: M. VAN QUICKENBORNE, "Het legaat de residuo", *TPR* 1972, 647 – 653.

¹⁸⁹² Antwerpen 8 april 2015, *T.Not.* 2015, 439; Gent 23 mei 1951, *RW* 1951 – 1952, 355; V. SAGAERT, "Het *fideicommiss de residuo* door de bril van het goederenrecht: mogelijkheden, beperkingen en evoluties" in N. CARETTE, R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 149; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 242; M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND, F. BUYSENS, "Overzicht van rechtspraak: giften (1993 – 1998)", *TPR* 1999, 1029; M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgische privaatrecht", *TPR* 1998, 760; R. DILLEMANS, M. COENE, W. PINTENS m.m.v. N. TORFS, "Overzicht van rechtspraak: schenkingen en testamenten (1970 – 1984)", *TPR* 1985, 626; M. PUELINCKX-COENE, "Het legaat de residuo" in K.B.F.N. (ed.), *Voor meerderjarige handelingen onbekwamen... Een juridisch vacuüm?*, Notariële dagen Charleroi 1983, 72; M. VAN QUICKENBORNE, "Het legaat de residuo", *TPR* 1972, 648 – 649.

¹⁸⁹³ Zie o.a. V. SAGAERT, "Het *fideicommiss de residuo* door de bril van het goederenrecht: mogelijkheden, beperkingen en evoluties" in N. CARETTE, R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 147; A. MONDY, "Zakelijke subrogatie bij een fideicommiss de residuo", *Jura Falc.* 2013 – 2014, 364; E. VANTHORRE, "De zakenrechtelijke aspecten van het fideicommiss de residuo in vergelijking met de Angelsaksische trust en het Franse erfrecht", *Jura Falc.* 2011 – 2012, 434; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 240; M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgische privaatrecht", *TPR* 1998, 760.

Ook het hof van beroep te Antwerpen heeft het in het geval van een *fideicommiss de residuo* over een "eigendomssplitsing" dat zich situeert in het raam van een afgescheiden vermogen, zie: Antwerpen 8 april 2015, *T.Not.* 2015, 439, 442, waar door het hof wordt gesteld dat het zou gaan om een "theoretische eigendomssplitsing" gedurende het leven van de bezwaarde.

veel pennen in beweging gebracht. De meerderheid van de Belgische rechtsleer beantwoordt deze vraag bevestigend.¹⁸⁹⁴ Op dit alles wordt verder nog teruggekomen (*infra*, randnr. 818 e.v.)

649. Vooraleer er sprake kan zijn van een geldig *fideïcommis de residuo* dient er, behalve de afwezigheid van een bewaarplicht in hoofde van de bezwaarde (1), ook sprake te zijn van een dubbele en opeenvolgende beschikking aan twee begiftigden (2), dient de eerste begiftigde verwekt¹⁸⁹⁵ of geboren te zijn op het moment van overlijden van de testator of op het ogenblik van de schenking (3) en

¹⁸⁹⁴ Zie o.a.: V. SAGAERT, "Het *fideïcommis de residuo* door de bril van het goederenrecht: mogelijkheden, beperkingen en evoluties" in N. CARETTE, R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 154 e.v.; P.-J. DE DECKER, "Subrogatie binnen de rechtsfiguur van het *fideïcommis de residuo*: poging tot 'Casmanalyse'" in E. ALOFS, K. BYTTEBIER, A. MICHELSENS, A.-L. VERBEKE (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 135 - 152; A. MONDY, "Zakelijke subrogatie bij een *fideïcommis de residuo*", *Jura Falc.* 2013 - 2014, 349 - 378; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 241 e.v.; M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND, F. BUYSENS, "Overzicht van rechtspraak: giften (1993 - 1998)", *TPR* 1999, 1036 - 1041; M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgische privaatrecht", *TPR* 1998, 760 - 761; R. DILLEMANS, M. COENE, W. PINTENS m.m.v. N. TORFS, "Overzicht van rechtspraak: schenkingen en testamenten (1970 - 1984)", *TPR* 1985, 623.

Een minderheid binnen de rechtsleer heeft ernstige bedenkingen bij de mogelijkheid tot zakelijke subrogatie bij een *fideïcommis de residuo*, zie: R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 312 - 330; R. JANSEN, "Verstrooide gedachten over zakelijke subrogatie bij het *fideïcommis de residuo*" in W. PINTENS, J. DU MONGH, C. DECLERCK, *Patrimonium 2009*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 353 - 365.

¹⁸⁹⁵ Het kind dient naderhand tevens levensvatbaar te worden geboren.

kan, althans volgens bepaalde auteurs, het *fideïcommis de residuo* slechts betrekking hebben op het beschikbaar deel van de nalatenschap (4)^{1896,1897}

650. Het *fideïcommis* is ook een gekende rechtsfiguur in zowel Frankrijk als Nederland. In vergelijking met het Belgische recht is het vooral opvallend dat het *fideïcommis* in beide rechtsstelsels een (verschillende) wettelijke regeling geniet.

In Frankrijk onderging het *fideïcommis* een gedaantewijziging in de hervorming van het Franse erfrecht van 2006.¹⁸⁹⁸ Sindsdien gaat deze rechtsfiguur door het leven onder de naam van '*liberalité résiduelle*' (artt. 1057 – 1061 CC). De Franse wetgever heeft tegelijkertijd de gelegenheid te baat genomen om het verbod op erfstellingen over de hand enigszins te verzachten. Hoewel erfstellingen over de hand principieel verboden blijven, worden zij in bepaalde gevallen als "*liberalités graduelles*" toch toegelaten.¹⁸⁹⁹

In de Nederlandse rechtsorde verkreeg het *fideïcommis de residuo* reeds vroeg een bijzondere wettelijke regeling in het oude Burgerlijk Wetboek van 1838 (art. 4:928 NBW). In de Nederlandse rechtsleer gaf de rechtsfiguur dan ook eerder zelden aanleiding tot fundamentele bezwaren.¹⁹⁰⁰ Ook in het nieuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek heeft het *fideïcommis de residuo* een wettelijke neerslag

¹⁸⁹⁶ Het wordt door sommige auteurs evenwel te betwijfeld of de stelregel, dat het *fideïcommis de residuo* slechts betrekking kan hebben op het beschikbaar deel, behouden kan blijven. Aangezien het de bezwaarde vrij staat om te beschikken over de individuele fideïcommissaire goederen, valt moeilijk in te zien hoe het *fideïcommis* diens reserve zou aantasten. In principe zal de bezwaarde de fideïcommissaire goederen niet kunnen legateren. Bovendien kan de oorspronkelijke erflater voor wat betreft het *fideïcommis de residuo* stipuleren dat de bezwaarde de fideïcommissaire goederen niet mag wegschenken. Noch de onmogelijkheid tot testeren, noch de onmogelijkheid tot schenken doet volgens deze strekking, althans op het eerste gezicht, afbreuk aan de reserve van de bezwaarde/reservatair erfgenaam. Deze reserve beschermt slechts de bevoorrechte erfgenaam, en niet diens eigen erfgenamen. Deze stelling werd bijvoorbeeld ingenomen door het hof te Antwerpen in een arrest van 8 april 2015, dat ook betrekking hadden op een *fideïcommis de residuo*. Zie: Antwerpen 8 april 2015, *T.Not.* 2015, 440, *Limb.Rechtsl.* 2015, 230.

Zie in dit verband nog: M. PUELINCKX-COENE, "Hoe bezwaard is de eerste begunstigde van een fideï-commis de residuo? Is dat anders zo die een reservatair erfgenaam is van de erflater?", *T.Not.* 2016, 308 – 336, i.h.b. 330 e.v. voor een overzicht van deze discussie. Alsook: J-P. DELOBBE, F. DELOBBE, "Le fideïcommis de residuo" in C. BIQUET-MATHIEU *et. al.* (eds.), *Liber Amicorum Paul Delnoy*, Brussel, Larcier, 2005, 210; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1230.

Voor een bespreking van de verhouding tussen het fideïcommis en de legitieme portie naar Nederlands recht, zie: W. BURGERHART, R.E. BRINKMAN, "Het fideïcommis en de legitieme portie", *WPNR* 2016, 1082 – 1094.

¹⁸⁹⁷ A. MONDY, "Zakelijke subrogatie bij een fideïcommis de residuo", *Jura Falc.* 2013 – 2014, 352 – 536; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1231.

¹⁸⁹⁸ P. MALAURIE, C. BRENNER, *Les successions – Les liberalités*, Parijs, LGDJ, 2014, 347 – 350.

¹⁸⁹⁹ Art. 896 *jo.* 1048 – 1056 CC.

¹⁹⁰⁰ Zie bv: A. PITLO, G.H. BUINING, *Het Fideïcommis de Residuo: Preadviezen ter behandeling in de Algemene Vergadering van de Broederschap des Candidaats-Notarissen*, 1952, 15 – 16.

gevonden onder de naam 'tweetrapsmaking' (artt. 4:138 – 4:141 NBW). Interessant aan de Nederlandse tweetrapsmaking is vooral dat zij in de Nederlandse rechtsorde wordt geconcipeerd als een voorwaardelijke making, die afhankelijk wordt gesteld van zowel een ontbindende als een opschortende voorwaarde.¹⁹⁰¹ Bovendien verklaart artikel 4:138, tweede lid NBW de regels inzake het vruchtgebruik van overeenkomstige toepassing op de tweetrapsmaking. De bezwaarde is dus principieel verplicht om de fideïcommissaire goederen in stand te houden zoals een vruchtgebruiker, tenzij de erflater anders heeft beschikt. Een werkelijk *fideïcommis de residuo* omvat inderdaad een dergelijke bevoegdheid.

Markant is tevens dat het Nederlandse recht en het Franse recht diametraal tegenover elkaar staan wat betreft de vraag of er tussen opeenvolgende fideïcommissaire goederen 'zaaksvervangings' kan optreden. In Nederland was zulks reeds het geval onder het oude recht.¹⁹⁰² Onder het nieuwe Nederlandse recht geschiedt zaaksvervangings op grond van artikel 4.138, tweede lid *jo.* 3:213 NBW.¹⁹⁰³ In het Franse recht liggen de zaken evenwel anders. Sedert de hervormingen in 2006 sluit artikel 1058 CC het optreden van zaaksvervangings expliciet uit.¹⁹⁰⁴ In een arrest van 20 februari 2008 verwierp het Franse *Cour de cassation* het standpunt dat onder het oude Franse recht wel zaaksvervangings zou optreden.¹⁹⁰⁵ Op dit vlak distantieert het Franse recht zich van het Nederlandse en (naar alle waarschijnlijkheid) ook van het Belgische recht.

In de Zwitserse rechtsorde, die eerder aansluit bij de Duitse rechtstraditie, is er dan weer nooit een verbod op fideïcommissaire substituties geweest. Integendeel, in Zwitserland zijn '*substitutions fidéicommissaires*' zelfs expliciet toegelaten.¹⁹⁰⁶ Het *fideïcommis de residuo* wordt in Zwitserland daarom beschouwd als een

¹⁹⁰¹ T.J. MELLEMA-KRANENBURG, "Zaaksvervangings of een vergoedingsrecht in geval van fideïcommis de residuo?", *WPNR* 2007, 1021.

¹⁹⁰² HR 5 oktober 2007, *WPNR* 2008, 345 (met noot S. PERRICK). Voor een nadere bespreking, zie: T.J. MELLEMA-KRANENBURG, "Zaaksvervangings of een vergoedingsrecht in geval van fideïcommis de residuo?", *WPNR* 2007, 1021 – 1023.

¹⁹⁰³ R. JANSSEN, V. SAGAERT, "La subrogation réelle au cas d'un fidéicommiss de residuo : quelques observations comparatives à propos de l'arrêt de la Cour de cassation française du 20 février 2008", *European Journal of Private Law* 2010, 585 – 586.

¹⁹⁰⁴ Art. 1058 CC bepaalt als volgt: "*La libéralité résiduelle n'oblige pas le premier gratifié à conserver les biens reçus. Elle l'oblige à transmettre les biens subsistants. Lorsque les biens, objets de la libéralité résiduelle, ont été aliénés par le premier gratifié, les droits du second bénéficiaire ne se reportent ni sur le produit de ces aliénations ni sur les nouveaux biens acquis*" (eigen onderlijning).

¹⁹⁰⁵ Cass. Fr. 20 februari 2008, *RDT Civ.* 2008, 345 (met noot M. GRIMALDI); R. JANSSEN, V. SAGAERT, "La subrogation réelle au cas d'un fidéicommiss de residuo : quelques observations comparatives à propos de l'arrêt de la Cour de cassation française du 20 février 2008", *European Journal of Private Law* 2010, 582 e.v.

¹⁹⁰⁶ Zie artt. 488 – 492a ZBW.

bijzondere, maar toegelaten, vorm van een *substitution fidéicommissaire*¹⁹⁰⁷, zodat ook hier zaakvervanging optreedt¹⁹⁰⁸.

Gelijkenissen tussen trust en fideïcommis de residuo

651. Gelet op de beweerdelijke gemeenschappelijke oorsprong van de *trust* en het *fideïcommis de residuo* hoeft het niet te verbazen dat (minstens in de Belgische rechtsleer) vaak naar het *fideïcommis* wordt verwezen als een 'trustachtige figuur'.¹⁹⁰⁹ WEYTS maakt in dit verband gewag van een 'verwantschap' tussen de Angelsaksische trustfiguur en het *fideïcommis de residuo*.¹⁹¹⁰ In beide gevallen is er immers sprake van een persoon (erlater, schenker, *settlor*) die een beschikking maakt ten voordele van één of meerdere personen, waarbij wordt gestipuleerd dat (de waarde van) de desbetreffende goederen – of wat daarvan overblijft – toekomt aan een derde persoon. In beide gevallen tekent zich een 'driepartijenverhouding' af. Bovendien komt aan de bezwaarde in een *fideïcommis de residuo* het eigendomsrecht van de desbetreffende goederen toe, net zoals in het geval van een *trust* het eigendomsrecht in feite toekomt aan de *trustee*.

Tegelijk wordt aanvaard dat het eigendomsrecht van de *trustee* niet onbezwaard is. Immers, indien wordt aanvaard dat de verwachter inderdaad een 'verzakelijke rechtspositie' geniet, die volgens bepaalde auteurs neerkomt op een *Anwartschaftsrecht*¹⁹¹¹, is de stap naar een vorm van 'eigendomssplitsing' snel gezet. Bepaalde auteurs gaan zelfs zo ver om dit recht te vergelijken met de *equitable title* van een *beneficiary* in het geval van een trustverhouding.¹⁹¹² Indien er tevens zaakvervanging zou optreden tussen vervreemde fideïcommissaire

¹⁹⁰⁷ Zie bv: Tribunal fédéral Suisse 12 april 2007 (S.Q. c. B), *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral* 2007, III, 309.

¹⁹⁰⁸ *Ibid*, P-H. STEINAUER, "La substitution fidéicommissaire: questions choisies", *Institut de Consultation Notariale*, Lezing gegeven op 3 juni 2010, beschikbaar op: <http://www.icone-consultation-notariale.ch/conf-03-06-2010.htm#trois>

¹⁹⁰⁹ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 445; E. VANTHORRE, "De zakenrechtelijke aspecten van het fideïcommis de residuo in vergelijking met de Angelsaksische trust en het Franse erfrecht", *Jura Falc.* 2011 – 2012, 439; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 311; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 240; C. DE WULF, *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law*, Brussel, Bruylant, 1965, 32.

¹⁹¹⁰ L. WEYTS, "To trust or not to trust: het notariaat geconfronteerd met deze Angelsaksische rechtsfiguur, from the frontdoor to the backdoor", *T.Not.* 2017, 391.

¹⁹¹¹ M.E. STORME, *Handboek Vermogensrecht*, Gent – Mariakerke, 2010, 220, beschikbaar op: www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/vermogensrecht2010I.pdf.

Voor Nederland, zie: A.H. SCHELTEMA, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Den Haag, Kluwer, 2006, 319 – 353. De positie van SCHELTEMA wordt evenwel bekritiseerd in de Nederlandse rechtsleer, zie: R.E. BRINKMAN, "Het fideïcommis: over de rechtsposities van de bezwaarde en de verwachter en het aanvaarden van een voorwaardelijke erfstelling (I)", *WPNR* 2011, 588 – 594, i.h.b. 591.

¹⁹¹² V. SAGAERT, "Het fideïcommis de residuo door de bril van het goederenrecht: mogelijkheden, beperkingen en evoluties" in N. CARETTE, R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 152.

goederen en de goederen die daarvoor in de plaats komen, heeft dit o.i. tot gevolg dat de eigenlijke focus wordt verplaatst van de fideïcommissaire goederen *ut singuli* naar de waarde die deze goederen vertegenwoordigen. De verwachter kan dan niet zozeer aanspraak maken op bepaalde goederen *in natura*, dan wel op de waarde die deze goederen vertegenwoordigen. Op deze manier wordt de 'fondsgedachte' die wij reeds hebben ontwaard in het raam van trustverhoudingen dicht benaderd.

Verdere gelijkenissen tussen een *trust* en het *fideïcommis de residuo* bestaan erin dat, in het geval de bezwaarde insolvent wordt, de fideïcommissaire goederen principieel buiten de samenloop zouden moeten blijven, gelet op de rechten van de verwachter die tevens op deze goederen rusten.¹⁹¹³ De fideïcommissaire goederen blijven dan volledig buiten de boedel, zodat er zelfs geen sprake is van enig recht van voorrang. Bij een *trust* is de situatie niet anders. Daarenboven kan een *trustee*, evenmin als de bezwaarde van een *fideïcommis de residuo*, de goederen zelf legateren. De onder trustverband gebrachte goederen schenken is de *trustee* evenwel verboden, terwijl dit voor het bezwaarde in het raam van een *fideïcommis de residuo* betwist is.¹⁹¹⁴ In beginsel is de *trustee*, net als de bezwaarde, ertoe gerechtigd om over de desbetreffende goederen te beschikken onder bezwarende titel.

Verschillen tussen trust en fideïcommis de residuo

652. Hoger (*supra*, randnr. 410) werd reeds aangegeven dat het begrip 'trustachtige figuur' *in se* weinig waarde draagt. De vergelijking met het *fideïcommis de residuo* toont o.i. aan dat het gebruik van een dergelijk begrip zelfs misleidend kan zijn. Tussen een *trust* en het *fideïcommis de residuo*, zoals begrepen in verschillende continentale rechtsstelsels, bestaan immers ook grote verschillen. Hoger (*supra*, randnr. 246 en 396) werd in dit verband vastgesteld dat hoewel het trustbegrip een zeer plastisch begrip is, er toch een (vaag afgelijnde) gemeenschappelijke kern bestaat die alle trustverhoudingen gemeen hebben. Welnu, uit het voorgaande is gebleken dat deze kern juist betrekking heeft op de verhouding van de *trustee* ten aanzien van de onder trustverband gestelde goederen en de verplichtingen die dienaangaande op de *trustee* rusten. Het trusteeschap is een beladen functie. Echter, in het *fideïcommis de residuo* blijkt net deze kern bijna geheel afwezig te zijn. Immers, de erflater heeft niet alleen de verwachter willen begunstigen, maar ook de bezwaarde. Daarom is het de bezwaarde toegestaan om zelf de fideïcommissaire goederen te consumeren of zich de vruchten daarvan toe te eigenen. O.i. is het tevens zo dat, zelfs indien wordt aanvaard dat tussen de fideïcommissaire goederen en de goederen die daarvoor in

¹⁹¹³ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 242; R. DILLEMANS, M. COENE, W. PINTENS m.m.v. N. TORFS, "Overzicht van rechtspraak: schenkingen en testamenten (1970 – 1984)", *TPR* 1985, 623.

¹⁹¹⁴ Zie *supra*, vn. 1887.

de plaats komen zaakvervanging optreedt, het de bezwaarde vrij staat om zich de surrogaatgoederen toch toe te eigenen.

De enige beperkingen die in de Belgische rechtsleer worden opgeworpen, bestaan erin dat de bezwaarde steeds te goeder trouw dient te handelen en zodoende niet systematisch mag interen op het fideïcommissaire kapitaal, terwijl diens eigen goederen ongemoeid worden gelaten.¹⁹¹⁵ Ook het verbod op rechtsmisbruik wordt opgeworpen als beperking aan het handelen van de bezwaarde.¹⁹¹⁶ Vergeleken met de situatie van een *trustee*, die zelf principieel wordt uitgesloten van de waarde die de onder trustverband gebrachte goederen vertegenwoordigen, zijn dit erg zwakke sancties. Hoogstens zou desgevallend een beroep kunnen worden gedaan op een 'versterkte versie' van goede trouw, zoals deze ook aanwezig wordt geacht in een vennootschapscontext.¹⁹¹⁷

Het is ironisch dat het *fideïcommis de residuo* bepaalde elementen van de *trust* repliceert, maar tegelijkertijd het enige element dat redelijkerwijs als 'kern' van deze laatste rechtsfiguur wordt beschouwd, blijkt te missen. In het geval van een *trust* is er immers ook geen sprake van een dubbele begunstiging, waarbij de *trustee* zelf *per definitie* tevens de begunstigde is.¹⁹¹⁸ Hoewel het *fideïcommis de residuo* dus op verschillende punten raakvlakken vertoont met een trustverhouding, kan er o.i. eigenlijk geen sprake zijn van een 'trustachtige figuur', aangezien, los van alle denkbare gelijkenissen, de essentie van een trustverhouding bij het *fideïcommis de residuo* afwezig is.

¹⁹¹⁵ V. SAGAERT, "Het *fideïcommis de residuo* door de bril van het goederenrecht: mogelijkheden, beperkingen en evoluties" in N. CARETTE, R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 151.

¹⁹¹⁶ Brussel 6 januari 1982, *Rev.not.b.* 1982, 422; R. BARBAIX, "Last van fideï-commis de residuo" in A-L. VERBEKE, F. BUYSENS, H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Vermogensplanning met Effect bij Leven: Schenking*, Brussel, Larcier, 2009, 568; J-P. DELOBBE, F. DELOBBE, "Le fideïcommis de residuo" in C. BIQUET-MATHIEU *et. al.* (eds.), *Liber Amicorum Paul Delnoy*, Brussel, Larcier, 2005, 208.

¹⁹¹⁷ De eisen die de goede trouw stelt, gaan volgens bepaalde auteurs in de context van het vennootschapsrecht verder dan in een gemeenrechtelijke context het geval is, net omdat de vennoten in een vennootschap een gemeenschappelijk belang nastreven. Er is o.i. geen reden waarom een dergelijke 'versterkte versie' van de gemeenrechtelijke goede trouw ook geen toepassing zou kunnen vinden in de context van het *fideïcommis de residuo*. Dit voorbeeld uit het vennootschapsrecht leert immers dat de toepassing van de gemeenrechtelijke goede trouw kan worden geconcretiseerd aan de hand van de specifieke context waarin zij wordt ingeroepen. Zie: J. VANANROYE, R. FORIERS, "Een juridische zombie: de maatschap als kwalificatie voor een onbenoemde of feitelijke samenwerking" (noot onder Brussel 14 december 2010), *TRV* 2015, 775; K. GEENS, M. WYCKAERT, *De Vennootschap – Algemeen Deel in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 259; P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, Leuven, René Fonteyn, 1947, 154 – 155

¹⁹¹⁸ Zie: R. DEBLAUWE, "Enkele beschouwingen over de trust en de Belgische belasting", *TFR* 1987, 82.

Let wel, de *trustee* kan tevens worden aangeduid als *beneficiary*, maar kan niet tegelijkertijd de enige *beneficiary* zijn.

Voorbeelden van assimilatie tussen trust en fideïcommis de residuo

653. Een concreet voorbeeld van een assimilatie van een *trust* met een *fideïcommis de residuo* kan worden aangetroffen in de Belgische rechtspraak, met name in een vonnis van de rechtbank te Antwerpen van 4 maart 1971.¹⁹¹⁹ De zaak betrof een testamentaire beschikking van de heer WEINBERG, die overleed te New York op 5 november 1960, waar hij ook zijn woonplaats had. De heer WEINBERG had een *testamentary trust* in het leven geroepen, die ook twee onroerende goederen gelegen te Antwerpen omvatte. De testator wees enkele personen aan tot *trustee* en algemeen legataris, waarbij minstens één van deze personen ook zelf bevoorreed werd. Na het overlijden van deze begunstigde diende het trustkapitaal te worden verdeeld onder organisaties die goede doelen behartigden.

Mede wegens fiscale problemen omtrent het verschuldigde recht van overgang dat werd opgeëist door de Belgische administratie, voerde één van deze personen aan dat de testamentaire beschikking in kwestie nietig was, gelet op het verbod van erfstellingen over de hand (artikel 896 BW).

De rechtbank te Antwerpen wees de stelling dat het *in casu* zou gaan om een verboden erfstelling resoluut van de hand. Volgens de rechtbank was er immers slechts sprake van een toelagen *fideïcommis de residuo*, gelet op de verregaande bevoegdheden van de aangewezen *trustees*. Van een bewaarplicht was dan inderdaad ook geen sprake.

654. Hoewel hoger uiteen werd gezet dat een *trust* fundamenteel verschilt van een *fideïcommis de residuo*, toont het oordeel van de rechtbank opnieuw aan dat de Belgische rechtbanken in het verleden principieel bereid waren om de rechtsgeldigheid van buitenlandse *trusts* te erkennen, zij het dat de figuur in kwestie noodzakelijkerwijs diende te worden geassimileerd met een rechtsfiguur die het forum bekend was. Uit het feitencomeplex, zoals dit valt af te leiden uit het vonnis, bleek dat de Belgische rechtsfiguur van het *fideïcommis de residuo* kennelijk inderdaad het dichtst aansloot bij de wensen van de testator. Net zoals de rechtbank te Brussel¹⁹²⁰, bleek ook de rechtbank te Antwerpen bereid om de wensen van de testator zo veel als mogelijk te eerbieden.

(d) *Assimilatie van trust en onrechtstreekse schenking*

Gelijkenissen tussen trust en (onrechtstreekse) schenking

655. De schenking is een (in beginsel eenzijdige) overeenkomst waarbij de éne partij (de schenker) de andere partij (de begiftigde), die aanvaardt¹⁹²¹, geheel om

¹⁹¹⁹ Rb. Antwerpen 4 maart 1971, *Rec.gén.enr.not.* 1971, 251.

¹⁹²⁰ Rb. Brussel 27 november 1947, *Rev.prat.not.b.* 1948, 158, *Pas.* 1948, III, 51.

¹⁹²¹ R. BARBAIX, *Handboek Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 866; W. PINTENS, C. DECLERCK, K. VANWINCKELEN, *Schets van het familiaal vermogensrecht*, Brugge,

niet, *animo donandi*, een voordeel verschaft.¹⁹²² Niettegenstaande artikel 894 BW spreekt van een 'akte' is een schenking een overeenkomst. Hoewel een schenking in beginsel een eenzijdige overeenkomst is, kan zij ook (deels) wederkerig zijn, daar de schenking kan zijn bedongen onder last.¹⁹²³ Verder (*infra*, randnr. 661) wordt de definitie van het juridische schenkingsbegrip nader uitgewerkt.

656. Een onrechtstreekse schenking wordt, zoals de naam reeds doet vermoeden, dan ook beschouwd als een schenkingsvorm.¹⁹²⁴ Hoewel onrechtstreekse schenkingen tevens dienen te voldoen aan de grondvereisten die gelden voor elke schenking¹⁹²⁵, wordt in de Belgische rechtsleer benadrukt dat zij slechts tot stand kunnen komen door middel van rechtshandelingen met een autonoom of *sui generis*-statuut.¹⁹²⁶ De onrechtstreekse schenking wordt zodus gedragen door een rechtshandeling die een voordeel *kan* toekennen om niet, zonder dat dit steeds het geval dient te zijn. Naar Belgisch recht komen daarom traditioneel in aanmerking: de (translatieve) afstand van een recht, de kwijtschelding van een schuld, de betaling van andermans schuld en het beding ten behoeve van een derde¹⁹²⁷.¹⁹²⁸ Bepaalde auteurs voegen daar nog de

die Keure, 2015, 241, 260, 262; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 560 e.v., 629, 635.

¹⁹²² N. TORFS, "Komt de juridische schenking uit het erfrecht nog wel overeen met wat maatschappelijk als een schenking wordt ervaren?", *TEP* 2014, 335 – 336; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 552; A-L. VERBEKE, R. BARBAIX, *Kernbegrippen Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 278; A-L. VERBEKE, R. BARBAIX, *Kernbegrippen erfrecht en giften*, Brugge, die Keure, 2012, 160; R. BARBAIX, *Handboek Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 865 e.v.

¹⁹²³ R. BARBAIX, *Handboek Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 868; W. PINTENS, C. DECLERCK, K. VANWINCKELEN, *Schets van het familiaal vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 259; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 617 – 620.

¹⁹²⁴ Zie algemeen over de onrechtstreekse schenking: B. WAÛTERS, "Onrechtstreekse schenking" in A-L. VERBEKE, F. BUYSENS, H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Schenking*, Gent, Larcier, 2009, 173 – 184.

¹⁹²⁵ Cass. Fr. 23 mei 1973, *J.C.P.* 1975, nr. 17920 (met noot M. DAGOT); R. BARBAIX, N. CARETTE, "Het gewijzigde artikel 124 WLVO. De erfrechtelijke gevolgen van begunstiging bij levensverzekering hertekend", *TEP* 2013, afl. 3, 57 – 58; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 666; R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 890 – 897.

¹⁹²⁶ R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 382; W. PINTENS, C. DECLERCK, K. VANWINCKELEN, *Schets van het familiaal vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 273 – 274; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 666.

¹⁹²⁷ Zie i.h.b. N. CARETTE, "Op welk ogenblik komt een onrechtstreekse schenking via derdenbeding tot stand?" in W. PINTENS, C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2011*, Brugge, die Keure, 2011, 237 – 247; P. MIHAIL, "Family Trust et assurance vie: le riche et le pauvre?" in X (ed.), *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnard*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2008, 213 – 215. Voor het Franse recht, zie: M. GRIMALDI, "Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille", *Déf.* 1994, 737.

¹⁹²⁸ R. BARBAIX, *Handboek Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 891; R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 382.

overschrijving van rekening tot rekening aan toe.¹⁹²⁹ Noteer evenwel dat in het Franse recht de onrechtstreekse schenking breder wordt gedefinieerd dan in België het geval is. Zolang een rechtshandeling op zichzelf geldig is, uitwerking krijgt ongeacht haar oorzaak en niet aanduidt of ze onder kosteloze of bezwarende titel is aangegaan, kan er naar Frans recht sprake zijn van een onrechtstreekse schenking.¹⁹³⁰

657. Met een schenking kan vanzelfsprekend een eigendomsoverdracht ten kosteloze titel ten voordele van een begunstigde worden bewerkstelligd, net zoals het geval kan zijn bij een *trust*. Zoals hoger (*supra*, randnr. 110) reeds werd opgemerkt kunnen *trusts*, *a fortiori* in de private familiale sfeer, worden aangewend om bepaalde personen te begunstigen. Deze situatie wordt zelfs beschouwd als één van de belangrijkste oogmerken waarvoor *trusts* in het leven worden geroepen. In dit kader past het dan ook om nogmaals te verwijzen naar RUDDEN, die de *trust* kwalificeerde als “*essentially a gift*” (zie *supra*, randnr. 110). Daarmee is evenwel nog niet gezegd dat het begrip “*gift*” zoals het door RUDDEN wordt aangewend, althans beschouwd vanuit een continentaalrechtelijk perspectief, per definitie mag worden opgevat als gift of schenking in de strikt juridische zin.¹⁹³¹

658. Volgens bepaalde auteurs vertonen sommige *trusts* evenwel opvallende gelijkenissen met de begunstiging via levensverzekering.¹⁹³² Vooraleer een begunstiging bij levensverzekering kan worden gekwalificeerd als een onrechtstreekse schenking is eerst vereist dat de constitutieve voorwaarden voor iedere schenking aanwezig zijn, i.e. een verarming van de schenker en een correlatieve verrijking van de begunstigde en de vereiste *animus donandi*. Levensverzekeringen die zijn aangegaan uit voorzorg of in uitvoering van een natuurlijke verbintenis kunnen aldus niet worden gekwalificeerd als schenking, daar de vereiste *animus donandi* ontbreekt.¹⁹³³ Indien er wel een onrechtstreekse schenking voorligt, valt op dat de schenkingsverhouding tussen de bedinger/verzekeringnemer en de begunstigde op zichzelf genomen geen overeenkomst is.¹⁹³⁴ Er komt tussen deze personen immers geen overeenkomst tot stand. Er ligt daarentegen een beding ten behoeve van een derde voor, waarbij de begunstigde een voordeel verkrijgt dankzij de bedinger/verzekeringnemer. De

¹⁹²⁹ W. PINTENS, C. DECLERCK, K. VANWINCKELEN, *Schets van het familiaal vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 276 – 277; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 671 – 672; R. BARBAIX, *Handboek Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 892; H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Herentals, Knops, 2015, 248.

¹⁹³⁰ R. BARBAIX, *Handboek Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 890 – 891; R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 382; A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, Parijs, Sirey, 1946, 285p.

¹⁹³¹ Dit is trouwens ook de visie van sommige Engelse auteurs, die de *trust* onderscheiden van het begrip “*gift*” naar Engels recht, zie: P.S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity and Trusts*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016, 46 – 48.

¹⁹³² P. MIHAIL, “Family Trust et assurance vie: le riche et le pauvre?” in X (ed.), *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnard*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2008, 203 – 223.

¹⁹³³ R. BARBAIX, N. CARETTE, “Het gewijzigde artikel 124 WLVO. De erfrechtelijke gevolgen van begunstiging bij levensverzekering hertekend”, *TEP* 2013, afl. 3, 59 – 60.

¹⁹³⁴ *Ibid*, 59.

begunstigde heeft evenwel slechts een recht ten aanzien van de belover/verzekeraar. Het recht dat de begunstigde verkrijgt is economisch toe te schrijven aan het vermogen van de bedinger/verzekeringnemer. Indien de voorwaarden voor een schenking daadwerkelijk vervuld zijn, verklaart dit gegeven dan ook waarom in een dergelijk geval een onrechtstreekse schenking voorligt.

Prima facie lijkt deze redenering ook op te gaan voor bepaalde trustverhoudingen. Hoewel er geen overeenkomst bestaat tussen *settlor* en *beneficiary*, valt wel een vergelijkbare triangulaire verhouding te ontwaren. Bovendien is de bevoordeling die de *beneficiary* geniet economisch te wijten aan de *settlor*.¹⁹³⁵

659. Opvallend is tot slot dat ook bepaalde Belgische auteurs stellen dat door middel van een introductie van een vorm van fiduciaire eigendom ten titel van beheer ook 'onrechtstreekse schenkingen' zouden kunnen worden bewerkstelligd.¹⁹³⁶

Verschillen tussen trust en (onrechtstreekse) schenking

660. Bekeken vanuit een Frans en Belgisch perspectief bestaan er in beginsel twee soorten giften: de schenkingen en de legaten (artikel 893 CC, artikel 893 BW).¹⁹³⁷ Bepaalde Belgische rechtsleer rekent hiertoe tevens de contractuele erfstellingen.¹⁹³⁸ Van groot belang voor het onderscheid tussen schenkingen en legaten is het inzicht dat schenkingen rechtshandelingen onder de levenden zijn, daar waar legaten rechtshandelingen ter zake des doods uitmaken.¹⁹³⁹ Een *trust* kan dit onderscheid nochtans doorkruisen, aangezien er zowel sprake kan zijn van een *inter vivos trust* als van een *testamentary trust*. Aldus moet worden opgemerkt dat de assimilatie van een *trust* met eender welke schenkingsvorm niet steeds mogelijk zal zijn, maar steeds zal afhangen van de concrete trustvorm die voorligt. In de rechtsleer wordt overigens aangegeven dat middels een beroep op een middels het IPR erkende buitenlandse rechtsfiguur desgevallend toch een 'gift' kan

¹⁹³⁵ Zie nog over deze link: R. BARBAIX, N. CARETTE, "Het gewijzigde artikel 124 WLVO. De erfrechtelijke gevolgen van begunstiging bij levensverzekering hertekend", *TEP* 2013, afl. 3, 69 – 70; A-L. VERBEKE, "Trusts in Belgie: liaisons dangereuses", *TPR* 2012, 699 – 700.

¹⁹³⁶ M.E. STORME, *Handboek Vermogensrecht: goederen en insolventierecht*, Gent – Mariakerke, 2010, 51, beschikbaar op: <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/vermogensrecht2010I.pdf>

¹⁹³⁷ F. LEFEBRE (ed.), *Successions et libéralités*, Levallois, Francis Lefebvre, 2014, 185; M. GRIMALDI (ed.), *Droit patrimonial de la famille*, Parijs, Dalloz, 2014, 806; P. DELNOY, P. MOREAU, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil*, Brussel, Larcier, 2016, 15 – 17; P. MALAURIE, C. BRENNER, *Les successions – Les libéralités*, Parijs, LGDJ, 2014, 153 e.v.

¹⁹³⁸ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 553; R. BARBAIX, *Handboek Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 717; P. DELNOY, P. MOREAU, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil*, Brussel, Larcier, 2016, 17.

¹⁹³⁹ R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 367; A-L. VERBEKE, R. BARBAIX, *Kernbegrippen Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 279.

worden bewerkstelligd, ook al kent het Belgische recht deze begiftigingsvorm niet.¹⁹⁴⁰

661. Met betrekking tot de schenking dient steeds te worden vertrokken vanuit het fundamentele uitgangspunt dat een schenking, als gift, twee constitutieve bestanddelen heeft: een materieel element dat bestaat uit de (zakelijke¹⁹⁴¹) verarming van de schenker en de correlerende verrijking van de begiftigde, en een intentioneel element dat bestaat uit de intentie van de schenker om te begiften, de *animus donandi*.¹⁹⁴² De daadwerkelijke aanwezigheid van het materieel element impliceert bovendien dat er een direct verband dient te bestaan tussen de verarming van de schenker en de verrijking van de begiftigde. Dit direct verband houdt evenwel niet in dat de verarming en de verrijking aan elkaar gelijk dienen te zijn. Vandaar dat het verband slechts correlatief dient te zijn.¹⁹⁴³ Ook dient de verarming dadelijk te zijn. Hiermee wordt bedoeld dat het recht op de zaak dadelijk dient over te gaan. Het is niet strikt vereist dat de uitoefening van dit recht of het bezit van de zaak ook dadelijk overgaan.¹⁹⁴⁴ Tot slot is vereist dat de verrijking en de verarming, en dus de schenking zelf, in beginsel (versterkt) onherroepelijk

¹⁹⁴⁰ R. BARBAIX, *Handboek Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 719.

¹⁹⁴¹ Vereist wordt immers dat de schenker zich heeft verarmd met een vermogensbestanddeel. DEKKERS maakt in dit verband een onderscheid tussen "dienstengiften" en "kapitaalgiften". Vanuit historisch perspectief was slechts die laatste categorie van belang voor de wetgever, daar de eerste bekommernis van de wetgever lag op het in stand houden van het familiepatrimonium. "Dienstengiften" waren in die optiek een te verwaarlozen risico. Gelet op de wijzigende sociale en economische omstandigheden ligt dit onderscheid in de rechtsleer onder vuur.

Zie: N. TORFS, "Komt de juridische schenking uit het erfrecht nog wel overeen met wat maatschappelijk als een schenking wordt ervaren?", *TEP* 2014, 334 – 343; R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 330; P. DELNOY, P. MOREAU, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil*, Brussel, Larcier, 2016, 15; R. DEKKERS, H. CASMAN, *Handboek Burgerlijk Recht, deel IV. Huwelijksstelsels – Erfrecht – Giften*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 521.

¹⁹⁴² R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 333; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 55; E. SPRUYT, "De schenking: het paradepaard van de successieplanning, Deel I", *AFT* 2008, afl. 8 – 9, 20; P. DELNOY, P. MOREAU, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil*, Brussel, Larcier, 2016, 15 – 16; H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Herentals, Knops, 2015, 236.

¹⁹⁴³ Zie bv. H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Herentals, Knops, 2015, 237.

¹⁹⁴⁴ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 555 – 556.

zijn¹⁹⁴⁵: *donner et retenir ne vaut*. Bovendien kan nogmaals worden vermeld dat de schenking een (in beginsel eenzijdige) overeenkomst vormt.¹⁹⁴⁶

662. Een nadere analyse of een *trust* kan worden beschouwd als een schenking, ongeacht om welke schenkingsvorm het gaat, kan worden onderverdeeld in twee niveau's. Enerzijds een algemeen niveau, waar het schenkingsbegrip wordt afgetoetst aan de trustfiguur op zichzelf genomen, en anderzijds op een meer specifiek niveau, waar verschillende trustvormen van elkaar worden onderscheiden en waar bovendien rekening gehouden wordt met het 'raketlanceerdermodel' dat zowel in het Haagse Trustverdrag als het Belgische WIPR wordt gehanteerd.

Aangezien de vraag of een *trust* vanuit het perspectief van *civil law*-landen een schenking impliceert verder nog afzonderlijk in aanmerking zal worden genomen, wordt hier slechts ingegaan op de analyse op het algemene niveau, daar deze bespreking hier volstaat. Het gaat hier immers om de vraag of de trustverhouding zélf kan worden beschouwd als een schenking. Deze analyse wordt verderop hernomen en uitgebreid met een analyse op een meer specifiek niveau, waar de belangrijkste onderscheiden trustvormen, alsook de gevolgen van het hanteren van het 'raketlanceerdermodel' in de analyse worden betrokken (zie *infra*, randnr. 921 e.v.). Zowel de hier gemaakte analyse als de verder gemaakte analyses, hebben overigens ook fiscaalrechtelijke consequenties (zie *infra*, randnr. 1069 e.v., 1122 e.v. en 1136 e.v.).

¹⁹⁴⁵ Op zich is deze regel logisch, aangezien de schenking als overeenkomst steeds bindende kracht geniet en daardoor principieel onherroepbaar is door één enkele partij bij de overeenkomst (zie art. 1134 BW). In het geval van schenkingen wordt in de rechtsleer echter gewag gemaakt van een 'versterkte versie' van onherroepbaarheid. Deze versterkte versie van de onherroepbaarheid houdt in dat de schenker zich niet door het opleggen van enige last of modaliteit het recht mag voorbehouden om de schenking later ongedaan te maken of om de schenking uit te hollen (zie art. 894 BW. Voor een aantal wettelijke toepassinggevallen, zie: art. 943 – 946 BW).

Nochtans kan de onherroepelijkheid evenmin absoluut worden opgevat, daar er bijvoorbeeld bijzondere regels gelden voor schenkingen tussen echtgenoten die niet in een huwelijkscontract werden opgenomen (art. 1096 BW) en laat artikel 953 BW toe om schenkingen te herroepen wegens het niet vervullen van een voorwaarde of wegens ondankbaarheid.

Zie: R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 370 – 374; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 555 – 556; M. COENE, "Art. 943 BW" in M. COENE, J. DU MONGH, N. GEELHAND (eds.), *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2002, losbl., 8p; P. DELNOY, P. MOREAU, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil*, Brussel, Larcier, 2016, 64 – 65; H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Herentals, Knops, 2015, 239 – 241.

Voor Frankrijk: H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, L. LEVENEUR, S. LEVENEUR, *Successions – Libéralités*, Parijs, Montchrestien, 1999, 679: "[...] mais que la donation soumise à une irrévocabilité renforcée – au deuxième degré [...]"; D. GUÉVEL, *Droit des successions et des libéralités*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 189 – 191.

¹⁹⁴⁶ R. BARBAIX, *Handboek Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 865 – 866; R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 367; P. DELNOY, P. MOREAU, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil*, Brussel, Larcier, 2016, 17.

663. Op het algemene niveau kan meteen worden opgemerkt dat een *trust* zelf niet kan worden beschouwd als een overeenkomst. De idee dat een *trust* kan gelden als een ‘*contract*’ wordt klassiek ook verworpen in de Engelse en Amerikaanse literatuur. Hoger (*supra*, randnr. 145 e.v. en 323 e.v.) werd in dat verband uitvoerig ingegaan op de vraag of een *trust* kan worden beschouwd als een overeenkomst, vanuit het perspectief van *common law*-systemen. Daarbij kon worden opgemerkt dat vooral LANGBEIN een voorstander bleek te zijn van deze zienswijze. Het standpunt van LANGBEIN in dit verband werd hoger evenwel verworpen. Het is in dit opzicht tevens verhelderend om voor ogen te houden dat de door LANGBEIN ontwaarde ‘*trust deal*’ in de eerste plaats een *deal* is tussen de *settlor* en de *trustee* omtrent de wijze waarop de onder trustverband gebrachte goederen dienen te worden beheerd. In het geval van een (rechtstreekse) schenking zou daarentegen normaliter kunnen worden verwacht dat de overeenkomst zou gelden tussen de schenker en de begiftigde(n), i.e. de *settlor* en de *beneficiary* of *beneficiaries* van de *trust*. Echter, in de door LANGBEIN vooropgestelde visie maken de *beneficiaries* als zodanig geen deel uit van de *trust deal*. Nochtans zijn het in het geval van een *breach of trust* wel deze laatste(n) en niet de *settlor* die in de regel *standing* hebben om de *trustee* in rechte aan te spreken in het geval deze laatste zijn of haar verplichtingen niet nakomt. De normatieve claim van LANGBEIN bestond er in feite in dat dergelijke standing (ook) aan de *settlor* zou moeten toekomen (zie *supra*, randnr. 326).

664. Nochtans hoeft het loutere feit dat de *beneficiaries* als zodanig geen partij zijn bij de – beweerde – overeenkomst tussen *settlor* en *trustee* niet *an sich* problematisch te zijn. Indien de onrechtstreekse schenking de vorm kan aannemen van een beding ten behoeve van een derde, dan zou het kunnen volstaan indien de verhouding tussen *settlor* en de *trustee* van contractuele aard was. Ook deze kwalificatie dient evenwel te worden verworpen. Hoger (*supra*, randnr. 241) werd er in dit verband op gewezen dat de *settlor* na de trustcreatie, althans in die hoedanigheid, in beginsel geen rol meer te spelen heeft. Weliswaar kan de *settlor* zich – mede afhankelijk van het van toepassing zijnde trustrecht – een aanzienlijk aantal *powers* voorbehouden. Er blijft in dit geval wel een rechtsverhouding tussen de *settlor* en de *trustee* bestaan, maar vanuit een *common law*-perspectief is er nog steeds geen sprake van een overeenkomst. Nochtans is dit voor het bestaan van een beding ten behoeve van een derde principieel vereist.¹⁹⁴⁷

Wat evenwel geen vereiste (meer) zou (mogen) vormen is de accessoriteit van het derdenbeding.¹⁹⁴⁸ Het derdenbeding kan zodoende op zichzelf bestaan en dient niet te worden ingebed in een ruimere overeenkomst die werd gesloten tussen de bedinger en de belover. In de Belgische rechtsleer wordt evenwel soms nog de tegenovergestelde opvatting verdedigd.¹⁹⁴⁹ In het geval de *trust* zou kunnen worden beschouwd als een derdenbeding, is dus geen ruimere inbedding in een

¹⁹⁴⁷ N. CARETTE, *Derdenbeding*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 227, 625.

¹⁹⁴⁸ *Ibid*, 226 – 229.

¹⁹⁴⁹ R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops, 2015, 133; A. VAN ZANTBEEK, “Trust een marginaal juridisch fenomeen?”, *TFR* 2012, afl. 415, 116.

obligatoire relatie tussen *settlor* en *trustee* vereist. Echter, aangezien een derdenbeding wel het bestaan van een contractuele relatie tussen de bedinger en de belover vereist, volgt hieruit dat deze beide partijen in een daadwerkelijke contractuele verhouding staan tot elkaar met alle gevolgen van dien.¹⁹⁵⁰ Zo kunnen zowel de bedinger als de belover de nietigheid vorderen van de tussen hen bestaande contractuele verhouding (de dekkingsverhouding) en kan óók (i.e. naast de begunstigde) de bedinger de belover in rechte aanspreken tot de nakoming van de door hem aangegane verbintenissen¹⁹⁵¹.

665. Wanneer het beding ten behoeve van een derde specifiek wordt beschouwd in het licht van zijn wezen als een onrechtstreekse schenking, valt – *prima facie* – een anomalie te ontwaren. Zowel in België¹⁹⁵² als in Frankrijk¹⁹⁵³ verkrijgt de begunstigde onmiddellijk een vorderingsrecht vanaf het ogenblik dat de overeenkomst tussen de bedinger en de belover geldig gesloten is. In Nederland wordt daarentegen op grond van artikel 6:253, eerste lid NBW aangenomen dat de aanvaarding door de derde-begunstigde constitutief is voor het ontstaan van diens recht.¹⁹⁵⁴ In de Frans-Belgische opvatting is de aanvaarding van de begunstigde vooral van belang voor het bevestigen en kristalliseren van de aan deze laatste toegekende rechten.¹⁹⁵⁵ Na de aanvaarding wordt het recht immers onherroepbaar. Nochtans hebben wij zopas uiteengezet dat de aanvaarding vanwege de begunstigde een constitutief bestanddeel vormt van iedere schenking.¹⁹⁵⁶ In de rechtsleer worden daarom verschillende standpunten verdedigd aangaande de vraag wanneer de schenking in het geval van een derdenbeding tot stand komt.¹⁹⁵⁷

¹⁹⁵⁰ N. CARETTE, *Derdenbeding*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 626.

¹⁹⁵¹ *Ibid*; N. CARETTE, "Derdenbedingen" in G.L. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRYIN, B. TILLEMANN, A-L. VERBEKE (eds.), *Gemeenrechtelijke Clausules Vol. I*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 866.

¹⁹⁵² GwH 26 juni 2008, *T.Not.* 2008, 584 (met noot C. SCHOKAERT); N. CARETTE, *Derdenbeding*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 433 – 434.

¹⁹⁵³ P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Parijs, LGDJ, 2013, 416.

¹⁹⁵⁴ G.R.B. VAN PEURSEM, *Enige juridische aspecten van de overeenkomst met derdenbeding naar huidig en nieuw BW*, Deventer, FED, 1990, 40 – 41; A.S. HARTKAMP, C.S. SIEBURG, *Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht* in *C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2010, 480.

¹⁹⁵⁵ N. CARETTE, *Derdenbeding*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 485.

¹⁹⁵⁶ Zie tevens: R. BARBAIX, *Handboek Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 866.

¹⁹⁵⁷ Volgens een eerste strekking komt de schenking pas tot stand vanaf de aanvaarding vanwege de begunstigde, zie: E. DE WILDE D'ESTMAEL, "La disqualification d'un contrat d'assurance en un produit d'épargne: conséquences en matière de donation", *Rev.not.b.* 2003, 253 – 255; N. TORFS, "Levensverzekering en erfrecht. Stand van zaken na het arrest van het Grondwettelijk Hof van 16 december 2010" (noot onder GwH 16 december 2010), *TBBR* 2011, 218. Voor Frankrijk: A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, Parijs, Sirey, 1946, 234 e.v.

Volgens een tweede strekking is de aanvaarding van de begunstigde steeds vereist, maar dient hieraan een retroactieve werking te worden toegekend, zodat de schenking met terugwerkende kracht wordt gevalideerd, zie: M. PUELINCKX-COENE, "Overzicht van rechtspraak: giften (1985 – 1992)", *TPR* 1994, 1730.

Volgens een derde strekking ontstaat de schenking reeds vanaf de datum waarop het derdenbeding geldig werd bedongen, zie: B. WAÛTERS, "Onrechtstreekse schenking/Derdenbeding/Levensverzekering" in A-L. VERBEKE, F. BUYSENS, H. DERYCKE

Met CARETTE dient echter te worden vastgesteld dat, zelfs indien wordt aangenomen dat er reeds een onrechtstreekse schenking ontstaat vanaf het ontstaan van het derdenbeding zelf, dit niet leidt tot onoverkomelijke problemen, daar de uiteindelijke aanvaarding (of verwerping) vanwege de begunstigde *an sich* een voldoende beschermingsdam vormt.¹⁹⁵⁸

Een gelijkaardige 'anomalie' kan eveneens worden aangetroffen in het geval van een *trust*, zij het dat er in een trustverhouding helemaal geen 'aanvaarding' vanwege de *beneficiaries* wordt vereist, ook niet op termijn of teneinde diens rechten onder de trustverhouding te fixeren. Hetzelfde geldt bovendien ook in het geval van een Franse *fiducie*.¹⁹⁵⁹ In *common law*-systemen wordt gesproken over een *equitable interest* "[which] arises with the beneficiary"¹⁹⁶⁰, "[which] is vested with the beneficiary"¹⁹⁶¹ of dat "is acquired by the beneficiary"¹⁹⁶². Slechts één auteur spreekt over een *transfer* van het *equitable interest* vanwege de *settlor* aan de *beneficiary*, maar verbindt hier voor het overige kennelijk geen gevolgen aan, zodat deze 'overdracht' geenszins dient als een verklaringsmodel.¹⁹⁶³ Bij de idee dat de *settlor* het *equitable interest* zou overdragen aan de *beneficiary* vallen overigens vraagtekens te plaatsen, aangezien het *equitable interest* slechts ontstaat bij de trustcreatie. Vóór het ontstaan van de trustverhouding werd de

(eds.), *Handboek Estate Planning. Schenking*, Gent, Larcier, 2009, 184; A-L. VERBEKE, "Schenken in het binnen- en buitenland", *TEP* 2006, 380; N. CARETTE, *Derdenbeding*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 775. Voor Frankrijk: H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, L. LEVENEUR, S. LEVENEUR, *Successions – Libéralités*, Parijs, Montchrestien, 1999, 682 – 683.

¹⁹⁵⁸ N. CARETTE, *Derdenbeding*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 776 – 777, 782 – 783.

¹⁹⁵⁹ Het is interessant om op te merken dat de gerechtigdheid van een beneficiaris van een Franse *fiducie* geen partij is bij de daaraan ten grondslag liggende overeenkomst. Artikel 2028 CC stelt in dit verband slechts dat de *fiducie* kan worden herroepen tot op het ogenblik dat de beneficiaris zijn of haar bevoordeling vanwege de *fiducie* heeft aanvaard. In dit opzicht vertoont de Franse *fiducie* dus wel een gelijkenis met het beding ten behoeve van een derde. Uit artikel 2029 CC volgt zelfs dat een weigering vanwege de beneficiaris het fiduciecontract niet noodzakelijk beëindigt indien daartoe in de overeenkomst zelf een regeling voor is voorzien. Zoals verder zal blijken is het echter strijdig met de Franse openbare orde om door middel van een *fiducie* een gift te bewerkstelligen (zie *infra*, randnr. 703).

Zie: B. MALLET-BRICOUT, "The trustee: mainspring, or only a cog, in the French *fiducie*?" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 148 – 149.

¹⁹⁶⁰ D. HAYTON, "'Trusts' in Private International Law" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 22; N. EASTAWAY, J. KIMBER, I. RICHARDS, *Tax Adviser's Guide to Trusts*, 5th Edition, Bloomsbury, West-Sussex, 2016, 3.

¹⁹⁶¹ W. SWADLING, "Chapter 4: General Principles" in A. BURROWS (ed.), *English Private Law*, 3rd edition, Oxford, Oxford University Press, 2013, 212; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, 8th Edition, Oxford, Routledge, 2015, 58.

¹⁹⁶² P.S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity and Trusts*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016, 485.

De auteurs zeggen echter niet van wie de *beneficiary* dit recht zou hebben verkregen, zodat er van kan worden uitgegaan dat de auteurs het hebben over een 'verwerving' in de abstracte zin.

¹⁹⁶³ A. HUDSON, *Equity and Trusts*, 8th Edition, Oxford, Routledge, 2015, 51.

settlor immers niet gezien als titularis van zowel een *legal title* als een *equitable interest* dat bij de trustcreatie zou worden 'gesplitst' (zie *supra*, randnr. 294 – 295).

Hoewel de exacte formulering binnen de *common law*-literatuur op dit punt uiteenlopend kan zijn, is het hier in de eerste plaats nuttig om op te merken dat deze literatuur in de regel amper aandacht lijkt te besteden aan de vraag *hoe* het *equitable interest* in feite bij de *beneficiary* terecht komt. Er wordt in dit verband alleszins geen gewag gemaakt van enige aanvaarding.¹⁹⁶⁴ Een dergelijke aanvaarding is dan ook helemaal niet vereist.¹⁹⁶⁵ Zoals reeds werd aangehaald, blijken verschillende auteurs er ook verschillende visies op na te houden over hoe het *equitable interest* ontstaat of bij de *beneficiary* kan terecht komen. Voor de fijnbesnaarde *civil law*-jurist komen redeneringen gekunsteld over, gelet op de afwezigheid van een eenduidig conceptueel verklaringsmodel dat aangeeft hoe het *equitable interest* dan net 'ontstaat' in hoofde van de *beneficiary*.

In de Engelse rechtspraak en rechtsleer wordt overigens aangenomen dat het *equitable interest* niet afzonderlijk bestaat wanneer een persoon de *legal title* van een goed aanhoudt ten behoeve van zichzelf. Het *equitable interest* ontstaat pas van zodra een rechtshandeling wordt gesteld die het *equitable interest* doet ontstaan in hoofde van de *beneficiaries*. De *settlor* kan dus als zodanig geen *equitable interest* 'overdragen' aan de *beneficiaries*.¹⁹⁶⁶

666. Wat hier ook van zij, op een fundamenteel niveau dient te worden vastgesteld dat er bij een (onrechtstreekse) schenking steeds een meezijdige rechtshandeling voorhanden is, waarvan de begunstigde vroeg of laat deel van zal gaan uitmaken, door middel van een door deze laatste uitgedrukte wil. Dit is voor de creatie en de werking van een *common law trust* evenwel niet vereist. Hoewel de *common law*-systemen kennelijk het concept 'rechtshandeling' (of enige tegenhanger daarvan) niet kennen, kan, wanneer de situatie wordt beschouwd door

¹⁹⁶⁴ Al stellen bepaalde auteurs wel dat uit het loutere feit dat de *beneficiary* zijn of haar *equitable interest* niet verwerpt, een soort 'stilzwijgende aanvaarding' kan inhouden. Een dergelijk stilzitten kan evenwel niet worden beschouwd als het equivalent van een juridische 'aanvaarding' in de continentaalrechtelijke zin. Zie: P.S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity and Trusts*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016, 486.

¹⁹⁶⁵ D. HAYTON, "Trusts" in Private International Law" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, Vol. 366, Leiden, Nijhoff, 2013, 22; W.J. ZWALVE, *C.A.E. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Deventer, Tsjeenk Willink, 2000, 311. De *beneficiary* kan zijn of haar *equitable interest* wel verwerpen. Zie: P.S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity and Trusts*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016, 486; W.J. ZWALVE, *C.A.E. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Deventer, Tsjeenk Willink, 2000, 313.

¹⁹⁶⁶ *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington LBC* [1996] AC 669; P.S. DAVIES, G. VIRGO, *Equity and Trusts*, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016, 55.

In de woorden van Lord BROWNE-WILKINSON in de geciteerde zaak: "A person solely entitled to the full beneficial ownership of money or property, both at law and in equity, does not enjoy an equitable interest in that property. The legal title carries with it all rights. Unless and until there is a separation of the legal and equitable estates, there is no separate equitable title."

Zie hierover tevens: W. SWADLING, "Trusts and Ownership: A Common Law Perspective", *ERPL* 2016, 966 – 967.

de bril van een *civil law*-systeem, enkel worden vastgesteld dat de *beneficiary* géén betrokken partij is bij de 'rechtshandeling' die door de *settlor* wordt gesteld bij de trustcreatie. Noch dient de *beneficiary* nadien over te gaan tot een wilsuïting om hierbij betrokken partij te worden. Hieruit volgt ook, opnieuw, dat er geen sprake kan zijn van een overeenkomst tussen de *settlor* en de *beneficiary*. Waar geen overeenkomst is, kan ook geen schenking zijn.¹⁹⁶⁷

Tegen een kwalificatie als beding ten behoeve van een derde spreekt bovendien dat de *settlor* zichzelf via een *declaration of trust* de hoedanigheid van *trustee* kan verschaffen ten voordele van één of meerdere *beneficiaries*. In een dergelijk geval kan van enige onderliggende overeenkomst tussen een 'belover' en een 'bedinger' geen sprake zijn, daar de *settlor* bezwaarlijk kan worden geacht in een dekkingsverhouding te staan met zichzelf. Ook bij een *declaration of trust* is geen aanvaarding vanwege de *beneficiary* vereist, zodat ook hier geen overeenkomst voorhanden kan zijn.¹⁹⁶⁸ Indien de *settlor* en de *trustee* wel degelijk afzonderlijke personen zijn, is er evenmin een blijvende verbintenisrechtelijke verhouding voorhanden, zodanig dat er mogelijk geen dekkingsverhouding bestaat (zie i.h.b. *infra*, randnr. 682).

667. Tot slot kan nog worden gewezen op het gegeven dat een *trust* herroepbaar van aard kan zijn. Een trustverhouding is immers slechts in beginsel *non-revocable*, maar van dit uitgangspunt kan door de *settlor* vrijelijk worden afgeweken. Dit gegeven spoort geenszins met de principiële (versterkte) vorm van onherroepelijkheid die aan schenkingen wordt toegeschreven. De principiële vorm van onherroepelijkheid bij *trusts* blijkt immers gewoon een *default rule* of regel van aanvullend recht te zijn, hetgeen geenszins het geval is voor de analoge regel die geldt voor schenkingen (zie *supra*, randnr. 661). Bovendien kan de *settlor* zich de bevoegdheid voorbehouden om de voorwaarden waaronder de *trust* opereert, te wijzigen na het instellen ervan. Ook de mogelijkheid die de *settlor* geniet om zich dergelijke bevoegdheden voor te behouden, strijdt met de principiële onherroepbaarheid van schenkingen.

¹⁹⁶⁷ Zie ook: P. DE PAGE, "Évolutions récentes en matière d'enregistrement et de droits fiscaux de succession", *J.D.F.* 2008, 95 – 96; J.L. JEGHERS, "La difficile intégration du trust anglo-saxon en droit civil belge", *Rev.not.b.* 1991, 320.

Contra: L. WEYTS, "To trust or not to trust: het notariaat geconfronteerd met deze Angelsaksische rechtsfiguur, from the frontdoor to the backdoor", *T.Not.* 2017, 397.

Verder ziet WEYTS, o.i. evenzeer ten onrechte, de trustfiguur als een beding ten behoeve van een derde. Zie: *Ibid*, 398.

Voor Frankrijk: J.P. BÉRAUDO, "Trust", *Rép.intern.* 2012, nr. 9 – 10.

In de Franse rechtspraak zijn tevens gevallen te vinden waar dit gegeven wordt onderkend. Zo kwam het *Tribunal de la Seine* reeds in 1906 tot het oordeel dat een *trust* geen overeenkomst over een niet opengevallen nalatenschap was, daar de *beneficiaries* geen 'partij' waren bij de *trust*. Zie: Trib. Civ. Seine 16 mei 1906, *Rev. Crit. DIP* 1907, 240.

¹⁹⁶⁸ D. HAYTON, "'Trusts' in Private International Law" in *ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, Recueil des Cours, Vol. 366*, Leiden, Nijhoff, 2013, 22.

668. Het standpunt dat een *trust* niet kan worden beschouwd als een (juridische) schenking wordt ook gedeeld door bepaalde Franse¹⁹⁶⁹ en Nederlandse¹⁹⁷⁰ rechtsleer.

Het is daarbij wel zeer interessant om te noteren dat de Nederlandse rechtsleer ter zake niet enkel de kwalificatie als schenking afwijst, maar tevens de kwalificatie als 'gift'.¹⁹⁷¹ Het Nederlandse recht maakt in dit verband een explicieter

¹⁹⁶⁹ Y. LEQUETTE, (De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust entre vifs" (noot onder Cass. Fr. 20 februari 1996), *Recueil Dalloz* 1996, 231; G.A.L. DROZ, "De la réduction des libéralités au moyen d'un trust", *Rev. Crit. DIP* 1996, 692 e.v.; T. VIGNAL (noot onder Cass. Fr. 22 februari 1996), *Déf.* 1997, a. 36457, n° 9; Y. LEQUETTE, "De l'imputation et de la réduction des libéralités à cause de mort réalisées au moyen d'un trust entre vifs" (noot onder Parijs 7 april 1999), *Recueil Dalloz* 1999, nr. 4: "Institution profondément originale, irréductible à tout autre, le trust n'est ni une donation, ni un legs, il est... un trust"; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Parijs, Litec, 2004, 135 – 136; S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 327; G.A.L. DROZ, M. REVILLARD, *Successions*, Jurisclasseur droit international, V° Libéralités, Donations, Trusts, Fasc. 557-30 B, 2015, nr. 79, 98; A contrario M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions*, Paris, Litec, 2001, 792, vn. 115: onder verwijzing naar een arrest van het hof te Parijs, "qui à juste titre, avait assimilé le trust litigieux à un legs" (onderlijning duidt op een nadruk in de tekst door de auteur in kwestie); J-C. GOLDSMITH, "Trusts in France", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 6, 8; J-M. TIRARD, "Trusts and French Gift Tax: The Decision of the French Cour de Cassation of 15 May 2007", *Trust Law International* 2008, 6; M. GORÉ, *L'administration des successions en droit international privé français*, Parijs, Economica, 1994, 69.

In oudere Franse rechtsleer werd een kwalificatie als schenking *sensu stricto* niet geheel afgewezen, daar werd volgehouden dat de *beneficiary* op een later ogenblik kon overgaan tot een aanvaarding, bijvoorbeeld wanneer het trustverband werd beëindigd. Zie: J. DELATTRE, P. TRIPET, "Trust inter vivos irrévocable et succession soumise à la loi française. Considérations civiles et fiscales.", *Jour.Not.* 1981, 525 – 526; T. DE POULPIQUET DE BRESKANVEL, "Le trust inter vivos en droit fiscal français", *Rev.not.b.* 1988, 132 – 133.

Dit laatste standpunt wordt tevens gereflecteerd in het arrest van het *Cour de cassation* in de zaak *Zieseniss*, zie *infra*, randnr. 669 e.v..

Zie evenwel: G.A.L. DROZ, M. REVILLARD, *Successions*, Jurisclasseur droit international, V° Libéralités, Donations, Trusts, Fasc. 557-30 B, 2015, nr. 104 – 106; P. MIHAIL, "Family Trust et assurance vie: le riche et le pauvre?" in X (ed.), *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnard*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2008, 217 – 218; P. MALAURIE, C. BRENNER, *Les successions – Les libéralités*, Parijs, LGDJ, 2014, 234.

¹⁹⁷⁰ A.J. VAN HOEPEN, "Never trust a trust", *WPNR* 2014, 198; E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 94.

Onder het oude Nederlandse recht kwalificeerde VAN MENS de inbreng in een *inter vivos trust* eerst als een schenking onder opschortende voorwaarde. De auteur kwam nadien terug op deze kwalificatie, omwille van het inzicht dat de 'voltooiing' van de schenking in kwestie te wijten was aan de uitoefening door de *trustee* van diens (desgevallend discretionaire) bevoegdheden en zodus niet kon worden toegerekend aan de *settlor*. Zie: K.L.H. VAN MENS, *Civilrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip*, Deventer, Kluwer, 1985, 333; K.L.H. VAN MENS, "Trust en legitieme" in K.L.H. VAN MENS (ed.), L.A. KOELE, A.R. LEEBREIS, N. NOBEL, F.D. ROOSENDAAL, F. SONNEVELDT, *De Anglo-Amerikaanse trust. Civilrechtelijk en fiscaalrechtelijk aspecten*, Deventer, Kluwer, 1991, 14 – 15.

De laatste bemerking van VAN MENS kan o.i. tevens worden beschouwd als een kritiekpunt t.a.v. de in de vorige voetnoot genoemde Franse auteurs die de voltooiing van de schenking bij de daadwerkelijke uitkering van onder trustverband gebrachte goederen ten voordele van de *beneficiary*, toch aan de *settlor* toerekenen.

¹⁹⁷¹ A.J. VAN HOEPEN, "Never trust a trust", *WPNR* 2014, 200 – 203; E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 86 – 95.

onderscheid tussen de rechtsfiguren 'gift' en 'schenking' dan bijvoorbeeld in België het geval is. Daar waar artikel 7:175 NBW de wettelijke definitie van het Nederlandse schenkingsbegrip omvat, verklaart artikel 7:186, eerste lid de wetbepalingen van Titel 3 van Boek 7 NBW van overeenkomstige toepassing op "andere giften dan schenkingen".¹⁹⁷² Een gift wordt in het tweede lid van dezelfde bepaling omschreven als: "iedere handeling die er toe strekt dat degeen die de handeling verricht, een ander ten koste van eigen vermogen verrijkt. Zolang degeen tot wiens verrijking de handeling strekt, de prestatie niet heeft ontvangen, noch daarop aanspraak kan maken, worden handelingen als bedoeld in de eerste volzin niet beschouwd als gift." De afwijzing van de kwalificatie als 'gift' naar Nederlandse maatstaven wordt verder (*infra*, randnr. 934) nog nader geanalyseerd.

Het punt dat wij hier echter willen maken is dat de overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse rechtsleer slechts betrekking heeft op het standpunt dat *trusts* niet als schenking kunnen worden gekwalificeerd. In de Franse rechtspraak en rechtsleer wordt immers nagenoeg eenstemmig aanvaard dat *trusts* kunnen worden beschouwd als een *libéralité*.¹⁹⁷³ Hetzelfde geldt voor wat betreft de Zwitserse rechtsleer, waar de kwalificatie als *libéralité* echter geschiedt op grond van de uitdrukkelijke wettekst van artikel 527 ZBW.¹⁹⁷⁴ Bepaalde Zwitserse rechters en auteurs lijken zelfs wat te voelen voor de kwalificatie van bepaalde *trusts* als schenking.¹⁹⁷⁵ Teneinde elke twijfel volledig uit te sluiten werd in de rechtsleer zelfs opgeroepen om een bijkomende bepaling in te voegen in het Zwitserse Burgerlijk Wetboek, waarbij het onder trustverband plaatsen van

¹⁹⁷² Voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de handeling zich daar niet tegen verzet.

¹⁹⁷³ Parijs 7 april 1999, *Recueil Dalloz* 1999, 683 (met noot Y. LEQUETTE); G.A.L. DROZ, noot onder Parijs 10 januari 1970, *Rev. Crit. DIP* 1971, 529; G.A.L. DROZ, "De la réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust" (noot onder Cass. Fr. 20 februari 1996), *Rev. Crit. DIP* 1996, 692 e.v.; Y. LEQUETTE, "De l'imputation et de la réduction des libéralités à cause de mort réalisées au moyen d'un trust entre vifs" (noot onder Parijs 7 april 1999), *Recueil Dalloz* 1999, 684; J. PATARIN, "Détermination du rang de réduction de libéralités résultant d'un trust, en présence, dans le règlement d'une succession régie par le droit français, de donations entre vifs et de legs postérieurs à la date de constitution du trust", *RTD Civ.* 1999, 682 e.v.; S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 327; G.A.L. DROZ, M. REVILLARD, *Successions*, *Jurisclasseur droit international*, V° Libéralités, Donations, Trusts, Fasc. 557-30 B, 2015, nr. 102 en 106, 147; *A contrario* M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions*, Paris, Litec, 2001, 792, vn. 115.

¹⁹⁷⁴ P. GILLIOZ, N.F. MEYER, "Trusts and Taxation in Switzerland", *Bulletin for International Taxation* 2015, 240; F. GUILLAUME, "Trust, réserves héréditaires et immeubles", *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle* 2009, afl. 1, 38; J. PERRIN, "Le trust à l'épreuve du droit successoral", Genève, Droz, 2006, 233 - 240; L. THÉVENOZ, *Trusts in Switzerland: Ratification of the Hague Convention on Trusts and Codification of the Law of Fiduciary Transfers*, Zürich, Schulthess, 2001, 217 - 219.

¹⁹⁷⁵ R.J. DANON, *Switzerland's direct and international taxation of private express trusts*, Zürich, Schulthess, 2004, 123 -27. Zie ook: Tribunal fédéral Suisse 29 januari 1970 (*Harrison c. Crédit Suisse*), *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral* 1970, II, 79, i.h.b. overweging 7, b) van het arrest, waar het *Tribunal fédéral* de *trust* (gedeeltelijk) assimileert met een schenking.

goederen expliciet kon worden aangemerkt als een *libéralité*.¹⁹⁷⁶ Ten tijde van de ratificatie van het Haagse Trustverdrag heeft de Zwitserse wetgever het niet nodig geacht om een dergelijke bepaling daadwerkelijk in te voeren.

Voorbeelden van assimilatie tussen trust en (onrechtstreekse) schenking

669. Het belangrijkste voorbeeld van een assimilatie tussen een *trust* en een onrechtstreekse schenking is ongetwijfeld het arrest *Zieseniss* van het Franse *Cour de cassation*, dat werd geveld op 20 februari 1996.¹⁹⁷⁷ De feiten die aanleiding gaven tot het arrest waren de volgende: Een weduwe met de Amerikaanse nationaliteit, die in 1965 in Frankrijk overleed, had in 1953 een rechtsgeldige *revocable inter vivos trust* naar het recht van New York opgericht. Daartoe werden een aantal goederen, waaronder aandelen, overgedragen aan een *trustee*, teneinde deze te beheren ten voordele van de *beneficiaries* van de *trust*. Uit de trustakte vloeide voort dat de *settlor* gedurende haar leven *beneficiary* was van de *trust* en dat zodoende alle inkomsten die de trustgoederen genereerden aan haar dienden te worden uitgekeerd. In de trustakte werd tevens gestipuleerd dat het kapitaal diende te worden uitgekeerd aan haar kleinkinderen op het ogenblik van haar overlijden, zo de kleinkinderen de leeftijd van 25 jaar hadden bereikt. Indien zij de noodzakelijke leeftijd nog niet hadden bereikt op het ogenblik van het overlijden van de *settlor* diende het trustkapitaal verder door de *trustee* te worden beheerd, tot op het ogenblik dat aan de tweede voorwaarde werd voldaan.

Echter, nog voor haar overlijden liet de *settlor* de trustakte wijzigen, zodat slechts de kinderen van één van haar zonen overbleven als *beneficiaries in remainder*. De twee dochters van haar andere zoon werden zodoende uitgesloten als *beneficiary*. Bovendien deed zij in 1962 en 1964 nog enkele schenkingen onder de levenden ten voordele van de zoon wiens kinderen nog steeds golden als *beneficiary*. Deze zoon werd tevens aangeduid als algemeen legataris. Het nettoresultaat van al deze verrichten was dat de twee uitgesloten kleindochters, wiens vader reeds was vooroverleden, geheel werden onterfd.

Aangezien Frankrijk de laatste gewone verblijfplaats van de *settlor/decujus* was, was het Franse recht van toepassing op de gehele nalatenschap, die slechts bestond uit roerende goederen. De twee onterfde kleindochters beriepen zich dan ook op de Franse erfrechtelijke reserve, daar de *decujus* het beschikbaar deel overschreden had.

¹⁹⁷⁶ L. THÉVENOZ, *Trusts in Switzerland: Ratification of the Hague Convention on Trusts and Codification of the Law of Fiduciary Transfers*, Zürich, Schulthess, 2001, 219 – 220.

¹⁹⁷⁷ Cass. Fr. 20 februari 1996, *Rev. Crit. DIP* 1996, 692 (met noot G.A.L. DROZ), *RTD Civ.* 1996, 454 (met noot J. PATARIN), *Déf.* 1997, nr. 36457 (met noot T. VIGNAL), *JCP éd. G.* 1996, II, 233 (met noot M. BEHAR-TOUCHAIS). De zaak werd ook reeds besproken in de Belgische rechtsleer, zie: R. BARBAIX, N. CARETTE, "Het gewijzigde artikel 124 WLVO. De erfrechtelijke gevolgen van begunstiging bij levensverzekering hertekend", *TEP* 2013, afl. 3, 69 – 71.

Het is in dit verband interessant om op te merken dat in deze zaak door geen enkele partij werd betwist dat onderbrengen van goederen in een *inter vivos trust* een rechtshandeling was die vatbaar was voor een vordering tot inkorting. Waarover echter wel werd getwist was de volgorde van aanrekening. Daar waar in de normale gang van zaken eerst de schenkingen worden aangerekend op het beschikbaar deel, te beginnen met de oudste schenking en pas vervolgens de legaten, rees in dit verband de vraag waar (en dus niet: of) de *trust* in deze rij thuishoorde. Deze vraag had vooral een praktisch belang, eigen aan de zaak zelf.¹⁹⁷⁸ Ook de geldigheid van de *trust* zelf werd door geen enkele partij in het geding betwist.

670. In eerste aanleg had het *Tribunal de Grande Instance* te Parijs geoordeeld dat, vooraleer er sprake kon zijn van een schenking, er een overeenkomst moest voorliggen die door beide partijen diende te worden aanvaard, nog gedurende hun leven. Het *Tribunal de Grande Instance* stelde echter vast dat van een dergelijke aanvaarding in de zin van artikel 932 CC geen sprake was in de onderhavige zaak. Dit weerhield de rechter er evenwel niet van om de *trust* toch te kwalificeren *de lege fori* aan de hand van het Franse recht: “*le litige porte seulement sur la qualification à donner à la libéralité qu’elle contient, selon la loi française seule applicable en raison du lieu d’ouverture de la succession.*” Gelet op het feit dat de *decurus* door middel van een *trust* had beschikt ten voordele van de *beneficiarissen* voor het tijdstip na haar overlijden én gelet op het feit dat het ging om een *revocable trust*, was het *Tribunal de Grande Instance* dan ook van oordeel dat er slechts sprake kon zijn van “*un legs particulier*”, dat diende te worden ingekort vóór de schenkingen.¹⁹⁷⁹ Deze redenering werd gevolgd door het hof te Parijs in een arrest van 28 september 1993.¹⁹⁸⁰ Ook het hof te Parijs kwam tot het besluit dat er van een schenking geen sprake kon zijn, en zag zichzelf gedwongen om de *trust* te kwalificeren als een testamentaire beschikking. Interessant aan beide uitspraken is trouwens dat zowel het *Tribunal de Grande Instance* als het hof te Parijs spraken over “*le contrat de trust*”.¹⁹⁸¹ Vermoedelijk duiden zij hiermee op de overeenkomst die, in hun visie, bestond tussen de *settlor* en de *trustee*.

671. In een arrest van 20 februari 1996 casseerde het *Cour de cassation* het arrest van het hof te Parijs. Volgens het *Cour de cassation* kon de *trust* niet worden gekwalificeerd als een legaat, maar diende de *trust* daarentegen wel te worden

¹⁹⁷⁸ Het bleek immers zo te zijn dat de geschonken goederen – het ging om een aantal kunstwerken – in 1962 en 1964 meer waard waren dan de goederen die onder trustverband werden gebracht. De bevoordeelde erfgenamen wensten daarom dat de onder trustverband gebrachte goederen eerst zouden worden aangerekend op het beschikbaar deel. Zie: S. GODECHOT, *L’articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 331; Y. LEQUETTE, (De l’ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d’un trust entre vifs” (noot onder Cass. Fr. 20 februari 1996), *Recueil Dalloz* 1996, nr. 6.

¹⁹⁷⁹ Y. LEQUETTE, “De l’ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d’un trust entre vifs” (noot onder Cass. Fr. 20 februari 1996), *Recueil Dalloz* 1996, nr. 7.

¹⁹⁸⁰ Parijs 28 september 1993, *Recueil Dalloz* 1993, 228; J-C. GOLDSMITH, “Trusts in France”, *Trusts & Trustees* 1996, afl. 6, 9; J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 360.

¹⁹⁸¹ S. GODECHOT, *L’articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 332.

gekwalficeerd als: "*une donation indirecte qui, ayant reçu effet au moment du décès de la donatrice par la réunion de tous ses éléments*". Deze onrechtstreekse schenking werd volgens het *Cour de cassation* dus pas voltooid op het ogenblik van het overlijden van de *settlor*. Uit deze gegevens leidde het *Cour de cassation* af dat het bepaalde in (toenmalig) artikel 926 CC niet van toepassing was op de *trust* (i.t.t. artikel 923 CC). De *trust* diende dan ook te worden ingekort ná eventuele legaten, maar vóór eventuele schenkingen.¹⁹⁸² Daarmee verkrijgt de *trust* een afzonderlijke positie in de gewoonlijke rangorde.¹⁹⁸³

672. Het arrest gaf aanleiding tot veel discussie in de Franse rechtsleer. Bepaalde auteurs voelden veel meer voor de kwalificatie die feitenrechters hadden gegeven aan de *trust* in kwestie.¹⁹⁸⁴ Andere auteurs wezen er op dat er van een schenking geen sprake kon zijn.¹⁹⁸⁵ DROZ merkte in dit verband op dat: "*La cour d'appel puis la Cour de cassation sont tombées dans le travers de vouloir « habiller à la française » une institution qui ne pouvait être ni un legs ni une donation indirecte car elle était un trust, institution inconnue du droit français, inclassable dans ses catégories mais dont la validité doit être reconnue des lors qu'elle est conforme à la loi [...]*".¹⁹⁸⁶ De auteur geeft hiermee terecht aan dat het *ex ante* een zinloze oefening is om de *trust* trachten onder te brengen in een categorie van giften die het Franse (of het Belgische) recht daadwerkelijk kent. Er zullen immers steeds elementen kunnen worden aangetroffen die niet stroken met de aan de *trust* gegeven kwalificatie. Hoger (*supra*, randnr. 660 e.v.) werd reeds gewezen op deze verschillen. De assimilatie van een *trust* met een onrechtstreekse schenking toont opnieuw aan dat deze techniek tot een dubbele verstoring leidt: enerzijds wordt de *trust* in kwestie – binnen de context van een welbepaald geschil – gereduceerd tot iets wat zij niet is. Anderzijds bestaan er fundamentele problemen met de kwalificatie als onrechtstreekse schenking, aangezien een rechtsverhouding die geen overeenkomst is, die herroepelijk is en die toekomstige goederen betreft, wordt aanschouwd als een (rechtsgeldige) schenking.

¹⁹⁸² J. PATARIN, "Détermination du rang de réduction de libéralités résultant d'un trust, en présence, dans le règlement d'une succession régie par le droit français, de donations entre vifs et de legs postérieurs à la date de constitution du trust", *RTD Civ.* 1999, 682 – 683; G.A.L. DROZ, "De la réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust" (noot onder Cass. Fr. 20 februari 1996), *Rev. Crit. DIP* 1996, 682 e.v.

¹⁹⁸³ BÉRAUDO en TIRARD wijzen er – o.i. ten onrechte – op dat ook de datum (28 september 1962) waarop de *settlor* de trustakte wijzigde ten nadele van de twee onterfde kleinkinderen kon worden beschouwd als datum waarop de bevoordeelde kleinkinderen definitief werden begiftigd. In dat geval zouden de schenkingen die later hebben plaatsgevonden eerder dienen te worden ingekort dan de *trust*. Zie: J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 360.

¹⁹⁸⁴ M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions*, Paris, Litec, 2001, 792, vn. 115; J. PATARIN, Noot onder Parijs 28 september 1993, *RTD Civ.* 1994, 401.

Cf. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, L. LEVENEUR, S. LEVENEUR, *Successions – Libéralités*, Parijs, Montchrestien, 1999, 263; G.A.L. DROZ, M. REVILLARD, *Successions, Jurisclasseur droit international, V° Libéralités, Donations, Trusts*, Fasc. 557-B, 2015, nr. 98.

¹⁹⁸⁵ Zie de auteurs genoemd in voetnoot 1969.

¹⁹⁸⁶ G.A.L. DROZ, "De la réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust" (noot onder Cass. Fr. 20 februari 1996), *Rev. Crit. DIP* 1996, 682 e.v.

673. Op 7 april 1999 velde het hof te Parijs een nieuw arrest in deze zaak.¹⁹⁸⁷ Het hof besteedde in zijn analyse vooral aandacht aan het feit dat het een *revocable trust* betrof. Het hof kende aan de *trust* uiteindelijk, en vooral om de zonet aangehaalde reden, dezelfde rangorde toe aan de *trust* die ook reeds voortvloeide uit het eerdere arrest van het *Cour de cassation*, zonder echter expliciet te spreken van een onrechtstreekse schenking. Het hof contrasteerde daarbij de oprichting van een *revocable trust* met de begunstiging via levensverzekering.¹⁹⁸⁸ Het arrest werd later opnieuw gecasseerd door het *Cour de cassation*, zij het om redenen die voor deze discussie niet van belang zijn.¹⁹⁸⁹

674. De assimilatie van een *trust* met een onrechtstreekse schenking werd in 2007 door het *Cour de cassation* hernomen in de zaak *Tardieu de Maleyssie*.¹⁹⁹⁰ In 1947 had de heer TARDIEU DE MALEYSSIE, een Fransman, een *trust* opgericht naar het recht van de Amerikaanse staat New York. De *settlor* had in deze *trust* aandelen ingebracht. Oorspronkelijk betrof het een *revocable trust*, maar reeds in 1950 werd het een *irrevocable trust*. Het betrof een eerder klassieke Amerikaanse truststructuur, waarbij de *settlor* nog gedurende zijn leven gerechtigd was op de inkomsten die de onder trustverband gebrachte goederen genereerden, terwijl diens kinderen gerechtigd waren op het kapitaal, na het overlijden van de *settlor*. De *settlor* zelf gold aldus als *income beneficiary*, terwijl diens kinderen werden aangeduid als *capital beneficiaries*. In 1995 overleed de *settlor* en werd het kapitaal uitgekeerd aan de drie kinderen.

Vervolgens rees echter een fiscaal geschil, daar de Franse belastingautoriteiten van oordeel waren dat de uitkering van trustgoederen aanleiding zou geven tot de heffing van *droits de succession*. De Franse belastingadministratie baseerde dit standpunt op het arrest *Zieseniss*.¹⁹⁹¹ De erfgenamen deelden het standpunt van de Franse belastingadministratie evenwel niet en voerden aan dat, daar de *trust* onherroepelijk geworden was in 1950, alle noodzakelijke constitutieve vereisten om te besluiten tot een *libéralité* reeds op dat ogenblik aanwezig waren, zelfs in de hypothese dat de benadering die het *Cour de cassation* in het arrest *Zieseniss* had uiteengezet, werd gevolgd. De belastingschuld was dus reeds lang verjaard.

Daar waar de belastingplichtigen in eerste aanleg nog gelijk kregen, werd het vonnis door het hof te Rennes hervormd ten voordele van de Franse belastingautoriteiten. Tegen het arrest werd een voorziening in cassatie ingesteld. Het *Cour de cassation* oordeelde evenwel dat: "*qu'après avoir relevé que le constituant du trust s'était défait irrévocablement de la propriété des biens portés par le trustee pour le compte des bénéficiaires désignés, lesquels avaient acquis cette propriété à la clôture du trust prévoquée par son décès, la cour d'appel a*

¹⁹⁸⁷ Parijs 7 april 1999, *Recueil Dalloz* 1999, 683.

¹⁹⁸⁸ Voor een kritische bespreking van dit aspect van het arrest, zie: R. BARBAIX, N. CARETTE, "Het gewijzigde artikel 124 WLVO. De erfrechtelijke gevolgen van begunstiging bij levensverzekering hertekend", *TEP* 2013, afl. 3, 69 – 70.

¹⁹⁸⁹ Cass. Fr. 29 mei 2001, *RTD Civ.* 2001, 938.

¹⁹⁹⁰ Cass. Fr. 15 mei 2007, *Recueil Dalloz* 2007, 1941 (met noot X. DELPECH).

¹⁹⁹¹ J.-M. TIRARD, "Trusts and the French Gift Tax: The Decision of the French *Cour de Cassation* of 15 May 2007", *Trust Law International* 2008, 6.

déduit, à bon droit, répondant aux conclusions prétendument délaissées, qu'était ainsi caractérisée une mutation à titre gratuit ayant pris effet au jour du décès du constituant et non au jour de la constitution du trust."¹⁹⁹²

Het *Cour de cassation* bevestigde aldus de aanpak die het eerder voorstond in de zaak *Zieseniss*, en paste deze aanpak toe *in fiscalibus*. De fiscale benadering van buitenlandse *trusts* werd door het *Cour de cassation* afgestemd op de civielrechtelijke benadering.¹⁹⁹³ In beide gevallen werd de door de *trust* bewerkstelligde '*libéralité*' in de visie van het *Cour de cassation* voltooid op het ogenblik dat de *settlor* kwam te overlijden.

675. O.i. is het evenwel nog maar de vraag of een dergelijke eenheidsbenadering ten aanzien van buitenlandse *trusts*, zoals deze schijnbaar door het *Cour de cassation* werd voorgestaan in de onderhavige zaak, een passend antwoord vormt op de diversiteit aan de mogelijke trustverhoudingen. Uit de feiten kan immers worden afgeleid dat er – althans civielrechtelijk – een *irrevocable trust* voorhanden is, in tegenstelling tot wat het geval was in de zaak *Zieseniss*. Op het ogenblik dat de *trust* onherroepbaar werd, kon, zelfs in de door het *Cour de cassation* voorgestane visie, niet meer worden volgehouden dat de *settlor* nog 'eigenaar' is van de onder trustverband gebrachte goederen. Uit de feiten bleek dat de *settlor* daarentegen een *beneficiary* geworden was gedurende zijn leven. In het geval *Tardieu de Maleyssie* was het evenwel zo dat de *capital beneficiaries* reeds een definitieve waarde aanspraak verkregen op het ogenblik dat de *trust* onherroepbaar werd. De voorwaarde waar de uitkering van afhing was immers niet meer dan een opschortende tijdsbepaling, daar het overlijden van de *settlor* een toekomstige doch zekere gebeurtenis is. Algemeen wordt dan ook aangenomen dat in een dergelijk geval de verbintenis reeds bestaat, maar dat enkel de opeisbaarheid wordt uitgesteld tot op het ogenblik dat de voorwaarde intreedt.¹⁹⁹⁴ In feite zou er volgens de in deze kwestie voorgestane logica dan ook sprake moeten zijn van een schenking onder opschortende termijn ('*donation à terme suspensif*'), en dit op het ogenblik dat de *beneficiaries* onherroepelijk gerechtigd werden op het trustkapitaal. Op fiscaal vlak zou dit in Frankrijk tot gevolg hebben

¹⁹⁹² Cass. Fr. 15 mei 2007, *Recueil Dalloz* 2007, 1941 (met noot X. DELPECH).

¹⁹⁹³ J.-M. TIRARD, "Trusts and the French Gift Tax: The Decision of the French *Cour de Cassation* of 15 May 2007", *Trust Law International* 2008, 7.

Volgens bepaalde auteurs breidde het Franse Hof daarmee het toepassingsgebied van de desbetreffende fiscale wetsbepaling uit op grond van een analogie, aangezien de *trust* noch een schenking noch een legaat vormde, en *a fortiori* niet op het ogenblik van het overlijden van de *settlor*. Zie: P. MIHAIL, "Family Trust et assurance vie: le riche et le pauvre?" in X (ed.), *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnard*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2008, 216 en de verwijzingen aldaar.

¹⁹⁹⁴ Artikel 1185 CC.

gehad dat er meteen *droits des mutation à titre gratuit* verschuldigd zouden zijn geweest.^{1995,1996}

(e) *Evaluatie: deconstructie en assimilatie*

676. In dit verband kan worden opgemerkt dat uit de aangehaalde voorbeelden van verschillende assimilatietechnieken zich een patroon begint af te tekenen. Uit het geheel van de aangehaalde voorbeelden valt op dat de rechtsfiguur waarmee de *trust* wordt geassimileerd, steeds wordt gekozen in functie van de concrete gegevens van het voorliggende geschil. In het geval dat de rechtsvraag die het voorliggende geschil oproept, wordt gekwalificeerd als zijnde erfrechtelijk van aard, zal de assimilatie geschieden vanuit een erfrechtelijk perspectief. Hier komen dan rechtsfiguren als een schenking, een legaat, een fideïcommis en de testamentuitvoering in het vizier. In die gevallen waar het geschil bijvoorbeeld een vraag met betrekking tot de bevoegdheden van de *trustee* betrof, wendde de rechter zich tot de figuur van testamentuitvoering. In het geval waar de zaak vragen rond de erfrechtelijke reserve deed rijzen, assimileerden de rechters de *trust* met een schenking of een legaat. In de hoger aangehaalde zaak *Kerr* was er dan weer geen sprake van een erfrechtelijke kwalificatie en wendde de rechter zich tot de figuur van lastgeving.

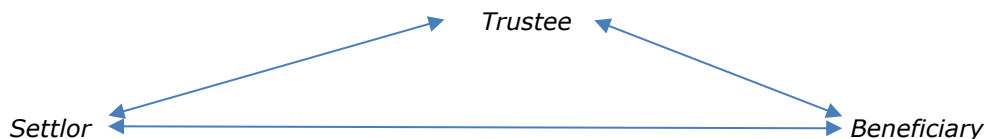
Uit de aangehaalde voorbeelden komt duidelijk naar voren dat het geheel van de rechtspraak niet zozeer streeft naar een eenvormige benadering van buitenlandse *trusts*, maar veeleer redeneert vanuit de noodwendigheden van de voorliggende zaak. Aangezien *trusts* raakvlakken kunnen vertonen met een breed scala aan rechtsfiguren, hoeft het dan ook niet te verbazen dat zij – althans op het eerste gezicht – kunnen worden geassimileerd met diverse rechtsfiguren. Geen enkele assimilatie weet evenwel de essentie van de trustverhouding als geheel te ‘vatten’.

Deze voorbeelden bevestigen tevens de tendens die in de Franse en Belgische rechtspraak bestaat (en kennelijk steeds heeft bestaan) om buitenlandse *trusts* te erkennen, en dus om de *trust* rechtsgevolgen te laten ressorteren. Daarbij valt op hoe de trustverhouding, bij gebreke aan een afzonderlijke aanknopingsfactor, nooit ‘als *trust*’ in aanmerking wordt genomen. Telkenmale wordt gefocust op één of meerdere specifieke aspecten van de trustverhouding die relevant zijn voor de voorliggende zaak. De *trust* wordt als het ware ‘gedeconstrueerd’ in een aantal

¹⁹⁹⁵ In het geval van een schenking onder opschortende termijn wordt in Frankrijk aangesloten bij de situatie zoals deze in Vlaanderen was vóór de inwerkingtreding van de Vlaamse Codex Fiscaliteit (“VCF”). Zie: L. AYNÈS, *Famille et Patrimoine. Les dossiers de Droit & Patrimoine*, Parijs, Lamy, 2010, 42 – 43.

¹⁹⁹⁶ In Vlaanderen zou, onder oud artikel 4, 3° W.Succ., een dergelijke schenking niet zijn gelijkgesteld met een legaat, aangezien er geen sprake was van een schenking onder opschortende voorwaarde. Luidens artikel 2.7.1.0.3., 3° VCF wordt een schenking van roerende goederen onder opschortende tijdsbepaling fiscaal wél gelijkgesteld met een legaat, zodat op een dergelijke schenking wel erfbelasting verschuldigd is. Voor de oude situatie, zie: E. SPRUYT, “De schenking: het paradepaard van de successieplanning. Deel 2. De fiscale invalshoek.”, *AFT* 2008, afl. 10, 128; A-L. VERBEKE, “Schenken met voorbehoud van bezit”, *TEP* 2005, afl. 1, 39.

verschillende (vermeende) rechtsverhoudingen.¹⁹⁹⁷ De voor het geschil relevante rechtsverhouding(en) wordt of worden vervolgens geassimileerd met een aan het forum bekende rechtsverhouding, in het licht van de kwalificatie die aan de voorliggende rechtsvraag wordt gegeven (erfrechtelijk, goederenrechtelijk, contractenrechtelijk, ...). Schematisch uitgedrukt:



In de besproken gevallen waar de *trust* werd geassimileerd met een lastgeving, werd in het eerste geval de rechtsverhouding tussen *settlor* en *trustee* als een lastgevingsovereenkomst beschouwd, zodat de *beneficiary* kon worden gelijkgesteld met een schuldeiser van de *settlor*. In het tweede besproken geval was het echter de rechtsverhouding tussen de *trustee* en de *beneficiaries* die centraal stond, daar het de *beneficiaries* niet werd toegestaan om in eigen naam en voor eigen rekening op te treden. De 'lastgevers' waren in dit geval de *beneficiaries*.

In de gevallen waar de *trustee* werd geassimileerd met een testamentuitvoerder, werd tevens aangegeven dat het eigendomsrecht van de *trustee* volgens de Franse rechter werd herleid tot een juridische fictie. De *beneficiaries* zouden in dat geval de eigenlijke legatarissen zijn, en de *trustee* slechts een testamentuitvoerder.

In het geval waar de *trust* werd geassimileerd met een *fideicommiss de residuo*, gold de *trustee* als bezwaarde en de *beneficiaries* als verwachters. Zowel de *trustee* als de *beneficiaries* werden daarmee beschouwd als legatarissen van de *settlor*. Hoger (*supra*, randnr. 664) werd immers uiteengezet dat in het geval van een *fideicommiss de residuo*, zowel de bezwaarde als de verwachter geacht worden rechtstreeks te verkrijgen van de erflater of schenker.

Tot slot, in het besproken geval waar de *trust* werd geassimileerd met een onrechtstreekse schenking, werd vooral aandacht geschonken aan de vermeende rechtsverhouding tussen de *settlor* en de *beneficiaries*, die vervolgens met een schenking werd geassimileerd.

677. De enige (vage) constante die uit deze rechtspraak valt af te leiden, is dat de rechters in de meeste gevallen vrij welwillend stonden ten aanzien van de buitenlandse *trust* en getracht hebben om daaraan rechtsgevolgen vast te

¹⁹⁹⁷ In het verleden werd door bepaalde auteurs reeds gesteld dat de Belgische rechtbanken de trustverhouding als het ware 'ontrafelden', zie: S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 53.

knopen.¹⁹⁹⁸ De assimilatietechniek brengt evenwel ook verschillende nadelen met zich mee. Zo blijft de rechtzoekende sterk afhankelijk van de welwillendheid en de juridische creativiteit van de rechter in kwestie.¹⁹⁹⁹ Bovendien leidt de assimilatie vaak tot een vervorming van de trustfiguur in kwestie, alsook van de rechtsfiguur waarmee zij wordt geassimileerd. Eender welke assimilatie is daarom sterk contextgeboden en kan niet zomaar worden geëxtrapoleerd naar andere gevallen, aangezien de noodwendigheden van de zaak sterk kunnen verschillen. De assimilatietechniek heeft tot gevolg dat de rechtzoekende met een significante rechtsonzekerheid wordt geconfronteerd. Het is bovendien nog maar de vraag of de *trust* een voldoende mate van equivalentie met eender welke rechtsfiguur kan vertonen, om daarmee werkelijk te kunnen worden geassimileerd. Of in dergelijke gevallen kan worden voldaan aan het criterium dat VISCHER reeds vooropschoof is nog maar de vraag (zie *supra*, randnr. 614).

Bij gebreke aan een autonome aanknopingsfactor kan de *trust* zodoende niet 'ontvangen' of 'erkend' worden als *trust*. Wanneer deze manier van werken wordt vergeleken met de gehanteerde techniek uit het Haagse Trustverdrag, valt op dat de assimilatietechniek een eerder rudimentaire vorm van omgang met de buitenlandse *trust* betreft. Nochtans kan hier ook de vraag rijzen of de rechter desgevallend zelf kan voorzien in een autonome kwalificatie van de *trust*, zelfs zonder dat een specifieke aanknopingsfactor voorhanden is. In dit verband blijkt er Franse rechtspraak voorhanden te zijn die getracht heeft om te voorzien in een dergelijke autonome kwalificatie. Deze rechtspraak wordt besproken in wat volgt.

(f) *Poging tot sui generis-benadering van de trust*

Voorstelling van de zaak de Ganay

678. Volgens een aantal auteurs²⁰⁰⁰ kan in de Franse rechtspraak tevens een tweede strekking worden onderscheiden, die (eerder) weigerachtig stond ten aanzien van de assimilatie van een *trust* met een inheemse rechtsfiguur. Zo stelde het hof te Parijs reeds in 1909 dat: "*il [bedoeld wordt: de trust] n'est ni le démembrément de la toute propriété en nue-propriété et en usufruit, ni la substitution prohibée, ni le legs avec un charge, ni le fideïcommis [...] cette institution purement anglaise et sans équivalent en France ne pourrait pas être*

¹⁹⁹⁸ Zie reeds: J-C. GOLDSMITH, "Trusts in France", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 6, 6.

¹⁹⁹⁹ F. GUILLAUME, "The Hague Trusts Convention and Selected Questions in Swiss Private International Law" in R. DANON, J-L. CHENAU, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 17.

²⁰⁰⁰ F. TRIPET, *Trusts patrimoniaux anglo-saxons et droit fiscal français*, Parijs, Litec, 1989, 13 – 15; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Parijs, Litec, 2004, 141; A. GOBIN, L. MAERTEN, "Nouvelles perspectives du trust en France", *JCP N* 1985, afl. 49, nr. 52 – 63; A. DYER, H. VAN LOON, "Report on trusts and analogous institutions" in CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) – Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 78.

*réputée établie en termes implicites ou sous-entendus par un testateur français*²⁰⁰¹
Ook andere rechtspraak die dateert van aan het begin van de 20^e eeuw wees reeds op de onvolkomenheden van de assimilatietechniek.²⁰⁰²

679. Deze strekking binnen de Franse rechtspraak culmineerde in het arrest *Ganay*, dat werd gewezen door het hof te Parijs op 10 januari 1970.²⁰⁰³ De feiten die aan deze zaak ten grondslag lagen, zijn als volgt: de *settlor*, de prinses DE HENIN, had een pakket aandelen ingebracht in een *trust*. De *trust* in kwestie werd in het leven geroepen in de aanwezigheid van de Amerikaanse consul te Parijs. De *trustee* had daarbij als opdracht gekregen om, gedurende het leven van de *settlor*, de opbrengsten aan de *settlor* uit te keren. De trustakte bepaalde bovendien dat na het overlijden van de *settlor*, het kapitaal diende te worden uitgekeerd aan de in de trustakte genoemde familieleden van de *settlor*, die in de Verenigde Staten verbleven. Echter, enkele jaren later stelde de prinses DE GANAY een testament op, waarbij zij enkele reeds gedane giften herriep. De prinses DE GANAY overleed te Parijs in 1943 en liet enkele (niet-reservataire) erfgenamen achter in Frankrijk, die zij in het testament had aangeduid als legatarissen. Eén van deze legatarissen voerde aan dat de trustverhouding die de decujus enkele jaren voordien had ingesteld, nietig was. Volgens de eiseres had de decujus door middel van het instellen van een *trust* een naar Frans recht ongekend zakelijk recht in het leven geroepen teneinde te voorzien in een beschikking ter zake des doods naar het recht van een vreemd rechtstelsel.

Het hof te Parijs kwam tot het besluit dat er een rechtsverhouding bestond tussen de *settlor* en de *trustee*, waarbij de *settlor* roerende goederen had overgedragen aan de *trustee*, terwijl de *trustee* in ruil voor deze overdracht zich ertoe verbond om de verplichtingen die waren neergelegd in de trustakte na te leven. Het hof oordeelde dat de trustakte diende te worden gekwalificeerd als "*essentiellement un contrat synallagmatique faisant naître des obligations respectives entre les parties et éventuellement des droits au profit de tiers*".²⁰⁰⁴

Het belang van deze kwalificatie school er echter in dat, omwille van de kwalificatie van de trustakte in kwestie als 'overeenkomst', zij ook werd beheerst door de daarop van toepassing zijnde 'loi d'autonomie'. De kwalificatie als overeenkomst was voor het hof aldus geen doel op zichzelf, maar slechts een middel om de rechtsverhouding in kwestie te kunnen onderwerpen aan het door de 'partijen' daarop van toepassing verklaarde recht. Het hof stelde immers dat "[...] *il est manifeste que les cocontractants ont entendu se placer sous l'empire de cette loi*", waarmee werd gerefereerd aan het recht van een Amerikaanse staat. In tegenstelling tot enkele van de eerder besproken casusgevallen, kwalificeerde het hof te Parijs de voorliggende rechtsvraag niet als zijnde erfrechtelijk van aard, maar als zijnde contractueel van aard. Het gevolg was dat de geldigheid van de 'trustovereenkomst' diende te worden beoordeeld aan de hand van het daarop van

²⁰⁰¹ Parijs, 18 februari 1909, *Clunet* 1910, 1144.

²⁰⁰² Trib. Civ. Seine 19 december 1916, *Clunet* 1917, 1069.

²⁰⁰³ Parijs 10 januari 1970, *Rev. Crit. DIP* 1971, 518 (met noot G.A.L. Droz).

²⁰⁰⁴ *Ibid.*

toepassing zijnde recht. Het hof besloot daarom, uitdrukkelijk mede omwille van het feit dat er geen reservataire erfgenamen in de zaak betrokken waren, dat de voorliggende trustverhouding geheel rechtsgeldig was.

Ook het feit dat met het (door het hof vermeende) 'trustcontract' een eigendomssplitsing werd beoogd die naar Frans recht niet gekend was, vormde voor het hof geen probleem. De goederen waarop deze 'eigendomssplitsing' betrekking had, waren immers gelegen in de Verenigde Staten. Volgens het hof te Parijs kon er zich dan ook geen conflict voordoen tussen de trustverhouding en de van toepassing zijnde *lex rei sitae*.

680. Het arrest *Ganay* lokte uiteenlopende reacties uit in de rechtsleer. Daar waar bepaalde auteurs zich eerder goedkeurend uitlieten over het arrest²⁰⁰⁵, stelden andere auteurs zich kritischer op²⁰⁰⁶. Ook wezen DYER en VAN LOON op het gegeven dat de juridische categorie van de overeenkomsten in *civil law*-stelsels aanzienlijk breder is, dan het geval is in *common law*-stelsels.²⁰⁰⁷ Dit argument doet enigszins denken aan het argument dat door MAITLAND naar voren werd geschoven inzake de vraag naar de aard van het *equitable interest*. Ook MAITLAND verdedigde de visie dat de bijzonderheden die de *trust* kenmerkten in dit verband grotendeels konden worden verklaard door haar historische origine (*supra*, randnr. 289) en het gegeven dat het contractenrecht tot de sfeer van de *common law*-behoorde. Nochtans rijst de vraag of een zuiver contractuele kwalificatie van de *trust* wel recht kan doen aan de complexiteit die deze rechtsfiguur kenmerkt. Immers, hoger (*supra*, randnrs. 275, 284 en 398) werd geargumenteed dat de *trust* niet geheel te vatten valt in obligatoire termen, minstens vanuit een continentaalrechtelijk perspectief.

Eigen analyse van de zaak de Ganay

681. Echter, de analyse van het hof te Parijs kan eveneens genuanceerder worden gelezen dan zij door de meeste auteurs wordt opgevat.²⁰⁰⁸ Bij een nauwkeurige lezing van het arrest blijkt immers dat het hof niet zozeer de *trust* zelf

²⁰⁰⁵ G.A.L. DROZ, Noot onder Parijs 10 januari 1970, *Rev. Crit. DIP* 1971, 525 e.v.

²⁰⁰⁶ P. MALAURIE, Noot onder Parijs 10 januari 1970, *Recueil Dalloz* 1972, 125 e.v.: "L'analyse et, par conséquent, le rattachement qui en est déduit, est très contestable, car c'est totalement dénaturer le trust que d'y voir « essentiellement » un contrat synallagmatique. Non pas tellement parce que les relations entre constituant et trustee ne sont pas un contrat au sens où nous l'entendons en France, qu'elles sont plutôt la rencontre entre deux volontés unilatérales. [...] il se peut donc bien que les relations entre constituant et trustee soient soumises à la loi d'autonomie. Mais « l'essentiel » du trust n'est pas la : il est d'affecter entre les mains d'un trustee un bien ou une masse de biens pour un but déterminé. "

²⁰⁰⁷ A. DYER, H. VAN LOON, "Report on trusts and analogous institutions" in CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) – Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 79.

²⁰⁰⁸ S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 76 – 77; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2014, II, 149, 152.

kwalificeerde, dan wel de daaraan ten grondslag liggende trustakte. Zo stelt het hof inzake de vraag naar "*la demande en nullité de l'acte constitutif du trust*" dat "*cet acte constituait donc essentiellement un contrat synallagmatique*" (eigen onderlijning).²⁰⁰⁹ Op zichzelf genomen is een dergelijke kwalificatie niet vergezocht. Hoger (*supra*, randnr. 490 e.v.) werd immers reeds gesteld dat ook onder het regime van het Haagse Trustverdrag, de zogeheten voorafgaande kwesties van het toepassingsgebied van het toepasselijke trustrecht werden uitgesloten. De rechtshandeling waarbij goederen worden overgedragen aan de *trustee* valt aldus niet onder het toepassingsgebied van het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht. Hieruit volgt vanzelfsprekend dat deze rechtshandeling dient te worden onderworpen aan haar eigen *lex causae*, en dat de aard van deze rechtshandeling ook onder deze *lex causae* dient te worden vastgesteld.

Bekeken vanuit een Belgisch perspectief, kan deze rechtshandeling juridisch verschillende vormen aannemen. In het geval van een *testamentary trust* is er sprake van een testamentaire beschikking 'ten voordele' van een *trustee*. In het geval van een *inter vivos trust* kunnen de goederen worden overgedragen aan een *trustee* via een overeenkomst. In het geval van een *declaration of trust* geschiedt dan weer geen enkele overdrachtshandeling; de *settlor* kan geen overeenkomst aangaan met zichzelf. Het inzicht dat de overdrachtshandeling tussen de *settlor* en de *trustee* kan worden gekwalificeerd als een overeenkomst, maakt daarom van de trustverhouding zelf nog geen overeenkomst.

682. Geheel in lijn met hetgeen reeds werd onderzocht met betrekking tot het Haagse Trustverdrag, dient te worden opgemerkt dat deze overdrachtshandeling dient te worden beschouwd als de 'lanceerbasis', waarmee de 'raket' die de trustverhouding is, wordt gelanceerd. Maar eenmaal de raket de lanceerbasis heeft verlaten, leidt zij een autonoom bestaan. Met andere woorden: zelfs indien de rechtshandeling, waarbij de goederen worden overgedragen aan een *trustee* teneinde deze *on trust* te houden, een overeenkomst is, dooft deze overeenkomst – of de relevante verbintenis die daarin vervat ligt – uit van zodra de goederen overgedragen zijn.²⁰¹⁰ Op dat ogenblik is de *trust* immers 'gelanceerd' en wordt deze, althans in de systematiek van het Haagse Trustverdrag, beheerst door het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht.

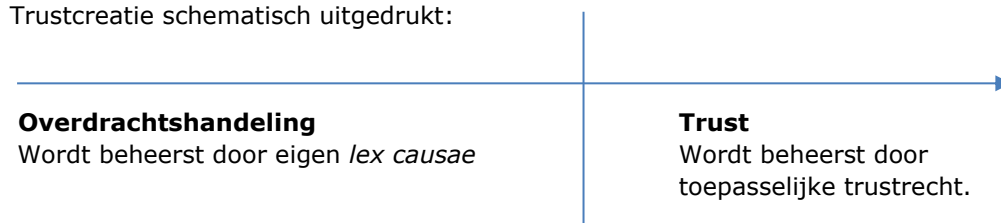
²⁰⁰⁹ Parijs 10 januari 1970, *Rev. Crit. DIP* 1971, 518 (met noot G.A.L. DROZ).

²⁰¹⁰ Bekeken vanuit een *common law*-perspectief dient het onder trustverband stellen van goederen evenwel te worden beschouwd als een eenzijdige rechtshandeling. Zie: W.J. ZWALVE, *C.A.E. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Deventer, Tsjenk Willink, 2000, 309.

Naar Belgisch recht wordt de eigendomsoverdracht krachtens artikel 1138 BW verbonden aan de wil van de partijen. Er dient aldus een meerzijdige rechtshandeling voor te liggen. Zie: J. DEL CORRAL, *De leveringsplicht bij de overdracht van roerende lichamelijke goederen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 283 – 284. Zie tevens, weliswaar onrechtstreeks: J. VANANROYE, "Vermogensstructuur, aansprakelijkheid en verhaalbaarheid in de maatschap" in F. BOUCKAERT, M. DENEFF, K. GEENS *et. al.*, *Knelpunten van 30 jaar vennootschapsrecht*, Biblio, Kalmthout, 1999, 213.

Het kwalificeren van de overdrachtshandeling als een overeenkomst, is dus geenszins tegenstrijdig met het hoger (*supra*, randnr. 328 e.v. en 401) verdedigde standpunt dat de *trust* als zodanig geen overeenkomst is. De reden waarom de (translatieve) overeenkomst, die aan een *inter vivos trust* ten grondslag kan liggen, is dat deze uitdooft van zodra de overdrachtshandeling is voltooid. Vanaf dit ogenblik is de *trust* geschapen en neemt het van toepassing zijnde trustrecht het over.²⁰¹¹ Deze overeenkomst laten voortduren zou trouwens in strijd zijn met de aard van de *trust*: de principiële regel bestaat erin dat de *settlor*, althans in die hoedanigheid, principieel van het toneel verdwijnt van zodra de *trust* in het leven is geroepen. Indien de *settlor* zich enkele bevoegdheden in de vorm van *powers* voorbehoudt, is dit een kwestie die wordt geregeld door het van toepassing zijnde trustrecht. Het recht dat de overdrachtshandeling beheerste, heeft daarmee niets van doen.

Trustcreatie schematisch uitgedrukt:



683. De door het hof te Parijs voorgestane benadering doet dus helemaal niet zo vreemd aan als zij op het eerste gezicht kan lijken. Wanneer deze wordt bestudeerd in vergelijking met de systematiek die aan het Haagse Trustverdrag ten grondslag ligt, valt op dat het hof te Parijs, net door het kwalificeren van de trustakte als overeenkomst, de trustverhouding zelf kan onderwerpen aan het door de *settlor* beoogde recht. De trustakte zelf wordt daarmee gezien als een soort 'lanceerbasis *avant la lettre*'. De mogelijke gevolgen van het onderwerpen van de trustverhouding aan het door de 'partijen' gekozen trustrecht, werden echter meteen door het hof aan enkele beperkingen onderworpen. *In casu* bleek het hof te Parijs vooral een slag om de arm te houden inzake de goederenrechtelijke en de erfrechtelijke gevolgen van de *trust*. Echter, aangezien de onder trustverband gebrachte goederen zich bevonden in de Verenigde Staten en er geen reservataire erfgenamen aanwezig waren, stelde zich in dit verband *in casu* geen enkel probleem.

Tot slot is het nog interessant om te merken dat het hof de contractuele kwalificatie van de trustakte verkoos boven een erfrechtelijke kwalificatie. Ook DROZ merkte op dat de zaken vermoedelijk delicaat zouden zijn geweest indien er een

²⁰¹¹ Indien echter blijkt dat de overdracht van goederen aan de *trustee* niet rechtsgeldig is volgens de *lex situs* kan er nooit een rechtsgeldige *trust* in het leven worden geroepen. Zie: A. DYER, "International Recognition and Adaptation of Trusts: The Influence of the Hague Convention", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1999, 1009. Een toepassing van deze regel kan worden teruggevonden in de zaak *Rangers*, zie *supra*, vn 1426.

testamentary trust had voorgelegen in de plaats van een *inter vivos trust*.²⁰¹² Beschouwd in lijn met het voorgaande hoeft zulks niet te verbazen: de 'lanceerbasis' waarvan sprake was in de zaak *Ganay* was een rechtshandeling onder de levenden en geen rechtshandeling *mortis causa*. Vanuit de logica die door het hof te Parijs *in casu* werd aangewend, zou een *testamentary trust* in principe moeten hebben geleid tot een erfrechtelijke kwalificatie, daar de rechtshandeling waarmee de goederen onder trustverband werden geplaatst, zelf erfrechtelijk van aard was. Dit zou, althans volgens het Franse internationaal privaatrecht, ertoe hebben geleid dat het Franse recht, als *lex successionis*, van toepassing zou zijn geweest op de testamentaire beschikking. Het waren in deze zaak immers roerende goederen die onder trustverband werden geplaatst, hetgeen zou impliceren dat de erfovergang van deze goederen ook zou onderworpen blijven aan het Franse recht. In dat geval zou er volgens DROZ geen marge zijn geweest om de *trust* te onderwerpen aan haar eigen *loi d'autonomie*.²⁰¹³ MALAURIE is zelfs van mening dat in een dergelijke geval de *trust* geen enkel rechtsgevolg zou kunnen ressorteren, daar het Franse recht 'een dergelijke schenking verbiedt'.²⁰¹⁴

684. Ter conclusie kan met betrekking tot de zaak *Ganay* worden opgemerkt dat het hof te Parijs in deze zaak heeft geopteerd voor een genuanceerde aanpak, die, meer dan in andere gevallen, toelaat om de *trust* in kwestie te benaderen 'als *trust*', zonder de trustfiguur zélf te assimileren met een door het forum gekende rechtsfiguur. Uit het arrest blijkt evenwel dat het hof toch nog een slag om de arm houdt om te kunnen ingrijpen wanneer bepaalde regels van Frans dwingend recht in het gedrang zouden komen. Daarbij kan specifiek worden gedacht aan de dwingende regels inzake het goederenrecht en het erfrecht.

685. Interessant is tevens dat ook in Zwitserland en Luxemburg, nu beiden partij bij het Haagse Trustverdrag, gelijkaardige uitspraken kunnen worden aangetroffen waarbij de *trust* op contractuele wijze wordt gekwalificeerd.²⁰¹⁵ In de zaak *Harrison* oordeelde het Zwitserse *Tribunal fédéral* dat de voorhanden zijnde *trust* diende te worden beschouwd als een combinatie van overeenkomsten.²⁰¹⁶ In dit geval was het echter de *trust* zélf die werd 'gedeconstrueerd' en vervolgens werd geassimileerd met een geheel aan overeenkomsten.²⁰¹⁷ Bovendien leidde de

²⁰¹² G.A.L. DROZ, Noot onder Parijs 10 januari 1970, *Rev. Crit. DIP* 1971, 527.

²⁰¹³ *Ibid.*

²⁰¹⁴ P. MALAURIE, Noot onder Parijs 10 januari 1970, *Recueil Dalloz* 1972, 127.

²⁰¹⁵ Voor Luxemburg: Tribunal d'arrondissement de Luxembourg 21 januari 1971 (*Four Seasons Overseas c. Finimtrust*), *Revue critique de droit international privé* 1972, 51.

Voor Zwitserland: Tribunal fédéral Suisse (*Aktiebolaget Obligationsinteressenter c. Banque des Réglements Internationaux*), *Recueil Officiel des arrêts du Tribunal fédéral* 1936, II, 140; Tribunal fédéral Suisse 29 januari 1970 (*Harrison c. Crédit Suisse*), *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral* 1970, II, 79.

²⁰¹⁶ Voor een uitgebreide analyse van deze zaak, zie: R.J. DANON, *Switzerland's direct and international taxation of private express trusts*, Zürich, Schulthess, 2004, 108 – 134.

²⁰¹⁷ Zo stelt het Tribunal fédéral in overweging 7, b) van het arrest: "Besteht im schweizerischen Recht keine Rechtseinrichtung, welcher das durch den Vertrag vom 12. April 1928 begründete Rechtsverhältnis in allen Teilen entsprechen würde, so ist zu prüfen, welchen schweizerischen Rechtseinrichtungen das streitige Rechtsverhältnis in seinen Wirkungen am ehesten gleicht. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, enthält dieses

toepassing van deze techniek, in tegenstelling tot de zaak *Ganay*, tot de toepassing van het Zwitserse recht. Dit gegeven dwong het *Tribunal fédéral* om de *trust* te assimileren met een gift, in de vorm van een fiduciaire overdracht ten voordele van een derde partij.²⁰¹⁸ De door het Zwitserse *Tribunal fédéral* gevolgde methodiek leunt aldus veel dichter aan bij de techniek van 'deconstructie-assimilatie' dan bij de methode die door het hof te Parijs werd gevolgd in de zaak *Ganay*. Desalniettemin oordeelde het Zwitserse hooggerechtshof dat de trustverhouding in kwestie als rechtsgeldig diende te worden beschouwd en stelden de rechters wel degelijk een onderzoek in naar het oogmerk dat met de trustverhouding in kwestie werd nagestreefd om vervolgens op functionele wijze te assimileren. Toch werd het arrest in de Zwitserse rechtsleer bekritiseerd. De door het *Tribunal fédéral* gevolgde methodiek zou de rechtsonzekerheid in de hand werken, daar de uiteindelijke uitkomst van de door het *Tribunal fédéral* gemaakte denkoefening zeer onzeker zou zijn. Het was enkel omwille van de bijzondere omstandigheden van het voorliggende feitencomplex dat de *trust* kon worden 'gered' en rechtsgevolgen kon ressorteren.²⁰¹⁹

iv. **Onderscheiden wijzen waarop de *trust* kan worden gekwalificeerd bij gebreke aan een afzonderlijke verwijzingscategorie**

686. Zoals hoger (*supra*, randnr. 431 en 515) reeds werd opgemerkt, is het nodig om voorafgaand aan de eigenlijke kwalificatie van de *trust*, eerst vast te stellen dat er inderdaad (mogelijks) een trustverhouding voorhanden is. In die stelsels waar een afzonderlijke verwijzingscategorie voor *trusts* voorhanden is, zal meestal ook een omschrijving worden geboden van de rechtsfiguur in kwestie. Deze omschrijving laat toe om te bepalen of er ook daadwerkelijk een *trust* voorhanden is, die vervolgens kan worden gesubsumeerd onder de verwijzingscategorie in kwestie. Tevens hebben wij vastgesteld dat in dit proces een cirkelredenering verscholen kan liggen. Vooraleer kan worden vastgesteld of er een *trust* voorhanden is, moet het (mogelijks) daarop van toepassing zijnde recht reeds worden onderzocht. Hoger (*supra*, randnr. 515) werd daarom gesteld dat aan deze cirkelredenering kan worden ontsnapt door aan te nemen dat de vraag of er een *trust* voorhanden is, kan worden afgetoetst aan de hand van het *potentieel* van toepassing zijnde recht.

Ook in het geval dat het recht van het forum geen verwijzingscategorie kent voor *trusts* zal het noodzakelijk zijn om de *trust* te kwalificeren aan de hand van de *lex fori* vooraleer verder kan worden gegaan. In het internationaal privaatrechtelijke

Rechtsverhältnis Elemente des Auftrags, der Vereinbarung über eine fiduziarische Eigentumsübertragung, der Schenkung und des Vertrags zuunsten Dritter. Die Ähnlichkeit mit einem Hinterlegungsvertrag, der unter Vorbehalt von Art. 481 OR an den Eigentumsverhältnissen nichts ändert, ist geringer." (eigen onderlijning).

²⁰¹⁸ *Ibid*, overweging 8, a) van het arrest.

²⁰¹⁹ C. REYMOND, "Le trust et l'ordre juridique Suisse", *Journal des Tribunaux* 1971, I, 327.

proces kan immers niet worden verdergaan vooraleer de trustverhouding in kwestie is ondergebracht binnen één van de verwijzingscategorieën van het forum.

Het voorgaande doet echter vermoeden dat de *trust* onder meer dan één verwijzingscategorie van het forum kan worden gesubsumeerd, afhankelijk van de trustverhouding in kwestie en van het feitencomplex waarbinnen de *trust* ligt ingebed.²⁰²⁰ Uit de hoger besproken casusgevallen is gebleken dat er drie belangrijke kwalificatiemogelijkheden naar voren kunnen worden geschoven. Het kan mogelijk gaan om een contractuele kwalificatie, een goederenrechtelijke kwalificatie en om een erfrechtelijke kwalificatie. Gelet op het caleidoscopische karakter van de *trust*, hoeft het geen verbazing op te wekken dat deze rechtsfiguur, al was het maar *prima facie*, met elk van deze rechtsgebieden in verband kan worden gebracht.

In wat volgt zullen deze drie mogelijke kwalificatievormen nader worden onderzocht, en zal worden nagegaan deze kwalificatievormen toelaten om buitenlandse *trusts* op een doelmatige wijze te benaderen.

(a) *Contractuele kwalificatie van de trust*

687. Hoger werd reeds meermaals geponeerd dat de *trust* in essentie geen overeenkomst of contract is, noch in de zin van de *common law*-stelsels, noch in de (bredere) zin van de *civil law*-stelsels. Toch is uit het vorige onderdeel gebleken dat rechters uit *civil law*-stelsels de *trust* meermaals hebben gekwalificeerd als 'overeenkomst' in hun internationaal privaatrechtelijke analyse. Uit het voorgaande is tevens gebleken dat de 'contractuele' kwalificatie van de *trust* bovendien verschillende concrete vormen kan aannemen. Zo is enerzijds niet enkel de verhouding tussen *trustee* en *beneficiary* geassimileerd met een lastgeving, maar tevens de verhouding tussen *settlor* en *trustee*. Anderzijds speelt de contractuele kwalificatie van de trustfiguur een belangrijke rol in de (meer en minder geslaagde) pogingen van rechtbanken in verschillende *civil law*-stelsels om de *trust* op een *sui generis*-wijze te benaderen.

Het belangrijkste voordeel van een contractuele kwalificatie bestaat er o.i. in dat een dergelijke kwalificatie de wilsvrijheid van de bij de trustverhouding betrokken actoren op maximale wijze laat spelen. Immers, ook in artikel 6 van het Haagse Trustverdrag wordt de partijautonomie inzake de keuze van het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht als uitgangspunt gehanteerd (*supra*, randnr. 500). Dit gegeven strookt met de wilsvrijheid die in het algemeen toekomt aan de *settlor* bij de trustcreatie. *Private express trusts* zijn immers

²⁰²⁰ Zo liet VAN DE VELDE onder het oude Belgische international privaatrecht nog de mogelijkheid open om op een voorhanden zijnde trustverhouding ofwel de '*lex contractus*' ofwel de '*lex rei sitae*' toe te passen, zonder verder een passend antwoord te kunnen bieden op de vraag wanneer nu welk recht diende te worden toegepast. Zie: J. VAN DE VELDE, *Timesharing van onroerend goed: een rechtsvergelijkende en rechtseconomische analyse*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 460. Zie tevens: J.L. JEGHERS, "La difficile intégration du trust anglo-saxon en droit civil belge", *Rev.not.b.* 1991, 321.

rechtsverhoudingen die geheel vrijwillig door de *settlor* zijn opgericht en waarvan de *settlor* in de trustakte de regels waaronder de rechtsverhouding zal opereren, kan bepalen.

Nochtans ligt in dit gegeven ook een verschil tussen *trusts* en overeenkomsten verrat: in het geval van een *private express trust* is het de *settlor* die, althans *de iure*, op unilaterale wijze de regels bepaalt waaraan de te creëren trustverhouding onderhevig zal zijn. Nochtans lijkt de realiteit genuanceerder. Deze laatste bewering kan worden gestaafd door te verwijzen naar de door LANGBEIN vermelde '*trust deal*' blijken ook de *beneficiaries* over een reeks rechten van obligatoire aard te beschikken ten aanzien van de *trustee* (*supra*, randnr. 275).²⁰²¹

688. Een contractuele kwalificatie van de *trust* heeft echter ook verschillende nadelen.

Ten eerste kan worden verwezen naar de hoger (*supra*, randnr. 683) aangehaalde opmerking van DROZ aangaande de zaak *Ganay* omtrent de moeilijkheden die zouden zijn opgedoken indien er geen *inter vivos trust*, maar een *testamentary trust* voorhanden zou zijn geweest.²⁰²² In het tweede geval zou een contractuele kwalificatie volgens de auteur onmogelijk zijn geweest. Uit de hoger besproken casusgevallen blijkt inderdaad dat *testamentary trusts* geen contractuele kwalificatie toebedeeld krijgen, maar een erfrechtelijke kwalificatie. In de Belgische en Franse rechtsleer werd onder meer geopteerd voor een assimilatie met de figuur van testamentuitvoering of met een legaat *de residuo*. Hieruit blijkt meteen één van de zwaktes van de contractuele kwalificatie van de *trust*: daar zij in principe enkel toelaat om *inter vivos trusts* onder de verwijzingscategorie van overeenkomsten onder te brengen, ontstaat er een significant verschil in behandeling tussen *inter vivos trusts* en *testamentary trusts*.²⁰²³ Dit verschil in behandeling is onaanvaardbaar, omdat het niet vertrekt vanuit het wezen van de trustfiguur zelf, maar louter vanuit de wijze en het tijdstip waarop de *trust* is ontstaan. Eenmaal de trustverhouding in het leven is geroepen, is er in wezen geen onderscheid tussen *inter vivos trusts* en *testamentary trusts* voor wat betreft de werking van het trustverband zelf. Nochtans zal uit wat volgt nog blijken dat de wilsvrijheid voor wat betreft het toepasselijke recht in erfrechtelijke kwesties sterk gekortwiek wordt, zeker in vergelijking met de principiële wilsvrijheid die voortvloeit uit een contractuele kwalificatie.

Bovendien kan een contractuele kwalificatie tevens problemen opleveren in het geval van *revocable trusts* of *trusts* waarbij de *settlor* zichzelf gedurende diens leven heeft aangeduid als *beneficiary*. Neem bijvoorbeeld het geval waar de *settlor* zichzelf aanduidt als *income beneficiary* gedurende zijn leven en diens dochter als *capital beneficiary* na diens overlijden. O.i. is er geen principiële reden voorhanden

²⁰²¹ C. WEBB, T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 313.

²⁰²² G.A.L. DROZ, Noot onder Parijs 10 januari 1970, *Rev. Crit. DIP* 1971, 527.

²⁰²³ J. PERRIN, "Le *trust* à l'épreuve du droit successoral", Genève, Droz, 2006, 91; L. THÉVENOZ, *Trusts in Switzerland: Ratification of the Hague Convention on Trusts and Codification of the Law of Fiduciary Transfers*, Zürich, Schulthess, 2001, 202.

die de rechter ervan zou kunnen weerhouden om een dergelijke trustverhouding te kwalificeren als *legaat*, en zodoende te voorzien van een erfrechtelijke kwalificatie. Het volstaat hiertoe te verwijzen naar de uitspraken in eerste aanleg en in graad van beroep in de zaak *Zieseniss* (zie *supra*, randnr. 670).

Ten tweede wordt middels een contractuele kwalificatie genegeerd dat *trusts* in essentie betrekking hebben op goederen. Evenwel wordt in het IPR van de meeste rechtsstelsels nagenoeg steeds geopteerd voor een objectieve aanknopingsfactor voor zakelijke rechten en het zakelijk statuut van goederen, zijn de *lex rei sitae* (zie *supra*, randnr. 507). Echter, in het geval de onder trustverband gebrachte goederen zijn gelegen in niet-trustlanden, ontstaat het risico dat de onverkorte toepassing van de *lex rei sitae* de toepassing van het aangewezen trustrecht geheel doorkruist. In een *common law trust* is het *equitable interest* van de *beneficiaries* overigens tegenwerpelijk aan derden, die geen *bona fide purchaser for value without notice* zijn. In een zuiver verbintenisrechtelijke context, zou zulks evenwel botsen op het uitgangspunt van de relativiteit van overeenkomsten.

Ten derde leidt de contractuele kwalificatie niet steeds tot de toepassing van een rechtsstelsel dat de *trust* kent.²⁰²⁴ In de Zwitserse zaak *Harrison* leidde de kwalificatie van de *trust* als overeenkomst immers tot de toepassing van het Zwitserse recht, waardoor het *Tribunal fédéral* zich alsnog genoodzaakt zag om over te gaan tot een soort deconstructie - assimilatie, teneinde de *trust* te kunnen uitleggen in termen van het Zwitserse recht. Bovendien veronderstelt deze kwalificatie dat de *settlor* daadwerkelijk een rechtskeuze heeft gemaakt. Indien een dergelijke rechtskeuze niet expliciet werd gedaan, zou dit impliceren dat het toepasselijke recht dient te worden vastgesteld aan de hand van objectieve factoren. In het Haagse Trustverdrag wordt met artikel 7 eveneens in een objectieve aanknopingsfactor voorzien, zij het wel dat deze aanknopingsfactor neigt naar de aanwijzing van een rechtsstelsel dat de trustverhouding kent, zodat de trustverhouding wordt gevalideerd. Indien de verwijzingsregels die van toepassing zijn op overeenkomsten worden toegepast op *trusts*, zullen ernstige interpretatieproblemen opduiken. Hier kan in de eerste plaats worden gedacht aan een mogelijke toepassing van artikel 4 Rome I-Verordening en artikel 117 van de Zwitserse *loi fédérale sur le droit international privé*. De bewoordingen van beide wetsbepalingen zijn echter toegesneden op verbintenisrechtelijke overeenkomsten zoals deze in de regel worden begrepen, en kunnen net daarom slechts moeizaam worden toegepast op trustverhoudingen. Zo komen meerdere in artikel 4.1. genoemde aanknopingsfactoren theoretisch in aanmerking om te worden toegepast, zonder dat één aanknopingsfactor doorslaggevend is. Bovendien verwijzen beide bepalingen eveneens naar het recht van de gewoonlijke verblijfplaats van de partij die 'de kenmerkende prestatie van de overeenkomst' verricht. In beginsel zou hier kunnen worden gedacht aan het recht van het land van de gewoonlijke verblijfplaats van de *trustee*. Opnieuw kunnen hier discordanties ontstaan in het geval dat de trustgoederen zijn gelegen in een andere

²⁰²⁴ R.J. DANON, *Switzerland's direct and international taxation of private express trusts*, Zürich, Schulthess, 2004, 136.

staat, dan diegene waar de *trustee* zijn of haar gewone verblijfplaats heeft of in het geval waar een *trust* wordt beheerd door meerdere *trustees*, die hun gewoonlijke verblijfplaats hebben in verschillende landen. Tot slot dient hier te worden herhaald dat *trusts* principieel worden uitgesloten van het toepassingsgebied van de Rome I-Verordening. Toch zou dit de toepassing van de besproken regel inzake *trusts* niet uitsluiten, in het geval van een contractuele kwalificatie. Zo verwijzen de artikelen 98, §1 WIPR en 10:154 NBW opnieuw naar de bepalingen van de Rome I-Verordening voor die gevallen die als 'verbintenissen uit overeenkomst' kunnen worden aangemerkt, maar toch zijn uitgesloten van het toepassingsgebied van de Rome I-Verordening.

689. Concluderend kan worden gesteld dat de contractuele kwalificatie van de *trust*, op zichzelf genomen, dient te worden verworpen. Het loutere feit dat een *trust* niet kan worden aangemerkt als een overeenkomst, hoeft op zichzelf nog niet de kwalificatie als overeenkomst als uitkomst van het internationaal privaatrechtelijke kwalificatieproces te verhinderen. Immers, niet alleen dienen de nationaalrechtelijke verwijzingscategorieën breed te worden geïnterpreteerd (zie *supra*, randnr. 427), maar tevens zou kunnen worden gebruik gemaakt van een 'autonome' of 'rechtsvergelijkende' kwalificatiemethode (zie *supra*, randnr. 425) om de verwijzingscategorie nog verder open te rekken. Maar zelfs indien dit het geval is, zal de uitkomst van het kwalificatieproces onzeker blijven voor bepaalde *inter vivos trusts*. Tevens zullen *testamentary trusts*, die geenszins lijken op contractuele verbintenissen, worden uitgesloten van deze verwijzingscategorie. Bovendien is het zo dat, zelfs indien *trusts* zouden kunnen worden ondergebracht onder deze verwijzingscategorie, zij zich niet laten verstaan met alle gevolgen die daaraan worden verbonden. Immers, zelfs in het casusgeval waar het niet de *trust* zelf is die wordt gekwalificeerd als overeenkomst, maar de onderliggende trustakte, diende het hof te Parijs een slag om de arm te houden voor de toepassing van de Franse goederenrechtelijke- en erfrechtelijke regels. Het was slechts omdat de trustgoederen zich niet in Frankrijk bevonden en omwille van het feit dat er geen reservataire erfgenamen aanwezig waren, dat het hof een – althans voor de trustverhouding – gunstig arrest kon vellen. Deze opmerking strookt met de vaststelling dat *trusts* omwille van hun plastische aard met verschillende rechtsgebieden in aanraking kunnen komen, en dus ook in wisselwerking kunnen staan met verschillende rechtstakken tegelijk. Een unitaire kwalificatie als 'overeenkomst' biedt dan ook geen oplossing voor het kwalificatieprobleem dat rijst bij de confrontatie met een buitenlandse *trust*.

(b) *Goederenrechtelijke kwalificatie van de trust*

690. Hoewel ons geen casusgeval bekend is waar de *trust* op een (zuiver) goederenrechtelijke wijze werd gekwalificeerd, is het toch van belang om deze kwalificatiemogelijkheid hier te bespreken. Immers, zoals in Deel II van dit onderzoek is gebleken, is de *trust*, bekeken vanuit een *common law*-perspectief, innig verbonden met het goederenrecht. De 'vertaling' of 'metamorfose' van de *trust* in een afgescheiden vermogen, die wordt voorzien in het Haagse

Trustverdrag, bevestigt deze voorstellingswijze. Vermogensafschieding heeft in essentie goederenrechtelijke gevolgen, daar de vermogensafschieding tegenwerpelijk is of minstens kan zijn ten aanzien van de schuldeisers van de betrokken partijen.

Welke regels er ook gelden in de interne verhouding tussen *settlor(s)*, *trustee(s)* en *beneficiary(-ies)*, het risico bestaat steeds dat ook derde-partijen worden geraakt door het bestaan van een trustverhouding. Minstens is er vermogensafschieding aanwezig (bv in het geval van een Schotse of Québec-trust), en in het geval van een *common law trust* is het *equitable interest* uitgerust met wat in *civil law*-stelsels kan worden beschouwd als een volgrecht.

691. Niettegenstaande dat er ons geen rechterlijke uitspraak bekend waarin de *trust* op zuiver goederenrechtelijke wijze werd gekwalificeerd, hoeft dit niet te betekenen dat de goederenrechtelijke gevolgen van buitenlandse *trusts* nooit in aanmerking genomen zijn. Het tegendeel is zelfs het geval. Uit de hoger besproken casusgevallen is echter gebleken dat verschillende rechters tot uiteenlopende conclusies kwamen voor wat betreft de goederenrechtelijke gevolgen van *trusts*. Dit is ten eerste het geval voor de vraag of het eigendomsrecht van de onder trustverband gebrachte goederen wordt gesitueerd bij de *trustee* of bij de *beneficiary*.

In dit verband kan er een eerste reeks uitspraken worden onderscheiden die eerder geneigd zijn om de *beneficiaries* van de *trust* te beschouwen als de eigenaars van de onder trustverband gebrachte goederen. Verschillende van deze uitspraken kunnen worden aangetroffen in de reeks Franse vonnissen en arresten waarbij de *trust* werd geassimileerd met lastgeving,²⁰²⁵ maar tevens in de gevallen waar de trustverhouding werden geassimileerd met testamentuitvoering²⁰²⁶ en in het geval van een *marital trust* waarbij een onroerend goed door een *trustee* werd aangehouden ten voordele van de echtgenote²⁰²⁷. Dezelfde conclusie werd door Belgische rechtscollages bereikt door het hof te Brussel in een fiscaal geschil²⁰²⁸, alsook door de rechtbank te Brussel in het vonnis van 27 november 1947²⁰²⁹.

In een tweede reeks Franse uitspraken wordt de *trustee* aangeduid als de eigenaar van de onder trustverband gebrachte goederen.²⁰³⁰ In verschillende gevallen wordt dan ook de bevoegdheid van de *trustee* erkend om te beschikken over bepaalde

²⁰²⁵ Trib. Civ. Seine 10 december 1880, *Clunet* 1881, 435; Parijs, 27 januari 1904, *Recueil de Jurisprudence Dalloz* 1905, 356; Toulouse 18 juli 1905, *Clunet* 1906, 541; Trib. Civ. Seine 19 december 1916, *Clunet* 1917, 1069; Parijs 18 april 1929, *Rev. Crit. DIP* 1935, 149.

²⁰²⁶ Trib. Civ. Nice 3 mei 1905, *Clunet* 1911, 278.

²⁰²⁷ Trib. Civ. Mans 20 november 1934, *Clunet* 1935, 651.

²⁰²⁸ Brussel 7 januari 1960, *Rec.gén.enr.not.* 1960, 229.

²⁰²⁹ Rb. Brussel 27 november 1947, *Rev.prat.not.b.* 1948, 158, *Pas.* 1948, III, 51.

²⁰³⁰ Trib. Civ. Seine 16 mei 1906, *Rev. Crit. DIP* 1907, 240; TGI Bayonne 28 april 1975, *Rev. Crit. DIP* 1976, 330 (met noot A. NECKER); Aix-en-Provence 4 februari 2004, *Pétits Affiches* 2004, afl. 204, 11 (met noot I. ZULIAN); Parijs 11 maart 2005, *Rev. Crit. DIP* 2005, 627 (met noot E. FOHRER); Cass. Fr. 13 september 2011, besproken in: S. VAN LOOCK, "A 'Belvédère' on international finance law", *European Property Law Journal* 2012, 166 – 175.

Voor België: Rb. Antwerpen 4 maart 1971, *Rec.gén.enr.not.* 1971, 251.

(onroerende) goederen gelegen in Frankrijk en/of om in rechte op te treden voor de Franse rechtbanken.

Ten derde kan er opnieuw worden verwezen naar de hoger aangehaalde Franse zaak waar de *trustee* werd beschouwd als zijnde een lasthebber, en de *beneficiary* werd aanschouwd als zijnde een persoonlijke schuldeiser van haar echtgenoot, de *settlor* van de *trust*.²⁰³¹ In een dergelijk geval dient de *settlor* te worden beschouwd als eigenaar van de onder trustverband gebrachte goederen, aangezien diens goederen noodzakelijkerwijs als onderpand dienen voor de vermeende schuldvorderingen van de *beneficiary* ten aanzien van deze *settlor*.

692. Het valt evenwel op dat de meer recente rechterlijke uitspraken eerder geneigd zijn om het eigendomsrecht van de onder trustverband gebrachte goederen te lokaliseren bij de *trustee*, daar waar oudere uitspraken het eigendomsrecht sneller zouden plaatsen bij de *beneficiaries*.

693. Opvallend is tevens dat in de gevallen waar de belangen van derden in het geding zijn, de Franse rechtbanken deze belangen soms²⁰³² zullen laten primeren boven de daadwerkelijke erkenning van de rechtsgevolgen van de aanwezigheid van de trustverhouding (zie *supra*, randnr. 635). Uit de hoger aangehaalde rechtspraak in de zaak *Betts-Brown* valt tevens af te leiden dat het hof te Parijs vooral belang hechtte aan het gegeven dat, omwille van de afwezigheid van publiciteit aangaande het bestaan van de trustverhouding, het niet acceptabel was dat derden te goeder trouw in hun verwachtingen zouden worden verschalkt.²⁰³³ In de Franse rechtsleer wordt daaraan toegevoegd dat een vorm van 'zwevend vermogen', dat door de schuldeisers van geen enkele betrokken partij kan worden uitgewonnen, niet in het Franse rechtstelsel past. Deze rechtsleer pleit er dan ook voor om de bijzondere aard van de trustverhouding in kwestie te negeren. Er kan volgens deze rechtsleer een schenking van de inkomsten ten voordele van de *beneficiary* worden aanvaard, terwijl het onder trustverband gebrachte kapitaal aan de *settlor* blijft toegerekend worden, zodat het niet geheel kan worden onttrokken aan de greep van eventuele schuldeisers.²⁰³⁴ Deze rechtsleer ziet overigens minder problemen met het erkennen van de bijzondere rechtsverhouding die de *trust* tot gevolg heeft tussen de *trustee* en de *beneficiaries*, zo lang als deze bijzonderheden niet tegenwerpelijk zijn ten aanzien van derden.²⁰³⁵

²⁰³¹ Trib. Civ. Seine 26 december 1894, *Clunet* 1885, 587.

²⁰³² Er zijn immers ook uitspraken voorhanden waar de rechtsgevolgen van de buitenlandse *trust* in meerdere of mindere mate werden gehonoreerd door de Franse rechtbanken, zelfs ten aanzien van derden. Zie: Trib. Civ. Seine 8 augustus 1888, *Clunet* 1889, 335; Trib. Civ. Le Mans 20 november 1934, *Clunet* 1935, 651.

²⁰³³ Zie tevens: G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Parijs, Economica, 1984, 210 – 211.

²⁰³⁴ G.A.L. DROZ, M. REVILLARD, *Successions*, Jurisclasseur droit international, V^o Libéralités, Donations, Trusts, Fasc. 557-30 B, 2015, nr. 106.

²⁰³⁵ *Ibid*, nr. 115.

Nochtans roepen de auteurs, teneinde hieromtrent zekerheid te verkrijgen, wel op tot een ratificatie van het Haagse Trustverdrag door Frankrijk. Zie: *Ibid*, nr. 115.

694. Een zuiver goederenrechtelijke kwalificatie van de *trust* zou overigens niet wenselijk zijn op het vlak van de rechtsgevolgen die een dergelijke kwalificatie met zich zou meebrengen. De onverkorte toepassing van de *lex rei sitae* als objectieve aanknopingsfactor komt ons allerminst passend voor wanneer het *trusts* betreft. In verband met de contractuele kwalificatie werd in dit verband nog gesteld dat het grootste voordeel van deze kwalificatie erin bestond dat de trustverhouding op deze wijze kon worden onderworpen aan het door de *settlor* aangeduide recht. Welnu, aangezien de toepassing van de *lex rei sitae* een objectieve aanknopingsfactor vormt die geen vrije rechtskeuze toelaat, zou een goederenrechtelijke kwalificatie het tegenovergestelde effect hebben.

In het geval de onder trustverband gebrachte goederen zouden zijn verspreid over meerdere landen die elk een *trust* kennen, zou het probleem al ernstig genoeg zijn, daar de goederen elk zouden zijn onderworpen aan een verschillend trustrecht. Een dergelijke oplossing doorkruist mogelijks de mogelijkheden van de *trustee* om de goederen op eenvormige wijze te beheren. Indien goederen echter zouden zijn gelegen in een land dat de *trust* niet kent, wordt deze problematiek verheven tot de tweede macht. De onverkorte toepassing van de *lex rei sitae* zou met andere woorden voorzien in een territoriale partitie van de *trust*, waarbij deze in de éne groep landen wordt aanschouwd als geldig, en in een andere groep landen mogelijks wordt aanschouwd als zijnde ongeldig. Slechts zo lang als de onder trustverband gebrachte goederen zich zouden situeren binnen de territoriale toepassingsfeer van één rechtsstelsel dat de *trust* kent, zou de trustverhouding naar behoren kunnen opereren.

De laatste bemerking brengt bovendien een tweede probleem aan het licht. Gelet op de lange duurtijd die aan bepaalde trustverhoudingen toekomt, is het niet onrealistisch dat de goederen worden verplaatst van de éne jurisdictie naar de andere, zelfs wanneer dit als zodanig niet wordt beoogd door de betrokken partijen.²⁰³⁶ Indien de trustgoederen vervolgens worden verplaatst naar een ander rechtsstelsel, volgt hieruit een *conflict mobile*.²⁰³⁷ Daarbij zal moeten worden nagegaan welk recht nog van toepassing is, afhankelijk van de mogelijks rijzende rechtsvraag. Het is daarbij hoogst onzeker of de bestaande trustverhouding zal overleven indien de goederen worden verplaatst naar een jurisdictie die geen *trust* kent.

²⁰³⁶ Zie bijvoorbeeld de hoger (*supra*, randnr. 635) besproken zaak *Betts-Brown*, waar de schuldvordering op een Franse debiteur in Frankrijk als het ware per ongeluk onder trustverband kwam te staan.

²⁰³⁷ S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 71; J. PERRIN, "Le trust à l'épreuve du droit successoral", Genève, Droz, 2006, 103 – 104.

Zie over het *conflict mobile*: P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 2014, 484 – 486; J. ERAUW m.m.v. H. STORME, *Deel XVII 'Internationaal Privaatrecht'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 641 – 642; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit international privé*, Parijs, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981, I, 371 – 377.

695. Het enige belangrijke voordeel dat een aanknopng van de *lex rei sitae* omzeggens biedt, is dat de belangen van derden op maximale wijze kunnen worden gevrijwaard. Door een strikte toepassing van de *lex rei sitae* kunnen derden immers nooit worden geconfronteerd met het bestaan van (occulte) onbekende zakelijke rechten. O.i. zou het evenwel te ver gaan om de aanknopingsfactor voor trustverhoudingen geheel in functie te stellen van mogelijke problemen die zouden kunnen rijzen in de rechtsverhoudingen tussen de bij de *trust* betrokken personen en derden. Zowel in het Haagse Trustverdrag (*supra*, randnr. 558 e.v.) als in de rechtspraak die een contractuele kwalificatie voorstaat (*supra*, randnr. 679), wordt het vrijwaren van de rechten van derden door toepassing van de *lex rei sitae* terecht gezien als een correctief, zonder dat het noodzakelijk is om de ganse trustverhouding aan de *lex rei sitae* te onderwerpen. Een zuiver goederenrechtelijke kwalificatie van de *trust* dient aldus te worden verworpen, daar zij een 'overbedeling' van de *lex rei sitae* tot gevolg heeft.

696. Uit deze laatste bemerking volgt eveneens dat een 'hybride' of 'duale' kwalificatie van de *trust* eveneens dient te worden verworpen. Via een duale kwalificatie zou kunnen worden voorzien in een bijzondere vorm van 'dépeçage', waarbij de 'verbintenisrechtelijke' elementen van de *trust* worden onderworpen aan het toepasselijke recht dat volgt uit een contractuele kwalificatie van de *trust*, terwijl de goederenrechtelijke elementen beheerst worden door de *lex rei sitae*.²⁰³⁸ Opnieuw heeft deze benaderingswijze tot voordeel dat de belangen van derden kunnen worden gevrijwaard. Maar uit deze vaststelling vloeit eveneens voort dat ook in de gevallen waar voor een 'duale kwalificatie' van de *trust* zou worden gopteerd, de problemen die rijzen bij een unitaire goederenrechtelijke kwalificatie mee worden geïmporteerd. Door alle goederenrechtelijke rechtsvragen die kunnen rijzen in de marge van het gebruik van een buitenlandse *trust* te onderwerpen aan de *lex rei sitae*, ontstaat er opnieuw een 'overbedeling' van dit rechtsstelsel.

Bovendien zijn de hoger aangehaalde problemen, die kunnen rijzen wanneer onder trustverband gebrachte goederen zich bevinden in verschillende landen of van het éne land naar het andere worden gebracht, daarmee niet van de baan. De toepassing van het gekozen (of aangeduide) recht ingevolge de contractuele kwalificatie kan overigens leiden tot afbakeningsproblemen. Het op de *trust* van toepassing zijnde recht zal in de regel immers ook goederenrechtelijke implicaties met zich meebrengen. Dient de toepassing van dit recht dan steeds terzijde te worden geschoven? In essentie wordt de problematiek die zou rijzen in het geval van een unitaire kwalificatie daarmee gewoon verplaatst naar een andere fase van het internationaal privaatrechtelijke proces. Uit het voorgaande volgt dan ook dat een duale kwalificatie van de *trust* dient te worden verworpen.

²⁰³⁸ S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 78 – 79.

(c) *Erfrechtelijke kwalificatie van de trust*

Algemeen

697. Uit veel van de hoger besproken casusgevallen is gebleken dat *trusts* vaak worden aangewend in een erfrechtelijke context. Zij het omdat de *settlor* een *inter vivos trust* in het leven roept met oog op diens successieplanning, zij het omdat de *settlor* in diens laatste wilsbeschikking heeft voorzien in de creatie van een *testamentary trust*.²⁰³⁹ Een erfrechtelijke kwalificatie van dergelijke *trusts* schijnt dus niet onmogelijk te zijn. Immers, de genoemde *inter vivos trusts* kunnen bepaalde rechtsgevolgen ressorteren die afhangen van het overlijden van de *settlor* of zelfs van het overlijden van andere *beneficiaries*, bijvoorbeeld in het geval van een *successive interest* (zie *supra*, randnr. 204). Zou een dergelijke *trust* daarom op erfrechtelijke wijze dienen te worden gekwalificeerd en te worden onderworpen aan de verwijzingsregels inzake het erfrecht? Een dergelijke conclusie lijkt niet ver gezocht.

Zo wordt in de rechtsleer voorgesteld om het opnemen van een *testamentary trust* in een laatste wilsbeschikking te beschouwen als een impliciete rechtskeuze ten voordele van een bepaald rechtsstelsel onder de Europese erfrechtverordening.²⁰⁴⁰ Uit artikel 21.1. Erfrechtverordening vloeit voort dat het op de (gehele²⁰⁴¹) erfovergang van toepassing zijnde recht principieel het recht is van de laatste verblijfplaats van de overledene. Artikel 22 van de verordening bepaalt evenwel dat een persoon ook een rechtskeuze kan maken ten voordele van het recht van de staat waarvan hij of zij de nationaliteit bezit op het ogenblik van de rechtskeuze

²⁰³⁹ Volgens WEYTS zouden Belgische notarissen dan ook het vaakst in aanraking komen met *testamentary trusts*, zie: L. WEYTS, "To trust or not to trust: het notariaat geconfronteerd met deze Angelsaksische rechtsfiguur, from the frontdoor to the backdoor", *T.Not.* 2017, 394.

²⁰⁴⁰ E. GOOSSENS, "Casestudies erfrechtverordening. Grensoverschrijdend erfrecht in voorbeelden en antwoorden" in A-L. VERBEKE, C. DECLERCK, J. DU MONGH (eds.), *Themis : Familiaal Vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2016, 3 – 4; A. BONOMI, P. WAUTELET m.m.v. I. PRETELLI, A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions*, Brussel, Bruylant, 2016, 348 – 349; G. KHAIRALLAH, "La détermination de la loi applicable à la succession" in G. KHAIRALLAH, M. REVILLARD (eds), *Droit européen des successions internationales*, Parijs, Défrenois, 2013, 55.

GOOSSENS vermeldt eveneens dat andere auteurs stellen dat er meer dan een loutere verwijzing naar een buitenlandse rechtsfiguur is vereist om tot een impliciete rechtskeuze te besluiten. Zie: W. PINTENS, "Einführung in die Erbrechtsverordnung" in M. LÖHNIG, D. SCHWAB, D. HENRICH, P. GOTTWALD, H. GRZIWOTZ, W. REIMANN, A. DUTTA (eds.), *Erbfälle unter Geltung der Europäischen Erbrechtsverordnung*, Bielefeld, Gieseking, 2014, 17.

²⁰⁴¹ In tegenstelling tot de regel die in bepaalde rechtsstelsels werd gehanteerd vóór de inwerkingtreding van de Erfrechtverordening, hanteert dit laatste instrument een unitair regime. Er wordt geen onderscheid meer gemaakt tussen de erfovergang van roerende en onroerende goederen. Zie: considerans 37 van de Erfrechtverordening; A. BONOMI, P. WAUTELET m.m.v. I. PRETELLI, A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions*, Brussel, Bruylant, 2016, 307 – 308; L. WEYTS, "L'adaptation des droits réels selon le règlement européen sur les successions internationales", *Rev.not.b.* 2014, 763.

of op het ogenblik van overlijden. Indien een Engelsman zijn laatste gewone verblijfplaats had te België en middels zijn laatste wilsbeschikking een *testamentary trust* wenst in te stellen, houdt dit volgens deze rechtsleer een impliciete rechtskeuze in ten voordele van het Engelse recht voor de gehele nalatenschap. In dat geval zou zowel de trustverhouding als de erfovergang onderworpen worden aan het Engelse recht.

Hoewel het niet kan worden betwijfeld dat het instellen van de *trust* en het afwickelen van de nalatenschap vlotter zal verlopen indien het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht hetzelfde is als het toepasselijke erfrecht²⁰⁴², biedt zulks nog geen oplossing voor het geval waar een persoon met de nationaliteit van een niet-trustland, die zijn laatste gewone verblijfplaats heeft in een niet-trustland, een *testamentary trust* wenst in te stellen. Hoger (*supra*, randnrs. 492, 496 en 499) is gebleken dat wij het standpunt voorstaan dat, in de toepassing van het Haagse Trustverdrag, een scheidslijn dient te worden getrokken tussen de *lex causae* die de rechtshandeling beheerst waarmee de goederen onder trustverband worden gebracht, terwijl de vraag of een *trust* kan of mag worden geschapen door de erflater, dient te worden beoordeeld aan de hand van het gekozen trustrecht. Indien dan is vast komen te staan dat de erflater vrij kon en mocht beschikken over de desbetreffende goederen, zou de rol van de *lex successionis* in beginsel zijn uitgespeeld.

698. Wat alvast duidelijk is, is dat de *trust*, op zichzelf genomen, geen erfrechtelijke rechtsfiguur is. In de Europese Erfrechtverordening wordt dit gegeven ook onderkend, daar 'aangelegenheden die verband houden met de oprichting, het beheer en de ontbinding van *trusts*' worden uitgesloten van het toepassingsgebied van deze verordening.²⁰⁴³ Daaraan wordt wel meteen toegevoegd dat dit niet geldt als een algemene uitsluiting van *trusts* van het toepassingsgebied van de erfrechtverordening, en dat de overgang van de goederen en de aanduiding van de rechthebbenden wel dient te worden beheerst door het ingevolge de Erfrechtverordening aangewezen recht.²⁰⁴⁴ Het door het Erfrechtverordening gehanteerde uitgangspunt correleert o.i. met het hoger naar voren geschoven standpunt inzake *testamentary trusts* onder het Haagse Trustverdrag: daar waar de *lex successionis* bepaalt of de erflater vrijelijk kan en mag beschikken over de goederen, dient de vraag of een *testamentary trust* kan worden ingesteld, te worden beantwoord aan de hand van het gekozen trustrecht. De enige relevante bijkomende beperking die de *lex successionis* zou kunnen aanbrengen, is waar dit recht zou voorzien in een gesloten stelsel van toegelaten beschikkingen *mortis causa*.

²⁰⁴² D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2014, II, 150.

²⁰⁴³ Zie in dit verband ook considerans 13 en art. 1.2.j) van de Erfrechtverordening. Nochtans voorziet de Erfrechtverordening niet in een algemene uitsluiting ten aanzien van *trusts*.

²⁰⁴⁴ Zie considerans 13 van de Erfrechtverordening; : A.P.M.J. VONKEN, F.W.J.M. SCHOLS, F. IBILI, , *Internationaal privaatrecht. Internationaal personen-, familie- en erfrecht* in C. Assers *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2016, 613 – 614.

Daarvan is volgens bepaalde auteurs sprake in Nederland²⁰⁴⁵ en alvast zeker in Zwitserland²⁰⁴⁶. Nochtans is met name de Zwitserse doctrine verdeeld over de vraag of de *numerus clausus* van beschikkingen *mortis causa* ook kan verhinderen dat een erflater een *testamentary trust* in het leven kan roepen.²⁰⁴⁷ Vooral de voorstanders van de mogelijkheid tot het instellen van een *testamentary trust* wijzen er op dat de *trust* als zodanig geen erfrechtelijke rechtsfiguur is en dat het Zwitserse recht het oprichten van een stichting per testament wel toelaat. Ook in de Nederlandse literatuur werd dit standpunt reeds ingenomen.²⁰⁴⁸ Zelfs in het geval dat de *numerus clausus* strikt zou worden geïnterpreteerd, kan nog steeds beroep worden gedaan op een analogische toepassing van de (toegelaten) oprichting van een stichting.

699. Uit het voorgaande vloeit alvast voort dat hoewel de *trust* op zichzelf genomen inderdaad geen erfrechtelijke rechtsfiguur is, zij in veel gevallen noodzakelijkerwijs wel sterke verbanden zal vertonen met het van toepassing

²⁰⁴⁵ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 220, 299, 478. GILISSEN stelt evenwel dat dit onder het oude Nederlandse recht niet het geval zou zijn geweest. ROELOFS lijkt daarentegen geen principiële bezwaar te zien in de oprichting van een *testamentary trust* en geeft slechts aan dat de trustee moet worden beschouwd als erfgenaam, legataris of lastbevoordeelde. Zie: E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 129.

²⁰⁴⁶ *Message concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et sa reconnaissance du 2 décembre 2005*, 05.088, *Feuille Fédérale* 17 januari 2006, 574; J. PERRIN, "Le trust à l'épreuve du droit successoral", Genève, Droz, 2006, 178 - 79; T.M. MAYER, "Das Haager-Trust Übereinkommen - Auswirkungen und Vorteile einer Ratifikation aus rechtlicher Sicht", *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle* 2004, afl. 2, 161; P. PIOTET, *Traité de droit civil privé Suisse, Tome IV : Droit successoral*, Fribourg, Editions Universitaires, 1975, 77.

Het gaat met name om de beschikkingen die vervat liggen in de artikelen 477 e.v., 482, 483, 484 e.v., 487 e.v., 517, 525, 608, §1, 626 e.v.

Een beschikking die niet valt onder de door de *numerus clausus* geboden catalogus wordt geraakt door de nietigheidssanctie, zie: P. PIOTET, *Traité de droit civil privé Suisse, Tome IV : Droit successoral*, Fribourg, Editions Universitaires, 1975, 250.

²⁰⁴⁷ Stellen dat de *numerus clausus* van de beschikkingen *mortis causa* zulks verhindert: M. SEILER, *Trust und Treuhand im schweizerischen Recht - unter besonderer Berücksichtigung der Rechtstellung des Trustees*, Zürich, Schulthess, 2005, 96; L. THÉVENOZ, *Trusts in Switzerland: Ratification of the Hague Convention on Trusts and Codification of the Law of Fiduciary Transfers*, Zürich, Schulthess, 2001, 215.

Stelt dat de *numerus clausus* van de beschikkingen *mortis causa* zulks slechts in bepaalde gevallen verhindert: *Message concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et sa reconnaissance du 2 décembre 2005*, 05.088, *Feuille Fédérale* 17 januari 2006, 574.

Stellen dat de *numerus clausus* van beschikkingen *mortis causa* zulks niet verhindert: J. PERRIN, "The Recognition of Trusts and Their use in Estate Planning under Continental Laws" in P. ŠARČEVIĆ, P. VOLKEN, A. BONOMI (eds.), *Yearbook of Private International Law, Vol. X*, München, Sellier, 2009, 655; J. PERRIN, "Le trust à l'épreuve du droit successoral", Genève, Droz, 2006, 224; T.M. MAYER, "Das Haager-Trust Übereinkommen - Auswirkungen und Vorteile einer Ratifikation aus rechtlicher Sicht", *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle* 2004, afl. 2, 161.

²⁰⁴⁸ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, "Inbreng van Nederlandse goederen in een trust", *WPNR* 1997, 550; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haage Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 234.

zijnde erfrecht. Dit is tevens het geval waar er sprake is van een *inter vivos trust*, aangezien ook in deze gevallen bijvoorbeeld vragen kunnen opduiken inzake de erfrechtelijke reserve en de vraag of er geen verboden erfrechtelijke substitutie of verbonden beding betreffende een niet-opgevallen nalatenschap voorhanden is.

700. Toch lijkt een zuiver erfrechtelijke kwalificatie van trustverhoudingen niet opportuun. Ten eerste omdat niet elke trustverhouding zal worden aangewend in een erfrechtelijke context. Hoewel dit onderzoek zich weliswaar toespitst op *trusts* die worden aangewend in de context van vermogensplanning, mag toch niet uit het oog worden verloren dat *trusts* veel meer doeleinden kunnen dienen dan het voorzien in een op maat gemaakte manier van erfovergang alleen (*cf. supra*, randnr. 164 e.v.).

Ten tweede is het zo, dat zelfs in die gevallen waar een *trust* wordt aangewend in een erfrechtelijke context, de zuivere toepassing van erfrechtelijke verwijzingsregels niet steeds tot een bevredigend resultaat zal leiden. Hoger (*supra*, randnr. 581) werd in dit verband verwezen naar mogelijkheid onder Zwitsers recht om over te gaan tot een *professio iuris*, i.e. een rechtskeuze ten voordele van het recht waarvan de erflater de nationaliteit had, boven de toepassing van het recht van de laatste gewone verblijfplaats. Enkele randnummers hoger is gebleken dat een dergelijke mogelijkheid tevens bestaat in de EU-lidstaten waar de Europese Erfrechtverordening van toepassing is. In het Engelse recht wordt daarentegen nog steeds de klassieke regel gehanteerd die stelt dat de erfovergang van roerende goederen is onderworpen aan het recht van de laatste woonplaats van de overledene, terwijl de erfovergang van onroerende goederen wordt beheerst door het recht van de plaats waar deze goederen gelegen zijn.²⁰⁴⁹ Het Haagse Trustverdrag laat de *settlor* daarentegen de principiële vrijheid om de

²⁰⁴⁹ L. COLLINS (ed.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1414 – 1416. DICEY, MORRIS en COLLINS staan evenwel vrij kritisch tegenover de Engelse regel. Doch, onder het oude Belgische en Franse recht werd eenzelfde onderscheid gemaakt tussen het recht van toepassing is op de erfovergang van roerende goederen en het recht dat van toepassing is op de erfovergang van onroerende goederen. Zie: H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit international privé*, Parijs, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, II, 387 – 95; J. ERAUW m.m.v. H. STORME, *Deel XVII 'Internationaal Privaatrecht'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 619 – 621.

Uit artikel 79 WIPR blijkt evenwel dat een rechtskeuze naar Belgisch recht ook mogelijk was voor het rechtstelsel van een land waarmee de erflater een nauwe binding had. Zelfs in geval van een rechtskeuze diende evenwel nog steeds rekening te worden gehouden met de Belgische erfrechtelijke reserve. Zie: B. VERDICKT, R. ELSERMANS, "Internationale successieplanning na de Erfrechtverordening. Kernpunten en nieuwigheden in negen topics", *AFT* 2016, afl. 10, 29.

Naar aanleiding van de invoering van het Belgische WIPR werd de vraag of deze versnipperde aanknopingscriteria voor de roerende en onroerende nalatenschap behouden dienden te blijven al eens opgeworpen. Vooral het Belgische notariaat sprak zich toen uit voor het behoud van de klassieke regel. Zie: J. ERAUW m.m.v. H. STORME, *Deel XVII 'Internationaal Privaatrecht'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 619.

trust te onderwerpen aan eender welk gekozen rechtsstelsel dat deze rechtsfiguur kent.

Ten derde is een zuiver erfrechtelijke kwalificatie nog moeilijker te verdedigen in het geval de *trust* in kwestie een *inter vivos trust* is, zelfs in die gevallen waar rechten van de *beneficiaries* een invloed ondervinden van het overlijden van de *settlor*. Hier kan ook meteen opnieuw het verband worden gelegd met het reeds aangehaalde bezwaar dat de *trust* als zodanig geen erfrechtelijke rechtsfiguur is, maar dat het klassieke trustrecht daarentegen zelf in de regel amper een onderscheid maakt tussen *testamentary* en *inter vivos trusts*. Ongeacht hoe de trustverhouding ontstaat, als rechtsverhouding gaat zij een autonoom bestaan leiden van zodra zij in het leven geroepen is. Neem bijvoorbeeld het hypothetische geval van een Nederlander die zijn hele professionele leven in het Verenigd Koninkrijk woont en aldaar een rechtsgeldige *inter vivos trust* heeft opgericht, waarbij na zijn overlijden enkele activa zullen toekomen aan zijn erfgenamen. Na zijn pensionering beslist de Nederlander plots om te verhuizen naar Frankrijk, alwaar hij zijn laatste gewone verblijfplaats heeft aan de Côte d'Azur. Indien deze persoon de Nederlandse nationaliteit heeft behouden, kan het Engelse recht geenszins worden aangeduid of gekozen als *lex successionis*. Slechts het Franse of het Nederlandse recht komen hiertoe in aanmerking. Nochtans had de erflater op het ogenblik van het oprichten van de *trust* helemaal niet voor ogen gehad dat het Franse recht zijn erfovergang zou kunnen beheersen. Er is o.i. geen enkele reden voorhanden waarom de rechtsgeldige *inter vivos trust* plots zou onderworpen moeten worden aan het Franse of Nederlandse erfrecht.

701. Hoewel een *trust* op zichzelf genomen geen erfrechtelijke rechtsfiguur is, kan het samenspel tussen de trustverhouding en het van toepassing zijnde erfrecht wel in grote mate variëren, afhankelijk van de vraag of het toepasselijke erfrecht al dan niet bekend is met de trustfiguur. Zulks blijkt alvast in belangrijke mate uit de Franse rechtsleer.²⁰⁵⁰ Indien de erfovergang beheerst wordt door een buitenlands recht dat bekend is met de trustfiguur zal de trust vermoedelijk veel effectiever kunnen doorwerken dan anders het geval zou zijn. Indien een buitenlands erfrecht wordt aangewezen, worden immers nagenoeg alle kwesties die betrekking hebben op de erfovergang, waaronder ook de saisine, als zodanig door het aangewezen recht beheerst.²⁰⁵¹ Volgens deze Franse rechtsleer heeft er zelfs steeds een tendens bestaan om de werking van de Franse goederenrechtelijke regels die de effectiviteit van de trustverhouding konden doorkruisen enigszins te

²⁰⁵⁰ G.A.L. DROZ, M. REVILLARD, Successions, Jurisclasseur droit international, V^o Libéralités, Donations, Trusts, Fasc. 557-30 B, 2015, nr. 80 – 115.

²⁰⁵¹ G.A.L. DROZ, "Saisine héréditaire et administration de la succession en droit international privé français et comparé", *Rev. Crit. DIP* 1970, 183. Zie tevens artikel 23 van de Europese Erfrechtverordening, alwaar wordt aangegeven welke kwesties worden beheerst door het middels de verordening aangewezen erfrecht. Sedert haar inwerkingtreding is de erfrechtverordening ook van toepassing in Frankrijk.

verzachten in dergelijke gevallen, teneinde de werking van de trustverhouding niet te verlammen.²⁰⁵²

702. Wanneer daarentegen het Franse erfrecht gold als toepasselijke *lex successionis*, was het risico op aantastingen van de werking van de *trust* in kwestie veel groter.²⁰⁵³ Zo argumenteerde MOTULSKY dat het in feite onmogelijk was om een rechtsgeldige trustverhouding in het leven te roepen, indien het Franse recht van toepassing was.²⁰⁵⁴ De auteur wordt hierin onder meer gevolgd door BATIFFOL en LAGARDE.²⁰⁵⁵ MOTULSKY stelde zich daarbij in het bijzonder kritisch op ten aanzien van het vonnis van de rechtbank te Brussel van 27 november 1947.²⁰⁵⁶ MOTULSKY kwam tot deze conclusie op grond van de redenering dat de *trust* in essentie vreemd was aan de Franse rechtsorde en onder geen enkele juridische categorie van het Franse recht kon worden ondergebracht, zonder haar essentiële karakteristieken te verliezen.²⁰⁵⁷ Nochtans lijkt de Franse rechtspraak in de praktijk genuanceerder in de omgang met buitenlandse *trusts*, zelfs indien het Franse erfrecht van toepassing is.

Ter illustratie kan worden verwezen naar de hoger besproken arresten *Zieseniss en Ganay*.²⁰⁵⁸ In beide gevallen werd het bestaan van de *trust* geëerbiedigd, weliswaar op verschillende wijzen. Zij het dat Franse rechters wel toezagen op de naleving van de dwingende regels van het Franse erfrecht, *in casu* de regels inzake erfrechtelijke reserve.²⁰⁵⁹ Deze arresten illustreren dat indien er geen reservataire erfgenamen zijn, het kennelijk mogelijk is een *inter vivos trust* in het leven te roepen ten belope van het beschikbaar deel naar Frans recht. Een gelijkaardige uitspraak kan overigens ook worden aangetroffen in de Belgische rechtsorde. In een vonnis van 31 mei 1994 oordeelde de Brusselse rechtbank van eerste aanleg dat een Engelse *trust* die werd ingesteld door een vrouw met de Engelse nationaliteit in een authentiek testament uitwerking kon hebben in België, zij het slechts ten belope van het beschikbaar deel.²⁰⁶⁰ In zoverre dat de goederen ondergebracht in de trustverhouding het beschikbaar deel overschrijden, kon

²⁰⁵² G.A.L. DROZ, M. REVILLARD, *Successions*, Jurisclasseur droit international, V° Libéralités, Donations, Trusts, Fasc. 557-30 B, 2015, nr. 85.

²⁰⁵³ M. REVILLARD, "France" in D.J. HAYTON, (ed.), *European Succession Laws 2nd Edition*, Bristol, Jordans Publishing, 2002, 226.

²⁰⁵⁴ M. MOTULSKY, "De l'impossibilité juridique de constituer un "Trust" anglo-saxon sous l'empire de la loi française", *Rev. Crit. DIP* 1948, 451 – 468.

²⁰⁵⁵ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit international privé*, Parijs, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, II, 423: "Si au contraire la succession est soumise à la loi française, la reconnaissance du trust pose en l'état actuel du droit des problèmes presque insurmontables."

²⁰⁵⁶ Rb. Brussel 27 november 1947, *Rev.prat.not.b.* 1948, 158, *Pas.* 1948, III, 51.

²⁰⁵⁷ M. MOTULSKY, "De l'impossibilité juridique de constituer un "Trust" anglo-saxon sous l'empire de la loi française", *Rev. Crit. DIP* 1948, 467.

²⁰⁵⁸ Zie bv: Cass. Fr. 20 februari 1996, *Rev. Crit. DIP* 1996, 692 (met noot G.A.L. DROZ), *RTD Civ.* 1996, 454 (met noot J. PATARIN), *Déf.* 1997, nr. 36457 (met noot T. VIGNAL); Parijs 10 januari 1970, *Rev. Crit. DIP* 1971, 518 (met noot G.A.L. DROZ).

²⁰⁵⁹ M. GORÉ, *L'administration des successions en droit international privé français*, Parijs, Economica, 1994, 68 – 69.

²⁰⁶⁰ Rb. Brussel 31 mei 1994, *RW* 1994 – 1995, 677.

volgens de rechtbank aldus een vordering tot inkorting worden ingesteld. Tevens is gebleken dat de Franse rechters in de regel ook weigeren om de *trust* gelijk te stellen met een verboden erfrechtelijke substitutie.²⁰⁶¹

Volgens BÉRAUDO en TIRARD kan de erkenning van buitenlandse *trusts* die worden aangewend in een erfrechtelijke context in beginsel slechts stuiten op twee belangrijke obstakels.²⁰⁶² Ten eerste dient te worden vastgesteld dat er er geen sprake is van wetsontduiking en dat de *trust* in kwestie een werkelijk bestaande *trust* is.²⁰⁶³ Ten tweede dient volgens de auteurs rekening te worden gehouden met het bestaan van de erfrechtelijke reserve.

703. Het werkelijke probleem is evenwel elders gelegen. Zoals wij hoger hebben vastgesteld, dient het Franse recht zich bij gebreke aan een afzonderlijke verwijzingscategorie voor *trusts* te verlaten op de assimilatietechniek. Dit geldt evenzeer in een erfrechtelijke context. De Franse rechter zal daarom in de regel de belangrijkste in het geding zijnde rechtsverhouding(en) identificeren en vervolgens, vanuit het perspectief van het Franse recht, op doelgebonden wijze trachten te assimileren met een door het forum bekende rechtsfiguur. Rechtsvragen betreffende de formele en materiële geldigheid van de testamentaire beschikking waarmee een goed wordt overgedragen aan een *trustee* teneinde deze *on trust* te houden en rechtsvragen betreffende de formele en materiële geldigheid van het trustverband zelf, kunnen daardoor niet uit elkaar worden getrokken. De *trust* dient immers noodzakelijkerwijs te worden geassimileerd met een Franse rechtsfiguur, zodat zij principieel niet op dezelfde wijze zal kunnen functioneren als in het geval de trustverhouding afzonderlijk zou zijn onderworpen aan haar eigen *lex causae*.²⁰⁶⁴ In de Belgische rechtsleer die dateert van vóór de inwerkingtreding van het WIPR werd eenzelfde standpunt verdedigd.²⁰⁶⁵

Hoger is echter gebleken dat een dergelijke assimilatie noodzakelijkerwijs leidt tot distorsies, daar in beginsel geen enkele Franse rechtsfiguur voldoende overlapping vertoont met de *trust*. Dit is zelfs het geval voor de in 2007 ingevoerde *fiducie*. Luidens artikel 2013 CC is een *fiducie* die een *libéralité* omvat immers absoluut nietig. Bovendien wordt het hanteren van een *fiducie-libéralité* ook op fiscaal vlak

²⁰⁶¹ Bayonne 28 april 1975, *Rev. Crit. DIP* 1976, 330 (met noot A. NECKER); Trib. Nice, 3 mei 1905, *Clunet* 1911, 278; M. MOTULSKY, "De l'impossibilité juridique de constituer un "Trust" anglo-saxon sous l'empire de la loi française", *Rev. Crit. DIP* 1948, 458.

²⁰⁶² J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 353. Zie ook: J.P. BÉRAUDO, "Trust", *Rép.intern.* 2012, nr. 45.

²⁰⁶³ Zie de hoger (*supra*, randnr. 623) besproken zaak *Caron*.

²⁰⁶⁴ G.A.L. DROZ, M. REVILLARD, *Successions*, Jurisclasseur droit international, V^o Libéralités, Donations, Trusts, Fasc. 557-30 B, 2015, nr. 100; A. BONOMI, P. WAUTELET m.m.v. I. PRETELLI, A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions*, Brussel, Bruylant, 2016, 121.

Indien Frankrijk het Haagse Trustverdrag zou ratificeren, zou een *testamentary trust* volgens DROZ en REVILLARD daarentegen wel mogelijk zijn, zelfs indien het Franse erfrecht van toepassing is en zelfs indien deze *trust* goederen zou omvatten die gelegen zijn in Frankrijk, zie: G.A.L. DROZ, M. REVILLARD, *Successions*, Jurisclasseur droit international, V^o Libéralités, Donations, Trusts, Fasc. 557-30 B, 2015, nr. 143 – 146.

²⁰⁶⁵ J.L. JEGHERS, "La difficile intégration du trust anglo-saxon en droit civil belge", *Rev.not.b.* 1991, 323.

afgestraft in Frankrijk. Op grond van artikel 792bis van de *Code Général des Impôts* ("CGI") kan de Franse fiscale administratie een *mutation à titre gratuit* vestigen aan het tarief dat geldt tussen vreemden, i.e. 60%. Daar de Franse wetgever het gebruik van een *fiducie-libéralité* beschouwt als zijnde een vorm van misbruik kan daar bovenop nog een fiscale sanctie ten belope van 80% worden gevestigd, hetgeen uitmondt in een mogelijke totale belasting van 108%, niettegenstaande de civielrechtelijke nietigheid.²⁰⁶⁶ Eén en ander toont duidelijk de aversie van de Franse wetgever ten aanzien van een fiduciaire figuur waarmee een gift wordt bewerkstelligd. In de Franse rechtsleer wordt dit standpunt evenwel bekritiseerd.²⁰⁶⁷ Daarbij komt nog dat de Franse overheid in 2008 nog te kennen gaf geen haast te willen maken van een ratificatie van het Haagse Trustverdrag teneinde concurrentie tussen de Franse *fiducie* en buitenlandse *trusts* te willen vermijden.²⁰⁶⁸ De Franse overheid wees daarbij opnieuw op de risico's die de *trust* met zich meebracht inzake de mogelijkheid tot (fiscale) fraude.²⁰⁶⁹ Samen gelezen, doen deze vaststellingen overigens de vraag rijzen of de Franse rechtbanken nog zo welwillend zouden staan ten aanzien van de erkenning van buitenlandse *trusts* dan de hoger besproken rechtspraak doet uitschijnen.²⁰⁷⁰ Alleszins lijkt een assimilatie met een (verboden) *fiducie-libéralité* uit den boze, indien het de bedoeling zou zijn om de trustverhouding in kwestie rechtsgevolgen te laten ressorten. Daarover anders beslissen zou vermoedelijk een zeer ernstige verstoring van het Franse recht in kwestie opleveren.

Bijzonder geval: artikel 31 van de Europese Erfrechtverordening

704. Hoger (*supra*, randnr. 696) concludeerden wij dat een duale kwalificatie van de *trust* als goederenrechtelijk en contractenrechtelijk als oplossing voor de voorliggende kwalificatieproblematiek diende te worden verworpen. Het is tevens opvallend dat het samenspel met het goederenrecht evenzeer aan bod komt in de context van een erfrechtelijke kwalificatie. Hoger (*supra*, randnr. 701 – 702) werd opgemerkt dat in de Franse rechtsleer werd gesignaleerd dat de Franse rechters in de regel een minder stringente toepassing zullen maken van hun nationale

²⁰⁶⁶ F. BARRIÈRE, "La fiducie française: observations quant aux conditions et à son régime fiscal" in G. FRANSONI, N. DE RENZIS SONNINO, *Teoria e pratica della fiscalità dei Trust*, Milaan, Ipsoa Wolters Kluwer, 2008, 329; D. LOUIS-CAPORAL, "La fiducie-libéralité. Réflexion sur une opération prohibée", *RTD Civ.* 2016, 49 – 64.

²⁰⁶⁷ D. LOUIS-CAPORAL, "La fiducie-libéralité. Réflexion sur une opération prohibée", *RTD Civ.* 2016, 49 – 64; B. MALLET-BRICOUT, "The trustee: mainspring, or only a cog, in the French *fiducie*?" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 147; F. BARRIÈRE, "The French *fiducie*, or the chaotic awakening of a sleeping beauty" in L. SMITH (ed.), *Re-imagining the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 241 – 242.

²⁰⁶⁸ Reconnaissance des trusts en France : précision ministérielle, *Recueil Dalloz* 2008, 342.

²⁰⁶⁹ *Ibid.*

²⁰⁷⁰ Hoger (*supra*, randnr. 475) hebben wij opgemerkt dat het feit dat Frankrijk het Haagse Trustverdrag reeds heeft ondertekend o.i. naar internationaal recht de verplichting scheidt om de doelstellingen van het verdrag niet uit te hollen.

goederenrechtelijke regels indien een vreemde *lex successio* van toepassing is, teneinde een voorhanden zijnde *trust* op maximale wijze te kunnen respecteren. Welnu, in de context van de Europese Erfrechtverordening komt de problematiek van het samenspel tussen de toepasselijke *lex successio* en het goederenrecht evenzeer aan bod. Aangezien de toepasselijke *lex successio* en het vigerende goederenrecht onder het systeem van de Erfrechtverordening niet steeds tot eenzelfde rechtsstelsel zullen behoren, diende de verordening in een systeem te voorzien om mogelijke conflicten tussen beide van toepassing zijnde rechtssystemen te beslechten.

705. Luidens artikel 1.2., k) laat de verordening de aard van zakelijke rechten van de lidstaten onverlet. Toch heeft de erfovergang noodzakelijkerwijs een impact op het zakelijk statuut van de goederen die in de erfovergang worden betrokken.²⁰⁷¹ In consideransen 15 en 16 van de Erfrechtverordening blijkt verder dat de Europese wetgever zich bewust was van het gegeven dat door erfovergang zakelijke rechten kunnen worden gevestigd op roerende en onroerende goederen. Gelet op de *numerus clausus* van zakelijke rechten die in verschillende lidstaten geldt²⁰⁷², kan van een lidstaat niet worden verwacht dat deze buitenlandse zakelijke rechten erkent, indien de lidstaat dit zakelijk recht zelf niet kent. Op zichzelf genomen zou het hanteren van deze stelregel in de praktijk veel moeilijkheden opleveren. Bij gebreke aan een verregaande harmonisatie zullen immers, zij het op een algemeen niveau, zij het op detailniveau, vermoedelijk quasi-altijd verschillen opduiken tussen de onderscheiden goederenrechtelijke systemen van de lidstaten.

De door de verordening aangedragen oplossing bestaat er daarom in dat onbekende zakelijke rechten in overeenstemming dienen te worden gebracht met het meest daarop gelijkende zakelijke recht in de lidstaat waar het goed waarop dit recht betrekking heeft, gelegen is. Daarbij moet luidens considerans 16 van de verordening rekening worden gehouden met de specifieke doelstellingen en de belangen die door het zakelijke recht worden nagestreefd, alsook met de rechtsgevolgen die daaraan zijn verbonden. Deze regel heeft neerslag gevonden in artikel 31 van de Erfrechtverordening.

Uit deze bepaling vloeit voort dat het buitenlandse zakelijk recht dient te worden aangepast²⁰⁷³, zodanig dat het in overeenstemming wordt gebracht met het (functioneel) meest nabijgelegen zakelijk recht van de staat van ligging van het goed. Wat hieruit alleszins duidelijk blijkt, is dat het voor de Lidstaten niet

²⁰⁷¹ A. BONOMI, P. WAUTELET m.m.v. I. PRETELLI, A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions*, Brussel, Bruylant, 2016, 523.

²⁰⁷² Voor een rechtsvergelijkende studie over de *numerus clausus* van zakelijke rechten, zie: B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 657p.

²⁰⁷³ A. BONOMI, P. WAUTELET m.m.v. I. PRETELLI, A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions*, Brussel, Bruylant, 2016, 525.

toelaatbaar is om de 'erkenning' van buitenlandse zakelijke rechten principieel te weigeren, louter omdat zij als zodanig onbekend zijn in het eigen recht.²⁰⁷⁴

Welnu, in de doctrine is meermaals de vraag aan bod gekomen hoe deze bepaling toegepast kan worden wanneer een trustverhouding voorhanden is.²⁰⁷⁵ Daarbij kan allereerst worden opgemerkt dat een *trust* op zichzelf genomen geen louter zakelijk recht is. Het feit dat wij hoger hebben vastgesteld dat deze rechtsfiguur niet op enkelvoudige wijze kan worden gesubsumeerd onder de verwijzingscategorie voor zakelijke rechten, is daarvan het gevolg. Wel dient een trustverhouding, om effectief te zijn, minstens enkele goederenrechtelijke gevolgen te ressorteren. Hoger, bij de analyse van de bepalingen van het Haagse Trustverdrag, werd daarbij opgemerkt dat vanuit het perspectief van *civil law*-landen, er 'vermogensafscheiding' aanwezig dient te zijn. De vraag of de *beneficiaries* over zakelijke rechten beschikken die betrekking hebben op de trustgoederen, is betwist. Echter, een positief antwoord op deze vraag is, gelet op de verschillende strekkingen in de doctrine, niet onrealistisch.

706. De *trust* als zodanig kan nooit het voorwerp uitmaken van een 'aanpassing' onder artikel 31 Erfrechtverordening. Hetzelfde kan echter niet worden gezegd van de rechtsposities en juridische verhoudingen tussen de bij de *trust* betrokken actoren. Opmerkelijk is dat daarbij, met een verwijzing naar het tweede lid van artikel 15 van het Haagse Trustverdrag, door bepaalde auteurs wordt teruggegrepen naar de hier beschreven deconstructie-assimilatiemethode.²⁰⁷⁶ Een andere auteur schakelt de rechtspositie van de *trustee* (o.i.) gelijk met deze van een 'fiduciaire eigenaar' naar Belgisch recht.²⁰⁷⁷ Op de vraag of de *trustee* inderdaad kan worden beschouwd als een 'fiduciaire eigenaar' naar Belgisch recht, wordt verder (*infra*, randnr. 816 e.v.) nog teruggekomen.

²⁰⁷⁴ Ook het andere uiterste, waarbij de verordening tevens een regeling zou omvatten betreffende de goederenrechtelijke systemen van de onderscheiden lidstaten, was een zeer onrealistische optie. "The Regulation cannot possibly seek to regulate all the property rights that exist in the Member States, or to require overseas courts to assert jurisdiction over them and apply foreign choice of law rules. Still less can those States automatically recognize such foreign interests, register them and give effect to them within the context of their own legal systems. This would constitute a wholly unrealistic and disproportionate project. It would also conflict with article 295 EC [art. 345 VWEU], according to which 'the Treaty shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership'."

Zie: J. HARRIS, "The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges", *Trust Law International* 2008, 203.

²⁰⁷⁵ A. BONOMI, P. WAUTELET m.m.v. I. PRETELLI, A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions*, Brussel, Bruylant, 2016, 538; E. GOOSSENS, *De Europese erfrechtverklaring*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 252 – 258; P. WAUTELET, J. MARY, "Le règlement 650/2012 relatif aux successions internationales . Aperçu et principes généraux", *JT* 2016, 388; L. WEYTS, "L'adaptation des droits réels selon le règlement européen sur les successions internationales", *Rev.not.b.* 2014, 766.

²⁰⁷⁶ A. BONOMI, P. WAUTELET m.m.v. I. PRETELLI, A. ÖZTÜRK, *Le droit européen des successions*, Brussel, Bruylant, 2016, 536 – 538.

²⁰⁷⁷ E. GOOSSENS, *De Europese erfrechtverklaring*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 257.

A fortiori in die staten die partij zijn bij het Haagse Trustverdrag²⁰⁷⁸, kan er o.i. worden geopteerd voor een behandelingswijze die de *trust* ook daadwerkelijk als *trust* benadert. Hoger (*supra*, randnr. 490 e.v.) hebben wij in dit verband opgemerkt dat de toepassing van de aangewezen *lex successionis* in de eerste plaats slaat op de rechtshandeling waarmee goederen onder trustverband worden gebracht (bijvoorbeeld een testamentaire beschikking), maar dat de trustverhouding zelf wordt beheerst door het daarop van toepassing zijnde recht. In die gevallen is er voor *trusts* immers sprake van een afzonderlijke internationaal privaatrechtelijke verwijzingscategorie.

In dit verband kan opnieuw worden opgemerkt dat het Haagse Trustverdrag zélf een regeling aanreikt die toelaat om een evenwicht te vinden tussen de toepassing van de *lex rei sitae* en het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht. Cruciaal is hier echter het inzicht dat dit samenspel er één is tussen het toepasselijke trustrecht en de toepasselijke *lex rei sitae*. De ingevolge de verordening aangewezen *lex successionis* is hier veel minder van belang. Met andere woorden: de in de Europese Erfrechtverordening vervatte uitsluiting ten aanzien van *trusts* laat toe om deze rechtsfiguren aan hun eigen verwijzingsregel te onderwerpen, in het geval dat deze laatste bestaat. Het is in de eerste plaats vanuit die verwijzingsregel dat het samenspel met het toepasselijke goederenrecht dient te worden beoordeeld. Teneinde een genuanceerde benadering ten aanzien van buitenlandse *trusts* mogelijk te maken, verdient het dan ook de aanbeveling om over te gaan tot een ratificatie van het Haagse Trustverdrag. Dit was ook het standpunt van de Nederlandse regering, als respons op het Groenboek van de Europese Commissie aangaande het voorstel dat is uitgemond in de Europese Erfrechtverordening.²⁰⁷⁹

Een beroep op de methode, naar welk in voorliggend wordt verwezen onder de noemer 'deconstructie-assimilatie' lijkt in dat geval enkel noodzakelijk indien het forum geen afzonderlijke verwijzingsregel kent voor *trusts*.

v. Tussenbesluit betreffende de 'erkenning' van buitenlandse trusts in rechtsordes zonder autonome verwijzingscategorie voor trusts

707. In het voorgaande werd onderzocht hoe in enkele continentale rechtsstelsels die geen afzonderlijke verwijzingscategorie kennen voor *trusts*, wordt omgegaan met de 'erkenning' van buitenlandse *trusts*. Het onbreken van een afzonderlijke verwijzingscategorie impliceert immers dat deze rechtsstelsels evenmin een aanknopingsfactor voor *trusts* kennen. Er werd voor gekozen om te

²⁰⁷⁸ Bijvoorbeeld Nederland, Italië en Luxemburg.

²⁰⁷⁹ Projet de réponse du gouvernement néerlandais aux questions du Livre vert sur les successions et les testaments COM(2005) 65 final, 6. Beschikbaar op: http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_netherlands_fr.pdf

onderzoeken hoe met buitenlandse *trusts* werd omgegaan in Frankrijk en in België, vóór de invoering van het Belgische WIPR.

Uit het voorgaande is gebleken dat *trusts* in de regel niet vijandig of afkeurend zijn onthaald, zij het dat de welwillendheid zich in de regel beperkte tot situaties met een internationale dimensie. Het gebruik van een buitenlandse *trust* wordt op zichzelf niet principieel beschouwd als zijnde strijdig met de openbare orde. Daarentegen zijn er wel rechters die in het verleden geoordeeld hebben dat een toevlucht naar een buitenlandse trustfiguur een vorm van wetsontduiking kan zijn. Nochtans dient dit internationaal privaatrechtelijke leerstuk volgens de juridische doctrine met enige terughoudendheid te worden toegepast. Bovendien is gebleken dat ook de bevoegdheid van de *trustee* om rechtshandelingen te verrichten als *trustee* in de regel wordt erkend en wordt aanvaard.

708. Echter, bij gebreke aan een eigen verwijzingscategorie voor *trusts*, kan een buitenlandse *trust* niet 'als *trust*' worden benaderd. De trustverhouding dient noodzakelijkerwijs 'ingepast' te worden in een eigen verwijzingscategorie van het forum. Uit de geanalyseerde rechtspraak is gebleken dat de Belgische en Franse rechters hier in het verleden creatief mee zijn omgegaan. Vaak werd door de rechters expliciet of impliciet nagegaan welk doel de bij de *trust* betrokken actoren wensten te bereiken door het aanwenden van deze rechtsfiguur. Vervolgens werd de *trust* op doelgebonden wijze geassimileerd met een rechtsfiguur die het forum kent, teneinde dezelfde of gelijkaardige rechtsgevolgen te kunnen bewerkstelligen ('doelgebonden assimilatie'). Dit proces kan in theorie worden voorgesteld als een tweestappenprocédé. De eerste stap bestaat er in dat de *trust* wordt 'gedeconstrueerd', i.e. dat de *trust* wordt herleid tot haar (vermeende) samenstellende rechtsverhoudingen. De belangrijkste verhoudingen zijn deze tussen *settlor* en *trustee*, deze tussen *trustee* en *beneficiary* en deze tussen *settlor* en *beneficiary*. In een tweede stap worden de voor het geding relevante rechtsverhoudingen geassimileerd met een aan het forum bekende rechtsfiguur. Dit proces werd daarom 'deconstructie – assimilatie' genoemd.

Dit proces verloopt evenwel niet zonder slag of stoot. Uit de hoger besproken casusgevallen is immers gebleken dat de *trust* met een heel scala aan verschillende rechtsfiguren kan worden geassimileerd. Zo is de *trust* reeds (onder andere) geassimileerd met een lastgeving, een testamentuitvoerderschap, een *fideicommis de residuo*, een legaat en een onrechtstreekse schenking. Gelet op het feit dat dit proces kan leiden tot verschillende uitkomsten en in grote mate afhankelijk is van de creativiteit en welwillendheid van de rechter, werkt dit procédé rechtsonzekerheid in de hand.²⁰⁸⁰ De hoger (*supra*, randnr. 432) geformuleerde onderzoekshypothese is daarmee dan ook bewaarheid geworden. De casuïstische insteek maakt het bovendien moeilijk om een enkel geval te verheffen tot de regel, aangezien het resultaat dat in elk individueel geval werd bereikt ook afhankelijk is

²⁰⁸⁰ Zie ook: G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Parijs, Economica, 1984, 214.

van de feitelijke context. Het is om deze reden dat wij spreken van een 'doelgebonden assimilatie'.

Bovendien treedt een ongewenst neveneffect op. Door de assimilatie wordt niet alleen de voorhanden zijnde trustverhouding gedenuciëerd wegens het tekort aan voldoende overeenstemming, maar ook aan de nationaalrechtelijke rechtsfiguur waarmee de *trust* wordt geassimileerd, wordt vaak geen recht gedaan. Indien de *trust* bijvoorbeeld wordt geassimileerd met een onrechtstreekse schenking, blijkt er plots sprake te zijn van een herroepbare schenking die zelfs geen overeenkomst is. In een ander geval waar de *trust* werd geassimileerd met een *fideicommiss de residuo* blijkt er plots sprake te zijn van een *fideicommiss* waar de bezwaarde geen aanspraak mag maken op de waarde van de fideicommissaire goederen, behoudens zeer uitzonderlijke omstandigheden. Om deze reden lijkt ook de assimilatie met een Franse *fiducie* in veel gevallen geen valabele optie. Niet alleen vertoont de *fiducie* toch belangrijke verschillen met de klassieke trustfiguur, bovendien wordt een *fiducie-liberalité* uitdrukkelijk beschouwd als zijnde strijdig met de Franse openbare orde. Een dergelijke assimilatie zou per definitie moeten leiden tot de absolute nietigheid van de *trust* in kwestie.

709. In een zeldzaam geval is het hof van beroep te Parijs er evenwel in geslaagd om de situatie te benaderen waar er sprake zou zijn van een afzonderlijke verwijzingscategorie voor *trusts*. In de zaak *Ganay* werd de voorhanden zijnde *trust* op het eerste gezicht op contractuele wijze gekwalificeerd, zodat zij vervolgens kon worden onderworpen aan het op haar van toepassing zijnde recht. Bij een nauwkeurige lezing van de tekst van het arrest blijkt het hof niet de trustverhouding als zodanig te hebben gekwalificeerd, maar wel de daaraan ten grondslag liggende trustakte. Aangezien de trustakte geen overeenkomst hoeft te zijn, al kan zij daar wel in vervat liggen, wordt daarmee de 'denaturatie' waarvan in het vorige randnummer sprake was, gewoon verschoven. Bovendien bleek het hof een slag om de arm te houden voor die gevallen waar er reservataire erfgenamen in het geding betrokken zouden zijn of de goederenrechtelijke aspecten van de *trust* van belang waren. De bereidwilligheid van het hof om de *trust* plaats te doen ruimen voor de toepassing van dwingende regels uit het Franse erfrecht of goederenrecht, was dan ook groot. Zelfs deze werkmethode kan daarom niet leiden tot een geraffineerde 'erkenningmethode', zoals wel het geval is onder het Haagse Trustverdrag.

710. De meest frappante conclusie die wij uit het voorgaande kunnen trekken, is echter dat het klassieke internationaal privaatrechtelijke classificatieproces gemakkelijk spaak loopt wanneer het aankomt op een *trust*. Zonder een eigen verwijzingscategorie voor deze bijzondere rechtsfiguren, kan het internationaal privaatrechtelijke kwalificatieproces niet uitmonden in een bevredigend resultaat. Zelfs indien de bekende nationaalrechtelijke verwijzingscategorieën van het forum breed worden geïnterpreteerd, kan de *trust* daar als zodanig niet onder worden gesubsumeerd om een bevredigend resultaat te bekomen. Geen enkele van de drie in aanmerking genomen verwijzingscategorieën bood een voldoende oplossing. De verklaring dient te worden gezocht in het wezen van de trustfiguur zelf, die niet te

herleiden valt tot een overeenkomst, een zakelijk recht of een erfrechtelijke instelling. De *common law trust* is daarentegen een rechtsfiguur *sui generis*, die niet te verklaren of uit te leggen valt in termen van andere rechtsfiguren.

Daar waar een zuiver contractuele kwalificatie onder meer uit het oog verliest dat aan een trustverband ook een zekere goederenrechtelijke werking toekomt, wordt de *lex rei sitae* door middel van een zuiver goederenrechtelijke kwalificatie overbedeeld. Een zuiver erfrechtelijke kwalificatie verliest dan weer uit het oog dat een *trust* eigenlijk geen erfrechtelijke rechtsfiguur is, al kan zij wel een belangrijke rol spelen in de context van een erfovergang. Wat betreft een duale kwalificatie als goederenrechtelijk en contractenrechtelijk, werd geconcludeerd dat er nog steeds een overbedeling van de *lex rei sitae* aanwezig is, en dat het beter zou zijn mocht de *lex rei sitae* gelden als correctief op de '*lex contractus*'. Welnu, deze systematiek lijkt sterk op deze die wordt gehanteerd door het Haagse Trustverdrag. Onder het verdrag staat het de *settlor* immers vrij om het toepasselijke trustrecht aan te duiden, zonder dat deze laatste zich per definitie kan onttrekken aan de dwingendrechtelijke bepalingen van de aangewezen *lex successionis*, *lex rei sitae* of eender welk ander aangewezen recht. Tegelijkertijd bevat het verdrag een minimale erkenningsregeling, die toelaat om enkele kernpunten van de trustverhouding te vrijwaren. Het evenwicht dat via het Haagse Trustverdrag kan worden bereikt, vormt meteen één van de belangrijkste voordelen die het verdrag biedt. Het startpunt daarbij is een eigen verwijzingscategorie voor *trusts* in het IPR van het forum, ook al is deze rechtsfiguur in het forum niet gekend. Indien blijkt dat de eigen verwijzingscategorieën van het forum niet volstaan, is dit in een internationaal privaatrechtelijke context de logische tweede stap. Het hoeft dan ook niet te verbazen dat ook in de Franse rechtsleer wordt opgeroepen tot de creatie van de eigen verwijzingscategorie voor buitenlandse *trusts*.²⁰⁸¹

711. Sedert de inwerkingtreding van het WIPR in 2004 kent ook België een eigen verwijzingscategorie voor *trusts*. Zoals hoger (*supra*, randnr. 410) reeds werd aangegeven is deze verwijzingscategorie gebaseerd op deze die vervat ligt in het Haagse Trustverdrag. De mogelijkheden voor en grenzen aan de erkenning van buitenlandse *trusts* in België vormt het onderwerp van van wat volgt.

e. De 'erkenning' van buitenlandse *trusts* in België na de invoering van het WIPR

i. Algemeen

712. Uit de hoger geanalyseerde rechtspraak is gebleken dat ook zonder een afzonderlijke verwijzingscategorie, buitenlandse *trusts* als zodanig als 'erkenbaar' werden beschouwd in de Belgische rechtsorde, zodanig dat deze *trusts* ook

²⁰⁸¹ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2014, II, 151; S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 135 e.v.

rechtsgevolgen konden ressorteren.²⁰⁸² Terecht was de Belgische wetgever van oordeel dat de methodiek die daartoe werd aangewend niet beantwoordde aan de vereisten van rechtszekerheid en voorspelbaarheid.²⁰⁸³ Tot een ratificatie van het Haagse Trustverdrag is België evenwel nooit toegekomen, niettegenstaande dat zulks onder de heersende situatie van vóór de inwerkingtreding van het WIPR wel wenselijk zou kunnen zijn geweest. De Belgische wetgever heeft er echter voor gekozen om, zich baserend op het model van het Haagse Trustverdrag, een aantal bepalingen met betrekking tot *trusts* in het WIPR in te voeren.²⁰⁸⁴ Deze bepalingen zijn neergelegd in Hoofdstuk XII van het WIPR.

Vóór wij deze bepalingen en de rechtsgevolgen die zij kunnen teweegbrengen verder bestuderen, worden in wat volgt eerst een aantal algemene bemerkingen gemaakt met betrekking tot de bepalingen inzake *trusts* in het WIPR. De hiernavolgende analyses dienen dan ook te worden gelezen met deze bemerkingen in het achterhoofd.

713. De doelstellingen die de Belgische wetgever nastreefde met de invoering van een afzonderlijke verwijzingscategorie met betrekking tot *trusts* lopen tot op bepaalde hoogte gelijk met de doelstellingen die door de Haagse Conferentie werden nagestreefd met het redigeren van het Haagse Trustverdrag. Zo leert de parlementaire geschiedenis van het WIPR ons dat het uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever was om via de omweg van het WIPR, een nieuw zakelijk recht in het Belgische recht te introduceren, mede gelet op het bestaan van de

²⁰⁸² J. ERAUW m.m.v. H. STORME, *Deel XVII 'Internationaal Privaatrecht'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 789; A. VERBEKE, "Artikel 124. Recht van toepassing op de trust" in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTÉ, P. WAUTELET (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd – Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 664 – 665; M. DELBOO, G. DEKNUDT, I. VERHULST, *Het Wetboek IPR en vermogensplanning*, Mechelen, Kluwer, 2005, 72; J. ERAUW, "De trust en de trustachtigen in het nieuwe Belgische IPR", *TEP* 2005, 271 – 272; S. DE RAEDT, M. TRAEEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 50 – 51.

ERAUW vermeldt in dit verband ook dat de Belgische overheid aan de Haagse Conferentie heeft gemeld dat het (toen) bestaande Belgische internationaal privaatrecht geen bezwaar maakte tegen de erkenning van de geldigheid van een trustverband. Zie: J. ERAUW, "De trust en de trustachtigen in het nieuwe Belgische IPR", *TEP* 2005, 271, vn. 3.

Contra: J. VAN DE VELDE, *Timesharing van een onroerend goed: een rechtsvergelijkende en rechtseconomische analyse*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 458 – 459.

²⁰⁸³ MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 21.

²⁰⁸⁴ *Ibid*; Wetsontwerp houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.* Kamer 2003 – 2004, nr. 51-1078/005, 48; J. ERAUW, "De trust en de trustachtigen in het nieuwe Belgische IPR", *TEP* 2005, 272; P. MISSOUL, D. VAN LAERE, "de trust en het nieuwe IPR Wetboek", *Successierechten* 2005, afl. 2, 2/4; B. DOCQUIR, V. DE FRANCOUEN, M. GRÉGOIRE, R. JAFFERALI, M. LAMENSCH, V. MARQUETTE, M-D. WEINBERGER, "Le droit international privé économique - Exposé générale du nouveau droit positif belge", *TBBR/RGDC* 2005, 604 ; F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit international privé*, Brussel, Larcier, 2005, 693.

numerus clausus in het Belgische goederenrecht.²⁰⁸⁵ De Raad van State achtte dit gegeven overigens 'van kapitaal belang'.²⁰⁸⁶

Het vigerende goederenrechtelijke systeem in België mocht, althans volgens de opstellers van het WIPR, niet worden aangetast door het aanwenden van buitenlandse *trusts*. Kennelijk bestond er bij de wetgever tevens de vrees dat Belgische ingezetenen zich massaal zouden gaan wenden tot buitenlandse *trusts* van zodra zij zouden weten dat België rechtsgevolgen verleent aan deze rechtsfiguur.²⁰⁸⁷ De opstellers van het WIPR antwoordden daarop dat de draagwijdte van de tekst in het ontwerp-WIPR niet diende te worden overdreven.²⁰⁸⁸ Hoewel summier gevoerd, leert deze discussie ons reeds iets over de draagwijdte die de Belgische wetgever beoogde toe te kennen aan de bepalingen inzake het WIPR aangaande *trusts*.

714. De opstellers van het WIPR, en vervolgens de wetgever, zagen echter wel terecht in dat de *trust* best een afzonderlijke verwijzingscategorie toebedeeld zou krijgen teneinde de 'erkenning' daarvan effectief te bewerkstelligen.²⁰⁸⁹ Op de vraag waarom de *trust* niet werd ondergebracht bij de verwijzingscategorie voor zakelijke rechten, werd door één van de opstellers van de tekst geantwoord dat "de *trust* zowel een *semi-zakelijk recht* als een *semi-contractueel recht*" regelt, en dus een "hybride karakter" vertoont.²⁰⁹⁰ Dit gegeven strookt ongetwijfeld met de hoger (*supra*, randnr. 696 e.v.) gedane vaststelling dat het onderbrengen van de *trust* onder de verwijzingscategorie voor zakelijke rechten geen valabele optie is. Tegelijkertijd dient ook te worden benadrukt dat, althans op een internationaal privaatrechtelijk niveau, ook een 'duale' of 'hybride' aanknopng bij zowel de verwijzingscategorie voor overeenkomsten als bij de verwijzingscategorie voor goederen evenmin een valabele optie bleek te zijn. De Belgische wetgever opteerde dan ook terecht voor een geheel afzonderlijke verwijzingscategorie.

Echter, niettegenstaande het feit dat in de parlementaire geschiedenis van het WIPR wordt aangegeven dat een *trust* noch volledig goederenrechtelijk, noch volledig verbintenisrechtelijk van aard is, kunnen ook andere passages worden teruggevonden die twijfel opwekken over de vraag of de opstellers van het WIPR, alsook de Belgische wetgever, de complexe aard van de trustfiguur wel steeds goed hebben gevat. Zo kan in de memorie van toelichting bij het ontwerp van het WIPR

²⁰⁸⁵ Wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/7, 236; T. MAES, M. MELLAH, "Hoofdstuk XII. Trust" in I. COUWENBERG, A. HANSEBOUT, L. VANFRAECHEM, *Internationaal Privaatrecht. Duiding 2014*, Brussel, Larcier, 2014, 798.

²⁰⁸⁶ Adv.RvS. 29.210/2 bij het wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2001 – 2002, nr. 2-1225/1, 291.

²⁰⁸⁷ Wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/7, 256.

²⁰⁸⁸ *Ibid.*

²⁰⁸⁹ *Ibid.*, 237; Wetsontwerp houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.* Kamer 2003 – 2004, nr. 51-1078/005, 47 – 48.

²⁰⁹⁰ Wetsontwerp houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.* Kamer 2003 – 2004, nr. 51-1078/005, 47 – 48.

bij de bepalingen die handelen over het recht dat van toepassing is op overeenkomsten, een passage worden aangetroffen die doet uitschijnen dat de wetgever de *trust* als een bijzondere soort overeenkomst beschouwt.²⁰⁹¹ Eén van de opstellers van het WIPR gaf in latere publicaties overigens meermaals te kennen een 'contractuele kwalificatie' van de *trust* te verkiezen.²⁰⁹² Ook in het deel in de reeks *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht* dat handelt over het internationaal privaatrecht, wordt de verwijzingscategorie voor *trusts* besproken onder de noemer van 'contractuele verbintenissen'.²⁰⁹³ Deze visie wordt ook overgenomen door andere auteurs.²⁰⁹⁴ Andere auteurs bespreken de afzonderlijke verwijzingscategorie voor *trusts* in het WIPR dan weer onder noemer van het goederenrecht.²⁰⁹⁵

De visie dat *trusts* contractuele verbintenissen zouden zijn, werd terecht bekritiseerd door VERBEKE, die aangaf dat de *trust* niet kan worden beschouwd als een contract, zodat een contractuele kwalificatie onmogelijk is.²⁰⁹⁶ Uit het vorige onderdeel is inderdaad gebleken dat een contractuele kwalificatie van de *trust* geen voldoende oplossing biedt voor het internationaal privaatrechtelijke kwalificatieprobleem inzake *trusts*, en dat een contractuele kwalificatie in bepaalde gevallen toch werd aangewend, zij het *à défaut de mieux*, bij gebreke aan een eigen verwijzingscategorie voor *trusts*. Het is o.i. dan ook weinig zinvol om een dergelijke afzonderlijke verwijzingscategorie toch te beschouwen als een bijzondere verwijzingscategorie voor overeenkomsten. Opvallend is evenwel dat VERBEKE in een latere publicatie op deze stap terugkeert en, o.i. ten onrechte, aangeeft dat de argumentatie dat een *trust* geen contract is, wellicht onhoudbaar is geworden.²⁰⁹⁷ De auteur baseert zich daarbij onder meer op de hoger (*supra*, randnr. 332 e.v.) onderzochte analyse van LANGBEIN.

715. De Raad van State gaf in zijn advies evenwel een eerder goederenrechtelijke kwalificatie aan het buitenlandse trustrecht, en wees vooral op de conflicten die zouden kunnen rijzen in het geval dat het aangewezen trustrecht

²⁰⁹¹ MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 124.

²⁰⁹² J. ERAUW, "De trust en de trustachtigen in het nieuwe Belgische IPR", *TEP* 2005, 274, 277, 280; J. ERAUW, "Trust en trustachtige figuren in België. Het toepasselijk recht" in J. BAEL *et al.* (eds.), *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 403, 407.

Bv: "De trust wordt ook niet in het conflictenrecht aan de aanknopng met het nationaal recht van de ligging onderworpen. Het wordt daarentegen in het conflictenrecht behandeld als een contractuele relatie ", zie: J. ERAUW, "De trust en de trustachtigen in het nieuwe Belgische IPR", *TEP* 2005, 280.

²⁰⁹³ J. ERAUW m.m.v. H. STORME, *Deel XVII 'Internationaal Privaatrecht'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 789 – 792.

²⁰⁹⁴ D. VAN LAERE, P. MISSOUL, "De trust en het nieuwe IPR Wetboek", *Successierechten – Nieuwsbrief* 2005, afl. 2, 5.

²⁰⁹⁵ F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit international privé*, Brussel, Larcier, 2005, 693 – 698.

²⁰⁹⁶ A. VERBEKE, "Artikel 124. Recht van toepassing op de trust" in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTÉ, P. WAULETEL (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd – Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 656.

²⁰⁹⁷ A-L. VERBEKE, "Trusts in België: liaisons dangereuses", *TPR* 2012, 699 – 700.

simultaan zou moeten worden toegepast met de Belgische goederenrechtelijke regels.²⁰⁹⁸ Zo stelde de Raad van State dat: “[i]ndien een trust betrekking heeft op een goed dat zich in België bevindt, zal er dus een persoon zijn, de trustee, die toch houder zal zijn van het recht om over het goed te beschikken, al is hij er niet de eigenaar van; dat beschikkingsrecht behoort evenwel eveneens toe aan de eigenaar van het goed, overeenkomstig artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek, dat bij artikel 86 van het ontwerp toepasselijk verklaard wordt. De vraag rijst dus of een bepaling het eigendomsrecht kan beperken en zo ja, welke. Indien op de vraag geantwoord wordt dat het de wetgeving is op trusts, die noodzakelijkerwijs buitenlands is, betekent dit dat die trustwetgeving een min of meer ernstige belemmering vormt om de Belgische wet, de « *lex rei sitae* » toe te passen, al is deze zelf niet toepasselijk op zakelijke rechten. Indien daarentegen geantwoord wordt dat artikel 544 zonder beperking van toepassing is wegens het bestaan van de trust, rijst er een probleem met de rechtsfiguur « trust » en met de werking ervan ten aanzien van een goed dat zich in België bevindt. [...] Doordat in de Belgische wetgeving op het recht om te beschikken over het goed de trustee beschouwd wordt als een persoon die geen eigendomsrecht heeft en die over geen enkele bevoegdheid beschikt om de eigenaar te vertegenwoordigen, kan ze de zogenaamde « trustee » alleen het recht ontzeggen om over het goed te beschikken.”²⁰⁹⁹

Merk op dat de Raad van State in het geciteerde onderdeel vanuit de verkeerde premisse vertrekt dat de trustee geen ‘eigenaar’ zou zijn van de onder trustverband gebrachte goederen. Dit is mogelijks te wijten aan het gegeven dat noch in het Haagse Trustverdrag, noch in het daarop geïnspireerde artikel 122 WIPR wordt gesteld dat de trustee eigenaar dient te zijn van de onder trustverband gebrachte goederen, maar integendeel wel wordt verwezen naar het feit dat de trustgoederen niet in het ‘persoonlijke vermogen’ van de trustee vallen. Echter, zoals hoger (*supra*, randnr. 117 en 485) reeds werd aangegeven, is de afwezigheid van een verwijzing naar het eigendomsrecht in de eerste plaats te wijten aan de divergerende inhoud die aan dit concept wordt gegeven in *civil law*- en *common law*-jurisdicties. In zijn advies merkt de Raad van State wel terecht op dat het wenselijk ware geweest om in het WIPR enkele bepalingen op te nemen die analoog zijn aan de artikelen 11, 12 en 13 van het Haagse Trustverdrag. Het volstaat volgens de Raad immers niet om in het specifieke geval van trusts exclusief te redeneren in termen van wetsconflicten.²¹⁰⁰ Dit strookt met de hoger (*supra*, randnr. 607) door ons gedane vaststellingen. De opstellers van het WIPR hebben het kennelijk niet nodig gevonden om ook daadwerkelijk analoge bepalingen te introduceren in het WIPR.

716. Tot slot kan nog een bemerking worden gemaakt met betrekking tot de wijze waarop de bepalingen van het WIPR aangaande buitenlandse trusts dienen

²⁰⁹⁸ Adv.RvS. 29.210/2 bij het wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2001 – 2002, nr. 2-1225/1, 292 – 293.

²⁰⁹⁹ Adv.RvS. 29.210/2 bij het wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2001 – 2002, nr. 2-1225/1, 292 – 293.

²¹⁰⁰ *Ibid.*

te worden geïnterpreteerd. Met betrekking tot het Haagse Trustverdrag werd in dit verband reeds ontwaard (*supra*, randnr. 530) dat indien een rechtsvraag zowel op trustrechtelijke als niet-trustrechtelijke wijze kan worden gekwalificeerd, de eerste mogelijkheid de voorkeur moet genieten. Op zichzelf genomen is deze interpretatieregel logisch, daar zij kan worden uitgelegd als een loutere toepassing van artikel 26 van het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht, dat stelt dat elk in werking getreden verdrag door de partijen te goeder trouw dient ten uitvoer worden gelegd. Deze regel wordt, specifiek aangaande de wijze waarop de tekst van verdragsbepalingen dienen te worden geïnterpreteerd, bevestigd door het eerste lid van artikel 31 van hetzelfde verdrag. Welnu, indien een Staat ervoor kiest om het Haagse Trustverdrag te ratificeren, gebeurt dit principieel met de bedoeling om buitenlandse *trusts* ook daadwerkelijk te 'erkennen'. Indien op zodanige wijze gebruik zou worden gemaakt van de in het verdrag vervatte uitzonderingsbepalingen dat het doel en de strekking van het verdrag als geheel zou worden uitgehold, zou dit een ratificatie van het Haagse Trustverdrag tot een zinloze oefening maken.²¹⁰¹

717. De Belgische wetgever heeft er daarentegen voor gekozen om het Haagse Trustverdrag niet te ratificeren. Nochtans hoeft dit niet te betekenen dat de bepalingen van het WIPR daarom per definitie op een meer restrictieve wijze dienen te worden uitgelegd. Hiervoor kan worden teruggegrepen naar de redenen waarom de Belgische wetgever ervoor heeft geopteerd om een nieuwe verwijzingscategorie voor *trusts* in het Belgische IPR te introduceren. Uit de memorie van toelichting bij het WIPR valt alvast af te leiden dat de wetgever van oordeel was dat de tot dan vigerende techniek van 'deconstructie-assimilatie' onvoldoende rechtszekerheid bood en te onvoorspelbaar was in zijn toepassing.²¹⁰² Verder kan in de parlementaire geschiedenis van het WIPR een passage worden aangetroffen, waaruit blijkt dat de doelstelling van het hoofdstuk met betrekking tot *trusts* in het WIPR erin bestaat om aan Belgische operatoren de mogelijkheid te bieden om aangeduid te worden als *trustee* van goederen die zich in het buitenland bevinden.²¹⁰³ Naar ons aanvoelen is dit een nogal aparte invalshoek, daar uit de hoger gemaakte analyses met betrekking tot het Haagse Trustverdrag en met betrekking tot de Franse en oude Belgische situaties, is gebleken dat de vraag naar de 'erkenning' van buitenlandse *trusts* in de regel vooral betrekking heeft op *settlers of beneficiaries* die zich in een *civil law*-land bevinden of betrekking heeft op goederen die zich in een dergelijk land bevinden. De situatie waar een Belgische operator wordt aangeduid als *trustee* van in het buitenland gelegen goederen, lijkt ons zeldzamer te zijn. Evenwel zijn er bepaalde gevallen bekend waar een Belgische private stichting werd aangeduid als *trustee* van een buitenlandse *trust*.²¹⁰⁴ Het

²¹⁰¹ Zie in dit verband de hoger (*supra*, vn. 1333) gemaakte opmerking inzake de ondertekening door Frankrijk van het Haagse Trustverdrag.

²¹⁰² MvT bij Wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 21.

²¹⁰³ Wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/7, 237.

²¹⁰⁴ Zie bv.: Voorafg. Besl. 13 december 2011, nr. 2011.435, www.fisconet.be; Voorafg. Besl. 7 juli 2009, nr. 900.189, www.fisconet.be.

voorgaande is overigens bijzonder relevant vanuit een fiscaal perspectief (zie *infra*, randnr. 1186 e.v.)

Wat daar ook van zij, het komt ons voor dat de mogelijkheid tot en de mate van erkenning van buitenlandse *trusts*, ook in andere gevallen dan die waar een Belgische operator wordt aangeduid als *trustee*, sedert de inwerkingtreding van het WIPR dient te zijn toegenomen in vergelijking met de daarvoor geldende situatie. Het is omzeggens weinig zinvol om een bijzondere nieuwe verwijzingscategorie te introduceren in het Belgische internationaal privaatrecht, teneinde een minder gunstige behandeling van de desbetreffende rechtsfiguur te bekomen, dan het geval was vóór de invoering van die verwijzingscategorie. Ware dit wel degelijk het geval geweest, dan had de Belgische wetgever alles beter bij het oude gelaten en uitdrukkelijk aangegeven waarom de zaken bij het oude bleven.²¹⁰⁵ De introductie van de *trust* als afzonderlijke verwijzingscategorie in het WIPR schiep trouwens ook hoopvolle verwachtingen in de rechtsleer.²¹⁰⁶

718. In wat volgt zal de nieuwe verwijzingsregel daarom uitgebreid worden onderzocht. Daarbij zal een gelijkaardig stramien worden aangehouden als reeds werd gevolgd bij het analyseren van de bepalingen van het Haagse Trustverdrag. De aandacht zal daarbij intieel uitgaan naar het formele, materiële en temporele toepassingsgebied van de bepalingen in het WIPR inzake *trusts*. Vervolgens komt aan bod op welke wijze(n) het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht kan worden aangewezen, alsook het toepassingsgebied dat het aangewezen trustrecht beslaat. Ook in het WIPR wordt de stelregel gevolgd dat de rechtshandeling waarbij de trustverhouding wordt gecreëerd, wordt beschouwd als een 'voorafgaande kwestie' die niet wordt beheerst door het recht dat van toepassing is op de trustverhouding zelf. Op zichzelf genomen vormt deze regel reeds een belangrijke beperking van het toepassingsgebied van het op de *trust* van toepassing zijnde recht. De juridische impact van deze regel wordt daarom afzonderlijk onderzocht. Tot slot wordt onderzocht op welke wijzen de (gevolgen van de) erkenning van buitenlandse *trusts* kunnen of zullen worden beperkt in België. Tegelijkertijd wordt nagegaan binnen welke grenzen het toepasselijke trustrecht dan wel kan doorwerken. De 'erkenning' van de verschillende rechtsgevolgen die het gebruik van een buitenlandse trustfiguur kan bewerkstelligen, kan potentieel afstuiten op enkele belangrijke, dwingende regels van het Belgische goederenrecht en het Belgische erfrecht. Tegelijkertijd zal daarbij de aandacht uitgaan naar enkele Belgische rechterlijke uitspraken inzake buitenlandse *trusts*. Opnieuw wordt daarbij een dual oogmerk nagestreefd. Enerzijds kan worden onderzocht of de introductie van het WIPR tot gevolg heeft gehad dat in de rechtspraak op een meer geraffineerde wijze wordt omgegaan met buitenlandse *trusts*, in navolging van bijvoorbeeld de Zwitserse rechtspraak. Anderzijds kunnen uit de analyse van deze rechtspraak reeds enkele beperkingen

²¹⁰⁵ Cf. L. BARNICH, "Présentation du nouveau code belge de droit international privé", *Rev.not.b.* 2005, 66.

²¹⁰⁶ S. DE RAEDT, M. TRAESE, "Meer vertrouwen in de trust na het IPR-wetboek?", *Fiscooloog* 2004, afl. 947, 1 – 5.

aan de (gevolgen van de) erkenning van buitenlandse *trusts* aan de oppervlakte komen.

ii. **Toepassingsgebied van de bepalingen in het WIPR inzake *trusts***

(a) *Formeel toepassingsgebied*

719. Net zomin als het Haagse Trustverdrag, bevatten de bepalingen inzake *trusts* aanwijzingen over de aflijning van hun formeel toepassingsgebied. Aan deze bepalingen komt alleszins, net zoals in het Haagse Trustverdrag, 'universele werking' toe, in die zin dat de *settlor* zelf het door hem of haar gewenste recht kan aanduiden, ongeacht de vraag over welk rechtsstelsel het gaat.²¹⁰⁷ Hoofdstuk XII WIPR bevat evenwel geen regel die analoog is aan artikel 5 van het Haagse Trustverdrag (zie *supra*, randnr. 480). Nochtans hoeft dit niet te impliceren dat de toepasselijke regel anders zou zijn. Immers, uit de tweede paragraaf van artikel 124 WIPR vloeit voort dat het WIPR een objectieve aanknopingsfactor hanteert in het geval het door de *settlor* gekozen recht de trustfiguur niet kent. Hierbij dienen meteen twee opmerkingen te worden gemaakt.

Ten eerste, zoals verder nog zal blijken (*infra*, randnr. 725) dient niet al te snel te worden besloten dat een bepaald rechtsstelsel de *trust* niet kent, louter omdat dit rechtsstelsel geen rechtsfiguur kent die formeel als '*trust*' wordt bestempeld, niettegenstaande het gegeven dat de parlementaire voorbereiding van het WIPR zulks soms doet uitschijnen.

Ten tweede is deze objectieve aanknopingsregel anders dan deze uit het Haagse Trustverdrag. In artikel 7 van het Haagse Trustverdrag wordt bepaald dat, bij gebreke aan enige rechtskeuze, de trustverhouding wordt beheerst door het rechtsstelsel dat daarmee het nauwst verbonden is. Artikel 124, §2 WIPR verwijst als objectieve aanknopingsfactor echter naar het recht van de woonplaats van de *trustee* bij de oprichting van de trustverhouding. Aangezien België geen trustland is, maakt dit de hoger (*supra*, randnr. 717) aangehaalde passage uit de parlementaire voorbereiding, waar werd gesteld dat het oogmerk van Hoofdstuk XII WIPR erin bestond om Belgische operatoren toe te laten op te treden als *trustee* van buitenlandse *trusts*, enkel maar vreemder. Waarom opteren voor de woonplaats van de *trustee* als objectieve aanknopingsfactor indien dit werkelijk de bedoeling zou zijn geweest? Bovendien verwijst de memorie van toelichting naar artikel 19 WIPR²¹⁰⁸, dat ook een criterium van de toepassing van het recht van de nauwste binding bevat. Artikel 19 WIPR is echter een regel die beoogt om gevallen te corrigeren waar uit het geheel van de omstandigheden blijkt dat het gekozen recht slechts een zeer zwakke band vertoont met de voorliggende situatie. Indien de situatie dan veel nauwer verbonden is met een andere staat, wordt het recht

²¹⁰⁷ MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 140.

²¹⁰⁸ *Ibid.*

van deze laatste staat toegepast. Op deze bepaling zou desgevallend een beroep kunnen worden gedaan om de toepassing van de in artikel 124, §2 WIPR voorziene objectieve aanknopingsfactor te verzachten indien de *trustee* zou zijn gevestigd in een niet-trustland (zie *infra*, randnr. 757 e.v.). O.i. was het echter beter geweest om te voorzien in een meer geraffineerde objectieve aanknopingsfactor, naar analogie met wat geval is het Haagse Trustverdrag (zie *supra*, randnr. 507).

720. Hoger (*supra*, randnr. 481) werd reeds gesteld dat het Haagse Trustverdrag, op zichzelf genomen, geen strikte 'internationaliteitseis' omvat. Artikel 13 van het verdrag ondervangt het ontbreken van een dergelijke eis, maar belet staten niet om toch louter 'interne trusts' als rechtsgeldig te erkennen (zie *supra*, randnr. 481). In het WIPR wordt de vereiste van een voldoende internationaal karakter sterker geëxpliciteerd. In artikel 124, §1 *in fine* wordt immers gesteld dat de door *settlor* gemaakte keuze geen rechtsgevolgen kan ressorteren indien "alle betekenisvolle elementen van de trust zijn verbonden met een Staat waarvan het recht de instelling van de trust niet kent".

Opnieuw dient deze regel te worden gekwalificeerd in het licht van het onderstaande omtrent het gegeven dat niet te snel mag worden besloten dat een bepaald rechtsstelsel de 'trust' niet kent (*infra*, randnr. 725). In de memorie van toelichting wordt deze internationaliteitseis zelfs door middel van sterke bewoordingen in de verf gezet. Gelet op het feit dat het niet de ambitie was van de wetgever om de *trust* in te voeren in het Belgische recht, is de wetgever in de memorie van toelichting zelfs van oordeel dat het oprichten van een trustverhouding, zonder dat daartoe voldoende internationale elementen aanwezig zijn 'een misbruik' inhoudt dat het WIPR niet wenst goed te keuren.²¹⁰⁹ De memorie stelt in dit verband dat wanneer het geheel aan trustgoederen zich in België bevindt en de betrokken personen slechts een verband hebben met België, de trustverhouding in België dan ook niet als rechtsgeldig zal worden erkend.

Is het dan wel voldoende als het enige internationaal element erin bestaat dat de *trustee* zich bevindt in een land waarvan het recht wel een trustfiguur kent? Zulks valt noch uit de bepalingen van het WIPR, noch uit de memorie van toelichting met zekerheid af te leiden. Nochtans is het louter aanduiden van een buitenlandse *trustee* nagenoeg een even eenvoudig 'manipuleerbaar' gegeven dan een loutere keuze voor een buitenlands trustrecht, gelet op het bestaan van de aanzienlijke 'trustindustrieën' in verschillende landen. Ofschoon uit de tekst van artikel 13 van het Haagse Trustverdrag valt af te leiden dat de woonplaats van de *trustee* en de plaats van waaruit de trustgoederen worden bestuurd niet in aanmerking mogen worden genomen als kenmerkende internationale elementen, is geen gelijkaardige bepaling opgenomen in het WIPR.

In de rechtsleer wordt bovendien aangehaald dat het feit dat de *trustee* gevestigd is in een trustland in beginsel een voldoende internationaal element zou moeten vormen.²¹¹⁰ Een argument ter ondersteuning van dit standpunt kan reeds worden

²¹⁰⁹ *Ibid.*

²¹¹⁰ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 150 – 151.

aangetroffen in de memorie van toelichting, aangezien deze stelt dat het zeker gaat om 'niet-internationale' *trust* in het geval alle betrokken personen slechts een band hebben met België en de onder trustverband gebrachte goederen zich in België bevinden. Een in het buitenland gevestigde *trustee* heeft principieel dan ook niet enkel een band met België. Bij het in ogenschouw nemen van de tekst van artikel 124 WIPR, waarin de internationaliteitseis vervat ligt, blijkt bovendien dat deze slechts is opgenomen in de eerste paragraaf van dit wetsartikel, die ook de rechtskeuze door de *settlor* als principiële regel vooropstelt, terwijl de objectieve aanknopingsregel (i.e. de woonplaats van de *trustee* bij oprichting van de *trust*) afzonderlijk in de tweede paragraaf van artikel 124 WIPR kan worden aangetroffen.

O.i. wordt de Belgische internationaliteitseis best steeds *in concreto* door de rechter beoordeeld, zonder deze beoordeling al te sterk te laten hangen van enkele *in abstracto* vooropgestelde toetsingscriteria. Het loutere feit dat deze internationaliteitseis in de memorie van toelichting naar voren wordt geschoven als een soort 'antimisbruikmaatregel', laat o.i. ruimte om de subjectieve ingesteldheid van de *settlor* mee in rekening te nemen. Slechts indien blijkt dat de *settlor* de trustverhouding in het leven heeft geroepen met als enige of als belangrijkste oogmerk om zich aan de toepassings sfeer van het normaal van toepassing zijnde recht te onttrekken en er onvoldoende objectieve internationale elementen kunnen worden gevonden, zou dan niet voldaan zijn aan de internationaliteitseis. Tegelijk moet echter worden opgemerkt dat de wetgever de woonplaats van de *trustee* bij de oprichting van de trustverhouding door de wetgever zelf wordt beschouwd als een objectieve aanknopingsfactor voor de bepaling van het toepasselijke trustrecht.

In beginsel zou een keuze voor een buitenlandse *trustee* dan ook een voldoende internationaal element moeten inhouden, zij het dat deze keuze o.i. nader kan worden gekwalificeerd, rekening houdende met de subjectieve ingesteldheid van de *settlor*. De drempel voor een afwijking van de algemene stelregel mag daarbij echter niet (al te) laag worden gelegd. In het geval er reeds twijfel zou rijzen omtrent de vraag of de situatie voldoende internationaal is, kan bijkomend worden nagegaan in welke mate de *settlor* zichzelf bepaalde *powers* en bevoegdheden heeft voorbehouden, waarmee de *settlor* een invloed kan uitoefenen op de wijze op de *trustee* diens beheer waarneemt. In het geval er reeds twijfel voorhanden zou zijn, zouden dergelijke *powers* en bevoegdheden er verder op kunnen wijzen dat de *settlor* zich inderdaad beoogde te onttrekken aan het normaliter van toepassing zijnde rechtstelsel. Tegelijk mag in deze oefening niet worden overdreven, nu dergelijke *powers* in bepaalde rechtstelsels allesbehalve een abnormaal fenomeen zijn, en niet per definitie wijzen op een bepaalde subjectieve ingesteldheid van de *settlor*.

721. Het WIPR geeft evenmin aan op welk ogenblik de internationaliteitseis dient te worden beoordeeld. O.i. is het ook hier niet zinvol om slechts te opteren voor *in abstracto* vastgestelde toetsingscriteria. Een rechtsgeldige *trust* die voldoende internationale elementen vertoont, kan deze gedurende haar bestaan (tijdelijk) verliezen. Omgekeerd kan een *ab initio* 'niet-internationale' *trust* deze aard wel verkrijgen, bijvoorbeeld wanneer zij is opgericht met het oog op een

verhuis naar een trustland. Ook hier lijkt het aangewezen om de subjectieve ingesteldheid van de *settlor* mee in ogenschouw te nemen bij de beoordeling van de internationaliteitseis.

722. Het voorgaande dient mogelijks nader te worden gekwalificeerd in het licht van de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van kapitaal. In een arrest van 9 juli 2014 oordeelde het Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie ('EVA-Hof') immers dat *trusts prima facie* moeten worden beschouwd als 'entiteiten' die onder het personele toepassingsgebied van het vrij verkeer van vestiging kunnen vallen, zelfs nu zij niet zijn bekleed met rechtspersoonlijkheid.²¹¹¹ Dit arrest is mogelijks ook relevant voor België als Europese lidstaat, aangezien zowel het Europees Hof van Justitie als het EVA-Hof in het verleden hebben geoordeeld dat bepalingen van het VWEU die in essentie dezelfde gelijk zijn aan analoge bepalingen vervat in de EER-Overeenkomst, op een uniforme wijze moeten worden geïnterpreteerd.²¹¹² Volgens beide rechtscolleges is dit ook het geval voor wat betreft de bepalingen die het vrij verkeer van kapitaal regelen (artikel 63 VWE, artikel 40 EER-Overeenkomst).²¹¹³ Er bestaat echter geen verplichting voor het Europees Hof van Justitie om eerdere rechtspraak van het EVA-Hof te eerbiedigen.²¹¹⁴ Op grond van het voorgaande (zie *supra*, randnr. 342 e.v.) kan echter worden betwijfeld of *common law trusts* waarlijk als 'entiteiten' kunnen worden beschouwd, althans beschouwd vanuit een *common law*-perspectief.²¹¹⁵

Indien vervolgens het materieel toepassingsgebied van de vestigingsvrijheid nader in ogenschouw wordt genomen, blijkt dat een *trust* zal moeten voldoen aan vier criteria teneinde onder het toepassingsgebied van de vestigingsvrijheid te vallen. De entiteit in kwestie moet een 'daadwerkelijke economische activiteit' (i) nastreven, door middel van een 'vaste inrichting' (ii), voor een onbepaalde periode (iii) in een andere lidstaat (iv).²¹¹⁶ Dit wordt ook bevestigd door het EVA-Hof in de zaak *Olsen*: "The essential feature of real and genuine business activities that constitute establishment is that a person or an entity carries on a business, such as by offering services, which are effected for consideration, for an indefinite period through a fixed establishment."²¹¹⁷

²¹¹¹ EVA-Hof 9 juli 2014, E-3/13 en E-20/13, *Fred Olsen et. al. V. The Norwegian State*, [2014] EFTA Ct. Rep. 400, punt 96.

²¹¹² HvJ, C-286/02, *Bellio Fratelli Srl v. Prefettura di Treviso*, *Jur.* 2004, punt 34; EVA-Hof, E-1/03, *AFTA Surveillance Authority v. Iceland*, [2003] EFTA Ct. Rep. 143, punt 27.

²¹¹³ EVA-Hof, E-1/00, *State Debt Management Agency v. Íslandsbanki-FBA*, [2000-2001] EFTA Ct. Rep. 8, punt 16; HvJ, C-284/09, *Commission v. Germany*, *Jur.* 2011, punt 96; HvJ, C-452/01, *Ospelt and Schössle Weissenberg*, *Jur.* 2003, punt 28.

²¹¹⁴ A. VAN ZANTBEEK, "Olsen. Duidelijke krijtlijnen voor CFC-wetgeving, transparante belastingheffingen en kaaimantaksen binnen de Europese Unie" (noot onder EVA-Hof 9 juli 2014), *TFR* 2015, 945.

²¹¹⁵ Zie tevens: N. APPERMONT, "Adrift between Scylla and Charybdis? The trust caught between a civil law rock and a fiscal hard place", *Trusts & Trustees* 2016, 1137 – 1144.

²¹¹⁶ HvJ C-221/89, *Factortame Ltd*, *Jur.* 1991, I, punt 20; HvJ C-438/05, *International Transport Worker's Federation*, *Jur.* 2007, I, punt 70.

²¹¹⁷ EVA-Hof 9 juli 2014, E-3/13 en E-20/13, *Fred Olsen et. al. V. The Norwegian State*, [2014] EFTA Ct. Rep. 400, punt 97.

Ofschoon het voorgaande nog niet werd bevestigd door het Europees Hof van Justitie, blijkt daaruit wel dat, indien de trustverhouding in kwestie aan de genoemde voorwaarden voldoet, deze onder het toepassingsgebied van het vrij vestigingsrecht kan vallen. Het gevolg zou dan zijn dat, gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie in *Centros* en *Inspire Art*²¹¹⁸, de internationaliteitseis zijn slagkracht verliest. Hoewel er in het IPR inzake *trusts* geen sprake is van een werkelijke zetelleer, zou het hanteren van een strikte internationaliteitseis o.i. strijdig zijn met gedachtegang die de achter genoemde arresten schuilgaat. Immers, in beide gevallen was het Hof van Justitie van oordeel dat de keuze voor een buitenlandse rechtsvorm op zichzelf geoorloofd was, zodat de erkenning daarvan door andere lidstaten niet zonder meer kon worden achterwege gelaten. Uit empirisch onderzoek is overigens gebleken dat de uitspraak van het Hof in de zaak *Centros* een toename tot gevolg had in zowel Nederland als in Duitsland van Engelse *limiteds*.²¹¹⁹ Een eenvoudige non-erkenning op grond van een 'internationaliteitscriterium' komt o.i. op hetzelfde neer.²¹²⁰

Toch moet worden opgemerkt dat het, net wegens de bijzondere karakteristieken van *trusts*, niet zonder meer evident is dat zij aan de genoemde vereisten kunnen voldoen. Deze analyse wordt verder hernomen in het raam van de fiscale gevolgen van het gebruik van een buitenlandse *trust* (zie *infra*, randnr. 1321 e.v.).

(b) Materieel toepassingsgebied

723. Artikel 122 WIPR luidt als volgt:

"Het begrip "trust" in deze wet betekent een rechtsverhouding die door een rechtshandeling van de oprichter of door een rechterlijke beslissing in het leven wordt geroepen, waarbij goederen onder de macht van een trustee worden gebracht om ze te besturen ten behoeve van een begunstigde of voor een bepaald doel. Die rechtsverhouding heeft de volgende kenmerken:

1° de goederen van de trust vormen een afzonderlijk vermogen en zijn geen deel van het vermogen van de trustee;

²¹¹⁸ HvJ C-212/97, *Centros*, *Jur.* 1999, I; HvJ C 167/01, *Jur.* 2003, I.

²¹¹⁹ Tegelijk moet echter worden opgemerkt dat de populariteit van deze vennootschapsvormen ook vrij snel terug daalde.

Zie: M. BRECHT, C. MAYER, H. WAGNER, "Where do firms incorporate? Deregulation and the cost of entry", *Journal of Corporate Finance* 2008, 241 – 257; W.M. BRATTON, J.A. MCCAHERY, E.P.M. VERMEULEN, "How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking? A Comparative Analysis", *The American Journal of Comparative Law* 2009, 380; W.G. RINGE, "Corporate Mobility in the European Union – a Flash in the Pan? An empirical study on the success of lawmaking and regulatory competition", *European Company and Financial Law Review* 2013, 230 – 267; C. BEHME, "The Principle of Mutual Recognition in the European Internal Market with Special Regard to the Cross-Border Mobility of Companies", *European Company and Financial Law Review* 2016, 31 – 54.

²¹²⁰ Elders hebben wij deze problematiek aan een uitgebreidere analyse onderworpen: N. APPERMONT, "Adrift between Scylla and Charybdis? The trust caught between a civil law rock and a fiscal hard place", *Trusts & Trustees* 2016, 1146 – 1149.

2° de rechtstitel betreffende de goederen van de trust is opgesteld op naam van de trustee of op naam van een andere persoon voor rekening van de trustee;

3° de trustee heeft de bevoegdheid en de plicht, terzake waarvan hij verantwoordig verschuldigd is, om in overeenstemming met de bepalingen van de trust en de bijzondere verplichtingen waaraan hij door de wet is onderworpen, de goederen van de trust te besturen en te beheren of erover te beschikken."

724. Bij het lezen van de in artikel 122 WIPR geboden omschrijving van de *trust* valt meteen op dat de wetgever inspiratie heeft gezocht bij artikel 2 van het Haagse Trustverdrag.²¹²¹ Hoger (*supra*, randnr. 410) werd er reeds op gewezen dat de Raad van State zich verbaasde over het gegeven dat het begrip '*trust*' werd omschreven²¹²² in het WIPR, terwijl dat voor andere juridische concepten ook niet het geval was. Uit het voorgaande is evenwel gebleken dat een dergelijke omschrijving noodzakelijk is voor het scheppen van een afzonderlijke verwijzingscategorie voor de *trust*.

Het nauwkeurige oog zal ontwaren dat de tekst van artikel 122 WIPR toch enkele verschillen vertoont met de tekst van artikel 2 van het Haagse Trustverdrag. Zo omvat de omschrijving van het WIPR een verwijzing naar *trusts* die in het leven worden geroepen door een rechterlijke beslissing, daar waar de omschrijving in het Trustverdrag slechts verwijst naar *express trusts*. Een ander verschil is dat de in het WIPR opgenomen omschrijving niet verwijst naar het gegeven dat de *settlor* een aantal *powers* kan voorbehouden aan zichzelf, en dat de *trustee* tevens een *beneficiary* van de *trust* kan zijn. Vanuit het perspectief van een *common lawyer* is het feit dat deze laatste twee elementen zijn weggelaten in de tekst irrelevant, aangezien deze elementen worden geacht gewoon deel uit te maken van het concept dat de *trust* is.²¹²³ Echter, gelet op de didactische functie die de in het Haagse Trustverdrag geboden omschrijving vervult, is het toch verbazingwekkend dat deze elementen in de Belgische omschrijving geheel achterwege zijn gelaten. Uit de memorie van toelichting kan ook niet worden afgeleid waarom deze elementen achterwege zijn gelaten. Evenmin wordt in de memorie van toelichting aangegeven dat eventuele door de *settlor* voorbehouden *powers* of het gegeven dat een *trustee* tevens *beneficiary* kan zijn, de erkenning van de trustfiguur in de weg zou staan. Bovendien was het opnemen van deze elementen niet strikt

²¹²¹ B. DOCQUIR, V. DE FRANQUEN, M. GRÉGOIRE, R. JAFFERALI, M. LAMENSCH, V. MARQUETTE, M-D. WEINBERGER, "Le droit international privé économique - Exposé générale du nouveau droit positif belge", *TBBR/RGDC* 2005, 605.

²¹²² Het gaat dus opnieuw niet om een definitie, daar de oorspronkelijke omschrijving van het trustbegrip in het Haagse Trustverdrag evenzeer niet als definitie van het rechtsbegrip '*trust*' bedoeld was. Cf. A. VERBEKE, "Artikel 122. Recht van toepassing op de *trust*" in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTÉ, P. WAUTELET (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd - Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 653 - 54; W. DERIJCKE, "Biens et trust", *JT* 2005, 194.

Opnieuw kan het o.i. uit zijn aard niet gaan om een 'definitie' van de *trust*. *Contra*: K. DEMEYERE, "Definitie van een *trust*" in A-L. VERBEKE, P. LALEMAN, H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Alternatieve vormen*, Gent, Larcier, 2009, 96.

²¹²³ P. MATTHEWS, "Trusts in Belgian Private International Law", *Trust Law International* 2005, 194.

noodzakelijk in de eerste plaats, aangezien de toelaatbaarheid van zowel *powers* als van de vraag of de *trustee* tevens één van de *beneficiaries* kan zijn, o.i. geregeld worden door het aangewezen trustrecht (*infra*, randnr. 759 e.v.). Het achterwege laten van beide elementen heeft, voor wat betreft hun juridische toelaatbaarheid of *qua* mogelijkheid tot 'erkenning' in België, o.i. dan ook geen belang.

725. Opvallend is dat in de memorie van toelichting wordt aangehaald dat de in het WIPR vervatte omschrijving slechts slaat op "*trusts naar Angelsaksisch recht, die gekenmerkt zijn door een fundamenteel onderscheid tussen de goederen van de trust en het vermogen van de trustee*".²¹²⁴ Dit standpunt wordt overgenomen in de rechtsleer die deze wetsbepaling behandelt.²¹²⁵ De reden hiertoe is het gegeven dat er een fundamenteel onderscheid zou bestaan tussen het persoonlijke vermogen van de *trustee* en de trustgoederen, die luidens de letterlijke tekst van artikel 122 WIPR een 'afzonderlijk vermogen' of '*masse distincte*' vormen. Andere fiduciaire rechtsverhoudingen dienen, luidens de memorie van toelichting, te worden gesubsumeerd onder de verwijzingscategorie voor overeenkomsten of rechtspersonen.²¹²⁶

Deze passage komt echter zeer bevreemdend over. De memorie van toelichting, alsook de rechtsleer die deze passage overneemt, geeft daarmee aan dat enkel 'typische *common law trusts*' onder de Belgische verwijzingscategorie voor *trusts* zouden kunnen worden ondergebracht. Maar de omschrijving van deze verwijzingscategorie is op elk relevant punt dezelfde als deze uit het Haagse Trustverdrag. Ten eerste werd hoger (*supra*, randnr. 484) aangegeven dat de (inter)nationale juridische doctrine van oordeel is dat óók andere rechtsfiguren, zoals de Franse en Luxemburgse *fiducie*, de Liechtensteinse *Anstalt* en de Duitse *Treuhand* onder deze omschrijving zouden kunnen worden gebracht. Hetzelfde is vermoedelijk ook het geval voor *trusts* uit '*mixed jurisdictions*', zoals Schotland, Québec en Zuid-Afrika. Er bestaan immers heel wat *trust*- en *fiducie*-figuren buiten de klassieke *common law*-stelsels die worden gekenmerkt door een 'afgescheiden vermogen'.²¹²⁷ Los van de bedoeling die de wetgever voor ogen had met de

²¹²⁴ MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 139.

²¹²⁵ T. MAES, M. MELLAH "Hoofdstuk XII. Trust" in I. COUWENBERG, A. HANSEBOUT, L. VANFRAECHEM, *Internationaal Privaatrecht. Duiding 2014*, Brussel, Larcier, 2014, 795; A. VERBEKE, "Artikel 122. Recht van toepassing op de trust" in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTÉ, P. WAUTELET (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd – Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 654 – 59; W. DERIJCKE, "Biens et trust", *JT* 2005, 194; J. ERAUW, "De trust en de trustachtigen in het nieuwe Belgische IPR", *TEP* 2005, 273; J. ERAUW, "Trust en trustachtige figuren in België. Het toepasselijk recht" in J. BAEL *et al.* (eds.), *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 397.

²¹²⁶ MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 139.

²¹²⁷ Zie exemplatief:

Frankrijk: R. LIBCHABER, "Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1re partie)", *Déf.* 2007, art. 38631, 1101, nr. 9; F. BARRIÈRE, "The French *fiducie*, or the chaotic awakening of a sleeping beauty" in L. SMITH (ed.), *Re-imagining the trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 238 – 241; F. BARRIÈRE, "The security *fiducie* in French

introdactie van een afzonderlijke verwijzingscategorie voor *trusts* in het Belgische recht, is het beantwoorden van de vraag of een rechtsfiguur onder deze verwijzingscategorie kan worden gesubsumeerd met een loutere verwijzing naar het rechtstelsel van origine van de rechtsfiguur in kwestie, o.i. een denkfout. De door de Belgische wetgever overgenomen omschrijving van het trustbegrip werd bovendien (deels) geredigeerd om ook niet-Angelsaksische rechtsfiguren te kunnen omvatten. Dit impliceert dat ook andere niet-Angelsaksische rechtsfiguren, zoals de Franse *fiducie*, desgevallend onder de omschrijving van artikel 122 WIPR kunnen

law" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 120 – 123; B. MALLET-BRICOUT, "The trustee: mainspring, or only a cog, in the French *fiducie*?" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 142, 158; A. DENIZOT, "L'étonnant destin de la théorie du patrimoine", *RTD Civ.* 2014, 547 – 566; R. VALSAN, "The trust as patrimony: an introduction" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 7.

Schotland: G. GRETTON, "Trusts Without Equity", *International and Comparative Law Quarterly* 2000, 619 – 620; K.G.C. REID, "Patrimony Not Equity: the trust in Scotland", *European Review of Private Law* 2000, 427 – 437; R. VALSAN, "The trust as patrimony: an introduction" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 7.

Zelfs door het Engelse *Supreme Court* werd reeds de visie geopperd dat (de goederenrechtelijke effecten van) de Schotse *trust* kan (/kunnen) worden verklaard door middel van een beroep op de vermogensleer, zie: *Akers and others v Samba Financial Group*, [2017] UKSC 6, paragraaf 35.

Roemenië: D. MOREANU, "The trust under Romanian Law. Form of patrimony split for natural and legal persons", *Perspectives of Business Law Journal* 2015, 79 – 87; R. VALSAN, "The trust as patrimony: an introduction" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 7.

Liechtenstein: M. RACZYNSKA, "Parallels between the civilian separate patrimony, real subrogation and the idea of property in a trust fund" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 454.

Over de status van de Liechtensteinse *trust* als afgescheiden vermogen kan evenwel worden getwijfeld, nu deze trustvariant van oudsher sterk is gemodelleerd naar het voorbeeld van de klassieke *common law trust*. Zie: P. MATTHEWS, "Square Peg, Round Hole? Patrimony and the Common Law Trust" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 80.

Artikel 915 van de Liechtensteinse *Personen- und Gesellschaftsrecht* 1926 ('PGR') bepaalt weliswaar dat de onder trustverband gebrachte goederen afgescheiden blijven van de persoonlijke goederen van de *trustee*. Artikel 916 PGR voegt daar echter aan toe dat de *trustee* in beginsel persoonlijk en onbeperkt aansprakelijk is voor de schulden die verband houden met de *trust*.

Het Liechtensteinse model vertoont daarom inderdaad verschillen met het klassieke afgescheiden vermogen. Geargumenteed kan daarom worden dat een Liechtensteinse *trust*, net als een *common law trust*, een 'metamorfose' doormaakt wanneer deze in aanraking komt met een (ander) *civil law*-stelsel dat met een dergelijke internationaal privaatrechtelijke regeling werkt.

Québec: A. POPOVICI, "Trusting Patrimonies" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 200 – 205; A. POPOVICI, "Trust in Quebec and Czech Law: Autonomous Patrimonies?", *ERPL* 2016, 929 – 950. Zie: art. 1261 *Code civil du Québec*.

Tsjechië: A. POPOVICI, "Trust in Quebec and Czech Law: Autonomous Patrimonies?", *ERPL* 2016, 929 – 950; I. SÁNDOR, "Different types of trust from an Ownership Aspect", *ERPL* 2016, 1212 – 1213; L. TICHÝ, "Recognition of a Trust as a Specific Problem in Private International Law", *ERPL* 2016, 1156 – 1188; W. SWADLING, "Trusts and Ownership: A Common Law Perspective", *ERPL* 2016, 969 – 972.

vallen, niettegenstaande dat zij hun oorsprong vinden in een contractuele verhouding. De tweede reden waarom de passage bevreemdend overkomt, is omdat zij enerzijds verwijst naar 'het vermogen' van de *trustee*, maar deze verwijzingscategorie kennelijk slechts wilt voorbehouden voor rechtsfiguren uit de *common law*-familie, die zoals hoger (*supra*, randnr. 135) werd aangetoond, geen vermogensleer kent. De omschrijving die in artikel 122 WIPR vervat ligt, is deze van de 'gedaanteloze' Haagse *trust*, niet exclusief deze van de klassieke *common law trust*.

726. Zoals hoger (*supra*, randnr. 487) reeds werd aangegeven, kan worden voorgesteld dat teneinde te vermijden dat rechtsfiguren die manifest géén *trusts* of daaraan verwante figuren zijn, zullen worden gesubsumeerd onder het bepaalde in artikel 122 WIPR, het de rechter vrij staat om na te gaan of de rechtsfiguur wel als een *trust* of een daaraan verwante figuur wordt beschouwd. De in artikel 122 WIPR geboden criteria kunnen dan worden afgetoetst aan de (vermoedelijk) van toepassing zijnde *lex causae*.

727. Tot slot kan nu reeds worden opgemerkt dat de Belgische fiscale administratie een meer expansieve interpretatie lijkt te geven aan de in artikel 2, 13°, a) WIB 1992 opgenomen omschrijving van 'trustachtige figuren' (zie *infra*, randnr. 1250 e.v. en 1363 e.v.). Nochtans is de in deze wetsbepaling geboden omschrijving op enkele (belangrijke) details na, dezelfde als de WIPR opgenomen omschrijving van de *trust*²¹²⁸ (zie *infra*, randnr. 1250 e.v.). Evenwel dient de fiscale wetgeving strikt te worden geïnterpreteerd, gelet op het fiscaal legaliteitsbeginsel.²¹²⁹ Bovendien is een interpretatie naar analogie verboden in het fiscaal recht.²¹³⁰ Daar staat echter tegenover dat het gaat om een autonoom fiscaalrechtelijk begrip (zie *infra*, randnr. 1251). Deze kwestie wordt daarom verder terug opgenomen, in het raam van de bespreking van zogeheten 'gelaagde structuren' in een fiscaalrechtelijke context.

(c) *Materieel toepassingsgebied: de trust als een afgescheiden vermogen*

728. In de vorige randnummers werd reeds aangehaald dat de *trust* wordt omschreven als een 'afzonderlijk vermogen'. Hoger (*supra*, randnr. 512) hebben

²¹²⁸ N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 8 – 9; N. APPERMONT, "Afdeling III. Het gebruik van een buitenlandse trust(achtige) figuur door belastingplichtigen in België in het vizier" in N. CARETTE, R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 241 – 244.

²¹²⁹ Cass. 20 februari 1990, *Pas.* 1990, I, 709; Cass. 17 februari 1969, *Pas.* 1969, I, 536; Cass. 14 januari 1935, *Pas.* 1935, I, 108; N. LAUWERS, "De draagwijdte van het beginsel 'in dubio contra fiscum'", *AFT* 2016, afl. 4, 26 – 69; E. VAN DE VELDE, 'Afspraken' met de *fiscus: de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen*, Brussel, Larcier, 2009, 196 – 199; F. VANISTENDAEL, "Algemene rechtsbeginselen in het belastingrecht", *AFT* 1989, 312; A. TIBERGHEN, *Inleiding tot het Belgisch fiscaal recht*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 49.

²¹³⁰ Cass. 13 april 1978, *Pas.* 1978, I, 910; F. VANISTENDAEL, "Algemene rechtsbeginselen in het belastingrecht", *AFT* 1989, 312; J. VAN HOUTTE, *Beginselen van het Belgisch belastingrecht*, Gent, Story-Scientia, 1979, 184 – 185; E. VAN DE VELDE, 'Afspraken' met de *fiscus: de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen*, Brussel, Larcier, 2009, 198.

wij evenwel geponeerd dat de klassieke *common law trust* niet kan worden beschouwd als een afgescheiden vermogen. Hiervoor bestaan verschillende redenen. De eerste reden is dat het weinig zinnig is om een rechtsfiguur als de *trust* te verklaren aan de hand van een juridisch concept dat het rechtstelsel dat de *trust* heeft voortgebracht, niet kent. Ten tweede hebben wij hoger ontwaard dat het feit dat elke schuldeiser in beginsel een persoonlijke schuldeiser is van de *trustee*, niet strookt met de idee van een afzonderlijk of afgescheiden vermogen. Centraal binnen de idee van een afgescheiden vermogen staat immers het gegeven dat dit vermogen een *passif propre* heeft dat bevoorrecht is ten aanzien van het goed of de goederen die zich in het afgezonderd vermogen bevinden.²¹³¹ Een *trust* kan in de klassieke opvatting daarentegen slechts activa omhelzen, en nooit passiva.

Ook in artikel 2 van de authentieke Franse versie van het Haagse Trustverdrag wordt de *trust* omschreven als '*une masse distincte*', terminologie die letterlijk wordt overgenomen in de Franstalige versie van het WIPR. Daaruit hebben wij hoger (*supra*, randnr. 514 e.v.) afgeleid dat de *common law trust*, zoals deze onder het systeem van het Haagse Trustverdrag wordt ontvangen in *civil law*-stelsels, noodzakelijkerwijs een 'metamorfose' ondergaat. Zij wordt dan namelijk beschouwd als iets wat zij in essentie niet is: een afgescheiden vermogen. Wij hebben reeds minstens drie gevolgen van deze metamorfose ontwaard: de *trust* zal worden beschouwd als een afzonderlijk vermogen, inclusief een eigen bevoorrecht passief waarop de trustschuldeisers hun schuldvorderingen op bevoorrechte wijze kunnen verhalen. Ten tweede wordt aan de *trustee* in het rechtsverkeer een bijzondere *trustee*-hoedanigheid toegekend. Ten derde heeft de metamorfose van de *trust* mogelijks belangrijke implicaties voor wat betreft de rechten van de *beneficiaries*, die hun (quasi-) goederenrechtelijke karakter kunnen verliezen. In dit verband hebben wij tevens ontwaard (*supra*, randnr. 524) dat de 'Haagse *trust*' door bepaalde juridische doctrine in verband wordt gebracht met een rechtspersoon.

729. Nu de Belgische wetgever door de introductie van de notie van een afgescheiden vermogen in het WIPR eenzelfde 'metamorfose' doorvoert, zullen wij dit in wat volgt nagaan in hoeverre de (Belgische) notie van een afgescheiden vermogen overeenkomt met het trustbegrip zoals dat in Deel II van dit proefschrift werd onderzocht.

²¹³¹ J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 24 – 25; M.E. STORME, "Paritas creditorum, voorrang en roerende zekerheden", *TPR* 2006, 971; W. VAN GERVEN, *Bewindsebevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 266 – 267. Zie reeds het bekende *Socol*-arrest van het Hof van Cassatie: Cass. 28 februari 1985, *JT* 1986 (met noot F. T'KINT), *RW* 1985 – 1986 (met noot E. DIRIX).

Het vermogensbegrip: traditionele opvatting

730. Het begrip 'vermogen' wordt in het Belgische Burgerlijk Wetboek nergens gedefinieerd of omschreven.²¹³² Nochtans betreft het een centrale notie in het Belgische (en Franse²¹³³) privaatrecht.²¹³⁴ Het vermogen is het geheel van de in geld waardeerbare rechten en plichten dat een persoon toebehoort. Het vermogen is als het ware de juridische emanatie van de persoon zelf. Het vermogen omvat dus zowel activa als passiva²¹³⁵, zij het dat een aantal auteurs de visie verdedigen dat schulden dienen te worden uitgesloten van het vermogensbegrip, aangezien zij de mening toegedaan zijn dat de schulden het vermogen bezwaren, maar er geen deel van uitmaken.²¹³⁶ Wat echter door alle auteurs wordt aanvaard, is dat er tussen de activa en de passiva van een vermogen een belangrijke relatie bestaat. Luidens de artikelen 7 en 8 Hyp.W. strekken al de goederen van een rechtssubject, en dus zijn hele vermogen, tot gemeenschappelijke waarborg van diens schuldeisers.²¹³⁷ Zodoende staat de schuldenaar onder verband van alle goederen die in zijn vermogen aanwezig zijn in voor de nakoming van de verbintenissen die aan hem worden toegerekend.²¹³⁸ Dit gegeven komt ook tot uiting in het adagium *qui s'oblige, oblige le sien*.²¹³⁹

²¹³² R. FELTKAMP, *Beginselen van het vermogensrechtelijk privaatrecht*, Antwerpen, Maklu, 2016, 141.

²¹³³ Zie *supra*, randnr. 135.

²¹³⁴ V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 52.

²¹³⁵ *Ibid*; W. VAN GERVEN, *Deel I 'Algemeen Deel'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1987, 238 e.v.; J. CARBONNIER, *Droit Civil*, II, Parijs, Presses Universitaires, 1957, 1.

²¹³⁶ H. DE PAGE, R. DEKKERS *Traité*, V, Brussel, Bruylant, 1975, 557 – 559; E. DIRIX, R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 9; R. DE CORTE, B. DE GROOTE, *Handboek Civiel Recht*, Brussel, Larcier, 2011, 194; R. FELTKAMP, *Beginselen van het vermogensrechtelijk privaatrecht*, Antwerpen, Maklu, 2016, 145.

²¹³⁷ Zie voor Nederland: art. 3:276 NBW. Voor Frankrijk: art. 2092 CC.

²¹³⁸ E. DIRIX, R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 14 e.v.

²¹³⁹ Dit is voor bepaalde auteurs dan ook meteen de belangrijkste of zelfs de enige functie die het vermogen vervult. Zo stelt DE PAGE: "*Le siège de la matière, le besoin pratique auquel une théorie du patrimoine devra répondre, sera donc la détermination du sort des dettes. Toute la question du patrimoine, telle qu'elle se pose en droit positif belge, se réduit donc à savoir sur quels biens l'exécution forcée des dettes pourra poursuivie. En dehors de cela le mot « patrimoine » évoquera peut-être une image mais non une institution juridique.*" Zie : H. DE PAGE, R. DEKKERS, *Traité*, V, Brussel, Bruylant, 1975, 554.

Zie ook: R. DEKKERS, E. DIRIX, *Handboek burgerlijk recht*, II, Antwerpen, Intersentia, 2005, 46.

Wij durven hierbij evenwel vraagtekens formuleren. Ten eerste bestaat er, zoals in randnr. 731 wordt uiteengezet, een sterke verbondenheid tussen het vermogensbegrip en de notie van 'persoonlijkheid' in ons recht. Dit vloeit voort uit de klassieke vermogenstheorie van AUBRY en RAU. Vanuit dit perspectief bekeken lijkt het vermogensbegrip ook een rol te spelen in het erfrecht. De erfgenamen zetten als het ware de economische persoonlijkheid van de overledene voort: '*le mort saisit le vif*'. Het loutere gegeven dat een *trust* onder het Haagse Trustverdrag wordt voorgesteld als een afgescheiden vermogen, maar dat tegelijk wordt aangegeven dat dit afgescheiden vermogen niet toekomt aan de erfgenamen van de *trustee*, onderstreept deze regel verder: de onder trustverband gebrachte goederen die zich in het

731. Aangezien het vermogen wordt beschouwd als de juridische emanatie van de persoon zelf, impliceert dit ook meteen dat de persoon principieel wordt beschouwd als de eenheidsfactor die alle bestanddelen van het vermogen aan elkaar verbindt.²¹⁴⁰ Volgens AUBRY en RAU, de grondleggers van de Franse en Belgische vermogensleer, kunnen daaruit drie basisstellingen worden afgeleid. Ten eerste hebben alleen rechtssubjecten een vermogen. Ten tweede heeft elk rechtssubject slechts één vermogen, dat tevens onvervreemdbaar is. Ten derde heeft elk rechtssubject een vermogen. Het vermogen is aldus één en ondeelbaar.²¹⁴¹ Het vermogen kan zodoende worden voorgesteld als een juridische fictie, een lege container, die iedere persoon gedurende zijn of haar hele leven bij zich draagt en kan worden opgevuld met allerlei vermogensbestanddelen. Van essentieel belang is tevens dat het vermogen een vlottend geheel vormt, waarbij de afzonderlijke vermogensbestanddelen kunnen worden vervangen door andere vermogensbestanddelen die vervolgens hun plaats innemen. Het vermogen manifesteert zich dan ook als een 'juridische universaliteit', waarbinnen zaakvervangings optreedt (zie *infra*, randnr. 738 e.v.).²¹⁴² Het is pas op het ogenblik dat de rechten van de schuldeisers ten uitvoer worden gelegd dat hun aanspraken worden verzakelijkt.²¹⁴³ Het 'algemeen pandrecht' van de schuldeisers heeft aldus geen betrekking op het vermogen zoals dit bestaat op het ogenblik van ontstaan van de schuldvordering, maar wel zoals dit is samengesteld op het ogenblik dat zij hun verhaalsrecht uitoefenen.²¹⁴⁴

Het uitgangspunt is dan ook steeds dat de eigenaar vrij kan en mag beschikken over de activa die zich in zijn vermogen bevinden. De drempels voor schuldeisers om zich op actieve wijze te mengen in dit beheer, bijvoorbeeld door middel van uitvoerend beslag, faillissementsbeslag en bewarend (derden)beslag zijn dan ook eerder hoog.²¹⁴⁵ Nochtans dient dit uitgangspunt toch te worden genuanceerd. Immers, in het vooruitzicht van een dreigende insolventie kan de verhouding tussen debiteur en schuldeisers al onder hoogspanning komen te staan. Naast

afgescheiden vermogen bevonden, maakten nooit deel uit van de 'economische persoonlijkheid' van de *trustee*.

²¹⁴⁰ C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, IX, Parijs, 1858, §573.

Zie ook: G. R. ELGUETA, "Divergences and Convergences of Common Law and Civil Law Traditions on Asset Partitioning: A Functional Analysis", *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 2010, 527 e.v.

²¹⁴¹ *Ibid*, § 574; V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht' in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 53.

²¹⁴² Zie reeds: C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, IX, Parijs, 1858, §575.

²¹⁴³ V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht' in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 54; M.E. STORME, "Zekerheden- en insolventierecht", Gent-Mariakerke 2016, 217, beschikbaar op:

<https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/Insolventierecht2015.pdf>

²¹⁴⁴ E. DIRIX, R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 22.

Het ogenblik van ontstaan van de schuldvordering is vanuit deze optiek dan ook niet van belang, zie: F. LAURENT, *Principes*, XXIX, 305 – 306.

²¹⁴⁵ J. VANANROYE, *Organisatierecht: werfbezoek aan een onvoltooide piramide*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 23.

eventuele preventieve maatregelen die dan reeds door de schuldeisers kunnen worden genomen, kunnen de schuldeisers allerlei rechtshandelingen die hen benadelen aanvechten door middel van een *actio pauliana* (artikel 1167 BW).²¹⁴⁶ Hoewel de *actio pauliana* niet slechts relevant is in het aanschijn van een nakende insolventie, zal haar belang vermoedelijk wel toenemen indien een dergelijke situatie zich voordoet. Daar zij een *ex post*-maatregel vormt²¹⁴⁷, tast de *actio pauliana* de vrije beschikkingsbevoegdheid van de debiteur niet fundamenteel aan, maar nuanceert zij deze wel.

732. Een belangrijk gevolg van het voorgaande bestaat erin dat, teneinde een afzonderlijk vermogen in het leven te roepen, natuurlijke personen in beginsel een beroep dienen te doen op de rechtspersoonstechniek.²¹⁴⁸ Op deze wijze wordt middels een juridische fictie een nieuw rechtssubject geschapen, dat vervolgens opnieuw als eenheidsfactor kan dienen voor de toerekening van het nieuwe vermogen.²¹⁴⁹ Vanwege de subjectgerichtheid van de klassieke vermogensleer wordt in de rechtsleer ook wel gesproken van een 'subjectieve vermogensopvatting'.²¹⁵⁰

Het vermogensbegrip: moderne opvatting

733. Het traditionele vermogensbegrip zoals dit in de vorige randnummers werd geschetst, is gaandeweg steeds meer onder druk komen te staan.²¹⁵¹ De regel dat

²¹⁴⁶ *Ibid*, 27 – 31.

²¹⁴⁷ J. VANANROYE, L. MARIËN, "Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht" in I. SAMOY, A. DE BOECK, S. STIJNS, R. VAN RANSBEECK, *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 111.

²¹⁴⁸ W. VAN GERVEN, *Deel I 'Algemeen Deel'* in *Beginnelsen van het Belgisch Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1987, 239; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 25; M.E. STORME, "Zekerheden- en insolventierecht", Gent-Mariakerke 2016, 6, beschikbaar op:

<https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/Insolventierecht2015.pdf>

²¹⁴⁹ In de Franse rechtsleer valt tevens een andere opvatting te ontwaren. Volgens THOMAT-RAYNAUD zou ook kunnen worden geopteerd voor een aanvaarding van een 'pluraliteit van persoonlijkheden' ('*pluralité des personnalités*'). De vraag met welk vermogen een persoon dan instaat voor de uitvoering van een bepaalde verbintenis, hangt volgens deze theorie af van de hoedanigheid waarin wordt opgetreden. Het betreft hier in feite een oude theorie, die niet door AUBRY en RAU werd opgenomen in hun *Cours de droit civil français*.

Zie: A-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine: essai critique*, Parijs, Défrenois, 2007, 552p.

²¹⁵⁰ R. FELTKAMP, "Een kredietinstelling, meerdere vermogens. Vermogensrechtelijke bedenkingen bij de regeling inzake Belgische *covered bonds*" in A. MICHIELSENS, E. ALOFS, K. BYTTEBIER, A-L. VERBEKE (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 195.

²¹⁵¹ N. CARETTE, "Actuele ontwikkelingen zakenrecht 2016" in N. CARETTE, R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2017*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 41; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 707 e.v.; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 23 e.v.; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Parijs, Litec, 2004, 340; A-L. THOMAT RAYNAUD, *L'unité du patrimoine: essai critique*, Parijs, Défrenois, 2007, 159 e.v.; V. SAGAERT, "Beslag

vermogen principieel één en ondeelbaar is, wordt kennelijk niet meer zo absolutistisch ingevuld als voorheen het geval was. Hoger (*supra*, randnr. 122 e.v.) werd in dit verband reeds vastgesteld dat de Franse en de Belgische wetgever er kennelijk minder graten in zien om afstand te doen van het unitair vermogensbegrip teneinde het (eerder) unitair eigendomsbegrip te vrijwaren. Vermogenssplittingsen doen zich dan ook in toenemende mate voor.²¹⁵² Om dit gegeven nog verder te illustreren kan, naast de hoger aangehaalde gevallen van de Franse *fiducie* en de Belgische regeling inzake kwaliteitsrekening, nog in het bijzonder worden gewezen op de Belgische wetgeving inzake *covered bonds*²¹⁵³, het gerechtelijk kantonnement²¹⁵⁴, de mogelijkheid voor zelfstandigen om de zakelijke rechten die zij hebben op het onroerend goed dat dient als hoofdverblijfplaats onbeslagbaar te laten verklaren²¹⁵⁵ en bij uitbreiding alle goederen die onbeslagbaar worden verklaard in de artikelen 1408 e.v. Ger.W.. Ook kan er worden gewezen op het huwelijksvermogen dat ook het karakter heeft van een bestemmingsgebonden afgezonderd vermogen.²¹⁵⁶

Bepaalde auteurs zijn van oordeel dat er nog heel wat andere afgescheiden vermogens in het Belgische recht aanwezig zijn, zoals met name de onverdeelde nalatenschap, de maatschap, de vereniging zonder rechtspersoonlijkheid, het onroerend goed in *time sharing*, de sloopverdeling en het beleggingsfonds.²¹⁵⁷ In het bijzonder voor Frankrijk kan, buiten het geval van de

op een derdenrekening van een advocaat. De teloorgang van het vermogensbegrip" (noot onder Cass. 27 januari 2011), *RW* 2010 – 2011, 1777.

²¹⁵² E. DIRIX, "Artikel 8/1 Hyp.W." in X., *Voorrechten en hypotheken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Algemene Bepalingen, Samenloop*, losbl., 24 – 25.

²¹⁵³ R. FELTKAMP, "Een kredietinstelling, meerdere vermogens. Vermogensrechtelijke bedenkingen bij de regeling inzake Belgische *covered bonds*" in A. MICHIELENS, E. ALOFS, K. BYTTEBIER, A-L. VERBEKE (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 193 – 226; K. PANIS, E. HELLEBUYCK, "De Wet covered bonds en de Wet mobilisering van schuldvorderingen", *RW* 2012 – 2013, 1157 – 1159; F. HEREMANS, "Les covered bonds" in H. DAEMS, I. DE MEULENEERE, R. FELTKAMP, C. HOUSSA (eds.), *20 ans de loi bancaire*, Limal, Anthemis, 2013, 165 – 172. Aan deze vermogensafscheiding wordt publiciteit gegeven door middel van een vermelding van de bestanddelen van dit bijzonder vermogen in een register. Zie art. 64/20, §2 van de wet van 22 maart 1993 op het statuut en het toezicht op de kredietinstellingen, *BS* 19 april 1993, 8650.

²¹⁵⁴ Art. 1403 – 1404 Ger.W.; A. VERBEKE, I. PEETERS, *Vijf jaar Voorrechten, Hypotheek en Andere Zekerheden*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 111.

²¹⁵⁵ Wet van 25 april 2007 houdende diverse bepalingen (IV), *BS* 8 mei 2007, gewijzigd door de wet van 15 januari 2014 houdende diverse bepalingen voor KMO's, *BS* 3 februari 2014; M. DE CLERCQ, "De onbeslagbaarheid van de gezinswoning gewijzigd en verduidelijkt", *Not.Fisc.M.* 2014, afl. 3, 58 – 65. Over de voormalige regeling: E. LEROY, "L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel", *JT* 2007, 753 – 763.

Zie in Frankrijk: artt. L 526-1 – L 526-5 *Code de commerce*.

²¹⁵⁶ V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 57.

²¹⁵⁷ J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 25.

Ook in Nederland wordt door bepaalde auteurs erkend dat de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid een afgescheiden vermogen heeft. Zie: N.E.D. FABER, "Eigendom ten titel van beheer, kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen" in D.J. HAYTON, S.C.J.J.

fiducie, worden gewezen op de figuur van de *entrepreneur individuel à responsabilité limitée*.²¹⁵⁸ Deze rechtsfiguur laat de ondernemer toe om zijn of haar professionele activa en bijhorende passiva geheel af te zonderen van zijn of haar persoonlijke vermogen, zodat de persoon in kwestie als het ware titularis wordt van twee vermogens.²¹⁵⁹ De Franse wet legt hiertoe wel een aantal publiciteitsverplichtingen op.²¹⁶⁰

734. Uit het voorgaande valt alvast af te leiden dat niet enkel het Belgische recht, maar tevens het Franse recht met zekerheid een (toenemend) aantal wettelijke uitzonderingen op het principe van de eenheid en ondeelbaarheid van het vermogen erkennen. Nochtans hoeft dit gegeven niet bijzonder veel verwondering op te wekken. Zelfs de grondleggers van de 'subjectieve vermogenstheorie', AUBRY en RAU hebben steeds erkend dat er uitzonderingen bestonden op het klassieke uitgangspunt van de eenheid en ondeelbaarheid van het vermogen.²¹⁶¹ In de Franse rechtsleer wordt dan ook terecht gesteld dat de door AUBRY en RAU vooropgestelde regel in feite ten onrechte is verheven tot een dogma door latere auteurs.²¹⁶²

735. Eén van de eerste pleitbezorgers voor de creatie van afgescheiden vermogens in België was VAN GERVEN, die in zijn *Algemeen Deel* de opvatting verdedigde dat vermogensafscheiding principieel mogelijk moest zijn, onder de voorwaarden dat er enerzijds een voldoende maatschappelijk belang voorhanden is²¹⁶³ om de vermogensafscheiding te kunnen rechtvaardigen, en er anderzijds publiciteit werd gegeven aan de vermogensafscheiding, zodat bestaande en

KORTMANN *et al.* (eds.), *Vertrouwd met de trust. Trusts and trust-like arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, 198.

²¹⁵⁸ Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 sur l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *JO* 16 juni 2010, 10984; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 710; A. DENIZOT, "L'étonnant destin de la théorie du patrimoine", *RTD Civ.* 2014, 547 – 566; F. BARRIÈRE, "The French *fiducie*, or the chaotic awakening of a sleeping beauty" in L. SMITH (ed.), *Re-imagining the trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 239; F. TERRÉ (ed.), *EIRL : l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Parijs, Lexisnexis, 2011, 300p.

²¹⁵⁹ Art. L 526-6 *Code de commerce*.

²¹⁶⁰ Art. L 526-7 *Code de commerce*.

²¹⁶¹ "Bien que le patrimoine soit, en principe un et indivisible, notre Droit reconnaît cependant certaines universalités juridiques qui s'en distinguent. C'est ainsi que, par l'effet du bénéfice d'inventaire ou de la séparation des patrimoines, les biens qui composent une hérédité restent, sous certains rapports, séparés du patrimoine de l'héritier, dont ils font cependant en réalité partie. [...] C'est ainsi enfin que, sous plusieurs rapports, les biens compris, soit dans un majorat, soit dans un fidéicommis universel ou à titre universel, forment une universalité juridique distincte du patrimoine du titulaire du majorat, ou du fidéicommis." Zie: C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, IX, Parijs, 1858, §574.

Deze bemerking is overigens niet nieuw. Zo werd ze reeds gemaakt door KLUYSKENS in 1940. Zie: A. KLUYSKENS, *Zakenrecht in Beginselen van burgerlijk recht*, V, Antwerpen, Standaard, 1940, 12 – 13.

²¹⁶² A. DENIZOT, "L'étonnant destin de la théorie du patrimoine", *RTD Civ.* 2014, 547 – 566.

²¹⁶³ Cf. D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 738 – 739.

toekomstige schuldeisers niet om de tuin kunnen worden geleid.²¹⁶⁴ VAN GERVEN sloot met die bedenking aan bij een reeds bestaande stroming in de internationale rechtsleer. Zoals hoger vermeld (*supra*, randnr. 135), was bijvoorbeeld een auteur als LEPAULLE reeds in de jaren '30 van de twintigste eeuw van mening dat de *trust* in de terminologie van *civil law*-stelsels kon worden verklaard als een autonoom afgezonderd vermogen (*'patrimoine d'affectation'*).²¹⁶⁵ De visie van LEPAULLE vond dan ook al snel neerslag in het Mexicaanse recht, en later in het recht van Québec en Tsjechië, waar de *trust* beschouwd wordt als een op zichzelf bestaand vermogen, zonder dat de eigendom van de trustgoederen toekomen aan een bepaalde persoon.²¹⁶⁶ In de Belgische rechtsleer werden in dit verband al concrete voorstellen gedaan voor de invoering van een algemeen doelvermogen of algemene 'trustachtige figuur' in het Belgische recht, waarvan rechtssubjecten vervolgens naar eigen inzicht gebruik kunnen maken.²¹⁶⁷

Bij gebreke aan het bestaan van een dergelijke rechtsfiguur, verzetten verschillende auteurs zich echter tegen de mogelijkheid om op louter conventionele wijze afgescheiden vermogens in het leven te roepen.²¹⁶⁸ STORME spreekt in dit verband van een *numerus clausus* van afgescheiden vermogens.²¹⁶⁹ De reden daarvoor kan worden gevonden in het wezen van de artikelen 7 en 8 Hyp.W. zelf. Hoewel deze regel in het verleden werd beschouwd als een regel van openbare

²¹⁶⁴ W. VAN GERVEN, *Deel I 'Algemeen Deel'* in *Beginnelsen van het Belgisch Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1987, 246 – 247.

²¹⁶⁵ P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Parijs, Rousseau et Cie, 1932, 31.

Voor een Engelse vertaling van het eerste hoofdstuk van het werk van LEPAULLE, zie: A. Popovici, L. SMITH, "Lepaulle appropriated" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 18 – 41.

²¹⁶⁶ P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Parijs, Rousseau et Cie, 1932, 15; Y. EMERICH, "The civil law trust: a modality of ownership or an interlude in ownership?" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 21 – 40; A. POPOVICI, "Trust in Quebec and Czech Law: Autonomous Patrimonies?", *ERPL* 2016, 929 – 950; A. POPOVICI, "Trust in Quebec and Czech Law: Autonomous Patrimonies?", *ERPL* 2016, 929 – 950; I. SÁNDOR, "Different types of trust from an Ownership Aspect", *ERPL* 2016, 1212 – 1213; L. TICHÝ, "Recognition of a Trust as a Specific Problem in Private International Law", *ERPL* 2016, 1156 – 1188; W. SWADLING, "Trusts and Ownership: A Common Law Perspective", *ERPL* 2016, 969 – 972.

²¹⁶⁷ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 739 – 746; M.E. STORME, "Vertrouwen is goed, dual ownership is beter: elf essentialia bij de invoering van een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgische recht", *RW* 1996 – 1997, 137 – 154.

²¹⁶⁸ H. DE PAGE, R. DEKKERS, *Traité*, V, Brussel, Bruylant, 1975, 563 – 564; W. VAN GERVEN, *Deel I 'Algemeen Deel'* in *Beginnelsen van het Belgisch Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1987, 246.

²¹⁶⁹ M.E. STORME, *Handboek Vermogensrecht: goederen en insolventierecht*, Gent – Mariakerke, 2010, 207, beschikbaar op: <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/vermogensrecht2010I.pdf> Jansen heeft het in dit verband over een "numerus clausus van boedelgemeenschappen", hetgeen door de auteur wordt onderscheiden van een afgescheiden vermogen in de strikte zin. Zie: R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 309.

orde²¹⁷⁰, werd deze stelling inmiddels verworpen door het Hof van Cassatie.²¹⁷¹ De regel kan dus hoogstens nog worden aangeduid als een regel van dwingend recht.²¹⁷²

De algemene stelregel blijft hoe dan ook dat het in beginsel niet mogelijk is, om via afspraken tussen partijen de schuldeiserspositie van derden op nadelige wijze te beïnvloeden, zonder dat deze derden daarmee vrijwillig hebben ingestemd.²¹⁷³ Via de creatie van afzonderlijke vermogens wordt de positie van schuldeisers evenwel sterk aangetast. In de regel zullen immers activa worden onttrokken aan één of meer persoonlijke vermogens om vervolgens terecht te komen in een afzonderlijk vermogen, waarop andere schuldeisers hun schuldvorderingen exclusief of minstens bij voorrang kunnen verhalen ('*entity shielding*'). Nochtans wijzen DIRIX en DE CORTE er op dat de in artikel 8 Hyp.W. neergelegde gelijkheidsregel zou kunnen worden doorbroken indien er een voldoende maatschappelijk belang voorhanden is, zoals in bepaalde gevallen van 'fiduciare eigendom ten titel van beheer'.²¹⁷⁴

736. Het moge duidelijk zijn dat het in de moderne opvatting inzake de vermogenstheorie niet langer de persoon of het rechtssubject is die als eenheidsfactor fungeert, maar wel het doel waaraan het vermogen als geheel gebonden is.²¹⁷⁵ Het is om deze reden dat er wordt gesproken van een afzonderlijk 'doelvermogen' ('*patrimoine d'affectation*', '*zweckvermögen*'). De goederen die zijn geaffecteerd ten voordele van dit doel zouden dan ook dienen als onderpand voor de verbintenissen die voor hetzelfde doel zijn aangegaan. Op deze wijze wordt verantwoord dat deze verbintenissen exclusief of bij voorrang kunnen worden verhaald op de activa van het afgescheiden doelvermogen. Er zijn zelfs bepaalde auteurs die stellen dat eigenlijk elk vermogen een doelvermogen is, aangezien ook de persoonlijke vermogens van rechtssubjecten ertoe strekken om de individuele doeleinden van de mens te verwezenlijken.²¹⁷⁶

²¹⁷⁰ F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Brussel, Larcier, 2004, 88.

²¹⁷¹ Cass. 20 oktober 2005, *NJW* 2006, 365; Verslag van de Expertengroep op de zekerheden opgericht door Minister van Justitie S. DE CLERCK, en voorgezeten door Professor E. DIRIX, Brussel 14 oktober 2011, 10, beschikbaar op: http://economie.fgov.be/nl/binaries/Voorontwerp_van_wet_zakelijke_zekerheden_tcm325-176415.pdf

²¹⁷² Cass. 9 maart 2000, *RW* 2000 – 2001, 480 (met noot A. DE WILDE); E. DIRIX, R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 144; E. DIRIX, "Artikel 8 Hyp.W." in X., *Voorrechten en hypotheek. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Algemene Bepalingen, Samenloop*, losbl., 17.

²¹⁷³ Zie evenwel voor schuldvorderingen: M.E. STORME, *Handboek Vermogensrecht: goederen en insolventierecht*, Gent – Mariakerke, 2010, 532 e.v., beschikbaar op: <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/vermogensrecht2010I.pdf>

²¹⁷⁴ E. DIRIX, R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 13.

²¹⁷⁵ E. DIRIX, R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 9; R. DEKKERS, E. DIRIX, *Handboek burgerlijk recht*, II, Antwerpen, Intersentia, 2005, 51.

²¹⁷⁶ W. VAN GERVEN, *Deel I 'Algemeen Deel'* in *Beginnelsen van het Belgisch Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1987, 240, en de verwijzingen aldaar.

737. Tot slot dient er hier op te worden gewezen dat ook elk afgescheiden doelvermogen zich noodzakelijkerwijs manifesteert als een juridische universaliteit waarbinnen zaakvervangings optreedt, zodat de verschillende samenstellende bestanddelen van het vermogen in elkaars plaats treden. In de rechtsleer wordt er dan ook op gewezen dat in de moderne opvatting omtrent het vermogen, de focus meer gelegen is op de waarde die de universaliteit als geheel vertegenwoordigt dan op de individuele samenstellende bestanddelen op eender welk gegeven moment.²¹⁷⁷ In wat volgt, zal dieper worden ingegaan op het fenomeen van zaakvervangings binnen (afgescheiden) vermogens.

Zaakvervangings (binnen het afgescheiden vermogen)

738. Op een algemeen niveau kan zaakvervangings of zakelijke subrogatie worden omschreven als "*de rechtsfiguur die het voortbestaan van een zakelijk recht waarborgt op de tegenwaarde van haar oorspronkelijke object wanneer dat oorspronkelijke object in natura is onttrokken aan het zakelijk recht*".²¹⁷⁸ Door zaakvervangings kan de waarde van een oorspronkelijk onderpand worden 'gered' door het zakelijk recht te laten overgaan naar het goed dat werd verkregen in de plaats van het oorspronkelijk onderpand.²¹⁷⁹

Hoewel het leerstuk van zaakvervangings in de hedendaagse stand van het recht een ruimer toepassingsgebied kent dan werd aangenomen in de 19^e eeuw²¹⁸⁰, is het alvast opmerkelijk dat voor wat betreft afgescheiden vermogens vastgesteld kan worden dat de klassieke literatuur niet twijfelde aan het (van rechtswege) optreden van zakelijke subrogatie binnen deze juridische universaliteiten²¹⁸¹, en dit op grond van het adagium "*in judiciis universalibus, pretium succedit loco rei, et res loco pretii*".²¹⁸² De klassieke literatuur achtte het niet meer dan logisch dat goederen binnen een afgescheiden vermogen elkaars plaats innamen, indien daarmee transacties werden verricht. Dit standpunt kan reeds worden aangetroffen bij de uiteenzetting van de traditionele vermogenstheorie door AUBRY en RAU, die schreven over "*la fongibilité des éléments du patrimoine*".²¹⁸³ Bij een vermogen gaat het immers over de waarde van dat vermogen in haar geheel²¹⁸⁴, eerder dan

²¹⁷⁷ R. FELTKAMP, *Beginselen van het vermogensrechtelijk privaatrecht*, Antwerpen, Maklu, 2016, 145.

²¹⁷⁸ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 5; Zie tevens: E. DIRIX, "Zakelijke subrogatie", *RW* 1993 – 1994, 273 – 280.

²¹⁷⁹ V. SAGAERT, "Het *fideicommiss de residuo* door de bril van het goederenrecht: mogelijkheden, beperkingen en evoluties" in N. CARETTE, R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 155.

²¹⁸⁰ *Ibid*, 156.

²¹⁸¹ E. DIRIX, "Zakelijke subrogatie", *RW* 1993 – 1994, 276; F. LAURENT, *Principes*, IX, 231 – 234.

²¹⁸² Daarentegen gold voor afzonderlijke goederen het adagium "*in judiciis singularibus, pretium non succedit loco rei, nec res loco pretii*".

²¹⁸³ C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, IX, Parijs, 1858, §575.

²¹⁸⁴ E. DIRIX, "Zakelijke subrogatie", *RW* 1993 – 1994, 277.

om de samenstellende bestanddelen afzonderlijk. Het is zeer opvallend dat dit idee reeds aanwezig was bij deze klassieke auteurs. De focus op de waarde van het vermogen als geheel doet dus minder modern aan dan zij op het eerste gezicht mag lijken. Aangezien zakelijke subrogatie werd beschouwd als een juridische fictie, werd dit juridisch fenomeen evenwel restrictief geïnterpreteerd.²¹⁸⁵

739. In de hedendaagse stand van het recht is het toepassingsgebied van zakelijke subrogatie evenwel veel breder geworden dan in de 19^e eeuw het geval was. Zo wordt zakelijke subrogatie, naast de wettelijk voorziene gevallen, tevens beschouwd als een algemeen rechtsbeginsel.²¹⁸⁶ Zakelijke subrogatie kan zodoende (de waarde van) ieder zakelijk recht beschermen, ook buiten de wettelijk voorziene gevallen, zolang aan de toepassings- en uitoefeningsvoorwaarden voor zakelijke subrogatie is voldaan.²¹⁸⁷ Voor de duidelijkheid zullen wij het fenomeen waarbij individuele zakelijke rechten worden beschermd door zakelijke subrogatie verder aanduiden als 'zakelijke subrogatie in de eigenlijke zin'.

740. De toepassings- en uitoefeningsvoorwaarden voor zakelijke subrogatie in de eigenlijke zin zijn de volgende: enkel zakelijk werkende rechten worden beschermd door zakelijke subrogatie (1); het zakelijk recht dient ook nuttig te kunnen worden uitgeoefend op een andere zaak dan op het oorspronkelijke object (2); het oorspronkelijke object moet vervangen zijn door een andere zaak, die de waarde van het oorspronkelijke object vertegenwoordigt, zodat er een causaal verband bestaat tussen het verlies van het oorspronkelijke onderpand en het verkrijgen van het surrogaat (3); zaakvervanging is een subsidiaire remedie, *i.e.*: er mag de titularis van het zakelijk recht geen andere goederenrechtelijke of verbintenisrechtelijke remedie ter beschikking staan die hem een evenwaardige voldoening verschaft (4); zowel het oorspronkelijke object als het surrogaat dienen op elk ogenblik in de vervangingsketen individualiseerbaar te zijn geweest (5).²¹⁸⁸ Een belangrijke beperking van de gevolgen van zakelijke subrogatie is evenwel dat de zaakvervanging beperkt blijft tot de waarde van het oorspronkelijke goed.²¹⁸⁹

741. Uit het voorgaande blijkt dat het aantal substituties in theorie niet van belang is voor het optreden van zakelijke subrogatie in de eigenlijke zin. De desbetreffende zakelijke rechten kunnen onbeperkt overgaan op de eventuele prijs die werd verkregen ingevolge de vervreemding van de oorspronkelijke goederen

²¹⁸⁵ R.-J. POTHIER, *Traité de la communauté*, nr. 197; C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, IX, Parijs, 1858, §575. Met de woorden van AUBRY en RAU: "[...] la subrogation réelle est, dans le sens le plus général, une fiction par suite de laquelle un objet vient à remplacer un autre, pour devenir la propriété de la personne à laquelle appartenait ce dernier, et pour revêtir sa nature juridique. Le fondement de cette fiction se trouve, comme nous venons le dire, dans la fongibilité des objets que renferme une même universalité de droit".

²¹⁸⁶ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 156.

²¹⁸⁷ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 750.

²¹⁸⁸ V. SAGAERT, "Het *fideicommiss de residuo* door de bril van het goederenrecht: mogelijkheden, beperkingen en evoluties" in N. CARETTE, R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 157 – 158. Zie algemeen: V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 792 p.

²¹⁸⁹ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 704 e.v.

waarop het zakelijk recht betrekking had, alsook op de daaropvolgende surrogaatgoederen waarin de prijs werd wederbelegd.²¹⁹⁰ De lengte van de daaropvolgende keten maakt daarbij geen verschil. In de praktijk zal het er echter op aan komen om te bewijzen dat er een causaal verband bestaat tussen het verlies van het oorspronkelijke onderpand waarop het zakelijke recht betrekking had en het verkrijgen van het surrogaatgoed.²¹⁹¹ Deze bewijslast valt principieel op de persoon die beroep doet op de zakelijke subrogatie in de eigenlijke zin (*actori incumbit probatio*).²¹⁹² De persoon die een beroep doet op zakelijke subrogatie in de eigenlijke zin kan weliswaar alle bewijsmiddelen rechtens inroepen, daarbij inbegrepen vermoedens en de eed.²¹⁹³ In de praktijk zal de bewijsvereiste evenwel vaak significante moeilijkheden impliceren voor de persoon die zich beroept op zakelijke subrogatie in de eigenlijke zin, daar het niet eenvoudig is om de keten *in concreto* te volgen en surrogaatgoederen te identificeren.

742. In het voorgaande werd reeds herhaaldelijk gewezen op het verband tussen zaakvervangings- en afgescheiden vermogens. Verschillende auteurs schrijven evenwel een bijzonder karakter toe aan de zaakvervangings- die optreedt binnen een (afgescheiden) vermogen.²¹⁹⁴ Zo heeft de 'algemene zaakvervangings-' die zich voordoet bij (afgescheiden) vermogens volgens VANANROYE niet veel te maken met zakelijke subrogatie in de eigenlijke zin.²¹⁹⁵ Net omwille van de vlottende aard van het vermogen, gaan de wisselende vermogensbestanddelen automatisch deel uitmaken van dit vermogen.²¹⁹⁶ De surrogaatgoederen zijn immers, net zoals de vermogensbestanddelen waarvoor zij in de plaats komen, geaffecteerd ten voordele van het afgescheiden vermogen. Dit impliceert dat zij enerzijds ten goede komen aan diegenen of aan het doel dat door dit vermogen worden bevoorrecht, alsook aan de 'bevoorrechte schuldeisers' van dit vermogen. Er hoeft met andere woorden niet voldaan te worden aan de bijzondere voorwaarden die worden gesteld voor het optreden van zakelijke subrogatie in de eigenlijke zin om te aanvaarden dat de vermogensbestanddelen binnen eenzelfde

²¹⁹⁰ Indien deze goederen individualiseerbaar zijn.

²¹⁹¹ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 303 e.v.

²¹⁹² *Ibid.*

²¹⁹³ V. SAGAERT, "Het *fideicommis de residuo* door de bril van het goederenrecht: mogelijkheden, beperkingen en evoluties" in N. CARETTE, R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 162; M. LAURIOL, *Subrogation réelle*, Sirey, 1954, I, 411.

²¹⁹⁴ Zie bijvoorbeeld: M. RACZYNSKA, "Parallels between the civilian separate patrimony, real subrogation and the idea of property in a trust fund" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 466 – 469.

²¹⁹⁵ J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 151 – 152. VANANROYE verwijst daarbij onder meer naar het proefschrift van LANGEMEIJER, die ook reeds een onderscheid maakte tussen zaakvervangings- en "het probleem van de algemeenheid", zie: G.E. LANGEMEIJER, *Zaakvervangings*, Vlaardingen, NV Dorsman & Odé's boekhandel en drukkerij, 1927, 60 – 61.

²¹⁹⁶ W. VAN GERVEN, *Deel I 'Algemeen Deel'* in *Beginnelen van het Belgisch Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1987, 238, 244 – 245. VAN GERVEN zag deze zaakvervangings- zelfs als het corrolarium van het algemeen pandrecht van de chirografaire schuldeisers van de titularis van het vermogen.

vermogen voor elkaar in de plaats komen. Ook STORME spreekt in dit verband over 'veralgemeende zaaksverving' als kenmerk van afgescheiden vermogens.²¹⁹⁷

Wat echter wel moet worden bewezen door de persoon die een goederenrechtelijke aanspraak op een vermogensbestanddeel wenst aan te tonen, is dat deze persoon een goederenrechtelijke aanspraak heeft op het afgescheiden vermogen als geheel én dat het vermogensbestanddeel aan de juridische universaliteit in kwestie dient te worden toegerekend.²¹⁹⁸ Een belangrijk gevolg van de loskoppeling van zakelijke subrogatie in de eigenlijke zin en 'algemene zaaksverving' is vervolgens dat in voorliggende situatie de gerechtigdheid van de persoon die het zakelijk recht claimt, niet beperkt blijft tot de waarde van het oorspronkelijke onderpand. Bij zakelijke subrogatie in de eigenlijke zin is dit wel het geval.

743. Een ander belangrijk verschil met de 'gewone' variant van zakelijke subrogatie, zoals hoger beschreven, is een omkering van de bewijslast. Het zou niet meer de persoon zijn die zich beroept op zakelijke subrogatie, die dient aan te tonen dat de tegenwaarde voor de oorspronkelijke goederen behouden is gebleven binnen andermans vermogen. Vermoed wordt in dit geval net dat deze tegenwaarde wel degelijk behouden is gebleven.²¹⁹⁹ Bepaalde rechtsleer heeft echter ernstige bezwaren geuit tegen deze omkering van de bewijslast.²²⁰⁰ Er kan door zakelijke subrogatie geen zakelijk recht worden geclaimd wanneer de persoon die dit recht claimt geen bewijs dient aan te voeren van de tracering van de waarde van de goederen. De waarde dient immers te worden getraceerd in één of meer surrogaatgoederen, waarop het zakelijk recht vervolgens betrekking kan hebben. Indien er geen surrogaatgoed wordt geïdentificeerd, is er geen goed waarop het zakelijk recht betrekking heeft en kan het zakelijk recht gewoonweg niet overleven.

744. Een rechtsvergelijkende uitstap leert ons evenwel dat het fenomeen van 'veralgemeende zaaksverving' niet per definitie eigen is aan elk afgezonderd vermogen. Zo kan er worden gewezen op de *Treuhand* naar Duits recht, die ontstaat wanneer een *Treugeber* een bepaalde zaak ('*Treugut*') in volle eigendom

²¹⁹⁷ M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgische privaatrecht", *TPR* 1998, 782, 799; M.E. STORME, *Handboek Vermogensrecht*, Gent - Mariakerke, 2010, 58, beschikbaar op:

www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/vermogensrecht2010I.pdf

²¹⁹⁸ *Ibid*, 152.

²¹⁹⁹ Dit bijzondere karakter van 'zakelijke subrogatie' binnen juridische gemeenschappen vloeit voort uit wat POTHIER voorstelde als een alternatief bewijssysteem, dat niet vertrekt vanuit de oorspronkelijke goederen, maar vanuit de actuele goederen die zich in de universaliteit bevinden. Aldus wordt een vermoeden ingesteld dat, wanneer de oorspronkelijke goederen verloren zijn gegaan, de tegenwaarde nadien behouden bleef bij de persoon die de oorspronkelijke goederen heeft vervreemd, zodat de aanspraken van de persoon die zich beroept op de zakelijke subrogatie zich ook over de actuele goederen uitstrekken. In het normale systeem zou het, zoals gezegd, net de persoon die zich beroept op de zakelijke subrogatie zijn, die dient te bewijzen dat de tegenwaarde wel degelijk behouden is gebleven. Zie: R-J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, nr. 429.

²²⁰⁰ SAGAERT erkent deze zogeheten 'algemene zaaksverving' ook niet als afzonderlijke figuur, zie V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 662 - 664, alsook 704 e.v.

Tevens kritisch: H. DE PAGE, R. DEKKERS, *Traité*, V, Brussel, Bruylant, 1975, 551.

overdraagt aan een andere partij, de *Treuhänder*, onder de verplichting om de eigenaarsbevoegdheden aan te wenden in functie van het overeengekomen doel.²²⁰¹ Daardoor ontstaat er bij de *Treuhänder* een *Sondervermögen*, i.e. een afgezonderd vermogen.²²⁰² Het Duitse recht aanvaardt evenwel niet dat er een ongebreidelde algemene zaakvervangings zou optreden binnen dit vermogen. Indien de *Treuhänder* insolvent wordt, vallen de goederen die zich in het *Sondervermögen* bevinden principieel in de insolvente boedel van de *Treuhänder*, tenzij de goederen hem rechtstreeks werden overgedragen door de *Treugeber*. Dit fenomeen wordt in het Duitse recht aangewezen onder de noemer *Unmittelbarkeitsprinzip*.²²⁰³ Dit vormt een belangrijk onderscheid tussen de Duitse *Treuhänder* en de *common law trust*. De goederenrechtelijke bescherming blijft dus enkel beperkt tot goederen die de *Treuhänder* heeft ontvangen van de *Treugeber* zelf, maar strekt zich niet uit tot surrogaatgoederen die de eerste heeft ontvangen van derden (*Surrogationsverbot*). Ter rechtvaardiging voor de afwezigheid van zaakvervangings wordt onder meer gewezen op de bescherming van de legitieme verwachtingen van derden die handelen met de *Treuhänder*. Deze derden mogen erop vertrouwen dat de goederen die zich in de handen van hun debiteur bevinden ook behoren tot hun verhaalsonderpand.²²⁰⁴

Het is dan ook omwille van het bestaan van het *Unmittelbarkeitsprinzip* en het *Surrogationsverbot* dat de Duitse wetgever zich ertoe gedwongen heeft gezien om bijzondere wetgeving aan te nemen die deze principes neutraliseert.²²⁰⁵ Zo worden deze principes door de wet uitgeschakeld in de Duitse fondsensector, waar hun strikte toepassing onwenselijk werd geacht.²²⁰⁶

²²⁰¹ M. WOLF, "Die Deutsche Treuhänder als Teil eines europäischen Treuhänderrechts", *NTBR* 1993, 1856; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 232; B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 184.

²²⁰² M. RACZYNSKA, "Parallels between the civilian separate patrimony, real subrogation and the idea of property in a trust fund" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 462 – 463.

²²⁰³ M. RACZYNSKA, "Parallels between the civilian separate patrimony, real subrogation and the idea of property in a trust fund" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 461; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 233; H. KÖTZ, "National report for Germany" in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN, H.L.E. VERHAGEN (eds.), *Principles of European Trust Law*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 94; H. KÖTZ, "Die 15. Haager Konferenz und das Kollisionsrecht des trust", *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht* 1986, 566, 579 – 580.

²²⁰⁴ Reichsgericht 19 februari 1934, *R.G.Z.* 84, 214; S. GRUNDMANN, "Trust and Treuhänder at the End of the 20th Century. Key Problems and Shift of Interests", *American Journal of Comparative Law* 1999, 407 – 408.

²²⁰⁵ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 235 – 236, en de verwijzingen aldaar.

²²⁰⁶ Zie §30 van de Duitse wet op investeringsvennootschappen. *Gesetz zur Modernisierung des Investmentwesens und zur Besteuerung von Investmentvermögen (Investment modernisierungsgesetz) von 15 Dezember 2003, Bundesgesetzblatt, I, 19 december 2003.* "(1) Die zum Sondervermögen gehörenden Vermögensgegenstände können nach Maßgabe der Vertragsbedingungen im Eigentum der Kapitalanlagegesellschaft oder im Miteigentum der Anleger stehen. Das Sondervermögen ist von dem eigenen Vermögen der Kapitalanlagegesellschaft getrennt zu halten.

745. Wat ook van zij van het voorgaande, vanuit de aard van het vermogensbegrip valt te verklaren waarom er sprake dient te zijn van veralgemeende zaakvervanging. Zonder de aanwezigheid van een dergelijk gegeven, zou het vermogen als geheel van elke dynamiek worden ontdaan. Het is net de wens om het vermogen als dynamisch geheel te vrijwaren, die Duitse wetgever ertoe aanzette om de werking van het *Unmittelbarkeitsprinzip* uit te schakelen in de fondsenindustrie, aangezien het ontbreken van een dergelijke dynamiek de werking als 'fonds' geheel zou ondermijnen.²²⁰⁷ Tegelijkertijd bewaart deze dynamiek in beginsel de waarde van het vermogen als geheel. De vergelijking tussen het in België welbekende vermogensbegrip en het Duitse recht kan opnieuw ter illustratie worden aangehaald: indien de *Treuhänder* overgaat tot verrichtingen met derden en het oorspronkelijk *Treugut* wordt ingewisseld voor een surrogaat, houdt de toepassing van het *Unmittelbarkeitsprinzip* een groot risico in voor de *Treugeber*. Het surrogaatgoed valt immers in het persoonlijke vermogen van de *Treuhänder*, waardoor de *Treugeber* geen goederenrechtelijke bescherming meer geniet.²²⁰⁸ Het risico dat de waarde van de goederen waarop de *Treuhänder* betrekking heeft wordt aangetast door de verhaalsmogelijkheden van de persoonlijke schuldeisers van de *Treuhänder*, wordt dan erg significant. De afwezigheid van zaakvervanging vormt op zichzelf genomen reeds een *incentive* om de oorspronkelijke goederen waarop de *Treuhänder* betrekking had bij houden, zonder te trachten om deze in te wisselen voor (desgevallend waardevollere) surrogaatgoederen.

De trust als afgescheiden vermogen?

746. Gelet op het voorgaande kan worden geconcludeerd dat het allesbehalve toeval is dat er in de rechtsleer vaak een verband wordt gelegd tussen de *trust* en het vermogensbegrip. Hoger (*supra*, randnr. 135) hebben wij gezien dat LEPAULLE één van de eerste auteurs was die uitdrukkelijk dit verband legde. Sindsdien werd dit verband in de rechtsleer op toenemende wijze gelegd. Bovendien hebben wij hoger (*supra*, randnr. 535) reeds ontwaard dat de *civil law*- en 'gemengde' rechtsstelsels die een trustfiguur of *fiducie* hebben ingevoerd, dit in de regel hebben gedaan onder de noemer van een afgescheiden vermogen. Ook in het Haagse Trustverdrag en in het Belgische WIPR wordt het verband tussen de *trust* en het afgescheiden vermogen uitdrukkelijk gemaakt.

(2) *Zum Sondervermögen gehört auch alles, was die Kapitalanlagegesellschaft auf Grund eines zum Sondervermögen gehörenden Rechts oder durch ein Rechtsgeschäft erwirbt, das sich auf das Sondervermögen bezieht, oder was derjenige, dem das Sondervermögen zusteht, als Ersatz für ein zum Sondervermögen gehörendes Recht erwirbt.*"

²²⁰⁷ M. RACZYNSKA, "Parallels between the civilian separate patrimony, real subrogation and the idea of property in a trust fund" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 463.

²²⁰⁸ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 233.

Het voorgaande verklaart waarom dit het geval is. In Deel II van dit proefschrift hebben wij ontwaard dat de *trust* misschien nog het best kan worden geanalyseerd als een 'fonds'. Hoewel het daarmee niet geheel overlapt, vormt het continentale vermogensbegrip vermoedelijk nog de best mogelijke 'vertaling' die in een *civil law*-stelsel aan de *trust* kan worden gegeven, zonder dat de *trust* al te sterk strijdt met de fundamentele regels en uitgangspunten die in *civil law*-stelsels gelden. Het vermogensconcept weet twee essentiële kenmerken die de *trust* dient te vertonen om haar fondskarakter te vrijwaren, in één hand te verenigen. Enerzijds worden de goederen die zich in een afzonderlijk vermogen bevinden principieel onttrokken aan de verhaalsmogelijkheden van de persoonlijke schuldeisers van de beheerder van dat vermogen. Het afzonderlijk vermogen heeft immers een *passif propre*. Anderzijds is een vermogen een dynamisch geheel, waarbij het optreden van algemene zaakvervangingsertoe strekt om de waarde van het vermogen van het geheel in stand te houden, dan wel te doen toenemen, zonder dat aan het bestaan van het afgescheiden als vermogen als geheel wordt geraakt.

747. Met het voorgaande is evenwel niet gezegd dat de *common law trust* zelf in de strikte zin begrepen, inderdaad kan worden beschouwd als een afgescheiden vermogen, in zoverre zij niet in aanraking komt met de Belgische rechtssfeer of een andere (continentale) rechtssfeer met gelijkaardige IPR regels.²²⁰⁹ Zo werd reeds herhaaldelijk gewezen op het gegeven dat de *trust* principieel slechts activa omhelst, en nooit passiva. De passiva worden immers rechtstreeks toegerekend aan de *trustee*, zodat alle schuldeisers gelden als persoonlijke schuldeisers van de *trustee*. Deze logica strijdt met de vermogenslogica, zoals in de vorige randnummers werd uiteengezet. Bovendien wordt er in de Engelse literatuur op gewezen, dat het gegeven dat de onder trustverband gebrachte goederen niet in de boedel van een insolvable *trustee* vallen, in de eerste plaats een regel uit het Engelse insolventierecht is, en als zodanig geen deel uitmaken van het trustrecht.²²¹⁰ Indien een enige *trustee* komt te overlijden, zullen de trustgoederen overigens wel in diens *estate* vallen, zodat het aan de *personal representative* toekomt om een nieuwe *trustee* aan te duiden en de onder trustverband gebrachte goederen over te dragen aan deze nieuwe *trustee*.²²¹¹ Hoger (*supra*, randnr. 516 e.v.) werd reeds toegelicht dat in het Haagse Trustverdrag een dergelijke situatie niet wordt uitgesloten. Eén en ander kan worden verklaard door de onderscheiden wijzen van erfovergang in *common law*- en *civil law*-stelsels.

²²⁰⁹ W.J. ZWALVE, C.AE. *Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Deventer, Tsjeenk Willink, 2000, 288: "Overigens is er in het kader van een 'trust' niet ten volle sprake van een afgezonderd vermogen: er bestaan namelijk géén 'trust'-schulden, schulden die rechtstreeks op het 'trustfund' drukken en die zijn afgezonderd van het vermogen van de trustee, op dezelfde wijze als dat met de active van de 'trust' het geval is."

²²¹⁰ P. MATTHEWS, "Square Peg, Round Hole? Patrimony and the Common Law Trust" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 77.

²²¹¹ Zie Section 36(1)(b) van de Trustee Act 1925.

(d) *Materieel toepassingsgebied: ook constructive en resulting trusts*

748. Uit de in artikel 122 WIPR opgenomen omschrijving van de *trust* blijkt dat ook *constructive* en *resulting trusts* in België kunnen worden erkend, in zoverre zij tot stand zijn gekomen in gevolge een rechterlijke beslissing. In het Haagse Trustverdrag werd nog bepaald in artikel 20 dat het aan de partijen zelf toekwam om het toepassingsgebied van het verdrag desgevallend optioneel uit te breiden tot *trusts* die in het leven zijn geroepen door een rechterlijke beslissing.

749. In de memorie van toelichting bij het WIPR wordt dienaangaande nog aangegeven dat de erkenning van de rechterlijke beslissing die aan de *trust* ten grondslag ligt een andere vraag is dan deze naar de erkenning van de *trust* zelf. De vraag of de rechterlijke beslissing zelf kan worden erkend, dient te worden beantwoord aan de hand van de daarop van toepassing zijnde bepalingen. Het betreft hier artikel 22 WIPR en op grond van artikel 36 e.v. Brussel *Ibis*-Verordening, alsook op grond van artikel 32 e.v. van het Lugano-Verdrag (zie *supra*, randnr. 433). Vervolgens moet aan de hand van de conflictenregel, die eigen is aan de *trust* worden bepaald in hoeverre de trustverhouding kan worden erkend in België.²²¹²

(e) *Temporeel toepassingsgebied*

750. Strikt genomen zijn de bepalingen van het WIPR inzake *trusts* slechts van toepassing op trustverhoudingen die geldig zijn opgericht of tot stand zijn gekomen na de inwerkingtreding van het WIPR, i.e. 1 oktober 2004 (art. 149 WIPR *jo.* art. 127, §1 WIPR). Bij wijze van overgangsrecht wordt in artikel 127, §8 WIPR bepaald dat artikel 124 en 125 van hetzelfde wetboek, die de mogelijkheid voor de *settlor* om het aangeduide recht zelf te kiezen alsook het toepassingsbereik van dit recht regelen, van toepassing zijn op akten opgemaakt vóór de inwerkingtreding van het WIPR. Tegelijk wordt bepaald dat zij geen invloed hebben op een akte die geldig werd opgemaakt vóór die dag. Deze regel strekt ertoe om de geldige totstandkoming van trustakten te begunstigen.²²¹³ Zodoende blijft een eerder gemaakte rechtskeuze evenzeer geldig.²²¹⁴ De artikelen 124 en 125 WIPR zijn zodoende ook van toepassing op *trusts* die reeds in het leven waren geroepen vóór de inwerkingtreding van het WIPR, zij het dat de bepalingen van het WIPR de geldigheid van oudere aktes niet kan aantasten.²²¹⁵

²²¹² A. VERBEKE, "Artikel 122. Kenmerken van de trust" in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTÉ, P. WAUTELET (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd – Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 660.

²²¹³ MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 143.

²²¹⁴ H. BOULARBAH, "Origine, objet et structure", *JT* 2005, 176.

²²¹⁵ *Ibid*; W. DERIJCKE, "Biens et trust", *JT* 2005, 194.

iii. **Het aanwijzen van het op de trust van toepassing zijnde recht**

(a) *De in het WIPR vervatte verwijzingsregel: partijautonomie als uitgangspunt*

751. De eerste paragraaf van artikel 124 WIPR leest als volgt: “*De trust wordt beheerst door het recht dat de oprichter kiest. De keuze moet uitdrukkelijk zijn of voortvloeien uit de bepalingen van de akte tot oprichting van de trust, van het geschrift waaruit het bestaan van de trust blijkt of uit de omstandigheden van het geval. De oprichter kan het toepasselijk recht aanwijzen voor de gehele trust of slechts voor een deel ervan. Wanneer, behoudens de rechtskeuze, alle betekenisvolle elementen van de trust zijn verbonden met een Staat waarvan het recht de instelling van de trust niet kent, heeft die keuze geen rechtsgevolgen.*”

752. Uit het bepaalde in de wettekst komt duidelijk naar voren dat de Belgische wetgever ervoor heeft geopteerd om aan de *settlor* de ruimte te laten zelf het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht te kiezen.²²¹⁶ De enige beperking die uit de wettekst zelf voortvloeit, is dat de rechtskeuze dient te geschieden ten voordele van een rechtsstelsel dat de *trust* kent. Opnieuw moet worden benadrukt dat hiertoe vermoedelijk meerdere rechtsstelsels in aanmerking kunnen worden genomen dan op het eerste gezicht kan worden gedacht, daar er verschillende rechtsstelsels zijn die een ‘gedaanteloze *trust*’ kennen, zoals door de omschrijving van artikel 122 WIPR wordt vooropgeschoven.

753. Uit de eerste paragraaf van artikel 124 WIPR volgt eveneens dat de rechtskeuze bij voorkeur expliciet dient te geschieden, maar dat ook een impliciete rechtskeuze uitwerking kan hebben, in zoverre een dergelijke impliciete rechtskeuze blijkt uit de bepalingen van de trustakte, of enig ander geschrift waaruit het bestaan van de *trust* blijkt of zelfs naargelang de omstandigheden van het geval.

754. Ook de mogelijkheid tot *dépeçage* wordt erkend in artikel 124 WIPR. In het Haagse Trustverdrag werd de mogelijkheid voor *dépeçage* ondergebracht in een afzonderlijke bepaling, zijnde artikel 9. De regel blijft evenwel dezelfde: ieder afsplitsbaar onderdeel van de trustverhouding kan aan zijn eigen recht worden onderworpen. Hier kan met name worden gedacht aan het bestuur van de trustverhouding.

755. In tegenstelling tot het Haagse Trustverdrag bevat het WIPR geen expliciete regeling inzake de wijziging van het op de trustverhouding toepasselijke recht. Nochtans hoeft dit geenszins problematisch te zijn, daar deze rechtsvraag o.i. kan worden ondergebracht onder de materies die volgens artikel 125 WIPR worden beheerst door het aangewezen trustrecht. Ook in artikel 10 van het Haagse Trustverdrag wordt bepaald dat een dergelijke wijziging in het aangewezen recht

²²¹⁶ S. DE RAEDT, M. TRAEST, “To trust or not to trust”, *TFR* 2001, afl. 209, 960.

slechts kan plaatshebben in zoverre het oorspronkelijk van toepassing zijnde recht dit toelaat. Met andere woorden: in het Haagse Trustverdrag wordt in feite geëxpliciteerd dat een wijziging in het toepasselijke recht door het verdrag niet onmogelijk wordt gemaakt, maar dat deze mogelijkheid eigenlijk afhankelijk is van het oorspronkelijk op de *trust* van toepassing zijnde recht. Daarmee wordt de vraag naar deze mogelijkheid eveneens ondergebracht in de toepassings sfeer van de *lex causae*.

756. Voor wat betreft de in de eerste paragraaf van artikel 124 WIPR vervatte 'internationaliteits' kan hier worden verwezen naar de hoger (*supra*, randnr. 720 e.v.) gemaakte analyse.

(b) *De in het WIPR vervatte objectieve verwijzingsregel: woonplaats van de trustee*

757. De tweede paragraaf van artikel 124 WIPR luidt als volgt: "*Bij gebreke van een rechtskeuze overeenkomstig § 1 of wanneer het gekozen recht de trust niet geldig acht, wordt de trust beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied de trustee bij de oprichting van de trust zijn gewone verblijfplaats heeft.*"

758. Net zoals het geval is in het Haagse Trustverdrag voorziet het WIPR in een objectieve verwijzingsregel teneinde de *trust* te kunnen 'valideren', indien blijkt dat er geen rechtskeuze werd gemaakt of indien de *settlor* een rechtsstelsel heeft aangewezen dat geen trustfiguur kent. De Belgische wetgever heeft evenwel geopteerd voor een significant eenvoudigere objectieve verwijzingsregel dan het geraffineerde systeem dat vervat ligt in artikel 7 van het Haagse Trustverdrag. De wetgever voelde er kennelijk weinig voor het – eerder op Angelsaksische leest geschoeide – criterium van de nauwste binding over te nemen als objectieve verwijzingsfactor.²²¹⁷ De auteurs van de wettekst waren daarentegen kennelijk van oordeel dat de *trust* in beginsel de nauwste binding heeft met het recht van de staat waar de *trustee* gevestigd is.²²¹⁸ De beleidsvrijheid voor de rechter die de objectieve verwijzingsregel uit het Haagse Trustverdrag kenmerkt (zie *supra*, randnr. 502), is niet overgenomen in het WIPR. O.i. neemt daarmee mogelijks het belang van het kunnen besluiten tot een impliciete rechtskeuze vanwege de *settlor* toe, aangezien het mogelijks niet de wens van de *settlor* was om de trustverhouding te onderwerpen aan het recht van de woonplaats van de *trustee*. Bovendien bevat het WIPR daarmee geen expliciete 'secundaire' objectieve verwijzingsregel die het bestaan van de *trust* toch valideert in het geval de *trustee* zich in een niet-trustland bevindt. De keuze voor deze objectieve verwijzingsregel strookt ook niet met de in de parlementaire voorbereiding gemaakte opmerking, dat het oogmerk van Hoofdstuk XII WIPR er in zou bestaan om Belgische

²²¹⁷ MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 140.

²²¹⁸ Wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, Verslag namens de Commissie voor Justitie, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/7, 238.

operatoren te laten optreden als *trustee*. Indien een Belgische operator inderdaad zou worden aangeduid als *trustee* zou, bij gebreke aan een expliciete of impliciete rechtskeuze, de *trust* vermoedelijk ongeldig tot stand zijn gekomen indien deze objectieve verwijzingsregel zou worden toegepast (zie *supra*, randnr. 719).

In dit verband dient wel te worden gewezen op artikel 19 WIPR, dat een te zwakke connectie met de staat waarvan het recht werd aangeduid als toepasselijk trustrecht, opvangt door het recht van de staat van de nauwste binding van toepassing te verklaren.²²¹⁹ Indien het door de objectieve verwijzingsregels aangewezen recht dus eveneens de trustverhouding niet kan valideren, kan artikel 19 WIPR mogelijk als 'secundaire objectieve verwijzingsregel' fungeren, teneinde toch een rechtsstelsel dat te duiden dat de trustfiguur kent. Uit het WIPR kan als zodanig evenwel niet worden afgeleid welke elementen daartoe in aanmerking moeten worden genomen. Mogelijks kan daartoe inspiratie worden geput uit de bepalingen het Haagse Trustverdrag. In de memorie van toelichting bij het WIPR wordt immers gesteld dat de bepalingen van dit verdrag ook voor andere kwesties als inspiratie- of interpretatiebron kunnen dienen.²²²⁰ Bovendien is voor de toepassing van artikel 19 WIPR vereist dat het door de objectieve verwijzingsregel slechts een zeer zwakke band vertoont met de trustverhouding, en er een ander rechtsstelsel kan worden gevonden waarmee een veel sterkere band bestaat. Welnu, indien de wetgever van oordeel was dat de band tussen de trustverhouding en het land waar de *trustee* is gevestigd dermate sterk is dat hierop een objectieve verwijzingsregel kan worden gebaseerd, in welke mate zal dan een ander rechtsstelsel *in concreto* een 'sterkere' binding met de trustverhouding (kunnen) vertonen? Het WIPR biedt als zodanig geen antwoord op deze vraag, zodat de concrete toepassing van deze systematiek af zal hangen van de welwillendheid en creativiteit van de rechter die hiertoe, zoals gezegd, inspiratie kan putten uit de objectieve verwijzingsregel die vervat ligt in het Haagse Trustverdrag.

iv. **Toepassingsgebied van het ingevolge het WIPR aangewezen recht**

759. In de eerste paragraaf van artikel 125 WIPR wordt aangegeven welke kwesties alvast zeker onder het toepassingsgebied van het ingevolge artikel 124 aangewezen rechtsstelsel dienen te worden onderworpen: "*Het op de trust toepasselijk recht bepaalt met name:*

- 1° *de oprichting van de trust en de nadere regels ervan;*
- 2° *de interpretatie van de trust;*
- 3° *het bestuur van de trust evenals de rechten en verplichtingen die daaruit voortvloeien;*

²²¹⁹ MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 140.

²²²⁰ *Ibid*, 141.

4° de gevolgen van de trust;
5° de beëindiging van de trust.”

760. In de rechtsleer wordt gesteld dat artikel 125 WIPR een troefkaart van het WIPR vormt, aangezien duidelijk wordt aangegeven welke materies onder het aangewezen trustrecht vallen.²²²¹ Opmerkelijk is wel dat artikel 125 WIPR alvast op één punt breder dient te worden opgevat dan de bepalingen van het Haagse Trustverdrag. Immers, de formele geldigheid van de trustverhouding wordt niet door artikel 8 van het Haagse Trustverdrag geïmagineerd (zie *supra*, randnr. 508). Dit is wel het geval in artikel 125 WIPR.²²²² De memorie van toelichting vermeldt daarbij – o.i. ten onrechte – dat de oprichting van een *trust* in de meeste gevallen schriftelijk moet geschieden.²²²³ Nochtans kan een *trust* in veel gevallen evenzeer mondeling tot stand worden gebracht.²²²⁴

Opvallend is tevens dat de in artikel 8 van het Haagse Trustverdrag opgenomen opsomming specifiek is dan deze in artikel 125 WIPR. Nochtans hoeft dit geen enkel probleem te vormen, aangezien in de memorie van toelichting bij het WIPR wordt gesteld dat voor kwesties die niet uitdrukkelijk worden genoemd in artikel 125 WIPR, het bepaalde in artikel 8 van het verdrag als inspiratiebron kan dienen.²²²⁵ De eerste paragraaf van artikel 125 WIPR dient dus alvast niet op restrictieve wijze te worden geïnterpreteerd.²²²⁶

761. In de rechtsleer wordt o.i. wel terecht benadrukt dat het toepassingsgebied van het aangewezen recht zich in de eerste plaats uitstrekt over de ‘interne’ verhoudingen in de *trust*, i.e. de verhoudingen (zo deze bestaan onder het van toepassing zijnde trustrecht) tussen de *settlers*, *trustees* en *beneficiaries*.²²²⁷ Op de mogelijke gevolgen die de *trust* kan hebben ten aanzien van derden, wordt verder dieper ingegaan (zie i.h.b. *infra*, randnr. 861 e.v.).

²²²¹ A. VERBEKE, “Artikel 125. Toepassingsgebied van het recht toepasselijk op de trust” in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTÉ, P. WAULETEL (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd – Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 669.

²²²² MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 141.

²²²³ *Ibid.*

²²²⁴ Zie evenwel *supra*, vn. 1250 en 1490.

²²²⁵ MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 141.

²²²⁶ M. MELLAH, T. MAES, “Hoofdstuk XII. Trust” in I. COUWENBERG, A. HANSEBOUT, L. VANFRAECHEM, *Internationaal Privaatrecht. Duiding 2014*, Brussel, Larcier, 2014, 802; A-L. VERBEKE, “Artikel 125. Toepassingsgebied van het recht toepasselijk op de trust” in J. ERAUW, M. FALLON *et al.* (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd – Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 670; W. DERIJCKE, “Biens et trust”, *JT* 2005, 195.

²²²⁷ M. MELLAH, T. MAES, “Hoofdstuk XII. Trust” in I. COUWENBERG, A. HANSEBOUT, L. VANFRAECHEM, *Internationaal Privaatrecht. Duiding 2014*, Brussel, Larcier, 2014, 802; A-L. VERBEKE, “Artikel 125. Toepassingsgebied van het recht toepasselijk op de trust” in J. ERAUW, M. FALLON *et al.* (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd – Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 669.

v. De trustcreatie als voorafgaande kwestie

762. Uit de memorie van toelichting bij het WIPR valt af te leiden dat de wetgever de '*eigendomsoverdracht van goederen naar de trust*' (bedoeld wordt waarschijnlijk: 'aan de *trustee*') beschouwt als een ander probleem dan het probleem betreffende de oprichting van de *trust*.²²²⁸ Deze beperking van het toepassingsgebied doet sterk denken aan artikel 4 van het Haagse Trustverdrag, en daarmee ook aan het in dat artikel gehanteerde 'raketlanceerdermodel'.

De wetgever gaf hieromtrent expliciet aan dat voor deze overdrachtshandelingen toepassing moet worden gemaakt van de geëigende verwijzingsregels die voor deze rechtshandelingen gelden, aangezien een dergelijke eigendomsoverdracht een ander internationaal privaatrechtelijk probleem betreft dan de oprichting van de *trust* als zodanig.²²²⁹ De trustcreatie wordt daarmee beschouwd als een 'voorafgaande kwestie'. Net zoals het geval is onder artikel 4 van het Haagse Trustverdrag dienen rechtsvragen inzake de staat en bekwaamheid, de beschikkingsbevoegdheid van de *settlor* en dergelijke meer te worden beantwoord aan de hand van het recht dat op deze kwesties van toepassing is. Ook rechtsvragen inzake de materiële en formele geldigheid van de rechtshandeling waarmee de goederen worden overgedragen aan de *trustee*, dienen aan de hand van het hierop van toepassing zijnde recht te worden beoordeeld. In wat volgt zal dieper worden ingegaan op de vraag of het Belgische recht toelaat dat goederen onder trustverband worden gebracht. Het gaat hierbij niet noodzakelijk slechts over in België gelegen situsgoederen. Indien het Belgische erfrecht geldt als *lex successionis*, kan bijvoorbeeld de vraag rijzen of in het buitenland gelegen goederen middels een *testamentary trust* onder trustverband kunnen worden gebracht.

Noteer dat daarbij de vraag aan bod komt of het voor een *settlor* principieel mogelijk is om over te gaan tot de creatie van een trustverhouding naar buitenlands recht. Zelfs indien uit de volgende paragrafen zou blijken dat dit inderdaad mogelijk is, dient dan alsnog rekening te worden gehouden met mogelijke bijzondere beperkingen. Dergelijke beperkingen kunnen enerzijds worden gevonden in het IPR zelf (internationaliteitseis, verbod op wetsontduiking en dergelijke meer). Anderzijds kunnen dergelijke beperkingen mogelijk worden afgeleid uit het recht dat de rechtshandeling beheerst waarmee de goederen onder trustverband worden gebracht. Indien het gaat om een *testamentary trust* kan het onderbrengen van goederen in een *trust* bij wijze van een testamentaire beschikking mogelijk afstuiten op bijzondere beperkingen die eigen zijn aan het Belgische erfrecht. Hierbij kan worden gedacht aan de bescherming van reservataire erfgenamen, het principiële verbod op fideïcommissaire substituties, het principiële verbod op bedingen met betrekking tot toekomstige nalatenschappen en dergelijke meer.

²²²⁸ MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 141.

²²²⁹ *Ibid.*

Deze beperkingen, die soms maar gelden in specifieke gevallen, worden verder (*infra*, randnr. 776 e.v.) besproken. Hetzelfde geldt voor de bijzondere goederenrechtelijke beperkingen die het Belgische recht in dit verband zou kunnen aanbrengen.

(a) *Testamentary trusts*

763. Uit het voorgaande is gebleken dat de vraag of goederen bij wijze van testament onder trustverband kunnen worden gebracht, althans in het geval het Haagse Trustverdrag van toepassing is, doorgaans uitgesplitst wordt in twee afzonderlijke vraagstukken (zie *supra*, randnr. 491 – 492).

Ten eerste rijst de vraag of de potentiële *settlor* bij wijze van testament over de goederen kan en mag beschikken ('eerste vraag'). Deze vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de *lex successionis*. Bovendien kunnen er ook andere relevante factoren aanwezig zijn, die maken dat de *settlor*/testator niet bevoegd is om over de goederen te beschikken. In de regel kan de erflater slechts beschikken over vermogensbestanddelen die hem toebehoren, zodat bijvoorbeeld rekening dient te worden gehouden met het huwelijksvermogensrecht en dergelijke meer.

Ten tweede rijst de vraag of de goederen ook onder trustverband kunnen worden geplaatst ('tweede vraag'). Wij hebben hoger het standpunt ingenomen dat deze vraag dient te worden beantwoord aan de hand van het toepasselijke trustrecht. Deze conclusie wordt ondersteund door de tekst van artikel 125, §1, 1° WIPR, die de 'oprichting van de *trust*' onderwerpt aan het aangewezen trustrecht. Toch hebben wij vastgesteld dat de mogelijkheid tot het scheppen van een trust alsnog kon worden doorkruist indien de toepasselijke *lex successionis* een *numerus clausus* van testamentaire beschikkingen kent. Daarvan is volgens bepaalde auteurs sprake in het (huidige) Nederlandse recht en alvast weerhoudt dit gegeven verschillende Zwitserse auteurs er niet van om alsnog te betogen dat een *testamentary trust* kan worden ingesteld onder toepassing van het Zwitserse erfrecht.²²³⁰ Onder het oude Nederlandse recht achtte ook KOPPENOL-LAFORCE zulks mogelijk.²²³¹ Onder het huidige Nederlandse recht acht GILISSEN zulks niet

²²³⁰ J. PERRIN, "The Recognition of Trusts and Their use in Estate Planning under Continental Laws" in P. ŠARČEVIĆ, P. VOLKEN, A. BONOMI (eds.), *Yearbook of Private International Law*, Vol. X, München, Sellier, 2009, 655; J. PERRIN, "Le *trust* à l'épreuve du droit successoral", Genève, Droz, 2006, 224; T.M. MAYER, "Das Haager-Trust Übereinkommen – Auswirkungen und Vorteile einer Ratifikation aus rechtlicher Sicht", *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle* 2004, afl. 2, 161.

Genuanceerd: *Message concernant l'approbation et l'exécution de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et sa reconnaissance du 2 décembre 2005*, 05.088, *Feuille Fédérale* 17 januari 2006, 574.

Er bestaat hierover binnen de Zwitserse rechtsleer evenwel geen eensgezindheid, zie : *supra*, vn. 2047.

²²³¹ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 256; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, "Inbreng van Nederlandse goederen in een trust", *WPNR* 1997, 550.

Ook in de Nederlandse rechtsleer bestaat over dit gegeven geen absolute eensgezindheid, zie: *supra*, vn. 2045.

mogelijk.²²³² Indien het Haagse Trustverdrag daadwerkelijk zou worden geratificeerd door Frankrijk, achten ook DROZ en REVILLARD de oprichting van een *testamentary trust* mogelijk, zelfs indien het Franse erfrecht van toepassing zou zijn en indien het goederen zou betreffen die gelegen zijn in Frankrijk.²²³³

764. In de weinige Belgische rechtsleer die dit vraagstuk expliciet behandelde, werd regelmatig het standpunt ingenomen dat de creatie van een *testamentary trust* juridisch onmogelijk zou zijn indien het Belgische recht gold als *lex successionis*. Volgens JEGHERS kon de geldigheid van een dergelijke *trust* desgevallend wel *in abstracto* worden aanvaard, maar zouden er belangrijke praktische problemen rijzen.²²³⁴ BEGUIN poneerde daarentegen dat een *testamentary trust* met betrekking tot goederen gelegen in België geheel onmogelijk zou zijn, aangezien de trustcreatie tot gevolg zou hebben dat Belgische situsgoederen zouden worden onderworpen aan een onbekend goederenrechtelijk regime en omwille van het feit dat deze goederen zouden worden onttrokken aan de claims van schuldeisers van de *trustee*, in weerwil van de artikelen 7 en 8 Hyp.W.²²³⁵ De auteur verzette zich dan ook tegen het oordeel van de rechtbank te Brussel van 27 november 1947. RIGAUX sprak zich daarentegen uit voor de aanvaarding van een dergelijke *trust*, zij het onder voorbehoud van de dwingende bepalingen van het Belgische erfrecht, zodat een *trust* enkel mogelijk zou zijn met betrekking tot het reservataire erfdeel.²²³⁶ Ook STORME zag voor testamentaire beschikkingen vooral een probleem in de Belgische erfrechtelijke reserve, maar zag voor wat betrof het beschikbaar gedeelte geen erfrechtelijk probleem.²²³⁷

765. Ook de Belgische rechtspraak stelde zich genuanceerd op. In dit verband kan opnieuw worden verwezen naar de vonnissen van de rechtbank te Brussel van 27 november 1947 en van 31 mei 1994. Zo kwam de rechtbank te Brussel in het vonnis van 31 mei 1994 tot de vaststelling dat de toepasselijke *lex successionis* van een testator die een *testamentary trust* had ingesteld door middel van een laatste wilsbeschikking, het Belgische recht was.²²³⁸ De mogelijkheid tot testamentaire vererving werd volgens de rechtbank terecht bepaald door de *lex successionis*, *in casu* het Belgische erfrecht. Volgens de rechtbank kon het testament evenwel niet worden beschouwd als zijnde nietig, maar kon het testament geen uitwerking krijgen in zoverre het beschikbaar gedeelte, zoals

²²³² G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 220, 299.

²²³³ G.A.L. DROZ, M. REVILLARD, *Successions*, Jurisclasseur droit international, V^o Libéralités, Donations, Trusts, Fasc. 557-30 B, 2015, nr. 143 – 146.

²²³⁴ J.L. JEGHERS, "La difficile intégration du trust anglo-saxon en droit civil belge", *Rev.not.b.* 1991, 329; J.L. JEGHERS, "Du trust à la fiducie" in M. VERWILGHEN, R. DE VALKENEER, *Relations familiales internationales*, Brussel, Bruylant, 1993, 451.

²²³⁵ E. BEGUIN, "Le trust" in FÉDÉRATION ROYALE DES NOTAIRES DE BELGIQUE, *Les arrangements de famille*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 324.

²²³⁶ F. RIGAUX, *Droit international Privé*, II, Brussel, Larcier, 1979, 469.

²²³⁷ M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 809.

²²³⁸ Rb. Brussel 31 mei 1994, *RW* 1994 – 1995, 680.

bepaald door de Belgische *lex successiois*, werd overschreden.²²³⁹ Ook in het vonnis van 27 november 1947 kwam de rechtbank te Brussel tot eenzelfde conclusie.²²⁴⁰

766. Voor wat betreft het Belgische recht zoals dit gold vóór de inwerkingtreding van het WIPR zou, althans vanuit een theoretisch oogpunt, worden verwacht dat het instellen van een *testamentary trust* onder de toepassing van de Belgische *lex successiois* en met betrekking tot goederen gelegen in België een probleem zou rijzen. Hoger (*supra*, randnr. 614) hebben wij gesteld dat de rechter zich in dat verband zou dienen te verlaten op de assimilatietechniek, ten gevolge waarvan rechtsvragen betreffende de rechtshandeling waarmee goederen onder trustverband worden gebracht en rechtsvragen met betrekking tot de *trust* zelf, niet uit elkaar kunnen worden getrokken. Door middel van de assimilatie zal de *trust* nooit op dezelfde manier kunnen functioneren als het geval was onder de *lex causae*. Let wel, zo lang als er tussen de bij de *trust* betrokken actoren geen enkel geschil zou rijzen dat door de rechter diende te worden beslecht, zou de *trust* o.i. wel perfect kunnen functioneren.

Sedert de inwerkingtreding van het WIPR kent België evenwel een bijzondere verwijzingscategorie voor *trusts*, zodat rechtsvragen die de trustverhouding zelf betreffen, kunnen worden beslecht aan de hand van het toepasselijke trustrecht. Het huidige Belgische recht laat met andere woorden wel toe om beide categorieën van rechtsvragen uit elkaar te houden. Dit gegeven laat toe om aansluiting te zoeken bij de hoger besproken systematiek die ook geldt in landen die het Haagse Trustverdrag hebben geratificeerd. Indien aldus is vast komen te staan dat een Belgische testator geldig kan en mag beschikken over een bepaald goed, zou dit inderdaad impliceren dat de Belgische testator in beginsel een *trust* naar buitenlands recht kan oprichten. Vragen die betrekking hebben op de rechtsgeldigheid van de laatste wilsbeschikking, dienen echter te worden beslecht aan de hand van de *lex successiois*.²²⁴¹

767. In tegenstelling tot wat het geval is in het Zwitserse recht en – althans volgens bepaalde auteurs – in het Nederlandse recht²²⁴², wordt het Belgische erfrecht o.i. niet gekenmerkt door een strikt gesloten stelsel van erfrechtelijke beschikkingen, dat uit zichzelf zou verhinderen dat het instellen van een *trust* onmogelijk is.²²⁴³ Het instellen van een *trust* geldt immers als een patrimoniale beschikking die slechts uitwerking krijgt op het ogenblik van overlijden. Een dergelijke beschikking lijkt o.i. dus perfect conform de vereisten die het Belgische

²²³⁹ *Ibid.*

²²⁴⁰ Rb. Brussel 27 november 1947, *Rev.prat.not.b.* 1948, 168 e.v., *Pas.* 1948, III, 54 e.v.

²²⁴¹ Zie de artikelen 26 en 27 van de Europese Erfrechtverordening.

Zie tevens: E. GOOSSENS, "De rechtsgeldigheid van uitste wilsbeschikkingen onder de erfrechtverordening" in A-L. VERBEKE, F. BUYSENS, *Notariële Actualiteit 2015 – 2026*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 1 – 18.

²²⁴² Zie *supra*, randnr. 698.

²²⁴³ Zie evenwel: R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 597 – 598.

recht aan testamentaire beschikkingen stelt.²²⁴⁴ Overigens wordt de mogelijkheid tot het instellen van een *testamentary trust* door geen enkele van de hoger vermelde Belgische auteurs geproblematiseerd om deze reden. En zelfs indien zulks het geval zou zijn, kan er nog op worden gewezen dat artikel 27, derde lid van de Belgische verenigingen- en stichtingenwet, toelaat om een private stichting op te richten bij wijze van notarieel, authentiek testament.²²⁴⁵ Volgens bepaalde auteurs zou de testator middels een eigenhandig testament wel kunnen verlangen van een testamentuitvoerder of van een legataris om een stichting op te richten na diens overlijden, maar dan wel bij wijze van authentieke akte.²²⁴⁶ De wetgever was in dit verband van oordeel dat de bijstand van een notaris nodig zou zijn wegens het technische karakter van de materie en de ernst van de verbintenissen die voor de toekomst zouden worden aangegaan.²²⁴⁷ Voorheen was de oprichting van een stichting van openbaar nut bij eigenhandig testament daarentegen wel mogelijk.²²⁴⁸

De analogie die door enkele Zwitserse en Nederlandse auteurs wordt gemaakt met betrekking tot de mogelijkheid van het oprichten van een *trust* door middel van een testamentaire beschikking (zie *supra*, randnr. 698) kan dus ook worden doorgetrokken in het Belgische recht.

768. Het valt buiten de draagwijdte van voorliggend proefschrift om te onderzoeken op welke wijze(n) de creatie van een *trust* die wordt beheerst door een buitenlands rechtstelsel kan worden gecreëerd door middel van een testamentaire beschikking onder de Belgische *lex successionis*. Een exhaustief antwoord op deze vraag zou een afzonderlijk onderzoek vereisen.²²⁴⁹ Op dit punt in het voorliggende onderzoek is het evenwel nuttig om zeer kort enkele mogelijke kernlijnen te schetsen. Zoals reeds werd uiteengezet, wordt de overdracht van

²²⁴⁴ *Ibid*, 933 – 937.

²²⁴⁵ Wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen, *BS* 1 juli 1921, 5409; S. SEYNS, G. CEENAEME, "De private stichting in de praktijk doorgelicht", *VIP* 2016, afl. 3, 14; L. WEYTS, "De private stichting: een nieuwe uitdaging voor het notariaat", *T.Not.* 2004, 88; R. VAN BOVEN, "De Belgische private stichting als certificeringsvehikel: onbekend is onbemind", *TEP* 2014, 125; A. VAN DEN BOSSCHE, D. COVELIERS, "De Belgische private stichting herbekeken" in W. PINTENS, C. DECLERCK, (eds.), *Patrimonium 2010*, Brugge, die Keure, 2010, 315; D. VAN GERVEN, "De private stichting en de stichting van openbaar nut", *TBBP/RGDC* 2003, 356; R. TAS, "De private stichting en de certificering van aandelen" *TRV* 2004, 445.

WEYTS betoogt in dit verband dat een private stichting tevens zou kunnen worden opgericht door middel van een internationaal testament. De auteur wordt hierin echter tegengesproken door VAN BOVEN.

²²⁴⁶ B. SARTEAU, "Les fondations privés", *Rev.not.b.* 2003, 15; R. TAS, "De private stichting en de certificering van aandelen", *TRV* 2004, 445.

²²⁴⁷ Amendement nr. 243 van de Regering, *Parl.St.* Senaat 2000 – 2001, nr. 283/13, 45.

²²⁴⁸ *Ibid*.

²²⁴⁹ In de buitenlandse rechtsleer werd deze vraag onder meer opgenomen in proefschriften die in het bijzonder betrekking hebben op de verhouding tussen een buitenlandse *trust* en het erfrecht van *civil law*-stelsels. Zie: S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 477p; J. PERRIN, "Le trust à l'épreuve du droit successoral", Genève, Droz, 2006, 349p.

goederen aan de *trustee* in een dergelijk geval beheerst door het Belgische erfrecht. De goederen dienen aldus aan de (nog toekomstige) *trustee* toe te komen bij wijze van testamentaire beschikking, i.e. een legaat. Het betreft evenwel een bijzonder soort legaat, aangezien daaraan de 'last' is gekoppeld om de goederen onder trustverband te houden. Van zodra de (toekomstige) *trustee* dit legaat aanvaardt, is de *trust* gelanceerd en neemt het van toepassing zijnde trustrecht één en ander over. Vanaf dat ogenblik is een rechtsgeldige trustverhouding naar een buitenlands recht tot stand gekomen, en dit op grond van de bepalingen in de laatste wilsbeschikking die zelf wordt beheerst door de *lex successionis*.²²⁵⁰

Binnen de Franse en Nederlandse rechtsleer die de mogelijkheid tot het kunnen scheppen van een *testamentary trust* genegen is, - al dan niet na een hypothetische ratificatie van het Haagse trustverdrag - bestaat evenwel discussie over de vraag welk soort 'legaat' het zou moeten betreffen en of de (toekomstige) *trustee* ertoe gehouden is om te aanvaarden onder voorrecht van boedelbeschrijving.²²⁵¹ De stelling van de rechtbank te Brussel dat de *trustee* van een *testamentary trust* niet als 'legataris' kan worden beschouwd, kan o.i. dan ook niet meer worden gevolgd, gelet op de huidige stand van het recht.²²⁵² Het soort legaat dat daartoe kan worden aangewend kan o.i. variëren. Indien de testator slechts enkele goederen onder trustverband wenst te stellen, volstaat daartoe een bijzonder legaat. Indien de testator zijn of haar gehele vermogen onder trustverband wenst te stellen (in de hypothese dat zulks mogelijk is), zal een algemeen legaat kunnen worden

²²⁵⁰ J. PERRIN, "Le *trust* à l'épreuve du droit successoral", Genève, Droz, 2006, 262.

²²⁵¹ Zo is GODECHOT een voorstander van de vereiste voor de *trustee* om steeds te aanvaarden onder voorrecht van boedelbeschrijving, aangezien de *trustee* in het andere geval (mede) gehouden zou zijn voor de persoonlijke schulden van de testator. Volgens de auteur zou dan mogelijks een vermenging optreden tussen het persoonlijke vermogen van de *trustee* en het trustvermogen. Zie: S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 294.

GODECHOT wordt hierin tegengesproken door DROZ en REVILLARD. Deze auteurs stellen dat de vermogensafscheiding principieel een feit zou zijn op grond van de bepalingen van het Haagse Trustverdrag zelf, in de hypothese dat Frankrijk dit verdrag zou ratificeren. De *trustee* verplichten om toch te aanvaarden onder voorrecht van boedelbeschrijving zou volgens de auteurs dan ook niet noodzakelijk zijn. Zie: G.A.L. DROZ, M. REVILLARD, *Successions*, *Jurisclasseur droit international*, V° Libéralités, Donations, Trusts, Fasc. 557-30 B, 2015, nr. 144 - 145.

Ook DYER en VAN LOON zijn bezorgd over een mogelijke vermenging tussen het persoonlijke vermogen van de *trustee* met het 'trustvermogen' in het geval de *trustee* zou gelden als 'algemeen legataris', zie: A. DYER, H. VAN LOON, "Report on trusts and analogous institutions" in CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) - Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 89.

KOPPENOL-LAFORCE is daarentegen weer wel voorstander van een beneficiare aanvaarding vanwege de *trustee*, zie: M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 187 - 188.

²²⁵² Hoewel de *beneficiaries* van de *trust* worden bevoordeeld door middel van het instellen van de *trust*, kan niet worden ontsnapt aan het gegeven dat de *trustee* het eigendomsrecht van de onder trustverband gebrachte goederen dient te verkrijgen teneinde de *trust* te 'lanceren'. De *beneficiaries* kunnen dan ook niet als legatarissen worden beschouwd. Zie: Rb. Brussel 27 november 1947, *Rev.prat.not.b.* 1948, 158, *Pas.* 1948, III, 51.

aangewend.²²⁵³ Niettegenstaande het gegeven dat de testator zich noodzakelijkerwijs dient te beroepen op het legaat als patrimoniale testamentaire beschikking, dient ook in deze fase rekening te worden gehouden met de bijzondere voorhanden zijnde situatie. Een dergelijk 'legaat' heeft niet als oogmerk om de 'legataris' in kwestie, i.e. de toekomstige *trustee* te bevoordelen. Deze 'legataris' kan immers geen enkele aanspraak maken op de waarde van de gelegateerde goederen. Het 'legaat' in kwestie is niets meer dan een wijze om het eigendomsrecht van de onder trustverband te stellen goederen bij de *trustee* te laten komen. Ofschoon hiertoe meer onderzoek nodig is, schijnt het ons toe dat enige adaptatie zich noodzakelijkerwijs zal opdringen.²²⁵⁴

769. Geconcludeerd moet dus worden dat het Belgische erfrecht als zodanig niet principieel in de weg lijkt te staan aan de oprichting van een *trust* naar buitenlands recht. Evenwel dient steeds in het achterhoofd te worden gehouden dat de erkenning van deze *trust* kan afstuiten op de bijzondere beperkingen die het vigerende IPR stelt. Bovendien is daarmee ook nog niets gezegd over mogelijke bijzondere beperkingen die hun oorsprong kunnen vinden in het Belgische erfrecht. In verband met Belgische situsgoederen dient ook nog te worden onderzocht of een trustverband bestaanbaar is met Belgische situsgoederen. Deze beperkingen worden verder afzonderlijk besproken. Deze conclusie dient dus te worden gelezen onder een driedubbel voorbehoud.

(b) Inter vivos trusts

770. Hoger (*supra*, randnr. 493 – 497) werd geponeerd dat, onder de gelding van artikel 4 van het Haagse Trustverdrag, rechtsvragen in verband met het ontstaan en tenietgaan van de rechten op de trustgoederen, de beschikkingsbevoegdheid van de *settlor*, de vraag of het gaat om een causaal of abstract stelsel met betrekking tot de overdracht van de goederen en de vraag naar hoe de overdracht vorm dient te krijgen, niet worden beheerst door het ingevolge het Haagse Trustverdrag aangeduide recht. Door de overdrachtshandeling waarmee goederen onder trustverband worden gesteld te onttrekken aan het toepassingsgebied van het aangewezen trustrecht, volgt het WIPR dezelfde systematiek. De eigendomsoverdracht van goederen die aan de *trust* ten grondslag

²²⁵³ Vgl. S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 299 – 300; G.A.L. DROZ, M. REVILLARD, *Successions*, Jurisclasseur droit international, V^o Libéralités, Donations, Trusts, Fasc. 557-30 B, 2015, nr. 144.

²²⁵⁴ Zie tevens: M.E. KOPPENOL-LAFORCE, "Inbreng van Nederlandse goederen in een trust", *WPNR* 1997, 550.

ligt, wordt aldus beheerst door het recht dat van toepassing is op de akte onder de levenden waarmee de eigendomsoverdracht wordt bewerkstelligd.²²⁵⁵

In zoverre het gaat om goederen gelegen in België, zodat het Belgische recht van toepassing is als *lex rei sitae*, dient dan ook aan alle vereisten te worden voldaan die het Belgische recht stelt inzake de eigendomsoverdracht van de goederen.²²⁵⁶ Het betreft hier in de eerste plaats de vereiste dat een geldige titel ten grondslag moet liggen aan de eigendomsoverdracht. Deze eigendomsoverdracht kan in België in beginsel *solo consensu* geschieden, zodat er sprake dient te zijn van een meezijdige rechtshandeling.²²⁵⁷ De *settlor* (of diens lasthebber) dient tevens beschikkingsbevoegd te zijn met betrekking tot de goederen die onder trustverband worden gesteld. Indien de *settlor* echter beschikkingsonbevoegd zou zijn, kan de *trustee* alsnog worden beschermd door middel van een toepassing van de Belgische regels inzake derdenbescherming. Als zodanig is hier dus niets nieuws onder de zon.

771. In de schaarse rechtsleer die die deze materie behandelt, en dateert van vóór de inwerkingtreding van het WIPR, wordt terecht opgeworpen dat, althans voor goederen gelegen in België, de *numerus clausus* van zakelijke rechten geldt ingevolge de toepassing van de Belgische *lex rei sitae*. Voor BEGUIN vormde dit gegeven een onoverkomelijk probleem. De bezwaren die deze auteur aanbracht tegen de creatie van een *testamentary trust* zijn dan ook niet van zuiver erfrechtelijke aard, maar sloegen tevens op een vermeende goederenrechtelijke onmogelijkheid om Belgische situsgoederen te onderwerpen aan een trustverhouding.²²⁵⁸ *Mutatis mutandis* gaat de conclusie van deze auteur ook op voor *inter vivos trusts*. STORME was daarentegen terecht van oordeel, althans volgens de toenmalige stand van het recht, dat de Belgische *numerus clausus* speelde en er zich aldus een herkwalificatie zou opdringen voor een trustverhouding die in het Belgische recht onbekend was.²²⁵⁹ In lijn met de hoger besproken Franse rechtspraak, haalde STORME aan dat de *trustee* zou kunnen worden beschouwd als een middellijk vertegenwoordiger, die niet als eigenaar kan worden beschouwd. De *beneficiaries* konden in andere gevallen worden beschouwd als loutere schuldeisers.

772. Indien de systematiek die geldt onder het Haagse Trustverdrag verder wordt gevolgd, blijkt dat, eenmaal is komen vast te staan dat de desbetreffende goederen rechtsgeldig kunnen worden overgedragen onder de vigerende *lex rei*

²²⁵⁵ N. APPERMONT, "Is een inbreng in een *trust* door een erflater vatbaar voor een vordering tot inkorting? Een internationaal privaatrechtelijke en erfrechtelijke analyse" in C. DECLERCK, W. PINTENS (eds.), *Patrimonium 2015*, Brugge, die Keure, 2015, 270.

²²⁵⁶ M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 810.

²²⁵⁷ J. DEL CORRAL, *De leveringsplicht bij de overdracht van roerende lichamelijke goederen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 283 – 284.

²²⁵⁸ E. BEGUIN, "Le trust" in FÉDÉRATION ROYALE DES NOTAIRES DE BELGIQUE, *Les arrangements de famille*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 324.

²²⁵⁹ M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 810 – 811.

sitae ('eerste vraag'), aan de hand van het aangewezen trustrecht dient te worden bepaald of de desbetreffende goederen onder trustverband kunnen worden gesteld ('tweede vraag'). Het voorgaande wordt, net zoals in het geval van *testamentary trusts*, o.i. bevestigd door de tekst van artikel 125, §1, 1° WIPR. Het Belgische recht kent overigens geen bepaling die analoog is aan het Nederlandse fiduciaverbod. Hoger (*supra*, randnr. 495) werd besproken hoe het fiduciaverbod de Nederlandse wetgever ertoe aanzette om dit verbod uit te schakelen, zodat een mogelijke trustcreatie er niet door kon worden verhinderd.

Opnieuw dienen wij echter vast te stellen dat het laatste woord hiermee nog niet gezegd is. Ofschoon de specifieke vraag of de goederen onder trustverband kunnen worden gebracht, dient te worden beantwoord aan de hand van het toepasselijke trustrecht, sluit dit niet uit dat het Belgische goederenrecht bijzondere beperkingen aanbrengt voor wat betreft de overdracht van Belgische situsgoederen. Zo kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de onmogelijkheid om (absoluut) toekomstige goederen over te dragen²²⁶⁰ en rijst de vraag of een buitenlands trustverband kan worden erkend, rekening houdende met de *numerus clausus* van zakelijke rechten. Hoewel een rechtshandeling waarmee de *settlor* gedurende zijn of haar leven goederen overdraagt aan een *trustee ab initio* geen erfrechtelijke vraagstukken oproept, kunnen toch bijzondere bezwaren rijzen van erfrechtelijke aard, bijvoorbeeld in verband met de erfrechtelijke reserve. Tot slot dient opnieuw rekening te worden gehouden met de beperkingen die het Belgische IPR stelt aan de erkenning van het trustverband naar buitenlands recht. Opnieuw geldt dus hetzelfde driedubbele voorbehoud, dat ook werd ontwaard in verband met *testamentary trusts*.

(c) *Declarations of trust*

773. Tot slot komt de vraag aan bod of een trustcreatie door middel van een *declaration of trust* juridisch toelaatbaar is. Hoger (*supra*, randnr. 498) is gebleken dat de Engelse literatuur inzake het Haagse Trustverdrag nauwelijks lijkt te twifelen aan het gegeven dat trustverhoudingen die in het leven zijn geroepen door middel van *declarations of trust* onder het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag vallen. In de Nederlandse rechtsleer bestaat er dienaangaande meer twijfel.

Uit de omschrijving die is opgenomen in artikel 122 WIPR blijkt o.i. alvast niet dat dergelijke *trusts* in beginsel uitgesloten zouden zijn van het toepassingsgebied van deze wetsbepaling. Er is nog steeds een rechtshandeling voorhanden, zijnde de *declaration of trust* zelf, waarmee goederen onder de macht van een *trustee* worden gebracht. Opnieuw kan de bekende systematiek worden aangehouden: de *lex rei sitae* bepaalt of de potentiële *settlor* over de desbetreffende goederen mag en kan beschikken ('eerste vraag'). Er vindt, in de strikte zin, dan wel geen eigendomsoverdracht plaats, maar toch lijkt het o.i. noodzakelijk dat de *settlor* principieel beschikkingsbevoegd is met betrekking tot de desbetreffende goederen.

²²⁶⁰ Zie *supra*, vn. 1426.

Indien de *settlor* zichzelf aanduidt tot *trustee*, sluit de *settlor* zichzelf uit van de waarde die deze goederen vertegenwoordigen. Indien de *settlor* zelf zowel *trustee* als één van de *beneficiaries* zou zijn, sluit de *settlor* zich slechts uit van een gedeelte van de waarde dat de goederen vertegenwoordigen. Als *trustee* kan deze persoon immers nooit de enige *beneficiary* zijn. Omwille van dit gegeven kan de *declaration of trust* o.i. worden aangemerkt als een daad van beschikking. Te meer nu de aard van diens zakelijk recht op de trustgoederen mogelijks kan wijzigen (zie *infra* randnr. 847 e.v.) Vervolgens hangt het van het gekozen trustrecht af of de *settlor* kon overgaan tot een *declaration of trust*, teneinde de trustverhouding in het leven te roepen.

774. In de Belgische rechtsleer bestaat evenwel een terechte argwaan ten aanzien van een al te verregaande mogelijkheid tot vermogensversplintering.²²⁶¹ Indien een potentiële *settlor* al te eenvoudig zou kunnen overgaan tot *declarations of trust*, zou dit immers tot gevolg kunnen hebben dat deze *settlor* zijn schuldeisers al te gemakkelijk in de wind kan zetten door één of meerdere *trusts* in het leven te roepen. Vormt dit gegeven reeds in dit stadium van de analyse een onoverkomelijk probleem? O.i. hoeft zulks niet per definitie het geval te zijn.

Allereerst kan er opnieuw op worden gewezen dat het Belgische IPR reeds verschillende waarborgen biedt om misbruik tegen te gaan. Zo zou, voor wat betreft Belgische situsgoederen, het bestaan van de *trust* kunnen worden genegeerd wegens het voorhanden zijn van onvoldoende internationale aanknopingspunten. Indien de trustverhouding bovendien slechts in het leven zou zijn geroepen om zich op onrechtmatige wijze te onttrekken aan de toepassingsfeer van het Belgische recht, kan ook nog een beroep worden gedaan op de leer inzake wetsontduiking (artikel 18 WIPR).²²⁶² In dergelijke gevallen zal overigens veelal een vorm van simulatie/*sham* aanwezig zijn, waarbij de trustverhouding in mindere of meerdere mate geveinsd is. Indien een persoon zich via een *declaration of trust* aanduidt als *trustee* met het oogmerk om zich te onttrekken aan de normale toepassing van de Belgische regels inzake de verhaalbaarheid van schuldvorderingen, zal de *settlor* in de regel ook niet werkelijk beoogd hebben om de desbetreffende goederen werkelijk (geheel of deels) aan te houden ten voordele van een ander. De sanctie op wetsontduiking is de niet-tegenwerpelijkheid. De Belgische rechtbanken dienen bijgevolg in een dergelijk geval geen rekening te houden met het bestaan van de *trust*.²²⁶³ De vraag rijst bovendien of een dergelijke *trust* onder de eigen *lex causae* ook al niet dient te worden beschouwd als een *sham* (zie *supra*, randnr. 235 – 239).

Indien het gaat om Belgische situsgoederen, kan bovendien nog een beroep worden gedaan op enkele regels van het Belgische (goederen)recht, teneinde misbruik te vermijden. In lijn met de wens om een al te verregaande vermogensversplintering

²²⁶¹ W. VAN GERVEN, *Deel I 'Algemeen Deel' in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1987, 246.

²²⁶² J. ERAUW m.m.v. H. STORME, *Deel XVII 'Internationaal Privaatrecht' in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 379 – 382.

²²⁶³ *Ibid*, 381 – 382.

tegen te gaan heeft VAN GERVEN aangegeven dat vermogensplitsing in beginsel zou moeten worden onderworpen aan een dubbele voorwaarde van het voorhanden zijn van een voldoende maatschappelijk belang en publiciteit.²²⁶⁴ Ook VANANROYE is van mening dat de tegenwerpelijke van vermogensafscheiding ten aanzien van persoonlijke schuldeisers minstens feitelijke publiciteit veronderstelt.²²⁶⁵ Voor wat betreft het Belgische recht valt een dergelijke publiciteitsvereiste te verantwoorden omwille van de goederenrechtelijke consequenties van een afgescheiden vermogen.²²⁶⁶ Hoger (*supra*, randnr. 545) hebben wij evenwel gezien dat een deel van de Zwitserse en Nederlandse rechtsleer deze vereiste niet beschouwt als een noodzakelijke voorwaarde voor de tegenwerpelijke van vermogensafscheiding aan persoonlijke schuldeisers van een *trustee*.

Echter, de verregaande beschikkingsbevoegdheid die kan toekomen aan een *trustee* kan diens persoonlijke schuldeisers wel op het verkeerde been zetten, *a fortiori* in het geval van een *declaration of trust*. Schijnbaar wordt het onderpand van de bestaande en toekomstige schuldeisers immers uitgebreid met de onder trustverband gebrachte goederen, zodat deze schuldeisers de legitieme verwachting kunnen hebben dat deze goederen behoren tot het gezamenlijke onderpand van hun schuldvorderingen. De kredietwaardigheid van de *trustee* lijkt daardoor groter dan zij in werkelijkheid is. In dergelijke gevallen kan mogelijk een beroep worden gedaan op de werking van de gemeenrechtelijke publiciteitsregels en goederenrechtelijke simulatie.²²⁶⁷ Bovendien is het o.i. mogelijk om desgevallend een beroep te doen op de leer inzake rechtsmisbruik, *a fortiori* indien de *settlor* slechts overgaat tot een *declaration of trust* om zijn of haar schuldeisers te benadelen.

775. Alles in acht genomen lijken er o.i. voldoende mogelijkheden voorhanden om misbruik van de mogelijkheid om over te gaan tot een *declaration of trust* over te gaan, tegen te gaan. Het hoger geformuleerde besluit aangaande de

²²⁶⁴ Genuanceerd in verband met de eerste voorwaarde: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 738.

²²⁶⁵ J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 271 – 272. Zie ook: H. SWENNEN, "Trustachtige rechtsfiguren in België", *TPR* 1992, 1121 – 1122.

²²⁶⁶ Ook de Belgische wetgever is kennelijk overtuigd van het primordiale belang van publiciteit in het goederenrecht. In het wetsontwerp van 7 november 2016 houdende wijziging van verscheidene bepalingen betreffende de zakelijke zekerheden op roerende goederen kan bijvoorbeeld de volgende passage worden aangetroffen: "*De essentie van publiciteit van zakelijke rechten en zakelijke zekerheidsrechten is dat zij voor iedereen toegankelijk dienen te zijn. Enkel dergelijke publiciteit verantwoordt dat deze rechten aan derden tegenwerpelijk zijn.*" Zie: MvT bij het wetsontwerp van 7 november 2016 houdende de wijziging van verscheidene bepalingen betreffende de zakelijke zekerheden op roerende goederen, *Parl.St.* Kamer 2016 – 2017, nr. 54-2138/001, 13.

²²⁶⁷ Zie over de toepassing van deze beginselen op het (deels) analoge geval van een stille maatschap: J. VANANROYE, "Over stille en openbare maatschappen", *TPR* 1999, 1471 – 1494; J. VANANROYE, "Commentaar bij art. 48 W. Venn. (oude art. 176 Venn. W.) in H. BRAEKMANS, K. GEENS, E. WYMEERSCH (eds.), *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2004, 90 – 99.

mogelijkheid tot het overgaan tot een *declaration of trust* kan o.i. dan ook gehandhaafd blijven.²²⁶⁸

vi. **Beperkingen aan de (gevolgen van de) erkenning van buitenlandse trusts: overzicht**

776. Uit het voorgaande is gebleken dat de benadering ten aanzien van buitenlandse trusts die wordt voorgestaan in Hoofdstuk XII WIPR, in verschillende aspecten gebaseerd lijkt op de benadering die reeds werd gevolgd in het Haagse Trustverdrag. Deze bemerking gaat echter niet op ten aanzien van elk aspect van dit hoofdstuk in het WIPR. Zo heeft de wetgever ervoor geopteerd om geen regeling inzake de 'erkenning' van buitenlandse trusts op te nemen, alsook om op geheel andere wijze de beperkingen van de (materieelrechtelijke) gevolgen van deze erkenning aan te geven.

777. Uit de parlementaire voorbereiding van het WIPR kan worden afgeleid dat de wetgever het niet wenselijk achtte om de in het Haagse Trustverdrag voorgestane benadering van de 'erkenning' van een buitenlandse trust te volgen, maar louter te redeneren in termen van wetsconflicten.²²⁶⁹ De opstellers van het WIPR waren kennelijk van mening dat deze benadering meer duidelijkheid zou scheppen.²²⁷⁰ De 'erkenningsbenadering' werd volgens de memorie van toelichting niet nodig geacht omdat de controle geen betrekking heeft op de uitwerking in België van een in het buitenland gewezen rechterlijke beslissing²²⁷¹, niettegenstaande dat de Raad van State kennelijk graag een gelijkaardige regeling als deze uit het Haagse Trustverdrag had gezien.²²⁷² Eén van de opstellers van het

²²⁶⁸ Dit is ook de visie van HAYTON met betrekking tot de mogelijkheid tot een *declaration of trust* onder de toepassingsfeer van het Haagse Trustverdrag: "As to self-declared trusts of existing property, plenty of overriding laws contemplated by Articles 4 and 15 in common law and civil law countries prevent fraudulent use of such trusts to defraud creditors, heirs or spouses as well as trusts created by transfer of property to trustees.", D. HAYTON, "Reflections on the Hague Trusts Convention after 30 years", *Journal of Private International Law* 2016, 6.

Zie ook: A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 108.

²²⁶⁹ Adv.RvS. 29.210/2 bij het wetsvoorstel houdende het wetboek van internationaal privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2001 – 2002, nr. 2-1225/1, 293; MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 139;

²²⁷⁰ Wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, Verslag namens de Commissie voor Justitie, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/7, 237; S. DE RAEDT, M. TRAEEST, *Trust en privaat vermogensbeheer*, Antwerpen, Maklu, 2000, 76.

Ook bepaalde rechtsleer onderschreef het gegeven dat het louter redeneren in termen van wetsconflicten eenvoudiger zou zijn, zonder het introduceren van een afzonderlijke 'erkenningsregeling', zie: S. DE RAEDT, M. TRAEEST, "To trust or not to trust", *TFR* 2001, afl. 209, 960.

²²⁷¹ MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 139.

²²⁷² Adv.RvS. 29.210/2 bij het wetsvoorstel houdende het wetboek van internationaal privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2001 – 2002, nr. 2-1225/1, 293.

WIPR verklaarde achteraf nog dat “[indien] *het toepasselijke recht de relatie* [i.e. de trustrelatie] *valideert (zoals dat geldt voor andere overeenkomsten), dan “erkennen” wij – dat is één en hetzelfde procedé. De “erkenningsregel” is dan het gevolg van de toepassing van de verwijzingsregel die zegt onder welk nationaal recht de trust valt, als hij daarin maar geldig beoordeeld wordt.*”²²⁷³

Het is in dit verband opnieuw verhelderend om vast te stellen dat de *trust* ogenschijnlijk opnieuw wordt beschouwd als een soort ‘overeenkomst’, waarvoor vervolgens gelijkaardige verwijzingsregels zouden moeten gelden. Hoger (*supra*, randnr. 687 – 689) hebben wij evenwel vastgesteld dat dit standpunt dient te worden verworpen. Hoger (*supra*, randnr. 509) werd tevens vastgesteld dat verschillende auteurs in de context van het Haagse Trustverdrag tevens twijfels hebben geuit omtrent de noodzaak aan een afzonderlijk hoofdstuk over de ‘erkenning’ van trustverhoudingen. De belangrijke vraag die hierbij kan worden opgeworpen is: ‘*what’s in a name?*’. Het is immers duidelijk gebleken dat de ‘erkenningsmethodiek’ die door het Haagse Trustverdrag wordt vooropgesteld enerzijds ook materieelrechtelijke regels omvat en tegelijkertijd nodig – of minstens zeer nuttig – bleek om een geraffineerde methodiek voorop te stellen die toelaat om op gedegen wijze te kunnen omgaan met buitenlandse *trusts*, en die tegelijkertijd fungeert als een soort ‘handleiding’. Aangezien de ‘erkenning’ van de *trust* niet enkel slaat op het louter erkennen van het bestaan van deze rechtsfiguur, maar ook aan het verbinden van rechtsgevolgen daaraan, geeft het erkenningshoofdstuk in het Haagse Trustverdrag dan ook aan welke minimale rechtsgevolgen aan de *trust* moeten verleend worden om daadwerkelijk te kunnen spreken van een erkenning.²²⁷⁴ Zodoende biedt het erkenningshoofdstuk een omkadering voor de wisselwerking tussen het ingevolge het verdrag aangeduide trustrecht en de materieelrechtelijke bepalingen van het forum, alsook de materieelrechtelijke bepalingen van rechtsstelsels die andere juridische kwesties beheersen. Tevens hebben wij vastgesteld dat, wanneer de bepalingen inzake de erkenning van buitenlandse *trusts* samen worden gelezen met de bepalingen die deze erkenning beperken, daarmee een ‘reservaat’ kan worden afgebakend waarin de *trust* als ‘juridische exoot’ kan rondwaren. De vraag rijst dan ook of een dergelijk geraffineerd systeem eenvoudig kan worden nagebootst door het hanteren van de klassieke conflictenrechtelijke methode.

Het is met andere woorden o.i. onjuist om te denken dat het repliceren van de bepalingen van het Haagse Trustverdrag met betrekking tot de ‘erkenning’ van buitenlandse *trusts* per definitie onnodig of niet dienstig zou zijn geweest, louter omwille van het etiket dat op deze bepalingen werd geplakt.²²⁷⁵ Hier rijst dus de

²²⁷³ J. ERAUW, “De trust en de trustachtigen in het nieuwe Belgische IPR”, *TEP* 2005, 277; J. ERAUW, “Trust en trustachtige figuren in België. Het toepasselijk recht” in J. BAEL *et al.* (eds.), *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 399.

²²⁷⁴ D. HAYTON, “Reflections on The Hague Trust Convention after 30 years”, *Journal of Private International Law* 2016, afl. 1, 15.

²²⁷⁵ HAYTON argumenteert dan ook terecht dat hanteren een duidelijker ‘etiket’ nuttiger zou zijn geweest, zie: D. HAYTON, “Reflections on The Hague Trust Convention after 30 years”, *Journal of Private International Law* 2016, afl. 1, 15.

vraag of, gesteld dat een dergelijke verwijzingscategorie aanwezig is, het louter hanteren van de klassieke conflictenrechtelijke methode een volwaardige oplossing biedt voor de 'erkenning' van een *trust*.

778. Het WIPR vermeldt zelf een aantal beperkingen aan de erkenning van buitenlandse *trusts*. Hier kan eerst worden verwezen naar de hoger (*supra*, randnr. 720 e.v.) besproken 'internationaliteitseis'. Bij gebreke aan een voldoende internationaal karakter zal de trustverhouding in België niet worden erkend. Dit laatste dient echter mogelijks te worden genuanceerd in het licht van het Europees recht (zie *supra*, randnr. 722).

779. Een volgende beperking wordt uiteengezet in de derde paragraaf van artikel 124 WIPR: "*De toepassing van het recht dat de trust beheerst, kan niet tot gevolg hebben dat een erfgenaam zijn recht op een voorbehouden erfdeel verliest dat hem krachtens het artikel 78 toepasselijk recht wordt gewaarborgd.*" Er moet echter worden vastgesteld dat artikel 78 WIPR intussen plaats heeft moeten ruimen voor artikel 20 van de Europese Erfrechtverordening. Uit artikel 23.1.h) volgt dat het door de Erfrechtverordening aangewezen recht evenzeer kwesties inzake het beschikbaar deel van de nalatenschap, de wettelijke erfdelen en andere beperkingen aan de bevoegdheid om bij uiterste wil te beschikken, regelt. De inwerkingtreding van de Europese Erfrechtverordening heeft dus niets veranderd aan de in artikel 124, §3 WIPR geponeerde regel.

780. Naast deze belangrijke erfrechtelijke beperking, bevat het WIPR ook nog een expliciete beperking op het vlak van het goederenrecht. Zo bepaalt de tweede paragraaf van artikel 125 WIPR dat het recht toepasselijk op de *trust* "*niet de rechtsgeldigheid [bepaalt] van de akten van verkrijging of van overdracht van de zakelijke rechten op goederen van de trust, en evenmin de overdracht van zakelijke rechten op die goederen of de bescherming van derde-verkrijgers van die goederen. De rechten en plichten van een derde die een goed van de trust bezit, blijven beheerst door het recht toepasselijk krachtens hoofdstuk VIII.*" Uit deze bepaling blijkt de wens van de wetgever om 'de zakenrechtelijke draagwijdte van de regels van internationaal privaatrecht inzake *trust*' te beperken, daar het Belgische materiële recht deze rechtsfiguur niet kent.²²⁷⁶ Hier wordt in de memorie toegevoegd dat de bepaling van de rechten van de houder of van de eigenaar van een goed uit een *trust* blijft beheerst door het Belgische recht, indien dit recht wordt aangewezen als toepasselijke *lex rei sitae*.²²⁷⁷

781. Bovendien maakt de memorie van toelichting nog melding van enkele andere mogelijke beperkingen aan het toepassingsgebied van het involge het wetboek aangewezen trustrecht, die als zodanig echter niet zelf in de wettekst worden vermeld. Het betreft hier de toepassing van de dwingende regels betreffende materies die onderworpen zijn aan afzonderlijke verwijzingsregels. Gezien keuze van de wetgever om de gewoonlijke conflictenrechtelijke methode te

²²⁷⁶ MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 141.

²²⁷⁷ *Ibid*, 141.

hanteren, vormt dit geen probleem. Deze beperkingen kunnen dan worden afgeleid uit het loutere feit dat rechtsvragen betreffende deze materies worden gesubsumeerd onder een andere verwijzingscategorie, zodat deze dienen te worden beantwoord aan de hand van het daarvoor aangewezen recht. Toch doet de in de memorie van toelichting gegeven oplijsting sterk denken aan het bepaalde in artikel 15 van het Haagse Trustverdrag, zodat kan worden vermoed dat de wetgever een gelijkaardig resultaat beoogde.²²⁷⁸ De in de memorie geboden oplijsting is echter veel minder precies dan het bepaalde in artikel 15 van het Haagse Trustverdrag. Het betreft de volgende materies: voogdij over minderjarigen, erfrecht, familierecht en goederenrecht.²²⁷⁹

782. Tot slot kan nog worden gewezen op de gewoonlijke internationaal privaatrechtelijke beperkingen die in het WIPR vervat liggen, zijde de artikelen 18 tot en met 21 WIPR. Deze artikelen omvatten het verbod op wetsontduiking, een algemene uitzonderingsclausule, een bepaling inzake voorrangssregels en een bepaling inzake de internationale openbare orde.

783. Ook de Belgische rechtsleer die de grenzen aan de erkenning van buitenlandse *trusts* bespreekt, voegt daar in bepaalde gevallen nog aan toe dat deze limieten óók spelen in de context van insolventie.²²⁸⁰ Zo zou ook de Belgische regel dienen te gelden dat alle goederen die de eigendom zijn van de schuldenaar tot gezamenlijk onderpand dienen van zijn schuldeisers (artt. 7 en 8 Hyp.W.). ERAUW lijkt er daarbij – o.i. verkeerdelijk – van uit te gaan dat een dergelijke beperking ook kan worden opgelegd op grond van artikel 15 van het Haagse Trustverdrag.²²⁸¹

Hoger (*supra*, randnr. 512) hebben wij evenwel vastgesteld dat het karakter van de *trust* als afgescheiden vermogen in het Haagse Trustverdrag net als een essentieel element van de trustverhouding wordt beschouwd. Maar een afgescheiden vermogen kenmerkt zich nu net door het gegeven dat het een *passif propre* heeft, waarbij de persoonlijke schuldeisers van de titularis van het

²²⁷⁸ Zie ook: S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en privaat vermogensbeheer*, Antwerpen, Maklu, 2000, 76.

²²⁷⁹ MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 140 – 141.

²²⁸⁰ M. MELLAH, T. MAES, "Hoofdstuk XII. Trust" in I. COUWENBERG, A. HANSEBOUT, L. VANFRAECHEM, *Internationaal Privaatrecht. Duiding 2014*, Brussel, Larcier, 2014, 802; J. ERAUW m.m.v. H. STORME, *Deel XVII 'Internationaal Privaatrecht' in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 791 – 792; A. VERBEKE, "Artikel 125. Toepassingsgebied van het recht toepasselijk op de trust" in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTÉ, P. WAUTELET (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd – Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 670; B. DOCQUIR, V DE FRANCCQUEN, M. GRÉGOIRE, R. JAFFERALI, M. LAMENSCH, V. MARQUETTE, M-D. WEINBERGER, "Le droit international privé économique - Exposé générale du nouveau droit positif belge", *TBBR/RGDC* 2005, 605; J. ERAUW, "De trust en de trustachtigen in het nieuwe Belgische IPR", *TEP* 2005, 283.

²²⁸¹ J. ERAUW, "De trust en de trustachtigen in het nieuwe Belgische IPR", *TEP* 2005, 277 - 278.

afschieden vermogen hun schuldvordering niet kunnen verhalen op de goederen die zich in het afgescheiden vermogen bevinden.²²⁸² Het is slechts in uitzonderlijke gevallen dat de persoonlijke schuldeisers van de *trustee* zich zouden mogen verhalen op de onder trustverband gebrachte goederen, bijvoorbeeld (en dat soms nog betwist) in het geval waar geen publiciteit werd gegeven aan het bestaan van de trustverhouding. Dit zijn echter uitzonderingen op de algemene regel. De Belgische literatuur stelt de uitzondering daarentegen voor als ware het de regel.

784. In wat volgt zullen de belangrijkste goederenrechtelijke en erfrechtelijke beperkingen die (kunnen) worden opgelegd aan de doorwerking van buitenlandse *trusts* binnen de Belgische rechtsorde nader worden onderzocht. Middels het bestuderen van deze beperkingen kan tegelijk ook worden aangegeven binnen welke grenzen de *trust* dan wel kan doorwerken. Zodoende worden met deze analyse twee vliegen in één klap geslagen. Het is binnen het bestek van het voorliggende onderzoek evenwel onmogelijk om elke mogelijke of denkbare civielrechtelijke beperking aan een uitgebreid onderzoek te onderwerpen. Er zijn immers heel wat mogelijke beperkingen denkbaar.²²⁸³ Het blootleggen en analyseren van elke mogelijke civielrechtelijke beperking is overigens niet het oogmerk van voorliggend onderzoek, mede gelet op de bijzonder grote hoeveelheid aan mogelijke verschijningsvormen van *trusts*. In wat volgt, zal de aandacht daarom in de eerste plaats uitgaan naar de belangrijkste hinderissen die de doorwerking van buitenlandse *trusts* kunnen ondervinden op goederenrechtelijk vlak en op erfrechtelijk vlak. Dit vormen meteen ook de aspecten waarnaar in een internationale rechtsleer in de context van het Haagse Trustverdrag de meeste aandacht uitgaat (zie *supra*, randnr. 558 e.v.), wat er op kan wijzen dat de heetste juridische hangijzers zich in de eerste plaats in deze rechtsgebieden bevinden.

785. Voor de goede orde dient hier nog een belangrijk onderscheid te worden gemaakt. Uit de hoger gemaakte analyse van het Haagse Trustverdrag is gebleken dat de 'erkenning' van een buitenlandse *trust* kan worden onderverdeeld in twee niveau's. Enerzijds stelt artikel 11 van het Haagse Trustverdrag enkele minimumcriteria voorop. Indien deze karakteristieken van de trustverhouding niet intact worden gelaten door de 'ontvangende' rechtsorde, kan er volgens het Haagse Trustverdrag geen sprake zijn van enige daadwerkelijke vorm van erkenning van de buitenlandse trustverhouding. Zulks hoeft natuurlijk niet te impliceren dat de in artikel 11 genoemde rechtsgevolgen de enige rechtsgevolgen zijn die de 'ontvangende' rechtsorde kan of zou moeten aanvaarden. Uit de artikelen 15 en verder bleek immers dat bij de doorwerking van het toepasselijke trustrecht rekening dient te worden gehouden met het gegeven dat heel wat andere rechtsvragen worden beheerst door andere verwijzingsregels. Zoals ingevolge de analyse van deze bepalingen bleek, kan de doorwerking van het toepasselijke trustrecht afstuiten op de dwingende bepalingen van de *lex causae* die van

²²⁸² W. VAN GERVEN, *Bewindsebevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 266 – 267.

²²⁸³ Voor een overzicht van enkele mogelijke belemmeringen op civielrechtelijk vlak, zie: M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 708 – 748.

toepassing is op andere rechtsmateries. Ook deze afstuiting van de ongebreidelde doorwerking van het toepasselijke trustrecht, vormt in zekere zin een beperking aan de gevolgen van de erkenning van de buitenlandse trustverhouding.

Voor het goed begrip dient bij wat volgt het hiernavolgende onderscheid in het achterhoofd te worden gehouden. Wanneer er sprake zou zijn van een beperking die raakt aan de zogenoemde minimumvereisten die worden genoemd in artikel 11 van het Haagse Trustverdrag, kan er in feite geen sprake zijn van enige nuttige vorm van 'erkenning' van de buitenlandse *trust* (zie *supra*, randnr. 512).²²⁸⁴ Om deze reden wordt in die gevallen gesproken van een beperking aan de erkenning van de trustverhouding zelf. Het afzonderlijke bestaan van de buitenlandse trustverhouding wordt dan immers niet volledig gerespecteerd. In de andere gevallen wordt gesproken van een beperking aan de gevolgen van de erkenning van de buitenlandse *trust*. Ofschoon de wetgever ervoor heeft gekozen om geen aan artikel 11 van het Haagse Trustverdrag analoge bepaling op te nemen in het WIPR, vormt de daarin vervat liggende minimale erkenningsregel toch een internationale *benchmark*, waaraan ook de bepalingen van het WIPR kunnen worden getoetst. Indien de wetgever immers overtuigd was van het nut van het opnemen van een afzonderlijke verwijzingsregel voor buitenlandse *trusts* in WIPR, lijkt het ons *prima facie* niet meer dan logisch dat deze verwijzingsregel ook de daadwerkelijke erkenning van *trusts* met zich mee behoort te brengen.

786. Vooraleer wij deze beperkingen afzonderlijk nader bestuderen, wordt eerst dieper ingegaan op de (schaarse) relevante Belgische rechtspraak inzake het gebruik van buitenlandse *trusts* die dateert van na de inwerkingtreding van het WIPR, teneinde na te gaan welke breuklijnen kunnen worden ontwaard met de behandeling die buitenlandse *trusts* genoten in het verleden. Desgevallend kunnen uit de analyse van deze rechtspraak reeds bepaalde beperkingen worden ontwaard.

vii. **Belgische rechtspraak inzake het gebruik van buitenlandse *trusts* daterende van na de inwerkingtreding van het WIPR**

787. Bij het bestuderen van de Belgische rechtspraak inzake het gebruik van buitenlandse *trusts*, die dateert van na de inwerkingtreding van het Belgische WIPR, valt al snel op dat relevante (en gepubliceerde) rechtspraak zeer schaars is. In de bestudeerde periode kunnen slechts een viertal relevante uitspraken worden aangetroffen.

²²⁸⁴ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 108; D. HAYTON, "Reflections on the Hague Trusts Convention after 30 years", *Journal of Private International Law* 2016, 3.

(a) *Eerste geval: procesbevoegdheid van de trust(ee) en verlaagd tarief in de successierechten*

788. Het eerste geval betrof in de eerste plaats een procesrechtelijke en fiscale aangelegenheid. In deze zaak had een Belgische erflater, die was overleden op 22 april 1996 zonder reservataire erfgenamen na te laten, bij wijze van testament de trustee van een Engelse *charitable trust* aangeduid als algemeen legataris. Aangezien het de nalatenschap van een Belgische rijksinwoner betrof, rekende de Belgische fiscus vermoedelijk het tarief aan dat gold tussen vreemden. De trustees meenden echter dat het op dat ogenblik geldende tarief van 8,80% diende te worden toegepast, aangezien het een legaat zou betreffen ten voordele van een vereniging zonder winstoogmerk (oud art. 59, 2^o W.Succ.), wat zou resulteren in een aanzienlijk lagere belastingdruk.

789. De rechtbank te Brussel was echter van oordeel dat de eis van de trustee onontvankelijk diende te worden verklaard.²²⁸⁵ De eiser had de rechtzaak immers ingeleid onder de naam "*The Special Trustees for G., institution de droit anglais à but non-lucratif*". De identiteit van de individuele trustees werd evenwel niet in de dagvaarding vermeld. De eisers voerden daarbij onder meer aan dat "*un trust, comme l'est la partie demandresse, dispose du droit d'agir en justice devant les juridictions britanniques, sans qu'il soit nécessaire de mentionner l'identité des personnes physiques qui exercent la fonction du trustees*". Uit het feit dat de trust naar Engels (proces)recht de hoedanigheid bezat om op zelfstandige wijze als eiser in het geding op te treden, leidden de trustees aldus af dat zij een dergelijke hoedanigheid ook naar Belgisch (proces)recht dienden te genieten. De rechtbank merkte daarbij op dat de trust als zodanig niet was bekleed met rechtspersoonlijkheid, maar dat het daarentegen de trustees waren die "*un certain droit de propriété*" hadden met betrekking tot de onder trustverband gebrachte goederen. De rechtbank leidde daaruit af dat het dan ook de trustees zelf waren die de hoedanigheid hadden om in rechte op te treden. Bij gebreke aan rechtspersoonlijkheid van de trust konden de trustees zich volgens de rechtbank dan ook niet beroepen op artikel 703 Ger.W. Aangezien de trust als zodanig geen rechtspersoonlijkheid heeft, volstaat het niet om slechts de naam, het rechtskarakter en de maatschappelijke zetel op te geven. Volgens de rechtbank diende wel toepassing te worden gemaakt van artikel 702 Ger.W. zodat de naam, voornaam en woonplaats van de natuurlijke personen-eisers diende te worden opgegeven. Zulks was echter niet gebeurd. De omstandigheid dat de trustees deze bevoegdheid wel hadden naar Engels recht, deed niets af aan deze conclusie, daar het toepasselijke procesrecht steeds de *lex fori*, i.e. het Belgische procesrecht, is.²²⁸⁶ Aldus kwam de rechtbank tot de conclusie dat de eis onontvankelijk diende

²²⁸⁵ Rb. Brussel 24 februari 2006, www.fisconet.be. Deze zaak wordt besproken in: R. DEBLAUWE, "Een trust kan niet dagvaarden", *Successierechten – Nieuwsbrief* 2007, afl. 1, 1 – 5. Tevens besproken in: K. DEMEYERE, "Definitie van een trust" in A-L. VERBEKE, P. LALEMAN, H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Alternatieve vormen*, Gent, Larcier, 2009, 98 – 99.

²²⁸⁶ Cass. 11 januari 1979, *Pas.* 1979, I, 521.

te worden verklaard. Bovendien liet de rechtbank uitschijnen dat zij de eis waarschijnlijk tevens ongegrond zou hebben verklaard.²²⁸⁷

790. In graad van beroep kwam het hof te Brussel evenwel tot een geheel tegenovergestelde conclusie.²²⁸⁸ Het hof vond het dienaangaande belangrijk te onderstrepen dat het *in casu* een *charitable trust* betrof die was aangemeld bij de Engelse *Charity Commission* en naar Engels recht een '*legal identity*' genoot. Hierdoor kon de *trust* worden gelijkgesteld met een rechtspersoon naar Belgisch recht. De *charitable trust* leunde volgens het hof immers erg dicht aan bij een stichting. Het hof beschouwde de *trust* in kwestie dus veeleer als een buitenlandse rechtspersoon, zodat *in casu* wel was voldaan aan de vereiste van op het geding van toepassing zijnde artikel 703 Ger.W.

Wat betreft de grond van de zaak wees het hof eerst naar het gemotiveerd advies van de Europese Commissie van 16 oktober 2002 betreffende het verlaagd tarief in de registratie- en successierechten. Teneinde in overeenstemming te zijn met de bepalingen van het (toenmalige) EG-Verdrag, dienden deze tarieven zonder discriminatie te kunnen worden toegepast op rechtspersonen die in het leven werden geroepen en beheerst bleven door het recht van andere lidstaten van de Europese Economische Ruimte. Het hof kwam vervolgens tot de conclusie dat de *charitable trust* diende te worden 'geassimileerd' (*sic*) met een Belgische vzw voor wat betreft de toepassing van oud artikel 59,2° W.Succ, aangezien elke andere uitkomst volgens het hof zou leiden tot een ongerechtvaardigd onderscheid op grond van nationaliteit.

791. De bevoegdheid van 'entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid' om in rechte op te treden in België is een oud procesrechtelijk zeer²²⁸⁹, dat in het voorhanden zijnde geval opnieuw de kop op steekt. Zij het dat de bestaande problemen mogelijks nog op hun scherpst worden gesteld omdat het *in casu* een *trust* betreft. Hoewel een Engelse *trust* als zodanig geen 'entiteit' is (zie *supra*, randnr. 342 e.v.), kan in dit verband eerst worden opgemerkt dat deze bevinding meteen dient te worden genuanceerd omwille van het gegeven dat de trustfiguur bij het binnentreden van de Belgische rechtsorde haar 'metamorfose' in een afgescheiden vermogen ondergaat op grond van artikel 122 WIPR. Dit heeft tot gevolg dat de *trust* o.i. wel kan worden beschouwd als een 'entiteit' in de context van het Belgische procesrecht. Het loutere feit dat de *trust* een buitenlandse rechtsverhouding is, doet overigens als zodanig geen afbreuk aan deze conclusie.

Uit een arrest van het Hof van Cassatie van 11 januari 1979 is immers gebleken dat een Engelse groepering zonder rechtspersoonlijkheid wordt onderworpen aan de vereisten die het Belgische procesrecht als *lex fori* stelt inzake de noodzakelijke

²²⁸⁷ R. DEBLAUWE, "Een trust kan niet dagvaarden", *Successierechten – Nieuwsbrief* 2007, afl. 1, 3.

²²⁸⁸ Brussel 9 september 2009, www.fisconet.be.

²²⁸⁹ S. SOBRIE, *Procederen qualitate qua*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 151; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 306 e.v.

Zie ook: W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 291 – 292.

vermeldingen in de gedingleidende akte.²²⁹⁰ Het loutere feit dat het een entiteit zonder rechtspersoonlijkheid betreft, impliceert dat een dergelijke entiteit luidens het Belgische procesrecht niet als procespartij kan optreden, daar het geen rechtssubject is. Normaliter wordt dan ook vereist dat de 'deelgenoten' gezamenlijk als procespartij optreden, daar zij elk voor hun deel titularis of schuldenaar zijn ten aanzien van de in het geding zijnde vordering.²²⁹¹ Dit resultaat kan evenwel ook worden bereikt door middel van de vertegenwoordigingsfiguur.²²⁹² Zodoende ontstaat een onderscheid tussen de formele procespartij, i.e. de vertegenwoordiger die in het geding treedt en de materiële procespartij, i.e. de personen voor wiens rekening het proces wordt gevoerd.²²⁹³ Daarbij rijst de vraag of, naast de naam van de formele procespartij, ook de naam van elk individueel lid of elke individuele deelgenoot van de entiteit dient te worden vermeld, of dat het volstaat om naar de gezamenlijke leden of deelgenoten te verwijzen door middel van de naam van de entiteit als dusdanig te vermelden.

In het verleden heeft de lagere rechtspraak vaak geopteerd voor een formalistische benadering, waarbij naast de formele procespartij inderdaad elke individuele deelgenoot diende te worden opgesomd.²²⁹⁴ In de rechtsleer wordt evenwel gepleit voor soepelheid, waarbij de vermelding van de entiteit als zodanig geldt als een optreden voor of tegen de gezamenlijke leden of deelgenoten.²²⁹⁵ Bovendien bestaat er evenzeer cassatierechtspraak waarin deze visie wordt onderschreven, en waarbij (kennelijk) tegelijkertijd werd gebroken met het arrest van 11 januari 1979.²²⁹⁶

Welnu, hoger (*supra*, randnr. 245) kwam reeds aan bod dat in het geval van een *trust* de *trustees* in beginsel gezamenlijk dienen op te treden daar zij *joint tenants* zijn, maar dat het voorgaande uitzondering lijdt in het geval van een *charitable trust* of wanneer de trustakte anders bepaalt. Specifiek met betrekking tot *charitable trusts* wordt in de Engelse rechtsleer sedert lange tijd aanvaard dat de conceptuele stap om het bestaan van een *trust* zonder *beneficiaries* te aanvaarden,

²²⁹⁰ Cass. 11 januari 1979, *Pas.* 1979, I, 521.

²²⁹¹ S. SOBRIE, *Procederen qualitate qua*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 150.

²²⁹² *Ibid*, 150 – 151; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 297 – 298; K. MORTIER, "Toegang tot de rechter voor feitelijke verenigingen", *NJW* 2008, 811 – 816.

²²⁹³ Het Hof van Cassatie heeft in het verleden beslist dat het begrip 'eiser' in artikel 702 Ger.W. slaat op de materiële procespartij. Indien een vertegenwoordiger namens andere personen in het geding treedt als formele procespartij, dient in principe steeds ook de vertegenwoordigen te worden vermeld. Zie: Cass. 28 september 1984, *Pas.* 1984, I, 141.

²²⁹⁴ S. SOBRIE, *Procederen qualitate qua*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 151 en de verwijzingen aldaar; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 309. Vgl. B. TILLEMANN, *Proceshandelingen van en tegen vennootschappen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 36.

Zie tevens: Cass. 28 september 1984, *Pas.* 1984, I, 141.

²²⁹⁵ S. SOBRIE, *Procederen qualitate qua*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 152, 241 - 43; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 309 – 311; K. GEENS, M. WYCKAERT, *De Vennootschap – Algemeen Deel in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 749.

²²⁹⁶ Cass. 18 februari 1985, *Pas.* 1985, I, 741. Dit arrest betrof overigens dezelfde Engelse vereniging die ook reeds optrad in het arrest van 11 januari 1979.

reeds dicht aanleunde bij het erkennen van een daadwerkelijke vorm van rechtspersoonlijkheid.²²⁹⁷

792. Uit het voorgaande volgt o.i. dan ook dat het hof te Brussel tot de juiste conclusie kwam met betrekking tot de vraag naar de bevoegdheid van de *charitable trust* in kwestie om als zelfstandige procespartij in het geding te treden. Het is o.i. onzinnig om de bevoegdheid voor de *charitable trust* om op zelfstandige wijze in het geding te treden niet te erkennen, puur op grond van het formeel criterium dat een dergelijke *trust* het etiket van rechtspersoon ontbeert. Een dergelijke *trust* treedt immers met een grote mate van zelfstandigheid in het rechtsverkeer op, heeft een sterkere eigen (juridische) identiteit dan een gemeenrechtelijke *trust* en is een functionele tegenhanger van de Belgische vzw of stichting van openbaar nut. Toegegeven, wanneer de kwestie formeel-juridisch op zijn zuiverst wordt beschouwd, moet wel worden onderkend dat een *charitable trust* niet bekleed is met enige vorm van rechtspersoonlijkheid. Of toch niet zoals dit in België wordt begrepen.

Indien het daarentegen niet zou gaan om een *charitable trust* rijst de vraag of het oordeel van de rechtbank te Brussel alsnog het meest correcte zou blijken te zijn. In dit verband dient voor ogen te worden gehouden dat, beschouwd vanuit Belgisch perspectief, de gezamenlijke *trustees* als *joint tenants* titularis zijn van een afgezonderd trustvermogen. Indien een *trustee* optreedt in de hoedanigheid van *trustee*, geschiedt dit dus steeds voor rekening van het afgescheiden trustvermogen, en daarmee dus voor de uiteindelijke rekening van de begunstigden van dit vermogen, i.e. de *beneficiaries*. Ofschoon de *trustees* in beginsel gezamenlijk dienen op te treden, is het denkbaar dat één van hen op grond van een akkoord tussen de *trustees* of op grond van de trustakte de bevoegdheid heeft om de andere *trustees* in rechte te vertegenwoordigen. Bovendien onderwerpt artikel 125, §1 WIPR kwesties aangaande het bestuur van de *trust*, alsook de rechten die daaruit voortvloeien, aan het recht dat van toepassing is op de trustverhouding. Het is dus zeker niet ondenkbaar dat één van de *trustees* bevoegd is om de overige *trustees*, zo er inderdaad meerdere *trustees* zijn aangeduid, in rechte te vertegenwoordigen. Dit kan o.i. eveneens gelden voor proceshandelingen. Ook voor wat betreft een *trust* kan dus worden teruggevallen op de vertegenwoordigingsfiguur. Bovendien is het o.i. zelfs verdedigbaar om de gezamenlijke *trustees* verder aan te duiden door middel van een verwijzing naar de trustverhouding, in plaats van een opsomming van de individuele *trustees*. Indien dit in bepaalde gevallen mogelijk wordt geacht voor Belgische entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid die worden gekenmerkt door een afgescheiden vermogen, is er o.i. geen reden voorhanden om dit niet toe te laten in het geval van een *trust*. Door de metamorfose die de *trust* heeft ondergaan kenmerkt zich deze eveneens door een afgescheiden vermogen op grond van de letterlijke tekst van artikel 122 WIPR, zonder echter te zijn bekleed met rechtspersoonlijkheid. Door middel van een verwijzing naar de gezamenlijke *trustees*, wordt immers eveneens

²²⁹⁷ H.A.L. FISHER (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Vol. III, Cambridge, Cambridge University Press, 1911, 271 e.v., 321 e.v.

verwezen naar dit afzonderlijke trustvermogen, waarvoor in het geding wordt getreden.

793. Het is overigens opvallend dat in dit verband slechts wordt gevraagd naar de identiteit van de *trustees* als procespartijen. Van een vraag naar het vermelden van de identiteit van de *beneficiaries* is geen sprake. Indien het *dual ownership*-model al te strikt zou worden opgevat, zou kunnen worden verwacht dat ook de identiteit van deze laatsten zou moeten worden vermeld. De *beneficiaries* worden dan immers ook beschouwd als een 'soort eigenaar'. Deze kwestie laat toe om, vanuit een *civil law*-perspectief, de juridische kern van het onderscheid tussen de rechten van de *trustee* met betrekking tot de trustgoederen en de rechten van de *beneficiaries* met betrekking tot deze goederen, uiteen te zetten. Hoger (*supra*, randnr. 245) werd gesteld dat indien er meerdere *trustees* zijn, zij gelden als *joint tenants*. Welnu, in de Zwitserse en Schotse literatuur wordt er op gewezen dat *joint tenancy* nog het dichtst aansluit bij het continentale *Gesamthandseigentum/propriété en main commune*.²²⁹⁸ Het gaat dus niet om een gewone vorm van 'mede-eigendom', maar om een vorm van gezamenhandse eigendom (of 'collectieve eigendom'²²⁹⁹), zoals die bijvoorbeeld ook door bepaalde Belgische rechtsleer wordt onderkend in hoofde van de deelgenoten van afgescheiden vermogens.²³⁰⁰

Merk op dat enkel de gemeenschappelijke *trustees* gelden als 'gezamenhandse' eigenaars van de onder trustverband gebrachte goederen, maar niet de *beneficiaries*. In het analoge geval van een maatschap die wordt aangewend in de context van een successieplanning is dit al gauw anders, daar de 'begunstigden' in de regel tevens maten, en dus in beginsel mede-gezamenhandse eigenaars zijn van de maatschapsonverdeeldheid. In *civil law*-termen vertaald, is het recht dat de *beneficiaries* genieten met betrekking tot de onder trustverband gebrachte goederen aldus een andersoortig recht dan dat van enige *trustee*. Op zichzelf genomen hoeft deze conclusie niet te verbazen, daar zij ook geldt in *common law*-stelsels. Echter, vanuit het perspectief van een *civil law*-stelsel bekeken, onderstreept deze bevinding gewoon dat de *dual ownership*-metafoor verwarring in de hand kan werken. Deze conclusie wordt verder (*infra*, randnr. 847 e.v.) opnieuw opgenomen.

²²⁹⁸ A. PEYROT, *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, Genève, Schulthess, 2011, 25; L. THÉVENOZ, *Trusts in Switzerland: Ratification of the Hague Convention on Trusts and Codification of the Law of Fiduciary Transfers*, Zürich, Schulthess, 2001, 129 – 129, 291 – 292; G. GRETTON, "Trusts Without Equity", *International and Comparative Law Quarterly* 2000, 610, vn. 63.

²²⁹⁹ H. DE PAGE, R. DEKKERS, *Traité*, V, Brussel, Bruylant, 1975, 1016 e.v., i.h.b. 1018; V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht' in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 277 – 278; V. SAGAERT, B. TILLEMANS, A-L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 66.

²³⁰⁰ M.E. STORME, "Noch terugwerking, noch overdracht: bij verdeling of aanwas verkrijgt men niets wat men al niet heeft. Tegelijk een bijdrage over de gesamthand in ons recht", *TPR* 2004, 670 – 672; V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht' in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 278.

(b) Tweede geval: de fiscus als schuldeiser van de settlor?

794. Een volgende uitspraak betrof een kwestie inzake het recht van overgang, dat verschuldigd was naar aanleiding van het overlijden van een Amerikaans staatsburger (niet-rijksinwoner) die eigenaar was van onroerende goederen gelegen te België.²³⁰¹ De Belgische fiscus had ingevolge het overlijden van de *decujus* een recht van overgang gevestigd ten laste van de eisers, *in casu* enkele neven en nichten van de *decujus*, die tevens haar erfgenamen waren. De eisers voerden echter aan dat de onroerende goederen van de overledene drie jaar vóór haar overlijden werden ondergebracht in een *trust* naar het recht van de staat Ohio, zodat deze goederen zich niet meer zouden bevinden in de nalatenschap van de *decujus*. Zij had er immers nog gedurende haar leven afstand van gedaan, namelijk bij het verlijden van de trustakte voor een Amerikaanse *notary public*.

De rechtbank te Brussel stelde evenwel vast dat uit de voorlegde akte als zodanig niet bleek dat de Belgische onroerende goederen eveneens onder trustverband waren gebracht. Bovendien stelde de rechtbank vast dat de toepassing van de artikelen 87, §1 en 94, §1 WIPR – dat *ratione temporis* niet van toepassing was, maar waarnaar de eisers zelf meermaals verwezen – ertoe zou leiden dat de wijze waarop het eigendomsrecht van in België gelegen goederen moet worden overgedragen, alsook de wijze waarop deze overdracht tegenstelbaar wordt gemaakt aan derden wordt beheerst door de *lex rei sitae*, *in casu* het Belgische recht. De rechtbank verwees vervolgens naar het bepaalde artikel 1, lid 1 Hyp.W., dat bepaalt dat alle akten onder de levenden dienen te worden overgeschreven in de registers van de hypotheekbewaarder, zodat men zich niet op deze akten kan beroepen ten aanzien van derden die zonder bedrog hebben gecontracteerd. De eisers konden evenwel geen bewijsstuk voorleggen waaruit bleek dat de inhoud van de Amerikaanse akte werd overgeschreven in de registers van de hypotheekbewaarder. Aangezien zulks niet was gebeurd, oordeelde de rechtbank dat de overdracht van de onroerende goederen aan de *trustee* niet kon worden tegengeworpen aan de Belgische staat, zodat de goederen konden worden geacht deel uit te maken van de nalatenschap van de *decujus*.

795. In essentie vormt deze uitspraak een illustratie van de werking van de derdenbeschermingsregels naar Belgisch recht inzake een kwestie aangaande een buitenlandse *trust*. De rechtbank onderwerpt deze materie dan ook terecht aan de Belgische *lex rei sitae*. Hoger (*supra*, randnr. 525 e.v.) werd in het raam van het Haagse Trustverdrag reeds uitgebreid aandacht besteed aan de situatie van persoonlijke schuldeisers van de *trustee* en de personen die goederen of zakelijke rechten op deze goederen verkrijgen vanwege de *trustee* en de invloed die georganiseerde publiciteitsregimes hierop kunnen hebben. *In casu* gaat het echter om de vraag naar de tegenwerpelijkheid van de overdracht van de onder trustverband gebrachte goederen aan de *trustee* ten aanzien van derden. Deze vraag werd in het raam van het Haagse Trustverdrag niet afzonderlijk besproken,

²³⁰¹ Rb. Brussel 21 december 2009, www.fisconet.be.

daar zij onder het toepassingsgebied van artikel 4 van het verdrag valt als 'voorafgaande kwestie'.

In casu betreft het de vraag of het gegeven dat de overdracht aan de *trustee* – ook al heeft de rechtbank te Brussel het over een 'overdracht aan de *trust*' – van een onroerend goed die nergens in het hypotheekregister wordt vermeld, voldoende is om te besluiten tot de niet-tegenwerpelijke van het bestaan van de trustverhouding aan de fiscale administratie. O.i. kan het oordeel van de rechtbank evenwel niet zo eenvoudig worden bijgetreden. Hoewel de rechtbank deze rechtsvraag terecht onderwerpt aan de Belgische *lex rei sitae* rijst de vraag of de rechtbank *in casu* ook een juiste toepassing van het Belgische recht heeft gemaakt. O.i. is dit niet het geval en wel om twee redenen. Ten eerste klopt het als algemene stelregel dat derden te goeder trouw met een concurrerend recht²³⁰² zich de overdracht van het eigendomsrecht recht niet moeten laten tegenwerpen in het geval van niet-overschrijving. Het is immers de overschrijving in het register die de kwade trouw van derden organiseert. Vereist is evenwel dat er ten eerste sprake is van een 'derde' en ten tweede dat het gaat om een derde te goeder trouw met een concurrerend recht.

796. In de literatuur wordt evenwel overwegend aangenomen dat de fiscus bij het vestigen van een belasting geen 'derde' is, in tegenstelling tot wat het geval is bij de invordering van de belasting.²³⁰³ De fiscale wet kan evenwel afwijken van deze algemene stelregels (zie uitgebreid, *infra*, randnr. 1043 e.v.). In de materie van de successierechten diende in de onderhavige zaak dan ook rekening te worden gehouden met het bepaalde in artikel 106 W. Succ. (zie ook artikel 3.17.0.0.9. VCF), waar wordt gesteld dat de overheid zich geen tegenbrieven moet laten tegenwerpen waaruit een vermindering van het actief of een vermeerdering van het passief van de nalatenschap volgt²³⁰⁴, zodat de fiscus hier wel geldt als 'derde'.²³⁰⁵ De fiscus heeft immers de keuze om de tegenbrief naast zich neer te leggen, en daarmee eveneens de 'juridische realiteit' zoals deze geldt tussen

²³⁰² E. DIRIX, R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 107 – 110; A. VERBEKE, J. BYTTEBIER, "Onroerende en hypothecaire publiciteit: organisatie en tegenwerpelijke" *RW* 1997 – 1998, 1121 – 1123.

²³⁰³ J.J. COUTURIER, B. PEETERS, E. VAN DE VELDE, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2016, 46; J. VAN HOUTTE, *Beginselen van Belgisch Belastingrecht*, Brussel, Bruylant, 1979, 51 – 56; C. CARDYN, "Le fisc est-il un tiers?", *JDF* 1975, 140; M. GHYSELEN, *De fiscale gevolgen van nietige rechtshandelingen*, Kalmthout, Biblo, 1996, 248. Genuanceerd: P. FAES, *Het rechtsmisbruik in fiscale zaken: Artikel 344 §1 – 15 jaar later*, Brussel, Larcier, 2008, 15. Zie ook: R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops, 2015, 810 – 814; J. KIRKPATRICK, "Le droit fiscal se fonde sur les réalités. Réflexions sur quelques bons et mauvais usages d'un proverbe de droit", *JDF* 1969, 174; S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 59.

²³⁰⁴ Zie o.a. R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops, 2015, 808 – 814.

²³⁰⁵ B. VERMEERSCH, "Fiscale grondbeginselen in het registratie- en successierecht" in M. DE JONCKHEERE et al. (eds.), *Een reis doorheen de fiscale basisbeginselen*, Brugge, die Keure, 2011, 314; F. AMERIJCKX, *Belastingheffing naar (socio-economische) werkelijkheid*, Gent, Story-Scientia, 1984, 30 – 31.

partijen. VAN HOUTTE heeft het in dit verband over de theorie van de 'schijnbare eigendom'.²³⁰⁶

Het feit dat de fiscus in beginsel geen 'derde' is bij het vestigen van de belasting, impliceert echter in het normale geval dat de fiscus zich principieel *niet* kan beroepen op de niet-tegenwerpelijheid van een rechtshandeling wegens de niet-naleving van de vereiste publiciteitsvoorwaarden.²³⁰⁷ Het is met andere woorden de eigenlijke juridische toestand, zoals deze tussen partijen bestaat, die door de fiscus in aanmerking moet worden genomen (zie *infra*, randnr. 1057). Een overeenkomst kan in deze fase dus aan de fiscale administratie worden tegengeworpen, zelfs bij de niet-naleving van de vereiste publiciteitsvoorwaarden.²³⁰⁸ In dit geval was er bovendien geen sprake van een tegenbrief, aangezien de *settlor* kennelijk werkelijk beoogde om de onroerende goederen over te dragen aan de *trustee*. Het vonnis oordeelde alleszins niet in de tegenovergestelde zin.

Er is hier dus geen veining of simulatie aanwezig, noch enige vorm van 'schijnbare eigendom'. Ook in de artikel 106 W. Succ. vervatte afwijking van de algemene regel kon hier o.i. aldus geen soelaas brengen, bij afwezigheid van enige tegenbrief. Het voorgaande doet o.i. vragen rijzen omtrent de juridische correctheid van het oordeel van de rechtbank, dat de niet-tegenwerpelijheid ten aanzien van de overheid afleidt uit het gegeven dat er geen overschrijving in het hypotheekregister heeft plaatsgehad. O.i. had de rechtbank haar oordeel beter gestoeld op het (kennelijke) gebrek aan bewijs dat de onroerende goederen ooit onder trustverband waren gebracht.

797. Indien de fiscus daarentegen de belasting heeft kunnen vestigen, en hij deze vervolgens wenst te innen, zal hij optreden als schuldeiser en zal hij wel beschouwd worden als een derde. Op zichzelf genomen is zulks echter nog niet voldoende om zich kunnen beroepen op de niet-overschrijving. Een gewone schuldeiser heeft immers slechts een persoonlijk recht op de debiteur. Zij 'realiseren' hun aanspraak op het onroerend goed pas van zodra zij beslag leggen of een zakelijk zekerheidsrecht met betrekking tot het onroerend goed verkrijgen, zodanig dat zij uit concurrentie treden met de andere persoonlijke schuldeisers van hun debiteur.²³⁰⁹ Zulks hoeft voor de fiscale administratie voor wat betreft de invordering van het recht van overgang evenwel geen probleem te zijn, daar hij

²³⁰⁶ J. VAN HOUTTE, *Beginselen van Belgisch Belastingrecht*, Brussel, Bruylant, 1979, 53 – 54.

²³⁰⁷ Gent 18 maart 1999, *FJF* nr. 99/121; Gent 27 september 1988, *AFT* 1989, 48 (met noot L. MAES); Rb. Brussel 26 oktober 2001, *TFR* 2002, 421 (met noot J. VAN IN).

²³⁰⁸ G. DE NEEF, C. KEMPENEERS, F. KRANSFELD, *Overdracht van ondernemingen. Fiscale en vermogensrechtelijke aspecten*, Brussel, Larcier, 2015, 180; J. VAN HOUTTE, *Beginselen van Belgisch Belastingrecht*, Brussel, Bruylant, 1979, 52: "T.a.v. de fiscus is het onverschillig of aan de rechtshandeling de publiciteit gegeven werd, welke de wet voorziet opdat zij aan derden zou kunnen tegengesteld worden [...] In publiekrechtelijke betrekkingen tussen de belastingplichtigen en de Administratie kan integendeel een beroep worden gedaan op het bestaan van een akte, al werd deze niet regelmatig bekendgemaakt". Zie ook: Antwerpen 21 april 1998, *Fisc.Koer.* 1998, 98/338 – 98/340; Antwerpen 18 september 1995, *FJF* 1995, nr. 95/200.

²³⁰⁹ E. DIRIX, R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 110.

binnen de 18 maanden na het overlijden een retroactief werkende inschrijving kan nemen van zijn wettelijke occulte hypotheek op de onroerende goederen van de overledene (artikel 86 W.Succ./artikel 3.10.5.3.2., §2 VCF). Deze inschrijving werkt vervolgens terug tot op het ogenblik van het overlijden van de erflater. In het besproken vonnis wordt evenwel niet verwezen naar de wettelijke hypotheek van de fiscus. Noch wordt in het vonnis gewag gemaakt van de bijzondere bewijsmiddelen die de fiscus kan aanwenden op grond van de artikelen 108 en 109 W. Succ. (artt. 2.7.3.2.4. en 2.7.3.2.5., eerste lid VCF).

(c) *Derde geval: erkenning en fiscale gevolgen van een irrevocable fixed trust*

798. De feiten van de laatst besproken zaak, die eveneens werd beslecht door de rechtbank te Brussel, waren als volgt²³¹⁰: een Belgisch rijksinwoner overleed op 11 maart 1984, en liet acht kinderen na als reservataire erfgenamen. De erflater had bij laatste wilsbeschikking één van de kinderen aangesteld als algemeen legataris, zodat dit kind 11/32^e van de nalatenschap zou verkrijgen. De overige kinderen ontvingen elk 3/32^e van de nalatenschap. Voor diens overlijden had de *decurus* nog een *trust* opgericht en had daarin 100.000 aandelen van een Engelse *limited company* ondergebracht. De *beneficiary* van deze *trust* was een tweede *trust* waarvan de *decurus* gedurende diens leven de effectieve *beneficiary* was. Na diens overlijden werd de *decurus* opgevolgd door drie andere *beneficiaries*, zijnde de oudste zoon en twee kleinkinderen. Bepaalde erfgenamen weigerden echter om de aandelen op te nemen in de aangifte van de nalatenschap, aangezien de *settlor* deze een zestal jaren voor diens overlijden onder trustverband had gebracht. De fiscale administratie betwistte de rechtsgeldigheid van de *trusts* en stelde dat het bestaan daarvan haar niet kon worden tegengeworpen.

799. Met betrekking tot de vraag naar de rechtsgeldigheid van de *trusts* verwees de rechtbank naar artikel 122 WIPR om vervolgens te besluiten dat de *trust* "*un démembrement de propriété inconnu du droit belge*" impliceerde. Echter, de rechtbank wees op het gegeven dat *trusts* in het verleden door de Belgische rechtspraak werden erkend en dat zij als zodanig niet strijdig waren met de openbare orde.

De rechtbank stelde vervolgens vast dat het ging om *trusts* "*réalisés par acte synallagmatique, sous forme de contrat entre settlor et trustee*" en dat het *irrevocable fixed trusts* betrof. De rechtbank leidde hieruit af dat et op civielrechtelijk vlak vaststond dat de desbetreffende goederen het vermogen van de *settlor* op onherroepelijke wijze hadden verlaten. Op civielrechtelijk vlak zag de rechtbank verder geen fundamentele problemen. Een probleem kon er volgens de rechtbank eventueel zijn geweest indien de *trust* het beschermd erfdeel van de reservataire erfgenamen zou aantasten. De rechtbank gaf daarbij aan dat in het geval een reservataire erfgenaam zich zou beroepen op zijn of haar beschermd erfdeel, dit conflict diende opgelost te worden door de *trust* in te korten tot het

²³¹⁰ Rb. Brussel 22 april 2010, *RGCF* 2011, 246 (met noot P. DE PAGE), *Rec.gén.enr.not.* 2011, 22 (met noot E. DE WILDE D'ESTMAEL).

beschikbaar deel, en niet door de *trust* nietig te verklaren. *In casu* deed echter geen enkele erfgenaam een beroep op zijn of haar rechten als reservataire erfgenaam. Bovendien was de rechtbank van oordeel dat het oprichten van de *trust* in kwestie niet gestoeld was op een ongeoorloofde oorzaak.

Met betrekking tot de tegenwerpelijkheid van de trustverhouding verwierp de rechtbank het argument van de fiscale administratie dat de aandelen in de Engelse *limited company* het vermogen van de *settlor* niet daadwerkelijk verlaten hadden. De administratie baseerde zich daarbij onder meer op het gegeven dat de *settlor* gedurende zijn leven tevens de *beneficiary* was van de tweede *trust* en zich enkele *powers* had voorbehouden om desgevallend de *trustees* te ontslaan en nieuwe *trustees* te benoemen. De rechtbank weigerde echter te aanvaarden dat deze *powers* of de cumulatie van bepaalde hoedanigheden, de waarachtigheid van de trustverhouding zouden aantasten. Zodoende kon het bestaan van de *trust* worden tegengeworpen aan de administratie.

800. Vervolgens kwam de rechtbank toe aan de fiscale behandeling van de tweede *trust*. De fiscus beriep zich in *casu* op artikel 8 W.Succ. om de trustbeschikkingen ten voordele van de drie *beneficiaries- remaindermen* toch te onderwerpen aan de heffing van successierechten. Dit is in lijn met het standpunt dat de federale fiscale administratie en VLABEL reeds eerder innamen met betrekking tot de belastbaarheid van *trusts* voor wat betreft de successierechten (zie *infra*, randnr. 1127). De rechtbank merkte daarbij terecht op dat er – althans volgens de toenmalige stand van de wetgeving – geen enkele fiscale wetsbepaling rechtstreeks betrekking had op *trusts*. Daarom diende de fiscale rechter de trustverhouding nader te kwalificeren, teneinde na te gaan of er inderdaad een belastbaar feit voorhanden was. De rechtbank stelde vervolgens vast dat de *trust* geen enkele rechtstreekse juridische equivalent had in België. Daardoor diende zij als vreemde rechtsfiguur aan de hand van haar eigen toepasselijke recht te worden onderzocht, teneinde te bepalen of de toepassing van enige Belgische fiscale wetsbepaling aanleiding kon geven tot belastingheffing. Vervolgens stelde de rechtbank: “*Dès lors, pour apprécier si le trust, institution étrangère, constitue un acte taxable en droit fiscal belge, il convient de prendre en considération son but et ses effets au regard de la loi étrangère à laquelle est soumis et de les rapprocher du droit commun belge. Le recours à la méthode téléologique, pour la qualification du trust, est certainement le plus indiqué pour respecter la nature et les effets du trust*” (eigen onderlijning). De conclusie van de rechtbank bestond erin dat, hoewel de *trusts* op het vlak van hun juridische kenmerken zeker niet te reduceren vielen tot een schenking of legaat in de zin van het Belgische BW, zij wel hetzelfde doel en effect hadden als een legaat: “*Dans cette mesure, du point de vue fiscal, il faut assimiler les trusts litigieux à des legs particuliers [...] Cette interprétation téléologique, prima facie contraire au principe d’interprétation stricte du droit fiscal, lui-même fondé sur le caractère dérogatoire du droit fiscal à la franchise générale des personnes et des choses, se justifie par la nécessité d’interpréter des institutions inconnues de notre droit et une loi étrangère qui, elle-même, « déroge » à notre droit. Raisonner autrement remettrait d’ailleurs dangereusement en cause toute la cohérence de notre système fiscal.*”

Hoewel de rechtbank dus van oordeel was dat de *trust* als zodanig geen bijzonder legaat betrof, kon deze *trust* toch worden gelijkgesteld met een bijzonder legaat ten voordele van de *beneficiaries* met het oog op de toepassing van artikel 8 W.Succ. Tegen het argument dat een *trust* geen overeenkomst is, bracht de rechtbank in dat de *trusts* in kwestie zelf hun oorsprong vonden in een wederkerige overeenkomst waarbij de aandelen werden overgedragen aan de *trustee* die deze zou beheren. Gelet op het feit dat het een *fixed trust* betrof, leidde de rechtbank af dat de *beneficiaries* tevens eigen rechten *sui generis* verkregen. Volgens de rechtbank betrof het een soort hybride recht dat het midden hield tussen een persoonlijk vorderingsrecht en een zakelijk recht, doch voor de toepassing van artikel 8 W.Succ. maakte dit volgens de rechtbank geen verschil.

801. Het is opvallend dat de dat de rechtbank te Brussel op civielrechtelijk vlak in de eerste plaats aansluiting zoekt bij de bestaande Belgische rechtspraak inzake de erkenning van buitenlandse *trusts*, die veelal dateert van vóór de introductie van het WIPR. De rechtbank verwijst daarbij expliciet naar het vonnis van dezelfde rechtbank van 27 november 1947 (zie *supra*, randnr. 620). Ook op andere vlakken bevestigt de rechtbank enkele punten die hoger werden behandeld. Zo stelt de rechtbank expliciet dat, indien er een probleem was gerezen met betrekking tot de rechten van de reservataire erfgenamen, de *trust* niet diende te worden getroffen door de nietigheidssanctie, maar wel te worden ingekort tot het beschikbaar deel.

802. De meest interessante aspecten van het vonnis zijn evenwel gelegen in de fiscale behandeling die aan de *trust* wordt gegeven. De fiscale implicaties van het gebruik van buitenlandse *trusts* zullen evenwel worden behandeld in Deel IV van voorliggend onderzoek. Het volstaat om hier slechts een aantal opmerkingen te formuleren betreffende sommige markante aspecten van het vonnis in kwestie.

803. Ten eerste kan worden opgemerkt dat de rechtbank de kwestie mede lijkt te hebben beslecht aan de hand van een juridische techniciteit die eigen was aan de zaak zelf. Uit het gegeven dat *trusts* in kwestie hun oorsprong vonden in een overeenkomst, knoopt de rechtbank aan bij artikel 8 W. Succ. Volgens de rechtbank is er immers sprake van een contractuele overeenkomst, waarin zekere en bepaalde rechten worden toegekend aan derden (i.e. de *beneficiaries*) en is er sprake van een soort driehoeksverhouding. Hoger (*supra*, randnr. 660 e.v.) hebben wij echter de kwalificatie van een trustverhouding als beding ten behoeve van een derde verworpen.²³¹¹ Zelfs in het onderhavige geval, waar de *trust* haar oorsprong zou vinden in een contractuele verhouding, kan worden vastgesteld dat de overeenkomst in kwestie niet te vereenzelvigen valt met de trustverhouding zelf. Indien de logica van het raketlanceerdermodel hierop wordt toegepast, dient te worden vastgesteld dat de overeenkomst in kwestie enkel de *trigger* vormt waarmee de trustverhouding in het leven werd geroepen. In tegenstelling tot een

²³¹¹ Cf. L. WEYTS, "To trust or not to trust: het notariaat geconfronteerd met deze Angelsaksische rechtsfiguur, from the frontdoor to the backdoor", *T.Not.* 2017, 398, die in de trustfiguur 'naar onze maatstaven' wel een beding ten behoeve van een derde ziet. De auteur verwijst echter, o.i., evenzeer ten onrechte, meermaals op de vermeende contractuele aard van de trustfiguur. Zie: *Ibid*, 395, 396.

beding ten behoeve van een derde, zelfs indien een dergelijk beding op zichzelf bestaat²³¹², gaat de trustverhouding een autonoom bestaan leiden van zodra zij rechtsgeldig in het leven is geroepen. Zij komt zodoende los te staan van de overeenkomst waarin zij haar oorsprong vindt.

804. Bovendien is het opvallend dat de rechtbank zich toch genoodzaakt ziet om de *trust* fiscaal te assimileren met een bijzonder legaat ten voordele van elk van de onderscheiden *beneficiaries-remaindermen*. De rechtbank beroept zich daarbij op de rechtvaardigingsgrond dat elke buitenlandse juridische instelling dient te worden 'geïnterpreteerd' teneinde de coherentie van het Belgische fiscaal systeem niet in gevaar te brengen. Daarbij moet er op worden gewezen dat een dergelijke interpretatieoefening *in fiscalibus* niet mag ontaarden in een (in een het fiscaal recht verboden²³¹³) interpretatie bij analogie. In het fiscaal recht geldt nog steeds als uitgangspunt dat de fiscale wet strikt dient te worden geïnterpreteerd.²³¹⁴ Deze interpretatieregel alsook het verbod op analogische interpretatie in het fiscaal recht wordt in de regel gestoeld op het fiscaal legaliteitsbeginsel: de fiscale wet kan slechts worden toegepast op situaties die uitdrukkelijk door de wetsbepaling worden geïnterpreteerd (zie *infra*, randnr. 986 e.v., i.h.b. randnr. 988).²³¹⁵ Op grond van een analogische interpretatie zouden immers gevallen konden worden belast die door de fiscale wetgever niet expliciet belastbaar werden gesteld. Over de toelaatbaarheid van de teleologische interpretatiemethode bestaat in het fiscaal recht evenwel meer discussie. Bepaalde auteurs stellen zonder meer dat de teleologische interpretatiemethode in het fiscaal recht eveneens uit den boze is.²³¹⁶ Middels een toepassing van de teleologische interpretatiemethode kan het toepassingsgebied van een fiscale wet immers eveneens worden uitgebreid tot situaties die de fiscale wetgever niet uitdrukkelijk heeft geïnterpreteerd op het ogenblik dat de desbetreffende wetgeving werd uitgevaardigd. Andere auteurs nemen een genuanceerder standpunt in en stellen dat de teleologische interpretatiemethode kan worden aangewend om de werkelijke bedoeling van de

²³¹² Zie *supra*, randnr. 664.

²³¹³ Cass. 13 april 1978, *Pas.* 1978, I, 910.

²³¹⁴ Cass. 10 november 1997, *Arr.Cass.* 1997, 1106, *JDF* 1998, 110; A. TIBERGHIE, "De interpretatie van de fiskale wet", *AFT* 1959 – 1960, 23; I. CLAEYS-BOUÚAERT, "De interpretatie van de fiscale wet", *T.Not.* 1961, 127; J.J. COUTURIER, B. PEETERS, E. VAN DE VELDE, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2016, 47; E. VAN DE VELDE, *Afspraken met de fiscus: de grenzen, de juridische kwalificatie en rechtsgevolgen*, Brussel, Larcier, 2009, 197; N. LAUWERS, "De draagwijdte van het beginsel 'in dubio contra fiscum'", *AFT* 2016, afl. 4, 34; L. DE BROE, F. DEBELVA, "Basisprincipes van het Belgisch fiscaal recht" in L. DE BROE (ed.), *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Kluwer, 2017, 37; S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 21 – 22; I. VAN DE WOESTEYNE, *Fiscaal recht in essentie*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 17; L. BROSENS, A. VAN DE VIJVER, "Waardeverminderingen op het vruchtgebruik op aandelen: een complex gegeven", *TFR* 2012, 475; T. DE CLERCK, "Taal: de rechtsonzekerheid in het fiscaal recht?", *TFR* 2012, 958.

²³¹⁵ N. LAUWERS, "De draagwijdte van het beginsel 'in dubio contra fiscum'", *AFT* 2016, afl. 4, 35.

²³¹⁶ A. TIBERGHIE, "De interpretatie van de fiskale wet", *AFT* 1959 – 1960, 30 – 31; J.J. COUTURIER, B. PEETERS, E. VAN DE VELDE, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2016, 47; P. DE PAGE, (noot onder Rb. Brussel 22 april 2010), *RGCF* 2011, 254.

fiscale wetgever te achterhalen. Zij mag evenwel niet ontaarden in een *de facto* analogische interpretatie, zodat een belangrijke grens wordt gesteld aan de aanwending van de teleologische interpretatie in het fiscaal recht.²³¹⁷

805. Op het eerste gezicht leunt de teleologische interpretatie die de rechtbank te Brussel naar eigen zeggen hanteert evenwel dicht aan bij een analogische interpretatie. Uit de tekst van het vonnis blijkt dat de conclusie van de rechtbank dat de *trust* dient te worden gelijkgesteld met een reeks bijzondere legaten voor wat betreft de toepassing van artikel 8. W.Succ., niet zozeer gesteund is op de bedoelingen van de fiscale wetgever. Doorslaggevend voor de rechtbank waren het doel en de effecten van de *trust* zelf, zodat zij in die aspecten werd geacht te gelijken op een reeks bijzondere legaten. De assimilatie die de rechtbank doorvoerde bevestigt deze lezing. Zo stelde de rechtbank dat "*les trusts litigieux constituant des legs particuliers taxables en application de l'article 8 du Code des droits de succession*" (eigen onderlijning). De vergelijkbaarheid, die in het doel en de gevolgen van deze rechtsfiguren zelf wordt gezocht, was dus in de ogen van de rechtbank kennelijk zo groot, dat zij aan elkaar konden worden gelijkgesteld.

Bij nader inzien wordt dan ook duidelijk dat de rechtbank niet zozeer de fiscale wet 'interpreteert', maar in de eerste plaats de *trusts* zelf. In het gedeelte van het vonnis dat betrekking heeft op de civielrechtelijke erkenning van de *trust* verwijst de rechtbank naar het bepaalde in artikel 122 WIPR en laat zij de aard van de *trust* voor het overige ongemoeid. Echter, voor wat betreft de fiscale behandeling van de *trust* maakt de rechtbank gebruik van een variant van de hoger vernoemde deconstructie-assimilatietechniek, zij het dat de aanwending ervan beperkt wordt tot de fiscale behandeling van de *trust*. Ten gevolge hiervan doet er zich *prima facie* een breuklijn voor tussen de civielrechtelijke en de fiscaalrechtelijke behandeling die aan de *trust* wordt gegeven. De doelgebonden assimilatie voltrekt zich dus enkel *in fiscalibus* onder de noemer van een 'teleologische interpretatie'. Op de vraag of een dergelijke werkwijze naar vigerend Belgisch recht kan worden aanvaard, zal worden teruggekomen in Deel IV van voorliggend onderzoek.

viii. **Beperkingen aan de (gevolgen van de) erkenning van buitenlandse trusts: goederenrechtelijke beperkingen**

806. Bij de aanvang van Deel II van voorliggend onderzoek werd reeds gewezen op het gegeven dat de erkenning van de *trust* in België in de eerste plaats een goederenrechtelijk probleem betreft.²³¹⁸ Dit geldt zowel betreffende vraag naar de

²³¹⁷ J. VAN HOUTTE, "De interpretatie van fiscale wetten", *AFT* 1954 – 1955, 317 – 318; J. VAN HOUTTE, *Beginselen van Belgisch Belastingrecht*, Brussel, Bruylant, 1979, 179; N. LAUWERS, "De draagwijdte van het beginsel 'in dubio contra fiscum'", *AFT* 2016, afl. 4, 36; I. CLAEYS-BOUÛAERT, "De interpretatie van de fiscale wet", *T.Not.* 1961, 149, 152; F. WERDEFROY, *Registratierechten 2014 – 2015*, I, Mechelen, Kluwer, 2015, 81.

²³¹⁸ M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 709.

invoering van een (algemene) *trust* of *fiducie* waarbij de beneficiaris een zakelijk recht op de onder bewind gestelde goederen geniet als op de erkenning van geldig opgerichte buitenlandse trustverhoudingen²³¹⁹. Hoger is immers herhaaldelijk vastgesteld dat de Belgische wetgever met de invoering van een afzonderlijke verwijzingscategorie voor *trusts* niet beoogde om de *trust de jure* of *de facto* in te voeren of te laten invoeren in de Belgische rechtsorde.

Gelet op de wilsautonomie die in het IPR bestaat voor wat betreft het aanduiden van een buitenlands trustrecht, zou het tolereren van geheel 'interne *trusts*' de Belgische rechtsonderhorige toelaten om de (gepercipieerde) onvolkomenheden van het Belgische goederenrecht te omzeilen door eenvoudige rechtskeuze te maken voor een buitenlands trustrecht. Het is dan ook mede om deze reden dat in het IPR normaliter géén ruimte wordt gelaten voor een rechtskeuze in het goederenrecht, waar de *lex rei sitae*-regel speelt (zie *supra*, randnr. 507).²³²⁰ Deze conclusie vormde dan op zijn beurt de reden om een strikt goederenrechtelijke kwalificatie van de *trust* te verwerpen, aangezien dit een overbedeling van de *lex rei sitae* tot gevolg zou hebben en sterke territoriale partities zou aanbrengen in een *trust* waarvan de goederen in verschillende landen gelegen zijn.

807. Een gelijkaardige discussie heeft zich overigens voltrokken in het IPR betreffende vennootschappen. Ook het vennootschapsrecht strekt er immers toe om afspraken tussen vennoten tegenwerpelijk te maken aan derden. Het vennootschapsrecht vertoont daarom bijwijlen een sterke functionele gelijkenis met het goederenrecht.²³²¹ Zo impliceert het oprichten van een vennootschap tevens vermogensafschieding, beperkte aansprakelijkheid en dienen de schuldeisers van de vennoten zich in beginsel te laten tegenwerpen dat vermogensbestanddelen van hun schuldenaar worden ingebracht in het vennootschapsvermogen. Zij zullen zich desgevallend slechts kunnen verhalen op de aandelen die de vennoten daarvoor in de plaats krijgen. Het is om deze reden dat bepaalde auteurs pleiten voor een toepassing van de zogeheten 'werkelijke zetelleer' in het vennootschapsrechtelijke IPR.²³²² Door het toepassen van het recht van de *situs* van de 'werkelijke zetel' van de vennootschap wordt dan voorzien in een objectieve verwijzingsregel, vergelijkbaar met de toepassing van de *lex rei sitae*. De hedendaagse meerderheidsopvatting in België lijkt evenwel meer te voelen voor een evolutie

²³¹⁹ Wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, Verslag namens de Commissie voor Justitie, *Parl. St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/7, 236.

²³²⁰ Zie ook: V. SAGAERT, "Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten", *TPR* 2005, 1032.

²³²¹ J. VANANROYE, *Organisatierecht: werfbezoek aan een onvoltooide piramide*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 38 – 43; J. ARMOUR, M.J. WHINCOP, "The Proprietary Foundations of Corporate Law", *Oxford Journal of Legal Studies* 2007, 429 – 465; H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, "The Essential Role of Organizational Law", *Yale Law Journal* 2000, 397 – 440.

²³²² J. VANANROYE, *Organisatierecht: werfbezoek aan een onvoltooide piramide*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 43 – 45; J. VANANROYE, G. LINDEMANS, "Het einde van de wereld die we kennen is nabij", *TRV* 2015, 701 – 702; J. VANANROYE, G. LINDEMANS, "Schuldeisersbescherming in het vennootschapsrecht: een rouwbericht" in VRG ALUMNI (ed.), *Recht in beweging – 24^e VRG-Alumnidag*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 2017, 293 e.v.

naar de statutaire zetelleer, die een keuze van de toepasselijke *lex societatis* toelaat.²³²³ Het hanteren van de statutaire zetelleer impliceert evenwel de toelating van een zekere wilsvrijheid in een rechtsmaterie met sterke goederenrechtelijke gevolgen. Welnu, zulks is in het IPR met betrekking tot *trusts* niet anders.

Ten gevolge hiervan rijst evenwel de vraag in welke mate de doorwerking van het buitenlandse trustrecht afstuit op de toepassing van de (dwingende) Belgische goederenrechtelijke regels.

808. In wat volgt zullen de belangrijkste (mogelijke) goederenrechtelijke problemen aan een nader onderzoek worden onderworpen, teneinde na te gaan of de mogelijkheid voor buitenlandse *trusts* om rechtsgevolgen te ressorteren, in België fundamentele conflicten met het Belgische goederenrecht oplevert. Verondersteld wordt dus dat het gaat om goederen die in België gelegen zijn, zodat het Belgische goederenrecht geldt als *lex rei sitae*. Tegelijk zal worden vastgesteld in hoeverre dergelijke *trusts* kunnen doorwerken in de Belgische rechtsorde en waar de belangrijkste juridische grenzen liggen. Opnieuw zij er op gewezen dat het oogmerk van dit onderzoek er niet in bestaat om ieder mogelijk probleem of rechtsgevolg op te sporen en op exhaustieve wijze bloot te leggen. Een dergelijke betrachting zou onhaalbaar zijn, gelet op draagwijdte van dit onderzoek. De hieropvolgende uiteenzetting zal zich in bepaalde gevallen noodzakelijkerwijze beperken tot het uitklaren van kwesties van fundamentele of principiële aard.

809. Komen daarom in wat volgt aan bod: de impact van de *numerus clausus* in het Belgische goederenrecht en de implicaties daarvan voor de rechtspositie van de *trustee* en de *beneficiaries*, de vraag of de *trust* aanleiding kan geven tot het bestaan van (zakelijke) rechten zonder titularis en de vraag of het beginsel van de eenheid en ondeelbaarheid van het vermogen de erkenning van een buitenlandse *trust* verhindert.

(a) *De numerus clausus in het goederenrecht*

810. Het *numerus clausus*-beginsel staat centraal bij het onderscheid tussen het (eerder) open systeem dat wordt gehanteerd in het verbintenissenrecht en het (eerder) gesloten stelsel van de zakelijke rechten. Uit het *numerus clausus* beginsel in het goederenrecht volgt dan ook dat vermogensrechten slechts zakelijke werking hebben in zoverre dit door de wet wordt erkend.²³²⁴ Zodoende kan alleen de

²³²³ D. BRULOOT, K. MARESCEAU, "Koudwatervrees"; *TRV-RPS* 2016, 115 – 116; K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 408 e.v.

²³²⁴ H. DE PAGE, *Traité*, I, Brussel, Bruylant, 1962, 195; K. SWINNEN, "Het nutsvereiste bij erfdiensbaarden: one of a kind?", *TPR* 2015, 1221 - 1129; V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 13; V. SAGAERT, "Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten", *TPR* 2005, 1029; M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 709; F. VAN NESTE, *Deel V 'Zakenrecht, I'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 59; W. VAN GERVEN, *Deel I 'Algemeen Deel'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Gent,

wetgever nieuwe zakelijke rechten tot stand brengen. Evenwel moet het gebrek aan wilsvrijheid binnen het goederenrecht ook niet worden overdreven. Volgens de traditionele opvatting dienen de partijen te kiezen uit een door de wetgever aangeboden catalogus van zakelijke rechten, waarvan de belangrijkste bestanddelen ook door de wetgever worden geregeld. Hoger (*supra*, vn. 124) hebben wij opgemerkt dat beide aspecten in het Duitse recht verder worden onderscheiden onder de noemer *Typenzwang* en *Typenfixierung*. Indien de partijen voor een bepaald door de wetgever aangereikt zakelijk recht hebben gekozen, kunnen zij dus binnen de door de wetgever gestelde grenzen naar eigen inzicht invulling geven aan het desbetreffende zakelijk recht. Het is hierbij overigens niet zozeer de geldigheid van het vermogensrecht die ter discussie staat, maar wel de vraag of aan een bepaald vermogensrecht zakelijke werking toekomt.

De beweerde wettelijke grondslag kan in België en Frankrijk worden aangetroffen in de vorm van artikel 543 BW/CC. Deze bepaling luidt als volgt: "*Men kan op de goederen, of een recht van eigendom, of enkel een recht van genot, of enkel een recht van erfdiensbaarheid hebben.*" In de hedendaagse rechtsleer wordt algemeen aanvaard dat deze bepaling niet anders dan exemplatief kan zijn, gelet op de manifeste onvolledigheid ervan.²³²⁵ Bepaalde auteurs stellen zich dan ook de vraag of het *numerus clausus*-beginsel wel een eigenlijke wettelijke grondslag heeft in het Belgische recht.²³²⁶ Ook in het ZBW kan een exemplatieve bepaling worden teruggevonden die vooropstelt welke zakelijke rechten vatbaar zijn voor overschrijving, maar ook in het Zwitserse recht heeft de *numerus clausus* geen expliciete wettelijke basis.²³²⁷ In het Nederlandse recht steunt de *numerus clausus*

Story-Scientia, 1987, 96; T.H.D. STRUYCKEN, "The *Numerus Clausus* and Party Autonomy in the Law of Property" in R. WESTRIK, J. VAN DER WEIDE (eds.), *Party Autonomy in International Property Law*, Munchen, Sellier European Law Publishers, 2011, 59.

Over de historische totstandkoming van dit beginsel, zie: E. GOESSENS, "De historische oorsprong van het *numerus clausus* beginsel in het goederenrecht", *Jura. Falc.* 2010 – 2011, 153 – 208.

Voor Frankrijk, zie: H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, F. GIANVITI, *Biens : droit de propriété et ses déembrements*, Parijs, Montchrestien, 1994, 4; L. JOSSEMAND, *Cours de droit civil positif français*, I, Parijs, 1932, nr. 1337.

Voor Nederland, zie: T.H.D. STRUYCKEN, *De numerus clausus in het goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 1; H.J. SNIJDERS; E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 60 e.v.; B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 6, 320 – 329.

Voor Zwitserland: D. PANNATIER KESSLER, *Le droit de suite et sa reconnaissance en Suisse selon la Convention de La Haye sur les trusts*, Zürich, Schulthess, 2011, 234 – 236; B. FOËX, *Le numerus clausus des droits réels en matière mobilière*, Lausanne, Payot, 1987, 42.

²³²⁵ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 263 – 264 en de verwijzingen aldaar; V. SAGAERT, "Party Autonomy in French and Belgian Law" in R. WESTRIK, J. VAN DER WEIDE (eds.), *Party Autonomy in International Property Law*, Munchen, Sellier European Law Publishers, 2011, 121 – 122; V. SAGAERT, "Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten", *TPR* 2005, 1033; F. GOTZEN, "Zakelijke rechten: plaats en aantal in het burgerlijk recht", *RW* 1978 – 1979, 2339.

²³²⁶ C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 658.

²³²⁷ B. FOËX, *Le numerus clausus des droits réels en matière mobilière*, Lausanne, Payot, 1987, 87.

in het goederenrecht op artikel 3:81 NBW, dat echter geen opsomming biedt van mogelijke zakelijke rechten.²³²⁸ Een aanvullende wettelijke grondslag voor de *numerus clausus* in het Belgische goederenrecht, althans voor wat betreft zakelijke zekerheden, kan nog gevonden worden in artikel 8 Hyp.W., waaruit volgt dat een reden van voorrang slechts door de wet kan worden bepaald.²³²⁹ Gelijkaardige regels vloeien voort uit artikel 3:278 NBW en artikel 2285 CC.²³³⁰

811. Over het antwoord op de vraag of *common law*-stelsels tevens een *numerus clausus* van zakelijke rechten kennen, wordt in de literatuur gedebatteerd.²³³¹ Hoger (*supra*, randnr. 113 en 200) werd reeds gewezen op de *Law of Property Act* 1925 die het aantal zakelijke rechten in de Engelse *common law* (*sensu stricto*) aan banden legde. Er kan daarom worden geargumenteed dat er, althans naar *common law*, een *numerus clausus* van zakelijke rechten in het Engelse recht bestaat.²³³² De vraag of er een vaste catalogus van zakelijke rechten bestaat naar *equity* is evenwel moeilijker te beantwoorden.²³³³ Hoger is overigens gebleken dat via een trustverhouding een complex systeem van juridische verhoudingen kan schuilgaan dat minstens in bepaalde gevallen (quasi-)goederenrechtelijke gevolgen kan ressorteren, ongeacht het antwoord op de vraag naar de exacte aard van de rechten van de *beneficiary* onder een *trust* naar Engels recht (zie *supra*, randnr. 275 e.v.). Toch blijkt uit de Engelse rechtspraak dat ook vóór de introductie van de *Law of Property Act* 1925 bepaalde filters bestonden

²³²⁸ T.H.D. STRUYCKEN, "The Numerus Clausus and Party Autonomy in the Law of Property" in R. WESTRIK, J. VAN DER WEIDE (eds.), *Party Autonomy in International Property Law*, Munchen, Sellier European Law Publishers, 2011, 61.

²³²⁹ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 265; V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht' in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 14.

²³³⁰ V. SAGAERT, "Party Autonomy in French and Belgian Law" in R. WESTRIK, J. VAN DER WEIDE (eds.), *Party Autonomy in International Property Law*, Munchen, Sellier European Law Publishers, 2011, 122.

²³³¹ S. VAN ERP, "Chapter one. General Issues: Setting the Scene" in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2012, 67; T.H.D. STRUYCKEN, "The Numerus Clausus and Party Autonomy in the Law of Property" in R. WESTRIK, J. VAN DER WEIDE (eds.), *Party Autonomy in International Property Law*, Munchen, Sellier European Law Publishers, 2011, 66 – 69; D. HAYTON, P. MATTHEWS, "England and Wales" in A-L. VERBEKE (ed.), *International Encyclopaedia of Laws: Property and Trust Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, 17 e.v.; S. VAN ERP, "A Numerus Quasi-Clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law?", *Electronic Journal of Comparative Law* 2003, afl. 7.2, nr. III; B. RUDDEN, "Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem" in J. EEKELAAR, J. BELL (eds.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1987, 239 – 263.

²³³² B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 390 – 392. STORME heeft het in dit verband over 'een zekere *numerus clausus*', zie: M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 711.

²³³³ S. VAN ERP, "Chapter one. General Issues: Setting the Scene" in S. VAN ERP, B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2012, 67.

De laatste keer dat de Engelse rechtbank expliciet een nieuw zakelijk recht *in equity* hebben erkend was in de zaak *Tulk v. Moxhay* in 1848. Zie: *Tulk v. Moxhay* [1848] 2 Ph 744. Het betrof hier een *restrictive covenant*.

waardoor vermogensrechten dienden te passeren, vooraleer zij werden erkend als een *property right*. Zo oordeelde de *Lord Chancellor's Division* op 19 januari 1834 dat partijen niet zomaar nieuwsoortige zakelijke rechten met betrekking tot onroerende goederen konden scheppen.²³³⁴ Van een geheel open systeem van zakelijke rechten is dus in het Engelse recht evenmin sprake. In *common law*-stelsels waren het klassiek in de eerste plaats de rechtbanken die er op toezagen dat een (impliciete) *numerus clausus* van zakelijke rechten werd gehandhaafd. MERRILL en SMITH hebben het in dit verband over '*judicial self-governance*'.²³³⁵

Ook in de rechtseconomische literatuur wordt het bestaan van een *numerus clausus* van zakelijke rechten in *common law*-systemen onderkend, zij het dat verschillende auteurs er verschillende meningen op nahouden betreffende de functie en de zin of onzin van een *numerus clausus* in het goederenrecht.²³³⁶

812. In de literatuur worden aan de *numerus clausus* van de zakelijke rechten verschillende functies toegeschreven. SWINNEN wijst in dit verband op drie functies: de bescherming van de eigenaar van een goed, de bescherming van de potentiële verkrijger van een goed en de bescherming van het algemeen rechtsverkeer.²³³⁷

Het *numerus clausus*-beginsel beschermt de eigenaar van een goed, aangezien deze in beginsel geen rekening dient te houden met allerlei rechten die bijzondere rechtsvoorgangers hadden op dat goed, tenzij het een recht betreft dat voorkomt in de gesloten catalogus van zakelijke rechten. Zodoende biedt de *numerus clausus* rechtszekerheid: de eigenaar kan niet worden verontrust door goederenrechtelijke claims van anderen op zijn eigendom, tenzij het één van de limitatief voorziene gevallen betreft waarin het recht wel het bestaan van een zakelijk recht erkent.

Ten tweede beschermt de *numerus clausus* de potentiële verkrijger van een goed. Ook de potentiële verkrijger van een goed dient verbintenissen die zijn (bijzondere)

²³³⁴ *Keppel v. Bailey* [1834] 2 Myl & K, 517.

²³³⁵ T.W. MERRILL, H. E. SMITH, "Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle", *Yale Law Journal* 2000, 9 – 12; B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 387.

²³³⁶ Zo was RUDDEN in een bijdrage van 1987 nog van oordeel dat de *numerus clausus*-doctrine in essentie onverklaarbaar was, zie: B. RUDDEN, "Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem" in J. EEKELAAR, J. BELL (eds.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1987, 261. MUYLLE spreekt in dit verband over een 'axioma' van het burgerlijk recht, zie: M. MUYLLE, *De duur en beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 6.

Andere auteurs hebben evenwel enkele alternatieve denkpistes naar voren geschoven aan de hand waarvan zij het bestaan van een *numerus clausus* rechtvaardigden. Zie: T.W. MERRILL, H. E. SMITH, "Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle", *Yale Law Journal* 2000, 1 – 70; T.W. MERRILL, H.E. SMITH, "What Happened to Property in Law and Economics?", *The Yale Law Journal* 2001, 357 – 398; H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, "Property, Contract and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights", *Journal of Legal Studies* 2002, S373 – S417.

Het debat tussen MERRILL en SMITH enerzijds en HANSMANN en KRAAKMAN anderzijds kwam reeds aan bod in vn. 1085.

²³³⁷ K. SWINNEN, "Het nutsvereiste bij erfdienstbaarheden: one of a kind?", *TPR* 2015, 1222 – 1124.

rechtsvoorganger heeft aangegaan niet te respecteren, tenzij het een zakelijk recht betreft dat wordt erkend door de *numerus clausus* en waaraan genoegzaam publiciteit is gegeven. Indien dit niet het geval is, zal de verbintenis in kwestie hem niet tegenstelbaar zijn. Hier kan – althans voor wat betreft *common law*-systemen – aansluiting worden gezocht met het hoger (*supra*, vn. 1085) vermelde standpunt van MERRILL en SMITH. MERRILL en SMITH zien de *numerus clausus* immers als een systeemregel die informatiekosten drastisch reduceert en binnen aanvaardbare perken houdt. Indien elke persoon vrijelijk dergelijke rechten kan scheppen, dan dient iedereen op wie een correlerende plicht rust om deze rechten te respecteren, te achterhalen welke inhoud deze rechten net hebben. Dit is ook van belang voor potentiële verkrijgers van het goed, aangezien zij veel minder kosten zullen hebben met het nagaan van de (aard van) mogelijke aanspraken die derden hebben op het goed dat zij willen verkrijgen. Het *numerus clausus*-beginsel ziet er op toe dat slechts een beperkt aantal rechten kan bestaan, en dat deze rechten steeds onder vaste noemers worden gebracht. De voordelen van de erkenning van een nieuw zakelijk recht dient zodoende te worden afgewogen tegen de informatiekosten die bij alle derde-partijen worden gelegd om zich te informeren met betrekking tot de inhoud van dit nieuwe recht.²³³⁸ HANSMANN en KRAAKMAN schuiven evenwel een alternatieve theorie naar voren.²³³⁹ Volgens deze auteurs strekt de *numerus clausus* er niet zozeer toe om het aantal zakelijke rechten te standaardiseren. Een dergelijke functie kan de *numerus clausus* volgens de auteurs onmogelijk hebben, aangezien de inhoud van deze rechten sterk gemoduleerd kan worden. Van echte standaardisering is daarom geen sprake. Volgens HANSMANN en KRAAKMAN bestaat de functie van de *numerus clausus* er veeleer in om potentiële verkrijgers van een goed toe te laten om na te gaan of zij de onbezwaarde eigendom van het goed verkrijgen. In de woorden van HANSMANN en KRAAKMAN: “*These limitations serve not to facilitate communication among persons who transact in rights, but rather to facilitate verification of ownership of the rights offered for conveyance*”.²³⁴⁰ Volgens de auteurs kan als *default rule* worden aangenomen dat de eigendom van een goed inderdaad onbezwaard is, tenzij er op de geëigende wijze publiciteit is gegeven aan een recht waaruit het tegenovergestelde blijkt. Zij stellen immers: “*The law’s limitations on property rights take the form not of standardization into a discreet number of well-defined forms, but rather of regulation of the types and degree of notice required to establish different types of property rights*.”²³⁴¹

Ten derde beschermt het *numerus clausus*-beginsel volgens SWINNEN het ‘algemeen rechtsverkeer’, omdat het een al te sterke uitholling en versnippering van het eigendomsrecht tegengaat. Het tegengaan van een dergelijke uitholling en

²³³⁸ T.W. MERRILL, H. E. SMITH, “Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle”, *Yale Law Journal* 2000, 1 – 70; T.W. MERRILL, H.E. SMITH, “What Happened to Property in Law and Economics?”, *The Yale Law Journal* 2001, 386 – 387.

²³³⁹ H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, “Property, Contract and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights”, *Journal of Legal Studies* 2002, S373 – S417.

²³⁴⁰ *Ibid*, S374.

²³⁴¹ *Ibid*.

versnippering komt ten goede aan de snelheid en transparantie van het vrije handelsverkeer.²³⁴²

813. Andere auteurs schrijven veelal sterk verwante functies toe aan de *numerus clausus*. Volgens GRUYAERT houdt de bestaansreden van het *numerus clausus*-beginsel verband met de bescherming van de exclusiviteit van het eigendomsrecht. Ook op een individueel niveau voorkomt de *numerus clausus* dat de essentie van het eigendomsrecht kan worden uitgehold, gelet op de afschaffing van het feodale stelsel dat werd afgekondigd met de invoering van de *Code Civil*.²³⁴³ Zodoende wordt een *numerus clausus* van zakelijke rechten geacht in het belang te zijn van zowel de eigenaar van het goed als in het belang van derden, *a fortiori* derden die potentieel zullen contracteren met de eigenaar.²³⁴⁴

STRUYCKEN onderscheidt drie clusters rechtvaardigingen of verantwoordingen voor het bestaan van een *numerus clausus* in het goederenrecht.²³⁴⁵ Ten eerste een ethische dimensie, bestaande in het beschermen van de fundamentele vrijheden van de rechtssubjecten door middel van het afschaffen van feodale verhoudingen. Ten tweede beschermt de *numerus clausus* de handen en vrije circulatie van goederen. Ten derde verhoogt de *numerus clausus* de mate van rechtszekerheid in juridische transacties.

814. Ofschoon er verschillende belangrijke functies worden toegeschreven aan het goederenrechtelijk *numerus clausus*-beginsel, kan worden opgemerkt dat het beginsel vandaag in verschillende continentaal-Europese rechtsstelsels een zekere druk ondervindt die neigt naar de afzwakking van dit fundamentele beginsel.²³⁴⁶ Hoewel het *numerus clausus*-beginsel in de loop van de 20^e eeuw in de Belgische²³⁴⁷

²³⁴² V. SAGAERT, "Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten", *TPR* 2005, 1051 – 52.

²³⁴³ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 265 – 266.

Zie ook: B. FOËX, *Le numerus clausus des droits réels en matière mobilière*, Lausanne, Payot, 1987, 31.

²³⁴⁴ Zie voor een aantal kritische bedenkingen: V. SAGAERT, "Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten", *TPR* 2005, 1052 – 1056.

²³⁴⁵ T.H.D. STRUYCKEN, "The Numerus Clausus and Party Autonomy in the Law of Property" in R. WESTRIK, J. VAN DER WEIDE (eds.), *Party Automomy in International Property Law*, Munchen, Sellier European Law Publishers, 2011, 70 – 71.

²³⁴⁶ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 245 – 246, 276 – 277, 277 e.v.; V. SAGAERT, R. JANSSEN, "Goederenrecht: de gestage groei naar een conventioneel vermogensrecht", *RW* 2010 – 2011, 68; B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 657p; V. SAGAERT, "Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van vermogensrechten", *TPR* 2005, 1061 – 1062; S. VAN ERP, "A Numerus Quasi-Clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law?", *Electronic Journal of Comparative Law* 2003, afl. 7.2; D. PANNATIER KESSLER, *Le droit de suite et sa reconnaissance en Suisse selon la Convention de La Haye sur les trusts*, Zürich, Schulthess, 2011, 236 – 242; V. BOLGÁR, "Why no Trusts in the Civil Law?", *American Journal of Comparative Law* 1953, 214.

²³⁴⁷ Het principesarrest waar in de Belgische rechtsleer doorgaans wordt naar gewezen is het arrest Blicke van het Hof van Cassatie, zie: Cass. 16 september 1966, *Arr.Cass.* 1967,

en Nederlandse²³⁴⁸ rechtspraak verankerd werd, nam de Franse rechtspraak traditioneel een minder principiële positie in ten aanzien van het gesloten karakter van het goederenrecht. In dit verband kan worden verwezen naar het befaamde arrest *Caquelard* van 1834.²³⁴⁹ Ook in andere arresten nam het *Cour de cassation* geen stringente positie in ten aanzien van het gesloten systeem van het Franse goederenrecht.²³⁵⁰

Ook in recentere tijden heeft het Franse Hof afstand genomen van een al te stringente toepassing van het gesloten stelsel van het goederenrecht. Zo aanvaarde het *Cour de cassation* dat een eeuwigdurend aanplakingsrecht (*'droit d'affichage'*) een zakelijk recht uitmaakt, niettegenstaande het tot dan toe zeker niet geacht werd onder de *numerus clausus* te vallen.²³⁵¹ Ook werd het toestaan van eeuwigdurende en exclusieve gebruiksrechten op een deel van een appartementsgebouw door het Franse Hof aanvaard, zelfs indien een dergelijk recht werd toegekend aan een persoon die geen mede-eigenaar was.²³⁵²

In 2012 volgden nog twee andere arresten van het Franse *Cour de cassation* die in dezelfde richting wezen.²³⁵³ In een arrest van 23 mei 2012 erkende het Franse *Cour de cassation* een eeuwigdurend zakelijk recht om het bos op het perceel van een ander te exploiteren, zodat de bomen die zich op dit perceel bevonden mochten worden gekapt (*'droit de crû et croitre'*).²³⁵⁴

67, *JT* 1967, 59, *RCJB* 1968 (met noot J. HANSENNE). Bij nader inzien blijkt het slechts om een *obiter dictum* te gaan, zonder dat het Hof zich uitdrukkelijk uitspreekt over de open of gesloten aard van het goederenrecht. Zie: F. GOTZEN, "Zakelijke rechten: plaats en aantal in het burgerlijk recht", *RW* 1978 – 1979, 2339; cf. R. DERINE, F. VAN NESTE, H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, I, A in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1974, 59 – 61.

Het *numerus clausus*-beginsel vindt evenwel ook steun in enkele andere arresten van het Hof van Cassatie: Cass. 19 mei 1988, *Arr.Cass.* 1987 – 1988, 1230, *RW* 1988 – 1989, 571, *JT* 1988, 475; Cass. 17 oktober 1996, *RW* 1996 – 1997, 1395 (met noot M.E. STORME). STORME leest in het laatste arrest inderdaad een toepassing van het *numerus clausus*-beginsel, zie: M.E. STORME, "Zekerheidsoverdracht, *numerus clausus* van zakelijke rechten, en andere zekerheidsmechanismen na het cassatie-arrest van 17 oktober 1996", *RW* 1996 – 1997, 1399.

²³⁴⁸ HR 3 maart 1905, *WPNR* 1905, nr. 1884; H.W. HEYMAN, "Blaauboer/Berlips" (HR 3 maart 1905). Een momment van dogmatische zuiverheid, maar de praktijk is sterker dan de leer", *NTBR* 2002, 298 – 307. Uit de parlementaire voorbereiding van het nieuwe NBW wordt door de Nederlandse wetgever dan ook duidelijk aansluiting gezocht bij dit arrest van de Hoge Raad, zie: *Parlementaire Geschiedenis*, Boek 3, 310 en Boek 5, 3, 12 – 15.

²³⁴⁹ Cass. Fr. 13 februari 1834, *Recueil Sirey*, 1834, I, 205.

²³⁵⁰ Exemplatief: Cass. Fr. 20 februari 1851, *Recueil Dalloz* 1851, I, 54; Cass. Fr. 12 december 1899, *Recueil Sirey* 1901, I, 497.

²³⁵¹ Cass. Fr. 18 januari 1984, *JCP* 1986, II, nr. 20547 (met noot J.F. BARBIERI), *Recueil Dalloz* 1985, *jur.*, 504 (met noot F. ZENATI).

²³⁵² Cass. Fr. 4 maart 1992, *Recueil Dalloz* 1992, 386 (met noot C. ATIAS), *RTD Civ.* 1993, 162 (met noot F. ZENATI); Cass. Fr. 2 december 2009, *Recueil Dalloz* 2010, 17 (met noot G. FORREST).

²³⁵³ G. LARDEUX, "Qu'est-ce que la propriété?", *RTD Civ.* 2013, nr. 7 e.v.

²³⁵⁴ Cass. Fr. 23 mei 2012, *RTD Civ.* 2012, 553 (met noot T. REVET), *Recueil Dalloz* 2012, 1934, (met noot L. D'AVOUT).

In een arrest van 31 oktober 2012 erkende het Franse *Cour de cassation* opnieuw het verlenen van een zakelijk gebruiksrecht *sui generis*, zo lang een dergelijk recht niet in strijd komt met de openbare orde.²³⁵⁵ Volgend op deze arresten werd in de rechtsleer de teloorgang van het goederenrechtelijke *numerus clausus*-beginsel in het Franse recht afgekondigd.²³⁵⁶ Een dergelijke afbrokkeling dient volgens bepaalde rechtsleer evenwel geen terugkeer naar de feodaliteit te impliceren, daar het ook kan neerkomen op een vrijere invulling van het eigendomsrecht zelf.²³⁵⁷

Toch is het nog maar de vraag of er in het Franse goederenrecht geen sprake meer is van een *numerus clausus*. In een arrest van 28 januari 2015 heeft het Franse *Cour de cassation* minstens schijnbaar een verzachting aangebracht op zijn eerdere rechtspraak van 2012.²³⁵⁸ In deze zaak waren de feitenrechters van oordeel dat een door een vereniging van mede-eigenaars aan een vennootschap toegestaan gebruiksrecht van een deel van een gebouw, zonder dat daarbij enige termijn werd gestipuleerd, kon worden gekwalificeerd als een bijzonder zakelijk genotsrecht ten voordele van een derde. Het Franse *Cour de cassation* vernietigde dit arrest. Volgens het *Cour de cassation* hadden de feitenrechters uit het gebrek aan een gestipuleerde termijn ten onrechte afgeleid dat er sprake zou zijn van een eeuwigdurend zakelijk gebruiksrecht. Het Hof onderwierp dit gebruiksrecht daarentegen aan het bepaalde in de artikelen 519 en 525 CC. Uit artikel 525 CC volgt dat "*les droits d'usage et d'habitation s'établissent et se perdent de la même manière que l'usufruit.*" In artikel 519 CC is voorzien dat een recht van vruchtgebruik verloopt na een termijn van 30 jaar. Het in het geding zijnde gebruiksrecht werd zodoende door het *Cour de cassation* aan eenzelfde termijn van 30 jaar onderworpen. Volgens bepaalde Franse rechtsleer is deze termijn van openbare orde²³⁵⁹, zodat partijen hier steeds zullen stoten op de openbare ordebegrenzing die het Hof zelf had aangebracht in het arrest van 21 oktober 2012. *De facto* zou de mogelijkheid tot het scheppen van eeuwigdurende zakelijke gebruiksrechten daardoor kunnen worden verhinderd.²³⁶⁰

Echter, in een arrest van 8 september 2016 oordeelde het *Cour de cassation* dat het zakelijk gebruiksrecht *sui generis* dat het Hof zelf erkende in het arrest van 31 oktober 2012, niet onderworpen was aan de maximumduur van 30 jaar voorzien in

²³⁵⁵ Cass. Fr. 31 oktober 2012, *RTD Civ.* 2013, 141 (met noot W. DROSS), *Recueil Dalloz* 2012, 2596 (met noot A. TADROS), *RDI* 2013, 80 (met noot J-L. BERGEL).

²³⁵⁶ J-L. BERGEL, "Un propriétaire peut consentir un droit réel de jouissance spéciale de son bien pour plus de trente ans" (noot onder Cass. Fr. 31 oktober 2012), *RDI* 2013, 80; S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 187 – 189. Genuanceerd: G. LARDEUX, "Qu'est-ce que la propriété?", *RTD Civ.* 2013, nr. 12.

²³⁵⁷ G. LARDEUX, "Qu'est-ce que la propriété?", *RTD Civ.* 2013, nr. 11 – 12.

²³⁵⁸ Cass. Fr. 28 januari 2015, *JCP* 2015 (met noot S. MILLEVILLE), *Receuil Dalloz* 2015, 599 (met noot B. MALLET-BRICOUT); W. DROSS, "Que reste-t-il de l'arrêt *Maison de Poésie*?", *RTD Civ.* 2015, 413 – 416.

²³⁵⁹ W. DROSS, "Que reste-t-il de l'arrêt *Maison de Poésie*?", *RTD Civ.* 2015, 414 – 415.

²³⁶⁰ *Ibid.* Deze visie wordt evenwel niet unaniem gedeeld in de Franse rechtsleer, zie: B. MALLET-BRICOUT, "Droits réels de jouissance spéciale: premier signe de rejet de perpétuité?", *Recueil Dalloz* 2015, nr. 13.

de artikelen 625 *jo.* 619 CC.²³⁶¹ Het zakelijk gebruiksrecht *sui generis* betrof aldus een zakelijk recht van onbepaalde duur, aangezien het zakelijk recht in kwestie even lang kan bestaan als de stichting waaraan het was toegekend.

Wat ook zij van het voorgaande, kennelijk heeft het Franse Hof het *numerus clausus*-beginsel nog niet (helemaal) overboord gegooid.

815. In de Belgische rechtspraak is er volgens GRUYAERT alvast geen gelijkaardige tendens merkbaar.²³⁶² Nochtans hebben wij elders opgemerkt dat een arrest van het Hof van Cassatie 7 juni 2013²³⁶³ ook schijnbaar afstand neemt van de *numerus clausus* van zakelijke rechten, zij het op een indirecte wijze.²³⁶⁴ In het arrest stond het Hof toe dat een *lessee*-detentiegever bepaalde goederen kon revindiceren bij de detentor, in wiens hoofde samenloop was ontstaan. O.i. vormt dit een afwijking op het goederenrechtelijke *numerus clausus*-beginsel zoals dit klassiek wordt opgevat. Door het erkennen van de mogelijkheid tot revindicatie erkende het Hof schijnbaar een nieuwsoortig zakelijk recht in hoofde van de *lessee*-detentiegever. Zelfs indien dit niet het geval zou zijn geweest, stond het Hof nog steeds de uitoefening van een zakelijke rechtsoverdracht toe in een geval waar in het normale geval slechts een persoonlijke rechtsoverdracht aan de orde zou zijn geweest, i.e. een persoonlijke vordering tot teruggave.

(b) *Het eigendomsrecht van de trustee*

816. Hoger (*supra*, randnr. 762) hebben wij besproken dat het WIPR de rechtsgeldigheid van de akten van overdracht of verkrijging van zakelijke rechten op trustgoederen, alsook de overdracht van de zakelijke rechten zelf onderwerpt aan de toepassing van de *lex rei sitae*. Een gelijkaardige beperking van het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag kan worden aangetroffen in artikel 4 van dit verdrag. Hoewel noch het WIPR, noch het Haagse Trustverdrag in de erin opgenomen omschrijving van de trustfiguur verwijzen naar het eigendomsconcept²³⁶⁵, dient te worden geconcludeerd dat ingeval er een *common law trust* voorhanden is, de goederen in eigendom worden overgedragen aan de *trustee*. Ook wanneer deze goederen in België gelegen zijn.²³⁶⁶ Minstens *ab initio* verkrijgt de *trustee* aldus zeker een naar Belgisch recht ingevuld

²³⁶¹ Cass. Fr. 8 september 2016, *RTD Civ.* 2016, 894 (met noot W. DROSS), *RDI* 2016, 598 (met noot J-L. BERGEL).

²³⁶² D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 278 onder verwijzing naar Vred. Genk 5 maart 2013, *TBO* 2013, 278 – 279.

²³⁶³ Cass. 7 juni 2013, *RW* 2013 – 2014, 579 (met noot D. GRUYAERT), *TBO* 2015, 80 (met noot N. APPERMONT).

²³⁶⁴ N. APPERMONT, "Hof van Cassatie ent vordering tot revindicatie op de economische realiteit?", *TBO* 2015, 81 – 82.

²³⁶⁵ Zie in dit verband: *supra*, randnr. 117 en 485.

²³⁶⁶ J-L. VAN BOXSTAEL, J. FONTEYN, "Le trust et l'acquisition ou la vente d'un immeuble situé en Belgique", *Notamus* 2015, afl. 1, 47.

eigendomsrecht.²³⁶⁷ Vervolgens komt dit goed onder een naar buitenlands recht beheerst trustverband terecht.

Hoger (*supra*, randnr. 132 e.v. en 294 e.v.) werd reeds uitgebreid stilgestaan bij de aard van de *legal title* die de *trustee* in *common law*-landen aanhoudt. De *trustee* blijkt te beschikken over een soort 'eigendomsrecht' dat sterk doelgebonden van aard is. Zo is de *trustee* naar Engels recht principieel 'beschikkingsbevoegd' en doet het Engelse recht een beroep op de doctrine van *overreaching* om te verklaren dat surrogaatgoederen onder het bestaande trustverband terecht komen, in het geval dat een oorspronkelijk trustgoed door de *trustee* werd vervreemd. In dit verband ontstaan de problemen slechts bij een beschikking *in breach of trust*, waar de *trustee* beschikt over een trustgoed in weerwil van het doel van de *trust* zelf. De *trustee* is immers geen eigenaar voor zichzelf, en kan dus het door hem of haar zelf nagestreefde doel niet substitueren voor het doel dat aan de trustverhouding ten grondslag ligt. Hoger is tevens gebleken dat de *trustee* dan wel verschijnt als een exclusieve eigenaar ten aanzien van derden, maar in de interne verhouding wordt uitgesloten van de waarde die de trustgoederen vertegenwoordigen. Bovendien is het de *trustee* in beginsel niet toegestaan om de trustgoederen weg te schenken en kan de *trustee* ze niet nalaten of legateren en behoren ze niet tot diens huwelijksvermogen. Ofschoon zulks niet expliciet wordt aangegeven in het WIPR, staan deze elementen wel opgelijst in artikel 11 van het Haagse Trustverdrag. Aangenomen wordt dat het bepaalde in dit artikel een minimumdrempel vormt voor de erkenning van een trust. Indien deze drempel niet zou worden gehaald, zou er geen sprake zijn van een nuttige of zinvolle erkenning van de buitenlandse *trust* (zie *supra*, randnr. 512), zodat er zou moeten worden geconcludeerd tot een beperking aan de erkenning van de buitenlandse *trust* of zelfs tot een niet-erkenning daarvan.

817. Aldus zou de Belgische rechtsorde worden geconfronteerd met een vorm van doelgebonden eigendom van goederen die zich in een afzonderlijk vermogen bevinden, waarbij de *trustee* in de interne verhouding wordt uitgesloten van de waarde die deze goederen vertegenwoordigen. De vraag rijst of een zulk 'eigendomsrecht' strijdt met de Belgische *numerus clausus* in het goederenrecht.

Wij willen argumenteren dat zulks niet het geval is, en wel om twee redenen. Ten eerste kunnen in het Belgische recht reeds gevallen worden aangetroffen waarin er wel degelijk sprake is van een 'doelgebonden eigendomsrecht'. Ter illustratie daarvan kan worden verwezen naar het *fideicommiss de residuo*, het certificeren van vennootschapseffecten en de wettelijk geregelde kwaliteitsrekening. Daarenboven zal een beknopte rechtsvergelijkende uitstap worden gemaakt met

²³⁶⁷ Zie voor Nederland, in dezelfde zin: M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 177: "Bovendien bepaalt het Nederlandse recht de inhoud van het goederenrechtelijke recht. De trustee kan dus slechts een naar Nederlands recht ingevuld eigendomsrecht verkrijgen. Dit betekent niet dat hiermede de rechten van de begunstigden uitsluitend in de obligatoire sfeer liggen."

Zie voor Luxemburg, in dezelfde zin: M.F. DE POUVER, "La reconnaissance du trust au Luxembourg et de la fiducie Grand-Ducale à l'étranger", *Rev.Prat.Soc.* 2003, 253.

betrekking tot de Franse *fiducie*, teneinde te illustreren dat een 'doelgebonden eigendomsrecht' ook niet vreemd is aan het Franse recht. Ten tweede dient rekening te worden gehouden met – minstens voor wat betreft de 'interne verhoudingen' van de *trust* – de invloed van het buitenlandse trustrecht.

(Schijnbare?) Gevallen van 'doelgebonden eigendom' in het Belgische recht

Eerste geval: fideïcommis de residuo

818. Het verschijnen van vormen van een doelgebonden eigendomsrecht past in de tendens om het eigendomsrecht te instrumentaliseren teneinde een bepaald doel te bereiken, en dus niet langer te beschouwen als een doel op zich.²³⁶⁸ Doorgaans wordt in dit verband een onderscheid gemaakt tussen 'fiduciare eigendom ten titel van beheer' en 'fiduciare eigendom ten titel van zekerheid'. In wat volgt worden enkele bestaande gevallen van dergelijke doelgebonden eigendom in het Belgische recht beknopt nader toegelicht. Beoogd wordt niet om deze gevallen exhaustief of zelfs extensief te onderzoeken. Zulks is reeds elders gebeurd.²³⁶⁹ Beoogd wordt daarentegen enkel om te illustreren dat een vorm van doelgebonden eigendom geen wezensvreemd concept is aan het Belgische recht dat zou moeten leiden tot een niet-erkenning van het eigendomsrecht van een buitenlandse *trust* waarvan (bepaalde) goederen in België gelegen zijn.

819. Met betrekking tot het *fideïcommis de residuo* kan worden aangeknoopt bij wat dat hoger (*supra*, randnr. 643 e.v.) reeds werd gezegd over deze rechtsfiguur. Zo werd gesteld dat de bezwaarde principieel eigenaar is van de fideïcommissaire goederen en aldus ook principieel beschikkingsbevoegd is.²³⁷⁰ Geleidelijk aan hebben rechtspraak en rechtsleer echter in toenemende mate beperkingen erkend met betrekking tot de rechtspositie van de bezwaarde, ten voordele van de rechtspositie van de verwachter. Zo heeft het hof van beroep te Antwerpen reeds aanvaard dat de bezwaarde de fideïcommissaire goederen principieel afgezonderd dient te houden van zijn of haar eigen goederen.²³⁷¹ Volgens oudere rechtsleer had de verwachter slechts een voorwaardelijke aanspraak op de fideïcommissaire

²³⁶⁸ L. DE KEYSER, "Eigendomsrecht en nieuwe contractsvormen: leasing, franchising en factoring", *RW* 1983 - 1984, 2409; V. SAGAERT, "Nieuwe perspectieven op het eigendomsrecht na twee eeuwen Burgerlijk Wetboek" in P. LECOCQ, B. TILLEMANS, A. VERBEKE (eds.), *Zakenrecht/Droit des biens*, Brugge, die Keure, 2005, 56 e.v.; V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht' in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 180, D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 383.

²³⁶⁹ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 383 - 684.

²³⁷⁰ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 429; B. CARDOEN, "Het fideïcommis de residuo toegepast op een schenking van actuele goederen", *Not.Fisc.M.* 2004, 226; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 315; M. VAN QUICKENBORNE, "Het legaat de residuo", *TPR* 1972, 634.

²³⁷¹ Antwerpen 8 april 2015, *T.Not.* 2015, 436.

goederen, zodat diens aanspraak slechts definitief tot stand kwam indien de verwachter de eerste begunstigde overleefde.²³⁷² Vandaag kwalificeert de meerderheid van de rechtsleer, alsook bepaalde rechtspraak, het recht van de verwachter als 'een eigendomsrecht onder opschortende termijn', zij het dat dit recht een aleatoir voorwerp heeft.²³⁷³ STORME maakt in dit verband gewag van een *Anwartschaftsrecht* in hoofde van de tweede begunstigde.²³⁷⁴ Het recht van de begunstigde zou daarmee worden 'verzakelijkt', zodat de fideïcommissaire goederen zich volgens bepaalde rechtsleer gaan manifesteren als een 'soort afgescheiden doelvermogen'.²³⁷⁵

Deze kwalificatie brengt twee bijzondere gevolgen met zich mee (zie ook *supra*, randnr. 651). Zo zouden de fideïcommissaire goederen, als afzonderlijk vermogen, buiten de boedel dienen te blijven in geval van samenloop (van persoonlijke schuldeisers) in hoofde van de bezwaarde. Bovendien zou de aanspraak van de verwachter zich niet enkel uitstrekken over de oorspronkelijke fideïcommissaire goederen, maar tevens over eventuele surrogaatgoederen die daarvoor in de plaats komen.²³⁷⁶ SAGAERT stelt in dit verband de bezwaarde dan ook

²³⁷² J. RONSE, "Het fidei-commis de residuo", *T.Not.* 1949, 2; J. VAN DER VORST, "Over het legaat van overschot en het legaat de residuo", *T.Not.* 1937, 50. Zie tevens: M. VAN QUICKENBORNE, "Het legaat de residuo", *TPR* 1972, 647 – 653.

²³⁷³ Antwerpen 8 april 2015, *T.Not.* 2015, 439; Gent 23 mei 1951, *RW* 1951 – 1952, 355; V. SAGAERT, "Het fidei-commis de residuo door de bril van het goederenrecht: mogelijkheden, beperkingen en evoluties" in N. CARETTE, R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 149; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 242; M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND, F. BUYSENS, "Overzicht van rechtspraak: giften (1993 – 1998)", *TPR* 1999, 1029; M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgische privaatrecht", *TPR* 1998, 760; R. DILLEMANS, M. COENE, W. PINTENS m.m.v. N. TORFS, "Overzicht van rechtspraak: schenkingen en testamenten (1970 – 1984)", *TPR* 1985, 626; M. PUELINCKX-COENE, "Het legaat de residuo" in K.B.F.N. (ed.), *Voor meerderjarige handelingsonbekwamen... Een juridisch vacuüm?*, Notariële dagen Charleroi 1983, 72; M. VAN QUICKENBORNE, "Het legaat de residuo", *TPR* 1972, 648 – 649.

²³⁷⁴ M.E. STORME, *Handboek Vermogensrecht*, Gent – Mariakerke, 2010, 220, beschikbaar op: <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/vermogensrecht2010I.pdf>

²³⁷⁵ V. SAGAERT, "Het fidei-commis de residuo door de bril van het goederenrecht: mogelijkheden, beperkingen en evoluties" in N. CARETTE, R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 152; A. MONDY, "Zakelijke subrogatie bij een fidei-commis de residuo", *Jura Falc.* 2013 – 2014, 365; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1229 – 1130; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 320; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 242; E. DIRIX, "Zakelijke subrogatie", *RW* 1993 – 1994, 278; R. DILLEMANS, M. COENE, W. PINTENS m.m.v. N. TORFS, "Overzicht van rechtspraak: schenkingen en testamenten (1970 – 1984)", *TPR* 1985, 623; M. PUELINCKX-COENE, "Het fideïcommis de residuo" (noot onder Rb. Dendermonde 11 juni 1969), *RW* 1970 – 1971, 1914.

²³⁷⁶ Antwerpen 23 februari 1976, *Rev.not.b.* 1976, 265; Gent 9 maart 1949, *RW* 1949 – 1950, 753; Rb. Turnhout 16 juni 1992; *Pas.* 1992, II, 87; Arbit.Besl. Antwerpen 8 september 1949, *RW* 1949 – 1950, 757 (met noot J. BYTTEBIER); V. SAGAERT, "Het fidei-commis de residuo door de bril van het goederenrecht: mogelijkheden, beperkingen en evoluties" in N. CARETTE, R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 159; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1234; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003,

beschikkingsonbevoegd is met betrekking tot de waarde van de fideïcommissaire goederen.²³⁷⁷ Bovendien moet worden genoteerd dat de rechtsleer die het optreden van zakelijke subrogatie voorstaat, dit verschijnsel niet zozeer vastknoopt aan het gegeven dat de fideïcommissaire goederen een afzonderlijk vermogen zou zijn, maar wel bij de 'verzakelijke rechtspositie' van de verwachter. In de regel wordt dan ook de toepassing van zakelijke subrogatie in de eigenlijke zin bepleit.²³⁷⁸ Gelet op de 'verteringsbevoegdheid' van de bezwaarde dient de bewering inzake de 'beschikkingsonbevoegdheid' van de bezwaarde evenwel te worden genuanceerd. De bevoegdheid om de fideïcommissaire goederen te 'verteren' of 'consumeren' lijkt overigens slechts te worden beperkt door de vereisten van de goede trouw.²³⁷⁹

820. Een minderheidsstrekking binnen de rechtsleer uit evenwel een aantal kritische bedenkingen bij de voorstelling van zaken die door de meerderheid wordt geboden. Vooral de mogelijkheid tot het optreden van zakelijke subrogatie stuit bij deze minderheid op kritiek.²³⁸⁰ De bezwaarde is immers principieel beschikkingsonbevoegd.²³⁸¹ Deze rechtsleer wijst er onder meer op dat miskenningen van de vereiste van goede trouw voor beschikkingen ten bezwarende titel of het exclusief verteren van fideïcommissaire goederen slechts verbintenisrechtelijk worden gesanctioneerd. Ook het met de voeten treden van het verbod om te beschikken over de fideïcommissaire goederen om niet wordt slechts verbintenisrechtelijk gesanctioneerd.²³⁸² Enkel de onmogelijkheid om de fideïcommissaire goederen te legateren schijnt een goederenrechtelijke dimensie hebben. Bij het overlijden van de bezwaarde komen de fideïcommissaire goederen immers niet in diens nalatenschap terecht. Bovendien doet de sterk aleatoire aard van de rechten van de verwachter twijfels rijzen omtrent de vraag of hier überhaupt sprake kan zijn van een zakelijk recht.²³⁸³ Bij gebreke aan een zakelijk recht kan

242; E. DIRIX, "Zakelijke subrogatie", *RW* 1993 – 1994, 278; E. VAN HOVE, "Het *fideicommiss de residuo*", *T.Not.* 1950, 221.

²³⁷⁷ V. SAGAERT, "Het verbod van erfstellingen over de hand voorbijgestreefd?" in F. SWENNEN, R. BARBAIX (eds.), *Over Erven – Liber Amicorum Mieke Puelinckx-Coene*, Mechelen, Kluwer, 2006, 400.

²³⁷⁸ V. SAGAERT, "Het *fideicommiss de residuo* door de bril van het goederenrecht: mogelijkheden, beperkingen en evoluties" in N. CARETTE, R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 162 – 163.

²³⁷⁹ Zie *supra*, randnr. 652.

²³⁸⁰ P.-J. DE DECKER, "Subrogatie binnen de rechtsfiguur van het *fideicommiss de residuo*: poging tot 'Casmanalyse'" in E. ALOFS, K. BYTTEBIER, A. MICHELSSENS, A.-L. VERBEKE (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 135 – 152; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 312 – 330; R. JANSEN, "Verstrooide gedachten over zakelijke subrogatie bij het *fideicommiss de residuo*" in W. PINTENS, J. DU MONGH, C. DECLERCK, *Patrimonium 2009*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 353 – 365.

²³⁸¹ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 322; R. JANSEN, "Verstrooide gedachten over zakelijke subrogatie bij het *fideicommiss de residuo*" in W. PINTENS, J. DU MONGH, C. DECLERCK, *Patrimonium 2009*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 361.

²³⁸² R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 322.

²³⁸³ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 324 – 325; R. JANSEN, "Verstrooide gedachten over zakelijke subrogatie bij het *fideicommiss de residuo*" in W. PINTENS, J. DU MONGH, C. DECLERCK, *Patrimonium 2009*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 362.

dan ook geen sprake zijn van een 'eigendomssplitsing'²³⁸⁴ of een werkelijke 'doelgebonden eigendom'.

821. Wat hier ook van zij, het feit blijft dat hoewel de bezwaarde geldt als eigenaar van de fideïcommissaire goederen en aldus principieel beschikkingsbevoegd is, deze beschikkingsbevoegdheid mettertijd door rechtspraak en rechtsleer aan verschillende beperkingen is onderworpen. Zo komt aan de bezwaarde in beginsel geen testeerbevoegdheid toe, zou de bezwaarde niet om niet kunnen beschikken over de fideïcommissaire goederen (behoudens het tegendeel werd bepaald) en wordt de bevoegdheid om te beschikken ten bezwarende titel onderworpen aan de vereisten van de goede trouw. Indien er zich bovendien zakelijke subrogatie zou voordoen, zoals de meerderheid in de rechtsleer betoogt, zou de waarde van de 'fideïcommissaire boedel' principieel intact blijven. Enkel indien de bezwaarde de fideïcommissaire goederen 'verteert' of uitdrukkelijk opneemt in zijn of haar persoonlijke vermogen, zou de waarde van het *fideïcommis* worden aangetast. Daartegenover staat dat eventuele misbruiken vanwege de bezwaarde in beginsel slechts verbintenisrechtelijk worden gesanctioneerd.

822. Of er in het geval van een *fideïcommis de residuo* aldus sprake is van een werkelijke vorm van 'doelgebonden eigendom' is aldus onzeker. Feit blijft wel dat de meerderheid van de hedendaagse rechtsleer en de rechtspraak eerder neigen naar het aanvaarden van allerlei beperkingen met betrekking tot dit eigendomsrecht. De beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde wordt niet fundamenteel aangepast op een goederenrechtelijk niveau, maar wordt toch via voornamelijk verbintenisrechtelijk gesanctioneerde mechanismen onderworpen aan de bestemming van het *fideïcommis*. Het is vermoedelijk in dit gegeven dat het antwoord verscholen ligt op de vraag waarom geen meer verregaande beperkingen (kunnen) worden opgelegd aan de eerste begunstigde. Het *fideïcommis de residuo* onderscheidt zich van andere, typische beheersfiguren omwille van het feit dat de insteller ervan zowel de eerste als de tweede begunstigde heeft willen bevoordelen. In het geval van het *fideïcommis de residuo* vertaalt dit gegeven zich juridisch in de principiële beschikkingsbevoegdheid van de eerste begunstigde, gecombineerd met de afwezigheid van al te sterk(e) (gesanctioneerde) beheersregels. Het eigendomsrecht van de bezwaarde is immers slechts gedeeltelijk 'doelgebonden' ten voordele van een ander.²³⁸⁵

²³⁸⁴ P.-J. DE DECKER, "Subrogatie binnen de rechtsfiguur van het fideïcommis de residuo: poging tot 'Casmanalyse'" in E. ALOFS, K. BYTTEBIER, A. MICHIELSENS, A.-L. VERBEKE (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 144 - 145; R. JANSEN, "Verstrooide gedachten over zakelijke subrogatie bij het *fideïcommis de residuo*" in W. PINTENS, J. DU MONGH, C. DECLERCK, *Patrimonium 2009*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 362.

²³⁸⁵ Zie voor een uitgebreide analyse: N. APPERMONT, "Het legaat *de residuo* als afgescheiden vermogen: oude wijn in een nieuwe zak?", *Limb. Rechtsl.* 2016, 171 - 199, i.h.b. 194 e.v.

Tweede geval: certificering van effecten

823. De certificering van vennootschapseffecten werd uitdrukkelijk in het Belgische recht ingevoerd door de wet van 15 juli 1998 betreffende de certificatie van effecten uitgegeven door handelsvennootschappen.²³⁸⁶ De desbetreffende regeling heeft grotendeels een wettelijke neerslag gevonden in de artikelen 242 en 503 W. Venn. Certificering is een contractuele techniek waarbij een certificeringsmaatschappij of administratiekantoor ('de emittent') in ruil voor ontvangen vennootschapseffecten certificaten uitreikt die recht geven op alle vermogensrechten die verbonden zijn aan de overgedragen vennootschapseffecten.²³⁸⁷ De emittent van de effecten dient steeds een rechtspersoon te zijn.²³⁸⁸

Vóór de wettelijke introductie van deze rechtsfiguur in het Belgische recht bediende de praktijk zich ook reeds van deze techniek, zij het dat in die gevallen normaliter een beroep werd gedaan op portage-overeenkomsten of een buitenlandse certificeringsmaatschappij, zoals een Nederlandse stichting-administratiekantoor.²³⁸⁹ Ook na de wettelijke introductie van certificering in het Belgische recht is dit overigens nog steeds blijven gebeuren.²³⁹⁰

De essentie van de certificeringstechniek bestaat er aldus in dat het eigendomsrecht van de effecten in kwestie wordt overgedragen aan een certificeringsmaatschappij, in ruil voor door deze laatste uitgereikte certificaten waarin de vermogenswaarde van de effecten als het ware wordt geïncorporeerd.

²³⁸⁶ BS 5 september 1998, 28677.

²³⁸⁷ P. BAERT, "Certificering van vennootschapseffecten: bij de noorderburen over het muurtje kijken", *TRV* 1999, 128; I. VERHAERT, "De overdraagbaarheid van gecertificeerde effecten door het administratiekantoor in het licht van de wet van 15 juli 1998", *V&F* 2000, 2; R. ACKERMANS, R. VAN BREEDAM, "Certificering van effecten" in J. DEFOORT, L.A. DENYS, J. DILLEN, A. TIBERGHEN (eds.), *Vennootschap en belastingen*, Antwerpen, Kluwer, 2007, losbl., 110; D. VAN GERVEN, *Handboek Stichtingen*, Antwerpen, Biblo, 2004, 276; K. GEENS, M. WYCKAERT, "Administratiekantoren, beleggingsfondsen en portage-overeenkomsten" in J. HERBOTS, D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst*, Brussel, Bruylant, 1997, 129 - 130; H-P. LEMAITRE, M. DALLE, "La certification de titres émis par des sociétés commerciales", *JT* 1999, 417; R. TAS, "De private stichting en de certificering van aandelen" *TRV* 2004, 440 - 441; R. DEBLAUWE, "De fiscale gevolgen van de wet op de certificatie van effecten", *TFR* 2000, 268; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 330 - 331; V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht' in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 182; R. VAN BOVEN, "De Belgische private stichting als certificeringsvehikel: onbekend is onbemind", *TEP* 2014, afl. 2, 109.

Voor Nederland, zie bv: P.H.N. QUIST, "De stichting administratiekantoor in transacties", *WPNR* 2016, 577.

²³⁸⁸ Het maakt daarbij overigens geen verschil of het gaat om een Belgische of buitenlandse rechtspersoon. Een buitenlandse rechtspersoon mag zelfs in het buitenland gevestigd zijn. Zie: B. PEETERS, *Fiscale Transparantie: toerekening van inkomsten*, Brussel, Larcier, 2011, 252.

²³⁸⁹ Zie bv: L. DE BROE, "Fiscale aspecten van het certificeren van Belgische aandelen middels een Nederlandse Stichting-Administratiekantoor", *TRV* 1991, 115 - 130.

²³⁹⁰ R. VAN BOVEN, "De Belgische private stichting als certificeringsvehikel: onbekend is onbemind", *TEP* 2014, afl. 2, 108.

De lidmaatschapsrechten die aan de aandelen verbonden waren, komen in handen van de certificeringsmaatschappij (art. 242, §1 W. Venn, art. 503, §1 W. Venn).²³⁹¹ In beginsel essentieel bij certificering is dan ook de zogenoemde doorstortingsverplichting.²³⁹² De emittent verbindt zich er namelijk toe om de ontvangen patrimoniale waarden die verband houden met de effecten, door te storten aan de certificaathouders.

Van groot belang voor de praktische aantrekkingskracht van deze techniek is ook haar bijzonder fiscaal regime.²³⁹³ Luidens artikel 13, §1 van de wet van 15 juli 1998 wordt voor de toepassing van het WIB 1992 de houder van de certificaten in ieder opzicht beschouwd als de aandeelhouder, vennoot en als rechtstreeks rechthebbende op de dividenden en andere uitkeringen en toebedelingen vanwege de vennootschap op wiens effecten de certificaten betrekking hebben. Voorwaarde is wel dat er een verplichting geldt tot onmiddellijke²³⁹⁴ doorstorting aan de certificaathouders van door het administratiekantoor ontvangen inkomsten.²³⁹⁵ Daaruit wordt afgeleid dat, vanuit fiscaal oogpunt, de certificaathouder wordt beschouwd als 'eigenaar' van de effecten waarop de certificaten betrekking hebben.²³⁹⁶

De mogelijkheid om de (uitoefening van) de lidmaatschapsrechten verbonden aan de effecten los te koppelen van de vermogensrechten gecombineerd met de techniek van fiscale transparantie (zie daarover *infra*, randnr. 1227 e.v.), leidt ertoe dat het certificeren van effecten een aantrekkelijke techniek vormt in het kader van vermogensplanning, bijvoorbeeld als opvolgingstechniek voor familiale ondernemingen of de bestending van een beursgenoteerde vennootschap tegen

²³⁹¹ R. TAS, "De private stichting en de certificering van aandelen" *TRV* 2004, 440 – 441.

²³⁹² De Belgische wetgeving laat toe om deze doorstortingsverplichting te moduleren. Zo kunnen de administratievoorwaarden bepalen dat de opbrengsten die de gecertificeerde effecten genereren kunnen worden geherinvesteerd. Dergelijke afwijkingen mogen evenwel geen afbreuk doen aan het principe van de doorstorting van de inkomsten. Zij kunnen in beginsel dan ook slechts betrekking hebben op het ogenblik van (definitieve) doorstorting en het in rekening brengen van bepaalde kosten. Zie: R. VAN BOVEN, "De Belgische private stichting als certificeringsvehikel: onbekend is onbemind", *TEP* 2014, afl. 2, 115. Zie evenwel: D. VAN GERVEN, *Handboek Stichtingen*, Antwerpen, Biblo, 2004, 312 – 315.

²³⁹³ R. VAN BOVEN, "De Belgische private stichting als certificeringsvehikel: onbekend is onbemind", *TEP* 2014, afl. 2, 144 – 145; B. PEETERS, *Fiscale Transparantie: toerekening van inkomsten*, Brussel, Larcier, 2011, 250 – 262; D. VAN GERVEN, *Handboek Stichtingen*, Antwerpen, Biblo, 2004, 368 e.v.; R. DEBLAUWE, "De fiscale gevolgen van de wet op de certificatie van effecten", *TFR* 2000, 267 – 288.

²³⁹⁴ In de wet wordt nergens aangegeven welke termijn hier *in concreto* onder moet worden verstaan. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat een doorstorting binnen een periode van 15 dagen dient te geschieden. Zie: MvT bij wetsontwerp betreffende de certificatie van effecten uitgegeven door handelsvennootschappen, *Parl.St.* Kamer 1997 – 1998, nr. 1430/1, 3, 6.

²³⁹⁵ Art. 13 van de wet van 15 juli 1998 betreffende de certificatie van effecten uitgegeven door handelsvennootschappen, *BS* 5 september 1998, 28677.

²³⁹⁶ MvT bij wetsontwerp betreffende de certificatie van effecten uitgegeven door handelsvennootschappen, *Parl.St.* Kamer 1997 – 1998, nr. 1430/1, 2: "Vanuit fiscaal oogpunt wordt de certificaathouder beschouwd als eigenaar van de aandelen."; R. DEBLAUWE, "De fiscale gevolgen van de wet op de certificatie van effecten", *TFR* 2000, 269.

vijandige overnames.²³⁹⁷ De beheersbevoegdheden kunnen op maat worden geregeld op het niveau van de emittent van de effecten, terwijl het economische belang met betrekking tot deze effecten reeds in handen is van de certificaathouders. Om deze reden wordt er in het kader van het certificeren van effecten ook wel eens gesproken van een opsplitsing tussen 'juridische' en 'economische' eigendom.²³⁹⁸

824. Nochtans is de bepaling van de eigendomspositie die ontstaat ingevolge een certificering van effecten geen evidentie, indien louter naar de Nederlandstalige wettekst zou worden gekeken. De artikelen 242, §1 en 503, §1 W.Venn. hebben het louter over certificaten die "worden uitgegeven door een rechtspersoon die in het bezit blijft of het bezit verkrijgt van de aandelen waarop de certificaten betrekking hebben". De Franstalige wettekst spreekt echter wel over 'eigendom'²³⁹⁹ Luidens dezelfde bepaling dient de emittent zich ook in de 'hoedanigheid van emittent' bekend te maken aan de vennootschap die de gecertificeerde effecten heeft uitgegeven. Bovendien stelt de wet dat de emittent de gecertificeerde effecten niet mag overdragen, behoudens andersluidende bepaling.²⁴⁰⁰ In het geval de vennootschap waarvan de effecten werden gecertificeerd een openbaar beroep heeft gedaan op het spaarwezen is een overdracht van deze effecten zelfs per definitie verboden.²⁴⁰¹ Tot slot voorziet de wettekst in een automatische royerling – i.e. een omwisseling van de certificaten in de effecten waarop zij betrekking hebben – van de effecten in het geval van faillissement of enig ander geval van samenloop in hoofde van de emittent, alsook in het geval waar de emittent de belangen van de certificaathouder ernstig verwaarloost of zijn verplichtingen niet nakomt. Aangenomen dat de emittent inderdaad eigenaar wordt van de effecten waarop de

²³⁹⁷ R. VAN BOVEN, "De Belgische private stichting als certificeringsvehikel: onbekend is onbemind", *TEP* 2014, afl. 2, 110; I. VERHAERT, "De overdraagbaarheid van gecertificeerde effecten door het administratiekantoor in het licht van de wet van 15 juli 1998", *V&F* 2000, 3, P.H.N. QUIST, "De stichting administratiekantoor in transacties", *WPNR* 2016, 577.

²³⁹⁸ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 421; R. VAN BOVEN, "De Belgische private stichting als certificeringsvehikel: onbekend is onbemind", *TEP* 2014, afl. 2, 110; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 331; R. TAS, "De private stichting en de certificering van aandelen" *TRV* 2004, 440 – 441; P. BAERT, "Certificering van vennootschapseffecten: bij de noorderburen over het muurtje kijken", *TRV* 1999, 128 – 129; L. DE BROE, "Fiscale aspecten van het certificeren van Belgische aandelen middels een Nederlandse Stichting-Administratiekantoor", *TRV* 1991, 115.

²³⁹⁹ Vergelijk met de Franstalige wettekst, die luidt: "Des certificats se rapportant à des actions, parts bénéficiaires, obligations convertibles ou droits de souscription peuvent être émis, en collaboration ou non avec la société, par une personne morale qui conserve ou acquiert la propriété des titres auxquels se rapportent les certificats et s'engage à réserver tout produit ou revenu de ces titres au titulaire des certificats" (eigen onderlijning).

Volgens VERHAERT dient het gebruik van het woord 'bezit' in de Nederlandstalige wettekst als een legistische onnauwkeurigheid te worden beschouwd. Zie: I. VERHAERT, "De overdraagbaarheid van gecertificeerde effecten door het administratiekantoor in het licht van de wet van 15 juli 1998", *V&F* 2000, 4.

²⁴⁰⁰ R. VAN BOVEN, "De Belgische private stichting als certificeringsvehikel: onbekend is onbemind", *TEP* 2014, afl. 2, 116.

²⁴⁰¹ Artikel 503, §1, vijfde lid W.Venn.

certificering betrekking heeft, ontstaat hier – althans *prima facie* – een bijzondere soort eigendom.

Eén en ander kan worden gecontrasteerd met een eerder wetsvoorstel inzake certificering, dat evenwel nooit is aangenomen door de wetgever, maar waarin alvast meer duidelijkheid werd geschept omtrent de eigendomspositie van de emittent.²⁴⁰² De memorie van toelichting bij de wet van 15 juli 1998 stelt dan weer dat de emittent “*feitelijk de eigenaar*” is van de effecten.²⁴⁰³ Gelet op het gegeven dat de wettekst zelf het slechts heeft over het ‘bezit’ van de effecten, gecombineerd met de beperkingen die de wet zelf oplegt aan de wijze waarop de effecten dienen te worden beheerd, zou kunnen worden geconcludeerd dat eigendomsrecht van emittent geen volwaardig eigendomsrecht is. Zo stelt DEBLAUWE dat de emittent in feite slechts één van de drie klassieke eigenaarsbevoegdheden toekomt. De emittent heeft slechts de *usus* van de effecten, maar niet het *ius fructu* en het *ius abutendi*.²⁴⁰⁴

825. In de rechtsleer wordt dan ook regelmatig gesteld dat de emittent slechts een ‘doelgebonden eigendom’ of ‘fiduciaire eigendom’ heeft.²⁴⁰⁵ De vraag rijst vervolgens in hoeverre dit gegeven goederenrechtelijke implicaties heeft. Het blijkt

²⁴⁰² MvT bij wetsvoorstel betreffende het certificeren van aandelen via een administratiekantoor, *Parl.St.* Kamer 1994 – 1995, nr. 1648/1, 2 – 3: “*Het administratiekantoor is eigenaar van de aandelen, in eigen naam doch voor rekening van de certificaathouder. De door het administratiekantoor bij de verwerving van de aandelen uitgereikte certificaten verlenen aan de houder alle financiële en patrimoniale rechten en verplichtingen die aan de onderliggende aandelen verbonden zijn. Deze overdracht van eigendom aan een derde die aandeelhouder wordt in eigen naam maar voor rekening van de certificaathouder vormt een bijzondere toepassing van juridische basisverhoudingen die in de Belgische rechtsorde wel bekend zijn. Het staat partijen immers vrij door gebruik te maken van de contractsvrijheid het zakelijk eigendomsrecht over te dragen mits behoud door de overdrager van al dan niet in certificaten geïncorporeerde persoonlijke vorderingsrechten.*”

²⁴⁰³ MvT bij wetsontwerp betreffende de certificatie van effecten uitgegeven door handelsvennootschappen, *Parl.St.* Kamer 1997 – 1998, nr. 1430/1, 6.

²⁴⁰⁴ R. DEBLAUWE, “De fiscale gevolgen van de wet op de certificatie van effecten”, *TFR* 2000, 273.

²⁴⁰⁵ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 415; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 332; V. SAGAERT, *Deel V ‘Goederenrecht’ in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 181 – 182; A. DAUWE, “De invloed van beperkte eigendomsrechten op het vennootschapsleven”, *DAOR* 2009, 130; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 245; P. BAERT, “Certificering van vennootschapseffecten: bij de noorderburen over het muurtje kijken”, *TRV* 1999, 129; A. VERBEKE, “Certificering van effecten. Nuttig instrument voor successieplanning?”, *Not.Fisc.M.* 1999, 53; K. GEENS, M. WYCKAERT, “Administratiekantoren, beleggingsfondsen en portage-overeenkomsten” in J. HERBOTS, D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst*, Brussel, Bruylant, 1997, 135; I. VERHAERT, “De overdraagbaarheid van gecertificeerde effecten door het administratiekantoor in het licht van de wet van 15 juli 1998”, *V&F* 2000, 5; L. DE BROE, “Fiscale aspecten van het certificeren van Belgische aandelen middels een Nederlandse Stichting-Administratiekantoor”, *TRV* 1991, 115 – 116. Voor Nederland: P.H.N. QUIST, “De stichting administratiekantoor in transacties”, *WPNR* 2016, 578.

immers dat een significant deel van de rechtsleer, alsook de Raad van State²⁴⁰⁶, van oordeel is dat de certificering slechts obligatoire gevolgen heeft en dat er op goederenrechtelijk gebied geen aantasting van de eigendomspositie van de emittent voorhanden is. Dit zou impliceren dat de certificaathouder slechts beschikt over een verbintenisrechtelijke vordering tot doorstorting²⁴⁰⁷ en dat de certificaathouder slechts een beroep zou kunnen doen op zuiver verbintenisrechtelijke remedies ingeval van een niet-toegelaten vervreemding van de effecten door de emittent, zoals het vorderen van een schadevergoeding en desgevallend derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk²⁴⁰⁸. De door DEBLAUWE ontwaarde afwezigheid van het *ius fruendi* en het *ius abutendi* zouden aldus louter obligatoir worden gesanctioneerd. Van enig volgrecht in hoofde van de certificaathouder kan aldus geen sprake zijn. Ook de Raad van State benadrukte in zijn advies bij het wetsvoorstel in kwestie in sterke bewoordingen dat de certificaathouder niet meer kon zijn dan een loutere schuldeiser, zonder dat deze laatste ook beschikte over enig zakelijk recht met betrekking tot de gecertificeerde effecten.²⁴⁰⁹

826. De vraag rijst echter of daarmee de kous af is. Verschillende auteurs hebben reeds bedenkingen geuit bij de (vermeende) afwezigheid van elke goederenrechtelijke bescherming van de certificaathouder.²⁴¹⁰ Deze auteurs wijzen op de wettelijk voorziene automatische royerling van de effecten in geval van samenloop in hoofde van emittent. De onderscheiden certificaathouders worden daardoor mede-eigenaars van het totaal aan effecten dat nog aanwezig was in het vermogen van de emittent in wiens hoofde samenloop is ontstaan.²⁴¹¹ De effecten komen aldus niet in de boedel van de emittent terecht. Een dergelijke automatische

²⁴⁰⁶ Adv.RvS. (I), bij het wetsontwerp betreffende de certificatie van effecten uitgegeven door handelsvennootschappen, *Parl.St. Kamer*, 1997 – 1998, nr. 1430/1, 19.

²⁴⁰⁷ R. TAS, "De private stichting en de certificering van aandelen" *TRV* 2004, 441: "het [i.e. de certificeringsoperatie] gaat om een zuiver contractuele techniek"; P. BAERT, "Certificering van vennootschapseffecten: bij de noorderburen over het muurtje kijken", *TRV* 1999, 128; A. VERBEKE, "Certificering van effecten. Nuttig instrument voor successieplanning?", *Not.Fisc.M.* 1999, 45; K. GEENS, M. WYCKAERT, "Administratiekantoren, beleggingsfondsen en portage-overeenkomsten" in J. HERBOTS, D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst*, Brussel, Bruylant, 1997, 136; H. SWENNEN, "Trustachtige rechtsfiguren in België", *TPR* 1992, 1105.

²⁴⁰⁸ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 416; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 332; A. VERBEKE, "Certificering van effecten. Nuttig instrument voor successieplanning?", *Not.Fisc.M.* 1999, 52; I. VERHAERT, "De overdraagbaarheid van gecertificeerde effecten door het administratiekantoor in het licht van de wet van 15 juli 1998", *V&F* 2000, 9.

²⁴⁰⁹ Adv.RvS. (I), bij het wetsontwerp betreffende de certificatie van effecten uitgegeven door handelsvennootschappen, *Parl.St. Kamer*, 1997 – 1998, nr. 1430/1, 19.

²⁴¹⁰ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 416 – 420; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 332 – 336; V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht'* in *Beginnelen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 181 – 182; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 246 – 247.

²⁴¹¹ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 246.

royering vindt plaats bij elke samenloop in hoofde van de emittent.²⁴¹² Een dergelijke royering vindt eveneens plaats indien de emittent zijn verplichtingen niet nakomt of het beheer van de gecertificeerde effecten ernstig verwaarloost. In tegenstelling tot wat het geval is bij het *fideïcommis de residuo* worden er in het geval van certificering van effecten aldus wél goederenrechtelijke sancties verbonden aan de niet-naleving van de beheersregels die rusten op de beheerder van de goederen in kwestie.

De rechtsleer die er op wijst dat certificering wel degelijk goederenrechtelijke implicaties heeft, stelt tevens dat de certificaathouder daardoor een soort 'eigenaar onder opschortende voorwaarde' is, die aldus beschikt over een *Anwartschaftsrecht*.²⁴¹³ JANSEN voegt daar nog aan toe dat de aanwezigheid van een eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde in hoofde van de certificaathouder zelfs tot gevolg heeft dat de beschikkingsbevoegdheid van de eigenaar onder ontbindende voorwaarde wordt beperkt.²⁴¹⁴ De aanvaarding van de aanwezigheid van een *Anwartschaftsrecht* brengt immers met zich mee dat ook wordt aanvaard dat de certificaathouder reeds beschikt over een (soort) zakelijk recht, ook vóór het intreden van enige vorm van samenloop. JANSEN sluit, op een zuiver dogmatisch niveau, dan ook de toepassing van goederenrechtelijke sancties, zoals de niet-tegenwerpelijheid, niet uit ingeval van een onbevoegde vervreemding door de emittent.²⁴¹⁵

GRUYAERT²⁴¹⁶ stelt bovendien dat de certificaathouder in bepaalde opzichten kan worden beschouwd als de eigenlijke eigenaar van de effecten. De waarde van de effecten komt immers toe aan de certificaathouder. Bovendien behoudt de certificaathouder het uitzicht op de volheid van bevoegdheden met betrekking tot de onderliggende effecten.

SAGAERT²⁴¹⁷ wijst er op dat de aanvaarding van een goederenrechtelijke positie in hoofde van de certificaathouder ook van belang kan zijn ingeval van een fusie van de emitterende vennootschap met een andere vennootschap. Indien de certificaathouder niet slechts beschikt over een obligatoir vorderingsrecht, zou deze laatste zijn goederenrechtelijke positie kunnen behouden aangezien zijn zakelijk recht is overgegaan op de nieuwe aandelen bij wijze van zaakvervanging. O.i. zou dan eenzelfde logica kunnen gelden in geval van een splitsing van de emitterende vennootschap, zij het dat de certificaten dan betrekking zouden hebben op de

²⁴¹² R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 334. Cf. R. DEBLAUWE, "De fiscale gevolgen van de wet op de certificatie van effecten", *TFR* 2000, 277.

²⁴¹³ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 334 – 335; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 247; M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 762; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 417.

²⁴¹⁴ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 334.

²⁴¹⁵ *Ibid*, 355.

²⁴¹⁶ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 419.

²⁴¹⁷ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 247.

aandelen van de twee nieuwe vennootschappen die in het vermogen van het administratiekantoor terecht komen.

827. Niettegenstaande de aantrekkingskracht van de in het vorige randnummer voorgestelde argumenten, dient omzichtig te worden omgesprongen met het aanvaarden van goederenrechtelijke remedies ingeval van een niet-toegelaten vervreemding van effecten door de emittent, alsook het aanvaarden van een al te sterke eigendomspositie van de certificaathouder. Ten eerste staat de wetgever zelf, alsook de Raad van State, afdeling Wetgeving eerder afkerig ten aanzien van het bestaan van enig volgrecht of zelfs de niet-tegenwerpelijheid.²⁴¹⁸ Bovendien is de royerering – ook indien deze van rechtswege intreedt – slechts mogelijk voor wat betreft effecten die nog aanwezig zijn in het vermogen van de emittent.²⁴¹⁹ Op zichzelf genomen biedt de letterlijke wettekst ook geen aanknopingspunten om een verdergaande bescherming voor de certificaathouder te aanvaarden dan de wettekst deze laatste uitdrukkelijk toekent. Bovendien dient rekening te worden gehouden met het opzet van de certificeringsconstructie als geheel. Zelfs indien zou kunnen worden aanvaard dat de certificaathouder inderdaad beschikt over een vorm van 'eigendom', moet nog steeds worden onderkend dat de beheersbevoegdheid alsook de (goederenrechtelijke) beschikkingsbevoegdheid zich bij de emittent bevinden. De principiële regel mag dan wel zijn dat de emittent niet *mag* beschikken over de effecten. Dit verhindert op zichzelf genomen nog niet dat de emittent dit niet *kan*. Een niet-toegelaten vervreemding van de gecertificeerde effecten wordt dan ook niet goederenrechtelijk gesanctioneerd. Het kan worden betreurd dat de wetgever ervoor heeft gekozen om de (uitdrukkelijke) goederenrechtelijke bescherming van de certificaathouder slechts te beperken tot gevallen van samenloop, ernstige nalatigheid of het niet nakomen van verplichtingen. Indien het niet nakomen van verplichtingen er in bestaat dat de emittent overgaat tot een niet-toegelaten vervreemding van de effecten, is het immers te laat en kan slechts beroep worden gedaan op obligatoire sancties. De goederenrechtelijke bescherming die de certificaathouder dan geniet, wordt daardoor beperkt tot het geval waar de gecertificeerde effecten nog aanwezig zijn in het vermogen van de emittent. Tot slot rijst de vraag in hoeverre de automatische royerering niet kan worden verklaard als een (impliciete) wettelijke ontbindende voorwaarde die deel uitmaakt van de certificeringsovereenkomst.²⁴²⁰ Door middel van een ontbindende voorwaarde kan inderdaad op onrechtstreekse wijze een goederenrechtelijk effect worden bekomen.²⁴²¹ Indien de titel op grond

²⁴¹⁸ MvT bij wetsontwerp betreffende de certificatie van effecten uitgegeven door handelsvennootschappen, *Parl.St. Kamer* 1997 – 1998, nr. 1430/1, 5; Adv.RvS. (I), bij het wetsontwerp betreffende de certificatie van effecten uitgegeven door handelsvennootschappen, *Parl.St. Kamer*, 1997 – 1998, nr. 1430/1, 19.

²⁴¹⁹ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 335; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 420; P. BAERT, "Certificering van vennootschapseffecten: bij de noorderburen over het muurtje kijken", *TRV* 1999, 142.

²⁴²⁰ Vgl. P. BAERT, "Certificering van vennootschapseffecten: bij de noorderburen over het muurtje kijken", *TRV* 1999, 139.

²⁴²¹ Cass. 8 mei 2015, *TRV-RPS* 2016, 1115 (met noot R. TAS).

waarvan de oorspronkelijke eigendomsoverdracht is gebaseerd wordt ontbonden, worden de zaken immers hersteld in hun oorspronkelijke toestand.

828. Ter conclusie kan over het certificeren van vennootschapseffecten worden gesteld dat hier, vermoedelijk nog meer dan in het geval van het *fideicommis de residuo* een vorm van doelgebonden eigendom voorhanden is. Dit gegeven vertaalt zich juridisch in de (beperkte) goederenrechtelijke remedie van de automatische royerering in het geval van samenloop van schuldeisers in hoofde van de emittent. In dit geval blijven de gecertificeerde effecten buiten de boedel. De royerering treedt bovendien in indien de emittent zijn verplichtingen niet nakomt of de belangen van de certificaathouder op ernstige wijze verwaarloost. Het niet naleven van bepaalde beheersregels door de emittent wordt zodoende op goederenrechtelijke wijze gesanctioneerd. Deze goederenrechtelijke bescherming mag evenwel niet worden overdreven, *a fortiori* indien de gecertificeerde effecten werden overgedragen aan derden bij gebreke aan een volgrecht. Hoogstens kan de overdracht ongedaan worden gemaakt op grond van derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk, maar deze sanctie vereist kwade trouw in hoofde van de derde die met de emittent gehandeld heeft. Toch vormt het voorgaande o.i. een voldoende basis om te stellen dat de certificering leidt tot een doelgebonden of fiduciaire eigendom in hoofde van de emittent. Het is in feite slechts wanneer er derden in het spel zijn die het eigendomsrecht (of een beperkt zakelijk recht) op de effecten verkregen hebben van de emittent, dat de certificaathouder slechts beroep kan doen op obligatoire remedies. Zo lang als de gecertificeerde effecten zich nog bevinden in het vermogen van de emittent, zullen deze effecten in beginsel niet onderworpen zijn aan de claims van diens (chirografaire) schuldeisers.

Derde geval: De kwaliteitsrekening

829. Ten derde komt de kwaliteitsrekening (of 'derdenrekening') aan bod. Hoger (*supra*, randnr. 124 – 126) werd reeds gewag gemaakt van de keuze van de Belgische wetgever om bij de invoering van een wettelijk kader inzake de kwaliteitsrekening voor bepaalde beroepsgroepen, te opteren voor een juridische vormgeving van dergelijke rekeningen als 'afgescheiden vermogens'.

Als algemene regel geldt steeds dat een bankrekening deel uitmaakt van het vermogen van de tenaamgestelde, zonder dat het daarbij een verschil maakt of aan die bankrekening een bijzondere bestemming is gegeven.²⁴²² Zulks impliceert dat een dergelijke bankrekening kan dienen als executieobject voor de (persoonlijke) schuldeisers van de tenaamgestelde. De geëigende wijze om dit

²⁴²² Cass. 9 mei 1947, *Arr.Cass.* 1947; Cass. 7 februari 2013, *RW* 2014 – 2015, 418; Brussel 23 december 1998, *TBH* 1999, 681; Antwerpen 30 april 1993, *Rev.not.b.* 1993, 455; Bergen 26 juni 1984, *Pas.* 1984, II, 140; Brussel 19 juli 1957, *RW* 1957 – 1958, 456; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 449 – 450; V. SAGAERT, "Beslag op een derdenrekening van een advocaat. De telooegang van het vermogensbegrip" (noot onder Cass. 27 januari 2011), *RW* 2010 – 2011, 1777.

onwenselijke gevolg te vermijden is de aanwending van een kwaliteitsrekening. Hoger werd in dit verband reeds gesteld dat een analoge regel geldt in het Engelse trustrecht (zie *supra*, randnr. 252, i.v.m. de verplichting om een 'trust account' te openen). Door middel van het aanwenden van een kwaliteitsrekening wordt duidelijk gesignaleerd dat de rekeninghouder deze rekening slechts inhoudt in bijzondere hoedanigheid. De rekening wordt immers aangehouden voor rekening van één of meerdere derden. Deze derden worden zodoende onder meer beschermd tegen het insolventie risico in hoofde van de rekeninghouder.

830. Zoals hoger (zie *supra*, randnr. 124) reeds werd besproken, legde het Hof van Cassatie met een arrest van 27 januari 2011 een bom onder het gebruik van derdenrekeningen, door te oordelen dat een persoonlijke schuldeiser (*in casu* de fiscus) van de rekeninghouder wel degelijk beslag kon leggen op de kwaliteitsrekening van zijn schuldenaar.²⁴²³ Het Hof struikelde vooral over de afwezigheid van bijzondere wetsbepalingen in het Belgische recht die de figuur van de kwaliteitsrekening regelden voor wat betrof het gebruik daarvan door advocaten. Voor bepaalde andere gevallen of beroepsgroepen bestond er wel een dergelijke wettelijke grondslag. Zo was er voor notarissen wel degelijk een wettelijke grondslag voorhanden voor het gebruik van derdenrekeningen, zijnde artikel 34 van de wet 25 ventôse jaar XI op het notarisambt. Ook voor andere derdenrekeningen was op dat ogenblik reeds een wettelijke grondslag voorhanden²⁴²⁴, bijvoorbeeld de wetgeving inzake de effectenrekening van Euroclear²⁴²⁵, de Auteurswet (nadien overgenomen in Boek XI WER²⁴²⁶), de wettelijke bepalingen inzake beleggingsondernemingen²⁴²⁷ en voor wat betreft de bemiddelingsrekening die kan worden aangewend in het raam van een collectieve schuldenregeling.²⁴²⁸

Buiten de expliciet door de wet voorziene gevallen, bestond evenwel minstens een praktische consensus over de mogelijkheid tot aanwending van derdenrekeningen door andere beroepsgroepen.²⁴²⁹ Het gebruik van derdenrekeningen werd tot op dat ogenblik ook grotendeels aanvaard door zowel de rechtspraak²⁴³⁰ als de

²⁴²³ Cass. 27 januari 2011, *T.Not.* 2011, 310, noot C. ENGELS, *RW* 2010 – 2011, 1775, noot V. SAGAERT, *JT* 2011, 162, noot G. LEVAL, F. GEORGES.

²⁴²⁴ L. DEMEYERE, N. DEBRUYNE, "De kwaliteitsrekening van advocaten na de wet van 23 november 2013: enkele aspecten van internationaal privaatrecht" in M. PIERS, H. STORME, J. VERHELLEN (eds.), *Liber Amicorum Johan Erauw*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 49.

²⁴²⁵ KB nr. 62 van 10 november 1967 ter bevordering van de omloop van effecten, *BS* 14 november 1967.

²⁴²⁶ Artikel XI 248, §3 WER (vroeger: artikel 65ter, §3 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten).

²⁴²⁷ Artikel 77, §2 *in fine* van de wet van 6 april 1995 inzake het statuut en het toezicht op de beleggingsondernemingen.

²⁴²⁸ Artikel 1675/17 Ger.W.

²⁴²⁹ Zie bv: H. SWENNEN, "Trustachtige figuren in België", *TPR* 1995, 1114; V. SAGAERT, "Beslag op een derdenrekening van een advocaat. De teloorgang van het vermogensbegrip" (noot onder Cass. 27 januari 2011), *RW* 2010 – 2011, 1777.

²⁴³⁰ Gent 13 november 2007 *TGR-TWVR* 2008, 124 (met noot V. VAN HERREWEGHE); Brussel 27 oktober 1998, *P&B* 1999, 188; Antwerpen 13 februari 1996, *RW* 1997 – 1998, 610;

rechtsleer²⁴³¹. Evenwel stonden niet alle auteurs dermate kritisch tegenover het cassatiearrest van 27 januari 2011.²⁴³²

831. Gelet op het feit dat de kwaliteitsrekening als juridisch fenomeen elders in de rechtsleer reeds uitgebreid behandeld is, zal in wat volgt slechts aandacht worden besteed aan het voor het voorliggend onderzoek relevante aspect: de eigendomspositie van de rekeninghouder naar vigerend Belgisch recht.

Artikel 8/1 Hyp.W. luidt als volgt:

“De schuldvorderingen op gelden, effecten en geldswaardige papieren aan toonder die ten behoeve van een derde zijn geplaatst op de rekeningen bedoeld in de artikelen 446quater, 446quinquies, 522/1 en 522/2 van het Gerechtelijk Wetboek en de artikelen 34 en 34bis van de wet van 25 ventôse jaar XI op het notarisambt zijn afgescheiden van het vermogen van de rekeninghouder.

Deze schuldvorderingen vallen buiten de samenloop tussen de schuldeisers van de rekeninghouder en alle verrichtingen met betrekking tot deze schuldvorderingen kunnen aan de boedel worden tegengeworpen, voor zover ze verband houden met de bestemming van deze gelden, effecten en geldswaardige papieren aan toonder. Deze gelden, effecten en geldswaardige papieren aan toonder vallen eveneens buiten de vereffening van het huwelijksvermogensstelsel en de nalatenschap van de rekeninghouder.

Indien het tegoed van de rekening ontoereikend is voor de betaling van de in het eerste lid bedoelde derden, wordt het tussen hen verdeeld in verhouding tot hun aanspraken. Indien de rekeninghouder zelf rechten heeft op het tegoed van de rekening, wordt hem slechts het saldo toegekend dat overblijft nadat alle rechten van de derden zijn uitgeoefend.”

In eerste instantie is het interessant om op te merken dat artikel 8/1 Hyp.W. enkele tekstuele parallellen bevat met de bepalingen van het Haagse Trustverdrag. Uit het gegeven dat de kwaliteitsrekening dient te worden beschouwd als een afgescheiden vermogen, leidt de wetsbepaling af dat de vermogensbestanddelen die op de derdenrekening zijn geplaatst buiten de boedel blijven in geval van samenloop in hoofde van de rekeninghouder. Tevens blijven deze vermogensbestanddelen buiten de vereffening van het huwelijksvermogensstelsel van de rekeninghouder en buiten de vereffening van diens nalatenschap. Eén en ander doet denken aan het bepaalde in artikel 11 van het Haagse Trustverdrag. Deze elementen, die o.i. voortvloeien uit de juridische vormgeving van de trustfiguur als een afgescheiden vermogen, zijn evenwel nooit expliciet opgenomen in de bepalingen van het WIPR inzake

Antwerpen 3 mei 1988, *TBBR/RGDC* 1991, 441 (met noot D. LECHIEN); Beslagr. Luik 10 september 2001, *JLMB* 2001, 1498.

²⁴³¹ E. DIRIX, “Kwaliteitsrekeningen”, *TPR* 1996, 71 – 87; E. DIRIX, V. SAGAERT, “De kwaliteitsrekening herbezocht”, *TPR* 2004, 263 – 282; M.E. STORME, “De kwaliteitsrekening zakenrechtelijk bekeken” in E. DIRIX, R. VRIESENDORP (eds.), *Inzake kwaliteit: de kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 55 – 79.

²⁴³² Zie bv. G. DE LEVAL, F. GEORGES, “Le statut du compte de tiers de l’avocat: dura lex...” (noot onder Cass. 27 januari 2011), *JT* 2011, 164 – 166.

trusts. Deze rechtsgevolgen kunnen o.i. voor *trusts* worden afgeleid uit het gegeven dat de *trust* ook door het WIPR wordt voorgesteld als een afgescheiden vermogen (zie *infra*, randnr. 723 – 727). Ook in het raam van het Haagse Trustverdrag wordt immers aangegeven dat deze elementen behoren tot de noodzakelijke ‘minimumerkenning’ van de *trust*, zonder dewelke er geen sprake kan zijn van enige zinnige vorm van erkenning (zie *supra*, randnr. 511 e.v.).

832. Hoger (*supra*, randnr. 124) is gebleken dat de rechtsleer zich voornamelijk op twee alternatieve juridische grondslagen beriep om de (vermeende) goederenrechtelijke gevolgen van kwaliteitsrekeningen te verklaren.²⁴³³ Enerzijds de fiduciaire eigendom ten titel van beheer en anderzijds de figuur van de middellijke vertegenwoordiging. Interessant is in dit verband dat de in de rechtsleer geuite bezwaren tegen de kwalificatie als een fiduciaire eigendom ten titel van beheer waren gestoeld op enerzijds het bestaan van de artikelen 7 en 8 Hyp.W. en anderzijds op het *numerus clausus*-beginsel in het goederenrecht.²⁴³⁴ De Belgische wetgever heeft echter gekozen voor een juridische vormgeving van de kwaliteitsrekening als een afgescheiden vermogen. Aan beide genoemde bezwaren wordt dus tegemoetgekomen door middel van de introductie van artikel 8/1 Hyp.W.

Merk op dat de wetsbepaling zich niet uitdrukkelijk uitlaat over de vraag wie geldt als eigenaar van het rekeningtegoed op de bank. Logischerwijze, vanuit de door de wetgever gekozen invalshoek, dient de rekeninghouder te worden gekwalificeerd als de (fiduciare) eigenaar van het rekeningtegoed.²⁴³⁵ Ook kan worden opgemerkt dat de Belgische wetgever nergens de mogelijkheid tot het leggen van beslag door de persoonlijke schuldeisers van de rekeninghouder door diens persoonlijke schuldeisers heeft uitgesloten. Kennelijk liet de wetgever zich leiden door de vrees dat de rekeninghouder in het andere geval zuiver persoonlijke gelden op de beschermde derdenrekening zou plaatsen, ten nadele van diens persoonlijke schuldeisers.²⁴³⁶ Indien de aard van de waarden op de derdenrekening wordt

²⁴³³ Zie evenwel: V. SAGAERT, “de derdenrekening van een advocaat: een algemene kwaliteitsrekening?” (noot onder Brussel 26 maart 2002), *TBBR/RGDC* 2003, 318 – 321.

²⁴³⁴ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 462; V. SAGAERT, “de derdenrekening van een advocaat: een algemene kwaliteitsrekening?” (noot onder Brussel 26 maart 2002), *TBBR/RGDC* 2003, 319.

²⁴³⁵ E. DIRIX, “Artikel 8/1 Hyp.W.” in X., *Voorrechten en hypotheeken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Algemene Bepalingen, Samenloop*, losbl., 20, 22 en 25; D. GRUYAERT, “De nieuwe wet op de kwaliteitsrekening van notarissen, advocaten en gerechtsdeurwaarders: eindpunt van een vermogensrechtelijke controverse” in VRG-ALUMNI (ed.), *Recht in beweging – 22^{ste} VRG Alumnidag*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 2015, 87; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 476.

Zie ook: Wetsvoorstel (R. TERWINGEN *et al.*) van 8 juli 2011 tot wijziging van de wetgeving wat de kwaliteitsrekening van advocaten, notarissen en gerechtsdeurwaarders en de afscheiding van vermogens betreft, *Parl.St.* Kamer 2010 – 2011, nr. 53-K1661/001, 3.

²⁴³⁶ V. SAGAERT, D. GRUYAERT, “Een nieuw wetgevend kader voor de kwaliteitsrekening”, *RW* 2014 – 2015, 524; D. GRUYAERT, “De nieuwe wet op de kwaliteitsrekening van notarissen, advocaten en gerechtsdeurwaarders: eindpunt van een vermogensrechtelijke controverse” in VRG-ALUMNI (ed.), *Recht in beweging – 22^{ste} VRG Alumnidag*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 2015, 84.

betwist, dient het geschil te worden beslecht door de beslagrechter.²⁴³⁷ Omgekeerd kunnen de persoonlijke schuldeisers van de begunstigen derdenbeslag laten leggen op het rekeningtegoed in de handen van de rekeninghouder.²⁴³⁸ Hoewel de wetgever aldus nergens expliciet heeft aangeduid welke betrokken partij juridisch geldt als eigenaar, komt het ons voor, rekening houdende met de door wet gevolgde logica, dat de rekeninghouder geldt als de (fiduciaire) eigenaar van het rekeningtegoed op de bank.

Evenwel stelt bepaalde rechtsleer zich (*de lege ferenda*) kritisch op ten aanzien van deze conclusie.²⁴³⁹ De kwalificatie van het eigendomsrecht van de rekeninghouder als fiduciaire eigenaar ten titel van beheer, vloeit o.i. mede voort uit het gegeven dat de kwalificatie van de derdenrekening als een afgescheiden vermogen noodzakelijkerwijs tegelijk gevolgen moet hebben voor de eigendomspositie van de rekeninghouder.

Vastgesteld moet worden dat de bijzondere aard van het afgezonderde vermogen waarin de derdengelden zich bevinden, ook doorwerkt op het niveau van het eigendomsrecht zelf. Indien het vermogen als zodanig immers aan een bijzonder doel gebonden is, kan tegelijk bezwaarlijk worden volgehouden dat er sprake zou zijn van een volwaardig eigendomsrecht op het rekeningtegoed in hoofde van de rekeninghouder. Het eigendomsrecht op de individuele vermogensbestanddelen die zich in het afgescheiden vermogen bevinden, dient noodzakelijkerwijs aan hetzelfde doel te worden gebonden als het vermogen zelf. Het komt ons voor dat het onzinnig zou zijn om te beweren dat het vermogen als geheel zou gebonden zijn aan een bijzonder doel, zonder dat hier enige vorm van doorwerking bestaat op het niveau van het eigendomsrecht van de individuele bestanddelen van het vermogen zelf. Merk op dat eenzelfde discussie speelt in het geval van de Franse *fiducie*, rechtsfiguur die (in beginsel) ook de juridische vorm aanneemt van een afgescheiden vermogen (zie *infra*, randnr. 839 e.v.). Gelijkwaardige bemerkingen werden in de rechtsleer reeds gemaakt in het raam van de analyse van de aard van het (al dan niet bestaande) 'eigendomsrecht' met betrekking tot trustgoederen in enkele *civil law*-rechtsordes die een trustfiguur kennen, bijvoorbeeld in Québec en de Tsjechische Republiek.²⁴⁴⁰

²⁴³⁷ E. DIRIX, "Artikel 8/1 Hyp.W." in X., *Voorrechten en hypotheken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Algemene Bepalingen, Samenloop*, losbl., 26.

²⁴³⁸ E. DIRIX, "Artikel 8/1 Hyp.W." in X., *Voorrechten en hypotheken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Algemene Bepalingen, Samenloop*, losbl., 26. Persoonlijke schuldeisers van de rekeninghouder dienen, zoals aangegeven, evenwel derdenbeslag te leggen in de handen van de bank. Ten aanzien van hen geldt de bank immers als derde, daar waar ten aanzien van de schuldeisers van de begunstigde het de rekeninghouder is die geldt als derde. Voor wat betreft de laatstgenoemde schuldeisers geldt de bank als vierde partij.

²⁴³⁹ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 474 – 477.

²⁴⁴⁰ A. POPOVICI, "Trust in Quebec and Czech Law: Autonomous Patrimonies?", *ERPL* 2016, 934 – 935: "trusts in Quebec and in Czech law are a new way of holding property that has

833. De vraag naar de aard van het zakelijk recht van de rekeninghouder doet bovendien ook vragen rijzen aangaande de aard van de rechten van de begunstigde. Deze laatste wordt in eerste instantie beschermd op een goederenrechtelijk niveau door de loutere aanvaarding van het bestaan van een afgescheiden vermogen, zodat er sprake is van 'veralgemeende zaakvervangings' (zie *supra*, randnr. 738 – 745). De wetgever heeft bovendien voorzien in bijzondere sancties met betrekking tot iedere beroepsgroep die in het artikel 8/1 Hyp.W. wordt genoemd.²⁴⁴¹ Daarenboven blijft iedere beroepsgroep gebonden aan de deontologische regels die worden uitgevaardigd door de onderscheiden beroepsordes waartoe zij behoren.

Niettegenstaande het gegeven dat de wetgever dus voorziet in zowel privaatrechtelijke als mogelijks strafrechtelijke sancties op een mogelijk misbruik van vertrouwen, blijft de vraag naar de exacte aard rechten van de begunstigten overeind. Wat o.i. alvast vaststaat, is dat enig beroep op een zakelijk recht in hoofde van de begunstigten niet vereist is om het fenomeen van de veralgemeende zaakvervangings te verklaren. Het gegeven dat de wetgever ervoor heeft geopteerd om de vermogensbestanddelen in kwestie onder te brengen in een afgescheiden vermogen vormt o.i. reeds een afdoende verklaring voor dit fenomeen. De vraag rijst aldus of hier mogelijks sprake kan zijn van een bijzondere (en in toepassingsgebied beperkte) *genus* van 'obligatoire trust' in het Belgische recht, waar de begunstigde als zodanig niet beschikt over een zakelijk recht met betrekking tot de vermogensbestanddelen die zich in het afgescheiden vermogen bevinden.

834. Nochtans wordt in de rechtsleer evenzeer betoogd dat de begunstigde van de derdenrekening beschikt over een volgrecht met betrekking tot deze gelden, indien zij zouden worden overgeboekt naar de rekening van een derde te kwader trouw.²⁴⁴² Dit impliceert dat de begunstigten toch een goederenrechtelijke aanspraak zouden kunnen doen gelden op het rekeningtegoed zelf.²⁴⁴³ Het volgrecht is immers in beginsel een kenmerk van een zakelijk recht. Er zou in die hypothese geen sprake zijn van een soort 'obligatoire trust', maar van een 'quasi-goederenrechtelijke trust'.

O.i. kunnen evenwel vraagtekens worden geplaatst bij de visie die het bestaan van een volgrecht, en dus een goederenrechtelijke positie in hoofde van de

nothing to do with ownership understood as a real right which confers upon its titular the exclusive prerogative to use, enjoy and dispose of her property for herself."

²⁴⁴¹ Voor advocaten betreft het artikel 664*quater* Ger.W. Voor gerechtsdeurwaarders betreft het artikel 522/1 Ger.W. Voor notarissen betreft het ten slotte artikel 34 wet 25 ventôse jaar XI op het notarisambt.

²⁴⁴² V. SAGAERT, D. GRUYAERT, "Een nieuw wetgevend kader voor de kwaliteitsrekening", *RW* 2014 – 2015, 526; D. GRUYAERT, "De nieuwe wet op de kwaliteitsrekening van notarissen, advocaten en gerechtsdeurwaarders: eindpunt van een vermogensrechtelijke controverse" in VRG-ALUMNI (ed.), *Recht in beweging – 22^{ste} VRG Alumnidag*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 2015, 83 – 84.

²⁴⁴³ E. DIRIX, "Artikel 8/1 Hyp.W." in X., *Voorrechten en hypotheken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Algemene Bepalingen, Samenloop*, losbl., 27.

begunstigde, verdedigen. Wanneer de wettekst zelf in ogenschouw wordt genomen is het o.i. niet strikt noodzakelijk om aan de begunstigde een bijzonder soort zakelijk recht toe te kennen. De kwaliteitsrekening kan in haar huidige vorm functioneren, ook zonder het erkennen van het bestaan van een zakelijk recht in hoofde van de begunstigde. De meeste belangrijkste goederenrechtelijke waarborgen (fiduciaire eigendom, vermogensafschieding met bijhorende algemene zaakvervangning, bescherming ten aanzien van echtgenoten en erfgenamen van de rekeninghouder) staan reeds direct of indirect²⁴⁴⁴ vermeld in de wettekst zelf. Alleen al omwille van het karakter als afgescheiden vermogen is er een goederenrechtelijke bescherming voorhanden, in de vorm van de bijhorende algemene zaakvervangning. Indien gelden zouden worden overgeboekt naar de rekening van een derde te kwader trouw, zou in een obligatoire constellatie een beroep kunnen worden gedaan op derde-medeplichtigheid aan andersmans contractbreuk omwille van het faciliteren van het schenden van de fiduciaire taak die op de rekeninghouder rust. Eén en ander doet sterk denken aan de juridische vormgeving van een Schotse *trust*, die net omwille van haar 'obligatoir karakter' geacht wordt te passen in het raamwerk van een *civil law*-stelsel met bijhorende *numerus clausus* van zakelijke rechten. Waarom het gesloten karakter van het goederenrecht hier (nog) verder open rekken dan nodig?

In de rechtsleer wordt aangehaald dat de begunstigde van een kwaliteitsrekening, op grond van diens (vermeende) goederenrechtelijk beschermde positie, daardoor zou kunnen overgaan tot revindicatie van de betreffende schuldvordering op de bank.²⁴⁴⁵ Een dergelijke mogelijkheid tot revindicatie zou vooral tot voordeel hebben dat de begunstigde de schuldvordering op de bank zou kunnen 'revindiceren' indien een persoonlijke schuldeiser van de rekeninghouder beslag zou leggen op de kwaliteitsrekening, bijvoorbeeld met het oog op het betwisten van de ware aard van deze rekening. Ook zou een revindicatie nuttig kunnen zijn indien gelden werden overgedragen aan derden te kwader trouw. De begunstigten hebben als belanghebbenden echter steeds de mogelijkheid om voor de beslagrechter in verzet te komen²⁴⁴⁶ en kunnen, zoals gezegd, zich evenzeer beroepen op obligatoire remedies ten aanzien van derden te kwader trouw. Daarenboven moet worden vastgesteld dat van een revindicatievordering klassiek wordt aangenomen dat deze slechts toekomt aan de eigenaar van een goed.²⁴⁴⁷

²⁴⁴⁴ O.i. indirect in het geval van de fiduciaire eigendom, aangezien enkele randnummers hoger werd vastgesteld dat de bijzondere aard van het afgescheiden vermogen kennelijk ook doorwerkt op het niveau van het eigendomsrecht zelf.

²⁴⁴⁵ V. SAGAERT, D. GRUYAERT, "Een nieuw wetgevend kader voor de kwaliteitsrekening", *RW* 2014 - 2015, 526; E. DIRIX, "Artikel 8/1 Hyp.W." in X., *Voorrechten en hypotheke. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Algemene Bepalingen, Samenloop*, losbl., 26 e.v.

²⁴⁴⁶ E. DIRIX, "Artikel 8/1 Hyp.W." in X., *Voorrechten en hypotheke. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Algemene Bepalingen, Samenloop*, losbl., 26.

²⁴⁴⁷ H. DE PAGE, R. DEKKERS, *Traité*, VI, Brussel, Bruylant, 1953, 106; N. APPERMONT, "Hof van Cassatie ent vordering tot revindicatie op de economische realiteit?", *TBO* 2015, 81.

Gelet op het arrest van het Hof van Cassatie van 7 juni 2013²⁴⁴⁸ zou dit echter niet het eerste geval zijn waar een persoon die niet kan gelden als 'juridische eigenaar', maar slechts als 'economische eigenaar', een succesvolle vordering tot revindicatie kan instellen. Samen genomen zouden deze deze ontwikkelingen er op wijzen dat, indien toch een zakelijk recht wordt toegekend aan de begunstigde waarmee een succesvolle vordering tot revindicatie kan worden ingesteld, er zich in het Belgische recht een werkelijke vorm van 'eigendomssplitsing' heeft ontwikkeld. Deze 'eigendomssplitsing' zou daarmee op een conceptueel niveau een sterkere variant zijn dan haar (vermeende) tegenhanger in het Engelse recht. In het Engelse recht worden de rechten van de *beneficiary* immers niet gezien als een kopie *in equity* van de *legal title* van de *trustee* (zie *supra*, randnr. 294 en vn. 854).

835. Wat ook zij van het voorgaande, uit de keuze van de wetgever om de kwaliteitsrekening van advocaten, notarissen en gerechtsdeurwaarders juridisch vorm te geven als een afgescheiden doelvermogen, vloeit voort dat er tevens sprake is van een bijzondere vorm van fiduciaire eigendom in het Belgische recht. De eerdere bezwaren tegen de juridische conceptie van de kwaliteitsrekening als afgescheiden vermogen met bijhorende fiduciaire eigendom zijn door de wetgever zelf ontmijsd, door middel van de introductie van artikel 8/1 Hyp.W. Van een schending van de *numerus clausus* in het goederenrecht kan daarom geen sprake zijn. Een bijkomende vraag is of er dan wel sprake kan zijn van een '*numerus clausus* van kwaliteitsrekeningen'. Uit alle gegeven voorbeelden kan worden afgeleid dat de wetgever in ieder geval slechts voorziet in afzonderlijke wettelijke regelingen voor onderscheiden kwaliteitsrekeningen. In navolging van DIRIX²⁴⁴⁹ kan worden gesteld dat de redenen en argumenten die voorhanden waren voor de erkenning van de kwaliteitsrekening als algemene rechtsfiguur vóór het cassatiearrest van 27 januari 2011, nog steeds geldig blijven. Zo kunnen de juridische argumenten van het gedeelte van de rechtsleer dat de erkenning van de kwaliteitsrekening baseerde op de rechtsfiguur van de middellijke vertegenwoordiging nog steeds doorgang vinden. Los van het – terecht bekritiseerde – cassatiearrest van 27 januari 2011, kan niet worden ingezien waarom de rechtspraak in concrete gevallen het eigen karakter van een kwaliteitsrekening zou kunnen honoreren. Er kunnen immers perfect legitieme redenen bestaan voor andere personen of beroepsgroepen om een beroep te doen op een kwaliteitsrekening. Zo kan worden gedacht aan arbiters, vastgoedmakelaars, testamentuitvoerders en dergelijke meer.

²⁴⁴⁸ Cass. 7 juni 2013, RW 2013 – 2014, 579 (met noot D. GRUYAERT), TBO 2015, 80 (met noot N. APPERMONT).

²⁴⁴⁹ E. DIRIX, "Artikel 8/1 Hyp.W." in X., *Voorrechten en hypotheke. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Algemene Bepalingen, Samenloop*, losbl., 30.

(Schijnbaar?) Geval van 'doelgebonden eigendom' in het Franse recht: de 'fiducie'

De Franse fiducie: algemene aspecten

836. Hoger (*supra*, randnr. 122 e.v.) werd gewag gemaakt van de *fiducie*, een bijzondere rechtsfiguur die in 2007²⁴⁵⁰, na enkele mislukte pogingen daartoe²⁴⁵¹, werd geïntroduceerd in het Franse recht. Gedurende de eerste jaren van haar bestaan, werd het wettelijke kader van de *fiducie* herhaaldelijk aangepast middels verschillende reparatiewetten.²⁴⁵² Een opvallende vaststelling is tevens dat ook vóór de wettelijke introductie van de *fiducie*, er reeds verscheidende (onbenoemde) *fiducie*-structuren aanwezig waren in het Franse recht.²⁴⁵³ Bepaalde van deze 'onbenoemde *fiducie*-structuren' werden zelfs gekenmerkt door een afgescheiden vermogen.²⁴⁵⁴

837. Hoewel het niet de bedoeling is om deze rechtsfiguur exhaustief te bespreken, is een beknopte introductie op zijn plaats, vooraleer wordt overgegaan tot de kern van de zaak: de aard van het eigendomsrecht van de *fiduciaire*, zijnde de equivalent van de *trustee* in het geval van een *trust*.

Ingevolge de wet van 19 februari 2007 werd in Boek III van de Franse *Code Civil* een nieuwe Titel XIV ingevoegd, genaamd "De la fiducie". Artikel 2011 CC omvat de volgende definitie van deze rechtsfiguur: "*La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.*" Uit de daaropvolgende artikelen blijkt dat de *fiducie* ontstaat ingevolge een overeenkomst of uit kracht

²⁴⁵⁰ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, *JO* n°44 du 21 février 2007.

²⁴⁵¹ Zo werden reeds pogingen ondernomen om een *fiducie* te introduceren in het Franse recht in 1992 en 1995. Beide voorstellen strandden echter omdat er een belangrijke vrees bestond dat een dergelijke *fiducie* een ideaal vehikel zou vormen voor zij die belastingen wensten te ontwijken (of zelfs ontduiken) of om aan witwaspraktijken te doen. Zie: P. MARINI, "Enfin la fiducie en droit français", *Receuil Dalloz* 2007, 1347; M. GRIMALDI, F. BARRIÈRE, "La fiducie en droit français" in M. CANTIN CUMYN (ed.), *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires* Brussel, Bruylant, 1999, 237 – 263, i.h.b. 246 e.v.; F. BARRIÈRE, "The French *fiducie*, or the chaotic awakening of a sleeping beauty" in L. SMITH (ed.), *Re-imagining the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 224.

²⁴⁵² F. BARRIÈRE, "The French *fiducie*, or the chaotic awakening of a sleeping beauty" in L. SMITH (ed.), *Re-imagining the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 227 – 228.

²⁴⁵³ F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Parijs, Litec, 2004, 220 e.v.; M. GRIMALDI, F. BARRIÈRE, "La fiducie en droit français" in M. CANTIN CUMYN (ed.), *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires* Brussel, Bruylant, 1999, 239 – 246; I. BEYNEIX, "Apport et utilité de la notion d'indisponibilité en droit patrimonial français à l'aune du trust anglo-saxon, de la fiducie et de l'EIRL", *Pétits Affiches* 2012, afl. 67, nr. 12.

²⁴⁵⁴ M. GRIMALDI, F. BARRIÈRE, "La fiducie en droit français" in M. CANTIN CUMYN (ed.), *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires* Brussel, Bruylant, 1999, 243 – 246.

van de wet.²⁴⁵⁵ In tegenstelling tot wat het geval is voor een *trust* kan een *fiducie* dus niet in het leven worden geroepen door middel van een testamentaire beschikking. Aansluitend dient te worden herinnerd aan de hoger (*supra*, randnr. 703) gemaakte bemerking dat een *fiducie-liberalité* uitdrukkelijk wordt gebrandmerkt als zijnde strijdig met de openbare orde.²⁴⁵⁶ Een *fiducie*-overeenkomst wordt ook beperkt in de tijd. Zo wordt de maximumduur, op straffe van nietigheid, vastgesteld op 99 jaar.²⁴⁵⁷ De *fiducie*-overeenkomst dient tevens, opnieuw op straffe van nietigheid, op geschrift te worden gesteld en dient, behalve de missie van de *fiduciaire*, uitdrukkelijk de identiteit van de betrokken personen te vermelden, alsook de goederen waarop de *fiducie* betrekking heeft.²⁴⁵⁸ Opmerkelijk is dat het mag gaan om toekomstige goederen, indien deze bepaalbaar zijn.²⁴⁵⁹ De *fiducie*-overeenkomst dient bovendien te worden geregistreerd bij de Franse overheid.²⁴⁶⁰ Uit de hoger geboden definitie valt af te leiden dat de creatie van een *fiducie* een (eigendoms)overdracht²⁴⁶¹ van de goederen in kwestie impliceert, zodat een hypothetische '*déclaration de fiducie*' door de *constituant*, zijnde de equivalent van de *settlor* in een *trust*, onmogelijk is. De *constituant* bewerkstelligt middels een *fiducie* in feite een dubbele eigendomsoverdracht: eerst worden de desbetreffende goederen overdragen aan een *fiduciaire*, die vervolgens (fiduciaire) eigenaar wordt, en vervolgens aan de begunstigde die vervolgens (volle) eigenaar wordt.²⁴⁶² De *fiducie* kan zowel worden aangewend voor beheersdoeleinden als voor zekerheidsdoeleinden.²⁴⁶³

838. Ook op het vlak van het personele toepassingsgebied heeft de Franse wetgever enkele belangrijke beperkingen aangebracht. Daar waar oorspronkelijk slechts rechtspersonen die werden onderworpen aan de Franse vennootschapsbelasting konden optreden als *fiduciaire*²⁴⁶⁴, kunnen tegenwoordig, behalve banken, verzekeringsinstellingen en andere financiële- en investeringsmaatschappijen, ook advocaten de hoedanigheid van *fiduciaire*

²⁴⁵⁵ Artikel 2012 CC.

²⁴⁵⁶ Artikel 2013 CC.

²⁴⁵⁷ Artikel 2018, 2^o CC.

²⁴⁵⁸ Artikel 2018 CC.

²⁴⁵⁹ Artikel 2018, 1^o CC.

²⁴⁶⁰ Artikel 2019 CC.

²⁴⁶¹ Hoewel artikel 2011 CC niet uitdrukkelijk melding maakt van een eigendomsoverdracht, maar slechts van een 'overdracht', wordt in de Franse rechtsleer overwegend aanvaard dat er wel degelijk een eigendomsoverdracht voorhanden moet zijn vooraleer een *fiducie* in het leven kan worden geroepen. Zie: B. MALLET-BRICOUT, "Fiducie et propriété" in B. MALLET-BRICOUT, S. BROS (eds.), *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Parijs, Economica, 2009, 298; P. CROCQ, "L'introduction de la fiducie en droit privé français" in V. SAGAERT (ed.), *La réforme du droit privé en France : un modèle pour le droit privé européen?*, Brussel, Larcier, 2009, 15.

²⁴⁶² B. MALLET-BRICOUT, "Fiducie et propriété" in B. MALLET-BRICOUT, S. BROS (eds.), *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Parijs, Economica, 2009, 299.

²⁴⁶³ F. BARRIÈRE, "The security *fiducie* in French law" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 101 – 140; B. MALLET-BRICOUT, "The trustee: mainspring, or only a cog, in the French *fiducie*?" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 143.

²⁴⁶⁴ Zo luidde het in 2008 afgeschafte artikel 2014 CC.

waarnemen.²⁴⁶⁵ Eén en ander valt te kaderen in de vrees dat een *fiducie* zou worden aangewend teneinde belastingontduiking en witwasactiviteiten te faciliteren. Op de personen die in aanmerking komen om op te treden als *fiduciaire*, rusten immers plichten tot het opstellen van risicoanalyses en meldingsplichten in het kader van de strijd tegen witwas en fiscale fraude.²⁴⁶⁶ Bovendien wordt in de rechtseconomische literatuur verdedigd dat de beperking van de hoedanigheid van *fiduciaire* tot banken en allerlei gelijkaardige instellingen kan worden verklaard door de historische afwezigheid van de aanvaarding van vermogensafscheiding in continentale rechtsstelsels.²⁴⁶⁷ De vroege erkenning van het fenomeen van de *affirmative asset partitioning/entity shielding* in *common law*-stelsels maakte dat ook natuurlijke personen gemakkelijker konden worden aangeduid als *trustee*, aangezien de insolabiliteitsrisico's voor de verschillende categorieën schuldeisers daardoor in toom werden gehouden. Bij gebreke aan enige vorm van *entity shielding* liepen de aanspraken van de persoonlijke schuldeisers en de 'zaakschuldeisers' van de *trustee* of *fiduciaire* door elkaar. Dit had tot gevolg dat er sterke voorkeur bestond voor institutionele *fiduciaires* waarvan traditioneel werd aanvaard dat zij beschikten over voldoende eigen vermogen om aan de aanspraken van alle schuldeisers te kunnen voldoen. Bovendien beschikken dergelijke instellingen in de regel over de noodzakelijke vereisten van professionaliteit om een dergelijke taak waar te nemen.

839. Uit de in artikel 2011 CC geboden definitie valt tevens af te leiden dat de goederen van de fiducie een afzonderlijk vermogen vormen, dat is afgescheiden van het persoonlijke vermogen van de *fiduciaire*.²⁴⁶⁸ De introductie van de *fiducie* in het Franse recht heeft aldus tot gevolg (of bevestigt) dat één persoon titularis kan zijn van meerdere, afgezonderde vermogens. De aanvaarding van de notie van een afgescheiden vermogen heeft tot gevolg dat de persoonlijke schuldeisers van de *fiduciaire* principieel geen beslag kunnen leggen op de goederen waarop de *fiducie* betrekking heeft. Indien er samenloop ontstaat in hoofde van de *fiduciaire*, tast dit het bestaan en de integriteit van de *fiducie* niet aan.²⁴⁶⁹ De *fiducie* heeft daarentegen wel 'zaakschuldeisers', die zich kunnen verhalen op dit afzonderlijke vermogen. Zulks vereist evenwel dat de schuldvordering waarover zij beschikken, is ontstaan ingevolge de uitoefening van de beheersbevoegdheden met betrekking

²⁴⁶⁵ Artikel 2015 CC.

²⁴⁶⁶ F. BARRIÈRE, "The French *fiducie*, or the chaotic awakening of a sleeping beauty" in L. SMITH (ed.), *Re-imagining the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 231.

²⁴⁶⁷ H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, "The Essential Role of Organizational Law", *Yale Law Journal* 2000, 416.

²⁴⁶⁸ A. DENIZOT, "L'étonnant destin de la théorie du patrimoine", *RTD Civ.* 2014, 547 – 566; B. MALLET-BRICOUT, "Fiducie et propriété" in B. MALLET-BRICOUT, S. BROS (eds.), *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Parijs, Economica, 2009, 299; B. MALLET-BRICOUT, "The trustee: mainspring, or only a cog, in the French *fiducie*?" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 142; R. IBARRA-GARZA, "Protecting the trust fund in French and English Law", *Trusts & Trustees* 2014, 429 – 430; L. KACZMAREK, "Propriété fiduciaire et Droits des Intervenants à l'Opération", *Recueil Dalloz*, 2009, 1845 e.v.

²⁴⁶⁹ Artikel 2024 CC.

tot het specifieke fiducievermogen waarop zij hun schuldvordering wensen te verhalen.²⁴⁷⁰

Nochtans kan worden opgemerkt dat de voorhanden zijnde vorm van *entity shielding* in het geval van de Franse *fiducie* niet steeds consequent wordt doorgetrokken. Zo bepaalt artikel 2025 CC dat schuldeisers van de *constituant* die over een (anterieur) zakelijk recht beschikken met betrekking tot een overgedragen goed waarop de *fiducie* betrekking heeft, een volgrecht kunnen uitoefenen. Op zichzelf genomen is deze regel logisch en hoeft zij de erkenning van een consequente vorm van *entity shielding* niet in de weg te staan, daar zij gewoon volgt uit de toepassing van de basisprincipes uit het goederenrecht. Artikel 2025 CC bepaalt echter evenzeer dat de schuldeisers van de *constituant* in geval van fraude toch aanspraak kunnen maken op de goederen waarop de *fiducie* betrekking heeft. Zij hebben zelfs voorrang op de begunstigden van de *fiducie*. Het tweede lid van artikel 2025 CC voegt daaraan toe dat de 'zaakschuldeisers' van de *fiducie* zich kunnen verhalen op het persoonlijke vermogen van de *constituant*, in het geval het geheel aan fiduciegoederen een ontoereikend onderpand vormt voor hun schuldvorderingen. In het geval zulks contractueel is voorzien, kunnen de zaakschuldeisers hun schuldvorderingen zelfs verhalen op de persoonlijke goederen van de *fiduciaire*. Het derde lid van artikel 2025 CC laat ten slotte ook toe om enkel het fiducievermogen te beschouwen als onderpand voor de schuldvorderingen van de 'zaakschuldeisers', zij het dat een dergelijke contractuele bepaling slechts tegenwerpelijk is aan die schuldeisers die hier expliciet mee hebben ingestemd. Zulks vormt een interessante en bijzondere toepassing van het concept dat hoger (*supra*, randnr. 336) werd aangeduid als *defensive asset partitioning*, zonder daarom meteen neer te komen op de idee van 'beperkte aansprakelijkheid' zoals dit doorgaans gekend is in continentale rechtsstelsels.

840. Vooraleer wordt overgegaan tot de nadere bestudering van de (vermeende?) eigendomspositie van de *fiduciaire*, worden kort enkele bijzonderheden met betrekking tot de rechtspositie van de begunstigden aangestipt. Het is in dit verband interessant te bemerken dat de Franse doctrine stelt dat de *bénéficiaires* van een *fiducie* niet beschikken over een zakelijk recht met betrekking tot de goederen waarop de *fiducie* betrekking heeft.²⁴⁷¹ De *bénéficiaire* is overigens geen partij bij de fiducieovereenkomst.²⁴⁷² Uit artikel 2028 CC volgt wel dat de *constituant* de *fiducie* kan herroepen tot op het ogenblik waarop de *bénéficiaire* de *fiducie* heeft aanvaard. Eén en ander doet denken aan de hoger (*supra*, randnr. 665) besproken regeling inzake het derdenbeding. In de Franse rechtsleer worden dan ook parallellen getrokken tussen de rechtspositie van de

²⁴⁷⁰ R. IBARRA-GARZA, "Protecting the trust fund in French and English Law", *Trusts & Trustees* 2014, 430.

²⁴⁷¹ R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire – trust fund*, Parijs, LGDJ, 2014, 277.

²⁴⁷² B. MALLET-BRICOUT, "The trustee: mainspring, or only a cog, in the French *fiducie*?" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 148.

bénéficiaire en deze van de begunstigde onder een derdenbeding.²⁴⁷³ Aldus heeft de *bénéficiaire* slechts persoonlijke rechten (ten aanzien van de *fiduciaire*) met betrekking tot de goederen die onder fiducieverband werden gebracht.²⁴⁷⁴ Ook de *constituant* heeft in beginsel slechts persoonlijke rechten ten aanzien van de onder fiducieverband gestelde goederen.²⁴⁷⁵ Dit impliceert dat de *fiduciaire* (althans *de lege lata*) geldt als werkelijke eigenaar van de goederen waarop de *fiducie* betrekking heeft. Wat het gebrek aan een zakelijk recht in hoofde van de *bénéficiaires* echter niet impliceert, is een corresponderend gebrek aan gespierde beschermingsmechanismen.

Een vorm van goederenrechtelijke bescherming wordt alvast bekomen door de juridische vormgeving van de *fiducie* als een afgescheiden vermogen, weliswaar met inachtnaam van de in het vorige randnummer geformuleerde nuances. Zulks levert alvast een principiële bescherming op tegen de schuldeisers van de *fiduciaire*. Bij gebreke aan fraude of een anterieur zakelijk recht wordt de integriteit van de *fiducie* ook beschermd tegen claims van de schuldeisers van de *constituant*. Luidens artikel 2026 is de *fiduciaire* (persoonlijk) aansprakelijk voor fouten in diens beheer. Gelet op het gegeven dat slechts bepaalde (rechts)personen in aanmerking komen voor de hoedanigheid van *fiduciaire*, wordt het risico op insolventie van de *fiduciaire* alvast verkleind. Op grond van artikel 2027 CC kan een *fiduciaire* die tekortschiet in het uitoefenen van zijn of haar taken worden afgezet en vervangen. De afzetting en vervanging van de *fiduciaire*, zo blijkt uit deze bepaling, kan ook worden geregeld door het fiduciecontract zelf. Essentieel aan deze bepaling is dat het initiatiefrecht zowel bij de *constituant*, als bij de *bénéficiaire* als bij een aangewezen derde kan liggen. Op grond van artikel 2017 CC kan in het fiduciecontract een derde worden aangewezen die in zekere zin de rol van *protector* kan vervullen.

De verhoudingen tussen de *fiduciaire* en derden wordt geregeld door het wat obscuur geformuleerde artikel 2023 CC: "*Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs.*" Speelt het gebrek aan een zakelijk recht de *bénéficiaire* parten indien de *fiduciaire* handelt met derden in weerwil van diens fiduciaire taken? Kennelijk niet, aangezien de Franse doctrine aanvaardt dat, in het geval de *fiduciaire* handelt met een derde te kwader trouw, er steeds beroep kan worden gedaan op het leerstuk van de derde-medeplichtigheid aan andermans

²⁴⁷³ B. GOUTHIERE, F. LEFEBRE, C. LOPATER, A-L. BLANDIN, *La fiducie, mode d'emploi*, Levallois, Francis Lefebvre, 2009, nr. 751.

²⁴⁷⁴ R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire – trust fund*, Parijs, LGDJ, 2014, 303; B. MALLET-BRICOUT, "The trustee: mainspring, or only a cog, in the French *fiducie*?" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 148; R. IBARRA-GARZA, "Protecting the trust fund in French and English Law", *Trusts & Trustees* 2014, 434; C. DE LAJARTE, "La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie", *Revue Lamy Droit Civil* 2009, 71 – 86; L. AYNÈS, P. CROCQ, "La Fiducie préservée des Audaces du Législateur", *Recueil Dalloz*, 2009, 2559.

²⁴⁷⁵ L. KACZMAREK, "Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération", *Recueil Dalloz*, 2009, 1848.

contractbreuk.²⁴⁷⁶ Aangezien de *bénéficiaire* geen partij is bij de fiducieovereenkomst, kan deze de *fiduciaire* evenwel niet contractueel aanspreken op grond van deze overeenkomst. Indien de *fiduciaire* gehandeld zou hebben met een derde te goeder trouw, is de sanctie van de derde-medeplichtigheid evenwel uitgesloten. In beginsel zou kunnen worden verwacht dat de goederen die in de plaats treden van het ten onrechte vervreemd fiduciair goed deel gaan uitmaken van het fiduciair vermogen, ten gevolge van de veralgemeende zaakvervangende die speelt binnen dit afgescheiden doelvermogen.

De eigendomspositie van de fiduciaire onder een Franse fiducie

841. Met betrekking tot de eigendomspositie van de *fiduciaire* kunnen verschillende stromingen in de Franse doctrine worden ontwaard. Ten eerste kan worden verwezen naar de hoger (*supra*, randnr. 122 – 123) gemaakte opmerking over de mislukte introductie van een werkelijke vorm van 'gesplitste eigendom' in het Franse recht. Teneinde de concurrentiepositie van Frankrijk op de internationale financiële markten te versterken, scheen de introductie van een gespleten eigendomsrecht de Franse wetgever toe als een goed idee. Op deze wijze zouden bijvoorbeeld financiële constructies uit het Islamistische financieringswezen kunnen worden nagebootst, met name de *Sukuk*. De Franse wetgever wenste daartoe een bepaling te introduceren in de Code Civil waarin het bestaan van een fiduciair eigendomsrecht in hoofde van de *fiduciaire* uitdrukkelijk werd aanvaard.²⁴⁷⁷ Indien dit voorstel daadwerkelijk zou zijn aanvaard, zou dit geleid hebben tot de introductie van een gespleten eigendomsrecht in het Franse recht.²⁴⁷⁸ Hoger is gebleken dat dit voorstel, tot opluchting van een deel van de Franse doctrine, het nooit heeft gehaald, zij het om redenen die als zodanig geen uitstaans hadden met (de fundamenten van) het Franse goederenrecht.

842. Het voorgaande hoeft evenwel niet te impliceren dat het onduidelijk zou zijn wie geldt als eigenaar van de goederen waarop de *fiducie* betrekking heeft. De overgrote meerderheid van de Franse rechtsleer beschouwt de *fiduciaire* immers als (fiduciaire) eigenaar.²⁴⁷⁹ De Franse rechtsleer wijst er daarbij wel op dat het *in*

²⁴⁷⁶ R. IBARRA-GARZA, "Protecting the trust fund in French and English Law", *Trusts & Trustees* 2014, 435.

²⁴⁷⁷ Proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers, Sénat (2008-2009)n n° 96, artikel 6sexies B.

²⁴⁷⁸ B. MALLET-BRICOUT, "Fiducie et propriété" in B. MALLET-BRICOUT, S. BROS (eds.), *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Parijs, Economica, 2009, 299; L. AYNÈS, P. CROCQ, "La Fiducie préservée des Audaces du Législateur", *Recueil Dalloz*, 2009, 2559 – 2560.

²⁴⁷⁹ D. LOUIS-CAPORAL, "La fiducie-libéralité. Réflexion sur une opération prohibée", *RTD Civ.* 2016, 51 – 52; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Parijs, Litec, 2004, 334; F. BARRIÈRE, "The French *fiducie*, or the chaotic awakening of a sleeping beauty" in L. SMITH (ed.), *Re-imagining the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 234; F. BARRIÈRE, "The security *fiducie* in French law" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 103 – 105, 119; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire – trust fund*, Parijs, LGDJ, 2014, 153; R. IBARRA-GARZA, "Protecting the trust fund in French and English Law", *Trusts & Trustees* 2014, 435. L.

casu niet gaat om de klassieke vorm waarin het eigendomsrecht verschijnt.²⁴⁸⁰ Van zodra het eigendomsrecht met betrekking tot de goederen wordt overgedragen aan de *fiduciaire* rust daarop geen 'klassiek' eigendomsrecht in de zin van artikel 544 CC, maar een bijzonder 'fiduciair eigendomsrecht' dat niet dezelfde karakteristieken vertoont. Van zodra de goederen vervolgens opnieuw worden overgedragen in volle eigendom aan de begunstigden, herleeft het traditionele eigendomsrecht opnieuw. Het 'fiduciair eigendomsrecht' kan daarom in zekere zin worden beschouwd als een overgangsfase, waarin geen klassiek eigendomsrecht voorhanden is. Het is interessant om op te merken dat in de Franse rechtsleer voor dit verschijnsel een gelijkaardige verklaring wordt geboden als deze die wij hoger (*supra*, randnr. 832) hebben gegeven: de aard van het eigendomsrecht in kwestie wordt mede beïnvloed door de aard van het bestemmingsgebonden vermogen waarin de desbetreffende goederen zich bevinden. Zo stelt MALLET-BRICOUT: "La « *propriété fiduciaire* » découle ainsi directement de la reconnaissance en droit français d'un patrimoine d'affectation, comme plusieurs auteurs le soulignent : sa justification se trouve donc dans le patrimoine d'affectation, elle n'est qu'un instrument au service de l'intérêt qui existe à admettre qu'une même personne puisse devenir titulaire de deux (ou plusieurs) patrimoines."²⁴⁸¹

843. Dit 'fiduciair eigendomsrecht' ademt als het ware een ander karakter uit dan het klassieke eigendomsrecht dat kan worden aangetroffen in artikel 544 CC. Zo dient de *fiduciaire* zowel ten aanzien van de *constituant* als ten aanzien van de *bénéficiaire* verantwoording af te leggen omtrent de wijze waarop hij de goederen beheert, en aldus over de wijze waarop deze zijn fiduciair eigendomsrecht uitoefent.²⁴⁸² Het eigendomsrecht kan volgens de bepaalde Franse auteurs nooit langer bestaan dan 99 jaar, i.e. de maximale duur die de Franse wetgever oplegt aan een *fiducie*.²⁴⁸³ Het eigendomsrecht is evenmin 'absoluut' in die zin dat de

KACZMAREK, "Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération", *Recueil Dalloz*, 2009, 1846; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens in Droit fondamental. Droit classique*, Parijs, Presses Universitaires de France 2008, 417; C. WITZ, "La fiducie française face aux expériences étrangères et la convention de La Haye relative au « trust »", *Recueil Dalloz* 2007, 1396; B. MALLET-BRICOUT, "The trustee: mainspring, or only a cog, in the French *fiducie*?" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 157 – 159; P. MARINI, "Enfin la fiducie en droit français", *Recueil Dalloz* 2007, 1347; P. CROCQ, "Propriété fiduciaire, propriété unitaire" in X, *La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2010, www.dalloz-bibliothèque.fr.

²⁴⁸⁰ F. BARRIÈRE, "The security *fiducie* in French law" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 104 – 105; B. MALLET-BRICOUT, "Fiducie et propriété" in B. MALLET-BRICOUT, S. BROS (eds.), *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Parijs, Economica, 2009, 304.

²⁴⁸¹ B. MALLET-BRICOUT, "Fiducie et propriété" in B. MALLET-BRICOUT, S. BROS (eds.), *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Parijs, Economica, 2009, 320. Zie tevens: R. LIBCHABER, "Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1re partie)", *Déf.* 2007, art. 38631, nr. 23.

²⁴⁸² Artikel 2022 CC.

²⁴⁸³ Artikel 2018, 2° CC. Zie ook: B. MALLET-BRICOUT, "Fiducie et propriété" in B. MALLET-BRICOUT, S. BROS (eds.), *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Parijs, Economica, 2009, 306 – 307; F. BARRIÈRE, "The French *fiducie*, or the chaotic awakening of a sleeping beauty" in L. SMITH (ed.), *Re-imagining the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 237.

fiduciaire dit eigendomsrecht nooit ten behoeve van zichzelf mag uitoefenen, maar steeds het doel dat aan het bestemmingsgebonden vermogen werd gegeven, in het achterhoofd dient te houden. Op het vlak van de exclusiviteit van het eigendomsrecht wordt een scheiding aangebracht tussen de interne en de externe verhouding. Ten aanzien van derden, en dus in externe verhoudingen, treedt de *fiduciaire* op als exclusieve eigenaar die over het prerogatief beschikt om derden uit te sluiten van de onder fiducieverband geplaatste goederen.²⁴⁸⁴ In de interne verhouding is de *fiduciaire* echter veel minder te beschouwen als een 'exclusieve eigenaar'. De fiducieovereenkomst legt immers vast op welke wijze de *fiduciaire* zijn of haar eigendomsrecht dient aan te wenden en op welke wijze daarover verantwoording zal worden afgelegd. Dit zal in de praktijk kunnen impliceren dat de *fiduciare* ook bepaalde beheershandelingen zal moeten stellen, zodat van veel beheersvrijheid niet steeds sprake zal zijn. Ook krijgt de *fiduciaire* mogelijks te maken met in de fiducieovereenkomst aangewezen derden, die bewarende maatregelen kunnen treffen ten aanzien van de onder fiducieverband gestelde goederen, teneinde het oogmerk van de *fiducie* te vrijwaren.²⁴⁸⁵ De Franse wet voorziet tevens in mogelijkheden om de *fiduciaire* te vervangen, hetgeen tot gevolg heeft dat de *fiduciaire* het fiduciair eigendomsrecht verliest.²⁴⁸⁶ Het fiduciair eigendomsrecht heeft aldus een precair en zelfs een licht nominaal karakter. In theorie kan de fiducieovereenkomst dermate verregaande beperkingen opleggen aan de *fiduciaire* dat deze nagenoeg geen enkele bewegingsvrijheid geniet. In de Franse rechtsleer wordt evenwel gesteld dat de *fiduciaire* minstens de mogelijkheid dient te hebben om bewarende maatregelen te nemen met betrekking tot de onder fiducieverband gestelde goederen.²⁴⁸⁷

Het is o.i. evenwel opvallend dat de Franse rechtsleer dienaangaande weinig aandacht lijkt te besteden aan de vraag naar het onderscheid tussen (eerder verbintenisrechtelijke) 'mogen' en het (eerder goederenrechtelijke) 'kunnen'. Uit de hoger gemaakte analyse blijkt immers dat de *fiduciare* goederenrechtelijk wel kán handelen met derden met betrekking tot de onder fiducieverband gestelde goederen, ook al gaat een dergelijke beschikkingshandeling in tegen het doel van de *fiducie*. Ondanks de beperkingen die worden opgelegd aan de *fiduciaire*, en die veelal spelen in de interne verhouding, blijft de *fiduciaire* ten aanzien van derden wel verschijnen als de exclusieve eigenaar van de onder fiducieverband gestelde goederen. Het gebrek aan een volgrecht in hoofde van de *bénéficiaires* en kennelijk

Nochtans moet worden opgelet met het gelijkschakelen van de (abstracte) duur van eigendomsrecht dat rust op de onder fiducieverband gebrachte goederen en het titularisschap van de *fiduciaire*. Zie in dat verband: M. MUYLLE, *De duur en beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 131.

²⁴⁸⁴ R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire – trust fund*, Parijs, LGDJ, 2014, 153; M. GRIMALDI, F. BARRIÈRE, "La fiducie en droit français" in M. CANTIN CUMYN (ed.), *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires* Brussel, Bruylant, 1999, 248; F. BARRIÈRE, "The French *fiducie*, or the chaotic awakening of a sleeping beauty" in L. SMITH (ed.), *Re-imagining the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 237.

²⁴⁸⁵ Artikel 2017 CC.

²⁴⁸⁶ Artt. 2017 en 2027 CC.

²⁴⁸⁷ B. GOUTHÈRE, F. LEFEBRE, C. LOPATER, A-L. BLANDIN, *La fiducie, mode d'emploi*, Levallois, Francis Lefebvre, 2009, nr. 3280.

evenzeer in hoofde van de *consituant*, maakt dat de beschikkingsbevoegdheid van de *fiduciaire* kennelijk niet fundamenteel wordt aangetast door het bestaan van de fiducieverhouding.

844. Het voorgaande leidt er alvast toe dat de *fiducie* op functioneel vlak enkele sterke gelijkenissen vertoont met een *trust*, aangezien er wordt vertrokken vanuit dezelfde basisoptie: de creatie van een fluctuerende 'universaliteit' van goederen waarvan het (nominale) eigendomsrecht wordt geplaatst bij de beheerder van de goederen. Zulks biedt als voordeel dat de beheerder ten aanzien van derden verschijnt als eigenaar, en dat de beheerder goederenrechtelijk in beginsel allerlei rechtshandelingen kán stellen met betrekking tot de goederen. Net omwille van diens verregaande bevoegdheden dient de beheerder in de interne verhouding aan strakke juridische banden te worden gelegd. Het oogmerk daarbij is dat de beheerder wordt uitgesloten van de waarde die de beheerde goederen vertegenwoordigen. De hier gemaakte analyse met betrekking tot het eigendomsrecht van de *fiduciaire* strookt alvast met de hoger (*supra*, randnr. 133) gemaakte bemerkingen met betrekking tot de *legal title* van de *trustee* naar Engels recht: vertaald naar onze begrippen is er slechts sprake van een (in de interne verhouding) 'nominaal eigendomsrecht' met betrekking tot de kwestieuze goederen. In het Engelse recht, alsook in de meeste andere *common law*-jurisdicties wordt deze impressie versterkt door de (quasi-)goederenrechtelijke positie van de begunstigen van de trustverhouding. Een eerder extensieve interpretatie van het leerstuk van de derde-medeplichtigheid kan evenwel tot vergelijkbare resultaten leiden, gelet op de verregaande gevolgen van een eventuele nietigheidssanctie.

845. Merk evenwel op dat in de Franse rechtsleer geen absolute eensgezindheid bestaat met betrekking tot de vraag wie geldt als eigenaar van de onder fiducieverband geplaatste goederen. Omwille van het in het vorige randnummer uiteengezette beperkingen aan het eigendomsrecht van de *fiduciaire* betwijfelt een minderheidsstroming in de Franse rechtleer of de *fiduciaire* wel kan worden aangeduid als 'eigenaar' van de onder fiducieverband gestelde goederen.²⁴⁸⁸ Tegelijk voert deze stroming in de rechtsleer aan dat uit de architectuur van de *fiducie* als geheel blijkt dat de *constituant* in feite geldt als heer en meester over de juridische constructie, en dat aldus de *consituant* kan gelden als 'eigenaar'.²⁴⁸⁹ De *fiduciaire* beschikt dan over een beperkt zakelijk recht met betrekking tot de onder fiducieverband gestelde goederen.²⁴⁹⁰ Het is immers de *constituant* die bepaalt aan welk doel de *fiducie* gebonden is, die mede controle uitoefent op de *fiduciaire*, die desgevallend de *fiducie* kan herroepen tot op het ogenblik van aanvaarding en die desgevallend kan voorzien in een vervanging van de *fiduciaire*. Nochtans heeft de *constituant* slechts persoonlijke rechten ten aanzien van de

²⁴⁸⁸ R. LIBCHABER, "Une fiducie française, inutile et incertaine" in X (ed.), *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : Liber Amicorum*, Parijs, Défrenois, 2005, 303 – 324.

²⁴⁸⁹ R. LIBCHABER, "Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1re partie)", *Déf.* 2007, art. 38631, nr. 20 e.v., 25 e.v.

²⁴⁹⁰ R. LIBCHABER, "Une fiducie française, inutile et incertaine" in X (ed.), *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : Liber Amicorum*, Parijs, Défrenois, 2005, 303.

onder fiducieverband gestelde goederen (zie *supra*, randnr. 840). Hoewel de *constituant*, omwille van de contractuele aard van de *fiducie*, duidelijker dan de *settlor* van een *trust* werkelijk mede centraal staat in de voorhanden zijnde '*trust deal*' of '*fiducie-deal*', maakt dit van de *constituant* nog geen eigenaar. Het formeel-juridische zwaartepunt wordt in een fiducieverhouding nu net niet gelegd bij de persoon die de modaliteiten van de *fiducie* dirigeert. Dit is evenzeer het geval bij de *trust*.

Volgens een laatste opvatting in de Franse rechtsleer dient de *bénéficiaire* als werkelijke (economische) eigenaar van de onder fiducieverband gestelde goederen te worden beschouwd.²⁴⁹¹ Opnieuw dient echter te worden vastgesteld dat de *bénéficiaire* op termijn principieel eigenaar zal worden van de onder fiducieverband gestelde goederen (of desgevallend de surrogaatgoederen), maar gedurende het bestaan van de *fiducie* over niets meer beschikt dan persoonlijke rechten met betrekking tot deze goederen.

Deze beide alternatieve theorieën omtrent de *situs* van het eigendomsrecht met betrekking tot de onder fiducieverband gestelde goederen, houden tevens het risico in dat de schuldeisers van deze partijen toch toegang zullen kunnen krijgen tot de onder fiducieverband gestelde goederen.²⁴⁹² De werking van de *fiducie* zou daarmee ernstig in het gedrang kunnen worden gebracht.

Opvallend is tot slot nog dat bepaalde Franse auteurs volhouden dat, indien het wetsvoorstel betreffende het 'gespleten eigendomsrecht' onder de *fiducie* het toch zou hebben gehaald, het in feite nog steeds de *bénéficiaire* zou zijn die zou gelden als werkelijke eigenaar. Zo stellen CROCQ en AYNÈS dat: "*Qu'en était-il, alors, dans le cas de la fiducie ainsi réformée ? Contrairement à ce qu'affirmait l'article 2011 du code civil [zoals in deze hypothese gewijzigd] le fiduciaire ne pouvait pas être qualifié de propriétaire, car, dénué de la plénitude de prérogatives sur le bien pendant la durée de la fiducie, il ne la recouvrait pas à la fin de la fiducie, l'objet de la fiducie devant être transféré au bénéficiaire. En revanche, le bénéficiaire, lui, pouvait être qualifié de propriétaire puisque, titulaire d'un droit réel sur le bien pendant la durée de la fiducie, il avait vocatio, à la fin de la fiducie, comme un nu-propriétaire, à recouvrer la plénitude des prérogatives sur ce bien. On aboutissait donc, finalement, à ce que le bénéficiaire de la fiducie soit le véritable propriétaire des biens, sa propriété étant grevée par un droit réel sur la chose d'autrui conféré au fiduciaire, droit que le législateur qualifiait abusivement de « propriété fiduciaire ».*"²⁴⁹³

De vraag rijst in hoeverre de huidige juridische constellatie van de Franse *fiducie* niet reeds tot een gelijkaardige conclusie zou kunnen leiden, ingevolge een

²⁴⁹¹ S. RAVENNE, *Les propriétés imparfaites: contribution à la théorie de la structure du droit de la propriété*, onuitg., Parijs – Dauphine, 2007, 226 zoals weergegeven in D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 629.

²⁴⁹² F. BARRIÈRE, "The French *fiducie*, or the chaotic awakening of a sleeping beauty" in L. SMITH (ed.), *Re-imagining the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 236.

²⁴⁹³ L. AYNÈS, P. CROCQ, "La Fiducie préservée des Audaces du Législateur", *Recueil Dalloz*, 2009, 2560 – 2561.

toepassing van hetzelfde criterium als dit wat wordt aangewend door deze auteurs. Indien – *ceteris paribus* – het louter benoemen van het eigendomsrecht van de *fiduciaire* als onderdeel van een 'gespleten eigendomsrecht' reeds voldoende zou zijn om de *situs* van het eigendomsrecht met betrekking tot de onder fiduciaverband gestelde goederen te veranderen, toont dit in de eerste plaats de relativiteit van dit conceptueel-juridische vraagstuk aan. De vraag naar de juridische bevoegdheden van de onderscheiden actoren in kwestie en de rechten van diens schuldeisers, is relevanter dan de vraag bij wie het (nominale) eigendomsrecht van de goederen in kwestie ligt. Klassiek vervult het eigendomsrecht in dit verband een belangrijke 'signaalfunctie': eigenaar is hij die deze bevoegdheden heeft of terug zal verkrijgen op termijn. Wanneer wij de link leggen met de hoger gemaakte functionele analyse (*supra*, randnr. 374 e.v.) met betrekking tot de *trust*, raken wij aan een kerngedachte van de *fiducie*. De *fiducie* hoeft niet zozeer beschouwd te worden als de 'dood' van het klassieke eigendomsrecht, maar kan evenzeer worden beschouwd, net als de *trust*, als een functionele extensie daarvan. Ook de *fiducie* werpt een juridisch 'scherm' op tussen enerzijds, de externe bevoegdheden van de *fiduciaire* en de complexe 'interne' gerechtigdheden die daarachter kunnen schuilgaan. Net zoals de *trust*, 'verlengt' de *trust* de coördinatiefunctie van het eigendomsrecht door middel van een combinatie van een uitsluitingsstrategie en een beheerstrategie.

Net omwille van deze reden is het jammer te noemen dat de Franse wetgever een dergelijke aversie vertoont ten aanzien van een *fiducie-liberalité*. De functionele extensie van het eigendomsrecht die zij potentieel kan bewerkstelligen zou, ook in Frankrijk, een zeer handig juridisch kader kunnen vormen voor een flexibele intergenerationale overdracht van goederen van de éne generatie naar de volgende generaties.

De 'interne verhoudingen' van de trust wordt beheerst door het toepasselijke trustrecht

846. Hoger werd benadrukt dat in de Belgische rechtsleer terecht het standpunt wordt verdedigd dat het ingevolge artikel 124 WIPR aangewezen trustrecht in de eerste plaats de 'interne verhoudingen' van de *trust* beheerst. Hoger (*supra*, randnr. 816) aangenomen dat de *trustee* in de eerste plaats een naar Belgisch recht ingevuld (fiduciair) eigendomsrecht verkrijgt. Dit impliceert dat de *trustee* van een in België gelegen goed ten aanzien van derden verschijnt als de 'volle' eigenaar van de onder trustverband gestelde goederen. Aangezien uit de relevante wetbepalingen van het WIPR, alsook uit de parlementaire voorbereiding, de wens van de wetgever blijkt om het toepassingsgebied van het aangewezen trustrecht te beperken tot 'interne aangelegenheden', blijven de beperkingen die het aangewezen trustrecht opleggen aan de *trustee* in beginsel ook beperkt tot de interne verhouding. Ten aanzien van derden daarentegen, geldt de *trustee* als een fiduciaire eigenaar. Net omwille van de aard van het fiduciair eigendomsrecht als een vorm van 'beperkte eigendom' is een dergelijke situatie juridisch aanvaardbaar.

Gevolgtrekkingen betreffende het eigendomsrecht van de trustee

Een fiduciair eigendomsrecht?

847. In het geval dat een trustgoed in België gelegen is, wordt de Belgische rechtsorde geconfronteerd met een vorm van 'doelgeboden' of 'fiduciaire' eigendom. Een analyse van het *fideïcommis de residuo*, het certificeren van vennootschapseffecten en de kwaliteitsrekening leert evenwel dat het Belgische recht reeds verschillende vormen van 'doelgebonden beheerseigendom' kent. Bij het *fideïcommis de residuo* verschijnt deze vorm van doelgebonden beheerseigendom in een zwakke variant. Bij de kwaliteitsrekening verschijnt zij in een sterkere variant, te meer nu een bepaalde stroming in de rechtsleer een goederenrechtelijk karakter toeschrijft aan de rechten van de beneficiarissen van de kwaliteitsrekening. Eén en ander toont aan dat het Belgische recht, net zoals het Franse recht, niet geheel vreemd is aan enige vorm van een fiduciair, doelgebonden eigendomsrecht. Alleen al om deze reden kan o.i. worden gesteld dat het doelgebonden, fiduciair eigendomsrecht waartoe een trustverhouding aanleiding geeft, niet kan worden beschouwd als zijnde strijdig met de *numurus clausus* in het goederenrecht. Te meer daar de juridische status van dit laatste beginsel ook niet meer zo eenduidig toeschijnt als het eens was.

In het geval er verschillende *trustees* zijn, neemt dit eigendomsrecht de vorm aan van een 'collectief' of 'gezamenhands' eigendomsrecht. Deze situatie benadert immers het best deze van *joint tenancy* naar Engels recht. Ook hier vormt één en ander een sluitend geheel: zoals wij hoger (*supra*, randnr. 793) hebben uiteengezet wordt deze eigendomsvorm reeds door de Belgische rechtsleer onderkend in hoofde van de deelgenoten van afgescheiden vermogens. Welnu, in het geval van een *trust* met meerdere *trustees* dienen zij inderdaad te worden beschouwd als deelgenoten van dit afgescheiden vermogen. Ter herhaling kan er nog op worden gewezen dat dit gegeven vermoedelijk één van de grootste verschillen tussen een *trust* en de Belgische maatschap belicht: in het geval van een burgerlijke maatschap die wordt aangewend in de context van een successieplanning zullen de 'begunstigden' in veel gevallen óók maten zijn²⁴⁹⁴, maar wordt de controle toegewezen aan een (mogelijks statutair benoemde) zaakvoerder. In het geval van een *trust* is de juridische aard van het recht van de gezamenlijke *trustees* echter noodzakelijkerwijs van een andere orde dan de juridische aard van de rechten van de *beneficiaries*. Dit is overigens ook zo in het Engelse recht (zie *supra*, randnr. 294).

848. Om deze redenen moet dan ook, *a fortiori* wanneer de Belgische rechtsorde wordt geconfronteerd met buitenlandse *trusts*, voorzichtig worden omgesprongen met het argument dat de *beneficiaries* van de *trust* vanuit een continentaalrechtelijk perspectief zouden moeten worden beschouwd als eigenaars

²⁴⁹⁴ J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 273.

van de trustgoederen.²⁴⁹⁵ In de rechtsleer werd er reeds voor gepleit om de begunstigde te beschouwen als (intern) exclusieve eigenaar, in het geval van een hypothetische introductie van een inheemse trustfiguur in het Belgische rechtsbestel.²⁴⁹⁶ In essentie wordt daarbij geargumenteed dat het de *beneficiary* is die, gelet op de actieve elasticiteit van het eigendomsrecht, moet worden beschouwd als eigenaar.²⁴⁹⁷ Het is alleen de *beneficiary* die het uitzicht zou hebben op (de potentialiteit) van de volheid van de eigendomsbevoegdheden en dus op de 'exclusieve eigendom' van de trustgoederen. Daarbij wordt nog aangehaald dat *trusts* principieel slechts kunnen bestaan voor een beperkte duur²⁴⁹⁸ en dat zij de tijdelijke afwezigheid van een *trustee* kunnen overleven.²⁴⁹⁹

Hoewel voorliggend onderzoek betrekking heeft op de civielrechtelijke 'inpassing' van buitenlandse Angelsaksische *trusts*, en niet op de invoering van een trustfiguur naar Belgisch recht, moet er in dit verband voor worden gewaarschuwd dat voorgaande argumenten niet kunnen worden getransponeerd naar de situatie die in dit onderzoek centraal staat.²⁵⁰⁰ Immers, indien het toepasselijke trustrecht de (gezamenlijke) *trustees* aanduidt als houders van de '*legal title*', gaat het om een kwestie die volgens artikel 125, §1, 4^o WIPR wordt beheerst door het aangewezen trustrecht. Hoger (*supra*, randnr. 294) werd er in dit verband ook reeds op gewezen dat, ook naar Engels recht, het *equitable interest* van de *beneficiaries* niet te beschouwen valt als een 'eigendomsrecht' in die zin dat het een kopie *in equity* van de rechten van de *trustee* zou zijn. Integendeel, essentieel aan de *trust* is net dat de *trustee* ten aanzien van derden in beginsel verschijnt als eigenaar, teneinde het functioneren van de *trust* als fonds mogelijk te maken (zie *supra*, randnr. 301 e.v. en 379 e.v.). Een volgend bezwaar tegen het beschouwen van de *beneficiary* als 'eigenaar', dat o.i. *prima facie* ook kan gelden bij de invoering van een trustfiguur naar Belgisch recht, is dat het gaat om een verklaringsmodel dat vooral goed werkt voor relatief eenvoudige trustverhoudingen. In het geval van een *bare trust*, waar de *beneficiaries* op absolute wijze gerechtigd zijn om de trustgoederen te ontvangen, is zulks een optie. Hetzelfde geldt voor relatief eenvoudige *fixed trusts* waar de rechten van de (aangeduide) *beneficiaries* vrij nauw omschreven zijn.

²⁴⁹⁵ L. WEYTS, "To trust or not to trust: het notariaat geconfronteerd met deze Angelsaksische rechtsfiguur, from the frontdoor to the backdoor", *T.Not.* 2017, 394, 400.

²⁴⁹⁶ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 675 e.v.

Zie voor Frankrijk: H. BATIFFOL, "The Trust Problem as Seen by a French Lawyer", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, afl. 3/4, 24.

²⁴⁹⁷ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 675; L. WEYTS, "To trust or not to trust: het notariaat geconfronteerd met deze Angelsaksische rechtsfiguur, from the frontdoor to the backdoor", *T.Not.* 2017, 394.

²⁴⁹⁸ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 678.

²⁴⁹⁹ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 677.

²⁵⁰⁰ Zoals in de rechtsleer al wel eens is gebeurd, zie: L. WEYTS, "To trust or not to trust: het notariaat geconfronteerd met deze Angelsaksische rechtsfiguur, from the frontdoor to the backdoor", *T.Not.* 2017, 394, 400.

Dit verklaringmodel stuit o.i. echter op zijn limieten wanneer meer complexe truststructuren in ogenschouw worden genomen. Bij welke *beneficiaries* zou bijvoorbeeld het eigendomsrecht worden 'gelokaliseerd' in een *fixed trust* waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen *capital interests*, *income interests* en *successive interests*? Of waar er *conditional* en *defeasible interests* bestaan? (zie *supra*, randnr. 206 e.v.). In dat geval zullen er zich bepaalde gebeurtenissen moeten voltrekken vóór het *equitable interest* als het ware wordt 'geactiveerd'. Achter het 'trust-screen' en de *legal title* van de *trustee* kunnen zeer complexe gerechtigdheden schuilgaan die het identificeren van de *beneficiaries* die het vooruitzicht op de volheid van bevoegdheden hebben, ernstig bemoeilijkt. In het geval van een *discretionary trust* is het zelfs onmogelijk om te identificeren wie de uiteindelijke begunstigde zal zijn. Ook de rechtsleer die het voornoemde standpunt verdedigt, erkent dit gegeven en stelt dat de trustgoederen in die gevallen kunnen worden beschouwd als een op zichzelf staand *Zweckvermögen*.²⁵⁰¹ Deze oplossing lijkt *prima facie* onbevredigend, aangezien de *trust* dan *de facto* zelf 'eigenaar' zou worden van de onder trustverband gebrachte goederen. Nochtans kan een trustverhouding niet worden beschouwd als rechtssubject bij gebreke aan rechtspersoonlijkheid. In dat geval zouden er sprake zijn van het bestaan van zakelijke rechten zonder titularis.

Wat ook zij van het voorgaande, in het geval van de vraag naar de civielrechtelijke 'inpassing' van een buitenlandse Angelsaksische *trust*, kunnen de *beneficiaries* o.i. niet worden beschouwd als 'eigenaars' van de onder trustverband gebrachte goederen. De rechten van de *beneficiaries* worden verder (*infra*, randnr. 859 e.v.) dan ook aan een afzonderlijke bespreking onderworpen.

Een relatieve beschikkingsonbevoegdheid?

849. Uit het voorgaande is eveneens gebleken dat de begunstigde ten behoeve van wie het fiduciair eigendomsrecht wordt aangehouden zich in de regel niet zal kunnen beroepen op een volgrecht, indien de desbetreffende goederen ten onrechte door de fiduciaire eigenaar werden vervaemd. Evenwel wordt in het geval van de kwaliteitsrekening door bepaalde rechtsleer aanvaard dat er sprake kan zijn van een volgrecht. Verschillende auteurs spreken zich bovendien, kennelijk meer als een standpunt *de lege ferenda*, in deze zin uit voor wat betreft het geval van de certificering van effecten. Vastgesteld kan worden dat de principiële beschikkingsonbevoegdheid van de fiduciaire eigenaar aldus niet of niet steeds wordt aangetast door het bestaan van een doelgebonden eigendomsrecht. Zulks strijdt met de idee dat de begunstigde van de *trust* een volgrecht zou kunnen uitoefenen met betrekking tot ten onrechte vervaemde trustgoederen. Het volgrecht vormt, net zoals de niet-tegenwerpelijkheid, een goederenrechtelijke sanctie om de begunstigde van een beschikkingsonbevoegdheid te beschermen.²⁵⁰² Indien wordt aanvaard dat een *trustee* een naar Belgisch recht ingevuld fiduciair eigendomsrecht

²⁵⁰¹ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 677.

²⁵⁰² R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 479 e.v.

verkrijgt, volgt daaruit principieel dat het Belgische goederenrecht bepaalt wat de *trustee* kán doen, terwijl het van toepassing zijnde trustrecht, alsook de trustakte, bepalen wat de *trustee* mág doen. Op deze wijze kan de toepassing van het Belgische goederenrecht op trustgoederen gelegen te België alvast grotendeels worden gevrijwaard. Daarmee sluit deze benadering aan bij de wensen van de Belgische wetgever bij de invoering van het WIPR (zie *supra*, randnr. 713).

De analyse van de verschillende vormen van fiduciaire eigendom in het Belgische recht levert in dit verband evenwel geen zuiver eenduidig beeld op. In het geval van het *fideïcommis de residuo* alsook de certificering van effecten is er geen sprake van een beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de beheerder. De begunstigde kan zich ten aanzien van derden, *de lege lata*, slechts beroepen op obligatoire sancties in het geval van een niet-toegelaten vervreemding. Hetzelfde geldt voor de Franse *fiducie*. In het geval van de kwaliteitsrekening aanvaardt de doctrine het bestaan van een volgrecht wel. Ook in het geval van de certificering van effecten wordt in de rechtsleer, minstens *de lege ferenda*, in die zin gepleit.

850. Wanneer deze vier rechtsfiguren op een rijtje worden geplaatst, valt op dat deze verschillen kunnen worden teruggevoerd naar de fundamentele aard van de onderscheiden rechtsfiguren in kwestie. In het geval van een *fideïcommis* valt de principiële beschikkingsbevoegdheid van de bezwaarde te verklaren door het gegeven dat de insteller van het *fideïcommis* wenste te begunstigen. In het geval van de kwaliteitsrekening wordt de rekeninghouder evenwel volledig uitgesloten van de waarde van het rekeningtegoed, dat voor rekening van anderen wordt aangehouden. In geval van certificering is het normaliter evenzeer de bedoeling dat de emittent de gecertificeerde effecten blijft aanhouden en de daaraan gelieerde principiële doorstortingsverplichting honoreert.

In het geval van de meeste *trusts*, net zoals bij de meeste *fiducies*, zal het evenwel de bedoeling zijn om een 'fonds' te scheppen, waarvan de samenstellende bestanddelen kunnen worden ingewisseld voor andere bestanddelen. In het geval van de meeste *trusts* heeft de *trustee* vandaag helemaal geen bewaarplicht. Integendeel, de meeste recente wetswijzigingen in *common law*-stelsels strekken er net toe de beheers- en investeringsbevoegdheden van de *trustee*, die als *default rule* gelden, uit te breiden (zie *supra*, randnr. 252). In *common law*-stelsels wordt deze discussie ook niet 'geframed' in termen van beschikkings(on)bevoegdheid, aangezien dit concept principieel vreemd is aan *common law*-stelsels. In de praktijk zullen de meeste beschikkingshandelingen die door *trustees* worden gesteld, toegelaten zijn, zodat er naar Engels recht sprake is van *overreaching*. Slechts in een minderheid van de gevallen zal er een *breach of trust* voorhanden zijn.

Er kan aldus niet worden aangenomen dat een *trustee* met goederen in België principieel beschikkingsonbevoegd zou zijn.²⁵⁰³ Een dergelijke conclusie zou ook

²⁵⁰³ Zie voor Nederland: R.D. VRIESENDORP, "Het Nederlandse goederenrecht en het Haagse Trustverdrag" in *Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht*, Lelystad, Koninklijke Vermande BV, 1994, 88; U. VENEMA, "Het Haagse Trustverdrag: de in het verdrag voorziene 'externe werking' van Anglo-Amerikaanse trusts (II)", *WPNR* 1993, 396.

strijden met de letterlijke bewoordingen van artikel 122, 3° WIPR. Het Engelse recht knoopt de mogelijkheid tot *tracing* en *following* evenwel niet vast aan de vraag of de *trustee* 'beschikkingsbevoegd' is of niet, maar aan de vraag of er een *breach of trust* voorhanden is. Bekeken door een Belgische bril, zou aanvaard moeten worden dat de 'beschikkingsbevoegdheid' van de *trustee* naar Engels recht afhangt van de vraag of de *trustee* in het voorhanden zijnde geval al dan niet een *breach of trust* begaat. Indien dit niet het geval is, zou de *trustee* 'beschikkingsbevoegd' en wordt de *equitable title* van de *beneficiary* gewoon *overreached*. Indien dit wel het geval is, kan de *trustee* zich beroepen op een goederenrechtelijke remedie, en was de *trustee* dus 'beschikkingsonbevoegd'. In dit laatste geval dient vervolgens rekening te worden gehouden met de derdenbeschermingsregel voor de *bona fide purchaser*.

851. Vanuit een Belgisch perspectief is het evenwel niet zo evident om de vraag naar de beschikkingsbevoegdheid van de *trustee* te laten afhangen van de vraag welke handelingen de *trustee* mag stellen. Uit artikel 122, 3° WIPR volgt wel dat de *trustee* de bevoegdheid heeft om over de trustgoederen te beschikken, en daartoe zelfs de plicht kan hebben, in overeenstemming met de bijzondere verplichtingen waaraan deze laatste door de wet is onderworpen. Evenwel kan worden opgemerkt dat in de Nederlandse rechtsleer wordt gepleit voor een doorwerking van de volgens het truststatuut opgelegde beperkingen aan de *trustee*.²⁵⁰⁴ Het gevolg hiervan zou een 'relatieve beschikkingsonbevoegdheid' zijn.²⁵⁰⁵ Een beperking die voortvloeit uit het toepasselijke trustrecht wordt dan in het Belgische recht als het ware getransponeerd als een fragmentarische beschikkingsonbevoegdheid, een beschikkingsonbevoegdheid die slechts geldt voor die beschikkingshandelingen die de *trustee* verboden worden. Het van toepassing zijnde trustrecht en het Belgische goederenrecht zouden in die hypothese door elkaar beginnen te lopen. In de Zwitserse rechtsleer wordt een dergelijk fenomeen door bepaalde rechtsleer aanvaard.²⁵⁰⁶

852. Vanuit het perspectief van een meer verregaande erkenning van buitenlandse *trusts* is een dergelijke benadering erg aantrekkelijk, aangezien zij toelaat om deze erkenning op een maximale wijze door te trekken. Deze benadering spoort overigens met de hoger (*supra*, randnr. 525 e.v.) ontwikkelde visie inzake de rechtsgevolgen genoemd in punt d) van artikel 11, derde lid van het Haagse Trustverdrag, met betrekking tot de mogelijkheid tot *tracing*. De aanvaarding van een dergelijke relatieve beschikkingsonbevoegdheid hangt dan samen met de aanvaarding van de (quasi-)goederenrechtelijke aard van het *equitable interest* onder het toepasselijke trustrecht (zie *infra*, randnr. 869 e.v.). Dit was de eerste stap in de hoger uiteengezette redenering. Indien vervolgens blijkt dat deze *lex causae* het fenomeen *tracing* kent en toelaat (stap 2), kunnen

²⁵⁰⁴ A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 353, 372 – 373.

²⁵⁰⁵ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 218.

²⁵⁰⁶ D. PANNATIER KESSLER, *Le droit de suite et sa reconnaissance selon la Convention de La Haye sur les trusts*, Genève, Schulthess, 2011, 356.

ten slotte (stap 3) 'de rechten en verplichtingen' van de derde-houder van de onder trustverband gebrachte goederen worden bepaald aan de hand van de *lex rei sitae*. Het principiële volgrecht van de *beneficiaries* zou in dat geval kunnen worden afgeblokt door de van toepassing zijnde derdenbeschermingsregels van het forum. Deze derden worden dan op dezelfde wijze behandeld als derden die handelen met een niet-*trustee*. De rechtspositie van de derde te kwader trouw zal dan dezelfde zijn als de rechtspositie van enige andere derde te kwader trouw die een goed ontvangt waarop een zakelijk recht rust.

Uit artikel 122, 3° WIPR kan weliswaar worden afgeleid dat de *trustee* principieel beschikkingsbevoegd is, maar uit deze bepaling volgt nog niet dat er inderdaad sprake zou zijn van een 'relatieve beschikkingsbevoegdheid'. Uit de bepaling van het WIPR kan aldus als zodanig niet worden afgeleid of de beschikkingsbevoegdheid van de *trustee* inderdaad wordt beperkt door het van toepassing zijnde trustrecht. Hoewel een dergelijke benadering, zoals aangegeven, meer 'recht' zou doen aan de *trust*, is de kans reëel dat deze ambitie in de praktijk zal worden doorkruist door de wens van de wetgever om de goederenrechtelijke draagwijdte en impact van buitenlandse *trusts* beperkt te houden.²⁵⁰⁷ Daar waar een letterlijke interpretatie van de relevante bepalingen van het WIPR geen oplossing biedt voor dit vraagstuk, doet een lezing van de parlementaire geschiedenis van deze bepalingen dat al wat meer. Toch moet worden opgemerkt dat een meer extensieve interpretatie van de betrokken Belgische wetsbepalingen o.i. mogelijk blijft, gelet op het weinig doorslaggevende karakter van de wetsbepalingen zelf. De gevolgen hiervan worden verder uitgewerkt bij de bespreking van de kwalificatie van de rechten van de *beneficiary*.

853. Het eigendomsrecht van de *trustee* hoeft overigens evenmin een strijdigheid op te leveren met het 'eeuwigdurend karakter' van het eigendomsrecht. Het is immers niet het eigendomsrecht zelf dat in de tijd wordt beperkt, maar wel de rechtsverhouding op grond waarvan de *trustee* het titularisschap met betrekking tot deze goederen waarneemt.²⁵⁰⁸ Op een meer abstract niveau kan worden gesteld dat hetzelfde eigendomsrecht tijdelijk een andere vorm aanneemt, nl. dat van een 'fiduciair' eigendomsrecht. Vooraleer de trustverhouding bestaat en na het beëindigen daarvan bestaat er een gewoon eigendomsrecht in hoofde van respectievelijk de *settlor* en de uiteindelijke begunstigde(n) van de *trust*. Een gelijkaardige situatie bestaat in de gevallen van de kwaliteitsrekening, de gecertificeerde effecten en de Franse *fiducie*. De concrete duur van het titularisschap van de *trustee*, dat wordt ontleend aan de trustverhouding zelf, doet geen afbreuk aan het gegeven dat er steeds een eigendomsrecht op de trustgoederen blijft voortbestaan. Hoe dan ook doet de *trust* o.i. niet meer of minder afbreuk aan de eeuwigdurendheid van het eigendomsrecht dan verschillende van de hoger besproken Belgische rechtsfiguren.

²⁵⁰⁷ MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 141.

²⁵⁰⁸ Zie ook: M. MUYLLE, *De duur en beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 112, 130 – 131.

854. Het laatste punt dat hier wordt behandeld is de vraag of de *trustee*, als eigenaar van de trustgoederen, ook dient te worden vermeld als eigenaar in het hypotheekregister, zo de *trust* ook onroerende goederen omhelst. Hoger (*supra*, randnr. 541 e.v.) werd dit vraagstuk uitgebreid behandeld voor wat betreft de toepassing van artikel 12 van het Haagse Trustverdrag. De Belgische wetgever heeft er helaas niet voor geopteerd om klare wijn te schenken in het WIPR, waar geen aan artikel 12 analoge bepaling kan worden teruggevonden. Dit is jammer te noemen, gelet op het belang dat wordt gehecht aan de publiciteit van de trustverhouding, teneinde de effectiviteit van de vermogensafschieding te bewerkstellingen ten aanzien van derden te goeder trouw. Deze publiciteit 'organiseert' immers de kwade trouw in hoofde van derden, aangezien zij vanaf dat ogenblik geacht worden kennis te hebben van de betrokken transactie, i.e. er is vanaf dat ogenblik '*constructive notice*'.²⁵⁰⁹

855. Zoals bekend, wordt de Belgische hypothecaire inrichting gekenmerkt door een persoonsgebonden wijze van identificatie.²⁵¹⁰ Ten gevolge hiervan kunnen slechts gegevens met betrekking tot een onroerend goed uit het hypotheekregister worden bekomen indien wordt gezocht op de naam van één of meerdere personen. Aldus dient de huidige eigenaar van een goed correct te worden geïdentificeerd, vooraleer informatie met betrekking tot een onroerend goed kan worden bekomen. De eigenaar van een onroerend goed kan zowel een natuurlijke persoon (art. 139 Hyp.W.) als een rechtspersoon (art. 140 Hyp.W.) zijn. Een trustverhouding is evenwel geen rechtspersoon en evenmin een natuurlijke persoon. Het persoonsgebonden identificatiesysteem dat de Belgische hypothecaire inrichting kenmerkt zal aldus niet toelaten om de *trust* als zodanig te identificeren als eigenaar van een onroerend goed in het hypotheekregister.

Gelet op het gegeven dat de *trustee* geldt als eigenaar van de betreffende onroerende goederen, zal de hypotheekbewaarder een onroerende transactie op naam van de *trustee* dienen over te schrijven.²⁵¹¹ Deze oplossing wordt in Italië doorgaans ook gevolgd voor wat betreft de zogeheten '*interne trusts*', zij het dat

²⁵⁰⁹ A. VERBEKE, J. BYTTEBIER, "Onroerende en hypothecaire publiciteit: organisatie en tegenwerpelijheid", *RW* 1997-1998, 1120 - 1121.

²⁵¹⁰ E. DIRIX, R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 105; A. VERBEKE, J. BYTTEBIER, "Onroerende en hypothecaire publiciteit: organisatie en tegenwerpelijheid", *RW* 1997 - 1998, 1000 - 1001.

²⁵¹¹ J-L. VAN BOXSTAEL, J. FONTEYN, "Le trust et l'acquisition ou la vente d'un immeuble situé en Belgique", *Notamus* 2015, afl. 1, 47.

WEYTS maakt in dit verband gewag van een studie die werd uitgevoerd op vraag van de Koninklijke Belgische Federatie van Notarissen. Het besluit luidde inderdaad dat aktes best worden overgeschreven op naam van de *trustee(s)*. Zie: L. WEYTS, "To trust or not to trust: het notariaat geconfronteerd met deze Angelsaksische rechtsfiguur, from the frontdoor to the backdoor", *T.Not.* 2017, 400.

Zulks is overigens ook het geval in Luxemburg, zie: M.F. DE POVER, "La reconnaissance du trust au Luxembourg et de la fiducie Grand-Ducale à l'étranger", *Rev.Prat.Soc.* 2003, 259 - 260.

in sommige gevallen de registratie geschiedt op naam van de trustverhouding zelf, niettegenstaande geen rechtspersoonlijkheid toekomt aan dergelijke rechtsverhoudingen.²⁵¹² Ook in Nederland is dit kennelijk de gewoonte.²⁵¹³ In ieder geval is het o.i. geen juridisch correcte oplossing op de *beneficiaries* aan te duiden als 'eigenaars' van de onder trustverband gebrachte goederen, gelet op het gegeven dat zij niet kunnen worden beschouwd als eigenaar (zie *supra*, randnr. 848).²⁵¹⁴

Het voorgaande geldt zowel bij het onder trustverband brengen van een onroerend goed gelegen in België als in het geval waar een *trustee* van een bestaande *trust* een onroerend goed gelegen te België verwerft. Indien er meerdere *trustees* zijn, dient de identiteit van elke afzonderlijke *trustee* te worden vermeld.²⁵¹⁵ Naar analogie met wat het geval is voor een maatschap²⁵¹⁶, lijkt het o.i. ook nodig dat er melding wordt gemaakt van het bestaande trustverband.²⁵¹⁷ Hoewel er geen bijzondere wetbepaling voorhanden is die stelt dat een dergelijke melding toegelaten is, zien wij ook niet in waarom het vermelden van de hoedanigheid van de *trustee* verboden zou zijn.²⁵¹⁸ Te meer nu deze informatie van cruciaal belang is, aangezien de tegenpartij van de *trustee* later mogelijk kan worden geconfronteerd met misnoegde *beneficiaries* en in de wind gezette *protectors*. Ook

²⁵¹² A. BRAUN, "The Risk of 'Misusing' Trusts: Some Lessons from the Italian Experience", *ERPL* 2016, 1138.

²⁵¹³ A. VAN VELTEN, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer, Kluwer, 2015, 414.

²⁵¹⁴ Cf. L. WEYTS, "To trust or not to trust: het notariaat geconfronteerd met deze Angelsaksische rechtsfiguur, from the frontdoor to the backdoor", *T.Not.* 2017, 400.

²⁵¹⁵ Op een dergelijke oplossing word toek gehint in de Belgische rechtsleer, zie: L. WEYTS, "To trust or not to trust: het notariaat geconfronteerd met deze Angelsaksische rechtsfiguur, from the frontdoor to the backdoor", *T.Not.* 2017, 399.

²⁵¹⁶ J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 346.

²⁵¹⁷ In Frankrijk vermelden BÉRAUDO en TIRARD dat zulks eenvoudig zou kunnen geschieden door de vermelding "trustee" op te nemen naast de naam van de persoon die aanvraagt om de akte over te schrijven. Zie: J.P. BÉRAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 385.

²⁵¹⁸ Uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie valt af te leiden dat het Hof wel degelijk aanvaardt dat de vermelding van een bepaalde hoedanigheid in het hypotheekregister een groot belang kan hebben. *In casu* had een promotor voor rekening van een vennootschap in oprichting een koopovereenkomst aangegaan. Nog vóór de overname door de vennootschap van de door de promotor aangegane verbintenissen op grond van artikel 60 W. Venn., hadden enkele persoonlijke schuldeisers van de promotor bewarend beslag laten leggen op het onroerend goed in kwestie. Ten aanzien van de promotor geldt de overname door de vennootschap op grond van artikel 60 W. Venn. als een ontbindende voorwaarde, die een goederenrechtelijke werking resorteert. De promotor wordt geacht nooit eigenaar te zijn geweest, zodat alle voordien door de promotor toegestane zakelijke rechten alsook door diens schuldeisers gelegde beslagen komen te vervallen. Essentieel is dat het Hof van Cassatie onderstreept dat het voorgaande slechts geldt op voorwaarde dat de hoedanigheid van de promotor moet blijken uit de in het hypotheekkantoor overgeschreven aankoopakte. *A contrario* blijkt uit dit arrest dat, indien geen melding werd gemaakt van de hoedanigheid, de overname door de vennootschap niet als zodanig kan worden tegengeworpen aan zakelijk gerechtigden en beslagleggende schuldeisers. Zie: Cass. 8 mei 2015, *TRV-RPS* 2016, 1115 (met noot R. TAS).

Zie tevens: A. MICHIELSENS, R. JANSEN, *Notarieel executierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 23.

voor de bescherming van de *beneficiaries* is het vermelden van het trustverband van cruciaal belang. Ook indien, om welke reden dan ook, één of meerdere nieuwe *trustees* worden aangesteld die de voormalige *trustee(s)* vervangen, dient daarvan melding te worden gemaakt in het hypotheekregister, teneinde de tegenwerpelijheid van deze transactie ten aanzien van derden te organiseren.²⁵¹⁹ Merk op dat een dergelijke vervanging van een *trustee* een overgang van het gehele trustvermogen, en aldus een overgang onder algemene titel bewerkstelligt.²⁵²⁰ Opmerkelijk in dit verband is dat in Italië vrij snel werd aanvaard dat in het geval van een overdracht van (onroerende) goederen aan een *trustee*, er melding kon en mocht worden gemaakt van het trustverband in het Italiaanse hypotheekregister (*registro immobiliare*).²⁵²¹ Het Italiaanse recht bevat echter geen wetsbepaling bevat die een dergelijke registerpubliciteit expliciet valideert. Niettegenstaande dit gegeven waren de Italiaanse rechtbanken van oordeel dat, gelet op artikel 12 van het Haagse Trustverdrag en het gegeven dat er ook geen enkele wetsbepaling een dergelijke registerpubliciteit verbood, er geen redenen voorhanden waren om een vermelding van het trustverband in het hypotheekregister te weigeren.

856. Merk op dat er in het voorgaande impliciet van werd uitgegaan dat er inderdaad een overgang van een onroerend goed voorhanden is. Zulks is niet het geval indien de *settlor* zichzelf aanduidt als *trustee* door middel van een *declaration of trust*. In een dergelijk geval is er o.i. geen 'overdracht van een zakelijk recht' in de zin van artikel 1 Hyp.W. voorhanden. Gelet op de bovenstaande analyse met betrekking tot de geldigheid van een *declaration of trust* (*supra*, randnr. 773 e.v.) en de (mogelijke) goederenrechtelijke implicaties van de trustcreatie, lijkt het o.i. verdedigbaar – bij gebreke aan een ons bekend verbod daartoe – dat de eventuele akte waaruit de *declaration of trust* blijkt, kan worden overgeschreven in het hypotheekregister, desgevallend als 'aanwijzing van een onroerend zakelijk recht' in de zin van artikel 1 Hyp.W. Een dergelijke interpretatie is evenwel niet vanzelfsprekend, aangezien het begrip 'aanwijzing van een onroerend zakelijk recht' in de regel wordt begrepen als een *declaratieve* rechtshandeling.²⁵²² In het geval van een *declaration of trust* wordt er evenwel geen bestaande rechtsverhouding aangewezen of vastgesteld, maar wordt een nieuwe rechtsverhouding geschapen. Of een *declaration of trust* kan gelden als een 'aanwijzing van een onroerend zakelijk recht', zal dus afhangen van hoe dit begrip wordt geïnterpreteerd. Overigens kunnen slechts authentieke akten worden overgeschreven in het hypotheekregister, zodat de *declaration of trust* inderdaad zal moeten blijken uit een authentieke akte (art. 2 Hyp.W.). Dit is evenzeer het

²⁵¹⁹ J-L. VAN BOXSTAEL, J. FONTEYN, "Le trust et l'acquisition ou la vente d'un immeuble situé en Belgique", *Notamus* 2015, afl. 1, vn. 13.

²⁵²⁰ Zie voor Nederland: A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 356.

²⁵²¹ A. BRAUN, "The Risk of 'Misusing' Trusts: Some Lessons from the Italian Experience", *ERPL* 2016, 1137.

²⁵²² A. VERBEKE, J. BYTTEBIER, "Onroerende en hypothecaire publiciteit: organisatie en tegenwerpelijheid", *RW* 1997 – 1998, 1006.

geval in Italië, waar overigens ook aan *declarations of trust* registerpubliciteit kan worden verleend.²⁵²³

In het geval van een *testamentary trust* zal de overdracht van het onroerend goed normaliter niet kunnen opgenomen op het hypotheekregister. In het geval van een legaat is er immers een eigendomsovergang *mortis causa* voorhanden, die in beginsel niet zal kunnen worden overgeschreven, zodat enige hypothecaire publiciteit ontbreekt.²⁵²⁴

857. Tot slot kan nog worden vermeld dat, in het kader van het vervullen van diens fiduciaire taken, het in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van de *trustee* is of kan zijn, om ervoor te zorgen dat het bestaan van de trustverhouding op de éne of de andere wijze blijkt uit de hypothecaire registers. Deze idee lijkt voor verschillende *trustees* misschien contra-intuïtief, aangezien zij het tegenovergestelde is van wat in bijvoorbeeld Engeland het geval is (zie *supra*, randnr. 549). Gelet op de tendens om de tegenwerpelijke ten aanzien van derden met een zakelijk recht, beslagleggende schuldeisers en mogelijks zelfs de persoonlijke, chirografaire schuldeisers van de *trustee* te verbinden aan de vraag of er al dan niet publiciteit is gegeven, blijkt een melding van het trustverband noodzakelijk te zijn teneinde de integriteit van het trustfonds te beschermen.

858. Voor wat betreft de rol van de notaris in transacties met betrekking tot onroerend goed waarbij een *trustee* betrokken is, ijvert de (schaarse) Belgische rechtsleer die deze kwestie aanstipt slechts voor een zeer marginale controle door de notaris.²⁵²⁵ De *trustee* draagt inderdaad de primaire verantwoordelijkheid met betrekking tot de naleving van zijn of haar eigen bevoegdheden en verantwoordelijkheden.

Opgemerkt weze dat deze kwestie ook door verschillende buitenlandse auteurs aan de orde werd gebracht (zie *supra*, randnr. 547). In de Zwitserse literatuur wordt verdedigd dat van zodra het bestaan van het trustverband blijkt uit de registers, de notaris kennis dient te nemen van de trustakte en eveneens dient te controleren of de *trustee* bevoegd is om de voorgenomen daad van beschikking te stellen, of dat er desgevallend bijkomende goedkeuringen van andere partijen nodig zijn, en dergelijke meer.²⁵²⁶ Indien vervolgens blijkt dat de *trustee* niet bevoegd is om de voorgenomen daad van beschikking te stellen, mag de notaris de akte in kwestie niet verlijden.²⁵²⁷ Indien het bestaan van de *trust* niet blijkt uit de registers, heeft de notaris deze verplichting niet en bestaat aldus een risico dat de derde-verkrijger

²⁵²³ A. BRAUN, "The Risk of 'Misusing' Trusts: Some Lessons from the Italian Experience", *ERPL* 2016, 1137.

²⁵²⁴ *Ibid*, 1108 – 1109.

²⁵²⁵ J-L. VAN BOXSTAEL, J. FONTEYN, "Le trust et l'acquisition ou la vente d'un immeuble situé en Belgique", *Notamus* 2015, afl. 1, 49.

²⁵²⁶ D. PANNATIER KESSLER, *Le droit de suite et sa reconnaissance selon la Convention de La Haye sur les trusts*, Genève, Schulthess, 2011, 190 – 204.

²⁵²⁷ *Ibid*, 204.

een (zakelijk recht op een) onroerend goed verkrijgt *in breach of trust*.²⁵²⁸ In Nederland verdedigt KOPPENOL-LAFORCE de opvatting dat van zodra het bestaan van de *trust* blijkt uit enig register, de notaris de bevoegdheden van de *trustee* dient te verifiëren aan de hand van de trustakte.²⁵²⁹ Of een dergelijke melding ook verplichtingen impliceert voor de verkrijger van een (zakelijk recht op een) trustgoed, is veel onduidelijker.²⁵³⁰

Gelet op het gegeven dat een bijkomende controle door de notaris het quasi-onmogelijk maakt om een trustgoed *in breach of trust* te vervreemden, van zodra het bestaan van de trustverhouding blijkt uit de hypothecaire registers, is het standpunt dat de notaris minstens een marginaal onderzoek naar de bevoegdheden van de *trustee* dient in te stellen van zodra het bestaan van een trustverband blijkt, zeker verdedigbaar.²⁵³¹ Het is daarbij vooral van belang dat de notaris de vraag naar de bevoegdheden van de *trustee* opwerpt, zodat deze laatste verplicht is om aan te tonen op welke grondslag de *trustee* zijn of haar voornemen baseert.

(c) *De rechten van de beneficiaries*

In de 'interne verhouding'

859. De vraag naar de aard van de rechten van de *beneficiaries* ingevolge een trustverband is een complexe aangelegenheid. Enig antwoord op deze vraag wordt overigens bemoeilijkt door het gegeven dat er meerdere soorten *trusts* bestaan, zelfs binnen één en dezelfde rechtsorde. Het antwoord op deze vraag dient zodoende steeds af te hangen van de concrete trustverhouding die voorligt en van het recht dat daarop van toepassing is.

860. Hoger (*supra*, randnr. 200 e.v.) werd in dit verband nader ingegaan op de verschillende vormen die het *equitable interest* kan aannemen onder het Engelse recht, zowel in het geval van een *fixed trust* als in het geval van een *discretionary trust*. Aangezien de *settlor* zelf vrijelijk deze gerechtigdheden vorm kan geven, is het resultaat vaak dat er achter het 'trustscherm' een bijzonder complex scala aan diverse gerechtigdheden schuilgaat. Gelet op het gegeven dat hier slechts de goederenrechtelijke beperkingen aan (de gevolgen) het gebruik van buitenlandse *trusts* worden onderzocht, dient het bestaan van een dergelijke complexe structuur aan verhoudingen te worden genuanceerd. Deze gerechtigdheden van de *beneficiaries* gelden in de eerste plaats slechts ten aanzien van de *trustee* en ten

²⁵²⁸ *Ibid*; B. FOËX, "La mention du trust au registre foncier", *Revue Suisse du notariat et du registre foncier* 2009, 86.

²⁵²⁹ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 259.

²⁵³⁰ *Ibid*, 221; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, "The Trust, The Hague Trust Convention and Civil Law Countries: A Mission Impossible?", *Notarius International* 1998, afl. 3, 40; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, F.H. AALDERINK, "Art. 126 – 144 Boek 10 BW: goederenrecht en trusts", *WPNR* 2010, 541 – 542.

²⁵³¹ Eensluidend: L. WEYTS, "To trust or not to trust: het notariaat geconfronteerd met deze Angelsaksische rechtsfiguur, from the frontdoor to the backdoor", *T.Not.* 2017, 401.

aanzien van andere, rechtstreeks bij de trustverhouding betrokken actoren. Het zijn met andere woorden 'interne aangelegenheden', die volgens de verwijzingsregel vervat in de artikelen 124, §1 *jo.* Artikel 125, §1, 3° en 4° WIPR worden onderworpen aan het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht.

Hieruit volgt evenzeer dat de rechten die de *beneficiaries* hebben ten aanzien van de *trustee*, ook wanneer deze laatste heeft gehandeld in *breach of trust*, in de eerste plaats dienen te worden vastgesteld aan de hand van het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht. Indien de *trustee* bijvoorbeeld een onder trustverband gebracht goed vervreemdt, in weerwil van de bepalingen die de trustverhouding beheersen, kan, gelet op de veralgemeende zaakvervangende die speelt in het afgescheiden trustvermogen, de hiervoor ontvangen tegenwaarde naar Belgisch recht sowieso worden 'getraceerd' door de rechthebbenden van het afgescheiden vermogen. O.i. levert het verlenen van een vorm van goederenrechtelijke bescherming aan de *beneficiaries* ten aanzien van de *trustee* zelf dan ook geen fundamentele strijdigheid op met enige fundamentele regel van het Belgische goederenrecht. De specifiekere hypothese waar de *trustee* deze tegenwaarde zou hebben vermengd met zijn of haar persoonlijk vermogen, komt verder (*infra*, randnr. 896) nog aan bod.

Ten aanzien van derden

861. De ware complexiteit van dit topic komt opnieuw naar boven van zodra er derden in het vizier komen.

Hoger (*supra*, randnrs. 525 e.v. en 533 e.v.) werd ontwaard dat er in het kader van het Haagse Trustverdrag geen consensus bestaat over de vraag of een *beneficiary* een volgrecht kan uitoefenen ten aanzien van derden die trustgoederen onder zich hebben. In dit verband werden (minstens) drie strekkingen ontwaard. Volgens de meest restrictieve strekking zou elke vorm van *tracing* geheel worden uitgesloten, en kan er vanuit het perspectief van *civil law*-stelsels slechts sprake zijn van een 'obligatoire *trust*'. Volgens een tweede strekking zou de verkrijger te kwader trouw kunnen worden beschouwd als *constructive trustee*. Deze derde-verkrijger verkrijgt de desbetreffende goederen dan onder last van een trustverband. Dit heeft verregaande goederenrechtelijke implicaties. De *beneficiary* zou dan niet slechts beschikken over een volgrecht, maar ook over persoonlijke rechten ten aanzien van deze derde, die tevens moet worden beschouwd als *trustee*. Bovendien heeft het ontstaan van een *constructive trust* tot gevolg dat de derde-verkrijger titularis wordt van een afgescheiden trustvermogen, waarin vervolgens opnieuw zaakvervangende kan optreden.

Volgens een derde opvatting dient een analyse in drie stappen te worden doorlopen. Eerst dient te worden vastgesteld of de *beneficiaries* volgens de *lex causae* beschikken over rechten met een (quasi-)goederenrechtelijke aard. In een tweede stap dient te worden vastgesteld of de *lex causae* enige vorm van *tracing* (of een

volgrecht) ten aanzien van derde-verkrijgers kent en toelaat. Tot slot dient de rechtspositie van de derde-verkrijger te worden beoordeeld aan de hand van het toepasselijke goederenrecht. Deze eerste twee stappen dienen zodoende om te kunnen vaststellen of de *beneficiary* inderdaad kan beschikken over een (quasi-)zakelijk recht dat is uitgerust met een volgrecht. Uit de derde stap zou volgen dat wanneer een derde die goederen heeft verkregen *in breach of trust* en wanneer op deze goederen een 'zakelijk recht' rust, de rechtsgevolgen dienen te worden vastgesteld aan de hand van de Belgische *lex rei sitae*, in zoverre deze van toepassing is ingevolge de verwijzingsregels. Het nettoresultaat van deze redenering is dat de derde-houder op gelijke voet wordt behandeld met enige andere derde die een goed heeft verkregen waarop een anterieur zakelijk recht rust.

862. De centrale vraag die in hier dient te worden beantwoord is aldus of aan de rechten van de *beneficiaries* onder een buitenlandse *trusts* enige goederenrechtelijke aard mag worden toegeschreven. Vooraleer deze vraag kan worden beantwoord, is het nuttig om de goederenrechtelijke beperkingen in herinnering te brengen die de Belgische wetgever wenste aan te brengen bij de introductie van het WIPR. Uit de letterlijke bewoordingen van artikel 125, §2 WIPR vloeit voort dat de bescherming van derde-verkrijgers van trustgoederen wordt beheerst door het aangewezen goederenrecht. O.i. sluit dit de mogelijke toepassing van de meest verregaande zienswijze die in het vorige randnummer werd genoemd, i.e. de visie dat de derde-verkrijger zou kunnen worden aangemerkt als *constructive trustee*, uit. Een dergelijke oplossing zou immers vereisen dat de goederenrechtelijke draagwijdte van het aangewezen trustrecht zich zou uitstrekken ten aanzien van deze derde-verkrijger.

Uit de parlementaire voorbereiding van het WIPR blijkt tevens dat de wetgever de goederenrechtelijke draagwijdte van het aangewezen trustrecht in zijn geheel wenste te beperken, alsook de eerbiediging van de *numerus clausus*-regel te verzekeren (zie *supra*, randnr. 713). Het was immers niet de bedoeling van de Belgische wetgever om een nieuwsoortig zakelijk recht te introduceren in het interne Belgische recht. Anderzijds hebben de opstellers van het WIPR wel te kennen gegeven dat één van de oogmerken van de introductie van een verwijzingsregel inzake *trusts* er net in bestond om Belgische operatoren toe te laten om op te treden als *trustee* van buitenlandse *trusts* (zie *supra*, randnr. 717). Indien dit voornemen ook hard moet worden gemaakt, is het vermoedelijk wel nuttig om te voorzien in voldoende gespierde beschermingsmechanismen ten voordele van de *beneficiaries* van de *trusts* in kwestie.

863. Op zichzelf genomen kan op grond van de in het vorige randnummer genoemde criteria alleen, *in abstracto* beschouwd, niet met absolute zekerheid worden besloten welk van de twee overblijvende strekkingen nu net te prefereren valt. Uit de analyse van de Nederlandse en Zwitserse doctrine met betrekking tot de oplossing die het Haagse Trustverdrag biedt voor deze problematiek bleek dat er allerminst consensus bestaat over de vraag welk van beide opvattingen de definitieve voorkeur verdient (zie *supra*, randnr. 525 e.v. en 533 e.v.). Wat het

antwoord deze vraag ook is, het moge duidelijk zijn dat, zelfs wanneer voor de meer restrictieve opvatting wordt gekozen, er slechts sprake zal zijn van een beperking aan de gevolgen van de erkenning van de buitenlandse *trust*.

Er kan immers nog steeds sprake zijn van een principiële erkenning van de buitenlandse *trust*, ook al wordt de *beneficiary* slechts geacht te beschikken over een recht van verbintenisrechtelijke aard ten aanzien van derden.

Eerste benadering: de 'obligatoire trust'

864. Voor de eerste benadering, deze van de 'obligatoire *trust*', pleit de wens van de wetgever om de goederenrechtelijke draagwijdte van het toepasselijke trustrecht beperkt te houden. Dit standpunt wordt onderschreven door de Belgische rechtsleer die deze problematiek behandelt.²⁵³² Het erkennen van een zakelijk recht in hoofde van de *beneficiaries* laat zich bovendien moeilijk verstaan met de eerbiediging van de *numerus clausus* in het goederenrecht. Immers, uit het vorige onderdeel is gebleken dat zulks tevens een beperking vormt op de beschikkingsbevoegdheid van de *trustee*. De vraag rijst daarbij of een dergelijk beperkt fiduciair eigendomsrecht wel kan worden erkend in het Belgische recht. Hoewel de aanvaarding van het bestaan van een zakelijk recht in hoofde van de *beneficiaries* van zowel *fixed* als *discretionary trusts* op zichzelf geen nieuwsoortig zakelijk recht introduceert in het Belgische recht, wordt het van toepassing zijnde trustrecht op deze wijze wel een meer verregaande doorwerking binnen de Belgische rechtsorde verleend.

Indien het daarentegen slechts zou gaan om een 'obligatoire *trust*', maakt de buitenlandse *trust* van zodra deze doorwerkt binnen de Belgische rechtsorde een meer verregaande 'metamorfose' door dan anders het geval zou zijn geweest. Binnen de contouren van de Belgische rechtsorde wordt de typische *common law*-trust dan benaderd als een *trust* van bijvoorbeeld het Schotse type. De vermogenafscheiding blijft intact en de *trustee* blijft worden beschouwd als een 'fiduciair eigenaar'. De *beneficiaries* beschikken dan echter slechts over een persoonlijk recht ten aanzien van de *trustee* met betrekking tot onder trustverband

²⁵³² Zie vooral: J-L. VAN BOXSTAEL, J. FONTEYN, "Le trust et l'acquisition ou la vente d'un immeuble situé en Belgique", *Notamus* 2015, afl. 1, 48 – 49. Zie tevens: J. ERAUW m.m.v. H. STORME, *Deel XVII 'Internationaal Privaatrecht'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 791; A. VERBEKE, "Artikel 125. Toepassingsgebied van het recht toepasselijk op de trust" in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTÉ, P. WAUTELET (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd – Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 669 – 670; M. MELLAH, T. MAES, "Hoofdstuk XII. Trust" in I. COUWENBERG, A. HANSEBOUT, L. VANFRAECHEM, *Internationaal Privaatrecht. Duiding 2014*, Brussel, Larcier, 2014, 802; J. ERAUW, "De trust en de trustachtigen in het nieuwe Belgische IPR", *TEP* 2005, 276 – 277, 283 – 285; J. ERAUW, "Trust en trustachtige figuren in België. Het toepasselijk recht" in J. BAEL *et al.* (eds.), *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 405 – 406, 407 – 408.

gebrachte goederen die zich in het afgescheiden vermogen bevinden. Noteer dat het gebrek aan enig zakelijk recht in hoofde van de *beneficiaries* ook door de Schotse rechtsleer naar voren wordt geschoven als de reden dat de Schotse *trust* niet strijdt met de *numerus clausus* in het Schotse goederenrecht (zie *supra*, randnr. 535). Tot slot kan worden opgemerkt dat deze benadering op het eerste gezicht het best spoort met de benadering van het Europees Hof van Justitie in de zaak *Webb v. Webb* (zie *supra*, randnr. 454 e.v.; i.h.b. 457).²⁵³³ Let wel, de vermogensafschieding en de daaraan verbonden goederenrechtelijke gevolgen blijven evenwel behouden, ook in het geval van een 'obligatoire *trust*' (zie *supra*, randnr. 534).²⁵³⁴

865. Het gevolg van deze benadering bestaat erin dat de *beneficiaries* zich dan slechts op remedies van obligatoire aard kunnen beroepen ten aanzien van derden. In de interne verhouding daarentegen, en vooral ten aanzien van de *trustee*, speelt het van toepassing zijnde trustrecht. Ten aanzien van derde-verkrijgers zouden de *beneficiaries* zich mogelijks kunnen beroepen op de figuur van derde-medeplichtigheid in een aangepaste vorm. De derde heeft immers geen contractbreuk gefaciliteerd, maar verleende wel zijn of haar actieve medewerking aan het schenden van fiduciaire verplichtingen door de *trustee*. In het analoge geval van derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk wordt eveneens de voorwaarde gesteld dat de derde willens en wetens handelde, de contractuele relatie kende of behoorde te kennen en bewust zijn of haar actieve medewerking heeft verleend.²⁵³⁵ Aangezien de leer van de derde-medeplichtigheid haar grondslag vindt in artikel 1382 BW, dienen, naast het foutvereiste, tevens de schade en het oorzakelijk verband te worden aangetoond. Het schadeherstel kan desgevallend in natura geschieden, zodat de oorspronkelijke transactie nietig wordt verklaard.²⁵³⁶

866. Een andere mogelijkheid, die bijvoorbeeld in Zwitserland en Schotland wordt vooropgesteld is een beroep op de leer van de vermogensverschuiving zonder oorzaak.²⁵³⁷ In het geval waar een *trustee* een trustgoed vervreemdt *in breach of trust*, zal er inderdaad een vermogensverschuiving voorhanden zijn. Eén of meerdere goederen zullen immers verdwenen zijn uit het trustvermogen en terecht zijn gekomen in het vermogen van een derde. Merk op dat indien de derde

²⁵³³ Zie tevens: E. GOOSSENS, *De Europese erfrechtverklaring*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 256.

²⁵³⁴ A. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, nr. 108.

Zie ook: D. HAYTON, "Reflections on the Hague Trusts Convention after 30 years", *Journal of Private International Law* 2016, 3.

²⁵³⁵ Cass. 22 april 1983, *RW* 1983 – 1984, 427 (met noot E. DIRIX), *RCJB* 1984, 359 (met noot Y. MERCHERS).

²⁵³⁶ Zie bv. Rb. Brussel 10 maart 1992, *Pas.* III, 1992, 62; Kh. Namen 22 februari 1990, *TRV* 1991, 234 (met noot H. LAGA).

²⁵³⁷ Zie voor het Belgische recht: W. VAN GERVEN m.m.v. S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 287 – 296; P. MAES, "Ongegronde vermogensverschuivingen en driepartijenverhoudingen", *TPR* 2010, 187 – 213; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, Brussel, Bruylant, 2010, 1107 – 1133.

de (volle) tegenwaarde van het goed aan de *trustee* heeft betaald, het trustvermogen in beginsel niet verarmd zal zijn. Zulks zal bijvoorbeeld wel het geval zijn indien de *trustee* in weerwil van diens fiduciaire taken, trustgoederen schenkt aan een derde die weet heeft van het daarop rustende trustverband. In die hypothese zou kunnen worden betoogd dat de schenking en aanvaarding daarvan door de derde, (mede) gericht zijn op het schenden van de fiduciaire taken van de *trustee*, en de transactie als geheel dus geen (geldige) 'oorzaak' heeft. Gelet op het gegeven dat de verrijking zonder oorzaak in het Belgische recht wordt geacht een subsidiair karakter te hebben, zal de verarmde eerst een beroep moeten doen andere mogelijke remedies.²⁵³⁸

867. De *beneficiary* wordt voor het overige wel beschermd door de zaakvervangende die optreedt binnen het afgescheiden trustvermogen. Zulks gebeurt in de eerste plaats op grond van het toepasselijke trustrecht, maar het is reeds nuttig om hier op te werpen dat een dergelijk fenomeen evenzeer optreedt in het Belgische recht (zie *infra*, randnr. 738 e.v. en 746).

868. Bepaalde auteurs hebben reeds aangevoerd dat de *beneficiary* zich desgevallend zou kunnen beroepen op 1599 BW.²⁵³⁹ Deze wetsbepaling stelt dat de verkoop van andermans zaak nietig is. O.i. kan niet op nuttige wijze een beroep worden gedaan op het bepaalde in artikel 1599 BW. Er is immers geen sprake van 'andermans zaak', daar de *trustee* geldt als fiduciaire eigenaar. Hoger (*supra*, randnr. 847) is gebleken dat de *beneficiary* niet kan beschikken over een gelijksoortig recht als de (gezamenlijke) *trustee(s)*. De *beneficiary* is dus geen eigenaar. Bovendien laat de toepassing van artikel 1599 BW o.i. niet toe om een onderscheid te maken tussen toegelaten en niet-toegelaten beschikkingen vanwege de *trustee*. Indien het werkelijk zou gaan om 'andermans zaak', is de *trustee* principieel gewoon niet bevoegd om over een trustgoed te beschikken. De *trustee* treedt immers niet op als vertegenwoordiger van de *beneficiaries*, maar handelt steeds op grond van een eigen bevoegdheid, die wordt ontleend aan de trustakte en het recht dat de trustverhouding in kwestie beheerst.

Tweede benadering: de 'goederenrechtelijke trust'

869. Voor de tweede overblijvende benadering pleit dan weer dat zij meer recht doet aan het wezen van de (*common law*) *trust* zelf. Zoals hoger (*supra*, randnr. 398) is gebleken, dient vanuit een continentaalrechtelijk perspectief te worden besloten dat de *beneficiary* van een *trust* naar Engels recht beschikt over een (quasi-)zakelijk recht. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* normaliter evenzeer voor andere *common law trusts*. Een daadwerkelijke 'erkenning' van een *common law*

²⁵³⁸ Cass. 25 maart 1994, *RW* 1996 – 1997, 45 (met noot A. VAN OEVELEN); Cass. 11 september 1969, *RW* 1969 – 1970, 850; Cass. 22 augustus 1940, *Pas.* 1940, 205.

²⁵³⁹ J.-L. VAN BOXSTAEL, J. FONTEYN, "Le trust et l'acquisition ou la vente d'un immeuble situé en Belgique", *Notamus* 2015, afl. 1, 49.

trust kan aldus evenzeer de erkenning van haar goederenrechtelijke dimensies impliceren. Bovendien is hoger gebleken dat in de Belgische literatuur ook reeds een goederenrechtelijke positie wordt toegeschreven aan de begunstigden van een fiduciaire eigendom (ten titel van beheer). Vooral in het geval van het certificeren van vennootschapseffecten en de kwaliteitsrekening, is bepaalde rechtsleer van oordeel – soms *de lege ferenda* – dat de begunstigde toch over een actueel zakelijk recht beschikt. De begunstigde zou daarmee in theorie ook beschikken over een volgrecht, zoals bepaalde auteurs volhouden in het geval van de kwaliteitsrekening.

Aldus rijst de vraag of het erkennen van een beperkt zakelijk recht in hoofde van de *beneficiary* van een buitenlandse *trust* wel een dermate fundamentele strijdigheid met de *numerus clausus* oplevert als traditioneel wordt volgehouden. Tot slot kan dan wel worden volgehouden dat de wetgever de goederenrechtelijke implicaties van het toepasselijke trustrecht wenste te beperken, het is daarentegen nog maar de vraag of het toekennen van een volgrecht aan de *beneficiaries* van een *common law trust* per definitie strijdt met de bepalingen van het WIPR zelf. Immers, in de voorgestane benadering met betrekking tot het volgrecht van de *beneficiaries* van een *common law trust*, wordt aan de derde-verkrijger dezelfde bescherming verleend als aan eender welke andere derde-verkrijger naar Belgisch recht. De bescherming van de derde-verkrijger wordt dan per hypothese nog steeds bepaald door de van toepassing zijnde *lex rei sitae*. Dit is met name de enige vereiste die expliciet wordt gesteld in artikel 125, §2 WIPR. Deze bepaling sluit met andere woorden o.i. niet per definitie het bestaan van een volgrecht in hoofde van de *beneficiaries* van een *trust* uit. Tot slot is het in dit verband opmerkelijk om vast te stellen dat het DCFR voor een ogenschijnlijk verdergaande oplossing opteert. In artikel X – 10:401 DCFR wordt immers bepaald dat personen die trustgoederen verkrijgen om niet, alsook derde-verkrijgers te kwader trouw, het trustgoed slechts verkrijgen onder last van het daarop rustende trustverband.²⁵⁴⁰ De complexiteit van dit debat werd overigens ook opgemerkt door de rechtbank te Brussel in een vonnis van 22 april 2010.²⁵⁴¹

870. Indien deze benadering zou worden gevolgd, zou het resultaat inderdaad zijn dat de *beneficiaries* van een *common law trust* zich ten aanzien van derde-verkrijgers van trustgoederen kunnen beroepen op een volgrecht. Hun recht heeft immers een (quasi-)goederenrechtelijke aard. Het goederenrechtelijk effect blijft evenwel beperkt tot de goederen waarover onbevoegd werd beschikt. Er is geen sprake van een *constructive trust*, zodat dit goederenrechtelijk effect zich niet uitstrekt tot goederen die bij de derde-verkrijger in de plaats treden. Noteer dat het voorgaande slechts het geval is voor *equitable interests* die volgens de *lex*

²⁵⁴⁰ C. VON BAR, E. CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Vol. 6, Munchen, Sellier, 2009, 5741

²⁵⁴¹ Rb. Brussel 22 april 2010, *Rec.gen.enr.not.* 2011, afl. 1, 22 (met noot E. DE WILDE D'ESTMAEL), *RGCF* 2011, 246 (met noot P. DE PAGE): "La nature même des droits conférés aux bénéficiaires est imprécise. Pour certain, les droits des bénéficiaires grèvent directement les avoirs du trust et sont assimilables à des droits réels. Pour d'autre, dans une tradition plus classique, partant du principe que les droits réels sont limitativement énumérés dans le code civil, il ne peut s'agir de droits réels ni même de droits assimilables à des droits réels."

causae inderdaad een dergelijke aard hebben. Indien de buitenlandse *trust* in kwestie bijvoorbeeld een Schotse *trust* is, zullen de *beneficiaries* slechts een persoonlijk recht ten aanzien van de *trustee* hebben. De toepassing van de hier voorgestane benadering impliceert met andere woorden niet dat elke *beneficiary* beschikt over een (quasi-)zakelijk recht. Zij impliceert slechts dat, indien het *equitable interest* een (quasi-) goederenrechtelijke aard heeft volgens de *lex causae*, deze aard wordt erkend en gehonoreerd. Dit vormt de eerste stap in de hoger uiteengezette benadering.

De tweede stap bestaat er in om na te gaan of de toepasselijke *lex causae* enige vorm van *tracing* toelaat. Met andere woorden: koppelt de *lex causae* zelf een volgrecht aan de (quasi-)goederenrechtelijke aard van het *equitable interest*. In beginsel zal dit het geval zijn, zodat de analyse van de tweede stap in de praktijk weinig problemen zal opleveren.

In de derde stap treden tenslotte de derdenbeschermingsregels van het aangewezen goederenrecht op het voorplan. De derde die een trustgoed verkrijgt, wordt daarmee gelijkgesteld met enige andere derde die een goed verkrijgt waarop een anterieur zakelijk recht rust onder het van toepassing zijnde goederenrechtelijke regime. De vaststelling van de goede of de kwade trouw van de derde-verkrijger, de invloed van eventuele publiciteit die aan de trustverhouding werd gegeven en mogelijke andere oorzaken die tot gevolg kunnen hebben dat het volgrecht teniet gaat, dienen zodoende te worden vastgesteld aan de hand van het aangewezen goederenrecht. Voor onroerende goederen betreft het zakelijke rechten die zijn bekendgemaakt in de hypothecaire registers²⁵⁴², bij roerende lichamelijke goederen wordt het volgrecht in beginsel uitgeschakeld in verhouding tot de derde-bezitter te goeder trouw²⁵⁴³. De goede trouw dient te worden beoordeeld naar Belgisch recht. De uitzondering die vervat ligt in het derde lid van artikel 2279 BW en die stelt dat het volgrecht wordt uitgeschakeld ten aanzien van bankbiljetten geldt evenzeer. Hoewel de regel niet uitdrukkelijk geldt voor andere vormen van chartaal geld, i.e. muntstukken, kunnen ook deze niet meer worden gerevindiceerd, daar zij niet meer individualiseerbaar zullen zijn.²⁵⁴⁴ In het geval van schuldvorderingen geldt het 'bezit' eveneens als noodzakelijke publiciteitsvorm voor de bescherming van de derde-verkrijger te goeder trouw. Voor een daadwerkelijke 'buitenbezitstelling' van de cedent is vereist dat het recht van de verkrijger effectief ter kennis werd gebracht van de schuldenaar van de

²⁵⁴² Art. 96 Hyp.W.

Merk op dat soortgelijke regels kunnen gelden voor andere registergoederen. In België betreft het met name (bepaalde) schepen. Zie daartoe: Wet van 21 december 1990 betreffende de registratie van zeeschepen, *BS* 29 december 1990, 24481, alsook: Wet van 26 maart 2012 betreffende de teboekstelling van binnenvaartuigen andere dan binnenschepen als bedoeld in artikel 271 van Boek II van het Wetboek van Koophandel, *BS* 30 mei 2012, 30998.

²⁵⁴³ Art. 2297 BW.

²⁵⁴⁴ M.E. STORME, "Zekerheden- en insolventierecht", Gent-Mariakerke 2016, 843, beschikbaar op:

<https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/Insolventierecht2015.pdf>

schuldvordering of door deze laatste werd erkend.²⁵⁴⁵ Op het bijzondere geval van de intellectuele rechten wordt in voorliggend onderzoek niet nader ingegaan.

871. Merk wel op dat de voorgaande derdenbeschermingregels in de eerste plaats beschermen tegen een beschikkingsonbevoegdheid vanwege de overdrager daarvan.²⁵⁴⁶ Indien aan de *beneficiaries* van een *trust* aldus een volgrecht wordt toegekend, moet principieel eveneens worden aangenomen dat de *trustee* slechts relatief beschikkingsonbevoegd is (zie *supra*, randnr. 849 e.v.). De beperkingen die worden opgelegd aan de *trustee* onder het van toepassing zijnde trustrecht, verkrijgen dan ook een goederenrechtelijke uitwerking in het Belgische recht. Zij tasten dan immers rechtstreeks de beschikkingsonbevoegdheid van de *trustee* aan. *Mutatis mutandis* gelden dan ook dezelfde regels en uitgangspunten indien de *trustee* een zakelijk (zekerheids)recht vestigt op de onder trustverband gebrachte goederen.²⁵⁴⁷

872. De finaliteit van de uitoefening van het volgrecht door de *beneficiaries* bestaat erin dat het desbetreffende goed wordt gerestitueerd en zodoende opnieuw onder het trustverband wordt gebracht.²⁵⁴⁸ Indien de derde-verkrijger zich niet succesvol kan beroepen op enige derdenbeschermingsregel, zal deze laatste er dus toe gehouden zijn om het goed opnieuw over te dragen en zal deze de betaalde prijs (zo die er is) terugkrijgen. Het gegeven dat een volgrecht impliceert dat de derde-verkrijger om niet of onder bezwarende titel van rechtswege gebonden is door de zakelijke rechten die op het goed rusten²⁵⁴⁹ betekent aldus niet dat deze laatste moet worden beschouwd als *constructive trustee*. In bepaalde andere gevallen kent het Belgische recht een andere sanctie om de begunstigde van een beschikkingsonbevoegdheid te beschermen, zijnde de niet-tegenwerpelijkheid.²⁵⁵⁰ Een niet-tegenwerpelijkheid impliceert dat de begunstigde van de beschikkingsonbevoegdheid mag handelen alsof de onbevoegde daad van beschikking nooit heeft plaatsgevonden. De begunstigde blijft daarbij zijn zakenrechtelijke aanspraken uitoefenen ten aanzien van het vermogen van de beschikker, *in casu* de onbevoegd handelende *trustee*. In het geval van een onbevoegde beschikking vanwege de *trustee* is het echter de bedoeling dat de beschikkingshandeling in kwestie als geheel ongedaan wordt gemaakt en dat de betrokken trustgoederen opnieuw in het trustvermogen terecht komen. Deze restitutie dient *erga omnes* te gelden. Om deze reden vormt een volgrecht dat

²⁵⁴⁵ Artikel 1690 BW.

²⁵⁴⁶ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 479.

²⁵⁴⁷ Vanaf het ogenblik van inwerkingtreding van de wet op de roerende zekerheden zal tevens publiciteit kunnen worden geboden aan een pandrecht op lichamelijke roerende goederen en schuldvorderingen.

²⁵⁴⁸ Zie tevens voor Zwitserland: D. PANNATIER KESSLER, *Le droit de suite et sa reconnaissance selon la Convention de La Haye sur les trusts*, Genève, Schulthess, 2011, 356. Zie tevens voor Nederland: A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 373.

²⁵⁴⁹ V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 34.

²⁵⁵⁰ R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 479, 483 – 484.

vervolgens leidt tot een dergelijke resitutie een geschikter instrument. Dit volgrecht vindt overigens haar grondslag in een buitenlands rechtsstelsel, en wordt slechts in Belgische rechtstermen 'vertaald'. Een volledige substitutie met naar Belgisch recht ingevulde sancties is o.i. minder opportuun in een dergelijk geval.

Tussenconclusie over de aard van de rechten van de beneficiaries

873. Uit het voorgaande is gebleken dat het op grond van de letter van de wet niet duidelijk wordt welk van voorgaande opvattingen te verkiezen is. Voor de laatstbesproken opvatting pleit dat zij een meer verregaande mate van erkenning van buitenlandse *trusts* inhoudt. Ofschoon niet elke trustvorm een dergelijke goederenrechtelijke dimensie heeft, laat deze benadering wel toe om deze goederenrechtelijke dimensie te respecteren zo zij voorhanden is. Dit zal nagenoeg steeds het geval zijn voor klassieke *common law trusts*. Om deze reden draagt deze benadering ook onze voorkeur weg.

Tegelijk dient echter te worden vastgesteld dat deze benadering vermoedelijk in mindere mate strookt met de opvattingen van de wetgever die blijkt uit de parlementaire voorbereiding van het WIPR. In de Belgische rechtsleer wordt dan ook steevast aangenomen dat de goederenrechtelijke draagwijdte van buitenlandse *trusts* beperkt blijft.²⁵⁵¹ Vooral van belang is het inzicht dat de erkenning van het bestaan van enig zakelijk recht in hoofde van de *beneficiaries* van een *trust*, dat tevens zou zijn uitgerust met een volgrecht, geenszins noodzakelijk is om te kunnen spreken van de erkenning van een buitenlandse trustverhouding in haar geheel. Indien de eerstbesproken benadering zou worden gevolgd, komt dit dus niet neer op een non-erkenning van een buitenlandse *trust*. Gesteld dat de te erkennen trustverhouding een 'goederenrechtelijke *trust*' is, is de 'metamorfose' die deze trustverhouding doormaakt ingevolge het internationaal privaatrechtelijke erkenningsproces gewoon meer verregaand dan anders het geval zou zijn geweest. Er is in deze hypothese dan slechts sprake van een 'obligatoire *trust*' in zoverre zij uitwerking heeft binnen de Belgische rechtsorde.

De rechten van de beneficiaries en de executiemogelijkheden van hun schuldeisers

874. Met betrekking tot de rechten van de *beneficiaries* kan tot slot worden opgemerkt dat zij in beginsel als vermogensrechten kunnen worden beschouwd. Hieruit volgt dat zij principieel in aanmerking komen om door de schuldeisers van de *beneficiaries* in beslag te worden genomen. Hoger (*supra*, randnr. 588 e.v.) werd reeds ingegaan op deze mogelijkheden tot beslag binnen het raam van de bespreking van de bepalingen van het Haagse Trustverdrag. In België geldt deze regel evenzeer, gelet op het bepaalde in de artikelen 7 en 8 Hyp.W. Een belangrijke

²⁵⁵¹ Zie enkele voetnoten hoger, vn. 2532.

kanttekening hierbij is dat deze rechten slechts in het persoonlijke vermogen van de *beneficiaries* aanwezig zijn, zoals zij juridisch bestaan. De schuldeisers van de *beneficiaries* dienen, net zoals de *beneficiaries* zelf, daarmee rekening te houden. Deze situatie is vergelijkbaar met deze van schuldvorderingen, die evenzeer slechts in het vermogen van de partijen bestaan zoals zij in de interne verhouding werden vormgegeven.²⁵⁵²

Gelet op de draagwijdte van dit onderzoek kan dit punt niet exhaustief worden behandeld. Het uitgangspunt is het *equitable interest* zoals dit bestaat in het vermogen van de *beneficiary*. Wij hebben daarbij enerzijds besproken dat het *equitable interest* naar Engels recht dient te worden beschouwd als een *chose in action* (zie *supra*, randnr. 589) en anderzijds dat het recht van een *beneficiary*, zelfs indien dit kan worden beschouwd als een zakelijk recht, een fundamenteel andere aard heeft dan het eigendomsrecht van de (gezamenlijke) *trustee(s)* (zie *supra*, randnr. 294). Aangezien de *beneficiaries* géén eigendomsrecht hebben met betrekking tot de trustgoederen zelf, dient het *equitable interest* steeds als een roerend recht te worden beschouwd. Zulks geldt eveneens indien de *trust* slechts onroerende goederen omvat. Hier komt het hoger beschouwde fundamentele verschil met de maatschap tot uiting. In een onverdeelde boedel die slechts uit één onroerend goed bestaat, komen de delen daarvan wel in aanmerking voor hypothekering.²⁵⁵³

875. Vertrekkende vanuit de aard van de *equitable title* zoals deze kan worden aangetroffen in het vermogen van de *beneficiary*, dient vervolgens te worden nagegaan of deze gerechtigdheid naar Belgisch recht vatbaar is voor inbeslagname door de schuldeisers van de *beneficiary*.

Als algemene regels kunnen worden vooropgesteld dat het *equitable interest* zich moet bevinden in het vermogen van titularis, het niet mag gaan om een goed dat

²⁵⁵² C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 647 e.v.

²⁵⁵³ J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 269.

uit zijn aard onbeslagbaar is²⁵⁵⁴, het moet gaan om een goed dat overdraagbaar is²⁵⁵⁵ en dat het moet gaan om een goed dat enige verkoopwaarde heeft.²⁵⁵⁶

876. De toepassing van deze principes leert dat een beslag in de regel weinig problemen zal opleveren indien het *equitable interest fixed vested* is en *a fortiori* indien het ook *absolute* is. Het kan daarbij principieel gaan om een *present interest* als om een *future interest*. Indien het een *future interest* betreft, bestaat het *interest* reeds maar zal het slechts na het verstrijken van een termijn recht geven op enige waarde of uitkering. Zulks belet evenwel niet dat er toch sprake is van een bestaand recht dat ook in het heden reeds een verkoopwaarde heeft.

877. In het geval het gaat om een *contingent interest*, dient rekening te worden gehouden met het gegeven dat het recht wel bestaat, maar afhankelijk is van een voorwaarde. Op zichzelf genomen hoeft dit de beslagbaarheid van het recht o.i. niet te verhinderen. Immers, naar Belgisch intern recht kan ook beslag worden gelegd op een *Anwartschaftsrecht*.²⁵⁵⁷ De (eventueel) geringe waarschijnlijkheid dat het recht ooit *vested* zal worden, kan mogelijks de waarde daarvan sterk aantasten.

878. Indien het een *interest* in een *discretionary trust* betreft, rijst de vraag of er sprake kan zijn van enig vermogensbestanddeel. Hoger (*supra*, randnr. 589) werd ontwaard dat binnen de Anglo-Amerikaanse doctrine wordt betwist of een *interest* in een *discretionary trust* in aanmerking komt voor beslag, net omwille van de onbepaalde aard ervan. Deze aard heeft tot gevolg dat een dergelijk *interest* in wezen een zeer onaantrekkelijk executieobject vormt. Op de vraag of een dergelijk *interest* vatbaar is voor beslag kan o.i. geen algemeen geldend antwoord worden geboden. De concrete trustverhouding dient daarbij in de analyse te worden betrokken. Indien de *beneficiary* slechts een geringe hoop kan koesteren om te worden bevoordeeld is er sprake van een geringe vermogenswaarde, maar wordt de verkoopwaarde daarvan mogelijks herleid tot quasi-nihil. Zulks is evenzeer het geval indien vast komt te staan dat de *trustee* geen uitkering zal verrichten indien

²⁵⁵⁴ Bijvoorbeeld omdat het goed ten nauwste met de persoon verbonden is. Zie: Cass. 27 januari 1983, *RW* 1983 – 1984, 1637. Zulks is o.i. niet het geval voor wat betreft een *equitable interest*. Evenmin wordt een *equitable interest* door enige wettelijke bepaling als onbeslagbaar beschouwd. Toch kan melding worden gemaakt van artikel 1981 BW, waaruit volgt dat een lijfrente gevestigd om niet als onbeslagbaar kan worden aangemerkt krachtens een beding in die zin. O.i. kan een *trust* evenwel niet worden gelijkgeschakeld met een overeenkomst van lijfrente, gelet op het gegeven dat zij op internationaal privaatrechtelijk vlak moet worden erkend 'als *trust*'.

²⁵⁵⁵ Met betrekking tot schuldvorderingen wordt evenwel niet aanvaard dat een tussen de partijen overeengekomen onoverdraagbaarheid, die op zichzelf genomen goederenrechtelijke werking kan verkrijgen ten aanzien van derden, de beslagbaarheid daarvan in de weg staat. Zie: C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 680, 682, 765 – 766; M.E. STORME, "Zekerheden- en insolventierecht", *Gent-Mariakerke* 2016, 542 - 543, beschikbaar op: <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/Insolventierecht2015.pdf>

Zie evenwel: E. DIRIX, K. BROECKX, *Beslag*, Mechelen, Kluwer, 2010, 452; E. DIRIX, R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 18 – 19.

²⁵⁵⁶ E. DIRIX, K. BROECKX, *Beslag*, Mechelen, Kluwer, 2010, 116 e.v.

²⁵⁵⁷ *Ibid*, 117.

het *interest* in beslag werd genomen door de schuldeisers van de *beneficiary*. Indien de klasse van *beneficiaries* daarentegen beperkt is, kan er mogelijks wel sprake zijn van een executieobject met enige verkoopwaarde. Het *interest* is alvast zeker beslagbaar indien de *trustee* zijn of haar discretionaire bevoegdheden reeds heeft uitgeoefend ten voordele van de *beneficiary* zodat deze laatste een uitkering van trustgoederen kan verwachten, ook al heeft deze nog niets daadwerkelijk verkregen.

879. Wanneer het een *interest* in een *spendthrift trust* betreft, duikt opnieuw een dilemma op. Enerzijds werd vastgesteld dat een goed noodzakelijkerwijs overdraagbaar dient te zijn om ook vatbaar te zijn voor beslag. Anderzijds wordt bijvoorbeeld met betrekking tot schuldvorderingen niet aanvaard dat een tussen de partijen geldig overeengekomen onoverdraagbaarheid zou leiden tot een beslagbaarheid ten aanzien van derden. Normaliter luidt de regel evenwel dat de schuldvordering slechts bestaat zoals zij *inter partes* is overgekomen. Net op dit vlak wordt omwille van de bepalingen vervat in de artikelen 7 en 8 Hyp.W. een uitzondering gemaakt op de regel.²⁵⁵⁸ In het geval van de delen in een maatschap wordt in de Belgische rechtsleer een andere opvatting verdedigd.²⁵⁵⁹ O.i. dient de toepassing van de dwingende gemeenrechtelijke regels in België inzake verhaalsaansprakelijkheid primauteit te genieten, zodat *interests* in een *spendthrift trust* in België toch vatbaar zijn voor beslag door de schuldeisers van de titularis ervan. De daadwerkelijke erkenning van een *spendthrift clause* stuit aldus af op de dwingende Belgische regels inzake de verhaalsaansprakelijkheid. Deze conclusie gaat evenwel niet op voor een *protective trust*. De omvorming van de bestaande trustverhouding naar een *discretionary trust* in het geval er zich één van de in de *forfeiture clause* bepaalde voorwaarden vortrekt, dient te worden beschouwd als een louter gevolg van de (geldige) interne bepalingen waaronder de desbetreffende *trust* opereert. Een *interest* in een *discretionary trust* is dan ook niet per definitie uit zijn aard onbeslagbaar.

880. Hoger (*supra*, randnr. 592) werd tevens ontwaard dat de schuldeisers van een *beneficiary* tevens derdenbeslag kunnen leggen in de handen van de (gezamenlijke) *trustee(s)*. In het geval van een *discretionary trust* lijkt ons een dergelijke mogelijkheid *in concreto* evenwel twijfelachtig. Een derdenbeslag op een louter eventuele of toekomstige vordering is naar Belgisch recht niet uitgesloten.²⁵⁶⁰ Centraal staat de vraag of de eventuele schuldvordering haar grondslag vindt in een reeds bestaande rechtsverhouding. Een dergelijke rechtsverhouding is in dergelijke gevallen aanwezig: het gaat met name om de

²⁵⁵⁸ Zie *supra*, randnr. 591 en vn. 2555.

²⁵⁵⁹ Zie *supra*, randnr. 591.

²⁵⁶⁰ E. DIRIX, K. BROECKX, *Beslag*, Mechelen, Kluwer, 2010, 455. Zo schreef ook GANSHOF VAN DER MEERSCH onder verwijzing naar VERDIER: "Le droit éventuel se décompose en deux éléments. Il comprend un droit qui précède le droit de créance. Avant la naissance de ce droit de créance existe un droit présent, distinct de ce dernier, un droit à ce droit de créance si celui-ci vient à naître". Zie: W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, Concl. voor Cass. 28 maart 1957, *Pas.* 1957, I, 920; J.M. VERDIER, *Les droits éventuels*, Parijs, Rousseau Editeurs, 1955, 353p.

discretionary trust zelf. Het is op grond van deze rechtsverhouding dat een latere schuldvordering ten aanzien van de *trustee* kan ontstaan indien deze laatste zijn of haar discretionaire bevoegdheid aanwendt ten voordele van de *beneficiary* in kwestie. Het is evenwel nog maar de vraag of een *trustee* zal geneigd zijn zulks te doen, wetende dat er een derdenbeslag is gelegd. Het is immers de *trustee* zelf die (in beginsel) beslist of de schuldvordering die het voorwerp vormt van het beslag, tot stand komt.

881. Een problematisch aspect betreffende de executiemogelijkheden van de schuldeisers van de *beneficiary* is dat de onder trustverband gebrachte goederen zich vaak in het buitenland bevinden. In dergelijke gevallen kunnen problemen rijzen ingevolge de toepassing van het territorialiteitsbeginsel (zie *supra*, randnr. 592).

(d) *Geen zakelijke rechten zonder titularis*

882. Een volgend bezwaar dat soms wordt aangebracht tegen de erkenning van een trustfiguur in het Belgische recht is de fundamentele regel dat zakelijke rechten slechts kunnen bestaan in hoofde van een bestaande titularis, i.e. een persoon die (reeds) bestaat.²⁵⁶¹ Dit aspect is in de eerste plaats relevant voor wat betreft de *beneficiary* van de *trust*, en dan nog in de hypothese dat aan de *beneficiary* daadwerkelijk een zakelijk recht wordt toegekend. Echter, deze fundamentele regel kan evenzeer relevant zijn ten aanzien van de *trustee*. De toepassing van deze regel wordt verder dan ook besproken, zowel in hoofde van de *trustee* als in hoofde van de *beneficiaries*.

Ten aanzien van de trustee

883. In de meeste gevallen zal de regel dat zakelijke rechten niet kunnen bestaan zonder titularis geen problemen opwekken voor zover slechts de positie van de *trustee* in ogenschouw wordt genomen. Hoger (*supra*, randnr. 245) werd in dit verband echter gesteld dat het (uitzicht op een) trusteeschap de enige noodzakelijke hoedanigheid is voor het bestaan van een *trust*. '*A trust does not fail for want of a trustee*'. In deze regel ligt mogelijk wel een fundamenteel probleem verscholen. Een *trust* kan aldus een tijdje bestaan zonder een persoon die het trusteeschap waarneemt, en dus zonder een persoon die titularis is van het eigendomsrecht. De werkelijke betekenis van het genoemde *maxime* werd dan ook vooral gezocht in het 'ambtelijke karakter' van het trusteeschap (zie *supra*, randnr. 245).

²⁵⁶¹ M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 711 - 712; N. CARETTE, *Derdenbeding*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 227, 459.

Gedurende een dergelijke overbruggingsperiode waarbinnen er geen individu is die het trusteeschap waarneemt, moet de trustverhouding worden beschouwd als zijnde 'zwevend'. Zij bestaat juridisch nog wel, maar de *legal title* van de goederen behoren voorlopig aan niemand toe. Wil de *trust* overleven, dient er wel steeds een uitzicht op een nieuwe *trustee* te bestaan.

884. Het voorgaande impliceert dat er gedurende een dergelijke overbruggingsperiode geen titularis is die het eigendomsrecht met betrekking tot in België gelegen goederen waarneemt. De goederen in het afzonderlijke trustvermogen behoren immers niemand toe, net zomin als het trustvermogen zelf. Nochtans blijft het trustverband zelf wel rechtsgeldig bestaan, althans volgens het toepasselijke *lex causae*. Indien de enige *trustee* is komen weg te vallen, bijvoorbeeld door diens overlijden, en nog niet is vervangen, is er inderdaad tijdelijk geen bestaande titularis die het eigendomsrecht met betrekking tot deze goederen waarneemt. Het afzonderlijke trustvermogen maakte immers nooit deel uit van het huwelijksvermogen van de *trustee* of diens erfboedel, zodat diens rechtsopvolgers geen aanspraken hebben ten aanzien van de onder trustverband gebrachte goederen. Zulks vloeit o.i. voort uit het bepaalde in artikel 122 WIPR.²⁵⁶² Dezelfde regel is (expliciet) voorzien in artikel 11 van het Haagse Trustverdrag, en dient zodoende te worden beschouwd als een regel zonder dewelke geen daadwerkelijke erkenning van een buitenlandse *trust* mogelijk is (zie *supra*, randnr. 512).

Het eigendomsrecht is evenmin overgegaan op de *beneficiaries* van de *trust*. Het trustverband bestaat immers nog, zodat de rechten van deze laatsten ongewijzigd zijn gebleven. Dezelfde reden verklaart waarom ook de *settlor* niet (opnieuw) eigenaar is geworden.

885. Welke implicaties heeft dit voor de onder trustverband gebrachte goederen die in België liggen? Bij ons weten is deze hypothese nog niet besproken in de buitenlandse literatuur, zodat er geen rechtsvergelijkende aanknopingspunten voorhanden zijn. O.i. kan in dergelijke gevallen worden gepleit voor het aan de dag leggen van enige flexibiliteit. Hoewel de onder trustverband gebrachte goederen op een dergelijk ogenblik 'zwevende' zijn, mag niet uit het oog worden verloren dat zij – althans volgens de *lex causae* – nog steeds onder een geldig trustverband verkeren. Net uit dit gegeven vloeit voort dat, indien de *trust* wil blijven bestaan, er een nieuwe *trustee* zal moeten worden aangeduid. Indien daarentegen wordt aangenomen dat met het wegvallen van de *trustee* ook elk eigendomsrecht met betrekking tot de trustgoederen zelf komt weg te vallen, ontstaat er een fundamenteel conflict tussen het aangewezen trustrecht en het Belgische goederenrecht. De goederen worden dan, bekeken vanuit Belgisch perspectief een *res derelicta*, terwijl op grond van het buitenlandse trustrecht wordt gewerkt aan een oplossing. Het vooruitzicht op een nieuwe *trustee* verantwoordt o.i. waarom het bestaande trustverband in België niet mag worden beschouwd als zijnde

²⁵⁶² In het Belgische recht wordt eenzelfde oplossing voorzien voor het 'afgescheiden vermogen' waarin zich de kwaliteitsrekening bevindt. Uit de toepassing van deze regel kan o.i. geen fundamentele strijdigheid met enige bepaling van het Belgische recht worden afgeleid. Zie: art. 8/1, tweede lid Hyp.W.

vernietigbaar, ongeldig of onbestaande. Indien het trustverband vanuit Belgisch perspectief toch zou moeten worden beschouwd als beëindigd of ongeldig, kan het eigendomsrecht dat betrekking heeft op de trustgoederen worden toegekend aan de *beneficiaries* die bestemd waren om dit eigendomsrecht te verkrijgen ingevolge de bepalingen van de trustakte. In die hypothese komt het vervolgens aan deze *beneficiaries* toe om te beslissen of de goederen opnieuw onder trustverband worden geplaatst, van zodra er een nieuwe *trustee* werd aangesteld. Dit lijkt ons evenwel een suboptimale oplossing. Indien een einde zou moeten worden gesteld aan het trustverband op grond van dwingende Belgische goederenrechtelijke regels, zou er in die gevallen o.i. tevens sprake zijn van een beperking aan de erkenning van de buitenlandse *trust*.

886. Tot slot dient nog te worden vermeld dat het niet erg waarschijnlijk is dat het hier geschetste probleem zich daadwerkelijk zal manifesteren. In de meeste *trusts* zijn er meerdere *trustees* aangeduid, zodat het wegvallen van een individuele *trustee* niet betekent dat er géén enkele *trustee* is. In andere gevallen wordt in de trustakte zelf een regeling getroffen, zodat al gauw een nieuwe *trustee* kan worden aangeduid. De hier uiteengezette problematiek moet dus binnen haar werkelijke proporties worden geplaatst.

Ten aanzien van de beneficiaries

887. De regel dat zakelijke rechten slechts kunnen bestaan in hoofde van een bestaande titularis is vooral relevant voor wat betreft de rechtspositie van de *beneficiaries* van een *trust*. Merk op dat deze problematiek slechts relevant is in zoverre ook daadwerkelijk wordt aangenomen dat de *beneficiaries* vanuit Belgisch perspectief over enig zakelijk recht beschikken. Hoger (*supra*, randnr. 864 e.v.) werd uiteengezet dat deze opvatting niet de enige mogelijke opvatting is.

Hoewel zuiver verbintenisrechtelijke vraagstukken niet tot de in dit proefschrift onderzochte materie horen, kan hier worden gewezen op het gegeven dat CARETTE in zijn proefschrift over het beding ten behoeve van een derde tot de conclusie kwam dat vandaag noch in het Belgische, in het Franse of in het Engelse recht wordt vereist dat de begunstigde van het beding bij de contractsluiting of bij de aanwijzing bestaat of bepaald is. Het volstaat dat de begunstigde bepaalbaar is en bestaat op het ogenblik dat het beding moet worden nagekomen.²⁵⁶³ Daarmee lijkt deze benadering alvast niet onbestaanbaar met de geldende opvattingen onder het Engelse trustrecht. Ingevolge de toepassing van de *three certainties* en meer bepaald de *certainty of objects* en het corresponderende *beneficiary principle* (zie *supra*, randnr. 220 e.v. en 283 – 285) hangt de geldigheid van *express private trusts* in de regel eveneens af van de bepaalbaarheid van de *beneficiaries*. Wij kunnen hierin geen fundamentele strijdigheid met het Belgische recht ontwaren. Indien de *beneficiaries* bepaalbaar zijn, bijvoorbeeld omdat zij tot een vastgestelde

²⁵⁶³ N. CARETTE, *Derdenbeding*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 412 – 413, 448.

klasse behoren, kan worden aangenomen dat hun recht eveneens in de kiem bestaat.²⁵⁶⁴ Dit recht kan pas evenwel slechts als een volwaardig recht worden beschouwd op het ogenblik dat de *beneficiary* definitief wordt aangewezen of komt te bestaan. Ook hier strookt het trustrecht goeddeels met de opvattingen die in analoge gevallen worden gehuldigd in het Belgische recht.

888. De situatie is anders indien het *equitable interest* zelf moet worden beschouwd als een zakelijk recht. De in het vorige randnummer gemaakte analogie met een beding ten behoeve van een derde gaat in dat geval niet langer geheel op. Ook indien het voordeel dat via een beding ten behoeve van een derde werd bedongen bestaat in het vestigen of het overdragen van een zakelijk recht, beschikt de begunstigde niet over meer dan een (verbintenisrechtelijke) vordering tot geven ten aanzien van de belover. CARETTE onderkent daarbij dat deze verbintenis dan wel in de kiem kan bestaan, maar zolang de begunstigde niet bestaat of is bepaald, kan het zakelijk recht onmogelijk worden overdragen of gevestigd. De auteur verwijst daarbij naar het beginsel dat de titularis van het zakelijk recht moet bestaan en bepaalbaar dient te zijn.²⁵⁶⁵

Het Belgische recht kent evenwel een aantal uitzonderingen ten aanzien van deze fundamentele regel. Eerst kan daarbij worden gedacht aan de *infans conceptus*-regel: een verwekt kind kan, indien het levend en levensvatbaar werd geboren, begunstigde zijn vanaf de verwekking (art. 906 BW)²⁵⁶⁶. STORME verwijst eveneens naar de toegelaten erfstelling over de hand (artt. 1048 – 1050 BW). Een dergelijke erfstelling over de hand kan worden gevestigd ten gunste van nog niet geboren kinderen. Volgens deze auteur gaat het in die gevallen wel degelijk om een 'zwevend zakelijk recht'.²⁵⁶⁷ Ook in het geval van een vennootschap in oprichting kan, mits de daartoe gestelde voorwaarden zijn voldaan, de opgerichte vennootschap retroactief het eigendomsrecht met betrekking tot bepaalde goederen verkrijgen indien zij de desbetreffende verbintenissen overneemt.²⁵⁶⁸ In andere gevallen laat ons recht reeds toe dat een vertegenwoordiger voor rekening van een (mogelijks wisselende) groep begunstigden een zekerheidsrecht aanhoudt. Het volstaat daarbij dat de identiteit van de begunstigden kan worden vastgesteld aan de hand van de onderliggende overeenkomst. Deze vertegenwoordiging is tegenwerpelijk aan derden, en met name aan de schuldeisers van de

²⁵⁶⁴ *Ibid*, 459, 474.

²⁵⁶⁵ *Ibid*, 459.

²⁵⁶⁶ Voor een toepassing hiervan in een zaak betreffende een *trust*, zie: Rb. Brussel 27 november 1947, *Rev.prat.not.b.* 1948, 158, *Pas.* 1948, III, 51.

De rechtbank te Brussel was van oordeel dat de testamentaire *trust*, ingesteld door de *deujus* zeker niet vernietigbaar was op grond van artikel 906 BW, ook al waren enkele (mogelijke) *beneficiaries* nog niet verwekt op het ogenblik van overlijden van de *deujus*. *Beneficiaries* die slechts op een later tijdstip verwekt werden, dienden te worden uitgesloten van de nalatenschap. Met betrekking tot de reeds bestaande of minstens verwekte *beneficiaries* kon de *trust* gewoon doorgang vinden. Voor een kritische analyse, zie *infra*, randnr. 901 e.v..

²⁵⁶⁷ M.E. STORME, "Zekerheden- en insolventierecht", Gent-Mariakerke 2016, 37, beschikbaar op:

<https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/Insolventierecht2015.pdf>

²⁵⁶⁸ Cass. 8 mei 2015, *TRV-RPS* 2016, 1115 (met noot R. TAS).

vertegenwoordiger. De begunstigen hebben dus niets te vrezen van een eventueel faillissement van de vertegenwoordiger. Dergelijke regelingen kunnen worden aangetroffen in artikel 5 WFZ²⁵⁶⁹ en artikel 3 van de nieuwe wet roerende zekerheden.²⁵⁷⁰

889. Opnieuw moet de desbetreffende problematiek binnen zijn context worden geplaatst. De vraag wie *beneficiary* is en wanneer het *equitable interest* wordt verkregen, zijn vragen die in de eerste plaats aan de hand van het toepasselijke trustrecht dienen te worden beantwoord. Aldus ontstaat een samenloop tussen het van toepassing zijnde trustrecht en de Belgische goederenrecht. Toch moet enige problematiek die hieruit voortvloeit opnieuw niet worden overdreven.

Het inderdaad mogelijk dat een persoon een trustverhouding in het leven roept ten voordele van ongebornen *beneficiaries*.²⁵⁷¹ Zo kan een (toekomstige) grootmoeder een *trust* in het leven roepen ten voordele van haar toekomstige kleinkinderen. Impliceert zulks dat de *trust* stuurloos is tot op het ogenblik dat de *beneficiaries* worden geboren? Hoger (*supra*, randnr. 189) is gebleken dat zulks helemaal niet het geval is. Tenzij in de trustakte een andere regeling is getroffen, kan niet anders dan worden geconcludeerd dat de *settlor* niet helemaal over het *beneficial interest* met betrekking tot de trustgoederen heeft beschikt, zodat een *resulting trust* in het leven wordt geroepen ten voordele van de oorspronkelijke *settlor*. Deze laatste geldt dan als *beneficiary* van de *resulting trust*, voor zo lang als deze bestaat. Met andere woorden: het *beneficial interest* moet steeds aan iemand toekomen.

Een individuele *beneficiary* kan op geen enkele nuttige wijze over een *equitable interest* beschikken dan vanaf het ogenblik dat deze *beneficiary* bestaat. Het *equitable interest* dat aan deze *beneficiary* toekomt, ontstaat dan op grond van het van toepassing zijnde trustrecht. Het is dus helemaal niet noodzakelijk om aan te nemen, vanuit een Belgisch perspectief, dat er een zakelijk recht ontstaat in hoofde van een nog onbestaande persoon teneinde het trustverband te doen functioneren. Van enig *equitable interest* in hoofde van een persoon, kan pas op nuttige wijze sprake zijn van zodra de persoon zelf bestaat. Een klasse *beneficiaries* kan naar Engels recht inderdaad ongebornen personen bevatten, maar zij zullen pas op nuttige wijze kunnen worden beschouwd als *beneficiary* van zodra zij ter wereld komen.

Het is om deze redenen dat er o.i. geen fundamentele strijdigheid bestaat tussen het gegeven dat toekomstige personen *beneficiary* kunnen zijn van een *trust* en

²⁵⁶⁹ Wet van 15 december 2004 betreffende financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijke-zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten, *BS* 1 februari 2005, 2961.

²⁵⁷⁰ E. DIRIX, "Het insolventierecht anno 2014" in B. TILLEMANS, M. VANMEENEN, M.E. STORME, H. BRAEKMANS, E. DIRIX (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen III*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 34; I. PEETERS, "De Wet Financiële Zekerheden: netting, schuldvergelijking en overdracht tot zekerheid", *Droit bancaire et financier – Bank- en financieel recht* 2005, afl. 3, 165 – 166.

²⁵⁷¹ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 97.

het Belgische goederenrecht. Tot op het ogenblik dat een persoon bestaat, kan deze persoon slechts een 'potentiële' *beneficiary* zijn. Immers, indien de persoon in kwestie niet komt te bestaan, omwille van welke reden dan ook, zal deze nooit effectief een voordeel van een *trust* kunnen ontvangen. Het volstaat aldus dat het Belgische goederenrecht aanknoopt bij het van toepassing zijnde trustrecht. Daarmee wordt enige strijdigheid met de fundamentele regel dat een zakelijk recht slechts kan bestaan in hoofde van een bestaande titularis reeds vermeden. Op grond van het *beneficiary principle* en de regel inzake *certainty of objects* moet kunnen worden afgebakend wie potentieel *beneficiary* kan zijn. Diens *equitable interest* ontstaat vervolgens pas tesamen met de persoon zelf op grond van het toepassing zijnde trustrecht. Bekeken vanuit een Belgisch perspectief is er dus geen zakelijk recht zonder bestaande titularis voorhanden. Enig recht dat reeds in de kiem bestaat op grond van het gegeven dat een toekomstig persoon in de trustakte is aangewezen als *beneficiary* is geen volwaardig *equitable interest*, en dus evenmin een (quasi-)zakelijk recht.

Geconcludeerd kan dus worden dat in België gelegen goederen die onder een trustverband werden geplaatst waarvan nog niet alle *beneficiaries* bestaan, geen strijdigheid oplevert met enige fundamentele regel van het Belgische goederenrecht. Een in België geboren persoon die moet worden aangemerkt als *beneficiary* op grond van een eerdere trustakte, beschikt minstens vanaf de geboorte over een volwaardig *equitable interest*, dat in België kan worden erkend. Er is o.i. dan ook geen beperking van (de gevolgen van) de erkenning van de buitenlandse *trust* voorhanden.

(e) *De eenheid en ondeelbaarheid van het vermogen*

890. In het voorgaande werd reeds meermaals gewezen op het gegeven dat de typische *common law trust* door middel van het internationaal privaatrechtelijke 'erkenningsproces' in *civil law*-jurisdicties een 'metamorfose' ondergaat. Eén van de belangrijkste gevolgen van deze metamorfose bestaat erin dat de *trust* in *civil law*-jurisdicties wordt beschouwd als een 'afgescheiden vermogen', i.e. een afzonderlijke universaliteit. In wat volgt zullen wij ons daarom beperken tot het toelichten van een aantal meer praktische implicaties van de opvatting van de *trust* als afgescheiden vermogen.

891. Eerst kan worden opgemerkt dat het beschouwen van de *trust* als een afgescheiden vermogen geenszins strijdt met de door bepaalde auteurs ontwaarde '*numerus clausus* van afgescheiden vermogens' in het Belgische recht. In artikel 122, 1° WIPR stelt de wetgever immers zelf uitdrukkelijk dat de *trust* dient te worden beschouwd als een afgescheiden vermogen. Deze notie wordt uitdrukkelijk naar voren geschoven als 'kenmerk' van de trustverhouding. Ook in (de Franstalige versie van) het Haagse Trustverdrag wordt deze notie uitdrukkelijk gehanteerd (zie *supra*, randnr. 482). Evenzeer spreekt de Franstalige versie van artikel 122, 1° WIPR van '*une masse distincte*'. In essentie wordt hiermee gewoon aangesloten bij wat hoger de 'moderne vermogensopvatting' werd genoemd. De klassieke

vermogensleer, en daarmee ook het bepaalde in de artikelen 7 en 8 Hyp.W. kan o.i. dus geen enkel beletsel vormen voor de erkenning van een afgescheiden vermogen in hoofde van de *trustee*. Integendeel, indien niet zou worden aanvaard dat er daadwerkelijk sprake is van een afgescheiden vermogen in hoofde van de *trustee*, zal er o.i. ook geen sprake kunnen zijn van enige daadwerkelijke 'erkenning' van een buitenlandse *trust*. Er zou in dat geval geen 'fonds' voorhanden zijn, waarvan de waarde intact kan blijven voor zaakvervangings en door afscherming van de persoonlijke schuldeisers van de *trustee*. De waardebestemming van het geheel zou verloren gaan, zodat de individuele trustgoederen als het ware kunnen 'oplossen' in het vermogen van de *trustee*.

892. Een eerste belangrijk rechtsgevolg dat uit de juridische vormgeving van de *trust* als een afgescheiden vermogen kan worden afgeleid, is het gegeven dat de *trust* in een *civil law*-stelsel niet slechts bestaat uit activa, maar tevens wordt bezwaard met passiva die specifiek op dit vermogen wegen. De trustschuldeisers worden met andere woorden echte zaakschuldeisers. Een belangrijk onderscheid tussen de 'vermogensrechtelijke' benadering van de *trust* en de heersende opvattingen in *common law*-stelsels, bestaat er aldus in dat de trustschuldeisers zich in beginsel wel rechtstreeks kunnen verhalen op trustgoederen die zijn gelegen in *civil law*-jurisdicties. Deze verhaalsmogelijkheden kunnen evenwel worden doorkruist indien het *civil law*-stelsel zelf voorziet in afwijkingen ten aanzien van deze algemene regel. Hoger (*supra*, randnr. 522 e.v.) werd in dit verband het Zwitserse voorbeeld aangehaald. Het Zwitserse recht sluit op dit vlak wel expliciet aan bij de op de trustverhouding van toepassing zijnde *lex causae*. Dit resultaat kan echter maar worden bereikt omdat de Zwitserse wetgever dienaangaande in een bijzondere wettelijke regeling heeft voorzien.

Het voorgaande is mogelijks relevant voor *trusts* waarvan de activa geografisch verspreid liggen over verschillende landen. Immers, indien er trustactiva kunnen worden gelokaliseerd in *civil law*-stelsels, kan het voor trustschuldeisers mogelijks interessant zijn om zich in die rechtsstelsels rechtstreeks te verhalen op de aldaar gelegen onder trustverband gebrachte goederen. In die stelsels gelden zij immers als 'zaakschuldeisers' en niet als louter persoonlijke schuldeisers van de *trustee*. Dit laatste is met name het geval in *common law*-stelsels.

Hoger (*supra*, randnr. 520) is gebleken dat met name enkele Nederlandse auteurs pleiten voor een vorm van 'beperkte aansprakelijkheid' van de *trustee*. Nochtans kan een dergelijk standpunt, in de afwezigheid van (Belgische) wettelijke bepalingen in die zin, niet worden gevolgd. In zoverre de *lex contractus* zulks toestaat, is er niets wat de *trustee* ervan hoeft te weerhouden om te bedingen dat zijn of haar persoonlijke vermogen niet als onderpand dient voor de schuldvorderingen van de trustschuldeisers. Voor het overige zal de *trustee* ten aanzien van de trustschuldeisers 'onbeperkt aansprakelijk' zijn. De trustschuldeisers zullen zich met andere woorden in beginsel óók kunnen verhalen op het persoonlijke vermogen van de *trustee*. Een dergelijke oplossing strookt overigens met het uitgangspunt in *common law*-stelsels. In deze stelsels gelden trustschuldeisers immers als persoonlijke schuldeisers van de *trustee*. Het

aansprakelijkheidsrisico dat de *trustee* zelf loopt, kan evenwel worden gemitigeerd door de oprichting van een rechtspersoon door de *trustee*, of de oprichting van een rechtspersoon die fungeert als *trustee*.

893. Een tweede belangrijk rechtsgevolg van de kwalificatie van de *trust* als een afgescheiden vermogen, is het optreden van wat hoger (*supra*, randnr. 738 – 745) 'veralgemeende zaakvervanging' werd genoemd. De goederen die zich in het trustvermogen bevinden maken zodoende deel uit van een geheel, waarvan de afzonderlijke bestanddelen kunnen worden ingewisseld voor surrogaatgoederen. In beginsel maakt het daarbij geen verschil of de *trustee* al dan niet een toegelaten beschikkingshandeling stelde. De surrogaatgoederen komen principieel terecht in het afgescheiden trustvermogen en niet in het vermogen van de *trustee*. De veralgemeende zaakvervanging correleert daarmee (gedeeltelijk) met de *common law*-fenomenen van *overreaching* en *tracing* (zie *supra*, randnr. 272 - 282). Het afgezonderd vermogen manifesteert zich daarmee als een dynamisch geheel, zodat het 'fondskarakter' van de *trust* gevrijwaard blijft.

894. Niettegenstaande het voorgaande wordt in de Belgische rechtsleer regelmatig beweerd dat de artikelen 7 en 8 Hyp.W. toch volop zouden spelen ten aanzien van de *trustee* (zie ook *supra*, randnr. 783).²⁵⁷² In zoverre dat hiermee wordt geïmpliceerd dat de persoonlijke schuldeisers van de *trustee* de vermogensafscheiding die de *trust* tot gevolg heeft naast zich zouden mogen neerleggen, kan dit standpunt niet worden gevolgd. Dit standpunt is namelijk strijdig met de letterlijke tekst van artikel 122, 1° WIPR.²⁵⁷³ Zoals hoger (*supra*, randnr. 728) is gebleken, bestaat de essentie van vermogensafscheiding er nu net in dat de zaagschuldeisers zich als enigen of minstens met voorrang mogen verhalen op de activa die zich in het afgescheiden vermogen bevinden. Het afgescheiden vermogen heeft aldus een '*passif propre*'. Indien de persoonlijke schuldeisers van de *trustee* zich het bestaan van het afgescheiden vermogen niet zouden moeten laten tegenwerpen, is er *de facto* geen sprake van enige 'erkenning' van de buitenlandse *trust* in kwestie. Zulks blijkt tevens uit de minimale

²⁵⁷² M. MELLAH, T. MAES, "Hoofdstuk XII. Trust" in I. COUWENBERG, A. HANSEBOUT, L. VANFRAECHEM, *Internationaal Privaatrecht. Duiding 2014*, Brussel, Larcier, 2014, 802; J. ERAUW m.m.v. H. STORME, *Deel XVII 'Internationaal Privaatrecht'* in *Beginnelsen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 792; F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit international privé*, Brussel, Larcier, 2005, 100; J. ERAUW, "De trust en de trustachtigen in het nieuwe Belgische IPR", *TEP* 2005, 283; J. ERAUW, "Trust en trustachtige figuren in België. Het toepasselijk recht" in J. BAEL *et al.* (eds.), *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 407; E. BEGUIN, "Le trust" in FÉDÉRATION ROYALE DES NOTAIRES DE BELGIQUE, *Les arrangements de famille*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 324.

Iets genuanceerder: J.L. JEGHERS, "La difficile intégration du trust anglo-saxon en droit civil belge", *Rev.not.b.* 1991, 318. JEGHERS maakt in dit verband een onderscheid tussen actuele en toekomstige schuldeisers.

²⁵⁷³ Zie tevens: P. MIHAIL, "Family Trust et assurance vie: le riche et le pauvre?" in X (ed.), *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnard*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2008, 210: "Cependant, son article 125 [van het WIPR] énonce que le droit applicable au trust détermine notamment « les effets du trust » : la logique voudrait que ces effets soient les caractéristiques définies à l'article 122, ce qui revient à la reconnaissance du trust valablement régi par une loi étrangère."

erkenningregeling voorzien in artikel 11 van het Haagse Trustverdrag. Indien deze stelling zou worden gevolgd, zou dit dus een beperking aan de erkenning van de trustfiguur zelf opleveren. Hoger (*supra*, randnr. 735) is bovendien gebleken dat het Hof van Cassatie de artikelen 7 en 8 Hyp.W. slechts beschouwt als regels van dwingend recht.

Hoewel het ongetwijfeld zo is dat een dergelijke afwijking van de beginselen neergelegd in de artikelen 7 en 8 Hyp.W. een benadeling inhoudt voor de persoonlijke schuldeisers van de titularis van het afgescheiden vermogen, kan het bestaan van de vermogensafscheiding toch worden gerechtvaardigd.²⁵⁷⁴ Uit Deel II van voorliggend onderzoek bleek bovendien duidelijk dat de *trustee* wordt uitgesloten van de waarde die de onder trustverband gebrachte goederen vertegenwoordigen. Indien de *trustee* zelf geen economisch voordeel kan of mag hebben van de onder trustverband gebrachte goederen, waarom zouden deze goederen dan wel tot voordeel van diens persoonlijke schuldeisers moeten strekken? In de interne verhouding behoren de trustgoederen helemaal niet toe aan de *trustee*. Het negeren van het gegeven dat de *trust* juridisch wordt vormgegeven als een afgescheiden vermogen leidt tot een 'overbedeling' van een bepaalde categorie schuldeisers, ten nadele van de trustschuldeisers en de begunstigen van de *trust*. De persoonlijke schuldeisers van de *trustee* worden in beginsel dan ook niet benadeeld indien de onder trustverband gebrachte goederen aan hun verhaalsmogelijkheden worden onttrokken. De *trustee* heeft nooit enige eigen aanspraak op de trustgoederen gehad. Een andere conclusie zou bovendien de functionering van de *trust* als 'fonds' fundamenteel aantasten.

895. Bij het voorgaande dient evenwel een uitermate belangrijk voorbehoud te worden gemaakt. Zoals hoger (*supra*, randnr. 543 en 774) reeds meermaals is gebleken, is het essentieel voor de tegenwerpelijkheid van de vermogensafscheiding dat hieraan publiciteit is gegeven.²⁵⁷⁵ Hoger (*supra*, randnr. 545) is gebleken dat dit standpunt overwegend ook wordt verdedigd in Nederland en Zwitserland. In de Zwitserse literatuur zijn er echter enkele dissidente stemmen die de noodzaak van publiciteit voor vermogensafscheiding betwisten. In de Belgische literatuur lijkt ons het bestaan van dit vereiste, gelet op de navolging die wordt gegeven aan het standpunt van VAN GERVEN dienaangaande, heden boven elke redelijke twijfel verheven. De persoonlijke schuldeisers van de *trustee* mogen

²⁵⁷⁴ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 731; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 359 – 366; A. STENEKER, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen*, Deventer, Kluwer, 2005, 140.

²⁵⁷⁵ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 739 – 738; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 271 – 272; H. SWENNEN, "Trustachtige rechtsfiguren in België", *TPR* 1992, 1121 – 1122; W. VAN GERVEN, *Deel I 'Algemeen Deel' in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1987, 246 – 247.

Merk op dat de Belgische wetgeving inzake *covered bonds* ook voorziet in een vorm van registerpubliciteit. Zie *supra*, vn. 437.

Over de visie van de Belgische wetgever betreffende de centrale rol van publiciteit in het Belgische goederenrecht, zie *supra* vn. 2266.

immers niet worden misleid omtrent de werkelijke vermogenstoestand van de *trustee*.

Hieruit blijkt het belang van de hoger (*supra*, randnr. 854 e.v.) geanalyseerde problematiek inzake de hypothecaire publiciteit die aan het trusteeschap dient te worden gegeven. Gelet op het belang dat in het Belgische recht wordt gehecht aan de – minstens feitelijke – publiciteit van de vermogensafscheiding teneinde de tegenwerpelijkheid daarvan te verzekeren, kan worden betoogd dat de *trustee* deze publiciteit dan ook steeds in de mate van het mogelijke dient te verzorgen. Indien de *trustee* nalaat zulks te doen en zulks potentieel de integriteit van het 'trustfonds' kan aantasten, lijkt er ons mogelijks sprake te zijn van een schending van de fiduciaire taken die op de *trustee* rusten.

Teneinde te remediëren aan het risico dat de *trustee* bewust persoonlijke goederen zou vermengen met de onder trustverband gebrachte goederen met als oogmerk om deze goederen te onttrekken aan de verhaalsmogelijkheden van zijn of haar persoonlijke schuldeisers, kan eenzelfde pad worden bewandeld als reeds het geval is voor de kwaliteitsrekening. Ook in het geval van de kwaliteitsrekening kunnen de persoonlijke schuldeisers van de rekeninghouder toch beslag leggen in de handen van de bank. Het zal in die gevallen aan de beslagrechter toekomen om te oordelen over de aanwezigheid van fraude of vermenging.²⁵⁷⁶

896. De mogelijkheid tot vermenging geeft aanleiding tot een volgend vraagstuk. Wat indien de *trustee* bepaalde onder trustverband gebachte goederen zou vermengen met diens persoonlijke vermogen? Normaliter gaat een zakelijk recht (op roerende goederen) verloren wanneer het wordt vermengd met andere goederen. Een zakelijk recht vereist immers een indentificeerbare, bepaalde of bepaalbare zaak als onderpand. Dit is niets anders dan een gemeenrechtelijke toepassing van het goederenrechtelijke specialiteitsbeginsel.²⁵⁷⁷ In beginsel wordt dit risico gereduceerd door de plicht in hoofde van de *trustee* om de trustgoederen afgescheiden te houden van diens persoonlijke goederen enerzijds en de veralgemeende zaakvervanging binnen afgescheiden vermogens anderzijds.²⁵⁷⁸ Indien er evenwel een einde komt aan het fiduciair eigendomsrecht dat rust op de trustgoederen wanneer de *trustee* deze vermengt met zijn of haar persoonlijke goederen, stuiten we op een goederenrechtelijke beperking aan het recht van de *beneficiaries* om deze trustgoederen te *tracen* in het vermogen van de *trustee*. Zoals hoger (*supra*, randnr. 846) reeds werd besproken, speelt het van toepassing zijnde trustrecht in beginsel volop in de interne verhouding. Indien de desbetreffende goederen echter volle eigendom zouden zijn geworden van de *trustee*, valt er evenwel niets meer te *tracen*.

²⁵⁷⁶ Eensluitend: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 739.

²⁵⁷⁷ V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht' in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 78 – 79; V. SAGAERT, D. GRUYAERT, "Een nieuw wetgevend kader voor de kwaliteitsrekening", *RW* 2014 – 2015, 526.

²⁵⁷⁸ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 727 – 728.

Zo ver hoeft het evenwel niet te komen. In de Belgische doctrine wordt overwegend aanvaard dat een dergelijke vermenging niet per definitie een einde hoeft te maken aan de goederenrechtelijke aanspraken van de begunstigden.²⁵⁷⁹ Deze goederenrechtelijke aanspraak van de begunstigden verschuift dan van de individuele vermengde goederen naar een bepaald aandeel in het vermengde geheel.²⁵⁸⁰ Een dergelijke oplossing kan reeds op verschillende plaatsen in het Belgische recht worden aangetroffen. Bijvoorbeeld in artikel 8/1 Hyp.W., in artikel 12 van KB nr. 62 van 10 november 1967²⁵⁸¹ en in de artikelen 20 en 70 van de nieuwe wet roerende zekerheden. In deze gevallen wordt de titularis van het afgescheiden vermogen, die goederen uit dit vermogen ten onrechte heeft vermengd met eigen goederen, zelfs achtergesteld ten aanzien van de aanspraken van andere rechthebbenden.²⁵⁸²

ix. **Beperkingen aan de (gevolgen van de) erkenning van buitenlandse trusts: erfrechtelijke beperkingen.**

897. Uit de voorgaande onderdelen is ten overvloede gebleken dat het gebruik van buitenlandse *trusts* in de praktijk ook regelmatig aanleiding geeft tot erfrechtelijke vraagstukken. Niettegenstaande de *trust* als zodanig geen erfrechtelijke rechtsfiguur is, vormt de *trust* een bij uitstek geschikte rechtsfiguur, die een (toekomstige) erflater toelaat om de erfovergang van zijn of haar erfgoederen te structureren, althans in de rechtsstelsels die bekend zijn met deze rechtsfiguur. Dit heeft, zoals hoger (*supra*, randnr. 383 e.v. en 400) reeds werd onderzocht, veel te maken met het gegeven dat de *trust* een functionele extensie vormt van het eigendomsrecht. Achter de *legal title* van de *trustee*, die als het ware een juridisch scherm vormt, kan een zeer complex geheel aan gerechtigdheden voor de *beneficiaries* schuilgaan.

Uit de hoger besproken casusgevallen is inderdaad gebleken dat de *trust* in veel concrete erfrechtelijke geschillen een bijzondere figurant vormt. Hoewel een zuiver erfrechtelijke kwalificatie van de trustfiguur reeds werd verworpen, blijven er toch heel wat open vragen bestaan over het samenspel van het toepasselijke trustrecht

²⁵⁷⁹ Zie *supra*, vn. 1537; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 396, 398 e.v.

²⁵⁸⁰ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 421 – 422.

²⁵⁸¹ Gecoördineerd Koninklijk Besluit nr. 62 van 10 november 1967 betreffende de bewaargeving van vervangbare financiële instrumenten en de vereffening van transacties op deze instrumenten, BS 23 februari 2004, 10353.

Zie tevens: M.E. STORME, "Overdracht van roerende goederen, vestiging van pandrecht, eigendomsvoorbehoud: een poging tot systematisatie" in *Het Zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit, XVIII^o Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1991 – 1992*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 506.

²⁵⁸² V. SAGAERT, *Deel V 'Goederenrecht'* in *Beginnelsen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 78 – 79.

met het van toepassing zijnde erfrecht. In de hypothese dat een erfovergang wordt beheerst door het Belgische erfrecht in toepassing van de Europese Erfrechtverordening, rijst eerst en vooral de vraag welke kwesties worden beheerst door het van toepassing zijnde erfrecht en welke kwesties worden beheerst door het van toepassing zijnde trustrecht. Bovendien zal worden nagegaan in welke mate de (gevolgen van) de erkenning van de buitenlandse *trust* afstuit op de dwingende bepalingen van het Belgische erfrecht. Indien bepaalde rechtsgevolgen van de *trust* niet kunnen worden aanvaard ingevolge de toepassing van dwingende regels van Belgisch erfrecht, is er sprake van een beperking van de (gevolgen van de) erkenning van de *trust*.²⁵⁸³

Opnieuw moet daarbij worden vermeld dat het oogmerk van het voorliggend onderzoek er niet in bestaat om elke denkbare civielrechtelijke (m.i.v. elke denkbare erfrechtelijke) beperking aan de erkenning van buitenlandse *trusts* (*in extenso*) te onderzoeken.

898. Vooraleer wordt overgegaan tot het afzonderlijke onderzoek van de belangrijkste regels van Belgisch erfrecht die de gevolgen van de erkenning van de buitenlandse *trust* kunnen beperken, dient eerst een mogelijke beperking aan de erkenning van de *trust* zelf van de baan te worden geruimd. Hier wordt dan uitgegaan van de hypothese dat de *trustee* een natuurlijke persoon is.

Uit artikel 11 van het Haagse Trustverdrag bleek immers dat het gegeven dat de onder trustverband gebrachte goederen geen deel vormen van de nalatenschap van de *trustee*, een essentieel element vormt van de erkenning van de trustfiguur zelf. Indien de trustgoederen zouden worden geacht tot de nalatenschap van de *trustee* te behoren, wordt het functioneren van de *trust* inderdaad geheel onderuit gehaald. De *settlor* heeft immers nooit de bedoeling gehad om de *trustee* te bevoordelen. Hetzelfde geldt natuurlijk voor de erfgenamen van de *trustee*. Deze regel kan slechts uitzondering lijden wanneer één of meerdere erfgenamen van de *trustee* worden aangeduid als *beneficiary*. Indien deze erfgenamen door de *trustee* zelf zouden worden aangeduid ingevolge de uitoefening van een *power*, kan er sprake zijn van een belangenconflict en loopt de *trustee* het risico om te handelen *in breach of trust*.

O.i. kan de aanvaarding van dit minimale uitgangspunt geen probleem vormen voor wat betreft het Belgische erfrecht, zelfs nu deze regel niet uitdrukkelijk in artikel 122 WIPR wordt vermeld. Uit dit wetsartikel kan de toepassing van deze regel slechts op zeer onrechtstreekse wijze worden afgeleid. Artikel 122 WIPR bepaalt immers dat de onder trustverband gebrachte goederen geen deel uitmaken van het 'vermogen van de *trustee*'. Bovendien is uit het voorgaande gebleken dat er in het Belgische recht wel meer gevallen van 'fiduciaire eigendom ten titel' van beheer kunnen worden aangetroffen, waar een gelijkaardige regel geldt. Zo wordt zonder uitzondering aanvaard dat de bezwaarde van een *fideicommiss de residuo* het

²⁵⁸³ Immers, in principe bepaalt de van toepassing zijnde *lex successionis* welke beschikkingen een erflater mag maken, alsook de beperkingen die daarop rusten. Zie: M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 238.

eigendomsrecht van de fideicommissaire goederen geniet. Toch behoren deze goederen niet tot de nalatenschap van de bezwaarde en kan de bezwaarde deze goederen evenmin legateren. Voor wat betreft de kwaliteitsrekening kan worden opgemerkt dat artikel 8/1 Hyp.W., tweede lid een gelijkaardige regeling bevat. Toch wordt de rekeninghouder geacht eigenaar te zijn van de desbetreffende schuldvordering op de bank (zie *supra*, randnr. 832). Bij ons weten is het gegeven dat de onder trustverband gebrachte goederen buiten de nalatenschap van de *trustee* dienen te blijven in de Belgische (of buitenlandse) rechtsleer ook nooit geproblematiseerd. Aangenomen kan aldus worden, dat de aanvaarding van de genoemde stelregel geen fundamentele problemen mag opleveren. Ook niet wanneer het Belgische erfrecht van toepassing is op de erfovergang in kwestie.

899. Komen in wat volgt aan bod als mogelijke beperkingen aan de gevolgen van de erkenning van buitenlandse *trusts*: de bekwaamheid om te kunnen erven, de saisine, het principiële verbod op erfstellingen over de hand, het principiële verbod op bedingen betreffende een niet-opengevallen nalatenschap en de erfrechtelijke reserve. Bij dit alles moet in het achterhoofd worden gehouden dat heden een wetsvoorstel hangende is tot wijziging van het BW wat de erfenissen en giften betreft.²⁵⁸⁴

(a) *Bekwaamheid om te kunnen erven*

900. De eerste mogelijke erfrechtelijke beperking die logischerwijze aan bod komt is de bekwaamheid om te kunnen erven. Teneinde een aanspraak te kunnen laten gelden met betrekking tot een nalatenschap is het steeds vereist dat de erfgenaam of legataris bestaat, nog in leven is, niet onwaardig is en niet uitgesloten wordt van het recht om te erven.²⁵⁸⁵ Voor wat betreft de voorwaarde tot bestaan van de erfgenaam dient evenwel rekening te worden gehouden met zogeheten *infans conceptus*-regel (zie *supra*, randnr. 888). Het reeds verwekte kind kan aldus toch worden bevoorreed op voorwaarde dat het later levend en levensvatbaar wordt geboren. In dergelijke gevallen bestaat er immers geen duurzame onzekerheid omtrent het lot van het eigendomsrecht van de erfgoederen.²⁵⁸⁶ Opvallend is nog dat de algemene regel dat de erfgenaam of legataris dient te

²⁵⁸⁴ Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2016 – 2017, nr. 54-2282/001.

²⁵⁸⁵ R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 384; H. CASMAN, R. DEKKERS, A-L. VERBEKE, E. ALOFS, *Erfrecht en giften*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 9; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 740.

²⁵⁸⁶ A. VERBEKE, "Art. 725 BW" in M. COENE, J. DU MONGH, N. GEELHAND (eds.), *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 1991, losbl., 17; M. COENE, "Art. 906 BW" in M. COENE, J. DU MONGH, N. GEELHAND (eds.), *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 1989, losbl., 13p.

bestaan op het ogenblik van de nalatenschap niet geldt voor de begunstigen van een testamentaire of contractuele last. Het is aldus perfect mogelijk om een erfgenaam of legataris een last op te leggen om iets te geven of te doen of na te laten ten voordele van een nog niet verwekte persoon.²⁵⁸⁷

901. Een trustverhouding laat evenwel toe om personen te bevoordelen die nog niet geboren zijn op het ogenblik dat de *trust* in het leven werd geroepen. Hoger (*supra*, randnr. 887 e.v.) werd reeds op deze problematiek ingegaan voor wat betreft de goederenrechtelijke aspecten van de *trust*. De daar uiteengezette analyse kan *mutatis mutandis* worden getransponeerd naar de hier aan de orde zijnde discussie. Het valt o.i. dan ook te betwijfelen of het gegeven dat een toekomstige *beneficiary* van een *testamentary trust* of een *beneficiary* die pas wordt geboren na het overlijden van de *settlor* van een *inter vivos trust*, op grond van het Belgische erfrecht *de facto* zou moeten worden uitgesloten als begunstigde.²⁵⁸⁸

In de Belgische rechtspraak werd dit standpunt in het verleden echter verworpen. Zo oordeelde de rechtbank te Brussel in het vonnis van 27 november 1947: "*Attendu que le demandeur se méprend sur la portée de l'article 906 du Code civil lequel ne défend pas les dispositions de l'espèce, avec la nullité à titre de sanction à l'égard de tous les légataires institués, mais frappe seulement d'incapacité de recevoir par testament, les personnes qui ne seraient ni nées, ni conçues au jour du décès du testateur ; que la conséquence en sera que les enfants nés après la mort de leur grand-père seront exclus de toute part dans la succession, mais que les autres n'en bénéficieront pas moins de legs que le défunt leur a faits, et qui gardent toute leur efficacité;*"²⁵⁸⁹ Hoewel de rechtbank dus van oordeel is dat het gegeven dat bepaalde *beneficiaries* van de *testamentary trust* in kwestie nog niet geboren zijn de rechtsgeldigheid van de *trust* als zodanig niet aantast, zou dit vereiste wel beletten dat ongebornen *beneficiaries* zouden kunnen worden bevoordeeld. Het is enigszins opmerkelijk dat dit vonnis van de rechtbank te Brussel in de internationale rechtsleer regelmatig wordt geciteerd met de boodschap dat de rechtbank de *trust* in kwestie óók intact zou hebben gelaten ten aanzien van de ongebornen *beneficiaries*.²⁵⁹⁰ Wat hier ook van zij, het oordeel van de rechtbank oogt logisch, wanneer mee in acht wordt genomen dat de rechtbank weigerde om het bestaan van een 'legaat' ten voordele van de *trustee* van de

²⁵⁸⁷ M. COENE, "Art. 906 BW" in M. COENE, J. DU MONGH, N. GEELHAND (eds.), *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 1989, losbl., 13p;

²⁵⁸⁸ *Contra*: M. QUAGHEBEUR, "Belgium. Trusts.", *IBFD*, 2015, nr. 1.3.3. (d).

²⁵⁸⁹ Rb. Brussel 27 november 1947, *Rev.prat.not.b.* 1948, 158, *Pas.* 1948, III, 51.

²⁵⁹⁰ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 240; J. PERRIN, "Le trust à l'épreuve du droit successoral", Genève, Droz, 2006, 269. DYER en VAN LOON maken slechts melding van het gegeven dat de rechtbank weigerde om de gehele trustverhouding te vernietigen wegens een vermeende strijdigheid met de voorwaarde dat de begunstigen geboren of minstens reeds verwekt diende te zijn. Zie: A. DYER, H. VAN LOON, "Report on trusts and analogous institutions" in CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) – Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 89.

testamentary trust te erkennen. De rechtbank beschouwde de *beneficiaries* van de *trust* als de eigenlijke legatarissen, daar zij diegenen waren die daadwerkelijk door de *testator* werden bevoordeeld. Gelet op de toenmalige afwezigheid van een afzonderlijke verwijzingscategorie voor *trusts*, valt het oordeel van de rechtbank te begrijpen. Echter, op grond van de door ons voorgestelde oplossing teneinde de mogelijkheid tot creatie van een *testamentary trust* te faciliteren, kan het oordeel van de rechtbank *de lege lata* niet meer worden bijgetreden (zie *supra*, randnr. 763 e.v.). Aangezien het Belgische recht vandaag een afzonderlijke verwijzingscategorie voor *trusts* kent, waaronder ook *testamentary trusts* dienen te worden begrepen, kan op een meer geraffineerde wijze met dergelijke *trusts* worden omgegaan.

902. Hoger (*supra*, randnr. 768) werd geconcludeerd dat omwille van het gegeven dat het eigendomsrecht van de onder trustverband te brengen goederen bij de *trustee* terecht dient te komen, het de *trustee* is die als 'legataris' moet worden beschouwd onder het testament van de *settlor*/erflater. Indien dit gegeven in ogenschouw wordt genomen, wordt de vraag of de *beneficiaries* reeds bestaan op het ogenblik van de trustcreatie veel minder relevant. Aangezien het (fiduciaire) eigendomsrecht bestaat in hoofde van de *trustee*, verdwijnt het risico dat er zich een 'onderbreking' zou voordoen met betrekking tot het eigendomsrecht van de desbetreffende goederen. De afwezigheid van dit risico bleek een onderdeel te zijn van de *ratio legis* die schuilgaat achter de *infans conceptus*-regel. Evenmin ontstaat het risico op een dergelijke 'onderbreking' in het eigendomsrecht indien de begunstigde van een testamentaire of contractuele last ongeboren is. De *ratio legis* voor het vereiste dat een begunstigde reeds geboren dan wel verwekt moet zijn, gaat dus niet op in het geval van een trustverhouding. Er is daar evenmin een risico aanwezig op een 'onderbreking' in het eigendomsrecht, zo lang als de *trustee* zelf bestaat op het ogenblik waarop de trustverhouding effectief in het leven wordt geroepen.²⁵⁹¹

Ook op de voorwaarde dat de *trustee* reeds dient te bestaan op het ogenblik van het openvallen van de nalatenschap, kunnen uitzonderingen worden ontwaard. Ofschoon het niet gemakkelijk denkbaar is dat een ongeboren kind op grond van de *infans conceptus*-regel tot *trustee* zou worden aangeduid, is het niet geheel uit te sluiten dat een testator/*settlor* een Belgische of buitenlandse (private) stichting zou oprichten per testament en deze vervolgens aanduiden tot *trustee*. Hoger (*supra*, randnr. 767) is reeds gebleken dat een Belgische (private) stichting inderdaad bij wijze van testament kan worden opgericht indien aan de daartoe vereiste voorwaarden is voldaan. Evenzeer blijkt uit enkele voorafgaande

²⁵⁹¹ Zie tevens: S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 184; M. GORÉ, *L'administration des successions en droit international privé français*, Parijs, Economica, 1994, 72; J. PERRIN, "Le trust à l'épreuve du droit successoral", Genève, Droz, 2006, 269 – 270.

beslissingen van de Dienst Voorafgaande Beslissingen ('DVB') van de FOD Financiën dat Belgische private stichtingen in de praktijk soms optreden als *trustee*.²⁵⁹²

Tot slot kan nog worden opgemerkt dat het bovenstaande evenzeer geldt voor *beneficiaries* die pas zouden worden geboren na het vooroverlijden van de *settlor* van een reeds opgerichte *trust*. Opnieuw kan slechts worden vastgesteld dat aan hen de hoedanigheid van *beneficiary* wordt verleend ten gevolge van een toepassing van het vigerende trustrecht. Ook in dergelijke gevallen is o.i. geen strijdigheid met de hier bestudeerde regel van Belgisch erfrecht voorhanden.

903. Complexer is het geval van de erfrechtelijke onwaardigheid of de ondankbaarheid in het geval van een conventionele devolutie. *Prima facie* kan de *beneficiary* van een *trust* noch worden geraakt door de sanctie van de erfrechtelijke onwaardigheid enerzijds, noch door een vordering tot ontbinding van de gift wegens ondankbaarheid anderzijds. In het geval van een *trust* is er immers geen sprake van een erfovergang *ab intestato*, schenking ten voordele van de *beneficiary* of een legaat ten voordele van de *beneficiary*. Bij dit alles dient echter in het achterhoofd te worden gehouden dat het Belgische recht in dergelijke gevallen niet het enige relevante rechtsstelsel is. Hoewel het buiten het bestek van dit onderzoek valt om het Engelse of Amerikaanse trustrecht nader te onderzoeken op deze punten, kunnen toch enkele opmerkingen worden gemaakt.

Ten eerste kan worden verwezen naar de (verruimde) *clean hands*-doctrine in het *equity*-recht (zie *supra*, randnr. 67). Indien een *trustee* weigert een voordeel te verstrekken aan een ondankbare of onwaardige *beneficiary*, kan mogelijks een beroep worden gedaan op deze leerstukken uit het toepasselijke trustrecht om vorderingen van dergelijke *beneficiaries* af te wijzen. Ten tweede kan ook de trustakte één of meerdere bepalingen bevatten op grond waarvan een onwaardige of ondankbare *beneficiary* deze hoedanigheid kan verliezen. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een specifieke clause op grond waarvan de *beneficiary* het *equitable interest* verliest, of een aan de *trustee* verleende bevoegdheid op grond waarvan deze laatste de ondankbare of onwaardige *beneficiary* diens hoedanigheid kan ontnemen.

Slechts in het uiterste geval zou een beroep moeten worden gedaan op de Belgische regels teneinde te voorkomen dat de onwaardige of ondankbare erfgenaam toch een voordeel zou verkrijgen vanuit de *trust*. Aangezien een trustverhouding noch een schenking, noch een legaat ten voordele van de *beneficiaries* omvat, kan in dergelijke gevallen een beroep worden gedaan op de aard van de onwaardigheid als een 'vermogensrechtelijke onwaardigheid'.²⁵⁹³ In een dergelijk geval zou het Belgische vermogensrecht zich verzetten tegen het gegeven dat de onwaardige in diens vermogen een *equitable interest* kan hebben van een *trust* waarvan de erfflater de *settlor* was. Bij een vordering tot ontbinding wegens ondankbaarheid

²⁵⁹² Voorafg. Besl. 13 december 2011, nr. 2011.435, www.fisconet.be; Voorafg. Besl. 7 juli 2009, nr. 900.189, www.fisconet.be.

²⁵⁹³ Zie bv. R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 409.

liggen de zaken nog moeilijker, aangezien de ondankbare *beneficiary* niet in een rechtstreekse rechtsverhouding ten aanzien van de *settlor* staat. Het is o.i. onzinnig om de (mogelijks uitgedoofde) translatieve rechtshandeling die door de *settlor* werd gesteld te ontbinden wegens het gedrag van een *beneficiary*. De geldige creatie van de gehele trustverhouding zou dan in het gedrang komen. Daarmee zouden eventuele andere *beneficiaries* mee worden gesanctioneerd. Een eventuele vordering tot ontbinding wegens ondankbaarheid zou beter worden gericht tegen het bestaan van het *equitable interest* van de ondankbare *beneficiary*. De laatstbesproken toepassingsmogelijkheden doen evenwel nogal geforceerd aan. Bij voorkeur wordt dan ook een oplossing gezocht in het van toepassing zijnde trustrecht.

(b) *De saisine*

904. Het overlijden van een persoon heeft tot gevolg dat diens goederen krachtens het erfrecht overgaan op diens erfgenamen (*'le mort saisit le vif'*). Nochtans kan het voorkomen dat het niet meteen duidelijk is aan wie de goederen in eigendom toekomen. Om deze reden kent het Belgische erfrecht een aantal wettelijke ficties. Eén van deze ficties heeft betrekking op de bezitsoverdracht van de geërfde goederen.²⁵⁹⁴ Het betreft hier artikel 724 BW, luidens hetwelk de erfgenamen van rechtswege in het bezit treden van de erfgoederen. Deze erfrechtelijke *saisine* heeft nochtans geen uitstaans met de eigendomsverkrijging van de erfgoederen, niettegenstaande de letterlijke tekst van artikel 724 BW anders kan doen vermoeden.²⁵⁹⁵ In wezen vormt de *saisine* de wettelijke toelating voor de erfgenamen om bezit te nemen van de erfgoederen. De erfgenamen kunnen zich dan ook in het bezit stellen van de erfgoederen, ook vóór zij de nalatenschap (al dan niet) aanvaardden.²⁵⁹⁶ De *saisine* geeft de erfgenamen aldus het recht om de nalatenschap te bewaren en voorlopig te beheren.²⁵⁹⁷ De *saisine* komt individueel toe aan iedere titularis en betrekking op het geheel van de nalatenschap, de *saisine* is aldus 'ondeelbaar'.²⁵⁹⁸ Belangrijk is tevens dat de *saisine* de erfgenamen toelaat om de rechtsgeldigheid van de aanspraken van eventuele legatarissen na te gaan. Legatarissen dienen immers de afgifte van de erfgoederen te vorderen, zodat de erfgenamen deze goederen slechts zullen overdragen op vertoon van een *prima*

²⁵⁹⁴ R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 421; A.L.P.G. VERBEKE, I.J.F.A. VIJFEIJKEN, "Het begrip 'krachtens erfrecht' in civiel- en fiscaalrechtelijke zin" in P.H.J. ESSERS, R.H. HAPPÉ, G.T.K. MEUSSEN, *et. al.* (eds.), *Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2000, 27.

²⁵⁹⁵ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1040.

²⁵⁹⁶ P. DELNOY, P. MOREAU, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil*, Brussel, Larcier, 2016, 339.

²⁵⁹⁷ *Ibid*, 336 – 40.

²⁵⁹⁸ R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 424; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1042 – 1043.

facie geldige titel.²⁵⁹⁹ De saisine is volgens bepaalde auteurs tevens van openbare orde.²⁶⁰⁰ Volgens andere auteurs is de saisine eerder van dwingend recht.²⁶⁰¹

De titularissen van de saisine zijn alle erfgenamen *ab intestato* die worden genoemd in artikel 731 BW, in nuttige orde en graad. Ook kan een algemene legataris met de saisine worden bekleed, maar enkel wanneer deze opkomt zonder reservataire erfgenamen, tenzij deze erfgenamen de nalatenschap verwerpen of onwaardig zijn.²⁶⁰² Indien de legataris niet is aangeduid bij wijze van notarieel testament, dan dient deze legataris alsnog de gerechtelijke inbezitstelling te vragen.²⁶⁰³ Indien er daarentegen wel reservataire erfgenamen zijn, dient de algemene legataris de afgifte van het gelegateerde te vragen aan de reservataire erfgenamen.²⁶⁰⁴ De legataris onder algemene titel en de legataris onder bijzondere titel kunnen evenwel nooit titularis zijn van de saisine.²⁶⁰⁵ Deze positie biedt de reservataire erfgenamen een bijzondere bescherming, daar zij (in principe) slechts gehouden zijn tot afgifte van het beschikbaar deel van de nalatenschap.²⁶⁰⁶ Zoals hoger (*supra*, randnr. 639) werd aangegeven, kan aan de testamentuitvoerder ook de 'saisine' worden verleend.

905. Met betrekking tot *trusts* werd in de Nederlandse rechtsleer al wel eens opgeworpen dat de saisine mogelijks in conflict zou kunnen komen met het aanwenden van een *testamentary trust*.²⁶⁰⁷ Dit probleem wordt dan gekoppeld aan de verschillen in de wijzen van erfovergang tussen continentaalrechtelijke rechtsordes en *common law*-rechtsordes. Hoger (*supra*, randnr. 152 e.v.) werd reeds beknopt ingegaan op de wijze waarop de erfovergang in het Engelse recht als typevoorbeeld van een *common law*-stelsel wordt beheerd, en wat daarbij de verschillen zijn tussen een dergelijk beheer en de trustfiguur. Het is duidelijk dat in een dergelijk systeem van erfovergang het (fictieve) juridische 'bezit' niet bestaat in hoofde van de erfgenamen, maar toekomt aan de beheerder die de erfboedel dient te vereffenen en verdelen. Het is overigens pas van zodra deze taak is volbracht dat de *testamentary trust* daadwerkelijk kan worden 'gelanceerd'. De goederen dienen immers te worden overgedragen aan de *trustee* teneinde de creatie van een *testamentary trust* te kunnen vervolledigen (zie *supra*, randnr. 736 e.v.).

906. Bij iedere betrachting om het gebruik van een *testamentary trust* te verzoenen met het Belgische erfrecht als toepasselijke *lex successionis*, dient

²⁵⁹⁹ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1041.

²⁶⁰⁰ *Ibid*, 1041.

²⁶⁰¹ R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 424.

²⁶⁰² Zie artikel 1006 BW; R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 423.

²⁶⁰³ Zie artikel 1008 BW.

²⁶⁰⁴ Zie artikel 1004 BW.

²⁶⁰⁵ R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 423.

²⁶⁰⁶ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1046.

²⁶⁰⁷ I.S. JOPPE, "Het 'Haagse Trustverdrag' in werking", *WPNR* 1996, 187 – 188.

rekening te worden gehouden met de erfrechtelijke saisine. De mate waarin de saisine toekomt of kan toekomen aan de *trustee*, wordt bepaald door het Belgische erfrecht. De persoon die werd aangeduid als *trustee* is immers de eigenaar van de onder trustverband gestelde goederen. De rechtspositie van de *beneficiaries* dient hier aldus niet nader in ogenschouw te worden genomen. Dat deze kwestie niet eenvoudig is, bewijst een Franse rechterlijke uitspraak van 28 april 1975.²⁶⁰⁸ In dit geval weigerde het *Tribunal de Grande Instance* te Bayonne om de erfgenamen/*beneficiaries* van een *trust* in het bezit te stellen van een Frans onroerend goed dat door de testator was ondergebracht in een *testamentary trust*, in de afwezigheid van de bankier die aangeduid was als testamentuitvoerder, en vervolgens als *trustee*. De vraag rijst of de saisine per definitie (mede) moet toekomen aan een *trustee*.

O.i. is dit evenwel niet het geval, en is dit evenmin vereist. In het geval het 'legaat' aan de *trustee* kan worden gekwalificeerd als een legaat onder algemene titel of een bijzonder legaat, kan de *trustee* in geen enkel geval worden beschouwd als titularis van de saisine. De *trustee* dient dan de afgifte van de goederen te verzoeken. Hetzelfde geldt wanneer het 'legaat' aan de *trustee* moet worden beschouwd als een algemeen legaat, en er tegelijk ook reservataire erfgenamen zijn. Indien er daarentegen geen reservataire erfgenamen zijn, kan de *trustee* als 'algemeen legataris' desgevallend wel titularis zijn van de saisine. Deze regeling vormt vooral een beschermingsdam ten voordele van de (reservataire) erfgenamen van de *settlor*, die de rechtsgeldigheid van de titel van de *trustee*/legataris kunnen nagaan vooraleer zij gehouden zijn tot afgifte. Ook de reservataire erfgenamen zijn dan slechts gehouden tot afgifte van de erfgoederen binnen de grenzen van het beschikbaar deel.²⁶⁰⁹ Zulks hoeft evenwel niet te impliceren dat de reservataire erfgenamen het functioneren van de *testamentary trust* op blijvende wijze kunnen frustreren door de afgifte pertinent te weigeren. In zoverre de *trustee* zich kan beroepen op een geldige titel, dienen de reservataire erfgenamen de afgifte toe te staan, voor zover het beschikbaar deel daardoor niet zou worden overschreden (zie daarover *infra*, randnr. 921 e.v.). Indien de reservataire erfgenamen de afgifte weigeren, kan de *trustee* steeds de afgifte vorderen voor de rechtbank van eerste aanleg waar de nalatenschap is opengevallen.²⁶¹⁰ In het geval de *trustee*'/algemeen legataris' werd aangeduid bij een niet-authentiek testament, dient deze zich in het bezit te doen stellen door middel van een rechterlijke beschikking.

907. Aldus kan de 'politiefunctie' van de saisine worden verzoend met de creatie van een *testamentary trust*, door de *trustee* voor erfrechtelijke doeleinden zo veel als mogelijk te behandelen als een soort legataris. Hoger (*supra*, randnr. 768) hebben wij immers reeds vastgesteld dat de creatie van een *testamentary trust* vereist dat de onder trustverband te stellen goederen in eigendom moeten worden overgedragen aan de *trustee*, vooraleer deze 'gelanceerd' kan worden. Indien het

²⁶⁰⁸ TGI Bayonne 28 april 1975, *Rev. Crit. DIP* 1976, 330 (met noot A. NECKER).

²⁶⁰⁹ Vgl. S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 302.

²⁶¹⁰ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1046.

Belgische erfrecht geldt als *lex successionis*, kan deze eigendomsoverdracht vanwege de testator aan de (toekomstige) *trustee* inderdaad het best voorgesteld worden als een bijzonder soort 'legaat' (zie *supra*, randnr. 768). Er mag evenwel niet uit het oog worden verloren dat de (toekomstige) *trustee* niet de eigenlijke begunstigde is van dit 'legaat' (zie *supra*, randnr. 768). Er is o.i. dan ook geen beperking aan de erkenning van de (gevolgen van de) *trust* voorhanden.

(c) *Het principiële verbod van erfstellingen over de hand*

908. Erfstellingen over de hand, ook wel 'substituties' genoemd, zijn in het Belgische erfrecht (nog steeds) principieel verboden.²⁶¹¹ Dit verbod wordt geacht de openbare orde te raken²⁶¹², zodat het gebruik ervan, behoudens de wet voorziene uitzonderingen, wordt gesanctioneerd met de absolute nietigheid. Erfrechtelijke substituties, waarop verschillende varianten bestonden, vormden een steunpilaar voor het Ancien Régime.²⁶¹³ Door het gebruik van erfrechtelijke substituties kon het behoud van bepaalde goederen binnen de familie worden verzekerd. De keerzijde was echter de creatie van een 'dode hand'.²⁶¹⁴ Essentieel aan een erfrechtelijke substitutie is immers de bewaarplicht die rust op opeenvolgende verkrijgers van de goederen waarop de substitutie betrekking heeft. Zoals hoger (*supra*, randnr. 645 e.v.) werd uiteengezet, rust in het geval van het

²⁶¹¹ Noteer dat het principiële verbod van erfstellingen over de hand niet langer geldt in Frankrijk, waar zij sinds de erfrechthervorming van 2006 worden toegelaten onder de benaming '*libéralités graduelles*'. Zie art. 1048 CC e.v.

²⁶¹² W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1225; C. DECLERCK, "Over art. 896 B.W. en art. 1003 B.W." (noot onder Cass. 30 mei 2003), *RW* 2003 – 2004, 977; N. AUDENAERT, "De erfstelling over de hand" in X. (ed.), *Notariële actualiteit 2016. Verslagboek van de vormingsdagen van de Studiekring Provinciaal Genootschap der Notarissen van Oost-Vlaanderen*, Brugge, die Keure, 2017, 4 – 5.

Noteer evenwel dat dit principiële verbod door recente rechtsleer steeds meer in vraag wordt gesteld: Over dit verbod, zie: V. SAGAERT, "Het verbod van erfstellingen over de hand voorbijgestreefd?" in F. SWENNEN, R. BARBAIX (eds.) *Over Erven – Liber Amicorum Mieke Puelinckx-Coene*, Mechelen, Kluwer, 2006, 387 – 409; M. COENE, "Wie is nog bang voor de erfstelling over de hand?", *NJW* 2004, 362 – 365.

²⁶¹³ M. COENE, "Wie is nog bang voor de erfstelling over de hand?", *NJW* 2004, 362.

Zie tevens: R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops, 2015, 408; J. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée du Code civil au Conseil d'État*, II, Parijs, 1822, 311 – 312. MALEVILLE maakt in dit verband melding van verschillende soorten substituties:

"La substitution vulgaire, par laquelle, en cas que l'héritier ou légataire ne voulût ou ne put, par son prédécès ou autrement, recueillir l'institution ou legs porté sur sa tête, le testateur nommait une autre personne pour les recueillir;

La substitution pupillaire, par laquelle un père, en instituant son enfant en bas âge, lui substituait un tiers, en cas que l'enfant vînt à mourir avant l'âge où il pouvait disposer lui-même sur de ses biens;

La substitution exemplaire, par laquelle on substituait à son héritier furieux, imbécille, sourd et muet, prodigue, interdit, et par cela même incapable de tester;

Enfin la substitution fidéi-commissaire, par laquelle on chargeait son héritier ou légataire de restituer à d'autres la chose qu'on lui donnait ; ce qui supposait qu'il l'avait recueillie et acceptée, et faisait la principale différence de cette substitution et de la vulgaire."

²⁶¹⁴ A. KLUYSKENS, *De schenkingen en testamenten in Beginselen van burgerlijk recht*, Antwerpen, Standaard, 1947, 389.

(toegelaten) *fideïcommis de residuo* géén plicht op de bezwaarde om enig individueel vermogensbestanddeel te bewaren.

In het Belgische erfrecht worden slechts twee (eigenlijke) uitzonderingen op het verbod van erfstellingen over de hand aanvaard. Ten eerste worden op basis van artikel 1048 BW schenkingen of legaten door ouders aan één of meer van hun kinderen onder last om de goederen uit te keren aan de van deze begiftigden afstammende kinderen die reeds geboren zijn en nog zullen geboren worden, toegelaten. Deze wettelijke permissie strekt zich evenwel niet verder uit dan geboren en ongeboeren afstammelingen van de begiftigde kinderen in de eerste graad. Ten tweede worden op grond van artikel 1049 BW schenkingen of legaten door een kinderloos persoon ten voordele van één of meer van zijn of haar broers of zusters onder last om de goederen uit te keren aan de van de begiftigden afstammende kinderen die reeds geboren zijn of nog moeten geboren worden, toegelaten. Opnieuw strekt de permissie zich slechts uit tot afstammelingen van de begiftigde broers of zusters in de eerste graad.

909. Buiten de twee genoemde toegelaten gevallen, is elke erfstelling over de hand vernietigbaar wegens strijdigheid met de openbare orde. De nietigheidssanctie weegt *in casu* zelfs erg zwaar, daar de nietigheid niet enkel de tweede (verboden) beschikking raakt, maar ook de eerste beschikking.²⁶¹⁵ Hierbij rijst de vraag of een buitenlandse *trust* desgevallend kan worden beschouwd als een (niet-toegelaten) erfstelling over de hand. Indien dit het geval zou zijn, zou de erkenning van de buitenlandse *trust* zelf in het gedrang kunnen komen, wanneer deze wordt aangewend in een erfrechtelijke context waarop het Belgische erfrecht van toepassing is. De *trust* zou dan moeten worden aanschouwd als zijnde vernietigbaar, zodat er geen rekening hoeft te worden gehouden met het afzonderlijke bestaan van deze rechtsverhouding, van zodra het Belgische erfrecht van toepassing is. De vraag die hier aan de orde is, betreft dus niet louter de erkenning van de gevolgen van de buitenlandse *trust*, maar raakt aan de mogelijkheid tot erkenning van deze rechtsfiguur als zodanig, voor zover het Belgische erfrecht de toepasselijke *lex successionis* is.

910. Teneinde te kunnen vaststellen of de erkenning van de buitenlandse *trust* moet of kan worden beschouwd als een verboden erfstelling over de hand, dient eerst te worden uiteengezet wat een erfstelling over de hand is. Volgens de rechtsleer²⁶¹⁶ beantwoordt een erfstelling over de hand aan drie constitutieve

²⁶¹⁵ Art. 986, tweede lid BW; C. DECLERCK, "Over art. 896 B.W. en art. 1003 B.W." (noot onder Cass. 30 mei 2003), *RW* 2003 – 2004, 977; N. AUDENAERT, "De erfstelling over de hand" in X. (ed.), *Notariële actualiteit 2016. Verslagboek van de vormingsdagen van de Studiekring Provinciaal Genootschap der Notarissen van Oost-Vlaanderen*, Brugge, die Keure, 2017, 4 – 5.

Voor een toepassing, zie: Cass. 30 mei 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1291, *RW* 2003 – 2004, 974; Antwerpen 27 juni 2000, *RW* 2001 – 2002, 96. Zie ook: M. COENE, "Wie is nog bang voor de erfstelling over de hand?", *NJW* 2004, 364.

²⁶¹⁶ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1223; C. DECLERCK, "Over art. 896 B.W. en art. 1003 B.W."

voorwaarden. Een erfstelling over de hand of een substitutie is een dubbele en opeenvolgende beschikking waarbij goederen worden toebedeeld aan een eerste begunstigde op wie een verplichting rust om de goederen te bewaren, zodat ze bij diens overlijden toekomen aan een tweede begunstigde. Er dient aldus sprake te zijn van een eerste beschikking waarop vervolgens een tweede, successieve beschikking vanwege de oorspronkelijke beschikker volgt. Op de eerste begunstigde rust dan een plicht tot bewaring van de goederen, alsook een verplichting om deze goederen over te dragen aan een tweede begunstigde die door de oorspronkelijke beschikker wordt aangewezen. De eerste begunstigde behoudt daarmee niet de volledige vrijheid om naar eigen inzicht te beschikken over de goederen waarop de erfstelling over de hand betrekking heeft. Tot slot kan slechts sprake zijn van een erfstelling over de hand wanneer de tweede beschikking uitwerking dient te krijgen op het ogenblik van overlijden van de eerste begunstigde.

911. In de Belgische rechtspraak werd de stelling dat een *trust* dient te worden beschouwd als een verboden erfrechtelijke substitutie meermaals verworpen.²⁶¹⁷ Ook in de Franse rechtspraak kunnen verschillende rechterlijke uitspraken worden aangetroffen waarin het standpunt dat een trustverhouding een verboden erfstelling over de hand zou uitmaken naar het oude Franse recht, werd verworpen.²⁶¹⁸ Reeds aan het einde van de 19^e eeuw en aan het begin van de 20^e eeuw verwierpen Franse rechtscolleges het standpunt dat een *testamentary trust*²⁶¹⁹ of een *inter vivos trust*²⁶²⁰ een verboden substitutie zouden uitmaken. In beide genoemde gevallen gold evenwel het Engelse erfrecht als *lex successiois*. Toch kunnen er ook nog andere gevallen worden aangetroffen, waaronder gevallen waar het Franse recht de toepasselijke *lex successiois* was, waar de Franse rechtscolleges eveneens tot het besluit kwamen dat de voorliggende trustverhouding niet kon worden beschouwd als een verboden erfrechtelijke substitutie.²⁶²¹ Slechts in een zeldzaam geval oordeelde een Frans rechtscollege in

(noot onder Cass. 30 mei 2003), *RW* 2003 – 2004, 977; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Droit Civil. Les Successions. Les libéralités.*, Parijs, Dalloz, 1997, 455 – 456.

²⁶¹⁷ Rb. Brussel 27 november 1947, *Rev.prat.not.b.* 1948, 158, *Pas.* 1948, III, 51; Rb. Antwerpen 4 maart 1971, *Rec.gén.enr.not.* 1971, 251.

²⁶¹⁸ Voor wat betreft het Franse erfrecht, in het bijzonder sedert de hervormingen van 2006, zie: P. MALAURIE, C. BRENNER, *Les successions – Les libéralités*, Parijs, LGDJ, 2014, 367 – 377.

²⁶¹⁹ Parijs 7 augustus 1883, *Clunet* 1884, 192.

²⁶²⁰ Trib. Civ. Seine 16 mei 1906, *Rev.Crit. DIP* 1907, 239.

²⁶²¹ Trib. Civ. Seine 5 maart 1897, *Clunet* 1911, 594; Trib. Civ. Seine 19 december 1916, *Clunet* 1917, 1069; Trib. Civ. Nice 3 mei 1905, *Clunet* 1911, 278; Trib. Civ. Pau 3 juli 1956, *Gaz. Pal.* 1956, II, 338; Trib. Civ. Rouen 19 december 1927, *Rev. Crit. DIP* 1928, 511.

de andere zin.²⁶²² Ook in de Belgische²⁶²³ en (oude) Franse²⁶²⁴ rechtsleer wordt het standpunt dat de *trust* een verboden erfrechtelijke substitutie zou uitmaken, van oudsher stellig verworpen. Ook in de (oude) Nederlandse rechtsleer wordt overwegend aangenomen dat een *trust* geen verboden fideicommissaire substitutie vormt.²⁶²⁵

912. Het standpunt dat een *trust* geen verboden erfrechtelijke substitutie kan inhouden, verdient navolging. Daarvoor kunnen verschillende redenen worden aangehaald.

Ten eerste houdt een *trust*, ongeacht of het een *inter vivos trust* of een *testamentary trust* betreft, géén dubbele begunstiging in vanwege de *settlor*. Indien een *trust* werkelijk zou gelijken op een erfstelling over de hand zou de *trustee* de eerste begunstigde moeten zijn. Nogmaals kan worden vastgesteld dat zulks in de regel niet het geval zal zijn, aangezien de *trustee* in die hoedanigheid niet wordt begunstigd door de *settlor*. De *trustee* mag de onder trustverband gebrachte goederen niet ten eigen gunste aanwenden. Het is in uitzonderlijke gevallen wel mogelijk dat de *trustee* tevens wordt aangeduid als *beneficiary*. Maar zelfs in dergelijke gevallen zal er geen erfstelling over de hand voorhanden zijn. Immers, op de goederen die de *trustee* zou verkrijgen in de hoedanigheid van *beneficiary* rust dan geen bewaringsplicht meer. Voor wat betreft die goederen is de *trustee* tegelijk de uiteindelijke *beneficiary*. Tegelijk zal de *trustee* nooit enig genot hebben gehad van de goederen die uiteindelijk bestemd zijn voor andere *beneficiaries*. Hetzelfde bezwaar leidt ertoe dat een *trust* waarbij verschillende categorieën *beneficiaries* met een *successive interest* voorhanden zijn, evenmin kan worden gekwalificeerd als een verboden substitutie. Neem het geval waar een *trustee* de trustgoederen aanhoudt ten behoeve van een *income beneficiary* gedurende diens leven, terwijl een andere *beneficiary* beschikt over een *successive capital interest*. In beginsel zal de tweede *beneficiary* het trustkapitaal ontvangen ná het overlijden van de eerste *beneficiary*, die slechts gerechtigd was op de vruchten die het onder trustverband gebrachte kapitaal voortbracht. Nog afgezien van het gegeven dat een dergelijke *trust* niet noodzakelijkerwijs impliceert dat de *trustee* het de individuele trustgoederen *in natura* dient te bewaren, rust de

²⁶²² Trib. Civ. Seine 9 maart 1895, *Clunet* 1895, 628.

²⁶²³ M.F. DE POVER, *Trust – Fiducie, Administratiekantoor, Fondation du Liechtenstein*, Brussel, Larcier, 2001, 60; J.L. JEGHERS, "La difficile intégration du trust anglo-saxon en droit civil belge", *Rev.not.b.* 1991, 320, 327; J.L. JEGHERS, "Du trust à la fiducie" in M. VERWILGHEN, R. DE VALKENEEER, *Relations familiales internationales*, Brussel, Bruylant, 1993, 446; R. PRIOUX, "L'admissibilité en Belgique de l'administratiekantoor, de la fiducie et du trust portant sur actions d'une société de droit belge", *JT* 1996, 459.

²⁶²⁴ S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 184; M. GORÉ, *L'administration des successions en droit international privé français*, Parijs, Economica, 1994, 71. Voor een Zwitsers perspectief op het (oude) Franse recht, zie: J. PERRIN, "Le trust à l'épreuve du droit successoral", Genève, Droz, 2006, 265 – 267.

²⁶²⁵ M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 239; H.A. DRIELSMAN, "Anglo-Amerikaans trustrecht en Nederlands successierecht", *WPNR* 1972, 171.

hypothetische bewaarplicht enkel op de *trustee* en niet op de begunstigen, i.e. de *beneficiaries*.²⁶²⁶

Ten tweede zal de *trustee* in de meeste gevallen wel bevoegd zijn om te beschikken over de onder trustverband gebrachte goederen, op grond van diens beheers- en investeringsbevoegdheid. Zoals hoger (*supra*, randnr. 252) reeds ter sprake kwam, hebben *trustees* naar Engels recht bij wijze van algemene regel een dergelijke bevoegdheid.²⁶²⁷ De *settlor* kan inderdaad stipuleren dat de *trustee* de onder trustverband gebrachte goederen niet mag vervreemden, maar zulks vormt vandaag een afwijking van de algemene regel. In dergelijke gevallen zou o.i. overigens evenmin een erfstelling over de hand aanwezig zijn, daar de *trustee* zelf geen 'begunstigde' is. Het risico op een 'dode hand' van de individuele onder trustverband gebrachte activabestanddelen is aldus minimaal tot quasi-onbestaande. Het 'fondskarakter' dat vele trustverhoudingen kenmerkt, impliceert dat vooral de waarde van het fonds als geheel in stand moet worden gehouden. In beginsel impliceert dit gegeven dat de individuele activabestanddelen net niet zouden mogen worden bewaard, indien zich het risico manifesteert dat de waarde daarvan zou dalen.

Ten derde verkrijgen de *beneficiaries* de onder trustverband gebrachte goederen nooit rechtstreeks vanwege de *settlor*, in die zin dat de overdracht een dubbele beschikking vanwege de *settlor* zelf zou inhouden. Tussen *settlor* en *beneficiaries* komt bij wijze van algemene stelregel nooit een rechtsverhouding tot stand. De *beneficiaries* verkrijgen een voordeel vanuit de *trust* slechts op grond van hun *equitable interest* en verkrijgen die goederen van de *trustee*.

Ten vierde hebben slechts weinig *trusts* uitwerking op het ogenblik van overlijden van de *trustee*. Zelfs indien er een bewaarplicht zou rusten op de *trustee*, zal het in de regel niet zo zijn dat de onder trustverband gebrachte goederen pas (integraal) zullen worden uitgekeerd aan de *beneficiaries* op het ogenblik van overlijden van de *trustee*.

Ten vijfde kan aan de *trustee* de bevoegdheid worden verleend om de onder trustverband gebrachte goederen en de vruchten die zij voortbrengen naar eigen inzicht te verdelen onder de *beneficiaries*. In bepaalde gevallen kan de *trustee* zelfs *beneficiaries* uitsluiten of toevoegen. In dergelijke gevallen kan bezwaarlijk worden

²⁶²⁶ *Contra*: M. QUAGHEBEUR, "Belgium. Trusts.", IBFD, 2015, nr. 1.3.3. (c).

²⁶²⁷ Een dergelijke bevoegdheid kan evenwel afwezig zijn in het geval van een *bare trust*. In het geval van een dergelijke *trust* is de *beneficiary* op absolute wijze gerechtigd om de onder trustverband gestelde goederen te ontvangen. Hoewel er (juridisch-technisch) opnieuw geen sprake is van een dubbele begunstiging, leunt een dergelijke *trust* wel dicht aan bij wat continentaalrechtelijke rechtsstelsels (h)erkennen als een principieel verboden substitutie, *a fortiori* wanneer er een absolute bewaarplicht zou bestaan in hoofde van de *trustee*. Het valt daarom niet uit te sluiten dat een dergelijke trustvorm toch zou kunnen worden beschouwd als (aanleunende bij) een verboden substitutie. Hoe dan ook dient bij het beoordelen van de bestaanbaarheid van eender welke concrete trustvorm met de dwingende bepalingen van het Belgische erfrecht, steeds bijzondere aandacht uit te gaan naar de werkelijke juridische aard van de voorliggende trustverhouding.

gesteld dat de *beneficiaries* op zekere en vaststaande wijze door de *settlor* zelf zijn aangeduid.

913. Gelet op het voorgaande kan aldus worden besloten dat een *trust* niet kan worden beschouwd als een verboden erfstelling over de hand, wanneer zij wordt beschouwd vanuit het perspectief van het Belgische erfrecht. De *trust* kan om dezelfde reden niet worden aangemerkt als zijnde vernietigbaar wegens strijdigheid met dit principiële verbod. Er is en hoeft dan ook geen beperking aan de (gevolgen van de) erkenning van de buitenlandse *trust* voorhanden te zijn.

(d) *Het principiële verbod van bedingen betreffende een niet opengevallen nalatenschap*

914. Het Belgische erfrecht omvat een principiële verbod om de devolutie te regelen bij wijze van overeenkomst.²⁶²⁸ Ook dit verbod is in het Belgische recht terug te voeren op de Napoleontische codificatie, waar dit verbod van oudsher in maar liefst vier wetsartikelen werd bevestigd: artikel 791 BW, artikel 1130, tweede lid BW, artikel 1288, eerste lid BW en artikel 1600 BW. Later werd het verbod voor een vijfde keer bevestigd door de invoering van artikel 1478, vierde lid BW. Het verbod werd vooral ingegeven door een afkeer voor aangegane verbintenissen die het vrije en herroepelijke testeerrecht aan banden legden en de vrees door speculatie op iemands overlijden.²⁶²⁹ Het verbod van bedingen betreffende een niet opengevallen nalatenschap werd traditioneel geacht van openbare orde te zijn.²⁶³⁰ Echter, sinds een arrest van het Hof van Cassatie van 31 oktober 2008 bestaat hierover discussie binnen de rechtsleer.²⁶³¹ Het openbare orde-karakter van dit verbod staat aldus onder druk, niet in het minst omwille van het gegeven dat de

²⁶²⁸ Zie algemeen: J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Antwerpen, Kluwer, 2006, 1040p.

²⁶²⁹ M. PUELINCKX-COENE, *Deel VI 'Erfrecht: Deel I. Openvallen en toewijzing van de nalatenschap, erfovereenkomsten, reserve en inbreng' in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 432.

²⁶³⁰ Cass. 28 november 1946, *Pas* 1946, I, 449; Brussel 31 oktober 1967, *JT* 1967, 697; Rb. Brussel 12 november 1990, *TBBR* 1991, 398; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 964; E. TURPYN, "Het finaal verrekenbeding: een verboden erfovereenkomst?", *T.Not.* 2010, 64.; P. DELNOY, P. MOREAU, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil*, Brussel, Larcier, 2016, 212.

²⁶³¹ Cass. 31 oktober 2008, *RTDF* 2009, afl. 2, 587; H. CASIER, N. GEELHAND DE MERXEM, I. SCHUERMANS, B. VERDICKT, "De erfovereenkomst is niet langer strijdig met de openbare orde. Een mijlpaalarrest inzake successieplanning", *TEP* 2010, 126 – 145; R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 607 – 608.

Kritisch: W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 965 – 966.

Zie tevens: Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2016 – 2017, nr. 54-2282/001, 23.

wetgever regelmatig is tussengekomen en uitzonderingen op het principiële verbod heeft geïntroduceerd.²⁶³²

Eén en ander heeft ertoe geleid dat ook het principiële verbod op bedingen betreffende niet opengevallen nalatenschappen in toenemende mate in vraag wordt gesteld. Zo werd al wel eens verwezen naar dit verbod onder de noemer van 'levend fossiel'.²⁶³³ In de rechtsleer wordt tevens geopperd dat het verbod op beperkende wijze dient te worden geïnterpreteerd, daar het uitzondering vormt op het bepaalde in artikel 1130, eerste lid BW.²⁶³⁴ Naar aanleiding van de Franse erfrecht hervorming in 2006 werd dan ook een belangrijke uitzondering op dit principiële verbod geïntroduceerd. Naar Frans recht is het vandaag bijvoorbeeld mogelijk om reeds vóór het opengevallen van de nalatenschap afstand te doen van een vordering tot inkorting.²⁶³⁵

De tendens om het principiële verbod op bedingen betreffende niet opengevallen nalatenschappen af te zwakken, wordt bevestigd in het hoger (*supra*, randnr. 889) aangehaalde wetsvoorstel, dat beoogt dit principiële verbod verder te versoepelen.²⁶³⁶ Het wetsvoorstel beoogt enerzijds om het afsluiten van bepaalde punctuele erfovereenkomsten wettelijk mogelijk te maken en anderzijds om de mogelijkheid te bieden aan de erflater om, wanneer is voldaan aan een aantal voorwaarden, een globale erfovereenkomst te sluiten met het geheel van de

²⁶³² Zie bijvoorbeeld de wet van 22 april 2003 tot wijziging van enkele bepalingen van het Burgerlijk Wetboek in verband met het erfrecht van de langstlevende echtgenoot, *BS* 22 mei 2005, 28223. In de rechtsleer werd reeds opgemerkt dat de introductie van wettelijke uitzonderingen het openbare orde-karakter van het verbod verder onder druk zet. Zie: A-L. VERBEKE, R. BARBAIX, *Beginselen erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 155 – 156.

Een ander voorbeeld is de (toegelaten) contractuele erfstelling.

Zie voor een beknopt overzicht tevens: Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2016 – 2017, nr. 54-2282/001, 22.

In laatstgenoemd wetsvoorstel valt echter in duidelijke bewoordingen te lezen dat, zelfs na een eventuele wetswijziging, het openbare orde-karakter van het verbod moet blijven gehandhaafd. Aldus gaat de wetgever er zelf nog steeds van uit dat het verbod op bedingen betreffende een niet-opengevallen nalatenschap van openbare orde is, zodat overtredingen kunnen (blijven) worden gesanctioneerd met de absolute nietigheidssanctie.

Zie: Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2016 – 2017, nr. 54-2282/001, 126.

²⁶³³ J. VERSTRAETE, "Levende fossielen in ons familiaal vermogensrecht" in A. MICHIELSENS, E. ALOFS, K. BYTTEBIER, A-L. VERBEKE (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 522.

²⁶³⁴ Artikel 1130, eerste lid BW luidt als volgt: "toekomstige zaken kunnen het voorwerp van een verbintenis uitmaken". Zie: P. DELNOY, P. MOREAU, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil*, Brussel, Larcier, 2016, 212.

²⁶³⁵ Zie art. 929 CC ('*rénonciation anticipée à l'action en réduction*'); M. GRIMALDI (ed.), *Droit patrimonial de la famille*, Parijs, Dalloz, 2014, 419.

Zie ook: P. MALAURIE, C. BRENNER, *Les successions – Les libéralités*, Parijs, LGDJ, 2014, 377.

²⁶³⁶ Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2016 – 2017, nr. 54-2282/001, 21 – 25.

vermoedelijke erfgenamen in rechte nederdalende lijn.²⁶³⁷ Zo zullen de (vermoedelijke) reservataire erfgenamen voorafgaandelijk kunnen verzaken aan de vordering tot inkorting ten aanzien van welbepaalde schenkingen gedaan door de erflater.

915. Niettegenstaande het gegeven dat de wetgever het principiële verbod van bedingen betreffende niet-opengevallen nalatenschappen meermaals bevestigt in het Burgerlijk Wetboek, wordt in dit wetboek nergens een definitie of omschrijving van het begrip 'beding betreffende een niet opengevallen nalatenschap' naar voren geschoven. In de loop van de vorige eeuw werd door de rechtsleer, op grond van een arrest van het Hof van Cassatie van 10 november 1960, een definitie voorgesteld.²⁶³⁸ Het betreft "elk beding dat tot voorwerp heeft louter eventuele rechten in een niet opengevallen nalatenschap, of een bestanddeel ervan, toe te kennen, te wijzigen of af te staan." Uit deze definitie volgt dat een mogelijk beding betreffende een niet opengevallen nalatenschap pas als dusdanig kan worden gekwalificeerd indien wordt voldaan aan zes constitutieve voorwaarden.²⁶³⁹ Er dient sprake te zijn van een 'beding' (1) dat een verbintenis bevat (2) waarbij wordt afgeweken van de wettelijke regeling (3) en waarbij rechten worden verleend in een nalatenschap of een bestanddeel daarvan (4), hoewel die nalatenschap nog niet is opgevallen (5) en waarbij louter eventuele rechten worden toegekend of toegestaan (6). Over wijze waarop bepaalde van de genoemde constitutieve bestanddelen dienen te worden geïnterpreteerd, bestaat evenwel discussie. Het is niet het oogmerk van voorliggend onderzoek om nader in te gaan op deze debatten. Centraal staat slechts de vraag of (de rechtshandeling die ten grondslag ligt aan) een *trust* kan worden beschouwd als een dergelijk verboden beding.

916. Op het vlak van het IPR kan worden opgemerkt dat het principiële verbod van bedingen betreffende niet opengevallen nalatenschappen deel uitmaakt van de toepasselijke *lex successionis*.²⁶⁴⁰ Indien het Belgische erfrecht de toepasselijke *lex successionis* vormt, kan aldus de vraag rijzen of een mogelijke trustverhouding zou kunnen worden gekwalificeerd als een dergelijk 'verboden beding', wat ertoe zou

²⁶³⁷ *Ibid*, 24 – 25, 133 e.v. Essentieel daarbij is dat de erfovereenkomst moet bestaan in het vaststellen van een (subjectief) evenwicht tussen de vermoedelijke erfgenamen in nederdalende lijn, rekening houdende met de schenkingen gedaan vóór de overeenkomst, met de schenkingen die in de overeenkomst vervat liggen en, in voorkomend geval, met de situatie van de afzonderlijke (vermoedelijke) erfgenamen.

²⁶³⁸ Cass. 10 november 1960, *Pas*. 1961, I, 259; R. DILLEMANS, J. VERSTRAETE, "Overzicht van rechtspraak. Erfenissen (1961 – 1967)", *TPR* 1968, 375.

Zie bv. ook: Cass. 21 oktober 2016, nr. C.15.0457.N.

²⁶³⁹ R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 601; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 968 – 972; H. CASIER, N. GEELHAND DE MERXEM, I. SCHUERMANS, B. VERDICKT, "De erfovereenkomst is niet langer strijdig met de openbare orde. Een mijlpaalarrest inzake successieplanning", *TEP* 2010, 127; M. PUELINCKX-COENE, *Deel VI 'Erfrecht: Deel I. Openvallen en toewijzing van de nalatenschap, erfovereenkomsten, reserve en inbreng' in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 435 e.v.

²⁶⁴⁰ E. GOOSSENS, "De materieelrechtelijke implicaties van de Europese Erfrechtverordening", *TEP* 2015, 292.

leiden dat de *trust* vanuit het perspectief van het Belgische erfrecht vernietigbaar zou zijn. Tevens rijst de vraag of een beroep zou kunnen worden gedaan op de openbare orde-exceptie die vervat ligt in artikel 21 WIPR/artikel 35 Erfrechtverordening. Bepaalde auteurs menen alleszins dat dit het geval zou kunnen zijn.²⁶⁴¹ O.i. kunnen hier opnieuw ernstige vraagtekens bij worden geplaatst. Gelet op het gegeven dat het internrechtelijke openbare orde-karakter van het verbod reeds ernstig wordt gecontesteerd, lijkt het standpunt dat het verbod van internationale openbare zou zijn, o.i. contesteerbaar (zie echter ook *supra*, vn. 2632).

917. Wanneer het eerste van de genoemde constitutieve bestanddelen nader wordt beschouwd, valt meteen op dat er strikt genomen geen sprake hoeft te zijn van een 'overeenkomst' betreffende een toekomstige nalatenschap. Een 'beding' dat een verbintenis bevat met betrekking tot een toekomstige nalatenschap, volstaat. Dit impliceert dat ook een eenzijdige rechtshandeling door het verbod kan worden getroffen. Een klassiek voorbeeld is de (eenzijdige) verwerping van een toekomstige nalatenschap (artt. 791 en 1130, tweede lid BW). Ook een testamentaire clause die als last aan een erfgenaam oplegt om de toekomstige nalatenschap van een ander persoon te verwerpen, kan door het verbod worden getroffen.²⁶⁴² Ten tweede dient er sprake te zijn van een 'verbintenis'. Het moet dus gaan om een juridisch verbindend engagement ten aanzien van een nog niet opgevallen nalatenschap.²⁶⁴³ Een loutere belofte is geen juridische verbintenis.²⁶⁴⁴ Ook de voorwaarden dat de overeenkomst een afwijking dient in te houden ten aanzien van de wettelijke erfregeling en dat het beding een toekomstige nalatenschap, i.e. nog niet opgevallen nalatenschap moet betreffen spreken voor zich. Betwist zijn vooral de laatste twee voorwaarden, namelijk dat het beding rechten 'in een nalatenschap' moet betreffen en het beding betrekking moet hebben op het toekennen, wijzigen of het afstand doen van louter eventuele rechten. Het is vooral dit laatste constitutief element dat een sleutelbegrip vormt, al vormt het inhoudelijk ook meteen het meest vage element van de zes.²⁶⁴⁵

918. In de Franse rechtspraak wordt de stelling dat een *trust* een verboden beding betreffende een niet opgevallen nalatenschap zou zijn, verworpen.²⁶⁴⁶ De Franse rechtsleer stelt zich ter zake genuanceerd op.²⁶⁴⁷ Er wordt door de rechtsleer

²⁶⁴¹ F. BOUCKAERT, *Notarieel internationaal privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 109; V. DE BACKER, H. JACOBS, "Het erfrecht in het wetboek internationaal privaatrecht", *NFM* 2006, 57.

²⁶⁴² Brussel 22 oktober 1967, *Pas.* 1970, II, 12.

²⁶⁴³ R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 602.

²⁶⁴⁴ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 968.

²⁶⁴⁵ *Ibid.*, 970; R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 605.

²⁶⁴⁶ Trib. Civ. Seine 16 mei 1906, *Rev.Crit. DIP* 1907, 239.

²⁶⁴⁷ S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 184 – 185; M. GORÉ, *L'administration des successions en droit international privé français*, Parijs, Economica, 1994, 70 – 71; M. GORÉ, "Le trust en droit international privé" in J. HERBOTS, D. PHILIPPE, *De trust en de fiduciaire overeenkomst. Praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, 91 – 92; G.A.L. DROZ, M. REVILLARD,

in kwestie een onderscheid gemaakt tussen verschillende soorten trustverhoudingen. Voor wat betreft *testamentary trusts* en *revocable trusts* lijkt er op het eerste gezicht geen probleem te zijn. In het eerste geval vindt de *trust* haar oorsprong in een testamentaire beschikking vanwege een testator. In die hypothese kan er aldus geen beding over een toekomstige nalatenschap voorliggen, aangezien de *trust* pas kan worden 'gelanceerd' van zodra de nalatenschap is overgegaan. In het geval van een *revocable trust* staat het de *settlor* steeds vrij om de gelanceerde trustverhouding te herroepen. De *settlor* is dan per definitie er niet toe gehouden om de trustverhouding in stand te houden tot na diens overlijden. Normaliter kunnen noch de *trustee*, noch de *beneficiaries* zich uit hoofde van het loutere bestaan van de trustverhouding beroepen op enige onherroepelijke 'verbintenis' die door de *settlor* zou zijn aangegaan.²⁶⁴⁸ Bepaalde rechtsleer lijkt het evenwel moeilijker te hebben met onherroepbare *trusts* waarbij de *settlor* zelf geldt als *income en/of capital beneficiary* tot op het ogenblik van diens overlijden. Zo stelt GORÉ dat een dergelijke *trust* als een verboden beding betreffende een niet overgegaan nalatenschap kan worden beschouwd.²⁶⁴⁹ GODECHOT twijfelt aan de voorgaande stelling, maar stelt anderzijds wel dat "*les trusts entre vifs irrévocables emportant dessaisissement du constituant à son décès [...] répondent aux conditions de la prohibition.*"²⁶⁵⁰ In nog andere rechtsleer wordt het standpunt dat een trustverhouding zou kunnen beantwoorden aan een beding betreffende een niet overgegaan nalatenschap verworpen.²⁶⁵¹ In de (schaarse) Belgische rechtsleer die dit probleem aankaart, wordt dan weer gesteld dat de *trust* géén beding betreffende een toekomstige nalatenschap vormt.²⁶⁵²

919. De laatstgenoemde opvatting dient te worden onderschreven. De trustverhouding zelf kan o.i. niet worden beschouwd als een 'beding' betreffende een toekomstige nalatenschap. Ofschoon een *trust* kan worden aangewend in de context van een erfrechtelijke planning, is een *trust* immers op zichzelf genomen geen erfrechtelijke rechtsfiguur (*supra*, randnr. 689). Dit impliceert in de eerste plaats dat de *beneficiaries* van een *trust* slechts een voordeel verkrijgen omdat zij *beneficiary* zijn, en niet omwille van enige (vermeende) erfrechtelijke roeping. Het gegeven dat hun mogelijke (bevoordeling) ingevolge het trustverband (mede) afhankelijk wordt gemaakt van het vooroverlijden van de *settlor* doet daar o.i. niets

Successions, Jurisclasseur droit international, V° Libéralités, Donations, Trusts, Fasc. 557-30 B, 2015, nr. 112.

²⁶⁴⁸ Eensluidend: S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 184 - 185.

²⁶⁴⁹ M. GORÉ, *L'administration des successions en droit international privé français*, Parijs, Economica, 1994, 71; M. GORÉ, "Le trust en droit international privé" in J. HERBOTS, D. PHILIPPE, *De trust en de fiduciaire overeenkomst. Praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, 91 - 92.

²⁶⁵⁰ S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 185.

²⁶⁵¹ J.P. DOM, "Le trust en droit privé français - Aspects de droit civil", *Revue de droit bancaire et de la bourse* 1996, 142.

²⁶⁵² R. PRIoux, "L'admissibilité en Belgique de l'administratiekantoor, de la fiducie et du trust portant sur actions d'une société de droit belge", *JT* 1996, 459; M.F. DE POVER, *Trust - Fiducie, Administratiekantoor, Fondation du Liechtenstein*, Brussel, Larcier, 2001, 60.

aan af. Bovendien noopt een goed begrip van het functioneren van een trustverhouding tot de conclusie dat de *settlor* gedurende zijn leven ook reeds 'verarmd' was, zelfs indien de *settlor* zichzelf heeft aangeduid als *beneficiary* gedurende zijn leven. Zulks is *a fortiori* het geval wanneer het een *irrevocable trust* betreft. Een dergelijke trustverhouding kan op zichzelf genomen niet worden beschouwd als een verbintenis die de nalatenschap van de *settlor* aangaat. Indien de *settlor* zichzelf niet louter heeft aangeduid als *beneficiary*, maar in feite de eigenlijke controle en het beschikkingsrecht over de onder trustverband gebrachte vermogensbestanddelen behoudt, kan er mogelijks zelfs sprake zijn van een *sham trust* (zie *supra*, randnr. 237). In die gevallen biedt het van toepassing zijnde trustrecht dus zelf een remedie.

Ook hebben de eigenlijke verarming en overdracht van goederen reeds plaatsvonden gedurende het leven van de *settlor*. Het valt o.i. dan ook moeilijk in te zien hoe de rechtshandeling waarmee de trustverhouding in het leven wordt geroepen per definitie zou moeten worden beschouwd als een 'beding' of 'overeenkomst' betreffende een niet opengevallen nalatenschap. Als zodanig worden dan ook geen rechten verleend in of met betrekking tot de nalatenschap van de *settlor*. Een trustverhouding, zelfs indien de *settlor* gedurende zijn leven de enige *beneficiary* was, leidt reeds een afzonderlijk juridisch bestaan vanaf haar creatie.

Bovendien zullen de *beneficiaries* normaliter niet beschikken over 'louter eventuele rechten'. De aard van de rechten waarover de *beneficiaries* op grond van hun *equitable interest* beschikken, dient in de eerste plaats te worden vastgesteld aan de hand van het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht. Essentieel aan het 'louter eventueel' karakter van de wijze van een beding betreffende een toekomstige nalatenschap verstrekte rechten is dat het onzeker is of deze rechten ooit zullen bestaan.²⁶⁵³ De bedinger behoudt normaal immers het recht om te beschikken over zijn goederen, zodat het onzeker is uit welke goederen diens nalatenschap ooit zal bestaan. Eén en ander wordt pas gefixeerd op het ogenblik van overlijden.²⁶⁵⁴ Dit is bij een trustverhouding principieel niet het geval. De *beneficiaries* ontlenen hun rechten op grond van een reeds bestaande rechtsverhouding, ook in het geval zij slechts enig voordeel zullen ontvangen na het overlijden van de *settlor*. Het loutere gegeven dat de *beneficiaries* niet zeker (kunnen) zijn óf en desgevallend welk trustgoed zij zullen ontvangen, kan evenmin leiden tot een kwalificatie als beding betreffende een toekomstige nalatenschap. Het 'fondskarakter' dat veel *trusts* kenmerkt, maakt net dat het in heel wat gevallen onduidelijk is welke goederen een *beneficiary* kan of zal ontvangen. Dit 'potestatief element' moet dan niet worden gezocht in het gegeven dat de samenstelling van de toekomstige nalatenschap onzeker is, maar in de veranderlijke samenstelling van het trustfonds. Indien het Engelse trustrecht van toepassing is, kunnen de

²⁶⁵³ W. Pintens, C. Declerck, J. Du Mongh, K. Vanwinckelen, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 970.

²⁶⁵⁴ Zie bv. R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 605.

gezamenlijke *beneficiaries* bovendien op eigen initiatief de trustverhouding beëindigen op grond van de regel uit *Saunders v. Vautier* (zie *supra*, randnr. 232).

920. Bij het voorgaande dient o.i. wel één belangrijk voorbehoud te worden gemaakt. Aangezien meer dan één soort of categorie van rechtshandeling in aanmerking komt om de trustverhouding te 'lanceren', dient te worden vermeden dat deze rechtshandeling zelf wordt beschouwd als een beding of een overeenkomst betreffende een niet opengevallen nalatenschap. Zoals gezegd, leidt het loutere gegeven dat de rechtshandeling zelf de 'lanceerbasis' vormt voor een trustverhouding er niet per definitie toe dat deze rechtshandeling als zodanig zou moeten worden gekwalificeerd. Echter, een dergelijke kwalificatie kan ook niet *a priori* in ieder geval worden uitgesloten. Indien de *settlor* zich er bijvoorbeeld toe zou verbinden om bepaalde goederen uit zijn nalatenschap onder te brengen in een *trust*, voor op het ogenblik dat deze nalatenschap openvalt, kan er sprake zijn van een verboden erfovereenkomst. Nochtans beantwoordt noch de *inter vivos trust*, noch de *testamentary trust* op zichzelf principieel aan een dergelijk schema. Een *inter vivos trust* wordt immers in het leven geroepen gedurende het leven van de *settlor* en dus per definitie niet met goederen uit diens nalatenschap. Een *testamentary trust* ontstaat dan weer op grond van een testamentaire beschikking, die per definitie herroepbaar is gedurende het leven van de *settlor*. Er is o.i. dan ook geen beperking van de (gevolgen van de) erkenning van de buitenlandse *trust* voorhanden. Zelfs in het zeer uitzonderlijke geval dat de 'lanceerbasis' van de *trust* zelf een verboden erfovereenkomst zou zijn, is er nog steeds geen sprake van een beperking aan de erkenning van de *trust* zelf, aangezien het probleem net gelegen is bij de 'lanceerbasis' zelf, en als zodanig niets te maken heeft met de trustverhouding die zij lanceert.

(e) De erfrechtelijke reserve

Algemeen

921. De erfrechtelijke reserve is het voorbehouden (breuk)deel van de (fictief wedersamengestelde) nalatenschap, waarover een erflater niet naar eigen inzicht en eigen goeddunken ten kosteloze titel kan beschikken ten nadele van de reservataire erfgenamen.²⁶⁵⁵ De gedachte die aan de reserve ten grondslag ligt, strekt ertoe de bestaanszekerheid, welvaart en sociale status van bepaalde erfgenamen te verzekeren. Deze gedachte vindt zelf haar grondslag in de

²⁶⁵⁵ R. BARBAIX, *Handboek Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 624; H. CASMAN, R. DEKKERS, A-L. VERBEKE, E. ALOFS, *Erfrecht en giften*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 243; A-L. VERBEKE, R. BARBAIX, *Beginnselen Erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 171; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 976.

(bloed)band tussen de beschermde erfgenaam en de erflater.²⁶⁵⁶ De reservataire erfgenamen beschikken dan ook over een zakelijke vordering *in natura* op de erfgoederen.²⁶⁵⁷ De reserve bestaat principieel immers uit de volle eigendom van de goederen van de nalatenschap *in natura*.²⁶⁵⁸ Het gaat met andere woorden om een '*pars hereditatis*', een werkelijk deel van de nalatenschap.²⁶⁵⁹ De erfrechtelijke reserve wordt evenwel slechts beschermd tegen beschikkingen ten kosteloze titel, en meer bepaald tegen schenkingen (met inbegrip van handgiften, onrechtstreekse en vermomde schenkingen), testamentaire beschikkingen en contractuele erfstellingen.²⁶⁶⁰ Andere auteurs stellen in dit verband meer algemeen dat de erfrechtelijke reserve beschermt tegen 'giften' vanwege de erflater, maar kwalificeren dit begrip naderhand als beschikkingen ten kosteloze titel onder de levenden (i.e. schenkingsvormen) en beschikkingen ten kosteloze titel ter zake des doods (i.e. legaten en contractuele erfstellingen).²⁶⁶¹ De erfrechtelijke reserve biedt aldus geen bescherming tegen andere rechtshandelingen vanwege de erflater die weliswaar een verarming met zich meebrengen, maar evenmin kunnen worden gekwalificeerd als gift.²⁶⁶² Dit onderscheid wordt regelmatig bekritiseerd in de rechtsleer, aangezien bijvoorbeeld de kosteloze prestatie van een dienst niet als gift kan worden gekwalificeerd, niettegenstaande een dergelijke dienst de waarde of de omvang van de nalatenschap wel substantieel kan aantasten.²⁶⁶³ Evenmin wordt de reserve beschermd tegen rechtshandelingen onder bezwarende titel²⁶⁶⁴, met inbegrip van rechtshandelingen met een aleatoir voorwerp zoals kanscontracten. Het staat de (toekomstige) erflater echter slechts vrij om ten

²⁶⁵⁶ C. CASTELEIN, "Verleden, heden en toekomst van de erfrechtelijke reserve – Aanzetten tot een grondige en kritische reflectie" in F. BUYSSENS, K. GEENS *et. al.*, *Liber Amicorum Luc Weyts*, Brugge, die Keure, 2011, 108.

²⁶⁵⁷ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 977; R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 286; C. DECLERCK, *Literaire en artistieke eigendom in het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 442.

²⁶⁵⁸ Zie i.h.b. Cass. 7 juni 1906, *Pas.* 1906, I, 203; Cass. 10 november 1965, *RCJB* 1957, 37 (met noot P. VAN OMMESLAGHE).

²⁶⁵⁹ Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2016 – 2017, nr. 54-2282/001, 6.

²⁶⁶⁰ R. BARBAIX, *Handboek Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 627 – 628; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 979; A-L. VERBEKE, "Reserve" in A-L. VERBEKE, F. BUYSSENS, H. DERYCKE, P. LALEMAN, D. VAN GERVEN (eds.), *Handboek Estate Planning – Boek V. Vermogensplanning met Effect na Overlijden – Erfrecht en Testamenten*, Brussel, Larcier, 2013, 23.

²⁶⁶¹ H. CASMAN, R. DEKKERS, A-L. VERBEKE, E. ALOFS, *Erfrecht en giften*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 253.

²⁶⁶² W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 977.

²⁶⁶³ N. TORFS, "Komt de juridische schenking uit het erfrecht nog wel overeen met wat maatschappelijk als een schenking wordt ervaren?", *TEP* 2014, 334 – 343; A-L. VERBEKE, "Reserve" in A-L. VERBEKE, F. BUYSSENS, H. DERYCKE, P. LALEMAN, D. VAN GERVEN (eds.), *Handboek Estate Planning – Boek V. Vermogensplanning met Effect na Overlijden – Erfrecht en Testamenten*, Brussel, Larcier, 2013, 27.

²⁶⁶⁴ H. CASMAN, R. DEKKERS, A-L. VERBEKE, E. ALOFS, *Erfrecht en giften*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 259.

kosteloze titel te beschikken over het zogenoemde beschikbaar deel van de nalatenschap. Daarbij weze nog opgemerkt dat de reserve niet alleen kwantitatief, maar ook kwalitatief onaantastbaar is.²⁶⁶⁵ De reservataire erfgenaam moet aldus niet dulden dat er door de erfflater lasten, voorwaarden of modaliteiten aan het reservataire erfdeel worden gekoppeld.²⁶⁶⁶

In het hoger (*supra*, randnr. 899) aangehaalde wetsvoorstel betreffende de hervorming van het erfrecht, worden echter een aantal substantiële wijzigingen met betrekking tot de erfrechtelijke reserve voorgesteld. De voorgestelde wijzigingen zijn in hoofdzaak opgebouwd rond een achttal kernideeën²⁶⁶⁷, waarvan er in wat volgt enkele worden uitgelicht. Ten eerste blijft de instelling van de erfrechtelijke reserve behouden, ten minste in de nederdalende lijn en tussen echtgenoten. De kerngedachte die hieraan ten grondslag ligt is veeleer ingegeven door de idee van familiale solidariteit dan door de idee om het familiepatrimonium te bewaren. Ook de identiteit van de reservataire erfgenamen blijft behouden, met uitzondering van de bloedverwanten in opgaande lijn die onder het huidige recht nog steeds kunnen gelden als reservataire erfgenamen. Desgevallend kunnen laatstgenoemde personen in geval van behoefte wel een onderhoudsvordering laten gelden ten laste van de nalatenschap. Ten derde wordt voorzien in een aanpassing van de breukdelen van het beschikbaar gedeelte. Het beschikbaar gedeelte wordt vastgesteld op de helft van de nalatenschap, ongeacht het aantal reservataire erfgenamen. Eén van de belangrijkste *novums* die het wetsvoorstel beoogt in te voeren is ongetwijfeld de invoering van het principe van een erfrechtelijke reserve in waarde (i.t.t. in natura).²⁶⁶⁸ Op dit principe worden echter

²⁶⁶⁵ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 979; W. PINTENS, C. DECLERCK, K. VANWINCKELEN, *Schets van het familiaal vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 406; H. CASMAN, R. DEKKERS, A-L. VERBEKE, E. ALOFS, *Erfrecht en giften*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 257; R. BARBAIX, *Handboek Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 651 e.v., 690 e.v.; R. DILLEMANS, *De erfrechtelijke reserve*, Leuven, Universitaire Boekhandel Uystpruyst, 1960, nr. 31 e.v.

²⁶⁶⁶ Onder invloed van Franse cassatierechtspraak wordt dit uitgangspunt vandaag soms echter afgezwakt. Zie bv. Cass. Fr. 27 juni 1963, *Recueil Dalloz* 1964, 94 (met noot R. SAVATIER). In dit verband kan ook worden verwezen naar het arrest van het hof te Antwerpen van 8 april 2015. Het hof oordeelde dat het gegeven dat de reservataire erfgenaam goederen verkreeg onder 'last' van een *fideïcommis de residuo in casu* geen aantasting vormde van diens erfrechtelijke reserve. Over de vraag of het gegeven dat een eerste begunstigde, die tevens reservataire erfgenaam is, goederen verkrijgt onder verband van een *fideïcommis de residuo* (in alle gevallen) een aantasting vormt van diens erfrechtelijke reserve, bestaat dan ook discussie binnen de rechtsleer. Zie hierover *supra*, vn. 1889.

²⁶⁶⁷ Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2016 – 2017, nr. 54-2282/001, 13 – 14.

In dit verband kan tevens worden gewezen op het advies van de Raad van State bij genoemd wetsvoorstel, zie:

Adv.RvS 60.998/2 van 20 april 2017 bij het wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2016 – 2017, nr. 54-2282/002.

²⁶⁶⁸ Zie hiertoe bijvoorbeeld de voorgestelde wijzigingen aan artikel 920 BW: Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot

een aantal uitzonderingen voorzien, bijvoorbeeld met betrekking tot de reserve van de langstlevende echtgenoot. Bovendien wordt het principe ingevoerd waarbij de inkorting in beginsel plaatsvindt op grond van de intrinsieke waarde van de geschonken goederen op de dag van schenking²⁶⁶⁹, zij het dat deze waarde wordt geïndexeerd. Ook wordt voorzien in een mogelijkheid voor de vermoedelijke reservataire erfgenamen om punctueel te verzaken aan de vordering tot inkorting ten aanzien van een schenking via een eenzijdige verklaring. Het betreft hier dan een toegelaten 'beding betreffende een niet opengevallen nalatenschap' (zie *supra*, randnr. 914).

Hoewel zeer belangrijk, zijn de voorgestelde wetswijzigingen kennelijk niet van dien aard, dat zij de hiernavolgende analyses ten gronde zouden kunnen beïnvloeden. Zo zal blijken dat een essentiële vraag erin bestaat of de rechtshandeling waarmee goederen onder trustverband worden gebracht, kan worden gekwalificeerd als een gift. Indien zulks niet het geval is, is er kennelijk geen rechtshandeling die vatbaar is voor een vordering tot inkorting. Hieraan verandert het wetsvoorstel kennelijk niets.²⁶⁷⁰ In die gevallen waar er echter wel sprake zou zijn van een rechtshandeling die vatbaar is voor een vordering tot inkorting, laat het wetsvoorstel *prima facie* zelfs toe om op een meer flexibele wijze om te gaan met buitenlandse trusts. Zo kunnen erfgenamen reeds gedurende het leven van de *settlor* verzaken aan een vordering tot inkorting en kan de inkorting geschieden in waarde, zodat de integraliteit van het trustfonds in mindere mate zal worden bedreigd.

922. Wanneer een erflater één of meerdere vermogensbestanddelen heeft overgedragen aan een *trustee*, teneinde deze *on trust* te houden ten behoeve van één of meerdere *beneficiaries* of voor een bepaald doel, rijst de vraag of het hier een rechtshandeling betreft die vatbaar is voor een vordering tot inkorting vanwege de reservataire erfgenamen.²⁶⁷¹

wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2016 – 2017, nr. 54-2282/001, 96 e.v.

²⁶⁶⁹ I.t.t. de waarde op het ogenblik van het overlijden, zoals heden nog steeds het geval is, zie: P. DELNOY, P. MOREAU, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil*, Brussel, Larcier, 2016, 291.

²⁶⁷⁰ Zie bv. Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2016 – 2017, nr. 54-2282/001, 13, waar in het raam van de hervorming van de erfrechtelijke reserve nog steeds wordt gesproken over 'giften'.

²⁶⁷¹ Dat de vraag naar de bestaanbaarheid van trusts met de erfrechtelijke reserve niet nieuw is, kan worden aangetoond door het feit dat deze vraag de literatuur reeds bezighield toen deze zich nog in een relatief vroeg stadium bevond. Zie bv: L.T. BATES, "Common law express trusts in French Law", *Yale Law Journal* 1930, 42 e.v.; M. TRAVERS, "De la validité du point de vue français des trusts créés par des étrangers sur des biens soumis à la loi française ou par des français sur des biens situés hors de France", *Rev. Crit. DIP* 1909, 543: "Il est évident que, si les dispositions faites au profit des bénéficiaires du trust ou de certains d'entre eux portent atteinte aux droits reconnus à certains héritiers en qualité de réservataires, la loi française, en tant que loi régissant la succession mobilière du Français qui aura établi le trust, s'opposera à ce que le trust produise effet dans la mesure où il irait à l'encontre des droits des réservataires."

Deze vraag is in de loop van dit onderzoek reeds op verschillende plaatsen aan bod gekomen. Zo werd hoger (*supra*, randnr. 572 e.v.) reeds de juridische draagwijdte van punt c) van artikel 15 van het Haagse Trustverdrag onderzocht. Nadien kwam aan bod hoe de bescherming van de reservataire erfgenamen reeds doorgang vond in rechtsordes zonder afzonderlijke verwijzingscategorie voor buitenlandse *trusts*, zoals Frankrijk en België vóór de inwerkingtreding van het WIPR. Zo bleek uit de Franse zaak *Caron* dat de erfrechtelijke reserve op een onrechtstreekse manier kan worden beschermd door een beroep te doen op de theorie inzake wetsontduiking (zie *supra*, randnr. 623). Ook in de belangrijkste zaken *Zieseniss* en *Ganay* (*supra*, randnr. 669 e.v. en 679) werd eenvoudig aanvaard dat het gebruik van de buitenlandse *trust* geen inbreuk of afwijking op de Franse erfrechtelijke reserve met zich mee kon brengen. Voor wat betreft de zaak *Ganay* was deze conclusie enigszins markant, daar het hof te Parijs de aan de trustcreatie ten grondslag liggende akte kwalificeerde als '*essentiellement un contract synallagmatique*'. Het hof was evenwel van oordeel dat middels de *trust* toch een gift werd bewerkstelligd.²⁶⁷² Beide rechtscolleges sloten zich aan bij eerdere Franse rechtspraak die van oordeel was dat de erfrechtelijke reserve steeds diende te worden gevrijwaard.²⁶⁷³ Merk op dat daarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen *inter vivos trusts* en *testamentary trusts*.²⁶⁷⁴

Ook in de Belgische rechtspraak kunnen gelijkaardige rechterlijke uitspraken worden aangetroffen. Zo heeft de rechtbank te Brussel reeds meermaals geoordeeld dat een trustverhouding in eerste instantie slechts rechtsgeldig in het leven kan worden geroepen ten belope van het beschikbaar deel.²⁶⁷⁵ Opnieuw kan daarbij worden vastgesteld dat in de rechtspraak voor wat betreft de bescherming van het reservataire erfdeel, geen onderscheid wordt gemaakt tussen *inter vivos trusts* en *testamentary trusts*. Tegelijk moet worden opgemerkt dat de reserve een individueel recht is. De vordering tot inkorting kan slechts tot voordeel strekken van een reservataire erfgenaam die zich ook daadwerkelijk in rechte beroept op zijn of haar door de wet beschermde erfaanspraak.²⁶⁷⁶ Indien de *settlor* aldus een *trust* in het leven roept en daarbij het beschikbaar deel overschrijdt, leidt zulks dus niet *ipso facto* tot enig probleem. De vraag naar de wijze waarop het reservataire erfdeel wordt beschermd, zal aldus pas rijzen wanneer een reservataire erfgenaam ook een vordering tot inkorting instelt. Belangrijk is tot slot nog de bemerking dat de Belgische rechtbanken steevast van oordeel zijn dat wanneer de erflater met het scheppen van de *trust* het beschikbaar deel toch overschreden zou hebben, de

²⁶⁷² Parijs 10 januari 1970, *Rev. Crit. DIP* 1971, 522 – 523 (met noot G.A.L. DROZ).

²⁶⁷³ Zie bv. Trib. Civ. Seine 16 mei 1906, *Rev. Crit. DIP* 1907, 240; Trib. Rouen, 19 december 1927, *Revue de Droit International Privé* 1928, 511.

²⁶⁷⁴ G.A.L. DROZ, M. REVILLARD, *Successions*, Jurisclasseur droit international, V° Libéralités, Donations, Trusts, Fasc. 557-30 B, 2015, nr. 90, 103, 109 – 110; J. PERRIN, "Le *trust* à l'épreuve du droit successoral", Genève, Droz, 2006, 271 e.v.

²⁶⁷⁵ Rb. Brussel 27 november 1947, *Rev.prat.not.b.* 1948, 158, *Pas.* 1948, III, 51; Rb. Brussel 31 mei 1994, *RW* 1994 – 1995, 677; Rb. Brussel 22 april 2010, *Rec.gen.enr.not.* 2011, afl. 1, 22 (met noot E. DE WILDE D'ESTMAEL), *RGCF* 2011, 246 (met noot P. DE PAGE). Zie ook : Rb. Antwerpen 4 maart 1971, *Rec.gén.enr.not.* 1971, 251.

²⁶⁷⁶ Gent 11 februari 1956, *T.Not.* 1956, 104; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 980, 1026.

trust niet nietig is, maar slechts rechtsgeldig in het leven kan worden geroepen ten belope van het beschikbaar deel.²⁶⁷⁷

923. Zoals hoger (*supra*, randnr. 779) werd toegelicht, was de Belgische wetgever van oordeel dat de erkenning van buitenlandse *trusts* niet zou mogen leiden tot een aantasting van de rechten van eventuele reservataire erfgenamen onder de van toepassing zijnde *lex successionis*. Om deze reden leest artikel 124, §3 WIPR als volgt: “De toepassing van het recht dat de *trust* beheerst, kan niet tot gevolg hebben dat een erfgenaam zijn recht op een voorbehouden erfdeel verliest dat hem krachtens het artikel 78 toepasselijk recht wordt gewaarborgd”. Hoger werd tevens toegelicht dat de toepasselijke *lex successionis* vandaag wordt vastgesteld aan de hand van de Europese Erfrechtverordening, doch dat dit gegeven hoegenaamd geen verschil zou mogen maken voor de toepassing van deze wetsbepaling. Gelet op de Belgische rechtspraak die de invoering van het WIPR predateert en reeds toezag op de naleving en afdwinging van de erfrechtelijke reserve, dient in de eerste plaats te worden aangenomen dat de wetgever met deze wetsbepaling beoogde het reeds vigerende principe nogmaals duidelijk voorop te stellen. Immers, in de Belgische rechtsleer werd en wordt in de regel steevast aangenomen dat het gebruik van een buitenlandse *trust* niet kan leiden tot een uitschakeling of niet-toepassing van de bescherming van de erfrechtelijke reserve,

²⁶⁷⁷ Rb. Brussel 27 november 1947, *Rev.prat.not.b.* 1948, 158, *Pas.* 1948, III, 51; Rb. Brussel 31 mei 1994, *RW* 1994 – 1995, 677; Rb. Brussel 22 april 2010, *Rec.gen.enr.not.* 2011, afl. 1, 22 (met noot E. DE WILDE D’ESTMAEL), *RGCF* 2011, 246 (met noot P. DE PAGE). Voor een analoog geval in de Luxemburgse rechtspraak betreffende een Liechtensteinse *Stiftung*, zie: Tribunal d’arrondissement de Luxembourg, 23 december 2015, nr. 121924 en 130346, onuitg.

indien het Belgische erfrecht de toepasselijke *lex successionis* vormt.²⁶⁷⁸ In de buitenlandse rechtsleer wordt in de regel een analoog standpunt verdedigd.²⁶⁷⁹

²⁶⁷⁸ L. WEYTS, "To trust or not to trust: het notariaat geconfronteerd met deze Angelsaksische rechtsfiguur, from the frontdoor to the backdoor", *T.Not.* 2017, 396 – 398; R. BARBAIX, *Handboek Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 931; F. RIGAUX, M. FALLON, *Droit international privé*, Brussel, Larcier, 2005, 697; E. BEGUIN, "Le trust" in FÉDÉRATION ROYALE DES NOTAIRES DE BELGIQUE, *Les arrangements de famille*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 324; J.L. JEGHERS, "La difficile intégration du trust anglo-saxon en droit civil belge", *Rev.not.b.* 1991, 321 – 323, 329; J.L. JEGHERS, "Du trust à la fiducie" in M. VERWILGHEN, R. DE VALKENEER, *Relations familiales internationales*, Brussel, Bruylant, 1993, 451; M.F. DE POVER, *Trust – Fiducie, Administratiekantoor, Fondation du Liechtenstein*, Brussel, Larcier, 2001, 58 – 58; M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 809; P. DE PAGE, noot onder Rb. Brussel 22 april 2010, *RGCF* 2011, 251; D. VAN LAERE, P. MISSOUL, "De trust en het nieuwe IPR Wetboek", *Successierechten – Nieuwsbrief* 2005, afl. 2, 6; M. VANDENDIJK, C. HENDRICKX "Angelsaksische trust. Gebruik in het kader van successieplanning door Belgische rijksinwoners", *AFT* 2008, afl. 5, 21 – 22; J. ERAUW m.m.v. H. STORME, *Deel XVII 'Internationaal Privaatrecht'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 791; A. VERBEKE, "Artikel 124. Recht van toepassing op de trust" in J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTÉ, P. WAUTELET (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd – Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 665; M. MELLAH, T. MAES, "Hoofdstuk XII. Trust" in I. COUWENBERG, A. HANSEBOUT, L. VANFRAECHEM, *Internationaal Privaatrecht. Duiding 2014*, Brussel, Larcier, 2014, 801; J. ERAUW, "De trust en de trustachtigen in het nieuwe Belgische IPR", *TEP* 2005, 272 – 284; J. ERAUW, "Trust en trustachtige figuren in België. Het toepasselijk recht" in J. BAEI *et al.* (eds.), *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 407; M. DELBOO, G. DEKNUDT, I. VERHULST, *Het Wetboek IPR en vermogensplanning*, Mechelen, Kluwer, 2005, 75; A-L. VERBEKE, R. BARBAIX, *Kernbegrippen familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 297; R. BARBAIX, *Familiaal vermogensrecht in essentie*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 392; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1249; N. WATTÉ, "Droit international privé (conflits de lois) (seconde partie)", *RCJB* 2005, 328; R. PRIOUX, "L'admissibilité en Belgique de l'administratiekantoor, de la fiducie et du trust portant sur actions d'une société de droit belge", *JT* 1996, 459; A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 311; G. VAN HECKE, "Trust en successierechten" in X (ed.), *Liber Amicorum professor baron Jean Van Houtte*, Brussel, Elsevier, 1975, 1064; K. DEMEYERE, "Definitie van een trust" in A-L. VERBEKE, P. LALEMAN, H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Alternatieve vormen*, Gent, Larcier, 2009, 97; K. MOSER, "Trusts and foundations in private wealth structuring – What do we learn from recent preliminary rulings?" in C. DOCCLO (ed.), *Alabaster – IFA 1938 – 2013*, Limal, Anthemis, 2013, 592.

²⁶⁷⁹ Voor Frankrijk: G.A.L. DROZ, M. REVILLARD, *Successions*, Jurisclasseur droit international, V° Libéralités, Donations, Trusts, Fasc. 557-30 B, 2015, nr. 90, 103, 109 – 110; M. REVILLARD, *Droit international privé et Européen: pratique notariale*, Parijs, Défrenois, 2014, 498; M. GORÉ, "Le trust en droit international privé" in J. HERBOTS, D. PHILIPPE, *De trust en de fiduciaire overeenkomst. Praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, 90 – 91; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit international privé*, Parijs, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, II, 423; G.A.L. DROZ, noot onder Parijs 10 januari 1970, *Rev. Crit. DIP* 1971, 529; G.A.L. DROZ, "De la réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust" (noot onder Cass. Fr. 20 februari 1996), *Rev. Crit. DIP* 1996, 693 e.v.; Y. LEQUETTE, "De l'imputation et de la réduction des libéralités à cause de mort réalisées au moyen d'un trust entre vifs" (noot onder Parijs 7 april 1999), *Recueil Dalloz* 1999, 684; J. PATARIN, "Détermination du rang de réduction de libéralités résultant d'un trust, en présence, dans le règlement d'une succession régie par le droit français, de donations entre vifs et de legs postérieurs à la date de constitution du trust", *RTD Civ.* 1999, 682 e.v.; D. BUREAU, H. MUIR

Slechts uitzonderlijk kan in de Belgische of Nederlandse rechtsleer een kritisch standpunt worden aangetroffen.²⁶⁸⁰

Uit de door de wetgever gebezigde bewoordingen in artikel 124, §3 WIPR valt o.i. evenwel niet af te leiden dat het zou volstaan om louter na te gaan of de *settlor* binnen de grenzen van het beschikbaar deel van diens nalatenschap bleef bij het instellen van de *trust*. De kwestie is o.i. complexer dan zij op het eerste gezicht kan lijken. De reden hiervoor bestaat erin dat het loutere bestaan van een

WATT, *Droit international privé*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2014, II, 155; S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 326 e.v.; M. REVILLARD, "France" in D.J. HAYTON, (ed.), *European Succession Laws 2nd Edition*, Bristol, Jordans Publishing, 2002, 226; P. MALAURIE, C. BRENNER, *Les successions – Les libéralités*, Parijs, LGDJ, 2014, 234; M. GORÉ, *L'administration des successions en droit international privé français*, Parijs, Economica, 1994, 68.

Voor Nederland: A.P.M.J. VONKEN, F.W.J.M. SCHOLS, F. IBILI, , *Internationaal privaatrecht. Internationaal personen-, familie- en erfrecht* in C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deventer, Kluwer, 2016, 614; A.P.M.J. VONKEN, H.L.E. VERHAGEN, X.E. KRAMER, S. VAN DONGEN, *Internationaal Vermogensrecht* in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deventer, Kluwer, 2015, 364; G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 205; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 237 – 238; A.L.G.A. STILLE, "De 'Haagse' trust in het familiehuwelijks-, vermogens- en erfrecht (family estate planning)", *WPNR* 1997, 566; I.S. JOPPE, "Het 'Haagse Trustverdrag' in werking", *WPNR* 1996, 187; C.D. VAN BOESCHOTEN, "Het Haagse Trustverdrag in Nederlands Perspectief" in *Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht*, Lelystad, Koninklijke Vermande BV, 1994, 33 - 34; F.A.A. DUYNSTEE, "Het trustverdrag: een paasei of een lege dop?", *WPNR* 1993, 375; K.L.H. VAN MENS, *Civilrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip*, Deventer, Kluwer, 1985, 333; M.E. KOPPENOL-LAFORCE, "Inbreng van Nederlandse goederen in een trust", *WPNR* 1997, 550; I.S. JOPPE, "Estate planning door middel van trust en testament" in G.E. SCHMIDT, J. A. FREEDBERG-SWARTZBURG (ed.), *Het NIPR geannoteerd*, 's Gravenhage, T.M.C Asser Instituut, 1996, 95 – 97.

Voor Zwitserland: F. GUILLAUME, "The Hague Trusts Convention and Selected Questions in Swiss Private International Law" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 21 – 24; J. PERRIN, "The Recognition of Trusts and Their use in Estate Planning under Continental Laws" in P. ŠARČEVIĆ, P. VOLKEN, A. BONOMI (eds.), *Yearbook of Private International law, Vol. X*, München, Sellier, 2009, 634; J. PERRIN, "Le trust à l'épreuve du droit successoral", Genève, Droz, 2006, 231 e.v.; F. GUILLAUME, "Trust, réserves héréditaires et immeubles", *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle* 2009, afl. 1, 38; T. WACH, "Forced heirship and the Common Law trust – Especially from the Swiss Point of View – Part I", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 5, 15 – 19; T. WACH, "Forced heirship and the Common Law trust – Especially from the Swiss Point of View – Part II", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 6, 21 – 25; L. THÉVENOZ, *Trusts in Switzerland: Ratification of the Hague Convention on Trusts and Codification of the Law of Fiduciary Transfers*, Zürich, Schulthess, 2001, 211 – 21; N.P. VOGT, D. PANNATIER KESSLER, "Switzerland" in S. COLLINS, S. KEMPSTER, M. McMILLAN, A. MEEK (eds.), *International Trust Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 483.

Voor Spanje: R. LAFUENTE SÁNCHEZ, "Recognition of foreign trusts and challenges facing the Spanish Courts", *Trusts & Trustees* 2017, advance access, 6 – 8.

²⁶⁸⁰ A.J. VAN HOEPEN, "Never trust a trust", *WPNR* 2014, 195 – 203; E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 75 – 109; N. APPERMONT, "Is een inbreng in een trust door een erflater vatbaar voor een vordering tot inkorting? Een internationaal privaatrechtelijke en erfrechtelijke analyse" in W. PINTENS, C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2015*, Brugge, die Keure, 2015, 263 – 285.

trustverhouding op zichzelf genomen in beginsel geen afbreuk kan doen aan de rechten van de reservataire erfgenamen.²⁶⁸¹ Het werkelijke probleem situeert zich op het niveau van de overdrachtshandeling die aan de schepping van de trustverhouding ten grondslag ligt. Het loutere gegeven dat het afzonderlijke bestaan van de *trust* als rechtsverhouding bij wijze van doorwerking van het toepasselijke trustrecht wordt aanvaard, kan immers nooit afbreuk doen aan het bestaan van het recht op een voorbehouden erfdeel van bepaalde erfgenamen onder de toepasselijke *lex successionis*. De 'erkenning' van het afzonderlijke bestaan van een trustverhouding en voorhanden zijn van een reservataire erfrecht, zijn juridisch twee geheel afzonderlijke kwesties. Ter vergelijking: het loutere gegeven dat een Belgische erflater een private stichting in het leven heeft geroepen, doet op zichzelf geen afbreuk aan de rechten van de reservataire erfgenamen. Veel belangrijker is de vraag naar de juridische kwalificatie van de rechtshandeling waarmee de desbetreffende goederen in het vermogen van de private stichting zijn ondergebracht.

Anders dan rechtsordes die geen afzonderlijke verwijzingsregel kennen voor *trusts*, kan en dient in rechtsordes die een dergelijke verwijzingsregel kennen, het afzonderlijke bestaan van de *trust* als *trust* principieel te worden aanvaard. Het zal dan ook de juridische kwalificatie zijn van de rechtshandeling die aan de trustcreatie – of aan de overdracht van goederen aan de *trustee* – ten grondslag ligt, die doorslaggevend dient te zijn voor het beantwoorden van vragen betreffende de toepassing van de erfrechtelijke reserve.²⁶⁸²

924. Zoals hoger (*supra*, randnr. 762 e.v.) werd toegelicht, noopt een correcte toepassing van de verwijzingsregel inzake *trusts* tot het besluit dat de rechtsgeldigheid van de aan de trustcreatie ten grondslag liggende rechtshandeling op autonome wijze dient te worden beoordeeld, en dit aan de hand van de eigen *lex causae*. Het is met andere woorden aan de hand van deze *lex causae*, alsook aan de hand van de rechtshandeling in kwestie, dat de mogelijkheid tot het instellen van een vordering tot inkorting dient te worden vastgesteld. Immers, het WIPR verwijst *in abstracto* naar 'het voorbehouden erfdeel dat krachtens de toepasselijke *lex successionis* aan de reservataire erfgenamen wordt gewaarborgd'. Welnu, uit de wettekst blijkt o.i. geen enkele grondslag om aan te nemen dat de Belgische reservataire erfgenamen in het geval van een *trust* een meer verregaande bescherming zouden moeten genieten, dan in zuiver interne situaties het geval is. Anders gesteld, indien aan de trustcreatie een rechtshandeling voorligt, die in een internrechtelijke situatie niet zou kunnen leiden tot een succesvolle vordering tot inkorting – bijvoorbeeld: een rechtshandeling onder bezwarende titel –, dan is er o.i. geen reden om aan te nemen waarom de toepassing van de Belgische erfrechtelijke reserve zou dienen te worden verzekerd. Uit de tekst van de wet volgt o.i. veeleer dat ook ten aanzien van *trusts* dezelfde erfrechtelijke reserveregeling

²⁶⁸¹ N. APPERMONT, "Is een inbreng in een trust door een erflater vatbaar voor een vordering tot inkorting? Een internationaal privaatrechtelijke en erfrechtelijke analyse" in W. PINTENS, C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2015*, Brugge, die Keure, 2015, 264.

²⁶⁸² *Ibid.*

dient te worden toegepast, met inbegrip van de vraag welke rechtshandelingen nu net kunnen worden ingekort. Zo is het bijvoorbeeld frappant dat de rechtbank te Brussel in het vonnis van 22 april 2010 enerzijds vaststelde dat de *inter vivos trusts* in kwestie in het leven werden geroepen "*par acte synallagmatique sous forme de contrat entre settlor et trustee*", maar anderzijds stelde dat een eventueel conflict tussen de *trust* en de regels inzake de erfrechtelijke reserve dienden te worden opgelost door een inkorting van de *trust*.²⁶⁸³

925. De fundamentele keuze om de rechtshandeling die aan de trustcreatie ten grondslag ligt, af te zonderen van het toepassingsgebied van het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht, compliceert de voorliggende vragen in verregaande mate. De regels inzake de Belgische erfrechtelijke reserve, indien het Belgische recht de *lex successionis* is, dienen aldus te worden afgetoetst aan de rechtshandeling die door een eigen *lex causae* wordt beheerst. Daarbij moet dan nog rekening worden gehouden met het voorwerp van deze rechtshandeling: het creëren van een trustverhouding. Dit gegeven kan de aard van de rechtshandeling immers in verregaande mate beïnvloeden.

Voor wat betreft de toepassing van de Belgische erfrechtelijke reserve zal aldus moeten worden nagegaan of er een rechtshandeling voorligt die, bekeken vanuit een Belgisch perspectief en in samenlezing met de eigen *lex causae*, kwalificeert als een schenking of legaat. Of, breder gesteld, als een 'gift'.²⁶⁸⁴

Teneinde de overzichtelijkheid te kunnen bewaren, en gelet op de draagwijdte van voorliggend onderzoek, wordt in wat volgt als uitgangspunt genomen dat het Belgische recht van toepassing is op de rechtshandeling die aan de trustcreatie ten grondslag ligt. Indien deze rechtshandeling evenwel wordt beheerst door een buitenlands rechtstelsel, kan evenzeer de vraag rijzen of deze rechtshandeling vatbaar is voor een vordering tot inkorting naar Belgisch recht. Het antwoord hangt dan, zoals aangegeven, o.i. af of deze rechtshandeling volgens de eigen *lex causae* en in samenlezing met het toepasselijke erfrecht, kan worden gekwalificeerd als een gift.

926. Hoger (*supra*, randnr. 770 – 772) werd reeds op beknopte wijze stilgestaan bij de wijze waarop de aan de trustcreatie ten grondslag liggende rechtshandeling kan worden kwalificeerd naar Belgisch recht voor wat betreft een *inter vivos trust*. Naar Engels recht, beschouwd vanuit een continentaal perspectief, zou de aan de trustcreatie van een *inter vivos trust* ten grondslag liggende 'rechtshandeling' kunnen worden gekwalificeerd als een 'eenzijdige rechtshandeling'²⁶⁸⁵ Echter, indien er een eigendomsoverdracht van de trustgoederen dient te worden bewerkstelligd, kan er o.i. naar Belgisch recht bezwaarlijk een zuivere eenzijdige

²⁶⁸³ Rb. Brussel 22 april 2010, *Rec.gen.enr.not.* 2011, afl. 1, 22 (met noot E. DE WILDE D'ESTMAEL), *RGCF* 2011, 246 (met noot P. DE PAGE).

²⁶⁸⁴ Het is in dit verband interessant om de Belgische regeling te vergelijken met de Zwitserse regeling. De relevante bepalingen van het ZBW worden hoger reeds besproken (zie *supra*, randnr. 581).

²⁶⁸⁵ W.J. ZWALVE, *C.AE. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Deventer, Tsjeenk Willink, 2000, 309.

rechtshandeling voorliggen, aangezien een eigendomsoverdracht naar Belgisch recht principieel een wilsovereenstemming tussen partijen vereist.²⁶⁸⁶ Zulks impliceert dat er een meezijdige rechtshandeling dient voor te liggen. Er zal daarom principieel minstens sprake moeten zijn van een eenzijdige overeenkomst. De rol die aan deze rechtshandeling, en bij uitbreiding aan de *lex causae* die deze rechtshandeling beheerst, is evenwel uitgespeeld van zodra de goederen rechtsgeldig zijn overgedragen aan de *trustee*. Wij hebben hoger (*supra*, randnr. 682 en randnr. 762) geconcludeerd dat het toepasselijke trustrecht van toepassing wordt, nadat de overdracht is geschied. De 'trustraket' is dan gelanceerd.

927. Het voorgaande impliceert dan ook dat de eenzijdige overeenkomst, of de daarin vervat liggende translatieve verbintenis, uitdooft van zodra de eigendomsoverdracht bewerkstelligd is. Deze overeenkomst heeft dan immers geen rol meer te spelen voor wat betreft het functioneren van de trustverhouding. Normaliter verdwijnt de *settlor* dan ook van het toneel van zodra de trustverhouding in het leven is geroepen. Eventuele overblijvende rechtsverhoudingen tussen *settlor* en *trustee* (bijvoorbeeld: een voorbehouden *power* in hoofde van de *settlor*) gelden bovendien als 'interne verhoudingen' en worden dan ook beheerst door het van toepassing zijnde trustrecht. Zulks verklaart dan ook meteen waarom een eenzijdige overeenkomst tussen *settlor* en *trustee* kan volstaan voor wat betreft de trustcreatie.

Het voorgaande neemt natuurlijk niet weg dat de *trust* evenzeer kan worden gelanceerd door middel van een wederkerige overeenkomst. De aard van de aan de trustcreatie ten grondslag liggende rechtshandeling is op zichzelf genomen amper van belang. De enige minimumvoorwaarde is dat zij kan dienen als 'raketlanceerder' teneinde de trustverhouding op voldoende en rechtsgeldige wijze in het leven te roepen.

Wanneer het daarentegen een *testamentary trust* betreft, ogen de zaken eenvoudiger. Er zal dan geen rechtshandeling onder de levenden voorliggen, maar een rechtshandeling ter zake des doods. De *trust* wordt in dat geval gelanceerd door middel van een testamentaire beschikking.

928. Indien het tot slot een *declaration of trust* betreft, zou een eenzijdige rechtshandeling vanwege de *settlor* kunnen volstaan, daar er geen eigendomsoverdracht zal geschieden. De *settlor* blijft 'eigenaar' van de onder trustverband gebrachte goederen. Een eenzijdige verklaring vanwege de *settlor* volstaat om de trustverhouding rechtsgeldig te 'lanceren'.

929. In een internationale context kan overigens nog de vraag rijzen of de erfrechtelijke reserve de (internationale) openbare orde raakt. Indien dit het geval zou zijn, zou een nader onderzoek naar de aard van de rechtshandeling die aan de trustcreatie ten grondslag ligt mogelijks achterwege kunnen worden gelaten. Aangenomen zou dan kunnen worden dat een dergelijk onderzoek overbodig is,

²⁶⁸⁶ J. DEL CORRAL, *De leveringsplicht bij de overdracht van roerende lichamelijke goederen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 283 – 284.

aangezien het forum de toepassing van de (eigen) regels inzake de erfrechtelijke reserve kan verzekeren, ongeacht de van toepassing zijnde *lex successionis*. In de Europese Erfrechtverordening ligt een dergelijke openbare orde-exceptie vervat in artikel 35 van de verordening, alsook in de artikelen 40 en 59. Nu rijst de vraag of de erfrechtelijke reserve ook werkelijk van (internationale) openbare orde is. In de rechtsleer wordt alvast gepleit voor een genuanceerde aanpak.²⁶⁸⁷ De openbare orde-exceptie dient vanuit haar aard op een *ad hoc*-basis te worden toegepast en kan niet *in abstracto* worden aangewend om de toepassing van regels van de *lex fori* op te dringen in internationale situaties. Bovendien wordt op internrechtelijk vlak in de rechtsleer getwist over de werkelijke aard van de regels inzake de erfrechtelijke reserve. Daar waar bepaalde rechtsleer volhoudt, onder verwijzing naar oudere cassatierechtspraak, dat de reserve van openbare orde is²⁶⁸⁸, wordt in de rechtsleer in toenemende mate de kwalificatie van dwingend recht bepleit.²⁶⁸⁹ Aldus kan worden betwijfeld of de erfrechtelijke reserve überhaupt kan worden geacht te behoren tot de internationale openbare orde.

930. In wat volgt zal worden onderzocht of een overdracht van goederen aan een *trustee* vanwege een (toekomstige) erflater teneinde deze *on trust* te houden worden, beschouwd als een rechtshandeling die vatbaar is voor inkorting. Daarbij dient een onderscheid te worden gemaakt tussen enkele verschillende situaties. Een eerste belangrijk onderscheid kan worden gemaakt tussen een *fixed trust* en een *discretionary trust*. Ten tweede dient in dit verband een belangrijk onderscheid

²⁶⁸⁷ G. VAN CALSTER, "Knelpunten bij de Europese Erfrechtverordening. Harmonisatie interruptus" in F. BUYSSSENS, A-L. VERBEKE (eds.), *Notariële Actualiteit 2013 - 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 81; B. VERDICKT, R. ELSERMANS, "Internationale successieplanning na de Erfrechtverordening. Kernpunten en nieuwigheden in negen topics", *AFT* 2016, afl. 10, 29 - 31.

²⁶⁸⁸ W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH, K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 798, onder verwijzing naar Cass. 8 maart 1934, *Pas.* 1934, I, 211; Cass. 30 maart 1944, *Rev.not.b.* 1944, 314; Cass. 8 november 1963, *RW* 1964 - 1965, 816.

Zie ook: J. DU MONGH, "Kan een schenking buiten deel die werd gedaan om de reservataire rechten te fruiken enkel worden aangevochten met een vordering tot inkorting?" in W. PINTENS, J. DU MONGH (eds.), *Patrimonium 2006*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 443.

²⁶⁸⁹ P. DELNOY, P. MOREAU, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil*, Brussel, Larcier, 2016, 295; B. VERDICKT, R. ELSERMANS, "Internationale successieplanning na de Erfrechtverordening. Kernpunten en nieuwigheden in negen topics", *AFT* 2016, afl. 10, 30; R. BARBAIX, *Handboek Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 633; H. CASMAN, R. DEKKERS, A-L. VERBEKE, E. ALOFS, *Erfrecht en giften*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 253; A-L. VERBEKE, R. BARBAIX, *Beginselen Erfrecht*, Brugge, die Keure, 2013, 171; M. PUELINCKX-COENE, *Deel VI 'Erfrecht: Deel I. Openvallen en toewijzing van de nalatenschap, erfovereenkomsten, reserve en inbreng' in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 683; R. DILLEMANS, *Testamenten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1971, 413; M. PUELINCKX-COENE, "Hoe bezwaard is de eerste begunstigde van een fidei-commis de residuo? Is dat anders zo die een reservataire erfgenaam is van de erflater?", *T.Not.* 2016, 333.

In de rechtsleer gaan zelfs stemmen op om de erfrechtelijke reserve af te schaffen dan wel grondig te hervormen. Zie bv: A-L. VERBEKE, "To Reserve or Not to Reserve?", *TEP* 2011, 3 - 14.

In het hoger (*supra*, randnr. 921) aangehaalde wetsvoorstel betreffende de hervorming van het Belgische erfrecht blijft de instelling van de erfrechtelijke reserve echter behouden.

te worden gemaakt tussen een *inter vivos trust* en een *testamentary trust*. Daar waar een *inter vivos trust* in het leven wordt geroepen door een rechtshandeling onder de levenden, wordt een *testamentary trust* gecreëerd door een testamentaire beschikking vanwege de erflater. Een derde onderscheid betreft de vraag naar de herroepbaarheid van de *trust*. Het eerste en derde onderscheid zijn vooral van belang voor wat betreft *inter vivos trusts*. Daarbij moet evenwel steeds in het achterhoofd worden gehouden dat hier slechts een abstracte indeling tussen trustcategorieën kan worden gehanteerd. In de praktijk kan het voorvallen dat een concrete trustverhouding niet zo eenvoudig in te passen valt in de hier gehanteerde indeling. Het is evenwel niet het oogmerk van voorliggend onderzoek om de bestaanbaarheid van elke denkbare trustcategorie met de regels inzake de erfrechtelijke reserve te onderzoeken.

931. Merk op dat hoger (*supra*, randnr. 662 e.v.) reeds werd onderzocht of de *trust* op zichzelf genomen een schenking impliceert. Geconcludeerd werd dat dit niet geval was. In wat hierna volgt zal de analyse zich toespitsen op de rechtshandeling die aan de trustcreatie ten grondslag ligt, rekening houdende met de trustvorm die de erflater in het leven wenste te roepen. Daarbij kunnen echter wel enkele van de hoger getrokken conclusies worden hernomen. In de mate dat zij relevant zijn, worden zij verwerkt in wat volgt.

De inbreng van goederen in een *inter vivos trust* getoetst aan het Belgische erfrecht

In het geval van een irrevocable fixed inter vivos trust

932. Indien de erflater nog gedurende zijn of haar leven een trustverhouding in het leven roept, rijst in de eerste plaats de vraag of er een (onrechtstreekse) schenking, als verschijningsvorm van een 'gift', voorhanden is. Het schenkingsbegrip werd hoger (*supra*, randnr. 655 e.v.) reeds uitgebreid uiteengezet.

Welnu, wanneer het onder trustverband brengen van goederen wordt getoetst aan het schenkingsbegrip, rijst de vraag of een dergelijke rechtshandeling alle constitutieve elementen van een schenking in zich draagt. Omdat er naar Belgisch recht steeds een geldige verbintenis of titel ten grondslag dient te liggen aan de overdracht van een vermogensbestanddeel²⁶⁹⁰, werd in het voorgaande uiteengezet dat er om deze reden principieel minstens sprake dient te zijn van een eenzijdige overeenkomst tussen *settlor* en *trustee*. Tevens zal de *settlor* principieel worden verarmd door het overdragen van de vermogensbestanddelen aan de *trustee*. Aangezien de onder trustverband te brengen goederen in beginsel in eigendom zullen worden overgedragen aan de *trustee*, kan worden aangenomen dat er sprake zal zijn van een daadwerkelijke en onmiddellijke verarming in hoofde

²⁶⁹⁰ M.E. STORME, "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 708.

van de *settlor*. De *settlor* is aldus niet langer eigenaar van de onder trustverband gebrachte vermogensbestanddelen. Merk op dat het gegeven dat de *trust irrevocable* is, impliceert dat de *settlor* de trustcreatie ook niet meer kan herroepen. De onder trustverband gebrachte goederen hebben diens persoonlijk vermogen volledig en op onherroepelijke wijze verlaten.

933. Wanneer echter wordt nagegaan of er een ook correlatieve verrijking aanwezig is in hoofde van de *trustee*, dient evenwel te worden geconcludeerd dat de verdere toetsing spaak loopt. De *trustee* is dan wel eigenaar geworden van de onder trustverband gebrachte goederen, maar onder het vigerende trustrecht wordt de *trustee* toch uitgesloten van de waarde die de onder trustverband gebrachte goederen vertegenwoordigen. Opvallend is tevens dat indien de *trustee* zichzelf toch zou verrijken, deze laatste in de eerste plaats een plicht schendt ten aanzien van de *beneficiaries* van de *trust*. De *settlor* ontbeert de noodzakelijke hoedanigheid om hiertegen op te treden, behoudens het geval waarin de *settlor* zich de daartoe noodzakelijke *power* heeft voorbehouden. In beginsel kunnen slechts de *beneficiaries* van een *trust* tegen de *trustee* keren, indien deze laatste heeft gehandeld *in breach of trust*. Deze vaststelling vormde overigens één van de redenen waarom de zogenoemde 'contractuele analyse' van de trustfiguur diende te worden verworpen (zie hoger, *supra*, randnr. 328 – 334). Hoe dan ook, geconcludeerd moet worden dat de *trustee* geenszins wordt verrijkt door middel van het verkrijgen van de onder trustverband gebrachte vermogensbestanddelen. Evenmin had de *settlor* enige *animus donandi* ten aanzien van de *trustee qua trustee*.

934. Vervolgens komt de verhouding tussen de *settlor* en de *beneficiaries* van de *trust* aan bod. Indien er al enige *animus donandi* aanwezig was in hoofde van de *settlor*, gold deze principieel enkel ten aanzien van de *beneficiaries* van de trustverhouding. Meteen dient evenwel te worden vastgesteld dat in deze verhouding geen sprake kan zijn van een 'schenking', in de juridisch-technische zin begrepen.²⁶⁹¹ Tussen de *settlor* en de *beneficiaries* is immers nooit een overeenkomst tot stand gekomen. Evenmin dient de *beneficiary* naar Engels recht de bevoordeling onder de *trust* te aanvaarden.²⁶⁹² Hoger (*supra*, randnr. 665)

²⁶⁹¹ *Contra*: G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 472, volgens de auteur is er sprake van een belastbare schenking in de zin van artikel 1, lid 7 van de Successiewet 1956. Merk evenwel op dat het schenkingsbegrip in artikel 1, lid 7 verwijst naar het civielrechtelijke begrip 'gift', zoals bedoeld in artikel 7:186, lid 2 NBW.

²⁶⁹² Opvallend is overigens dat dit gegeven in het verleden reeds werd aanvaard door de Dienst Voorafgaande Beslissingen in fiscale zaken ('DVB'). De desbetreffende voorafgaande beslissing betrof een in België gelegen onroerend goed dat was ondergebracht in een trustverhouding. Het onroerend goed in kwestie werd bewoond door een nicht van de oorspronkelijke eigenares, die reeds belangrijke kosten had gemaakt voor het behoud ervan. De voormalige eigenares was immers omwille van gezondheidsredenen niet meer in staat om het goed zelf te onderhouden. Nog vóór haar overlijden wijzigde de voormalige eigenares van het onroerend goed, die tevens *trustee* was, de bepalingen van de trustakte, teneinde haar nicht als *beneficiary* aan te duiden. Opvallend was dat de DVB aanvaardde dat de uiteindelijke overdracht van het onroerend goed aan de *beneficiary* niet kon worden beschouwd als een schenking, daar het zou gaan om een "acte unilateral" vanwege de *settlor*

hebben wij vastgesteld dat in het geval van een derdenbeding naar Belgisch recht, de begunstigde al wel een recht heeft vóór hij of zij dit voordeel heeft aanvaard. De aanvaarding kristalliseert slechts dit recht, in die zin dat het niet langer kan worden herroepen. Zulks vormt voor de rechtsleer mede een voldoende grondslag om het bestaan van een onrechtstreekse schenking te aanvaarden (zie *supra*, randnr. 665). In het geval van een *trust* naar Engels recht is evenwel geen aanvaarding vanwege de *beneficiaries* vereist. Meer zelfs, het is de *settlor* die bepaalt of een *trust revocable* dan wel *irrevocable* is. Hoger (*supra*, randnr. 665) werd ontwaard dat de *beneficiary* niet wordt geacht het *equitable interest* te 'verkrijgen' vanwege de *settlor*. De *beneficiary* kan pas enig *equitable interest* verkrijgen wanneer de trustverhouding ontstaat. Aangezien het eveneens een 'interne' verhouding betreft, dient de vraag naar hoe de *beneficiary* het *equitable interest* verkrijgt, te worden beoordeeld aan de hand van het toepasselijke trustrecht. In het Engelse recht bestaat hiervoor kennelijk geen duidelijk conceptueel verklaringsmodel, daar de Engelse rechtsleer in de regel gewoon aanneemt dat het *equitable interest* gewoon 'ontstaat' bij de *beneficiary* (zie hoger, randnr. 665). Hoewel de *beneficiary* naar Engels recht de bevoordeling onder de *trust* niet hoeft te aanvaarden, kan in zeldzame gevallen toch het bestaan van een 'overeenkomst' worden aanvaard, in die gevallen waar er toch een uitdrukkelijke aanvaarding vanwege de *beneficiary* blijkt. Bepaalde – vooral Franse – rechtsleer verdedigt soms het standpunt dat er sprake kan zijn van een bijzondere soort schenking onder opschortende voorwaarde, dewelke in vervulling zou gaan wanneer de *beneficiary* een voordeel uit de *trust* verkrijgt.²⁶⁹³ Ook dit standpunt kan niet worden bijgetreden, daar de *beneficiary* onder het van toepassing zijnde trustrecht nog steeds niet hoeft te aanvaarden. Een dergelijke zienswijze, die de *trustee* op het ogenblik van uitkering als het ware als een verlengstuk van de *settlor* beschouwt, miskent o.i. de werkelijke civielrechtelijke aard van de rechtsverhouding. De *beneficiary* verkrijgt immers slechts een voordeel op grond van de trustverhouding, die een afzonderlijk juridisch bestaan leidt, los van de persoon van de *settlor*. De vermeende 'vervollediging' van de schenking is juridisch

en er géén aanvaarding was geweest vanwege de *beneficiary*. De DVB was daarentegen wel van oordeel dat de wijziging van de trustakte een uitvoering van een natuurlijke verbintenis vanwege de *settlor* betrof, zodat het om een 'acte a titre onéreux' ging en niet om een schenking. Ten gevolge hiervan was de *beneficiary* slechts een registratierecht van 12,50% verschuldigd.

Zie: Voorafg. Besl. 29 juli 2014, nr. 2014.179. Voor een kritische bedenking bij de kwalificatie als natuurlijke verbintenis, zie: N. APPERMONT, "Is een inbreng in een *trust* door een erflater vatbaar voor een vordering tot inkorting? Een internationaal privaatrechtelijke en erfrechtelijke analyse" in C. DECLERCK, W. PINTENS (eds.), *Patrimonium 2015*, Brugge, die Keure, 2015, 280. Zie tevens: *infra*, randnr. 1094.

²⁶⁹³ J. DELATTRE, P. TRIPET, "Trust inter vivos irrévocable et succession soumise à la loi française. Considérations civiles et fiscales.", *Jour.Not.* 1981, 525 – 526; T. DE POULPIQUET DE BRESKANVEL, "Le trust inter vivos en droit fiscal français", *Rev.not.b.* 1988, 132 – 133; A. GOBIN, L. MAERTEN, "Nouvelles perspectives du trust en France", *JCP N* 1985, afl. 49, nr. 78. Zie tevens: K.L.H. VAN MENS, *Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip*, Deventer, Kluwer, 1985, 333.

niet te wijten aan de *settlor* maar aan de *trustee*, die handelt op grond van de trustakte.

Anders dan wordt volgehouden door bepaalde Nederlandse rechtsleer²⁶⁹⁴, delen wij evenwel niet de visie dat de *beneficiary* niet 'verrijkt' zou worden vooraleer de *trustee* daadwerkelijk overgaat tot een uitkering van onder trustverband gebrachte goederen. Er is op het ogenblik van de trustcreatie niet louter sprake van een toekomstige verrijking in hoofde van de *beneficiary*. De *beneficiary* verkrijgt met name een *equitable interest* dat naar Engels wordt beschouwd als een *chose in action*. Behoudens andersluidende bepalingen in de trustakte of in gevallen waar het (gedeelte van) het *equitable interest* geen enkele (zekere) waarde kan vertegenwoordigen voor derden, staat het de *beneficiary* vrij om over dit recht te beschikken. Er is dus wel degelijk *ab initio* sprake van een (zekere) vermogenswaarde. De situatie leunt omwille van dit gegeven toch vrij dicht aan bij een onrechtstreekse schenking. Echter, opnieuw moet worden vastgesteld dat de *beneficiary* naar Engels niet zal hoeven te aanvaarden, en dat er principieel geen rechtstreeks juridisch verband bestaat tussen *settlor* en *beneficiary*. Hoger (*supra*, randnr. 665) werd overigens opgemerkt dat in het trustrecht van *common law*-landen doorgaans ook geen conceptueel verklaringsmodel bestaat, waaruit zou blijken dat de *beneficiary* het *equitable interest* van de *settlor* zou verkrijgen. Hoger (*supra*, randnr. 294 – 295) bleek overigens ook dat in de *common law*-rechtsleer ter zake wordt verdedigd dat het *equitable interest* niet ontstaat door de 'opdeling' van voorheen bestaande rechten, zodat het *equitable interest* inderdaad niet 'afkomstig' kan zijn van of (rechtstreeks) toe te rekenen is aan de *settlor*.

Tot slot worden nog enkele bijkomende argumenten aangevoerd die pleiten tegen de kwalificatie van de (in feite onbestaande) 'verhouding' tussen *settlor* en *beneficiary* als 'schenking'. Niettegenstaande de *beneficiary* dadelijk een *equitable interest* verkrijgt, kan de tussenplaatsing van een *trustee* die verregaande bevoegdheden kan hebben met betrekking tot de trustgoederen, het (direct) verband tussen de verarming en de verrijking ernstig verstoren, waardoor nauwelijks nog kan worden gesproken van een correlatie tussen de verarming van de *settlor* en de 'verrijking' door de *beneficiary*. Hoger bleek immers dat het *equitable interest* niet kan worden beschouwd als een afsplitsing van een voorheen bestaand recht in hoofde van de *settlor* (zie *supra*, randnr. 294). Bovendien kan de waarde van het trustvermogen of *trust fund* sterk fluctueren tussen het ogenblik van ontstaan van de *trust* en het ogenblik van uitkering. Verder kan het verband worden verstoord door het gegeven dat er verschillende *beneficiaries* zijn met onderscheiden aanspraken. In de praktijk ontvangt niet elke *beneficiary* op hetzelfde ogenblik een gelijkaardig voordeel op grond van de trustakte. Hoger (*supra*, randnr. 200 e.v.) werd in dit verband uiteengezet welke onderscheiden vormen de rechten van de *beneficiaries in concreto* kunnen aannemen. Behoudens het geval dat er een relatief eenvoudige truststructuur voorligt, wordt het *in*

²⁶⁹⁴ A.J. VAN HOEPEN, "Never trust a trust", *WPNR* 2014, 201; E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 87.

concreto een erg complexe aangelegenheid om vast te stellen wanneer een bepaalde *beneficiary* in welke mate verrijkt wordt.

Ten gevolge van het voorgaande kan er o.i. geen sprake zijn van enige 'schenking' of 'gift' vanwege de *settlor* ten aanzien van de *beneficiary*. Hoogstens in gevallen waar er sprake is van een eenvoudige trustconstructie, waarbij de *trustee* weinig of geen werkelijke beheers- en investeringsbevoegdheden heeft – zodat er geen sprake is van een 'trustfonds' – én waarbij de *beneficiaries* op absolute wijze gerechtigd zijn om de trustgoederen te ontvangen, kan er mogelijks sprake zijn van een gift, maar daarom nog niet van een schenking. In de praktijk zal een dergelijke trustverhouding evenwel eerder zelden worden aangetroffen in een erfrechtelijke context. Ook in gevallen waarbij een *settlor* een trustverhouding in het leven roept waarbij hij goederen overdraagt aan een andere persoon die enerzijds *trustee* is, maar anderzijds ook *beneficiary* van dezelfde trustverhouding is, kan er o.i. sprake zijn van een schenking ten belope van het gedeelte van de goederen waarbij de beide hoedanigheden van *trustee* en *beneficiary* samenvallen in hoofde van dezelfde persoon. Een dergelijke *trustee* kan evenwel niet de enige *beneficiary* zijn, aangezien er in een dergelijke *trust* geen sprake zou kunnen zijn van afzonderlijke *legal* en *equitable interests*. Let wel, in de hypothese dat het de *settlor* zélf is die tevens optreedt als *trustee* is er in de regel sprake van een *declaration of trust*. Deze hypothese wordt verder (*infra*, randnr. 949 e.v.) besproken.

935. Kan de *trust* zelf worden beschouwd als begiftigde? Ook hier dient te worden geconcludeerd dat er geen sprake kan zijn van een 'schenking' of 'gift' ten voordele van de *trust*. De *trust* zelf is immers niets meer dan een rechtsverhouding en is zeker geen rechtspersoon of rechtssubject. Hoger werd tevens geconcludeerd dat de *trust* geen 'entiteit' is. De letterlijke wettekst van artikel 122, eerste lid WIPR heeft het in dit verband ook slechts over een 'rechtsverhouding'. Er wordt nergens gehint op het gegeven dat een trustverhouding doorgaans zou kunnen worden gezien als een rechtssubject.²⁶⁹⁵ Er kan dan ook geen (aan de *trust* toerekenbare) wil tot aanvaardig worden geuit door de *trust*. Bovendien heeft de Belgische wetgever er terecht voor gekozen om de internationaal privaatrechtelijke regeling inzake *trusts* op te nemen in een afzonderlijk hoofdstuk en niet onder Hoofdstuk X WIPR, dat handelt over rechtspersonen.

'De *trust*' zelf kan dus op civielrechtelijk vlak ook niet worden beschouwd als verkrijger. Het is immers steeds de *trustee* die de *legal title* van de onder trustverband gebrachte goederen aanhoudt. Ook beoogde de *settlor* nooit 'de *trust*' te bevoordelen. De *trust* is slechts de rechtsverhouding waarmee een bevoordeling kan worden bewerkstelligd.

936. Tot slot dient nog te worden vastgesteld dat er evenmin een schenking of gift aanwezig kan zijn in de – werkelijk bestaande – juridische verhouding tussen de *trustee* en de *beneficiary*. Opnieuw luidt het antwoord negatief. Indien de *trustee*

²⁶⁹⁵ Zie evenwel *supra*, randnr. 788 e.v. met betrekking tot de bijzondere rechtspositie *charitable trusts* in het procesrecht.

overgaat tot een uitkering van trustgoederen, handelt de *trustee* op grond de bepalingen van de trustakte. De *trustee* handelt aldus op grond van een op hem of haar rustende verplichting, en niet uit vrijgevigheid. Het valt overigens in te zien hoe de *trustee*, aan wie de waarde van de onder trustverband gebrachte goederen niet toekomt, naar eigen inzicht om niet zou kunnen beschikken over die goederen. In hoofde van de *trustee* is dus geen *animus donandi* aanwezig.

937. Concluderend kan worden gesteld dat de rechtshandeling die ten grondslag ligt aan een *private express irrevocable fixed trust* niet noodzakelijkerwijs een schenking of gift hoeft te impliceren. Het onder trustverband brengen van goederen in een dergelijke *trust* zal in de regel dan ook geen rechtshandeling betreffen die vatbaar is voor een vordering tot inkorting, zodat op deze grondslag ook geen succesvolle vordering tot inkorting kan worden ingesteld. Toch moet in elk individueel geval rekening worden gehouden met het voorliggende feitencomplex en dienen de bepalingen van de trustakte nauwgezet te worden geanalyseerd. Gelet op de grote diversiteit aan trustvormen is het quasi-onmogelijk om *in abstracto* op eenduidige wijze een antwoord te geven dat in elk geval juist zal zijn.

Zo hebben wij kunnen ontwaren dat zeer specifieke trustvormen mogelijks toch een gift naar Belgisch recht zouden kunnen impliceren, ook al zal dat o.i. zelden het geval zijn. In dergelijke gevallen zou moeten worden aangenomen dat de trustverhouding in beginsel kan blijven bestaan ten belope van het beschikbaar deel. Indien de trustverhouding rechtsgeldig kan blijven bestaan ten belope van het beschikbaar deel is er geen sprake van een volledige beperking van de erkenning van de buitenlandse *trust*. De effectiviteit of het 'nut' van de erkenning wordt immers niet geheel ontnomen of teruggedraaid. Evenmin kan er sprake zijn van enige beperking van de gevolgen van de erkenning van de buitenlandse *trust*, aangezien de inkorting net tot gevolg heeft dat de totstandkoming van de trustverhouding (deels) wordt teruggedraaid. Besloten moet daarom worden tot een gedeeltelijke beperking van de erkenning van de buitenlandse *trust*, daar de trustverhouding normaal kan opereren voor zover zij betrekking heeft op het beschikbaar deel.

In het geval van een irrevocable discretionary inter vivos trust

938. In het geval van een *irrevocable discretionary inter vivos trust* kunnen de meeste van de in de vorige randummers geformuleerde conclusies *mutatis mutandis* worden getransponeerd, zij het dat de eigenheden van deze trustcategorie verder mee in rekening moeten worden genomen. In het geval van een *discretionary trust* is het immers nog meer problematisch dan in het geval van een *fixed trust* om te besluiten dat er een schenking of gift voorhanden zou zijn. Deze verschillen zijn vooral relevant voor wat betreft de rechtspositie van de *beneficiaries*.

939. In het geval van een *discretionary trust* beschikt namelijk geen enkele *beneficiary* over een volwaardig *equitable interest* met betrekking tot de onder trustverband gebrachte goederen. Integendeel, dit *equitable interest* wordt doorgaans toegerekend aan de 'klasse' van *beneficiaries* als geheel (zie *supra*, randnr. 209). De individuele *beneficiary* die tot de klasse *beneficiaries* kan worden gerekend, heeft in feite niet meer dan een verwachting of hoop (*spes*) om in aanmerking te worden genomen als mogelijke *beneficiary* door de *trustee*.²⁶⁹⁶ Het is dus mogelijk dat de *beneficiary* nooit een uitkering van trustgoederen zal ontvangen. Eender welke *beneficiary* kan dus bezwaarlijk worden 'verrijkt' vóór deze enig voordeel heeft ontvangen.

940. In bepaalde gevallen kan het overigens nog voorkomen dat de *trustee* de bevoegdheid wordt verleend om de klasse van potentiële *beneficiaries* aan te passen of om nieuwe potentiële *beneficiaries* aan te duiden. In dergelijke gevallen kan nog moeilijker worden volgehouden dat er een voldoende direct verband bestaat tussen de verarming van de *settlor* en de (potentiële) verrijking door deze *beneficiaries*. Nog veel meer dan het geval is in een *fixed trust*, wordt dit verband doorbroken door de uitoefening van bepaalde dispositieve bevoegdheden door de *trustee*.

941. Ook in het geval van een *irrevocable discretionary inter vivos trust* kan bezwaarlijk worden volgehouden dat er een *animus donandi* zou bestaan in hoofde van de *trustee*, dat de *trustee* zelf principieel begunstigde zou zijn, of dat de *trust* zelf zou kunnen worden aangeduid als verkrijger vanwege de *settlor*. Nochtans heeft de Nederlandse Hoge Raad in de zogeheten Novemberarresten in het verleden geoordeeld dat de onder trustverband gebrachte goederen *fiscaal* konden worden toegerekend aan de *discretionary trust* zelf, als doelvermogen (zie *infra*, randnr. 1085 e.v.). Op civielrechtelijk vlak kan van een dergelijke toerekening evenwel geen sprake zijn, gelet op de civielrechtelijke aard van deze rechtsfiguur.

942. Ook in het geval van een *irrevocable discretionary inter vivos trust* dient aldus te worden geconcludeerd dat de daaraan ten grondslag liggende rechtshandeling niet (noodzakelijkerwijs) kan worden beschouwd als een 'schenking' of een 'gift'. De bijzondere eigenschappen van een *discretionary trust* zet deze conclusie nog sterker in de verf.²⁶⁹⁷ In het ergste geval is er opnieuw sprake van een gedeeltelijke beperking van de erkenning van de trustverhouding.

In het geval van een fixed of discretionary testamentary trust

943. Zoals hoger uiteengezet, kan een trustverhouding niet slechts in het leven worden geroepen door middel van een rechtshandeling onder de levenden, maar tevens door middel van een uiterste wilsbeschikking van de *settlor*. Het betreft dan

²⁶⁹⁶ J.E. PENNER, *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 69.

²⁶⁹⁷ Eensluidend: G. VAN HECKE, "Trust en successierechten" in X (ed.), *Liber Amicorum professor baron Jean Van Houtte*, Brussel, Elsevier, 1975, 1069.

een *testamentary trust*. Essentieel aan dergelijke *trusts* is dat de rechtshandeling die aan hun ontstaan ten grondslag ligt een testamentaire beschikking is.

In dit verband kan nogmaals worden gewezen op het vonnis van de rechtbank te Brussel van 31 mei 1994.²⁶⁹⁸ In deze zaak diende de rechter uitspraak te doen over een *testamentary trust*. De dochter van de testator, die zich beriep op haar status als reservataire erfgenaam, vorderde de nietigverklaring van het testament, aangezien de testator het beschikbaar deel had overschreden door het instellen van de *trust* en zij ten gevolge hiervan werd onterfd. De rechtbank stelde vast dat *in casu* het Belgische erfrecht gold als toepasselijke *lex successionis*, zodat de mogelijkheid tot testamentaire vererving ook diende te worden beoordeeld aan de hand van het Belgische recht. Volgens de rechtbank diende daarbij evenwel een evenwicht te worden nagestreefd tussen de naleving van de regels van het Belgische erfrecht enerzijds en de eerbiediging van de wensen van de testator anderzijds. Teneinde een dergelijk conflict te beslechten, diende volgens de rechtbank te worden geopteerd voor de minst drastische oplossing. Om deze reden oordeelde de rechtbank dat het testament geen uitwerking kon krijgen in de mate dat de testator het beschikbaar deel, vastgesteld aan de hand van het Belgische erfrecht, had overschreden. De eiseres kon aldus terecht de inkorting van de *trust* eisen tot het beschikbare gedeelte. In de zaak van 27 november 1947 velde de rechtbank te Brussel reeds een gelijkaardig oordeel met betrekking tot een *testamentary trust*.²⁶⁹⁹

944. Het in het vorige randnummer besproken oordeel van de rechtbank te Brussel moet worden bijgetreden, nu de trustcreatie inderdaad voortvloeide uit een testamentaire beschikking. Vanuit Belgisch perspectief en luidens het Belgische erfrecht ligt er inderdaad een rechtshandeling voor die vatbaar is voor een succesvolle vordering tot inkorting. De inkorting heeft in dat geval plaats op het niveau van de rechtshandeling waarmee de goederen onder trustverband werden gebracht, zijnde de testamentaire beschikking.²⁷⁰⁰ Een nadere kwalificatie van deze rechtshandeling, waarbij eveneens de aard van de 'gelanceerde' trustverhouding in aanmerking wordt genomen, is in dergelijke gevallen aldus niet vereist. Indien een testator aldus een *trust* in het leven heeft geroepen bij wijze van uiterste wilsbeschikking, kan aldus worden aangenomen dat de reservataire erfgenamen wel degelijk een succesvolle vordering tot inkorting kunnen instellen. De *trust* zal dan maar geldig 'gelanceerd' kunnen worden met betrekking tot het beschikbaar deel van de nalatenschap. In die gevallen is er opnieuw sprake van een gedeeltelijke beperking aan de erkenning van de trustverhouding.

²⁶⁹⁸ Rb. Brussel 31 mei 1994, *RW* 1994 – 1995, 667 – 680.

²⁶⁹⁹ Rb. Brussel 27 november 1947, *Rev.prat.not.b.* 1948, 158, *Pas.* 1948, III, 51.

²⁷⁰⁰ Zie ook: E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 86, vn. 36.

In het geval van een *revocable trust*

945. Hoger (*supra*, randnr. 212 - 214) is gebleken dat een trustverhouding in beginsel niet door de *settlor* kan worden herroepen, eenmaal de rechtsverhouding rechtsgeldig in het leven is geroepen. De *settlor* kan zich evenwel de bevoegdheid voorbehouden om de trustverhouding toch te herroepen door middel van een *power to revoke*. Er is dan sprake van een *revocable trust*. Het bestaan van een dergelijke *power* wordt evenwel niet vermoed, noch is een dergelijke *power* inherent verbonden aan de hoedanigheid van *settlor*. Indien de *settlor* deze *power* vervolgens uitoefent, wordt het trustverband beëindigd, en keren de onder trustverband gebrachte goederen terug naar het persoonlijke vermogen van de *settlor*. Toch kan niet worden aangenomen dat de *trust* in kwestie op civielrechtelijk vlak een fictie zou betreffen. Zo lang als de trustverhouding niet wordt herroepen, bestaat deze juridische verhouding ook wel degelijk. De *trustee* houdt de *legal title* met betrekking tot de trustgoederen aan. Het grote verschil met een *irrevocable trust* bestaat erin dat de *trustee* vanuit een civielrechtelijk perspectief kan worden beschouwd als een 'eigenaar onder ontbindende voorwaarde'. Door middel van de uitoefening van de *power to revoke* door de *settlor* wordt deze voorwaarde vervuld. De *trustee* verliest dan de *legal title* en daarmee ook zijn hoedanigheid van *trustee* met betrekking tot de onder trustverband gebrachte goederen.

946. Een belangrijk gegeven dat hier mee in rekening moet worden genomen, bestaat er in dat de *settlor* de *power to revoke* maar kan uitoefenen tot op het ogenblik van diens overlijden. Aangezien de *power* wegens haar persoonsgebonden karakter uitdooft op het ogenblik van overlijden, kunnen de erfgenamen van de *settlor* zich er dan ook niet beroepen. Zulks zou slechts het geval kunnen zijn indien aan hen een autonoom bestaande *power to revoke* wordt toegekend, bijvoorbeeld indien zij zouden optreden als *protector* of als mede-*settlor*. Om deze reden wordt een *revocable trust* soms ook aangeduid onder de benaming '*living trust*'.

947. Indien vervolgens wordt nagegaan of de rechtshandeling waarmee een *settlor* een *revocable trust* in het leven roept, hetgeen in de regel zal geschieden door middel van een rechtshandeling onder de levenden, vatbaar is voor een vordering tot inkorting, dient allereerst te worden opgemerkt dat het de trustverhouding zelf is die herroepbaar is. Het is als zodanig niet de overdrachtshandeling die door de *settlor* wordt herroepen. Niettegenstaande dit gegeven, zou hieruit toch kunnen worden geconcludeerd dat er in het geval van een *revocable trust a fortiori* geen schenking of gift onder de levenden voorhanden kan zijn. De verarming van de *settlor* is niet definitief, net zo min als de (potentiële) verrijking door de *beneficiaries*, behoudens voor het deel dat zij reeds daadwerkelijk zouden hebben verkregen. Daar staat wel tegenover dat enig voordeel dat de *beneficiaries* reeds zouden hebben ontvangen vóór de trustverhouding wordt herroepen, definitief verworven is (zie *supra*, randnr. 213). Dit gegeven vloeit voort uit het feit dat de trustverhouding vóór de herroeping

juridisch werkelijk bestaat. Op civielrechtelijk vlak kan aldus niet worden volgehouden dat de onder trustverband gebrachte vermogensbestanddelen zouden moeten worden toegerekend aan de *settlor*, tot op het ogenblik van overlijden. Voor wat betreft de mogelijke fiscale gevolgen, zie *infra*, randnr. 1169 e.v.

948. Toch hoeft het voorgaande o.i. niet te impliceren dat de rechtshandeling waarmee een *revocable trust* in het leven wordt geroepen, *a fortiori* geen voor inkorting vatbare rechtshandeling zou zijn. Het tegendeel lijkt ons eerder het geval te zijn. Deze conclusie vloeit echter niet voort uit de bewering dat de rechtshandeling waarmee de *revocable trust* wordt opgericht een 'schenking' of gift zou zijn, of omwille van haar karakter als rechtshandeling onder de levenden. De – vooral Amerikaanse – praktijk leert immers dat *revocable trusts* in de eerste plaats worden gebruikt als testamentvervangers. Omdat de trustverhouding pas definitief wordt op het ogenblik van overlijden van de *settlor* (i.e. het wordt duidelijk dat de 'ontbindende voorwaarde' niet in vervulling zal gaan), bieden zij een alternatief voor de vaak dure en complexe *probate procedure* die met testamentaire erfopvolging gepaard gaat (zie *supra*, randnr. 214). In veel gevallen wordt de *trust* ook pas werkelijk 'geactiveerd' op het ogenblik van overlijden van de *settlor*. Zij het omdat er pas vanaf dit ogenblik uitkeringen geschieden, zij het omdat de *settlor* tot op dat ogenblik de enige *beneficiary* was met een actueel recht die aldus een voordeel kon ontvangen vanuit de *trust*. De 'fixatie' van de *trust* ten aanzien van de (overige) *beneficiaries* geschiedt pas op het ogenblik van het overlijden van de *settlor*. Pas vanaf dit ogenblik zullen zij effectief voordelen ontvangen uit de *trust*. De *revocable trust* kan daarmee een sterke functionele equivalentie vertonen met een testamentaire beschikking, die eveneens kan worden herroepen door de testator.²⁷⁰¹ Aangezien een dergelijke *trust* op een functioneel niveau een sterkere verwantschap toont met een testamentaire beschikking dan met een beschikking onder de levenden, lijkt het ons niet bij voorbaat uitgesloten dat de rechtshandeling die aan een dergelijke *trust* ten grondslag ligt toch vatbaar is voor een vordering tot inkorting.²⁷⁰² Deze conclusie geldt te meer aangezien de *settlor* regelmatig tevens de *trustee* is van dergelijke trustvormen. De bedoeling is dan dat er een nieuwe *trustee* wordt aangeduid op het ogenblik van overlijden van de oorspronkelijke *settlor/trustee*.²⁷⁰³ In die gevallen is er dan ook regelmatig sprake van een *declaration of trust*. Deze hypothese wordt verder (*infra*, randnr. 949) besproken.

²⁷⁰¹ R. SITKOFF, "Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 450; M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 103; F. SONNEVELDT, J.B. VEGTER, "APV's en internationale estate planningsadviesing. Vier casusposities met Amerikaanse trustvormen", *WPNR* 2013, 1015.

²⁷⁰² *Contra*: E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 88 – 90, 91 – 92.

²⁷⁰³ F. SONNEVELDT, J.B. VEGTER, "APV's en internationale estate planningsadviesing. Vier casusposities met Amerikaanse trustvormen", *WPNR* 2013, 1015.

Deze conclusie vloeit niet zozeer voort uit strikt juridische civielrechtelijke analyse, maar wel vanuit een eerder functionele en analogische benadering, rekening houdende met het gegeven dat het een internationale situatie betreft en de *trust* voor *civil law*-stelsels een onbekende rechtsfiguur is, alsook vanuit billijkheidsoverwegingen. Het lijkt immers moeilijk verantwoordbaar dat een rechtsfiguur, indien deze zelfs onder de *lex causae* wordt aanschouwd als een testamentvervanger, toch aan de greep van het Belgische erfrecht zouden kunnen ontsnappen.

Daarmee is evenwel niet gezegd dat de rechtshandeling waarmee een *revocable trust* in het leven wordt geroepen, per definitie vatbaar zou moeten zijn voor een vordering tot inkorting. Opnieuw dient bij deze beoordeling rekening te worden gehouden met de concrete omstandigheden en met de bepalingen van de trustakte zelf. De zoëven geschetste logica hoeft ook niet van toepassing te zijn op ieder concreet geval. Gelet op de diversiteit aan trustvormen en de veelheid aan doeleinden waarvoor zij zouden kunnen worden gebruikt, kan het bestaan van een universeel geldende of toepasbare oplossing dan ook worden betwijfeld. Echter, in zoverre dat de *trust* eenzelfde functie heeft als een testamentaire beschikking, lijkt het o.i. niet onlogisch dat zij ook op dezelfde wijze zou kunnen worden behandeld. In lijn met het voorgaande kan in die gevallen worden besloten tot een gedeeltelijke beperking aan de erkenning van de buitenlandse *trust*.

In het geval van een declaration of trust

949. Indien de *settlor* een trustverhouding in het leven heeft geroepen bij wijze van een *declaration of trust*, liggen de zaken opnieuw anders. Belangrijk in het geval van een *declaration of trust* is vooral dat de hoedanigheden van *settlor* en *trustee* samenvallen. Het gevolg hiervan is dat de triangulaire structuur die de hoger besproken trustvormen kenmerkte, hier in de regel afwezig zal zijn. De *beneficiaries* verkrijgen in dergelijke gevallen wél rechtstreeks van de *settlor*, aangezien deze laatste voortaan handelt als *trustee*. Vanuit het perspectief van het Belgische erfrecht zou hier minstens het bestaan van een gift, of – afhankelijk van de omstandigheden en indien de voorwaarde van aanvaarding zou zijn vervuld – het bestaan van een schenking kunnen worden aanvaard. De 'intermediatie' die in andere gevallen wordt uitgeoefend door één of meerdere afzonderlijke *trustees*, is in het geval van een *declaration of trust*, immers niet voorhanden.

De onder trustverband gebrachte goederen bevinden zich weliswaar in een afgescheiden vermogen, maar het zal nog steeds de oorspronkelijke *settlor* zijn, die titularis is van dit vermogen. Deze *settlor* blijft ook (fiduciaire) eigenaar van de onder trustverband gebrachte vermogensbestanddelen, tot op het ogenblik dat zij door hem worden overgedragen aan de *beneficiaries*. Het bestaan van een dergelijke directe verhouding tussen de oorspronkelijke *settlor* en de *beneficiaries* rechtvaardigt o.i. de conclusie dat een dergelijke trustverhouding desgevallend kan worden ingekort tot het beschikbare gedeelte. Er is immers geen voorafgaande

overdracht van de onder trustverband te brengen goederen aan een *trustee* gebeurd. De enige overdrachtshandeling die in deze gevallen van tel is, is de overdracht van goederen vanwege de *settlor/trustee* aan de *beneficiaries*.

Conclusie met betrekking tot de mogelijkheid tot het instellen van een succesvolle vordering tot inkorting

950. Uit het voorgaande is gebleken dat deze kwestie met de nodige nuance en omstandigheid dient te worden benaderd. Uit het gegeven dat het bestaan van de *trust* als afzonderlijk bestaande rechtsverhouding dient te worden aanvaard, vloeit voort dat een mogelijke inkorting steeds plaats dient te hebben op het niveau van de rechtshandeling waarmee de trustgoederen onder trustverband worden gebracht. Artikel 124, §3 WIPR bewerkstelligt in dit verband slechts dat de bescherming van de erfrechtelijke reserve onder de toepasselijke *lex successionis* kan worden gewaarborgd, *zoals* deze van toepassing is onder de aangewezen *lex successionis*. Het gevolg hiervan is dat, teneinde na te gaan of de concrete rechtshandeling waarmee de goederen onder trustverband werden gebracht, vatbaar is voor een vordering tot inkorting, met minstens drie factoren rekening gehouden moet worden. Ten eerste dient de rechtshandeling waarmee de goederen onder trustverband werden gebracht als zodanig in aanmerking te worden genomen, alsmede de kwalificatie van deze rechtshandeling volgens de daarop van toepassing zijnde *lex causae*. Ten tweede dient de concrete trustverhouding die in het leven wordt geroepen nader te worden beschouwd, teneinde de rechtsgevolgen van de overdrachtshandeling nader in te schatten. Ten derde dient te worden nagegaan welke rechtshandelingen überhaupt vatbaar zijn voor een vordering tot inkorting ingevolge de toepassing van de toepasselijke *lex successionis*. Hoger werd uitgegaan van de toepassing van het Belgische erfrecht *de lege lata*. Hoger (*supra*, randnr. 581) werd kort onderzocht welke rechtshandelingen vatbaar zijn voor een vordering tot inkorting naar Zwitsers recht. Deze vergelijking toont aan dat de mogelijkheid tot een succesvolle vordering tot inkorting kan verschillen, afhankelijk van de wijze waarop de *lex successionis* de voor inkorting vatbare rechtshandelingen definieert.

951. Op de vraag of de bescherming van de erfrechtelijke reserve kan worden verzekerd ten aanzien van een buitenlandse trustverhouding bestaat o.i. aldus geen *one size fits all*-antwoord. Het zal steeds van belang zijn om de concrete juridische verhoudingen tussen de betrokken partijen in ogenschouw te nemen en na te gaan welk rechtsstelsel de verschillende relevante rechtsverhoudingen beheerst. Relatieve duidelijkheid is er o.i. wel in het geval van een *testamentary trust*, de meeste *revocable trusts* en wanneer de *settlor* de trustverhouding heeft geschapen door middel van een *declaration of trust*. De meeste complexiteiten bevinden zich daarmee vooral op het niveau van de *inter vivos trusts*. Het dient overigens te worden opgemerkt dat de moeilijkheden die worden veroorzaakt door de confrontatie tussen een *lex successionis* die de *trust* niet kent en de *trust* zelf,

hier op hun scherpst worden gesteld. Teneinde de zonet geformuleerde conclusies te kunnen bereiken, is het dan ook nodig gebleken om het toepassingsgebied van het Belgische erfrecht als aangewezen *lex successionis*, wat verder open te rekken dan normaliter het geval zou zijn. Dit is het gevolg van de noodzaak om een billijk en praktisch werkbaar resultaat te bereiken als uitkomst van een zeer complexe wisselwerking tussen twee (of meer) verschillende rechtsstelsels. Uit de Belgische en buitenlandse rechtspraak blijkt alvast duidelijk dat een eventueel conflict tussen de trustverhouding en de erfrechtelijke reserve onder de toepasselijke *lex successionis* niet dient te worden opgelost door de *trust* te beschouwen als zijnde nietig of vernietigbaar, maar steeds door een inkorting. Er kan dan ook niet worden besloten tot een volledige beperking aan de erkenning van de trustverhouding, maar slechts tot een gedeeltelijke beperking daarvan.

952. Tot slot dient nog te worden opgemerkt dat de reservataire erfgenamen ook nog op andere wijzen kunnen worden beschermd dan door een rechtstreeks beroep op de erfrechtelijke reserve alleen. Zoals de zaak *Caron* reeds illustreerde, kan een beroep worden gedaan op de leer inzake wetsontduiking wanneer het bleek dat de erflater manifest verschillende internationaal privaatrechtelijke aanknopingspunten heeft gemanipuleerd met het enkele doel te ontsnappen aan de gewoontelijke toepassing van het normaal van toepassing zijnde erfrecht. In het Belgische recht wordt een dergelijke vorm van wetsontduiking gesanctioneerd door middel van de niet-tegenwerpelijke (zie *supra*, randnr. 617 en 621). Met het bestaan van de trustverhouding dient in dat geval geen rekening te worden gehouden. Zoals hoger (*supra*, randnr. 929) is gebleken, zal een beroep op de internationale openbare orde met als oogmerk om de toepassing van de erfrechtelijke reserve te forceren, o.i. in beginsel niet mogelijk zijn.

De volgorde van inkorting

953. In de hypothese dat de rechtshandeling waarmee de goederen onder trustverband werden gebracht toch vatbaar zou zijn voor een succesvolle vordering tot inkorting, rijst vervolgens de vraag naar de volgorde van aanrekening op het beschikbaar deel. Deze vraag kwam in Frankrijk ook reeds aan de orde in de zaak *Zieseniss* van het *Cour de cassation* en het daaropvolgende verwijzingsarrest van het hof te Parijs (zie *supra*, randnr. 669 e.v.). Uit deze zaak bleek dat het Franse *Cour de cassation* van oordeel was dat aan *trusts* een eigen rangorde diende te worden toegekend. De *trust* diende met name te worden ingekort na eventuele legaten, maar vóór eventuele schenkingen. Hoger werd bij de analyse van dit arrest reeds opgemerkt dat het arrest aanleiding gaf tot discussie in de Franse rechtsleer. Het is vermoedelijk om deze reden dat in de Franse rechtsleer bijzondere aandacht is uitgegaan naar de hier aan de orde zijnde vraag.²⁷⁰⁴

²⁷⁰⁴ G.A.L. DROZ, M. REVILLARD, Successions, Jurisclasseur droit international, V^o Libéralités, Donations, Trusts, Fasc. 557-30 B, 2015, nr. 97 – 98; G.A.L. DROZ, "De la réduction des

Om deze vraag te kunnen beantwoorden, vertrekt de Franse rechtsleer in de regel vanuit de juridische logica die achter de bestaande volgorde van inkorting schuilgaat. De bestaande volgorde wordt volgens deze auteurs vooral gerechtvaardigd door de principiële onherroepbaarheid van schenkingen enerzijds en het ogenblik van verarming van de schenker/erflater anderzijds.²⁷⁰⁵ Testamentaire beschikkingen zijn herroepelijk tot op het ogenblik van overlijden, terwijl schenkingen principieel onherroepelijk zijn. Omwille van deze reden worden de oudste schenkingen het meest beschermd, terwijl de testamentaire beschikkingen het minst beschermd worden. Deze logica verklaart ook mede waarom oudere schenkingen eerst dienen te worden aangerekend op het beschikbaar deel, en jongere schenkingen pas daarna kunnen worden aangerekend. Tegelijk kan worden vastgesteld dat bevoordeling van de begunstigde principieel reeds zal zijn voltrokken bij schenkingen, terwijl de begunstiging door middel van een testamentaire beschikking pas definitief wordt voltrokken na het overlijden van de testator. Vanuit een beleidsmatig oogpunt is het dus wenselijker is om de oudste bevoordelingen intact te laten ten nadele van de jongere bevoordelingen.

954. In lijn met het voorgaande dient opnieuw te worden opgemerkt dat het niet zinvol is om naar een eenheidsbenadering van elke *trust* te streven voor het beantwoorden van deze vraag.²⁷⁰⁶ *Trusts* kunnen in te veel verschillende gedaantes voorkomen om een zinvolle eenheidsbenadering mogelijk te maken. Rekening houdende met de eigenheden van de verschillende belangrijkste trustvormen, kunnen wel opnieuw enkele richtlijnen worden meegegeven.

libéralités réalisées au moyen d'un trust" (noot onder Cass. Fr. 20 februari 1996), *Rev. Crit. DIP* 1996, 692 e.v.; Y. LEQUETTE, "De l'imputation et de la réduction des libéralités à cause de mort réalisées au moyen d'un trust entre vifs" (noot onder Parijs 7 april 1999), *Recueil Dalloz* 1999, 684; J. PATARIN, "Détermination du rang de réduction de libéralités résultant d'un trust, en présence, dans le règlement d'une succession régie par le droit français, de donations entre vifs et de legs postérieurs à la date de constitution du trust", *RTD Civ.* 1999, 682 e.v.; M. JOSSELINE-GALL, "L'intégration d'un trust dans l'ordre de réduction des libéralités d'une succession internationale soumise à la loi française", *JCP N* 1999, 1891 e.v.; Y. LEQUETTE, "De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust entre vifs" (noot onder Cass. Fr. 20 februari 1996), *Recueil Dalloz* 1996, 231 e.v.; S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 335 – 345.

²⁷⁰⁵ S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 335 – 345; Y. LEQUETTE, "De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust entre vifs" (noot onder Cass. Fr. 20 februari 1996), *Recueil Dalloz* 1996, nr. 12; J. PATARIN, "Détermination du rang de réduction de libéralités résultant d'un trust, en présence, dans le règlement d'une succession régie par le droit français, de donations entre vifs et de legs postérieurs à la date de constitution du trust", *RTD Civ.* 1999, 682 e.v.

Zie ook: M. GRIMALDI, *La nature juridique de l'institution contractuelle*, Doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 1977, 90 e.v.; P. DELNOY, P. MOREAU, *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil*, Brussel, Larcier, 2016, 293.

²⁷⁰⁶ Eensluidend: S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 338.

955. Ten eerste kan opnieuw een onderscheid worden gemaakt tussen *inter vivos trusts* en *testamentary trusts*. Vooral voor *testamentary trusts* is het antwoord relatief eenvoudig te geven. Aangezien een dergelijke *trust* tot stand komt door middel van een testamentaire beschikking, dient deze testamentaire beschikking aangerekend te worden op het beschikbaar deel, tegelijk met mogelijke andere legaten.

956. Voor wat betreft de *inter vivos trusts* komt het ons voor dat een meer genuanceerde benadering op zijn plaats is.

Indien het een *irrevocable trust* betreft, kan worden opgemerkt dat de *trust*, net als een schenking, onherroepbaar is. Het maakt daarbij geen verschil of het een *fixed trust* of een *discretionary trust* betreft. Indien de rechtshandeling waarmee een dergelijke trustverhouding in het leven wordt geroepen toch vatbaar zou zijn voor een succesvolle vordering tot inkorting, dient zij te worden aangerekend op de dag waarop deze rechtshandeling werd gesteld. Hier gaat immers dezelfde logica op als voor schenkingen. De daaropvolgende trustverhouding kan immers niet meer door de *settlor* worden herroepen en de *settlor* werd op deze datum definitief verarmd.

Voor wat betreft een herroepbare *trust* kan worden opgemerkt dat de verarming van de *settlor* niet definitief of onomkeerbaar is. Zulks wordt ook onderkend in de Franse rechtsleer.²⁷⁰⁷ In de zaak *Zieseniss* volgde het hof te Parijs uiteindelijk het oordeel van het Franse *Cour de cassation* omdat het *in casu* een *revocable trust* betrof. De vraag rijst echter of de keuze van beide Franse hoven navolging verdient. In de Franse rechtsleer werd de keuze van beide Franse rechtscolleges niet steeds gevolgd. Bepaalde auteurs pleitten dat de in aanmerking te nemen datum deze zou moeten zijn waarop de *beneficiaries* een *equitable interest* verkregen op de onder trustverband gebrachte goederen.²⁷⁰⁸ LEQUETTE voelde dan weer veel meer voor een oplossing waarbij de *trust* werd ingekort zoals een legaat, omdat dit de datum zou zijn waarop de begunstigen definitieve zekerheid hadden omtrent de vraag of zij dan al dan niet een daadwerkelijk voordeel zouden ontvangen vanwege de *trust*.²⁷⁰⁹ GODECHOT stelt voor om de datum vast te stellen op het ogenblik dat de *beneficiaries* een *vested equitable interest* verkrijgen.²⁷¹⁰ Zoals hoger (*supra*, randnr. 207) werd toegelicht, is een *vested interest* een *interest* dat de *beneficiary* een gerechtigdheid verschafft om trustgoederen te ontvangen indien de zaken blijven zoals zij zijn.

Echter, zoals hoger (*supra*, randnr. 213) uiteengezet, zijn de zaken niet steeds even eenvoudig wanneer het een *revocable trust* betreft. Hoewel het mogelijk is dat de begunstigen – andere dan de *settlor* zelf – niets ontvangen tot op het ogenblik van overlijden van de *settlor*, is het toch mogelijk dat de *beneficiaries*

²⁷⁰⁷ *Ibid*, 339 – 43.

²⁷⁰⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, noot onder Cass.Fr. 20 februari 1996, *JCP* éd. G, 1996, II, nr. 11 e.v.

²⁷⁰⁹ Y. LEQUETTE, "De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust entre vifs" (noot onder Cass. Fr. 20 februari 1996), *Recueil Dalloz* 1996, nr. 17.

²⁷¹⁰ S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 343.

reeds bepaalde voordelen verkrijgen vanwege de *trust* gedurende het leven van de *settlor*. Indien de *beneficiaries* een voordeel verkregen van de *trustee* is deze bevoordeling overigens definitief verworven en zal de uitoefening van de *power to revoke* door de *settlor* daaraan niets meer veranderen. Indien de *beneficiaries* evenwel een uitkering van trustgoederen ontvangen, zullen zij echter nooit met zekerheid kunnen weten of het tot een volgende uitkering van trustgoederen zal komen, zo lang als de *settlor* nog leeft. Omwille van voorgaande redenen schijnt het o.i. zinvol om in het geval van een *revocable trust* bij uitstek te opteren voor een gedifferentieerde aanpak. Indien de *revocable trust* werkelijk functioneert als testamentvervanger en zodoende pas 'activeert' op het ogenblik van overlijden van de *settlor*, is de beste oplossing om de rechtshandeling waarmee de *revocable trust* tot stand werd gebracht, tegelijk in te korten met de legaten. De *trust* wordt dan, samen met de legaten, eerst aangerekend op het beschikbaar deel van de nalatenschap. Indien er echter reeds definitief verworven uitkeringen zouden zijn geschied, dringt zich een meer genuanceerde benadering op. In dit geval schijnt het meer realistisch voor om elke afzonderlijke begunstiging gedurende het leven van de *settlor* ook afzonderlijk in aanmerking te nemen op de datum waarop de begunstiging heeft plaatsgevonden. In feite wordt iedere afzonderlijke begunstiging dan samen in aanmerking genomen met de schenkingen, te beginnen bij de jongste. Het overige gedeelte, dat gedurende het leven van de *settlor* nog niet werd uitgekeerd aan enige *beneficiary*, kan dan samen met de legaten worden ingekort. Op deze wijze wordt aangesloten bij de vigerende logica die achter de normale volgorde van aanrekening schuilgaat. Enerzijds wordt rekening gehouden met het gegeven dat de *settlor* niet definitief verarmd is voor wat betreft de trustgoederen die nog niet zijn uitgekeerd. De *settlor* is echter wel definitief verarmd met betrekking tot uitkeringen die reeds zouden zijn verricht, aangezien deze niet meer kunnen worden herroepen. Tegelijk wordt op optimale wijze rekening gehouden met de definitief door de *beneficiary* verworven bevoordelingen, op dezelfde wijze als dat ook geval is voor schenkingen. In beide gevallen wordt de begunstiging definitief verworven, en net daarom is het zinvol om de oudere begunstigingen eerder aan te rekenen op het beschikbaar deel dan de jongere begunstigingen.

x. **Tussenbesluit betreffende de 'erkenning' van buitenlandse trusts in België na de inwerkingtreding van het WIPR.**

957. In dit onderdeel werd onderzocht in welke mate een buitenlandse trustverhouding civielrechtelijk kan worden 'erkend' in België ingevolge de toepassing van de internationaal privaatrechtelijke verwijzingsregels voor *trusts* die werden geïntroduceerd in het Belgische WIPR. Aangezien deze verwijzingsregels in belangrijke mate zijn gebaseerd op de regeling uit het Haagse Trustverdrag, kon bij het onderzoeken van de inhoud en draagwijdte van deze verwijzingsregels een gelijkaardig stramien worden aangehouden.

958. Hoewel de bepalingen uit het WIPR inzake *trusts* dan wel gebaseerd zijn op de bepalingen van het Haagse Trustverdrag, achtten de opstellers van het WIPR het niet opportuun om ook de gehele systematiek die dit verdrag kenmerkt, mee over te nemen in het WIPR. Een afzonderlijk deel over de minimale erkenning van van de *trust* werd achterwege gelaten. Hoewel de Raad van State in zijn advies hierover enkele bedenkingen uitte, werd ervoor geopteerd om zo veel als mogelijk te redeneren in termen van wetsconflicten teneinde hetzelfde doel te bereiken. De voorgaande analyse heeft geleerd dat deze keuze op het eerste gezicht weinig fundamentele impact hoeft te hebben op het concrete resultaat. Deze keuze van de opstellers van het WIPR en van de Belgische wetgever kan evenwel worden betreurd. De analyse van de Belgische rechtspraak die dateert van na de introductie van het WIPR en vooral deze van de Belgische rechtsleer die de desbetreffende bepalingen uit het WIPR bespreekt, leert dat de belangrijkste tekortkoming van het WIPR niet zozeer inhoudelijk-juridisch van aard is, maar vooral slaat op het 'educatieve' aspect dat het Haagse Trustverdrag kenmerkt. Veel meer dan het WIPR vormt het Haagse Trustverdrag, alsook het daarbij horende *Explanatory Report* een handleiding die aangeeft hoe deze bepalingen in de praktijk aanleiding kunnen geven tot een daadwerkelijke erkenning van (de rechtsgevolgen van) een buitenlandse *trust*. Het is dan ook kenmerkend dat de Belgische rechtsleer op deze vlakken minder ver staat dan bijvoorbeeld de Nederlandse of Zwitserse rechtsleer. Het lijkt er sterk op dat een gedegen studie van het Haagse Trustverdrag als het ware een noodzakelijke voorwaarde vormt om de mogelijkheden die het WIPR biedt te kunnen begrijpen en inschatten.

Symptomatisch in dit verband is de (vaak herhaalde) stelling in de Belgische rechtsleer die wijst op de toepassing van de artikelen 7 en 8 Hyp.W. (zie *supra*, randnr. 783), waarmee wordt gesuggereerd dat het fundamentele onderscheid tussen het persoonlijke vermogen van de *trustee* en het afgezonderde trustvermogen zou kunnen worden aan de kant geschoven, of dat de onder trustverband gebrachte goederen toch zouden worden geacht te behoren tot het persoonlijke vermogen van de *settlor*. Welnu, een lezing van de bepalingen van het Haagse Trustverdrag leert dat de erkenning van de 'segregatie' van de onder trustverband gebrachte goederen wordt beschouwd als een minimumvereiste, zonder hetwelk niet kan worden gesproken van een daadwerkelijke of nuttige vorm van erkenning van de *trust* als afzonderlijk bestaande rechtsverhouding. Wordt daarmee een exogene regel in het WIPR ingevoegd, die als zodanig niet blijkt uit de bepalingen van het WIPR zelf? O.i. niet, gelet op het gegeven dat de *trust* in het WIPR zelf wordt vooropgesteld als een 'afgescheiden vermogen'. Zoals hoger (*supra*, randnr. 735 en 746) meermaals werd aangehaald, vormt 'entity shielding' nu eenmaal een essentieel aspect van ieder afgescheiden vermogen, ook in de Belgische rechtsorde. Een ratificatie of meer volledige overname van de regeling uit het Haagse Trustverdrag zou aldus niet alleen nuttig zijn om enkele (schijnbare) blinde juridische vlekken te remediëren, zoals bijvoorbeeld de mogelijkheid om melding te maken van het bestaan van het trustverband in openbare registers. Gelet op het unieke karakter van trustverhoudingen, dat tevens sterk resoneert doorheen het IPR, zou het tevens raadzaam zijn om over te gaan tot een ratificatie

van dit verdrag of meer volledige overname van de bepalingen daarvan, omwille van de educatieve functie die zij vervullen. Bovendien kan tevens inspiratie worden geput uit de Zwitserse ervaring, waar de ratificatie van dit verdrag ook heeft geleid tot de invoering van bijzondere materieelrechtelijke regels met betrekking tot *trusts*, bijvoorbeeld op het vlak van het insolventierecht.

959. Voor wat betreft het aanduiden van het op de *trust* van toepassing zijnde recht is het allereerst belangrijk op te merken dat het WIPR de principiële vrijheid van de *settlor* om een rechtskeuze te maken, overneemt. In dit opzicht lijkt de verwijzingsregel voor *trusts* op deze voor overeenkomsten, waar het de partijen in beginsel evenzeer vrij staat om een rechtskeuze te maken. Ook de mogelijkheid tot *dépeçage* werd in het WIPR overgenomen. De bepalingen in het WIPR verschillen echter van deze van het Haagse Trustverdrag voor wat betreft de objectieve verwijzingsregel waarop kan worden teruggevallen van zodra er geen (geldige) rechtskeuze ten voordele van een 'trustland' werd gemaakt. De in het WIPR naar voren geschoven oplossing bestaat erin om het recht van het land waar de *trustee* oorspronkelijk gevestigd was, van toepassing te verklaren. De Belgische regel is daarmee eenvoudiger dan deze die in het Haagse Trustverdrag vervat ligt, maar tegelijk ook minder geraffineerd. Niet elke *trustee* hoeft per definitie te zijn gevestigd in een Staat waarvan het recht de trustfiguur kent. In dergelijke gevallen kan het van belang zijn om toch te kunnen besluiten tot een geldige 'impliciete rechtskeuze' van de *settlor* voor een rechtssysteem dat de trustfiguur wel kent. Ook de toepassing van artikel 19 als algemene uitzonderingsclausule bleek immers geen evidentie.

In tegenstelling tot het Haagse Trustverdrag bevat het Belgische WIPR ook een harde 'internationaliteitseis'. Indien alle betekenisvolle elementen van een *trust*, behoudens de rechtskeuze, zijn verbonden met een Staat die de trustfiguur niet kent, kan de rechtskeuze geen gevolgen ressorteren. Zoals hoger reeds werd vooropgesteld, kan deze harde internationaliteitseis in bepaalde gevallen in strijd komen met het Europees recht. Bovendien moet deze internationaliteitseis worden genuanceerd, nu het aanduiden van een buitenlandse *trustee* o.i. principieel zou moeten volstaan om te spreken van een voldoende internationale situatie. Er werd echter op gewezen dat in dit verband ook de subjectieve intenties van de *settlor* mee in rekening kunnen worden genomen. Al bij al blijft het gaan om een feitenkwestie, waarbij de rechter een veelheid aan juridische en extra-juridische elementen in aanmerking kan nemen.

960. Indien de letterlijke wettekst van artikel 125, §2 WIPR samen wordt gelezen met de memorie van toelichting bij het WIPR, komt duidelijk naar voren dat de Belgische wetgever een scheiding beoogde om voor wat betreft rechtsvragen aangaande de trustcreatie een model te introduceren dat sterk lijkt op het in het Haagse Trustverdrag verwerkte 'raketlanceerdermodel'. Rechtsvragen aangaande de rechtshandeling(en) waarmee goederen onder trustverband worden gebracht, worden daarmee beschouwd als een 'voorafgaande kwestie', die wordt beheerst door een eigen *lex causae*.

In feite kon slechts worden geconcludeerd dat het Belgische recht *prima facie* niet in de weg lijkt te staan aan het onder trustverband brengen van goederen, aangezien dit rechtstelsel als zodanig slechts de vraag beheerst of en op welke wijze de (potentiële) *settlor* kan beschikken over zijn of haar goederen. De vraag of deze goederen onder trustverband kunnen worden gebracht, zodanig dat de trustverhouding rechtsgeldig in het leven wordt geroepen, wordt beheerst door het aangewezen trustrecht (artikel 125, §1, 1° WIPR). Deze conclusie diende daarom onder een driedubbel voorbehoud te worden gelezen. Ten eerste moet steeds rekening worden gehouden met de beperkingen die het Belgische IPR zelf oplegt aan de erkenning (van de gevolgen) van de *trust*. Ten tweede en ten derde diende nog te worden onderzocht of de erkenning van (de gevolgen van) de *trust* alsnog kon afstuiten op dwingende regels van het Belgische goederenrecht of het Belgische erfrecht. Deze mogelijke beperkingen werden vervolgens onderzocht.

De zuiver internationaal privaatrechtelijke beperkingen bleken vooral te moeten worden gezocht in de (te nuanceren) 'internationaliteitseis', de toepassing van de (normale) internationaal privaatrechtelijke systematiek die ertoe leidt dat rechtsvragen die als zodanig los staan van de trustverhouding aan hun geëigende verwijzingsregels moeten worden onderworpen, de toepassing van Belgische voorrangsregels of Belgische regels van internationale openbare orde en de in het WIPR vervat liggende bijzondere beperkingen op het vlak van het erfrecht en het goederenrecht.

961. Alvorens over te gaan tot een abstract-juridisch onderzoek van deze mogelijke beperkingen op het vlak van het goederenrecht en het erfrecht, werden eerst de (schaarse) Belgische rechterlijke uitspraken met betrekking tot *trusts* in ogenschouw genomen die dateren van na de inwerkingtreding van het WIPR, los van de vraag of de bepalingen van het WIPR *ratione temporis* van toepassing waren op de onderhavige gevallen. Het resultaat was een gemengd beeld. Enerzijds kon worden ontwaard dat de Belgische rechtscolleges in de regel trachtten om de aard van de *trusts* in kwestie te doorgronden en dat zij in deze onderneming soms werden geholpen door de bepalingen van het WIPR. Anderzijds bleek dat de rechtscolleges zich niet helemaal hebben kunnen onttrekken aan de verleiding om de *trust* toch te assimileren met een aantal verschillende Belgische rechtsfiguren. In ieder geval blijkt dat omgang met *trusts* in de Belgische rechtspraak eerder moeizaam blijft verlopen.

962. Tot slot werden een aantal (vermeende) goederenrechtelijke en erfrechtelijke beperkingen aan de (gevolgen van de) erkenning van buitenlandse *trusts* onderzocht. Daarbij werd een onderscheid gemaakt tussen mogelijke beperkingen die dermate ingrijpend zouden zijn dat er o.i. geen sprake meer zou kunnen zijn van een erkenning van het afzonderlijke bestaan van de *trust* enerzijds en andere mogelijke beperkingen die slechts bepaalde gevolgen van de erkenning van de buitenlandse *trust* zouden betreffen anderzijds. Dit onderscheid werd geïnspireerd door het bepaalde in artikel 11 van het Haagse Trustverdrag, dat enkele minimale criteria bevat zonder dewelke geen sprake kan zijn van enige nuttige vorm van 'erkenning' van de buitenlandse *trust*. Met het onderzoeken van

deze mogelijke beperkingen werd een duaal oogmerk nagestreefd. Enerzijds liet dit onderzoek toe om na te gaan of de (gevolgen van de) erkenning van buitenlandse *trusts* inderdaad kan afstuiten op dwingende bepalingen van het Belgische goederenrecht of het Belgische erfrecht. Anderzijds legde dit onderzoek bloot in welke mate buitenlandse *trusts* op deze vlakken dan wel kunnen doorwerken binnen de Belgische rechtsorde.

963. De belangrijkste conclusie die uit dit gedeelte van het onderzoek kan worden getrokken, bestaat erin dat het Belgische erfrecht en vooral het Belgische goederenrecht zich minder sterk tegen de doorwerking van buitenlandse trustverhoudingen verzetten dan in het verleden soms werd aangenomen.

964. Zo bleek onder meer dat het fiduciaire eigendomsrecht van de *trustee* met betrekking tot Belgische situsgoederen kan worden beschouwd als een variant op de fiduciaire eigendomsvormen die reeds in het Belgische goederenrecht kunnen worden aangetroffen. Tevens bleek dat er nog steeds sprake kan zijn van een daadwerkelijke erkenning van de rechtsgevolgen van een buitenlandse *trust* indien het recht van de *beneficiaries* – voor wat betreft mogelijke ‘externe verhoudingen’ – wordt beschouwd als een persoonlijk recht. De *trust* zou daarmee een meer verregaande ‘metamorfose’ doormaken en moeten worden beschouwd als een ‘obligatoire *trust*’.

Indien zou worden geopteerd voor een meer verregaande erkenning van de buitenlandse *trust* binnen de Belgische rechtsorde, behoort zelfs de erkenning van het bestaan van een volgrecht met betrekking tot de onder trustverband gebachte goederen in hoofde van de *beneficiaries* tot de mogelijkheden. Zulks is niet *prima facie* niet in strijd met de bepalingen van het WIPR, aangezien het volgrecht en de corresponderende vormen van derdenbescherming zouden worden ingevuld door het Belgische recht. Moeilijker is het gegeven dat deze visie veronderstelt dat er een ‘relatieve beschikkingsbevoegdheid’ zou moeten worden onderkend in hoofde van de *trustee*. Het toepasselijke trustrecht en het toepasselijke goederenrecht zouden daarmee echter door elkaar vloeien.

Ongeacht voor welke optie *in concreto* zou worden gekozen, essentieel is het inzicht dat de rechten van de *trustee(s)* met betrekking tot de onder trustverband gebrachte goederen van een fundamenteel andere orde zijn van de rechten van de *beneficiaries*. Van een ‘gespleten eigendomsrecht’ is dan ook geen sprake. Zelfs in de meer verregaande benadering, kunnen de rechten van de *beneficiaries* van een buitenlandse worden beschouwd als een beperkt zakelijk recht. De visie dat de *beneficiaries* van een buitenlandse *trust* vanuit een Belgisch perspectief zouden kunnen worden beschouwd als ‘eigenaars’ werd dan ook verworpen.

965. Ook het gegeven dat bepaalde *beneficiaries* nog niet geboren zouden zijn ten tijde van de trustcreatie, strijdt o.i. niet met enige fundamentele regel van het Belgische goederenrecht. Het *equitable interest* ontstaat in die gevallen tesamen met de *beneficiary* in kwestie. Moeilijker ligt evenwel de stelregel dat de trustverhouding (tijdelijk) kan overleven zonder een persoon die het trusteeschap waarneemt. In dat geval zou er wel degelijk sprake zijn van een ‘zwevend’

eigendomsrecht zonder titularis. Gelet op de internationaal privaatrechtelijke context en het gegeven dat de *trust* op (korte) termijn een nieuwe *trustee* nodig heeft teneinde te kunnen blijven functioneren, durven wij pleiten voor soepelheid.

966. Vervolgens kwam de principiële eenheid en ondeelbaarheid van het vermogen aan bod. De juridische vormgeving van het trustfonds als een afgescheiden vermogen laat toe om twee belangrijke kenmerken van de trustfiguur te vrijwaren: het gesegregeerde karakter van de onder trustverband gebrachte goederen en de veralgemeende zakelijke subrogatie die speelt tussen de opeenvolgende vermogensbestanddelen waaruit het trustfonds bestaat. Indien aan de *trust* de aard van afgescheiden vermogen zou worden ontzegd, kan er o.i. dan ook geen sprake zijn van enige zinvolle vorm van erkenning van deze buitenlandse rechtsfiguur. Ofschoon het Belgische recht reeds een aantal uitzonderingen op het uitgangspunt van de eenheid en ondeelbaarheid van het vermogen kent, bestaat er voor de vermogensafscheiding die de *trust* bewerkstelligt tevens een wettelijke grondslag. In artikel 122, 1^o WIPR wordt inderdaad vooropgesteld dat de *trust* een afgescheiden vermogen is. Indien in het geval van insolabiliteit van de *trustee*, of wanneer de *trustee*-rechtspersoon in vereffening gaat, de regels uit de artikelen 7 en 8 Hyp.W. onverkort spelen, zou er inderdaad een beperking van de erkenning van de buitenlandse *trust* voorhanden zijn. Echter, net omwille van het gegeven dat de Belgische wetgeving de *trust* zelf karakteriseert als een afgescheiden vermogen, lijkt ons zulks een onjuiste oplossing. De invoeging van artikel 8/1 Hyp.W. en de daardoor bewerkstelligende rechtsgevolgen, bevestigen dit standpunt. Merk op dat de erkenning van de *trust* op dit vlak steeds goederenrechtelijke gevolgen teweegbrengt, ook indien de *trust* in kwestie zou worden beschouwd als een 'obligatoire *trust*'.

967. Ook indien de trustfiguur in aanraking komt met het Belgische erfrecht, rijst de vraag naar de bestaanbaarheid van de trustfiguur met bepaalde dwingende regels van het Belgische erfrecht. Ook hieruit konden belangrijke beperkingen aan de erkenning van (bepaalde rechtsgevolgen van) de *trust* voortvloeien.

968. Eerst kwam de bekwaamheid om te kunnen erven aan bod. In het verleden werd in de Belgische rechtspraak immers volgehouden dat een trustverhouding slechts rechtsgeldig tot stand zou kunnen komen ten voordele van *beneficiaries* die reeds bestaan of minstens verwekt zijn op het ogenblik van overlijden van de *settlor*. Dit standpunt is niet meer actueel, daar het risico op een 'onderbreking' in het eigendomsrecht van de onder trustverband gebrachte goederen zich niet meer voordoet sedert de inwerkingtreding van het WIPR. Doordat de *trust* internationaal privaatrechtelijk moet worden erkend 'als *trust*', komt de eigendom van de onder trustverband gebrachte goederen toe aan de (gezamenlijke) *trustee(s)*. Bovendien wordt de status van *beneficiary* verleend door het van toepassing zijnde trustrecht. Er is o.i. dan ook geen reden om op grond van Belgische erfrechtelijke regels bijkomende beperkingen op te leggen. Logischerwijs kan een bepaald persoon toch maar daadwerkelijk als *beneficiary* worden beschouwd van zodra deze persoon ter wereld komt. Indien het daarentegen zou blijken te gaan over een onwaardige erfgenaam of een ondankbare begiftigde, liggen de zaken iets complexer. In die

gevallen zou best een beroep worden gedaan op het toepasselijke trustrecht zelf, teneinde de *beneficiary* in kwestie uit te sluiten van de trustverhouding. Desgevallend kan echter nog een beroep worden gedaan op het Belgische recht als stok achter de deur.

969. Tevens bleek de trustfiguur bestaanbaar te zijn met de erfrechtelijke saisine in het Belgische recht, niettegenstaande de verschillende wijzen van erfovergang in *common law*- en *civil law*-stelsels. Meer zelfs, indien er (reservataire) erfgenamen zijn aan wie de saisine toekomt, kan de zogenoemde 'politiefunctie' van de erfrechtelijke saisine ten volle spelen, waardoor wordt voorzien in een bijkomend controlemiddel.

970. Ten derde en ten vierde bleken het principiële verbod van erfstellingen over de hand en het principiële verbod van bedingen betreffende niet opengevallen nalatenschappen principieel niet in de weg staan van het gebruik van een buitenlandse trustfiguur. Een *trust* is juridisch beschouwd geen verboden substitutie en evenmin een beding betreffende een niet opengevallen nalatenschap. Hoogstens kan de *trust* haar ontstaansgrond vinden in een verboden overeenkomst betreffende een niet opengevallen nalatenschap. Omdat een dergelijke overeenkomst vernietigbaar is, wordt het verdere bestaan van de trustverhouding eveneens in het gedrang gebracht. Als zodanig is dit evenwel geen probleem dat eigen is aan de trustverhouding zelf.

971. Tot slot werd de impact van de Belgische erfrechtelijke reserve onderzocht. Uit het onderzoek bleek dat niet het bestaan van een trustverhouding als zodanig problematisch is voor wat betreft het verzekeren van de rechten van de reservataire erfgenamen, maar dat in de eerste plaats rekening moet worden gehouden met de rechtshandeling waarmee bepaalde goederen onder trustverband worden gebracht.

In werkelijkheid is deze oefening complexer dan in de rechtsleer doorgaans wordt aangenomen. Bij het beoordelen van de vraag of de rechtshandeling waarmee de goederen onder trustverband worden gebracht vatbaar is voor een vordering tot inkorting, dient mogelijks rekening te worden gehouden met drie rechtsstelsels: de *lex causae* die deze rechtshandeling beheerst, de toepasselijke *lex successionis* en het van toepassing zijnde trustrecht. De trustverhouding die met deze rechtshandeling in het leven wordt geroepen, kleurt immers tevens de concrete overdrachtshandeling mee in. In de verdere loop van het onderzoek, werd aangenomen dat het Belgische recht deze overdrachtshandeling beheerst, alsook dat het Belgische erfrecht de *lex successionis* vormt. Uit het onderzoek is gebleken dat op deze vraag geen antwoord kan worden gegeven dat in ieder geval zal opgaan. Dit is met name te wijten aan de diversiteit aan trustvormen en de verschillende wijzen waarop goederen onder trustverband kunnen worden gebracht. O.i. zou een vordering tot inkorting zeker mogelijk moeten zijn wanneer het een *testamentary trust* betreft alsook in bepaalde, en mogelijks zelfs de meeste, gevallen wanneer het een *revocable trust* betreft. Dit laatste standpunt is veeleer gebaseerd op functionele gronden dan op strikt juridisch-technische

gronden. In de praktijk worden bepaalde *revocable trusts* immers aangewend als een surrogaat voor testamentaire beschikkingen. Het antwoord op de vraag of de rechtshandeling waarmee goederen worden ongebracht in andere trustverhoudingen *inter vivos* vatbaar is voor een succesvolle vordering tot, blijkt moeilijk te geven daar het in sterke mate afhankelijk is van de concrete situatie en de concreet voorliggende trustverhouding. Tot slot bleek dat ook de vraag naar de volgorde van inkorting een gedifferentieerd antwoord behoeft. Immers, opnieuw bleek het van groot belang te zijn om na te gaan welke trustvorm voorligt.

III. Algemene conclusie bij Deel III

972. In wat volgt wordt een algemeen besluit geformuleerd bij Deel III van voorliggend onderzoek. Daarbij worden slechts de belangrijkste overkoepelende inzichten verwerkt die in dit Deel van het onderzoek naar voren kwamen. Voor een meer gedetailleerd overzicht van de inzichten die per hoofdstuk naar voren kwamen wordt verwezen naar de hoger geformuleerde tussenbesluiten.

973. De *trust* is een 'vreemde' rechtsfiguur – Bij aanvang van Deel III van voorliggend onderzoek werd, de conclusies bij Deel II indachtig, stilgestaan bij de aard van de trustfiguur als een onbekende rechtsfiguur. Daar waar de trustfiguur in Deel II vanuit haar eigenheid werd onderzocht binnen rechtsstelsels die deze bijzondere rechtsfiguur kennen, werd bij aanvang van Deel III stilgestaan bij de eerste implicaties daarvan voor wat betreft de civielrechtelijke erkenning en inpassing van buitenlandse *trusts*, vanuit het perspectief van rechtsstelsels die deze rechtsfiguur niet kennen. Het gegeven dat 'de *trust*' niet bestaat en slechts een vage 'kern' kan worden gedestilleerd die verder wordt afgedekt met een schil aan familiegelijkenissen, leidde tot het inzicht dat een inpassing van buitenlandse *trusts* in rechtsstelsels die deze rechtsfiguur niet kennen geen vermoedelijk geen sinecure zou zijn. De *trust* is zelfs dermate vreemd aan het Belgische rechtsstelsel dat dit geen geëigende term kent om deze rechtsfiguur aan te duiden. Het voorgaande vormde tevens het belangrijkste argument om de term 'trustachtige figuren' te verwerpen. Deze vigerende conceptuele onduidelijkheid aangaande het trustconcept wordt daarmee immers tot de tweede macht verheven, aangezien het geenszins duidelijk is op welke juridische kenmerken de suffix '-achtige' behoort te duiden. Aangezien de trustfiguur in dermate veel verschijningsvormen kan opduiken, komt vermoedelijk een heel scala aan rechtsfiguren in aanmerking die dezelfde of gelijkaardige functies kunnen vervullen in rechtsstelsels die de trustfiguur niet kennen. O.i. is het daarom beter om te spreken over 'functioneel equivalente rechtsfiguren' of 'analoge rechtsfiguren'. Bovendien doen de conceptuele onduidelijkheden die de trustfiguur kenmerken de vraag rijzen hoe vanuit een continentaalrechtelijk perspectief moet worden vastgesteld dat er een '*trust*' voorhanden is. Dit vormt immers een eerste voorwaarde die moet zijn vervuld vóór de vraag naar de erkenning of inpassing van de *trust* aan de orde kan komen. Dit bijzondere probleem wordt in internationaal privaatrechtelijke instrumenten ondervangen door een omschrijving aan te reiken, die vervolgens moet toelaten om de voorhanden zijnde rechtsfiguur te identificeren als '*trust*'.

Ook deze oplossing kent echter zijn limieten. Het is immers nagenoeg onmogelijk om een omschrijving aan te reiken in een systeemneutrale taal die perfect is afgestemd op de trustfiguur als zodanig. Het valt niet uit te sluiten dat ook andere rechtsfiguren, die manifest geen *trust* in de klassieke zin zijn, onder een dergelijke

omschrijving kunnen worden gebracht. Dit hoeft evenwel geen ongewenst neveneffect te zijn. De opstellers van het Haagse Trustverdrag hebben van dit fenomeen gebruik gemaakt om meteen ook een oplossing te bieden voor de internationaal privaatrechtelijke erkenning van functioneel equivalente rechtsfiguren uit continentaalrechtelijke stelsels. Dergelijke omschrijvingen mogen dan wel, zoals de Raad van State opmerkte, ongewoon zijn in internationaal privaatrechtelijke codificaties en -verdragen. In dit geval vervullen zij een noodzakelijke functie.

974. Een afzonderlijke verwijzingscategorie is noodzakelijk voor een gedegen en eenvormige internationaal privaatrechtelijke benadering van trusts – Uit een theoretische aanblik vanuit de fundamentele beginselen die aan het IPR ten grondslag liggen, rees het vermoeden dat het loutere feit dat de *trust* voor continentaalrechtelijke rechtsstelsels een onbekende rechtsfiguur is, op het eerste gezicht geen fundamenteel probleem mag opleveren wat betreft de mogelijkheid tot 'erkenning'. Problematischer is echter het gegeven dat de forumstaat in de regel zijn eigen verwijzingsrecht zal toepassen om de voorliggende rechtsverhoudingen en de daaruit voortvloeiende rechtsvragen te kwalificeren. Op basis van het gegeven dat *trusts*, als onbekende rechtsfiguren, dermate veel verschillende doeleinden kunnen dienen en dermate veel verschijningsvormen kunnen aannemen, rees het vermoeden dat zij bij gebreke aan een afzonderlijke en autonome verwijzingscategorie op verschillende wijzen kunnen worden gekwalificeerd.

Verder is gebleken dat dit vermoeden ook bewaarheid is geworden. Bij gebreke aan een afzonderlijke verwijzingscategorie voor *trusts*, bleek dat *trusts* door de rechtbanken in de regel slechts zelden op vijandige wijze werden benaderd en dat deze rechtbanken in de regel overgingen tot een 'doelgebonden assimilatie' van de trustfiguur in kwestie met aan het forum bekende rechtsfiguren. Daaruit viel ook af te leiden dat het gebruik van buitenlandse *trusts* als zodanig niet werden beschouwd als zijnde strijdig met de (internationale) openbare orde.

De *trust* wordt daarbij eerst 'gedeconstrueerd' teneinde de voor het geding relevante verhoudingen bloot te leggen. Vervolgens werden deze geassimileerd met een voor het forum bekende rechtsfiguur. Deze methode is echter suboptimaal, aangezien zij onvoorspelbaar is in haar toepassing, sterk afhankelijk is van de welwillendheid en creativiteit van de rechter en aanleiding kan geven tot allerlei verstoringen, zowel van de trustfiguur in kwestie als van de rechtsfiguren waarmee zij wordt geassimileerd. Dit is het gevolg van het gegeven dat geen enkele continentaalrechtelijke rechtsfiguur in voldoende mate overeenstemt met een *trust*, los van de concrete context waarbinnen zij wordt aangewend. Slechts in een minderheid van de gevallen slaagden de rechtbanken erin om de situatie te benaderen waar er sprake zou zijn van een verwijzingscategorie voor *trusts*, zij het dat in die gevallen nog steeds werd uitgegaan van een 'contractuele' kwalificatie, die omzeggens geen oplossing biedt voor bepaalde trustvarianten en evenmin voldoende rekening kon houden met bijvoorbeeld de goederenrechtelijke aspecten van *trusts*. Wanneer de kwestie werd aanschouwd op een hoger abstractieniveau,

bleek dan ook geen enkele van de potentieel nuttige verwijzingscategorieën te kunnen leiden tot een bevredigend resultaat. De reden daarvoor kan worden gezocht in de bijzondere aard van de trustfiguur zelf. Bij gebreke aan een afzonderlijke verwijzingscategorie voor *trusts*, loopt het klassieke internationaal privaatrechtelijke kwalificatieproces aldus gemakkelijk spaak. Het is dan ook het suboptimale karakter van deze werkmethode die heeft geleid tot het opstellen van het Haagse Trustverdrag van 1985 door de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht.

975. Het Haagse Trustverdrag heeft een 'faciliterende' en 'educatieve' functie – Uit de wijze waarop het Haagse Trustverdrag is opgevat, blijkt dat de opstellers van het verdrag niet enkel beoogden om de 'erkenning' van *trusts* door *civil law*-stelsels te faciliteren, maar ook om dit resultaat te bewerkstelligen door rechters uit *civil law*-stelsels daartoe de noodzakelijke *tools* aan te reiken in de vorm van een set duidelijke conflictenregels. De bedoeling bestond er zeker niet in om de trustfiguur in te voeren in rechtsstelsels die deze trustfiguur niet kennen. Het Haagse Trustverdrag, alsook het daarbij horende *explanatory report*, lezen daarbij als het ware als een handleiding. Aangegeven wordt welke karakteristieken de trustfiguur in kwestie moet vertonen om te worden beschouwd als een 'Haagse trust'. Kenmerkend daarbij is dat in de mate van het mogelijke werd gestreefd naar een systeemneutraal taalgebruik. Verwijzingen naar 'geladen' begrippen als 'eigendom/*ownership*' of 'fiduciair/*fiduciary*' werd daarbij, vooral ten behoeve van *civil law*-stelsels, zo veel als mogelijk gemeden. Daardoor ontstaat een omschrijving van het begrip 'trust' die dermate is onthecht van zijn eigenlijke juridische origine, dat deze in de literatuur wordt aangewezen als een omschrijving van een 'gedaanteloze trust'.

Het toelaten om aan de hand van het potentieel van toepassing zijnde recht vast te stellen of er een 'Haagse trust' voorhanden is, is echter slechts de eerste stap. Daarnaast bevat het verdrag een principiële keuzevrijheid voor de *settlor* om het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht aan te duiden, alsook een objectieve verwijzingsregel die in nagenoeg ieder concreet geval moet toelaten om een rechtsstelsel aan te duiden dat het bestaan van de trustverhouding in principe kan valideren. Cruciaal is echter dat het Haagse Trustverdrag tegelijk aangeeft uit welke elementen de 'minimale erkenning' van een trustverhouding moet bestaan in *civil law*-stelsels. In feite gaat het hier om bepalingen die ook materieelrechtelijke implicaties hebben. Tegelijk biedt het verdrag heel wat mogelijkheden om eventueel ongewenste (mogelijke) gevolgen van de erkenning van de trustverhouding in te perken. Aldus bakent het verdrag een 'juridisch reservaat' af, waarbinnen de *trust* als een 'juridische exoot' op een gecontroleerde wijze kan rondwaren. De erkenningsregeling biedt aldus een omkadering voor de wisselwerking tussen het ingevolge het verdrag aangeduide trustrecht en de materieelrechtelijke bepalingen van het forum, alsook de materieelrechtelijke bepalingen van rechtsstelsels die andere juridische kwesties beheersen.

Een volgend opmerkelijk punt is dat het Haagse Trustverdrag als zodanig geen harde 'internationaliteitseis' bevat. Weliswaar laat het verdrag de ruimte om de

erkenning te ontzeggen aan trustverhoudingen die onvoldoende internationale elementen vertonen en tegelijk nauwer verbonden zijn met het recht van een staat die de *trust* niet kent, maar het verdrag legt hiertoe geenszins enige verplichting op. Het gevolg is dat in bepaalde landen sprake kan zijn van geheel 'interne *trusts*', waar het enige internationale aanknopingspunt erin bestaat dat de *settlor* een rechtskeuze heeft gemaakt ten voordele van een rechtsstelsel dat de *trust* kent.

Opvallend is echter dat veel van de concrete gevolgen die deze systematiek teweegbrengt, eveneens hadden kunnen worden bewerkstelligd door middel van een zuivere toepassing van de bestaande internationaal privaatrechtelijke principes, met name door het op een juiste wijze kwalificeren van – eventueel aan het gebruik van de trustverhouding gelieerde – rechtsvragen. Ook hierin openbaart zich het 'educatieve' aspect van het verdrag. Door deze mechanismen op een heldere en systematische wijze voor te stellen, wordt één en ander gewoon sterker in de verf gezet. In dit verband moet tevens worden gewezen op de keuze van de opstellers van het verdrag om op duidelijke wijze aan te geven dat de rechtshandeling waarmee de trustverhouding in het leven wordt geroepen, tevens aan zijn geëigende verwijzingsregels moet worden onderworpen, teneinde de geldigheid ervan na te gaan. Dit is het zogenaamde 'raketlanceerdermodel'. Opnieuw heeft deze bepaling tot gevolg dat het toepassingsgebied van het aangewezen trustrecht op duidelijke wijze wordt afgebakend. Mede hierin is ook de 'educatieve' functie van het Haagse Trustverdrag gelegen. Op zichzelf genomen zijn de (internationaal) privaatrechtelijke vragen die het gebruik van buitenlandse *trusts* kunnen oproepen niet alleen zeer talrijk, maar ook zeer complex. Door de systematiek op een dermate duidelijke wijze voor te stellen, poogt het verdrag om deze systematiek te verduidelijken.

976. De *trust* ondergaat een 'metamorfose' – Het streven naar een systeemneutrale taal in het Haagse Trustverdrag blijft evenwel niet zonder gevolgen. Zoals bleek in Deel II van voorliggend onderzoek, alsook bij aanvang van Deel III, kan de klassieke trustfiguur worden beschouwd als de exponent van de verschillen tussen *civil law*- en *common law*-stelsels. Dit vormt tegelijkertijd één van de belangrijkste uitdagingen die als een rode draad doorheen geheel het onderzoek loopt.

De 'metamorfose' van de *trust* vormt een internationaal privaatrechtelijk antwoord op de vraag hoe een *common law trust* kan worden erkend in rechtsstelsels die (soms fundamenteel) andere opvattingen hebben over de juridische vormgeving van enkele elementaire bouwblokken die aan deze rechtsfiguur ten grondslag liggen. Zo bleek dat *common law*-stelsels nooit een conceptueel uitgewerkt '*right of ownership*' hebben ontwikkeld, en dat zij evenmin een vermogensleer kennen. Tegelijk bleek uit Deel II van voorliggend onderzoek dat de segregatie van trustgoederen in hoofde van de *trustee* en de principiële inwisselbaarheid van trustgoederen essentiële bouwstenen vormen voor heel wat trustverhoudingen. De *trust* wordt daarom in het Haagse Trustverdrag 'vertaald' van een '*a separate fund*' naar '*une masse distincte*' ('een afgescheiden vermogen'). Bovendien wordt daardoor aan de *trustee* een '*trustee*-hoedanigheid' toegekend. Met deze 'vertaling'

van de trustfiguur naar terminologie die te vatten is voor *civil law*-stelsels, wijzigt tevens de aard van de trustfiguur zelf. Vanuit het perspectief van *civil law*-stelsels wordt de *trust* immers beschouwd als een 'afgescheiden vermogen', terwijl dit in *common law*-stelsels klassiek nu net niet het geval is. Deze metamorfose laat de *trust* echter toe om op een zinvolle wijze te functioneren in continentaalrechtelijke stelsels zonder daarbij te worden ontdaan van haar essentiële kenmerken. Het 'afgescheiden' karakter van de trustgoederen blijft zodoende gevrijwaard, alsook de veralgemeende zaakvervangende afgescheiden vermogens (doorgaans) kenmerkt. Deze metamorfose heeft echter meerdere materieelrechtelijke implicaties, bijvoorbeeld voor de mogelijkheden van trustschuldeisers om zich rechtstreeks te verhalen op onder trustverband gebrachte goederen die zich situeren in *civil law*-stelsels en zich dus bevinden in een afgescheiden vermogen, waarvan de *trustee* tevens titularis is. Tegelijk hebben sommige continentaalrechtelijke stelsels (bijvoorbeeld Zwitserland) ervoor geopteerd om middels het insolventierecht de gevolgen van deze metamorfose deels terug ongedaan te maken. In de meeste *civil law*-stelsels die zich hebben aangesloten bij het Haagse Trustverdrag is zulks echter niet het geval. Het staat de nationale wetgevers dus wel vrij om eventueel ongewenste materieelrechtelijke gevolgen van deze metamorfose ongedaan te maken.

Ook op andere vlakken noopt het Haagse Trustverdrag tot een adaptatie van de trustverhouding. Zo kunnen bijvoorbeeld verschillende antwoorden worden geboden op de vraag of de *beneficiaries* van een *common law trust* een volgrecht kunnen uitoefenen indien de *trustee* de onder trustverband gebrachte goederen *in breach of trust* heeft vervreemd. In de rechtsleer worden hierop uiteenlopende antwoorden geboden. Gelet op de systematiek van het Haagse Trustverdrag en de wens om de 'erkenning' van *trusts* te faciliteren, kan hier het standpunt worden verdedigd dat de *beneficiaries* zich desgevalled inderdaad zouden kunnen beroepen op een volgrecht dat wordt ingekleurd door de *lex rei sitae*, en tevens onderhevig is aan de derdenbeschermingsregels van de *lex rei sitae*. Op deze wijze kan een evenwicht worden gecreëerd tussen de bescherming van het trustfonds en de bescherming van de belangen van derden. Volgens een andere mogelijke benadering ondergaat de *trust* een verdergaande metamorfose tot een 'obligatoire *trust*', waarbij de *beneficiaries* slechts geacht worden te beschikken over een persoonlijk recht. Dergelijke trustvormen kunnen onder meer worden aangetroffen in *mixed jurisdictions* als Schotland en Zuid-Afrika.

977. De bepalingen van het WIPR zijn geïnspireerd door het Haagse Trustverdrag – Hoewel België geen partij is bij het Haagse Trustverdrag, oefent dit laatste instrument toch een belangrijke invloed uit op het Belgische IPR. Het blijkt immers dat de bepalingen betreffende *trusts* in het WIPR in belangrijke mate zijn geïnspireerd door het Haagse Trustverdrag. In het bijzonder kan hier worden gewezen op de in artikel 122 WIPR vervat liggende 'omschrijving' van de *trust*, die op enkele punten na een kopie is van de omschrijving van de *trust* die werd opgenomen in het Haagse Trustverdrag. Deze omschrijving vervult in het Belgische internationaal privaatrechtelijke bestel op het eerste gezicht ook dezelfde functie als in het Haagse Trustverdrag. Deze omschrijving laat namelijk toe om aan de

hand van het potentieel van toepassing zijnde recht na te gaan of hier inderdaad een 'trust' voorhanden is. Tevens laat het WIPR, net als het Haagse Trustverdrag, de *settlor* principieel de ruimte om het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht te kiezen. Bovendien werd ook in het WIPR voorzien in een expliciete loskoppeling van het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht en het recht dat de overdrachtshandeling beheerst waarmee goederen onder trustverband worden gebracht.

De Belgische wetgever heeft er echter voor gekozen om slechts gebruik te maken van een – *prima facie* – zuiver conflictenrechtelijke methode, teneinde de 'erkenning' van buitenlandse trusts te bewerkstelligen. Een afzonderlijke erkenningsregeling werd beschouwd als overbodig. Het kwam de wetgever kennelijk voor dat de 'erkenning' reeds werd bewerkstelligd middels de introductie van een afzonderlijke verwijzingsregel voor trusts, alsook een exemplatieve aanduiding van het toepassingsgebied van het aangewezen trustrecht. Uit het voorgaande is gebleken dat de resultaten die worden bereikt door middel van een toepassing van de Belgische conflictenrechtelijke methode, goeddeels stroken met de resultaten die kunnen worden bereikt door middel van de in het Haagse Trustverdrag gehanteerde systematiek. Daarbij moet echter wel een belangrijke *caveat* worden gemaakt. Ofschoon het *potentieel* van de wetsbepalingen van het WIPR nagenoeg hetzelfde is als de in het Haagse Trustverdrag vervat liggende regeling, blijkt dit als zodanig in veel mindere mate uit de systematiek van het WIPR zelf. Noch de wetsbepalingen, noch de memorie van toelichting vormen een duidelijk richtsnoer. Aangezien de educatieve dimensie van het Haagse Trustverdrag ontbreekt, vormt een gedegen studie van dit verdrag een quasi-noodzakelijke voorwaarde om de eigenlijke reikwijdte van de in het WIPR vervat liggende wetsbepalingen goed te kunnen inschatten. Het voorgaande wordt immers net veroorzaakt door het gegeven dat de trustfiguur een dermate vreemde rechtsfiguur is voor een *civil law*-stelsel als België. Dit bemoeilijkt de reeds complexe internationaal privaatrechtelijke systematiek. Overigens wordt in de parlementaire voorbereiding bij het WIPR op bepaalde punten gesteld dat de bepalingen van het Haagse Trustverdrag een bron van inspiratie kunnen vormen voor wat betreft de interpretatie van analoge bepalingen in het WIPR.

Het ontbreken van een educatieve dimensie geeft kennelijk aanleiding tot verwarring, zelfs bij de opstellers van het WIPR, de wetgever en de Raad van State. Kenmerkend in dit verband is het gegeven dat over de *trust* soms wordt gesproken alsof het een verbintenisrechtelijke figuur zou zijn, dat de eigendom van de trustgoederen niet geacht zou worden zich principieel bij de *trustee* te bevinden, de idee dat de in artikel 122 WIPR geboden omschrijving slechts 'Angelsaksische trusts' zou omvatten en dergelijke meer. Ook de idee dat een *trust* geen afwijking zou (kunnen) impliceren op de artikelen 7 en 8 Hyp.W. spruit vermoedelijk voort uit een onvoldoende gedegen begrip van de trustfiguur. In de systematiek van het Haagse Trustverdrag zou er in dat geval zelfs kunnen worden gesproken van een beletsel dat de 'erkenning' van de *trust* fundamenteel onmogelijk maakt.

Bovendien heeft de wetgever ervoor geopteerd om een aantal bepalingen van het Haagse Trustverdrag niet mee over te nemen, hoewel zulks wel wenselijk zou zijn geweest. In dit verband kan in het bijzonder worden gewezen op artikel 12 van het Haagse Trustverdrag, betreffende de mogelijkheid voor de *trustee* om in publieke registers te worden aangeduid in de hoedanigheid van *trustee*.

978. Een *trust* kan principieel worden ingepast in het Belgische civielrechtelijke bestel – Hoewel de eigenlijke draagwijdte van de bepalingen van het Belgische WIPR als zodanig moeilijk kan worden ingeschat zonder een beroep te doen op het Haagse Trustverdrag als inspiratiebron, bleek wel dat deze bepalingen principieel toelaten om buitenlandse *trusts* in te passen in het Belgische civielrechtelijke bestel. Zelfs nu een afzonderlijke erkenningsregeling in het WIPR ontbreekt. Opnieuw kan worden uitgegaan van de stelregel dat de *trust*, bij het in aanraking komen met de Belgische rechtsorde, een metamorfose ondergaat. In het geval van het Belgische WIPR kunnen de desbetreffende materieelrechtelijke gevolgen in de eerste plaats worden afgeleid uit artikel 122 WIPR. Deze wetsbepaling is dus meer dan een loutere omschrijving van trustfiguur. Vooral het gegeven dat de Belgische wet stelt dat de onder trustverband gebrachte goederen een 'afzonderlijk vermogen' vormen en geen deel uitmaken van het vermogen van de *trustee* is bijzonder relevant. Opnieuw wordt de trustverhouding daarmee 'vertaald' naar een afgescheiden vermogen, zodat deze kan functioneren binnen het Belgische juridische bestel.

Op bepaalde vlakken is de in het WIPR vervat liggende regeling echter restrictiever opgevat dan de regeling uit het Haagse Trustverdrag. Zo bevat het WIPR wel degelijk een eigenlijke (maar te nuanceren) 'internationaliteitseis' en wordt zowel in een aantal wetsbepalingen als in de memorie van toelichting verwezen naar andere mogelijke beperkingen aan de (gevolgen van de) erkenning van buitenlandse *trusts*.

Belangrijker is echter dat geen van de genoemde beperkingen noodzakelijkerwijs van dien aard is dat geen sprake zou kunnen zijn van een erkenning van de buitenlandse *trust*. De metamorfose die de trustfiguur doormaakt door middel van het internationaal privaatrechtelijk proces maakt deze inpassing mogelijk. Ook bleek dat noch op goederenrechtelijk vlak, noch op erfrechtelijk vlak, er belemmeringen zouden bestaan die zouden maken dat er geen sprake kan zijn van een erkenning van de buitenlandse *trust* als zodanig.

Zo bleek het erkennen van een 'fiduciair' eigendomsrecht in hoofde van de *trustee* mogelijk te zijn, naar analogie met wat vandaag reeds het geval is voor bepaalde andere Belgische rechtsfiguren. De rechten van de *beneficiaries* bleken daarentegen van een fundamenteel andere aard te zijn dan het (fiduciair) eigendomsrecht van de *trustee*, zodat er geen sprake is van een gespleten eigendomsrecht, maar in het meest verregaande geval slechts van een beperkt zakelijk recht in hoofde van de *beneficiary*. Uit het onderzoek is gebleken dat de *beneficiary* van een buitenlandse *trust* vanuit een Belgisch civielrechtelijk perspectief alvast niet kan worden beschouwd als 'eigenaar'. De principiële

erkenning van de *trust* zou overigens geheel intact kunnen blijven, zelfs indien de *beneficiaries* slechts zouden geacht worden te beschikken over persoonlijke rechten ten aanzien van de *trustee*. In het normale geval zal er evenmin sprake zijn van zakelijke rechten zonder bestaande titularis. Slechts in een zeer specifieke context kan deze regel een knelpunt vormen. Bovendien is met artikel 122 WIPR een wettelijke grondslag voorhanden om een afwijking op de eenheid en ondeelbaarheid van het vermogen te rechtvaardigen.

Op erfrechtelijk vlak bleek dat de trustfiguur niet beschouwd kan worden als een verboden erfrechtelijke substitutie en evenmin als een verboden beding betreffende een niet opengevallen nalatenschap. Evenzeer bleek de *trust* principieel bestaanbaar met de erfrechtelijke saisine en de Belgische regels inzake de bekwaamheid om te erven, *a fortiori* nu op civielrechtelijk vlak niet langer tot een assimilatie van de trustverhouding moet worden overgegaan. Tot slot bleek de toepassing van de Belgische regels inzake de bescherming van de erfrechtelijke reserve in een aantal gevallen te kunnen leiden tot een inkorting van de *trust*. Een eventuele inkorting treft immers de rechthandeling waarmee goederen onder trustverband worden gebracht.

979. Geen pasklare antwoorden – Het gegeven dat *trusts* in dermate veel verschillende verschijningsvormen kunnen voorkomen, maakt het voor heel wat vragen echter onmogelijk om antwoorden te bieden die *in abstracto* in alle gevallen zullen opgaan. Net zoals (en omdat) 'de *trust*' niet bestaat, bestaan er ook geen pasklare antwoorden op vele vragen die zij kunnen of zullen doen rijzen en die voor iedere trustverhouding hetzelfde zouden luiden. Daarom is het in ieder geval steeds belangrijk om te redeneren op grond van een (internationaal) privaatrechtelijk juridisch kader waarbinnen de concrete trustverhouding vervolgens kan worden ingepast, daarbij rekening houdende met de eigenheden en determinerende juridische kenmerken van de trustverhouding in kwestie.

Deel IV: Fiscale gevolgen van het gebruik van een Angelsaksische trust

"What is the difference between a taxidermist and a tax collector?"

The taxidermist takes only your skin"

M. TWAIN, Mark Twain's Notebook (1935), 379.

I. Inleiding

980. Uit de hoger (*supra*, randnr. 3 e.v.) uiteengezette vraagstelling die als het ware de *trigger* vormde voor voorliggend onderzoek, blijkt dat het in de eerste plaats de *fiscale gevolgen* van het gebruik van buitenlandse *trusts* zijn die doorgaans onder de aandacht komen, wanneer het dit topic betreft. Bij nader inzicht bleek evenwel dat de vele fiscale vraagstukken die rijzen ingevolge het gebruik van buitenlandse *trusts* door Belgische belastingplichtigen, hun wortel hebben in de civielrechtelijke erkenning en behandeling van deze rechtsfiguren. De civielrechtelijke gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* bleken immers evenzeer hoogst onduidelijk en onzeker te zijn. Teneinde de fiscale gevolgen die het gebruik van buitenlandse *trusts* door Belgische belastingplichtigen met zich meebrengt op een fiscaalrechtelijk correcte wijze te kunnen onderzoeken, dienden voorafgaandelijk de civielrechtelijke aspecten daarvan te worden onderzocht. De uitwerking van de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* door Belgische belastingplichtigen, die in dit Deel aan bod komen, zijn daarom gebaseerd op de resultaten van het onderzoek dat in Delen II en III is gevoerd.

981. Vooraleer echter kan worden ingegaan op de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts*, dienen eerst de 'lasnaden' tussen het burgerlijk recht en het fiscaal recht, zoals die binnen de Belgische rechtsorde bestaan, nader te worden onderzocht. De hypothese dat de fiscaalrechtelijke problematiek die het gebruik van buitenlandse *trusts* met zich meebrengt haar wortels heeft in de corresponderende civielrechtelijke problematiek, dient nog hard worden te gemaakt. Hiertoe is een nadere beschouwing omtrent de verhouding tussen het burgerlijk recht en het fiscaal recht binnen de Belgische rechtsorde vereist. Gelet op de draagwijdte van dit onderzoek als geheel, dient een dergelijke beschouwing evenwel te geschieden op een gerichte wijze.

982. Vervolgens komen opeenvolgend de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* door Belgische rijkswoners aan bod, zowel voor wat betreft de registratie-, schenk- en erfbelastingen en vervolgens voor wat betreft de

inkomstenbelastingen. Dit vierde Deel vormt daarmee de functionele uitwerking van de fiscale basisvragen die aan dit onderzoek ten grondslag lagen. Hierbij dient echter de afbakening van het onderzoek als geheel in herinnering te worden gebracht (zie *supra*, randnr. 26 – 29). Op zichzelf genomen zijn de fiscale vragen die het gebruik van buitenlandse *trusts* oproepen *in abstracto* voldoende talrijk en complex om het voorwerp te vormen van een afzonderlijk onderzoek, desgevallend zelfs per tak van het fiscaal recht.²⁷¹¹ In lijn met het opzet van dit onderzoek wordt ervoor geopteerd om de onderzochte fiscale gevolgen te beperken tot de fiscale vraagstukken die rijzen ingevolge het gebruik van buitenlandse *trusts* door Belgische rijksinwoners-natuurlijke personen in de context van het familiaal vermogensbeheer, zoals deze onder meer blijken uit de rechtspraak, administratieve beslissingen, voorafgaande beslissingen en rechtsleer. Daarbij wordt er van uitgegaan dat het gaat om een *express private trust*. Met deze werkwijze worden tegelijkertijd twee complementaire doeleinden nagestreefd. Enerzijds blijft de focus liggen op de vragen die het vaakst rijzen aangaande de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts*. Anderzijds wordt, door het onderzoeken en beantwoorden van fiscale vraagstukken, op basis van de civielrechtelijke onderbouw, een methode aangereikt die toelaat om om andere en desgevallend vergelijkbare fiscale vragen te beantwoorden, waar een beroep op deze civielrechtelijke infrastructuur relevant is. In dit licht beschouwd, heeft voorliggend onderzoek ook een exemplatieve functie. Tot slot zij het opgemerkt dat als uitgangspunt wordt gehanteerd dat de trustverhouding in kwestie niet 'gesimuleerd' is, en dus geen *sham trust* betreft. In wat volgt wordt echter wel verwezen naar de simulatieleer op punten waar zulks nuttig en relevant is.

983. Merk op dat er in dit verband een belangrijk onderscheid bestaat tussen de registratie-, schenk en erfbelastingen enerzijds en de inkomstenbelastingen (in het bijzonder de personenbelasting en de rechtspersonenbelasting) anderzijds. In de eerstgenoemde takken van het fiscaal recht is de wetgever voor wat betreft de fiscale behandeling van *trusts* tot op heden niet (expliciet) legislatief tussengekomen. Voor wat betreft deze belastingen bestaan er met andere woorden geen bijzondere wetsbepalingen die betrekking hebben op de fiscaliteit van buitenlandse *trusts*.

Sedert 2015 is het plaatje voor wat betreft de inkomstenbelastingen geheel anders. Middels de programmawet van 10 augustus 2015²⁷¹² heeft de fiscale wetgever de zogenoemde 'kaaimantaks' geïntroduceerd. Dit bijzondere fiscaal regime is onder

²⁷¹¹ Zoals bijvoorbeeld ook in het buitenland het geval is. Zo heeft het proefschrift van SONNEVELDT betrekking op de Nederlandse erfbelasting, terwijl het proefschrift van BOER slechts betrekking heeft op de Nederlandse inkomsten- en vennootschapsbelasting. In Zwitserland heeft het proefschrift van DANON voor wat betreft het interne recht slechts betrekking op de Zwitserse directe belastingen. Zie: F. SONNEVELDT, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956*, Amersfoort, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, 2000, 340p; J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 468p; R.J. DANON, *Switzerland's direct and international taxation of private express trusts*, Zürich, Schulthess, 2004, 411p.

²⁷¹² BS 18 augustus 2015, 53834.

meer van toepassing op *trusts*²⁷¹³. De invoering van een bijzonder fiscaalrechtelijk regime als de kaaimantaks kan belangrijke implicaties hebben voor wat betreft de integriteit van het (op dit punt van het onderzoek nog te verifiëren) principiële verband tussen de civielrechtelijke infrastructuur van de *trust* en de fiscaalrechtelijke superstructuur. Aangenomen dat een dergelijk verband inderdaad bestaat, kan de wetgever het opportuun achten om door middel van een bijzonder fiscaalrechtelijk regime dit verband geheel of deels te verbreken. Dit kan een interessant contrast opleveren met de registratie-, schenk- en erfbelastingen, waar dergelijke bijzondere fiscale bepalingen (vooral nog) ontbreken. Het is dan ook om deze reden dat laatstgenoemde belastingen aan bod komen vóór de inkomstenbelastingen.

²⁷¹³ *Trusts* kunnen namelijk worden beschouwd als de prototypische verschijningsvorm van de zogeheten 'juridische constructie type 1', zie: artikel 2, §1, 13°, a) WIB 1992. Zie *infra*, randnr. 1250 e.v.

II. De verhouding tussen het burgerlijk recht en het fiscaal recht binnen de Belgische rechtsorde

A. Inleiding

984. Teneinde de hoger (*supra*, randnr. 14) geformuleerde hypothese dat de wortels van de fiscale problematiek inzake het gebruik van buitenlandse *trusts* zich bevinden in het burgerlijk recht te kunnen bevestigen en om verder na te gaan in welke mate een correcte civielrechtelijke analyse van de *trust* de daaraan vast te knopen fiscale gevolgen kan verklaren, is eerst vereist dat dieper wordt ingegaan op de band tussen beide rechtstakken. Uit dit deel van het onderzoek dient met andere woorden een analysepatroon te worden afgeleid op basis waarvan in het verdere verloop van het resterende onderzoek kan worden teruggevallen.

985. Zoals in dit hoofdstuk zal blijken, is dit thema nog maar zelden het (deel)voorwerp geweest van fundamenteel juridisch onderzoek. De rechtsleer die deze verhouding en de daarmee verwante onderwerpen bespreekt, tracht slechts zelden om deze thema's in een logisch dwingend schema te gieten.²⁷¹⁴ In dit hoofdstuk wordt getracht om een dergelijk schema te construeren. Het vertrekpunt vormt één van de meest fundamentele basisregels van het Belgische fiscaalrechtelijke bestel, zijnde het grondwettelijk gewaarborgd legaliteitsbeginsel *in fiscalibus* (artikel 170 GW). Vanuit een functionele analyse van het legaliteitsbeginsel *in fiscalibus* worden vervolgens de volgende logische stappen binnen het schema afgeleid. In de eerste plaats zal de logische koppeling tussen het legaliteitsbeginsel en het zogeheten 'realiteitsbeginsel' *in fiscalibus* worden afgeleid. Ten slotte wordt het verband gelegd tussen dit 'realiteitsbeginsel' en een juist begrip van de exacte verhouding tussen het Belgisch burgerlijk recht en het Belgisch fiscaal recht.

Noteer evenwel dat de focus en de draagwijdte van voorliggend onderzoek dwingt tot een functionele analyse van de bovenstaande thema's. De juridische debatten omtrent de implicaties en gevolgen van het legaliteitsbeginsel *in fiscalibus*, het 'realiteitsbeginsel' en dergelijke meer, betreffen verschillende punten en kennen veel vertakkingen. Deze debatten zullen worden aangehaald waar nuttig of interessant, maar blijven op een fundamenteeler niveau buiten het bestek van voorliggend onderzoek.

B. Het legaliteitsbeginsel *in fiscalibus*

986. Luidens artikel 170, §1 GW kan "geen belasting ten behoeve van de Staat worden ingevoerd dan door een wet". De volgende paragrafen van dit

²⁷¹⁴ Het proefschrift van HAELTERMAN vormt één van de weinige uitzonderingen op de regel, zie: A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 63 e.v.

grondwetsartikel herbevestigen hetzelfde beginsel voor wat betreft belastingen ingevoerd door de gemeenschappen en gewesten, provincies en bovengemeentelijke besturen, alsook voor de gemeenten, agglomeraties en federaties van gemeenten. Deze grondwetsbepaling is voor het Belgische fiscaalrechtelijke bestel uitermate belangrijk.²⁷¹⁵ De grondwetgever herbevestigt het fiscaal legaliteitsbeginsel bovendien in artikel 172, tweede lid van de Grondwet, voor wat betreft belastingvrijstellingen en –verminderingen.

Een belasting kan daarbij worden gedefinieerd als een heffing, zijnde een betaling opgelegd door de overheid, teneinde haar middelen te verschaffen om te voorzien in haar uitgaven van alle aard en die wordt opgelegd zonder een onmiddellijk aanwijsbare tegenprestatie.²⁷¹⁶

Als het juridisch basisdocument dat de fundamenteën van het Belgische staatsrechtelijke bestel regelt, vormt de Grondwet de juridische grondslag voor de heffing van belastingen door de publiekrechtelijke instellingen die zij organiseert. In een rechtsstaat is het immers zo dat alle actoren, inclusief de overheden zelf, steeds dienen te handelen binnen het voorhanden zijnde (grond)wettelijke kader, ook wanneer het belastingheffing betreft.²⁷¹⁷

987. Dit legaliteitsbeginsel *in fiscalibus* is in feite een vrijheidsbeginsel, daar het impliceert dat alles in principe vrij is van belasting, tenzij de wetgever daarover anders beslist.²⁷¹⁸ GANSHOF VAN DER MEERSCH legt daarom het verband met oud artikel

²⁷¹⁵ W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "L'impôt et la loi" in X., *En hommage à Victor Gothot*, Luik, Rev.Dr. ULg, 1962, 257.

²⁷¹⁶ J.J. COUTURIER, B. PEETERS, E. VAN DE VELDE, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2016, 1; J. VAN HOUTTE, *Beginselen van Belgisch Belastingrecht*, Brussel, Bruylant, 1979, 3.

Zie hierover nog: T. AFSCHRIFT, "Discussion sur la définition de l'impôt" in S. DOUÉNIAS, F. MINNE (eds.), *Mélanges Pascal Minne*, Brussel, Bruylant, 2017, 611 – 624; F. VAN DUN, *Mens, burger, fiscus*, Maastricht, Shaker Publishing, 2000, 27; F. DIERCKX, "La notion d'impôt", *JDF* 2016, 200 – 229, i.h.b. 201 – 203.

²⁷¹⁷ Eensluitend: E. VAN DE VELDE, *Afspraken met de fiscus: de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen*, Brussel, Larcier, 2009, 149.

²⁷¹⁸ J.J. COUTURIER, B. PEETERS, E. VAN DE VELDE, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2016, 14; S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 20; T. AFSCHRIFT, *Fiscaal misbruik*, Brussel, Larcier, 2013, 9; D. DE GROOT, "Over de invoering van het grondwettelijke legaliteitsbeginsel in fiscale aangelegenheden", *TFR* 2009, 339; T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Brussel, Larcier, 2003, 51, 75; B. PEETERS, T. WUSTENBERGHS, "De verenigbaarheid van vage en onbepaalde normen met het fiscale legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel", *AFT* 1999, afl. 3, 95;. Zie tevens: Cass. 9 december 1948, *Pas.* 1948, I, 704, waar het Hof in dit kader spreekt over "La franchise des personnes et des choses".

11 GW (huidig artikel 16 GW), dat het eigendomsrecht beschermt.²⁷¹⁹ DUMON voegt daar aan toe dat het fiscaal legaliteitsbeginsel de rechtszekerheid waarborgt.²⁷²⁰

Een en ander is sterk gelieerd aan de totstandkomingsgeschiedenis van het fiscaal legaliteitsbeginsel en zelfs de Belgische grondwet in het algemeen. Algemeen wordt aangenomen dat de redactie van huidig artikel 170 GW een reactie vormde van de Belgische grondwetgever tegen de gang van zaken in het voormalig Koninkrijk der Nederlanden.²⁷²¹ Koning Willem I had immers de kennelijke voorkeur om te regeren door middel van Koninklijke Besluiten, zonder al te veel acht te slaan op de rol van de volksvertegenwoordiging bij de totstandkoming van materiële wettelijke normen.²⁷²² MAST stelt dan ook dat de Belgische grondwetgever bepaalde aangelegenheden aan de uitsluitende bevoegdheid van de wetgevende macht heeft voorbehouden en de uitvoerende macht aan een strikt(er) legaliteitsbeginsel heeft willen binden met het oog op de bescherming van de grondrechten van de rechtsonderhorigen.²⁷²³ Het fiscaal legaliteitsbeginsel verplicht de overheid (en in

²⁷¹⁹ W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "L'impôt et la loi" in X., *En hommage à Victor Gontho*, Luik, Rev.Dr. Ulg, 1962, 272 – 278, i.h.b. 272: "L'article 11 de la Constitution garantit l'inviolabilité des droits patrimoniaux. Or, l'impôt constitue une atteinte directe au droit de propriété des gouvernés. Privé de garantie légale sur le plan patrimonial, le gouverné est menacé dans sa liberté." In het kader van het eerste artikel van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, werd door het EHRM een zeer gelijkaardige overweging gemaakt in de zaak *Burden*: "Taxation is in principle an interference with the right guaranteed by the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1, since it deprives the person concerned of a possession, namely the amount of money which must be paid", zie: EHRM 29 april 2008, *Burden/Verenigd Koninkrijk*, punt 59.

Het Belgische Grondwettelijk Hof heeft dit uitgangspunt in latere arresten herhaaldelijk bevestigd, zie exemplatief: GwH 6 november 2014, nr. 162/2014, overw. B.12.2; GwH 12 juni 2014, nr. 91/2014, overw. B.6.2; GwH 30 maart 2010, nr. 32/2010, overw. B.13.2.2. Over dit verband, zie uitgebreid: N. APPERMONT, "(Lokale) belastingen en het recht op bescherming van eigendom" in S. VERBIST (ed.), *Actualia Overheid en Eigendom*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 1 – 41; E. VAN DE VELDE, *Afspraken met de fiscus: de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen*, Brussel, Larcier, 2009, 151 – 156.

²⁷²⁰ F. DUMON, "Les impôts directs, l'Etat de droit et la Constitution", *JDF* 1984, 22, 35.

²⁷²¹ W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "L'impôt et la loi" in X., *En hommage à Victor Gontho*, Luik, Rev.Dr. Ulg, 1962, 257; E. VAN DE VELDE, *Afspraken met de fiscus: de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen*, Brussel, Larcier, 2009, 158; S. VAN CROMBRUGGE, "De invoering van het leerstuk van *fraus legis* of wetsontduiking in het Belgisch fiscaal recht", *TRV* 1993, 271.

Nochtans wordt in de rechtsleer ook aangevoerd dat deze conclusie als zodanig niet blijkt (maar evenmin wordt weerlegd) in de notulen en verslagen van het Nationaal Congres en de bevoegde commissie die in haar schoot werd opgericht, zie: D. DE GROOT, "Over de invoering van het grondwettelijke legaliteitsbeginsel in fiscale aangelegenheden", *TFR* 2009, 339 – 344.

²⁷²² A. MAST, "De les van het Nationaal Congres", *TBP* 1950, 148.

²⁷²³ *Ibid*, 154. Zie tevens: P. POPELIER, "Basisbeginselen inzake de vereiste van de wettelijke basis als voorwaarde voor een toegelaten inmenging in grondrechten in fiscale zaken" in VZW FSKOFOON (ed.), *Fiscale rechtspraakoverzichten. Grondrechten in fiscalibus 1989 – 2014*, Brussel, Larcier, 2016, 52; B. PEETERS, T. WUSTENBERGHS, "De verenigbaarheid van vage en onbepaalde normen met het fiscale legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel", *AFT* 1999, afl. 3, 96.

het bijzonder de uitvoerende macht) er dan ook toe om de rechtsnormen na te leven.²⁷²⁴

Het voorgaande betekent evenwel niet dat er geen (fiscaal) legaliteitsbeginsel kon worden aangetroffen in de Grondwet van het Koninkrijk der Nederlanden van 1815. Zo werd in artikel 197 van de desbetreffende Grondwet bepaald dat "Geene belastingen kunnen ten behoeve van 's Lands kas worden geheven, dan uit kracht van eene wet".²⁷²⁵ Cruciaal element aan deze formulering van het toenmalige fiscaal legaliteitsbeginsel is echter dat de fiscale regelgeving slechts *krachtens* een formele wet en niet *door* een formele wettelijke norm moet worden geregeld. Aldus was het voldoende dat een formele wettelijke norm de Koning machtigt tot het heffen van belastingen.²⁷²⁶ In de rechtsleer bestaat dan ook een zeer sterk vermoeden dat het Nationaal Congres dit fenomeen wenste te vermijden en daarom opteerde voor een andere formulering.²⁷²⁷ In huidig artikel 170 GW valt daarom nog te lezen dat een belasting slechts kan worden ingevoerd *door* een (formele) wet. Het woord 'door' impliceert dat de belastingwet zelf op ondubbelzinnige en nauwkeurige wijze alle essentiële elementen van de belasting moet bepalen.²⁷²⁸

²⁷²⁴ M. MAUS, *De fiscale controle*, Brugge, die Keure, 2005, 115.

²⁷²⁵ W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "L'impôt et la loi" in X., *En hommage à Victor Gothot*, Luik, Rev.Dr. Ulg, 1962, 257; E. VAN DE VELDE, *Afspraken met de fiscus: de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen*, Brussel, Larcier, 2009, 158.

²⁷²⁶ E. SCHREUDER, "De machten van de Koning inzake belastingen", *RW* 1961 – 1962, 2297. Zie ook: J.L.M. GRIBNAU, *Rechtsbetrekking en rechtsbeginselen in het belastingrecht. Rechtstheoretische beschouwingen over navordering, toezegging en fiscale vaststellingsovereenkomst*, Rotterdam, Sanders Instituut, 1998, 177 e.v., i.h.b. 187 – 190; K. BOZIA, R.P.C. CORNELISSE *et. al.*, *Hoofdzaken belastingrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2015, 41 e.v.

²⁷²⁷ P. POPELIER, "Basisbeginselen inzake de vereiste van de wettelijke basis als voorwaarde voor een toegelaten inmenging in grondrechten in fiscale zaken" in VZW FSKOFOON (ed.), *Fiscale rechtspraakoverzichten. Grondrechten in fiscalibus 1989 – 2014*, Brussel, Larcier, 2016, 61; L. DE BROE, F. DEBELVA, "Basisprincipes van het Belgisch fiscaal recht" in L. DE BROE (ed.), *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Kluwer, 2017, 21; K. ROSSIGNOL, "No Taxation without legislation': het formeel legaliteitsbeginsel in belastingzaken" in M. DE JONCKHEERE, *et al.* (eds.), *Een reis doorheen de fiscale basisbeginselen*, Brugge, die Keure, 2011, 76; E. VAN DE VELDE, *Afspraken met de fiscus: de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen*, Brussel, Larcier, 2009, 158 – 160; W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "L'impôt et la loi" in X., *En hommage à Victor Gothot*, Luik, Rev.Dr. Ulg, 1962, 257 e.v. Zie evenwel: D. DE GROOT, "Over de invoering van het grondwettelijke legaliteitsbeginsel in fiscale aangelegenheden", *TFR* 2009, 339 – 344.

²⁷²⁸ P. POPELIER, "Basisbeginselen inzake de vereiste van de wettelijke basis als voorwaarde voor een toegelaten inmenging in grondrechten in fiscale zaken" in VZW FSKOFOON (ed.), *Fiscale rechtspraakoverzichten. Grondrechten in fiscalibus 1989 – 2014*, Brussel, Larcier, 2016, 64; L. DE GEYTER, "Het fiscaal legaliteitsbeginsel" in VZW FSKOFOON (ed.), *Fiscale rechtspraakoverzichten. Grondrechten in fiscalibus 1989 – 2014*, Brussel, Larcier, 2016, 99; L. DE BROE, F. DEBELVA, "Basisprincipes van het Belgisch fiscaal recht" in L. DE BROE (ed.), *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Kluwer, 2017, 21 – 22; K. ROSSIGNOL, "No Taxation without legislation': het formeel legaliteitsbeginsel in belastingzaken" in M. DE JONCKHEERE *et al.* (eds.), *Een reis doorheen de fiscale basisbeginselen*, Brugge, die Keure, 2011, 82 e.v.; B. PEETERS, T. WUSTENBERGHS, "De verenigbaarheid van vage en onbepaalde normen met het fiscale legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel", *AFT* 1999, afl. 3, 97.

Zie bv: Adv.RvS 35.911/1 bij het voorontwerp van ordonnantie van 9 oktober 2003 betreffende de gewestelijke stimulansen voor de algemene investeringen ten gunste van

Onder 'essentiële bestanddelen' wordt alvast zeker begrepen: de belastbare materie, de belastbare grondslag, het belastingtarief, alsook de belastingvrijstellingen en -verminderingen.²⁷²⁹ Een delegatie vanwege de wetgever van de bepaling van deze essentiële bestanddelen van een belasting naar de Koning, en *a fortiori* naar de minister van Financiën en de fiscale administratie²⁷³⁰, is aldus principieel verboden.²⁷³¹ Op dit beginsel worden evenwel bepaalde uitzonderingen aanvaard.²⁷³² Het valt buiten het bestek van dit onderzoek om nader op de problematiek inzake delegatie in te gaan. Toch kan er op worden gewezen dat de door de grondwetgever beoogde primauteit van de wetgevende macht in de praktijk onder druk staat. Zo merkt POPELIER op dat naar schatting 80 tot 90% van de wetten die gestemd worden door het Parlement hun oorsprong vinden in een regeringsinitiatief.²⁷³³ Voor wat betreft de fiscale wetgeving is dit kennelijk niet anders.²⁷³⁴ Bovendien laat de wetgever het niet na om zich

zeer kleine, kleine of middelgrote ondernemingen, *Parl.St.* Br.H.R., 2003 – 2004, nr. A 5534/1, 14.

²⁷²⁹ P. PEETERS, "De rechtstreekse toetsing door het Arbitragehof aan het fiscaal legaliteitsbeginsel na de Bijzondere Wet van 9 maart 2003", *AFT* 2005, 10; K. ROSSIGNOL, "No Taxation without legislation": het formeel legaliteitsbeginsel in belastingzaken" in M. DE JONCKHEERE *et al.* (eds.), *Een reis doorheen de fiscale basisbeginselen*, Brugge, die Keure, 2011, 83 – 85.

²⁷³⁰ E. VAN DE VELDE, *Afspraken met de fiscus: de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen*, Brussel, Larcier, 2009, 188 – 195; L. DE GEYTER, "Het fiscaal legaliteitsbeginsel" in VZW FSKOFOON (ed.), *Fiscale rechtspraakoverzichten. Grondrechten in fiscalibus 1989 – 2014*, Brussel, Larcier, 2016, 106 – 107; K. ROSSIGNOL, "No Taxation without legislation": het formeel legaliteitsbeginsel in belastingzaken" in M. DE JONCKHEERE *et al.* (eds.), *Een reis doorheen de fiscale basisbeginselen*, Brugge, die Keure, 2011, 93 – 94.

²⁷³¹ L. DE GEYTER, "Het fiscaal legaliteitsbeginsel" in VZW FSKOFOON (ed.), *Fiscale rechtspraakoverzichten. Grondrechten in fiscalibus 1989 – 2014*, Brussel, Larcier, 2016, 98 – 106; H. BORTELS, J. THEUNIS, "Het fiscale legaliteitsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (2005 – 2015)", *TFR* 2016, 419; L. DE BROE, F. DEBELVA, "Basisprincipes van het Belgisch fiscaal recht" in L. DE BROE (ed.), *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Kluwer, 2017, 21 – 22; N. LAUWERS, "De draagwijdte van het beginsel 'in dubio contra fiscum'", *AFT* 2016, afl. 4, 29 – 30; E. VAN DE VELDE, *Afspraken met de fiscus: de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen*, Brussel, Larcier, 2009, 171 – 188; B. PEETERS, "Het fiscaal legaliteitsbeginsel in de Belgische Grondwet: verstrakking of erosie?" in B. PEETERS, J. VELAERS (eds.), *De Grondwet in groothoekperspectief. Liber amicorum discipulorumque Karel Rimanque*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 515 – 541; K. ROSSIGNOL, "No Taxation without legislation": het formeel legaliteitsbeginsel in belastingzaken" in M. DE JONCKHEERE *et al.* (eds.), *Een reis doorheen de fiscale basisbeginselen*, Brugge, die Keure, 2011, 82 – 92; K. RIMANQUE, *De Grondwet toegelicht, gewikt en gewogen 2004 – 2005*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 382 – 383.

²⁷³² Zie uitgebreid: J. THEUNIS, "Het fiscaal legaliteitsbeginsel. Een stand van zaken na 10 jaar rechtspraak van het Arbitragehof", *TFR* 2006, 79 – 96; H. BORTELS, J. THEUNIS, "Het fiscale legaliteitsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (2005 – 2015)", *TFR* 2016, 428 – 429. Zie tevens de bronnen vermeld in de vorige voetnoot.

²⁷³³ P. POPELIER, "Basisbeginselen inzake de vereiste van de wettelijke basis als voorwaarde voor een toegelaten inmenging in grondrechten in fiscale zaken" in VZW FSKOFOON (ed.), *Fiscale rechtspraakoverzichten. Grondrechten in fiscalibus 1989 – 2014*, Brussel, Larcier, 2016, 62, onder verwijzing naar G. VAN DER BIESEN, "Niet te schatten. Parlementaire beïnvloeding van wetgeving" in P. POPELIER, J. VAN NIEUWENHOVE (eds.), *Wie maakt de wet?*, Brugge, die Keure, 2006, 55 – 71.

²⁷³⁴ E. VAN DE VELDE, *Afspraken met de fiscus: de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen*, Brussel, Larcier, 2009, 163 – 164.

regelmatig te bedienen van relatief vage normen of normen van onbepaalde aard, waarvan de exacte contouren niet steeds even duidelijk zijn en waarbij dus enige vorm van interpretatie noodzakelijk zal zijn.²⁷³⁵

Wars van deze ontwikkelingen, blijft het fundamentele principe dat aan het fiscaal legaliteitsbeginsel ten grondslag ligt evenwel overeind.

988. Het vereiste dat belastingen slechts kunnen worden ingevoerd door middel van een formele wet, die in beginsel steeds ook alle essentiële elementen van de belasting dient te bepalen, verzekert de toepassing *in fiscalibus* van twee belangrijke beginselen. Enerzijds kan worden gewezen op het beginsel *'no taxation without representation'*.²⁷³⁶ PEETERS wijst er op dat de toestemming met een belasting van een democratisch verkozen orgaan in dit verband een substituut

²⁷³⁵ P. POPELIER, "Basisbeginselen inzake de vereiste van de wettelijke basis als voorwaarde voor een toegelaten inmenging in grondrechten in fiscale zaken" in VZW FSKOFOON (ed.), *Fiscale rechtspraakoverzichten. Grondrechten in fiscalibus 1989 – 2014*, Brussel, Larcier, 2016, 62; T. DE CLERCK, "Taal: de rechtsonzekerheid in het fiscaal recht?", *TFR* 2012, 953 – 974; B. PEETERS, T. WUSTENBERGHS, "De verenigbaarheid van vage en onbepaalde normen met het fiscale legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel", *AFT* 1999, afl. 3, 112.

Naast de door PEETERS en WUSTENBERGHS genoemde voorbeelden kan o.i. ook het begrip 'normale verrichtingen van beheer van een privévermogen' uit artikel 90, 1° WIB 1992 worden beschouwd als een onbepaalde norm worden beschouwd. Zie in dit verband voor een toepassingsgeval: H. NIESTEN, N. DIEPVENS, N. APPERMONT, "De veranderlijke gevolgen van de verkoop van een kunstwerk naargelang de aard van de werkzaamheden van de kunstenaar" in J. ACKAERT *et al.* (eds.), *Liber Amicorum Anne Mie Draye*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 418 – 419.

Zie tevens: E. WARSON, *Invulling en precedentwaarde van rulings*, Brussel, Larcier, 2010, 46 – 51.

²⁷³⁶ Zie bv: GwH 10 juli 2014, nr. 104/2014, overw. B.6.; GwH 16 juni 2011, nr. 103/2011, B.5.1.; GwH 17 oktober 2007, nr. 131/2007, overw. B.3.; Arbitragehof 28 juli 2006, nr. 124/2006, overw. B.4.. Het Grondwettelijk Hof overwoog in het arrest van 16 juni 2011: "Uit de artikel 170, §1, en uit artikel 172, tweede lid, van de Grondwet kan worden afgeleid dat geen enkele belasting kan worden geheven en geen enkele vrijstelling van belasting worden verleend zonder instemming van de belastingplichtigen [...]".

Zie ook: A. VAN DE VIJVER, *Een verkenning van de grondslagen van het ne bis in idem-beginsel in het Belgisch belastingrecht*, Brussel, Larcier, 2015, 367 -368; K. RIMANQUE, *De Grondwet toegelicht, gewikt en gewogen 2004 – 2005*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 381; L. DE GEYTER, "Het fiscaal legaliteitsbeginsel" in VZW FSKOFOON (ed.), *Fiscale rechtspraakoverzichten. Grondrechten in fiscalibus 1989 – 2014*, Brussel, Larcier, 2016, 96; D. DE GROOT, "Over de invoering van het grondwettelijke legaliteitsbeginsel in fiscale aangelegenheden", *TFR* 2009, 340; B. PEETERS, "Het fiscaal legaliteitsbeginsel in de Belgische Grondwet: verstrakking of erosie?" in B. PEETERS, J. VELAERS (eds.), *De Grondwet in groothoekperspectief. Liber amicorum discipulorumque Karel Rimanque*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 511; E. WILLEMART, *Les limites constitutionnelles du pouvoir fiscal*, Brussel, Bruylant, 1999, 94 – 95; B. PEETERS, "De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking", *AFT* 2010, afl. 3, 7; I. VAN DE WOESTEYNE, *Fiscaal recht in essentie*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 8.

Zie ook: W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "L'impôt et la loi" in X., *En hommage à Victor Gonthot*, Luik, Rev.Dr. Ulg, 1962, 273: "La règle fondamentale et traditionnelle en droit belge est que l'impôt doit être consenti [...] C'est aux représentants de la nation qu'il appartient de consentir les sacrifices essentiels."

vormt voor de individuele toestemming van de afzonderlijke belastingplichtigen.²⁷³⁷ Anderzijds volgt uit de toepassing van het fiscaal legaliteitsbeginsel ook dat de belasting slechts kan worden ingevoerd door een formele wet. Het betreft hier het beginsel 'no taxation without legislation'.²⁷³⁸

In onze context is vooral dit laatste aspect van groot belang. Het fiscaal legaliteitsbeginsel impliceert immers dat de fiscale wet de belastbare materie definieert en alle noodzakelijke fiscale aanknopingspunten moet aanreiken op grond waarvan de belasting kan worden gevestigd.²⁷³⁹ Het gaat met andere woorden steeds om wettelijke, en dus eveneens om *juridische* aanknopingspunten. De genoemde 'essentiële elementen' zoals het belastbaar feit of de belastbare materie, de belastbare grondslag, en degelijke meer zijn steeds uit hun aard juridische begrippen. *In abstracto* beschouwd is de loutere aanwezigheid van deze essentiële elementen in een formele wet echter onvoldoende om te kunnen overgaan tot het vestigen van een belasting. Daar zij fungeren als fiscaal-juridische aanknopingspunten, kan daarvan pas nuttig gebruik worden gemaakt wanneer zij ook daadwerkelijk ergens bij kunnen aanknopen. Dit inzicht brengt ons een stap verder in de analyse van de verhouding tussen het burgerlijk recht en het fiscaal recht, daar dit gegeven kan functioneren als uitgangspunt om de (werkelijke) betekenis van het zogeheten 'realiteitsbeginsel' te achterhalen. Merk op dat uit het grondwettelijk verankerd fiscaal legaliteitsbeginsel tevens enkele andere fundamentele fiscale spelregels worden afgeleid. Hoewel hier verder niet individueel besproken, kan in dit verband worden gewezen op de uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende regel dat niets belastbaar is, tenzij een wettekst²⁷⁴⁰ uitdrukkelijk anders bepaalt.²⁷⁴¹ Hieruit wordt vervolgens afgeleid dat de belastingwet 'strikt' dient te worden geïnterpreteerd, alsook het verbod op analogische interpretatie (zie *supra*, randnr. 804 – 805). Ook het adagium *in dubio contra fiscum* is gestoeld op het fiscaal legaliteitsbeginsel.²⁷⁴²

²⁷³⁷ B. PEETERS, "Het fiscaal legaliteitsbeginsel in de Belgische Grondwet: verstrakking of erosie?" in B. PEETERS, J. VELAERS (eds.), *De Grondwet in groothoekperspectief. Liber amicorum discipulorumque Karel Rimanque*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 511.

²⁷³⁸ K. ROSSIGNOL, "'No Taxation without legislation': het formeel legaliteitsbeginsel in belastingzaken" in M. DE JONCKHEERE *et al.* (eds.), *Een reis doorheen de fiscale basisbeginselen*, Brugge, die Keure, 2011, 73 – 106; B. PEETERS, "De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking", *AFT* 2010, afl. 3, 7.

²⁷³⁹ A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblio, 1992, 64, 67.

²⁷⁴⁰ Merk op dat het, afhankelijk van het in artikel 170 GW beoogde geval, tevens kan gaan om decreten, ordonnanties, provincie- en gemeenteverordeningen.

²⁷⁴¹ Zie bv. I. CLAEYS-BOÚAERT, "De interpretatie van de fiscale wet", *T.Not.* 1961, 128; B. PEETERS, "De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking", *AFT* 2010, afl. 3, 7.

²⁷⁴² Zie uitgebreid: N. LAUWERS, "De draagwijdte van het beginsel 'in dubio contra fiscum'", *AFT* 2016, afl. 4, 26 – 69. Zie ook: J.J. COUTURIER, B. PEETERS, E. VAN DE VELDE, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2016, 47.

C. Het realiteitsbeginsel *in fiscalibus*

1. Verschillende opvattingen over de inhoud van het realiteitsbeginsel

989. De vraag naar (de exacte inhoud van) het beginsel dat het fiscaal recht zich ent op 'de werkelijkheid' heeft in de fiscale literatuur historisch veel inkt doen vloeien.²⁷⁴³ Het betreft dan ook bij uitstek een fundamenteel beginsel in het Belgische belastingrecht. Dit 'realiteitsbeginsel' heeft in de rechtsleer en rechtspraak dan ook een rol gespeeld in of heeft de grondslag gevormd van een omvangrijk aantal belangrijke fiscale leerstukken. Gelet op de draagwijdte van dit onderzoek worden deze debatten slechts aangehaald of vernoemd. Alleen in die gevallen waar een nadere bespreking nuttig blijkt te zijn in het licht van de onderzoeksvraag, worden zij nader in deze analyse betrokken.

990. Wat alleszins duidelijk is, is dat het realiteitsbeginsel *in fiscalibus* als zodanig een ongeschreven beginsel is.²⁷⁴⁴ Het beginsel wordt dan ook regelmatig voorgesteld als een principe 'van gezond verstand' dat volgt uit de (fiscale) aard der dingen.²⁷⁴⁵ Toch zou het volgens bepaalde auteurs niet gaan om een algemeen rechtsbeginsel.²⁷⁴⁶ Voor de volledigheid kan nog worden opgemerkt dat ook de fiscus het bestaan van een 'werkelijkheidsbeginsel' aanvaardt.²⁷⁴⁷ Niettegenstaande het wel zou gaan om een beginsel van gezond verstand, zijn aan dit beginsel op verschillende tijdstippen en door verschillende actoren toch fundamenteel variërende betekenissen toegeschreven.²⁷⁴⁸ In de rechtsleer wordt daarom gewaarschuwd voor een lichtzinnige omgang met dergelijke fiscale gezegdes.²⁷⁴⁹

²⁷⁴³ Zulks werd reeds opgemerkt *medio* jaren '80 van de vorige eeuw. Zie voor een overzicht: L.A. DENYS, "Over de fiscale behandeling van burgerrechtelijke ficties" in X. (ed.), *Liber Amicorum Albert Tiberghien*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 133, en de literatuur aldaar aangehaald.

²⁷⁴⁴ S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblio, 2014, 56; B. VERMEERSCH, "Fiscale grondbeginselen in het registratie- en successierecht" in M. DE JONCKHEERE *et al.* (eds.), *Een reis doorheen de fiscale basisbeginselen*, Brugge, die Keure, 2011, 310; D. GARABEDIAN, J. KIRKPATRICK, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Brussel, Bruylant, 2003, 67.

²⁷⁴⁵ S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblio, 2014, 56; F. DUMON, "Les impôts directs, L'Etat de droit et la constitution", *JDF* 1984, 26.

²⁷⁴⁶ S. SEGIER, M. BENTLEY, "Le droit fiscal se fonde sur des réalités: une fiction?", *RGCF* 2009, afl. 5, 12; T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Brussel, Larcier, 2003, 101 – 105.

²⁷⁴⁷ *Com. IB* 1992, 340/75: "Deze aan de administratie toegekende rechten vinden hun grondslag in het beginsel volgens hetwelk de inkomstenbelastingen geen rekening houden met de schijn, noch met ficties, maar op de werkelijkheid steunen"; *Com. IB* 1992, 24/25.

²⁷⁴⁸ S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblio, 2014, 56.

²⁷⁴⁹ J. KIRKPATRICK, "Le droit fiscal se fonde sur les réalités. Réflexions sur quelques bons et mauvais usages d'un proverbe de droit", *JDF* 1969, 161 – 176.

991. Voor oudere auteurs was het kennelijk evident dat het realiteitsbeginsel inhield dat het fiscaal recht zich niet behoefde te bekommeren om de strikt juridische omkleeding die partijen aan een rechtshandeling of geheel van rechtshandelingen gaven. Voor het fiscaal recht was het de economische werkelijkheid die van tel was. Zo stelde DE HAENE reeds in 1917: “[...] *Cette erreur*²⁷⁵⁰ *consiste à ne voir que la couleur juridique des faits au lieu de leur réalité économique, qui seul intéresse le droit fiscal.*²⁷⁵¹” Ook E. GENIN en A. GENIN verdedigden de stelregel dat belastingen de economische realiteit treffen en geen juridische abstracties.²⁷⁵² Voor deze auteurs verwees het realiteitsbeginsel naar het gegeven dat het belastingrecht zich entte op de tastbare, economische realiteit, waarin bepaalde inkomsten werkelijk werden verwezenlijkt.²⁷⁵³

In tegenstelling tot deze oudere auteurs, wordt door meer hedendaagse auteurs volgehouden dat het standpunt volgens hetwelk het werkelijkheidsbeginsel impliceert dat *in fiscalibus* rekening moet worden gehouden met de economische realiteit, verkeerd is en dat de genoemde auteurs voor hun standpunt ook geen bijzondere rechtvaardiging aanbrachten.²⁷⁵⁴ Modernere auteurs wijzen er dan ook op dat de werkelijke betekenis van het beginsel eerder het tegenovergestelde is dan wat de oudere auteurs verdedigden: de ‘juridische’ realiteit heeft *in beginsel* primauteit over de ‘economische’ realiteit, in het geval dat tussen beide een discrepantie ontstaat.²⁷⁵⁵ Daarnaast houdt het realiteitsbeginsel ook in dat in beginsel enkel feiten die werkelijk (begrepen als: niet feitelijk fictief of onbestaand) hebben voorgedaan, kunnen leiden tot vestigen van belastingen.²⁷⁵⁶

²⁷⁵⁰ De auteur heeft het over de redenering van het hof van beroep te Brussel, tegens wiens arrest een voorziening in Cassatie werd ingesteld.

²⁷⁵¹ DE HAENE, noot onder Cass. 29 januari 1917, *Pas.* 1917, I, 103.

²⁷⁵² E. GENIN, A. GENIN, *Commentaar op het wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten*, Brussel, Van Bugghenoudt, 1951, 59 – 60.

²⁷⁵³ Zie tevens het antwoord van de minister van Financiën op de parlementaire vraag van M. LAHAYE VAN 4 JUNI 1985: *Vr. en Antw.* Senaat 1984 – 1985, 9 juli 1985, 1896.

²⁷⁵⁴ T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Brussel, Larcier, 2003, 70.

²⁷⁵⁵ S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 56 – 57; S. SEGIER, M. BENTLEY, “Le droit fiscal se fonde sur des réalités: une fiction?”, *RGCF* 2009, afl. 5, 13; F. AMERIJCKX, *Belastingheffing naar (socio-economische) werkelijkheid*, Gent, Story-Scientia, 1984, 4 – 5; P. VAN OMMESLAGHE, “Droit commun et droit fiscal”, *JDF* 1989, 6; D. GARABEDIAN, “« Forme » et « substance » en droit fiscal belge”, *JDF* 2003, 195; T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Brussel, Larcier, 2003, 121; A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 58, 66; D. GARABEDIAN, J. KIRKPATRICK, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Brussel, Bruylant, 2003, 70; P. FAES, *Het rechtsmisbruik in fiscale zaken: Artikel 344, §1 WIB – 15 jaar later*, Brussel, Larcier, 2008, 36 – 37; L. DE BROE, F. DEBELVA, “Basisprincipes van het Belgisch fiscaal recht” in L. DE BROE (ed.), *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Kluwer, 2017, 44; S. GNEDASJ, “Negentig jaar cassatierechtspraak inzake kostenaf trek”, *AFT* 2016, afl. 1, 30; T. AFSCHRIFT, “L’abus fiscale en matière d’impôts sur les revenus” in X. (ed.), *Apparences, simulations, abus et fraudes. Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2015, 115.

²⁷⁵⁶ J.J. COUTURIER, B. PEETERS, E. VAN DE VELDE, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2016, 46, vn. 2; S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 59; I. VAN DE WOESTEYNE, *Fiscaal recht in essentie*,

2. Het realiteitsbeginsel speelt een belangrijke rol in verschillende fiscale leerstukken

992. De discussie omtrent de werkelijke betekenis van het fiscaal realiteitsbeginsel is belangrijk, aangezien dit fundamentele beginsel (mede) betrekking heeft op heel wat eveneens fundamentele fiscale discussiepunten.²⁷⁵⁷ Deze discussiepunten worden, in zoverre relevant, aangeraakt in wat volgt, met als oogmerk om gaandeweg de correcte betekenis van het realiteitsbeginsel *in fiscalibus* te doorgronden, alsook om reeds de aandacht te vestigen op enkele fiscale leerstukken die een rol van betekenis spelen in de volgende hoofdstukken.

a. Het recht om de minst belaste weg te bewandelen door middel van juridische structurering en de 'economische werkelijkheidsleer'

993. Ten eerste kan daarbij worden verwezen naar het recht van de belastingplichtige om de 'minst belaste weg' te mogen bewandelen. Dit recht wordt in de literatuur ook expliciet gegrond op het fiscaal legaliteitsbeginsel.²⁷⁵⁸ Hoewel dit recht doorgaans wordt vastgeknoot aan het constitutioneel legaliteitsbeginsel,

Antwerpen, Intersentia, 2016, 19; F. AMERIJCKX, *Belastingheffing naar (socio-economische) werkelijkheid*, Gent, Story-Scientia, 1984, 19.

²⁷⁵⁷ S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 56 – 60; L.A. DENYS, "Over de fiscale behandeling van burgerrechtelijke ficties" in X. (ed.), *Liber Amicorum Albert Tiberghien*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 133; T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Brussel, Larcier, 2003, 101 e.v.; D. GARABEDIAN, J. KIRKPATRICK, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Brussel, Bruylant, 2003, 68; S. VAN CROMBRUGGE, "Fraus legis of wetsontduiking in het Belgisch fiscaal recht anno 2012", *TRV* 2012, 537; B. VERMEERSCH, "Fiscale grondbeginselen in het registratie- en successierecht" in M. DE JONCKHEERE *et al.* (eds.), *Een reis doorheen de fiscale basisbeginselen*, Brugge, die Keure, 2011, 311 – 314; C. DE BACKERE, S. PEETERS, "Kapitaalvermindering: fiscus is niet de bewaker van terugbetalings- en oproepingsformaliteiten" (noot onder Rb. Namen 6 februari 2014), *TFR* 2015, 269.

²⁷⁵⁸ S. VAN CROMBRUGGE, "Er komen andere tijden': over de grondwettigheid van de antimisbruikbepalingen in het Belgisch fiscaal recht", *TRV* 2013, 75 – 77; S. VAN CROMBRUGGE, "Fraus legis of wetsontduiking in het Belgisch fiscaal recht anno 2012", *TRV* 2012, 537; S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 27; B. PEETERS, "De algemene fiscale antimisbruikbepalingen. Een commentaar in het licht van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", *AFT* 2014, afl. 5, 4; B. PEETERS, "De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking", *AFT* 2010, afl. 3, 7; T. WUSTENBERGHS, "Het Arbitragehof over artikel 344, §1 van het W.I.B. 1992: weinig nieuws onder de zon", *AFT* 2005, afl. 3, 9; B. PEETERS, T. WUSTENBERGHS, "De verenigbaarheid van vage en onbepaalde normen met het fiscale legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel", *AFT* 1999, afl. 3, 99; T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Brussel, Larcier, 2003, 63 – 67; T. AFSCHRIFT, *Fiscaal misbruik*, Brussel, Larcier, 2013, 10; M. DELANOTE, "Belastingontduiking en belastingontwijking: het Belgische anti-misbruikconcept in Europees perspectief", *TFR* 2004, 721 – 722.

wordt in de rechtsleer toch opgemerkt dat aan het recht om de minst belaste weg te bewandelen geen grondwettelijke waarde toekomt.²⁷⁵⁹

Het verband met de wijze waarop het realiteitsbeginsel wordt ingevuld, wordt hier duidelijk: het is de belastingplichtige principieel toegestaan om de contractvrijheid en eventueel 'artificiële juridische constructies'²⁷⁶⁰ aan te wenden, met als oogmerk om een voordeligere fiscale behandeling te genieten dan anders het geval zou zijn geweest. Zoals verder zal blijken, dient deze principiële vrijheid nog nader te worden gekwalificeerd. Het punt dat hier echter wordt gemaakt, houdt in dat de vrijheid om de minst belaste weg te bewandelen door middel van juridische structurering ook vast kan worden geknoopt aan het realiteitsbeginsel, zoals dit o.i. voortvloeit uit het legaliteitsbeginsel.

De bewoordingen 'artificiële juridische constructies' zijn in feite merkwaardig, aangezien juridische verbintenissen en juridische constructies principieel iets 'artificieels' hebben, in die zin dat zij doorgaans niet in de tastbare wereld zintuiglijk waarneembaar zijn.²⁷⁶¹ De term 'artificieel' verwijst in deze op het gegeven dat het voor belastingplichtigen principieel geoorloofd is om verschillende juridische instrumenten aan te wenden teneinde eenzelfde doelstelling te bereiken. Dit geldt ook wanneer het juridisch instrument of de juridische structuren die de belastingplichtigen daartoe verkiezen niet deze zijn die het meest voor de hand liggen. Welnu, indien het fiscaal recht zich van de juridische omkleeding van deze rechtshandelingen niets hoeft aan te trekken, maar zich slechts hoeft te enten op de economische resultaten daarvan, zou het recht om te opteren voor de minst belaste weg door middel van juridische structurering worden uitgehold. Net omwille van het gegeven dat het belastingrecht zich ent op de *juridische* vorm die de belastingplichtige aanwendt, wordt aan het recht om de minst belaste weg te bewandelen substantie gegeven. Het fiscaal legaliteitsbeginsel en het realiteitsbeginsel kunnen hier aldus meteen aan elkaar worden vastgehaakt.

994. Hoewel het recht om de minst belaste weg te bewandelen vandaag principieel wordt aanvaard, zij het dat dit recht wordt onderworpen aan enkele voorwaarden en kwalificaties (zie *infra* randnr.993 e.v. en randnr. 1003), heeft de

²⁷⁵⁹ T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Brussel, Larcier, 2003, 64; A. PEETERS, "De vrije keuze van de minst belaste weg bekeken vanuit Europeesrechtelijk perspectief", *AFT* 2011, afl. 10, 7; P. FAES, *Het rechtsmisbruik in fiscale zaken: Artikel 344, §1 WIB – 15 jaar later*, Brussel, Larcier, 2008, 24; S. VAN CROMBRUGGE, "De invoering van het leerstuk van *fraus legis* of wetsontduiking in het Belgisch fiscaal recht", *TRV* 1993, 272.

²⁷⁶⁰ Deze bewoordingen werden ontleend aan: S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 57; L.A. DENYS, "Over de fiscale behandeling van burgerrechtelijke ficties" in X. (ed.), *Liber Amicorum Albert Tiberghien*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 133.

DE BROE en DEBELVA hebben het in dit verband over belastingontwijking door "juridische vormgeving", zie: L. DE BROE, F. DEBELVA, "Basisprincipes van het Belgisch fiscaal recht" in L. DE BROE (ed.), *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Kluwer, 2017, 45 – 46.

²⁷⁶¹ Zo wordt bijvoorbeeld in het verbintenissenrecht het 'negotium' onderscheiden van het 'instrumentum'. Het negotium is daarbij de rechtshandeling op zichzelf, terwijl het instrumentum gewoon de schriftelijke en dus materiële weergave is waarin het negotium is gegoten.

fiscale administratie in het verleden verschillende stellingen aangebracht die ertoe zouden hebben geleid dat deze principiële vrijheid zou zijn ingedamd.²⁷⁶² De door de administratie ingenomen stellingsnames werden echter stelselmatig verworpen door het Hof van Cassatie in enkele principiële arresten. In de mate dat deze stellingen relevant zijn om het realiteitsbeginsel nader te duiden en een beter begrip te krijgen van de verhouding tussen het burgerlijk recht en het fiscaal recht binnen het Belgische rechtsbestel, worden deze ontwikkelingen hier op beknopte wijze besproken.

i. Verwerping van de theorie inzake 'wetsontduiking'

995. De eerste belangrijke stellingname waarop de fiscus zich heeft beroepen is het fenomeen van de 'fiscale wetsontduiking'. Het betreft hier in essentie hetzelfde fenomeen dat hoger (*supra*, randnr. 617 en 621) werd aangehaald in het kader van het IPR. In *fiscalibus* zou het leerstuk van wetsontduiking toelaten dat de belastingplichtige die zich op een niet-gesimuleerde en op zichzelf genomen legitieme wijze tracht te onttrekken aan de toepassing van een belastingwet, terwijl deze zich toch in een situatie begeeft die de door de fiscale wet beoogde situatie zeer dicht benadert, alsnog in de door de wet voorziene belastingheffing kan worden betrokken.²⁷⁶³ Het Hof van Cassatie wees de toepassing van deze leer echter van de hand in het zeer bekende arrest *Brepols*, en bevestigde daarmee het bestaan van het recht om de minst belaste weg te volgen in het Belgisch fiscaal recht.²⁷⁶⁴ Het is ook omwille van dit arrest dat het recht om de minst belaste weg

²⁷⁶² P. FAES, *Het rechtsmisbruik in fiscale zaken: Artikel 344, §1 WIB – 15 jaar later*, Brussel, Larcier, 2008, 30 e.v.; T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Brussel, Larcier, 2003, 77 e.v.; D. GARABEDIAN, J. KIRKPATRICK, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Brussel, Bruylant, 2003, 62 – 73.

²⁷⁶³ J.J. COUTURIER, B. PEETERS, E. VAN DE VELDE, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2016, 39; B. PEETERS, "De algemene fiscale antimisbruikbepalingen. Een commentaar in het licht van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", *AFT* 2014, afl. 5, 5; A. PEETERS, "De vrije keuze van de minst belaste weg bekeken vanuit Europeesrechtelijk perspectief", *AFT* 2011, afl. 10, 8; B. PEETERS, "De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking", *AFT* 2010, afl. 3, 8; P. FAES, *Het rechtsmisbruik in fiscale zaken: Artikel 344, §1 WIB – 15 jaar later*, Brussel, Larcier, 2008, 30; S. VAN CROMBRUGGE, "Fraus legis of wetsontduiking in het Belgisch fiscaal recht anno 2012", *TRV* 2012, 561 – 562.

VAN CROMBRUGGE is overigens van mening dat het huidige artikel 344, §1 WIB 1992 deze leer alsnog heeft geïntroduceerd in het Belgisch fiscaal recht. Merk op dat in de periode waarvan sprake is in de hoofdtekst, artikel 344, §1 WIB 1992 niet in zijn huidige versie bestond. In Nederland wordt de *fraus legis*-leer in *fiscalibus* overigens wel aanvaard, ook zonder expliciete wettelijke basis (zie *infra*, randnr. 1004 – 1006).

²⁷⁶⁴ Cass. 8 juni 1961, *Pas.* 1961, I, 1083.

Zie tevens: J.J. COUTURIER, B. PEETERS, E. VAN DE VELDE, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2016, 39; J. KIRKPATRICK, "Les impôts sur les revenus et les sociétés – Examen de jurisprudence (1968 – 1982)", *RJCB* 1984, 701.

Ook in de rechtsleer werd deze theorie verworpen, zie: J.E. KRINGS, "Les lancunes en droit fiscal" in C. PERELMAN, (ed.), *Le problème des lancunes en droit*, Brussel, Bruylant, 1968, 472. Zie evenwel in de andere zin: C. SCALITEUR, "La fraude à la loi en droit fiscal", *Rec.gén.enr.not.* 1959, 175 – 195.

te volgen ook wel bekend staat als de 'Brepolsdoctrine'. In essentie oordeelde het Hof dat er geen verboden simulatie, noch fiscale fraude voorhanden is wanneer de partijen de contractsvrijheid op zodanige wijze gebruiken dat zij kunnen genieten van een voordeliger fiscaal regime, zo lang als de partijen alle gevolgen van de door hen gestelde rechtshandelingen aanvaarden: "[...] *il n'y a ni simulation prohibée à l'égard du fisc, ni partant fraude fiscale, lorsque, en vue de bénéficier d'un régime fiscal plus favorable, les parties, usant de la liberté des conventions, sans toutefois violer aucune obligation légale, établissent des actes dont elles acceptent toutes les conséquences, même si la forme qu'elles leur donnent n'est pas la plus normale.*" Het Hof van Cassatie heeft dit standpunt in latere arresten herhaaldelijk bevestigd.²⁷⁶⁵

ii. Verwerping van de theorie inzake de 'economische realiteit'

996. Gelet op het feit dat de toepassing van de theorie van de wetsontduiking *in fiscalibus* door het Hof van Cassatie definitief werd afgewezen, bracht de fiscale administratie een nieuwe stellingname aan die er op gericht was om de mogelijkheid tot het bewandelen van de minst belaste weg in te perken: het realiteitsbeginsel.²⁷⁶⁶ Hoger (*supra*, randnr. 990) werd reeds aangegeven dat de fiscus het bestaan van het realiteitsbeginsel onderkent. Maar daarmee is nog niets gezegd over de invulling die zij daaraan kan geven. De fiscale administratie zocht om deze reden dan ook aansluiting bij de economische realiteit. De fiscus schoof dan ook het argument naar voren dat de inhoud van een juridische akte niet aan hem tegenstelbaar zou zijn wanneer zij niet in overeenstemming is met de economische realiteit.²⁷⁶⁷ Dit verschilt van het fenomeen 'veinzing' (artikel 1321 BW) aangezien de inhoud van een juridische akte of een rechtshandeling in laatstgenoemd geval zelfs niet strookt met de werkelijke juridische realiteit zoals die tussen partijen geldt (zie *infra*, randnr. 1015 e.v.).²⁷⁶⁸ De fiscale administratie opteerde daarmee uitdrukkelijk voor de hoger eerstgenoemde interpretatie van

²⁷⁶⁵ Cass. 19 oktober 1965, *Bull. Bel.*, nr. 430, 710; Cass. 27 februari 1987, *Bull. Bel.*, nr. 668, 155; Cass. 29 januari 1988, *JDF* 1988, 338; Cass. 22 maart 1990, *FJF*, No. 90/95; Cass. 23 september 1993, *FJF* 94/24; Cass. 19 mei 1995, *Pas.* 1995, I, 522; Cass. 5 maart 1999, *Arr. Cass.* 1999, 321.

²⁷⁶⁶ A. PEETERS, "De vrije keuze van de minst belaste weg bekeken vanuit Europeesrechtelijk perspectief", *AFT* 2011, afl. 10, 9; B. PEETERS, "De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking", *AFT* 2010, afl. 3, 9 – 10; P. FAES, *Het rechtsmisbruik in fiscale zaken: Artikel 344, §1 WIB – 15 jaar later*, Brussel, Larcier, 2008, 35; T. AFSCHRIFT, *Fiscaal misbruik*, Brussel, Larcier, 2013, 16; T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Brussel, Larcier, 2003, 98; D. GARABEDIAN, J. KIRKPATRICK, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Brussel, Bruylant, 2003, 67; R. TOURNICOURT, "Recente ontwikkelingen in de rechtspraak inzake veining", *AFT* 1987, 238 – 239; M. DELANOTE, "Belastingontduiking en belastingontwijking: het Belgische anti-misbruikconcept in Europees perspectief", *TFR* 2004, 722; P. VAN OMMESLAGHE, "Droit commun et droit fiscal", *JDF* 1989, 18 – 21.

²⁷⁶⁷ *Vr. en Antw.* Senaat 1984 – 1985, 9 juli 1985, 1896 (Vr. nr. 330 M. LAHAYE).

²⁷⁶⁸ Zie in dit verband: J. DEFOORT, "De simulatie voorbij" in X. (ed.), *Liber Amicorum Albert Tiberghien*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 111 – 130.

het fiscaal werkelijkheidsbeginsel. Deze interpretatie was kennelijk gestoeld op het grondwettelijk gewaarborgd gelijkheidsbeginsel. Volgens deze interpretatie mandateert het gelijkheidsbeginsel immers dat belastingen worden geheven op grond van werkelijke gegevens, aangezien anders zou worden vervallen in willekeur.²⁷⁶⁹

Door bepaalde feitenrechters werd de stelling van de fiscale administratie positief onthaald. De meest spraakmakende rechterlijke uitspraak in dit verband was het *INES*-arrest van het hof van beroep te Antwerpen.²⁷⁷⁰ Het hof overwoog daarbij dat de belastingplichtige *"terecht inroept dat [hij] steeds de voor hem meest gunstige fiscale oplossing mag kiezen; dat het echter niet voldoende is dat deze oplossing tot uiting komt in onderhandse of authentieke overeenkomsten waarbij partijen alle gevolgen van de door hen ondertekende akten hebben aanvaard, vermits alleszins en allereerst moet worden nagegaan of die akte(n) een weergave is (zijn) van de werkelijkheid en/of – m.a.w. – er zich geen discrepantie voordoet tussen de juridische constructies en formuleringen en de economisch-commerciële werkelijkheid."* Het arrest werd een jaar later door het Hof van Cassatie bevestigd.²⁷⁷¹ Ondanks het gegeven dat bepaalde auteurs hierin kennelijk een bevestiging door het Hof van Cassatie van de litigieuze interpretatie van het werkelijkheidsbeginsel zagen²⁷⁷², valt bij een lezing van de door de eisers in cassatie aangebrachte middelen op dat geen middel werd ingeroepen waarin rechtstreeks of onrechtstreeks een beroep werd gedaan op het realiteitsbeginsel. De ingeroepen middelen betroffen slechts de artikelen 108 en 170 GW *jo.* huidig artikel 206 WIB 1992. De ingeroepen middelen waren voor het Hof kennelijk onvoldoende om tot cassatie van het arrest te leiden. Wat hier ook van zij, het gevolg was dat bepaalde latere rechtspraak dit stramien volgde.²⁷⁷³

997. Een definitieve kentering kwam er pas aan het eind van de jaren '80 van de vorige eeuw. In een tweetal arresten verwierp het Hof van Cassatie de door de fiscale administratie aangehangen interpretatie van het werkelijkheidsbeginsel. In beide gevallen verwierp het Hof een middel dat de schending inriep van het 'algemeen rechtsbeginsel' luidens hetwelk de belasting diende te worden gevestigd op basis van de economische realiteit, daarbij desnoods niet-gesimuleerde rechtshandelingen vanwege de belastingplichtige terzijde stellend, indien deze slechts tot doel hadden om de fiscale druk te verminderen.²⁷⁷⁴ Vooral in het latere

²⁷⁶⁹ Zie de bewoordingen van het arrest van 16 september 1986 van het hof van Beroep te Antwerpen, dat door het Hof van Cassatie werd gecasseerd in een arrest van 29 januari 1988: Cass. 29 januari 1988, *Pas.* 1988, I, 633, *TRV* 1988, 198 (met noot A. HAELTERMAN).

²⁷⁷⁰ Antwerpen 2 maart 1978, *JDF* 1979, 344 (met noot P. MALHERBE).

²⁷⁷¹ Cass. 7 december 1979, *JDF* 1980, 154.

²⁷⁷² G. GEMIS, "Wijzigingen inzake de verrekening van bedrijfsverliezen. Wet van 22 december 1989 houdende fiscale bepalingen", *AFT* 1990, 199; C. SCAILTEUR, "Le choix de la voie moins imposée – Réflexions à propos d'un arrêt de Cassation récent" in X (ed.), *Réflexions offerts à P. Sibille*, Brussel, Bruylant, 1981, 808.

²⁷⁷³ Brussel 26 oktober 1982, *JDF* 1983, 311; Brussel 4 november 1986, *FJF*, No. 87/69; Brussel 22 december 1987, *FJF*, No. 88/49.

²⁷⁷⁴ Cass. 27 februari 1987, *Pas.* 1987, I, 777; Cass. 29 januari 1988, *Pas.* 1988, I, 633, *TRV* 1988, 198 (met noot A. HAELTERMAN).

van beide arresten verwierp het Hof het mogelijke bestaan van een algemeen rechtsbeginsel dat het belastingrecht zich ent op de economische realiteit. De definitieve doodsteek voor de leer van de economische realiteit kwam er met het bekende arrest *Au Vieux Saint-Martin*, waaraan een gelijkaardig feitencomplex ten grondslag lag als aan het *INES*-arrest van het Antwerpse Hof van Beroep.²⁷⁷⁵ In beide gevallen werd immers een winstgevende vennootschap opgeslorpt door een 'lege' vennootschap met het loutere oogmerk om eerder gemaakte verliezen fiscaal te kunnen recupereren. Het Hof van Cassatie nam de gelegenheid te baat om de (hoger geciteerde) stelregels uit het *Brepols*-arrest te herhalen, en daar nog aan toe te voegen dat de litigieuze rechtshandelingen zelfs mogen zijn gesteld met als éniġ oogmerk om de totale belastingdruk te verminderen. Omwille van de hoger uiteengezette redenen is een dergelijke zienswijze niet bestaanbaar met een economisch realiteitsbeginsel. Het Hof heeft zijn verwerping van deze interpretatie van het realiteitsbeginsel sedertdien herhaaldelijk bevestigd.²⁷⁷⁶

998. Uit het voorgaande blijkt duidelijk dat het principiële recht om te kiezen voor de minst belaste weg, *a fortiori* wanneer deze weg slechts kan worden bewandeld door middel van juridische structurering, logischerwijze veronderstelt dat het fiscaal recht zich ent op de juridische realiteit. De 'economische' interpretatie van het realiteitsbeginsel werd dan ook terecht herhaaldelijk door het Hof van Cassatie verworpen. Ook dit laatste gegeven wordt in de rechtsleer trouwens uitdrukkelijk gelinkt aan het grondwettelijk fiscaal legaliteitsbeginsel.²⁷⁷⁷ De correcte interpretatie van het realiteitsbeginsel is aldus de 'juridische' variant.²⁷⁷⁸ Belastingen worden principieel geheven op basis van de door de belastingplichtigen geschapen juridische realiteit. Zulks impliceert dat in het Belgische belastingrecht dan ook geen inherent *substance over form*-principe bestaat.²⁷⁷⁹

²⁷⁷⁵ Cass. 22 maart 1990, *Pas.* 1990, I, 894, *JDF* 1990, 110 (met noot M. BALTHUS).

Zie ook: B. PEETERS, "De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking", *AFT* 2010, afl. 3, 10 – 11.

²⁷⁷⁶ Cass. 23 december 1993, www.fisconet.be; Cass. 19 mei 1995, *Pas.* 1995, I, 522; Cass. 16 oktober 1997; I, 1032, *Fiscoloog* 1997, afl. 636, 9; Cass. 9 maart 1998, *Arr.Cass.* 1998, 282; Cass. 14 september 2007, *FJF*, No. 2008/6.

In het arrest van 9 maart 1998 overwoog het Hof als volgt: "Overwegende dat de rechter noch op grond van de in het middel aangegeven bepalingen van de belastingwet noch op grond van enige andere wetsbepaling de voorkeur kan geven aan een economische realiteit die verschilt van wat tussen de partijen zonder veinzing is overeengekomen en waarvan zij alle gevolgen hebben aanvaard; [...]".

²⁷⁷⁷ P. FAES, *Het rechtsmisbruik in fiscale zaken: Artikel 344, §1 WIB – 15 jaar later*, Brussel, Larcier, 2008, 37; T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Brussel, Larcier, 2003, 121.

²⁷⁷⁸ T. AFSCHRIFT, *Fiscaal misbruik*, Brussel, Larcier, 2013, 8.

²⁷⁷⁹ S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 57; D. GARABEDIAN, "« Forme » et « substance » en droit fiscal belge", *JDF* 2003, 194.

Daarbij kan wel worden opgemerkt dat het in de hoofdtekst gaat om de (bedrijfs)economische *substance*. Indien de juridische vorm die aan een akte wordt gegeven daarentegen niet strookt met de werkelijke *juridische* inhoud daarvan, wordt de belasting geheven op basis van de juridische inhoud, de juridische *substance* als het ware. Deze vaststelling vormt in feite een bevestiging van de hier voorgestane interpretatie van het

999. Het moet worden onderstreept dat de betekenis van het realiteitsbeginsel, zoals dit in de vorige randnummers werd uitgewerkt, slechts een principiële stelregel betreft. Het vormt met andere woorden de 'default rule'²⁷⁸⁰ in het Belgisch fiscaal recht. Hoewel deze *default rule* o.i. kan worden afgeleid van het fiscaal legaliteitsbeginsel, komt aan deze *default rule* zelf geen grondwettelijke waarde toe. De fiscale wet kan perfect bepalen dat met de onderliggende juridische realiteit geen rekening moet worden gehouden of dat deze juridische realiteit wordt opzijgezet. Ook dit volgt logischerwijze uit het fiscaal legaliteitsbeginsel.²⁷⁸¹ De fiscale wet kan perfect expliciet of zelfs impliciet bepalen dat de belasting is gesteund op de economische realiteit in plaats van de juridische realiteit.²⁷⁸² Evenzeer kan de fiscale wet gebruik maken van fiscale ficties die niet de weergave vormen van de juridische werkelijkheid. Hiervan zijn verschillende voorbeelden te vinden in de inkomstenbelastingen, alsook in de erfbelasting. Deze punten wordt verder nader uitgewerkt (*infra*, randnr. 1046 e.v.). Het staat de fiscale wetgever met andere woorden vrij om af te wijken van de genoemde *default rule*. Heden rijst wel de vraag of deze *default rule* nog overeind kan blijven na de introductie van de algemene fiscale antimisbruikbepalingen in verschillende takken van het Belgische belastingrecht.

b. Impact van de algemene fiscale antimisbruikbepalingen op het realiteitsbeginsel en het recht op het volgen van de 'minst belaste weg'

i. De eerste algemene anti-ontwijkingsbepalingen in het Belgische fiscaal recht

1000. De eerste 'algemene anti-ontwijkingsbepaling' werd in het Belgische inkomstenbelastingenrecht ingevoerd door middel van de wet van 22 juli 1993.^{2783,2784} Vanaf 1 juli 1995 werden soortgelijke bepalingen van toepassing voor wat betreft de registratierechten en successierechten. De introductie van toenmalig artikel 344, §1 WIB 1992 was vooral een reactie van de wetgever op het reeds

realiteitsbeginsel. Zie: D. GARABEDIAN, "« Forme » et « substance » en droit fiscal belge", *JDF* 2003, 194.

Zie algemeen: F. ZIMMER, "General Report" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. 87a, Den Haag, Kluwer, 2002, 24 – 25.

²⁷⁸⁰ Merk op dat het *in casu* niet gaat om een 'default rule' als in het verbintenissenrecht, waar de partijen bij een overeenkomst vrijwillig kunnen van afwijken. Veeleer wordt hier bedoeld dat het de wetgever vrij staat om, expliciet of impliciet, in afwijking ten aanzien van deze principiële stelregel te voorzien.

²⁷⁸¹ Eensluidend: T. AFSCHRIFT, *Fiscaal misbruik*, Brussel, Larcier, 2013, 10.

²⁷⁸² S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 57 – 58; S. SEGIER, M. BENTLEY, "Le droit fiscal se fonde sur des réalités: une fiction?", *RGCF* 2009, afl. 5, 13; F. AMERIJCKX, *Belastingheffing naar (socio-economische) werkelijkheid*, Gent, Story-Scientia, 1984, 4 – 5.

²⁷⁸³ Wet van 22 juli 1993 houdende fiscale en financiële bepalingen, *BS* 24 juli 1993, 17249.

²⁷⁸⁴ Zie hierover uitgebreid: L. DE BROE, *International Tax Planning and the Prevention of Abuse*, Amsterdam, IBFD, 2008, 158 – 223.

besproken arrest *Au Vieux Saint-Martin*, dat enkele jaren voordien door het Hof van Cassatie werd gewezen.²⁷⁸⁵ De exacte aard van deze wetsbepaling heeft in de rechtsleer aanleiding gegeven tot veel discussie.²⁷⁸⁶ In een arrest van 24 november 2004 oordeelde het Arbitragehof dat de toenmalige versie van artikel 344, §1 WIB 1992 de grondwettigheidstoets doorstond.²⁷⁸⁷ Het Hof van Cassatie oordeelde in enkele latere arresten dat slechts de door partijen gegeven kwalificatie aan een rechtshandeling (of geheel van rechtshandelingen) op basis van (oud) artikel 344, §1 WIB 1992 niet tegenstelbaar kon worden verklaard aan de fiscale administratie, en dus niet de rechtshandeling zelf. De fiscale administratie kon volgens het Hof aldus slechts een andere kwalificatie aan de rechtshandeling geven, indien de gevolgen van die nieuwe kwalificatie *gelijksoortig* waren aan de door partijen oorspronkelijk beoogde rechtshandelingen.²⁷⁸⁸ Deze 'legalistische' benadering van het Hof van Cassatie leidde ertoe dat aan (oud) artikel 344, §1 heel wat kracht ontnomen werd, wat op zijn beurt vervolgens leidde tot pleidooien voor een nieuwe, krachtigere algemene *antimisbruik* maatregel.²⁷⁸⁹ Opmerkelijk in dit verband is dat

²⁷⁸⁵ T. AFSCHRIFT, *Fiscaal misbruik*, Brussel, Larcier, 2013, 36.

²⁷⁸⁶ Volgens een eerste strekking in de rechtsleer kwam het introduceren van de algemene antimisbruikbepaling in het Belgisch fiscaal recht neer op een wettelijke invoering van het leerstuk van *fraus legis* in het Belgisch fiscaal recht. Zie in dit verband: S. VAN CROMBRUGGE, "De invoering van het leerstuk van *fraus legis* of wetsontduiking in het fiscaal recht", *TRV* 1993, 271 – 286; P. FAES, F-X. JEANMART, "Le concept de réalité économique en droit fiscal belge: de nouvelles perspectives", *RGF* 1993, 216 – 221; P. FAES, *Het rechtsmisbruik in fiscale zaken: Artikel 344, §1 WIB – 15 jaar later*, Brussel, Larcier, 2008, 183 (over een 'sui generis'-vorm van het leerstuk van *fraus legis*).

Volgens een tweede strekking hoefde de invoering van de algemene antimisbruikbepaling niet in die zin te worden geïnterpreteerd dat zij neerkwam op een wettelijke introductie van het leerstuk van *fraus legis*. De ingevolge (oud) artikel 344, §1 WIB 1992 doorgevoerde herkwalificatie van een rechtshandeling was volgens deze strekking slechts mogelijk indien er verschillende correcte kwalificaties bestaan voor de litigieuze rechtshandeling. De geherkwalificeerde rechtshandeling moest volgens deze strekking o.b.v. de tekst van het wetsartikel nog steeds dezelfde rechtsgevolgen hebben als de oorspronkelijke rechtshandeling. Zie: T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Brussel, Larcier, 2003, 546p; M. ELOY, "L'abus de droit" in M. DE WOLF (ed), *Regards fiscaux sur la quarante-huitième législature*, Brussel, Bruylant, 1995, 279; D. GARABEDIAN, J. KIRKPATRICK, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Brussel, Bruylant, 2003, 79 – 91; L. VANHEESWIJCK, "Antimisbruikbepaling en inkoop van eigen aandelen" (noot onder Rb. Bergen 8 mei 2003), *TFR* 2003, 879.

²⁷⁸⁷ Arbitragehof 24 november 2004, nr. 188/2004. Zie ook: L.A. DENYS, A. BOUWEN, "Fiscaal mijlpaalarrest van het Arbitragehof: 24 november 2004 – een keerpunt in de theorie van de minst belaste weg. Hergeboorte van de economische werkelijkheidsleer?", *TFR* 2005, 436 – 442; T. WUSTENBERGHS, "Het Arbitragehof over artikel 344, §1 van het W.I.B. 1992: weinig nieuws onder de zon", *AFT* 2005, afl. 3, 2 – 13.

²⁷⁸⁸ Cass. 4 november 2005, *FJF*, No. 2006/21; Cass. 22 november 2007, *FJF*, No. 2008/140; Cass. 11 december 2008, *Pas.* 2008, I, 2925; Cass. 10 juni 2010, *FJF*, No. 2011/21.

Zie bv. ook: Voorafg. Besl. 8 februari 2012, nr. 2011.568, punt 56: "Op basis van artikel 344, §1 WIB 92 kan de belastingadministratie de juridische kwalificatie gegeven door partijen aan een akte alsook aan afzonderlijke akten die een zelfde verrichting tot stand brengen herkwalificeren op voorwaarde dat de externe rechtsgevolgen van de akte(n) gerespecteerd worden, wat betekent dat de herkwalificatie door de belastingadministratie moet overeenstemmen met de juridische werkelijkheid."

²⁷⁸⁹ Zie de tussenkomst van L. DE BROE in "Fraudebestrijding en charter van de belastingplichtige: noodzakelijk een paradox?", *TFR* 2010, i.h.b. 334. Zie tevens: J.J.

het genoemde arrest van het Grondwettelijk Hof reeds een voldoende *trigger* vormde voor bepaalde auteurs om te suggereren dat de 'economische werkelijkheidsleer' toch op wettelijke wijze ingang gevonden had in België.²⁷⁹⁰ Eerder hadden andere auteurs onder verwijzing naar de verwerping van de theorie van de wetsontduiking ernstige bedenkingen geuit bij de grondwettigheid van de algemene antimisbruikbepaling zoals zij destijds bestond.²⁷⁹¹

ii. De vernieuwde antimisbruikbepalingen in Belgische fiscaal recht

1001. Eén en ander leidde ertoe dat de wetgever in 2012 op dat ogenblik bestaande algemene anti-ontwijkingsbepalingen geheel heeft vernieuwd.²⁷⁹² Het betrof daarbij in de eerste plaats de artikelen 344, §1 WIB 1992, artikel 18, §2 W.Reg. en artikel 106, lid 2 W. Succ. (zie ook: 3.17.0.0.2. VCF²⁷⁹³). Gelet op de draagwijdte van dit onderzoek is het niet de bedoeling om deze bepalingen *in abstracto* diepgaand te bespreken. Deze antimisbruikbepalingen zijn immers reeds het voorwerp geweest van talrijke besprekingen in de rechtsleer.²⁷⁹⁴ De

COUTURIER, B. PEETERS, E. VAN DE VELDE, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2016, 42; T. AFSCHRIFT, "L'abus fiscale en matière d'impôts sur les revenus" in X. (ed.), *Apparences, simulations, abus et fraudes. Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2015, 115 - 116; B. PEETERS, "De algemene fiscale antimisbruikbepalingen. Een commentaar in het licht van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", *AFT* 2014, afl. 5, 7 - 8.

²⁷⁹⁰ L.A. DENYS, A. BOUWEN, "Fiscaal mijlpaalarrest van het Arbitragehof: 24 november 2004 - een keerpunt in de theorie van de minst belaste weg. Hergeboorte van de economische werkelijkheidsleer?", *TFR* 2005, 436 - 442.

²⁷⁹¹ S. VAN CROMBRUGGE, "De invoering van het leerstuk van *fraus legis* of wetsontduiking in het fiscaal recht", *TRV* 1993, 271 - 286.

²⁷⁹² Programmawet 29 maart 2012, *BS* 6 april 2012; MvT bij de programmawet van 29 maart 2012, *Parl.St.* Kamer 2011 - 2012, nr. 53-2081/001, 109 - 111.

²⁷⁹³ Zie in dit verband: B. PEETERS, R. SMET, "De Vlaamse erf- en registratiebelastingen: over de bevoegdheidsverdelingen, misbruiken en sanctionering. Maakt het uit wie de dienst vervult?" in W. PINTENS, C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2016*, Brugge, die Keure, 2016, 295 - 321.

²⁷⁹⁴ Zie exemplatief: T. AFSCHRIFT, *Fiscaal misbruik*, Brussel, Larcier, 2013, 292p; L. DE BROE, J. BOSSUYT, "Interpretatie en toepassing van de algemene antimisbruikbepalingen in de inkomstenbelasting, registratie- en successierechten", *AFT* 2012, afl. 11, 4 - 23; B. PEETERS, "De algemene fiscale antimisbruikbepalingen. Een commentaar in het licht van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", *AFT* 2014, afl. 5, 4 - 34; M. BOUGEOIS, A. NOLLET, "La réécriture de la mesure « générale antiabus » en matière d'impôts sur les revenus, droits d'enregistrement et de droits de succession", *JT* 2012, 493 - 504; M. BOURGEOIS, A. NOLLET, "L'introduction d'une notion générale d'abus (de droit) fiscal en matière d'impôts sur les revenus, de droits d'enregistrement et de droits de succession", *RGF* 2012, afl. 6, 4 - 20; S. VAN CROMBRUGGE, "Fraus legis of wetsontduiking in het Belgisch fiscaal recht anno 2012", *TRV* 2012, 537 - 562; L. VANHEESWIJCK, D. GARABEDIAN, A. HAELTERMAN, "De doelstellingen van een fiscale bepaling. Zoektocht naar de grenzen van 'fiscaal misbruik' in de nieuwe algemene antimisbruikbepalingen", *TFR* 2012, 741 - 766; T. JANSEN, "Een nieuwe algemene antimisbruikbepaling naar Europees model" in X. (ed.), *De nieuwe antimisbruikbepaling*, Mechelen, Kluwer, 2013, 1 - 42; E. DE WILDE D'ESTMAEL, "Les droits de donation et les droits de succession à l'épreuve de la nouvelle règle sur l'abus fiscal", *Rec.gén.enr.not.* 2012, afl. 7, 280 - 296; E. SPRUYT, "Antimisbruikbepaling in registratie- en successierecht: nieuwe ontwikkelingen", *TEP* 2013, 6 - 38.

hiernavolgende bespreking strekt er toe te verifiëren of de hoger geïdentificeerde *default rule* overeind kan blijven.

1002. De tekst van artikel 344, §1 WIB 1992 leest als volgt:

“Aan de administratie kan niet worden tegengeworpen, de rechtshandeling noch het geheel van rechtshandelingen dat een zelfde verrichting tot stand brengt, wanneer de administratie door vermoedens of andere in artikel 340 bedoelde bewijsmiddelen en aan de hand van objectieve omstandigheden aantoonst dat er sprake is van fiscaal misbruik.

Er is sprake van fiscaal misbruik wanneer de belastingplichtige middels de door hem gestelde rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen één van de volgende verrichtingen tot stand brengt:

1° een verrichting waarbij hij zichzelf in strijd met de doelstellingen van een bepaling van dit Wetboek of de ter uitvoering daarvan genomen besluiten buiten het toepassingsgebied van die bepaling plaatst; of

2° een verrichting waarbij aanspraak wordt gemaakt op een belastingvoordeel voorzien door een bepaling van dit Wetboek of de ter uitvoering daarvan genomen besluiten en de toekenning van dit voordeel in strijd zou zijn met de doelstellingen van die bepaling en die in wezen het verkrijgen van dit voordeel tot doel heeft.

Het komt aan de belastingplichtige toe te bewijzen dat de keuze voor zijn rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen door andere motieven verantwoord is dan het ontwijken van inkomstenbelastingen.

Indien de belastingplichtige het tegenbewijs niet levert, dan wordt de belastbare grondslag en de belastingberekening zodanig hersteld dat de verrichting aan een belastingheffing overeenkomstig het doel van de wet wordt onderworpen alsof het misbruik niet heeft plaatsgevonden.”

In essentie komt de vernieuwde algemene antimisbruikbepaling erop neer dat, indien de fiscale administratie bewijst dat er sprake is van ‘fiscaal misbruik’ door een belastingplichtige, zij zich een door die belastingplichtige gestelde rechtshandeling (daaronder ook begrepen: een geheel van rechtshandelingen) niet hoeft te laten tegenwerpen. Van ‘fiscaal misbruik’ is sprake wanneer de belastingplichtige een rechtshandeling stelt, waarmee hij zich in weerwil van de doelstelling van de fiscale wet buiten het toepassingsgebied van de fiscale wet plaatst hoewel hij de door de belastingwet geviseerde toestand dicht benadert. Hetzelfde geldt wanneer de belastingplichtige op deze wijze in weerwil van de doelstelling van de fiscale wet aanspraak maakt op een fiscaal voordeel (‘objectief element’). Bovendien moet de belastingplichtige de rechtshandeling hebben gesteld met als enig (niet-verwaarloosbaar²⁷⁹⁵) doel om zich buiten het toepassingsgebied van de belastingwet te plaatsen of om het fiscaal voordeel te realiseren (‘subjectief

²⁷⁹⁵ MvT bij de programmawet van 29 maart 2012, *Parl.St.* Kamer 2011 – 2012, nr. 53-2081/001, 114 – 115.

element'). Indien de belastingplichtige niet kan bewijzen dat er geen enkele andere (niet-verwaarloosbare) doelstelling dan het verkrijgen van een dergelijk belastingvoordeel ten grondslag lag aan de door hem gestelde rechtshandeling, kan de fiscus het alsdan bewezen 'fiscaal misbruik' herstellen. Dit 'herstel' bestaat er in dat de fiscus de ontweken fiscale bepalingen kan toepassen alsof het fiscaal misbruik niet heeft plaatsgevonden of de toekenning van het fiscaal voordeel aan de belastingplichtige kan ontzeggen. Het 'herstel' impliceert dat de fiscus de gestelde rechtshandeling geheel kan negeren óf kan herkwalficeren naar een andere rechtshandeling die recht doet aan de doelstelling van de fiscale wet.

iii. Impact op het realiteitsbeginsel

1003. Met de invoering van de vernieuwde algemene fiscale antimisbruikbepalingen beoogde de wetgever naar eigen zeggen om de fiscale administratie beter in staat te stellen om "*rechtsmisbruik op een efficiënte manier aan te pakken zonder de rechtszekerheid en het principe van de vrije keuze van de minst belaste weg [...] fundamenteel aan te tasten.*"²⁷⁹⁶ Wel beoogde de wetgever om een grens te stellen aan dit beginsel.²⁷⁹⁷

Deze grens, die in minder sterke vorm reeds aanwezig was in het Belgisch fiscaal recht, werd dan ook gevoegd bij de beperkingen aan de vrije keuze van de minst belaste weg die op dat ogenblik reeds bestonden, zijnde de verplichting tot het eerbiedigen van de fiscale wet, het eerbiedigen van niet-fiscale regels van openbare

²⁷⁹⁶ MvT bij de programmawet van 29 maart 2012, *Parl.St.* Kamer 2011 – 2012, nr. 53-2081/001, 111.

²⁷⁹⁷ Verslag namens de Commissie voor Financiën en Begroting, *Parl.St.* Kamer 2011 – 2012, nr. 53-2081/016, 69.

orde²⁷⁹⁸, het eerbiedigen van bijzondere of specifieke antimisbruikbepalingen²⁷⁹⁹ en de afwezigheid van veinzing (zie *infra*, randnr. 1015 e.v.).²⁸⁰⁰

²⁷⁹⁸ In twee arresten van 5 maart 1999 en 16 oktober 2009 (Cass. 5 maart 1999, *FJF*, No. 99/93; Cass. 16 oktober 2009, *FJF*, No. 2010/34) heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat het recht om de minst belaste weg te bewandelen d.m.v. juridische structuring niet effectief kan zijn in gevallen waar de partijen niet-fiscale regels van openbare orde zouden miskennen en dit doen ter ontwijking van belastingen. In die gevallen zou de fiscus, indien deze bewijst dat er een fiscaal motief aan de schending ten grondslag lag, kunnen eisen dat de rechtshandeling hem niet-tegenwerpelijk wordt verklaard. In deze voetnoot volgen enkele bedenkingen bij deze rechtspraak.

Ten eerste kan hier een verband worden gelegd met de zinsnede uit het *Brepols*-arrest “*sans toutefois violer aucune obligation légale*”, hoger (randnr. 995) geciteerd. Welnu, in het verleden heeft bepaalde rechtspraak deze voorwaarde op basis van een *a contrario*-lezing van het arrest *Brepols*, gekoppeld aan de vraag of er al niet veinzing of simulatie aanwezig was (zie: Antwerpen 18 september 1995, *FJF*, No. 1995/224; Brussel 16 januari 1995, *Fiscoloog* 1995, afl. 508; Rb. Bergen 24 maart 2004, *TFR* 2004, 901, met noot P. FAES). Deze rechtspraak oordeelde immers dat er sprake was van veinzing ten aanzien van de fiscus indien een overeenkomst tussen partijen strijdt met een wettelijke bepaling waarvan niet mag worden afgeweken. Deze stelling wordt door de rechtsleer terecht verworpen (B. PEETERS, “De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking?”, *AFT* 2010, afl. 3, 11 – 12; D. GARABEDIAN, J. KIRKPATRICK, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Brussel, Bruylant, 2003, 66). De vraag of er sprake is van veinzing (zie *infra*, randnr. 1015 e.v.) hangt niet per definitie af van de vraag of een overeenkomst strijdig is met een niet-fiscale regel van openbare orde. Bovendien is in de rechtsleer opgeworpen dat de geciteerde zinsnede van het Hof van Cassatie in het *Brepols*-arrest slechts bedoeld zou zijn om de door de fiscus gehanteerde theorie inzake wetsontduiking te verwerpen. De ‘wet’ waar het Hof naar verwijst in het *Brepols*-arrest is dus enkel de *fiscale wet* (zie: D. GARABEDIAN, J. KIRKPATRICK, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Brussel, Bruylant, 2003, 64 – 65; T. AFSCHRIFT, “La simulation en matière d’impôts sur les revenus” in X. (ed.), *Apparences, simulations, abus et fraudes. Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2015, 223 – 224; *contra*: M. GHYSELEN, *Fiscale gevolgen van nietige rechtshandelingen*, Kalmthout, Biblio, 1996, 126).

Deze theorie inzake niet-tegenwerpelijkheid wordt door DE BROE en DEBELVA nochtans beschouwd als behorende tot een ‘verruimd veinzingsbegrip’ (zie: L. DE BROE, F. DEBELVA, “Basisprincipes van het Belgisch fiscaal recht” in L. DE BROE (ed.), *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Kluwer, 2017, 43, vn. 82)

Ten tweede kan de vraag worden opgeworpen op welke juridische grondslag het Hof van Cassatie deze theorie kan baseren. In de rechtsleer wordt, o.i. opnieuw terecht, opgeworpen dat de onrechtmatigheid van een rechtshandeling principieel slechts een effect kan hebben voor wat betreft de toepassing van een fiscaal regime indien de fiscale wet dit zelf bepaalt (zie: S. GNEDASJ, “Negentig jaar cassatierechtspraak inzake kostenaf trek”, *AFT* 2016, afl. 1, 30, vn. 192 en de bronnen aldaar geciteerd; P. FAES, *Het rechtsmisbruik in fiscale zaken: Artikel 344 §1 – 15 jaar later*, Brussel, Larcier, 2008, 43).

Andere rechtsleer aanvaardt de door het Hof van Cassatie geponeerde theorie, en voegt daar zelfs aan toe dat het Hof in feite de vrije keuze om de minst belaste weg te volgen afhankelijk heeft gemaakt van een voorafgaande voorwaarde, bestaande in de naleving van (elke) wet (zie S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblio, 2014, 61). Zo ziet VAN CROMBRUGGE hierin een elementair beginsel van de rechtsstaat, wat impliceert dat de belastingplichtige niet door middel van een schending van de wet een belastingbesparende constructie kan uitwerken.

O.i. rijst hier dan echter de vraag op welke grondslag deze niet-tegenstelbaarheid zou kunnen berusten. Voor schendingen van niet-fiscale wetsbepalingen van openbare orde kan dan worden aangenomen dat eerder welke belanghebbende (en dus eveneens de fiscus) de nietigheid kan opwerpen. De fiscus zou een dergelijk belang kunnen ontlenen aan het gegeven dat de vernietigbare rechtshandeling werd gesteld met een fiscaal motief.

Ook in de rechtsleer wordt het standpunt verdedigd dat de vernieuwde algemene fiscale antimisbruikbepalingen slechts een beperking vormen voor het recht om de minst belaste weg te volgen door middel van juridische structurering, en aldus geen introductie van het 'economisch realiteitsbeginsel' vormen.²⁸⁰¹ Wij kunnen deze visie onderschrijven, aangezien de algemene fiscale antimisbruikbepalingen zijn geschreven om toepassing te vinden in concrete individuele gevallen waar sprake is van (meer 'agressieve') vormen van legale belastingontwijking. Belangrijke aanwijzing daarvoor vormt onder meer het feit dat de wetgever het heeft over "rechtsmisbruik", wat uit zijn aard beperkt is tot specifieke gevallen. Bovendien geeft de wetgever zelf aan dat een beroep op de algemene antimisbruikbepalingen "een ultiem wapen betreft en enkel toegepast moet worden als de gewone interpretatiemethode, de technische bepalingen van het Wetboek, de speciale anti-ontwijkingsmaatregelen en de simulatieleer geen hulp bieden."²⁸⁰² Bovendien worden de bepalingen gekenmerkt door een sterk uitgewerkt systeem van bewijs

Deze redenering gaat evenwel niet op voor regels die slechts van dwingend recht zijn. In deze gevallen kunnen slechts de personen die door de regel worden beschermd de gebeurlijke vernietigbaarheid opwerpen. Toch zullen niet-fiscale regels van dwingend recht slechts zelden tot nooit geschreven zijn met de belangen van de fiscus op het oog. PEETERS merkt in dit verband nog op dat de door VAN CROMBRUGGE ontwaarde voorafgaande voorwaarde misschien beter kan worden gesitueerd bij het gegeven dat de belastingplichtige die gebruik wilt maken van de minst belaste weg d.m.v. juridische structurering daartoe de contractsvrijheid aanwendt. Deze koppeling vormt volgens de auteur alvast een argument om de voorwaarde tot het naleven van niet-fiscale regels te beperken tot de naleving van regels van openbare orde (zie: B. PEETERS, "De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking?", *AFT* 2010, afl. 3, 16)

Ten derde moet nog worden opgemerkt dat het voorgaande los staat van het feit dat de fiscus de niet-naleving van niet-fiscale regels van openbare orde wél kan aanwenden als *indicatie* van simulatie, zonder dat het gegeven op zichzelf genomen daarvoor een constitutief element vormt (zie: S. GNEDASJ, "Negentig jaar cassatierechtspraak inzake kostenaftrek", *AFT* 2016, afl. 1, 30 – 31; M. GHYSELEN, "De schending van een wet van openbare orde in het kader van een belastingontwijkende constructie: de puntjes op de i" (noot onder Cass. 16 oktober 2009), *TFR* 2010, 808 – 811).

²⁷⁹⁹ Voorbeelden die in de inkomstenbelastingen kunnen worden aangetroffen zijn onder meer artikel 26 WIB 1992 (abnormale en goedgunstige voordelen); artikel 32 WIB 1992 (herkwalificatie van huurinkomsten in bedrijfsleidersbezoldigingen) en artikel 54 WIB 1992 (voorwaarden voor de aftrekbaarheid van bepaalde beroepskosten). Voor wat betreft de erfbelasting kan bijvoorbeeld worden gewezen op de artikelen 3 tot 14 W.Succ. (zie de artikelen 2.7.1.0.3 – 2.7.1.0.9., 2.7.3.3.4., 2.7.3.3.5., 2.7.5.0.5., 2.7.3.2.11. en 3.17.0.0.11 VCF).

²⁸⁰⁰ J.J. COUTURIER, B. PEETERS, E. VAN DE VELDE, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2016, 39 – 41; B. PEETERS, "De algemene fiscale antimisbruikbepalingen. Een commentaar in het licht van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", *AFT* 2014, afl. 5, 5 – 7; B. PEETERS, "De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking?", *AFT* 2010, afl. 3, 11 – 20; L.A. DENYS, "Over de fiscale behandeling van burgerrechtelijke ficties" in X. (ed.), *Liber Amicorum Albert Tiberghien*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 142.

²⁸⁰¹ S. VAN CROMBRUGGE, "Fraus legis of wetsontduiking in het Belgisch fiscaal recht anno 2012", *TRV* 2012, 540 – 541, 546; L. DE BROE, J. BOSSUYT, "Interpretatie en toepassing van de algemene antimisbruikbepalingen in de inkomstenbelasting, registratie- en successierechten", *AFT* 2012, afl. 11, 10 – 11.

Zie ook: M. QUAGHEBEUR, "Belgium. Trusts.", *IBFD*, 2015, nr. 7.1.3.

²⁸⁰² MvT bij de programmawet van 29 maart 2012, *Parl.St.* Kamer 2011 – 2012, nr. 53-2081/001, 112 – 113.

en tegenbewijs en worden belangrijke voorwaarden gekoppeld aan de toepassing ervan. Dit laatste gegeven vormde overigens een reden voor het Grondwettelijk Hof om de nieuwe bepalingen te beschouwen als grondwettelijk.²⁸⁰³ Gelijkaardige overwegingen werden door het Hof trouwens ook reeds gemaakt in de arrest omtrent oud artikel 344, §1 WIB 1992.²⁸⁰⁴ Al deze elementen duiden erop dat de algemene fiscale antimisbruikbepalingen onmogelijk van dien aard kunnen zijn dat zij de hoger uiteengezette *default rule* inzake het 'juridisch werkelijkheidsbeginsel' ten gronde wijzigen of geheel uithollen.

1004. Opmerkelijk in dit verband is tevens de bemerking van verschillende auteurs dat de wetgever met de invoering van de vernieuwde algemene antimisbruikbepalingen de leer van *fraus legis* of 'wetsontduiking' van het Nederlandse type in het Belgisch fiscaal heeft geïntroduceerd.²⁸⁰⁵ Andere auteurs houden het bij de vaststelling dat de Belgische wetgever zich bij de invoering van de vernieuwde bepalingen heeft gebaseerd op of heeft laten inspireren door de (Nederlandse) *fraus legis*-leer.²⁸⁰⁶ Nog andere auteurs stellen zich eerder terughoudend op ten aanzien van een dergelijke conclusie.²⁸⁰⁷

Het is in dit verband opvallend vast te stellen dat ook in Nederland door verschillende auteurs wordt aanvaard dat de toepassing van het leerstuk van *fraus legis* niet per definitie impliceert of veronderstelt dat er sprake is van een 'economisch realiteitsbeginsel' in het Nederlandse fiscaal recht.²⁸⁰⁸ In het geval van een leerstuk als wetsontduiking wordt immers niet per definitie aangesloten bij de economische realiteit. Het aanknopingspunt vormt in de eerste plaats het doel en de strekking van de concrete wetsbepalingen die in het geding zijn. Slechts indien de wet tot doel had om de economische werkelijkheid te viseren boven de zuiver juridische werkelijkheid, kan de economische werkelijkheid daadwerkelijk een rol spelen.²⁸⁰⁹ Ook uit de Nederlandse *fraus legis*-leer, in zoverre zij zou zijn

²⁸⁰³ GWH 30 oktober 2013, nr. 141/2013, overw. B.19, B.21.2.

²⁸⁰⁴ Arbitragehof 24 november 2004, nr. 188/2004.

²⁸⁰⁵ S. VAN CROMBRUGGE, "Fraus legis of wetsontduiking in het Belgisch fiscaal recht anno 2012", *TRV* 2012, 537 – 562; S. VAN CROMBRUGGE, "Over de grondwettigheid van de antimisbruikbepalingen in het Belgisch fiscaal recht", *TRV* 2013, 75 – 77. Zie tevens, maar zonder een bijzondere verwijzing naar het Nederlands recht: M. ELOY, "Le retour de la théorie de la fraude à la loi", *RGF* 2012, afl. 3, 2 – 4; D. DESCHRIJVER, M. DOORNAERT, "Kroniek fiscaal recht voor vennootschappen 2011", *TRV* 2012, 270.

²⁸⁰⁶ L. DE BROE, J. BOSSUYT, "Interpretatie en toepassing van de algemene antimisbruikbepalingen in de inkomstenbelasting, registratie- en successierechten", *AFT* 2012, afl. 11, 7; B. PEETERS, "De algemene fiscale antimisbruikbepalingen. Een commentaar in het licht van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", *AFT* 2014, afl. 5, 16, 34.

²⁸⁰⁷ T. AFSCHRIFT, "L'abus fiscale en matière d'impôts sur les revenus" in X. (ed.), *Apparences, simulations, abus et fraudes. Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2015, 131 – 133.

²⁸⁰⁸ R.H.L. IJZERMAN, "Form and substance in tax law" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international, Vol. 87a*, Den Haag, Kluwer, 2002, 452, 456 – 457; C.P.A. GEPPAART, "Over het toepassen van fiscale rechtsnormen op een feitelijke grondslag", *AFT* 1994, 85 – 87; R.H.L. IJZERMAN, *Het leerstuk van wetsontduiking in het belastingrecht*, Deventer, Kluwer, 1990, 123, 229.

²⁸⁰⁹ S. VAN BELLE, "De beoordeling van hybride financieringsinstrumenten in de buitenlandse rechtspraak", *TFR* 2014, 988; R.H.L. IJZERMAN, *Het leerstuk van wetsontduiking in het belastingrecht*, Deventer, Kluwer, 1990, 123.

getransponeerd in het Belgische recht of gelijkenissen vertoont met de Belgische wetsbepalingen, blijkt als zodanig dan ook geen omkering van de geïdentificeerde *default rule*.

1005. Dat 'het doel en de strekking' van de fiscale wet een belangrijke rol spelen in de toepassing van de Nederlandse *fraus legis*-leer blijkt duidelijk uit de wijze waarop deze leer, die volgens sommigen is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel²⁸¹⁰, moet worden toegepast. Uit de rechtspraak van de Nederlandse Hoge Raad kan worden afgeleid dat er sprake is van *fraus legis in fiscalibus* van zodra er aan de volgende voorwaarden is voldaan.²⁸¹¹ Ten eerste dient de belastingplichtige een rechtshandeling (of geheel van rechtshandelingen) te hebben verricht met als gevolg dat een belasting niet kan worden geheven, terwijl dat normaliter wel geval zou zijn, abstractie makend van de specifieke rechtshandeling(en) die de belastingplichtige daadwerkelijk heeft verricht. Er dient met andere woorden vast te staan dat de belastingplichtige een belasting heeft ontweken. Vervolgens moet blijken dat de doorslaggevende, dan wel de volstrekt overwegende beweegreden van de belastingplichtige erin heeft bestaan om de belasting te ontwijken ('motiefvereiste'). Tot slot moet vaststaan dat de belastingplichtige in strijd heeft gehandeld met 'het doel en de strekking' van de belastingwet, en in het bijzonder met deze van de 'ontweken' wetsbepalingen ('normvereiste'). Indien aan al deze voorwaarden voldaan is, blijkt dat de belastingplichtige *in fraudem legis* de belasting heeft ontweken, zodat alsnog een andere fiscale kwalificatie aan de feiten wordt gegeven teneinde de belastingwet toch te kunnen toepassen op het onderliggend feitencomplex.

De rechtsleer die zich terughoudend opstelt ten aanzien van een al te verregaande assimilatie tussen het Belgische antimisbruikcontentieux en de Nederlandse *fraus legis*-leer wijst er overigens op dat de 'doelstellingen' van de fiscale wet, zoals dit begrip voorkomt in de Belgische algemene antimisbruikbepalingen, strikt moeten worden geïnterpreteerd, in die zin dat de doelstellingen van de wetgever ook daadwerkelijk op een duidelijke wijze vast dienen te staan vooraleer kan worden besloten dat er sprake is van fiscaal misbruik.²⁸¹² Dit begrip zou uit zijn aard minder breed zijn dan het nogal pleonastisch ogende begrip 'doel en strekking' van de wet,

²⁸¹⁰ E.C.C.M. KEMMEREN, "The 1996 Amendments to the Tax Arrangement for the Kingdom of the Netherlands: The New General Anti-Abuse Clause in the BRK", *ET* 1997, 447.

²⁸¹¹ R.E.C.M. NIESSEN, "Grondslag voor de toepassing van *fraus legis* door de Nederlandse belastingrechter" in P. KAVELAARS (ed.), *Ongewenste belastingontwijking? De jacht naar fair share*, Rotterdam, EUR, 2013, 76; K.L.H. VAN MENS, A.L. FABER, "Fraus legis. Het grijze gebied tussen belastingontduiking, belastingontwijking en geoorloofde financiële planning", *TFR* 2008, 219; K. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 251; R. DE BOER, J. NAALDEN, "Antimisbruik – Het leerstuk van *fraus legis* – Een overzicht van enkele recente ontwikkelingen", *TFR* 2013, 247; H.J. HOFSTRA, m.m.v. C. VAN RAAD, *Inleiding tot het Nederlands belastingrecht*, Deventer, Kluwer, 1992, 165 – 171; E.C.C.M. KEMMEREN, "The 1996 Amendments to the Tax Arrangement for the Kingdom of the Netherlands: The New General Anti-Abuse Clause in the BRK", *ET* 1997, 447 – 448.

Zie bv: HR 20 maart 1985, *BNB* 1985/171.

²⁸¹² T. AFSCRIFT, "L'abus fiscale en matière d'impôts sur les revenus" in X. (ed.), *Apparences, simulations, abus et fraudes. Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2015, 132.

zoals dit in de Nederlandse *fraus legis*-leer wordt aangewend. Dit gegeven zou tot gevolg hebben dat in het Belgische contentieux minder snel kan worden besloten dat aan het objectieve element van fiscaal misbruik is voldaan dan het geval is voor wat betreft de Nederlandse tegenhanger.

1006. In de Nederlandse rechtsleer wordt het proces ook op de volgende wijze voorgesteld.²⁸¹³ In een eerste stap wordt nagegaan welke feiten als zeker en vaststaand kunnen worden beschouwd en of de fiscaalrechtelijke kwalificatie overeenstemt met de civielrechtelijke vorm van de feiten. Vervolgens worden de toe te passen fiscale wetsbepalingen onderzocht, teneinde rechtsgevolgen te kunnen vastknopen aan de onderliggende feiten. *Fraus legis* komt in het spel indien blijkt dat het aan de feiten vast te knopen rechtsgevolg correct is, maar tevens onaanvaardbaar is gelet op de doelstelling van de fiscale wet. Door middel van *fraus legis* kan dan een andere fiscale kwalificatie aan de feiten worden gegeven, zodanig dat een rechtsgevolg intreedt dat aanvaardbaar is, gelet op het doel en de strekking van de fiscale wet. De onderliggende civielrechtelijke structuur wordt evenwel ongemoeid gelaten. Het betreft met andere woorden een louter fiscaalrechtelijke aangelegenheid, waarbij de normale fiscale kwalificatie van de civielrechtelijke infrastructuur wordt vervangen door een afwijkende fiscale kwalificatie die niet met deze onderbouw overeenstemt, teneinde een ander fiscaal rechtsgevolg te bewerkstelligen. De civielrechtelijke onderbouw wordt dan als het ware fiscaal genegeerd of fiscaal gemuteerd. Dit laatste is overigens evenzeer het geval bij de toepassing van de Belgische fiscale antimisbruikbepalingen. De oorspronkelijk gestelde rechtshandeling(en) mag/mogen dan wel niet-tegenstelbaar zijn ten aanzien van de fiscus, de civielrechtelijke gevolgen worden verder evenzeer ongemoeid gelaten.²⁸¹⁴

1007. Gelet op de verregaande gevolgen van dit abstract proces en het corresponderende gevaar voor de rechtszekerheid, stelt de Nederlandse rechtsleer eenparig dat een beroep op *fraus legis* een *ultimum remedium* is, wat impliceert dat de vervulling van de genoemde voorwaarden door de rechter streng moeten worden getoetst.²⁸¹⁵ Hoger (*supra*, randnr. 1003) is gebleken dat de Belgische

²⁸¹³ L.A. DE BLIECK, P.J. VAN AMERSFOORT, J. DE BLIECK, E.A.G. VAN DER OUDERAA, R.J. KOOPMAN, *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer, Kluwer, 2011, 351 – 371, die hiertoe verwijzen naar IJZERMAN: R.H.L. IJZERMAN, *Het leerstuk van wetsontduiking in het belastingrecht*, Deventer, Kluwer, 1991, 311p.

²⁸¹⁴ B. PEETERS, "De algemene fiscale antimisbruikbepalingen. Een commentaar in het licht van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", *AFT* 2014, afl. 5, 29.

²⁸¹⁵ R.E.C.M. NIESSEN, "Grondslag voor de toepassing van *fraus legis* door de Nederlandse belastingrechter" in P. KAVELAARS (ed.), *Ongewenste belastingontwijking? De jacht naar fair share*, Rotterdam, EUR, 2013, 74; K. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 250; K.L.H. VAN MENS, A.L. FABER, "Faus legis. Het grijze gebied tussen belastingontduiking, belastingontwijking en geoorloofde financiële planning", *TFR* 2008, 219; R. DE BOER, J. NAALDEN, "Antimisbruik – Het leerstuk van *fraus legis* – Een overzicht van enkele recente ontwikkelingen", *TFR* 2013, 250; R.H.L. IJZERMAN, "Form and substance in tax law" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international, Vol. 87a*, Den Haag, Kluwer, 2002, 455.

Zo dient bijvoorbeeld te worden nagegaan wat 'het doel en de strekking' van de belastingwet is. Dit impliceert dat de wetgever zijn bedoelingen op één of andere wijze kenbaar heeft

wetgever een beroep op de algemene fiscale antimisbruikbepalingen evenzeer beschouwt als een 'ultiem wapen', dat slechts kan worden ingezet wanneer geen andere hulp (veinzing, bijzondere antimisbruikbepalingen, ...) meer kan baten.

iv. Ontwikkelingen op Europeesrechtelijk niveau

1008. Het dient evenwel nog te worden opgemerkt dat de principiële enting van het Belgisch fiscaal recht op de onderliggende juridische realiteit kennelijk verder onder druk is komen te staan door de mondiale strijd tegen agressieve belastingplanning.²⁸¹⁶ In dit kader kan worden gewezen op enkele voorbeelden die van rechtstreeks belang zijn voor het Belgische belastingrecht.

Eén en ander ligt in het verlengde van de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie, dat de bestrijding van belastingontwijking en 'fiscaal misbruik' aanvaardt als een rechtvaardigingsgrond voor de belemmering van het vrij verkeer, in zoverre deze maatregelen proportioneel zijn.²⁸¹⁷ Dit impliceert volgens het Hof dat een antimisbruikmaatregel kan worden gerechtvaardigd wanneer deze "specifiek gericht is op volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de belastingwetgeving van de betrokken lidstaat te omzeilen."²⁸¹⁸ Het Hof komt aldus tot het oordeel dat: "een beperking van de vrijheid van vestiging slechts door de strijd tegen misbruiken [kan] worden gerechtvaardigd, wanneer zij specifiek tot doel heeft, gedragingen te verhinderen die er in bestaan, volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en

gemaakt, hetgeen niet steeds op eenduidige wijze het geval is. Zie: R.E.C.M. NIESSEN, "Grondslag voor de toepassing van *fraus legis* door de Nederlandse belastingrechter" in P. KAVELAARS (ed.), *Ongewenste belastingontwijking? De jacht naar fair share*, Rotterdam, EUR, 2013, 76.

Dit wordt overigens ook beschouwd als één van de grootste hindernissen die moeten worden genomen bij een succesvolle toepassing van de Belgische algemene antimisbruikbepalingen. Zie de tussenkomst van L. DE BROE in "Fraudebestrijding en charter van de belastingplichtige: noodzakelijk een paradox?", *TFR* 2010, i.h.b. 343 – 344 alsook: L. DE BROE, J. BOSSUYT, "Interpretatie en toepassing van de algemene antimisbruikbepalingen in de inkomstenbelasting, registratie- en successierechten", *AFT* 2012, afl. 11, 16.

²⁸¹⁶ Voor een algemeen overzicht van de op dat op dat ogenblik geldende stand van zaken op mondiaal niveau (in het bijzonder de initiatieven van de OESO) en op Europeesrechtelijk niveau, zie: B. PEETERS, S. SERÉ, "Recente initiatieven tegen belastingontwijking. Impact op multinationale ondernemingen", *TFR* 2016, 866 – 911.

Zie tevens voor het Europeesrechtelijke kader: C. DOCCLO, "L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses Etats membres" in S. DOUÉNIAS, F. MINNE (eds.), *Mélanges Pascal Minne*, Brussel, Bruylant, 2017, 227 – 268; K. MORBÉE, "De invoering van Europese maatregelen tegen belastingontwijking: een verkenning van de ATAD" in J. PEETERS, K. RENIERS, N. GOOSSENS, *Actuele problemen van financieel, vennootschaps- en fiscaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 171 – 194.

²⁸¹⁷ HvJ C-212/97, *Centros*, *Jur.* 1999, I, punt 27; HvJ C-196/04, *Cadbury Schweppes*, *Jur.* 2006, I, punt 47; HvJ C-255/02, *Halifax*, *Jur.* 2006, I, punt 92.

²⁸¹⁸ HvJ C-196/04, *Cadbury Schweppes*, *Jur.* 2006, I, punt 51.

bedoeld zijn om de belasting te ontwijken die normaal verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied" (onderlijning toegevoegd).²⁸¹⁹

Welnu, de Europese Commissie, die reeds in 2012 opriep tot de invoering van een gemeenschappelijke algemene antimisbruikbepaling in het intern recht van de Lidstaten²⁸²⁰, heeft deze door het Hof geformuleerde passages kennelijk aangegrepen bij de uitwerking van diverse antimisbruikbepalingen, waaraan overigens een verschillende strekking toekomt. In het bijzonder kan daarbij ten eerste worden gewezen op de amenderingen van de Moeder-Dochterrichtlijn.²⁸²¹ Hiermee werden enerzijds hybride mismatches bestreden, door het introduceren van de voorwaarde dat enkel niet-aftrekbare winstuitkeringen nog bij de moedervenootschap moeten worden vrijgesteld. Indien de uitgekeerde winst reeds bij de dochteronderneming aftrekbaar is, zal zij dus wel worden belast op het niveau van de moederonderneming. Deze wijziging sluit alvast aan bij het BEPS-actiepunt van de OESO betreffende het tegengaan van hybride mismatches.²⁸²² Anderzijds – en voor ons belangrijker – werd in de Moeder-Dochterrichtlijn een 'algemene antimisbruikbepaling' geïntroduceerd.²⁸²³ Beide amenderingen werden in België door de wet van 1 december 2016 houdende fiscale bepalingen (laattijdig) omgezet in het Belgische recht.²⁸²⁴ Eén en ander heeft tot gevolg dat in artikel 203 WIB 1992 (m.b.t. de DBI-aftrek) een passage is toegevoegd die leest als volgt:

"De in artikel 202, §1, 1° en 2°, vermelde inkomsten zijn bovendien niet aftrekbaar wanneer zij worden verleend of toegekend door: [...]

6° een vennootschap in de mate dat die deze inkomsten in aftrek heeft genomen of kan nemen van haar winst

7° een vennootschap die inkomsten uitkeert die verbonden zijn met een rechtshandeling of geheel van rechtshandelingen waarvan de administratie, rekening houdend met alle relevante feiten en omstandigheden, heeft aangetoond,

²⁸¹⁹ *Ibid*, punt 55.

²⁸²⁰ COM (2012) 722 *final*, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad. Actieplan ter versterking van de strijd tegen belastingfraude en belastingontduiking, Brussel, 6 december 2012, nummer 8, zie: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0722&from=EN>

²⁸²¹ Richtlijn 2011/96/EU van 30 november 2011 van de Raad betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, *PB.L.* 2 december 2011, afl. 345. Deze richtlijn werd op de in de hoofdtekst genoemde relevante punten gewijzigd door enerzijds: Richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli 2014 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, *PB. L.* 25 juli 2014, afl. 219/40. Anderzijds door: Richtlijn 2015/121 van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, *PB. L.* 28 januari 2015, afl. 21/1.

²⁸²² B. PEETERS, S. SERÉ, "Recente initiatieven tegen belastingontwijking. Impact op multinationale ondernemingen", *TFR* 2016, 874.

²⁸²³ Zie hieromtrent: F. DEBELVA, J. LUTS, "The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive", *European Taxation* 2015, 223 – 234.

²⁸²⁴ Wet van 1 december 2016 houdende fiscale bepalingen, *BS* 8 december 2016, 80678.

tenzij bewijs van het tegendeel, dat deze rechtshandeling of dit geheel van handelingen kunstmatig is en is opgezet met als hoofddoel of één van de hoofddoelen de aftrek van de in artikel 202, §1, 1° en 2° bedoelde inkomsten, de in artikel 266, eerste lid, bedoelde verzaking op deze inkomsten of één van de voordelen van Richtlijn 2011/96/EU in een andere lidstaat van de Europese Unie te verkrijgen. [...]

Voor de toepassing van paragraaf 1, eerste lid, 7°, wordt een rechtshandeling of een geheel van rechtshandelingen als kunstmatig beschouwd voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen." (onderlijning toegevoegd).

1009. Behalve het voorgaande kan worden gewezen op het in januari 2016 voorgestelde 'Anti Tax Avoidance Package' van de Europese Commissie. Een onderdeel van dit door de Commissie voorgestelde pakket wordt gevormd door de zogeheten 'anti-ontwijkingsrichtlijn' die definitief werd aangenomen op 12 juli van hetzelfde jaar.²⁸²⁵ Deze richtlijn, die slechts van toepassing is op de vennootschapsbelasting van de lidstaten (met inbegrip van de vaste inrichtingen van entiteiten die hun fiscale woonplaats in een derde land hebben), bevat eveneens een 'algemene antimisbruikmaatregel'. Artikel 6 van deze richtlijn bepaalt als volgt:

"1. Voor de berekening van de verschuldigde vennootschapsbelasting laten de lidstaten een constructie of een reeks van constructies buiten beschouwing die is opgezet met als hoofddoel of als één van de hoofddoelen een belastingvoordeel te verkrijgen dat het doel of de toepassing van het toepasselijke belastingrecht ondermijnt, en die, alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, kunstmatig is. Een constructie kan uit verscheidene stappen of onderdelen bestaan.

2. Voor de toepassing van lid 1 wordt een constructie of een reeks van constructies als kunstmatig beschouwd voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen." (onderlijning toegevoegd).

Luidens artikel 11 van deze richtlijn dient zij – met een aantal uitzonderingen – te worden omgezet in nationaal recht vóór 1 januari 2019. De bedoeling van deze antimisbruikbepaling is dat zij binnen de Europese Unie op uniforme wijze wordt toegepast in binnenlandse situaties, binnen de Unie en ten aanzien van derde landen, zodat de reikwijdte ervan en de toepassingsresultaten in binnenlandse en grensoverschrijdende situaties niet uiteenlopen.²⁸²⁶

²⁸²⁵ Richtlijn 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijking welke rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt, *PB.L.* 19 juli 2016, afl. 193/1.

²⁸²⁶ Considerans 11 van Richtlijn 2016/1164. Zie tevens: C. Docclo, "L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses Etats membres" in S. DOUÉNIAS, F. MINNE (eds.), *Mélanges Pascal Minne*, Brussel, Bruylant, 2017, 265.

1010. In de genoemde richtlijn is voor de lidstaten geen mogelijkheid voorzien om een eigen (evenwaardige) algemene antimisbruikbepaling in de plaats te stellen van de in artikel 6 geformuleerde bepaling. Integendeel, zoals aangehaald in vorig randnummer blijkt uit de richtlijn zelfs dat de bepaling binnen de gehele Europese Unie op dezelfde wijze wordt toegepast. Hoewel deze algemene antimisbruikbepaling in beginsel geen betrekking heeft op de Belgische personenbelasting, rijst toch de vraag of de Belgische wetgever het in de toekomst niet opportuun zal achten om de algemene antimisbruikbepaling zoals deze vandaag bestaat in het Belgische inkomstenbelastingenrecht geheel te vervangen door de in de richtlijn opgenomen variant. Dit zou kunnen gebeuren op grond van de overweging dat het de rechtszekerheid ten goede komt om slechts één algemene fiscale antimisbruikbepaling in het Belgische inkomstenbelastingenrecht te hebben, in de plaats van op verschillende bepalingen die gelden voor de onderscheiden inkomstenbelastingen.

In vergelijking met de formulering van huidig artikel 344, §1 WIB 1992 valt alvast op dat de tekst van de Europese variant amper aandacht besteedt aan het uiteenzetten van een systeem van bewijs en tegenbewijs. In de formulering van de antimisbruikbepaling in artikel 202 WIB 1992 is hier alvast wel aandacht aan besteed door de Belgische wetgever. Indien het bewijs dat er andere dan zuiver fiscale motieven spelen bij de keuze van een bepaalde rechtshandeling systematisch bij de belastingplichtige wordt gelegd, kan de regeling echter het evenredigheidsbeginsel schenden.²⁸²⁷

Bovendien stellen de Europese bepalingen, waarvan in artikel 202 WIB 1992 reeds een variant in het Belgische recht bestaat, dat het voldoende is als "één van de hoofddoelen" van de belastingplichtige erin bestaat om via een 'kunstmatige constructie' een fiscaal voordeel te verkrijgen.²⁸²⁸ Dit is o.i. een markant verschil in vergelijking met de formulering van huidig artikel 344, §1 WIB 1992. Uit de tekst van huidig artikel 344, §1 WIB 1992 blijkt dat fiscale en niet-fiscale motieven perfect naast elkaar kunnen bestaan, zolang de niet-fiscale motieven niet verwaarloosbaar zijn.²⁸²⁹ Dit is iets geheel anders dan als voorwaarde stellen dat

Zie algemeen: L. DE BROE, D. BECKERS, "The General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Analysis Against the Wider Perspective of the European Court of Justice's Case Law on Abuse of EU Law", *EC Tax Review* 2017, 133 – 143; D. GUTMAN, A. PERDELWITZ *et al.*, "The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey", *European Taxation* 2017, 2 – 20.

²⁸²⁷ HvJ C-318/10, *SIAT*, *Jur.* 2010, I, punt 55 e.v.; Conclusie van Advocaat-Generaal J. KOKOTT van 19 januari 2017 in de zaak C-6/16, *Egiom SAS*, *Jur.* 2017, punt 29.

²⁸²⁸ Op een fundamenteel en taalkundig niveau rijst hier overigens de vraag of het wel mogelijk is om tegelijkertijd meerdere 'hoofddoelen' na te streven. De gebruikte bewoordingen ogen dan ook als een dialectische contradictie. Zie in dit verband nog: B.M. WILLIS, "A principal purpose: There Can Only Be One", *Tax Notes International* 2013, 1317 – 1318.

Zie ook: L. DE BROE, D. BECKERS, "The General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Analysis Against the Wider Perspective of the European Court of Justice's Case Law on Abuse of EU Law", *EC Tax Review* 2017, 141 – 142.

²⁸²⁹ MvT bij de programmawet van 29 maart 2012, *Parl.St.* Kamer 2011 – 2012, nr. 53-2081/001, 114 – 115; L. DE BROE, J. BOSSUYT, "Interpretatie en toepassing van de algemene

belastingontwijking “*het hoofdoel of één van de hoofdoelen*” moet zijn. In het laatste geval wordt de toepassing van de antimisbruikbepaling immers niet uitgeschakeld van zodra het ontwijkingsmotief samen bestaat met evenwaardige niet-fiscale ‘hoofddoelstellingen’.²⁸³⁰ Bovendien is het nog maar de vraag hoe een ‘hoofddoelstelling’ zich verhoudt tot een andere ‘niet-hoofddoelstelling’. O.i. is dit laatste onderscheid *in concreto* (nóg) moeilijker vast te stellen dan het onderscheid tussen een substantieel motief en een ‘verwaarloosbaar’ motief. Evenwel lijken de hoger geciteerde bewoordingen van het Europees Hof van Justitie eerder te suggereren dat het ontwijkingsmotief de belangrijkste doelstelling moet zijn, al is het Hof niet steeds even consistent in zijn woordkeuzes in dit verband.²⁸³¹ Niettegenstaande dit gebrek aan consistentie, wordt in bepaalde arresten toch nadrukkelijk gesteld dat het verbod van misbruik niet geldt wanneer voor een bepaalde constructie andere verklaringen bestaan dan ‘de loutere verkrijging’ van een belastingvoordeel.²⁸³² Op dit punt wordt verder (*infra*, randnr. 1012) nog teruggekomen in het licht van de implicaties ervan voor wat betreft het recht van het bewandelen van de minst belaste weg.

Een laatste verschil dat hier in de kijker wordt gezet, betreft het feit dat de tekst van de Europese antimisbruikbepaling in de richtlijn van 12 juli 2016 spreekt over ‘constructie’ of ‘geheel van constructies’ in de plaats van ‘rechtshandeling’ of ‘geheel van rechtshandelingen’. Hoewel het begrip ‘constructie’ op het eerste gezicht een grotere mate van complexiteit lijkt te suggereren dan het meer singuliere begrip ‘rechtshandeling’, lijkt de Belgische wetgever beide begrippen goeddeels als inwisselbaar te beschouwen. Immers, de begrippen ‘constructie’ en ‘geheel van constructies’ komen óók voor in artikel 1, lid 2 van de aangepaste Moeder-Dochterrichtlijn. Dit heeft de Belgische wetgever er echter niet van weerhouden om in artikel 202 WIB 1992 toch af te wijken van de Nederlandstalige versie van de richtlijn en opnieuw de begrippen ‘rechtshandeling’ en ‘geheel van rechtshandelingen’ te bezigen. Nog los van enig concreet juridisch verschil in betekenis²⁸³³, onderstreept dit punt o.i. de moeilijkheden van het streven naar een eenvormige toepassing van deze bepaling binnen de gehele Unie.

antimisbruikbepalingen in de inkomstenbelasting, registratie- en successierechten”, *AFT* 2012, afl. 11, 10 – 11.

²⁸³⁰ Eensluidend: F. DEBELVA, J. LUTS, “The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive”, *European Taxation* 2015, 225; C. DOCCLO, “L’ambition de l’Union européenne d’introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses États membres” in S. DOUÉNIAS, F. MINNE (eds.), *Mélanges Pascal Minne*, Brussel, Bruylant, 2017, 266.

²⁸³¹ *Ibid*, vn. 16.

²⁸³² Conclusie van Advocaat-Generaal J. KOKOTT van 19 januari 2017 in de zaak C-6/16, *Eqiom SAS*, *Jur.* 2017, punt 30; HvJ C-423/15, *Kratzer*, *Jur.* 2016, I, punt 40 (waar het Hof tevens spreekt over het ‘wezenlijke doel van de betrokken handelingen’). Zie ook: HvJ C-103/09, *Weald Leasing*, *Jur.* 2010, I, punt 30.

²⁸³³ Het lijkt er immers op dat de begrippen ‘constructie’ of een ‘geheel van constructies’ breed moeten worden opgevat. Deze begrippen worden in de aangepaste Moeder-Dochterrichtlijn zelf niet nader omschreven of gedefinieerd. Een dergelijke omschrijving is wel voorhanden in oorspronkelijke voorstel van de richtlijn die de Moeder-Dochterrichtlijn heeft geamendeerd: “A transaction, scheme, action, operation, agreement, understanding, promise, or undertaking is an artificial arrangement or a part of an artificial series of

1011. In dit verband rijst vooral de vraag naar de mogelijke implicaties van de expliciete verwijzing naar de 'economische werkelijkheid' in beide Europese antimisbruikregels. De verwijzing naar de 'economische realiteit' moet in dit verband worden gezocht in de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie en is nauw verbonden met het (ook in de nieuwe Europese antimisbruikbepalingen figurerende) begrip 'kunstmatige constructie'.²⁸³⁴ Het is opmerkelijk dat in de memorie van toelichting bij de vernieuwde Belgische antimisbruikbepalingen ook wordt verwezen naar dit begrip, waarbij tevens melding wordt gemaakt van de 'economische werkelijkheid'.²⁸³⁵ Opvallend is dat de memorie van toelichting deze verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie kadert in een bredere verwijzing naar zowel het hoger genoemde 'objectieve element' als het 'subjectieve element' (*supra*, randnr. 1002) van de algemene antimisbruikbepaling.²⁸³⁶ In het geval van een geheel 'kunstmatige constructie' die geen verband houdt met de economische werkelijkheid gaat het immers net om een rechtshandeling of geheel van rechtshandelingen die er louter op gericht zijn om de doelstellingen van de fiscale wet te frustreren en aldus belastingen te ontwijken. In die optiek begrepen, rijst de vraag of de expliciete verwijzing naar de 'economische realiteit' in de tekst van de beide Europese antimisbruikbepalingen een substantieel element toevoegt dat nog niet kan worden aangetroffen in het contentieux van de bestaande Belgische algemene antimisbruikbepalingen. O.i. is dit niet per definitie het geval. Immers, ook in het raam van de huidige Belgische antimisbruikconstellatie dient deze verwijzing naar de 'economische realiteit' gelezen te worden in het licht van de correcte toepassing van het objectieve en subjectieve element van de definitie van fiscaal misbruik. Maar de introductie van het begrip 'fiscaal misbruik' als zodanig vormt geen introductie van een algemene economische werkelijkheidsleer, om de hoger (*supra*, randnr. 1003) aangehaalde redenen.

1012. Tot slot rijst nog de vraag of een (veralgemeende) toepassing van de Europese fiscale antimisbruikbepalingen niet een ernstige aantasting zullen vormen voor het recht om de minst belaste weg te bewandelen en daarmee tevens voor het realiteitsbeginsel *in fiscalibus*. Deze bemerking heeft niet zozeer te maken met de expliciete verwijzing naar de economische realiteit. Deze verwijzing kan immers gekaderd worden, zoals in vorig randnummer werd beschreven. Problematisch in dit verband is vooral de (ogenschijnlijk?) lage drempel van het in de Europese fiscale antimisbruikbepalingen gehanteerde misbruikbegrip. Indien de antimisbruikbepalingen reeds kunnen worden toegepast van zodra het

arrangements where it does not reflect economic reality.", zie: COM (2013) 814 final, Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States.

²⁸³⁴ HvJ C-196/04, *Cadbury Schweppes*, *Jur.* 2006, I, punt 55; HvJ C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, *Jur.* 2007, I, punt 74; HvJ C-282/12, *Itelcar*, *Jur.* 2013, I, 34; HvJ C-112/14, *Commission v. United Kingdom*, *Jur.* 2014, punt 25.

²⁸³⁵ MvT bij de programmawet van 29 maart 2012, *Parl.St.* Kamer 2011 – 2012, nr. 53-2081/001, 114; . VAN CROMBRUGGE, "Fraus legis of wetsontduiking in het Belgisch fiscaal recht anno 2012", *TRV* 2012, 541.

²⁸³⁶ F. DEBELVA, J. LUTS, "The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive", *European Taxation* 2015, 227.

ontwijkingsopzet 'één van de hoofddoelen' van de belastingplichtige is, impliceert dit dat evenwaardige niet-fiscale doelstellingen de toepassing van de antimisbruikbepalingen niet zouden kunnen uitschakelen. O.i. hoeft het evenwel niet zo'n vaart te lopen. Ten eerste kan daarbij worden verwezen naar de hoger vermelde rechtspraak van het Hof van Justitie (*supra*, randnr. 1008) die wijst op een meer restrictieve interpretatie. Dit beeld wordt bevestigd wanneer de rechtspraak omtrent de antimisbruikbepaling in het raam van de Fusierichtlijn²⁸³⁷ in ogenschouw wordt genomen. In artikel 15, lid 1, a) van deze richtlijn wordt in een antimisbruikbepaling in de Nederlandstalige tekst ook verwezen naar belastingontwijking of belastingontduiking als 'hoofddoel of één der hoofddoelen'. Het Hof van Justitie heeft in enkele arresten geoordeeld dat deze bepaling restrictief moet worden geïnterpreteerd.²⁸³⁸ Het Hof stelt ook in deze arresten overwegend dat het ontwijkingsmotief de doorslaggevende²⁸³⁹ of zelfs uitsluitende²⁸⁴⁰ reden dient te zijn voor in het leven geroepen constructies. Ook wordt in considerans 11 van de richtlijn van 12 juli 2016 verwezen naar de mogelijkheid voor belastingplichtigen om de minst belaste weg te volgen, op voorwaarde dat zij geen kunstmatige constructies in het leven roepen. Niettegenstaande het voorgaande kan de keuze voor de gebruikte bewoordingen in de Europese antimisbruikbepalingen worden betreurd. Immers, in een antimisbruikcontentieux is het *a fortiori* van belang dat dergelijke vermijdbare interpretatieproblemen van de baan worden geruimd.

V. Tussenconclusie met betrekking tot het realiteitsbeginsel

1013. Uit het voorgaande kan alvast worden geconcludeerd dat noch de algemene fiscale antimisbruikbepalingen (en noch de *fraus legis*-leer die daartoe de inspiratiebron vormde) als zodanig van die aard zijn dat zij per definitie een omkering inhouden van het bestaande 'juridisch werkelijkheidsbeginsel' in het Belgische recht. De invoering van de vernieuwde algemene antimisbruikbepalingen brengt daarentegen wel een belangrijke nuancering aan voor wat betreft het recht om de minst belaste weg te bewandelen door middel van juridische structurering.

²⁸³⁷ Richtlijn 2009/133/EG van de Raad van 19 oktober 2009 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, gedeeltelijke splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende lidstaten en voor de verplaatsing van de statutaire zetel van een SE of SCE van een lidstaat naar een andere lidstaat, *PB.L.* 25 november 2009, afl. 310/34.

²⁸³⁸ HvJ C-321/05, *Kofoed*, *Jur.* 2007, I, punt 38; HvJ C-126/10, *Foggia*, *Jur.* 2011, I, punten 35 en 44; HvJ C-352/08, *Zwijnenburg*, *Jur.* 2010, punt 46.

²⁸³⁹ In het genoemde arrest *Foggia*.

²⁸⁴⁰ In het genoemde arrest *Kofoed*. In dit arrest verwijst het Hof ter ondersteuning van zijn standpunt overigens naar de arresten *Halifax* en *Cadbury Schweppes* die hoger werden geciteerd. Dit vormt een verdere aanwijzing dat de interpretatie die aan de antimisbruikbepaling van de Fusierichtlijn moet worden gegeven, dient te convergeren met de algemene lijn in de rechtspraak van het Hof omtrent de bestaanbaarheid van antimisbruikregelingen met het Europees recht.

Ten eerste omdat de economische werkelijkheid van belang kan zijn in het raam van de invulling die aan de doelstellingen van de wet wordt gegeven. Deze doelstelling, die dient te worden vastgesteld door middel van de *in fiscalibus* aanvaarde interpretatietechnieken (zie *infra*, randnr. 1054), kan inderdaad inhouden dat de wetgever heeft willen aanknopen bij de economische realiteit, en dit in afwijking van de algemene regel (zie bv. *infra*, randnr. 1026 e.v.). Het belastingontwijkend gedrag van de belastingplichtige dient in die gevallen te worden beoordeeld in het licht van de doelstellingen die de wetgever met een bepaalde fiscale wetsbepaling heeft willen nastreven. In dit kader houdt een verwijzing naar de economische realiteit vooral verband met het objectief element van de algemene antimisbruikbepaling.

Ten tweede omdat een verwijzing naar de 'economische werkelijkheid' ook verband kan houden met het samenspel tussen het objectief en subjectief element van de algemene fiscale antimisbruikbepalingen. Indien het immers gaat om een geheel 'kunstmatige constructie', die geen verband houdt met de onderliggende economische realiteit, gaat het o.i. om een rechtshandeling of geheel van rechtshandelingen die door de belastingplichtige werden opgezet, met als enig niet-verwaarloosbaar oogmerk, om belastingen te ontwijken. Het gegeven dat de rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen los staat van de economische realiteit wordt dan in aanmerking genomen om vast te stellen of er al dan niet sprake is van fiscaal misbruik. Maar dit vormt, zoals reeds aangegeven, nog geen introductie van een algemene economische werkelijkheidsleer. Omwille van de hoger (*supra*, randnr. 1003) aangehaalde redenen dient een beroep op de algemene antimisbruikbepalingen de uitzondering te blijven en kan het niet tot algemene regel worden verheven. Overigens kan nog worden opgemerkt dat het begrip 'kunstmatige constructie' o.i. aanschurkt bij het veinzingsbegrip, dat verder aan bod komt. De stap tussen het hanteren van een 'kunstmatige constructie' die geen verband houdt met de economische realiteit met het loutere oog op het verkrijgen van belastingvoordelen kan gauw verzanden in een situatie waar de partijen de juridische gevolgen van de gehanteerde constructie niet meer aanvaarden of waar een opzettelijke kloof wordt geschapen tussen de verklaarde en werkelijke wil van de partijen (zie *infra*, randnr. 1015). Dit geldt evenzeer in het geval het gaat om buitenlandse structuren.²⁸⁴¹

1014. Aangezien kan worden aangenomen dat het fiscaal realiteitsbeginsel *de lege lata* nog steeds een grondslag vormt van het Belgische recht, kunnen nog enkele volgende fiscaalrechtelijke thema's waar dit beginsel een rol speelt in ogenschouw worden genomen, teneinde de correcte betekenis van het fiscaal realiteitsbeginsel nader te achterhalen.

²⁸⁴¹ M. GOSSTIAUX, "Régularisation fiscale des revenus d'une structure offshore par transparence. Fondement légal et conséquences" (noot onder Brussel 21 januari 2016), *TRV-RPS* 2017, 108.

c. 'Simulatie' of 'veinzing' in *fiscalibus*

1015. Behalve de vraagstukken inzake het recht om de minste belaste weg te bewandelen (door middel van juridische structurering) en de algemene fiscale antimisbruikbepalingen, is de werkelijkheidsleer in *fiscalibus* tevens verbonden met de fiscale vraagstukken inzake simulatie.²⁸⁴² Simulatie is een vorm van belastingontduiking²⁸⁴³ en vormt dus geen legitieme keuze voor het volgen van de minst belaste weg. Dit bleek ook reeds uit het hoger (*supra*, randnr. 995) aangehaalde arrest *Brepols*.

Hoger (*supra*, randnr. 996) werd het fenomeen 'veinzing' reeds aangehaald in het kader van de analyse van de 'economische' interpretatie van het realiteitsbeginsel, onder verwijzing naar artikel 1321 BW. Er wordt inderdaad aangenomen dat aan het fenomeen 'veinzing' of 'simulatie' in het fiscaal recht dezelfde betekenis moet worden toegeschreven als in het gemeen recht, daar er geen bijzondere fiscaalrechtelijke norm bestaat die het veinzingsbegrip in *fiscalibus* nader definieert.²⁸⁴⁴ Bepaalde auteurs leggen dan ook een expliciet verband tussen de toepassing van het leerstuk inzake veinzing in *fiscalibus* en de verhouding tussen het fiscaal recht en het burgerlijk recht (verder besproken, *infra* randnr. 1034 e.v.).²⁸⁴⁵ DE PAGE geeft in dit verband de volgende definitie van veinzing: "*Il y a simulation lorsque les parties font un acte apparent dont elles conviennent de modifier ou de détruire les effets par une autre convention, demeurée secrète. La simulation suppose donc deux conventions, contemporaines l'une de l'autre, mais dont l'une n'est destinée qu'à donner le change. Il n'existe qu'une convention réelle, la convention secrète.*"²⁸⁴⁶

VAN OMMESLAGHE geeft een definitie die daarop gelijkjt: "*la simulation implique l'existence de deux conventions contemporaines l'une ostensible, l'autre secrète, dénommée la la contre-lettre, qui a pour effet, selon l'intention des parties, soit de*

²⁸⁴² S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 59; L.A. DENYS, "Over de fiscale behandeling van burgerrechtelijke ficties" in X. (ed.), *Liber Amicorum Albert Tiberghien*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 133.

²⁸⁴³ J.J. COUTURIER, B. PEETERS, E. VAN DE VELDE, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2016, 38; L. DE BROE, F. DEBELVA, "Basisprincipes van het Belgisch fiscaal recht" in L. DE BROE (ed.), *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Kluwer, 2017, 43 e.v.; B. PEETERS, "De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking", *AFT* 2010, afl. 3, 28.

²⁸⁴⁴ L. DE BROE, F. DEBELVA, "Basisprincipes van het Belgisch fiscaal recht" in L. DE BROE (ed.), *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Kluwer, 2017, 43 – 44; T. AFSCHRIFT, *Fiscaal misbruik*, Brussel, Larcier, 2013, 14; A. PEETERS, "De vrije keuze van de minst belaste weg bekeken vanuit Europeesrechtelijk perspectief", *AFT* 2011, afl. 10, 10; T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Brussel, Larcier, 2003, 122 e.v.; M. GHYSELEN, *Fiscale gevolgen van nietige rechtshandelingen*, Kalmthout, Biblo, 1996, 242; J. KIRKPATRICK, "Les impôts sur les revenus et les sociétés – Examen de jurisprudence (1968 – 1982)", *RJCB* 1984, 701.

²⁸⁴⁵ T. AFSCHRIFT, "La simulation en matière d'impôts sur les revenus" in X. (ed.), *Apparences, simulations, abus et fraudes. Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2015, 217.

²⁸⁴⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 618.

détruire la convention apparente, soit d'en modifier la nature ou certains effets. La contre-lettre exprime la volonté réelle des parties."²⁸⁴⁷

Veinzing veronderstelt daarmee in feite twee juridische 'werkelijkheden'. Een openlijke werkelijkheid en een verborgen werkelijkheid, waarbij tussen partijen de verborgen werkelijkheid primeert boven de (schijnbare) openlijke werkelijkheid.

1016. In fiscale gevallen is er dan ook sprake van veinzing wanneer de partijen met bedrieglijk opzet een inbreuk plegen op de fiscale wet, doordat de door de partijen geconstrueerde openlijke werkelijkheid niet overeenstemt met de tussen partijen geldende verborgen werkelijkheid. DEFOORT stelt dit procedé voor als volgt: "*De vraag die moet gesteld worden luidt dan: Bestaat er een kloof tussen twee gehelen van gedragingen waarvan het ene bij de openlijke rechtshandeling aanleunt, terwijl het andere een andere rechtshandeling aan het licht brengt? Bestaat die kloof, dan is het meestal omdat de simulant de fiscale voordelen van de voorgewende rechtshandeling in de wacht wil slepen zonder de burgerlijke of commerciële voordelen van de verborgen rechtshandeling te verliezen, terwijl in deze situatie, het recht het tegelijkertijd plukken van beide voordelen uitsluit. De simulant wil tegelijkertijd uit twee ruiven eten en danst daarom eenmaal op het ene en dan weer op het andere been. Zo'n manier van dansen wordt door de rechtsleer en de rechtspraak unaniem op grond van simulatie afgewezen.*"²⁸⁴⁸

Uit deze woorden blijkt ook waarom het in geval van veinzing gaat om fiscale fraude. Op basis van de tussen partijen werkelijk geldende rechtshandeling vloeit de plicht tot het betalen van een belasting voort of hebben de partijen geen recht op een belastingvoordeel. Door middel van het construeren van een schijnbare realiteit die slechts geldt naar buiten toe (of minstens ten aanzien van de fiscale administratie) wordt de schijn gewekt dat de belasting niet verschuldigd is, of dat de partijen recht hebben op een belastingvoordeel. Veinzing gaat om deze redenen meestal ook gepaard met het misdrijf van valsheid in geschrifte.²⁸⁴⁹ Hoger (*supra*, randnr. 796) werd reeds aangehaald dat de fiscus bij het vestigen van de belasting geen 'derde' is en de belasting dient te vestigen op grond van de tussen partijen bestaande juridische toestand (zie verder: *infra*, randnr. 1025).²⁸⁵⁰ De keerzijde is dan dat de partijen ook belastingen verschuldigd zijn op basis van de tussen hen bestaande juridische toestand.²⁸⁵¹ Door de schijn op te wekken dat dit anders zou zijn, plegen de partijen inderdaad fiscale fraude.

²⁸⁴⁷ P. VAN OMMESLAGHE, "La simulation en droit civil" in X. (ed.), *Apparences, simulations, abus et fraudes. Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2015, 173.

²⁸⁴⁸ J. DEFOORT, "De simulatie voorbij" in X. (ed.), *Liber Amicorum Albert Tiberghien*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 115.

²⁸⁴⁹ L. DE BROE, F. DEBELVA, "Basisprincipes van het Belgisch fiscaal recht" in L. DE BROE (ed.), *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Kluwer, 2017, 43 – 44.

²⁸⁵⁰ Zie tevens: B. VERMEERSCH, "Fiscale grondbeginselen in het registratie- en successierecht" in M. DE JONCKHEERE *et al.* (eds.), *Een reis doorheen de fiscale basisbeginselen*, Brugge, die Keure, 2011, 311.

²⁸⁵¹ Zie bv : Cass. 19 mei 1995, *FJF*, No. 95/199; Cass. 16 oktober 1997, *FJF*, No. 97/274.

1017. Hoewel ook het fenomeen veinzing in dit kader niet exhaustief kan worden onderzocht, gelet op de draagwijdte van het onderzoek, kan toch worden opgemerkt dat er in de (fiscale) rechtsleer verschillende strekkingen kunnen worden onderscheiden betreffende de opvatting van het veinzingsbegrip.²⁸⁵²

1018. Volgens een eerste benadering is er slechts sprake van simulatie wanneer de partijen een schijnbare akte of rechtshandeling stellen waarbij zij overeenkomen om de gevolgen van die rechtshandeling geheel of gedeeltelijk teniet te doen door middel van een geheime overeenkomst (de 'tegenbrief'). In deze 'objectieve' opvatting blijkt simulatie uit de objectieve vaststelling dat de partijen niet alle juridische gevolgen eerbiedigen van de akte of rechtshandeling die zij gesteld hebben. Het aantonen van dit gegeven vormt in deze interpretatie een noodzakelijke en voldoende voorwaarde om de aanwezigheid van veinzing aan te tonen.²⁸⁵³ Het gaat hier aldus om een strikt juridische analyse.

Volgens een tweede strekking dient een ruimere interpretatie te worden geven aan het veinzingsbegrip, waarbij een meer subjectief criterium wordt gehanteerd.²⁸⁵⁴ Het hanteren van een meer subjectief criterium houdt in dat bij het beoordelen van de aanwezigheid van veinzing rekening wordt gehouden met de subjectieve intenties van de belastingplichtigen. In die optiek kan veinzing worden bewezen door aan te tonen dat de werkelijke wil van de partijen afwijkt van de schijnbare wil, zoals deze blijkt uit de door de partijen gestelde rechtshandelingen. In die optiek vormt het bestaan van een tegenbrief slechts de meest verregaande vorm van het niet eerbiedigen van de gevolgen van een rechtshandeling.

1019. Ongeacht de opvatting die wordt aangehangen, bestaan de gevolgen van veinzing er in dat de geveinsde (openlijke) rechtshandeling niet tegenwerpelijk is aan de fiscus, indien deze het bewijs van de veinzing kan leveren. Deze bewijslast rust immers op de schouders van de fiscale administratie.²⁸⁵⁵ Zodoende kan de fiscus in het geval van bewezen simulatie de belasting heffen alsof de veinzing niet heeft plaatsgevonden. Het is uit dit laatste punt dat de rol en nadere betekenis van

²⁸⁵² Zie bv: A. NOLLET, "Contours et alentours de la notion de 'simulation' en droit fiscal belge, 50 ans après Brepols" in M. BOURGEOIS, I. RICHELLE (eds.), *En quête de fiscalité, et autres propos... Mélanges offerts à Jean-Pierre Bours*, Brussel, Larcier, 2011, 125 – 161.

²⁸⁵³ L. DE BROE, F. DEBELVA, "Basisprincipes van het Belgisch fiscaal recht" in L. DE BROE (ed.), *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Kluwer, 2017, 43 – 44; T. AFSCHRIFT, *Fiscaal misbruik*, Brussel, Larcier, 2013, 14 – 15; B. PEETERS, "De algemene fiscale antimisbruikbepalingen. Een commentaar in het licht van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", *AFT* 2014, afl. 5, 6; P. FAES, *Het rechtsmisbruik in fiscale zaken: Artikel 344 §1 – 15 jaar later*, Brussel, Larcier, 2008, 12.

²⁸⁵⁴ S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 30; P. FAES, *Het rechtsmisbruik in fiscale zaken: Artikel 344 §1 – 15 jaar later*, Brussel, Larcier, 2008, 10

Zie nog voor een overzicht: B. PEETERS, "De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking?" in M. MAUS, M. ROZIE, *Actuele problemen van het fiscaal strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 73 – 76.

²⁸⁵⁵ J.J. COUTURIER, B. PEETERS, E. VAN DE VELDE, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2016, 40; S. GNEDASJ, "Negentig jaar cassatierechtspraak inzake kostenaf trek", *AFT* 2016, afl. 1, 31; T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Brussel, Larcier, 2003, 139 – 142.

het realiteitsbeginsel opnieuw blijkt. De fiscus dient de belasting te heffen op de *juridische* realiteit zoals deze tussen partijen geldt, wars van een mogelijke geveinsde juridische realiteit die slechts fungeert als een camouflage ten aanzien van de buitenwereld.²⁸⁵⁶

Hierin kan ook het verschil met de economische werkelijkheidsleer worden ontwaard. De economische werkelijkheidsleer draait niet om de betrachting te zoeken naar de juridische werkelijkheid zoals zij tussen partijen geldt en mogelijks geveinsde juridische 'werkelijkheden' terzijde te schuiven. De economische werkelijkheidsleer zou integendeel toelaten om de juridische werkelijkheid zoals zij tussen partijen geldt als zodanig terzijde te schuiven, ten voordele van een *extra-juridische* werkelijkheid, zijnde de economische werkelijkheid.

1020. Een interessant voorbeeld van de toepassing van de simulatieleer in het raam van het gebruik van een buitenlandse vermogensstructuur, *in casu* een stichting naar Panamees recht, wordt geboden door een voorafgaande beslissing van 6 december 2016.²⁸⁵⁷ Deze voorafgaande beslissing betrof de vraag naar de fiscale behandeling van een voorgenomen vereffening en ontbinding van een Panamese privéstichting waarvan het gesimuleerde karakter vast was komen te staan.²⁸⁵⁸ De door de Panamese rechtspersoon ontvangen inkomsten hadden dan ook reeds het voorwerp uitgemaakt van een fiscale regularisatie in hoofde van de stichter. In de daaropvolgende aanslagjaren, had de stichter telkenmale de door de stichting verkregen inkomsten aangegeven in haar belastingaangifte in België.²⁸⁵⁹ Vervolgens kwam de vraag aan bod of de vereffening en ontbinding van de stichting aanleiding zou geven tot een belastbaar inkomen in hoofde van de stichter ingevolge de toepassing van artikel 18, §1, 2^oter WIB 1992 of artikel 18, §1, 3^o WIB 1992.²⁸⁶⁰ De DVB besliste echter dat de voorgenomen ontbinding van de Panamese stichting een fiscaal non-event zou zijn, gelet op het geveinsde karakter van de stichting.²⁸⁶¹ De DVB maakte bij dit alles wel een belangrijk voorbehoud, door aan te geven dat zij met deze voorafgaande beslissing geen uitspraak deed over de herkomst van het kapitaal in kwestie en evenmin over de vraag of de aanvraagster in de voorafgaande jaren de inkomsten van de stichting op een geheel juiste wijze had opgenomen in haar belastingaangifte.

Gelet op de betekenis van het realiteitsbeginsel, zoals deze blijkt uit de vorige randnummers, dient deze beslissing o.i. te worden goedgekeurd. De DVB stelt immers vast dat de in de stichting ingebrachte vermogensbestanddelen 'in

²⁸⁵⁶ Zie evenwel: J. KIRKPATRICK, "Le droit fiscal se fonde sur les réalités. Réflexions sur quelques bons et mauvais usages d'un proverbe de droit", *JDF* 1969, 172 e.v.

²⁸⁵⁷ Voorafg. Besl. 6 december 2016, nr. 2016.756.

²⁸⁵⁸ *Ibid*, punt 15.1 – 15.2.: "L'administration fiscale a admis, sans doute possible, le caractère simulé/transparent de la fondation panaméenne; Le contribuable a ensuite toujours respecté les conséquences de ce caractère simulé/transparent."

²⁸⁵⁹ *Ibid*, punt 14.1 – 14.3.

²⁸⁶⁰ Deze wetsbepalingen werden onder meer gewijzigd naar aanleiding van de invoering en amendering van de kaaimantaks. Dit bijzondere fiscaal regime komt aan bod in Hoofdstuk IV van dit Deel. Zie *infra*, randnr. 1245 e.v.

²⁸⁶¹ Voorafg. Besl. 6 december 2016, nr. 2016.756, punt 16, 18 – 19.2.

werkelijkheid' het persoonlijk vermogen van de stichter nooit hebben verlaten. Tevens kwamen de inkomsten die deze vermogensbestanddelen genereerden rechtstreeks aan de stichter toe, zodat zij ook in haar handen konden worden belast in de inkomstenbelastingen. Vanuit die optiek bekeken vormt de vereffening en ontbinding van de stichting inderdaad een fiscaal non-event, want 'in werkelijkheid' verkrijgt de stichter hierdoor niets wat zij niet al had. De DVB ent daarmee de fiscale gevolgen van de vereffening en ontbinding van de (in werkelijkheid onbestaande) stichting aldus op de eigenlijke juridische werkelijkheid zoals deze bestaat in hoofde van de belastingplichtige in kwestie. Aldus onderlijnt deze voorafgaande beslissing hoe de onderliggende (civielrechtelijke) juridische realiteit de 'fiscale realiteit' voorafgaat.

d. De fiscale wet maakt geen onderscheid tussen geoorloofde en ongeoorloofde verrichtingen

1021. Door verschillende auteurs wordt ook het gegeven dat het fiscaal recht in beginsel geen onderscheid maakt tussen geoorloofde en ongeoorloofde verrichtingen, zodat beide in principe aan belasting worden onderworpen²⁸⁶², in verband gebracht met het werkelijkheidsbeginsel.²⁸⁶³ Illegale activiteiten dienen aldus evenzeer te worden belast als legale activiteiten. In de rechtsleer wordt de schending van het principiële verbod op overeenkomsten betreffende niet opengevallen nalatenschappen aangehaald. De civielrechtelijke sanctie is de absolute nietigheid. Indien echter aangifte wordt gedaan van uit de overeenkomst resulterende aanwas, zal de administratie toch de heffing doen van registratierechten.²⁸⁶⁴ Ook in discussies inzake de fiscale kostenafrek op basis van artikel 49 WIB 1992 duikt regelmatig de vraag op of slechts 'rechtmatige' kosten fiscaal aftrekbaar zijn.²⁸⁶⁵

²⁸⁶² Bv. Cass. 18 maart 1976, *Pas.* 1976, I, 803.

²⁸⁶³ S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 59; B. VERMEERSCH, "Fiscale grondbeginselen in het registratie- en successierecht" in M. DE JONCKHEERE *et al.* (eds.), *Een reis doorheen de fiscale basisbeginselen*, Brugge, die Keure, 2011, 312 – 13; S. SEGIER, M. BENTLEY, "Le droit fiscal se fonde sur des réalités: une fiction?", *RGCF* 2009, afl. 5, 12; T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Brussel, Larcier, 2003, 101; J. KIRKPATRICK, "Le droit fiscal se fonde sur les réalités. Réflexions sur quelques bons et mauvais usages d'un proverbe de droit", *JDF* 1969, 166 – 167; F. AMERIJCKX, *Belastingheffing naar (socio-economische) werkelijkheid*, Gent, Story-Scientia, 1984, 12 e.v.

²⁸⁶⁴ B. VERMEERSCH, "Fiscale grondbeginselen in het registratie- en successierecht" in M. DE JONCKHEERE *et al.* (eds.), *Een reis doorheen de fiscale basisbeginselen*, Brugge, die Keure, 2011, 313.

²⁸⁶⁵ S. GNEDASJ, "Negentig jaar cassatierechtspraak inzake kostenafrek", *AFT* 2016, afl. 1, 33 – 36; C. DE BACKERE, "Pleidooi voor een zuivere toepassing van artikel 49 WIB 1992 in de vennootschapsbelasting", *TFR* 2016, 377; B. COOPMAN, I. PELGRIMS, "Koste wat kost... de grabbelton van rechtspraak over artikel 49 WIB 1992...", *TFR* 2015, 105; S. GNEDASJ, "Kostenafrek: Cassatie ontmantelt de bom van artikel 49", *Fisc.Act.* 2015, afl. 27, 1 – 8; S. SEGIER, M. BENTLEY, "Le droit fiscal se fonde sur des réalités: une fiction?", *RGCF* 2009, afl. 5, 13.

1022. De belastbaarheid van inkomsten, los van de vraag naar hun al dan niet rechtmatig karakter, dient te worden gezocht in het gegeven dat de fiscale wet doorgaans geen onderscheid maakt tussen het rechtmatig of het onrechtmatig karakter van bepaalde inkomsten. Eveneens worden aan onregelmatige en zelfs vernietigbare rechtshandelingen dezelfde fiscale gevolgen verbonden als ware deze rechtshandelingen niet behept met deze gebreken.²⁸⁶⁶ Het voorgaande geldt slechts op voorwaarde dat de fiscale wet zelf niet anders bepaalt.²⁸⁶⁷

1023. In de rechtsleer wordt deze discussie dan ook eveneens in verband gebracht met de discussie omtrent de vraag of het fiscaal recht al dan niet een moreel neutraal karakter vertoont.²⁸⁶⁸ Hoewel het Hof van Cassatie in dit verband, bijvoorbeeld met betrekking tot de problematiek inzake de kostenaf trek, een vrij hobbelig parcours heeft afgelegd²⁸⁶⁹, heeft het Hof een (voorlopig?) definitief standpunt ingenomen in een arrest van 31 oktober 2014.²⁸⁷⁰ Het Hof oordeelde in klare termen dat artikel 49 WIB 1992 geen enkele bepaling bevat die de fiscale aftrekbaarheid van een kost afhankelijk stelt van de voorwaarde dat aan de basis van de kost geen onwettige gedraging ligt. In een arrest van 22 november 2013²⁸⁷¹ oordeelde het Hof (in verenigde kamers) dat wanneer een curator (verduisterde) sommen geld terugbetaalt op basis van de artikelen 1382 en 1383 BW, nadat hij eerst strafrechtelijk werd veroordeeld wegens verduistering van deze sommen, de terugbetaling fiscaal aftrekbaar is als beroepskost. De logische keerzijde hiervan is dat deze sommen dan ook oorspronkelijk golden als een belastbaar beroepsinkomen.²⁸⁷²

²⁸⁶⁶ M. GHYSELEN, *De fiscale gevolgen van nietige rechtshandelingen*, Kalmthout, Biblo, 1996, 142.

²⁸⁶⁷ Zie bv. de voorwaarden vervat in artikel 18, eerste lid, 2° WIB 1992 (m.b.t. een kapitaalvermindering), in artikel 46, §1, derde lid WIB 1992 (m.b.t. de inbreng van een algemeenheid of een bedrijfstak), in artikel 186, tweede lid WIB 1992 (m.b.t. de inkoop van eigen aandelen), in artikel 210, §1, 3° WIB 1992 (m.b.t. de omzetting van vennootschappen) en in artikel 211, §1, vierde lid, 2° WIB 1992 WIB (m.b.t. fusies, splitsingen en gelijkgestelde verrichtingen). Zie tevens: HvJ 5 juli 1988, nr. 296/86 en 289/86, *Jur.* 1988 m.b.t. het invoer- en verhandelingsverbod van verdovende middelen. Het Hof oordeelde in het raam van de Zesde btw-Richtlijn dat hun illegale invoer slechts aanleiding kan geven tot strafrechtelijke sancties, daar zij niets te maken hebben met de doelstellingen van de btw als belasting.

²⁸⁶⁸ S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 60 – 61; S. GNEDASJ, "Negentig jaar cassatierechtspraak inzake kostenaf trek", *AFT* 2016, afl. 1, 33 – 36; I. VAN DE WOESTEYNE, "Belasting van verduisterde sommen als beroepsinkomen: de ene diefstal is de andere niet" (noot onder Cass. 22 november 2013), *TFR* 2014, 717 – 718.

Zie ook: J.J. COUTURIER, B. PEETERS, E. VAN DE VELDE, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2016, 25.

²⁸⁶⁹ Zie hierover: S. GNEDASJ, "Negentig jaar cassatierechtspraak inzake kostenaf trek", *AFT* 2016, afl. 1, 33 – 36.

²⁸⁷⁰ Cass. 31 oktober 2014, *FJF*, No. 2015/218.

²⁸⁷¹ Cass. 22 november 2013, *TFR* 2014, 715.

²⁸⁷² Eensluitend: I. VAN DE WOESTEYNE, "Belasting van verduisterde sommen als beroepsinkomen: de ene diefstal is de andere niet" (noot onder Cass. 22 november 2013), *TFR* 2014, 719.

In een arrest van 18 oktober 2016 oordeelde het hof van beroep te Antwerpen dat een werknemster die zich op frauduleuze wijze gelden had toegeëigend die aan haar werkgever toebehoorden, belastbaar waren als baten in hoofde van de werknemster.²⁸⁷³ Deze rechtspraak leert wel, in navolging van een tweetal arresten van het Hof van Cassatie²⁸⁷⁴, dat aan dit belastbaar inkomen wel de juiste fiscale kwalificatie moet worden gegeven. *In casu* impliceerde dit dat de onrechtmatig toegeëigende vermogensbestanddelen niet konden worden belast als een bezoldiging in hoofde van de werknemster.

Opnieuw wordt hierin duidelijk tot uiting gebracht dat het aan de fiscale wetgever is om te bepalen of aan het onderscheid tussen geoorloofde en ongeoorloofde verrichtingen fiscale gevolgen kunnen worden vastgeknoopt.

1024. Als zodanig lijkt het voorgaande ons evenwel geen bijzondere toepassing of bijzonder uitvloeisel van het realiteitsbeginsel *in fiscalibus*. Hoewel het ongetwijfeld zo is dat de fiscale wet zich bij wijze van algemene regel niet bezighoudt met de vraag of een verrichting al dan niet geoorloofd was, is deze vaststelling slechts een gevolg van het feit dat de fiscale wet normaliter dit onderscheid niet maakt. De *default rule* die luidt dat het fiscaal recht zich ent op de juridische realiteit zoals die tussen partijen geldt, functioneert in deze gevallen net zoals in andere gevallen. Een beroep op het realiteitsbeginsel zou in deze gevallen echter misleidend kunnen werken in die zin dat het tot de (foute) conclusie zou kunnen nopen dat het fiscaal recht de voorhanden zijnde onrechtmatigheid per definitie mee in rekening zou moeten nemen, zodat zij niet kan leiden tot het ontstaan van een belastingschuld. Dit is dus – eveneens *per default* – niet het geval, maar dan in de eerste plaats omdat het fiscaal recht dit onderscheid zelf normaliter niet maakt. Die laatste kwestie houdt o.i. niet slechts verband met de ‘morele neutraliteit’ van het fiscaal recht, maar eveneens met het autonomievraagstuk (zie *infra*, randnr. 1043 e.v.). Tot slot kan nog opnieuw worden opgemerkt dat het fiscaal recht volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie in bepaalde gevallen tóch gevolgen verbindt aan het niet naleven van regels van openbare orde bij het pogen tot het bewandelen van de minst belaste weg.²⁸⁷⁵

e. Is de fiscus een ‘derde’?

1025. Op de vraag of, en desgevallend wanneer, de fiscus geldt als ‘derde’, werd hoger (*supra*, randnr. 796 - 797) nader reeds ingegaan.²⁸⁷⁶ De relevantie van dit

²⁸⁷³ Zie voor een bespreking: K. JANSSENS, “Verduisterd geld toch belastbaar: niet als bezoldiging maar wel als baten”, *Fisc.Act.* 2017, afl. 12, 7 – 9.

²⁸⁷⁴ Zie Cass. 23 november 2012, F.11.0009.N.; Cass. 28 april 2016, F.15.0078.N., besproken in: K. JANSSENS, “Is verduisterd geld dan toch niet belastbaar?”, *Fisc.Act.* 2016, afl. 25, 1 – 4.

²⁸⁷⁵ Zie *supra*, vn. 2798.

²⁸⁷⁶ Over het verband met het realiteitsbeginsel, zie nog: F. AMERIJCKX, *Belastingheffing naar (socio-economische) werkelijkheid*, Gent, Story-Scientia, 1984, 17 e.v.

leerstuk voor wat betreft het realiteitsbeginsel ligt daarin vervat dat de fiscus principieel de 'juridische realiteit' moet belasten zoals deze tussen partijen geldt. Aangezien de fiscus bij de vestiging van de belasting geen derde is, wordt hem de keuze ontzegd om te kiezen of hij zich beroept op een door de partijen gestelde schijnhandeling of op een 'tegenbrief'. 'Gewone' derden kunnen zich daarentegen beroepen op artikel 1321 BW, zodat zij slechts met de door partijen gestelde schijnhandelingen rekening moeten houden. In feite vormt deze opmerking de keerzijde van het hoger besproken leerstuk inzake veinzing. De fiscus kán niet slechts door geveinsde rechtshandelingen heen kijken teneinde de belasting te vestigen op basis van de 'juridische realiteit', hij is hier zelfs toe verplicht.²⁸⁷⁷

Opnieuw geldt de *default rule* slechts in zoverre de fiscale wet er niet van afwijkt. Hoger (*supra*, randnr. 796) werd in dit verband reeds gewezen op artikel 106 W. Succ. (zie ook artikel 3.17.0.0.9. VCF).

3. Het realiteitsbeginsel *in fiscalibus* als 'default rule'

1026. Uit het bestuderen van de fiscale leerstukken waarin het realiteitsbeginsel (beweerdelijk) een rol speelt, is duidelijk gebleken welke opvatting van het realiteitsbeginsel vandaag als de juiste moet worden beschouwd. Het realiteitsbeginsel *in fiscalibus* impliceert dat het fiscaal recht zich *in beginsel* ent op de juridische realiteit zoals zij desgevallend geldt tussen rechtssubjecten. Voor wat betreft de loutere feiten en waarden die het fiscaal recht in acht neemt, vallen de juridische en de economische realiteit wel doorgaans samen.²⁸⁷⁸ Indien er (*a fortiori* betreffende rechtshandelingen) echter een discrepantie ontstaat tussen de economische en juridische realiteit, is het de laatste die fiscaal in acht moet worden genomen. Eén en ander geldt daarbij slechts als uitgangspunt. Uit het bovenstaande is immers gebleken dat het fiscaal recht regelmatig op uitdrukkelijke of zelfs op impliciete wijze kan afwijken van de geformuleerde stelregel. Dit laatste is tevens de essentie van het feit dat het o.i. gaat om een *default rule* (zie *supra*, randnr. 999). Het ligt immers in de aard van een dergelijke regel dat daarvan kan worden afgeweken. De hamvraag is echter wanneer een dergelijke afwijking net voorhanden is of kan zijn. Dit aspect wordt verder besproken in het raam van de vraag naar de autonomie van het fiscaal recht (zie *infra*, randnr. 1043 e.v.).

1027. In feite hoeft de correcte inhoud van het realiteitsbeginsel *in fiscalibus* zoals dit werd geïdentificeerd niet te verbazen. Het fiscaal recht vormt immers een onderdeel van het recht als geheel. Het fiscaal recht vertoont daarom, als onderdeel van deze rechtsorde als geheel, belangrijke verbanden en interdependenties met

²⁸⁷⁷ Eensluidend: M. GOSSIAUX, "Régularisation fiscale des revenus d'une structure offshore par transparence. Fondement légal et conséquences" (noot onder Brussel 21 januari 2016), *TRV-RPS* 2017, 111.

²⁸⁷⁸ Het fiscaal recht neemt in beginsel dus geen onbestaande feiten, waarden en rechtshandelingen in acht. Zie: Cass. 26 juni 1958, *Arr.Verbr.* 1958, 871; Cass. 1 april 1969, *Arr.Cass.* 1969, 731; Cass. 28 oktober 1982, *RW* 1982 – 1983, 2336; F. DUMON, "Les impôts directs, l'Etat de droit et la Constitution", *JDF* 1984, 26 – 28.

andere rechtstakken. 'Het fiscaal recht', in zoverre dit geheel van regels al scherp zou kunnen worden afgebakend, kan dan ook niet worden gezien als een geheel autonoom systeem van normen dat louter op zichzelf zou kunnen functioneren op een zinvolle wijze. Het legaliteitsbeginsel impliceert dat het fiscaal recht bestaat uit wettelijke en dus juridische aanknopingspunten die kunnen leiden tot het heffen van een belasting (zie *supra*, randnr. 988). O.i. knoopt het fiscaal recht daarom uit zijn aard aan bij de onderliggende juridische realiteit, aangezien zulks nodig is om juridische inhoud te geven aan de fiscaalrechtelijke aanknopingspunten die in de wet vervat liggen. Het fiscaal recht is immers maar van toepassing op personen, goederen en rechtsverhoudingen die reeds tot de 'juridische wereld' behoren.²⁸⁷⁹

Ook in de literatuur wordt door bepaalde auteurs verwezen naar de idee van de 'eenheid van de rechtsorde', teneinde de inbedding van het fiscaal recht binnen die rechtsorde nader te duiden (zie ook *infra*, randnr. 1052).²⁸⁸⁰

1028. Aan de idee van de 'eenheid van de rechtsorde' kunnen echter verschillende betekenissen worden toegeschreven.²⁸⁸¹ Zo kan het begrip op een temporele en op een territoriale wijze worden ingevuld. In deze wordt vooral verwezen naar 'functionele rechtseenheid', en daarmee naar de idee dat nodeloze juridische differentiatie tussen rechtstakken en –regels dient te worden vermeden. Hierbij wordt vertrokken vanuit de idee dat 'het recht' een logisch gestructureerd en samenhangend geheel vormt of zou moeten vormen, waarin interne contradicties zo veel als mogelijk dienen te worden vermeden.²⁸⁸² Hoewel de idee van de eenheid van de rechtsorde in het Belgische recht kennelijk geen (of slechts een zeer geringe) positiefrechtelijke betekenis heeft²⁸⁸³, hoeft de waarde van dit argument geenszins te ondermijnen. Er worden immers als zodanig geen positiefrechtelijke argumenten uit geput. Een beroep op de eenheid der rechtsorde vormt hier niet meer dan een verklaringsmodel.

²⁸⁷⁹ T. VERSÉE, "Over de beweerdde autonomie van het fiscaal recht", *AFT* 1966, 389.

²⁸⁸⁰ P. VAN OMMESLAGHE, "Droit commun et droit fiscal", *JDF* 1989, 31: "Le droit fiscal n'est qu'une partie de l'ensemble de notre droit et celui-ci ne se laisse pas diviser en cellules qui seraient indépendantes [...]"; T. VERSÉE, "Over de beweerdde autonomie van het fiscaal recht", *AFT* 1966, 389; E. KRINGS, "L'interprétation des lois fiscales", *Rev.Fisc.* 1965, 586, 592

²⁸⁸¹ S. SOBRIE, *Procederen qualitate qua*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 28 – 31; C.A.J.M. KORTMANN, "Rechtseenheid: een leeg begrip?" in R.J.N. SCHLÖSSELS, A.J. BOK, A.G.A NIEMEIJER, L.J.M. TIMMERMANS (eds.), *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme toepassing in het bestuursrecht*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2007, 405 – 407.

²⁸⁸² Zie bv. H. KELSEN, *General theory of law and state*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1945, 3.

Zie ook: J.L.M. GRIBNAU, R.H. HAPPÉ, "Convergentie en divergentie: over begripsvorming in privaatrecht en belastingrecht" in P.H.J. ESSERS, R.H. HAPPÉ, G.T.K. MEUSSEN, *et. al.* (eds.), *Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2000, 12.

²⁸⁸³ Cass. 16 juni 1998, *Arr.Cass.* 1998, 314; Cass. 11 december 2001, *Arr.Cass.* 2001, 2141 ("Overwegende dat er geen algemeen rechtsbeginsel van de 'eenheid der rechtsorde' bestaat [...]"); HOF VAN CASSATIE, *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België 2002 – 2003*, 123.

1029. Uit het voorgaande vloeit dan ook logischerwijze voort dat de aanknopingspunten die in de fiscale wet liggen vervat, dienen te worden verbonden met – of aangeknoopt bij – andere juridische aanknopingspunten, i.e. de onderliggende juridische realiteit. De in de fiscale wet vervat liggende aanknopingspunten maken immers deel uit van dezelfde rechtsorde. Het fiscaal recht is geen autonoom en gesloten systeem, waarbij de elementen waaruit dit systeem bestaat geheel kunnen worden verklaard aan de hand van andere van hetzelfde systeem deel uitmakende elementen.

Indien moet worden vastgesteld welke feiten belastbaar zijn ('belastbare materie'/'belastbaar feit'), welke waarde daarvoor in aanmerking moet worden genomen ('belastbare grondslag'), in wiens hoofde ('belastingplichtige/belastingschuldige') en aan welk tarief, moet aldus een *juridische* analyse plaatsvinden. Deze analyse bestaat er dan in om deze fiscaal-juridische aanknopingspunten vast te knopen aan de onderliggende feiten, waarden en rechtshandelingen die reeds tot de juridische wereld behoren, in die zin dat zij daardoor worden erkend of in acht worden genomen. Indien de in de belastingwet vervatte aanknopingspunten inderdaad juridisch voorhanden zijn, en er dus een vastknoping kan gebeuren, leidt dit aldus tot het heffen van de belasting.

1030. Zo kan worden gesteld dat voor wat betreft de inkomstenbelastingen er vier soorten inkomsten kunnen worden onderscheiden die ieder hun eigen fiscale aanknopingspunten hebben: de onroerende inkomsten, de roerende inkomsten, de beroepsinkomsten en de diverse inkomsten (artikel 6 WIB 1992).

In zeer generalistische termen²⁸⁸⁴ kan zo worden gesteld dat onroerende inkomsten belastbaar zijn in hoofde van het rechtssubject dat ten aanzien van de debiteur van het inkomen beschikt over een rechtstreeks vorderingsrecht op basis van een zakelijk recht²⁸⁸⁵ op een onroerend goed, of dat dit rechtssubject in geval van niet-verhuring een fictief inkomen wordt toegerekend (artikel 7 WIB 1992).

Voor wat betreft de roerende inkomsten gaat het in beginsel om de door de wet belastbaar gestelde inkomsten of opbrengsten uit roerende goederen, rechten en kapitalen die worden verworven door de persoon die deze roerende goederen, rechten en kapitalen heeft aangewend en over een zakelijk recht beschikt met betrekking tot deze roerende goederen, rechten en kapitalen (artikel 17 WIB 1992).²⁸⁸⁶

²⁸⁸⁴ Zie uitgebreider: J.J. COUTURIER, B. PEETERS, E. VAN DE VELDE, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2016, 142 e.v. (voor onroerende inkomsten); 160 e.v. (voor roerende inkomsten); 180 e.v. (voor beroepsinkomsten) en 282 e.v. (voor diverse inkomsten).

Voor een beknopte analyse naar toenmalig recht, zie: A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 72 – 79.

²⁸⁸⁵ Zie artikel 11 WIB 1992.

²⁸⁸⁶ In tegenstelling tot wat het geval is voor de onroerende inkomsten, ligt deze regel niet expliciet en op algemene wijze in een wetsartikel in het WIB 1992 vervat. Het WIB 1992 bevat in dit verband soms erg fragmentarische verwijzingen. Zo wordt bijvoorbeeld verwezen naar de 'houder' van een roerend goed dat een inkomen genereert (zie artikel 19,

Voor de beroepsinkomsten gaat het om de inkomsten die rechtstreeks of onrechtstreeks door een rechtssubject worden verkregen op basis van een vorderingsrecht dat voortvloeit uit 'werkzaamheden van alle aard' (artikel 23 WIB 1992).

Voor de diverse inkomsten komen tot slot verschillende aanknopingspunten in aanmerking (artikel 90 WIB 1992). Zo kan het hier gaan om inkomsten die worden verworven op basis van een rechtstreeks vorderingsrecht ten aanzien van een debiteur dat is gegrond op een zakelijk recht op een actiefbestanddeel dat inkomsten genereert of wordt vervreemd. Ook kan het gaan om inkomsten verkregen door een vorderingsrecht dat is gestoeld op 'occasionele' activiteiten buiten het uitoefenen van een beroepswerkzaamheid en die buiten het 'normaal beheer van het privévermogen' vallen. Voor inkomsten verkregen uit onderverhuring of overdracht van huur gaat het om het feit dat de inkomsten toekomen aan de onderhuurder omdat deze als contractuele tegenpartij optreedt ten aanzien van een debiteur, dan wel omdat de overdrager juridisch gerechtigd was op het huurrecht.

1031. In het geval van de erfbelasting wordt de belasting gevestigd op de goederen die overgaan, en/of door de fiscale wet geacht worden over te gaan, door het overlijden. De belasting kan dan enerzijds gevestigd worden op de waarde van alle goederen die worden verkregen uit de nalatenschap van een rijksinwoner, dan wel op de waarde van de in België gelegen onroerende goederen uit de nalatenschap van iemand die geen Belgisch rijksinwoner is (artikel 2.7.1.0.1. *jo.* 2.7.3.1.1. VCF).²⁸⁸⁷ Ook de schenk- en registratiebelastingen zijn, zoals nog zal blijken in het volgende hoofdstuk, vanuit hun aard en van oudsher sterk civielrechtelijk georiënteerd (zie ook *infra*, randnr. 1047).²⁸⁸⁸

1032. Niettegenstaande de zeer generalistische aard van bovenstaand overzicht, valt bij de lezing daarvan meteen op dat het fiscaal recht als zodanig erg 'permeabel' voorkomt ten aanzien van andere rechtstakken. Deze permeabiliteit blijkt duidelijk uit het gegeven dat voor de vestiging van de weergegeven belastingen steeds een beroep moet worden gedaan op juridische concepten van gemeenrechtelijke aard, die hun oorsprong vinden buiten het fiscaal recht. Begrippen als 'zakelijke rechten', 'roerend' of 'onroerend', 'huur', 'schenkingen' en 'nalatenschappen' zijn steeds termen die hun betekenis in de eerste plaats ontleen

§2, tweede lid WIB 1992 voor wat betreft roerende inkomsten gegenereerd door effecten die als interest worden beschouwd).

Eén en ander leidt ertoe dat de in de hoofdtekst geformuleerde stelregel steeds het uitgangspunt vormt, maar afhankelijk van het geval dient te worden genuanceerd, zie: Cass. 3 november 1930, *Pas.* 1930, I, 350; P. SMET, *Handboek roerende voorheffing*, Kalmthout, Biblo, 2003, 34 – 55; P. LION, "Conflicts in the attribution of income to a person", *TFR* 2008, 736 – 737; S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 100.

²⁸⁸⁷ Zie bv. de omschrijving in: O. VAN ACOLEYEN, *Successierecht. Deel I*, Brussel, Fiscale Hogeschool, 1976, 47 – 48.

²⁸⁸⁸ Zie bv.: V. GOTHOT, *Cours de droit fiscal. Les droits d'enregistrement*, Luik, Vaillant, 1930, 6 e.v.; S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 63.

aan het gemeen recht. Deze vaststelling onderstreept slechts het punt dat in dit onderdeel wordt gemaakt. Als onderdeel van een rechtsorde als geheel hoeft het ook niet te verbazen dat het fiscaal recht van nature doordrongen is van juridische concepten die van gemeenrechtelijke oorsprong zijn.

Dit principiële uitgangspunt dient evenwel te worden genuanceerd, aangezien het de fiscale wetgever evenzeer vrij staat om van deze beginselen af te wijken. Ook dit kan in verband worden gebracht met het fiscaal legaliteitsbeginsel. Indien het aan de fiscale wetgever toekomt om de essentiële elementen van de belastingwet te bepalen, weerhoudt niets de wetgever ervan om aan die fiscale normen een betekenis of strekking te geven die afwijkt van de gemeenrechtelijke onderbouw. In die gevallen verkiest de fiscale wetgever gewoon, zij het expliciet of impliciet, om af te wijken van de geldende *default rule*.

1033. Uit het gegeven dat het fiscaal recht zich *per default* ent op de onderliggende juridische realiteit, kan de volgende stap worden gezet om de verhouding tussen het fiscaal recht en het burgerlijk recht (mee aangeduid onder de noemer 'gemeen recht') op scherp te stellen. De onderliggende juridische realiteit dient immers noodzakelijkerwijs vorm te worden gegeven door andere rechtstakken, waarmee het fiscaal recht verweven is en verder op bouwt. Het fiscaal recht manifesteert zich daarmee als een superstructuur die zich noodzakelijkerwijs ent op de bredere juridische infrastructuur die gevormd wordt door andere rechtstakken, gezamenlijk aangeduid als het gemeen recht.

D. De verhouding tussen het fiscaal recht en het burgerlijk recht en de autonomie van het fiscaal recht

1034. Doorheen de bespreking van de rol van het realiteitsbeginsel in het fiscaal recht is ten overvloede gebleken dat de rol van gemeenrechtelijke concepten *in fiscalibus* van groot belang is. Voor wat betreft het concept 'veinzing' wordt in de fiscale rechtsleer verwezen naar de burgerrechtelijke betekenis van dit juridische concept. Voor wat betreft het recht om de minst belaste weg te bewandelen door middel van juridische structurering werd vastgesteld dat aan dit recht slechts inhoud kan worden gegeven indien het fiscaal recht zich *per default* ent op de 'juridische' realiteit. Tevens kwamen in het kader van de algemene antimisbruikbepalingen concepten aan bod als 'rechtsmisbruik' en is gebleken dat de fiscus zich in het verleden heeft beroepen op 'wetsontduiking'.²⁸⁸⁹ Ook bleek dat bijvoorbeeld de personenbelasting en de erfbelasting in grote mate worden ingedeeld aan de hand van en geënt op gemeenrechtelijke juridische concepten.

Met de vaststelling dat het fiscaal recht zich manifesteert als een superstructuur ten aanzien van een gemeenrechtelijke infrastructuur is de kous evenwel nog niet af. De vraag naar de verhouding tussen het fiscaal recht en het gemeen recht doet

²⁸⁸⁹ Ook de Nederlandse *fraus legis*-leer heeft een civielrechtelijke basis, zie: K.L.H. VAN MENS, A.L. FABER, "Fraus legis. Het grijze gebied tussen belastingontduiking, belastingontwijking en geoorloofde financiële planning", *TFR* 2008, 216.

onvermijdelijk ook de vraag rijzen naar de autonomie van het fiscaal recht als afzonderlijke rechtstak.

1035. In wat volgt zullen daarom eerst *in globo* de implicaties worden onderzocht van het gegeven dat het fiscaal recht verderbouwt op de onderliggende juridische realiteit voor wat betreft de verhouding tussen het burgerlijk recht en het fiscaal recht. Dit hoofdstuk besluit met enkele beschouwingen omtrent het debat dat in de fiscale rechtsleer heeft gewoed met betrekking tot de vraag of het fiscaal recht te beschouwen valt als een 'autonome' rechtstak. De inzichten die hieruit voortvloeien zijn van belang, aangezien zij voorgaande conclusies kunnen aanvullen met noodzakelijke schakeringen.

1. Gemeenrechtelijke infrastructuur, fiscale superstructuur?

a. Algemeen

1036. Hoewel het fiscaal recht in de 19^e eeuw en aan het begin van de 20^e eeuw nog kon worden omschreven als een 'getarifeerd burgerlijk recht'²⁸⁹⁰, is deze stelling vandaag terecht geheel verlaten (zie ook: *infra*, randnr. 1043 e.v.). Beschouwd vanuit een dergelijk standpunt is het fiscaal recht nauwelijks meer dan de dienstmaagd van het burgerlijk recht.²⁸⁹¹ Het hoeft dan ook niet te verbazen dat het Hof van Cassatie in een arrest van 9 juli 1931 oordeelde dat "*les principes de droit civil dominant le droit fiscal tant que ce dernier n'y a pas dérogé ; ils sont applicables en matière d'enregistrement même dans le cas où ils se fondent sur une fiction de droit civil.*"²⁸⁹² In casu betrof het een schenking onder opschortende voorwaarde. Toen de opschortende voorwaarde enkele jaren na het plaatsvinden van de schenking ook daadwerkelijk werd vervuld, rees de vraag welke waarde in aanmerking moest worden genomen voor wat betreft de heffing van de registratierechten. De ontvanger nam als belastbare grondslag slechts de actuele (en dus hogere) waarde van de goederen in aanmerking, zonder daarbij rekening te houden met het retroactieve karakter van de vervulling van een dergelijke

²⁸⁹⁰ A. TIBERGHIEU, "Is het belastingrecht autonoom?", *AFT* 1966, 290; A. TIBERGHIEU, "De interpretatie van de fiskale wet", *AFT* 1959 - 1960, 7; V. GOTHOT, *Cours de droit fiscal. Les droits d'enregistrement*, Luik, Vaillant, 1930, 6 - 7: "*Nos lois fiscales ne sont, en définitive, que des tarifs d'impôts sur les actes les mutations, avec un petit nombre des règles de liquidation, de recouvrement et de prescription. Elles établissent des tarifs par catégories d'actes et de mutations ; mais elles ne définissent point les juridiques qu'elles y emploient [...] Leur référence à la législation civile est ainsi évidente*". Dit had volgens GOTHOT bijvoorbeeld ook tot gevolg dat het fiscaal recht ook civielrechtelijke ficties mee in rekening diende te nemen. Hiervan kon volgens de auteur slechts worden afgeweken indien daartoe een wettelijke basis bestond. Zie: *ibid*, 8.

²⁸⁹¹ GENIN verwijst in dit verband op smalende wijze naar "*de civilisten, die leren dat dit recht [het fiscaal recht] de slaaf is van het burgerlijk recht [...]*", zie: E. GENIN, A. GENIN, *Commentaar op het wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten*, Brussel, Van Buggenhoudt, 1951, 56.

²⁸⁹² Cass. 9 juli 1931, *Pas.* 1931, I, 218.

voorwaarde (artikel 1179 BW). Het Hof van Cassatie veegde dit standpunt uiteindelijk van tafel.

Nu zou daarbij kunnen worden opgemerkt dat dit arrest in de eerste plaats te wijten is aan het gegeven dat de registratierechten van oudsher innig verweven zijn met het burgerlijk recht. Echter, nauwelijks een jaar later bevestigde het Hof van Cassatie de voorgaande uitspraak met betrekking tot de inkomstenbelastingen.²⁸⁹³ In de conclusie van het openbaar ministerie bij dit arrest werd één en ander bovendien in de volgende duidelijke bewoordingen benadrukt: "*Il est de principe en effet que la loi fiscale est servée de la loi civile et que c'est en celle-ci qu'elle trouve son assise; à moins que, sur quelques points, elle ait clairement et formellement exprimé sa volonté de la méconnaître et d'y déroger.*"²⁸⁹⁴ In een arrest van 14 januari 1935 voegde het Hof van Cassatie daar nog aan toe dat bij gebreke aan een omschrijving van een begrip in de fiscale wet, aan dat begrip de gemeenschappelijke betekenis toekomt.²⁸⁹⁵ VAN CROMBRUGGE ziet in deze rechtspraak in de eerste plaats een tegenreactie van juridische orthodoxie ten aanzien van de fiscaaltechnische reglementering van die inkomstenbelastingen, die pas in 1919 werden geïntroduceerd.²⁸⁹⁶ VAN HOUTTE geeft als mogelijke reden dat het fiscaal recht niet in dezelfde mate en op dezelfde wijze was gecodificeerd als de prestigieuze *Code civil*, en omdat de fiscale wet vaak van lage wetstechnische kwaliteit is en bovendien continu aan verandering overhevig is.²⁸⁹⁷ Deze rechtspraak ligt evenwel ook in het verlengde van al het bovenstaande. Indien het fiscaal recht zich in beginsel ent op de onderliggende juridische realiteit, is de door deze rechtspraak geschetste verhouding tussen het burgerlijk recht en het fiscaal recht daar niet meer dan een logisch uitvloeisel van, zij het dat zij in vrij sterke bewoordingen is geformuleerd.

1037. De hoogste rechtscolleges hebben sindsdien de in het vorige randnummer geformuleerde stelregels nog een aantal keren herhaald.²⁸⁹⁸ Overigens wordt ook in de hedendaagse (fiscale) rechtsleer nog zeer regelmatig – en op instemmende wijze – verwezen naar deze rechtspraak, en vooral naar het cassatiearrest van 9 juli 1931.²⁸⁹⁹ De in de genoemde cassatiearresten geponeerde stelregels worden

²⁸⁹³ Cass. 7 juni 1934, *Pas.* 1934, I, 310 (met conclusie A.G. GESCHÉ).

²⁸⁹⁴ Concl. A.G. GESCHÉ bij Cass 7 juni 1934, *Pas.* 1934, I, 312.

²⁸⁹⁵ Cass. 14 januari 1935, *Pas.* 1935, I, 105.

²⁸⁹⁶ S. VAN CROMBRUGGE, "De evolutie van het inkomstenbelastingenrecht", *RW* 1986 – 1987, kol. 1525.

²⁸⁹⁷ J. VAN HOUTTE, "L'autonomie du droit fiscal et le problème des doubles impositions" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal*, Vol. 2 (1939), Amsterdam, Swets & Zeitlinger, 1965, 25 – 26.

²⁸⁹⁸ Cass. 17 juli 1938, *Pas.* 1938, I, 259; Adv. OM bij Cass. 38 maart 1958, *Pas.* 1958, I, 805; Cass. 21 september 1978, *JT* 1979, 306; Cass. 23 november 1989, *Arr.Cass.* 1989 – 1990, 414; RvS 21 december 1983, *FJF*, No. 84/117; Cass. 23 juni 2008, *RW* 2010 – 2011, 1519, Cass. 15 oktober 2010, F.09.0080.N., www.juridat.be.

²⁸⁹⁹ O.a. in J.J. COUTURIER, B. PEETERS, E. VAN DE VELDE, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2016, 36; S. GNEDASJ, "Negentig jaar cassatierechtspraak inzake kostenaftrek", *AFT* 2016, afl. 1, 31; N. LAUWERS, "De draagwijdte van het beginsel 'in dubio contra fiscum'", *AFT* 2016, afl. 4, 31; L. DE BROE, F. DEBELVA, "Basisprincipes van het Belgisch fiscaal recht" in L. DE BROE (ed.), *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Kluwer, 2017, 39;

aldus door de rechtsleer tot op heden als juridisch relevant beschouwd *de lege lata*.²⁹⁰⁰

Hoewel niet even veelvuldig geciteerd in de fiscale rechtsleer, is het in dit verband toch verhelderend om het cassatiearrest van 21 september 1978 even nader te beschouwen. In dit arrest bevestigde het Hof van Cassatie de lijn die het reeds uitzette in de jaren '30 van de vorige eeuw, maar voegde het Hof een element toe aan zijn overwegingen: "*Attendu que les principes de droit civil [...] ne sont applicables à la matière fiscale que pour autant que la loi fiscale n'y avait pas dérogé, soit expressément, soit tacitement*".²⁹⁰¹ In een arrest van 23 november 1989 formuleert het Hof van Cassatie dezelfde stelregel nogmaals, maar ditmaal op negatieve wijze: "*Overwegende dat de regels van burgerlijk recht alleen dan toepasselijk zijn in belastingzaken als de belastingwet*

J. BOSSUYT, "Auteursrechten in de inkomstenbelastingen", *AFT* 2015, afl. 2, 29; C. DE BACKERE, S. PEETERS, "Kapitaalvermindering: fiscus is niet de bewaker van terugbetalings- en oproepingsformaliteiten" (noot onder Rb. Namen 6 februari 2014), *TFR* 2015, 269; T. AFSCRIFT, "La simulation en matière d'impôts sur les revenus" in X. (ed.), *Apparences, simulations, abus et fraudes. Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2015, 217; S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 63; T. DE CLERCK, "Taal: de rechtsonzekerheid in het fiscaal recht?", *TFR* 2012, 954; A. VAN GEEL, A. BIESMANS, E. DE NOLF, "Cassatie aanvaardt sterfhuisclausule", *Fisc.Act.* 2011, afl. 5, 4 – 7; B. VERMEERSCH, "Fiscale grondbeginselen in het registratie- en successierecht" in M. DE JONCKHEERE *et al.* (eds.), *Een reis doorheen de fiscale basisbeginselen*, Brugge, die Keure, 2011, 310; M. DELANOTE, "Interestkapitalisatie op het vlak van inkomstenbelastingen: Hof van Cassatie geeft uitsluitsel" (noot onder Cass. 18 juni 2010), *RW* 2010 – 2011, 1394; B. COOPMAN, A. CLARA, noot onder Rb. Brugge 8 december 2009 en Rb. Hasselt 18 maart 2010, *AFT* 2010, afl. 8 – 9, 69; B. COOPMAN, A. CLARA, "De nieuwe circulaire over artikel 11 en 18, §3 WBTW na het arrest-Zita Modes. Processie van Echternach?", *AFT* 2010, afl. 6 – 7, 7; P. TRUYEN, "De fiscale gevolgen van de zakenrechtelijke natrekking", *AFT* 2009, afl. 3, 20; D. GARABEDIAN, "« Forme » et « substance » en droit fiscal belge", *JDF* 2003, 195; J. KIRKPATRICK, "Réflexions sur les rapports du droit privé et du droit fiscal en matière de fusions et de scissions de sociétés" in X. (ed.), *Liber Amicorum Jean-Pierre Lagae*, Diegem, Ced Samsom, 1998, 104.

Zie ook: L.A. DENYS, "Over de fiscale behandeling van burgerrechtelijke ficties" in X. (ed.), *Liber Amicorum Albert Tiberghien*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 134; J. VAN HOUTTE, *Beginselen van het Belgisch belastingrecht*, Gent, Story-Scientia, 1979, 36 – 37; A. TIBERGHIE, *Handboek voor fiscaal recht*, Brussel, CED Samsom, 1976, 33; O. VAN ACOLEYEN, *Successierecht. Deel I*, Brussel, Fiscale Hogeschool, 1976, 52; P. VAN OMMESLAGHE, "Droit commun et droit fiscal", *JDF* 1989, 5; G. VAN HECKE, "Trust en successierechten" in X. (ed.), *Liber Amicorum Professor Baron Jean Van Houtte*, II, Brussel, Elsevier, 1975, 1064; A. TIBERGHIE, "Is het belastingrecht autonoom?", *AFT* 1966, 290; T. VERSÉE, "Over de beweerde autonomie van het fiscaal recht", *AFT* 1966, 396; E. KRINGS, "L'interprétation des lois fiscales", *Rev.Fisc.* 1965, 586; R. DEBLAUWE, "Trusts en inkomstenbelastingen", *TFR* 1990, 105.

Deze verhouding betreft overigens niet alleen het burgerlijk recht, maar tevens het boekhoudrecht, zie o.a.: A. HAELTERMAN, *Vennootschapsbelasting doorgelicht*, Brugge, die Keure, 2015, 2 – 4.

²⁹⁰⁰ Zie bv. de commentaar van HAELTERMAN bij een arrest van het hof van beroep te Brussel, omtrent de fiscale gevolgen van een *croupier*-verhouding: "*In the author's opinion, the Court applied the basic principles of Belgian tax law correctly, by holding that the tax treatment should be based on the correct civil law analysis of the legal concept.*", zie: A. HAELTERMAN, "Taxation of Fiduciary Relationships (and Related Structures)", *ET* 1997, 51.

²⁹⁰¹ Cass. 21 september 1978, *JT* 1979, 306.

*niet ervan afwijkt.*²⁹⁰² Hoewel het resultaat in de geciteerde gevallen steeds nagenoeg hetzelfde is, wordt de stelregel in de latere arresten op een minder 'harde' wijze door het Hof geciteerd. Ook de toevoeging (of verduidelijking) dat het fiscaal recht op impliciete of stilzwijgende wijze afwijkingen kan bevatten ten aanzien van het burgerlijk recht verzacht o.i. de harde lijn uit de eerdere arresten, doordat het Hof (ogenschijnlijk) meer marge laat voor interpretatie dan voorheen het geval leek te zijn. Daarbij moet evenwel in het achterhoofd worden gehouden dat *in fiscalibus* de regel geldt dat wetbepalingen strikt dienen te worden geïnterpreteerd, en dat er evenmin ruimte is voor analogische interpretaties of zelfs al te verregaande teleologische interpretaties (zie *supra*, randnr. 804 en 988).

1038. Het fiscaal recht wordt met andere woorden niet beschouwd als een gesloten systeem waarin ieder begrip noodzakelijkerwijs kan worden verklaard door middel van verwijzingen naar en referenties aan andere begrippen binnen datzelfde systeem. Deze 'permeabiliteit' van het fiscaal recht vormt in feite de vertaling van het realiteitsbeginsel naar een minder abstract niveau. De bewoordingen van het Hof van Cassatie bevestigen ook op dit niveau het *default*-karakter²⁹⁰³ van het realiteitsbeginsel. De omkering van deze regel kan o.i. aldus slechts indien daartoe een wettelijke basis bestaat in een fiscale wettekst. In dit vereiste openbaart zich tot slot ook het verband met het legaliteitsbeginsel *in fiscalibus*. De wetgever zou er met andere woorden voor kunnen opteren om de *default rule* in zijn geheel om te draaien (i.t.t. in afzonderlijke en specifieke gevallen), maar daarvoor is dan o.i. een uitdrukkelijk ingrijpen door de wetgever nodig.²⁹⁰⁴ De invoering van de (vernieuwde) algemene antimisbruikbepalingen in het fiscaal recht kan alleszins niet als een dergelijke ingreep worden beschouwd (zie *supra*, randnr. 1003). Want hoewel deze stelregel o.i. een logisch voortvloeisel is van het fiscaal legaliteitsbeginsel, komt aan de stelregel zelf geen grondwettelijke waarde toe (zie *supra*, randnr. 999).

b. Toepassing op buitenlandse trusts

1039. Indien deze *default rule* echter moet worden toegepast op buitenlandse trusts, rijst de vraag hoe zij in een dergelijk geval toepassing moet vinden. In de rechtsleer die het thema van de samenhang tussen het burgerlijk recht en het fiscaal recht behandelt, wordt in de regel uitgegaan van de impliciete assumptie

²⁹⁰² Cass. 23 november 1989, *Arr.Cass.* 1989 – 1990, 416.

²⁹⁰³ Ook in de Nederlandse rechtsleer wordt door HAPPE en GRIBNAU het standpunt verdedigd dat inhoudelijke convergentie tussen gelijklopende juridische begrippen over verschillende rechtstakken heen de regel dient te zijn, terwijl divergentie een uitzondering betreft die moet worden gemotiveerd, zie: J.L.M. GRIBNAU, R.H. HAPPE, "Convergentie en divergentie: over begripsvorming in privaatrecht en belastingrecht" in P.H.J. ESSERS, R.H. HAPPE, G.T.K. MEUSSEN, *et. al.* (eds.), *Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2000, 6. Volgens de auteurs gaat het om het bevorderen van essentiële waarden als rechtszekerheid, gelijke behandeling en doelmatigheid in het recht.

²⁹⁰⁴ Eensluidend: A. TIBERGHEN, "Is het belastingrecht autonoom?", *AFT* 1966, 290.

dat het om het Belgisch burgerlijk recht gaat. Voor wat betreft het fiscaal recht zelf is het duidelijk dat de publiekrechtelijke aard²⁹⁰⁵ van het fiscaal recht verhindert dat een buitenlandse rechtsbetrekking in België fiscaal zou moeten of kunnen worden gekwalificeerd aan de hand van een buitenlands fiscaal recht.²⁹⁰⁶ Het voorgaande is een gevolg van het territorialiteitsbeginsel in het fiscaal recht.²⁹⁰⁷

1040. De situatie is evenwel fundamenteel anders wanneer het van toepassing zijnde burgerlijk recht niet het Belgische recht is. De Belgische fiscale kwalificatie dient dan te geschieden aan de hand van het van toepassing zijnde buitenlands burgerlijk recht. Evenzeer dienen de fiscale rechtsgevolgen die het Belgische fiscaal recht kan bewerkstelligen te worden vastgeknoopt aan de onderliggende buitenlandse civielrechtelijke – of trustrechtelijke – realiteit. Teneinde bijvoorbeeld een vennootschap naar Belgisch fiscaal recht te kwalificeren dient eerst te worden gekeken naar de van toepassing zijnde *lex societatis*.²⁹⁰⁸ Essentieel is dus het inzicht dat hieraan een IPR-analyse voorafgaat die leidt tot het vaststellen van het toepasselijke buitenlandse recht.

Hiervan zijn tevens expliciete voorbeelden te vinden in een aantal voorafgaande beslissingen die zijn afgeleverd door de Dienst Voorafgaande Beslissingen in fiscale

²⁹⁰⁵ J.J. COUTURIER, B. PEETERS, E. VAN DE VELDE, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2016, 35.

²⁹⁰⁶ Brussel 4 juni 1974, *JDF* 1975, 82; D. GARABEDIAN, "« Forme » et « substance » en droit fiscal belge", *JDF* 2003, 214; J. DE BRUYCKER, "Het lokalisatiecriterium ontcijferd in het licht van de bevoegdheden van de gewesten in het fiscaal recht", *AFT* 2015, afl. 6 – 7, 22; D. VAN BORTEL, "Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgische belastingrecht", *AFT* 2009, afl. 3, 47; B. PEETERS, *Fiscale Transparantie: toerekening van inkomsten*, Brussel, Larcier, 2011, 23; L. DE BROE, J. WERBROUCK, "Kroniek internationaal belastingrecht 1998", *TRV* 1998, 495.

²⁹⁰⁷ Zie daarover algemeen: S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 51 – 53.

²⁹⁰⁸ *Com. IB* 1992, 197/7; D. VAN BORTEL, "Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgische belastingrecht", *AFT* 2009, afl. 3, 47; B. PEETERS, *Fiscale Transparantie: toerekening van inkomsten*, Brussel, Larcier, 2011, 69, 87, 826; P. FAES, "Branch report Belgium" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international. Volume 99b*, den Haag, SDU Uitgevers, 2014, 155 – 156; K. DE HAEN, "Fiscale transparantie in België: 'OESO (graag nog meer) als leidraad voor Rechter en Ruling'", *AFT* 2008, afl. 3, 20; P. FAES, "Partnerships: commentaargebonden kwalificaties", *TFR* 2000, 959. Zie tevens het sterk bekritiseerde advies van de Commissie voor Boekhoudkundige Normen ('CBN') van 1993 betreffende de boekhoudkundige verwerking van deelnemingen in buitenlandse vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid in de jaarrekening van Belgische ondernemingen. *In casu* betrof het advies deelnemingen in Duitse en Nederlandse commanditaire vennootschappen. In het advies wees de CBN een beroep op de *lex societatis* teneinde te bepalen of aan buitenlandse vennootschappen rechtspersoonlijkheid toekwam uitdrukkelijk af. Dit advies is in de rechtsleer sterk bekritiseerd. Zie: Advies CBN 168/1, *Bull. CBN* 1993, nr. 30, 31; T. WUSTENBERGHS, *Heffingsbevoegdheid bij grensoverschrijdende ondernemingswinsten. De vaste inrichting op de helling*, Gent, Larcier, 2005, 583; B. PEETERS, *Fiscale Transparantie: toerekening van inkomsten*, Brussel, Larcier, 2011, 45; L. DE BROE, "Nederlandse en Duitse commanditaire vennootschappen: fiscale consequenties van een twijfelachtig advies van de commissie voor boekhoudkundige normen", *TRV* 1995, 38 – 40.

Een dergelijke benaderingswijze zou aldus *in fiscalibus* eveneens onaanvaardbaar zijn, gelet op de duidelijke tekst ter zake van de artikelen 110 e.v. WIPR.

zaken ('DVB') in enkele rulings met betrekking tot *Stiftungen* naar Liechtensteins recht en een Nederlands-Antilliaanse Stichting Particulier Fonds.²⁹⁰⁹ Ook in een voorafgaande beslissing met betrekking tot een *trust* verwees de DVB voor wat betreft de erkenning en tegenwerpelijke van de trustverhouding in kwestie naar het WIPR.²⁹¹⁰ De *default rule* die stelt dat het Belgische fiscaal recht zich ent op de onderliggende juridische realiteit, strekt zich dus ook uit het tot Belgische IPR, en van daaruit zelfs tot buitenlandse rechtsstelsels.²⁹¹¹ In dergelijke gevallen dienen de Belgische fiscale aanknopingspunten te worden verbonden met aanknopingspunten uit een buitenlands rechtsstelsel. Dit kan evenwel tot belangrijke complicaties leiden. In bepaalde gevallen zal het namelijk niet evident zijn om de op een Belgische leest geschoeide fiscale aanknopingspunten te verbinden aan onderliggende juridische structuren naar buitenlands recht. Tot die conclusie komt ook PEETERS in zijn proefschrift over de fiscale classificatie van grensoverschrijdende samenwerkingsverbanden: "*Toch verloopt de classificatie van buitenlandse entiteiten duidelijk moeizamer. De fiscale analyse van een bepaald rechtsstelsel met eigen juridische criteria moet immers worden toegepast op entiteiten, die niet noodzakelijk kaderen binnen de opgelegde criteria.*"²⁹¹²

1041. Met het voorgaande in het achterhoofd is het niet verwonderlijk dat *trusts* in het Belgische fiscaal recht evenzeer de nodige problemen veroorzaken.²⁹¹³ Deze problematiek wordt in het geval van een *trust* bovendien nog scherper gesteld. Ten eerste omdat *trusts* rechtsfiguren zijn die wezensvreemd zijn aan het Belgische recht (zie *supra*, randnr. 403 – 411). Ten tweede omdat 'de *trust*' niet bestaat en elke afzonderlijke rechtsverhouding in beginsel ook afzonderlijk dient te worden geanalyseerd. Ten derde omdat de vaststelling van de mate waarin *trusts* kunnen worden 'ingepast' binnen het Belgische rechtsbestel via het IPR een zeer complex gegeven vormt. Een trustverhouding kan dan wel *lijken* op (een amalgaam van) één of meerdere rechtsverhoudingen die in het Belgische burgerlijk recht bestaan, maar daarom valt die trustverhouding daar nog niet toe te herleiden. In de analyse van de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* die in de volgende hoofdstukken aan bod komt, dient dit gegeven dan ook in rekening te worden genomen.

²⁹⁰⁹ Voorafg. Besl. 16 december 2014, nr. 2014.644; Voorafg. Besl. 9 december 2014, nr. 2014.543; Voorafg. Besl. 28 augustus 2012, nr. 2012.049.

Eenzelfde redenering wordt ook, zij zonder een uitdrukkelijke verwijzing naar de internationaal privaatrechtelijke tussenstap: Voorafg. Besl. (VLABEL) 27 juni 2016, nr. 16025.

²⁹¹⁰ Voorafg. Besl. 23 december 2014, nr. 2014.606, i.h.b. punt 39.

²⁹¹¹ D. GARABEDIAN, "« Forme » et « substance » en droit fiscal belge", *JDF* 2003, 214; L. DE BROE, J. WERBROUCK, "Kroniek internationaal belastingrecht 1998", *TRV* 1998, 495.

²⁹¹² B. PEETERS, *Fiscale Transparantie: toerekening van inkomsten*, Brussel, Larcier, 2011, 823.

²⁹¹³ Dit is overigens niet alleen het geval in het Belgische recht, zie bv. F. ZIMMER, "General Report" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. 87a, Den Haag, Kluwer, 2002, 59 – 60.

Zie tevens: S. NUDELHOLC, "Traitement fiscal du trust" in M. BOURGEOIS, Y-H. LELEU, J-F. TAYMAN, A-L. VERBEKE, *Manuel de Planification Patrimoniale. Les formes alternatives de planification patrimoniale*, Brussel, Larcier, 2010, 156.

1042. Vooraleer kan worden overgegaan tot deze analyse, dient het sluitstuk van het huidige hoofdstuk aan bod te komen. In het voorgaande werd de focus vooral gelegd op de brug tussen het fiscaal recht en de onderliggende juridische realiteit, zonder al te veel rekenschap te geven aan de mogelijkheid dat het fiscaal recht inderdaad afwijkt van die onderliggende juridische realiteit/de civielrechtelijke infrastructuur. Bijvoorbeeld door het hanteren van eigen, afwijkende definities van begrippen die eveneens kunnen worden aangetroffen in een gemeenrechtelijke variant. Bijvoorbeeld door het introduceren van bijzondere fiscale regimes die breken met de onderliggende juridische realiteit. Of bijvoorbeeld door af te wijken van de *default rule* en toch aan te knopen bij de economische realiteit. Deze fenomenen hangen nauw samen met de vraag naar de autonomie van het fiscaal recht. Deze fenomenen worden dan ook nader beschouwd in het licht van het debat omtrent de autonomie van het fiscaal recht.

2. De vraag naar de autonomie van het fiscaal recht en de weerslag daarvan op de verhouding tussen het fiscaal recht en het burgerlijk recht

a. 'Autonomie': Beknopte begripsbepaling

1043. Vóór kan worden ingegaan op het autonomievraagstuk rijst de vraag wat wordt bedoeld wanneer er wordt gesproken over de 'autonomie van een rechtstak'. De essentie van de autonomie van een rechtstak is gelegen in het feit dat de eigenheid van de rechtstak in kwestie noopt tot een autonome begripsbepaling en gedifferentieerde interpretatie van de in de sfeer van deze rechtstak gehanteerde begrippen, waarmee aldus wordt afgeweken van de begripsbepaling en/of interpretatie die in het gemeen recht overheerst.²⁹¹⁴ Aan eenzelfde juridisch begrip kan aldus een gedifferentieerde betekenis toekomen, al naargelang de rechtstak waarbinnen dit begrip wordt aangewend, indien de eigenheid van de rechtstak daartoe aanleiding geeft. Een autonome rechtstak is met andere woorden geen loutere bovenbouw die haar fundamenteen vindt in een gemeenrechtelijke infrastructuur. Het betreft hier integendeel een fundamenteel ander uitgangspunt, namelijk dat de begripsbepaling binnen een rechtstak principieel autonoom dient te geschieden. Het antwoord op de vraag of aan begrippen eenzelfde betekenis

²⁹¹⁴ S. SOBRIE, *Procederen qualitate qua*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 17 – 18; J. VAN HOUTTE, *Beginselen van Belgisch Belastingrecht*, Brussel, Bruylant, 1979, 35 – 36; A. TIBERGHIE, "Is het belastingrecht autonoom?", *AFT* 1966, 189; C.H.P.A. GEPPAART, *Fiscale rechtsvinding*, Amsterdam, FED, 1965, 134 – 135; H. SCHUTTEVÅER, *Privaatrecht en belastingrecht. Betrekkingen en wisselwerkingen*, Deventer, Kluwer, 1972, 51.

PITLO onderscheidt in dit verband twee vormen van autonomie. De eerste vorm betreft 'formele autonomie'. Hier gaat het om een zuiver uiterlijk kenmerk, namelijk dat de wetgever het nodig heeft geacht om een deel van het recht onder te brengen 'buiten de moederwet'. De tweede vorm betreft de 'materiële autonomie'. In dit geval gaat het om inhoudelijke autonomie. Deze vorm van autonomie doet zich volgens de auteur voor indien een bepaald onderdeel van het recht een zodanig zelfstandige functie heeft verworven dat het zich verder onafhankelijk van het gemeen recht dient te ontwikkelen. Zie: A. PITLO, "Het gemene recht en de autonomie van zijn onderdelen", *RM Themis* 1961, 527 – 528.

toekomst als in het gemeen recht, moet dan worden geboden door de autonome rechtstak zelf. Dit wijst veeleer op een 'nevengeschiktheid' van beide rechtstakken voor wat betreft de bepaling van de draagwijdte en inhoud van de daarin gehanteerde juridische begrippen. Het begrip 'gemeen recht' verwijst in deze doorgaans naar de regels van het privaatrecht.²⁹¹⁵

1044. In de rechtsleer wordt in dit verband regelmatig een treffend voorbeeld aangehaald dat de autonomie van het strafrecht onderstreept.²⁹¹⁶ Het betreft een zaak waar een aantal personen strafrechtelijk werden veroordeeld voor het besmeuren van reclamepanelen.²⁹¹⁷ De correctionele rechtbank had in beroep geoordeeld dat zij schuldig waren aan het opzettelijk beschadigen of vernielen van andermans roerende eigendommen (artikel 559, 1° SW). De reclamepanelen waren echter vastgehecht aan gebouwen, zodat zij vanuit een civielrechtelijk oogpunt onroerende goederen door incorporatie waren geworden. Het Hof van Cassatie weigerde om het vonnis van de correctionele rechtbank te casseren, onder meer op grond van de volgende overweging: *"Overwegende dat de appelrechters, met inachtneming van de autonomie van het strafrecht, op grond van de door hen op onaantastbare wijze vastgestelde feitelijke gegevens van de zaak, beslist dat de reclameborden ten deze roerende goederen zijn"*.

Een ander voorbeeld uit het (fiscaal) strafrecht wordt aangeleverd door het hof van beroep te Gent in een arrest van 14 januari 2010²⁹¹⁸: *"Krachtens de functionele en conceptuele autonomie van het strafrecht wordt alhier vastgesteld dat het vermogen en de bezittingen van vennootschappen NV I.W.N., NV M.C., NV C.C., Stichting M., BVBA ES M.B. en BVBA S.T.K. in feite volledig toebehoorden aan de beide beklaagden D. en W. Beide beklaagden waren aandeelhouders van deze vennootschappen en zij vervulden in deze vennootschappen leidinggevende functies. Zij namen bovendien alle belangrijke beslissingen en stonden in voor het beheer ervan. Hun achterliggende beweegredenen bij de creatie en instandhouding van deze ingewikkelde vennootschapsrechtelijke structuren beantwoordden geenszins aan de economische werkelijkheid, doch waren crimineel van aard: zij*

²⁹¹⁵ J.L.M. GRIBNAU, R.H. HAPPÉ, "Convergentie en divergentie: over begripsvorming in privaatrecht en belastingrecht" in P.H.J. ESSERS, R.H. HAPPÉ, G.T.K. MEUSSEN, *et. al.* (eds.), *Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2000, 8.

²⁹¹⁶ S. SOBRIE, *Procederen qualitate qua*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 19; F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, *Strafrecht & strafprocesrecht voor bachelors*, Antwerpen, Maklu, 2016, 8; A. DE NAUW, F. DERYUCK, *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 35.

Zie hierover algemeen: R. LEGROS, "Essai sur l'autonomie du droit pénal", *RDPC* 1956 – 1957, 143 – 176. In de hedendaagse rechtsleer wordt de autonomie van het strafrecht dan ook beschouwd als een verworvenheid, zie nog: C. VAN DEN WYNGAERT, S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2014, 85, alsook de andere bronnen geciteerd in deze voetnoot.

²⁹¹⁷ Cass. 5 februari 1985, *Arr.Cass.* 1984 – 1985, 763;

Over de autonomie van het strafrecht, zie tevens: Cass. 25 februari 1997, *Arr.Cass.* 1997, 107.

²⁹¹⁸ Gent 14 januari 2010, *TFR-Net*, 2011/N51.

wilden in België ontsnappen aan de belastingheffing en bewerkstelligden op die wijze een systeem van belastingontduiking."

Uit deze arresten komen de gevolgen van de autonomie van een bepaalde rechtstak op hun scherpst tot uiting. Niettegenstaande het in de eerste zaak vanuit een civielrechtelijk oogpunt duidelijk was dat het om onroerende goederen ging, konden de appelrechters een zeer afwijkende interpretatie van het begrip 'roerende goederen' rechtvaardigen vanuit de eigenheid en noodwendigheden van de rechtstak waarbinnen het begrip werd aangewend. In het tweede geval kon zelfs de afzonderlijke rechtspersoonlijkheid van de genoemde rechtspersonen eenvoudig terzijde worden gesteld op grond van de autonomie van het strafrecht.

1045. Vertaald naar het fiscaal recht rijst hier aldus de vraag of aan begrippen die kunnen worden aangetroffen in een fiscale wet ook een dergelijke autonome betekenis kan toekomen. Zou het civielrechtelijk onderscheid tussen roerende en onroerende goederen in fiscale zaken evenzeer kunnen worden doorbroken, door een afzonderlijke en afwijkende fiscale invulling van die begrippen? Zouden bijvoorbeeld de inkomsten uit de verhuring van een verplaatsbare stacaravan voor fiscale doeleinden kunnen worden gekwalificeerd, bijvoorbeeld door de rechter of door de fiscale administratie, als onroerende inkomsten in plaats van roerende inkomsten?²⁹¹⁹ Een dergelijke redenering roept bij de fijnbesnaarde fiscalist vermoedelijk een ongemakkelijk gevoel op. Los van de concrete vraag, lijkt de mogelijkheid om tot een dergelijke conclusie te komen in fiscale zaken op het eerste gezicht vrij onrealistisch, *a fortiori* met de voorgaande stappen in onze redenering in het achterhoofd.

b. (Schijnbare?) sporen van autonomie

1046. Eén en ander heeft de wetgever er echter nooit van weerhouden om een eigen fiscaalrechtelijk begrippenapparaat uit te werken. Zo bevat artikel 2 WIB 1992 een hele reeks begrippen die specifiek gelden voor het inkomstenbelastingencontentieux. Evenzeer omvatten de artikelen 18 WIB 1992 en 19 tot en met 19ter WIB 1992 de fiscale omschrijvingen van respectievelijk 'dividenden' en 'interesten' voor wat betreft de inkomstenbelastingen. Het fiscaal recht wordt evenzeer gekenmerkt door talrijke fictiebepalingen, waarmee de fiscale wetgever op uitdrukkelijke wijze andere fiscale gevolgen vastknoopt aan een onderliggend feitencomplex dan normaliter het geval zou zijn geweest. Zo vormt het kadastraal inkomen een louter fictief fiscaal inkomen dat aan onroerende goederen moet worden toegerekend (artikel 471 WIB 1992). In andere gevallen laat de fiscale wet toe dat bepaalde inkomsten worden geherkwalificeerd, zodat het gemeenrechtelijke etiket dat op deze inkomsten kleefte *in fiscalibus* wordt

²⁹¹⁹ Een antwoord van de minister van Financiën op een parlementaire vraag gesteld door de heer CHABOT wees alvast uit dat zulks niet het geval is. Zie: *Vr. en Antw.* Kamer 2005 - 2006, 26 juli 2005, nr. 105, 19252 (Vr. nr. 930 J. CHABOT). Zie in dit verband bv. nog: I. VAN DE WOESTEYNE, *Fiscaal recht in essentie*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 59 - 60.

ingewisseld voor een ander etiket teneinde andere fiscale gevolgen te bewerkstelligen (bijvoorbeeld artikel 18, eerste lid, 4^o WIB 1992 en artikel 32, tweede lid, 3^o WIB 1992). Ook in de erfbelasting wordt door de wetgever gretig gebruik gemaakt van allerlei fiscale ficties, die toelaten om de nalatenschap fictief uit te breiden met allerlei goederen en waarden (bijvoorbeeld de artikelen 3 tot 14 W.Succ./ de artikelen 2.7.1.0.3 – 2.7.1.0.9., 2.7.3.3.4., 2.7.3.3.5., 2.7.5.0.5., 2.7.3.2.11. en 3.17.0.0.11 VCF). Inzake de registratiebelasting is het klassieke voorbeeld het gedeeltelijk negeren van de terugwerkende kracht van opschortende voorwaarden (artikel 16, lid 2 W.Reg./artikel 2.7.3.2.7. VCF).²⁹²⁰

1047. In nog andere gevallen is de in de fiscale wet vervatte afwijking impliciet van aard. In dit verband kan bij wijze van voorbeeld worden verwezen naar het arrest van het Hof van Cassatie van 24 september 1968.²⁹²¹ In dit arrest oordeelde het Hof dat het begrip 'exploitatiewinst' op de economische realiteit steunt en niet noodzakelijk is onderworpen aan de indeling van goederen en rechten in het Burgerlijk Wetboek. Dit oogt als een afwijking van de hoger geïdentificeerde *default rule*, en dit op basis van een interpretatie van de fiscale wettekst zelf. De oorsprong van deze afwijking is dan ook de (aanwezig geachte) wens van de wetgever om af te wijken van de algemene stelregel.²⁹²² Deze afwijking geschiedt noodzakelijkerwijs impliciet, aangezien de fiscale wet zelf nergens een omvattende definitie aanreikt van het begrip 'exploitatiewinst' of 'winstgevende bezigheid'.²⁹²³ Weliswaar rijkt het Wetboek Inkomstenbelastingen 1992 in de artikelen 24 en 25 aan uit welke elementen het winstbegrip *in fiscalibus* kan bestaan, maar deze bepalingen vormen daarom nog geen alomvattende definitie van het begrip zelf. De gangbare definitie van dit begrip luidt volgens het Hof van Cassatie dan ook als

²⁹²⁰ Zie bv. F. AMERIJCKX, *Belastingheffing naar (socio-economische) werkelijkheid*, Gent, Story-Scientia, 1984, 6 – 7; F. WERDEFROY, *Registratierechten 2014 – 2015*, I, Mechelen, Kluwer, 2015, 54 – 55.

²⁹²¹ Cass. 24 september 1968, *Arr.Cass.* 1969, 94.

²⁹²² S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 58; P. VAN OMMESLAGHE, "Droit commun et droit fiscal", *JDF* 1989, 20, vn. 33; F. DUMON, "Les impôts directs, l'Etat de droit et la Constitution", *JDF* 1984, 27: *Contrairement à ce que certains ont pu penser il ne permet pas au juge d'apprécier librement la réalité économique et de substituer son appréciation à celle à laquelle le législateur a eu égard, notamment en décidant librement quels sont les faits et circonstances producteurs de revenus qui doivent être soumis à l'impôt. [...] Si la Cour de cassation a décidé le 24 septembre 1968 que « la notion de bénéficiaire d'exploitation s'apprécie sur la réalité économique qui n'est pas nécessairement soumise à la classification des biens et droits qu'établit le Code civil » c'est parce que l'examen du sens et de la portée de la loi l'a conduite à la constatation que tel était la décision du législateur et ce n'est pas parce que la Cour a entendu substituer la « politique fiscale » à celle du législateur.*

In de marge van dit arrest is in de rechtsleer ook de vraag gerezen of het fiscaal winstbegrip dan ook al dan niet hetzelfde is het winstbegrip dat wordt gehanteerd in het handelsrecht. In de rechtsleer bestond debat over deze vraag (L.A. DENYS, "Over de fiscale behandeling van burgerrechtelijke ficties" in X. (ed.), *Liber Amicorum Albert Tiberghien*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 138; S. VAN CROMBRUGGE, "De evolutie van het inkomstenbelastingenrecht", *RW* 1986 – 1987, kol. 1526 – 1527.)

²⁹²³ H. PUTMAN, J. VANHECKE, "De verkrijgen van activa beneden marktwaarde – *Fallaces eminunt rerum species*", *TFR* 2013, 841 – 842; S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 66.

volgt. Het gaat om `een geheel van verrichtingen die zich vaak genoeg voordoen en met elkaar verbonden zijn om een voortdurende en gewone bedrijvigheid op te leveren en die niet bestaan in het normaal beheer van het privévermogen.’²⁹²⁴

In het licht van het voorgaande hoeft deze conclusie ook niet te verbazen, daar (onderdelen van) het inkomstenbelastingencontentieux vermoedelijk uit hun aard meer op een economische leest geschoeid zijn dan bijvoorbeeld de registratie- en erfbelastingen.²⁹²⁵ Ook in de Nederlandse rechtsleer wordt de nauwe band tussen de Nederlandse erfbelasting en de onderliggende (civielrechtelijke) juridische werkelijkheid erkend.²⁹²⁶ Gelet op het gegeven dat de wetgever inderdaad op expliciete of impliciete wijze kan afwijken van de onderliggende juridische realiteit is de aard van de door de wetgever ingestelde belasting een factor die in aanmerking kan worden genomen bij de vaststelling van de aanwezigheid van een dergelijke afwijking. Een `one size fits all'-redenering gaat in deze dan ook niet op.

1048. Vanuit het hoger omschreven autonomiebegrip en de genoemde voorbeelden kan worden afgeleid dat de autonomie van het fiscaal recht zich op twee relevante niveau's kan uiten.²⁹²⁷ Ten eerste kan de wetgever op uitdrukkelijke wijze aan autonome fiscale begripsbepaling doen of door middel van fictiebepalingen uitdrukkelijk de onderliggende juridische realiteit terzijde stellen. Ten tweede kan de autonomie van het fiscaal recht zich uiten op het niveau van de rechtsvinding door functionarissen en rechtssubjecten allerhande.²⁹²⁸ In het

²⁹²⁴ Zie: J. BOSSUYT, "Auteursrechten in de inkomstenbelastingen", *AFT* 2015, afl. 2, 19 en de cassatiearresten aldaar geciteerd.

Zie tevens algemeen: S. HUYSMAN, *Fiscale winst. Theorie en praktijk van het fiscale winstbegrip in België*, Kalmthout, Biblo, 1994, 408p.

²⁹²⁵ Laatstgenoemde stelling werd dan ook erkend door de DVB, zie: Voorafg. Besl. 16 december 2014, nr. 2014.644, punt 31; Voorafg. Besl. 9 december 2014, nr. 2014.543, punt 6: "Vermits het wetboek der successierechten zeer sterk, om niet te zeggen uitsluitend, gefundeerd is op burgerrechtelijke bepalingen [...]". Zie tevens: Voorafg. Besl. 28 augustus 2012, nr. 2012.049, punt 40.

Dit is overigens geen nieuwe stelling. Zie bv. voor Nederland: C.H.P.A. GEPPAART, *Fiscale rechtsvinding*, Amsterdam, FED, 1965, 136; H.J. HOFSTRA, m.m.v. C. VAN RAAD, *Inleiding tot het Nederlands belastingrecht*, Deventer, Kluwer, 1992, 145 – 146; C.H.P.A. GEPPAART, "Over het toepassen van fiscale rechtsnormen op een feitelijke grondslag", *AFT* 1994, 83. Zie voor Frankrijk: P. HÉBRAUD, "L'autonomie du droit fiscal serait-elle un moyen de favoriser les accords internationaux" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal*, Vol. 2 (1939), Amsterdam, Swets & Zeitlinger, 1965, 48: "L'autonomie du droit fiscal est plus ou moins accentuée, selon les impôts envisagés."

In de Belgische rechtsleer, zie reeds: M. DONNAY, *Commentaar op het wetboek der successierechten*, Brussel, Van Buggenhoudt, 1948, 10 – 11; J. VAN HOUTTE, *Beginselen van Belgisch Belastingrecht*, Brussel, Bruylant, 1979, 37.

F. ZIMMER, "General Report" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. 87a, Den Haag, Kluwer, 2002, 24 – 25.

²⁹²⁶ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 424.

²⁹²⁷ Vgl. C.H.P.A. GEPPAART, *Fiscale rechtsvinding*, Amsterdam, FED, 1965, 135 – 136; P.J.A. ADRIANI, J. VAN HOORN, *Het belastingrecht: zijn grondslagen en ontwikkeling*, Amsterdam, L.J. Veens Uitgeversmij, 1954, II, 24.

²⁹²⁸ GEPPAART verwijst in dit verband enkel naar de rechter, maar het proces van rechtsvinding is o.i. niet exclusief voorbehouden voor de rechter. Academici en practici die

laatstgenoemde geval gaat het om de interpretatie van fiscale normen en begrippen. Aan een dergelijke interpretatieoefening kan worden toegekomen indien de wetgever zelf niet de uitdrukkelijke keuze heeft gemaakt om aan autonome fiscale begripsbepaling te doen, of uitdrukkelijk aan te knopen bij de gemeenrechtelijke betekenis van een norm of begrip; *in claris cessat interpretatio*.²⁹²⁹ In deze gevallen moet worden nagegaan welke bedoeling de wetgever heeft willen geven aan deze normen en begrippen. Dit vormt een delicate oefening. Indien het fiscaal recht als geheel autonoom moet worden beschouwd, dient de interpretator zich niet bezig te houden met de betekenis die aan deze normen en begrippen in een gemeenrechtelijke context toekomt. In het andere geval moet net van tegenovergesteld standpunt worden vertrokken. Echter, bij nader inzicht vormen dit slechts de twee uitersten van de schaal. Er is in beginsel niets dat verhindert dat de ware oplossing voor het vraagstuk ergens tussen deze twee extremen kan worden gesitueerd. De mogelijkheid tot impliciete afwijking is alvast een suggestie in laatstgenoemde richting.

In fiscale zaken dient bij het volbrengen van een interpretatieoefening tot slot nog rekening gehouden te worden met de fundamentele interpretatieregels die voortvloeien uit het fiscaal legaliteitsbeginsel. Zo dient de fiscale norm strikt te worden geïnterpreteerd en zijn interpretaties naar analogie uit den boze. O.i. kunnen deze interpretatieregels een invloed hebben op de mogelijkheid om door middel van interpretatie te concluderen dat een fiscale norm of een in de fiscale wet vervat liggend begrip afwijkt van de hoger geïdentificeerde *default rule*. In wat volgt wordt nagegaan of een verdere conclusie kan worden getrokken uit het autonomiedebat dat lange tijd heeft gewoed in de rechtsleer.

zich in de juridische sfeer bevinden worden dagelijks geconfronteerd met de noodzaak om juridisch correcte en onderbouwde oplossingen te zoeken voor allerhande juridische problemen. Zie: S. SOBRIE, *Procederen qualitate qua*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 18; H. SCHUTTEVÅER, *Privaatrecht en belastingrecht. Betrekkingen en wisselwerkingen*, Deventer, Kluwer, 1972, 47.

²⁹²⁹ Een duidelijke wettekst hoeft dan ook niet meer verder te worden geïnterpreteerd en dient niet te worden aangevuld, zie: Cass. 10 november 1997, *FJF*, No. 97/282; I. CLAEYS-BOÚAERT, "De interpretatie van de fiscale wet", *T.Not.* 1961, 120.

VAN DE VELDE merkt in dit verband o.i. terecht op, onder verwijzing naar VAN HOECKE, dat aan deze denkpiste een *petitio principii* voorafgaat: vooraleer kan worden vastgesteld of de wettekst in kwestie al dan niet duidelijk is, dient er reeds een eerste interpretatieoefening te worden voltrokken. Een wettekst bestaat immers steeds binnen een bepaalde context, die mee in acht zal moeten worden genomen bij de bepaling of er al dan niet sprake is van een 'duidelijke' wettekst. Vandaar dat wij bij aanvang van deze voetnoot hebben gesteld dat een duidelijke wettekst niet meer *verder* hoeft te worden geïnterpreteerd. Dit duidt er op dat een *prima facie*-interpretatie op grond van de wettekst zelf reeds heeft geleid tot een eenduidige conclusie over de betekenis die aan de wettekst moet toekomen.

Zie: E. VAN DE VELDE, *'Afspraken' met de fiscus: de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen*, Brussel, Larcier, 2009, 197; M. VAN HOECKE, *De interpretatievrijheid van de rechter*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 78 – 79.

c. Verschillende standpunten in de rechtsleer

1049. In de rechtsleer kunnen omtrent het vraagstuk van de autonomie van het fiscaal recht op het eerste gezicht een drietal onderscheiden standpunten worden gevonden. Echter, bij een nauwkeurige lezing van de standpunten van de auteurs die ogenschijnlijk divergerende standpunten verdedigen, kan een synthesestelling worden geformuleerd.

1050. Een eerste strekking in de fiscale rechtsleer staat eerder afwijzend ten aanzien van een scherpe autonomieleer.²⁹³⁰ Dit standpunt wordt in de regel gegrond op de verhouding tussen het fiscaal recht en het gemeen recht, zoals hoger uiteengezet. Ook in de Franse²⁹³¹ en Nederlandse²⁹³² rechtsleer werd dit standpunt van oudsher door bepaalde auteurs ingenomen.

Een tweede strekking vertrekt daarentegen vanuit het standpunt dat het fiscaal recht wel degelijk moet worden beschouwd als een autonome rechtstak. In het Belgische recht werd dit standpunt verdedigd door VAN HOUTTE, die stelde dat "*thans algemeen [wordt] aangenomen dat het fiscaal recht een zelfstandige tak is van de rechtswetenschap, met eigen begrippen en regelen, zodat de voor andere delen van het recht geldende begrippen en voorschriften er niet per se op van toepassing zijn.*"²⁹³³ Ook in de hedendaagse rechtsleer wordt soms op vrij onomwonden wijze verwezen naar de autonomie van het fiscaal recht.²⁹³⁴ In Frankrijk werd de stelling dat het fiscaal recht inderdaad moet worden beschouwd als een autonome rechtstak op vocale wijze verdedigd door TROTABAS, die vooral een verband zag tussen het fiscaal recht en het administratief recht.²⁹³⁵ In Nederland kreeg de stelling van TROTABAS gehoor bij VAN DER POEL.²⁹³⁶ Ook Nederlandse auteurs als ADRIANI en VAN HOORN verdedigden de autonomie van het fiscaal recht, op grond van

²⁹³⁰ Zie bv: V. GOTHOT, *Cours de droit fiscal. Les droits d'enregistrement*, Luik, Vaillant, 1930, 6 – 11; A. TIBERGHIE, "Is het belastingrecht autonoom?", *AFT* 1966, 289 – 291 (zie evenwel: A. TIBERGHIE, "De interpretatie van de fiskale wet", *AFT* 1959 – 1960, 8 – 9, 14 e.v.); T. VERSÉE, "Over de beweerdde autonomie van het fiscaal recht", *AFT* 1966, 394; A. TIBERGHIE, *Handboek voor fiscaal recht*, Brussel, CED Samsom, 1976, 33; P. VAN OMMESLAGHE, "Droit commun et droit fiscal", *JDF* 1989, 6 – 7.

²⁹³¹ Bv. F. GENY, "Le particularisme du droit fiscal", *Revue Trimestrielle de droit civil* 1931, 797 – 833.

²⁹³² Bv. G.J. WIARDA, *Overeenkomsten met overheidslichamen*, Zwolle, Proefschrift, 1939, 67 – 68.

²⁹³³ J. VAN HOUTTE, *Beginnselen van Belgisch Belastingrecht*, Brussel, Bruylant, 1979, 35.

Zie ook: J. VAN HOUTTE, "L'autonomie du droit fiscal et le problème des doubles impositions" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal, Vol. 2* (1939), Amsterdam, Swets & Zeitlinger, 1965, 24 – 30.

²⁹³⁴ L. BROSENS, A. VAN DE VIJVER, "Waardeverminderingen op het vruchtgebruik op aandelen: een complex gegeven", *TFR* 2012, 475.

²⁹³⁵ L. TROTABAS, "Les rapports du droit fiscal et du droit privé", *Dalloz Hebdomadaire* 1926, 29 – 32; L. TROTABAS, "L'autonomie du droit fiscal est-elle susceptible de favoriser les accords internationaux" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal, Vol. 2* (1939), Amsterdam, Swets & Zeitlinger, 1965, 34 – 45, i.h.b. 38 e.v.

²⁹³⁶ J. VAN DER POEL, *Rondom compositie en compromis*, Utrecht, Kemink en zn., 1942, 53 – 58.

het argument dat het belastingrecht juridische verhoudingen tussen rechtsonderhorigen vanuit een ander perspectief benadert dan het burgerlijk recht.²⁹³⁷ Volgens deze auteurs verbindt het belastingrecht aan menselijke toestanden, handelingen en gebeurtenissen een rechtsverhouding tussen de betrokken individuen en de overheid. Hoe het privaatrecht de onderliggende verhouding tussen die individuen heeft geregeld, doet volgens deze auteurs niet ter zake. “*De feitelijke verhoudingen zijn de grondslag voor het belastingrecht, niet de rechtsregeling welke het privaatrecht voor de individuen daaromtrent gegeven heeft.*”²⁹³⁸ De auteurs benadrukken tegelijkertijd wel dat het mogelijk is dat het fiscaal recht het privaatrecht volgt, maar dat dit in feite een eigen keuze is van het fiscaal recht.

1051. Voor wat betreft de Belgische rechtsleer valt bij een nauwkeurige lezing evenwel op dat de antinomie tussen de beide gehuldigde stellingen voor een gedeelte slechts schijn blijkt te zijn. Wat alleszins klopt is dat beide stellingen vertrekken vanuit een tegenovergesteld standpunt aangaande het al dan niet bestaan van de principiële autonomie van het fiscaal recht. Eenmaal dit standpunt is bepaald, blijken verschillende auteurs het uitgangspunt te nuanceren en op deze wijze als het ware naar een compromis toe te werken.²⁹³⁹ Zo stelt VAN HOUTTE zelf vast dat moet worden gewaarschuwd tegen een overdrijving van de strikte autonomieleer.²⁹⁴⁰ Zo dient de beoefenaar van het fiscaal recht volgens deze auteur een goed begrip te hebben van de privaatrechtelijke toestanden waarop de belasting slaat. Tevens stelt VAN HOUTTE vast dat de fiscale wetten geen volledige en systematische codex vorm(d)en. Indien het tegendeel niet blijkt uit de wet, uit de voorbereidende handelingen of uit het doel en aard van de fiscale maatregel, dient volgens de auteur aan begrippen die tevens voorkomen in het gemeen recht ook de gemeenrechtelijke betekenis te worden toegeschreven. Ook voorstanders van de eerstgenoemde strekking verdedigen het standpunt dat afwijkingen ten aanzien van het gemeen recht kunnen blijken uit de ‘beginselen en noodwendigheden’ eigen aan het fiscaal recht, zodat zij kunnen worden vastgesteld

²⁹³⁷ P.J.A. ADRIANI, J. VAN HOORN, *Het belastingrecht: zijn grondslagen en ontwikkeling*, Amsterdam, L.J. Veens Uitgeversmij, 1954, II, 68 – 73.

²⁹³⁸ *Ibid*, 72.

²⁹³⁹ Zoals ook opgemerkt door: M. DONNAY, *Commentaar op het wetboek der successierechten*, Brussel, Van Buggenhoudt, 1948, 11; E. GENIN, A. GENIN, *Commentaar op het wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten*, Brussel, Van Buggenhoudt, 1951, 53 – 55; O. VAN ACOLEYEN, *Successierecht. Deel I*, Brussel, Fiscale Hogeschool, 1976, 51 – 52; L.A. DENYS, “Over de fiscale behandeling van burgerrechtelijke ficties” in X. (ed.), *Liber Amicorum Albert Tiberghien*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 135 – 136; T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Brussel, Larcier, 2003, 69 – 70; S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 63 – 64; F. WERDEFROY, *Registratierechten 2014 – 2015*, I, Mechelen, Kluwer, 2015, 84; L. DE BROE, F. DEBELVA, “Basisprincipes van het Belgisch fiscaal recht” in L. DE BROE (ed.), *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Kluwer, 2017, 39.

²⁹⁴⁰ J. VAN HOUTTE, *Beginselen van Belgisch Belastingrecht*, Brussel, Bruylant, 1979, 37.

door middel van interpretatie.²⁹⁴¹ Deze stellingnames resoneren nog door in de hedendaagse rechtsleer.²⁹⁴²

1052. Een derde strekking in de rechtsleer legt in dit verband opnieuw de nadruk op de eenheid van de rechtsorde. Deze strekking, die vandaag vooral in de Nederlandse literatuur geldt als heersende opvatting²⁹⁴³, erkent enerzijds dat de eigen aard van het fiscaal recht in bepaalde gevallen een zelfstandige begripsvorming kan rechtvaardigen, maar dat het fiscaal recht anderzijds ook binnen de bredere rechtsorde moet worden ingepast. In België werd de stelling inzake de eenheid der rechtsorde uitdrukkelijk geopperd door KRINGS.²⁹⁴⁴ De gevolgtrekking in de Nederlandse rechtsleer is dan ook dat het fiscaal recht in beginsel aansluit bij het burgerlijk recht, tenzij het 'doel en de strekking' van het fiscaal recht een afwijking rechtvaardigen, al dan niet op basis van een uitdrukkelijke wetsbepaling. Daarmee leunt de Nederlandse interpretatie dicht aan bij de Belgische synthesestelling.

3. Evaluatie

1053. Samenvattend kan uit het voorgaande worden afgeleid dat het in ieder geval duidelijk is dat de wetgever op uitdrukkelijke wijze kan afwijken van het gemeen recht, bijvoorbeeld door het introduceren van autonome fiscale definities en fictiebepalingen. Dit aspect van de autonomie van het fiscaal recht is onbetwist

²⁹⁴¹ T. VERSÉE, "Over de beweerde autonomie van het fiscaal recht", *AFT* 1966, 400. TIBERGHIEU blijft evenwel van oordeel dat er een 'duidelijke wilsuiving' vanwege de wetgever voorhanden moet zijn, zie: A. TIBERGHIEU, "Is het belastingrecht autonoom?", *AFT* 1966, 290.

²⁹⁴² Zie bv: J.J. COUTURIER, B. PEETERS, E. VAN DE VELDE, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2016, 35 – 36; L. DE BROE, F. DEBELVA, "Basisprincipes van het Belgisch fiscaal recht" in L. DE BROE (ed.), *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Kluwer, 2017, 39; T. DE CLERCK, "Taal: de rechtsonzekerheid in het fiscaal recht?", *TFR* 2012, 954 – 955.

²⁹⁴³ C.H.P.A. GEPPAART, *Fiscale rechtsvinding*, Amsterdam, FED, 1965, 142 – 150; A. PITLO, "Het gemene recht en de autonomie van zijn onderdelen", *RM Themis* 1961, 517 – 584, i.h.b. 535 e.v., 543 e.v.; F.H.G. BIEMANS, *Afgezonderde particuliere vermogens. Onderzoek naar de rechtsfiguur afgezonderd particulier vermogen in het Nederlandse fiscale recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 30; J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 30; H.J. HOFSTRA, R.E.C.M. NIESSSEN, *Inleiding tot het Nederlands belastingrecht*, Deventer, Kluwer, 2010, 188 – 192; H.J. HOFSTRA, m.m.v. C. VAN RAAD, *Inleiding tot het Nederlands belastingrecht*, Deventer, Kluwer, 1992, 145 – 146; C.H.P.A. GEPPAART, "Over het toepassen van fiscale rechtsnormen op een feitelijke grondslag", *AFT* 1994, 85; J.L.M. GRIBNAU, R.H. HAPPÉ, "Convergentie en divergentie: over begripsvorming in privaatrecht en belastingrecht" in P.H.J. ESSERS, R.H. HAPPÉ, G.T.K. MEUSSEN, *et. al.* (eds.), *Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2000, 7 – 12, 18.

GRIBNAU en HAPPÉ spreken vanuit dit referentiekader over een 'relatieve autonomie' van het belastingrecht, zie: J.L.M. GRIBNAU, R.H. HAPPÉ, "Convergentie en divergentie: over begripsvorming in privaatrecht en belastingrecht" in P.H.J. ESSERS, R.H. HAPPÉ, G.T.K. MEUSSEN, *et. al.* (eds.), *Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2000, 12.

²⁹⁴⁴ E. KRINGS, "L'interprétation des lois fiscales", *Rev.Fisc.* 1965, 592.

Zie ook, zij het impliciet: I. CLAEYS-BOUUAERT, "De interpretatie van de fiscale wet", *T.Not.* 1961, 123 – 124.

en vloeit o.i. ook logischerwijze voort uit de primauteit van de wetgever in fiscale zaken. Uit het legaliteitsbeginsel kon slechts een *default rule* worden afgeleid die niet van grondwettelijke waarde is, en waarvan de wetgever dan ook kan afwijken. Belangrijker is echter de vraag wanneer kan worden besloten tot een impliciete afwijking van het gemeen recht. Problematisch aan de leer van de eenheid der rechtsorde en de synthesestelling zoals zij in de vorige randnummers werden geformuleerd is dat het weinig concrete richtsnoeren zijn. De hoger aangehaalde voorbeelden van de autonomie van het strafrecht kunnen o.i. evenzeer gestoeld worden op het 'doel en strekking' of de 'beginselen en noodwendigheden' van de strafwet. De loutere formulering van deze principes zegt op zichzelf nog niets over hoe breed of eng zij kunnen worden ingevuld door een actor in een concreet rechtsvindingsproces en bieden daarom slechts weinig rechtszekerheid. Het is dan ook op dit punt dat de in dit hoofdstuk vastgestelde *default rule* verder in de analyse kan worden betrokken.

1054. Indien de *default rule* er immers in bestaat dat het fiscaal recht aansluit bij de onderliggende juridische realiteit impliceert dit dat aan gemeenrechtelijke begrippen in beginsel dezelfde betekenis moet toekomen als in het gemeen recht. Indien er daarentegen zou worden geargumenteed dat het fiscaal recht een *impliciete* afwijking bevat, dient deze afwijking o.i. zijn grondslag te vinden in de wil van de wetgever. Op basis van het legaliteitsbeginsel kan immers worden gesteld dat het alleen aan de wetgever zelf toekomt om in een dergelijke afwijking te voorzien. Bij gebreke aan een expliciete wilsuiting door de fiscale wetgever dient een impliciete afwijking te worden vastgesteld door middel van interpretatie.²⁹⁴⁵ Welnu, in de fiscale rechtsleer wordt eenparig uitgegaan van de stelregel dat de fiscale wet 'strikt' moet worden geïnterpreteerd (zie *supra*, randnrs. 988, 1005, 1037 en 1048). Dit houdt allereerst in dat naar de tekst van de wet zelf moet worden gekeken. De woorden dienen in hun gebruikelijke betekenis te worden geïnterpreteerd. Dit kan leiden tot zowel een 'ruime' als een 'beperkte' interpretatie van de wettekst, afhankelijk van de bewoordingen die door de wetgever zijn aangewend. Het gegeven dat de fiscale wet strikt dient te worden geïnterpreteerd houdt met andere woorden niet in dat zij per definitie *restrictief* zou moeten worden

²⁹⁴⁵ Over de geldende interpretatieregels in het fiscaal recht, zie: Cass. 10 november 1997, *Arr.Cass.* 1997, 1106, *JDF* 1998, 110; A. TIBERGHIE, "De interpretatie van de fiscale wet", *AFT* 1959 – 1960, 23; I. CLAEYS-BOÚAERT, "De interpretatie van de fiscale wet", *T.Not.* 1961, 127; J.J. COUTURIER, B. PEETERS, E. VAN DE VELDE, *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2016, 47; E. VAN DE VELDE, *Afspraken met de fiscus: de grenzen, de juridische kwalificatie en rechtsgevolgen*, Brussel, Larcier, 2009, 197; N. LAUWERS, "De draagwijdte van het beginsel 'in dubio contra fiscum'", *AFT* 2016, afl. 4, 34; L. DE BROE, F. DEBELVA, "Basisprincipes van het Belgisch fiscaal recht" in L. DE BROE (ed.), *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Kluwer, 2017, 35 – 39; S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 21 – 22; I. VAN DE WOESTEYNE, *Fiscaal recht in essentie*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 17; L. BROSENS, A. VAN DE VIJVER, "Waardeverminderingen op het vruchtgebruik op aandelen: een complex gegeven", *TFR* 2012, 475; T. DE CLERCK, "Taal: de rechtsonzekerheid in het fiscaal recht?", *TFR* 2012, 958. Voor de registratiebelasting, zie specifiek: F. WERDEFROY, *Registratierechten 2014 – 2015*, I, Mechelen, Kluwer, 2015, 75 – 82.

geïnterpreteerd.²⁹⁴⁶ Immers, indien de gebruikelijke betekenis van een begrip op zichzelf genomen ruim is, mag dit begrip ook ruim worden geïnterpreteerd, indien de bedoeling van de wetgever niet anders was. Aangezien hier de hypothese van een impliciete afwijking van de *default rule* wordt behandeld, zal een 'strikte' tekstuele interpretatie in principe weinig soelaas brengen. Het voorhanden zijn van een impliciete afwijking impliceert net dat de afwijking niet als zodanig duidelijk naar voren komt uit de wettekst zelf.

Indien de tekstuele interpretatiemethode geen soelaas brengt, kan de parlementaire voorbereiding van de fiscale wet (of gelijkaardige of vroegere versies daarvan) mee in acht worden genomen (historische interpretatiemethode). Ook kunnen de context en de systematiek van de wet als geheel in aanmerking worden genomen, teneinde de juiste interpretatie van de fiscale normen te bepalen (systematische interpretatiemethode). Noch de parlementaire voorbereiding²⁹⁴⁷, noch de systematiek van de wet kunnen echter worden ingeroepen tegen de duidelijke bewoordingen van de wet in.

De genoemde interpretatieregels dienen desgevallend te worden gecombineerd met de (andere) uit het fiscaal legaliteitsbeginsel voortvloeiende interpretatieregels, zijnde het verbod op analogische en (extensieve) teleologische interpretaties en het adagium *in dubio contra fiscum* (zie *supra*, randnr. 988).

Slechts door middel van de genoemde interpretatiemethoden kan de wil van de wetgever om *in fiscalibus* af te wijken van de onderliggende juridische realiteit, en dus van het 'gemeen recht', worden vastgesteld. Een beroep op de in het fiscaal recht geldende interpretatieregels is o.i. de enige juiste fiscaal-juridische wijze om 'het doel en de strekking' van de fiscale wet vast te stellen, daar deze noodzakelijkerwijs hun oorsprong dienen te vinden in de wil van de wetgever. De uit het fiscaal legaliteitsbeginsel voortvloeiende *default rule* kan aldus worden opzijgeschoven, maar slechts op een wijze die op zichzelf genomen eveneens in overeenstemming is met datzelfde fiscaal legaliteitsbeginsel.

E. Besluit

1. Algemeen besluit met betrekking tot Hoofdstuk II

1055. In dit onderdeel werd getracht om de verhouding tussen het Belgisch fiscaal recht en het Belgisch burgerlijk recht te verklaren aan de hand van een logisch dwingend schema, dat zijn basis vindt in het fiscaal legaliteitsbeginsel. Na een beknopt functioneel overzicht van de betekenis van het fiscaal legaliteitsbeginsel werd het verband gelegd tussen het legaliteitsbeginsel en het

²⁹⁴⁶ L. BROSENS, A. VAN DE VIJVER, "Waardeverminderingen op het vruchtgebruik op aandelen: een complex gegeven", *TFR* 2012, 475; S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 21 – 22; A. TIBERGHIE, "De interpretatie van de fiskale wet", *AFT* 1959 – 1960, 23.

²⁹⁴⁷ Cass. 22 december 1994, *Pas.* 1994, I, 1139.

realiteitsbeginsel *in fiscalibus*. Uit het legaliteitsbeginsel vloeit immers voort dat de wetgever alle noodzakelijke fiscale aanknopingspunten moet aanreiken op grond waarvan de belasting kan worden gevestigd. De keerzijde van de uit het fiscaal legaliteitsbeginsel voortvloeiende regel dat alles vrij is van belasting dan tenzij de wet dit bepaalt, is immers dat slechts die situaties aanleiding kunnen geven tot het heffen van een belasting die door de fiscale wet worden geïndiceerd.

Deze fiscale aanknopingspunten betreffen (minstens) de belastbare materie/het belastbaar feit, de belastbare grondslag, het belastingtarief en de belastingvrijstellingen en verminderingen. Essentieel hierbij is het inzicht dat het steeds gaat om juridische aanknopingspunten. Het voorgaande impliceert noodzakelijkerwijs dat de door de fiscale wet aangereikte elementen dienen aan te knopen bij onderliggende elementen vooraleer de belasting kan worden gevestigd. Uit het legaliteitsbeginsel vloeit dan ook voort dat de in de fiscale wet aangeduide elementen juridisch aanwezig moeten zijn voor de belasting kan worden gevestigd.

1056. Het voorgaande leidt ons naar het zogeheten realiteitsbeginsel *in fiscalibus*. De voorstelling van het realiteitsbeginsel als uitvloeisel van het fiscaal legaliteitsbeginsel, geeft aan dat het gaat om meer dan een louter principe van 'gezond verstand' (*cf. supra*, randnr. 990). Het betreft daarentegen een fundamentele fiscaalrechtelijke notie, die als standaardregel ('*default rule*') geldt in het Belgische fiscaal recht. De fiscale wet sluit in beginsel noodzakelijkerwijs aan bij de onderliggende juridische realiteit. Vooraleer een belasting kan worden gevestigd moet immers worden vastgesteld of de door de fiscale wet aangereikte aanknopingspunten juridisch voorhanden zijn. Aan deze *default rule* komt evenwel geen grondwettelijke waarde toe. De aard van *default rule* wijst er net op dat de wetgever van deze stelregel kan afwijken.

Het feit dat het fiscaal recht zich principieel ent op de onderliggende juridische realiteit verklaart ook waarom de belastingplichtige kan opteren voor het bewandelen van de minst belaste weg, zij het dat deze mogelijkheid noodzakelijkerwijs is onderworpen aan een aantal beperkingen en nadere kwalificaties (zie *supra*, randnr. 1003). *En cours de route* heeft het Hof van Cassatie overigens meerdere malen het standpunt als zou het fiscaal recht zich in beginsel enten op de 'economische realiteit' verworpen. Uit het onderzoek is ook gebleken dat de introductie van de nieuwe algemene antimisbruikbepalingen in verschillende takken van het Belgisch fiscaal recht aan deze mogelijkheid ten gronde geen einde heeft gesteld. Noch hebben deze algemene antimisbruikbepalingen ertoe geleid dat de aard of de betekenis van het fiscaal realiteitsbeginsel zou zijn gewijzigd. Laatstgenoemde conclusie zou evenwel op de helling kunnen komen te staan, gelet op een aantal Europeesrechtelijke ontwikkelingen die er op gericht zijn om paal en perk te stellen aan als agressief gepercipieerde vormen van belastingontwijking. Bij het nader in ogenschouw nemen van deze ontwikkelingen bleek echter dat zij ten gronde minder (of zelfs niets) aan de voorgaande conclusie veranderen dan op het eerste gezicht het geval lijkt te zijn, niettegenstaande de woordelijke verwijzingen naar de 'economische realiteit' in de tekst van de voorgestelde antimisbruikbepalingen. Bij nader inzien bleek immers dat deze bewoordingen

dienen te worden gekaderd tegen de achtergrond van het Europese (fiscale) antimisbruikcontentieux.

1057. Het in aanmerking nemen van het veinzingsfenomeen heeft vervolgens toegelaten om de omschrijving van het realiteitsbeginsel scherper te stellen: het is de juridische realiteit zoals deze voor een partij of desgevallend tussen partijen geldt die in ogenschouw moet worden genomen. Daarbij mag in beginsel (*supra*, randnr. 1016) door de fiscus bij het vestigen van de belasting geen rekening worden gehouden met gesimuleerde rechtshandelingen. Dit laatste is overigens één van de aspecten van het aan het realiteitsbeginsel gelieerd adagium dat de fiscale administratie 'geen derde is' bij het vestigen van de belasting.

1058. Op een meer conceptueel niveau kon deze invulling van het realiteitsbeginsel worden verklaard door een beroep op de idee van de 'eenheid van de rechtsorde' (*supra*, randnr. 1028 e.v.). Uit dit idee dienen niet noodzakelijk positiefrechtelijke gevolgen te worden afgeleid. Zulks kan geschieden aan de hand van het legaliteitsbeginsel en het realiteitsbeginsel zelf.

1059. Uit het principe dat het fiscaal recht zich *per default* ent op de onderliggende juridische realiteit, kon vervolgens de verhouding tussen het burgerlijk recht – dat hier mede geldt als 'gemeen recht' – en het fiscaal recht worden afgeleid. Het bestaan van deze verhouding kon tevens worden afgeleid uit een lange lijn van vrij constante cassatierechtspraak, waarin evenwel soms nuanceverschillen te ontwaren vallen. Deze rechtspraak valt echter goed in te passen in het bredere kader dat wordt gevormd door het realiteitsbeginsel. Het fiscaal recht verschijnt daarmee als een juridisch-fiscale superstructuur, die opnieuw bij wijze van *default rule* is geënt op een gemeenrechtelijke infrastructuur.

Opnieuw gaat het slechts om een uitgangspunt waarvan kan worden afgeweken. De fiscale wet kan overigens op meer dan één manier afwijken van het genoemde principe. Zo kan gebruik worden gemaakt van autonome fiscaalrechtelijke definities en begripsomschrijvingen, allerlei fictiebepalingen en fiscale herkwalificatieregels m.i.v. antimisbruikbepalingen en dergelijke meer. Een blik op de evolutie van het fiscale landschap wijst er overigens op dat hier hoe langer hoe meer sprake van is. De fiscale wet kan echter ook op meer impliciete wijzen afwijken van de algemene *default rule*.

Uit de hoger geformuleerde begripsbepaling van de 'autonomie' van een rechtstak is gebleken dat dergelijke 'impliciete afwijkingen' van groot belang zijn voor de bepaling of een rechtstak al dan niet te beschouwen valt als waarlijk autonoom. Indien autonomie impliceert dat aan de door een rechtstak gehanteerde begrippen een geheel eigen, van het gemeen recht afwijkende betekenis kan toekomen, indien de loutere 'eigenheid' van de rechtstak daartoe aanleiding geeft, is er van een *default rule* zoals in dit hoofdstuk aan de orde geen sprake meer (zie *supra*, randnr. 1044 e.v. en randnr. 1053 e.v.).

1060. In het Belgische fiscaal recht is er o.i. veeleer sprake van een 'relatieve autonomie'. Deze conclusie strookt overigens met de synthesestelling die

doorgaans wordt geformuleerd in de Belgische rechtsleer omtrent dit vraagstuk. Van een volledige of ware autonomie kan o.i. immers geen sprake zijn, gelet op het voorhanden zijn van de *default rule* die luidt dat het fiscaal recht zich ent op de onderliggende juridische realiteit die wordt vormgegeven door het gemeen recht. Deze regel zou onderuit worden gehaald, indien het zou volstaan om met niets meer dan een loutere verwijzing naar de 'eigenheid' van het fiscaal recht allerlei juridische begrippen op een geheel afwijkende wijze te gaan interpreteren. Een dergelijke werkwijze zou potentieel ook sterk afbreuk kunnen doen aan het principiële recht voor belastingplichtigen om de minst belaste weg te bewandelen door juridische structurering.

Het Belgische fiscaal recht wordt daarentegen gekenmerkt door een relatieve autonomie, omdat de wetgever niet enkel op expliciete, maar ook op impliciete wijze kan afwijken van de onderliggende juridische realiteit, alsook een autonome en van het gemeen recht afwijkende betekenis kan toekennen aan in het fiscaal recht gebezigde begrippen. O.i. volstaat het daartoe niet om gewoon te verwijzen naar de eigenheid van het fiscaal recht en evenmin naar de 'beginselen en noodwendigheden' daarvan (*cf. supra*, randnr. 1051 en 1053 e.v.), daar dit (te) weinig concrete richtsnoeren zijn. Aangezien zij hun oorsprong noodzakelijkerwijs dienen te vinden in de wil van de wetgever, dienen dergelijke impliciete afwijkingen daartegen te worden vastgesteld aan de hand van de *in fiscalibus* toelaatbare interpretatietechnieken.²⁹⁴⁸ Daarbij kan bijvoorbeeld, vanuit een systematische interpretatie, rekening worden gehouden met de inbedding van een fiscale norm binnen de bredere context van het fiscaal recht, rekening houdende met de tak van het fiscaal recht die aan de orde is. Zo werd o.a. door de DVB in enkele voorafgaande beslissingen erkend dat de enting op de onderliggende juridische realiteit *a fortiori* sterk aanwezig is inzake de successierechten.²⁹⁴⁹ Een dergelijke enting is vermoedelijk in mindere mate aanwezig in het inkomstenbelastingencontentieux.

2. Bijkomend besluit met betrekking tot het veinzingsleerstuk

1061. Wanneer de analyse van het simulatieleerstuk in de context wordt geplaatst van de verhouding tussen het fiscaal recht en het burgerlijk recht zoals deze in het voorgaande aan de orde kwam, rijst daarbij de vraag wat de mogelijke impact is van het gegeven dat het Belgisch fiscaal recht zich, via de toepassing van het Belgische IPR ook kan enten op een onderliggende (civielrechtelijke) juridische realiteit naar buitenlands recht. Hoger (*supra*, randnr. 1015) is immers gebleken dat het simulatieleerstuk in België geen deel uitmaakt van het Belgisch fiscaal

²⁹⁴⁸ Overigens wordt in het raam van de Belgische fiscale antimisbruikmaatregelen ook door verschillende auteurs vastgesteld dat het achterhalen van de 'doelstellingen' van de fiscale wet vaak een complexe aangelegenheid is. Zie *supra*, vn. 2815. Zie in dit verband tevens: T. AFSCHRIFT, "L'abus fiscale en matière d'impôts sur les revenus" in X. (ed.), *Apparences, simulations, abus et fraudes. Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2015, 122.

²⁹⁴⁹ Voorafg. Besl. 16 december 2014, nr. 2014.644, punt 31; Voorafg. Besl. 9 december 2014, nr. 2014.543, punt 6.

recht, maar in feite een burgerrechtelijk leerstuk is. In de fiscale rechtsleer wordt dan ook verwezen naar artikel 1321 BW, en tevens naar de burgerrechtelijke grondslag van de simulatieleer in het algemeen.²⁹⁵⁰ Hoger (*supra*, randnr. 1015) bleek evenzeer dat de toepassing van de simulatieleer op die grondslag door sommigen tevens in verband wordt gebracht met de vigerende verhouding tussen het fiscaal recht en het burgerlijk recht. Merk evenwel op dat in het Wetboek Registratierechten wel uitdrukkelijk wordt verwezen naar het veinzingsfenomeen in artikel 202 en artikel 203 W.Reg en (minder rechtstreeks²⁹⁵¹) in artikel 3.18.0.0.14. VCF.²⁹⁵² Echter, zelfs in het raam van deze artikelen wordt in de rechtsleer teruggegrepen naar de civielrechtelijke betekenis van het veinzingsbegrip in het Belgische recht.²⁹⁵³

Het voorgaande doet de vraag rijzen naar welk recht het al dan niet voorhanden zijn van simulatie moet worden beoordeeld, indien de voorhanden zijnde juridische infrastructuur niet gevormd wordt door het Belgische (burgerlijk) recht, maar door een buitenlands rechtsstelsel. Immers, indien de simulatieleer geen (autonom) leerstuk is dat zijn oorsprong vindt in het Belgische fiscaal recht, rijst de vraag op welke grondslag de Belgische variant van de simulatieleer dan zou kunnen worden toegepast op een situatie die wordt beheerst door een buitenlands rechtsstelsel door middel van een toepassing van het Belgische IPR.

²⁹⁵⁰ T. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Brussel, Larcier, 2003, 122 e.v. ("La simulation est une notion de droit civil qui ne fait l'objet d'aucune disposition légale spécifique au droit fiscal. [...] il convient dès lors de la définir, en droit fiscal, de la même manière qu'en droit civil."); B. PEETERS, "De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking", *AFT* 2010, afl. 3, 29 ("Veinzing of simulatie is een begrip uit het burgerlijk recht. Algemeen wordt aangenomen dat dit begrip in het fiscaal recht een eenzelfde betekenis moet worden gegeven als in het gemeen recht."); L. DE BROE, F. DEBELVA, "Basisprincipes van het Belgisch fiscaal recht" in L. DE BROE (ed.), *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Kluwer, 2017, 43 ("Veinzing ('simulatie') is een bijzondere vorm van belastingontduiking. In het fiscaal recht heeft veinzing geen andere betekenis dan in het burgerlijk recht"); T. AFSCHRIFT, "L'abus fiscale en matière d'impôts sur les revenus" in X. (ed.), *Apparences, simulations, abus et fraudes. Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2015, 211 ("La notion de la simulation relève de droit civil"), 217 ("La simulation ne fait l'objet d'aucune disposition légale spécifique en droit fiscal. Elle doit donc être définie dans cette matière, de la même façon qu'en droit civil, et ce en vertu du principe de la prééminence du droit civil sur le droit fiscal, consacré notamment par la Cour de cassation depuis son arrêt du 9 juillet 1931.").

²⁹⁵¹ In de VCF werd immers geen verwijzing opgenomen naar het veinzingsbegrip, in tegenstelling tot wat het geval is voor Hoofdstuk XI van het W.Reg. Aangezien aan de overeenstemmende bepalingen in beide wetboeken in beginsel dezelfde betekenis moet worden toegeschreven (zie *infra*, randnr. 1069 en 1110) is dit o.i. echter in beginsel van geen belang.

²⁹⁵² Zie hierover: A. CULOT, "La simulation en droits d'enregistrement" in X. (ed.), *Apparences, simulations, abus et fraudes. Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2015, 233 - 252; A. CULOT, "Les actes de la vie courante dans une optique de planification successorale" in X. (ed.), *La planification successorale - 2^e édition*, Limal, Anthemis, 2015, 12 - 13.

²⁹⁵³ A. CULOT, "La simulation en droits d'enregistrement" in X. (ed.), *Apparences, simulations, abus et fraudes. Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2015, 239.

1062. Bepaalde rechtsleer wijst in dit verband, en in het raam van een bespreking van de fiscale gevolgen van buitenlandse *trusts*, op een soms impliciete wijze naar het Belgische veinzingsbegrip.²⁹⁵⁴ GOYVAERTS verwijst in dit verband daarentegen zowel naar het op de *trust* van toepassing zijnde recht als naar het Belgische veinzingsbegrip en suggereert dat de *trust* beide testen zou moeten kunnen doorstaan.²⁹⁵⁵

1063. Ofschoon de rulingdienst hieromtrent (nog) geen uitdrukkelijk standpunt heeft ingenomen, kan in dit verband toch worden verwezen naar twee voorafgaande beslissingen die telkens betrekking hadden op een Liechtensteinse *Stiftung*.²⁹⁵⁶ In beide voorafgaande beslissingen werpt de DVB de vraag op of de *Stiftung* in kwestie al dan niet geveinsd is. Vooral verhelderend in dit verband is dat de DVB in beide gevallen verwijst naar criteria naar Liechtensteins recht teneinde deze vraag te beantwoorden.²⁹⁵⁷ In beide voorafgaande beslissingen concludeert de DVB dat “[u]it het geheel van de tot op heden voorgelegde documenten blijkt dat het telkens om een echte Familiestichting naar Liechtensteins recht gaat” (eigen onderlijning). Het voorgaande wijst erop dat de DVB van oordeel is dat het waarachtig en niet-gesimuleerd karakter van de *Stiftungen* in kwestie moet beoordeeld worden aan de hand van het Liechtensteinse recht. O.i. is dit ook terecht, aangezien beide rechtspersonen worden beheerst door het Liechtensteinse recht. Merk evenwel op dat zulks, althans voor rechtspersonen, in de regel veronderstelt dat de werkelijke zetel van deze rechtspersonen zich ook daadwerkelijk in het buitenland situeert, gelet op de toepassing van de zogeheten ‘werkelijke zetelleer’ in het Belgische internationaal privaatrecht.²⁹⁵⁸ Hierbij moet echter wel rekening worden gehouden met de Europeesrechtelijke principes inzake de vrijheid van vestiging, zoals deze blijken uit de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie.²⁹⁵⁹

Voor rechtsverhoudingen als *trusts*, dient echter geen rekening te worden gehouden met een ‘werkelijke zetelleer’, aangezien de internationaal

²⁹⁵⁴ S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 96; S. DE RAEDT, M. TRAEST, “To trust or not to trust”, *TFR* 2001, 966; S. DE RAEDT, “Fiscale aspecten van de trust” in X. (ed.), *Fiscaal Vermogensbeheer*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., Alg., Hfdst. II, 2, 101.

²⁹⁵⁵ G.D. GOYVAERTS, “The Tax Aspects of the Use of Foreign Trusts in Belgium for Private Wealth Purposes”, *Journal of International Tax, Trust and Corporate Planning* 2011, afl. 4, 272.

²⁹⁵⁶ Voorafg. Besl. 16 december 2014, nr. 2014.644; Voorafg. Besl. 9 december 2014, nr. 2014.543.

²⁹⁵⁷ Voorafg. Besl. 16 december 2014, nr. 2014.644, punt 34 – 35.; Voorafg. Besl. 9 december 2014, nr. 2014.543, punt 9 – 10.

²⁹⁵⁸ Zie artikel 110 WIPR.

²⁹⁵⁹ Zie algemeen: G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, 342 – 356; K. MARESCEAU, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 544p; H. DE WULF m.m.v. K. MARESCEAU, “Grensoverschrijdende zetelverplaatsingen en vrijheid van vestiging voor vennootschappen in de EU: wat kan nog en wat niet na recentste arresten van het Hof van Justitie?” in JURA FALCONIS, M. WYCKAERT, L. DE BROE (eds.), *Corporate Mobility in België en Europa*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 11 – 46, i.h.b. 24 - 28.

privaatrechtelijke benadering doorgaans de vrijheid laat voor het maken van een rechtskeuze van de *settlor*. In de plaats daarvan zou in concrete gevallen nog kunnen worden teruggevallen op de in het WIPR vervat liggende 'internationaliteitseis' (zie *supra*, randnr. 720). Nochtans bleek hoger evenzeer dat deze internationaliteitseis evenzeer dient te worden genuanceerd in het licht van het Europees recht inzake het vrij verkeer van vestiging en/of het vrij verkeer van kapitaal (zie *supra*, randnr. 722).

1064. O.i. dient de vraag of het formele bestaan van een trustverhouding daadwerkelijk overeenstemt met de onderliggende juridische realiteit zoals deze geldt in hoofde van een concrete Belgische belastingplichtige aldus te worden beantwoord aan de hand van het recht dat de trustverhouding beheerst. Een grondslag om de Belgische simulatieleer toe te passen bij het beantwoorden van de vraag of het formele bestaan een rechtsverhouding die ingevolge de toepassing van het Belgische IPR wordt beheerst door een buitenlands rechtsstelsel, overeenstemt met de juridische realiteit zoals deze in hoofde van de betrokken partijen geldt, ontbreekt dan ook.

Hoger (*supra*, randnr. 235 – 239) is overigens gebleken dat het Engelse recht overigens zelf een uitgebreide leer inzake *sham trusts* kent. De criteria om tot het bestaan van een *sham* te besluiten lijken op het eerste gezicht overigens niet fundamenteel te verschillen van de Belgische veinzingsleer. Toch bleek evenzeer dat de Engelse rechtbanken niet snel tot het bestaan van een *sham* oordelen. Afhankelijk van de recht dat van toepassing is op de trustverhouding in kwestie, zal het bestaan van een *sham* overigens steeds *in concreto* moeten worden getoetst aan de hand van het van toepassing zijnde trustrecht. Immers, enkel in dit rechtsstelsel zal een antwoord kunnen worden gevonden op de vraag of de rechtsverhouding in kwestie ook daadwerkelijk bestaat.

1065. Tot slot rijst nog de vraag of het Belgische IPR desgevallend de mogelijkheid open laat om het op de buitenlandse rechtsverhouding van toepassing zijnde recht opzij te schuiven ten voordele van een toepassing van het Belgische burgerlijk recht. In dat geval zou de Belgische veinzingsleer immers wel integraal kunnen worden toegepast. Welnu, een beroep op de internationaal privaatrechtelijke openbare orde²⁹⁶⁰, komt o.i. alvast niet in aanmerking. Veinzing is naar Belgisch burgerlijk recht immers niet verboden, zodat het moeilijk in te zien valt hoe de vraag of er veinzing voorhanden is, de internationale openbare orde zou aangaan. Een meer realistische optie vormt o.i. een beroep op het leerstuk van de wetsontduiking, op grond van artikel 18 WIPR. Hoger (*supra*, randnr. 621) werd echter het standpunt verdedigd dat ook deze leer met de nodige terughoudendheid dient te worden toegepast. In het geval er echter een rechtsverhouding voorhanden is die kenmerken vertoont van een *sham*, valt niet uit te sluiten dat de eigenlijke aanknopingspunten met het buitenlandse recht gering zullen zijn. Voor wat betreft *trusts* werd in dit verband reeds gewezen op de perspectieven die de 'internationaliteitseis' in dit verband biedt. In dit verband kan echter ook worden

²⁹⁶⁰ Zie artikel 21 WIPR.

gewezen op de zogeheten uitzonderingsclausule die vervat ligt in artikel 19 WIPR. Deze bepaling laat bij wijze van uitzondering²⁹⁶¹ toe om het door het WIPR aangewezen rechtsstelsel niet toe te passen indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat het voorliggende geval slechts een zeer zwakke band heeft met het aangewezen rechtsstelsel, maar zeer nauw is verbonden met het recht van een andere staat. Paragraaf twee leert echter dat de inhoud van het oorspronkelijke aangewezen recht geen voldoende reden vormt om een uitdrukkelijke rechtskeuze van de partijen opzij te schuiven. Aldus dient te worden besloten dat de mogelijkheden die door het WIPR worden geboden om het aangewezen trustrecht opzij te schuiven ten voordele van een toepassing van het Belgische recht, eerder beperkt is. Indien er echter daadwerkelijk een veinzingsconstellatie voorhanden is, kan evenwel niet worden uitgesloten dat er toch een nuttig beroep kan worden gedaan op één van de genoemde internationaal privaatrechtelijke aanvalsroutes. Het is immers niet ondenkbaar dat in de context van een gesimuleerde rechtsverhouding verschillende internationaal privaatrechtelijke aanknopingspunten werden gemanipuleerd. De eerder strakke internationaal privaatrechtelijke grendels onderstrepen evenwel o.i. terecht dat in concrete gevallen ook niet al te snel mag worden geconcludeerd dat er ook echt sprake is van simulatie.

²⁹⁶¹ Ook de MvT bij het WIPR leert dat artikel 19 WIPR slechts bedoeld is voor hoogst uitzonderlijke gevallen. Zie: MvT bij wetsvoorstel houdende het Wetboek van Internationaal Privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003 – 2004, nr. 3-27/1, 44.

III. Fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse trusts: registratie-, schenk- en erfbelastingen

A. Inleiding

1066. In dit hoofdstuk komen de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* door Belgische rijksinwoners aan bod, op het vlak van de registratie-, schenk- en erfbelastingen. De fiscale gevolgen die het gebruik van buitenlandse *trusts* ressorteert of kan ressorteren voor wat betreft de genoemde belastingen, vormt het voorwerp van een afzonderlijke bespreking omdat de Belgische wetgever en de onderscheiden decreetgevers ter zake (vooralsnog) geen bijzondere bepalingen met betrekking tot *trusts* hebben geïntroduceerd. In het inkomstenbelastingencontentieux is dit, sinds de invoering van de kaaimantaks, geheel anders. De fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* op het niveau van de inkomstenbelastingen zullen dan ook afzonderlijk worden onderzocht in het volgende hoofdstuk.

Het gevolg hiervan is dat de hoger geïdentificeerde *default rule* in principe volop speelt voor wat betreft de registratie-, schenk- en erfbelastingen. Hoger (*supra*, randnr. 1047) werd er overigens reeds op gewezen dat door bepaalde auteurs en zelfs door de federale rulingdienst wordt aanvaard dat deze belastingen vanuit hun aard nauw aansluiten bij de onderliggende (burgerrechtelijke) juridische realiteit.

Dit inzicht is van groot belang voor het beantwoorden van verschillende vragen naar de correcte fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts*. De fiscale aspecten spelen immers een zeer belangrijke – maar niet noodzakelijke de enige – rol in het privaat vermogensbeheer. Zo kan de vraag rijzen of een trustakte verplicht ter registratie dient te worden aangeboden. En indien zij wordt geregistreerd, is zij dan onderworpen aan het algemeen vast recht, of aan een ander tarief? Is er schenkbelasting verschuldigd wanneer een *settlor* bepaalde goederen onder trustverband brengt? Is er erfbelasting verschuldigd wanneer de *settlor* komt te overlijden, en zo ja, welke verhouding dient dan in aanmerking te worden genomen voor de bepaling van het toepasselijke tarief? Is er erfbelasting verschuldigd wanneer een *beneficiary* komt te overlijden?

1067. Bij het overschouwen van de rechtsleer, alsook de rechtspraak, rulings en administratieve beslissingen omtrent dit onderwerp, wordt alvast duidelijk dat er omtrent nagenoeg ieder (mogelijk) fiscaal gevolg dat het gebruik van buitenlandse *trusts* voor wat betreft de genoemde belastingen kan ressorteren, onenigheid en divergerende interpretaties bestaan. Daarbij kan tevens worden vastgesteld dat een groot deel van de rechtsleer die deze problematiek behandelt, dateert van vóór de inwerkingtreding van het WIPR. Bij gebreke aan bijzondere fiscale bepalingen die toelaten de band met de onderliggende juridische realiteit door te knippen of te substitueren voor een geheel autonome fiscaalrechtelijke kwalificatie van de betrokken juridische verhoudingen, rijst hier inderdaad het vermoeden dat de wortel van deze problematiek zich inderdaad in de civielrechtelijke sfeer bevindt.

Een correcte afleiding van de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* voor wat betreft de genoemde belastingen, dient inderdaad te zijn gesteund op een juridisch correcte analyse van de civielrechtelijke infrastructuur. De hier afgeleide fiscale gevolgen zullen dan ook geënt zijn op de civielrechtelijke infrastructuur van de *trust* die in Delen II en III van dit onderzoek werd onderzocht. Deze enting wordt op haar beurt verantwoord door de conclusies die konden worden getrokken uit het onderzoek naar de verhouding tussen het fiscaal recht en het burgerlijk recht, dat in het vorige hoofdstuk aan de orde kwam.

1068. Aangezien hier de fiscale *gevolgen* van het gebruik van buitenlandse *trusts* centraal staan, worden fundamentele beschouwingen omtrent de aard en/of het wezen van de registratie-, schenk- en erfbelastingen hier verder achterwege gelaten. Slechts in het geval dat zij rechtstreeks relevant zijn om de voorliggende vraag te beantwoorden, worden zij mee in overweging genomen. Tot slot dient er nog op te worden gewezen dat het binnen het bestek van dit onderzoek onmogelijk is om de fiscale gevolgen van elke mogelijke hypothetische trustverhouding in de analyse te betrekken. De verder besproken gevolgen hebben in dit verband tevens een exemplatieve functie, daar zij tegelijkertijd een methode aanreiken op basis waarvan de fiscale gevolgen voor andere (mogelijke) (*trust*)verhoudingen kunnen worden afgeleid.

De te hanteren methode is in dit verband steeds dezelfde. Bij gebreke aan bijzondere fiscaalrechtelijke bepalingen die welomschreven fiscale gevolgen aan het gebruik van buitenlandse *trusts* koppelen, dient te worden teruggevallen op de bestaande fiscale wetsbepalingen, met inbegrip van de bestaande fiscale fictiebepalingen. Noteer dat daarbij ook de aard van de fiscale bepalingen in kwestie in het achterhoofd moet worden gehouden. Dit impliceert dat de hoger (*supra*, randnr. 1054) uiteengezette interpretatiemethoden die eigen zijn aan het fiscaal recht, onverkort van toepassing zijn. Voor fiscale fictiebepalingen impliceert dit dat de wetsbepalingen in kwestie restrictief dienen te worden geïnterpreteerd (zie *infra*, randnr. 1115 en 1143). Vervolgens dienen de in de fiscale wetsbepalingen aangereikte aanknopingspunten te worden geïdentificeerd. Tot slot moet worden nagegaan of de trustverhouding in kwestie beantwoordt aan de gegeven aanknopingspunten. Voor wat betreft deze laatste analyse dient dan te worden vertrokken vanuit het recht dat van toepassing is op de trustverhouding, maar zoals zij vanuit Belgisch perspectief wordt begrepen. Dit laatste impliceert dat rekening moet worden gehouden met eventuele 'modificaties' die worden aangebracht door het Belgische IPR, zoals de 'metamorfose' van de *trust* naar een afgescheiden vermogen. Dit laatste gegeven is het gevolg van het feit dat het 'realiteitsbeginsel' *in fiscalibus* zich kan uitstrekken tot een buitenlandse juridische realiteit *via* het Belgische IPR (zie *supra*, randnr. 1039 – 1042).

B. Registratie- en schenkbelastingen

1. Algemeen

1069. De registratierechten (of 'registratiebelastingen') waren oorspronkelijk zuiver federale belastingen. Hierin is echter verandering gekomen door middel van opeenvolgende staatsvormingen, zodat de registratierechten vandaag zijn verworven tot goeddeels gewestelijke belastingen.²⁹⁶² Voor wat betreft het Vlaamse Gewest kan daarbij nog worden opgemerkt dat de federale belastingadministratie niet langer bevoegd is voor de 'dienst' van de erf- en registratiebelasting in het Vlaamse Gewest. De 'dienst' van deze belastingen werd op 1 januari 2015 overgenomen door de eigen belastingadministratie van het Vlaamse Gewest ('VLABEL').²⁹⁶³ Tegelijk werden de registratierechten (goeddeels) en successierechten (helemaal) ingepast in de nieuwe Vlaamse Codex Fiscaliteit ('VCF'). In de VCF wordt voortaan gesproken van 'registratiebelasting', 'schenkbelasting' en 'erfbelasting'. Deze taalkundige herformuleringen zouden evenwel niet de bedoeling hebben om de juridische draagwijdte van de bepalingen in kwestie aan te passen.²⁹⁶⁴ Verder zal blijken deze wijzigingen soms kennelijk toch juridische implicaties kunnen hebben, bijvoorbeeld in het raam van artikel 2.7.1.0.6. VCF (zie *infra*, randnr. 1130). Teneinde de leesbaarheid te faciliteren wordt in wat volgt verder de Vlaamse terminologie aangehouden.

1070. De gewesten zijn met name bevoegd voor wat betreft vier registratiebelastingen, te weten (in Vlaamse terminologie): de schenkbelasting, het verdeelrecht, het verkooprecht en het recht op de hypotheekvestiging. De gewesten zijn daarbij bevoegd om de heffingsgrondslag, de aanslagvoet en de vrijstellingen te bepalen.²⁹⁶⁵ Omwille van het gegeven dat VLABEL sinds 1 januari 2015 de dienst van deze belastingen heeft overgenomen, kan het Vlaamse Gewest tevens de noodzakelijke procedureregels vastleggen teneinde deze dienst ook daadwerkelijk te verzekeren.²⁹⁶⁶ De Vlaamse decreetgever heeft dan ook gebruik gemaakt van zijn bevoegdheid om de desbetreffende administratieve procedureregels vast te stellen.²⁹⁶⁷ Anderzijds is het van groot belang om op te merken dat bepaalde, relevante materies een federale bevoegdheid zijn gebleven. Met name de vragen omtrent welke akten aan registratiebelasting onderworpen zijn ('belastbare materie'), voor welke akten er een registratieformaliteit geldt en

²⁹⁶² F. WERDEFROY, *Registratierechten 2014 – 2015*, I, Mechelen, Kluwer, 2015, 12 e.v.

²⁹⁶³ Art. 10 Vlaams Decreet van 9 november 2012 houdende diverse bepalingen betreffende financiën en begroting, *BS* 26 november 2012, 71709.

²⁹⁶⁴ T. WUSTENBERGHS, A. PEETERS, *Handboek Registratierechten*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 3.

²⁹⁶⁵ Art. 3, 6° - 8° jo. art. 4, §1 van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en Gewesten ('Bijzondere Financieringswet'), *BS* 17 januari 1989, 850.

²⁹⁶⁶ Art. 5, §4 van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en Gewesten ('Bijzondere Financieringswet'), *BS* 17 januari 1989, 850.

²⁹⁶⁷ B. PEETERS, R. SMET, "De Vlaamse registratie- en erfbelasting: overzicht van de ontwikkelingen sinds 1 januari 2015", *AFT* 2015, afl. 12, 7.

de bepaling van het algemeen vast recht, worden nog steeds federaal geregeld. Aldus blijft het federale Wetboek Registratie-, Hypotheek en Griffierechten (W.Reg.) relevant voor het Vlaamse Gewest. Dit geldt uiteraard ook voor de registratierechten waarvoor het Vlaamse Gewest niet zelf bevoegd is.

1071. Tot slot passen in dit inleidend kader nog een tweetal afsluitende bemerkingen, die in wat volgt in het achterhoofd moeten worden gehouden.

Ten eerste kan worden opgemerkt dat de registratiebelasting een formaliteitsbelasting is. Het is in beginsel de formaliteit van de registratie die aanleiding geeft tot de heffing van de registratiebelasting.²⁹⁶⁸ De registratiebelastingen vormen ook een belasting op het rechtsverkeer onder de levenden.²⁹⁶⁹

Ten tweede moet nog worden opgemerkt dat het gegeven dat het hier goeddeels om gewestelijke belastingen gaat, aanleiding kan geven tot 'lokalisatieproblemen'. Het zal in de praktijk niet steeds gemakkelijk zijn om na te gaan welk gewest *in casu* bevoegd is. Toen de dienst inzake de registratiebelastingen nog voor het hele land werd verzekerd door de federale administratie, speelde deze problematiek ook al, en zij doet dat in dezelfde vorm nog steeds voor het Waalse Gewest en het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest. Hoewel de federale administratie bevoegd was – en voor de laatstgenoemde Gewesten nog steeds is – om de belasting te innen, deed de bestaande bevoegdheidsverdeling moeilijkheden rijzen voor wat betreft de bepaling van de toepasselijke regels alsook voor wat betreft de verdeling van de opbrengst van de belasting. In de Bijzondere Financieringswet kan daartoe een aantal lokalisatiecriteria worden aangetroffen.²⁹⁷⁰ De in de Bijzondere Financieringswet opgenomen criteria regelen evenwel niet ieder mogelijk geval, zodat er lacunes bleven bestaan. De federale administratie heeft deze lacunes opgevuld door middel van een circulaire.²⁹⁷¹ De Vlaamse decreetgever heeft deze lokalisatieregels vervolgens opgenomen in de VCF.²⁹⁷²

Zo is de toepasselijke regelgeving inzake schenkingen die van het gewest waarin de schenker zijn of haar fiscale woonplaats of zetel van werkelijke leiding heeft. Indien de schenker zijn of haar fiscale woonplaats/zetel van werkelijke leiding in de vijf jaren voorafgaand aan de schenking opeenvolgend in verschillende gewesten had, wordt de regeling van het gewest waar de schenker zijn of haar fiscale woonplaats/zetel van werkelijke leiding het langst had, van toepassing.

²⁹⁶⁸ Zie artikel 1 W.Reg. Echter, overeenkomstig artikel 8bis W.Reg. kan de Koning bepaalde categorieën van de in de artikelen 19, 1^o en 6^o, 26 en 29 bedoelde akten van de registratieformaliteit vrijstellen. Deze vrijstelling brengt evenwel geen ontheffing van de op deze akten toepasselijke rechten mee.

²⁹⁶⁹ F. WERDEFROY, *Registratierechten 2014 – 2015*, I, Mechelen, Kluwer, 2015, 7; T. WUSTENBERGHS, A. PEETERS, *Handboek Registratierechten*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 8 – 9.

²⁹⁷⁰ Art. 5, §2 Bijzondere Financieringswet, i.h.b. art. 5, §2, 6^o - 8^o.

²⁹⁷¹ Circ. nr. 12/2005 (AFZ 16/2005 – Dos. E.E./L 151) 20 oktober 2005.

²⁹⁷² Zie art. 1.1.0.0.2., elfde lid VCF.

In het geval de schenker geen Belgisch rijksinwoner is, en de schenking betrekking heeft op een in België gelegen onroerend goed, is de plaats van ligging van het onroerend goed doorslaggevend voor de bepaling van de bevoegde gewest.

In het geval van een schenking van roerende goederen door een niet-rijksinwoner aan een rijksinwoner, is de regeling van het gewest toepasselijk waar de begiftigde rijksinwoner zijn of haar fiscale woonplaats of zetel van werkelijke leiding heeft. Indien de begiftigde zijn of haar fiscale woonplaats/zetel van werkelijke leiding in de vijf jaren voorafgaand aan de schenking opeenvolgend in verschillende gewesten had, wordt de regeling van het gewest waar de begiftigde zijn of haar fiscale woonplaats/zetel van werkelijke leiding het langst had, van toepassing.

In het geval van een schenking van roerende goederen door een niet-rijksinwoner aan een begiftigde die evenmin rijksinwoner is, is de regeling van het gewest toepasselijk indien en wanneer deze schenking (vrijwillig) ter registratie wordt aangeboden in dat gewest.

In wat volgt, wordt op deze lokalisatieproblematiek niet meer verder ingegaan.

1072. In de hiernavolgende bespreking worden drie 'fases' in het bestaan van een trustverhouding onderscheiden, te weten de creatie van de trustverhouding, het opereren van de trustverhouding en de beëindiging van de trustverhouding. Voor elk van deze drie 'fases' zullen de fiscale gevolgen op het vlak van de registratiebelasting (m.i.v. de schenkbelasting) nader worden onderzocht. Het gaat hier uit zijn aard uitsluitend om trustaktes met betrekking tot *inter vivos trusts*. Voor *testamentary trusts* kan er geen sprake zijn van een registratie, aangezien overdrachten naar aanleiding van het overlijden slechts worden onderworpen aan de erfbelasting. De registratiebelasting treft immers, zoals gezegd, slechts het rechtsverkeer onder de levenden.

2. Creatie van de trust

a. Is de trustakte onderworpen aan een registratieplicht?

1073. Uit het voorgaande is gebleken dat de vraag welke akten verplicht registreerbaar zijn, nog steeds wordt geregeld door de bepalingen van het Wetboek der Registratie-, Hypotheek en Griffierechten. In artikel 19 W.Reg. is alvast geen bepaling opgenomen die op rechtstreekse of onrechtstreekse wijze naar een trustverhouding verwijst. Zulks is ook niet verwonderlijk, aangezien het Belgische recht de trustfiguur niet kent. Een trustakte is als zodanig of uit zijn aard aldus niet verplicht registreerbaar in België.²⁹⁷³ Dit geldt *a fortiori* indien de trustakte die in

²⁹⁷³ Eensluidend: M. QUAGHEBEUR, "Belgium. Trusts.", IBFD, 2015, nr. 2.2.1.1; J. MALHERBE, "Taxation of Trusts in Belgium" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 96; M. VANDENDIJK, C. HENDRICKX, "Angelsaksische trust. Gebruik in het kader van successieplanning voor Belgische rijksinwoners", *AFT* 2008, afl. 5, 14; S. DE RAEDT, "Fiscale aspecten van de trust" in X. (ed.), *Fiscaal Vermogensbeheer*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., Alg., Hfdst. II, 2, 91; P. DE PAGE,

het buitenland werd opgesteld of verleden.²⁹⁷⁴ De betrokken partijen kunnen de trustakte evenwel vrijwillig ter registratie aanbieden in België, teneinde aan de trustakte een vaste datum te verlenen, in zoverre dit wenselijk zou zijn.²⁹⁷⁵

1074. Op de principiële afwezigheid van enige registratieplicht dienen o.i. twee mogelijke uitzonderingen te worden aanvaard.

Ten eerste maakt artikel 19, 1^o W.Reg. melding van akten verleden voor (Belgische) notarissen.²⁹⁷⁶ In het zeer uitzonderlijke (of zelfs hypothetische) geval dat een trustakte zou worden verleden voor een Belgische notaris, is deze akte dan ook verplicht te registreren.

Ten tweede geldt luidens artikel 9, 2^o W.Reg. een registratieplicht voor akten waarbij de eigendom of het vruchtgebruik van onroerende goederen gelegen in België wordt overgedragen of aangewezen.²⁹⁷⁷ Indien de trustakte betrekking heeft op onroerende goederen, wordt zij aldus eveneens verplicht aan registratie onderworpen.²⁹⁷⁸ Het moet bovendien om een authentieke akte gaan, aangezien andere akten niet in aanmerking komen voor overschrijving in het hypotheekregister.²⁹⁷⁹ Zulks geldt o.i. uit een schriftelijke akte waaruit mogelijks een *declaration of trust* zou blijken (zie ook *supra*, randnr. 856).²⁹⁸⁰

"Le trust et certains mécanismes d'imposition indirecte", *Rec.gén.enr.not.* 2003, 439; P. FAES, "De trust in het Belgisch fiscaal recht: beproefd vertrouwen", *V&F* 1998, 293; A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 318; A. HAELTERMAN, "De trust in het fiscaal recht" in J. HERBOTS, D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst. Praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, 99.

²⁹⁷⁴ P. DE PAGE, "Évolutions récentes en matière d'enregistrement et de droits fiscaux de succession", *JDF* 2008, 96.

²⁹⁷⁵ K. DEMEYERE, "Fiscale behandeling van de trust" in A-L. VERBEKE, P. LALEMAN, H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Alternatieve vormen*, Gent, Larcier, 2009, 105; M. VANDENDIJK, C. HENDRICKX, "Angelsaksische trust. Gebruik in het kader van successieplanning voor Belgische rijksinwoners", *AFT* 2008, afl. 5, 15; S. DE RAEDT, M. TRAEEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 89; A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 318.

²⁹⁷⁶ Zie uitgebreid: F. WERDEFROY, *Registratierechten 2014 - 2015*, I, Mechelen, Kluwer, 2015, 151 - 157.

²⁹⁷⁷ Zie uitgebreid: F. WERDEFROY, *Registratierechten 2014 - 2015*, I, Mechelen, Kluwer, 2015, 165 - 176.

²⁹⁷⁸ Eensluidend: P. DE PAGE, "La fondation, le trust - Structures de transferts et de conservation de patrimoines" in N. BAUGNIET, J-F. TAYMANS (eds.), *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-La-Neuve, Academia Bruylant, 2008, 395.

²⁹⁷⁹ Artikel 2 Hyp.W.

²⁹⁸⁰ Zie algemeen over de registratieplicht en trusts: M. QUAGHEBEUR, "Belgium. Trusts.", *IBFD*, 2015, nr. 2.2.1.1; J. MALHERBE, "Taxation of Trusts in Belgium" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 96; M. VANDENDIJK, C. HENDRICKX, "Angelsaksische trust. Gebruik in het kader van successieplanning voor Belgische rijksinwoners", *AFT* 2008, afl. 5, 15; P. DE PAGE, "Évolutions récentes en matière d'enregistrement et de droits fiscaux de succession", *JDF* 2008, 96; S. DE RAEDT, "Fiscale aspecten van de trust" in X. (ed.), *Fiscaal Vermogensbeheer*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., Alg., Hfdst. II, 2, 91; M. DELBOO, S. NELIS, "Registratie- en successierechten in het kader van trust: stand van zaken n.a.v. recente beslissingen van de administratie", *Successierechten*, 2004 - 2005, afl. 3, 3; M.F. DE POVER, "Trust - Fiducie,

1075. In ieder van de gevallen waar, op verplichte of op vrijwillige basis, wordt overgegaan tot registratie van een trustakte, dient vervolgens te worden bepaald tot welke belastingheffing de daarin vervat liggende rechtshandeling(en) aanleiding geeft/geven. De registratiebelasting treft immers niet het geschrift (*instrumentum*) als zodanig, maar wel de rechtshandeling die daarin wordt vermeld.²⁹⁸¹ Voor wat betreft *trusts* impliceert dit vooral dat moet worden nagegaan of uit deze akte een schenking blijkt. In dat geval zou de registratie van de trustakte namelijk aanleiding geven tot de heffing van de schenkbelasting. Indien het daarentegen gaat om onroerende goederen, rijst de vraag of het 'verkooprecht' – vóór de introductie van de VCF werd gesproken over het 'mutatierecht' – van toepassing is. Indien uit de ter registratie voorgelegde trustakte geen van beide categorieën belaste rechtshandelingen blijkt, is slechts het algemeen vast recht van 50 EUR verschuldigd (art. 11 W.Reg.).

b. Het verkooprecht

1076. Het verkooprecht wordt gevestigd naar aanleiding van 'de registratie of verplichting tot registratie van akten of geschriften die als titel gelden van een overeenkomst houdende overdracht onder bezwarende titel van eigendom of vruchtgebruik van onroerende goederen' (art. 2.9.1.0.1. VCF/ cf. art. 44 W.Reg.). In het Vlaamse Gewest is in beginsel een tarief van 10% van toepassing (art. 2.9.4.1.1. VCF). In het Waalse Gewest en het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest gaat het in beginsel om een tarief van 12,5% (art. 44 W.Reg.). Uit de tekst van de wet blijkt echter steeds dat de rechtshandeling die in de te registreren akte vervat ligt, een rechtshandeling onder bezwarende titel moet zijn. Indien het daarentegen niet gaat om een rechtshandeling onder bezwarende titel, kan het verkooprecht niet van toepassing zijn. Dit gegeven is door de vernieuwde benaming ('verkooprecht') die aan de belasting wordt gegeven, nadrukkelijk in de verf gezet.

1077. De rechtsleer is verdeeld over het antwoord op de vraag of het verkooprecht *in casu* al dan niet geheven kan worden, wanneer een in België gelegen onroerend goed onder trustverband wordt gebracht.

Eenzijds zijn er auteurs die volhouden dat het *in casu* gaat om een overdracht onder bezwarende titel. Deze auteurs beschouwen de op de *trustee* rustende verplichtingen in feite als het *quid pro quo* voor de overdracht van het onroerend goed, zodat er toch een rechtshandeling onder bezwarende titel zou voorliggen.²⁹⁸²

Administratiekantoor, Fondation du Liechtenstein", *Rép.Not.*, IX, Livre VI, Brussel, Larcier, 2001, 77; P. FAES, "De trust in het Belgisch fiscaal recht: beproefd vertrouwen", *V&F* 1998, 293.

²⁹⁸¹ T. WUSTENBERGHS, A. PEETERS, *Handboek Registratierechten*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 8.

²⁹⁸² A. HAELTERMAN, "De trust in het fiscaal recht" in J. HERBOTS, D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst. Praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, 99; A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblio, 1992, 320.

Anderzijds zijn er auteurs die stellen dat de op de *trustee* rustende plichten geenszins kunnen worden beschouwd als de tegenprestatie voor de overdracht van het onroerend goed aan de *trustee*. Volgens deze visie verkrijgt de *trustee* het onroerend goed slechts met het oogmerk om diens taken als *trustee* met betrekking tot dit goed te kunnen vervullen. Bovendien zouden de op de *trustee* rustende verplichtingen in de regel geen voldoende evenwaardige tegenprestatie vormen om van een rechtshandeling onder bezwarende titel te spreken.²⁹⁸³

1078. Hoewel er in de visie van de *settlor* misschien wel een *quid pro quo* zou schuilen in de 'diensten' die de *trustee* als beheerder verricht (cf. 'de *trust deal*', *supra*, randnr. 322 – 334), vormen deze diensten juridisch beschouwd niet de tegenprestatie voor de overdrachtshandeling. Behoudens het geval waar de *settlor* zichzelf de daartoe noodzakelijke *powers* heeft voorbehouden, kunnen ook énkél de *beneficiaries* de *trustee* in rechte aanspreken voor wat betreft de vervulling van diens taken als *trustee*. De *trustee* legt voor wat betreft zijn of haar verplichtingen immers geen verantwoording af aan de *settlor*, maar principieel enkel aan de *beneficiaries*. Mede om deze reden werd hoger (*supra*, randnr. 682) geconcludeerd dat vanuit een *civil law*-perspectief er in beginsel slechts een translatieve overeenkomst tussen *settlor* en *trustee* nodig is, die uitdooft van zodra de overdracht van de goederen voltooid is, teneinde de trustverhouding te 'lanceren'. Economisch bekeken zou het voorwaar om een bedenkelijke ruil gaan. De *trustee* zou in die optiek verplichtingen aangaan ten aanzien van de *beneficiaries* van de trustverhouding in ruil voor het beheer van een onroerend goed, terwijl de *trustee* principieel wordt uitgesloten van de waarde (en van het genot) van dit onroerend goed. Zodoende heeft de *trustee* enkel de lasten, maar nooit de lusten van de genoemde transactie. Uit een analyse van de onderliggende juridische realiteit blijkt o.i. geen rechtshandeling ten bezwarende titel.

Overigens verkregen de meeste hedendaagse *trustees* wel een vergoeding voor het waarnemen van het trusteeschap.²⁹⁸⁴ Zelfs in de hypothese dat deze vergoeding door de *settlor* zelf wordt uitbetaald, en dus niet vanuit het onder trustverband gebrachte kapitaal en/of de trustinkomsten, blijkt duidelijk dat de overdracht van het onroerend goed als zodanig geen 'betaling' uitmaakt. Hoger (*supra*, randnr. 150) bleek overigens duidelijk dat een dergelijke vergoeding wordt betaald door de *settlor* op basis van een overeenkomst die een afzonderlijk bestaan leidt van de

Zie ook: M.F. DE POVER, "Trust – Fiducie, Administratiekantoor, Fondation du Liechtenstein", *Rép.Not.*, IX, Livre VI, Brussel, Larcier, 2001, 77; P. DE PAGE, "La fondation, le trust – Structures de transferts et de conservation de patrimoines" in N. BAUGNIET, J-F. TAYMANS (eds.), *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-La-Neuve, Academia Bruylant, 2008, 395 en de verwijzingen aldaar.

²⁹⁸³ S. DE RAEDT, "Fiscale aspecten van de trust" in X. (ed.), *Fiscaal Vermogensbeheer*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., Alg., Hfdst. II, 2, 92 – 93; S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 92 – 93; P. DE PAGE, "La fondation, le trust – Structures de transferts et de conservation de patrimoines" in N. BAUGNIET, J-F. TAYMANS (eds.), *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-La-Neuve, Academia Bruylant, 2008, 395 – 396.

²⁹⁸⁴ Zie *supra*, randnr. 150 en 315.

trustverhouding, doch er wel aan verwant is. De *trust* en de overeenkomst in kwestie leiden echter een afzonderlijk bestaan en mogen dus niet worden verward.

In beginsel zal o.i. daarom slechts het algemeen vast recht van 50 EUR verschuldigd zijn, indien de *settlor* een in België gelegen onroerend goed overdraagt aan de *trustee*, ongeacht de trustvorm in kwestie.²⁹⁸⁵

1079. Het voorgaande kan evenwel slechts als algemene stelregel worden beschouwd, aangezien steeds *in concreto* moet worden gekeken naar de trustakte zelf, alsook de daarin vervat liggende rechtshandelingen. Indien uit de trustakte (of andere daarmee verband houdende geschriften of afspraken) toch zou blijken dat er een goeddeels evenwaardig *quid pro quo* voorhanden is, zou er mogelijks toch sprake kunnen zijn van een rechtshandeling onder bezwarende titel. Bijvoorbeeld in het (waarschijnlijk zuiver hypothetische) geval dat een *trustee* zelf gebruik zou mogen maken van een onroerend goed dat onder trustverband werd gebracht.

c. De schenkbelasting

i. Analyse met betrekking tot het Belgische recht

1080. De schenkbelasting wordt gevestigd indien uit een ter registratie aangeboden akte een schenking van een roerend of een onroerend goed blijkt (art. 2.8.1.0.1. VCF/art. 131 e.v. W.Reg.).

Uit Deel III van voorliggend onderzoek is gebleken dat in het geval van (de oprichting) van een *trust*, er geen schenking onder de levenden voorligt (zie in het bijzonder, *supra*, randnrs. 660 e.v. en 932 e.v.). Het is onnodig deze analyse hier in zijn geheel te herhalen. Kort gesteld kon worden geconcludeerd dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen sprake zal kunnen zijn van een schenking op het ogenblik van de trustcreatie (of daarna) bij gebreke aan enige aanvaarding vanwege de *beneficiary*. In bepaalde, specifieke gevallen, kon soms wel gesproken worden van een 'gift' in de civielrechtelijke zin, maar daarom nog niet van een schenking.

Wel kunnen hier de verschillende standpunten die ter zake in de rechtsleer worden ingenomen, in de analyse worden betrokken.

1081. De rechtsleer die deze problematiek bespreekt, merkt doorgaans op dat enkel de *beneficiaries* in theorie in aanmerking komen om de begunstigde van de

²⁹⁸⁵ Zie de bronnen vermeld in de vorige voetnoot, alsook: P. DE PAGE, "Évolutions récentes en matière d'enregistrement et de droits fiscaux de succession", *JDF* 2008, 97; G.D. GOYVAERTS, "The Tax Aspects of the Use of Foreign Trusts in Belgium for Private Wealth Purposes", *Journal of International Tax, Trust and Corporate Planning* 2011, afl. 4, 285 – 286, die vermeldt dat dit tevens de visie van R. DEBLAUWE zou zijn. Zie tevens: A. CULOT, "Trusts et fondations privées. Transfert d'un immeuble située en Belgique" in N. BAUGNIET, J-F. TAYMANS (eds.), *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-La-Neuve, Academia Bruylant, 2008, 412.

hypothetische schenking vanwege de *settlor* te zijn.²⁹⁸⁶ Deze rechtsleer wijst echter op een gebrek aan aanvaarding vanwege de *beneficiaries* op het ogenblik van de trustcreatie.²⁹⁸⁷ Deze visie wordt overigens ondersteund door de federale administratie. In een administratieve beslissing van 20 december 2004 stelde de federale fiscale administratie één en ander voor als volgt²⁹⁸⁸:

"Bij de oprichting van een 'irrevocable discretionary trust' zullen geen schenkingsrechten verschuldigd zijn door de beneficiary (begunstigde) vermits de trustgoederen niet onmiddellijk en onherroepelijk in het vermogen van de beneficiary overgaan. Zo lang de beneficiary het voordeel van de trust niet heeft aanvaard, kan er van een schenking geen sprake zijn. Bij aanvaarding zal dan nog steeds rekening moeten worden gehouden met de aanwezigheid van een opschortende voorwaarde (uitstel van heffing tot de daadwerkelijke begunstiging).

Evenmin zal de trustee (beheerder) schenkingsrechten moeten betalen vermits hij niet als begunstigde kan worden aangemerkt. De in de trust ingebrachte goederen maken immers geen deel uit van zijn vermogen en er is allerm minst sprake van een verrijking in zijn hoofd."

1082. Merk op dat de federale administratie in deze wel ruimte openlaat voor de eventuele heffing van de schenkbelasting op het ogenblik dat de *beneficiary* van een dergelijke *trust* de begunstiging daadwerkelijk ontvangt. Deze hypothese wordt verder besproken, in het kader van de vraag of er mogelijks schenkbelasting verschuldigd kan zijn naar aanleiding van uitkeringen die geschieden tijdens het bestaan van de trustverhouding (*infra*, randnr. 1097 e.v.). Hoewel in de geciteerde administratieve beslissing enkel wordt gesproken van een *irrevocable discretionary trust*, is dezelfde analyse *mutatis mutandis* evenzeer geldig voor wat betreft andere trustvormen, zoals *revocable trusts* en *fixed trusts*. De administratie heeft het immers enkel over het gebrek aan aanvaarding. Dit kenmerk is zeker niet beperkt tot *irrevocable discretionary trusts*.²⁹⁸⁹

1083. Hoger werd geconcludeerd dat de trustverhouding zelf civielrechtelijk niet kan worden beschouwd als begunstigde van een schenking vanwege de *settlor* die de goederen onder trustverband heeft gebracht. Aan de *trust* komt immers geen rechtspersoonlijkheid en dus ook geen rechtssubjectiviteit toe. De 'metamorfose' tot een afgescheiden vermogen die de *trust* doormaakt als gevolg van het

²⁹⁸⁶ M. VANDENDIJK, C. HENDRICKX, "Angelsaksische trust. Gebruik in het kader van successieplanning voor Belgische rijksinwoners", *AFT* 2008, afl. 5, 15; S. DE RAEDT, "Fiscale aspecten van de trust" in X. (ed.), *Fiscaal Vermogensbeheer*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., Alg., Hfdst. II, 2, 94; S. DE RAEDT, M. TRAEEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 91.

²⁹⁸⁷ Zie de bronnen vermeld in de vorige voetnoot, evenals: P. DE PAGE, "La fondation, le trust - Structures de transferts et de conservation de patrimoines" in N. BAUGNIET, J-F. TAYMANS (eds.), *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-La-Neuve, Academia Bruylant, 2008, 394 - 395.

²⁹⁸⁸ Besl. E.E./100.383, 20 december 2004. Eveneens te raadplegen onder Repertorium RJ (Registratierechten, hypotheekrechten en griffierechten) onder nummer R131/17.01.

²⁹⁸⁹ Eensluitend: S. DE RAEDT, "Fiscale aspecten van de trust" in X. (ed.), *Fiscaal Vermogensbeheer*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., Alg., Hfdst. II, 2, 94.

internationaal privaatrechtelijk erkenningsproces verandert hier niets aan. Zoals hoger (*supra*, randnr. 335) werd aangegeven opereert de trustverhouding primair door middel van de rechtssubjectiviteit – dus de rechtspersoonlijkheid – van de *trustee(s)*.²⁹⁹⁰

De mogelijkheid dat de (*irrevocable discretionary*) *trust* de begunstigde zou kunnen zijn van een schenking, wordt door de fiscale administratie dan ook terecht niet verder overwogen. In een voorafgaande beslissing van 28 augustus 2012 expliciteert de DVB zijn standpunt dienaangaande met betrekking tot een Nederlands-Antilliaanse Stichting Particulier Fonds, een rechtsfiguur waaraan rechtspersoonlijkheid toekomt onder de eigen *lex societatis*: “*Het registratierecht, zoals het Belgisch recht in het algemeen, wordt nog steeds gekenmerkt door een hoge graad van typedwang die, uiteraard, gebaseerd is op de eigen, nationale, rechtscategorieën en rechtsfiguren. Inzake vennootschappen wordt er voor het registratierecht dan ook enkel rekening gehouden met 2 categorieën: rechtspersoonlijkheid of geen rechtspersoonlijkheid. [...] Voor het successierecht zal ongetwijfeld dezelfde redenering moeten worden toegepast.*”²⁹⁹¹ Hoewel het DVB het in dit verband slechts heeft over vennootschappen en stichtingen, geldt deze redenering o.i. evenzeer en onverkort voor *trusts*. Deze rechtsverhoudingen zijn doorgaans immers niet bekleed met rechtspersoonlijkheid, zodat zij voor wat betreft het Belgische fiscaal recht ook niet als een afzonderlijk bestaand rechtssubject in aanmerking kunnen worden genomen.

1084. Evenwel werd naar aanleiding van de inwerkingtreding van het WIPR door DE RAEDT en TRAEEST de idee geopperd dat een trustverhouding zelf mogelijks als legataris kon worden beschouwd voor wat betreft de successierechten.²⁹⁹² Desgevallend kon deze redenering ook worden uitgebreid tot de registratierechten. Deze auteurs stelden immers voorop dat het Wetboek Successierechten nergens expliciteerde dat de legataris een natuurlijke persoon of rechtspersoon diende te zijn. Andere auteurs gaven te kennen weinig te voelen voor dit idee.²⁹⁹³ Zij verwezen daarbij terecht naar het feit dat in het WIPR nergens blijkt dat aan *trusts* enige vorm van rechtspersoonlijkheid zou toekomen. De *trust* wordt vanuit een continentaalrechtelijk perspectief inderdaad beschouwd als een afgescheiden vermogen, dat niet is bekleed met rechtspersoonlijkheid. Overigens wordt in artikel 2.8.2.0.1. VCF expliciet geduid wie de belastingplichtigen zijn voor wat betreft de schenkbelasting: “*De belastingplichtige is de begiftigde. Bij inbreng om niet is de belastingplichtige de begunstigde rechtspersoon.*” Deze passage wekt o.i. de indruk dat wordt voortgeborduurd op de impliciete assumptie van de noodzaak aan het bestaan van rechtssubjectiviteit in hoofde van de belastingplichtige. In ieder geval is ‘de *trust*’ nooit de begiftigde en is een *common law trust* in de regel evenmin een

²⁹⁹⁰ A. HUDSON, *Equity and Trusts, 8th Edition*, Oxford, Routledge, 2015, 350.

²⁹⁹¹ Voorafg. Besl. 28 augustus 2012, nr. 2012.049, punt 42, 47.

²⁹⁹² S. DE RAEDT, M. TRAEEST, “Meer vertrouwen in de trust na het IPR-wetboek?”, *Fiscoloog* 2004, afl. 947, 1 – 5.

²⁹⁹³ M. DELBOO, S. NELIS, “Registratie- en successierechten in het kader van trust: stand van zaken n.a.v. recente beslissingen van de administratie”, *Successierechten*, 2004 – 2005, afl. 3, 8.

rechtspersoon. In artikel 3.10.3.1.1., §1 VCF wordt bovendien aangegeven dat belastingen die worden ingekohierd op naam van een natuurlijk persoon of een rechtspersoon, ten laste van die personen kunnen worden ingevorderd, wat de kennelijke vereiste dat de belastingplichtige een rechtssubject dient te zijn, verder onderstreept.

De beslissing van de federale administratie laat dan ook terecht slechts ruimte open voor het bestaan van een schenking in de verhouding tussen de *settlor* en de *beneficiary*. In het geval toch tot het bestaan van een schenking zou worden besloten in het geval dat de trustakte zou worden geregistreerd, dient dan ook slechts de verhouding tussen *settlor* en *beneficiary* in aanmerking te worden genomen teneinde het toepasselijke tarief inzake de schenkbelasting te bepalen (zie *supra*, randnr. 932 e.v.).

ii. Vergelijking met het Nederlandse recht

1085. Nochtans is de conclusie met betrekking tot het standpunt van DE RAEDT en TRAEEST kennelijk niet zo vanzelfsprekend als zij op het eerste gezicht mag lijken. In dit verband kan opnieuw worden gewezen op de 'novemberarresten' van de Nederlandse Hoge Raad van 18 november 1998 (zie *supra*, randnr. 604 e.v.).²⁹⁹⁴ Deze arresten hadden betrekking op Nederlandse *settlors* die *discretionary trusts* hadden opgericht naar het recht van Jersey en de Kaaimaneilanden. In de eerste twee zaken betreffende de *Jersey-trusts* had een Nederlandse *settlor* telkens een pakket aandelen ondergebracht in een *trust*. Deze overdracht ging echter vergezeld met een ontbindende voorwaarde. Indien op onherroepelijke wijze vast zou komen te staan dat er schenkbelasting zou zijn verschuldigd op de overdracht, zouden de aandelen terugkeren naar de *settlor*. *Beneficiaries* van de *trust* waren de afstammelingen van de *settlor* en een liefdadigheidsorganisatie onder de vorm van een stichting. De Nederlandse belastingadministratie had aan alle begunstigen van de *trusts* (met uitzondering van de *settlor*) een aanslag inzake schenkbelasting gevestigd. Bovendien had de inspecteur tevens een aanslag gevestigd ten laste van de *trusts* zelf. In de derde zaak was sprake van een *irrevocable discretionary trust* naar het recht van de Kaaimaneilanden. De *settlor* had zijn echtgenote, kinderen en toekomstige afstammelingen aangeduid als *beneficiaries*. Er was sprake van een *letter of wishes*, waarin de *settlor* zijn wens te kennen gaf om trustinkomsten toe

²⁹⁹⁴ Deze arresten wekten overigens ook in België een bijzondere interesse op, zie: R. DEBLAUWE, "De Nederlandse Hoge Raad doet uitspraak over discretionary trusts", *TFR* 1999, 271 - 277; L. DE BROE, "Hoge Raad over 'discretionary trust' & schenkingsrecht", *Fiscoloog Internationaal* 1999, afl. 182, 3 - 5.

Zie tevens: Hof Den Haag 22 juni 2000, No. 99/00351, vermeld in: X. AUERBACH, "Taxation of Trusts in the Netherlands" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 237 - 238.

Zie tevens: F. SONNEVELDT, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956*, Amersfoort, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, 2000, 108 e.v.; F. SONNEVELDT, M. VRIJMOED, "Estate planning in the Netherlands" in L-A. BASHA (ed.), *A Guide to International Estate Planning, 2nd Edition*, Chicago, ABA Publishing, 2014, 508.

te kennen aan diens echtgenote tot op het ogenblik van haar overlijden. In deze zaak werd door de administratie slechts een aanslag inzake schenkbelasting gevestigd ten laste van de *beneficiaries*.

De Hoge Raad stelde in dit verband vast dat de *settlers* zich *in casu* definitief verarmd hadden en alle beschikkingsmacht over de onder trustverband gestelde goederen hadden verloren. In de mate dat zij zelf *beneficiary* waren, hadden zij, net als de andere *beneficiaries*, niets meer dan een hoop of een verwachting om een voordeel te ontvangen uit de *trusts*. De *beneficiaries* konden daarom niet worden beschouwd als 'begunstigden' in de zin van de Nederlandse Successiewet 1956.

De *trustees* van hun kant, hadden volgens de Hoge Raad dan wel de 'eigendom' van de onder trustverband gebrachte goederen verkregen, maar zij werden geenszins door de *settlers* bevoorreed. Ook de *protectors* die *in casu* werden aangesteld konden geen voordeel uit de *trusts* verkrijgen, niettegenstaande zij bepaalde bevoegdheden hadden om bijkomende *beneficiaries* aan te duiden of bestaande *beneficiaries* te laten verwijderen.

Volgens de Hoge Raad was het echter een onbetwistbaar gegeven dat de *trusts* waren ingesteld met een vrijgevigheidsmotief en was gebleken dat *settlor* definitief was verarmd. Het enige wat kennelijk ontbrak was een persoon aan wie de bevoordeling kon worden toegerekend. De Hoge Raad stelde vervolgens dat de *trusts* konden worden beschouwd als een doelvermogen, niettegenstaande dat het niet ging om rechtspersonen.²⁹⁹⁵ Volgens de Hoge Raad was het begrip 'doelvermogen' een in het Nederlandse fiscaal recht bekend begrip, en moet dit 'doelvermogen' worden beschouwd als een zelfstandige entiteit. Volgens de Hoge Raad past het immers niet in het stelsel van de Successiewet 1956 dat een rijksinwoner zich uit vrijgevigheid ontdoet van diens goederen zonder dat dit zou leiden tot het heffen van schenkingsrecht. Uiteindelijk oordeelt de Hoge Raad dan ook dat bij oprichting van de *trusts* schenkingsrechten verschuldigd zouden zijn door de *trusts* aan het tarief dat geldt tussen niet-verwanten. Hetzelfde zou gelden indien de *settlor* tijdens het bestaan van de *trusts* nog goederen onder trustverband zou brengen. Als beheerder van de trustgoederen, zou de verplichting om de schenkbelasting te voldoen dan ook rusten op de *trustee*.

Opgemerkt weze nog dat bepaalde rechtsleer daarbij aangaf dat in het geval de *trustee* een uitkering zou verrichten aan de *beneficiaries*, dit aanleiding zou kunnen geven tot een herziening van de betaalde schenkingsrechten. Indien de oorspronkelijke 'schenking' aan de trustverhouding zou worden beschouwd als een schenking onder last, zou bij een uitkering van trustgoederen aan de *beneficiary* dan het geldende tarief in de verhouding tussen *settlor* en *beneficiary* van toepassing zijn. Naar aanleiding van de uitkering zou het door de *trustee* betaalde schenkingsrecht kunnen worden teruggevraagd op grond van artikel 53

²⁹⁹⁵ HR 18 november 1998, *BNB* 1999/35, i.h.b. r.o. 3.7 – 3.10.

Successiewet 1956.²⁹⁹⁶ In België kan een gelijkaardig standpunt worden ingenomen voor de fiscale gevolgen van *testamentary trusts* voor wat betreft de erfbelasting (zie *infra*, randnr. 1175 e.v.).

1086. Bij deze rechtspraak werden door verschillende Nederlandse auteurs kritische bedenkingen gemaakt. Zo komt het begrip 'doelvermogen' in feite niet voor in de Nederlandse Successiewet 1956²⁹⁹⁷, heeft de *settlor* nooit tot oogmerk gehad om de *trust* als zodanig te bevoordelen en wordt de *trust* als zodanig in feite ook niet bevoordeeld of verrijkt.²⁹⁹⁸ Ook lieten de arresten van de Hoge Raad bijzonder veel ruimte open voor handige fiscale planning.²⁹⁹⁹

1087. Het zij evenwel opgemerkt dat ingevolge de actuele stand van de fiscale wetgeving in Nederland, van heffing van schenkbelasting ten laste van de *trust* geen sprake meer zal zijn. Het voorgaande is te wijten aan de introductie van het zogeheten APV-regime (zie *infra*, randnr. 1103 e.v.).

Luidens artikel 17a Successiewet 1956 wordt de 'afzondering van vermogen'³⁰⁰⁰ in de zin van artikel 2.14a Wetboek Inkomstenbelasting 2001 niet aangemerkt als een (belastbare) verkrijging.³⁰⁰¹ Omwille van het feit dat het APV-regime een bijzonder fiscaal transparantieregime heeft geïntroduceerd voor 'afgezonderde particuliere vermogens' ('APV's'), wordt de persoon aan wie dit vermogen fiscaal wordt toegerekend niet geacht te zijn verarmd. Merk op dat deze regel slechts geldt in zoverre de *trust* in kwestie kan worden beschouwd als een APV, wat voor *fixed trusts* door bepaalde auteurs steeds sterk werd betwijfeld.³⁰⁰² De oprichting van

²⁹⁹⁶ T. HOOGWOUT, "Belastingheffing over trust en familiestichtingen in Nederland", *TEP* 2009, 331.

²⁹⁹⁷ F. SONNEVELDT, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956*, Amersfoort, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, 2000, 110.

²⁹⁹⁸ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 281 e.v.

²⁹⁹⁹ F. SONNEVELDT, "Een doelredenering rondom een doelvermogen: recente ontwikkelingen inzake de irrevocable discretionary trust", *WFR* 1999/14, 21; N. NOBEL, "De fiscale trustarresten. Een Pyrrusoverwinning voor de fiscus", *WPNR* 1999, 792; G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 289 – 291; F. SONNEVELDT, M. VRIJMOED, "Estate planning in the Netherlands" in L-A. BASHA (ed.), *A Guide to International Estate Planning, 2nd Edition*, Chicago, ABA Publishing, 2014, 508.

³⁰⁰⁰ Zie hieromtrent: F.H.G. BIEMANS, *Afgezonderde particuliere vermogens. Onderzoek naar de rechtsfiguur afgezonderd particulier vermogen in het Nederlandse fiscale recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 115 – 116.

³⁰⁰¹ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 419; F. SONNEVELDT, M. VRIJMOED, "Estate planning in the Netherlands" in L-A. BASHA (ed.), *A Guide to International Estate Planning, 2nd Edition*, Chicago, ABA Publishing, 2014, 509.

³⁰⁰² J.P. BOER, R.M. FREUDENTHAL, "De identiteitscrisis van de Anglo-Amerikaanse trust", *WPNR* 2009, 507 – 511; G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 414; E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 182 – 184.

In zijn proefschrift stelt BOER dat de situatie erg onduidelijk is, zie: J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 38.

een *fixed trust* zou volgens de Nederlandse rechtsleer dan toch een belastbare schenking kunnen uitmaken in de zin van artikel 1, lid 7 Successiewet 1956.³⁰⁰³ Een *discretionary trust* zal daarentegen per definitie wel gelden als een APV.

1088. De reden waarom de kwalificatie van een (volledige) *fixed trust* als APV zo moeilijk ligt, bestaat mede in de vrij ambigue standpuntnames die in de parlementaire voorbereiding van het APV-regime kunnen worden aangetroffen.³⁰⁰⁴ Enerzijds blijkt duidelijk dat de Nederlandse wetgever beoogde het 'heffingsvacuüm' te voorkomen dat ontstond in het geval van een afgezonderd discretionair 'doelvermogen', zoals bijvoorbeeld een zuivere *discretionary trust*. Anderzijds zijn er passages in de parlementaire voorbereiding die aangeven dat een *fixed trust* desgevallend toch onder het APV-regime zou kunnen worden gevat.³⁰⁰⁵

Ook de fiscaalrechtelijke definitie van het APV-begrip werpt geen licht in de duisternis. Uit artikel 2.14a Wet IB 2001 kan worden afgeleid dat elke *trust* in beginsel kan kwalificeren als APV, ware het niet dat het artikel vooropstelt dat in gevallen waar 'een economische deelgerechtigdheid' is ontstaan die tegenover de afzondering van het vermogen staat, er geen sprake is van een APV. In de Nederlandse rechtsleer bestaat er onenigheid over het antwoord op de vraag of een *equitable interest* in een *fixed trust* kan kwalificeren als een 'economische deelgerechtigdheid' in de zin van de Nederlandse wettekst.³⁰⁰⁶ Duidelijk was

Toch moet erop worden gewezen dat naar aanleiding van verklaringen van de Nederlandse Staatssecretaris van Financiën omtrent dit vraagstuk, er ook de visie kan worden verdedigd dat ook niet-discretionaire structuren, zoals *fixed trusts* onder het APV-regime zouden moeten kunnen vallen. Zie: J.P. BOER, "Het APV-regime: overzicht en actuele ontwikkelingen", *WPNR* 2013, 985.

Verdedigen dat het APV-regime ook van toepassing is op niet-discretionaire APV's: A.C.P. BOBELDIJK, A.E. DE LEEUW, "Het afgezonderd particulier vermogen in de Wet VPB 1969 en enige andere belastingwetten (deel 1)", *WFR* 2011, 910 – 911.

³⁰⁰³ G. GILLSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 470; E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 128 – 129, 184 – 185.

In de hypothese dat een *fixed trust* ontsnapt aan de toepassing van het APV-regime, gelden in beginsel dezelfde regels die voorheen ook van toepassing waren op *fixed trusts*, aangezien er voor dergelijke *trusts* fiscaalrechtelijk niets is veranderd. Ook vóór het APV-regime in werking trad, werd door bepaalde Nederlandse rechtsleer reeds verdedigd dat de overdracht van vermogen aan een *fixed trust* een belastbare schenking zou impliceren, zie: A.E. DE LEEUW, T.J.P. FOLMER, "Zwevende vermogens voldoende gevangen? Fiscale behandeling van doelvermogens onder de voorgestelde wijzigingen van de Successiewet en Wet IB 2001", *WFR* 2009/1135, nr. 2.2.

³⁰⁰⁴ Zie bv. J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 381; F.H.G. BIEMANS, *Afgezonderde particuliere vermogens. Onderzoek naar de rechtsfiguur afgezonderd particulier vermogen in het Nederlandse fiscale recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 114.

³⁰⁰⁵ Zie bv. Kamerstukken II 2008 – 2009, 31 930, nr. 3, 11; Kamerstukken II 2008 – 2009, 31 930, nr. 9, 82.

³⁰⁰⁶ Dit vormt ook meteen één van de belangrijkste redenen waarom verschillende Nederlandse auteurs divergerende standpunten ter zake verdedigen, zie: *supra*, vn. 3002 en vn. 3003.

Zie ook: J.P. BOER, noot onder HR 10 april 2015, *BNB* 2015/152 nr. 16.

alleszins wel dat onder dit begrip belangen in fondsen voor gemene rekening en aandelen in samenwerkingsverbanden, zoals personenvennootschappen, moet worden begrepen.³⁰⁰⁷

1089. In een arrest van 10 april 2015 oordeelde de Hoge Raad in dit verband nog dat er in het geval van een geheel niet-discretionaire entiteit zoals een *fixed trust*, geen toerekening van vermogen plaatsheeft onder het APV-regime.³⁰⁰⁸ De Hoge Raad bevestigt in dit arrest dat het begrip 'economische deelgerechtigdheid' beperkend moet worden geïntepreteerd, zodat *equitable interests* in een *fixed trust* er niet onder vallen.³⁰⁰⁹ De Hoge Raad komt echter op basis van een passage uit de wetsgeschiedenis van het APV-regime tot de conclusie dat dit fiscaalrechtelijk regime slechts geldt voor 'het discretionair deel' van het APV.³⁰¹⁰ *In casu* was daarvan echter geen sprake. Merk echter op dat de Hoge Raad, die oordeelt in cassatie, nergens uitdrukkelijk stelt dat de *trust* als geheel niet onder het toepassingsgebied van het APV-regime wordt gebracht.

Dit gegeven laat o.i. nog ruimte voor twee mogelijke interpretaties. Enerzijds kan worden betoogd dat de *trust* onder het toepassingsgebied van het APV-regime valt, maar verder geheel wordt uitgezonderd van de rechtsgevolgen die een dergelijke kwalificatie tot gevolg heeft. Anderzijds kan worden betoogd dat de volledige *fixed trust* in zijn geheel gewoon geen APV is, zodat deze ook niet onder het toepassingsgebied van dit fiscaalrechtelijke regime valt. Het antwoord op deze vraag zou mogelijks een rol kunnen spelen bij het antwoord op de vraag hoe met een gedeeltelijk *fixed*, gedeeltelijk *discretionaire trust* moet worden omgesprongen onder het APV-regime.³⁰¹¹ Het zou ons evenwel te ver leiden om hier een antwoord te formuleren op deze (Nederlandse) problematiek.

1090. Tot slot kan in dit verband nog worden gewezen op het bepaalde in artikel 4a, lid 1 Uitvoeringsregeling Inkomstenbelasting 2001. Deze bepaling luidt als volgt: "*Degene die als begunstigde een juridisch afdwingbaar recht heeft ten laste van een afgezonderd particulier vermogen, wordt in zoverre in de belastingheffing betrokken.*"

O.i. moet aan deze passage, gelet op het genoemde arrest van de Hoge Raad en de toelichting die bij dit artikel wordt gegeven³⁰¹², hieraan de volgende betekenis

³⁰⁰⁷ Kamerstukken II 2008 – 2009, 31 930, nr. 3, 54.

³⁰⁰⁸ HR 10 april 2015, *BNB* 2015/152 (met noot J.P. BOER); I.A. KOELE, "De reikwijdte van het APV-regime. Het mysterie ontrafeld?", *Vakblad Estate Planning* 2015-33, 5 – 9.

³⁰⁰⁹ HR 10 april 2015, *BNB* 2015/152 (met noot J.P. BOER), r.o. 2.4.2.

³⁰¹⁰ *Ibid*, r.o. 2.4.6.

³⁰¹¹ Dit wordt immers niet verduidelijkt door het arrest van de Hoge Raad, zie: J.P. BOER, noot onder HR 10 april 2015, *BNB* 2015/152, nr. 21.

³⁰¹² Besluit Staatssecretaris van Financiën, 31 december 2009, nr. DB2009-735M, *Scrt* 2009, 20549, 57 – 58: "*In het eerste lid van het ingevolge dit onderdeel per 1 januari 2010 in de Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001 op te nemen artikel 4a is een begrenzing aangebracht van de reikwijdte van artikel 2.14a van de Wet IB 2001. Voor zover iemand een juridisch afdwingbaar recht heeft ten laste van een APV, is geen sprake van een toe te rekenen afgezonderd particulier vermogen. Degene die een juridisch afdwingbaar recht heeft ten laste van een APV wordt voor dit recht zelf en de inkomsten daaruit in de belastingheffing*

worden toegeschreven. Deze bepaling veronderstelt het bestaan van een APV, en daarmee in feite ook het bestaan van een (gedeeltelijk) *discretionaire* structuur. Vanaf het ogenblik dat de begunstigde van het APV een recht uit dit APV verkrijgt, wordt deze uitkering belast als een schenking, aan het tarief dat geldt in de schenkbelasting tussen de persoon of personen aan wie het vermogen van het APV wordt toegerekend en de begunstigde (zie *infra*, randnr. 1005). Indien het gaat om een eenmalige uitkering van een som, dient gewoon de schenkbelasting te worden geheven en is daarmee de kous af. Indien de begunstigde echter een afdwingbaar recht verkrijgt ten aanzien van het APV, zoals het recht om op continue basis een inkomen te ontvangen, heeft dit verder ook consequenties voor wat betreft de Nederlandse inkomstenbelasting. Dit afdwingbaar recht, dat geldt als aanspraak ten aanzien van het APV, kan dan, afhankelijk van de aard daarvan, worden belast in box 1, 2 of 3 in de Nederlandse personenbelasting.³⁰¹³ Het gegeven dat een uitkering uit een APV wordt beschouwd als schenking, wordt verder (*infra*, randnr. 1003 e.v.) opgenomen.

iii. **Besluit**

1091. Concluderend kan dan ook worden gesteld dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen de trustcreatie aanleiding zal geven tot het verschuldigd zijn van schenkbelasting in België.³⁰¹⁴ Niet enkel is een trustakte die onder de levenden wordt verleden in beginsel niet onderworpen aan enige registratieplicht in België, maar tevens moet worden besloten dat uit die akte slechts zeer uitzonderlijk een schenking zal (kunnen) blijken. Iedere *beneficiary* zal immers uitdrukkelijk moeten aanvaarden vooraleer er van een schenking ten aanzien van die *beneficiary* sprake zal zijn, terwijl deze aanvaarding naar het recht van de *common law* en de daarop geïnspireerde trustsysteem normaliter niet vereist is.

betrokken. Het ingevolge artikel 2.14a van de Wet IB 2001 toe te rekenen vermogen wordt in zoverre verlaagd. Als deze stap is genomen, resulteert het discretionaire deel van het APV. Artikel 2.14a van de Wet IB 2001 beschrijft de hoofdregel hoe wordt omgegaan met het discretionaire deel van het APV: toerekening vindt plaats naar rato van de inbreng aan de persoon die vermogen in het APV heeft ingebracht (of aan diens erfgenamen). Zolang een ander dan de inbrenger geen concreet recht krijgt ten laste van het APV, blijft tijdens zijn leven het vermogen toegerekend worden aan de inbrenger. Zodra een begunstigde evenwel jegens een APV een concreet juridisch afdwingbaar recht krijgt, wordt een schenking aan de begunstigde geconstateerd die daarvoor wordt belast. De begunstigde wordt vervolgens voor het recht zelf en de inkomsten daaruit betrokken in de heffing van inkomstenbelasting. De wijze waarop dit gebeurt is afhankelijk van de aard van het recht en de aard van de inkomsten. Bij de inbrenger wordt in zoverre niet meer geheven: het recht van de begunstigde is een schuld van de inbrenger. Bij overlijden van de inbrenger worden de vermogensbestanddelen van het APV, onder aftrek van de voormelde schuld aan de begunstigde, geacht tot de nalatenschap van de inbrenger te behoren. De erfgenamen worden pro rata belast voor de fictieve verkrijging krachtens erfrecht."

³⁰¹³ F.H.G. BIEMANS, *Afgezonderde particuliere vermogens. Onderzoek naar de rechtsfiguur afgezonderd particulier vermogen in het Nederlandse fiscale recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 120.

³⁰¹⁴ Cf. R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops, 2015, 137.

Mochten de voorwaarden om over te gaan tot het opleggen van de schenkbelasting toch vervuld zijn bij de creatie van de trustverhouding, dient overigens nog een onderscheid te worden gemaakt tussen de situatie waar de *beneficiary* beschikt over een *fixed equitable interest*, dan wel over een *interest* in een *discretionary trust* of het discretionair gedeelte van een *mixed trust*. Hiertoe dient het tarief dat in de schenkbelasting geldt tussen *settlor* en de begunstigde in aanmerking te worden genomen.

Uit de hoger (*supra*, randnr. 1081) geciteerde administratieve beslissing valt af te leiden dat in de laatstgenoemde situatie pas kan worden overgegaan tot de heffing van schenkbelasting indien en wanneer de *beneficiary* een voordeel ontvangt. Zelfs indien de *beneficiary* diens potentiële bevoordeling onder de *trust ab initio* heeft aanvaard, dient aldus rekening te worden gehouden met het voorhanden zijn van een 'opschortende voorwaarde'. Principieel 'aanvaardt' de *beneficiary* in dat geval niet meer dan een hoop om te worden begunstigd. In het geval van een *discretionary trust* is in beginsel aldus geen ruimte voor de heffing van schenkbelasting op het ogenblik van de trustcreatie, aangezien de *beneficiary* in beginsel niet gerechtigd wordt op enig voordeel. Overigens dient de oorspronkelijke *settlor* aan wie de schenking wordt toegerekend nog te leven op het ogenblik dat de aanvaarding vanwege de *beneficiary* plaatsheeft.³⁰¹⁵

A contrario geldt het voorgaande niet voor *beneficiaries* die over een *fixed equitable interest* beschikken. Indien zij beschikken over een afdwingbaar vorderingsrecht ten aanzien van de *trustee* zou in die gevallen o.i. meteen schenkbelasting verschuldigd zijn. In dit geval is het immers zeker dat de *beneficiary* een bevoordeling uit de *trust* zal ontvangen, zodat er geen sprake is van een 'opschortende voorwaarde', zoals in het geval van een *discretionary trust*. In beginsel is het *equitable interest* overdraagbaar zodat het een bepaalde kapitaalwaarde voor de *beneficiary* vertoont. Dat er met zekerheid een bevoordeling vanuit de *trust* zal volgen in de toekomst, geeft aan dat we, bekeken vanuit een Belgisch perspectief, veeleer te maken hebben met een opschortende termijn. In dergelijke gevallen is het evenredige schenkingsrecht meteen opeisbaar.³⁰¹⁶ Voor wat betreft de belastbare grondslag van de schenkbelasting dient dan rekening te worden gehouden met de schattingsmethoden en berekeningscoëfficiënten die gelden voor renten, pensioenen, vruchtgebruik en blote eigendom in de VCF en het W.Reg., al naar gelang de inhoud van het *equitable interest* in kwestie.³⁰¹⁷

1092. Los van het voorgaande kan hier nog worden gewezen op het zeer bijzondere geval van de *declaration of trust*. Hoger (*supra*, randnr. 216 en randnr. 773 e.v.) werd in dit verband opgemerkt dat er in dergelijke gevallen geen

³⁰¹⁵ P. DE PAGE, "Le trust et certains mécanismes d'imposition indirecte", *Rec.gén.enr.not.* 2003, 439.

³⁰¹⁶ Zie bv. T. WUSTENBERGHS, A. PEETERS, *Handboek Registratierechten*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 264.

³⁰¹⁷ A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblio, 1992, 319.

voorafgaande overdracht van onder trustverband te brengen goederen geschiedt, aangezien de *settlor* zichzelf aanduidt als *trustee*. Er komt in dat geval wel een rechtstreekse verhouding tot stand tussen de *settlor/trustee* en de *beneficiaries*. In het geval dat de *declaration of trust* leidt tot het ontstaan van een *fixed trust* weten de onderscheiden *beneficiaries* in beginsel wat zij zullen ontvangen. In dergelijke gevallen kan, mits er sprake is van aanvaarding, dan ook worden besloten tot het bestaan van een schenking, die dan ook aan schenkbelasting kan worden onderworpen, indien wordt overgegaan tot registratie. De hypothese van een *discretionary trust* wordt verder (*infra*, randnr. 1106) besproken.

3. Tijdens het bestaan van de *trust*

a. Het verkooprecht

1093. Indien tijdens het bestaan van een trustverhouding een in België gelegen onroerend goed zou worden overgedragen door de *trustee* aan een *beneficiary*, valt deze eigendomsoverdracht te situeren in een 'interne verhouding' van de *trust*, waarbij de *trustee* handelt op basis van de bepalingen van de trustakte. Er is in deze verhouding aldus geen sprake van een overdracht van een onroerend goed onder bezwarende titel.³⁰¹⁸ Hiermee ontbreekt een fundamentele voorwaarde om tot de heffing van het verkooprecht te kunnen overgaan. O.i. is er dan ook geen verkooprecht verschuldigd. Bij registratie van de akte houdende eigendomsoverdracht van het onroerend goed van de *trustee* naar de *beneficiary* kan o.i. slechts het algemeen vast recht verschuldigd zijn.

1094. In dit verband dient evenwel te worden verwezen naar een interessante voorafgaande beslissing van de DVB van 29 juli 2014.³⁰¹⁹ Een in België gelegen onroerend goed was door een vrouw ingebracht in een *trust*, waarvan zij zelf de *trustee* was. Oorspronkelijk voorzagen de bepalingen van de trustakte dat de stiefkinderen van de vrouw golden als *beneficiaries*. Het bleek echter dat de nicht van de vrouw het onroerend goed sedert enige tijd bewoonde en belangrijke kosten had gemaakt voor het behoud ervan. Wegens gezondheidsredenen was de vrouw niet meer in staat om het onroerend goed zelf te onderhouden. Vóór haar overlijden liet de vrouw enkele bepalingen van de trustakte wijzigen, ten gevolge waarvan haar nicht de begunstigde werd van de *trust* in plaats van haar stiefkinderen. De DVB leidde uit het gegeven dat de *settlor* zich deze bevoegdheid had voorbehouden af dat er sprake zou zijn van een *revocable trust*, wat o.i. op basis van deze informatie alleen nog niet met zekerheid kan worden vastgesteld.

Na het overlijden van de vrouw wensten de *trustees* het onroerend goed conform de bepalingen van de trustakte uit te keren aan de nicht, en daartoe een akte te

³⁰¹⁸ Eensluidend: M. DELBOO, S. NELIS, "Registratie- en successierechten in het kader van trust: stand van zaken n.a.v. recente beslissingen van de administratie", *Successierechten*, 2004 - 2005, afl. 3, 4; S. DE RAEDT, "Fiscale aspecten van de trust" in X. (ed.), *Fiscaal Vermogensbeheer*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., Alg., Hfdst. II, 2, 93

³⁰¹⁹ Voorafg. Besl. 29 juli 2014, nr. 2014.179.

laten verlijden voor een Belgische notaris. Daarbij rees echter de vraag naar de fiscale gevolgen die deze uitkering teweeg zou brengen.

Volgens de DVB kon het *in casu* niet gaan om een schenking, aangezien de *trust* in de ogen van de DVB een '*acte unilatéral*' betrof, en er geen sprake was van een aanvaarding vanwege de *beneficiary*, wat nochtans vereist is om te besluiten tot een schenking onder de levenden.³⁰²⁰

Interessant is verder nog dat de DVB vaststelde dat het onroerend goed het vermogen van de vrouw reeds had verlaten ten tijde van de trustcreatie. De eigendomsoverdracht was daarbij geschied naar Californisch recht. De DVB besloot: "*Il n'y a donc aucune base légale à l'impôt successoral.*"³⁰²¹

De DVB was daarentegen wel van oordeel dat het aanwijzen van de nicht als *beneficiary* van de *trust* door de vrouw, moest worden beschouwd als de uitvoering van een natuurlijke verbintenis. De daartoe noodzakelijke vereisten waren immers voldaan in de ogen van de DVB.³⁰²² Aangezien het onroerend goed werd overgedragen in uitvoering van een natuurlijke verbintenis besloot de DVB dat het *in casu* ging om een rechtshandeling onder bezwarende titel. Dit noopte tot de toepassing van artikel 44 W.Reg., zodat een mutatierecht van 12,50% kon worden opgelegd.

1095. Opvallend aan deze beslissing van de DVB is dat de DVB in summiere overwegingen (terecht) aanneemt dat er *in casu* geen sprake kan zijn van een schenking wegens gebrek aan aanvaarding in hoofde van *beneficiary* en evenzeer dat er geen erfbelasting verschuldigd is. Verder (*infra*, randnr. 1118 e.v.) zal nog worden teruggekomen op de fiscale gevolgen van het gebruik van *trusts* voor wat betreft de erfbelasting. Enigszins vooruitlopend op deze analyse moet er hier reeds op worden gewezen dat, in de hypothese waarbij artikel 8 W.Succ. zou zijn toegepast geweest op het voorliggende feitencomplex, er geen successierechten verschuldigd zouden zijn geweest. Het gaat in het geval van een onroerend goed immers niet om 'sommen, renten of waarden' in de zin van dit wetsartikel (zie *infra*, randnr. 1135). Bovendien lijkt de DVB zonder meer voorbij te gaan aan het gegeven dat de vrouw tot aan haar overlijden (mede) *trustee* was van de *trust* in kwestie. De vraag rijst aldus in hoeverre kan worden volgehouden dat de onder trustverband gebrachte goederen 'haar vermogen' werkelijk verlaten hebben. Als *trustee* hield de vrouw immers ook het fiduciair eigendomsrecht van het onroerend goed aan, zij het dat dit onroerend goed in het afgescheiden trustvermogen viel (zie *supra*, randnr. 816 e.v. en 890 e.v.).

Bovendien rijst o.i. de vraag of de DVB wel een correcte civielrechtelijke kwalificatie heeft gegeven aan het onderliggende feitencomplex. Aangenomen dat er inderdaad sprake is van de uitvoering van een natuurlijke verbintenis door de vrouw, is het toch niet zo dat zij het onroerend goed rechtstreeks aan haar nicht overdraagt.

³⁰²⁰ *Ibid*, nr. 19.

³⁰²¹ *Ibid*, nr. 20 – 21.

³⁰²² *Ibid*, nr. 23 – 24.

Veeleer ligt de uitvoering van de natuurlijke verbintenis door de vrouw o.i. in het wijzigen van de trustakte. De overdrachtshandeling wordt immers voltrokken door de nieuwe *trustees*, zodat de verbintenis op basis waarvan de uiteindelijke eigendomsoverdracht geschiedt, slechts tot stand komt tussen de *trustees* en de *beneficiary*. De DVB 'vermengt' hier aldus verschillende rechtsverhoudingen in het raam van de *trust*. De conclusie dient o.i. dan ook te zijn dat er in de rechtsverhouding tussen de nieuwe *trustees* en de *beneficiary* in kwestie geen sprake kan zijn van een overdracht van een onroerend goed onder bezwarende titel. De conclusie had o.i. evenwel anders kunnen luiden indien de vrouw zelf nog steeds *trustee* was geweest op het ogenblik van uitkering, aangezien de uiteindelijke overdracht van het onroerend goed rechtstreeks in het verlengde had gelegen van de uitvoering van de natuurlijke verbintenis door de vrouw zelf.

1096. Indien een *trustee* of de gezamenlijke *trustees* beslissen om een in België gelegen onroerend goed te verkopen in het raam van het waarnemen van hun beheerstaken, zal het verkooprecht wel verschuldigd zijn. In dergelijke gevallen treedt de *trustee* immers gewoon op als een (fiduciaire) eigenaar die een onroerend goed verkoopt aan een derde (zie *supra*, randnr. 847 e.v.).

b. De schenkbelasting

i. Analyse met betrekking tot het Belgische recht

1097. Hoger (*supra*, randnr. 1091 e.v.) werd vastgesteld dat er in beginsel geen schenkingsrechten verschuldigd zullen zijn bij de trustcreatie, aangezien er, eveneens in beginsel, geen sprake zal zijn van een schenking.

Nochtans heeft de federale fiscale administratie in een hoger geciteerde administratieve beslissing te kennen gegeven dat er volgens haar schenkingsrechten zouden zijn verschuldigd vanaf wanneer is vast komen te staan dat de *beneficiary* de bevoordeling onder de *trust* heeft aanvaard. De administratie heeft evenwel niet uitgesloten dat een dergelijke aanvaarding in de meeste gevallen gewoon niet plaatsheeft, zodat zij ook niet expliciet heeft onderkend dat het in elk geval om een uitzonderlijke hypothese gaat.

1098. De vraag of een uitkering van trustgoederen aan een *beneficiary* tijdens het bestaan van een *trust* aanleiding kan geven tot de heffing van schenkbelasting, is o.i. slechts relevant voor zover het geen *fixed trust* betreft. Hoger (*supra*, randnr. 1091) bleek immers dat in het uitzonderlijke geval dat er schenkbelasting verschuldigd zou zijn, deze bij een *fixed trust* in beginsel verschuldigd is vanaf het ogenblik van de trustcreatie, gesteld dat de *beneficiary* de bevoordeling onder de *trust* expliciet heeft aanvaard.

1099. Indien de *beneficiary* echter geen vorderingsrecht heeft ten aanzien van de *trustee*, en aldus niet beschikt over een *fixed equitable interest*, rijst nog de vraag of er kan worden gesproken van een schenking op het ogenblik dat de 'opschortende voorwaarde' in vervulling gaat. I.e. op het ogenblik waarop de

beneficiary daadwerkelijk een bevoordeling vanuit de *trust* ontvangt. Volgens bepaalde auteurs kan hiervan wel degelijk sprake zijn³⁰²³, zelfs voor wat eventuele uitkeringen van inkomen betreft.³⁰²⁴ Volgens QUAGHEBEUR zou in een dergelijk geval zelfs het tarief dat geldt tussen vreemden moeten worden toegepast, aangezien de bevoordeling afkomstig zou zijn van de *trustee*.³⁰²⁵ De stelling dat het hier om een schenking zou gaan, wordt echter niet unaniem gedeeld in de rechtsleer.³⁰²⁶

Opvallend is wel dat in het raam van de inkomstenbelastingen, de uitkering aan een *beneficiary* uit een *discretionary trust* door verschillende auteurs werd omschreven als een 'schenking' (*sic*), die weliswaar niet belastbaar was in de inkomstenbelastingen.³⁰²⁷ Noteer evenwel dat deze rechtsleer betrekking heeft op de situatie zoals deze bestond vóór de invoering van de kaaimantaks.

1100. Opvallend is tevens dat ook de DVB in het verleden reeds in deze zin heeft beslist in een voorafgaande beslissing van 16 december 2014.³⁰²⁸ *In casu* lag een structuur voor die door de jaren heen enkele keren was aangepast. Het gevolg was dat er zowel *trusts* als stichtingen in figureerden. De DVB stelde vast dat de *trusts* in kwestie "zowel in rechte als in feite" discretionair van aard waren (zie *infra*, randnr. 1145 e.v.).³⁰²⁹ Aldus werd aanvaard dat de *trustees* geheel autonoom beslisten over het verrichten van eventuele uitkeringen. De *trustees* overwogen om een Belgische private stichting toe te voegen als *beneficiary* naast de bestaande *beneficiaries*, om mogelijks niet-periodieke uitkeringen te doen. Opvallend is dat de DVB in dit verband te kennen gaf dat de uitkeringen door de *trustees* aan de Belgische private stichting of aan de Belgische *beneficiaries* in principe onder het schenkingsrecht zouden vallen. De DVB voegde daar wel aan toe dat schenkingen bij onderhandse akten niet verplicht registreerbaar zijn, en dat dergelijke akten buiten het toepassingsgebied van het schenkingsrecht vallen, tenzij zij vrijwillig ter registratie worden aangeboden.³⁰³⁰ In het geval van een schenking aan de *beneficiaries*-natuurlijke personen diende volgens de DVB het tarief van 7% voor schenkingen aan andere personen te worden toegepast, op basis van artikel 131, §2, 2° Vl.W.Reg. Voor schenkingen aan de Belgische private stichting diende

³⁰²³ M. QUAGHEBEUR, "Belgium. Trusts.", IBFD, 2015, nr. 2.3.1.; A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 319.

³⁰²⁴ A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 327.

³⁰²⁵ M. QUAGHEBEUR, "Belgium. Trusts.", IBFD, 2015, nr. 2.3.1.

³⁰²⁶ J. MALHERBE, "Taxation of Trusts in Belgium" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 93, 102.

³⁰²⁷ M. VANDENDIJK, C. HENDRICKX, "Angelsaksische trust. Gebruik in het kader van successieplanning voor Belgische rijksinwoners", *AFT* 2008, afl. 5, 16; S. DE RAEDT, M. TRAEEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 103; K. DEMEYERE, "Definitie van een trust" in A-L. VERBEKE, P. LALEMAN, H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Alternatieve vormen*, Gent, Larcier, 2009, 115; S. DE RAEDT, "Fiscale aspecten van de trust" in X. (ed.), *Fiscaal Vermogensbeheer*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., Alg., Hfdst. II, 2, 104; R. DEBLAUWE, "Trusts en inkomstenbelastingen", *TFR* 1990, 108.

³⁰²⁸ Voorafg. Besl. 16 december 2014, nr. 2014.644.

³⁰²⁹ *Ibid*, overw. 9.

³⁰³⁰ *Ibid*, overw. 53 – 55.

desgevallend het tarief van 5,50% te worden toegepast, op basis van artikel 140, eerste lid, 1° Vl.W.Reg.

1101. De beslissing van de DVB ligt in lijn met het hoger aangehaalde standpunt in de rechtsleer. Deze beslissing is evenwel bijzonder te noemen, aangezien de DVB met betrekking tot uitkeringen gedaan door (private) stichtingen, kennelijk zonder enige moeite aanvaardt dat geen schenkingsrechten zouden zijn verschuldigd, althans indien het gaat om uitkeringen die kunnen worden gekaderd binnen de doelstellingen van de stichting.³⁰³¹ De DVB maakte daarbij geen onderscheid tussen Belgische private stichtingen en gelijkaardige rechtsfiguren naar buitenlands recht, zoals een Liechtensteinse *Stiftung* of een Nederlands-Antilliaanse Stichting Particulier Fonds. De bevoegde entiteit van de Vlaamse belastingadministratie heeft evenwel reeds een tweetal voorafgaande beslissingen genomen met betrekking tot een Liechtensteinse *Stiftung* en een Nederlands-Antilliaanse Stichting Particulier Fonds, waarbij werd aangenomen dat uitkeringen door de *Stiftung* geacht werden te zijn verkregen door diens erfgenamen als een legaat op grond van artikel 2.7.1.0.6., §1, tweede lid VCF (i.e. een beding ten behoeve van een derde, en dus een onrechtstreekse schenking) omdat er telkens sprake was van een *letter of wishes*, die door de bevoegde entiteit van VLABEL o.i. onterecht per definitie als een bindende 'overeenkomst' werd beschouwd.³⁰³² Het is dus nog maar de vraag of de Vlaamse belastingadministratie de visie van de DVB in dit verband zal blijven aanhouden.

Wat daar ook van zij, het onderscheid dat door de (federale) DVB in dit verband werd gemaakt tussen *trusts* en stichtingen is frappant. Het enige door de DVB (onrechtstreeks) gehanteerde onderscheidingscriterium bestaat er kennelijk in dat aan stichtingen doorgaans rechtspersoonlijkheid toekomt, terwijl dit niet het geval is voor *trusts*. Dit is o.i. *in casu* evenwel geen doelmatig of pertinent criterium, aangezien een *trustee* van een *discretionary trust* die overgaat tot een uitkering van trustgoederen aan een *beneficiary* evenzeer handelt op basis van diens (fiduciaire) verplichtingen die uit de trustakte voortvloeien. Het criterium of aan de *trust* al dan niet rechtspersoonlijkheid toekomt, is hier irrelevant. Daaraan kan overigens nog worden toegevoegd dat de *trustee* zelf een rechtspersoon kan zijn, die er statutair toe gehouden is om op te treden als *trustee* en zodoende de bepalingen van de trustakte te eerbiedigen. Bij wijze van voorbeeld kan in dit geval

³⁰³¹ *Ibid*, overw. 56 (m.b.t. een Liechtensteinse *Stiftung*); Voorafg. Besl. 9 december 2014, nr. 2014.543, punt 38 - 44 (m.b.t. een Liechtensteinse *Stiftung*); Voorafg. Besl. 29 november 2011, nr. 2011.275, punt 29 (m.b.t. een Belgische private stichting); Voorafg. Besl. 16 december 2014, nr. 2014.593, punt 25 (m.b.t. een Belgische private stichting); Voorafg. Besl. 28 augustus 2012, nr. 2012.049, punt 55 - 62.

Zie tevens: R. DEBLAUWE, A. BIESMANS, "Ruling over uitkering uit een NA SPF: geen successierechten", *Successierechten* 2013, afl. 1, 4 - 6 (m.b.t. een Nederlands Antilliaanse Stichting Particulier Fonds).

Zie tevens: A. HAELTERMAN, R. NEYT, "De familiale stichting als instrument voor vermogensplanning (?)" in A.L. VERBEKE, F. BUYSSENS (eds.), *Notariële Actualiteit 2013 - 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 59.

³⁰³² Voorafg. Besl. (VLABEL) 27 juni 2016, nr. 16025; Voorafg. Besl. (VLABEL) 5 september 2016, nr. 16047.

worden verwezen naar twee andere voorafgaande beslissingen van de DVB waarin sprake was van een Belgische private stichting die kennelijk was opgericht om te fungeren als *trustee*.³⁰³³

Het doorslaggevende criterium dient o.i. te zijn of er in de juridische verhouding die in aanmerking wordt genomen sprake kan zijn van een schenking, wat op zijn beurt de aanwezigheid van een *animus donandi* impliceert. Een dergelijke *animus donandi* is inderdaad afwezig bij een stichting die slechts haar statutaire opdracht uitvoert³⁰³⁴, maar evenzeer bij een *trustee* die slechts handelt op basis van een trustakte.

Tot slot kan er in dit verband overigens nog op worden gewezen dat bepaalde uitkeringen aan derden onder de Belgische kaaimantaks, heden aan belasting worden onderworpen in de inkomstenbelastingen (zie *infra*, randnr. 1296 e.v.).

1102. Hoger (*supra*, randnr. 874 e.v.) werd vastgesteld dat de *equitable interests* van *beneficiaries* in beginsel als vermogensrechten kunnen worden beschouwd. Die kwalificatie impliceert dat de *beneficiaries* in beginsel een beschikkingsrecht hebben met betrekking tot hun *equitable interest*. Hierbij dient evenwel rekening te worden gehouden met de aard van het *equitable interest* zoals dit in de 'interne' trustverhouding bestaat. Gesteld dat het om een *equitable interest* gaat dat als vermogensrecht kan worden beschouwd en waarover een *beneficiary* vrijelijk kan (en mag) beschikken, is er o.i. geen reden waarom de *beneficiary* in kwestie niet zou kunnen overgaan tot een schenking van het *equitable interest*. Indien een dergelijke schenking plaatsheeft door middel van een in België verleden authentieke akte, zullen schenkingsrechten verschuldigd zijn. In dit verband werd vastgesteld dat de *equitable interests* o.i. steeds als roerende rechten moeten worden beschouwd (*supra*, randnr. 874). Het toepasselijke tarief zal dan ook steeds het tarief zijn voor de schenking van roerende goederen dat geldt in de verhouding tussen schenker en begiftigde.

ii. **Vergelijking met het Nederlandse recht**

1103. Hoger (*supra*, randnr. 1087) werd reeds aangehaald dat de afzondering van vermogen in een vermogensstructuur die door de Nederlandse fiscale

³⁰³³ Voorafg. Besl. 13 december 2011, nr. 2011.435, i.h.b. overw. 2; Voorafg. Besl. 7 juli 2009, nr. 900.189.

³⁰³⁴ En o.i. evenzeer wanneer de stichting haar statutaire opdracht niet zou eerbiedigen bij het doen van de uitkering. Een dergelijke overtreding van de prerogatieven van de stichting door de stichting zelf dient o.i. niet *ipso facto* fiscaal 'gesanctioneerd' te worden door middel van de heffing van schenkbelasting. Het voorgaande lijdt o.i. slechts uitzondering wanneer kan worden aangetoond dat de stichting louter een verlengstuk is van de wil van de stichter (of een ander persoon), die de stichting slechts aanwendt als een verlengstuk om een overdracht ten kosteloze titel aan een begunstigde te bewerkstelligen waarbij wél een *animus donandi* voorhanden is. In dergelijke gevallen dient evenwel de vraag te worden opgeworpen in hoeverre er geen sprake is van veinzing (zie *supra*, randnr. 1015 e.v. en 1061 e.v.).

wetgeving wordt beschouwd als een APV geen aanleiding geeft tot het heffen van schenkbelasting. Dit is een logisch gevolg van het gegeven dat het Nederlandse APV-regime, in tegenstelling tot de Belgische kaaimantaks, ook betrekking heeft op de Nederlandse schenk- en erfbelasting. De door het APV gegenereerde inkomsten en onderliggende vermogensbestanddelen worden onder het APV-regime immers fiscaal toegerekend aan de persoon die voor fiscale doeleinden wordt geacht de structuur te hebben opgericht, en na diens overlijden aan diens erfgenamen (zie *infra*, randnr. 1165). Indien deze benadering wordt doorgetrokken op het niveau van de schenkbelasting is de afzondering van de vermogensbestanddelen inderdaad een fiscaal non-event, aangezien de vermogensbestanddelen fiscaal worden behandeld alsof ze het (persoonlijke) vermogen van de oprichter nooit hebben verlaten.

De keerzijde hiervan is echter dat de heffing van schenkbelasting wél mogelijk wordt van zodra het APV een uitkering verricht aan begunstigden. Fiscaalrechtelijk is het dan immers alsof de begunstigde de bevoordeling rechtstreeks heeft verkregen van de persoon of personen aan wie de vermogensbestanddelen van het APV worden toegerekend.

1104. Uit de toepassing van artikel 17 Successiewet 1956 blijkt inderdaad dat al wat wordt verkregen van een APV, geacht wordt te zijn verkregen door schenking vanwege de persoon of personen waaraan de bezittingen en schulden van het APV worden toegerekend ingevolge de toepassing van artikel 2.14a Wet IB 2001. Uitzondering wordt evenwel gemaakt voor het geval het gaat om de (fictieve fiscaalrechtelijke) verkrijging van de vermogensbestanddelen van het APV door de erfgenamen van de inbrenger, ingevolge het overlijden van de inbrenger. In dit laatste geval gaat het luidens artikel 16 Successiewet 1956 vanuit een fiscaalrechtelijk perspectief om een verkrijging via erfrecht, zodat er in die gevallen erfbelasting is verschuldigd door de erfgenamen (zie *infra*, randnr. 1164 e.v.).

Daarbij moet nog worden opgemerkt dat de Successiewet 1956 géén uitzondering maakt voor APV's die naar Nederlandse maatstaven aan een reële belastingheffing worden onderworpen. Voor de toepassing van de Nederlandse inkomstenbelasting had dit gegeven wel belangrijke implicaties (zie *infra*, randnr. 1260).³⁰³⁵

Voorwaarde voor de toepassing van artikel 17 Successiewet 1956 is wel dat de persoon aan wie de vermogensbestanddelen van het APV fiscaal worden

³⁰³⁵ F.H.G. BIEMANS, *Afgezonderde particuliere vermogens. Onderzoek naar de rechtsfiguur afgezonderd particulier vermogen in het Nederlandse fiscale recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 124; G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 420 – 421. Zie nog: *infra*, vn. 3368

toegerekend (fictief³⁰³⁶) woonplaats heeft in Nederland op het ogenblik van de verkrijging door de begunstigde.³⁰³⁷

1105. Op basis van artikel 17 Successiewet 1956 wordt al wat door de begunstigde wordt verkregen uit een APV, fiscaal geacht te zijn verkregen door een schenking. Het gevolg is dat deze uitkering wordt onderworpen aan schenkbelasting. Voor wat betreft de bepaling van het toepasselijk tarief, volgt uit artikel 26a Successiewet 1956 dat de tarieven en vrijstellingen die gelden in de verhouding tussen de inbrenger (of diens erfgenaam of erfgenamen) en de begunstigten van toepassing zijn op de verkrijgingen uit een APV.

Indien de vermogensbestanddelen van het APV fiscaal aan meerdere personen worden toegerekend, heeft een uitkering aan een begunstigde tot gevolg dat er vanuit fiscaal perspectief meerdere schenkingen plaatsvinden. Er wordt dan immers geacht een afzonderlijke schenking voorhanden te zijn vanwege iedere persoon aan wie de vermogensbestanddelen van het APV worden toegerekend.³⁰³⁸ Zelfs indien er in de feiten maar sprake is van één uitkering, wordt deze dan fiscaalrechtelijk in afzonderlijke stukjes gekapt, waarbij elk stukje afzonderlijk vanuit fiscaal perspectief wordt beschouwd als een schenking die afkomstig is van een ander persoon, zodat voor elke schenking afzonderlijk het toepasselijke tarief en de toepasselijke vrijstellingen moeten worden vastgesteld.

Indien de vermogensbestanddelen van een *discretionary trust* bijvoorbeeld fiscaal worden toegerekend aan drie in Nederland wonende erfgenamen van de inmiddels overleden inbrenger, en de *trustee* van de *discretionary trust* doet uitkering aan een derde-*beneficiary*, die eveneens in Nederland woont, wordt de begunstigde geacht een derde van het totaal verkregen bedrag van de drie erfgenamen afzonderlijk bij wijze van schenking te hebben verkregen.

iii. **Besluit**

1106. Opnieuw moet worden geconcludeerd dat een uitkering van trustgoederen aan een *beneficiary* slechts in zeer uitzonderlijke gevallen aanleiding zal geven tot het heffen van schenkbelasting. Hoger (*supra*, randnr. 1080) werd verwezen naar Deel III van voorliggend onderzoek, onder de vermelding dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zal kunnen worden besloten tot het bestaan van een schenking in het geval van een trustverhouding.

Welnu, aan deze bemerking verandert in beginsel niets wanneer de *trustee* overgaat tot een uitkering van trustgoederen aan een *beneficiary*. Indien het

³⁰³⁶ Artikel 3, lid 1 Successiewet 1956 bepaalt in dit verband als volgt: "Een Nederlander die in Nederland heeft gewoond en binnen tien jaren nadat hij Nederland metterwoon heeft verlaten, is overleden of een schenking heeft gedaan, wordt geacht ten tijde van zijn overlijden of van het doen van de schenking in Nederland te hebben gewoond."

³⁰³⁷ E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 175 – 176.

³⁰³⁸ *Ibid*, 176.

overigens gaat om uitkeringen van trustgoederen tijdens het bestaan van de *trust*, dient o.i. een onderscheid te worden gemaakt tussen uitkeringen van oorspronkelijke trustgoederen en goederen middels *overreaching* of enige (andere) vorm van zaakvervanging in de plaats daarvan zijn gekomen, en uitkeringen van zuivere trustinkomsten. Geargumenteed kan worden dat enkel uitkeringen die volgens de *lex causae* gelden als uitkeringen van kapitaal, aan schenkbelasting zouden kunnen worden onderworpen. Verder (*infra*, randnr. 1139) zal nog blijken dat de federale DVB met betrekking tot de toepassing van de toenmalige successierechten o.i. terecht eenzelfde standpunt heeft ingenomen. Hoewel deze beslissing geen gewag maakt van de schenkbelasting, dient de hier verdedigde en de door de DVB gevolgde logica evenzeer op te gaan voor de schenkbelasting.

In de hypothese dat er toch een schenking voorhanden zou zijn, is het ogenblik van uitkering principieel slechts relevant voor *discretionary trusts* (zie *supra*, randnr. 1098). In het geval de *trustee* overgaat tot een daadwerkelijke uitkering, gaat de 'opschortende voorwaarde' die de *settlor* verbonden heeft aan de bevoordeling van de ontvangende *beneficiary* immers in vervulling. Op grond van artikel 2.8.7.0.2., §2 VCF/artikel 16 W.Reg. wordt de evenredige schenkbelasting slechts opeisbaar wanneer de voorwaarde in vervulling gaat. Het van toepassing zijnde tarief is het tarief dat van kracht was op het ogenblik van de trustcreatie, aangezien de evenredige schenkbelasting meteen opeisbaar zou zijn geweest indien het geen *discretionary trust* betrof. Het voorgaande geldt o.i. evenzeer in het geval de *discretionary trust* in kwestie zijn oorsprong vindt in een *declaration of trust*.

O.i. moet daarbij wel worden benadrukt dat het gegeven dat de *beneficiary* een bevoordeling vanwege enige trustverhouding ontvangt, niet per definitie impliceert dat er sprake zou zijn van een aanvaarding. Een dergelijke aanvaarding is voor *common law*-systemen overigens evenmin vereist op het ogenblik van de trustcreatie (zie *supra*, randnr. 665). Aangezien op dat ogenblik het vorderingsrecht ten aanzien van de *trustee* ontstaat bij *fixed trusts*, vloeit hier logischerwijze mee uit voort dat op het ogenblik dat een dergelijk vorderingsrecht ontstaat bij *discretionary trusts* evenmin een aanvaarding is vereist.

4. Bij de beëindiging van de *trust*

a. Het verkooprecht

1107. Indien bij de beëindiging van een trustverhouding een onroerend goed wordt uitgekeerd aan een *beneficiary* of terug in het vermogen van de *settlor* terechtkomt, is er o.i. geen verkooprecht verschuldigd. In dergelijke gevallen keert de *trustee* het onroerend goed uit, omdat met de beëindiging van de trustverhouding er geen juridische grondslag meer voorhanden is voor diens (fiduciair) eigendomsrecht. In beginsel zal er dus geen rechtshandeling onder bezwarende titel voorhanden zijn, behoudens bijzondere omstandigheden.

b. De schenkbelasting

1108. Indien is bepaald dat bij het einde van de trustverhouding goederen dienen terug te keren naar de *settlor*, is er opnieuw geen schenking voorhanden, zodat er geen schenkbelasting verschuldigd kan zijn. Deze overdracht van goederen aan de *settlor* geschiedt slechts omdat dit in de trustakte zo is voorzien, zodat er geen sprake kan zijn van een *animus donandi*. Overigens is het moeilijk denkbaar dat de *settlor* bij het opstellen van de trustakte een *animus donandi* zou vertonen ten aanzien van zichzelf. Dit geldt *a fortiori* indien de *settlor* beslist om de trustverhouding te beëindigen door middel van het uitoefenen van een *power* in die zin, in het geval van een *revocable trust*. In dat geval is de *trustee* zelfs niet op vrijwillige basis overgegaan tot de overdracht van de onder trustverband gebrachte goederen.

1109. Indien er bij de beëindiging van de trustverhouding goederen worden uitgekeerd aan de *beneficiaries*, zal dit eveneens geschieden omdat dit zo in de trustakte is voorzien, of omdat de *beneficiaries* bijvoorbeeld gebruik maken van hun (gezamenlijke) bevoegdheid om de trustverhouding te beëindigen onder de regel uit *Saunders v. Vautier* (zie *supra*, randnr. 232 - 233), indien deze regel geldt (cf. de Amerikaanse *Claffin-rule*, zie *supra*, randnr. 234). In geen van beide gevallen is o.i. principieel een schenking voorhanden.

Voor wat betreft de hypothese dat de *beneficiaries* niet zelf zijn tussengekomen in de beëindiging van de trustverhouding, geldt o.i. *mutatis mutandis* hetzelfde als wat in de vorige onderdelen aan bod kwam met betrekking tot de verschuldigdheid van enige schenkbelasting.

In de hypothese dat de *beneficiaries* zelf gebruik hebben gemaakt van hun prerogatieven om de trustverhouding te beëindigen, kan er o.i. *a fortiori* geen sprake zijn van een schenking in de verhouding tussen *trustee* en *beneficiaries*. Opnieuw moet worden vastgesteld dat de *trustee* in dergelijke gevallen niet vrijwillig overgaat tot een uitkering. Voor wat betreft de verhouding tussen de *settlor* en de *beneficiaries*, kan opnieuw worden verwezen naar het voorgaande.

C. De erfbelasting

1. Algemeen

1110. Net zoals het geval is voor de hoger (*supra*, randnr. 1070) genoemde registratiebelastingen, is de erfbelasting door opeenvolgende staatsvormingen verworpen tot een gewestbelasting. De gewesten zijn aldus bevoegd om de aanslagvoet, de heffingsgrondslag en de vrijstellingen te regelen.³⁰³⁹

³⁰³⁹ Art. 3, 4° *jo.* art. 4, §1 van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en Gewesten ('Bijzondere Financieringswet'), BS 17 januari 1989, 850.

Oorspronkelijk bleef de 'dienst' van de erfbelasting (of 'successierechten') verzorgd worden door de federale belastingadministratie. Echter, met ingang van 1 januari 2015 heeft VLABEL de dienst van de erfbelasting geheel overgenomen.³⁰⁴⁰ Net zoals het geval is voor de hoger vermelde registratiebelastingen, werd de juridische regeling omtrent de erfbelasting geïntegreerd in de VCF. Uit de memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet van 19 december 2014 valt af te leiden dat de Vlaamse decreetgever de materieelrechtelijke bepalingen die voorheen in het Wetboek Successierechten (W.Succ.) stonden, zoals dit van toepassing was in het Vlaamse Gewest, in beginsel intact heeft gelaten. De bepalingen werden echter wel taalkundig gestroomlijnd en aangepast aan de indeling die in de VCF wordt gehanteerd.³⁰⁴¹ Normaliter zou het voorgaande impliceren dat er van zou mogen worden uitgegaan dat de interpretatie van equivalente materieelrechtelijke bepalingen in de VCF in beginsel ongewijzigd zou blijven.³⁰⁴² In beginsel zou aldus een continuïteit van interpretatie kunnen worden verwacht. Eén en ander heeft VLABEL er evenwel niet van weerhouden om soms toch reeds standpunten en interpretaties te hanteren die afwijken van de klassieke interpretatie die daaraan werd gegeven door de federale administratie.³⁰⁴³ Op het procedurele vlak heeft de Vlaamse decreetgever evenwel verschillende belangrijke wijzigingen aangebracht. Bedoeling was immers om de procedureregels gelijk te schakelen met die van de andere belastingen die VLABEL int.³⁰⁴⁴

1111. De erfbelasting valt uiteen in het successierecht en het recht van overgang bij overlijden (art. 2.7.1.0.1. VCF/art. 1 W.Succ.). Het successierecht is daarbij verschuldigd op basis van het wereldvermogen van de erflater die rijksinwoner is, ongeacht waar de goederen zich ter wereld bevinden, onder aftrek van het in aanmerking te nemen passief (art. 2.7.3.2.1. VCF/art. 15 W. Succ.). Het recht van overgang wordt daarentegen gevestigd op basis van de belastbare waarde van de onroerende goederen van niet-rijksinwoners die in België gelegen zijn (art. 2.7.3.2.2. VCF/art. 18 W. Succ). Ook hier is een aftrek van schulden toegestaan, zij het dat slechts bepaalde schulden van bepaalde niet-rijksinwoners in aanmerking worden genomen (art. 2.7.3.4.1., tweede lid VCF; cf. art. 18 Br.W.Succ.).³⁰⁴⁵ Als passief van de nalatenschap van een erflater die geen rijksinwoner is, maar die zijn domicilie of de zetel van zijn vermogen binnen de Europees Economische Ruimte had, worden alleen de schulden aanvaard waarvan

³⁰⁴⁰ Art. 10 Vlaams Decreet van 9 november 2012 houdende diverse bepalingen betreffende financiën en begroting, *BS* 26 november 2012, 71709.

³⁰⁴¹ Ontwerp van decreet tot wijziging van de Vlaamse Codex Fiscaliteit van 13 december 2013, *Parl.St.* VI.Parl. 2014 – 2015, nr. 114/1, 4.

³⁰⁴² R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops, 2015, 10 – 11.

³⁰⁴³ Dit gegeven werd in de rechtsleer niet steeds enthousiast onthaald, zie bv: N. GEELHAND DE MERXEM, "Het minimum minimorum", *TEP* 2015, 444 – 448.

Zie tevens: D. DE GROOT, *Handboek successierechten*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 3.

³⁰⁴⁴ Ontwerp van decreet tot wijziging van de Vlaamse Codex Fiscaliteit van 13 december 2013, *Parl.St.* VI.Parl. 2014 – 2015, nr. 114/1, 3.

³⁰⁴⁵ Deze regeling is het gevolg van een arrest van het Europees Hof van Justitie, waar het Hof oordeelde dat de oude Belgische regeling, die geen aftrek van schulden toeliet in het raam van het recht van overgang, strijdig was met het vrij verkeer van kapitaal. Zie: HvJ C-11/07, *Eckelkamp*, *Jur.* 2008, I, punt 71.

de aangevers het bewijs leveren dat ze specifiek zijn aangegaan om de onroerende goederen te verwerven of te behouden.

1112. Het begrip 'rijksinwoner' wordt daarbij omschreven als "*de natuurlijke persoon die naargelang het geval op het ogenblik van zijn overlijden of op het ogenblik van de schenking binnen het Rijk zijn domicilie of de zetel van zijn vermogen heeft gevestigd of de rechtspersoon die op het ogenblik van de schenking binnen het Rijk zijn zetel van werkelijke leiding heeft gevestigd*" (art. 1.1.0.0.2., 18° VCF; cf. art. 1, tweede lid Br.W.Succ.). Onder 'domicilie' wordt in deze de feitelijke verblijfplaats van de overledene begrepen, ongeacht waar deze ingeschreven was in het bevolkingsregister.³⁰⁴⁶ Voor wat betreft het lokalisatiecriterium binnen België, moet worden gekeken naar het bepaalde in artikel 5, §2, 4° van de Bijzondere Financieringswet.³⁰⁴⁷ Indien de fiscale woonplaats van de overledene in de vijf jaar voor diens overlijden op meer dan één plaats in België gelegen was, dient de fiscale woonplaats te worden gelokaliseerd in het gewest waar de overledene in die vijf jaren het langst zijn fiscale woonplaats had.

Gelet op de afbakening van dit onderzoek (zie *supra*, randnr. 26 e.v.), wordt in wat volgt in beginsel enkel het successierecht nader onderzocht.

1113. Overeenkomstig artikel 2.7.1.0.1. VCF (cf. art. 2 W.Succ.) wordt het successierecht gevestigd op goederen die overgaan ingevolge het overlijden van een rijksinwoner. De erfbelasting is aldus in beginsel enkel verschuldigd op een verkrijging op basis van de wettelijke devolutie, een uiterste wilsbeschikking of een contractuele erfstelling (art. 2.7.1.0.2./art. 2 W.Succ.). Eén en ander dient overigens samen te worden gelezen met artikel 2.7.3.1.1., eerste lid VCF, dat bepaalt dat het successierecht wordt gevestigd op de waarde van alles wat wordt verkregen uit de nalatenschap van een rijksinwoner. Aldus wordt in de VCF voor wat betreft de bepaling van de belastbare grondslag rechtstreeks verwezen naar het erfrecht. In het Wetboek Successierechten lag een dergelijke verwijzing vervat in de tekst van artikel 2 zelf. Aldus kan in beginsel enkel hetgene dat wordt verkregen op één van de drie genoemde erfrechtelijke juridische grondslagen aanleiding geven tot de heffing van erfbelasting.

1114. De belastingplichtige in de erfbelasting is de persoon die erfgenaam, legataris of begiftigde is (art. 2.7.2.0.1. VCF). In de systematiek van de VCF is de erfbelasting evenwel tevens een kohierbelasting, wat impliceert dat de belastingplichtige tevens de persoon is die in het kohier wordt opgenomen. De belasting kan dan ook van de in het kohier opgenomen persoon worden ingevorderd (art. 3.2.1.0.1. jo. 3.10.3.1.1. VCF). Hoger (*supra*, randnr. 1084) werd reeds naar deze bepalingen verwezen, in het raam van de vraag of desgevallend een *trust* kan worden aangewezen als belastingplichtige in de erfbelasting. Het antwoord dient

³⁰⁴⁶ D. DE GROOT, *Handboek successierechten*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 6 – 9; R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops, 2015, 204 – 212.

³⁰⁴⁷ Art. 5, §2, 4° van de bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en Gewesten ('Bijzondere Financieringswet'), BS 17 januari 1989, 850.

gelijkluidend te zijn in het raam van de erfbelasting, aangezien het dezelfde wetsbepalingen betreft in de VCF. Hoger (*supra*, randnr. 1083) werd tegelijk aangegeven dat voor wat betreft het Waalse Gewest en het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest, het antwoord volgens de DVB tevens hetzelfde is. De DVB gaf daarbij meteen aan dat zijn redenering vermoedelijk ook zou opgaan voor wat betreft de successierechten, o.i. terecht.

Het belang van deze bepalingen valt bovendien te situeren in de context van de vraag of de Belgische (m.i.v. de Vlaamse) erfbelasting als een zogeheten 'vermogensbelasting' of als een 'verrijgingsbelasting' moet worden aangemerkt.³⁰⁴⁸ De erfbelasting die als vermogensbelasting moet worden beschouwd, wordt geheven op de nalatenschap zelf, waarbij niet zelden de erfboedel als belastingplichtige wordt aangemerkt.³⁰⁴⁹ Een voorbeeld hiervan vormt de Engelse *Inheritance Tax*. In het geval het gaat om een verrijgingsbelasting, vormt de verrijging door de erfgenamen van de erfgoederen het belastbaar feit. De belastingplichtigen zijn in dat geval doorgaans ook de erfgenamen zelf.³⁰⁵⁰ De Belgische erfbelasting vertoont kenmerken van beide systemen en wordt doorgaans dan ook beschouwd als een mengvorm.³⁰⁵¹

1115. De voorgaande algemene beschouwingen leren ons dat de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* voor wat betreft de erfbelasting in beginsel nagenoeg onbestaande zouden zijn voor verschillende courante trustvormen. Indien het gaat om een *inter vivos trust* zal de *settlor* bij leven in beginsel goederen hebben overgedragen aan een andere (rechts)persoon die als *trustee* optreedt. Indien de *beneficiaries* vervolgens trustgoederen ontvangen bij wijze van bevoordeling is er dan ook geen sprake van goederen die overgaan *door* het overlijden van een rijksinwoner. Civielrechtelijk gaat het helemaal niet om een erfovergang *ab intestato*, een legaat of een contractuele erfstelling.

Hierdoor rijst de vraag of in deze gevallen een nuttig beroep kan worden gedaan op één of meerdere fictiebepalingen die het Belgische erfbelastingrecht kent en waarvan hoger (*supra*, randnr. 1046) reeds gewag werd gemaakt. Het gaat hier om fiscale 'alsof-bepalingen', die ons verplichten een bepaalde (civielrechtelijke) verhouding fiscaal te behandelen alsof een andere (civielrechtelijke) verhouding voorlag. Het concrete gevolg van de fictiebepalingen is dat een principieel onbelaste overgang van goederen toch in de belastingheffing zal kunnen worden betrokken.

³⁰⁴⁸ B. VERDICKT, "De Amerikaanse *estate tax* en de Engelse *inheritance tax*. Het belang van het onderscheid tussen een vermogensbelasting en een verrijgingsbelasting", *Successierechten* 2016, afl. 6, 1 – 6.

³⁰⁴⁹ G. MAISTO, "General Report" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. 95b, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2010, 28 – 29.

³⁰⁵⁰ *Ibid.*

³⁰⁵¹ B. VERDICKT, "De Amerikaanse *estate tax* en de Engelse *inheritance tax*. Het belang van het onderscheid tussen een vermogensbelasting en een verrijgingsbelasting", *Successierechten* 2016, afl. 6, 3; R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops, 2015, 201. DE GROOT kwalificeert de erfbelasting evenwel als een verrijgingsbelasting, zie: D. DE GROOT, *Handboek successierechten*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 4.

Fiscaal is het immers *alsof* er een overgang *door* het overlijden voorhanden is. Deze gelijkstelling is echter zuiver fiscaal van aard en verandert niets aan de onderliggende civielrechtelijke realiteit.³⁰⁵² Fictiebepalingen maken aldus deel uit van het fiscaal recht, zodat zij, net als iedere fiscale norm, strikt dienen te worden geïnterpreteerd (zie *supra*, randnr. 1054).³⁰⁵³ Ook analogische en (al te verregaande) teleologische interpretaties zijn daarbij niet toegelaten. Daarbij dient o.i. nog te worden toegevoegd dat het bij fiscale fictiebepalingen uit hun aard gaat om uitzonderingsbepalingen, zodat zij o.i. zelfs op restrictieve wijze moeten worden geïnterpreteerd.³⁰⁵⁴ Het feit dat een fictiebepaling uit zijn aard restrictief moet worden geïnterpreteerd werd overigens ook aanvaard door de DVB.³⁰⁵⁵ Het voorgaande is belangrijk, aangezien de fictiebepalingen in het erfbelastingrecht niet in het bijzonder zijn geschreven met het oog om toepassing te vinden op buitenlandse *trusts*. Indien het blijkt dat de in de fictiebepalingen vervat liggende voorwaarden niet vervuld zijn, kunnen zij o.i. dan ook geen toepassing vinden op buitenlandse *trusts*.

1116. De vraag naar de toepassing van verschillende fictiebepalingen in de erfbelasting is een complexe aangelegenheid die opnieuw haar wortels vindt in de moeizame wijze waarop (de rechtsverhoudingen in het raam van het gebruik van) buitenlandse *trusts* op civielrechtelijk vlak kunnen of moeten worden gekwalificeerd. Immers, óók de fictiebepalingen maken doorgaans gebruik van allerlei begrippen van civielrechtelijke aard of oorsprong, die niet zelden dienen als fiscaalrechtelijke aanknopingspunten voor de heffing van erfbelasting. Dit is op zich logisch, aangezien zij tot doel hebben om bepaalde civielrechtelijke overgangen van goederen fiscaal te behandelen alsof het ándere civielrechtelijke overgangen van goederen betroffen. Het voorgaande verklaart dan ook waarom in de rechtsleer die de problematiek van de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* op het vlak van de erfbelasting behandelt, sterk divergerende standpunten kunnen worden aangetroffen. In de meeste gevallen komen auteurs tot verschillende fiscaalrechtelijke conclusies op basis van uiteenlopende civielrechtelijke uitgangspunten en kwalificaties. In wat volgt wordt uitgegaan van de civielrechtelijke kwalificatie van (de rechtsverhoudingen in het raam van het

³⁰⁵² Zie bv. D. DE GROOT, *Handboek successierechten*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 24.

Zie voor Nederland: G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 299.

³⁰⁵³ S. SEGIER, M. BENTLEY, "Le droit fiscal se fonde sur des réalités: une fiction?", *RGCF* 2009, afl. 5, 15.

³⁰⁵⁴ Zie ook bv.: N. GEELHAND DE MERXEM, "Glasheldere principes inzake de artikelen 108 en 7 W.Succ.", *TFR* 2011, 147; S. NUDELHOLC, "Modes d'utilisation de l'extranéité par les personnes physiques en vue d'alléger la charge des droits de succession" in CENTRE DE DROIT INTERNATIONAL, *Les paradis fiscaux et l'évasion fiscale*, Brussel, Bruylant, 2001, 143; K. MOSER, "Trusts and foundations in private wealth structuring – What do we learn from recent preliminary rulings?" in C. DOCCLO (ed.), *Alabaster – IFA 1938 – 2013*, Limal, Anthemis, 2013, 598.

³⁰⁵⁵ Zie bv: Voorafg. Besl. 16 december 2014, nr. 2014.644, punt 49 en 51; Voorafg. Besl. 9 december 2014, nr. 2014.543, punt 31 en 33: "Art. 8 W. Succ. moet restrictief worden geïnterpreteerd vermits het een fictieartikel betreft."

gebruik van) buitenlandse *trusts*, zoals zij in de vorige Delen van dit onderzoek werden onderzocht.

1117. In de hiernavolgende onderdelen worden eerst de fiscale gevolgen op het vlak van de erfbelasting onderzocht voor wat betreft het gebruik van *irrevocable inter vivos trusts*. Daarbij worden zowel de fiscale gevolgen van *fixed* en *discretionary trusts* in ogenschouw genomen. In het bijzonder zal daarbij worden onderzocht of en in hoeverre de fictiebepalingen in de erfbelasting toepassing kunnen vinden op dergelijke *trusts*.

Vervolgens wordt nagegaan welke de implicaties zijn van het gegeven dat het zou gaan om een *revocable trust* of een *testamentary trust*. Ook de hypothese dat de *settlor* zou zijn overgegaan tot een *declaration of trust* wordt daarbij in ogenschouw genomen.

Tot slot wordt kort ingegaan op het bijzondere geval dat een Belgische private stichting fungeert als *trustee* van een buitenlandse *trust* en de vraag naar de verschuldigdheid van de 'taks tot vergoeding der successierechten'. Het bestaan van een aantal voorafgaande beslissingen dat deze materie behandelt, duidt er immers op dat deze vraag in de praktijk soms rijst.

2. Irrevocable fixed en discretionary trusts

1118. In het geval van een *irrevocable inter vivos trust* zullen de door de *settlor* onder trustverband gebrachte vermogensbestanddelen het vermogen van de *settlor* nog gedurende diens leven verlaten hebben. Indien de *settlor* vervolgens komt te overlijden, kunnen de trustgoederen in beginsel dan ook niet meer op enige civielrechtelijke grondslag rechtstreeks aan de *settlor* worden toegerekend, zodat er een beroep moet worden gedaan op fiscale fictiebepalingen. *In casu* komt slechts een beperkt aantal fictiebepalingen in aanmerking om de onder trustverband gebrachte goederen in de erfbelasting te betrekken. In wat volgt zal dan ook worden ingegaan op de vraag of inderdaad een nuttig beroep kan worden gedaan op deze fictiebepalingen.

a. Artikel 2.7.1.0.5. VCF/artikel 7 W.Succ.

i. Betekenis van de wetsbepaling

1119. Artikel 2.7.1.0.5. VCF, dat de tekst van artikel 7 VI.W.Succ. bijna woordelijk heeft overgenomen, leest als volgt:

"§ 1. De goederen waarvan de bevoegde entiteit van de Vlaamse administratie het bewijs levert dat de erflater er kosteloos over beschikte gedurende de drie jaar vóór zijn overlijden, worden geacht deel uit te maken van zijn nalatenschap, tenzij de bevoordeling onderworpen is aan de schenkbelasting of het registratierecht op de schenkingen onder de levenden. De erfgenamen of legatarissen hebben een

verhaalsrecht ten aanzien van de begiftigde voor de successierechten die op die goederen voldaan zijn.

Als door de bevoegde entiteit van de Vlaamse administratie of door de erfgenamen en legatarissen bewezen wordt dat de bevoordeling toekwam aan een bepaalde persoon, wordt die als legataris van de geschonken zaak beschouwd.

Voor de toepassing van deze paragraaf wordt een bevoordeling waarvoor een vrijstelling van de schenkbelasting is toegepast, gelijkgesteld met een bevoordeling die aan de schenkbelasting of aan het registratierecht op de schenkingen onder de levenden is onderworpen.

§ 2. De termijn van drie jaar, vermeld in paragraaf 1, wordt evenwel op zeven jaar gebracht als het gaat om aandelen en activa als vermeld in artikel 2.8.6.0.3.

De termijn van zeven jaar, vermeld in het eerste lid, wordt teruggebracht tot drie jaar als de kosteloze beschikking dagtekent van voor 1 januari 2012."

Omwille van de leesbaarheid zal in wat volgt slechts worden verwezen naar artikel 2.7.1.0.5. VCF. *Mutatis mutandis* geldt het hiernavolgende echter in beginsel ook voor artikel 7 W.Succ., zoals dit nog in het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest en het Waalse Gewest van toepassing is, met uitzondering van de tweede paragraaf van de geciteerde wetsbepaling.

1120. Deze wetsbepaling, die een tandem vormt met artikel 2.7.3.2.5. VCF/artikel 108 W.Succ).³⁰⁵⁶, heeft tot doel om de heffing van successierechten te verzekeren over de roerende goederen die behoren tot het vermogen van de overledene. Artikel 2.7.3.2.5. VCF scheidt immers een wettelijk vermoeden dat goederen die vóór het overlijden aanwezig waren in het vermogen van de erflater, nog steeds tot diens vermogen behoren op de dag van overlijden. Aldus kan de fiscale administratie deze goederen in de erfbelasting betrekken op basis van dit wettelijk vermoeden. Het is vervolgens aan de erfgenamen om het tegendeel te bewijzen, namelijk dat de desbetreffende goederen nog gedurende het leven van de erflater zijn overgedragen aan één of meerdere derden of de erfgenamen zelf.³⁰⁵⁷ Indien zij in dit bewijs slagen, is het aan de administratie om te bewijzen dat er een schenking voorligt ten voordele van de verkrijger van het goed. In dat geval is de begiftigde erfbelasting verschuldigd, tenzij kan worden aangetoond dat de begiftigde registratiebelasting heeft betaald. Principieel is het immers zo dat wanneer er registratiebelasting betaald is over een overdracht van goederen, er bij het overlijden van de overdrager geen erfbelasting meer verschuldigd is.³⁰⁵⁸

³⁰⁵⁶ A. CULOT, *Manuel des droits de succession*, Brussel, Larcier, 2016, 116; J. DECUYPER, J. RUYSEVELDT, *Successierechten*, Mechelen, Kluwer, 2015, 144 – 145; N. GEELHAND DE MERXEM, "Glasheldere principes inzake de artikelen 108 en 7 W.Succ.", *TFR* 2011, 140, 145 – 146.

³⁰⁵⁷ A. CULOT, *Manuel des droits de succession*, Brussel, Larcier, 2016, 109.

³⁰⁵⁸ R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops, 2015, 15 – 16.

Artikel 2.7.1.0.5. VCF fungeert daarbij als een anti-*'in-extremis'*-maatregel, die beoogt te voorkomen dat de erflater kort voor diens overlijden (al) zijn roerende goederen zou wegschenken zonder daarop schenk- of erfbelasting te betalen.³⁰⁵⁹ Een schenking van roerende goederen door middel van handgift is bijvoorbeeld niet verplicht registreerbaar. Hoger (*supra*, randnr. 1074) werd evenwel aangehaald dat de overdracht van een in België gelegen onroerend goed wel verplicht dient te worden geregistreerd, zodat eenzelfde procedé onmogelijk was wat onroerende goederen betrof. In die zin scheidt artikel 2.7.1.0.5. VCF een *level playing field* tussen roerende en onroerende goederen.³⁰⁶⁰ Ook wordt daarmee vermeden dat de erflater die *in extremis* roerende goederen heeft weggeschonken fiscaal niet voordeliger wordt behandeld dan de erflater die dat niet heeft gedaan en op wiens erfgenenamens vervolgens de erfbelasting zal wegen.³⁰⁶¹

1121. Teneinde na te gaan of het onder trustverband brengen van goederen, of de trustverhouding zelf, onder de toepassingsfeer van artikel 2.7.1.0.5. VCF kan worden gebracht, is het eerst en vooral nodig om de toepassingsvoorwaarden van deze bepaling nader in ogenschouw te nemen. Uit de wettekst kan worden afgeleid dat er sprake moet zijn van:

- een 'kosteloze beschikking' van roerende goederen;
- die heeft plaatsgehad gedurende de laatste drie jaar van het leven van de erflater (of zeven jaar indien het gaat om aandelen of activa in een familiale onderneming in het Vlaamse Gewest);
- tenzij de bevoordeling werd onderworpen aan schenkbelasting of het registratierecht op de schenkingen onder de levenden.

De rechtsleer voegt hier nog een vierde toepassingsvoorwaarde aan toe: de begiftigde mag niet overleden zijn vóór de erflater.³⁰⁶²

ii. Toepassing op trusts

1122. De eerste en belangrijkste vraag die hier rijst, is deze naar de juiste interpretatie van het begrip 'kosteloze beschikking'. Bij het in ogenschouw nemen van de rechtsleer blijkt dat hierover onenigheid bestaat.

De meerderheidsvisie binnen de rechtsleer bestaat er in dat deze bepaling slechts van toepassing is op 'schenkingen'³⁰⁶³, i.e. op rechtshandelingen die naar Belgisch

³⁰⁵⁹ Zie de memorie van toelichting van de wet van 11 oktober 1919, geciteerd in M. DONNAY, *Commentaar op het wetboek der successierechten*, Brussel, Van Buggenhoudt, 1948, 185.

³⁰⁶⁰ J. DECUYPER, J. RUYSEVELDT, *Successierechten*, Mechelen, Kluwer, 2015, 144.

³⁰⁶¹ O. VAN ACOLEYEN, *Successierecht. Deel I*, Brussel, Fiscale Hogeschool, 1976, 134.

³⁰⁶² J. RUYSEVELDT, *Praktijkgids Successieplanning*, Knokke-Heist, J. Ruyseveldt, 2013, 118; L. VOET, *Handboek Estate Planning. Bijzonder deel 5. Artikel 7 W.Succ.: schenking of natuurlijke verbintenis?*, Brussel, Larcier, 2010, 3.

³⁰⁶³ D. DE GROOT, *Handboek successierechten*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 36; N. GEELHAND DE MERXEM, "De 'interpretatie-putsch' van de fiscale administratie in het

recht aan alle voorwaarden voldoen om als schenking te worden gekwalificeerd. Zulks blijkt ook zeer duidelijk uit de parlementaire voorbereiding bij de wet van 19 oktober 1919.³⁰⁶⁴ Overigens heeft ook de federale fiscale administratie het in het raam van artikel 7 W.Succ. over 'schenkingen'.³⁰⁶⁵

1123. Er bestaat echter ook een minderheidsvisie die vooropstelt dat aan het begrip 'kosteloze beschikking' een bredere betekenis kan toekomen, zodat het niet per definitie om een schenking hoeft te gaan. Zo stellen DECUYPER en RUYSEVELDT: "Het begrip kosteloze beschikking dat gehanteerd wordt in artikel 7 en artikel 2.7.1.0.5. VCF gaat echter verder dan de schenking. Indien de Administratie de schenking moet bewijzen, moet ze aantonen dat de wil tot vrijgevigheid voorhanden is. Indien de Administratie moet aantonen dat het om een kosteloze beschikking gaat, volstaat het om te bewijzen dat er geen economisch evenwichtige tegenprestatie werd geleverd door de begunstigde van de kosteloze beschikking."³⁰⁶⁶

CULOT heeft het in dit verband over "une libéralité". De auteur definieert dit begrip in voorliggend verband als volgt: "La libéralité est un transfert de droit réel, actuel ou virtuel, réalisé dans une intention de bienfaisance et entraînant pour le bénéficiaire un enrichissement corrélatif à l'appauvrissement du disposant. La libéralité comprend donc deux éléments essentiels : un élément intentionnel - l'intention de bienfaisance ou animus donandi - et un élément matériel - l'appauvrissement et l'enrichissement corrélatifs. La réunion de ces deux éléments est indispensable à l'existence d'une libéralité."³⁰⁶⁷ Noteer echter dat volgens de definitie van CULOT er nog steeds een *animus donandi* voorhanden moet zijn om te kunnen spreken van een 'libéralité' ('gift'). De meerderheidsstroming binnen de

successierecht", *TEP* 2014, 105; J. RUYSEVELDT, *Praktijkgids Successieplanning*, Knokke-Heist, J. Ruyseveldt, 2013, 118; N. GEELHAND DE MERXEM, "Glasheldere principes inzake de artikelen 108 en 7 W.Succ.", *TFR* 2011, 147; L. VOET, *Handboek Estate Planning. Bijzonder deel 5. Artikel 7 W.Succ.: schenking of natuurlijke verbintenis?*, Brussel, Larcier, 2010, 2 - 3; L. WEYTS, *Notarieel fiscaal recht. 2. De aangifte van de nalatenschap*, Mechelen, Kluwer, 2010, 324 e.v.; P. DE PAGE, "Évolutions récentes en matière d'enregistrement et de droits fiscaux de succession", *J.D.F.* 2008, 98; P. DE PAGE, "La fondation, le trust - Structures de transferts et de conservation de patrimoines" in N. BAUGNIET, J-F. TAYMANS (eds.), *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-La-Neuve, Academia Bruylant, 2008, 399; O. VAN ACOLEYEN, *Successierecht. Deel I*, Brussel, Fiscale Hogeschool, 1976, 135; M. DONNAY, *Commentaar op het wetboek der successierechten*, Brussel, Van Buggenhoudt, 1948, 196 - 204.

³⁰⁶⁴ Geciteerd in M. DONNAY, *Commentaar op het wetboek der successierechten*, Brussel, Van Buggenhoudt, 1948, 184 - 188.

³⁰⁶⁵ Repertorium RJ (Successierechten) nummer S7/02-01: "Artikel 7 is toepasselijk op de schenkingen die door de overledene werden verricht minder dan 3 jaar voor zijn overlijden en die niet werden onderworpen aan het schenkingsrecht, zelfs wanneer die schenkingen door een uitdrukkelijke wetsbepaling vrijgesteld zijn van het schenkingsrecht." (eigen onderlijning)

³⁰⁶⁶ J. DECUYPER, J. RUYSEVELDT, *Successierechten*, Mechelen, Kluwer, 2015, 148. De auteurs verwijzen hierbij naar: A. MAELFAIT, "Bespreking van het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 18 december 2007", *Successierechten* 2008, afl. 7, 6.

³⁰⁶⁷ A. CULOT, *Manuel des droits de succession*, Brussel, Larcier, 2016, 111.

rechtsleer verwerpt echter ook het standpunt als zou er 'slechts' een gift vereist zijn voor de toepassing van artikel 2.7.1.0.5. VCF.³⁰⁶⁸

Het belangrijkste verschil tussen de genoemde minderheidsvisies bestaat er echter in dat in de visie van CULOT nog steeds het bewijs moet worden geleverd van het bestaan van een *animus donandi* in hoofde van de overdrager van het goed.³⁰⁶⁹ Het is immers zo (althans in theorie) dat de fiscale administratie het bewijs moet leveren van het bestaan van een schenking, en dus van de *animus donandi*, wil zij artikel 2.7.1.0.5. VCF toepassen.³⁰⁷⁰ Luidens artikel 3.17.0.0.1. VCF/artikel 105 W.Succ. mag de administratie dit bewijs leveren door alle middelen van recht, met inbegrip van vermoedens. In de rechtspraak blijkt evenwel dat dit principiële uitgangspunt regelmatig wordt omgekeerd, doordat rechters op basis van feitelijke vermoedens oordelen dat er een schenking voorhanden zou zijn. Deze gang van zaken is in de rechtsleer reeds regelmatig en terecht het voorwerp geweest van kritiek.³⁰⁷¹ O.i. kan uit het gegeven dat in de praktijk regelmatig tegen deze regel gezondigd wordt, dan ook niet worden afgeleid dat zij niet (meer) zou bestaan.

1124. Opvallend is tevens dat in het raam van de mogelijke toepassing van voormalig artikel 7. W.Succ. op *trusts* reeds door verschillende auteurs het argument is opgeworpen dat de desbetreffende wetsbepaling niet expliciet verwees naar het civielrechtelijk schenkingsbegrip. Het gevolg was dat deze wetsbepaling in de visie van deze auteurs toch kon worden toegepast op *trusts* of de rechtshandeling waarmee de *settlor* goederen onder trustverband brengt.³⁰⁷² Deze

³⁰⁶⁸ Bv. L. VOET, *Handboek Estate Planning. Bijzonder deel 5. Artikel 7 W.Succ.: schenking of natuurlijke verbintenis?*, Brussel, Larcier, 2010, 3.

³⁰⁶⁹ A. CULOT, *Manuel des droits de succession*, Brussel, Larcier, 2016, 115 – 116.

³⁰⁷⁰ Zie reeds: M. DONNAY, *Commentaar op het wetboek der successierechten*, Brussel, Van Buggenhoudt, 1948, 193; O. VAN ACOLEYEN, *Successierecht. Deel I*, Brussel, Fiscale Hogeschool, 1976, 136.

Zie tevens: P. DE PAGE, "La fondation, le trust – Structures de transferts et de conservation de patrimoines" in N. BAUGNIET, J-F. TAYMANS (eds.), *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-La-Neuve, Academia Bruylant, 2008, 399.

³⁰⁷¹ D. DE GROOT, *Handboek successierechten*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 39; N. GEELHAND DE MERXEM, "Glasheldere principes inzake de artikelen 108 en 7 W.Succ.", *TFR* 2011, 149 – 150; L. VOET, *Handboek Estate Planning. Bijzonder deel 5. Artikel 7 W.Succ.: schenking of natuurlijke verbintenis?*, Brussel, Larcier, 2010, 17 – 19, 26 – 27; B. CARDOEN, "Administratie moet het bestaan van een schenking aantonen bij toepassing van artikel 7 W.Succ.", *Successierechten* 2005, afl. 1, 4 – 11.

³⁰⁷² M. QUAGHEBEUR, "Belgium. Trusts.", *IBFD*, 2015, nr. 2.2.2.2.; S. DE RAEDT, "Fiscale aspecten van de trust" in X. (ed.), *Fiscaal Vermogensbeheer*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., Alg., Hfdst. II, 2, 98; M. DELBOO, S. NELIS, "Registratie- en successierechten in het kader van trust: stand van zaken n.a.v. recente beslissingen van de administratie", *Successierechten*, 2004 – 2005, afl. 3, 6; S. NUDELHOLC, "Modes d'utilisation de l'extranéité par les personnes physiques en vue d'alléger la charge des droits de succession" in CENTRE DE DROIT INTERNATIONAL, *Les paradis fiscaux et l'évasion fiscale*, Brussel, Bruylant, 2001, 136; S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 87; R. COZZANI, "Le holding, le trust, la fiducie et la foundation, comme véhicules étranges de délocalisation patrimoniale", *RGF* 2000, 203; S. VANHAELST, M. GOSSIAUX, "La planification successorale via trust et fondation est-elle efficace? Etat de la question à la suite, notamment, du vote de la taxe Caïman" in X (ed.), *La planification successorale – 2^e édition*, Limal, Anthemis, 2015, 175 – 176; K. MOSER, "Trusts and foundations in private wealth

auteurs grijpen het gegeven dat het gaat om een buitenlandse rechtsbetrekking, die al om die reden moeilijk in te passen valt in de in België bekende juridische systematiek, aan om vervolgens te argumenteren dat een dergelijke 'kosteloze beschikking' tevens onder het toepassingsgebied van artikel 2.7.1.0.5. VCF zou moeten vallen.

Andere auteurs maken in dit verband een onderscheid tussen *fixed trusts* en *discretionary trusts*. Zo argumenteert HAELTERMAN dat het in het geval van een *discretionary trust* gaat om een begunstiging onder opschortende voorwaarde van de beslissing van de *trustee*.³⁰⁷³ Indien de *discretionary trust* dan werd opgezet bij het overlijden van de *settlor* of binnen de drie jaar vóór het overlijden van de *settlor*, of wanneer de *beneficiary* in de loop van de drie jaar vóór het overlijden van de *settlor* door die *settlor* als *beneficiary* werd aangeduid, zou de fictiebepaling aldus gelden en zou de bevoordeling fictief als een legaat onder opschortende voorwaarde moeten worden beschouwd. Bijgevolg moest volgens de auteur dan in de erfbelasting met het legaat geen rekening worden gehouden tot op het ogenblik dat het legaat in vervulling ging. Op dat ogenblik drong zich dan volgens de auteur een verhoging van de erfbelasting op, wat de indiening van een aanvullende aangifte impliceerde, alsook de vestiging van een supplement.³⁰⁷⁴ Indien de trustverhouding echter langer dan drie jaar vóór het overlijden was ingesteld en/of indien de *beneficiary* in de loop van de drie jaar vóór het overlijden van de *settlor* door de *trustee* op grond van diens *power of appointment* werd aangeduid (en dus niet door de *settlor*), was de fictiebepaling volgens de auteur niet van toepassing. In die gevallen kon dus ook geen erfbelasting verschuldigd zijn. Op dit laatste uitgangspunt werd dan weer uitzondering gemaakt indien kon worden aangetoond dat de *beneficiary* de bevoordeling onder de *trust* had aanvaard, zodat er toch sprake kon zijn van een schenking.

Ook volgens DEBLAUWE dient de overdracht van goederen door een *settlor* aan een *trustee* veeleer te worden beschouwd als een schenking aan de *beneficiaries*. Laatstgenoemde auteur maakt evenwel geen expliciet onderscheid tussen verschillende trustvormen.³⁰⁷⁵

1125. Volgens een derde strekking in de rechtsleer kan artikel 2.7.1.0.5 VCF helemaal geen toepassing vinden op *trusts*, aangezien er geen sprake kan zijn van een 'schenking', behoudens in de uitzonderlijke hypothese dat alle voorwaarden

structuring – What do we learn from recent preliminary rulings?" in C. DOCLO (ed.), *Alabaster – IFA 1938 – 2013*, Limal, Anthemis, 2013, 596.

³⁰⁷³ A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblio, 1992, 315 – 316; A. HAELTERMAN, "De trust in het fiscaal recht" in J. HERBOTS, D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst. Praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, 98 – 99; A. HAELTERMAN, "Taxation of Fiduciary Relationships (and Related Structures)", *ET* 1997, 53.

³⁰⁷⁴ De auteur verwees hierbij naar art. 37, 2° W.Succ.

³⁰⁷⁵ R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops, 2015, 137.

om te besluiten dat er toch sprake is van een schenking in (Belgische) civielrechtelijke zin zouden zijn vervuld.³⁰⁷⁶

1126. O.i. dient de laatste zienswijze te worden onderschreven. Zelfs in het geval een tekstuele interpretatie van de betrokken wetsbepaling geen uitsluitel geeft, zijn er o.i. voldoende redenen om op grond van andere *in fiscalibus* toegelaten interpretatiemethoden te besluiten dat artikel 2.7.1.0.5. VCF enkel (juridische) schenkingen viseert.

Ten eerste omdat blijkt uit de opstellingsgeschiedenis van voormalig artikel 7 W.Succ., heden artikel 2.7.1.0.5. VCF, dat deze wetsbepaling enkel van toepassing is op schenkingen.

Ten tweede blijkt zulks ook uit de systematiek van de wetsbepaling. Voor 'kosteloze beschikkingen' die onder het toepassingsgebied van deze wetsbepaling vallen, kan de verschuldigdheid van erfbelasting slechts worden vermeden indien kan worden aangetoond dat de bevoordeling werd onderworpen aan de (Belgische) schenkbelasting of het registratierecht dat van toepassing is op schenkingen. Hoger werd echter vastgesteld dat het onder trustverband brengen van goederen door middel van een rechtshandeling onder de levenden principieel géén schenking is, zodat in beginsel slechts het algemeen vast recht verschuldigd zal zijn in het geval van registratie. Indien de kosteloze beschikking alsnog onder het toepassingsgebied van artikel 2.7.1.0.5. VCF zou vallen niettegenstaande het gegeven dat een akte werd geregistreerd en de verschuldigde registratiebelasting werd voldaan in de vorm van het algemeen vast recht, levert dit o.i. een frictie op, die de principiële verhouding tussen de registratie- en erfbelastingen doorbreekt. Dergelijke vormen van dubbele belasting zouden immers de gewoonlijke dynamiek die het samenspel van de registratie- en erfbelastingen beheerst, doorbreken.

Ten derde kan worden gewezen op het adagium *in dubio contra fiscum*. Indien er onduidelijkheden zouden blijven bestaan inzake de interpretatie van de wettekst, niettegenstaande de systematische, historische (en zelfs teleologische) interpretaties die reeds werden aangehaald, dient de wetsbepaling te worden uitgelegd in het voordeel van de belastingplichtige. Het toepassingsgebied van de fictiebepaling dient dan eerder beperkt dan breed te worden opgevat.

Ten vierde, en gerelateerd aan het voorgaande, mag niet uit het oog worden verloren dat het *in casu* inderdaad om een fictiebepaling gaat, waardoor zich opnieuw een restrictieve interpretatie opdringt (zie *supra*, randnr. 1115 en 1143).

³⁰⁷⁶ P. DE PAGE, "Le trust et certains mécanismes d'imposition indirecte", *Rec.gén.enr.not.* 2003, 431 - 432; P. DE PAGE, "Évolutions récentes en matière d'enregistrement et de droits fiscaux de succession", *J.D.F.* 2008, 98; P. FAES, "De trust in het Belgisch fiscaal recht: beproefd vertrouwen", *V&F* 1998, 299; S. VAN BREEDAM, R. ACKERMANS, *Het administratiekantoor. Techniek van estate- en successieplanning*, Mechelen, Ced. Samsom, 2002, 164 - 165; M. VANDENDIJK, C. HENDRICKX, "Angelsaksische trust. Gebruik in het kader van successieplanning voor Belgische rijksinwoners", *AFT* 2008, afl. 5, 19 - 21; E. DE WILDE D'ESTMAEL, "Le trust non discrétionnaire et les droits de succession" (noot onder Rb. Brussel 22 april 2010), *Réc.gén.enr.not.* 2011, 28.

1127. Dat artikel 2.7.1.0.5. VCF naar mening van de federale fiscale administratie en VLABEL niet van toepassing is op rechtshandelingen waarmee goederen onder trustverband worden gebracht of op de trust als zodanig, blijkt overigens uit de standpunten die deze belastingadministraties hieromtrent reeds hebben ingenomen. Met betrekking tot de successierechten heeft de federale administratie volgend standpunt ingenomen³⁰⁷⁷:

“In het geval van een ‘discretionary trust’ worden de rechten op een uitkering geput uit de beslissing van de trustee (beheerder).

Vermits het recht (de uitkering) van de beneficiary (begunstigde) afhankelijk is en blijft van de discretionaire beoordeling van de trustee, is de juiste omvang van dit recht op datum van het overlijden van de settlor (oprichter) onzeker en kan er in feite niet belast worden met het successierecht zolang niet vaststaat of en hoeveel de beneficiary zal verkrijgen.

In feite is de beneficiary begunstigde onder opschortende voorwaarde van de beslissing tot uitkering door de trustee.

Zolang de beslissing tot uitkering niet effectief werd genomen kunnen nog geen successierechten in toepassing van artikel 8 W.Succ. worden geheven.”

VLABEL heeft sedert de overname van de dienst inzake de erfbelasting een gelijkaardig standpunt ingenomen³⁰⁷⁸:

“Zowel de niet-discretionaire trust als de discretionaire trust wordt belast op basis van art. 2.7.1.0.6., §1 VCF.

Uitkeringen uit niet-discretionaire trusts worden meteen belast.

Uitkeringen uit discretionaire trusts worden belast op het ogenblik dat er effectief uitgekeerd wordt. Een discretionaire trust genereert immers een eventueel recht dat pas belastbaar is als het actueel wordt.”

1128. Deze standpunten en administratieve beslissingen leren ons dat de opeenvolgende fiscale administraties telkens verwezen naar een mogelijke toepassing van artikel 2.7.1.0.6., §1 VCF en artikel 8 W.Succ. Aldus zijn noch de federale administratie, noch VLABEL van oordeel dat een beroep op artikel 2.7.1.0.5. VCF/artikel 7 W.Succ. nuttig zou zijn in voorliggende context. Gelet op deze standpuntinnames is het overigens *prima facie* des te opvallender dat de DVB in het verleden reeds tot de conclusie is gekomen dat uitkeringen uit *discretionary trusts* aanleiding zouden kunnen geven tot de heffing van het registratierecht voor schenkingen indien aan de noodzakelijke registratievoorwaarden zou zijn voldaan

³⁰⁷⁷ Besl. E.E./100.383, 20 december 2004. Eveneens te raadplegen onder Repertorium RJ (Successierechten) onder nummer S8/29.01.

³⁰⁷⁸ Standpunten nrs. 15033 en 15076 van 2 maart 2015 en 26 mei 2015.

Opvallend is dat VLABEL reeds eenzelfde opstelling heeft ingenomen ten aanzien van een Liechtensteinse *Stiftung*, zonder echter te verwijzen naar het in de hoofdtekst geciteerde standpunt als zodanig. Zie: Voorafg. Besl. (VLABEL) 27 juni 2016, nr. 16025.

(zie *supra*, randnr. 1100). Verwacht zou dan kunnen worden dat voor wat de erfbelasting betreft in de eerste plaats aansluiting zou moeten worden gezocht bij artikel 2.7.1.0.5. VCF/artikel 7 W.Succ. Maar dit is niet het geval. Hier zou echter tegen kunnen worden ingebracht dat het naar mening van de federale fiscale administratie en VLABEL slechts zou gaan om een 'onrechtstreekse schenking', die uit zijn aard eerder onder het toepassingsgebied van artikel 2.7.1.0.6., §1 VCF/artikel 8 W.Succ behoren te vallen. Ook de rechtbank te Brussel heeft in zijn vonnis van 22 april 2010 aansluiting gezocht bij artikel 8.W.Succ. teneinde te besluiten tot de belastbaarheid van *fixed trusts* (zie *supra*, randnr. 805).

1129. Concluderend kan dan ook worden gesteld dat artikel 2.7.1.0.5. VCF/artikel 7 W.Succ. in beginsel niet zal kunnen worden toegepast ten aanzien van *irrevocable fixed of discretionary inter vivos trusts*. De rechtshandeling die het onder trustverband brengen van goederen ten grondslag ligt, kan immers principieel niet worden gekwalificeerd als een schenking. Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen, wanneer aan alle voorwaarden om van een (juridische) schenking te kunnen spreken zou zijn voldaan, kan deze wetsbepaling worden toegepast. En zelfs dan nog moet rekening worden gehouden met de bijkomende voorwaarde dat deze wetsbepaling slechts toepassing kan vinden ten aanzien van bevoordelingen die reeds door de *beneficiaries* zouden zijn verworven vóór het overlijden van de *settlor*. Al bij al is de kans dat deze wetsbepaling daadwerkelijk zal kunnen worden toegepast ten aanzien van een trustverhouding o.i. uiterst gering.

Het gegeven dat er in de regel geen schenking voorligt, sluit o.i. in beginsel eveneens uit dat een beroep zou kunnen worden gedaan op artikel 2.7.1.0.3., 3° VCF/artikel 4, 3° Br.W.Succ. Ingevolge deze wetsbepaling wordt een schenking onder de levenden van roerende goederen onder opschortende termijn van het overlijden van de *settlor*, beschouwd als een legaat. Deze bepaling kan volgens sommige auteurs in het vizier komen wanneer de *beneficiaries* door het overlijden vaste rechten zouden verkrijgen naar aanleiding van het overlijden van de *settlor*.³⁰⁷⁹ Echter, indien de *beneficiaries* slechts vaste rechten zouden verkrijgen naar aanleiding van het overlijden van de *settlor*, zal het o.i. amper kunnen voorvallen dat deze *beneficiaries* hun bevoordeling onder de *trust* hebben kunnen aanvaarden gedurende het leven van de *settlor*. Op een mogelijke toepassing van deze fictiebepaling wordt verder nog teruggekomen in het raam van de gevolgen van het gegeven dat het om een *revocable trust* zou gaan (zie *infra*, randnr. 1172).

b. Artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ.

i. Betekenis van de wetsbepaling

1130. Artikel 2.7.1.0.6., §1 VCF leest als volgt:

³⁰⁷⁹ R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops, 2015, 136.

“§ 1. De sommen, renten of waarden die kosteloos aan een persoon kunnen toekomen bij het overlijden van de erflater, ingevolge een contract dat een door de erflater of door een derde in het voordeel van die persoon gemaakt beding bevat, worden geacht als legaat te zijn verkregen door die persoon.

Ook de sommen, renten of waarden die kosteloos aan een persoon zijn toegekomen, binnen drie jaar vóór het overlijden van de erflater, ingevolge een contract dat een door de erflater in het voordeel van die persoon gemaakt beding bevat, worden geacht als legaat te zijn verkregen door die persoon.

Als de erflater een contract had afgesloten op grond waarvan er pas een uitkering kan gebeuren na het overlijden van de erflater, worden de sommen, renten of waarden geacht kosteloos te worden verkregen, en geacht als legaat te zijn verkregen, naar gelang van het geval:

1° door de persoon die het levensverzekeringscontract afkoopt na het overlijden van de erflater, op het tijdstip van de afkoop;

2° door de persoon die de sommen, renten of waarden effectief verkrijgt na het overlijden van de erflater, op het tijdstip dat er een uitkering gebeurt.

Wanneer een overledene gehuwd was onder een stelsel van gemeenschap, gelden de bepalingen van het eerste, het tweede en het derde lid ook voor de sommen, renten of waarden die kosteloos aan de langstlevende echtgenoot toekomen ingevolge een levensverzekeringscontract of een contract met vestiging van rente dat door die langstlevende echtgenoot is gesloten.”

Opgemerkt weze dat oud artikel 8 VI.W.Succ. op een aantal punten werd geherformuleerd bij de codificatie in de VCF. In beginsel zou daardoor het toepassingsgebied van artikel 2.7.1.0.6. VCF op bepaalde vlakken kunnen zijn uitgebreid in vergelijking met wat voorheen het geval was.³⁰⁸⁰ Zo wordt in de eerste zin van de eerste paragraaf gesproken over de *“sommen, renten of waarden die kosteloos aan een persoon kunnen toekomen”*. Deze formulering kan dan ook ruimer worden opgevat dan de tekst van voormalig artikel 8 VI.W.Succ.³⁰⁸¹ In het geval van een levensverzekering zou niet alleen wat effectief wordt verkregen door de begunstigde aan erfbelasting worden onderworpen³⁰⁸², maar ook wat de begunstigde *kán* verkrijgen op het ogenblik van overlijden van de erflater. Voor het overige dient evenwel opnieuw te worden opgemerkt dat de codificatie in de VCF de essentiële bestanddelen van voormalig artikel 8 VI.W.Succ. intact heeft gelaten, zodat in beginsel opnieuw een continuïteit van interpretatie zou kunnen worden verwacht.

³⁰⁸⁰ A. TIBERGHEN, *Handboek voor fiscaal recht 2016 – 2017*, Mechelen, Kluwer, 2016, 1156 – 1157; J. DECUYPER, “Levensverzekeringen – Artikel 2.7.1.0.6., §1 VCF herschreven”, *Successierechten 2016*, afl. 3, 1 – 5.

³⁰⁸¹ R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops, 2015, 129.

³⁰⁸² In zie zin: Voorafg. Besl. 14 januari 2014, nr. 2013.405.

1131. Bovendien werd de tekst van artikel 2.7.1.0.6. VCF nog gewijzigd door het decreet van 23 december 2016 houdende diverse fiscale bepalingen en bepalingen omtrent de invordering van niet-fiscale schuldvorderingen.³⁰⁸³ Opmerkelijk in dat verband is dat, in vergelijking met de voorheen bestaande versie van dit wetsartikel, het tweede lid van artikel 2.7.1.0.6. VCF is gewijzigd en er een derde lid aan het artikel is toegevoegd. Het tweede lid verwijst nu nog naar sommen, renten en waarden, die in de drie jaren vóór het overlijden van de erflater zijn verkregen. Daarentegen zijn luidens artikel 2.7.1.0.6., derde lid, 2^o VCF sommen, renten of waarden, die pas werden verkregen na het overlijden, op dat ogenblik belastbaar. Volgens de indieners van het amendement dat tot deze wetswijziging heeft geleid, werd het "door de praktijk als zeer onbillijk [...] ervaren dat een persoon belast wordt op iets waarvan het allerminst zeker was dat die persoon het ooit zal verkrijgen."³⁰⁸⁴

1132. Artikel 2.7.1.0.6. VCF, dat soms als één van de meest complexe bepalingen van de VCF wordt beschouwd³⁰⁸⁵, heeft breed gesteld als oogmerk om overdrachten onder de levenden aan een andere persoon op wie de verplichting rust om een uitkering van de overgedragen vermogensbestanddelen te verrichten aan een begunstigde die eerder door de overdrager was bepaald, in de erfbelasting te betrekken. Juridisch wordt een dergelijke operatie gewoonlijk vormgegeven door een beding ten behoeve van een derde (zie *supra*, randnr. 664 e.v.). Aldus wordt het toepassingsgebied van de erfbelasting uitgebreid tot een bevoordeling die de begunstigde ontvangt *naar aanleiding van* het overlijden van de erflater.³⁰⁸⁶ De begunstigde verkrijgt in het geval van een beding ten behoeve van een derde immers niets krachtens erfrecht. Een dergelijk beding kan echter een bijzonder grote functionele gelijkenis vertonen met een legaat, in het geval het beding onder kosteloze titel is gemaakt en slechts opeisbaar wordt bij de dood van de bedinger.³⁰⁸⁷ Dit is niet verwonderlijk, aangezien dergelijke bedingen in de regel worden gekwalificeerd als een onrechtstreekse schenking (zie *supra*, randnr. 656). De *ratio legis* achter deze wetsbepaling is dan ook om een fiscaal gevolg aan deze verregaande functionele equivalentie te verbinden, en ook dergelijke beschikkingen aan erfbelasting te onderwerpen.³⁰⁸⁸ Opnieuw tast de fictiebepaling de onderliggende civielrechtelijke realiteit geenszins aan.³⁰⁸⁹ Opgemerkt weze wel dat, in tegenstelling tot wat het geval is voor artikel 2.7.1.0.5. VCF, de fiscale administratie niet hoeft te bewijzen dat de begunstigde het voordeel heeft aanvaard. Zulks blijkt duidelijk uit de wettekst, die het heeft over het 'kunnen toekomen' van bepaalde sommen, renten of waarden. Voor wat betreft artikel 8

³⁰⁸³ BS 30 december 2016, 92086. Zie daarover: M. DELANOTE, "Erfbelasting en levensverzekeringen", *T.Not.* 2017, 211 – 236.

³⁰⁸⁴ Amendementen op het ontwerp van decreet houdende diverse fiscale bepalingen, *Parl.St.* VI.Parl. 2016 – 2017, nr. 928/2, 12.

³⁰⁸⁵ D. DE GROOT, *Handboek successierechten*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 42; R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops, 2015, 124.

³⁰⁸⁶ D. DE GROOT, *Handboek successierechten*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 42.

³⁰⁸⁷ O. VAN ACOLEYEN, *Successierecht. Deel I*, Brussel, Fiscale Hogeschool, 1976, 142.

³⁰⁸⁸ J. DECUYPER, J. RUYSEVELDT, *Successierechten*, Mechelen, Kluwer, 2015, 193.

³⁰⁸⁹ A. CULOT, *Manuel des droits de succession*, Brussel, Larcier, 2016, 124.

W.Succ. geldt deze regel evenzeer, daar de wettekst het heeft over 'de sommen, renten of waarden die een persoon *geroepen is* om kosteloos te ontvangen'.³⁰⁹⁰

Oorspronkelijk gold deze bepaling slechts indien de erflater zelf de bedinger was.³⁰⁹¹ In de loop der jaren werd evenwel duidelijk dat de oorspronkelijke wetsbepaling vrij eenvoudig te omzeilen was door een ander te laten optreden als bedinger voor rekening van de erflater. Om deze reden werd de tekst in 1967 gewijzigd in die zin dat het niet langer vereist was dat het beding juridisch uitgaat van de erflater. VAN ACOLEYEN merkt in dit verband op dat de wetgever zich heeft trachten te richten naar de economische werkelijkheid die achter het beding schuilgaat.³⁰⁹² Het gegeven dat de wetgever heeft getracht de economische realiteit te vatten, vormt vermoedelijk ook één van de belangrijkste redenen voor de complexiteit van de wetsbepaling in kwestie. Toch betekent dit o.i. niet dat de wetsbepaling als geheel op een extensieve wijze zou moeten worden geïnterpreteerd teneinde de 'economische realiteit' te kunnen vatten. Gelet op de aard van artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ. als fictiebepaling blijft een restrictieve interpretatie in beginsel op zijn plaats (zie *supra*, randnr. 1115 en 1143). Het oogmerk van de wetgever om de 'economische realiteit' te vatten dient o.i. dan ook beperkt te blijven tot de reden waarom de wetgever er een beroep op heeft gedaan, i.e. om na te gaan of het beding ten behoeve van een derde niet *feitelijk* aan de erflater kan worden toegerekend.

1133. Het meest bekende en meest voorkomende toepassingsgeval van een beding ten behoeve van een derde in voorliggende context is de levensverzekering waarbij het voordeel toekomt aan een door de erflater aangeduide derde. Het toepassingsgebied van artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ. is evenwel geenszins beperkt tot levensverzekeringen.³⁰⁹³ Zo valt bijvoorbeeld ook de verkoop van een onroerend goed tegen een rente die na het overlijden van de verkoper zal terugvallen op een derde onder het toepassingsgebied van deze wetsbepaling. Hoger (*supra*, randnr. 1127) werd ook aangehaald dat de federale fiscale administratie alsook VLABEL van oordeel is dat trustverhoudingen onder het toepassingsgebied van deze wetsbepaling kunnen vallen.

In het derde lid van de tweede paragraaf van artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ. wordt echter ook in een aantal uitzonderingen voorzien, waarop de bepaling niet van toepassing is. O.i. kan worden gewezen op twee relevante uitzonderingen. Enerzijds is artikel 2.7.1.0.6. VCF/Artikel 8 W.Succ. niet van toepassing op sommen, renten of waarden die zijn verkregen ingevolge een beding ten behoeve van een derde, indien dat beding aan schenkbelasting werd

³⁰⁹⁰ *Ibid*, 127; J. DECUYPER, J. RUYSEVELDT, *Successierechten*, Mechelen, Kluwer, 2015, 192 – 193; P. DE PAGE, "La fondation, le trust – Structures de transferts et de conservation de patrimoines" in N. BAUGNIET, J-F. TAYMANS (eds.), *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-La-Neuve, Academia Bruylant, 2008, 401.

³⁰⁹¹ M. DONNAY, *Commentaar op het wetboek der successierechten*, Brussel, Van Buggenhoudt, 1948, 213.

³⁰⁹² O. VAN ACOLEYEN, *Successierecht. Deel I*, Brussel, Fiscale Hogeschool, 1976, 143.

³⁰⁹³ D. DE GROOT, *Handboek successierechten*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 42; J. DECUYPER, J. RUYSEVELDT, *Successierechten*, Mechelen, Kluwer, 2015, 187.

onderworpen. Anderzijds is de wetsbepaling niet van toepassing op renten en kapitalen die gevestigd zijn ter uitvoering van een wettelijke verplichting. In de mate dat *trusts* onder het toepassingsgebied van deze wetsbepaling zouden kunnen vallen, lijkt dit laatste o.i. met name relevant voor *constructive* en *resulting trusts*. Er dient volgens de administratie immers geen onderscheid te worden gemaakt of deze wettelijke verplichting voortspuit uit een Belgische of vreemde wetgeving.³⁰⁹⁴

1134. Vooraleer kan worden onderzocht of trustverhoudingen onder het toepassingsgebied van de desbetreffende wetsbepalingen kunnen vallen, dienen opnieuw de toepassingsvoorwaarden die deze wetsbepalingen vooropstellen nader te worden beschouwd. De toepassingsvoorwaarden voor artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ. zijn de volgende³⁰⁹⁵:

- Het moet gaan om sommen, renten of waarden;
- die door een bepaalde of bepaalbare derde kosteloos werden verkregen op grond van een contract te zijnen gunste aangegaan door de erflater of door een derde voor rekening van de erflater;
- ingevolge een beding ten behoeve van een derde;
- de begunstigde van het beding moet de erflater overleefd hebben;
- het beding dient opeisbaar te zijn, naargelang het geval, bij het overlijden van de erflater, op een later tijdstip of binnen de drie jaren die het overlijden van de erflater voorafgaan;
- het mag niet gaan om één van de in artikel 2.7.1.0.6. VCF, §2, derde lid of artikel 8, laatste lid W.Succ. genoemde uitzonderingsgevallen.

1135. Vóór deze toepassingsvoorwaarden nader worden afgetoetst ten aanzien van buitenlandse *trusts*, dient nog nader te worden uiteengezet wat moet worden begrepen onder 'sommen, renten of waarden'. In het geval van een som of rente is de betekenis duidelijk. Zo is het bij de uitkering van een geldsom naar aanleiding van het overlijden van de erflater deze som die wordt belast. Over begrip 'waarden' bestaat echter meer discussie. Volgens VAN ACOLEYEN verwees dit begrip naar openbare effecten, en meer bepaald naar de titels van aandelen of obligaties.³⁰⁹⁶

³⁰⁹⁴ Besl. E.E./73.616, 19 april 1957. Eveneens te raadplegen onder Repertorium RJ (Successierechten) onder nummer S8/02.01.

³⁰⁹⁵ A. TIBERGHIE, *Handboek voor fiscaal recht 2016 – 2017*, Mechelen, Kluwer, 2016, 1155, 1402; D. DE GROOT, *Handboek successierechten*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 43 – 53; A. CULOT, *Manuel des droits de succession*, Brussel, Larcier, 2016, 124 – 127; R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops, 2015, 124 - 132; J. DECUYPER, J. RUYSEVELDT, *Successierechten*, Mechelen, Kluwer, 2015, 194; J. RUYSEVELDT, *Praktijkids Successieplanning*, Knokke-Heist, J. Ruyseveldt, 2013, 123 – 124; O. VAN ACOLEYEN, *Successierecht. Deel I*, Brussel, Fiscale Hogeschool, 1976, 148.

³⁰⁹⁶ O. VAN ACOLEYEN, *Successierecht. Deel I*, Brussel, Fiscale Hogeschool, 1976, 152. Zie tevens: S. NUDELHOLC, "Modes d'utilisation de l'extranéité par les personnes physiques en vue d'alléger la charge des droits de succession" in CENTRE DE DROIT INTERNATIONAL, *Les paradis fiscaux et l'évasion fiscale*, Brussel, Bruylant, 2001, 137.

De betekenis van dit begrip werd later door de fiscale administratie evenwel stelselmatig uitgebreid. Eerst naar niet-beursgenoteerde effecten³⁰⁹⁷, en vervolgens naar het begrip 'afkoopwaarde'³⁰⁹⁸. Duidelijk is alvast wel dat onroerende goederen er niet onder kunnen vallen, net zo min als bijvoorbeeld kunstwerken.³⁰⁹⁹ Deze bemerking is ook relevant voor *trusts*, aangezien de bevoordeling onder een trustverhouding eveneens kan bestaan in de uitkering van een onroerend goed of (het genot van) de door een *trustee* aangehouden kunstwerken. In de hypothese dat artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ. kan worden toegepast op een trustverhouding, kunnen dergelijke voordelen dan ook niet aan erfbelasting worden onderworpen.

ii. Toepassing op *trusts*

1136. Kernvraag in dit verband is of de *beneficiary* van een *trust* kan worden beschouwd als een persoon die een voordeel verkrijgt op grond van een door de *settlor* afgesloten contract dat een 'beding ten behoeve van een derde' bevat of een dergelijk beding uitmaakt. In de hedendaagse rechtsleer wordt immers aangenomen dat een beding ten behoeve van een derde ook op zichzelf kan bestaan (zie *supra*, randnr. 664).

De drie laatstgenoemde voorwaarden zullen in de regel evenwel niet problematisch zijn. Het zal immers vaak voorkomen dat één of meerdere *beneficiaries* de erflater overleven. De voorlaatste voorwaarde is o.i. wel complexer. In verschillende courante trustverhoudingen worden de *equitable interests* inderdaad op een zodanige wijze vormgegeven dat de *equitable interests* van aard wijzigen of worden 'geactiveerd' bij het overlijden van de oorspronkelijke *settlor*. Bijvoorbeeld in het geval waar de *settlor* gedurende zijn leven de *income beneficiary* van de *trust* was, en diens dochter over een *successive interest* beschikte dat recht geeft op de uitkering van trustinkomsten en trustkapitaal na het overlijden van de *settlor*. In dit verband kan de vraag worden opgeworpen of een trustverhouding die reeds gedurende het leven van de *settlor* werd opgericht en waarbij het *equitable interest* van de *beneficiaries* geenszins wordt beïnvloed door het overlijden van de *settlor*, ook onder het toepassingsgebied van deze fictiebepaling zou kunnen vallen. Indien de trustverhouding gedurende de laatste drie levensjaren van de *settlor* in het leven werd geroepen is dit luidens de tekst van de fictiebepaling alvast kennelijk wel het geval. Hetzelfde geldt o.i. indien het *equitable interest* van de *beneficiaries* in de

³⁰⁹⁷ Besl. E.E./104.132, 10 maart 2011. Eveneens te raadplegen onder Repertorium RJ (Successierechten) onder nummer S8/33.01.

³⁰⁹⁸ Besl. E.E./104.552, 4 december 2012. Eveneens te raadplegen onder Repertorium RJ (Successierechten) onder nummer S8/33.02. Zie tevens: N. GEELHAND DE MERXEM, "De 'interpretatie-putsch van de fiscale administratie in het successierecht'", *TEP* 2014, 105, 107.

³⁰⁹⁹ R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops, 2015, 127; S. NUDELHOLC, "Traitement fiscal du trust" in M.BOURGEOIS, Y-H. LELEU, J-F. TAYMAN, A-L. VERBEKE, *Manuel de Planification Patrimoniale. Les formes alternatives de planification patrimoniale*, Brussel, Larcier, 2010, 162.

drie jaren vóór het overlijden van de *settlor* op zodanige wijze is gewijzigd dat zij vanaf dat ogenblik gerechtigd zijn geworden op trustgoederen.

Indien de trustverhouding op een eerder tijdstip werd ingesteld, de *equitable interests* op dat ogenblik waren vastgelegd en de omstandigheid van het overlijden van de *settlor* hierop geen invloed heeft, is dit o.i. niet het geval. Het hypothetische 'beding' in kwestie – waarvan het bestaan verder nog moet worden vastgesteld – wordt dan niet 'opeisbaar' naar aanleiding van het overlijden van de *settlor*. Een dergelijke *trust* dient o.i. dan ook per hypothese buiten het toepassingsgebied van artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ. te blijven.

1137. In de rechtsleer kunnen verschillende stemmen worden aangetroffen die pleiten voor de toepassing van artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ. op (bepaalde soorten) *trusts*. Zo argumenteert HAELTERMAN dat *fixed trusts* in beginsel onder het toepassingsgebied van deze fictiebepaling zouden vallen.³¹⁰⁰ De auteur wijst erop dat de *settlor* in het geval van een *fixed trust* vermogen heeft overgedragen aan een derde "met het beding dit geheel of gedeeltelijk uit te keren aan de beneficiary onder vastgestelde voorwaarden".³¹⁰¹

DEBLAUWE onderkent dat het naar Angelsaksisch recht zeker niet zal gaan om een overeenkomst bevattende een derdenbeding, maar acht de toepassing van de fictiebepaling in bepaalde, nauw afgebakende gevallen, toch mogelijk.³¹⁰² Met name indien er goederen zouden zijn overgedragen aan een *trustee* onder de 'persoonlijke verplichting' om een bepaald goed of een bepaalde som uit te keren aan de begunstigde derde, zou de trustverhouding onder het toepassingsgebied van artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ. vallen. De auteur onderscheidt deze situatie van het geval waar de *trustee* de goederen dient te bewaren en daarover niet naar 'eigen goeddunken' kan beschikken. DEBLAUWE maakt in dit verband overigens geen expliciet onderscheid tussen *fixed trusts* en *discretionary trusts*. De auteur voelt kennelijk echter meer voor een toepassing van artikel 2.7.1.0.5. VCF/artikel 7 W.Succ. op (bepaalde) trustverhoudingen (zie *supra*, randnr. 1124).

VANDENDIJK en HENDRICKX ondersteunen de visie dat op grond van deze fictiebepalingen tot belastbaarheid kan worden besloten van zowel *fixed trusts* als *discretionary trusts*.³¹⁰³ Ook NUDELHOLC lijkt een zekere ruimte open te laten voor de toepassing van artikel 8 W.Succ. op *trusts* op basis van het argument dat het

³¹⁰⁰ A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 313 - 314; A. HAELTERMAN, "De trust in het fiscaal recht" in J. HERBOTS, D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst. Praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, 97 - 98; A. HAELTERMAN, "Taxation of Fiduciary Relationships (and Related Structures)", *ET* 1997, 53.

³¹⁰¹ A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 313.

³¹⁰² R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops, 2015, 133 - 134.

³¹⁰³ M. VANDENDIJK, C. HENDRICKX, "Angelsaksische trust. Gebruik in het kader van successieplanning voor Belgische rijksinwoners", *AFT* 2008, afl. 5, 19 - 20, 21.

begrip 'beding' in artikel 8 W.Succ. ruimer kan worden geïnterpreteerd dan louter als een 'beding ten behoeve van een derde'.³¹⁰⁴

1138. Hoger (*supra*, randnr. 1127) werd ook reeds gesteld dat de VLABEL en de federale fiscale administratie van mening zijn dat *trusts* toch onder het toepassingsgebied van artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ. vallen. Daarbij werd dan een onderscheid gemaakt tussen *fixed trusts* en *discretionary trusts* voor wat betreft het ogenblik van opeisbaarheid van de erfbelasting. De visie van de administratie werd overigens bevestigd door de federale rulingdienst, die artikel 8 W.Succ. toepaste op een (vermeende) *fixed trust*³¹⁰⁵ en in een andere voorafgaande beslissing aangaf dat een begunstiging uit een *trust* belastbaar was op grond van artikel 8 W.Succ.³¹⁰⁶ In het laatstgenoemde geval maakte de DVB overigens geen onderscheid tussen *fixed* of *discretionary trusts*. Ook de rechtbank te Brussel heeft in dit verband reeds geoordeeld dat een *irrevocable fixed trust* onder het toepassingsgebied van de fictiebepaling viel (zie *supra*, randnr. 805). Markant is echter dat de rechtbank tot dit oordeel kwam door de trustverhouding zelf te assimileren met een legaat, eerder dan op grond van een specifieke interpretatie van de fictiebepaling in kwestie. O.i. rijst daarom de vraag of de rechtbank de bepalingen van het WIPR inzake *trusts* niet heeft miskend.³¹⁰⁷ Hoger (*supra*, randnr. 1026 e.v.) werd immers vastgesteld dat het fiscaal recht zich, *a fortiori* inzake de erfbelasting, *per default* ent op de onderliggende juridische realiteit. Dit is niet anders indien die juridische realiteit wordt beheerst door een buitenlands rechtsstelsel, dat kan worden geïdentificeerd en toegepast via de regels van het Belgische internationaal privaatrecht. Door voor de fiscale analyse de onderliggende civielrechtelijke realiteit te substitueren voor een andere civielrechtelijke realiteit, strookte het oordeel van de rechtbank o.i. niet met het Belgische IPR. Het gegeven dat de rechtbank daarbij nog opmerkte dat de *trusts* hun oorsprong vonden in een contractuele overeenkomst overtuigt evenmin, om de verder (*infra*, randnr. 1141) uiteengezette redenen.

In de toelichting bij de amendementen bij het decreet van 23 december 2016, dat een wijziging van artikel 2.7.1.0.6., tweede en derde lid VCF tot gevolg heeft gehad, werd er door de Vlaamse decreetgever overigens ook van uitgegaan dat dit wetsartikel van toepassing zou zijn op uitkeringen die afkomstig zijn van *trusts* of buitenlandse stichtingen.³¹⁰⁸ Dit standpunt werd evenwel niet nader onderbouwd, noch werd gesteld waarom slechts (uitkeringen door) buitenlandse stichtingen onder het toepassingsgebied van deze wetsbepaling zouden vallen. Dit standpunt is kennelijk louter gebaseerd op de hoger (*supra*, randnr. 1101) aangehaalde voorafgaande beslissingen van de bevoegde entiteit van VLABEL met betrekking

³¹⁰⁴ S. NUDELHOLC, "Traitement fiscal du trust" in M. BOURGEOIS, Y-H. LELEU, J-F. TAYMAN, A-L. VERBEKE, *Manuel de Planification Patrimoniale. Les formes alternatives de planification patrimoniale*, Brussel, Larcier, 2010, 162.

³¹⁰⁵ Voorafg. Besl. 8 december 2009, nr. 700.112, punt 65 – 69.

³¹⁰⁶ Voorafg. Besl. 23 december 2014, nr. 2014.606, punt 37.

³¹⁰⁷ Zie tevens: P. DE PAGE, noot onder Rb. Brussel 22 april 2010, *RGCF* 2011, 253.

³¹⁰⁸ Amendementen op het ontwerp van decreet houdende diverse fiscale bepalingen, *Parl.St.* VI.Parl. 2016 – 2017, nr. 928/2, 12.

tot buitenlandse stichtingen, en het eveneens hoger (*supra*, randnr. 1127) aangehaalde standpunt van de VLABEL met betrekking tot *trusts*. Markant is overigens dat de in het amendement voorgestelde tekst duidelijk was opgenomen dat het moet gaan om een uitkering 'op grond van een door de erflater gemaakt contract'.³¹⁰⁹ De vraag rijst of de *trust* óf een buitenlandse stichting als zodanig kan worden beschouwd (zie *infra*, randnr. 1141 – 1144).

1139. Belangrijk is overigens dat de DVB in een voorafgaande beslissing van 8 december 2009 een belangrijke toevoeging deed aan het hoger geciteerde standpunt van de federale fiscale administratie met betrekking tot de belastbaarheid van *trusts* voor wat de toenmalige successierechten betrof. De DVB gaf immers aan dat een beslissing tot uitkering van trustinkomsten géén weerslag zou hebben op de heffing van de successierechten, tenzij het zou gaan om een uitkering van kapitaal of de uitkering die kan worden beschouwd of geldt als een periodieke rente of lijfrente.³¹¹⁰ Slechts in de laatste twee genoemde gevallen konden er successierechten worden geheven. Daarbij rijst vervolgens de vraag welke goederen, gelden of waarden dan wel als kapitaal moeten worden aangemerkt. Bij het beantwoorden van deze vraag, maakt de DVB o.i. geheel terecht toepassing van de stelregel dat het fiscaal recht zich in deze noodzakelijkerwijs ent op het toepasselijke buitenlandse rechtstelsel, i.e. het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht. De DVB stelt immers dat: "Aangezien door artikel 8 W.Succ. alleen sommen, renten of waarden met successierecht kunnen worden belast is het logisch dat de door de trustbeheerder gedane uitkeringen van meerwaarden of andere ontvangsten die naar het recht van land M aan het kapitaal worden toegewezen ook hier worden beschouwd als uitkeringen van kapitaal. [...] Alle – weze het bij toepassing van een buitenlandse wetgeving – als kapitaal aan te merken uitkeringen zullen ook in België als kapitaal worden aangemerkt."³¹¹¹ Naast de oorspronkelijk door de *settlor* ingebrachte goederen, kunnen aldus ook nog andere goederen, en zelfs bepaalde meerwaarden, gelden als kapitaal. Dit is vooral van belang indien de *trustee* de oorspronkelijk onder trustverband gebrachte goederen vervreemdt en de tegenwaarde door middel van *overreaching* vervolgens opnieuw aan het trustkapitaal wordt toegevoegd.

Het weze opgemerkt dat het hier inderdaad gaat om een o.i. correcte en geraffineerde enting van fiscale gevolgen naar Belgisch recht op een toepasselijk buitenlands rechtstelsel. De keerzijde van het voorgaande was dan ook dat volgens de beslissing van de DVB, uitkeringen die zouden gelden als uitkeringen

³¹⁰⁹ *Ibid.*

³¹¹⁰ Voorafg. Besl. 8 december 2009, nr. 700.112, punt 60.

Dit gegeven werd overigens ook opgemerkt door de Belgische rechtsleer: A. VAN ZANTBEEK, "Recently published tax rulings enliven trusts in Belgium: Ruling 900.189 (7 July 2009), Ruling 700.112 (8 December 2009) and Ruling 900.329 (22 December 2009)", *Trusts & Trustees* 2010, 865; E. VAN DE VELDE, "Enkele topics van estate planning door de fiscale bril van de Rulingdienst", *TEP* 2011, 153.

Zie ook reeds: A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblio, 1992, 313.

³¹¹¹ Voorafg. Besl. 8 december 2009, nr. 700.112, punt 62 – 63.

van kapitaal, niet zouden kunnen worden belast in de inkomstenbelastingen.³¹¹² Omgekeerd zouden uitkeringen van trustinkomsten dan worden belast met inkomstenbelastingen, en niet met successierechten. Eén en ander echter in zoverre de uitkering van trustinkomsten ook daadwerkelijk belastbaar zou kunnen zijn in de inkomstenbelastingen.³¹¹³ Hoewel daaruit o.i. geen verwerping van dit standpunt kan worden afgeleid, is het evenwel jammer te noemen dat VLABEL deze redenering niet expliciet mee heeft verwerkt in zijn hoger geciteerde standpunt inzake de belastbaarheid van *trusts* in de erfbelasting, *a fortiori* nu het standpunt van VLABEL de hier gesproken voorafgaande beslissing ruim postdateert.

1140. De meerderheid van de rechtsleer is echter van mening dat *trusts* niet binnen de toepassings sfeer van de hier besproken fictiebepalingen kunnen vallen.³¹¹⁴ Deze meerderheid van de rechtsleer wijst erop dat er in het geval van een trustverhouding per definitie geen overeenkomst bestaat op basis waarvan de *beneficiaries* hun aanspraken ontlenen. Zij verlenen deze aanspraken slechts op grond van het toepasselijke trustrecht zelf. Bepaalde auteurs stellen daarbij nog dat de *beneficiaries* van een *trust* overigens niet beschikken over een louter

³¹¹² *Ibid*, punt 73.

³¹¹³ A. VAN ZANTBEEK, "Recently published tax rulings enliven trusts in Belgium: *Ruling 900.189 (7 July 2009)*, *Ruling 700.112 (8 December 2009)* and *Ruling 900.329 (22 December 2009)*", *Trusts & Trustees* 2010, 865.

³¹¹⁴ P. FAES, "De trust in het Belgisch fiscaal recht: beproefd vertrouwen", *V&F* 1998, 299; S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 85; S. DE RAEDT, "Fiscale aspecten van de trust" in X. (ed.), *Fiscaal Vermogensbeheer*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., Alg., Hfdst. II, 2, 97; P. DE PAGE, "Le trust et certains mécanismes d'imposition indirecte", *Rec.gén.enr.not.* 2003, 432 - 436; S. NUDELHOLC, "Modes d'utilisation de l'extranéité par les personnes physiques en vue d'alléger la charge des droits de succession" in CENTRE DE DROIT INTERNATIONAL, *Les paradis fiscaux et l'évasion fiscale*, Brussel, Bruylant, 2001, 143; M.F. DE POVER, "Trust - Fiducie, Administratiekantoor, Fondation du Liechtenstein", *Rép.Not.*, IX, Livre VI, Brussel, Larcier, 2001, 79 - 80; P. DE PAGE, "Évolutions récentes en matière d'enregistrement et de droits fiscaux de succession", *J.D.F.* 2008, 100 - 102; J. MALHERBE, "Taxation of Trusts in Belgium" in R. DANON, J.-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 97; S. VAN BREEDAM, R. ACKERMANS, *Het administratiekantoor. Techniek van estate- en successieplanning*, Mechelen, Ced. Samsom, 2002, 165; G.D. GOYVAERTS, "The Tax Aspects of the Use of Foreign Trusts in Belgium for Private Wealth Purposes", *Journal of International Tax, Trust and Corporate Planning* 2011, afl. 4, 291 - 295; M. DELBOO, S. NELIS, "Registratie- en successierechten in het kader van trust: stand van zaken n.a.v. recente beslissingen van de administratie", *Successierechten*, 2004 - 2005, afl. 3, 7; E. DE WILDE D'ESTMAEL, "Le trust non discrétionnaire et les droits de succession" (noot onder Rb. Brussel 22 april 2010), *Réc.gén.enr.not.* 2011, 28; P. DE PAGE, "La fondation, le trust - Structures de transferts et de conservation de patrimoines" in N. BAUGNIET, J.-F. TAYMANS (eds.), *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-La-Neuve, Academia Bruylant, 2008, 402 - 404; A. CULOT, "Trusts et fondations privées. Transfert d'un immeuble située en Belgique" in N. BAUGNIET, J.-F. TAYMANS (eds.), *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-La-Neuve, Academia Bruylant, 2008, 412 - 413; K. MOSER, "Trusts and foundations in private wealth structuring - What do we learn from recent preliminary rulings?" in C. DOCCLO (ed.), *Alabaster - IFA 1938 - 2013*, Limal, Anthemis, 2013, 598.

MIHAIL geeft aan dat getwijfeld kan worden over het antwoord op de vraag of een *trust* onder het toepassingsgebied van artikel 8 W.Succ. kan vallen, maar neemt zelf geen eenduidig standpunt in: P. MIHAIL, "Family Trust et assurance vie: le riche et le pauvre?" in X (ed.), *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnard*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2008, 221 - 222.

vorderingsrecht, maar wel over een zakelijk recht op de onder trustverband gebrachte goederen.³¹¹⁵ Dit onderscheid werd door de rechtbank te Brussel in een vonnis van 22 april 2010 echter afgedaan als zijnde niet relevant in de voorliggende context.³¹¹⁶ Overigens werd hoger (*supra*, randnr. 864 e.v.) opgemerkt dat het Belgisch internationaal privaatrecht er niet toe dwingt om het bestaan van een zakelijk recht in hoofde van de *beneficiaries* te erkennen ('*obligational trust*'), niettegenstaande het gegeven dat zulks o.i. wel mogelijk is.

Opvallend is trouwens dat ook de Nederlandse rechtsleer doorgaans het standpunt verwerpt als zou een *trust* fiscaal zou kunnen worden gekwalificeerd als een beding ten behoeve van een derde.³¹¹⁷ Artikel 13 Successiewet 1956, dat sterk gelijkt op artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ. wordt door de Nederlandse rechtsleer in kwestie dan ook niet toepasbaar geacht op *trusts*.

1141. Het grootste struikelblok voor de toepassing van artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ. bestaat er o.i. inderdaad in dat beide varianten van deze fictiebepaling expliciet gewag maken van het bestaan van een contract. Uit de vorige Delen (zie i.h.b. randnr. 660 e.v.) is echter gebleken dat een *trust* geen overeenkomst of contract is, en daar vanuit een *civil law*-perspectief ook niet mee kan worden gelijkgesteld. Zeker sinds de inwerkingtreding van het WIPR dient een *trust*, indien aan alle aan de erkenning daarvan gestelde voorwaarden is voldaan, te worden erkend 'als *trust*', zij het dat deze noodzakelijkerwijs een 'metamorfose' ondergaat teneinde werkbaar te zijn in een *civil law*-context (zie *supra*, randnr. 976).

Hierbij dient echter opnieuw rekening te worden gehouden met het gegeven dat de rechtshandeling waarbij goederen onder trustverband worden gebracht,

³¹¹⁵ Zie i.h.b. E. DE WILDE D'ESTMAEL, "Le trust non discrétionnaire et les droits de succession" (noot onder Rb. Brussel 22 april 2010), *Rec.gén.enr.not.* 2011, 28, die hiertoe verwijst naar een lezing gegeven door S. NUDELHOLC.

³¹¹⁶ Rb. Brussel 22 april 2010, *Rec.gen.enr.not.* 2011, afl. 1, 22 (met noot E. DE WILDE D'ESTMAEL), *RGCF* 2011, 246 (met noot P. DE PAGE): "Le tribunal relève que les droits réels et les droits de créance sont tous deux des valeurs patrimoniales, qui présentent des liens étroits. En principe, à quelques exceptions aujourd'hui marginales, l'acquisition d'un droit réel suppose une transmission à l'initiative du titulaire du droit réel et cette transmission s'effectue généralement par un contrat générateur de droits de créance. Le trust suit ce schéma. Selon les termes du trust, au décès du constituant, les trustees doivent répartir les actions entre les bénéficiaires, qui en deviendront pleins propriétaires. Ainsi, à l'instar de la vente par exemple, les trusts font naître des droits de créance et transfèrent des droits « réels ».

Vu les liens intimes entre ces droits et l'impossibilité de rattacher les droits des bénéficiaires des trusts à une catégorie plutôt qu'à l'autre, puisque l'article 8 du Code des droits de succession ne distingue pas expressément entre droits réels et droits personnels, il n'y a pas lieu de distinguer et il faut considérer que les droits sui generis des bénéficiaires rentrent bien dans le champs d'application de l'article 8."

³¹¹⁷ F. SONNEVELDT, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956*, Amersfoort, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, 2000, 90 – 93 (i.v.m. *private express inter vivos trusts* in het algemeen); G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 305 – 306 (i.v.m. een *testamentary discretionary trust*), 369 (i.v.m. een *fixed trust*).

uitgezonderd is van het toepassingsgebied van de verwijzingscategorie voor *trusts* en aldus aan zijn eigen *lex causae* wordt onderworpen. Hoger (*supra*, randnr. 926) werd dan ook vastgesteld dat indien het Belgische recht van toepassing is, er minstens een eenzijdige overeenkomst voorhanden moet zijn op basis waarvan de goederen worden overgedragen aan de *trustee*. Naar Engels recht is dit evenwel niet het geval, aangezien de trustcreatie dan wordt beschouwd als een 'eenzijdige rechtshandeling', in zoverre dit een zinvolle uitdrukking binnen *common law*-stelsels.

In feitelijke gevallen dient aldus te worden gedifferentieerd aan de hand van de *lex causae* die de overdrachtshandeling beheerst en de gevolgen die dit heeft voor de kwalificatie van deze rechtshandeling. Aangenomen dat er toch sprake is van een overeenkomst tussen *settlor* en *trustee* is het evenwel niet noodzakelijk dat die overeenkomst een beding ten behoeve van een derde bevat teneinde de trustverhouding te laten functioneren. Zoals hoger (*supra*, randnr. 927) werd aangegeven, fungeert die overeenkomst slechts als de 'lanceerbasis' van waaruit vervolgens de eigenlijke trustverhouding wordt gelanceerd. Vanaf het ogenblik van de trustcreatie, neemt het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht het over. Het is dan ook op basis van dit trustrecht dat de *beneficiaries* worden aangewezen. Het gaat hier immers om een 'interne verhouding' van de *trust*. Het is met andere woorden helemaal niet vereist dat de overeenkomst tussen *settlor* en *trustee* een beding ten behoeve van een derde bevat. Integendeel, want in het normale geval verdwijnt de *settlor* uit beeld en kan deze laatste de *trustee* niet in rechte aanspreken voor de wijze waarop de *trustee* zich van zijn of haar bevoegdheden kwijt (zie *supra*, randnr. 241).

Dit is evenwel anders indien de *settlor* zich de daartoe noodzakelijke *power* heeft voorbehouden. Opnieuw moet echter worden vastgesteld dat ook deze verhouding slechts kan bestaan bij gratie van het toepasselijke trustrecht, dat normaliter deze *power* beheerst, en los staat van de rechtshandeling die de trustverhouding lanceert en de *lex causae* die deze rechtshandeling beheerst.

Een beding ten behoeve van een derde is aldus niet noodzakelijk om een *trust* in het leven te roepen, en de rechtshandeling waarmee de *trust* in het leven wordt geroepen kan daar, net zoals de trustverhouding zelf, niet mee worden gelijkgesteld. Dit is trouwens evenzeer het geval onder het Engelse recht (zie *supra*, randnr. 147).

1142. Op basis van een strikte, en *a fortiori* op basis van een restrictieve interpretatie, van artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ. kan aldus slechts worden besloten dat *trusts* niet onder het toepassingsgebied van deze fictiebepaling kunnen vallen. Elke poging om dit resultaat te bewerkstelligen vloeit enerzijds voort uit een verboden analogische (of daaraan verwante teleologische) interpretatie van het wetsartikel in een fiscale context óf van een assimilatie van de trustverhouding met een 'legaat' of een beding ten behoeve van een derde in een civielrechtelijke context. In het eerste geval wordt dan gebruik gemaakt van een in het Belgisch fiscaal recht verboden interpretatietechniek. In het tweede geval wordt de

uitdrukkelijke tekst van de artikelen 122 e.v. WIPR genegeerd. De hoger geïdentificeerde *default rule* bestaat er nochtans in dat het fiscaal recht zich ent op de civielrechtelijke onderbouw, tenzij er een expliciete of impliciete afwijking voorhanden is. *In casu* is dit o.i. niet het geval. Noch de rechtspraak, noch de federale fiscale administratie en VLABEL en evenmin de rechtsleer die de toepasselijkheid van de desbetreffende fictiebepalingen op trustverhoudingen verdedigen, beroepen zich daar overigens op.

1143. Markant is overigens dat de DVB in een aantal voorafgaande beslissingen wel heeft aanvaard dat artikel 8 W.Succ. geen toepassing kan vinden op (buitenlandse) stichtingen.³¹¹⁸ De DVB wijst in dit verband steevast naar het gegeven dat dergelijke stichtingen rechtspersonen zijn, dat de overdracht van vermogensbestanddelen aan een (buitenlandse) stichting moet worden aangemerkt als een eenzijdige rechtshandeling en dat latere uitkeringen niet geschieden op basis van een beding ten behoeve van een derde, maar kaderen in het belangeloos doel van de stichting. De DVB geeft in deze voorafgaande beslissingen steevast (en terecht) aan dat artikel 8 W.Succ. als fictiebepaling restrictief moet worden geïnterpreteerd.³¹¹⁹

Hoger (*supra*, randnr. 1101) werd evenwel aangegeven dat de visie van de DVB voor wat betreft de niet-toepasselijkheid van deze fictiebepaling op een Liechtensteinse *Stiftung* en een Nederlands-Antilliaanse Stichting Particulier Fonds niet werd gevolgd door de bevoegde entiteit van VLABEL.³¹²⁰ In de eerstgenoemde beslissing achtte de bevoegde entiteit van VLABEL het bestaan van een '*letter of wishes*' kennelijk een voldoende grond om te besluiten tot het bestaan van een 'overeenkomst' tussen de oprichter en de door hem gemandateerde persoon om de *Stiftung* op te richten. Volgens de bevoegde entiteit beval de oprichter daarmee aan wie en op welke wijze de *Stiftung* uitkeringen moest doen. In het geval van de Nederlands-Antilliaanse Stichting Particulier Fonds, vertrok de bevoegde entiteit van VLABEL vanuit een sterk gelijkaardige redenering, die eveneens was gestoeld op het voorhanden zijn van een '*letter of wishes*', die door de bevoegde entiteit als

³¹¹⁸ Voorafg. Besl. 16 december 2014, nr. 2014.644, punt 49 – 52 (m.b.t. een Liechtensteinse *Stiftung*); Voorafg. Besl. 9 december 2014, nr. 2014.543, punt 31 – 33 (m.b.t. een Liechtensteinse *Stiftung*); Voorafg. Besl. 29 november 2011, nr. 2011.275, punt 33 (m.b.t. een Belgische private stichting); Voorafg. Besl. 16 december 2014, nr. 2014.593, punt 21 – 23 (m.b.t. een Belgische private stichting); Voorafg. Besl. 28 augustus 2012, nr. 2012.049, punt 60 – 61 (m.b.t. een Nederlands – Antilliaanse Stichting Particulier Fonds). Zie over laatstgenoemde voorafgaande beslissing tevens: R. DEBLAUWE, A. BIESMANS, "Ruling over uitkering uit een NA SPF: geen successierechten", *Successierechten* 2013, afl. 1, 4 – 6.

³¹¹⁹ Voorafg. Besl. 16 december 2014, nr. 2014.644, punt 51; Voorafg. Besl. 9 december 2014, nr. 2014.543, punt 33; Voorafg. Besl. 29 november 2011, nr. 2011.275, punt 33; Voorafg. Besl. 16 december 2014, nr. 2014.593, punt 21; Voorafg. Besl. 28 augustus 2012, nr. 2012.049, punt 61.

Zie tevens: K. MOSER, "Trusts and foundations in private wealth structuring – What do we learn from recent preliminary rulings?" in C. DOCCLO (ed.), *Alabaster – IFA 1938 – 2013*, Limal, Anthemis, 2013, 598.

³¹²⁰ Voorafg. Besl. (VLABEL) 27 juni 2016, nr. 16025, punt 18 – 20; Voorafg. Besl. (VLABEL) 5 september 2016, nr. 16047, punt 20 – 23.

een bindende overeenkomst werd beschouwd. O.i. komen de genoemde voorafgaande beslissingen onterecht tot deze conclusie, gelet op de niet-bindende aard van een dergelijke *letter of wishes*. Aangezien een dergelijke *letter of wishes* doorgaans niet juridisch bindend is kan zij geen overeenkomst uitmaken. De bevoegde entiteit beriep zich *in casu* evenmin op het gegeven dat er veinzing voorhanden zou zijn, aangezien gewoon werd aangenomen dat de *letter of wishes in casu* telkens wel bindend zou zijn. Gelet op de aangehaalde argumenten die de DVB met betrekking tot dergelijke stichtingen steeds heeft gehanteerd, kunnen de beslissingen van de bevoegde entiteit van VLABEL o.i. dan ook niet worden goedgekeurd.

1144. Wanneer de argumenten die de DVB steeds heeft gehanteerd in de context van stichtingen worden getransponeerd naar *trusts*, valt o.i. op dat de argumenten die de DVB aanhaalt om stichtingen buiten het toepassingsgebied van deze bepaling te houden, evenzeer van toepassing kunnen zijn op trustverhoudingen. De overdracht van goederen aan een *trustee* kan naar het recht van sommige buitenlandse rechtsstelsels, en met name *common law*-stelsels, evenzeer worden gekwalificeerd als een eenzijdige rechtshandeling. In de hypothese dat de overdrachtshandeling wordt beheerst door het recht van een rechtsselsel dat deze rechtshandeling toch kwalificeert als een overeenkomst, bevat deze overeenkomst alleszins niet noodzakelijkerwijs een beding ten behoeve van een derde.

Bovendien handelt een *trustee* die trustgoederen uitkeert aan *beneficiaries* evenzeer op grond van een autonome verplichting en als beheerder van het afgescheiden trustvermogen. Bovendien maakt het gegeven dat dit afgescheiden vermogen in het geval van een stichting, in tegenstelling tot een *trust*, is bekleed met rechtspersoonlijkheid, o.i. geen enkel verschil voor wat betreft de mogelijke toepassing van artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ. Laatstgenoemde wetsartikelen maken in dit verband geen relevant onderscheid. Bovendien stelt de DVB in dit verband expliciet dat de fictiebepaling restrictief moet worden geïnterpreteerd.

Het voorgaande leidt dan o.i. dan ook tot een niet te verantwoorden verschil in behandeling tussen *trusts* en stichtingen.

iii. **Relevantie van het onderscheid tussen *fixed trusts* en *discretionary trusts* voor de toepassing van artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ.**

1145. Uit het voorgaande is gebleken dat een trustverhouding o.i. niet onder het toepassingsgebied van artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ. kan worden gebracht. Desalniettemin wordt door zowel de federale fiscale administratie als VLABEL het tegenovergestelde standpunt gehanteerd.

Daarbij wordt (en werd, zie *infra*, randnr. 1163) echter door de fiscale administraties een belangrijk onderscheid gemaakt tussen *fixed trusts* en

discretionary trusts. In het geval van een *discretionary trust* kan slechts erfbelasting worden geheven op het ogenblik dat de beslissing tot uitkering ten voordele van één of meerdere *beneficiaries* werd genomen door de *trustee*. Volgens de federale fiscale administratie gaat het hier om een bevoordeling (door de *settlor*) van de *beneficiaries* onder opschortende voorwaarde. VLABEL heeft het in dit verband over een eventueel recht dat slechts actueel wordt zodra de bevoordeling van één of meerdere *beneficiaries* vast komt te staan. *A contrario* kan de erfbelasting in het geval van *fixed trusts* meteen worden geheven, aangezien er in dit geval geen (in de ogen van de fiscale administraties) 'opschortende voorwaarde' of 'eventueel recht' voorhanden is (zie *supra*, randnr. 1127). Verder zal echter blijken dat het onderscheid tussen *fixed* en *discretionary trusts* niet meer actueel is voor wat betreft de toepassing van artikel 2.7.1.0.6. VCF, maar wel voor de toepassing van artikel 8 W.Succ (zie *infra*, randnr. 1163).

1146. Hoewel het maken van een dergelijk onderscheid in beginsel noodzakelijk is om de veelheid aan mogelijke trustvormen te kunnen beginnen vatten, moet evenwel worden gewaarschuwd voor een al te ongenueanceerde toepassing van dergelijke standpunten op concrete juridische verhoudingen. De strekking en inhoud van deze verhoudingen zal immers nauwgezet moeten worden vastgesteld en geïnterpreteerd vóór een correcte analyse kan worden gemaakt van de fiscale gevolgen. Zo is het perfect denkbaar dat een bepaalde trustverhouding ten aanzien van bepaalde *beneficiaries* een *fixed interest* genereert met betrekking tot de trustinkomsten en ten aanzien van andere *beneficiaries* discretionair is met betrekking tot het onderliggende kapitaal.

1147. Gelet op het belang van de kwalificatie van de *trust* voor wat betreft de fiscale gevolgen, is het essentieel om te onderzoeken hoe de fiscale administratie *in concreto* vaststelt of een trustverhouding 'fixed' dan wel 'discretionary' is. Hoger (*supra*, randnr. 197 en 208) is gebleken dat het onderscheid tussen *fixed trusts* en *discretionary trusts* juridisch is gestoeld op de juridische aanspraken die een *beneficiary* kan ontlenen op grond van de trustverhouding in kwestie.

In het geval van een *fixed trust* heeft elke *beneficiary* een vooraf, meestal door de *settlor* bepaald, vastgelegd recht op de distributie van een bepaald deel van het trustkapitaal en/of netto-trustinkomen. Essentieel is dat de *beneficiary* een juridisch afdwingbaar recht heeft ten aanzien van de *trustee(s)* om een bepaald voordeel te ontvangen. In het geval van een *discretionary trust* heeft de *beneficiary* geen huidig, individueel en vastomlijnd recht op de trustgoederen. De individuele *beneficiary* heeft in dit geval zelfs geen actueel *equitable interest*, daar dit wordt geacht te behoren aan de klasse *beneficiaries* als geheel.

1148. Het voorgaande heeft o.i. belangrijke implicaties voor een correcte en consequente toepassing van de door de fiscale administratie gehanteerde standpunten. In het geval dat artikel 8 W.Succ. moet worden toegepast, zou in hoofde van iedere begunstigde van het fictief legaat in kwestie moeten worden nagegaan wat de aard is van de *concrete juridische aanspraken* van die begunstigde onder een bepaalde trustverhouding, eerder dan de trustverhouding

als geheel trachten te kwalificeren als een *fixed trust* of een *discretionary trust*. In het raam van eenzelfde trustverhouding kunnen verschillende *beneficiaries* immers verschillende (soorten) aanspraken hebben. Deze gevolgtrekking vloeit o.i. voort uit het gegeven dat het fiscaal recht zich *per default* ent op de onderliggende juridische realiteit (zie *supra*, randnr. 1026 e.v. en 1059). Daarbij dient overigens de verhouding zoals zij daadwerkelijk tussen de bij de trustverhouding betrokken partijen geldt onder de van toepassing zijnde *lex causae* in ogenschouw te worden genomen. Het antwoord moet met andere woorden worden geboden door het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht.³¹²¹ In het geval de schijn wordt gewekt dat de *beneficiaries* geen juridisch afdwingbare aanspraken onder het vigerende trustrecht hebben, terwijl zij in de interne verhouding toch over een dergelijke juridisch afdwingbare afspraak beschikken, moet slechts rekening worden gehouden met de laatstgenoemde juridische realiteit (zie *supra*, randnr. 1019). Overigens dient in dergelijke gevallen rekening te worden gehouden met de mogelijkheid dat het gaat om een *sham trust*, die alvast naar Engels recht nietig is.

1149. De vraag rijst evenwel of de werkelijke administratieve praktijk het voorgaande ook daadwerkelijk reflecteert. In dit verband is het interessant om de voorafgaande beslissingen van de DVB waarin deze kwestie aan de orde kwam, nader in ogenschouw te nemen. Merk op dat deze voorafgaande beslissingen niet allemaal betrekking hebben op de erfbelasting. Vóór de introductie van de kaaimantaks in het Belgische inkomstenbelastingenrecht, was het onderscheid tussen *fixed-* en *discretionary trusts* ook zeer relevant voor wat betreft de fiscale gevolgen van het gebruik van dergelijke *trusts* in de inkomstenbelastingen (zie *infra*, randnr. 1230 e.v.). In het geval een *beneficiary* die tevens Belgisch rijksinwoner was een bevoordeling ontving uit een *discretionary trust*, kon dit in beginsel geen aanleiding geven tot de heffing van inkomstenbelastingen.

1150. Uit twee voorafgaande beslissingen van 8 december 2009³¹²² en 22 december 2009³¹²³ blijkt alvast dat de DVB verschillende elementen mee in rekening neemt bij de bepaling of het al dan niet gaat om een *discretionary trust* in het raam van het toenmalige inkomstenbelastingencontentieux.

In de laatstgenoemde voorafgaande beslissing nam de DVB de volgende elementen mee in rekening met betrekking tot *trusts* naar het recht van de Bahama's: de *trustees* waren de juridische eigenaars van de onder trustverband gebrachte vermogensbestanddelen; de *trustees* hadden de bevoegdheid om de trustinkomsten te accumuleren; de *trustees* waren bevoegd om de inkomsten of het kapitaal toe te wijzen aan eender welke *beneficiary*; de *trustees* waren bevoegd om de trustverhouding te beëindigen op eender welk moment vóór de voorziene maximale bestaanstermijn van de trustverhouding (*in casu*: 150 jaar) voorbij was;

³¹²¹ Eensluidend: K. MOSER, "Trusts and foundations in private wealth structuring – What do we learn from recent preliminary rulings?" in C. DOCCLO (ed.), *Alabaster – IFA 1938 – 2013*, Limal, Anthemis, 2013, 593.

³¹²² Voorafg. Besl. 8 december 2009, nr. 700.112.

³¹²³ Voorafg. Besl. 22 december 2009, nr. 900.329.

het betrof een *irrevocable trust*; bij het beëindigen van de trustverhouding konden de *trustees* naar eigen inzicht beslissen welke *beneficiary* welke vermogensbestanddelen zou verkrijgen; de *beneficiaries* konden geen juridische aanspraak maken op een uitkering van trustgoederen ten aanzien van de *trustees*; er was geen *letter of wishes*; er was sprake van een grote klasse mogelijke *beneficiaries*; de *settlor* was geen *beneficiary*.

Op basis van de voorgaande elementen kwam de DVB vervolgens tot de conclusie dat de desbetreffende *trusts* inderdaad discretionair van aard waren, zodat eventuele uitkeringen niet konden worden onderworpen aan enige inkomstenbelasting.

1151. In de voorafgaande beslissing van 8 december 2009 nam de DVB de volgende elementen mee in rekening teneinde te bepalen of er al dan niet sprake is van een *discretionary trust*: het zou gaan om een *irrevocable trust*; de *trustee* kon zelf beslissen welke trustgoederen zouden worden toegewezen aan een nieuw op te richten *trust* in het geval van het overlijden van de *settlor*; de *beneficiary* van deze nieuw op te richten *trust* zou de overlevende echtgenote van de *settlor* zijn; er was geen sprake van een *letter of wishes*; voor zover de nieuw op te richten *trust* inkomsten heeft, zou de *beneficiary* een vorderingsrecht hebben; de *trustee* dient de geschreven adviezen van de *investment advisor* te volgen; de echtgenote/*beneficiary* zou worden aangeduid als *investment advisor*; de *investment advisor* kon geen bindende beslissingen nemen inzake het uitkeringsbeleid; de nieuw op te richten *trust* had maar één *beneficiary*.

De DVB concludeerde uiteindelijk dat de nieuw op te richten *trust* in kwestie minstens een 'gedeeltelijk beïnvloedbare' *trust* betrof³¹²⁴ en hechtte daarbij vooral belang aan het gegeven dat de *beneficiary* tevens de rol van *investment advisor* waarnam en tevens de enige *beneficiary* van de desbetreffende trustverhouding was. Naar mening van de DVB kon aldus geen sprake zijn van een *discretionary trust*. O.i. is de beslissing van de DVB correct. Het doorslaggevende element bestond er echter in dat, zoals de DVB in de voorafgaande beslissing aangaf, de *beneficiary* een vastomlijnd recht had om de trustinkomsten te ontvangen.³¹²⁵ Het gegeven dat de *trustee* zelf kon beslissen welke goederen er in de nieuw op te richten *trust* zouden terechtkomen doet daar inderdaad niets aan af. Van zodra de nieuw op te richten *trust* in het leven zou zijn geroepen, zou de *beneficiary* over een vorderingsrecht beschikken, ongeacht het aantal of de waarde van de relevante trustgoederen. Het gevolg was dan ook dat de uitkeringen die de *beneficiary* zou ontvangen vanwege de nieuw op te richten *trust* zouden worden aangemerkt als interesten in de zin van de artikelen 17, §1, 2° en 19, §1, 1° WIB 1992³¹²⁶ en dat de oprichting van de *trust* op de overlijdensdatum van de erflater aanleiding zou geven tot de heffing van het successierecht in België³¹²⁷.

³¹²⁴ Voorafg. Besl. 8 december 2009, nr. 700.112, punt 57.

³¹²⁵ *Ibid*, punt 49, 81

³¹²⁶ *Ibid*, punt 86.

³¹²⁷ *Ibid*, punt 69, 83.

1152. In een voorafgaande beslissing van 7 juli 2009 kwam de DVB eveneens tot de conclusie dat een voorliggende trustverhouding werkelijk discretionair van aard was.³¹²⁸ De voorgenomen verrichting had volgens de DVB betrekking op een *irrevocable trust*; de onder trustverband gebrachte goederen konden nooit terugkeren naar het persoonlijke vermogen van de *settlers*; het beheer van de trustgoederen zou worden uitbesteed aan een professionele beheerder; de *trustee* kon vrijelijk beslissen welk voordeel op welk ogenblik zou worden verstrekt en kon daarbij zelf begunstigden aanduiden en noch de *settlers*, noch de *beneficiaries* genoten enige beslissingsmacht. Noteer echter dat de DVB in de relevante overwegingen niet expliciteerde of de *beneficiaries* al dan niet beschikten over een vastomlijnd recht om op een bepaald ogenblik een bepaald voordeel te ontvangen. De DVB liet zulks wel uitschijnen in zijn analyse met betrekking tot de vraag of de private stichting die als *trustee* zou optreden al dan niet de jaarlijkse taks tot vergoeding van de successierechten verschuldigd zou zijn.³¹²⁹ Op basis van nagenoeg dezelfde overwegingen kwam de DVB in een zeer gelijkaardig casusgeval tot dezelfde conclusie.³¹³⁰

1153. Ook in een voorafgaande beslissing van 18 juni 2013 concludeerde DVB dat er *in casu* sprake was van eigenlijke *discretionary trusts*.³¹³¹ De DVB nam daarbij expliciet de volgende elementen mee in overweging: de *beneficiaries* hadden zelf geen goederen of waarden in de *trusts* ingebracht; de *beneficiaries* waren niet de *settlers* van de *trusts*; de *letter of wishes* was niet afkomstig van de *beneficiaries*; de *beneficiaries* beschikten niet over een vastomlijnd recht op inkomsten of een bevoordeling ten aanzien van de *trustees*; er was telkens sprake van meerdere mogelijke *beneficiaries*; de *beneficiaries* traden niet op als *protectors* van de *trusts*; de *trustees* konden naar eigen inzicht beslissen welke *beneficiaries* een voordeel zouden ontvangen en konden desgevallend bijkomende *beneficiaries* aanduiden.

1154. Ook met betrekking tot een *trust* naar het recht van de Britse Maagdeneilanden kwam de DVB tot de conclusie dat er *in casu* sprake was van een *discretionary trust*.³¹³² Opnieuw nam de DVB een groot aantal onderscheiden criteria in aanmerking om tot deze conclusie te komen. Zo achtte de DVB het relevant dat er geen *letter of wishes* was; de *beneficiary* niet beschikte over enig vorderingsrecht ten aanzien van de trustgoederen of de inkomsten die zij genereerden; er geen *protector* was aangeduid; de *trustees* zelf konden beslissen wie gold als 'excluded person' en dus geen *beneficiary* kon zijn; het een *irrevocable trust* betrof; de *beneficiary* niet de *settlor* was. Opnieuw kwam de DVB tot het besluit dat er sprake was van een 'niet-beïnvloedbare' *trust*.³¹³³

³¹²⁸ Voorafg. Besl. 7 juli 2009, nr. 900.189, i.h.b. punt 6 – 12.

³¹²⁹ *Ibid*, punt 14.

³¹³⁰ Voorafg. Besl. 13 december 2011, nr. 2011.435.

³¹³¹ Voorafg. Besl. 18 juni 2013, nr. 2013.013, i.h.b. punt 16.

³¹³² Voorafg. Besl. 24 mei 2011, nr. 2011.148.

³¹³³ *Ibid*, punt 20.

1155. In twee andere voorafgaande beslissingen kwam de DVB echter opnieuw tot het besluit dat er *in casu* geen sprake kon zijn van een *discretionary trust*. In een voorafgaande beslissing van 6 december 2011³¹³⁴ werd de DVB gevraagd zich uit te spreken over de fiscale gevolgen van een *trust* naar het recht van Jersey. De DVB stelde vast dat: de *trust* opgericht was naar het recht van Jersey als een *irrevocable* en *discretionary trust*; de *settlor* tevens de *beneficiary* was van de *trust*; inwoners van land Z uitgesloten waren als *beneficiaries*; een andere persoon, tevens Belgisch rijksinwoner de bevoegdheid kreeg om nieuwe, bijkomende *trustees* aan te duiden; er een *protector* werd aangesteld; de genoemde persoon tevens de bevoegdheid had om de *protector* te laten verwijderen of vervangen; de *trustees* enkel met instemming van de *protector* (potentiële) *beneficiaries* konden toevoegen of verwijderen en de *settlor* een *letter of wishes* had ondertekend. Op basis van de vier laatstgenoemde elementen besliste de DVB dat de *trust* in kwestie 'beïnvloedbaar' was en dus niet als een *discretionary trust* kon worden aangemerkt.³¹³⁵ Bovendien stelde de DVB vast dat de *settlor/beneficiary* schriftelijke toestemming moest geven vooraleer wijzigingen konden worden doorgevoerd aan de trustakte.³¹³⁶ Nochtans bleek uit de in de aanvraag verstrekte gegevens wel dat de *beneficiaries* van de *trust* niet beschikten over enig vorderingsrecht ten aanzien van de *trustee*, zodat zij niet het recht hadden om een uitkering van kapitaal en/of inkomsten te vorderen.³¹³⁷

In een tweede voorafgaande beslissing deed de DVB uitspraak over het al dan niet discretionair karakter van een *testamentary trust*.³¹³⁸ Persoon A, die gold als *beneficiary* van een *trust* wilde zich eventueel in België vestigen. In het raam van de mogelijke verhuis van persoon A werd aan de DVB de vraag voorgelegd betreffende de fiscale kwalificatie van de inkomsten die A uit de *trust* zou ontvangen. Volgens de DVB kon er echter geen sprake zijn van een *discretionary trust* omwille van het gegeven dat: A bij oprichting werd aangeduid als *trustee*, maar zij per direct ontslag had genomen en persoon G als plaatsvervangend *trustee* had aangeduid; persoon A ondanks haar 'ontslag' (*sic*) nog steeds *trustees* kon aanduiden of het aantal *trustees* kon aanpassen; dat persoon A en haar nakomelingen golden als enige *beneficiaries* van de *trust*; de *trustees* niet uit eigen beweging aanpassingen mochten doorvoeren aan de klasse van begunstigen van de *trust*. Nochtans hadden de *trustees* wel schriftelijk verklaard dat persoon A geen juridisch afdwingbaar vorderingsrecht had ten aanzien van de *trustees*.

1156. In een voorafgaande beslissing van 16 december 2014, die in de eerste plaats een Liechtensteinse *Stiftung* betrof, figureerden ook enkele *trusts*. Hier hield de DVB het op de eenvoudige vaststelling dat de *trusts* in kwestie discretionair waren, 'zowel in rechte als in feite'. De begunstigen hadden volgens de DVB geen

³¹³⁴ Voorafg. Besl. 6 december 2011, nr. 2011.418.

³¹³⁵ *Ibid*, punt 22.

³¹³⁶ *Ibid*, punt 27.

³¹³⁷ *Ibid*, punt 7.

³¹³⁸ Voorafg. Besl. 3 juli 2012, nr. 2011.293.

afdwingbaar recht ten aanzien van de *trustees*, die autonoom beslissingen namen, noch was er sprake van een *letter of wishes*.³¹³⁹

1157. VLABEL heeft op het ogenblik van schrijven nog geen voorafgaande beslissingen gepubliceerd die betrekking hebben op *trusts*. Wel kan worden gewezen op de genoemde voorafgaande beslissingen die betrekking hebben op een Liechtensteinse *Stiftung*³¹⁴⁰ en een Nederlands-Antilliaanse Stichting Particulier Fonds³¹⁴¹. Met betrekking tot een mogelijke toepassing van artikel 2.7.1.0.6. VCF besluit VLABEL in beide gevallen dat het *in casu* niet kan gaan om een 'discretionaire stichting', omwille van het gegeven dat de begunstigen werden aangeduid door de 'economische oprichter' en er sprake is van een *letter of wishes*.³¹⁴² Indien het bestuur van de stichting vervolgens overgaat tot uitkering aan de begunstigen die in het 'huishoudelijk reglement' (*sic*) zijn bepaald volgens de instructies van de oprichter, worden de begunstigen volgens VLABEL geacht de uitkeringen te verkrijgen op grond van door de oprichter in het voordeel van die personen gemaakt beding. Ofschoon het hier telkens gaat om een stichting en niet om een trustverhouding doet de beslissing van VLABEL wel vermoeden dat de administratie in het raam van trustverhoudingen evenzeer op een eerder feitelijke basis zou hebben bepaald of er al dan niet sprake is van een *discretionary trust*.

1158. Uit het voorgaande blijkt duidelijk dat zowel de federale DVB als de bevoegde entiteit van VLABEL in de regel een veelheid aan criteria in ogenschouw nemen, teneinde na te gaan of een *trust* (of desgevallend een stichting) al dan niet 'werkelijk' discretionair is. De door de DVB gebezigde bewoordingen doen daarbij uitschijnen dat daarbij in de eerste plaats wordt onderzocht of de juridische verhouding in kwestie feitelijk discretionair is. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de DVB het in dit verband soms heeft over een '(niet-)beïnvloedbare *trust*', eerder dan een 'discretionaire *trust*'. Het begrip '(niet-)beïnvloedbare *trust*' lijkt daarbij door de DVB zelf te zijn uitgevonden.

De vraag of de *beneficiaries* van de *trust* volgens de *lex causae* beschikken over een juridisch afdwingbaar vorderingsrecht ten aanzien van de *trustee* wordt daarbij door de DVB in aanmerking genomen, maar dit vormt zeker niet het enige of zelfs het doorslaggevende element in de analyses van de DVB. Indien er bijvoorbeeld een (niet-bindende) *letter of wishes* is opgesteld, is dit voor de DVB en de bevoegde entiteit van VLABEL soms al een voldoende aanleiding om te besluiten dat er eigenlijk geen sprake kan zijn van een discretionaire *trust* of een niet-beïnvloedbare *trust*. De trustfiguur in kwestie wordt dus zowel door de federale DVB als de bevoegde entiteit van VLABEL niet (in de eerste plaats) gekwalificeerd op basis van juridische criteria onder de toepasselijke *lex causae*, maar veeleer op een feitelijke

³¹³⁹ Voorafg. Besl. 16 december 2014, nr. 2014.644.

³¹⁴⁰ Voorafg. Besl. (VLABEL) 27 juni 2016, nr. 16025.

³¹⁴¹ Voorafg. Besl. (VLABEL) 5 september 2016, nr. 16047.

³¹⁴² Voorafg. Besl. (VLABEL) 27 juni 2016, nr. 16025, punt 19 – 20; Voorafg. Besl. (VLABEL) 5 september 2016, nr. 16047, punt 19 – 23.

basis, aan de hand van de vraag op welke wijze(n) de *settlor(s)* en/of *beneficiary(-ies)* al dan niet invloed kunnen uitoefenen op de (beslissingen van) de *trustee(s)*.

1159. O.i. rijst dan ook de vraag of de DVB zijn bevoegdheden niet overschrijdt door een dergelijke werkmethode te hanteren. Immers, luidens de wet van 24 december 2002 zijn rulings 'juridische handelingen waarbij de FOD Financiën overeenkomstig de van kracht zijnde bepalingen vaststelt hoe de wet wordt toegepast op een bijzondere situatie of een verrichting, die op fiscaal vlak nog geen uitkering heeft gehad.³¹⁴³ Een zeer gelijkaardige omschrijving kan worden aangetroffen in artikel 3.22.0.0.1, §1, tweede lid VCF. In het laatstgenoemde wetsartikel wordt aangegeven dat de bevoegde entiteit van de Vlaamse fiscale administratie slechts bevoegd is om vast te stellen hoe een bepaling van de VCF wordt toegepast op een bijzondere situatie of verrichting die nog geen uitwerking heeft gehad op fiscaal vlak.

In de rechtsleer zijn in het verleden reeds bedenkingen geopperd bij de wijze waarop de DVB omgaat met civielrechtelijke analyses. VAN DE VELDE stelt in dit verband dat de DVB strikt genomen slechts bevoegd is om uitspraak te doen over de toepassing van belastingwetten die onder de bevoegdheid van de FOD Financiën vallen of waarvan deze de inning en invordering verzekert.³¹⁴⁴ De DVB interpreteert zijn eigen bevoegdheid om een antwoord te geven op de fiscale vraag die door de rilingaanvrager wordt voorgelegd in sommige gevallen kennelijk echter vrij ruim. VAN DE VELDE beveelt dan ook aan dat de DVB zich hierin bij voorkeur bescheiden en terughoudend opstelt, aangezien de door de DVB gemaakte civielrechtelijke analyse steeds ten dienste moet staan van de uiteindelijke fiscale beslissing.³¹⁴⁵

Gelet op het gegeven dat het fiscaal recht zich *per default* ent op de onderliggende gemeenrechtelijke juridische realiteit, kan niet worden vermeden dat de DVB een civielrechtelijke analyse zal moeten maken teneinde een beslissing te nemen over de wijze waarop de fiscale wet in een concrete situatie moet worden toegepast. De kerntaak van de DVB situeert zich o.i. inderdaad bij het bepalen van de juridisch-fiscale gevolgen van de wijze waarop de fiscale wet aanknoopt bij die onderliggende juridische realiteit. De aanbeveling van VAN DE VELDE dient o.i. dan ook te worden gevolgd.

1160. Nochtans kan uit het voorgaande slechts worden geconcludeerd dat de DVB, en kennelijk eveneens de bevoegde entiteit van de VLABEL, met betrekking tot de bepaling van het discretionaire karakter van een concrete trustverhouding op autonome wijze bepaalt of er naar zijn mening al dan niet sprake is van een discretionaire trust. Noteer echter dat geen enkele van de besproken voorafgaande beslissingen verwijst naar enige specifieke fiscale wetsbepaling op basis waarvan

³¹⁴³ Art. 20, lid 2 van de wet van 24 december 2002 tot wijziging van de vennootschapsregeling inzake inkomstenbelastingen en tot instelling van een systeem van voorafgaande beslissingen in fiscale zaken, BS 31 december 2002, 58817.

³¹⁴⁴ E. VAN DE VELDE, "Enkele topics van estate planning door de fiscale bril van de Rulingdienst", *TEP* 2011, 138.

³¹⁴⁵ *Ibid*, 138.

die autonome analyse geschiedt. In de toenmalige stand van zaken in het Belgische inkomstenbelastingenrecht bestond er immers geen bijzondere fiscale wetsbepaling die specifiek verwees naar of betrekking had op de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts*. Voor de registratie-, schenk- en erfbelastingen is dit heden nog steeds het geval. De door de DVB gemaakte analyse steunt dus niet rechtstreeks op basis van enige (fiscale) wetsbepaling.

O.i. kan zelfs worden verdedigd dat het begrip 'beïnvloedbare *trust*' eerder wijst op het voornemen van de DVB om zijn beslissing te enten op de door hem gepercipieerde *economische* realiteit, in plaats van de onderliggende *juridische* realiteit.

1161. Welnu, uit het voorgaande (*supra*, randnr. 1026 e.v. en 1059) vloeit o.i. voort dat bij gebreke aan een in het fiscaal recht vervat liggende expliciete of impliciete afwijking, de civielrechtelijke juridische realiteit *in fiscalibus* moet worden gehonoreerd.³¹⁴⁶ Zowel de DVB als de bevoegde entiteit van VLABEL lijken echter veeleer geneigd om fiscale gevolgen vast te knopen aan de 'economische' realiteit, zoals deze door hen wordt gepercipieerd. Daarbij wordt echter niet verwezen naar een specifieke (fiscaalrechtelijke) wettelijke grondslag die hen toelaat om deze methode juridisch te verantwoorden. O.i. moet dan ook worden geconcludeerd dat de genoemde diensten bij het maken van dergelijke autonome civielrechtelijke analyses ten onrechte geen rekening houden met de onderliggende *lex causae*, doordat zij hun eigen analyse substitueren voor de analyse waartoe de toepasselijke *lex causae* dwingt. Immers, indien aan alle internationaal privaatrechtelijke voorwaarden is voldaan om het bestaan van de trustverhouding als zodanig te erkennen, moet met juridische realiteit zoals deze onder het toepasselijke trustrecht geldt, rekening worden gehouden.

1162. Vanuit een praktisch en beleidsmatig oogpunt, doet het standpunt van de DVB evenwel niet vreemd aan. Het is immers genoegzaam bekend dat rechtsfiguren als buitenlandse *trusts* op fiscaal vlak met argusogen worden bekeken (zie *supra*, randnr. 12). Bovendien had een beslissing van de DVB dat er inderdaad sprake was van een *discretionary trust* op het vlak van de inkomstenbelastingen verregaande gevolgen, aangezien de DVB in dat geval slechts kon concluderen dat uitkeringen aan *beneficiaries* niet aan inkomstenbelastingen konden worden onderworpen. Aangezien het gegeven dat het om een *discretionary trust* zou gaan die volgens de standpunten van de fiscale administratie met betrekking tot de erfbelasting minder verregaande gevolgen heeft, stelde deze problematiek zich in het raam van de erfbelasting vermoedelijk op een minder scherpe wijze.

Eén en ander doet er o.i. niet aan af dat bij gebreke aan bijzondere fiscale wetsbepalingen ter zake, op het strikt juridisch vlak slechts rekening mag worden gehouden met de onderliggende juridische realiteit zoals deze effectief tussen de betrokken partijen geldt, te beoordelen aan de hand van de toepasselijke *lex*

³¹⁴⁶ Eensluidend: K. MOSER, "Trusts and foundations in private wealth structuring – What do we learn from recent preliminary rulings?" in C. DOCCLO (ed.), *Alabaster – IFA 1938 – 2013*, Limal, Anthemis, 2013, 601.

causae. Zonder een expliciete of impliciete basis in de fiscale wet, mogen de DVB en de bevoegde entiteit van VLABEL geen bijkomende voorwaarden stellen, die de fiscale wet evenmin stelt.³¹⁴⁷

1163. Specifiek voor wat betreft artikel 2.7.1.0.6. VCF, ná de wijzigingen aangebracht door het decreet van 23 december 2016, kan echter de vraag worden opgeworpen of het in de vorige randnummers uiteengezette onderscheid nog relevant is voor de toepassing van dit wetsartikel op *trusts*. Hoger (*supra*, randnr. 1131) bleek immers dat de bedoeling van de decreetgever er in bestond om slechts uitkeringen verkregen gedurende de drie jaren vóór het overlijden van de erflater onmiddellijk belastbaar te stellen. Op grond van het derde lid van artikel 2.7.1.0.6. VCF in zijn huidige vorm zijn uitkeringen die pas ná het overlijden van de erflater worden verkregen belastbaar op het ogenblik van verkrijging. O.i. laat artikel 2.7.1.0.6., derde VCF, in zijn huidige vorm dan niet langer toe om nog een onderscheid te maken tussen *fixed trusts* en *discretionary trusts*. In beide gevallen zullen voor de erfbelasting in aanmerking te nemen uitkeringen slechts belastbaar zijn op het ogenblik wanneer zij daadwerkelijk door de begunstigde werden verkregen. Behoudens het geval waar de Brusselse en Waalse decreetgever gelijkaardige wijzigingen zouden doorvoeren, blijft het hoger besproken standpunt voor die gewesten vooralsnog overeind.

c. Vergelijking met het Nederlandse recht

1164. Vóór de inwerkingtreding van het APV-regime werd door de Nederlandse rechtsleer reeds een onderscheid gemaakt tussen *fixed trusts* en *discretionary trusts* voor wat betreft de fiscale gevolgen op het vlak van de erfbelasting.³¹⁴⁸ Beschouwd vanuit een Belgisch perspectief is het echter opmerkelijk dat de Nederlandse rechtsleer die dit thema behandelt, in de eerste plaats slechts ruimte ziet voor de mogelijke heffing van Nederlandse erfbelasting indien het gaat om een *trust mortis causa* (*testamentary trust*).³¹⁴⁹ De hypothese waar het gaat om een *inter vivos trust* wordt door deze rechtsleer behandeld in het raam van de Nederlandse schenkbelasting (zie *supra*, randnr. 1105). De fiscale gevolgen van een *testamentary trust* worden verder (*infra*, randnr. 1182 e.v.) nader onderzocht.

Het gegeven dat de Nederlandse rechtsleer ter zake een dergelijke opsplitsing maakt tussen *inter vivos trusts* en *trusts mortis causa* hoeft niet te verbazen, gelet

³¹⁴⁷ B. PEETERS, "Het fiscaal legaliteitsbeginsel in de Belgische Grondwet: verstrakking of erosie?" in B. PEETERS, J. VELAERS (eds.), *De Grondwet in groothoekperspectief. Liber amicorum discipulorumque Karel Rimanque*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 557.

³¹⁴⁸ G. GILSSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 296 e.v., 364 e.v.; E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 129 e.v., 135 e.v., 140 e.v.; R.L.H. IJZERMAN, "Enkele Nederlandse fiscale aspecten van Angelsaksische trusts", *WPNR* 1997, 571.

³¹⁴⁹ G. GILSSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 478 e.v.; E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 129, 140, 185.

op het gegeven dat de oprichting van zowel een *fixed trust* als van een *discretionary trust* bij leven van de *settlor* volgens de Nederlandse rechtsleer aan schenkbelasting kon worden onderworpen (zie *supra*, randnr. 1185 – 1187, alsook vn. 3004). In het geval van een (*irrevocable*) *discretionary trust* was er luidens de (bekritiseerbare) rechtspraak van de Hoge Raad sprake van een belastbare gift aan de *trust* zelf. In het geval van een *fixed trust* kan volgens de Nederlandse rechtsleer sprake zijn van een belastbare gift aan de *beneficiaries*. Het voorgaande bevestigt opnieuw waarom de uitspraken van de Nederlandse Hoge Raad in de ‘novemberarresten’ aanleiding konden geven tot fiscale planning. Indien een *settlor* een *discretionary inter vivos* trustverhouding in het leven riep op een ogenblik dat deze geen (fictief) Nederlands rijksinwoner was voor de heffing van de schenkbelasting, was bij diens latere overlijden in Nederland in beginsel geen sprake van enige Nederlandse erfbelasting. Het is daarbij echter hoogst twijfelachtig of bij de oprichting van de *trust* enige heffing van schenkbelasting zou zijn geschied in een ander land.

1165. Sinds de inwerkingtreding van het APV-regime is de Nederlandse fiscaliteit inzake *trusts* echter sterk gewijzigd. Voor (*inter vivos*) *trusts* die daadwerkelijk onder het toepassingsgebied van het APV-regime vallen (zie *supra*, randnr. 1087 – 1088) moet daarbij worden gewezen op het bepaalde in artikel 16 Successiewet 1956. Deze bepaling moet samen worden gelezen met artikel 2.14a Wet Inkomstenbelasting 2001. Uit deze laatste wetsbepaling volgt dat alle bezittingen, schulden, inkomsten en uitgaven van een APV moeten worden toegerekend aan de persoon die het vermogen heeft afgezonderd. Om deze reden werd hoger (*supra*, randnr. 1087) vastgesteld dat er in die gevallen dan ook geen sprake kon zijn van enige heffing van schenkbelasting op het ogenblik van de creatie van de *trust*. Op grond van deze fiscale fictiebepaling is het *in fiscalibus* alsof de afgezonderde vermogensbestanddelen het persoonlijke vermogen van de oprichter nooit verlaten hebben. Deze fiscale fictie wordt door middel van artikel 16 Successiewet 1956 doorgetrokken tot de erfbelasting. Ingevolge het overlijden van een erfflater die als oprichter van een APV geldt, worden de vermogensbestanddelen van het APV geacht door diens erfgenamen, elk voor hun deel, te zijn verkregen krachtens erfrecht voor wat betreft de toepassing van de Successiewet 1956. Bij het overlijden van deze erfgenamen, wordt het desbetreffende ‘deel’ van het APV geacht te zijn verkregen door hun erfgenamen krachtens erfrecht en zo voort. Indien een erfgenaam van de oprichter is vooroverleden, worden de vermogensbestanddelen van het APV niet toegerekend aan de erfgenamen van de vooroverleden erfgenaam, maar aan de andere erfgenamen van de oprichter.³¹⁵⁰ Merk op dat de Successiewet 1956, in tegenstelling tot de Wet Inkomstenbelasting 2001, nooit heeft voorzien in een uitzondering voor APV’s die aan een voldoende belastingheffing onderworpen zijn.³¹⁵¹ Artikel 16, tweede lid Successiewet 1956

³¹⁵⁰ E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 165.

³¹⁵¹ F.H.G. BIEMANS, *Afgezonderde particuliere vermogens. Onderzoek naar de rechtsfiguur afgezonderd particulier vermogen in het Nederlandse fiscale recht*, Deventer, Kluwer, 2015,

voegt daaraan toe dat wanneer een begunstigde als gevolg van het overlijden van de erflater een in rechte vorderbare aanspraak verkrijgt ten aanzien van een APV, deze aanspraak eveneens geacht wordt krachtens erfrecht van de inbrenger te zijn verkregen.

1166. De assumptie die aan deze fiscale fictie ten grondslag ligt, is dat de erfgenamen van de oprichter in de regel ook de begunstigten van het afgezonderd vermogen zullen zijn, zodat het logisch is dat de 'verkrijging' van dit vermogen ook fiscale gevolgen heeft.³¹⁵² De Nederlandse Staatsecretaris van Financiën verwees in dit verband naar de noodzaak van een 'robuuste aanpak'.³¹⁵³

Voor de bepaling van het tarief dient dan te worden gekeken naar de verhouding tussen de overledene aan wie de vermogensbestanddelen, inkomsten en uitgaven van het APV werden toegerekend en de fictieve verkrijger krachtens erfrecht. Het bedrag van de belasting wordt vervolgens bepaald aan de hand van de waarde van de vermogensbestanddelen van het APV in het economische verkeer en de passiva van het APV, alsof zij deel zouden uitmaken van het vermogen van de persoon aan wie de bezittingen en schulden van het APV worden toegerekend.³¹⁵⁴ Op deze fictieve verkrijging zijn aldus de tarieven, vrijstellingen en faciliteiten van toepassing, alsof het afgezonderde vermogen rechtstreeks van de erflater werd verkregen.³¹⁵⁵

1167. Deze fictieve verkrijging krachtens erfrecht en de daarmee gepaard gaande belasting, kunnen echter in de praktijk tot complicaties leiden. Aangezien het gaat om een fictieve verkrijging krachtens erfrecht, kan het tegelijk gaan om een verkrijging die civielrechtelijk en feitelijk nooit zal plaatsvinden.³¹⁵⁶ Bovendien laat de fictieve verkrijging krachtens erfrecht niet toe om fiscaal rekening te houden met de een eventuele civielrechtelijke toewijzing van de waarden die in het APV zijn ingebracht, hetgeen tot allerlei *mismatches* kan leiden. Het APV-regime is om deze reden reeds vaak het mikpunt geweest van kritiek.³¹⁵⁷ Naast het gegeven dat dit kan leiden tot liquiditeitsproblemen in hoofde van de erfgenamen, is het vooral markant dat deze belastingplicht *in abstracto* ook geldt wanneer het absoluut

124; A.E. DE LEEUW, "Afgezonderd particulier vermogen: de Nederlandse 'doorkijkbelasting'", *TFR* 2015, 964.

³¹⁵² Kamerstukken II 2008 – 2009, 31930, nr. 9, 48.

³¹⁵³ *Ibid.*

³¹⁵⁴ Art. 16, lid 3 Successiewet 1956 *jo.* art. 3 Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting *jo.* art. 4, lid 5 Uitvoeringsregeling inkomstenbelastingen 2001.

³¹⁵⁵ J.P. BOER, "Het APV-regime: overzicht en actuele ontwikkelingen", *WPNR* 2013, 986.

³¹⁵⁶ *Ibid.*

³¹⁵⁷; J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 388; G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 422 – 430; C.J. LANGEREIS, "Het nieuwe successierecht bij een afgezonderd particulier vermogen", *FED* 2009/82, 9 – 14; X.G.R. AUERBACH, "Afgezonderd Particulier Vermogen: constructiefouten", *WFR* 2010, nr. 4; E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 173 – 174; F. SONNEVELDT, M. VRIJMOED, "Estate planning in the Netherlands" in L-A. BASHA (ed.), *A Guide to International Estate Planning, 2nd Edition*, Chicago, ABA Publishing, 2014, 509.

onduidelijk of zelfs zeker is dat de erfgenamen de vermogensbestanddelen die in het APV zijn ingebracht nooit zullen verkrijgen. Hoewel de Nederlandse Staatssecretaris van Financiën nogal categoriek het standpunt verdedigde dat 'zelden of nooit' iemand in de heffing zal worden betrokken zonder dat hij of zij op (een deel van) het afgezonderd particulier vermogen gerechtigd zal worden³¹⁵⁸, biedt de tekst van de wet slechts weinig beveiligingsmechanismen in die zin.

In dit verband kan slechts worden gewezen op de in artikel 2.14a, zesde lid Wet IB 2001 vervat liggende tegenbewijsregeling op basis waarvan aan belastingheffing onder het APV-regime kan worden ontkomen. Hiertoe wordt vereist dat de persoon in kwestie, noch diens partner, rechtens dan wel in feite, direct of indirect, begunstigde zijn van het APV en dit ook niet kunnen worden. Luidens artikel 4a, zesde lid Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001 *jo.* artikel 3 uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting dient de erfgenaam die gebruik wil maken van deze tegenbewijsregeling minstens de volgende gegevens aan de inspecteur over te leggen: een beschrijving van het APV in kwestie en het land van vestiging; de oprichtingsakte inclusief bijlagen (instructies, reglementen, statuten, *letters of wishes*, etc...); de meest actuele jaarstukken van het APV over minimaal drie jaren; naam- en adresgegevens van de inbrenger van het vermogen en de overige erfgenamen en alle overige stukken waaruit blijkt dat de erfgenaam in kwestie geen begunstigde van het APV is en in de toekomst ook nooit kan worden. Het is o.i. wel markant dat de tegenbewijsregeling al deze gegevens vereist van een persoon die per hypothese zelf géén *beneficiary* van het APV kan zijn of ooit kan worden. Gelet op de vrij verregaande confidentialiteitsverplichtingen van *trustees* (zie *supra*, randnr. 251 – 252), het gegeven dat zelfs eigenlijke *beneficiaries* geen absoluut recht genieten op alle mogelijke informatie met betrekking tot (het beheer van) de *trust* (zie *supra*, randnr. 264 e.v.) én het gegeven dat een *beneficiary* van een *discretionary trust* niet steeds weet dat hij of zij in feite een mogelijke *beneficiary* is, oogt de Nederlandse tegenbewijsregeling o.i. (overdreven) streng.³¹⁵⁹ In de praktijk zullen eigenlijke *beneficiaries* van een trustverhouding het soms al moeilijk hebben om aan de vereiste gegevens te komen. Personen die per hypothese niets met de *trust* van doen hebben, zullen overigens volgens de *lex causae* in de regel niet het recht hebben om de vereiste informatie op te vragen.

1168. In de hypothese dat het zou gaan om een *fixed trust* die niet kwalificeert als een APV, geldt voorgaande analyse echter niet. In dat geval moet noodzakelijkerwijze worden besloten dat er voor dergelijke trustvormen niets is gewijzigd. Dit impliceert dat het onder trustverband brengen van goederen dan kan worden onderworpen aan schenkbelasting, waarbij rekening moet worden

³¹⁵⁸ Kamerstukken II 2008 – 2009, 31930, nr. 9, 48.

³¹⁵⁹ Eensluidend: F. SONNEVELDT, M. VRIJMOED, "Estate planning in the Netherlands" in L-A. BASHA (ed.), *A Guide to International Estate Planning, 2nd Edition*, Chicago, ABA Publishing, 2014, 509.

GILISSEN spreekt in dit verband van een 'duivelse bewijslast', zie: G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 629 – 630, alsook 433 e.v..

gehouden met de verhouding tussen de *settlor* en de *beneficiaries* (zie *supra*, randnr. 1105). Het overlijden van de *settlor* van een eerder opgerichte *inter vivos fixed trust* heeft dan verder geen gevolgen voor wat betreft de Nederlandse erfbelasting. ROELOFS verdedigt dienaangaande het standpunt dat een eventuele uitkering aan de *beneficiaries* niet wordt verricht krachtens erfrecht, maar op basis van het toepasselijke trustrecht.³¹⁶⁰

3. De invloed van het herroepbare karakter van de *trust*

1169. In de voorgaande analyse werd steeds uitgegaan van de assumptie dat het een *irrevocable trust* betrof. De vraag rijst echter of het gegeven dat het om een *revocable trust* zou gaan enige invloed zou nopen tot een andere conclusie omtrent de in dit hoofdstuk vastgestelde fiscale gevolgen van het gebruik daarvan. Hoger (*supra*, randnr. 213 – 214) werd daarbij opgemerkt dat het herroepbaar karakter van een trustverhouding niet impliceert dat het om een civielrechtelijke fictie zou gaan. Tot op het ogenblik dat de trustverhouding daadwerkelijk wordt herroepen, bestaat deze op juridisch vlak ook werkelijk. Zo werd hoger eveneens aangegeven dat uitkeringen van trustgoederen aan *beneficiaries* gedurende het bestaan van een *revocable trust* definitief door de *beneficiaries* in kwestie verworven zijn (zie *supra*, randnr. 213).

1170. In de schaarse fiscale rechtsleer die de fiscale gevolgen van het aanwenden van een *revocable trust* op het vlak van de erfbelasting behandelt, kunnen opnieuw uiteenlopende standpunten worden aangetroffen. HAELTERMAN³¹⁶¹ stelt in dit verband dat er naar zijn mening geen sprake kan zijn van een definitieve eigendomsoverdracht of schenking vóór het overlijden van de *settlor*. Ook de schenking vereist immers in beginsel een definitieve eigendomsoverdracht, die niet op gelijk welk ogenblik door de schenker kan worden herroepen. Op het ogenblik van het overlijden van de *settlor* valt de mogelijkheid tot herroeping van de *trust* weg (zie *supra*, randnr. 213), zodat naar mening van deze auteur de onder trustverband gebrachte goederen pas op dat ogenblik definitief overgedragen worden aan de *trustee* in het raam van de in de trustakte gestelde voorwaarden. Vanaf dat ogenblik dient de trustverhouding volgens de auteur dan ook te worden beschouwd als een onherroepelijke *trust*, zodat vanaf dan aan deze *trust* de fiscale behandeling toekomt die in functie van de trustcategorie in kwestie van toepassing is, i.e. als *fixed trust* of *discretionary trust*. De *trust* dient dan beschouwd te worden als een *trust* die werd opgezet op het ogenblik van overlijden, of desgevallend op het ogenblik dat de *power to revoke* wegvalt.

³¹⁶⁰ E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 187

³¹⁶¹ A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblio, 1992, 315.

DEBLAUWE³¹⁶², daarin gevolgd door GOYVAERTS³¹⁶³, stelt echter dat het herroepbaar karakter van de *trust* het fiscaal statuut ervan niet zou mogen raken. MALHERBE stelt met betrekking tot de erfbelasting dat de fiscale gevolgen voor *revocable trusts* identiek zouden zijn aan de fiscale gevolgen van onherroepbare *trusts*, aangezien de mogelijkheid tot herroeping verdwijnt bij het overlijden van de *settlor*.³¹⁶⁴

In de hoger weergegeven standpunten van de federale fiscale administratie en VLABEL omtrent de belastbaarheid van *trusts* in het raam van de erfbelasting, wordt overigens geen onderscheid gemaakt tussen *revocable* en *irrevocable trusts* (zie *supra*, randnr. 1127). Dit doet vermoeden dat zowel de federale fiscale administratie als VLABEL van mening zijn dat het gegeven dat een trustverhouding *revocable* is, geen verschil maakt. Aangezien geen van beide standpunten expliciet is in deze, kan het voorgaande evenwel niet met zekerheid worden gesteld.

DE PAGE is echter de mening toegedaan dat het aanwenden van een *revocable trust* toch aanleiding zal geven tot de heffing van erfbelasting, aangezien de *settlor* zich daadwerkelijk heeft ontdaan van de onder trustverband gestelde vermogensbestanddelen.³¹⁶⁵ De auteur vervolgt: "Ce type de trust crée l'effet d'une disposition à terme de décès ou d'une donation indirecte 'sui generis'."³¹⁶⁶ DE POVER stelt een *revocable trust* dan weer gelijk met een *testamentary trust*, zodat beide fiscaal op dezelfde wijze zouden moeten worden behandeld.³¹⁶⁷ DE RAEDT concludeert op basis van de twee voorgaande standpunten dat de heffing van erfbelasting naar alle waarschijnlijkheid onvermijdelijk zal zijn, indien het gaat om een *revocable trust*.³¹⁶⁸

1171. Hoger (*supra*, randnr. 932 e.v.) werd in het raam van de vraag of de rechtshandeling waarmee goederen werden overgedragen aan één of meerdere *trustees* in het raam van een *revocable trust*, vastgesteld dat er in feite geen sprake kon zijn van een schenking onder de levenden of een 'gift'. Toch werd besloten dat, op basis van een sterke functionele equivalentie met een testamentaire beschikking, er o.i. redenen voorhanden waren om te besluiten dat de rechtshandeling waarmee goederen onder trustverband werden gebracht

³¹⁶² R. DEBLAUWE, "De Nederlandse Hoge Raad doet uitspraak over discretionary trusts", *TFR* 1999, 276; R. DEBLAUWE, "Trusts en gelijkaardige rechtsfiguren: hun mogelijkheden, gevaren en fiscale gevolgen" in A. HAELTERMAN, R. DEBLAUWE, *Is er nog leven na de Luxemburgse holding?*, Kalmthout, Biblo, 1995, 58.

³¹⁶³ G.D. GOYVAERTS, "The Tax Aspects of the Use of Foreign Trusts in Belgium for Private Wealth Purposes", *Journal of International Tax, Trust and Corporate Planning* 2011, afl. 4, 277.

³¹⁶⁴ J. MALHERBE, "Taxation of Trusts in Belgium" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 98.

³¹⁶⁵ P. DE PAGE, "Le trust et certains mécanismes d'imposition indirecte", *Rec.gén.enr.not.* 2003, 429.

³¹⁶⁶ *Ibid.*

³¹⁶⁷ M.F. DE POVER, "Trust – Fiducie, Administratiekantoor, Fondation du Liechtenstein", *Rép.Not.*, IX, Livre VI, Brussel, Larcier, 2001, 80.

³¹⁶⁸ S. DE RAEDT, "Fiscale aspecten van de trust" in X. (ed.), *Fiscaal Vermogensbeheer*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., Alg., Hfdst. II, 2, 100.

succesvol zou moeten kunnen worden ingekort. Deze conclusie kon slechts worden bereikt op grond van een analogische toepassing van de principes inzake de mogelijkheid tot inkorting van legaten. Om dezelfde reden werd deze conclusie dan ook expliciet beperkt tot de gevallen waarin zij ook daadwerkelijk opging, zodat zij op die grondslag niet kon worden verheven tot een algemeen geldende regel.

Er moet echter worden vastgesteld dat een dergelijke redenering niet transposeerbaar is naar een fiscale context, aangezien een analogische toepassing van een belastingwet verboden is op grond van het fiscaal legaliteitsbeginsel (zie *supra*, randnr. 988). Bij gebreke aan een bijzondere wetsbepaling³¹⁶⁹ die toelaat om af te wijken van de onderliggende juridische realiteit, moet aldus met deze juridische realiteit rekening worden gehouden. Het voorgaande impliceert dan ook dat met het werkelijke bestaan van de trustverhouding rekening dient te worden gehouden tot op het ogenblik dat de *trust* desgevallend daadwerkelijk wordt herroepen. Inzake de erfbelasting moet daarbij worden vastgesteld dat de *power to revoke* in hoofde van de *settlor* zal wegvallen bij diens overlijden, zodat de reeds bestaande trustverhouding definitief wordt gefixeerd.

1172. In beginsel kan dus worden aangesloten bij het hoger aangehaalde standpunt in de rechtsleer dat het loutere gegeven dat het om een *revocable trust* gaat, dit gegeven geen invloed zou mogen hebben op de fiscale implicaties voor wat betreft de erfbelasting. Opgemerkt weze wel dat het geval van de *revocable trust* onderstreept dat er in beginsel geen schenking onder de levenden voorhanden kan zijn, voor wat betreft de toepassing van artikel 2.7.1.0.5. VCF/artikel 7 W.Succ. Hoewel het niet de overdrachtshandeling tussen *settlor* en *trustee* als zodanig is die wordt herroepen, is de titel waarover de *trustee* beschikt toch precair, zodat de oorspronkelijke overdrachtshandeling uit haar aard geen onherroepbare overdracht kan bewerkstelligen. Evenmin betekent het gegeven dat er een *power to revoke* blijft bestaan in hoofde van de *settlor* dat er tussen de *settlor* en de *trustee* een overeenkomst zou bestaan die een beding ten behoeve van een derde omvat, voor wat betreft de toepassing van artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ. De *settlor* ontleent deze bevoegdheid immers aan het toepasselijke trustrecht en niet aan de *lex causae* die de overdrachtshandeling van de onder trustverband gebrachte goederen beheerst.

1173. Het gegeven dat de rechten van de *beneficiaries* (andere dan mogelijks de *settlor* zelf) soms slechts worden 'gefixeerd' op het ogenblik van het overlijden van de *settlor* kan aanleiding geven tot de vraag naar de mogelijke toepassing van artikel 2.7.1.0.3., 3° VCF/artikel 4, 3° Br.W.Succ (zie tevens *supra*, randnr. 1129). Noteer evenwel dat deze bepaling niet figureert in het Waalse Wetboek der Successierechten, zodat deze bepaling heden slechts relevant is voor het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest. Deze bepaling, zoals opgenomen in de VCF, stelt dat 'alle

³¹⁶⁹ Ook in het raam van de Engelse *Inheritance Tax* werd middels *Section 119* van de *Finance Act 2002* een bijzondere wetsbepaling ingevoerd op grond waarvan het bestaan van een dergelijke *power* kan worden genegeerd. Zie: N. EASTAWAY, J. KIMBER, I. RICHARDS, *Tax Adviser's Guide to Trusts, 5th Edition*, Bloomsbury, West-Sussex, 2016, 220.

schenken van roerende goederen die de erflater heeft gedaan onder de opschortende voorwaarde of termijn die vervuld wordt ingevolge het overlijden van de schenker' fiscaal worden beschouwd als een legaat. Welnu, met betrekking tot (vooral) een *revocable trust* kan het voorkomen dat de *settlor* zichzelf gedurende het leven heeft aangeduid als enige *beneficiary*. Overige *beneficiaries* kunnen dan pas een daadwerkelijke bevoordeling ontvangen na het overlijden van de *settlor*. Dergelijke *trusts* zouden op het eerste gezicht onder het toepassingsgebied van de desbetreffende fictiebepaling kunnen vallen, gesteld dat er sprake zou zijn van een schenking onder opschortende termijn van het overlijden van de *settlor*.

O.i. zal dit evenwel quasi nooit het geval zijn. Indien het om een *revocable trust* gaat kan er geen sprake zijn van een onherroepelijke schenking die reeds heeft plaatsgevonden gedurende het leven van de *settlor* onder opschortende termijn. Het herroepbare karakter van de *trust* maakt immers dat – voor *revocable trusts* zoals ze hier aan de orde zijn – de *settlor* gedurende zijn leven de bestaande trustverhouding kan herroepen, of desgevallend nog andere uiteindelijke *beneficiaries* kan aanduiden. Gedurende het leven van de *settlor* valt er voor deze *beneficiaries* dus niets te 'aanvaarden'. In ieder geval zou een aanvaarding vanwege de *beneficiaries* hun rechten onder het trustverband niet voor de toekomst 'fixeren' (cf. *supra*, randnr. 665). Bekeken vanuit een Belgisch perspectief kan er van een schenking onder opschortende termijn aldus geen sprake zijn.

1174. Tot slot kan nog worden opgemerkt dat het gegeven dat het om een *revocable trust* gaat, toch belangrijke gevolgen heeft voor de wijze waarop de DVB en de bevoegde entiteit van de VLABEL de trustfiguur kunnen kwalificeren, in zoverre zulks nog relevant is. Hoger (*supra*, randnr. 1150 – 1157) is immers gebleken dat deze diensten verschillende criteria in aanmerking nemen bij de bepaling of het – in hun ogen – gaat om een *discretionary trust* of een *fixed trust*. Het bestaan van een *power to revoke* kan daarbij een grote rol spelen, aangezien een dergelijke *power* de *settlor* toelaat om de gang van zaken met betrekking tot de *trust* te beïnvloeden. In de ogen van de administratie kan er om deze reden sprake zijn van een 'beïnvloedbare *trust*', wat op zichzelf een reden kan vormen voor de administratie om de kwalificatie als *discretionary trust* te verwerpen. MALHERBE stelt in dit verband dat het onderscheid tussen *revocable* en *irrevocable trusts* door de fiscale administratie zou kunnen worden gemaakt op basis van de feitelijke gegevens van de zaak, daar de administratie niet gebonden zou zijn door de juridische definitie van dergelijke concepten onder de *lex causae*.³¹⁷⁰ Dit standpunt kan o.i. niet worden gevolgd, nu de aard van de *trust* net wel moet worden vastgesteld aan de hand van het daarop van toepassing zijnde recht, via de toepassing van de Belgische IPR-regels ter zake, ingevolge de toepassing van artikel 124 WIPR.

³¹⁷⁰ J. MALHERBE, "Taxation of Trusts in Belgium" in R. DANON, J-L. CHENAU, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 94.

4. Testamentary trusts

a. Analyse met betrekking tot het Belgische recht

1175. In wat voorafging werden de fiscale gevolgen voor wat betreft de erfbelasting behandeld voor verschillende soorten *inter vivos trusts*. Uit het voorgaande (*supra*, randnr. 765) is echter gebleken dat de Belgische rechtsorde ook in aanraking kan komen met *testamentary trusts*. Aangezien de rechtshandeling waarmee dergelijke *trusts* in het leven worden geroepen tevens los staat van het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht, werd daarbij geconcludeerd dat – gesteld dat de *lex successionis* het Belgische recht is – een dergelijke *trust* noodzakelijkerwijs moet worden ‘gelanceerd’ door middel van een testamentaire beschikking. Daarbij werd echter meteen gesteld dat het moest gaan om een bijzonder soort ‘legaat’. De bedoeling van de rechtshandeling waarmee de goederen onder trustverband worden gebracht, bestaat er namelijk in om het eigendomsrecht (of de *legal title*) van de desbetreffende goederen over te dragen aan één of meerdere *trustees*. Van zodra het van toepassing zijnde trustrecht in actie treedt, wordt de *trustee* echter uitgesloten van de waarde die de trustgoederen vertegenwoordigen. Aan het legaat is aldus de ‘last’ is gekoppeld om de goederen onder trustverband te houden.

1176. In de fiscale rechtsleer die dit thema behandelt, en die overigens vaak nog dateert van vóór de inwerkingtreding van het WIPR, wordt doorgaans dan ook geconcludeerd dat de *trustee* niet kan worden beschouwd als legataris.³¹⁷¹ Dit standpunt is gebaseerd op het vonnis van de rechtbank te Brussel van 27 november 1947 (zie *supra*, randnr. 901).³¹⁷² Gelet op de toenmalige toepassing van wat hoger de techniek van ‘deconstructie - assimilatie’ werd genoemd (zie *supra*, randnr. 676 e.v.), was deze aanpak naar de toenmalige stand van het recht verdedigbaar. Bepaalde auteurs besloten dan ook dat in het geval van een *testamentary trust* de erfbelasting verschuldigd zou zijn door de *beneficiaries* van de *trust*, indien zij in de trustakte als begunstigde waren aangeduid of indien zij reeds een bevoordeling vanwege de *trustee* hadden verkregen.³¹⁷³ Het toepasselijke tarief zou dan

³¹⁷¹ S. DE RAEDT, M. TRAEEST, “To trust or not to trust”, *TFR* 2001, 962; S. DE RAEDT, M. TRAEEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 82, 88; P. FAES, “De trust in het Belgisch fiscaal recht: beproefd vertrouwen”, *V&F* 1998, 298; A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 313; G. VAN HECKE, “Trust en successierechten” in X (ed.), *Liber Amicorum professor baron Jean Van Houtte*, Brussel, Elsevier, 1975, 1068.

Dateert echter van na de inwerkingtreding van het WIPR: K. DEMEYERE, “Fiscale behandeling van de trust” in A-L. VERBEKE, P. LALEMAN, H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Alternatieve vormen*, Gent, Larcier, 2009, 109.

³¹⁷² Rb. Brussel 27 november 1947, *Rev.prat.not.b.* 1948, 158, *Pas.* 1948, III, 51.

³¹⁷³ M.F. DE POVER, “Trust – Fiducie, Administratiekantoor, Fondation du Liechtenstein”, *Rép.Not.*, IX, Livre VI, Brussel, Larcier, 2001, 79 en de referenties aldaar.

afhangen van de verhouding tussen de *settlor* en de *beneficiary* in kwestie.³¹⁷⁴ Over het gegeven dát er erfbelasting verschuldigd zal zijn in het geval van een *testamentary trust*, is kennelijk nooit getwijfeld in de rechtsleer.³¹⁷⁵

1177. Gelet op hoger geformuleerde conclusies inzake de (internationaal) privaatrechtelijke behandeling van *testamentary trusts* (zie *supra*, randnr. 763 e.v.) en de verhouding tussen het fiscaal recht en het civiel burgerlijk recht (zie *supra*, randnr. 1036 e.v.) kan het in het vorige randnummer uiteengezette standpunt niet meer worden gevolgd. In *fiscalibus* zal in het geval van een *testamentary trust* aldus rekening moeten worden gehouden met het gegeven dat de *trustee* of *trustees* legataris zijn.

Aangezien het in het geval van een *testamentary trust* inderdaad gaat om een uiterste wilsbeschikking, zal deze beschikking dan ook kunnen worden onderworpen aan erfbelasting (artikel 2.7.3.1.1. VCF/artikel 1 W.Succ.; artikel 2.7.1.0.2. VCF/artikel 2 W.Succ.). De onder trustverband te brengen goederen behoren tot op het ogenblik van het overlijden van de *settlor* immers nog tot diens vermogen en gaan vervolgens over door het overlijden. De *trustee* kan dan als legataris gehouden zijn tot aangifte van de nalatenschap (artikel 3.3.1.0.5. VCF/artikel 38 W.Succ.) en zal gehouden zijn tot betaling van de erfbelasting (artikel 2.7.2.0.1 *jo.* artikel 3.10.3.1.1., §1 VCF/artikel 70 W.Succ.).

1178. Op het eerste gezicht zou dit kunnen leiden tot onbillijke fiscale gevolgen. Indien de *trustee* legataris is, zouden de successierechten moeten worden berekend in functie van de graad van verwantschap tussen de *settlors* en de *trustees*, in plaats van de graad van verwantschap tussen de *settlors* en de *beneficiaries*. O.i. hoeft het in de praktijk evenwel niet steeds zo ver te komen, aangezien rekening kan worden gehouden met de 'last' die de *trust* impliceert. Deze last heeft per definitie betrekking op alle goederen die aan de *trustee* worden gelegateerd en de vruchten die zij voortbrengen, aangezien de *trustee* vanuit zijn of haar hoedanigheid geheel wordt uitgesloten van de waarde die deze goederen vertegenwoordigen. Slechts ten belope van het gedeelte waarvoor de *trustee* tevens zou gelden als *beneficiary* is dit anders.

Daarom wordt door een aantal auteurs terecht verwezen naar het gegeven dat de *testamentary trust* kan worden beschouwd als een 'legaat onder last'.³¹⁷⁶ Daarbij

³¹⁷⁴ P. DE PAGE, "Le trust et certains mécanismes d'imposition indirecte", *Rec.gén.enr.not.* 2003, 428.

³¹⁷⁵ Zie de bronnen aangehaald in de vorige voetnoten, alsook: S. DE RAEDT, "Fiscale aspecten van de trust" in X. (ed.), *Fiscaal Vermogensbeheer*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., Alg., Hfdst. II, 2, 100; M. DELBOO, S. NELIS, "Registratie- en successierechten in het kader van trust: stand van zaken n.a.v. recente beslissingen van de administratie", *Successierechten*, 2004 – 2005, afl. 3, 5 – 6; S. DE RAEDT, M. TRAEST, "To trust or not to trust", *TFR* 2001, 962.

³¹⁷⁶ S. DE RAEDT, M. TRAEST, "To trust or not to trust", *TFR* 2001, 963; M. DELBOO, S. NELIS, "Registratie- en successierechten in het kader van trust: stand van zaken n.a.v. recente beslissingen van de administratie", *Successierechten*, 2004 – 2005, afl. 3, 5; K. DEMEYERE, "Fiscale behandeling van de trust" in A-L. VERBEKE, P. LALEMAN, H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Alternatieve vormen*, Gent, Larcier, 2009, 109.

kan worden verwezen naar de tekst van artikel 2.7.1.0.10 VCF/artikel 64 W.Succ. Het eerste lid van dit wetsartikel, zoals opgenomen in de VCF, leest als volgt: "De in een testament of andere beschikking die uitwerking heeft bij het overlijden van de beschikker, door de erflater aan zijn erfgenaam, legataris of begiftigde opgelegde verbintenis om aan een met naam aangeduide derde een kapitaal of een rente te geven die in natura in de nalatenschap niet bestaat en in geld of in vervangbare zaken betaalbaar is, wordt voor de heffing van het successierecht als legaat beschouwd."

In het geval van een dergelijk legaat onder last, ten gevolge waarvan een derde iets verkrijgt, is er in feite sprake van een zogeheten 'secundair legaat', met dien verstande dat het civielrechtelijk geen tweede legaat betreft.³¹⁷⁷ De begunstigde van dit 'secundair legaat' wordt vervolgens betrokken in de erfbelasting alsof hij dit legaat van de erflater zelf zou hebben verkregen. Ingevolge de toepassing van artikel 2.7.3.2.13 VCF/artikel 65 W.Succ. zal de last vervolgens aftrekbaar zijn van wat de eigenlijke legataris verkrijgt. In het geval van een *trust* slaat dit per definitie op het gehele legaat, behoudens voor het gedeelte van de waarde waartoe de *trustee* eventueel zelf gerechtigd zou zijn als *beneficiary*.

1179. In het geval dat de *testamentary trust* tevens (deels) een *discretionary trust* zou zijn, kan de waarde van wat de *beneficiaries* eventueel kunnen ontvangen nog niet *ab initio* worden vastgesteld. In de literatuur wordt dan ook gesteld dat in een dergelijk geval de *trustee* zou moeten worden belast als legataris. Normaliter zal hier dan het tarief tussen vreemden van toepassing zijn. Indien en wanneer de *trustee* later overgaat tot een uitkering aan *beneficiaries*, kan dan worden aangenomen dat er een wijziging in de devolutie plaatsheeft (artikel 3.3.1.0.6., eerste lid, 3^o VCF/artikel 37, 3^o W.Succ.³¹⁷⁸ Er dient dan in dat geval door de *beneficiaries* een nieuwe aangifte te worden ingediend, zodat de teruggave van de te veel betaalde rechten kunnen worden gevraagd (artikel 3.3.1.0.6., eerste lid, 3^o jo. artikel 3.6.0.0.4. VCF/artikel 135, 5^o VCF).

1180. Merk echter op dat een toepassing van dit wetsartikel niet in alle gevallen soelaas zal bieden. Luidens de letterlijke wettekst kan de 'last' slechts bestaan uit een kapitaal of rente die in natura in de nalatenschap niet aanwezig is. Dit is mogelijk problematisch in gevallen waar het onder trustverband gebrachte kapitaal nadien *in natura* zou moeten worden uitgekeerd aan de *beneficiaries*. Gelet op de verregaande beheers- en beschikkingsbevoegdheid die echter aan de meeste *trustees* toekomt, is het goed mogelijk dat de oorspronkelijk onder trustverband gebrachte vermogensbestanddelen niet meer in natura aanwezig zullen zijn op het ogenblik dat er een uitkering van kapitaal aan de *beneficiaries* geschiedt. Zij kunnen immers vrij gemakkelijk worden ingewisseld voor andere

³¹⁷⁷ R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops, 2015, 183.

³¹⁷⁸ M. DELBOO, S. NELIS, "Registratie- en successierechten in het kader van trust: stand van zaken n.a.v. recente beslissingen van de administratie", *Successierechten*, 2004 – 2005, afl. 3, 5 – 6.

trustgoederen indien de *trustee* zijn bevoegdheid tot *overreaching* aanwendt (zie *supra*, randnr. 272 – 274).

1181. Gelet op op de bepaling van de belastbare grondslag in de erfbelasting, kan echter ook worden geargumenteed dat aan de heffing van erfbelasting in hoofde van de *trustee* zou kunnen worden ontsnapt. Zowel artikel 2.7.3.1.1. VCF als artikel 1 W.Succ. bepalen dat de erfbelasting wordt gevestigd op 'de waarde van alles wat vanuit de nalatenschap van een Rijksinwoner wordt verkregen'. Welnu, uit de hoger uiteengezette functionele analyses (*supra*, randnr. 302 en 381) bleek duidelijk dat een significant gedeelte van de trustrechtelijke regels tot doel hebben om de *trustee* uit te sluiten van de waarde die de onder trustverband gebrachte goederen vertegenwoordigen. Ook al verkrijgt de *trustee* de *legal title* of een 'fiduciair eigendomsrecht' met betrekking tot deze goederen, de waarde die zij vertegenwoordigen, komt geenszins aan de *trustee* toe. Ten gevolge van deze vaststelling zou kunnen worden geargumenteed dat de belastbare grondslag *in casu* dan ook wordt herleid tot nihil, ook al verkrijgt de *trustee* de goederen rechtstreeks vanwege een 'legaat'. Desgevallend zou deze redenering kunnen worden gecombineerd met elementen uit de eerste hoger uitgewerkte gedachtelijn, bijvoorbeeld om te besluiten dat het verkrijgen van rechten op trustgoederen door de *beneficiaries* leidt tot een 'wijziging in de devolutie', wat aanleiding zou kunnen geven tot een herziening van de fiscale toestand.

De toepassing van deze regeling(en) zal in de praktijk vermoedelijk enige flexibiliteit vergen. In de rechtsleer wordt echter opgeworpen dat het begrip 'wijziging in de devolutie' door de wetgever bewust vaag zou zijn gehouden om toegepast te kunnen worden in onvoorziene gevallen.³¹⁷⁹ De voorlopige heffing op de oorspronkelijke 'schijnbare' toestand zou dan inderdaad nihil zijn, maar deze zou dan vervolgens kunnen worden rechtgezet.

b. Vergelijking met het Nederlandse recht

1182. Ook in de Nederlandse rechtsleer gaan slechts weinig auteurs specifiek in op de fiscale gevolgen van het oprichten van een *testamentary trust* voor wat betreft de Nederlandse erfbelasting. Er weze trouwens aan herinnerd dat bepaalde Nederlandse auteurs van mening zijn dat gelet op het gesloten stelsel van erfrechtelijke beschikkingen die het Nederlandse recht vandaag kenmerkt, de oprichting van een *testamentary trust* onder de Nederlandse *lex successionis* verhinderd wordt (zie *supra*, randnr. 492 en randnr. 698).³¹⁸⁰

Los van de vraag naar de civielrechtelijke geldigheid van een dergelijke testamentaire beschikking, rijst nog de vraag naar de fiscale implicaties ervan voor wat betreft de Nederlandse erfbelasting. Het is immers denkbaar dat een dergelijke

³¹⁷⁹ M. DONNAY, *Commentaar op het wetboek der successierechten*, Brussel, Van Buggenhoudt, 1948, 111 – 113; R. DEBLAUWE, *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops, 2015, 591.

³¹⁸⁰ Zie *supra*, vn. 1418 en 2045.

testamentaire beschikking civielrechtelijk zou kunnen worden geherkwalificeerd, artikel 15, tweede lid van het Haagse Trustverdrag indachtig (zie *supra*, randnr. 594 – 595). Opnieuw dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de situatie vóór de inwerkingtreding van het APV-regime en de situatie na de inwerkingtreding van het APV-regime.

1183. Wat betreft de situatie vóór de inwerkingtreding van het APV-regime werd een onderscheid gemaakt tussen het geval van een *fixed testamentary trust* en het geval van een *discretionary testamentary trust*. Aangezien doorgaans wordt aangenomen dat het APV-regime niet van toepassing zou zijn op *fixed trusts*, word in dit randnummer slechts het geval van een *discretionary testamentary trust* nader in ogenschouw genomen.

Luidens artikel 1, 1^o van de Successiewet 1956 wordt de erfbelasting geheven over de waarde van al wat krachtens erfrecht wordt verkregen door het overlijden van een Nederlands rijksinwoner. Welnu, indien de *trustee* van een *testamentary trust*, ongeacht om welke trustvorm het gaat, de erfrechtelijke verkrijger is van de *legal title*, oogt het logisch dat het ook de *trustee* is die in de heffing van de erfbelasting zou worden betrokken.³¹⁸¹ Bij nader inzien wordt door bepaalde Nederlandse rechtsleer echter vastgesteld dat de *trustee* in feite geen waarde heeft verkregen, aangezien deze laatste vanwege zijn of haar hoedanigheid net wordt uitgesloten van de waarde die de onder trustverband gebrachte goederen vertegenwoordigen. Erfbelasting bij de *trustee* zou volgens de Nederlandse rechtsleer dan ook niet aan de orde hebben mogen komen.³¹⁸² Tegelijk stelt deze rechtsleer echter vast dat *beneficiaries* evenmin verkregen krachtens erfrecht, maar wel krachtens trustrecht, zodat zij evenmin in enige daadwerkelijke heffing konden worden betrokken. Aldus zou opnieuw een onbelast zwevend vermogen ontstaan. Om deze reden achtten bepaalde Nederlandse auteurs het niet ondenkbaar dat de Hoge Raad, indien hij zou zijn geconfronteerd met deze vraag, de *discretionary trust* eveneens zou hebben aangemerkt als een doelvermogen dat in de heffing van de erfbelasting zou kunnen worden betrokken.³¹⁸³ Uit de hoger (*supra*, randnr. 1085) besproken Novemberarresten kunnen echter als zodanig geen conclusies worden getrokken voor wat betreft de Nederlandse erfbelasting, aangezien zij slechts betrekking hadden op de schenkbelasting. Hoogstens kan worden vermoed dat de Hoge Raad in het raam van de erfbelasting op gelijkaardige wijze zou hebben geoordeeld, i.e. dat de *trust* als zodanig als verkrijger naar erfrecht zou worden aangemerkt.

Latere uitkeringen door de *trust* zouden volgens GILISSEN echter niet in mindering kunnen worden gebracht van de reeds betaalde erfbelasting, aangezien deze

³¹⁸¹ E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 130.

³¹⁸² *Ibid*; G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 300.

Zie evenwel: A.G. LEEMREIS, "Trustrecht en schenkingsrechten" in X. (ed.), *De Anglo-Amerikaanse trust, civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Deventer, Kluwer, 1991, 46.

³¹⁸³ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 301.

uitkeringen niets met het (Nederlandse) erfrecht te maken hebben, maar een gevolg zijn van het toepasselijke trustrecht.³¹⁸⁴ De auteur merkt daarbij wel op dat misschien een succesvol beroep zou zijn kunnen gedaan op voormalig artikel 16 Successiewet 1956 dat bepaalde als volgt: "De goederen, door de erflater bij uiterste wil bestemd tot vermogen van een stichting welke overeenkomstig artikel 135, tweede en derde lid, van Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek bij overlijden van de erflater wordt opgericht, worden beschouwd als door de stichting krachtens erfrecht verkregen."³¹⁸⁵ Merk echter op dat dit een toepassing naar analogie van genoemde wetsbepaling zou inhouden. Deze analogie sluit echter wel aan bij de *ratio* die achter de Novemberarresten schuilgaat.

1184. Sedert de inwerkingtreding van het APV-regime, moet echter rekening gehouden worden met het gewijzigde fiscale landschap voor wat betreft *discretionary trusts*. De Nederlandse rechtsleer ter zake schetst evenwel geen geheel eenduidig beeld. ROELOFS merkt dienaangaande op dat de *trustee* op civielrechtelijk vlak in beginsel nog steeds zal gelden als erfgenaam, legataris of lastbevoordeelde. Indien de *trust* geldt als APV, zal een dergelijke erfstelling, legaat of lastbevoordeling echter niet gezien worden als een verkrijging in de zin artikel 17 Successiewet 1956.³¹⁸⁶ Andere auteurs houden er kennelijk een andere mening op na. BIEMANS geeft beknopt aan dat indien vermogensbestanddelen worden afgezonderd bij het overlijden van de *settlor*, dit niet als een verkrijging krachtens erfrecht door het APV zelf kan worden aangemerkt, maar als een verkrijging krachtens erfrecht door de erfgenamen van de inbrenger.³¹⁸⁷ GILISSEN geeft aan dat de door de erflater opgelegde last ingevolge de toepassing van artikel 16, tweede lid Successiewet 1956 moet worden aangemerkt als verkrijging ingevolge het overlijden.³¹⁸⁸

1185. Aangenomen dat het APV-regime niet geldt voor *fixed trusts* zullen de fiscale gevolgen op het vlak van de erfbelasting dezelfde zijn als het geval was vóór de invoering van het APV-regime. In tegenstelling tot wat het geval is voor de *discretionary trust* acht bepaalde Nederlandse rechtsleer het niet mogelijk om de *fixed trust* als een zelfstandig doelvermogen aan te merken dat zelf zou kunnen gelden als verkrijger krachtens erfrecht.³¹⁸⁹ In beginsel kan daarom slechts de *trustee* gelden als verkrijger krachtens erfrecht. Opnieuw dient echter te worden

³¹⁸⁴ *Ibid*, 302. Vgl. met de hoger (randnr. 1085) aangehaalde visie van HOOGWOUT in verband met de Nederlandse schenkbelasting. Zie eveneens: E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 130.

³¹⁸⁵ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 307.

³¹⁸⁶ E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 190.

³¹⁸⁷ F.H.G. BIEMANS, *Afgezonderde particuliere vermogens. Onderzoek naar de rechtsfiguur afgezonderd particulier vermogen in het Nederlandse fiscale recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 124.

³¹⁸⁸ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 425 – 426.

³¹⁸⁹ E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 129; F. SONNEVELDT, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956*, Amersfoort, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, 2000, 81.

vastgesteld dat de *trustee* persoonlijk niets van waarde verkrijgt uit de nalatenschap. ROELOFS leidt daar verder uit af dat indien de *beneficiaries* iets verkrijgen, het gaat om een verkrijging op grond van het toepasselijke trustrecht, en niet wegens erfrecht. Hierbij ontstaat opnieuw het risico op een heffingsvacuüm.³¹⁹⁰ SONNEVELDT stelde daarom voor om de *beneficiaries* toch in de heffing van het successierecht te betrekken (als lastbevoordeelde).³¹⁹¹ GILISSEN staat daarentegen een conversie voor, op grond van het standpunt dat een *testamentary trust* naar Nederlands erfrecht onmogelijk zou zijn wegens het gesloten stelsel van erfrechtelijke beschikkingen.³¹⁹² Volgens deze auteur verkrijgen zowel de *trustee* als de *beneficiaries* naar Nederlands recht dan een vorderingsrecht in de vorm van een legaat. Het vorderingsrecht van de *trustee* is echter van generlei economische waarde. Vervolgens geeft de auteur aan op welke wijzen de rechten van de *beneficiaries* erfrechtelijk kunnen worden gewaardeerd, op basis van de bepalingen van de Successiewet 1956.³¹⁹³ Wegens het zeer specifieke karakter van deze analyse, wordt er hier niet nader op ingegaan.

5. Bijzonder geval: taks tot vergoeding der successierechten

1186. In een tweetal bijzondere gevallen werd aan de DVB gevraagd om zich uit te spreken over de vraag of een Belgische private stichting, die zou worden opgericht om vervolgens de functie van *trustee* uit te oefenen van een buitenlandse *irrevocable* en *discretionary trust*, onderworpen zou zijn aan de jaarlijkse taks tot vergoeding der successierechten.³¹⁹⁴ De DVB verwees daarbij naar een arrest van het Grondwettelijk Hof, waar het Hof oordeelde dat de keuze van de rechtsvorm in beginsel het belastingstelsel bepaalt dat op een rechtspersoon van toepassing is.³¹⁹⁵

1187. De jaarlijkse taks tot vergoeding der successierechten is heden nog steeds een exclusief federale materie.³¹⁹⁶ Het gaat luidens artikel 147 W.Succ. om een jaarlijkse belasting op het vermogen van verenigingen zonder winstoogmerk en private stichtingen. De belastbare grondslag betreft het 'geheel der bezittingen' van de aan de belasting onderworpen rechtspersonen, met een aantal

³¹⁹⁰ E.R. ROELOFS, *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 130.

³¹⁹¹ F. SONNEVELDT, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956*, Amersfoort, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, 2000, 81.

³¹⁹² G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 478.

³¹⁹³ *Ibid*, 479 – 485; F. SONNEVELDT, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956*, Amersfoort, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, 2000, 115 – 128.

³¹⁹⁴ Voorafg. Besl. 7 juli 2009, nr. 900.189; Voorafg. Besl. 13 december 2011, nr. 2011.435.

³¹⁹⁵ Arbitragehof 1 maart 2006, nr. 36/2006.

³¹⁹⁶ Er wordt immers geen gewag gemaakt van deze belasting in artikel 3 van de Bijzondere Financieringswet.

uitzonderingen.³¹⁹⁷ Luidens artikel 152 W.Succ. wordt het tarief vastgesteld op 0,17%. Het gaat aldus om een werkelijke vermogensbelasting.

1188. In beide voorafgaande beslissingen noteerde de DVB dat het ging om een private stichting die exclusief tot doel had om op te treden als *trustee*.³¹⁹⁸ Onder verwijzing naar artikel 122, 2° WIPR stelde de DVB vervolgens terecht vast dat de private stichting als *trustee* eigenaar zou worden van de onder trustverband gebrachte vermogensbestanddelen.³¹⁹⁹ De DVB nam hierbij in rekening dat het ging om *irrevocable* en *discretionary trusts*, zodat noch de *settlor*, noch de *beneficiaries* rechten konden laten gelden op de onder trustverband gebrachte vermogensbestanddelen. Nochtans is hoger (*supra*, randnr. 816 e.v.) gebleken dat dit gegeven in beginsel niet ter zake doet, aangezien de *trustee* in dergelijke gevallen tevens als eigenaar van de trustgoederen moet worden beschouwd.

Op basis van het voorgaande concludeerde de DVB dan ook telkenmale dat de *trustees*/private stichtingen de jaarlijkse taks tot vergoeding der successierechten verschuldigd zouden zijn.³²⁰⁰

1189. Op het eerste gezicht oogt de conclusie van de DVB logisch: het onder trustverband gebrachte vermogen dient inderdaad juridisch aan de *trustee* te worden toegerekend. Artikel 150, eerste lid W.Succ. bepaalt immers letterlijk: “*De belasting is verschuldigd op het geheel van de bezittingen van de inrichting, de vereniging zonder winstoogmerk, de private stichting, of internationale vereniging zonder winstoogmerk.*” Toch zijn beide beslissingen tegelijkertijd enigszins bijzonder te noemen, aangezien de private stichtingen in kwestie als *trustee* uitgesloten zijn van de waarde die de onder trustverband gebachte goederen vertegenwoordigen. Aangezien beide private stichtingen blijkens de voorafgaande beslissingen slechts in het leven zouden worden geroepen om te functioneren als *trustees* van buitenlandse *trusts*, zullen quasi-alle goederen die zij in eigendom verkrijgen in beginsel onder trustverband gebrachte goederen zijn. Aangezien het in beide gevallen overigens ging om *discretionary trusts* kan nog worden gewezen op het gegeven dat beide trustverhoudingen naar het recht van *common law*-systemen imperatief van aard zijn, zodat de *trustees* vroeg of laat de trustgoederen zullen moeten uitkeren aan de begunstigden (zie *supra*, randnr. 155).

1190. De beslissingen in kwestie worden echter nog markanter wanneer zij worden vergeleken met enkele andere voorafgaande beslissingen met betrekking tot de genoemde taks. In twee andere voorafgaande beslissingen was de DVB immers de mening toegedaan dat twee vzw's de jaarlijkse taks tot vergoeding der successierechten niet waren verschuldigd indien en voor zover zij bepaalde gelden

³¹⁹⁷ Zie artikel 150 W.Succ. Een belangrijke uitzondering vormen de in het buitenland gelegen onroerende goederen (artikel 150, tweede lid, 4° W.Succ.).

³¹⁹⁸ Voorafg. Besl. 7 juli 2009, nr. 900.189, punt 13; Voorafg. Besl. 13 december 2011, nr. 2011.435, punt 23.

³¹⁹⁹ Voorafg. Besl. 7 juli 2009, nr. 900.189, punt 14; Voorafg. Besl. 13 december 2011, nr. 2011.435, punt 24.

³²⁰⁰ Voorafg. Besl. 7 juli 2009, nr. 900.189, punt 16; Voorafg. Besl. 13 december 2011, nr. 2011.435, punt 27.

wel aanhielden ten titel van beheer, maar deze gelden niet voor zichzelf en als eigenaar zouden bezitten.³²⁰¹ In beide gevallen verwees de DVB ter staving van deze conclusie naar een arrest van het hof van beroep te Gent van 17 februari 2009, waar het hof oordeelde dat sommen beheerd door een pensioenfonds in de vorm van een vzw géén bezittingen vormden in de zin van artikel 150, eerste lid W.Succ.³²⁰² Het hof stelde daarbij vast dat de taak van de vzw uit niets anders bestond dan het beheren van gelden en met geen ander doel of geen andere mogelijkheid dan ze op vraag en instructie van de bevoegde overheid terug te betalen om er de pensioenrechten van de personeelsleden van die overheid te kunnen voldoen. Volgens het hof beschikte de vzw daarmee niet over de nodige zeggenschap om als 'eigenaar' te kunnen worden aangemerkt. Bijgevolg stelde het hof vast dat "*de appellante weliswaar de gelden in handen had maar dat ze deze niet 'voor zichzelf en als eigenaar' bezat (vgl. art. 2230 BW)*".³²⁰³ Cruciaal is echter dat het hof hier vervolgens aan toevoegde dat: "*Om als 'bezittingen' in de zin van artikel 150, 1^e lid W.Succ. te worden beschouwd, moet het nochtans gaan om bezittingen die de vereniging voor zichzelf en als eigenaar bezit*".³²⁰⁴ Dit laatste criterium werd door de DVB dan ook op expliciete wijze overgenomen in de genoemde voorafgaande beslissingen.³²⁰⁵ In één van beide beslissingen stelde de DVB dat voor het antwoord op deze vraag moet worden gekeken naar de onderliggende juridische realiteit.³²⁰⁶

1191. Welnu, indien het criterium om na te gaan of er sprake is van 'bezittingen' in de zin van artikel 150, eerste lid W.Succ. erin bestaat dat het moet gaan om goederen die de rechtspersoon 'voor zichzelf en als eigenaar' bezit, moet de vraag worden opgeworpen of ook aan dit criterium is voldaan in het geval een Belgische rechtspersoon (exclusief) optreedt als *trustee* van een buitenlandse *trust*. In de rechtsleer zijn hier in het verleden reeds, en o.i. terecht, dan ook vraagtekens bij geplaatst.³²⁰⁷ Indien blijkt dat een *trustee* op grond van de onderliggende juridische realiteit, die wordt gevormd door het buitenlandse trustrecht, inderdaad geheel wordt uitgesloten van de waarde die de trustgoederen vertegenwoordigen, kan bezwaarlijk worden gesteld dat de *trustee* zou bezitten 'voor zichzelf en als eigenaar'. In Deel II van voorliggend onderzoek werd immers vastgesteld dat de *trustee* naar *common law* weliswaar de *legal title* aanhoudt van de onder trustverband gebrachte goederen, maar dat deze eigenaarsbevoegdheden in beginsel slechts dienen om alle noodzakelijke beheers- en beschikkingsdaden te stellen ten aanzien van derde partijen. De mogelijkheden voor de *trustee* om

³²⁰¹ Voorafg. Besl. 27 maart 2012, nr. 2011.557; Voorafg. Besl. 25 maart 2014, nr. 2014.025.

³²⁰² Gent 17 februari 2009, TFR 2010, 450 (met noot R. ACKERMANS, E. VAN GOIDSENHOVEN).

³²⁰³ *Ibid*, 453.

³²⁰⁴ *Ibid*.

³²⁰⁵ Voorafg. Besl. 27 maart 2012, nr. 2011.557, punt 10; Voorafg. Besl. 25 maart 2014, nr. 2014.025, punt 28.

³²⁰⁶ Voorafg. Besl. 25 maart 2014, nr. 2014.025, punt 28.

³²⁰⁷ A. VAN ZANTBEEK, "Recently published tax rulings enliven trusts in Belgium: *Ruling 900.189 (7 July 2009)*, *Ruling 700.112 (8 December 2009)* and *Ruling 900.329 (22 December 2009)*", *Trusts & Trustees* 2010, 864; E. VAN DE VELDE, "Enkele topics van estate planning door de fiscale bril van de Rulingdienst", *TEP* 2011, 152.

rechtshandelingen met betrekking tot de trustgoederen te stellen in externe verhoudingen (i.e. verhoudingen met derden), worden echter sterk beperkt door de verplichtingen die op de *trustee* rusten in de interne verhouding. Vandaar dat in een *civil law*-context werd gesproken van fiduciaire eigendom. O.i. kan het standpunt dat de *trustee* 'voor zichzelf' zou bezitten, niet worden volgehouden nu de juridische realiteit die het toepasselijke trustrecht vormt, via de toepassing van artikel 125, §1 WIPR tot een andere conclusie dwingt.

1192. Besloten moet daarom worden dat gelet op het criterium dat de DVB zelf hanteert om na te gaan of er sprake is van bezittingen in de zin van artikel 150, eerste lid W.Succ., er geen jaarlijkse taks tot vergoeding der successierechten zou moeten zijn, gelet op het gegeven dat de belastbare grondslag wordt herleid tot nihil indien een Belgische vzw of private stichting of enige andere aan de belasting onderworpen rechtspersoon, exclusief de functie van *trustee* van een buitenlandse *trust* waarneemt.

D. Besluit

1193. Uit het voorgaande is gebleken dat het gebrek aan bijzondere fiscale wetsbepalingen in de registratie-, schenk- en erfbelastingen het vastknopen van de correcte fiscale gevolgen aan het gebruik van buitenlandse *trusts* tot een complexe aangelegenheid maakt. De veelheid aan mogelijke truststructuren werkt deze complexiteit verder in de hand. Het is binnen het bestek van voorliggend onderzoek, dat niet in het bijzonder op deze belastingen is toegespitst, onmogelijk om voor alle denkbare of hypothetische trustvormen *in abstracto* aan te geven welke fiscale gevolgen daar nu net aan (kunnen) worden vastgeknoopt. De gevolgde benadering bestond er daarentegen in om na te gaan welke fiscale aanknopingspunten vervat liggen in de fiscale wetsbepalingen in kwestie en in hoeverre daarbij kan worden aangeknoopt in het geval van een *trust*. Daarbij werd onderzocht welke variabelen uit het buitenlandse trustrecht al dan niet een doorslaggevende invloed kunnen hebben op deze analyse. In die zin beschouwd, vervulde dit hoofdstuk eveneens een exemplatieve functie, aangezien het beoogde om, mede gelet op de bredere context van dit onderzoek, een methode aan te reiken op basis waarvan de fiscale gevolgen die een concrete trustverhouding kan of zal bewerkstelligen, kunnen worden afgeleid.

1194. Een zeer opvallend gegeven, dat in het voorgaande nog niet expliciet op de voorgrond is geplaatst, is de geringe invloed die de inwerkingtreding van het WIPR kennelijk heeft gehad op de analyses in de rechtsleer die in dit hoofdstuk aan bod kwam. Hoewel in de rechtsleer bij omtrent nagenoeg iedere behandelde vraag divergerende standpunten worden ingenomen, valt er op methodologisch vlak een sterke continuïteit te ontwaren. Immers, ook vóór de inwerkingtreding van het WIPR baseerde de fiscale rechtsleer zijn conclusies op een civielrechtelijke analyse van de onderliggende trustverhouding. Het valt daarbij op dat de fiscale rechtsleer in kwestie zelden tot nooit uitging van wat hoger de techniek van 'deconstructie-assimilatie' werd genoemd (*supra*, randnr. 676 e.v.). Weliswaar vertrok de fiscale

rechtsleer in kwestie vanuit de relevante civielrechtelijke verhoudingen die de *trust* impliceerde, maar de relevante fiscale gevolgen werden vervolgens niet (expliciet) afgeleid door het assimileren van de *trust* met een bepaalde Belgische rechtsfiguur. De schaarse rechtspraak die met *trusts* werd geconfronteerd in een fiscale context vertoonde hiertoe echter een sterkere neiging, zelfs na de inwerkingtreding van het WIPR. Zo werd hoger (*supra*, randnr. 653) reeds gewezen op het vonnis van de rechtbank van Antwerpen van 4 maart 1971, dat tevens een fiscale context had. Na de inwerkingtreding van het WIPR kan worden gewezen op het vonnis van de rechtbank te Brussel van 22 april 2010, waar de rechtbank minstens op een functioneel niveau de trustverhouding gelijkstelde met een legaat (*supra*, randnr. 804 – 805).

Eén en ander is vermoedelijk te wijten aan de verschillende aard van het burgerlijk recht en het internationaal privaatrecht enerzijds en het fiscaal recht anderzijds. Indien de relevante vraag was welke civielrechtelijke rechtsgevolgen een buitenlandse *trust* kon ressorteren in een Belgische civielrechtelijke context, diende de trustverhouding inderdaad te worden geassimileerd met een aan het forum bekende rechtsfiguur, teneinde hieraan vervolgens rechtsgevolgen te kunnen koppelen. In een fiscaalrechtelijke context bestaat de vraag er echter in of de door de fiscale wetsbepalingen geboden aanknopingspunten voorhanden zijn binnen de onderliggende trustverhouding. De assimilatieproblematiek dringt zich op het eerste gezicht dan ook niet meteen op.

1195. Wat ook zij van het voorgaande, sinds de inwerkingtreding van het WIPR en de invoering van een afzonderlijke verwijzingsregel voor *trusts*, kan de *trust* op het civielrechtelijke niveau ook 'als *trust*' worden benaderd, zodat de techniek van 'deconstructie – assimilatie' zich in beginsel niet meer opdringt. Weliswaar werd vastgesteld dat de trustverhouding noodzakelijkerwijs een 'metamorfose' ondergaat, teneinde werkbaar te zijn binnen de Belgische rechtssfeer, maar de trustverhouding dient daarom niet meer op civielrechtelijk niveau te worden geassimileerd met een andere rechtsfiguur om rechtsgevolgen te kunnen ressorteren.

Het voorgaande laat toe om de civielrechtelijke en internationaal privaatrechtelijke benadering meer in overeenstemming te brengen met de analyse van de fiscale gevolgen die het gebruik van een trustverhouding kan bewerkstelligen naar Belgisch fiscaal recht. Uit het voorgaande is immers gebleken dat de regel dat het fiscaal recht zich *per default* ent op de onderliggende (civielrechtelijke) juridische realiteit, zich via het Belgische internationaal privaatrecht ook kan uitstrekken tot de toepasselijke buitenlandse civielrechtelijke realiteit. Aldus kon de methode waarop dit hoofdstuk werd gestoeld, worden afgeleid.

Ter contrastering werd geregeld verwezen naar het Nederlandse fiscaal recht, waar sinds de invoering van het APV-regime de fiscale gevolgen van het gebruik van (onder andere) bepaalde buitenlandse *trusts* worden losgekoppeld van de onderliggende juridische realiteit. Hoewel de invoering van een autonoom fiscaalrechtelijk regime voor doelvermogens, waaronder begrepen (bepaalde)

trusts, op het eerste gezicht een aantrekkelijke optie lijkt om meer duidelijkheid en rechtszekerheid te scheppen omtrent de fiscale gevolgen die dergelijke *trusts* met zich meebrengen, veronderstelt zulks wel een duidelijk, coherent en voldoende uitgewerkt fiscaal regime. Uit het voorgaande is evenwel gebleken dat een dergelijk resultaat niet eenvoudig te bereiken is, nu het APV-regime op verschillende punten vragen open laat. Op andere vlakken heeft de toepassing van het APV-regime, net door de loskoppeling van de fiscale behandeling en de onderliggende civielrechtelijke realiteit, bepaalde gevolgen die onbillijk of onwenselijk kunnen worden ervaren. Zo worden de personen die gelden als erfgenamen van de persoon aan wie de vermogensbestanddelen en inkomsten van het APV worden toegerekend ook in de erfbelasting betrokken op basis van een zuiver fiscale fictie. Het is daarbij dan ook niet zeker dat goederen waarop de belasting betrekking heeft ook aan hen zullen toekomen.

1196. Op het materieelrechtelijk fiscaal vlak kon voor wat betreft de registratie-, schenk- en erfbelastingen worden afgeleid dat een strikt juridische analyse leert dat de door de fiscale wetgeving aangereikte aanknopingspunten o.i. slechts in een minderheid van de gevallen toelaten om te concluderen tot de belastbaarheid van trustverhoudingen. Hierbij spelen de civielrechtelijke analyses die in de Delen II en III van dit onderzoek aan bod kwamen vanzelfsprekend een grote rol. Het ontbreken van bijzondere fiscale bepalingen met betrekking tot trustverhoudingen heeft tot gevolg dat moet worden teruggevallen op wetsbepalingen die op een andere leest zijn geschoeid.

1197. Zo is gebleken dat het gebruik van buitenlandse *trusts* op zichzelf genomen slechts zelden aanleiding zal geven tot de heffing van enige registratiebelasting, daaronder tevens begrepen de schenkbelasting.

Een trustakte is als zodanig immers niet verplicht registreerbaar in België, behoudens het erg uitzonderlijke geval dat de akte zou worden verleden voor een Belgische notaris of wanneer de eigendom van een in België gelegen onroerend goed zou worden overgedragen.

Zelfs in de gevallen dat de trustakte in België zou worden geregistreerd, zal dit in beginsel geen aanleiding geven tot het heffen van schenkbelasting of van enig verkooprecht. De reden daarvoor is civielrechtelijk van aard. Uit Deel III van voorliggend onderzoek is immers duidelijk gebleken dat een *trust* op zichzelf genomen geen schenking is (zie *supra*, randnr. 660 e.v.). Principieel vormt de rechtshandeling waarmee goederen onder trustverband evenmin een schenking, althans niet wanneer deze zou worden beheerst door het Belgische recht. Deze analyse dient te worden doorgetrokken voor uitkeringen die aan *beneficiaries* zouden worden verricht tijdens het bestaan van de *trust* en ter gelegenheid van de beëindiging van de *trust*. In de onderscheiden Belgische registratiebelastingen wordt immers (nog?) niet voorzien in een expliciete loskoppeling van de onderliggende civielrechtelijke realiteit.

In Nederland is dit daarentegen wel het geval, gelet op de draagwijdte die aan het APV-regime toekomt. Los van de vraag of er juridisch een schenking voorhanden

is, en los van de vraag naar de mogelijke kwalificatie van de *trust* als een fiscaalrechtelijk zelfstandig 'doelvermogen', bepaalt de Nederlandse wetgeving dat een uitkering uit een APV *geacht* wordt te zijn verkregen als schenking. Of deze fiscale fictie ook geldt in het geval van een *fixed trust* is twijfelachtig.

1198. Voor wat betreft de erfbelasting was het beeld in beginsel hetzelfde, zij het dat in de erfbelasting rekening moet worden gehouden met mogelijke toepassing van verschillende fictiebepalingen. In het geval de *settlor* reeds bij leven goederen heeft overgedragen aan een *trustee* teneinde deze *on trust* te houden ten voordele van enkele *beneficiaries*, dient alvast te worden geconcludeerd dat deze goederen niet overgaan krachtens het toepasselijke erfrecht, zodat er in beginsel geen ruimte is voor de heffing van erfbelasting. Om deze reden rees de vraag of toch erfbelasting zou kunnen worden geheven door middel van de toepassing van één of meer fictiebepalingen. Met name de rechtsleer blijkt erg verdeeld te zijn over het antwoord op deze vraag.

De rechtspraak, alsook de onderscheiden fiscale administraties, en kennelijk ook de Vlaamse decreetgever zijn alvast de mening toegedaan dat toepassing kan worden gemaakt van artikel 2.7.1.0.6 VCF/artikel 8 W.Succ. De meerderheid van de rechtsleer verwerpt echter de toepassing van deze fictiebepaling op trustverhoudingen. O.i. terecht, nu een *trust* niet kan worden gelijkgesteld met een contract (bevattende een derdenbeding). Bovendien dient de fictiebepaling uit haar aard restrictief te worden geïnterpreteerd. Overigens wordt in de Nederlandse rechtsleer de toepassing van de analoge fictiebepaling uit de Successiewet 1956 op *trusts* om exact dezelfde reden vrij eenvoudig verworpen. Indien toch wordt aangenomen dat (in aanmerking te nemen) uitkeringen uit *trusts* belastbaar zouden zijn op grond van artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ., dient sinds de inwerkingtreding van het Vlaams decreet van 23 december 2016 overigens een onderscheid te worden gemaakt tussen de bepaling in de VCF en artikel 8 W.Succ. voor wat betreft de vaststelling van het belastbaar ogenblik.

In bepaalde gevallen kon o.i. wel toepassing worden gemaakt van artikel 2.7.1.0.5. VCF/artikel 7 W.Succ. Ook hier bleek de toepassingsmarge echter zeer beperkt, aangezien (de oprichting van) een trustverhouding in beginsel geen schenking impliceert. In de rechtsleer die deze kwestie behandelt, wordt al gauw teruggegrepen naar de stelling dat artikel 2.7.1.0.5. VCF/artikel 7 W.Succ. nergens expliciet melding maakt van een schenking. O.i. ten onrechte, aangezien een toepassing van de *in fiscalibus* toegelaten interpretatiemethoden nopen tot de conclusie dat de fictiebepaling wel degelijk enkel eigenlijke schenkingen viseert. Om dezelfde reden kon o.i. in beginsel ook geen toepassing worden gemaakt van artikel 2.7.1.0.3., 3° VCF/artikel 4, 3° Br.W.Succ.

Opnieuw oogt de situatie in Nederland fundamenteel anders, althans zeker voor wat betreft trustverhoudingen die onder het APV-regime vallen. Het APV-regime heeft immers betrekking op de Nederlandse erfbelasting. De Nederlandse fiscale wet voorziet immers in een fictieve fiscale verkrijging van de vermogensbestanddelen van het APV krachtens erfrecht. De assumptie die aan

deze fiscale fictie ten grondslag ligt, bestaat er in dat de Nederlandse wetgever de erfgenamen van de oprichter van het APV principieel beschouwt als de begunstigden van het APV. Deze strikte toerekeningsregel draagt in zich echter het potentieel om tot onbillijke situaties aanleiding te geven. Bovendien is het onduidelijk of in concrete gevallen wel steeds een nuttig beroep zal kunnen worden gedaan op de in de Nederlandse wet voorziene tegenbewijsregeling.

In zekere zin heeft het standpunt van de fiscale administraties wel tot gevolg dat het gebruik van buitenlandse *trusts* vanuit een erfbelastingperspectief *salonfähig* wordt gemaakt. Het hoeft inderdaad niet de bedoeling te zijn dat de heffing van erfbelasting geheel zou moeten kunnen worden ontweken door middel van het gebruik van buitenlandse *trusts*. Het is evenwel betreuenswaardig dat de huidige praktijk in de eerste plaats is gebaseerd op een onhoudbare interpretatie van een fiscale fictiebepaling. Daarmee wordt in feite *contra legem* gehandeld. Een trustverhouding, en evenmin de rechtshandeling waarmee goederen onder trustverband worden gebracht, vormt immers een contract tussen de *settlor* en de *trustee* dat een beding ten behoeve van een derde bevat. Een (eigenlijke) *letter of wishes*, vormt evenmin een (dergelijke) overeenkomst.

Dit – wenselijke – resultaat zou o.i. slechts kunnen worden verantwoord indien het zou zijn gebaseerd op een daartoe door de decreetgever voorziene wetsbepaling. Bij het uitwerken van een afzonderlijke fiscale fictiebepaling die toelaat om uitkeringen uit buitenlandse trustverhoudingen (en desgevallend eveneens [buitenlandse] stichtingen) te betrekken in de erfbelasting kan de keuze worden gemaakt om deze systematiek op de leest te schoeien van artikel 2.7.1.0.5. VCF/artikel 7 W.Succ. of van artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ. Tegelijk zou voor een gelijkaardige (fictie)regeling kunnen worden geopteerd in de schenkbelasting, zodat de partijen ook nog gedurende hun leven in de gelegenheid worden gesteld om schenkbelasting te voldoen, en daarmee de heffing van erfbelasting achteraf te vermijden.

1199. Tot slot kwamen nog drie bijzondere gevallen aan bod.

Met betrekking tot *revocable trusts* werd geconcludeerd dat het herroepbare karakter in beginsel niets verandert aan de voorgaande conclusies, zij dat het in dergelijke gevallen zelfs niet kan worden besloten tot het voorhanden zijn van een schenking. Dit zou immers strijden met de principiële regel dat schenkingen uit hun aard onherroepelijk zijn. Het verbod om *in fiscalibus* op analogische wijze te interpreteren, verhindert daarbij o.i. eveneens dat een *revocable trust* zou worden gelijkgesteld met een testamentaire beschikking.

Met betrekking tot *testamentary trusts* is het duidelijk dat een testamentaire beschikking aan de trustcreatie ten grondslag ligt, zodat de heffing van erfbelasting op het eerste gezicht niet te vermijden zal zijn. Concreet bleek de internationaal privaatrechtelijke systematiek echter (potentieel) aanleiding te geven tot problemen, aangezien de bevoordeelde van het 'legaat' in kwestie niet de *trustee* zelf in diens hoedanigheid van *trustee* kan zijn. Als *trustee* wordt deze door de toepassing van het buitenlandse trustrecht immers uitgesloten van de waarde van

de onder trustverband gebrachte goederen. Afhankelijk van de vraag of dit gegeven de heffing van erfbelasting in hoofde van de *trustee* al dan niet verhindert, kon een systematiek worden aangereikt op basis waarvan desgevallend de belastingheffing kon plaatsvinden in hoofde van de *beneficiaries*.

Tot slot kwam het bijzondere probleem van de taks tot vergoeding der successierechten aan bod. Uit een aantal voorafgaande beslissingen is immers gebleken dat het soms voorkomt dat een Belgische rechtspersoon wordt opgericht teneinde te dienen als *trustee* van een trustverhouding die wordt beheerst door een buitenlands rechtstelsel. In weerwil van de voorafgaande beslissingen in kwestie, werd besloten dat de daadwerkelijke heffing van de taks in concrete gevallen zal worden verhinderd doordat de belastbare grondslag wordt herleid tot nihil, althans voor wat betreft de goederen waarop het trustverband betrekking heeft. Hierbij werd gebruik gemaakt van de door de rechtspraak en de DVB aanvaarde redenering dat voor de vaststelling van de belastbare grondslag slechts rekening kan worden gehouden met goederen die de rechtspersoon 'voor zichzelf en als eigenaar' bezit. Welnu, bij een *trust* is dit niet het geval, nu de *trustee* net wordt uitgesloten van de waarde die de onder trustverband gebrachte goederen vertegenwoordigen. De *trustee* kan dus niet worden geacht de goederen 'voor zichzelf' te bezitten.

IV. Fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse trusts: inkomstenbelastingen

A. Inleiding

1200. In dit hoofdstuk komen de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse trusts door Belgische rijksinwoners aan bod, op het vlak van de inkomstenbelastingen. Zoals hoger (*supra*, randnr. 4) werd opgemerkt, is met ingang van AJ 2016 de kaaimantaks in werking getreden. Zoals in de loop van dit hoofdstuk zal blijken, heeft de Belgische wetgever daarmee geopteerd voor de introductie van een bijzonder fiscaalrechtelijk regime voor inkomsten die worden verkregen door zogeheten 'juridische constructies', waartoe, zoals nog zal blijken, tevens buitenlandse trustverhoudingen behoren. Het nader onderzoeken van de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse trusts door Belgische belastingplichtigen is in dit kader interessant, omdat de kaaimantaks, net zoals het Nederlandse APV-regime, als bijzonder fiscaalrechtelijk regime de enting van het fiscaal recht op de gemeenrechtelijke juridische onderbouw, quasi-geheel doorbreekt.

De fiscale wetgever heeft met de invoering van de kaaimantaks aldus op een zeer expliciete wijze gebruik gemaakt van zijn prerogatief om te voorzien in een fiscale afwijking ten aanzien van de hoger geïdentificeerde principiële stelregel betreffende de verhouding tussen het fiscaal recht en de onderliggende juridische realiteit. De wetgever deed dit met de invoering van de kaaimantaks overigens op meer dan één wijze. Niet alleen introduceerde de wetgever een autonoom fiscaalrechtelijk begrippenapparaat (zie *infra*, randnr. 1249 e.v.), maar opteerde hij tevens voor de invoering van een aantal verregaande fiscale ficties en de invoering van flankerende bijzondere antimisbruikbepalingen die een efficiënte toepassing van het kaaimantaks regime zouden moeten verzekeren (zie *infra*, randnr. 1292 e.v.).

Ten gevolge daarvan ontstaat een bijzonder fenomeen. Niet enkel bestaat het kaaimantaksregime, door de eraan ten grondslag liggende misbruikgedachte, als een bijzonder soort fiscaal antimisbruikregime³²⁰⁸ náást de reeds bestaande

³²⁰⁸ N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 12. Opmerkelijk is dat de minister van Financiën in de Kamercommissie voor de Financiën en de Begroting te kennen gaf dat een aantal rechtspersonen en andere rechtsfiguren die door de fiscale wet niet worden beschouwd als 'juridische constructies', van het kaaimantaksregime werden uitgezonderd omdat zij al fiscaal transparant worden behandeld en aldus geen 'zwevend vermogen' creëren. In verband met beursgenoteerde vennootschappen stelde de minister bijvoorbeeld dat in deze gevallen reeds voldoende controle en regulering aanwezig is. Zie: Ontwerp van programmawet, verslag van de tweede lezing namens de Commissie voor de Financiën en de Begroting, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/013, 18. Uit de verklaringen van de minister blijkt inderdaad dat de 'kaaimantaks' in beginsel bedoeld is om te dienen als een bijzonder antimisbruikregime dat gericht zou zijn op 'zwevende vermogens' en dat logischerwijze geen toepassing zou moeten vinden in die gevallen waar dan ook geen risico bestaat op misbruik. In de wettekst wordt een dergelijke voorwaarde voor de toepassing van de kaaimantaks evenwel niet gesteld.

antimisbruikbepalingen in het inkomstenbelastingenrecht, maar bovendien bestaan er bijzondere antimisbruikbepalingen om de toepassing van de kaaimantaks als afzonderlijk antimisbruikregime te verzekeren. Daardoor ontstaat er als het ware een opeenstapeling van 'antimisbruikbepalingen' in het inkomstenbelastingenrecht.

Bemerkt moet echter worden dat de kaaimantaks meer dan één soort of categorie 'juridische constructies' viseert.³²⁰⁹ In artikel 2, §1, 13° WIB 1992 wordt inderdaad een onderscheid gemaakt tussen twee categorieën juridische constructies, zijnde de zogeheten 'juridische constructies type 1' en de 'juridische constructies type 2'. De fiscale gevolgen die onder het wettelijk bestel van de kaaimantaks worden gekoppeld aan het gebruik van de onderscheiden types juridische constructies, kunnen evenwel danig verschillen. Ofschoon het onderscheid tussen beide types juridische constructies hier nog niet ten gronde zal worden behandeld, dient voor wat betreft de afbakening van dit onderzoek wel te worden opgemerkt dat de analyse van de fiscale gevolgen van de kaaimantaks beperkt blijft tot de fiscale gevolgen die het gebruik van buitenlandse *trusts* door Belgische belastingplichtigen met zich mee brengen. Met andere woorden, in de mate dat *private express trusts* slechts (kunnen) beantwoorden aan één van de door de wet voorziene categorieën juridische constructies, zal in wat volgt slechts de desbetreffende categorie verder in het onderzoek worden betrokken. Zulks hoeft echter niet te verhinderen dat de geformuleerde conclusies niet zouden kunnen gelden voor de overige categorie juridische constructies.

In wat verder aan bod komt, zal de kaaimantaks dan ook nader worden onderzocht vanuit het perspectief dat ook in de vorige hoofdstukken centraal stond, zijnde de principiële enting van het fiscaal recht op de civielrechtelijke onderbouw. Omdat de kaaimantaks net beoogt daarmee te breken, kan het hanteren van het genoemde perspectief tot belangrijke normatieve inzichten leiden.

1201. Vooraleer wij echter toekomen aan een beschouwing van de kaaimantaks, is het nuttig om na te gaan welke de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* door Belgische belastingplichtigen – natuurlijke personen waren op het vlak van de inkomstenbelastingen vóór de introductie van de kaaimantaks.

Ook GOYVAERTS wijst er op dat de wetgever zich bij de ontwikkeling en uitwerking van dit bijzonder fiscaalrechtelijk regime heeft laten leiden door een 'misbruikgedachte', zie: G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 869, 884.

Bovendien blijkt uit de MvT bij de kaaimantaks dat: "[...] *De regeling de fiscus moet toelaten [om] belasting te heffen in die gevallen waar door het tussenschuiven van de bedoelde 'juridische constructies' een normale belastingheffing omzeild wordt; [...] Het is hierbij niet de bedoeling van de wetgever om juridische constructies op zich te verbieden, maar enkel om de fiscale voordelen te neutraliseren door transparantie te creëren, het bestaande heffingsvacuüm te verhelfen en de mogelijkheid van onbelast zwevend vermogen te beëindigen.*"

Zie: MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 29.

³²⁰⁹ N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 8 – 12; G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 879 – 880; T. AFSCHRIFT, "La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (première partie)", *JDF* 2016, 12 e.v.

Pas na een dergelijke beschouwing kan ten volle worden begrepen op welke wijze en in welke mate de kaaimantaks breekt met de onderliggende juridische realiteit.

Zoals hoger (*supra*, randnr. 1026 e.v.) bleek, kan er immers van worden uitgegaan dat bij gebreke aan bijzondere fiscale bepalingen inzake *trusts*, het fiscaal recht zich voorheen inderdaad *per default* entte op de onderliggende juridische realiteit. Teneinde deze oefening te maken, wordt eerst ingegaan op de wijze waarop trustverhoudingen voorheen fiscaal werden gekwalificeerd. Bedoeling is om na te gaan of *trusts* door het Belgische fiscaal recht konden worden beschouwd als een afzonderlijke belastingplichtige entiteit. Vervolgens wordt ingegaan op de vraag naar de al dan niet fiscaal transparante behandeling van *trusts* in het Belgische fiscaal recht.

B. Fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* vóór de inwerkingtreding van de kaaimantaks

1. Fiscale classificatie in het Belgische inkomstenbelastingrecht

1202. Teneinde de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* op het vlak van de inkomstenbelastingen vóór de introductie van de kaaimantaks nader te kunnen duiden, is het vereist om eerst in te gaan op de Belgische fiscale classificatieregels naar nationaal, intern recht, zoals deze voorheen golden, daarbij abstractie gemaakt van de kaaimantaks. Bedoeling is immers net om te zien met welk fiscaal *status quo* komaf werd gemaakt door de invoering van het kaaimantaksregime.

Dit is van belang, omdat de internrechtelijke fiscale classificatieregels bepalen welke 'entiteiten' als een afzonderlijke belastingplichtige moeten worden aangemerkt met betrekking tot belastbare inkomsten in het Belgische recht, met alle gevolgen van dien.³²¹⁰ Het belang van deze classificatieregels reikt dus veel verder dan de problematiek inzake de classificatie van *trusts*. Voor een algemene bespreking van deze regels en het bredere belang daarvan, wordt echter verwezen naar de gespecialiseerde rechtsleer.³²¹¹ Een korte beschouwing van de

³²¹⁰ B. PEETERS, *Fiscale Transparantie: toerekening van inkomsten*, Brussel, Larcier, 2011, 23; D. VAN BORTEL, "Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgische belastingrecht", *AFT* 2009, afl. 3, 44.

³²¹¹ Zie bv.: P. FAES, "Branch report Belgium" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international. Volume 99b*, den Haag, SDU Uitgevers, 2014, 151 – 172; B. PEETERS, *Fiscale Transparantie: toerekening van inkomsten*, Brussel, Larcier, 2011, 905p; D. VAN BORTEL, "Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgische belastingrecht", *AFT* 2009, afl. 3, 42 – 76; K. DE HAEN, *Fiscale transparantie: een rechtsvergelijkende analyse*, Mechelen, Kluwer, 2009, 438p; K. DE HAEN, "Fiscale transparantie in België: 'OESO (graag nog meer) als leidraad voor Rechter en Ruling'", *AFT* 2008, afl. 3, 19 – 49; A. BAX, "De Belgische belastingheffing van buitenlandse partnerships: een imbroglio", *TRV* 2006, 3 – 49; P. FAES, "Partnerships: commentaar gebonden kwalificaties", *TFR* 2000, 954 – 962; P. HINNEKENS, "Enkele aandachtspunten inzake de toepassing van de transparantie in de Belgische fiscale praktijk", *TFR* 2000, 943 – 953; A.

toepasselijke regels zal vooreerst toelaten om vast te stellen of de trustverhouding desgevallend kon worden beschouwd als een afzonderlijke belastingplichtige in het Belgische inkomstenbelastingrecht. Hoger (*supra*, randnr. 1083 – 1084) werd overigens reeds vastgesteld dat een *trust* voor wat betreft de registratie-, schenken en erfbelastingen alvast niet kon worden beschouwd als een afzonderlijke belastingplichtige aangezien aan trustverhoudingen in de regel geen rechtspersoonlijkheid toekomt onder de *lex causae*.

In wat volgt wordt daarom eerst een kernschets gemaakt van de Belgische classificatieregels zoals deze golden in een zuiver interne context. Vervolgens wordt op kernachtige wijze ingegaan op de vraag welke criteria in aanmerking werden genomen voor de classificatie van buitenlandse entiteiten naar nationaal Belgisch fiscaal recht. Het oogmerk van deze analyse bestaat er slechts in om na te gaan of een trustverhouding door het Belgische fiscaal recht toch als een afzonderlijke belastbare entiteit kon worden gekwalificeerd.

a. Kernschets van de classificatieregels in een zuiver interne context

1203. In een zuiver interne context, i.e. wanneer een persoon of deelnemer die participeert in een 'entiteit' die wordt beheerst door het Belgische recht, inkomsten behaalt in België, zullen de classificatieregels toelaten om te bepalen wie de belastingplichtige is met betrekking tot de verkregen inkomsten.³²¹² De desbetreffende bepalingen worden gevormd door artikel 179 WIB 1992 *jo.* artikel 2, §1, 5° WIB 1992, voor wat betreft het personele toepassingsgebied van de vennootschapsbelasting, en door artikel 220 WIB 1992 voor wat betreft het personele toepassingsgebied van de rechtspersonenbelasting. Bovendien moet nog worden gewezen op artikel 29 WIB 1992, met betrekking tot entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid en rechtspersonen die daarmee worden gelijkgesteld.

In tegenstelling tot wat het geval is voor de vennootschapsbelasting en de rechtspersonenbelasting, kan de fiscale wetsbepaling die het personele toepassingsgebied van de personenbelasting afbakent, niet op nuttige wijze worden beschouwd als een classificatieregule. Artikel 3 WIB 1992 *jo.* artikel 2, §1, 1° WIB 1992 bepaalt immers dat in beginsel slechts rijksinwoners, i.e. natuurlijke personen, aan de Belgische personenbelasting zijn onderworpen.

1204. Een nadere lezing van de aangehaalde classificatieregels leert dat het Belgische fiscaal recht een bijzonder groot belang hecht aan de vraag of de entiteit in kwestie al dan niet bekleed is met rechtspersoonlijkheid. Zo refereert artikel 2, §1, 5° WIB 1992 uitdrukkelijk naar het vereiste van rechtspersoonlijkheid. Ten gevolge hiervan kunnen slechts entiteiten die zijn bekleed met

HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 496p.

³²¹² D. VAN BORTEL, "Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgische belastingrecht", *AFT* 2009, afl. 3, 45.

rechtspersoonlijkheid aan de vennootschapsbelasting worden onderworpen, gelet op het bepaalde in artikel 179 WIB 1992. Ook voor de rechtspersonenbelasting komt het vereiste van rechtspersoonlijkheid duidelijk naar voren uit de tekst van artikel 220 WIB 1992, voor zover zulks nog niet duidelijk genoeg bleek uit de naam van de belasting zelf.

1205. Tot slot wordt het belang van de aanwezigheid rechtspersoonlijkheid verder onderlijnd door artikel 29 WIB 1992. De eerste paragraaf van dit wetsartikel leest als volgt: *“in burgerlijke vennootschappen of verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid die winst of baten verkrijgen, worden de opnemingen van de vennoten of leden en hun deel in de verdeelde of onverdeelde winst of baten, als winst of baten van de vennoten of leden aangemerkt.”* Aldus poneert deze wetsbepaling dat indien een entiteit niet over rechtspersoonlijkheid beschikt, deze als het ware fiscaal wordt genegeerd en de inkomsten die middels de entiteit worden verkregen worden belast in hoofde van de personen die daarin deelnemen, in verhouding tot hun deelneming.³²¹³ Deze wetsbepaling dient overigens samen te worden gelezen met artikel 364 WIB 1992, teneinde het ogenblik van belastbaarheid te bepalen.³²¹⁴

Ofschoon op deze vraag in het raam van voorliggend onderzoek niet verder wordt ingegaan, blijkt er in de rechtsleer geen unaniem gedeelde visie te bestaan omtrent de exacte aard van artikel 29 WIB 1992. De meerderheid van de rechtsleer poneert dat de wetsbepaling een fiscale fictie uitmaakt.³²¹⁵ Een andere strekking binnen de rechtsleer, die zich beroept op een aantal (door de meerderheidsstrekking betwiste) cassatiearresten, ontkent dat het om een fiscale fictie zou gaan.³²¹⁶

De reden waarom het volgens het meerderheidsstandpunt gaat om een fiscale fictie, valt terug te voeren tot het gegeven dat van zodra de entiteit zonder rechtspersoonlijkheid winsten (bv. als stille handelsvennootschap) of baten (bv. een burgerlijke maatschap van vrije beroepers) verkrijgt, het winstaandeel van elk van de betrokken vennoten fiscaalrechtelijk wordt beschouwd als winsten of baten en dus ook als zodanig belastbaar zijn in hoofde van deze vennoten. Dit alles geldt dan ongeacht de specifieke rol die de vennoten in kwestie in het samenwerkingsverband opnemen. Dus bijvoorbeeld ook voor stille vennoten die als

³²¹³ D. VAN BORTEL, “Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgische belastingrecht”, *AFT* 2009, afl. 3, 46; E. VAN DE VELDE, “Enkele topics van estate planning door de fiscale bril van de Rulingdienst”, *TEP* 2011, 148.

³²¹⁴ P. HINNEKENS, “Enkele aandachtspunten inzake de toepassing van de transparantie in de Belgische fiscale praktijk”, *TFR* 2000, 943.

³²¹⁵ S. VAN CROMBRUGGE, “De handelsvereniging bij wijze van deelneming en de tijdelijke handelsvereniging”, *AFT* 1986, 217; A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 359 – 364; P. HINNEKENS, “Enkele aandachtspunten inzake de toepassing van de transparantie in de Belgische fiscale praktijk”, *TFR* 2000, 948; D. VAN BORTEL, “Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgische belastingrecht”, *AFT* 2009, afl. 3, 46.

³²¹⁶ Cass. 19 februari 1976, *RCJB* 1978, 181; Cass. 3 juni 1976, *Pas.* 1976, I, 1056 (met noot Adv. Gen. KRINGS); L.A. DENYS, “Fiscale kwalificatie van inkomsten uit verenigingen in het Belgisch en internationaal fiscaal recht” in X. (ed.), *Liber Amicorum E. Krings*, Gent, Story-Scientia, 1991, 959 – 1005.

zodanig niet deelnemen aan de activiteit die de winst of baten genereert.³²¹⁷ De toepassing van artikel 29, §1 WIB 1992 leidt in die gevallen tot een regime van 'volkomen fiscale transparantie' (zie *infra*, randnr. 1230 e.v.) waar volgens verschillende auteurs bij afwezigheid van deze wetsbepaling een regime van 'onvolkomen fiscale transparantie' (zie *infra*, randnr. 1234 e.v.) van toepassing zou zijn geweest.³²¹⁸ In bepaalde gevallen en voor bepaalde belastingplichtigen wordt het normaal toepasselijke regime van fiscale transparantie dus uitdrukkelijk gesubstitueerd voor een ander regime van fiscale transparantie.

De tweede paragraaf van artikel 29 WIB 1992 leert vervolgens dat een aantal entiteiten met rechtspersoonlijkheid fiscaal uitdrukkelijk worden gelijkgesteld met entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid, zodat zij als fiscaal transparant worden beschouwd.³²¹⁹

1206. Uit de voorgaande kernschets van de Belgische fiscale classificatieregels zoals deze gelden in een zuiver interne context, blijkt alvast duidelijk welk belang het Belgisch fiscaal recht hecht aan de vraag of een entiteit al dan niet kan worden aangemerkt als een afzonderlijke belastingplichtige. In de mate dat het gaat om een entiteit die voor fiscale doeleinden als een Belgische entiteit wordt beschouwd, is het hebben van rechtspersoonlijkheid een noodzakelijke en voldoende voorwaarde om te kunnen worden belast onder de Belgische vennootschapsbelasting of rechtspersonenbelasting.³²²⁰ Omgekeerd wijst het ontbreken van rechtspersoonlijkheid op een fiscaal transparante behandeling.

b. Kernschets van de classificatieregels in een grensoverschrijdende context

1207. De fiscale classificatie van buitenlandse entiteiten geschiedt naar nationaal Belgisch fiscaal recht goeddeels op basis van de in de vorige randnummers

³²¹⁷ Zie ook: *Com. IB* 1992, 29/1.

³²¹⁸ A. HAELTERMAN, E. MAES, "De kaaimantaks – Wie ontspringt de dans nog? Nieuw fiscaal regime viseert private offshore-vermogensstructuren" in A-L. VERBEKE, F. BUYSSENS (eds.), *Notariële Actualiteit 2014 – 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 256 – 257; A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 200 – 205, 359 – 364, 466 – 469; P. HINNEKENS, "Enkele aandachtspunten inzake de toepassing van de transparantie in de Belgische fiscale praktijk", *TFR* 2000, 949; D. VAN BORTEL, "Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgische belastingrecht", *AFT* 2009, afl. 3, 46.

HINNEKENS merkt in de geciteerde bijdrage echter op dat deze visie niet eenparig wordt gedeeld in de rechtsleer.

Opgemerkt kan nog worden dat de DVB in enkele voorafgaande beslissingen de burgerlijke maatschap reeds als volkomen fiscaal transparant heeft beschouwd, en daarbij nader de krijtlijnen heeft afgebakend voor de toepassing van artikel 29, §1 WIB 1992. Zie hieromtrent: E. VAN DE VELDE, "Enkele topics van estate planning door de fiscale bril van de Rulingdienst", *TEP* 2011, 148 – 149.

³²¹⁹ P. FAES, "Branch report Belgium" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international. Volume 99b*, den Haag, SDU Uitgevers, 2014, 153.

³²²⁰ Eensluidend: P. FAES, "Branch report Belgium" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international. Volume 99b*, den Haag, SDU Uitgevers, 2014, 153.

uiteengezette principes. Aldus worden ook buitenlandse entiteiten in het nationale fiscaal recht geïnclassificeerd aan de hand van internrechtelijke fiscale criteria. De autonome fiscaalrechtelijke classificatie vormt immers een uitdrukking van fiscale soevereiniteit van staten.³²²¹ Abstractie gemaakt van het kaaimantaksregime, bevat het Belgische fiscaal recht vrij weinig expliciete aanknopingspunten met betrekking tot de fiscale classificatie van buitenlandse entiteiten. Opnieuw kan echter worden opgemerkt dat normaliter een doorslaggevende rol zal worden toebedeeld aan het antwoord op de vraag of de buitenlandse 'entiteit' is bekleed met rechtspersoonlijkheid.³²²² Het antwoord op deze vraag moet echter noodzakelijkerwijs worden geboden door de *lex societatis*, i.e. het op de buitenlandse entiteit van toepassing zijnde recht (zie *supra*, randnr. 1040). Hoewel de fiscale classificatie aldus een uiting vormt van de eigen fiscale soevereiniteit, wordt er in het Belgisch fiscaal recht voor geopteerd om een classificatiecriterium te hanteren dat goeddeels moet worden ingevuld aan de hand van het onderliggende gemeen recht, en dus ook wanneer het gaat om een buitenlands rechtsstelsel dat wordt geïdentificeerd door middel van een toepassing van de Belgische regels van internationaal privaatrecht. Daarbij dient (vooralsnog³²²³) te worden uitgegaan van de toepassing van de werkelijke zetelleer teneinde de toepasselijke *lex societatis* vast te stellen (art. 110 e.v. WIPR).

1208. Indien een buitenlandse entiteit volgens de toepasselijke *lex societatis* is bekleed met rechtspersoonlijkheid, wordt deze aldus voor het Belgische fiscaal recht *prima facie* beschouwd als een afzonderlijk belastbare entiteit. Deze conclusie wordt ondersteund door het gegeven dat algemeen wordt aangenomen dat artikel

³²²¹ M. LANG, C. STARINGER, "General Report" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international. Volume 99b*, den Haag, SDU Uitgevers, 2014, 21; B. PEETERS, *Fiscale Transparantie: toerekening van inkomsten*, Brussel, Larcier, 2011, 23; A. SANTINI, *Le regime fiscal des sociétés étrangères en droit comparé*, Parijs, A. Pedone, 1985, 339.

³²²² P. FAES, "Branch report Belgium" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international. Volume 99b*, den Haag, SDU Uitgevers, 2014, 155; B. PEETERS, *Fiscale Transparantie: toerekening van inkomsten*, Brussel, Larcier, 2011, 29; D. VAN BORTEL, "Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgische belastingrecht", *AFT* 2009, afl. 3, 47; K. DE HAEN, "Fiscale transparantie in België: 'OESO (graag nog meer) als leidraad voor Rechter en Ruling'", *AFT* 2008, afl. 3, 20.

³²²³ Het is op het ogenblik van schrijven immers nog maar de vraag of de werkelijke zetelleer in de toekomst nog deel zal uitmaken van het Belgische internationaal privaatrechtelijke bestel. Er gaan immers stemmen op om de toepassing van de werkelijke zetelleer in het internationaal privaatrecht los te laten, ten voordele van een invoering van de zogeheten statutaire zetelleer.

Zie daartoe de voorstellen die het Belgisch Centrum voor Vennootschapsrecht heeft gedaan in een beleidsnota van 2 oktober 2015: *Beleidsnota: een modern Wetboek van vennootschappen en verenigingen*, raadpleegbaar op: http://www.bcv-cds.be/files/bcv_nota_minister_justitie_nl_20151002.pdf, zie i.h.b. randnummer 20.

In de rechtsleer wordt overigens ernstig geredetwist over de gebreken en verdiensten van dit voorstel, zie: J. VANANROYE, G. LINDEMANS, "Het einde van de wereld die we kennen is nabij", *TRV* 2015, 701 – 702; J. VANANROYE, G. LINDEMANS, "Schuldeisersbescherming in het vennootschapsrecht: een rouwbericht" in VRG ALUMNI (ed.), *Recht in beweging – 24^e VRG-Alumnidag*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 2017, 293 – 312; D. BRULOOT, K. MARESCAU, "Koudwatervrees", *TRV-RPS* 2016, 115 – 116.

De introductie van de statutaire zetelleer zou dus op dit punt, weliswaar op een eerder onrechtstreekse wijze, ook fiscaalrechtelijke gevolgen kunnen hebben.

29 WIB 1992 eveneens van toepassing is op Belgische personen die gelden als leden of aandeelhouders van buitenlandse vennootschappen en entiteiten.³²²⁴ Zulks werd met betrekking tot Australische *unit trusts* ook bevestigd door de DVB in een voorafgaande beslissing van 2 augustus 2007.³²²⁵ De fiscale transparantie van de *trusts* in kwestie werd door de DVB expliciet gerechtvaardigd door een verwijzing naar het gegeven dat deze rechtsfiguren niet bekleed zijn met rechtspersoonlijkheid.

Teneinde de toepassing van de *lex societatis*-leer te ondersteunen, wordt doorgaans verwezen naar het bekende *Prince de Ligne*-arrest van het hof van beroep te Brussel van 4 juni 1974.³²²⁶ Het geval betrof een Franse *société civile immobilière*, die naar Frans recht is bekleed met rechtspersoonlijkheid, maar in het Franse fiscaal recht kan opteren voor een bijzondere fiscaal transparante behandeling (*'translucidité'*). Uit dit arrest komt duidelijk naar voren dat niet de buitenlandse fiscale behandeling van de rechtspersoon in kwestie doorslaggevend is, maar wel de buitenlandse civielrechtelijke aard van de entiteit. Deze gedachtegang wordt verklaard aan de hand van de territorialiteit van het fiscaal recht.³²²⁷ Ofschoon latere arresten *prima facie* in een andere richting leken te wijzen, wordt de *Prince de Ligne*-leer in de regel nog steeds gevolgd in het Belgische fiscaal recht.³²²⁸ De ervaring heeft echter geleerd dat de vraag of een bepaalde entiteit al dan niet is bekleed met rechtspersoonlijkheid soms moeilijk te beantwoorden valt aan de hand van de toepasselijke *lex societatis*. In dergelijke

³²²⁴ B. PEETERS, *Fiscale Transparantie: toerekening van inkomsten*, Brussel, Larcier, 2011, 29; D. VAN BORTEL, "Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgische belastingrecht", *AFT* 2009, afl. 3, 47.

³²²⁵ Voorafg. Besl. 7 augustus 2007, nr. 700.287, punt 11.

³²²⁶ Brussel 4 juni 1974, *JDF* 1975, 82.

³²²⁷ B. PEETERS, *Fiscale Transparantie: toerekening van inkomsten*, Brussel, Larcier, 2011, 42.

³²²⁸ D. BECKERS, "Inkomsten uit een Franse SCI: cassatie steunt fiscus", *TFR* 2017, 364 (noot bij Cass. 29 september 2016); P. FAES, "Branch report Belgium" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international. Volume 99b*, den Haag, SDU Uitgevers, 2014, 156; D. VAN BORTEL, "Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgische belastingrecht", *AFT* 2009, afl. 3, 47; K. DE HAEN, "Fiscale transparantie in België: 'OESO (graag nog meer) als leidraad voor Rechter en Ruling'", *AFT* 2008, afl. 3, 20; P. FAES, "Partnerships: commentaar gebonden kwalificaties", *TFR* 2000, 959; L. DE BROE, J. WERBROUCK, "Kroniek Internationaal Belastingrecht 1998", *TRV* 1998, 495.

In het bijzonder kan hier worden gewezen op het arrest van het Hof van Cassatie van 2 december 2004. Volgens PEETERS kan uit dit arrest echter geen wijziging ten aanzien van de voorheen bestaande lijn in de rechtspraak worden afgeleid, aangezien het arrest van 2 december 2004 de verdragsrechtelijke kwalificatie van de door de vennoten behaalde inkomsten betrof. Overigens kan de redenering van het Hof van Cassatie volgens de auteur niet overtuigen. Zie: B. PEETERS, *Fiscale Transparantie: toerekening van inkomsten*, Brussel, Larcier, 2011, 69.

Op 29 september 2016 velde het Hof van Cassatie een nieuw arrest inzake de fiscale behandeling van een Franse SCI, zij het opnieuw in een verdragsrechtelijke context. Zie: Cass. 29 september 2016, *TFR* 2017, 356 (met noot D. BECKERS). Zie hierover: L. VANNESTE, "Winstuitkeringen van een Franse SCI: Cassatie verandert het geweer van schouder", *Fisc.Act.* 2016, afl. 39, 8 – 10; C. BUYSSE, "Inkomsten van een Franse SCI: slaat Cassatie een nieuwe weg in?", *Fiscoloog* 2016, afl. 1494, 11; D. BECKERS, "Inkomsten uit een Franse SCI: cassatie steunt fiscus", *TFR* 2017, 362 – 372 (noot bij Cass. 29 september 2016).

gevallen worden de door de *lex societatis* aan de entiteit verleende kenmerken in ogenschouw genomen, om na te gaan of de buitenlandse entiteit karakteristieken vertoont waaraan de Belgische *lex fori* doorgaans de aanwezigheid van rechtspersoonlijkheid zou koppelen.³²²⁹

1209. Ook in de context van de belasting der niet inwoners, wordt door artikel 227 WIB 1992 een belangrijke rol toegekend aan de vraag of een buitenlandse entiteit al dan niet is bekleed met rechtspersoonlijkheid. Naast de categorie van de natuurlijke personen-niet rijksinwoners (artikel 227, 1° WIB 1992), onderscheidt dit wetsartikel twee groepen buitenlandse belastingplichtigen. Zo verwijst artikel 227, 3° WIB 1992 uitdrukkelijk naar rechtspersonen die hun maatschappelijke zetel, hun voornaamste inrichting of hun zetel van bestuur niet in België hebben en geen onderneming exploiteren of zich niet bezig houden met verrichtingen van winstgevend aard of zich zonder winsttoegemerk uitsluitend met in artikel 182 WIB 1992 vermelde verrichtingen bezighouden, met uitzondering van de in artikel 227/1 WIB 1992 genoemde rechtspersonen.

Ook artikel 227, 2° WIB 1992 verwijst naar vennootschappen met rechtspersoonlijkheid, maar bevat een bijzondere uitbreiding. Niet enkel rechtspersonen, maar ook buitenlandse verenigingen, instellingen en lichamen zonder rechtspersoonlijkheid die zijn opgericht in een rechtsvorm die vergelijkbaar is met de rechtsvorm van een Belgische vennootschap, kunnen als een afzonderlijk belastbare entiteit worden beschouwd, in zoverre zij een Belgisch broninkomen verkrijgen. In de rechtsleer wordt echter opgemerkt dat de wijze waarop deze wetsbepaling concreet moet worden ingevuld onduidelijk is.³²³⁰ Het meerderheidsstandpunt in de rechtsleer is alvast wel dat de te hanteren criteria vennootschapsrechtelijk van aard dienen te zijn.³²³¹ Gelet op het gegeven dat de entiteit in kwestie per definitie niet zal zijn bekleed met rechtspersoonlijkheid,

³²²⁹ N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 10, vn. 39; P. FAES, "Branch report Belgium" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international. Volume 99b*, den Haag, SDU Uitgevers, 2014, 157; D. VAN BORTEL, "Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgische belastingrecht", *AFT* 2009, afl. 3, 47 - 51.

Mogelijke in aanmerking te nemen eigenschappen zijn: de aanwezigheid van een afgescheiden vermogen, de continuïteit in het voortbestaan van de entiteit, de aanwezigheid van een centraal bestuursorgaan, de beperkte aansprakelijkheid van de vennoten, de overdraagbaarheid van de deelnemingen, het juridisch statuut van de inbreng en het voorhanden zijn van (formele) oprichtingsvereisten.

³²³⁰ B. PEETERS, *Fiscale Transparantie: toerekening van inkomsten*, Brussel, Larcier, 2011, 31 - 40; P. HINNEKENS, "Belasting van niet-inwoners: fiscale transparantie van buitenlandse entiteiten" in W. MAECKELBERGH (ed.), *Fiscaal Praktijkboek 1992 - 1993. Directe Belastingen*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 102.

³²³¹ P. FAES, "Branch report Belgium" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international. Volume 99b*, den Haag, SDU Uitgevers, 2014, 157; B. PEETERS, *Fiscale Transparantie: toerekening van inkomsten*, Brussel, Larcier, 2011, 35; D. VAN BORTEL, "Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgische belastingrecht", *AFT* 2009, afl. 3, 52; P. HINNEKENS, "Belasting van niet-inwoners: fiscale transparantie van buitenlandse entiteiten" in W. MAECKELBERGH (ed.), *Fiscaal Praktijkboek 1992 - 1993. Directe Belastingen*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 102; G. POPPE, "De hervorming van de belasting der niet-verblijfhouders", *TFR* 1991, 93 - 94.

nochtans het doorslaggevende vennootschapsrechtelijke criterium bij uitstek om enige vergelijkbaarheid vast te stellen, gaat het echter geenszins om een evidente oefening.

Specifiek met betrekking tot *private express trusts* dient daarbij te worden opgemerkt dat typisch vennootschapsrechtelijke kenmerken afwezig zullen zijn in het recht van klassieke trustjurisdicties. Dit hoeft echter niet te betekenen dat bepaalde trustvormen toch niet onder het toepassingsgebied van deze bepaling zouden kunnen vallen. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan *charitable trusts*, die zou kunnen worden vergeleken met een vzw of een private stichting. De hoger (*supra*, randnr. 788 e.v.) geanalyseerde rechtspraak inzake de procesbevoegdheid van een *charitable trust* geeft alvast een indicatie in deze richting.

1210. Niettegenstaande de in artikel 227, 2° WIB 1992 voorziene uitbreiding in een context waar België fungeert als bronstaat van het belastbare inkomen, blijkt echter zeer duidelijk dat het Belgische fiscaal recht, ook bij de classificatie van buitenlandse entiteiten, een zeer groot belang hecht aan de vraag of een entiteit volgens de *lex causae* al dan niet is bekleed met rechtspersoonlijkheid. Indien de *lex causae* geen duidelijk antwoord biedt op deze vraag, kan een aantal door de *lex causae* aan de entiteit gekoppelde kenmerken als *proxies* worden aangewend, teneinde na te gaan of het Belgische recht aan de entiteit in kwestie rechtspersoonlijkheid zou verlenen.

c. Gevolgen voor de fiscale classificatie van trusts

1211. Uit de voorgaande kernschets van de nationale fiscale classificatieregels voor buitenlandse entiteiten is duidelijk naar voren gekomen dat het Belgische fiscaal recht een zeer groot belang hecht aan het gegeven of een buitenlandse entiteit al dan niet is bekleed met rechtspersoonlijkheid. Hiermee is dan ook meteen verklaard waarom *trusts* in de regel niet zullen aangemerkt worden als afzonderlijke entiteiten door het Belgische fiscaal recht.³²³² Hoger (*supra*, randnr. 1083 – 1084) werd reeds eenzelfde vaststelling gemaakt voor wat betreft de registratie-, schenk- en erfbelastingen.

Uit Deel II van dit onderzoek is immers duidelijk gebleken dat volgens het recht van *common law*-landen, aan een trustverhouding principieel geen rechtspersoonlijkheid zal toekomen. Meer zelfs, uit het voorgaande is duidelijk geconcludeerd dat een *trust* volgens het trustrecht van *common law*-landen o.i. zelfs niet kon worden beschouwd als een afzonderlijke entiteit. Voor wat betreft de VS diende dit standpunt enigzins te worden genuanceerd. Dit standpunt moet

³²³² Eensluidend: M. QUAGHEBEUR, "Belgium. Trusts.", IBFD, 2015, nr. 4.3.2.; S. DE RAEDT, "Fiscale aspecten van de trust" in X. (ed.), *Fiscaal Vermogensbeheer*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., Alg., Hfdst. II, 2, 103; S. DE RAEDT, M. TRAEST, "Meer vertrouwen in de trust na het IPR-wetboek?", *Fiscoloog* 2004, afl. 947, 4 – 5.
Voor een toepassing, zie bv. Voorafg. Besl. 7 augustus 2007, nr. 700.287; Voorafg. Besl. 16 oktober 2007, nr. 700.376.

verder worden genuanceerd wanneer de Belgische rechtsorde in aanraking komt met een buitenlandse *trust*. Dit is te wijten aan de internationaal privaatrechtelijke 'metamorfose' die de *trust* ondergaat, teneinde te kunnen worden ingepast in de fundamentele civielrechtelijke categorieën van ons *civil law*-rechtsstelsel (zie *supra*, randnr. 976 en 978), zo bleek uit Deel III van voorliggend onderzoek. Civielrechtelijk beschouwd, geldt de buitenlandse *trust* vanuit een Belgisch oogpunt immers als een afgescheiden vermogen. Ten gevolge hiervan komt aan de trustverhouding, althans vanuit een Belgisch (internationaal) privaatrechtelijk perspectief, toch een enteiteitskenmerk toe. Daarmee wordt aan de *trust* echter nog geen rechtspersoonlijkheid verleend. Een dergelijke conclusie zou overigens alleen maar kunnen worden bereikt op grond van de toepasselijke *lex causae*. Nochtans is uit het voorgaande gebleken dat *trusts* principieel worden onderscheiden van vennootschapsvormen (zie *supra*, randnr. 342 e.v.). Dat de *trust* ook op internationaal privaatrechtelijk vlak moet worden onderscheiden van rechtspersonen, blijkt overigens ook duidelijk uit het gegeven dat daarvoor een afzonderlijke internationaal privaatrechtelijke verwijzingscategorie wordt voorzien.

1212. Vermits uit het voorgaande is gebleken dat een trustverhouding door het Belgisch fiscaal recht als zodanig niet werd beschouwd als een afzonderlijk belastbare entiteit, rijst de vraag welke persoon of personen dan wel konden worden aangemerkt als belastingplichtige(n).³²³³ Principieel komen drie categorieën van personen in aanmerking om te worden aangeduid als belastingplichtige(n): *settlers*, *trustees* en *beneficiaries*. In wat volgt zal blijken dat het exacte antwoord op deze vraag voor wat betreft het Belgisch fiscaal recht in grote mate afhankelijk was van de juridische aard en karakteristieken van de trustverhouding in kwestie, daarbij rekening houdende met het leerstuk van de fiscale transparantie in het Belgische fiscaal recht.

1213. Een beknopte rechtsvergelijkende aanblik leert overigens dat de conclusie zoals deze opgaat voor het Belgische recht geen vanzelfsprekendheid is, maar evenmin een alleenstaand geval vormt.

1214. Zo wordt in Zwitserland nagenoeg steeds tot dezelfde conclusie gekomen als in België het geval is. In de Zwitserse fiscale literatuur wordt nagenoeg eenparig het standpunt verdedigd dat een *trust* niet kan worden beschouwd als een fiscaal afzonderlijk in aanmerking te nemen buitenlandse juridische entiteit.³²³⁴ Ook in het

³²³³ De conclusie dat een trustverhouding niet kon worden aangemerkt als een afzonderlijk belastbare entiteit naar Belgisch fiscaal recht, werd overigens ook bereikt vóór de inwerkingtreding van het WIPR. Zie bv.: S. DE RAEDT, M. TRAEST, "To trust or not to trust", *TFR* 2001, 966; A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 320.

³²³⁴ P. GILLIOZ, N.F. MEYER, "Trusts and Taxation in Switzerland", *Bulletin for International Taxation*, 2015, 242; D. BADER, C. SEILER, "The Taxation of High-Net-Worth Individuals in Switzerland", *Bulletin for International Taxation*, 2015, 257; J. SALOM, "The Attribution of Income in Swiss and International Tax Law", *Bulletin for International Taxation*, 2011, 398; X. OBERSON, H.R. HULL, *Switzerland in International Tax Law*, Amsterdam, IBFD, 2011, 28; R.J. DANON, *Switzerland's direct and international taxation of private express trusts*, Zürich, Schulthess, 2004, 203; S.G. CRETTI, *Les relations de trust et la fiscalité suisse nationale et internationale*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2001, 144 - 146; W. RYSER, "The Taxation of

Zwitserse fiscaal recht wordt deze conclusie bereikt op grond van het gegeven dat aan *trusts* onder de *lex causae* geen rechtspersoonlijkheid toekomt. DANON maakt in dit verband melding van een sterk bekritiseerde ongepubliceerde ruling uit 2001, waarbij de Zwitserse federale belastingadministratie een buitenlandse trustverhouding gelijkstelde met een rechtspersoon op grond van de overweging dat de *trust* fiscaal kon worden geassimileerd met een binnenlandse stichting.³²³⁵ Aldus kon de *trust* toch als een afzonderlijke belastingplichtige worden beschouwd naar Zwitsers fiscaal recht. Volgens de auteur, die de beslissing ook ernstig bekritiseert, berustte deze beslissing op een verkeerde en analogische toepassing van de Zwitserse fiscale wetsbepalingen in kwestie.³²³⁶

Uit een circulaire van 27 maart 2008 van de Zwitserse federale belastingadministratie, die tot oogmerk heeft om de Zwitserse kantonale praktijken met betrekking tot de fiscale behandeling van buitenlandse *trusts* te harmoniseren³²³⁷, blijkt dat de Zwitserse belastingadministratie dit betwiste standpunt heeft verlaten.³²³⁸ Uit de tekst van de circulaire komt duidelijk naar

Trusts in Civil Law Countries: Switzerland Trusts and Trust Taxation”, *ET* 1998, 199; S.G. CRETTEI, *Le trust. Aspects fiscaux*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2007, 76, 217.

Een afwijkend standpunt wordt ingenomen door LANDOLF en GRAF, zie: U. LANDOLF, T. GRAF, *Der Trust im schweizerischen Steuerrecht*, Archives de droit fiscal suisse, Vol. 63, 1994, 1 – 30, i.h.b. 20 – 22.

Volgens CRETTEI zou zich echter een wetswijziging opdringen teneinde de trustverhouding als zodanig als fiscaal subject te beschouwen, zie: S.G. CRETTEI, *Le trust. Aspects fiscaux*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2007, 134 – 139, i.h.b. 137.

³²³⁵ R.J. DANON, *Switzerland’s direct and international taxation of private express trusts*, Zürich, Schulthess, 2004, 198.

Het standpunt van de Zwitserse administratie zou volgens DANON gebaseerd zijn op het afwijkende standpunt van LANDOLF en GRAF, waar in de vorige voetnoot naar werd verwezen.

³²³⁶ R.J. DANON, *Switzerland’s direct and international taxation of private express trusts*, Zürich, Schulthess, 2004, 198.

³²³⁷ F. VUILLEUMIER, “Swiss taxation of trusts currently and in the future”, *Trusts & Trustees* 2007, afl. 2, 53.

³²³⁸ Zie in dit verband circulaire nr. 20 van het Zwitserse Département fédéral des finances van 27 maart 2008, beschikbaar op: <https://www.estv.admin.ch/dam/estv/fr/dokumente/bundessteuer/kreisschreiben/2004/1-020-DV-2008.pdf.download.pdf/1-020-DV-2008-f.pdf>. In het bijzonder nr. 4.1.: “Le droit étranger n’octroie pas la personnalité juridique au trust. En se référant au droit international privé (LDIP, théorie de l’incorporation), le droit fiscal suisse ne peut pas non plus la lui conférer. Un trust n’est pas non plus une “personne morale étrangère” au sens de l’art. 49, al. 3 LIFD et de l’art. 20, al. 2 LHID car ces dispositions légales ne visent que des communautés de personnes auxquelles le droit privé suisse confère une personnalité juridique. Or le droit privé suisse ne confère pas de personnalité juridique au trust. Suivant l’avis de la doctrine majoritaire, un trust ne rentre pas non plus dans le champ d’application des art. 11 LIFD et 20, al. 2 LHID. La qualification fiscale autonome prévue par ces dispositions ne vise que des entités dont les membres sont liés par une “relation personnelle”. Il s’agit là, par exemple, de communautés d’héritiers ou de “partnerships” de droit anglo-saxon. Cet aspect communautaire typique de ces entités n’existe pas pour le trust. Dans le droit fiscal suisse actuel, il n’existe donc pas de base légale qui permettrait d’assimiler un trust étranger à une personne morale dans un contexte fiscal. Par conséquent, on doit en conclure que la question de l’assujettissement limité ou illimité du trust (par exemple en se fondant sur le fait qu’un ou plusieurs trustees séjournent en Suisse) ne se pose pas du tout.” (eigen onderlijning).

voren dat het gebrek aan rechtspersoonlijkheid van trustverhoudingen onder de *lex causae* het doorslaggevende element vormen om de *trust* niet te classificeren als een afzonderlijk belastbare entiteit. Ook in het Zwitserse belastingrecht wordt daarom geopteerd voor een fiscaal transparante behandeling van de *trust*.³²³⁹

1215. De Belgische en de Zwitserse benadering kunnen worden afgezet tegen de Nederlandse benadering. In de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 ('Wet VpB 1969') wordt in artikel 2 aangegeven welke entiteiten gelden als binnenlandse belastingplichtigen. De in artikel 2 Wet VpB 1969 genoemde entiteiten die zijn opgericht naar Nederlands recht, worden voor de toepassing van de Wet VpB 1969 geacht ook in Nederland te zijn gevestigd.³²⁴⁰ Voor wat betreft buitenlandse entiteiten, i.e. entiteiten die niet onder Nederlands recht zijn geïncorporeerd en die een Nederlands broninkomen genieten, dient rekening te worden gehouden met het bepaalde in artikel 3 Wet VpB 1969. Een buitenlandse entiteit kan echter ook haar fiscale woonplaats hebben in Nederland. In dat geval is de entiteit belastbaar op haar wereldinkomen.³²⁴¹ Teneinde na te gaan of het afzonderlijke bestaan van een buitenlandse entiteit al dan niet fiscaal in aanmerking moet worden genomen, moeten de juridische kenmerken van deze entiteit worden vergeleken met Nederlandse entiteiten, die al dan niet als fiscaal transparant worden beschouwd.³²⁴² Op een meer abstract niveau wordt getracht na te gaan in hoeverre de entiteit in kwestie kan worden aangemerkt als een 'voldoende zelfstandige' entiteit.³²⁴³ Daarmee wordt dan bedoeld dat de intermedie van een entiteit dermate zwaar doorweegt, dat er geen direct verband meer kan worden gelegd tussen het inkomen dat de entiteit geniet en de deelgenoten van de entiteit. In dergelijke gevallen wordt de entiteit dan, op grond van haar civielrechtelijke kenmerken, beschouwd als een afzonderlijk fiscaal toerekeningspunt.³²⁴⁴ Aan de vraag of de entiteit volgens de *lex causae* is bekleed met rechtspersoonlijkheid, komt aldus een minder groot belang toe, nu ook 'voldoende zelfstandige entiteiten'

³²³⁹ *Ibid*, nr. 5.1.; P. GILLIOZ, N.F. MEYER, "Trusts and Taxation in Switzerland", *Bulletin for International Taxation*, 2015, 242; D. BADER, C. SEILER, "The Taxation of High-Net-Worth Individuals in Switzerland", *Bulletin for International Taxation*, 2015, 257; J. SALOM, "The Attribution of Income in Swiss and International Tax Law", *Bulletin for International Taxation*, 2011, 398; X. OBERSON, H.R. HULL, *Switzerland in International Tax Law*, Amsterdam, IBFD, 2011, 28; F. VUILLEUMIER, "Swiss taxation of trusts currently and in the future", *Trusts & Trustees* 2007, afl. 2, 55.

Voor een uitgebreide bespreking van de Zwitserse fiscaalrechtelijke benadering van het gebruik van buitenlandse trusts, zie ook: S.G. CRETTI, *Le trust. Aspects fiscaux*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2007, 309.

³²⁴⁰ Artikel 2, §4 Wet VpB 1969.

³²⁴¹ M. DE GRAAF, J. GOOIJER, "Branch report Netherlands" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international. Volume 99b*, den Haag, SDU Uitgevers, 2014, 557 - 558. Zie ook: art. 2(1) Wet VpB 1969 jo. art. 4(1) AWR.

³²⁴² *Ibid*, 563.

³²⁴³ J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 98.

³²⁴⁴ F.H.G. BIEMANS, *Afgezonderde particuliere vermogens. Onderzoek naar de rechtsfiguur afgezonderd particulier vermogen in het Nederlandse fiscale recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 102.

zonder rechtspersoonlijkheid volgens het Nederlands fiscaal recht als afzonderlijk belastbare entiteit in aanmerking kunnen worden genomen.

Omdat de Nederlandse systematiek in de praktijk aanleiding kan geven tot onzekerheid, heeft de Nederlandse Staatssecretaris van Financiën in een aantal opeenvolgende besluiten getracht duidelijkheid te scheppen door de invulling van de in aanmerking te nemen criteria toe te lichten.³²⁴⁵

Met *trusts* wordt als zodanig in het meest recente kwalificatiebesluit geen rekening gehouden.³²⁴⁶ In de Nederlandse literatuur wordt daarom door verschillende auteurs onderzocht welke de 'natuurlijke' fiscale kwalificatie is van buitenlandse *trusts* in het Nederlandse belastingrecht. Daarbij wordt door deze auteurs ook abstractie gemaakt van het in 2010 in werking getreden APV-regime, dat deze 'natuurlijke' kwalificatie doorbreekt voor de rechtsfiguren die door dit regime worden beheerst.

Zo stelt BOER dat voor een *discretionary trust* primair moet worden onderzocht voor wiens rekening en risico de onder trustverband gestelde vermogensbestanddelen alsook de trustinkomsten komen.³²⁴⁷ In de Nederlandse fiscale rechtsleer wordt

³²⁴⁵ Een eerste 'kwalificatiebesluit' is het Besluit van 18 september 1997, *BNB* 1998/15. Vervolgens kan worden gewezen op het Besluit van 18 december 2004, *BNB* 2005/88. Het besluit van 2004 werd nadien vervangen door een besluit van 11 december 2009, dat heden nog steeds van kracht is. Het betreft het Besluit van 11 december 2009, nr. CPP2009/519M, *BNB* 2010/58.

Merk op dat het kwalificatiebesluit slechts de Nederlandse belastingadministratie bindt, maar de belastingplichtige de toepassing ervan steeds in rechte kan aanvechten. Zie: M. DE GRAAF, J. GOOIJER, "Branch report Netherlands" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international. Volume 99b*, den Haag, SDU Uitgevers, 2014, 563 – 564, vn. 14.

³²⁴⁶ M. DE GRAAF, J. GOOIJER, "Branch report Netherlands" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international. Volume 99b*, den Haag, SDU Uitgevers, 2014, 565 – 566.

En evenmin in het kwalificatiebesluit van 2004, zie: J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 102

BOER vermeldt dat belastingplichtigen voor de fiscale behandeling van *trusts* aangewezen waren op het 'trustbesluit', dat evenwel geen model bevat voor de fiscale kwalificatie van doelvermogens. Zie: *Ibid*, 102, vn. 322.

³²⁴⁷ J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 271.

Zie ook: F.H.G. BIEMANS, *Afgezonderde particuliere vermogens. Onderzoek naar de rechtsfiguur afgezonderd particulier vermogen in het Nederlandse fiscale recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 103 – 104.

De resultaten worden niet geacht 'voor rekening en risico' te komen van de achterliggende belanghebbenden indien:

- de achterliggende rechthebbenden niet de civielrechtelijke eigenaar(s) zijn van de vermogensbestanddelen van de rechtsfiguur ('eigendoms criterium');
- de aansprakelijkheid van de achterliggende rechthebbenden omwille van hun betrokkenheid bij de rechtsfiguur beperkt is tot de waarde van hun inbreng ('aansprakelijkheids criterium');
- geen van de achterliggende rechthebbenden aanspraken kan maken op een uitkering van inkomsten of vermogen van de rechtsfiguur zonder een beslissing die aan de rechtsfiguur als zodanig kan worden toegerekend ('directe gerechtigheids criterium').

Indien uit de voorgaande analyse blijkt dat de resultaten wel degelijk 'voor rekening en risico' komen van de achterliggende rechthebbenden, wordt de rechtsfiguur in beginsel als

door de meerderheid van de auteurs geconcludeerd dat een *discretionary trust* naar Nederlands fiscaal recht principieel moet worden beschouwd als een non-transparante en afzonderlijk belastbare entiteit.³²⁴⁸ Het voorgaande verklaart ook goeddeels het oordeel van de Hoge Raad in de hoger besproken trustarresten (zie *supra*, randnr. 1085), ook al betrof het daar de toepassing van de bepalingen van de Successiewet 1956.³²⁴⁹

Voor wat betreft de fiscale kwalificatie van de *fixed trust* kunnen in de Nederlandse literatuur uiteenlopende standpunten worden aangetroffen. Zo besluit BOER dat de *fixed trust* in beginsel kan worden beschouwd als een afzonderlijke entiteit, tenzij in die gevallen waar de intermediatie van de *trust* onvoldoende is om tot een fiscaal non-transparante entiteit te leiden, zoals bijvoorbeeld in het geval van een *bare trust*.³²⁵⁰ GILISSEN verdedigt daarentegen het standpunt dat een *fixed trust* niet een als doelvermogen aan te duiden zelfstandige entiteit vormt, aangezien de *beneficiaries* kunnen gelden als toerekeningspunt voor de vermogensbestanddelen en/of opbrengsten van de *trust*.³²⁵¹

Het gegeven dat, althans zeker voor *discretionary trusts*, de trustverhouding zelf geldt als fiscaal 'toerekeningscentrum', had als keerzijde dat de in de *trust* afgezonderde vermogensbestanddelen en daardoor gegenereerde inkomsten niet langer konden worden toegerekend en belast bij de bij de *trust* betrokken personen, zoals de *settlor* en/of de *beneficiaries*. Dit vormde voor de Nederlandse wetgever meteen de belangrijkste reden voor de introductie van het APV-regime, dat een belangrijke fiscale toerekeningsfictie bevat (zie *infra*, randnr. 1292).³²⁵² Uit de Nederlandse praktijk zou volgens de wetgever immers geregeld zijn gebleken dat

fiscaal transparant beschouwd. Hierop wordt slechts uitzondering gemaakt indien de rechtsfiguur in kwestie wordt aangemerkt als een 'open rechtsfiguur'. Een rechtsfiguur wordt beschouwd als een 'open rechtsfiguur' indien vrij uit- en toetreding van deelgerechtigden mogelijk is.

Zie: M. DE GRAAF, J. GOOIJER, "Branch report Netherlands" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international. Volume 99b*, den Haag, SDU Uitgevers, 2014, 564 – 565.

³²⁴⁸ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 409; J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 277; S. OLDE BIJVANK, S.A. STEVENS, "De contouren van een Nederlandse trust", *FTV* 2007/47, 5 – 16; A.J.S. VAN DER KROFT, "Zelfstandige belastingplicht voor irrevocable discretionary trust", *Fisikaal* 2005/1, 15 – 20; J.P. BOER, R.J. DE VRIES, "Anglo-Amerikaanse trusts en subjectieve vennootschapsbelastingplicht. Enkele noties aangaande fiscale transparantie", *WFR* 2005, 959.

³²⁴⁹ J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 274.

³²⁵⁰ J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 291.

Zie tevens: R.M. FREUDENTHAL, noot onder HR 26 oktober 2017, *BNB* 2008/122; R.E.C.M. NIESSEN, "Periodieke uitkering uit trust", *FTV* 2006/9, 3 – 4.

³²⁵¹ G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 392 – 393, 412.

Zie tevens: L.G.M. STEVENS, *Inkomstenbelasting 2001*, Deventer, Kluwer, 2001, 107.

³²⁵² J.P. BOER, "Aanpassingen van het APV-regime in het Belastingplan 2017 – de nieuwe toerekeningsstop geanalyseerd", *FTV* 2017/7, 6.

de structuren in kwestie in de feiten toch niet zo discretionair van aard waren als kennelijk werd voorgehouden, zodat er in werkelijkheid misschien geen werkelijk afzonderlijk fiscaal toerekeningspunt bestond. Dit vermoeden kon in concrete gevallen evenwel zelden worden gestaafd met afdoende bewijsstukken. Bovendien werden deze discretionaire doelvermogens naar oordeel van de Nederlandse wetgever niet of onvoldoende in belastingheffing in het buitenland betrokken, zodat er daadwerkelijk sprake zou zijn van 'onbelaste zwevende vermogens'.³²⁵³

1216. Tot slot kan nog worden opgemerkt dat de vraag of de *trust* in aanmerking kan worden genomen als een afzonderlijke belastingplichtige zelfs door *common law*-landen niet op een eenduidige wijze wordt beantwoord. Hoger (*supra*, randnr. 445) werd reeds gewezen op het gegeven dat de gezamenlijke *trustees* in het Britse belastingrecht worden beschouwd als een afzonderlijke 'nominale persoon', teneinde na te gaan of deze 'woonplaats' heeft in het Verenigd Koninkrijk.

Nochtans wordt een *trust* in het interne belastingrecht van het Verenigd Koninkrijk niet beschouwd als een entiteit die geldt als een afzonderlijke belastingplichtige.³²⁵⁴ Het zijn daarentegen de *trustees* die ertoe gehouden zijn om de verschuldigde belastingen te betalen. In die gevallen zal de belasting als het ware wege op het 'trustfonds'.³²⁵⁵ Indien de *beneficiaries* onmiddellijk gerechtigd zijn op de inkomsten zodra deze door de *trustees* worden verkregen, zullen de *trustees* in veel gevallen nog de betaling van de belasting voldoen, maar slechts in een vertegenwoordigende hoedanigheid ('*representative capacity*'). Dit is vooral het geval in *interest in possession trusts* en *bare trusts*.³²⁵⁶ In dergelijke gevallen kan dan een belastingkrediet worden verleend aan de *beneficiaries* wanneer de inkomsten daadwerkelijk worden uitgekeerd.³²⁵⁷

In de Verenigde Staten daarentegen worden *trusts* voor wat betreft de toepassing van de *Federal Income Tax* beschouwd als een afzonderlijke entiteit, die echter wel

³²⁵³ *Ibid*; Kamerstukken II 2008 – 2009, 31 930, nr. 3, 9 – 11.

³²⁵⁴ N. EASTAWAY, J. KIMBER, I. RICHARDS, *Tax Adviser's Guide to Trusts, 5th Edition*, Bloomsbury, West-Sussex, 2016, 250; J. WHEELER, "Taxation of Trusts in Common Law Jurisdictions" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 36 – 37.

³²⁵⁵ A. HARDY, "United Kingdom. Trusts.", IBFD, 2015, nr. 1.4.2.3.; A. CHAMBERLAIN, C. WHITEHOUSE, *Trust Taxation*, Londen, Sweet & Maxwell, 2011, 132 e.v.

³²⁵⁶ *Ibid*; J. WHEELER, "Taxation of Trusts in Common Law Jurisdictions" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 37, 44.

Zie specifiek over *bare trusts*: N. EASTAWAY, J. KIMBER, I. RICHARDS, *Tax Adviser's Guide to Trusts, 5th Edition*, Bloomsbury, West-Sussex, 2016, 357 – 361; A. CHAMBERLAIN, C. WHITEHOUSE, *Trust Taxation*, Londen, Sweet & Maxwell, 2011, 1024 – 1031, i.h.b. 1026: "In general, the beneficiary of a bare trust should return the trust's income and gains on his personal tax return and the trustees are not required to make a return. Although the trustees may pay the tax due to HMRC on behalf of a beneficiary, it is the beneficiary who is chargeable to tax."

³²⁵⁷ J. WHEELER, "Taxation of Trusts in Common Law Jurisdictions" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 44. WHEELER maakt echter ook melding van het bestaan van rechterlijke uitspraken die de trustinkomsten *ab initio* aan de *beneficiary* toerekenen.

een belastingregime geniet dat normaal slechts van toepassing is op natuurlijke personen.³²⁵⁸ Ter zake wordt een fundamenteel onderscheid gemaakt tussen *grantor trusts*, in welk geval de *settlor* wordt belast alsof het onder trustverband gestelde vermogen nog steeds geheel aan de *settlor* toekwam, en *non-grantor trusts*, die werkelijk worden beschouwd als niet-fiscaal transparante entiteiten.³²⁵⁹ Teneinde economische dubbele belasting te vermijden mogen *non-grantor trusts* aan *beneficiaries* uitgekeerde trustinkomsten fiscaal in mindering brengen, en zullen de verkrijgende *beneficiaries* in de belasting worden betrokken.³²⁶⁰ Ook in het Verenigd Koninkrijk bestaan trouwens bijzondere regels met betrekking tot *settlor interested trusts*.³²⁶¹ Op dit punt wordt verder (*infra*, randnr. 1400) nog teruggekomen.

2. Fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse trusts doorheen het prisma van de fiscale transparantie

1217. Uit het voorgaande is gebleken dat een *trust* principieel niet kan worden beschouwd als een afzonderlijk in aanmerking te nemen entiteit in het Belgische inkomstenbelastingenrecht. Tot eenzelfde besluit werd hoger ook reeds gekomen in het raam van de Belgische registratie-, schenk- en erfbelastingen (zie *supra*, randnr. 1083 – 1084). Voor wat betreft de analyse van de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse trusts op het vlak van de inkomstenbelastingen, impliceert dit dat vervolgens moet worden gekeken naar de bij de trustverhouding betrokken categorieën van personen, teneinde vast te stellen of zij kunnen worden aangewezen als belastingplichtige met betrekking tot de inkomsten die worden gegenereerd door de onder trustverband gebrachte goederen.

In het raam van deze analyse kan gebruik worden gemaakt van de principes die het fenomeen van de fiscale transparantie in het Belgische fiscaal recht beheersen, zoals zij werden beschreven door HAELTERMAN.³²⁶² Uit wat volgt zal immers nog blijken dat een toepassing van deze principes op verschillende trustvormen kon leiden tot verschillende fiscale gevolgen, afhankelijk van de trustcategorie die aan de orde was. Dit onderdeel beoogt aldus aan te tonen dat het samenspel van de onderliggende juridische realiteit, die wordt gevormd door het toepasselijke

³²⁵⁸ §1 (e) *Internal Revenue Code*; §641 e.v. *Internal Revenue Code*; J. WHEELER, "Taxation of Trusts in Common Law Jurisdictions" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 36.

³²⁵⁹ D.D. KUZUSKO, S.K. VETTER, "United States. Trusts", IBFD, 2015, nr. 1.4., 4.1.4.

³²⁶⁰ D.D. KUZUSKO, S.K. VETTER, "United States. Trusts", IBFD, 2015, nr. 1.4.; J. WHEELER, "Taxation of Trusts in Common Law Jurisdictions" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 44.

³²⁶¹ N. EASTAWAY, J. KIMBER, I. RICHARDS, *Tax Adviser's Guide to Trusts, 5th Edition*, Bloomsbury, West-Sussex, 2016, 219 e.v.; A. HARDY, "United Kingdom. Trusts.", IBFD, 2015, nr. 7.4.1.; A. CHAMBERLAIN, C. WHITEHOUSE, *Trust Taxation*, Londen, Sweet & Maxwell, 2011, 161 – 200, i.h.b. 168; I. WÜNSCHMANN-LYALL, C. ERWOOD, *Trusts and Estates 2016/2017*, West-Sussex, Bloomsbury Professional, 2016, 55 – 59.

³²⁶² A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblio, 1992, 496p.

trustrecht, met de Belgische principes inzake fiscale transparantie, kon leiden tot uiteenlopende fiscale gevolgen. De verschillende verschijningsvormen van fiscale transparantie in het Belgische fiscaal recht ('volkomen fiscale transparantie', 'onvolkomen fiscale transparantie') en de afwezigheid van fiscale transparantie ('non-transparantie') worden daarbij toegelicht aan de hand van de onderscheiden trustvarianten waarop zij van toepassing (kunnen) zijn. Vóór echter wordt overgegaan tot de genoemde analyse, wordt eerst nagegaan op welke wijze(n) het Belgisch fiscaal recht reeds toeliet om de trustinkomsten toe te rekenen aan de *settlor* vóór de inwerkingtreding van het kaaimantaksregime.

a. Fiscale behandeling van de *settlor*

1218. In beginsel zal de *settlor* geen eigenaar meer zijn van de onder trustverband gestelde goederen, nadat deze werden overgedragen aan één of meerdere *trustees*. Aangezien de onder trustverband gebrachte vermogensbestanddelen niet langer aan de *settlor* kunnen worden toegerekend, kon een *settlor*, die tevens Belgisch rijksinwoner was, principieel niet meer als belastingplichtige worden aangemerkt voor wat betreft de inkomsten die deze goederen genereren.³²⁶³ In de hypothese dat de *settlor* geldt als *beneficiary* van de trustverhouding in kwestie, viel echter niet uit te sluiten dat deze toch belastbare inkomsten had kunnen verkrijgen, zij het dan in die laatste hoedanigheid (zie *infra*, randnr. 1227 e.v.).

1219. Het Belgische recht kende evenwel, ook vóór de introductie van de kaaimantaks, verschillende antimisbruik-, anti-ontwijkings- en gelijkaardige fiscale wetsbepalingen en juridische leerstukken, die toelieten om trustinkomsten (en eventueel de onder trustverband gebrachte vermogensbestanddelen, i.e. het trustkapitaal) fiscaal toe te rekenen aan de *settlor*. In wat volgt worden de verschillende mogelijkheden beknopt aangehaald. Opgemerkt moet worden dat deze dat juridische grondslagen die in wat volgt aan bod komen niet zijn gewijzigd of ingetrokken naar aanleiding van de inwerkingtreding van de kaaimantaks, zodat er desgevallend nog steeds een beroep op kan worden gedaan. Dit doet echter de vraag rijzen naar de juiste verhouding die deze wetsbepalingen innemen ten aanzien van het kaaimantaksregime.

i. 'Veinzing' of 'simulatie' in *fiscalibus*

1220. Een eerste juridische grondslag die toelaat om de trustinkomsten, alsook de onder trustverband gebrachte vermogensbestanddelen aan de *settlor* toe rekenen, kan worden gevonden in het veinzingsleerstuk *in fiscalibus* (zie *supra*, randnr. 1015 e.v.).³²⁶⁴ In feite gaat de toepassing van de veinzingsleer de

³²⁶³ M. QUAGHEBEUR, "Belgium. Trusts.", IBFD, 2015, nr. 4.3.1.

³²⁶⁴ T. AFSCRIFT, "La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (première partie)", *JDF* 2016, 10 – 11; M. QUAGHEBEUR, "Belgium. Trusts.", IBFD, 2015, nr.

toepassing van de kaaimantaks o.i. nog steeds vooraf. Immers, hoger (*supra*, randnr. 1020) werd onder verwijzing naar een voorafgaande beslissing van de DVB geconcludeerd dat de succesvolle toepassing van de veinzingsleer impliceert dat de *trust* in werkelijkheid niet bestaat. Welnu, de succesvolle toepassing van de kaaimantaks vereist het bestaan van een 'juridische constructie' (zie *infra*, randnr. 1250 e.v. en 1348). Indien de vermeende juridische constructie in kwestie in werkelijkheid juridisch niet bestaat, valt een noodzakelijke voorwaarde voor de toepassing van de kaaimantaks weg.³²⁶⁵ Zoals hoger (*supra*, randnr. 1020) werd aangetoond, impliceert de succesvolle toepassing van de veinzingsleer dat de onder trustverband gebrachte vermogensbestanddelen het persoonlijke vermogen van de *settlor* nooit hebben verlaten, zodat zowel deze vermogensbestanddelen als de daardoor gegenereerde inkomsten aan de *settlor* persoonlijk moeten worden toegerekend.

Bij het voorgaande dienen nog twee opmerkingen te worden gemaakt. Ten eerste werd hoger (*supra*, randnr. 1061 e.v.) de vraag behandeld naar welk recht het voorhanden zijn van veinzing moet worden beoordeeld. Het veinzingsleerstuk is immers geen autonoom fiscaalrechtelijk leerstuk, maar wordt in België gegrond op een civielrechtelijke grondslag. Op basis van de hoger uitgewerkte visie, is o.i. vereist dat de belastingadministratie aantoont dat er in feite sprake is van een *sham trust* onder de *lex causae*, behoudens wanneer er een (internationaal privaatrechtelijke) juridische grondslag kan worden gevonden die toelaat het voorhanden zijn van 'veinzing' aan te tonen op grond van een ander toepasselijk rechtsstelsel. Dit brengt ons meteen bij een tweede opmerking. Zelfs indien het voorhanden zijn van veinzing kan worden gebaseerd op een grondslag die wordt beheerst door Belgisch recht, is het aanleveren van het bewijs dat er daadwerkelijk

4.3.1.; J. MALHERBE, "Taxation of Trusts in Belgium" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 94; S. DE RAEDT, "Fiscale aspecten van de trust" in X. (ed.), *Fiscaal Vermogensbeheer*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., Alg., Hfdst. II, 2, 101; S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 96.

³²⁶⁵ Cf. G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 872.

Uit een verklaring van de minister van Financiën in de plenumvergadering van de Kamer op 24 juli 2015, die betrekking heeft op deze problematiek, blijkt *prima facie* evenwel het tegenovergestelde: "Ik zal nu ingaan op de diverse onderdelen in de programmawet en ik zal uiteraard beginnen met de doorkijkbelasting. De buitenlandse juridische constructies die deze kaaimantaks viseert – de heer Van Biesen heeft er daarstraks reeds zeer pertinent naar verwezen – zijn strikt genomen legaal. Indien het om illegale, frauduleuze toestanden gaat, hebben wij andere instrumenten dan de kaaimantaks om daarmee op de geëigende manier om te gaan." Beschikbaar op: <https://www.dekamer.be/doc/PCRI/pdf/54/ip071x.pdf>, nr. 01.132.

Hieruit moet echter niet worden afgeleid dat de fiscus de keuze zou hebben om het kaaimantaksregime al dan niet toe te passen, afhankelijk van het concrete geval. O.i. dient de toepassing van de kaaimantaks met betrekking tot daartoe kwalificerende structuren eerder als de *default*-regel in het Belgische fiscaal recht te moeten worden beschouwd. Slechts indien de fiscale administratie zich zou beroepen op een andere juridische grondslag dan de kaaimantaks om (de overdracht van middelen aan) een buitenlandse juridische constructie te viseren en daartoe het gepaste bewijs levert, kan de toepassing van de kaaimantaks o.i. worden opzijgeschoven ten voordele van een ander fiscaalrechtelijke regime. Zie *infra*, randnr. 1216.

simulatie voorhanden is, een complexe aangelegenheid. De bewijslast (of 'bewijsrisico'³²⁶⁶) rust immers op de fiscale administratie (zie *supra*, randnr. 1019). De toepassing van het kaaimantaksregime op een (mogelijks geveinsde) buitenlandse *trust*, kan een reden vormen voor de fiscale administratie om een mogelijk beroep op de veinzingsleer in concrete gevallen achterwege te laten.

ii. Fiscale regularisatie

1221. Hoewel dit bijzondere wettelijke regime, dat overigens ook in verband kan worden gebracht met het veinzingsleerstuk, in de loop van dit onderzoek niet verder besproken, dient in dit kader minstens melding te worden gemaakt van de mogelijkheid om over te gaan tot een fiscale regularisatie. Immers, indien werd voldaan aan een aantal voorwaarden, konden vermogens die vast zaten in bepaalde *offshore*-structuren in aanmerking komen voor een fiscale regularisatie. Zelfs indien de oorsprong van de daarin ondergebrachte vermogens geheel wettelijk kon zijn, bestonden niet zelden vragen over de belastbaarheid van de inkomsten daarvan.³²⁶⁷ Via een bijzondere soort 'fiscale transparantie' konden deze inkomsten worden geregulariseerd in hoofde van de (natuurlijke) persoon of personen die golden als de 'uiteindelijke begunstigen' van deze structuren. Desgevallend kon het eveneens gaan om de *settlor* van een trustverhouding. De vernieuwde vorm van fiscale regularisatie vanaf 15 juli 2013 bood dan weer de bijkomende mogelijke oplossing voor de regularisatie van het onderliggende kapitaal en het daarmee gepaard gaande witwasrisico.³²⁶⁸ Opgemerkt weze in dit verband nog dat in de loop van 2016 door de wetgever een nieuwe mogelijkheid tot fiscale regularisatie werd gecreëerd.³²⁶⁹ Zoals aangegeven wordt, wegens het zeer bijzondere karakter van dit wettelijk regime, en de daarmee gepaard gaande vraagstukken van strafrechtelijke aard, hierop in het raam van dit onderzoek niet verder ingegaan.

³²⁶⁶ Zie: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 353; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story – Scientia, 1962, 47 – 52.

³²⁶⁷ G.D. GOYVAERTS, "Fiscale regularisatie voor "structuregebonden" vermogens", *TFR* 2007, 51, 61 – 63; K. DEMEYERE, "Fiscale behandeling van de trust" in A-L. VERBEKE, P. LALEMAN, H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Alternatieve vormen*, Gent, Larcier, 2009, 117.

³²⁶⁸ G.D. GOYVAERTS, "Enkele aspecten van de wet op de fiscale regularisatie aangaande private vermogens anno 2013", *TFR* 2013, 642; G.D. GOYVAERTS, "Verantwoordelijkheid ligt bij de aangever. FAQ II fiscale regularisatie", *Fisc.Act.* 2013, afl. 39, 9 – 14.

³²⁶⁹ Zie o.a.: S. DE MEULENAER, "Fiscale regularisatie opnieuw wettelijk geregeld" in L. MAES, H. DE CNIJF, L. DE BROECK, (eds.), *Fiscaal Praktijkboek 2016 – 2017. Directe belastingen*, Mechelen, Kluwer, 2016, 337 – 366; G.D. GOYVAERTS, "Samenwerkingsakkoorden over fiscale regularisatie zijn in aantocht", *Fisc.Act.* 2017, afl. 8, 1 – 8; G.D. GOYVAERTS, "Ook Vlaanderen krijgt zijn regularisatie", *Fisc.Act.* 2016, afl. 37, 1 – 6; G.D. GOYVAERTS, "Twee FAQ's over fiscale regularisatie brengen licht in de duisternis", *Fisc.Act.* 2016, afl. 35, 3 – 9; G.D. GOYVAERTS, "Regularisaties mogelijk vanaf 1 augustus (in theorie)", *Fisc.Act.* 2016, afl. 28, 1 – 4; F. DELBAR, "Vergeef mij Vadertje Staat, want ik heb gezondigd. Over fiscaal regulariseren vanaf 2016", *VIP* 2016, 56 – 63.

iii. Toepassing van artikel 344, §1 WIB 1992

1222. De fiscale rechtsleer die de mogelijke toepassing van de 'oude' variant van artikel 344, §1 WIB 1992 (zie *supra*, randnr. 1000) bespreekt, komt doorgaans tot de conclusie dat een mogelijke toepassing van deze wetsbepaling teneinde het afzonderlijke juridische bestaan van een trustverhouding te negeren, onmogelijk was.³²⁷⁰ Het zou met name onmogelijk zijn geweest voor de fiscus om een andere kwalificatie te geven aan de trustverhouding, en *a fortiori* een andere kwalificatie met 'gelijksoortige' rechtsgevolgen. Een *trust* is immers een aan het Belgische recht wezensvreemde rechtsfiguur. O.i. hoefde de noodzaak aan een herkwalificatie niet per definitie uit te sluiten dat aan de trustverhouding geen andere kwalificatie zou kunnen worden gegeven onder het toepasselijke trustrecht, *a fortiori* na de inwerkingtreding van het WIPR.³²⁷¹ Problematischer in veel gevallen was echter het gegeven dat de toepassing van de voorheen bestaande anti-ontwijkingsbepaling werd beperkt tot de economische sfeer, zodat een toepassing in de sfeer van het privaat vermogensbeheer uitgesloten werd.³²⁷²

In een voorafgaande beslissing met betrekking tot een discretionaire trustverhouding naar het recht van de Bahama's die was opgericht door een niet-rijksinwoner besloot de DVB dat (oud) artikel 344, §1 niet kon worden toegepast, aangezien het recht van een Belgisch rijksinwoner niet kon worden geherkwalificeerd naar een eigendomsrecht of een schuldvordering ten aanzien van de *trustee*, aangezien een dergelijke herkwalificatie geenszins zou stroken met de feiten die aan de beslissing ten grondslag lagen.³²⁷³

1223. Sinds de inwerkingtreding van de nieuwe algemene fiscale antimisbruikbepaling is veeleer de vraag aan de orde of de oprichting van een *trust* kan worden beschouwd als fiscaal misbruik. In dat geval zou de fiscus bij wijze van 'herstel' de rechtshandeling waarmee de *settlor* goederen heeft ondergebracht in een *trust* negeren. Daarmee wordt dan tegelijk het bestaan van de *trust* genegeerd, aangezien de overgedragen vermogensbestanddelen nog aan de *settlor* kunnen worden toegerekend.

³²⁷⁰ M. QUAGHEBEUR, "Belgium. Trusts.", IBFD, 2015, nr. 7.4.1. – 7.4.2.; K. DEMEYERE, "Fiscale behandeling van de trust" in A-L. VERBEKE, P. LALEMAN, H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Alternatieve vormen*, Gent, Larcier, 2009, 112; M. VANDENDIJK, C. HENDRICKX, "Angelsaksische trust. Gebruik in het kader van successieplanning voor Belgische rijksinwoners", *AFT* 2008, afl. 5, 17; M.F. DE POVER, "Trust – Fiducie, Administratiekantoor, Fondation du Liechtenstein", *Rép.Not.*, IX, Livre VI, Brussel, Larcier, 2001, 80, onder verwijzing naar een bijdrage van A. ROMBOUTS; P. FAES, "De trust in het Belgisch fiscaal recht: beproefd vertrouwen", *V&F* 1998, 294.

³²⁷¹ Zie in vrij gelijkaardige zin: S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 94 – 95.

Zie tevens: S. DE RAEDT, M. TRAEST, "To trust or not to trust", *TFR* 2001, 965.

³²⁷² M. QUAGHEBEUR, "Belgium. Trusts.", IBFD, 2015, nr. 7.4.2.

³²⁷³ Voorafg. Besl. 22 december 2009, nr. 900.329.

O.i. kan echter bezwaarlijk *in abstracto* worden volgehouden dat het louter oprichten van een buitenlandse trustverhouding als *settlor* fiscaal misbruik zou vormen. Hiertoe kunnen verschillende argumenten worden aangebracht. Het valt o.i. moeilijk in te zien welke fiscale wetsbepaling het oprichten van een buitenlandse trustverhouding per definitie zou frustreren, gelet op het principiële recht van de belastingplichtige om de minst belaste weg te bewandelen (zie *supra*, randnr. 993). Een tweede belangrijk argument is dat trustverhoudingen zich door hun bijzondere aard vaak goed lenen om allerlei doeleinden te dienen die buiten het fiscale domein zijn gelegen.³²⁷⁴ Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het faciliteren van een op maat uitgewerkte erfovergang (zie *supra*, randnr. 376 en 390), het in stand houden van de waarde van een familiepatrimonium en eventueel privacyoverwegingen.³²⁷⁵ Om exact dezelfde reden wordt in de Nederlandse rechtsleer de succesvolle toepassing van het *fraus legis*-leerstuk op *trusts* verworpen, dan tenzij in zeer specifieke gevallen.³²⁷⁶

Aldus zal het in de regel bijzonder moeilijk zijn om aan te tonen dat een fiscaal motief voor het instellen van de *trust* het enige niet-verwaarloosbare motief in kwestie vormt (zie *supra*, randnr. 1001 – 1002). De voorgaande overwegingen gaan overigens ook op voor de algemene antimisbruikbepalingen in het raam van de registratie-, schenk- en erfbelastingen.³²⁷⁷ Daarbij moet nog worden opgemerkt dat de algemene antimisbruikbepalingen in de registratie-, schenk- en erfbelastingen (art. 18, §2 W.Reg.; art. 106, tweede lid W.Succ.; art. 3.17.0.0.2. VCF) niet geacht worden van toepassing te zijn op eenzijdige rechtshandelingen gesteld door de erflater.³²⁷⁸ Of de rechtshandeling waarmee een trustverhouding

³²⁷⁴ Eensluidend: S. VANHAELST, M. GOSSIAUX, "La planification successorale *via trust* et fondation est-elle efficace? Etat de la question à la suite, notamment, du vote de la taxe Caïman" in X (ed.), *La planification successorale – 2^e édition*, Limal, Anthemis, 2015, 190.

³²⁷⁵ PRINCE M. VON UND ZU LIECHTENSTEIN, "Possible Uses of Liechtenstein Wealth Preservation Structures" in F.A. SCHURR (ed.), *Trusts in the Principality of Liechtenstein and Similar Jurisdictions*, Zürich, Dike Verlag, 2014, 39 – 50; M. LAKHAN, "The Beginning of the End of Anonymity?" in F.A. SCHURR (ed.), *Trusts in the Principality of Liechtenstein and Similar Jurisdictions*, Zürich, Dike Verlag, 2014, 51 – 55.

³²⁷⁶ K. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 261; F. SONNEVELDT, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956*, Amersfoort, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, 2000, 133 – 134.

³²⁷⁷ Zie tevens: S. VANHAELST, M. GOSSIAUX, "La planification successorale *via trust* et fondation est-elle efficace? Etat de la question à la suite, notamment, du vote de la taxe Caïman" in X (ed.), *La planification successorale – 2^e édition*, Limal, Anthemis, 2015, 188 – 189.

³²⁷⁸ Circ. nr. 5/2013 (Dos. E.E./L.214) 10 april 2013; N. GEELHAND DE MERXEM, "Un deuxième ruling en matière de fondation privé de droit belge", *TEP* 2013, afl. 5, 42; S. VANHAELST, M. GOSSIAUX, "La planification successorale *via trust* et fondation est-elle efficace? Etat de la question à la suite, notamment, du vote de la taxe Caïman" in X (ed.), *La planification successorale – 2^e édition*, Limal, Anthemis, 2015, 190; M. DELBOO, H. DECOUTERE, *De algemene antimisbruikbepaling en successieplanning*, Brussel, Larcier, 2016, 52.

Ook in Omzendbrief 2015/1 wordt voor de toepassing van art. 3.17.0.0.2. VCF duidelijk aangegeven dat het slechts kan gaan om een rechtshandeling die werd gesteld "door de belastingplichtige", zie: Omzendbrief 2015/1 betreffende art. 3.17.0.0.2. van de Vlaamse Codex Fiscaliteit van 13 december 2013, zoals gewijzigd door het decreet van 19 december 2014, *BS* 25 maart 2015, 18991.

in het leven wordt geroepen moet worden beschouwd als een eenzijdige rechtshandeling hangt o.i. af van de *lex causae* die rechtshandeling beheerst. In ieder geval blijft het zo dat de belastingplichtige in de erfbelasting (i.e. de erfgenaam, die mogelijk als *beneficiary* werd aangeduid) in beginsel niet zal hoeven tussenkomen bij de trustcreatie.

Het voorgaande hoeft evenwel niet te impliceren dat met artikel 344, §1 WIB 1992 geheel geen rekening zou moeten worden gehouden. Vastgesteld werd enkel dat de loutere oprichting van een *trust* o.i. niet per definitie kwalificeert als 'fiscaal misbruik'. Gelet op de aard van artikel 344, §1 dient o.i. steeds het onderliggende feitencomplex in ogenschouw te worden genomen. Bovendien kan worden gesteld dat aan artikel 344, §1 WIB 1992 in de context van het gebruik van buitenlandse *trusts* mogelijk een nieuw elan kan toekomen sinds de inwerkingtreding van de kaaimantaks. Gelet op het feit dat het kaaimantaksregime onder meer een bijzonder fiscaal regime vormt voor *trusts*, bestaan er nu bijzondere fiscale wetsbepalingen die betrekking hebben op *trusts* waarvan een belastingplichtige de toepassing kan frustreren in de zin van artikel 344, §1 WIB 1992 (zie ook *infra*, randnr. 1381 e.v.).³²⁷⁹

iv. Toepassing van artikel 344, §2 WIB 1992

1224. Vóór de inwerkingtreding van de kaaimantaks werd er in de rechtsleer algemeen van uitgegaan dat de belangrijkste wettelijke grondslag om de trustinkomsten te belasten in hoofde van de *settlor* werd gevormd door artikel 344, §2 WIB 1992.³²⁸⁰ Deze wetsbepaling leest heden als volgt: "Aan de administratie

Zie nog algemeen: B. PEETERS, R. SMET, "De Vlaamse erf- en registratiebelastingen: over de bevoegdheidsverdelingen, misbruiken en sanctionering. Maakt het uit wie de dienst vervult?" in W. PINTENS, C. DECLERCK (eds.), *Patrimonium 2016*, Brugge, die Keure, 2016, 306 e.v.

³²⁷⁹ F. DEBELVA, A.M. VANDEKERKHOVE, "Antimisbruikbepalingen en dubbelstructuren: enkele bedenkingen", *Fisc.Act.* 2016, afl. 30, 3 – 7; G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks en de (niet-)toepassing ervan bij 'dubbelstructuren'", *TFR* 2016, 572 – 580.

³²⁸⁰ R. DEBLAUWE, "Enkele beschouwingen over de trust en de Belgische belasting", *TFR* 1987, 84; R. DEBLAUWE, "Trusts en inkomstenbelastingen", *TFR* 1990, 106; A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 328 – 329; A. HAELTERMAN, "Taxation of Fiduciary Relationships (and Related Structures)", *ET* 1997, 53; P. FAES, "De trust in het Belgisch fiscaal recht: beproefd vertrouwen", *V&F* 1998, 294 – 295; S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 95 – 96; M.F. DE POVER, "Trust – Fiducie, Administratiekantoor, Fondation du Liechtenstein", *Rép.Not.*, IX, Livre VI, Brussel, Larcier, 2001, 80 – 82; S. DE RAEDT, "Fiscale aspecten van de trust" in X. (ed.), *Fiscale Vermogensbeheer*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., Alg., Hfdst. II, 2, 101 – 102; M. VANDENDIJK, C. HENDRICKX, "Angelsaksische trust. Gebruik in het kader van successieplanning voor Belgische rijksinwoners", *AFT* 2008, afl. 5, 17 – 18; K. DEMEYERE, "Fiscale behandeling van de trust" in A-L. VERBEKE, P. LALEMAN, H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Alternatieve vormen*, Gent, Larcier, 2009, 112; J. MALHERBE, "Taxation of Trusts in Belgium" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 94 – 96; S. NUDELHOLC, "Traitement fiscal du trust" in M. BOURGEOIS, Y-H. LELEU, J-F. TAYMAN, A-L. VERBEKE, *Manuel de Planification Patrimoniale. Les formes alternatives de planification patrimoniale*, Brussel, Larcier, 2010, 157 – 158; G.D. GOYVAERTS, "The Tax Aspects of the Use of Foreign

belast met de vestiging van de inkomstenbelastingen kan evenmin worden tegengeworpen, de verkoop, de cessie of de inbreng van aandelen, obligaties, schuldvorderingen of andere titels tot vestiging van leningen, uitvindingsoctröoien, fabricageprocédés, fabrieks- of handelsmerken, of alle andere soortgelijke rechten, of geldsommen, aan een in artikel 227 vermelde belastingplichtige die krachtens de bepalingen van de wetgeving van het land waar hij is gevestigd, niet aan een inkomstenbelasting is onderworpen of ter zake van de inkomsten uit de vervreemde goederen en rechten aldaar aan een aanzienlijk gunstigere belastingregeling is onderworpen dan die waaraan soortgelijke inkomsten in België zijn onderworpen, tenzij de belastingplichtige bewijst dat de verrichting beantwoordt aan rechtmatige financiële of economische behoeften, ofwel dat hij voor de verrichting een werkelijke tegenwaarde heeft ontvangen die een bedrag aan inkomsten opbrengt waarop in België een werkelijke belastingdruk weegt die, vergeleken met de belastingdruk welke zonder die verrichting zou bestaan, als normaal kan worden aangemerkt.” Ook de DVB verwees in voorafgaande beslissingen met betrekking tot trusts soms naar de mogelijke toepassing van artikel 344, §2 WIB 1992.³²⁸¹

Uit de tekst van de wetsbepaling, die in de praktijk echter slechts eerder zelden door de fiscale administratie met succes werd toegepast³²⁸², blijkt hoe de trustinkomsten aan de *settlor* konden worden toegerekend. Niettegenstaande de overdracht van goederen aan een *trustee* niet kan worden beschouwd als een verkoop, kan deze rechtshandeling fiscaal desgevallend wel worden beschouwd als een ‘cessie’ of ‘inbreng’. Door het negeren van de overdracht van inkomstengenererende actiefbestanddelen (m.i.v. geld) aan een in een belastingparadijs gevestigde *trustee*, kunnen de desbetreffende vermogensbestanddelen fiscaal worden toegerekend aan de overdrager/*settlor*, zodat de inkomsten die zij genereren ook in diens hoofde kunnen worden belast in de inkomstenbelastingen. HAELTERMAN spreekt hier niet over een vorm van ‘fiscale transparantie’, maar wel van ‘doorbraak bij wet’.³²⁸³ Op grond van artikel 344, §2 kan de onderliggende juridische realiteit inderdaad fiscaal worden opzijgeschoven. Het stond de *settlor* echter vrij om de in het artikel 344, §2 voorziene tegenbewijs te leveren, door aan te tonen dat de verrichting beantwoordt aan rechtmatige

Trusts in Belgium for Private Wealth Purposes”, *Journal of International Tax, Trust and Corporate Planning* 2011, afl. 4, 272 – 274; S. VANHAELST, M. GOSSIAUX, “La planification successorale *via trust* et fondation est-elle efficace? Etat de la question à la suite, notamment, du vote de la taxe Caïman” in X (ed.), *La planification successorale – 2^e édition*, Limal, Anthemis, 2015, 190 – 191.

³²⁸¹ Voorafg. Besl. 6 december 2011, nr. 2011.418, punt 27; Voorafg. Besl. 8 december 2009, nr. 700.112, punt 74 – 77.

Zie ook : Voorafg. Besl. 22 december 2009, nr. 900.329.

³²⁸² T. AFSCRIFT, “La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (première partie)”, *JDF* 2016, 10; A. NOLLET, “L’article 344, §2 du C.I.R. 1992: essai de contrôle de ‘constitutionnalité’ et de ‘conventionnalité’ d’une disposition légale fiscale belge ‘anti-abus’”, *RGCF* 2011, 488 – 521; L. DE BROE, *International Tax Planning and the Prevention of Abuse*, Amsterdam, IBFD, 2008, 126 – 143, 575 – 644; P. LION, “Artikel 344 §2 WIB 1992: een papieren tijger”, *AFT* 1995, 317 – 344.

³²⁸³ A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblio, 1992, 58 – 60.

financiële of economische behoeften of dat voor de verrichting een werkelijke tegenwaarde werd verkregen die in België aan een 'normale' belastingdruk werd onderworpen.

1225. Eén van de redenen waarom artikel 344, §2 WIB 1992 in de praktijk niet vaak met succes kon (en kan) worden toegepast door de fiscus bestaat erin dat het voor de fiscale administratie vaak moeilijk, zo niet onmogelijk, zal zijn om het bewijs te leveren van het bestaan en inhoud van de overdrachtsakte. Bovendien heeft het bijzondere transparantieregime enkel betrekking op inkomsten gegenereerd door de overdragen activabestanddelen en dus niet per definitie op alle inkomsten die door een buitenlandse vermogensstructuur zouden zijn verkregen, in de hypothese dat de activabestanddelen in kwestie daarin werden ingebracht.³²⁸⁴ Bovendien heeft de in artikel 344, §2 voorziene niet tegenstelbaarheidssanctie enkel betrekking op de overdrager zelf en niet op zijn erfgenamen of andere rechthebbenden.³²⁸⁵ Aldus kunnen de desbetreffende activabestanddelen bij het overlijden van de overdrager niet worden onderworpen aan erfbelasting, of fiscaal worden toegerekend aan de rechtsopvolgers van de overdrager.³²⁸⁶

1226. Overigens moet nog worden opgemerkt dat artikel 344, §2 naar aanleiding van de inwerkingtreding van de kaaimantaks niet is ingetrokken of opgeheven voor wat betreft de personen- en rechtspersonenbelasting. Het doorbraakregime van artikel 344, §2 en het doorkijkregime van de kaaimantaks bestaan dus naast elkaar in het contentieux van het Belgische inkomstenbelastingenrecht. Het is dan ook niet meteen duidelijk hoe beide mechanismen zich tot elkaar verhouden.³²⁸⁷ AFSCRIFT gaat er van uit dat de fiscale administratie na de invoering van de kaaimantaks vermoedelijk veel minder redenen zal hebben om zich te beroepen op artikel 344, §2 WIB 1992, zodat de auteur impliciet stelt dat de toepassing van de kaaimantaks de eventuele toepassing van artikel 344, §2 WIB 1992 voorafgaat.³²⁸⁸ GOYVAERTS stelt dat de fiscus de wettelijke volgorde van de fiscale mechanismen in kwestie dient te respecteren.³²⁸⁹ De vraag naar de verhouding tussen artikel 344,

³²⁸⁴ T. AFSCRIFT, "La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (première partie)", *JDF* 2016, 10.

³²⁸⁵ Cass. 18 december 1962, *J.P.D.F.* 1963, 278 (met noot M. BALTHUS); *Com. IB* 1992, 344/5: "Inderdaad, art. 344, WIB 92 heeft tot doel in het vermogen van de belastingplichtige die een door dat artikel beoogde verrichting heeft uitgevoerd, de activabestanddelen die hij aldus heeft vervreemd, fictief te behouden, doch niet, zelfs bij het overlijden van die belastingplichtige, in het vermogen van derden, activabestanddelen die er zich niet in bevinden, fictief in te brengen, al konden die elementen erin komen indien de verrichting niet was verwezenlijkt"; S. VANHAELST, M. GOSSIAUX, "La planification successorale via trust et fondation est-elle efficace? Etat de la question à la suite, notamment, du vote de la taxe Caïman" in X (ed.), *La planification successorale - 2^e édition*, Limal, Anthemis, 2015, 174.

³²⁸⁶ Zie bv. S. DE RAEDT, M. TRAESE, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 96.

³²⁸⁷ N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 35 - 36; G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 874 - 876.

³²⁸⁸ T. AFSCRIFT, "La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (première partie)", *JDF* 2016, 11.

³²⁸⁹ G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 875.

§2 en het kaaimantaksregime werd ook reeds voorgelegd aan de DVB, die hieromtrent in (de gepubliceerde versie van) de desbetreffende voorafgaande beslissing echter geen standpunt innam.³²⁹⁰ De kaaimantaks grijpt immers rechtstreeks in in de belastbare grondslag, terwijl artikel 344, §2 een bewijsmiddel zou vormen dat niet ingrijpt in de belastbare grondslag.³²⁹¹

O.i. dient de kaaimantaks vanuit zijn aard inderdaad te worden beschouwd als het gemene fiscale regime dat automatisch van toepassing is, van zodra de noodzakelijke toepassingsvoorwaarden zijn voldaan. De fiscale administratie heeft niet de keuze om de kaaimantaks al dan niet toe te passen, niettegenstaande het feit dat zulks (schijnbaar) wel werd geopperd door de minister van Financiën tijdens de parlementaire voorbereiding.³²⁹² Dit impliceert inderdaad dat de fiscus zich slechts zal hoeven te beroepen op de niet-tegenstelbaarheid van artikel 344, §2 in gevallen waarin de kaaimantaks niet van toepassing is of waar de toepassing van de kaaimantaks om één of andere reden niet zou leiden tot een bevredigend fiscaal resultaat. Een beroep op artikel 344, §2 WIB 1992 dient dan als een *fall-back*-optie.³²⁹³

b. Fiscale behandeling van de trustee en beneficiary

i. Algemeen – Omschrijving van het transparantiebegrip

1227. Uit het voorgaande is gebleken dat de *settlor* niet principieel aan te wijzen viel als belastingplichtige met betrekking tot de door de *trustee* verkregen inkomsten. De vraag rijst dan ook of de *trustee* of desgevallend de *beneficiary* konden worden aangemerkt als belastingplichtige, in de hypothese dat zij Belgisch rijksinwoner zijn. Dat de *trustee* kon worden aangemerkt als belastingplichtige, lijkt op het eerste gezicht evident. De *trustee* is immers eigenaar geworden van de inkomstengenererende vermogensbestanddelen. Nochtans is deze conclusie niet zo evident als zij op het eerste gezicht lijkt. Hoger (*supra*, randnr. 301 – 302 en 381) werd immers vastgesteld dat de *trustee* wordt uitgesloten van de waarde die de onder trustverband gebrachte goederen vertegenwoordigen. Dit impliceert dat de *trustee* evenzeer wordt uitgesloten van de waarde die de trustinkomsten vertegenwoordigen, aangezien deze eveneens worden beschouwd als trustgoederen. Vanuit een continentaalrechtelijk perspectief moet dan ook worden vastgesteld dat deze inkomsten principieel in het afgescheiden trustvermogen vallen. Dit vormt bijvoorbeeld de reden waarom de *trustee* naar Zwitsers fiscaal

³²⁹⁰ Voorafg. Besl. 29 november 2016, nr. 2016.602.

³²⁹¹ *Ibid*; G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks en de (niet-)toepassing ervan bij 'dubbelstructuren'", *TFR* 2016, 579 – 580.

³²⁹² Zie *supra*, vn. 3265.

³²⁹³ Eensluidend: G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks en de (niet-)toepassing ervan bij 'dubbelstructuren'", *TFR* 2016, 579.

recht niet kan worden aangemerkt als belastingplichtige.³²⁹⁴ Daarbij wordt expliciet verwezen naar het draagkrachtbeginsel (*'la capacité contributive'*). Gelijkaardige opmerkingen werden ook reeds geformuleerd door Belgische auteurs, weliswaar binnen de Belgische fiscaalrechtelijke context.³²⁹⁵

1228. Toch zal in wat volgt worden vastgesteld dat deze oplossing in het Belgische fiscaal recht niet steeds werd gevolgd, maar veeleer afhankelijk was van het fiscaal transparantieregime dat al dan niet van toepassing was op de trustverhouding in kwestie. Dit doet vermoeden dat de fiscale behandeling van de *trustee* enerzijds en van de *beneficiary* anderzijds naar Belgisch fiscaal recht sterk samenhangend was.³²⁹⁶ Om deze reden worden zij in het hiernavolgende dan ook gezamenlijk besproken. Daarentegen wordt wel een onderscheid gemaakt tussen verschillende trustvormen, afhankelijk van het fiscaal transparantieregime dat op de trustverhoudingen in kwestie van toepassing was. Afhankelijk van het fiscale transparantieregime dat van toepassing was, ofwel de non-transparantie van de rechtsverhouding, kan een antwoord worden geboden op de vraag of de *beneficiary* dan wel de *trustee* werd geacht belastbaar te zijn. Het zij evenwel opgemerkt dat de *trustee* doorgaans geen Belgisch rijksinwoner zal zijn, zodat daarom slechts zelden aan daadwerkelijke belastingheffing werd toegekomen.

1229. Vóór wordt overgegaan tot een nadere bespreking van de onderscheiden trustvormen en de corresponderende transparantieregimes, kan echter de vraag worden opgeworpen naar een definitie of omschrijving van het begrip 'fiscale transparantie'. Een alomvattende definitie, die in ieder fiscaal stelsel zou opgaan, is echter moeilijk, zo niet onmogelijk³²⁹⁷ te geven. Voor wat betreft het Belgische fiscaal recht wordt het begrip 'fiscale transparantie' geacht te doelen op het verschijnsel waarbij de tussenkomst ('juridische intermediatie') van een juridisch intermediatieniveau fiscaal wordt genegeerd, zodat de binnen het juridisch intermediatieniveau verkregen inkomsten fiscaal worden toegerekend aan de uiteindelijke inkomstgenieter.³²⁹⁸ In het meest verregaande geval wordt de

³²⁹⁴ P. GILLIOZ, N.F. MEYER, "Trusts and Taxation in Switzerland", *Bulletin for International Taxation*, 2015, 242; D. BADER, C. SEILER, "The Taxation of High-Net-Worth Individuals in Switzerland", *Bulletin for International Taxation*, 2015, 257; J. SALOM, "The Attribution of Income in Swiss and International Tax Law", *Bulletin for International Taxation*, 2011, 398; X. OBERSON, H.R. HULL, *Switzerland in International Tax Law*, Amsterdam, IBFD, 2011, 28; R.J. DANON, *Switzerland's direct and international taxation of private express trusts*, Zürich, Schulthess, 2004, 203 – 207; S.G. CRETTI, *Le trust. Aspects fiscaux*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2007, 132 – 133.

Dit wordt bevestigd in onderdeel 4.2. van de Zwitserse circulaire nr. 20 van het Zwitserse Département fédéral des finances van 27 maart 2008, beschikbaar op:

<https://www.estv.admin.ch/dam/estv/fr/dokumente/bundessteuer/kreisschreiben/2004/1-020-DV-2008.pdf.download.pdf/1-020-DV-2008-f.pdf>

³²⁹⁵ A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblio, 1992, 327.

³²⁹⁶ *Ibid.*, 327; P. FAES, "De trust in het Belgisch fiscaal recht: beproefd vertrouwen", *V&F* 1998, 296.

³²⁹⁷ Zie: B. PEETERS, *Fiscale Transparantie: toerekening van inkomsten*, Brussel, Larcier, 2011, 487.

³²⁹⁸ A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblio, 1992, 43 e.v.; B. PEETERS, *Fiscale Transparantie: toerekening van inkomsten*, Brussel,

uiteindelijke inkomstgenieter daarbij in een identieke fiscale situatie geplaatst als deze waarin hij of zij zich zou bevinden indien het juridisch intermediatieniveau geheel afwezig was. HAELTERMAN licht dit transparantieregime vervolgens toe aan de hand van de aanwezigheid van bepaalde fiscale kenmerken in hoofde van de uiteindelijke genieter van het inkomen, in hoofde van het juridisch intermediatieniveau en in hoofde van de bron van het inkomen.³²⁹⁹

Er kunnen in het Belgische fiscaal recht echter ook minder verregaande gevallen worden ontwaard, waar de behaalde inkomsten weliswaar (nagenoeg) onmiddellijk worden belast in hoofde van de uiteindelijke inkomstgenieter, maar waar van het juridisch intermediatieniveau toch een zekere fiscale relevantie uitgaat. Het kan met name voorkomen dat het gegeven dat de inkomsten door het juridische intermediatieniveau heen vloeien, de aard van de belastbare inkomsten doet wijzigen. In dergelijke gevallen kunnen de behaalde inkomsten weliswaar (nagenoeg) onmiddellijk worden belast in hoofde van de uiteindelijke inkomstgenieter, maar zal de fiscale kwalificatie van de inkomsten toch een invloed ondervinden van de bestaande rechtsband tussen de uiteindelijke inkomstgenieter en het juridische intermediatieniveau.³³⁰⁰

De beide genoemde verschijningsvormen van fiscale transparantie corresponderen respectievelijk met de noemers 'volkomen fiscale transparantie' enerzijds en 'onvolkomen fiscale transparantie' anderzijds. In wat volgt worden deze verschijningsvormen van fiscale transparantie geconcretiseerd aan de hand van de trustverhoudingen waarop zij van toepassing zijn. Tot slot kan nog worden opgemerkt dat de bepaling van het toepasselijke transparantieregime, alsook de afwezigheid van enige vorm van fiscale transparantie, afhankelijk is van de mate waarin het intermediatieniveau een juridische beïnvloeding uitoefent op het voorliggende juridische complex.³³⁰¹ Met andere woorden: de bepaling van het toepasselijke transparantieregime, alsook desgevallend de oorzaak van de non-transparantie, is afhankelijk van de onderliggende juridische realiteit. Opnieuw is dit o.i. een louter gevolg van de toepassing van de hoger (*supra*, randnr. 1026 e.v.) geïdentificeerde *default rule*. Dit verklaart ook meteen het onderscheid tussen eigenlijke fiscale transparantie, en gevallen van 'doorbraak' (zie *supra*, randnr. 1224), die een afwijking van de *default rule* impliceren³³⁰² en daarom ook worden beschouwd als een eigenlijke fiscale fictie³³⁰³.

Larcier, 2011, 467; W. HEYVAERT, "Fiscale transparantie" in A-L. VERBEKE, H. DERYCKE, D. VAN GERVEN, P. LALEMAN, *Handboek Estate Planning. Vermogensplanning met effect bij leven – Rechtspersoon*, Brussel, Larcier, 2009, 161.

³²⁹⁹ A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblio, 1992, 44 – 47.

³³⁰⁰ *Ibid*, 50.

³³⁰¹ *Ibid*, 43.

³³⁰² *Ibid*, 58.

³³⁰³ Zie bv. G.D. GOYVAERTS, "The Tax Aspects of the Use of Foreign Trusts in Belgium for Private Wealth Purposes", *Journal of International Tax, Trust and Corporate Planning* 2011, afl. 4, 273.

ii. **Volkomen fiscale transparantie – bare trust**

1230. In lijn met het voorgaande kan 'volkomen fiscale transparantie' worden gedefinieerd als een vorm van fiscale transparantie "die de inkomstgenieter moet plaatsen in een identieke fiscale situatie als deze waarin hij zich zou bevinden bij afwezigheid van juridische intermediatie."³³⁰⁴ Van volkomen fiscale transparantie kan echter slechts sprake zijn indien het juridische intermediatieniveau een zeer beperkte of nagenoeg geen enkele impact heeft op de verhouding tussen de inkomstenbron en de uiteindelijke inkomstgenieter. HAELTERMAN reserveert de toepassing van volkomen fiscale transparantie dan ook voor gevallen waar er slechts sprake is van een louter economische tussenkomst die niet tot enige vorm van juridische intermediatie leidt, of waar het juridische tussenniveau slechts optreedt in naam en voor rekening van de uiteindelijke inkomstgenieter.³³⁰⁵

1231. Toegepast op trustverhoudingen, diende volgens verschillende auteurs te worden nagegaan of de rechten van de *beneficiary* met betrekking tot de onder trustverband gebrachte goederen dermate 'sterk' waren dat zij zouden impliceren dat de door de Belgische fiscale wet gehanteerde fiscale aanknopingspunten (zie *supra*, randnr. 1030 e.v.) ook daadwerkelijk aanwezig waren in hoofde van de *beneficiary*.³³⁰⁶ Gelet op de geïdentificeerde fiscale aanknopingspunten zou hiertoe vereist zijn dat de *beneficiary* in kwestie daadwerkelijk gerechtigd zou moeten zijn op de onderliggende trustgoederen zelf. Bepaalde rechtsleer meende een dergelijke gerechtigdheid te kunnen vaststellen op grond van de vraag of de *beneficiary* in kwestie het recht had om zich niet enkel bepaalde door de *trustee* verworven inkomsten te laten uitbetalen, maar tevens over een volgrecht beschikte met betrekking tot de onder trustverband gebrachte goederen.³³⁰⁷ Andere auteurs

³³⁰⁴ A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblio, 1992, 43.

³³⁰⁵ *Ibid*, 83 – 86, 463.

³³⁰⁶ S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 100 – 101; K. DEMEYERE, "Fiscale behandeling van de trust" in A-L. VERBEKE, P. LALEMAN, H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Alternatieve vormen*, Gent, Larcier, 2009, 114; G.D. GOYVAERTS, "The Tax Aspects of the Use of Foreign Trusts in Belgium for Private Wealth Purposes", *Journal of International Tax, Trust and Corporate Planning* 2011, afl. 4, 277 – 278; J. MALHERBE, "Taxation of Trusts in Belgium" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 99 – 100; A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblio, 1992, 321; A. HAELTERMAN, "Taxation of Fiduciary Relationships (and Related Structures)", *ET* 1997, 53; P. FAES, "De trust in het Belgisch fiscaal recht: beproefd vertrouwen", *V&F* 1998, 297; S. NUDELHOLC, "Traitement fiscal du trust" in M. BOURGEOIS, Y-H. LELEU, J-F. TAYMAN, A-L. VERBEKE, *Manuel de Planification Patrimoniale. Les formes alternatives de planification patrimoniale*, Brussel, Larcier, 2010, 161; R. DEBLAUWE, "Trusts en inkomstenbelastingen", *TFR* 1990, 105.

³³⁰⁷ S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 100.

wezen daarenboven op de beschikkingsbevoegdheid als bijkomend determinerend element om vast te stellen of de *beneficiary* een recht had 'op de zaak zelf'.³³⁰⁸

Aldus werd de vraag of er sprake kon zijn van volkomen fiscale transparantie goeddeels herleid tot de vraag of de *beneficiary* in kwestie beschikte over een zakelijk recht op de onderliggende trustgoederen en dus ook op de daardoor gegenereerde inkomsten. Uit Deel II van dit onderzoek is echter gebleken dat het antwoord op deze vraag geenszins op evidente wijze blijkt uit het recht van *common law*-stelsels. Tegelijk werd vastgesteld dat vanuit een Belgisch perspectief niet tot een andere conclusie kan worden gekomen dan dat de *beneficiary*, zelfs in een *discretionary trust*, een zakelijk recht moet hebben op de onder trustverband gebrachte goederen (zie *supra*, randnr. 275 en 398).

Dit gegeven impliceert o.i. echter niet dat de impact van de trustverhouding als juridisch intermediatieniveau per definitie dermate gering is dat slechts kan worden geconcludeerd tot een volkomen fiscaal transparante behandeling. Integendeel, naar het recht van *common law*-stelsels is de *trustee* de 'eigenaar' van de onder trustverband gestelde goederen en is deze bovendien principieel beschikkingsbevoegd. De vraag of er een 'onmiddellijke' doorstortingsplicht geldt ten voordele van de *beneficiaries* hangt bovendien geheel af van de concrete trustakte. In het geval van een *discretionary trust* is een dergelijke doorstortingsplicht zelfs geheel afwezig. Daarenboven blijkt nagenoeg iedere *beneficiary* van een *common law trust* óók te beschikken over persoonlijke rechten ten aanzien van de *trustee* (zie *supra*, randnr. 275). Het amalgaam aan verhoudingen en rechten in hoofde van de betrokken partijen bij een *trust* is dan ook te complex om zich in een dergelijk eenvoudig criterium te laten vangen.

1232. Het voorgaande hoeft evenwel niet te betekenen dat een volkomen fiscaal transparante behandeling in ieder geval onmogelijk zou zijn. Hier kan in het bijzonder worden verwezen naar de zogeheten *bare trust* (zie *supra*, randnr. 186), waarbij de *beneficiary* op absolute wijze gerechtigd is om de trustgoederen en de daardoor gegenereerde inkomsten te ontvangen. Hoger (zie *supra*, randnr. 1216) bleek reeds dat ook in het Britse belastingrecht rekening gehouden wordt met de aard van een *trust* als *bare trust*. In het geval een dergelijke trustverhouding voor ligt, lijkt de toepassing van een volkomen fiscaal transparante behandeling aangewezen.³³⁰⁹ Deze visie werd blijkbaar ook gedeeld door de DVB, die in een voorafgaande beslissing van 16 oktober 2007 besloot dat twee *bare trusts* op een volkomen fiscaal transparante wijze moesten worden behandeld.³³¹⁰ Op grond van het voorgaande lijkt deze beslissing o.i. correct.

³³⁰⁸ R. DEBLAUWE, "Trusts en inkomstenbelastingen", *TFR* 1990, 105; A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 322.

³³⁰⁹ Zie tevens: J. DRAYE, A. NIJS, "The Cayman Tax: a game changer for the Belgian income tax treatment of trusts?", *Trusts & Trustees* 2016, 509.

Kennelijk is deze fiscale behandeling overigens niet zo heel verschillend van de Engelse fiscale behandeling van *bare trusts*, zie *supra*, vn. 3256.

³³¹⁰ Voorafg. Besl. 16 oktober 2007, nr. 700.376.

1233. Het gevolg van de toepassing van een regime van volkomen fiscale transparantie impliceert dan ook dat de *beneficiary* in een fiscale positie werd geplaatst waarin hij of zij zich zou bevinden bij afwezigheid van de *trustee*. Aldus werden de door de *trustee* verkregen inkomsten fiscaal onmiddellijk toegerekend aan de *beneficiary* alsof deze laatste de inkomsten zelf rechtstreeks vanuit de inkomstenbron verkregen zou hebben. De inkomsten behielden hun oorspronkelijke fiscale kwalificatie. Het intermediatieniveau, i.e. de *trustee* die handelt in het raam van het trustverband dat de relevante rechtsverhoudingen beheerst, werd in dit geval fiscaal compleet genegeerd. Geconcludeerd moest dan ook worden dat de *trustee* in dit geval niet belastbaar was. Daar staat tegenover dat de *beneficiary* wel belastbaar was, aangezien de door de *trustee* verkregen inkomsten fiscaal rechtstreeks werden toegerekend aan de *beneficiary* met behoud van de oorspronkelijke fiscale kwalificatie. Aldus werden bijvoorbeeld inkomsten uit onroerende trustgoederen beschouwd als onroerende inkomsten, inkomsten uit roerende goederen als roerende inkomsten, enzovoort. Opgemerkt weze wel dat deze conclusie steeds moest worden gebaseerd op een analyse van de juridische kenmerken van de onderliggende trustverhouding. Het uitermate brede spectrum aan mogelijke trustvormen had het potentieel om deze oefening ernstig te bemoeilijken.

iii. **Onvolkomen fiscale transparantie – *fixed interest trust***

1234. ‘Onvolkomen fiscale transparantie’ wordt omschreven als een vorm van fiscale transparantie waarbij “*uiteindelijk wel een belastbaar inkomen (nagenoeg) onmiddellijk in aanmerking [wordt] genomen op het niveau van de uiteindelijke genietter, doch wel op een indirecte wijze, namelijk via een wijze die rekening houdt met het feit dat deze inkomsten transiteren via een juridisch intermediatieniveau*”.³³¹¹

In tegenstelling tot wat het geval is voor volkomen fiscale transparantie, wordt in het geval van onvolkomen fiscale transparantie het intermediatieniveau fiscaal in aanmerking genomen, maar heeft zulks nog geen afzonderlijke belastbaarheid op het niveau van het intermediatieniveau tot gevolg.³³¹² Het fiscaal in aanmerking nemen van het intermediatieniveau kan echter wel leiden tot een fiscale herkwalificatie van de inkomsten die fiscaal in aanmerking worden genomen in hoofde van de uiteindelijke inkomstegenieter.

In het door Haelterman ontwikkelde referentiekader wordt een onvolkomen fiscaal transparante benadering daarom gereserveerd voor juridische intermediatievormen die een duidelijkere (juridische) impact hebben op de (rechts)verhouding tussen de inkomstenbron en de uiteindelijke inkomstegenieter

³³¹¹ A. Haelterman, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblio, 1992, 50.

³³¹² *Ibid*, 52.

dan in de gevallen die aanleiding geven tot een volkomen transparante behandeling. De auteur stelt dan ook vast dat een brede waaier van rechtsverhoudingen waar het intermediatieniveau optreedt in eigen naam, doch wel voor rekening van de uiteindelijke inkomstgenieter, principieel in aanmerking komt voor een onvolkomen fiscaal transparante behandeling.³³¹³ De uiteindelijke fiscale kwalificatie van de inkomsten die in hoofde van de uiteindelijke genieter fiscaal in aanmerking worden genomen, wordt dan ook bepaald aan de hand van het recht dat de inkomstgenieter op het inkomstgenererende vermogensbestanddeel heeft. Aldus wordt ook een onvolkomen fiscaal transparante behandeling gebaseerd op de onderliggende juridische realiteit.³³¹⁴

1235. Toegepast op trustverhoudingen, impliceert het voorgaande dat een onvolkomen fiscaal transparante behandeling zich opdringt in gevallen waar de juridische intermediatie van de *trustee* in het raam van de voorliggende trustverhouding, onvoldoende sterk van aard is om te leiden tot fiscale non-transparantie. Uit het voorgaande is echter ook reeds gebleken dat de juridische intermediatie van de *trustee* in de meeste gevallen te zwaar weegt om te besluiten tot een volkomen fiscaal transparante benadering doorgaans voorbehouden voor gevallen waarbij de *beneficiary* over een *fixed interest* beschikte ten aanzien van de *trustee*, aangezien de *beneficiary* in die gevallen zou beschikken over een 'vorderingsrecht' met betrekking tot het trustinkomen en/of het trustkapitaal.³³¹⁵

FAES beargumenteerde daarentegen dat een dergelijke visie voorbijgaat aan de essentie van een trustverhouding, aangezien het *equitable interest* op grond waarvan de *beneficiary* trustgoederen zal ontvangen slechts bestaat omwille van het begiftigingsinzicht van de *settlor*. Een dergelijke vrijgevigheid maakt volgens

³³¹³ *Ibid*, 463.

³³¹⁴ P. HINNEKENS, "Enkele aandachtspunten inzake de toepassing van de transparantie in de Belgische fiscale praktijk", *TFR* 2000, 949.

³³¹⁵ S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 101 – 102; K. DEMEYERE, "Fiscale behandeling van de trust" in A-L. VERBEKE, P. LALEMAN, H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Alternatieve vormen*, Gent, Larcier, 2009, 115; G.D. GOYVAERTS, "The Tax Aspects of the Use of Foreign Trusts in Belgium for Private Wealth Purposes", *Journal of International Tax, Trust and Corporate Planning* 2011, afl. 4, 278; J. MALHERBE, "Taxation of Trusts in Belgium" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 100; M. VANDENDIJK, C. HENDRICKX, "Angelsaksische trust. Gebruik in het kader van successieplanning voor Belgische rijksinwoners", *AFT* 2008, afl. 5, 19 – 20, 16; A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 324 – 326; A. HAELTERMAN, "Taxation of Fiduciary Relationships (and Related Structures)", *ET* 1997, 53; A. HAELTERMAN, "De trust in het fiscaal recht" in J. HERBOTS, D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst. Praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, 101; M.F. DE POVER, "Trust – Fiducie, Administratiekantoor, Fondation du Liechtenstein", *Rép.Not.*, IX, Livre VI, Brussel, Larcier, 2001, 83; S. NUDELHOLC, "Traitement fiscal du trust" in M. BOURGEOIS, Y-H. LELEU, J-F. TAYMAN, A-L. VERBEKE, *Manuel de Planification Patrimoniale. Les formes alternatives de planification patrimoniale*, Brussel, Larcier, 2010, 160; R. DEBLAUWE, "Trusts en inkomstenbelastingen", *TFR* 1990, 106; S. DE RAEDT, "Fiscale aspecten van de trust" in X. (ed.), *Fiscaal Vermogensbeheer*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., Alg., Hfdst. II, 2, 104.

de auteur vanuit het perspectief van het Belgische fiscaal recht geen 'inkomen' uit, zodat aan belastingheffing niet kan worden toegekomen.³³¹⁶

Het standpunt van FAES heeft echter gemeen met de meerderheidsvisie dat de vraag naar de belastbaarheid van de *beneficiary* in de Belgische inkomstenbelastingen werd beantwoord op grond van een juridische analyse van het 'vorderingsrecht' dat de *beneficiary* heeft ten aanzien van de *trustee*, bij wijze van diens *equitable interest*. Hiermee wordt ook duidelijk op welke wijze het juridisch intermediatieniveau fiscaal mee in aanmerking genomen werd. De aan de *beneficiary* toegerekende inkomsten werden dan ook fiscaal gekwalificeerd aan de hand van het recht dat de *beneficiary* had ten aanzien van de *trustee* en, desgevallend, ten aanzien van de onder trustverband gebrachte vermogensbestanddelen.

Uit het voorgaande is gebleken dat een dergelijke *equitable interest* vanuit een Belgisch perspectief als een roerend goed kan worden beschouwd (zie *supra*, randnr. 874). Deze conclusie werd ook gedeeld door de auteurs die het genoemde meerderheidsstandpunt aanhingen, zij het dat deze auteurs de conclusie soms mede bereikten bij wijze van uitsluiting van alle andere mogelijkheden.³³¹⁷ Hieruit volgt dan ook dat de inkomsten in hoofde van de *beneficiary* slechts kunnen worden aangemerkt als inkomsten uit roerende inkomsten, voor wat betreft de Belgische inkomstenbelastingen.

1236. Concreet werd door de meerderheidsstroming in de regel tot belastbaarheid in hoofde van de *beneficiary* met een *fixed interest* besloten op grond van de verschillende wetsbepalingen, waarbij een onderscheid moest worden gemaakt tussen het geval waar de *beneficiary* in kwestie gerechtigd was op de trustinkomsten én het trustkapitaal en het geval waar de *beneficiary* slechts recht had op een uitkering van trustinkomsten.³³¹⁸

In het geval waar de *beneficiary* recht had op de trustinkomsten en het onderliggende trustkapitaal, werden uitkeringen van trustinkomsten belast als interesten (opbrengsten van schuldvorderingen) op grond van artikel 17, §1, 2° WIB 1992 *jo.* artikel 19, §1, 1° WIB 1992. Merk op dat uitkeringen van kapitaal niet werden beschouwd als uitkeringen van inkomsten, en dus niet belastbaar waren in de inkomstenbelastingen. Hieruit blijkt overigens een nauw verband met de hoger (i.h.b. randnr. 1139) geanalyseerde fiscale gevolgen op het vlak van de registratie-, schenk- en erfbelastingen. In de praktijk kan het echter niet steeds eenvoudig zijn geweest om vast te stellen of een bepaalde uitkering nu (in welke mate) bestond uit inkomsten of kapitaal.³³¹⁹

³³¹⁶ P. FAES, "De trust in het Belgisch fiscaal recht: beproefd vertrouwen", *V&F* 1998, 297.

³³¹⁷ Zie i.h.b. A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 324.

³³¹⁸ Zie *supra*, vn. 3315.

³³¹⁹ Zie reeds: R. DEBLAUWE, "Trusts en inkomstenbelastingen", *TFR* 1990, 107. Dit gegeven werd overigens ook bevestigd door de DVB, zie: Voorafg. Besl. 3 juli 2012, nr. 2011.293, punt 32.

In het geval waar de *beneficiary* slechts recht had op een uitkering van trustinkomsten, maar geen enkel recht had op het onderliggende trustkapitaal, konden de inkomsten eventueel belastbaar zijn op grond van artikel 17, §1, 4° WIB 1992 (tijdelijke rente of levenslange rente). Ingevolge artikel 20 WIB 1992 werd het belastbare bedrag dan beperkt tot tot 3% van de waarde van het kapitaal in zoverre de rente verrekend werd door via het bepalen van annuïteiten die eveneens het gedeelte van het kapitaal vertegenwoordigen. Indien de rente daarentegen werd uitgekeerd zonder prijsgeve van het kapitaal, dan vertegenwoordigde de rente een inkomen dat volledig belastbaar was.³³²⁰ De toepassing van artikel 17, §1, 4° WIB 1992 vereiste echter dat de rente werd toegekend door een rechtspersoon of een onderneming. Indien de *trustee* een natuurlijk persoon was, bleven de inkomsten aldus belastingvrij in hoofde van de *beneficiary*.

1237. De onvolkomen fiscaal transparante behandeling van de trustverhouding had tot gevolg dat de inkomsten in hoofde van de *beneficiary* moesten worden belast, op het ogenblik van toekenning of betaalbaarstelling aan de *trustee*.³³²¹ De keerzijde van de, weliswaar onvolkomen, fiscaal transparante behandeling van de *trustee* impliceert opnieuw dat de *trustee* niet kon worden aangemerkt als belastingplichtige naar Belgisch fiscaal recht. Immers, tegenover ieder inkomen dat de *trustee* verwerft, staat in beginsel de plicht om het inkomen uit te keren aan welbepaalde *beneficiaries*. Het gegeven dat de *trustee* in feite de eigendom van de inkomsten verwerft, is klaarblijkelijk op zichzelf niet voldoende om tot enige belastingheffing te leiden. Aangezien het echter om een onvolkomen vorm van fiscale transparantie ging, diende het afzonderlijke bestaan van de *trustee* als intermediair niveau wél in aanmerking te worden genomen indien België fungeerde als bronstaat van de inkomsten. Bijvoorbeeld voor wat betreft eventuele voorheffingen geheven op inkomsten die door trustgoederen worden gegenereerd, diende de identiteit en vestigingsplaats van de *trustee* in rekening te worden gebracht.³³²²

1238. Het hoger verdedigde meerderheidsstandpunt werd bovendien door de DVB gevolgd in een aantal voorafgaande beslissingen.³³²³ Hoger (*supra*, randnr. 1149 e.v.) werd er reeds op gewezen dat de DVB er in de regel een eigen visie op nahoudt omtrent de vraag wanneer er net sprake is van een *fixed interest* of een *interest* in een *discretionary trust*. Vastgesteld werd dat de DVB in de regel op een autonome wijze bepaalt of er sprake is van een *fixed interest* of niet, en dit op een wijze die sterk aanleunt bij een appreciatie van de door de DVB gepercipieerde economische realiteit. Welnu, op grond van het voorgaande kan de daarop

³³²⁰ Com. IB 1992, 17/8.

³³²¹ S. DE RAEDT, "Fiscale aspecten van de trust" in X. (ed.), *Fiscale Vermogensbeheer*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., Alg., Hfdst. II, 2, 104; S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 102; R. DEBLAUWE, "Trusts en inkomstenbelastingen", *TFR* 1990, 108.

³³²² A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblio, 1992, 53, 323.

³³²³ Voorafg. Besl. 18 juni 2013, nr. 2013.013 *a contrario*; Voorafg. Besl. 6 december 2011, nr. 2011.418; Voorafg. Besl. 3 juli 2012, nr. 2011.293; Voorafg. Besl. 8 december 2009, nr. 700.112.

geleverde kritiek worden onderstreept. De gevolgen van de *trust* worden luidens artikel 125 WIPR immers beheerst door het toepasselijke trustrecht (zie *supra*, randnr. 759). In de gevallen dat de DVB dus besloot dat er 'in feite' sprake was van een *fixed trust*/(gedeeltelijk) 'beïnvloedbare *trust*', terwijl de *beneficiary* in kwestie niet beschikte over een huidig vastomlijnd recht, paste de DVB artikel 17, §1, 2° of 4° WIB 1992 toe op een 'schuldvordering' of een recht dat juridisch niet bestond. Bij gebreke aan een bijzondere fiscale wetsbepaling die zulks toelaat, week de DVB in die gevallen o.i. ten onrechte af van hoger geïdentificeerde *default rule* die stelt dat het fiscaal recht zich principieel ent op de onderliggende juridische realiteit.

iv. **Non-transparantie – *discretionary trust***

1239. Tot slot komt de situatie aan bod waarvan van enige vorm van fiscale transparantie geen sprake is, doordat de juridische intermediatie die uitgaat van het tussenniveau van die aard is dat er geen rechtstreeks juridisch verband tussen de inkomstenbron en de uiteindelijke inkomstengenieter bestaat. HAELTERMAN verwijst hiertoe naar gevallen waar het tussenniveau juridisch in eigen naam en voor eigen rekening optreedt.³³²⁴ Hiervan is *a fortiori* sprake wanneer het tussenniveau bevoegd is om discretionair te beslissen over de aanwending van de door het tussenniveau verkregen inkomsten. Indien het tussenniveau dan besluit om een uitkering te verrichten ten voordele van de uiteindelijke inkomstengenieter, kan het tussenniveau vanuit het perspectief van de uiteindelijke inkomstengenieter dan worden beschouwd als een autonome inkomstenbron. Dit inzicht is dan het corrolarium van het gegeven dat tussen de uiteindelijke inkomstengenieter en de oorspronkelijke inkomstenbron geen enkel rechtstreeks juridisch verband meer bestaat. In dergelijke gevallen zal het tussenniveau doorgaans beschouwd worden als een afzonderlijke belastingplichtige. Het voorgaande kan eenvoudig worden geïllustreerd aan de hand van de architectuur van het Belgische inkomstenbelastingencontentieux zelf, waar eniteiten met rechtspersoonlijkheid als afzonderlijke belastingenplichtigen worden beschouwd voor de toepassing van de vennootschaps- en rechtspersonenbelasting.

1240. Toegepast op trustverhoudingen, correspondeert het voorgaande met gevallen waar de *beneficiary* van een *trust* geen enkele aanspraak kan maken op een uitkering van trustinkomsten en/of trustkapitaal, behoudens in de gevallen waar de *trustee* beslist om een uitkering in het voordeel van de *beneficiary* in kwestie te bewerkstelligen. Aangezien de *beneficiaries* van een (ten aanzien van hen) *discretionary trust* niet beschikken over een actueel, vastomlijnd recht ten aanzien van de *trustee* om trustgoederen te ontvangen, maar het ontstaan van een vorderingsrecht in hoofde van de *beneficiaries* steeds afhankelijk is van een beslissing van de *trustee*, komt een dergelijke rechtsverhouding niet in aanmerking voor een fiscaal transparante behandeling. Het gebrek aan enige rechtstreekse aanspraak op de trustgoederen, alsook de afwezigheid van enig vastomlijnd

³³²⁴ A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblio, 1992, 41, 94, 463 – 464.

vorderingsrecht ten aanzien van de *trustee*, laat niet toe een rechtstreeks verband tussen de *beneficiary* en de oorspronkelijke inkomstenbron te leggen. In dergelijke gevallen zou de *trustee* vanuit een Belgisch fiscaal perspectief dan ook moeten worden beschouwd als een afzonderlijk in aanmerking te nemen belastingplichtige.

1241. Nochtans is het juridisch niet helemaal correct om te stellen dat de trustinkomsten door de *trustee* zouden worden verworven in eigen naam en voor eigen rekening. Hoger (*supra*, randnr. 154 en 161 – 162) werd immers uiteengezet dat het verschil tussen een *discretionary trust* en een (andere soort) *power* er naar Engels recht net in bestaat dat een *trust* 'imperatief' van aard is, zodat de *trustee* steeds moet overgaan tot een uitkering, behoudens in die gevallen waar het de *trustee* werd toegestaan om trustinkomsten te accumuleren. In ieder geval is het de *trustee* in diens hoedanigheid van *trustee* steeds verboden om zichzelf te verrijken. Hoger werd bovendien vastgesteld dat het hanteren van terminologie als het 'optreden voor rekening van' in trustzaken verwarring in de hand kan werken (zie *supra*, randnr. 144 en 631). Zelfs in een *discretionary trust* treedt een *trustee* in zekere zin steeds op 'voor rekening' van een klasse *beneficiaries*. Deze bemerking doet echter niets af aan de bovenstaande conclusie dat, ook vanuit het perspectief van een *beneficiary* die over een (gedeelte van een) *equitable interest* in een *discretionary trust* beschikt, de *trustee* is aan te merken als een autonoom handelend tussenniveau.

1242. Vervolgens rijst de vraag welke fiscale kwalificatie moet worden gegeven aan een uitkering van trustinkomsten aan de *beneficiary* van een *discretionary trust*. De afwezigheid van enig vorderingsrecht – of andere vooraf bestaande juridische aanspraak – op grond waarvan het inkomen door de *beneficiary* wordt verworven, impliceerde volgens een unaniem gedeeld standpunt in de rechtsleer dat deze uitkering moest worden beschouwd als een soort 'liberaliteit', die voor de toepassing van de Belgische inkomstenbelastingen niet kon worden beschouwd als een belastbaar inkomen.³³²⁵ Althans voor wat betreft de heffing van de

³³²⁵ S. DE RAEDT, M. TRAEST, *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 103; K. DEMEYERE, "Fiscale behandeling van de trust" in A-L. VERBEKE, P. LALEMAN, H. DERYCKE (eds.), *Handboek Estate Planning. Alternatieve vormen*, Gent, Larcier, 2009, 115; G.D. GOYVAERTS, "The Tax Aspects of the Use of Foreign Trusts in Belgium for Private Wealth Purposes", *Journal of International Tax, Trust and Corporate Planning* 2011, afl. 4, 280; J. MALHERBE, "Taxation of Trusts in Belgium" in R. DANON, J-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 102; M. VANDENDIJK, C. HENDRICKX, "Angelsaksische trust. Gebruik in het kader van successieplanning voor Belgische rijksinwoners", *AFT* 2008, afl. 5, 19 – 20, 16; A. HAELTERMAN, *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 326 – 327; A. HAELTERMAN, "Taxation of Fiduciary Relationships (and Related Structures)", *ET* 1997, 53; A. HAELTERMAN, "De trust in het fiscaal recht" in J. HERBOTS, D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst. Praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, 102; M.F. DE POVER, "Trust – Fiducie, Administratiekantoor, Fondation du Liechtenstein", *Rép.Not.*, IX, Livre VI, Brussel, Larcier, 2001, 83; S. NUDELHOLC, "Traitement fiscal du trust" in M. BOURGEOIS, Y-H. LELEU, J-F. TAYMAN, A-L. VERBEKE, *Manuel de Planification Patrimoniale. Les formes alternatives de planification patrimoniale*, Brussel, Larcier, 2010, 161; R. DEBLAUWE, "Trusts en inkomstenbelastingen", *TFR* 1990, 108; S. DE RAEDT, "Fiscale aspecten van de trust" in X. (ed.), *Fiscaal Vermogensbeheer*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., Alg., Hfdst. II, 2, 104; P. FAES, "De trust in het Belgisch fiscaal recht: beproefd vertrouwen", *V&F* 1998, 297.

inkomstenbelastingen, kon een uitkering uit een *discretionary trust* volgens de doctrine aldus belastingvrij geschieden. Dit standpunt werd vervolgens ook door de DVB bevestigd in verschillende voorafgaande beslissingen, in welke door de DVB werd aanvaard dat er sprake was van een *discretionary trust* (zie *supra*, randnr. 1149. e.v.).³³²⁶

1243. Keerzijde van het voorgaande is echter dat de *trustee* wel belastbaar was met betrekking tot de verkregen inkomsten. In veruit de meeste gevallen was de *trustee* echter geen Belgisch rijksinwoner of een in België gevestigde vennootschap of rechtspersoon, zodat de kwestie verder niet aan de orde kwam. In theorie moest echter worden vastgesteld dat de *trustee* van een (gedeeltelijke) *discretionary trust* belastbaar kon zijn, indien deze onder de toepassingsfeer van de Belgische inkomstenbelastingen zou vallen, zodat de *beneficiaries* in die gevallen slechts een uitkering zouden kunnen verkrijgen onder aftrek van de door de *trustee* betaalde belasting.

Dat het voorgaande overigens geen geheel ondenkbaar scenario is, kan worden bewezen aan de hand van twee voorafgaande beslissingen waar de DVB zich heeft uitgesproken over de fiscale behandeling van Belgische private stichtingen die in het leven werden geroepen om te dienen als *trustees* van een *discretionary trust*.³³²⁷ In beide gevallen stelde de DVB vast dat de private stichtingen een functie zouden vervullen die op het eerste gezicht sterk leek op deze van een administratiekantoor in het raam van een certificeringsactiviteit.³³²⁸ Echter, in beide gevallen besloot de DVB dat de vergelijking niet volledig opging, omdat de rechtspersonen in kwestie zouden optreden als *trustee* van een *irrevocable discretionary trust*, zodat er geen aanleiding bestond om een fiscaal transparante benadering te hanteren. Beide private stichtingen zouden dan ook worden onderworpen aan de rechtspersonenbelasting op grond de artikelen 182 en 220,3° WIB 1992.³³²⁹ Aldus vormde de fiscale behandeling van de *trustee* opnieuw het spiegelbeeld van de fiscale behandeling van de *beneficiaries*.

C. Fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse trusts na de inwerkingtreding van de kaaimantaks

1244. Zoals hoger (*supra*, randnr. 4) werd aangehaald, is met ingang van AJ 2016 de zogeheten 'kaaimantaks' in werking getreden. Met de inwerkingtreding van dit bijzonder fiscaalrechtelijk regime werd de Belgische personen- en rechtspersonenbelasting op een aantal punten drastisch gewijzigd. In wat volgt zal daarom worden onderzocht welke gevolgen de introductie van het

³³²⁶ Voorafg. Besl. 18 juni 2013, nr. 2013.013; Voorafg. Besl. 23 mei 2011, nr. 2011.148; Voorafg. Besl. 22 december 2009, nr. 900.329.

³³²⁷ Voorafg. Besl. 13 december 2011, nr. 2011.435; Voorafg. Besl. 7 juli 2009, nr. 900.189.

³³²⁸ Voorafg. Besl. 13 december 2011, nr. 2011.435, punt 13; Voorafg. Besl. 7 juli 2009, nr. 900.189, punt 5.

³³²⁹ Voorafg. Besl. 13 december 2011, nr. 2011.435, punt 16; Voorafg. Besl. 7 juli 2009, nr. 900.189, punt 15.

kaaimantaksregime heeft voor wat betreft de fiscale gevolgen op het vlak van de inkomstenbelastingen van het gebruik van buitenlandse *trusts*. Dit onderzoek zal in het bijzonder worden gevoerd in het licht van wijze waarop de kaaimantaks breekt met de onderliggende juridische realiteit. Uit het voorgaande is immers gebleken hoe de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* konden worden verklaard vanuit de principiële samenhang tussen het fiscaal recht en de onderliggende (civielrechtelijke) juridische realiteit.

In wat volgt zal daarom, mede ter afbakening van het onderzoeksdomein, tegelijk ook een voorstelling van het kaaimantaksregime worden geboden. Bedoeling is te identificeren welke onderdelen van het kaaimantaksregime betrekking hebben op buitenlandse *trusts*. Onderdelen van het kaaimantaksregime die betrekking hebben op andere rechtsfiguren dan buitenlandse *trusts* vallen principieel buiten het onderzoeksdomein. Aangezien de kaaimantaks soms echter ook moet worden gezien als een geheel, worden laatstgenoemde elementen in het onderzoek betrokken in zoverre zij relevant zijn voor het onderzoek naar de fiscale gevolgen van buitenlandse *trusts*. Voor een bespreking van de kaaimantaks in zijn algemeenheid wordt dan ook verwezen naar de doctrinebijdragen die een dergelijke bespreking beogen.³³³⁰ Tegelijk worden de desbetreffende wetsbepalingen echter op kritische wijze geanalyseerd, in het bijzonder vanuit het perspectief van de breuk tussen de kaaimantaks en onderliggende juridische realiteit.

1. De kaaimantaks: toepassing op *trusts* en evaluatie

a. Algemeen

1245. Hoger (*supra*, randnr. 3) werd reeds gesteld dat de introductie van de kaaimantaks te situeren valt in het verlengde van de op dat ogenblik reeds bestaande aangifteplicht. In een eerste fase diende aldus slechts het loutere bestaan van een 'juridische constructie' te worden aangegeven door bepaalde betrokken Belgische belastingplichtigen. Teneinde de genoemde 'juridische constructies' in enige Belgische belastingheffing te betrekken is het immers eerst

³³³⁰ N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 5 – 37; G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 865 – 924; T. AFSCHRIFT, "La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (première partie)", *JDF* 2016, 5 – 45; T. AFSCHRIFT, "La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (seconde partie)", *JDF* 2016, 65 – 112; J. DRAYE, A. NIJS, "The Cayman Tax: a game changer for the Belgian income tax treatment of trusts ?", *Trusts & Trustees* 2016, 508 – 515; H. VERSTRAETE, L. MIGALSKI, "De « kaaimantaks » : analyse en eerste bedenkingen", *VIP* 2015, 4 – 15; A. HAELTERMAN, E. MAES, "De kaaimantaks – Wie ontspringt de dans nog? Nieuw fiscaal regime viseert private offshore-vermogensstructuren" in A-L. VERBEKE, F. BUYSSENS (eds.), *Notariële Actualiteit* 2014 – 2015, Antwerpen, Intersentia, 2015, 237 – 264; M. GOSSIAUX, "Taxe Caïman : la taxation par transparence des constructions juridiques étrangères", *RGCF* 2015, afl. 4 – 5, 303 – 319; V. DE BRAUWERE, C. WILS, "Taxe Caïman : le crocodile aux dents longues", *RGF* 2015, afl. 8, 5 – 23.

vereist dat de fiscale administratie op de hoogte is van het bestaan van deze juridische constructies.³³³¹

Het oogmerk van de kaaimantaks bestaat er goeddeels in om de inkomsten die deze juridische constructies verwerven, te betrekken in de Belgische belastingheffing, als waren zij rechtstreeks verkregen door bepaalde Belgische belastingplichtigen. Dit resultaat wordt bewerkstelligd door een 'doorkijkbenadering', waarbij het afzonderlijke bestaan van de 'juridische constructie' voor fiscale doeleinden wordt genegeerd. Deze negatie laat vervolgens toe om de inkomsten toe te rekenen aan de belastingplichtigen in kwestie. *In casu* worden de inkomsten die door een juridische constructie worden verkregen in beginsel toegerekend aan de personen die als 'oprichter' worden beschouwd, op grond van een wettelijk vermoeden dat zij ook de begunstigen van die inkomsten zijn.³³³² Dit vermoeden speelt een centrale rol binnen het kaaimantakscontentieux. Aangezien het afzonderlijke bestaan van de betrokken 'juridische constructie' fiscaal geheel wordt genegeerd, kan er dan ook geen inkomstenconversie plaatsvinden (zie *supra*, randnr. 1230 – 1233 en *cf. supra*, randnr. 1234 – 1238). Vanuit die optiek kan de kaaimantaks dan ook worden beschouwd als een (bijzondere variant op) een *Controlled Foreign Corporation*-regeling.³³³³

³³³¹ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 30.

³³³² *Ibid*, 32.

³³³³ In die zin: N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 13; G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 904; A. NIJS, J. DRAYE, "The Cayman Tax: a game changer for the Belgian income tax treatment of trusts?", *Trusts & Trustees* 2016, 512. 868 – 869.

Uit de memorie van toelichting valt tevens af te leiden dat de wetgever de kaaimantaks zelf als een CFC-maatregel beschouwt, zie: MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 37 – 38.

Controlled Foreign Corporation-regelingen ('CFC-regelingen') zijn principieel gericht tegen het verwerven en het behoud van inkomsten in een door een belastingplichtige gecontroleerde buitenlandse entiteit, die meestal is gevestigd in een land met een aantrekkelijk belastingregime. Op deze wijze kan daadwerkelijke belastingheffing in hoofde van de achterliggende deelnemers of belanghebbenden van de entiteit worden vermeden dan wel worden uitgesteld. CFC-regelingen strekken er dan ook toe om de door de gecontroleerde entiteit verworven inkomsten te belasten in hoofde van de achterliggende deelnemers of belanghebbenden, zonder dat daartoe een uitkering van inkomsten door de entiteit aan de achterliggende deelnemers of belanghebbenden wordt vereist..

CFC-regelingen richten zich aldus tegen het gebruik van buitenlandse entiteiten en beïnvloeden zodoende de toerekening van inkomsten door het afzonderlijke (juridische) bestaan van deze buitenlandse entiteiten te negeren. In beginsel (maar niet steeds) wordt voor de toepassing van CFC-wetgeving vereist dat de entiteit is gevestigd in een jurisdictie met een gunstig belastingregime. Zie: B. PEETERS, *Fiscale transparantie: toerekening van inkomsten. Een onderzoek naar de classificatie van grensoverschrijdende samenwerkingsverbanden*, Brussel, Larcier, 2011, 488 – 93; L. DE BROE, *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, Amsterdam, IBFD, 2008, 124 – 27; B. PEETERS, S. SERÉ, "Recente initiatieven tegen belastingontwijking. Impact op multinationale ondernemingen", *TFR* 2016, 877 e.v.

PEETERS merkt op dat een belangrijk verschil tussen CFC-wetgeving en 'gewone' fiscale transparantie erin kan bestaan dat de inkomsten die aan de deelgenoten worden toegerekend, een autonome fiscale kwalificatie worden toegekend door de woonstaat van

De kaaimantaks is echter méér dan een loutere doorkijkbelasting. In bepaalde gevallen en voor bepaalde types 'juridische constructies' (zie *infra*, randnr. 1304 – 1306) wordt het afzonderlijke bestaan van de entiteit tóch fiscaal in aanmerking genomen. Dit is met name het geval wanneer deze entiteiten bepaalde uitkeringen verrichten.³³³⁴

de partners. Zo zijn er stelsels waar de achterliggende deelgenoten worden belast op een fictief dividend, dat zij geacht worden te hebben ontvangen ('*deemed dividend*'). Op een algemeen niveau kan bovendien een onderscheid worden gemaakt tussen jurisdicties die een zogeheten '*designated jurisdiction approach*' hanteren en tussen jurisdicties die een '*global approach*' hanteren. In het eerste geval worden de CFC regels enkel toegepast ten aanzien van gecontroleerde buitenlandse entiteiten die gevestigd zijn in (aangeduide) landen, die een gunstig belastingregime kennen. In het tweede geval is de CFC-regeling toepasselijk ten aanzien van iedere buitenlandse entiteit, waar ter wereld ook gevestigd. De groep landen die een *global approach* hanteren schrijven in beginsel slechts bepaalde inkomstenstromen van de gecontroleerde buitenlandse entiteit toe aan de eigen belastingplichtige. Wanneer de 'kaaimantaks' in ogenschouw wordt genomen, kan enkel worden vastgesteld dat deze maatregel een hybride is, die het midden houdt tussen de *designated jurisdiction approach* (voor wat betreft juridische constructies type 2, althans in beginsel) en de *global approach* (voor wat betreft juridische constructies type 1). Opmerkelijk is dat het wetsvoorstel dat de invoering van de kaaimantaks in haar uiteindelijke vorm vooraf ging, wél voorzag in een gelijkaardige inkomstenconversie wanneer een juridische constructie overging tot uitkeringen aan een derde begunstigde. Voorgesteld werd om een nieuw punt 13° toe te voegen aan het bestaande artikel 90 WIB 1992. Deze uitkering zou in dit geval als een divers inkomen worden gekwalificeerd. Deze insteek werd niet overgenomen in de regeling betreffende de 'kaaimantaks', nu werd geopteerd voor een doorkijkregeling zonder inkomstenconversie (zie *infra*, randnr. 1293 e.v.).

De bemerking dat de kaaimantaks kan worden beschouwd als een CFC-regeling is overigens opmerkelijk aangezien België in het verleden, en dit in redelijke sterke bewoordingen, heeft aangegeven dat de CFC-wetgeving als zijnde onverenigbaar met het OESO-modelverdrag beschouwt. Dit gegeven is ook de Raad van State niet ontgaan en werd daarom geciteerd in het advies van 7 april 2015: "27.4 Belgium cannot share the views expressed in paragraph 23 of the Commentary. Belgium considers that the application of controlled foreign companies legislation is contrary to the provisions of paragraph 7 of Article 5, paragraph 1 of Article 7 and paragraph 5 of Article 10 of the Convention. This is especially the case where a Contracting State taxes one of its residents on income derived by a foreign entity by using a fiction attributing to that resident, in proportion to his participation in the capital of the foreign entity, the income derived by that entity. By doing so, that State increases the tax base of its resident by including in it income which has not been derived by that resident but by a foreign entity which is not taxable in that State in accordance with the Convention. That Contracting State thus disregards the legal personality of the foreign entity and therefore acts contrary to the Convention (see also paragraph 79 of the Commentary on Article 7 and paragraph 68.1 of the Commentary on Article 10)."

Zie: *Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention, Commentary on Article 1*, nr. 27.4, te raadplegen op: <http://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>

Tot slot weze nog opgemerkt dat de hoger (*supra*, randnr. 1009) aangehaalde Europese Richtlijn 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tevens CFC-regels bevat. Zie hierover nader: K. MORBÉE, "De invoering van Europese maatregelen tegen belastingontwijking: een verkenning van de ATAD" in J. PEETERS, K. RENIERS, N. GOOSSENS, *Actuele problemen van financieel, vennootschaps- en fiscaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 187 e.v.

³³³⁴ In de oorspronkelijke versie van de wettekst werd dit gegeven door bepaalde auteurs zelfs een 'systeemfout' genoemd. Zie: G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 904.

1246. Het weze in herinnering gebracht dat hoger (*supra*, randnr. 1200) reeds werd vastgesteld dat de kaaimantaks in bijzondere mate is gebaseerd op een fundamentele 'misbruikgedachte'. Het gegeven dat de kaaimantaks een bijzondere variant is op zogeheten CFC-wetgeving onderstreept deze idee. Deze fundamentele gedachte komt binnen het kaaimantakscontentieux echter niet naar voren uit de wettekst als zodanig.³³³⁵

1247. Opmerkelijk is dat de kaaimantaks in bijzondere mate is geïnspireerd door het Nederlandse APV-regime. Dit wordt door de wetgever ook met zoveel woorden aangegeven in de memorie van toelichting bij de kaaimantaks.³³³⁶

Toch bestaan er, zoals verder nog zal blijken, een aantal belangrijke verschillen tussen de kaaimantaks en het APV-regime.

1248. Teneinde een globaal overzicht te geven van het functioneren van de kaaimantaks met betrekking tot *trusts*, en tegelijk te voorzien in een noodzakelijke afbakening van het onderzoeksdomein, worden in wat volgt de fiscale kernbegrippen toegelicht die een centrale rol innemen in het kaaimantakscontentieux. Aansluitend worden de voor het voorliggend onderzoek relevante onderdelen van de kaaimantaks nader geanalyseerd, in het bijzonder vanuit het perspectief van de principieel voorhanden zijnde verhouding tussen het fiscaal recht en de gemeenrechtelijke onderbouw. In dit onderdeel wordt evenwel enkel nader ingegaan op de kaaimantaks, zoals deze van toepassing is op trustverhoudingen. De toepassing van het kaaimantakscontentieux op zogeheten 'gelaagde structuren' of 'dubbelstructuren' en de knelpunten die in dat verband rijzen worden verder (*infra*, randnr. 1343 e.v.) afzonderlijk besproken.

b. Het begrip 'juridische constructie'

1249. In tegenstelling tot wat het geval is voor het Nederlandse APV-regime, dat slechts één type APV-kent³³³⁷, maakt de Belgische fiscale wet een onderscheid tussen twee categorieën van 'juridische constructies'. Het onderscheid tussen beide types juridische constructies is relevant, omdat de fiscale wet soms verschillende gevolgen koppelt aan het gebruik van het éne dan wel het andere type juridische constructie. In wat volgt wordt daarom eerst het onderscheid tussen beide categorieën juridische constructies nader in ogenschouw genomen. Bijzondere aandacht wordt daarbij besteed aan de vraag of de trustverhouding kan of zal kwalificeren als 'juridische constructie'. Indien dit het geval is, moet nog worden onderzocht onder welke categorie(ën) trustverhoudingen dan wel vallen.

³³³⁵ N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 20.

³³³⁶ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 29: "De huidige regering heeft besloten om vanaf aanslagjaar 2016 een specifiek belastingregime in te voeren, geïnspireerd op de regeling die onze Nederlandse burens hebben uitgewerkt."

³³³⁷ A. E. DE LEEUW, "De Nederlandse APV-regeling versus de Belgische kaaimantaks", *Fiscoloog Internationaal* 2015, afl. 381, 1 – 4.

i. **In zijn eerste betekenis**

1250. De wetgever heeft in 2013 met de invoering van de reeds vernoemde aangifteplicht een tweeledige definitie ingevoerd van het begrip 'juridische constructie'.³³³⁸ Luidens fiscale definitie van juridische constructies van de eerste categorie ('juridische constructies type 1'), die vervat ligt in artikel 2, §1, 13°, a) is een juridische constructie type 1 een:

"een rechtsverhouding, die door een rechtshandeling van de oprichter of door een rechterlijke beslissing in het leven wordt geroepen, waarbij goederen of rechten onder de macht van een beheerder worden gebracht om ze te besturen ten behoeve van een of meerdere begunstigen of voor een bepaald doel. Die rechtsverhouding heeft de volgende kenmerken:

- de eigendomstitel betreffende de goederen of rechten van de juridische constructie is opgesteld op naam van een beheerder of op naam van een andere persoon voor rekening van de beheerder;

- de goederen van de juridische constructie vormen een afzonderlijk vermogen en maken geen deel uit van het vermogen van de beheerder;

- de beheerder heeft de bevoegdheid en de plicht, ter zake waarvan hij verantwoording verschuldigd is, om in overeenstemming met de bepalingen van de juridische constructie en de bijzondere verplichtingen waaraan hij door de wet is onderworpen, de goederen van de juridische constructie te besturen, te beheren of erover te beschikken."

Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 30 juli 2013 blijkt dat de fiscaalrechtelijke definitie³³³⁹ van de juridische constructie type 1 met name is gebaseerd op de 'definitie' (*sic*) van het begrip 'trust' in het WIPR, zij het met enkele wijzigingen.³³⁴⁰ Zo werd bepaalde *trust*-gerelateerde terminologie achterwege gelaten, wordt in de eerste zin gesproken van 'goederen en rechten' in de plaats van enkel 'goederen' en werd het begrip 'rechtstitel' vervangen door het begrip 'eigendomstitel'.

Onrechtstreeks valt deze definitie dus ook terug te voeren op artikel 2 van het Haagse Trustverdrag. Hoger (*supra*, randnr. 483) werd evenwel benadrukt dat het in die gevallen niet gaat om een definitie van het begrip 'trust', maar slechts om een omschrijving. Het oogmerk van artikel 2 van het Haagse Trustverdrag bestond er immers niet in om het trustbegrip te definiëren, maar slechts om de kenmerken

³³³⁸ Zie art. 35 wet van 30 juli 2013 houdende diverse bepalingen, *BS* 1 augustus 2013, 48270.

³³³⁹ Uit de toelichting bij het desbetreffende wetsontwerp blijkt dat de wetgever wel degelijk beoogde het begrip 'juridische constructie' te definiëren, zie: Wetsontwerp houdende diverse bepalingen, amendementen, *Parl.St.* Kamer 2012 – 2013, nr. 53-2891/004, 5.

³³⁴⁰ Wetsontwerp houdende diverse bepalingen, amendementen, *Parl.St.* Kamer 2012 – 2013, nr. 53-2891/004, 5.

op te sommen waaraan een rechtsverhouding moet voldoen vooraleer zij kan erkend als 'trust' door middel van het internationaal privaatrechtelijke proces.³³⁴¹ Omwille van het nauwe verband tussen de definitie van de juridische constructie type 1 en *trusts*, wordt deze definitie hier aan een diepgaandere analyse onderworpen.

1251. Dat in de fiscale definitie van de juridische constructie type 1 bijzondere trustgerelateerde terminologie achterwege werd gelaten, geeft blijk van de wens van de wetgever om "juridische constructies in het algemeen" te viseren.³³⁴² Deze passage in de memorie van toelichting wijst er aldus op dat het hier gaat om een autonoom fiscaalrechtelijk begrip, zodat voor de betekenis en interpretatie ervan niet moet worden gekeken naar de betekenis die er aan toekomt in het WIPR of het Haagse Trustverdrag. Voor wat betreft de interpretatie van dit fiscaalrechtelijk begrip is het voorgaande aldus van groot belang. Zulks zal verder in het raam van de bespreking van de toepassing van de kaaimantaks op 'gelaagde structuren' overigens verder blijken. Echter, gelet op het feit dat de fiscale wet strikt moet worden geïnterpreteerd, mag aan de fiscaalrechtelijke definitie van de juridische constructie type 1 o.i. ook geen bredere betekenis worden toegeschreven dan de wettekst toelaat.

Dit impliceert o.i. in de eerste plaats dat, om als een juridische constructie type 1 te worden beschouwd, de rechtsfiguur in kwestie moet voldoen aan alle in de wettekst opgesomde criteria. In de eerste plaats omdat de wettekst stelt: "Die rechtsverhouding heeft de volgende kenmerken", en aldus imperatieve taal hanteert. Deze visie wordt kennelijk ook gedeeld door de minister van Financiën, die in de Kamercommissie stelde dat aan alle in artikel 2, §1, 13°, a) WIB 1992 genoemde voorwaarden moet zijn voldaan om te bepalen of er al dan niet sprake is van een juridische constructie type 1.³³⁴³

1252. Het is echter nog maar de vraag of het voorgaande ons ver brengt, gelet op de generalistische aard van de internationaal privaatrechtelijke omschrijvingen die als inspiratiebron voor de voorliggende fiscale definitie hebben gediend. Hoger (*supra*, randnr. 484 en 725) is immers gebleken dat, behalve *common law trust*, ook andere rechtsfiguren voldoen aan de opgesomde kenmerken. Daaruit volgt dat

³³⁴¹ Zie ook: N. APPERMONT, "Het gebruik van buitenlandse trust(achtige) figuren door belastingplichtigen in België in het vizier" in R. BARBAIX, N. CARETTE (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2014*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 241.

³³⁴² Wetsontwerp houdende diverse bepalingen, amendementen, *Parl.St.* Kamer 2012 – 2013, nr. 53-2891/004, 5.

³³⁴³ Ontwerp van programmawet, verslag van de tweede lezing namens de Commissie voor de Financiën en de Begroting, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/013, 17, over de vraag of bepaalde beleggingsfondsen kunnen worden beschouwd als een juridische constructie type 1: "Voor deze fondsen zal dus moeten worden nagegaan of de definitie uit artikel 2, § 1, 13°, a, WIB 92, van toepassing is. Hierbij moet worden getoetst of aan alle voorwaarden van deze definitie is voldaan. Meer specifiek zal moeten worden nagegaan of de eigendomstitel van de ingebrachte activa of kapitalen is opgesteld op naam van de beheerder of op naam van een andere persoon voor rekening van een beheerder. In principe zal dit niet het geval zijn wanneer bijvoorbeeld de houders van delen in de fondsen in onverdeeldheid eigenaar zijn van de activa waarin wordt belegd." (eigen onderlijning).

dit evenzeer het geval zal zijn voor de definitie van de juridische constructie type 1.³³⁴⁴ Principieel zullen *trusts* aldus aan te merken vallen als juridische constructies type 1.

Opgemerkt moet echter worden dat de keuze van de wetgever om zich voor een fiscaalrechtelijke definitie te verlaten op wat in een andere rechtstak slechts geldt als een omschrijving niet geheel zonder risico is.³³⁴⁵ Dit geldt *a fortiori* indien de wetgever besluit om zelf wijzigingen aan te brengen aan de omschrijving, die (kunnen) leiden tot een restrictieve(re) definitie. Dat dit laatste ook is gebeurd, blijkt uit het gegeven dat de verwijzing naar een 'rechtstitel' in hoofde van de *trustee* werd vervangen door het begrip 'eigendomstitel'.³³⁴⁶ Welnu, uit het voorgaande (*supra*, randnr. 117 en 485) is duidelijk gebleken dat de opstellers van het Haagse Trustverdrag een verwijzing naar het eigendomsbegrip zeer bewust achterwege hebben gelaten. O.i. rijst dan ook de vraag, daarbij abstractie makend van enige fiscale problematiek, of trustverhoudingen waarbij de 'eigendomstitel' expliciet niet bij de *trustee* (zijnde de beheerder) berust, wel als een juridische constructie type 1 kunnen worden beschouwd. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de Québec-*trust*. Luidens artikel 1278 van het Burgerlijk Wetboek van Québec wordt de rechtstitel met betrekking tot de trustgoederen wel toegewezen aan de *trustee*, maar heeft de *trustee* geen zakelijk recht – en dus ook geen eigendomsrecht – met betrekking tot de trustgoederen.³³⁴⁷ Hetzelfde geldt voor de Tsjechische trustfiguur.³³⁴⁸ Dergelijke *trusts* zijn overigens ook geen rechtspersonen, zodat de trustgoederen niet zijn opgesteld op naam van een

³³⁴⁴ Eensluidend: T. AFSCHRIFT, "La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (première partie)", *JDF* 2016, 14, die verwijst naar Luxemburgse en Zwitserse *fiducie*-overeenkomsten. O.i. zal bijvoorbeeld de Franse *fiducie* in beginsel ook voldoen aan de voorwaarden om als een juridische constructie type 1 te worden beschouwd.

³³⁴⁵ Zie in dat verband: N. APPERMONT, "Foreign trust (-like) structures catch Belgium's aim", *Trusts & Trustees* 2015, 235 – 236; N. APPERMONT, "Het gebruik van buitenlandse trust(achtige) figuren door belastingplichtigen in België in het vizier" in R. BARBAIX, N. CARETTE (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2014*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 241 – 244.

³³⁴⁶ In de authentieke Franse versie van het Haagse Trustverdrag valt te lezen dat het om "la titre relatif aux biens du trust" gaat. Deze terminologie werd gekopieerd door de Franstalige versie van artikel 122 WIPR. In de Franstalige versie van artikel 2, §1, 13°, a) WIB 1992 wordt evenwel verwezen naar "le titre de propriété relatif aux biens du trust".

³³⁴⁷ G. GRETTON, "Up there in the *Begriffshimmel*?" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 533; A. POPOVICI, "Trusting Patrimonies" in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 200 – 205; D. HAYTON, "Reflections on The Hague Trust Convention after 30 years", *Journal of Private International Law* 2016, afl. 1, 7 – 8.

Zie: art. 1261 *Code civil du Québec*: "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." (eigen onderlijning).

De kwalificatie van de Québec *trust* als een geheel op zichzelf staand vermogen zonder rechtspersoonlijkheid gaat evenwel gepaard met enkele controverses, zie: A. POPOVICI, "Trust in Quebec and Czech Law: Autonomous Patrimonies?", *ERPL* 2016, 929 – 950.

³³⁴⁸ I. SÁNDOR, "Different types of trust from an Ownership Aspect", *ERPL* 2016, 1212 – 1213.

andere persoon 'voor rekening van' de *trustee*. Evenmin kan het gaan om juridische constructies type 2 (zie *infra*, randnr. 1257 e.v.).

In andere gevallen worden de trustgoederen niet gezien als op zichzelf staande goederen, maar situeert het eigendomsrecht zich niet bij de *trustee*, die slechts beheersbevoegdheden heeft. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de Zuid-Afrikaanse 'bewind-trust'.³³⁴⁹ Ook in Israël is het mogelijk om goederen onder een trustbewind te stellen zonder de eigendomstitel over te dragen aan een *trustee*.³³⁵⁰ Deze beperking van het toepassingsgebied van het begrip 'juridische constructie type 1' oogt dan ook ongewoon, gelet op de kennelijke wens van de wetgever om een veelheid aan 'fiduciaire' juridische constructies te vatten onder dit begrip.

In de mate dat deze rechtsfiguren niet zouden kunnen worden beschouwd als een juridische constructie, is er o.i. niets wat verhindert dat zij de hoger (zie *supra*, randnr. 1227 e.v.) uiteengezette fiscale behandeling zouden ondergaan. In dat geval is de kaaimantaks o.i. immers helemaal niet van toepassing, zodat bijvoorbeeld een *fixed trust* een onvolkomen fiscaal transparante behandeling zou moeten genieten.

1253. In de rechtsleer wordt opgemerkt dat rechtspersonen niet in aanmerking komen om als zodanig te worden beschouwd als een juridische constructie type 1.³³⁵¹ Dit standpunt dient echter nader te worden verduidelijkt. GOYVAERTS merkt in dit verband op dat de beheerder van een juridische constructie type 1 zowel een rechtspersoon als een natuurlijke persoon kan zijn.³³⁵² Dit is ongetwijfeld juist, gelet op het feit dat bijvoorbeeld het trusteeschap kan worden waargenomen door een rechtspersoon. Maar dit impliceert nog niet per definitie dat die rechtspersoon dan zelf als de juridische constructie in kwestie moet worden aangemerkt, ofschoon dit misschien wel mogelijk is. Het zal in beginsel de rechtsverhouding zijn waarbinnen de rechtspersoon in kwestie optreedt, die als juridische constructie type 1 wordt beschouwd. Zo zal bijvoorbeeld de trustverhouding als zodanig als juridische constructie worden beschouwd, in plaats van de *trustee*-rechtspersoon.

In de memorie van toelichting bij de kaaimantaks wordt bij de (door de kaaimantaks vernieuwde, zie *infra*, randnr. 1257) definitie van de juridische

³³⁴⁹ M.J. DE WAAL, "The Uniformity of Ownership, *Numerus Clausus* and the Reception of the Trust in South-African Law", *European Review of Private Law* 2000, 448 – 449; F. DU TOIT, *South African Trust Law: Principles & Practice*, Butterworths, Kaapstad, 2002, 3 – 4; E. CAMERON, M.J. DE WAAL, E. KAHN, M. SOLOMON, B. WUSCH, *Honoré's South African Law of Trusts*, Kaapstad, Juta, 2002, 6 – 8, 272 – 277.

In het geval van een 'bewind-trust' wordt immers de *beneficiary* geacht de eigenaar van de onder trustverband gebrachte goederen te zijn.

³³⁵⁰ I. SÁNDOR, "Different types of trust from an Ownership Aspect", *ERPL* 2016, 1197.

³³⁵¹ T. AFSCHRIFT, "La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (première partie)", *JDF* 2016, 14; A. HAELTERMAN, E. MAES, "De kaaimantaks – Wie ontspringt de dans nog? Nieuw fiscaal regime viseert private offshore-vermogensstructuren" in A.-L. VERBEKE, F. BUYSENS (eds.), *Notariële Actualiteit* 2014 – 2015, Antwerpen, Intersentia, 2015, 241; N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 8.

³³⁵² G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 879.

constructie type 2 overigens gesteld dat die definitie slaat op “de *juridische constructie met rechtspersoonlijkheid*”.³³⁵³ De visie van de wetgever leent zich vrij gemakkelijk tot een *a contrario*-redenering. Echter, nergens wordt expliciet uitgesloten dat een juridische constructie type 1 geen rechtspersoon zou kunnen zijn.

Op zichzelf genomen is deze conclusie vrij merkwaardig, aangezien noch onder het Haagse Trustverdrag, noch onder het WIPR een rechtspersoon zou geacht worden te voldoen aan de voorwaarden om als ‘*trust*’ te worden beschouwd. Daarvoor bestaat immers een geheel afzonderlijke internationaal privaatrechtelijke verwijzingscategorie. Het gegeven dat de wetgever heeft geopteerd voor een autonome fiscaalrechtelijke definitie maakt echter dat deze conclusie niet zonder meer opgaat *in fiscalibus*. De loskoppeling van de onderliggende juridische realiteit, alsook de juridische context waaruit de oorspronkelijke definitie voortvloeit, draagt aldus in zich het potentieel om tot rechtsonzekerheid aanleiding te geven.

Een tweede argument zou kunnen zijn dat indien het een rechtspersoon betreft, de goederen in beginsel eigendom zullen zijn van de rechtspersoon in kwestie. Deze goederen zullen dan ook principieel in het ‘eigen vermogen’ van die rechtspersoon zullen vallen. Zo kan een rechtspersoon—*trustee* aldus titularis zijn van diens ‘eigen vermogen’ en een ‘afgescheiden trustvermogen’. Dat afgescheiden vermogen vindt dan echter net zijn grondslag in het gegeven dat de rechtspersoon optreedt in het raam van een rechtsverhouding die buiten zichzelf gelegen is, bijvoorbeeld een trustverhouding of een fiducieverhouding.

Een derde argument wordt gevormd door de eerste zin van artikel 2, §1, 13°, a): het dient te gaan om een ‘rechtsverhouding waarbij goederen of rechten onder de macht van een beheerder worden gebracht’. Deze passage kan worden opgevat in de zin dat het moet gaan om een rechtsverhouding *waarbinnen* de beheerder optreedt in een bepaalde hoedanigheid. Tegelijk sluit de wettekst ook niet expliciet uit dat de door de oprichter in het leven geroepen rechtsverhouding niet de beheerder zelf (i.e. als rechtspersoon) zou kunnen zijn.

Tot slot blijkt uit de hoger geciteerde definitie ook dat de (rechts)persoon die als beheerder optreedt, de goederen die zich in het afgescheiden vermogen bevinden, beheert in eigen naam maar geheel voor rekening van een ander persoon of een bepaald doel.³³⁵⁴ Welnu, indien de beheerder een rechtspersoon is die niet optreedt binnen een extern juridisch kader dat de juridische constructie type 1 vormt, rijst de vraag wat dan nog van de afzonderlijke rechtspersoonlijkheid zou overblijven indien de rechtspersoon de goederen toch geheel ‘voor rekening van’ de begunstigde of een bepaald doel zou beheren. Opnieuw dient tegelijk te worden opgemerkt dat het optreden ‘voor rekening’ van, in deze context een bijzonder vaag criterium vormt (zie *supra*, randnr. 144 en 631).

³³⁵³ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl. St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 34.

³³⁵⁴ G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, 879.

Ofschoon er o.i. verschillende goede argumenten kunnen worden aangebracht om slechts rechtsverhoudingen die *als zodanig* geen rechtspersoonlijkheid hebben, maar waarbinnen wel rechtspersonen kunnen optreden, als een juridische constructie type 1 te beschouwen, kan hiertoe geen expliciete en doorslaggevende grondslag in de wettekst zelf worden gevonden, te meer nu deze definitie niet zonder meer kan worden geïnterpreteerd in het licht van haar internationaal privaatrechtelijke oorsprong.³³⁵⁵ Bij gebreke aan een nadere verduidelijking door de wetgever kan aldus niet met absolute zekerheid worden uitgesloten dat een rechtspersoon die om welke reden dan ook niet kan worden beschouwd als een juridische constructie type 2, op zijn beurt niet zou kunnen worden aangemerkt als een juridische constructie type 1. Zowel de (buiten het fiscaal recht gelegen) historiek als de structuur van deze fiscale wetsbepaling wijzen o.i. echter in de andere richting.

1254. Wat ook zij van het voorgaande, het moge in ieder geval duidelijk zijn dat trustverhoudingen principieel zullen kwalificeren als een juridische constructie type 1, gesteld dat is voldaan aan de voorwaarden die de wet vooropstelt.

In tegenstelling tot wat voorheen het geval was *in fiscalibus*, wordt door de kaaimantaks geen onderscheid gemaakt tussen *bare trusts*, *fixed trusts* en *discretionary trusts*. Hoger (*supra*, randnr. 1227 - 1243) werd aangetoond dat de verschillen tussen deze verschillende trustsoorten belangrijke fiscaalrechtelijke implicaties hadden. Dit onderscheid wordt door de kaaimantaks op het eerste gezicht opgeheven. Immers, nergens wordt een onderscheid gemaakt tussen verschillende trustsoorten. Hoger (*supra*, randnr. 1088 e.v.) bleek echter wel dat voor de toepassing van het Nederlandse APV-regime dit onderscheid wél nog geacht wordt relevant te zijn. De hoger geciteerde definitie maakt echter geen onderscheid tussen structuren waarbij de begunstigden een vastomlijnde aanspraak hebben en structuren waarbij enig vorderingsrecht in hoofde van de begunstigden ontbreekt. Het standpunt dat voor wat betreft de toepassing van de kaaimantaks geen onderscheid moet worden gemaakt tussen *fixed trusts* en *discretionary trusts*, werd tevens bevestigd door de minister van Financiën.³³⁵⁶

1255. In de memorie van toelichting bij de kaaimantaks kan echter de volgende markante passage worden aangetroffen: "*Discretionaire Trusts – zo genoemd vanwege de discretionaire bevoegdheden van de beheerder – zijn meestal alleen op papier discretionair. In werkelijkheid houdt de oprichter – de persoon die de trust opricht en de vermogensbestanddelen overdraagt aan de trustee – controle over het vermogen via een zogenaamde "side letter" of "letter of wishes" die geen deel uitmaken van gepubliceerde statuten. In die overeenkomst staat dan dat de opdrachtgever de instructies uit zal voeren van de opdrachtgever (degene die het vermogen heeft ingebracht). In realiteit behoudt de oprichter dus de*

³³⁵⁵ Cf. A. VAN ZANTBEEK, "Constructies aangeven", *TFR* 2014, 511 – 515, i.h.b. 512.

³³⁵⁶ Integraal Verslag van de bijeenkomst van de Commissie voor Financiën en Begroting van 1 februari 2017, *Parl.St.* Kamer 2016 – 2017, nr. COM 582, 34: "Voor de toepassing van de kaaimantaks wordt geen onderscheid gemaakt tussen de zogenaamde *fixed interest trust* of de *discretionaire trust*."

*beschikkingsmacht over het vermogen. Niemand vertrouwt immers zijn vermogen toe aan een onbekende beheerder in een belastingparadijs.*³³⁵⁷

Deze passage is markant om verschillende redenen. Ten eerste omdat de Belgische wetgever hiermee aangeeft dat de *discretionary trust*, nochtans een gevestigd juridisch instituut binnen nagenoeg ieder *common law*-land (zie *supra*, randnr. 208 e.v.), in feite gewoon niet bestaat. Deze bewering strijdt met het trustrecht van nagenoeg ieder *common law*-land, maar in feite ook in strijd met de bepalingen van het WIPR, waar wordt verwezen naar het recht van dergelijke landen. In het bijzonder kan hier worden gedacht aan artikel 125 WIPR, dat de gevolgen van de *trust* onderwerpt aan de *lex causae*, alsook de rechten en verplichtingen die uit de trustverhouding voortvloeien. Het standpunt is bovendien strijdig met dat van de federale fiscale administratie zelf, die in verschillende voorafgaande beslissingen het bestaan ervan heeft erkend (zie *supra*, randnr. 1149 e.v.). Bovendien wordt dit onderscheid nog steeds gehanteerd door zowel de federale fiscale administratie als VLABEL in het raam van de successierechten/erfbelasting (zie *supra*, randnr. 1138), zij dat het onderscheid tussen beide trustvarianten voor wat betreft artikel 2.7.1.0.6. VCF niet meer relevant zou zijn, in de mate dat deze wetsbepaling überhaupt toepassing kan vinden op *trusts* (zie *supra*, randnr. 1131 en 1163). Om tot de belastbaarheid van *fixed trusts* te besluiten was overigens geen kaaimantaks nodig geweest (zie *supra*, randnr. 1134 – 1139).

Een tweede reden waarom deze passage markant is, bestaat er in dat in de memorie van toelichting bij de kaaimantaks wordt aangegeven dat de doorrijkbelasting een belasting is "*waarbij inkomsten die voordien niet belastbaar waren, door het invoeren van een transparante behandeling vanaf de inwerkingtreding van deze regeling nu wel belastbaar zullen zijn*".³³⁵⁸ Gelijkaardige opmerkingen werden ook geformuleerd door de minister van Financiën.³³⁵⁹ Deze standpunten worden echter niet ondersteund door de wettekst, die *fixed trusts*, *bare trusts* en *mixed trusts* aan dezelfde fiscale behandeling onderwerpt als *discretionary trusts*. Vooralsnog moet er dan ook van worden uitgegaan dat alle trustcategorieën die voldoen aan de in artikel 2, §1, 13°, a) genoemde voorwaarden als een juridische constructie type 1 moeten worden aangemerkt. De redenen die in het Nederlandse recht bestaan om *fixed trusts* uit te sluiten van het APV-regime (zie *supra*, randnr. 1088 e.v.) zijn immers als zodanig niet aanwezig in het kaaimantakscontentieux.

Een derde reden waarom de geciteerde passage zeer markant is, bestaat in het gegeven dat in een latere passage van de memorie van toelichting, de wetgever

³³⁵⁷ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 26 – 27. Dit standpunt wordt onderschreven door VERBEKE, die een gelijkaardige mening is toegedaan, zie: A-L. VERBEKE, "Trusts in België: liaisons dangereuses", *TPR* 2012, 693 – 704.

³³⁵⁸ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 - 2015, nr. 54-1125/001, 32.

³³⁵⁹ Ontwerp van programmawet, verslag van de tweede lezing namens de Commissie voor de Financiën en de Begroting, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/013, 18.

kennelijk wél aanneemt dat een *discretionary trust* toch kan bestaan (zie *infra*, randnr. 1273).³³⁶⁰

Bovendien is het te betreuren dat de Belgische wetgever geheel nalaat om enige vorm van empirisch bewijs te citeren dat zijn stelling ondersteunt. In de memorie van toelichting werden daarentegen slechts een krantenartikel en een geanonimiseerde '*letter of wishes*' opgenomen.³³⁶¹ Hieruit blijkt dat het kennelijk slechts gaat om een assumptie van de Belgische wetgever, die op geen enkel ogenblik wordt gesubstantieerd.

1256. Tot slot moet nog worden opgemerkt dat de hoger geciteerde definitie op geen enkele wijze rekening houdt met het gegeven of de *trust* (of de *trustee*) reeds in enige vorm van belastingheffing is betrokken in het buitenland. In tegenstelling tot wat het geval is voor juridische constructies type 2 speelt dit gegeven geen enkele rol (*cf. infra*, randnr. 1260). Uit dit alles blijkt o.i. opnieuw het sterke wantrouwen van de wetgever ten aanzien van *trusts*.

ii. In zijn tweede betekenis

1257. Naar aanleiding van de invoering van de kaaimantaks opteerde de wetgever voor de invoering van een nieuwe definitie voor juridische constructies van het tweede type. Bedoeling van de wetgever was om daarmee in te spelen op het veranderende internationale fiscale landschap.³³⁶² De nieuwe definitie³³⁶³, die werd ingevoegd in artikel 2, §1, 13°, b) WIB 1992 merkt als juridische constructie:

"enigerlei vennootschap, vereniging, inrichting, instelling of entiteit, die rechtspersoonlijkheid bezit, en die, krachtens de bepalingen van de wetgeving van de Staat of het rechtsgebied waar hij gevestigd is, aldaar ofwel niet aan een inkomstenbelasting is onderworpen ofwel onderworpen is aan een inkomstenbelasting die minder dan 15 pct. bedraagt van het belastbaar inkomen van deze juridische constructie dat wordt vastgesteld overeenkomstig de regels die van toepassing zijn voor het vestigen van de Belgische belasting op daarmee overeenstemmende inkomsten."

³³⁶⁰ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 - 2015, nr. 54-1125/001, 32.

³³⁶¹ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 - 2015, nr. 54-1125/001, 25 - 28.

³³⁶² MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 - 2015, nr. 54-1125/001, 34.

³³⁶³ Voorheen gold de volgende definitie, ingevoegd door artikel 35 wet van 30 juli 2013 houdende diverse bepalingen, *BS* 1 augustus 2013, 48270: "een niet-inwoner bedoeld in artikel 227, 2° of 3° die, krachtens de bepalingen van de wetgeving van het land of rechtsgebied waar hij gevestigd is, aldaar niet aan een inkomstenbelasting is onderworpen of aldaar, wat de inkomsten van kapitalen en roerende goederen betreft, aan een aanzienlijk gunstigere belastingregeling is onderworpen dan die waaraan die inkomsten in België zijn onderworpen en waarvan de juridische rechten van de aandelen of deelbewijzen geheel of gedeeltelijk door een rijksinwoner zijn gehouden of waarvan de begunstigde van de economische rechten van de goederen en kapitalen een rijksinwoner is."

Hoewel niet expliciet aangewezen in de definitie van juridische constructies type 2, kan worden aangenomen dat ook stichtingen in aanmerking komen om als een juridische constructie type 2 te worden beschouwd, aangezien zij in de regel zullen zijn bekleed met rechtspersoonlijkheid. Uit de memorie van toelichting blijkt echter dat de wetgever een slag om de arm wenste te houden, aangezien wordt vermeld dat in deze definitie van stichtingen (en zelfs *trusts*) niet wordt gesproken omdat zij slechts rechtspersoonlijkheid zouden bezitten naar gelang het land van vestiging.³³⁶⁴

1258. Op grond van de voorgaande definitie kan worden gesteld dat een entiteit aldus aan verschillende voorwaarden moet voldoen om als een juridische constructie type 2 te worden beschouwd.³³⁶⁵

1259. De eerste voorwaarde die uit de wettekst blijkt, is dat het moet gaan om een entiteit die door de *lex societatis* wordt bekleed met rechtspersoonlijkheid. Op zichzelf genomen is deze voorwaarde reeds voldoende om nagenoeg iedere trustfiguur uit te sluiten. Behoudens zeer specifieke gevallen, die in dit onderzoek niet verder aan bod komen, zullen *trusts* immers nagenoeg nooit zijn bekleed met rechtspersoonlijkheid. Zulks geldt overigens niet alleen voor *common law-trusts*, maar evenzeer voor trustvarianten die kunnen worden aangetroffen in *mixed jurisdictions* als Schotland, Québec en Zuid-Afrika én voor trustvarianten die kunnen worden aangetroffen in *civil law*-stelsels.³³⁶⁶ *Trusts* zullen dus principieel niet kwalificeren als een juridische constructie type 2. Het voorgaande is overigens niet verwonderlijk, nu de definitie van de juridische constructie type 1 sterk is gebaseerd op de gangbare internationaal privaatrechtelijke omschrijving van het trustbegrip. Gelet op het opzet van voorliggend onderzoek, blijven de juridische constructies type 2 aldus verder principieel buiten beschouwing. Zij worden slechts in het verdere verloop van dit onderzoek betrokken op punten waar zulks dienend of noodzakelijk blijkt te zijn.

1260. De tweede voorwaarde is een 'taxatievoorwaarde': indien de entiteit in het buitenland wordt onderworpen aan een 'effectieve heffing' op een fictieve belastbare grondslag, te bepalen aan de hand van de overeenstemmende Belgische regels, wordt de rechtspersoon niet als een juridische constructie beschouwd. Deze taxatievoorwaarde, die oorspronkelijk slechts opgenomen was in het ontwerp van artikel 5/1 WIB 1992 (zie *infra*, randnr. 1295), werd op suggestie van de Raad van State opgenomen in de definitie van het begrip 'juridische constructie type 2'.³³⁶⁷ Deze regeling, die is geïnspireerd door een analoge taxatievoorwaarde die

³³⁶⁴ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 - 2015, nr. 54-1125/001, 335.

³³⁶⁵ T. AFSCHRIFT, "La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (première partie)", *JDF* 2016, 16 - 19.

³³⁶⁶ Zie *supra*, vn. 967 en 1769.

³³⁶⁷ Adv.RvS 57.455/1-2-3-4 van 5 mei 2015 bij het voorontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 - 2015, nr. 54-1125/001, 161.

Zie daarover: N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 23 - 26.

voorheen was opgenomen in de Nederlandse APV-regeling³³⁶⁸, vereist dat de rechtspersoon in het buitenland wordt onderworpen aan een effectieve heffing van 15%, te berekenen op basis van een belastbare grondslag die wordt vastgesteld aan de hand van de Belgische regels die van toepassing zijn op het vestigen van de belasting op de daarmee overeenstemmende inkomsten. De voorheen bestaande Nederlandse regeling vereiste slechts een effectieve heffing van 10% naar Nederlandse maatstaven.

Het voorgaande impliceert dat eerst moet worden nagegaan of de rechtspersoon in België belastbaar zou zijn geweest in de rechtspersonenbelasting of de vennootschapsbelasting. Vervolgens moet voor deze rechtspersoon de belastbare grondslag worden vastgesteld *alsof* deze onderworpen was aan de toepasselijke Belgische inkomstenbelasting. Daarbij moet dus rekening worden gehouden met alle toepasselijke heffingsregels. Wanneer de belastbare grondslag is vastgesteld, moet vervolgens de effectief in het buitenland betaalde belasting worden vergeleken met deze fictieve Belgische belastbare grondslag. Indien de in het buitenland betaalde belasting overeenstemt met een belasting van minstens 15%, rekening houdende met de fictieve Belgische belastbare grondslag, is aan de taxatievoorwaarde voldaan, en kwalificeert de rechtspersoon voor dat inkomstenjaar³³⁶⁹ niet als een juridische constructie. Deze oefening moet voor ieder inkomstenjaar afzonderlijk worden gemaakt. Het weze nogmaals opgemerkt dat deze taxatievoorwaarde niet werd opgenomen in de definitie van de juridische constructie type 1.

1261. De wet maakt vervolgens een onderscheid tussen juridische constructies type 2 die gevestigd zijn in de EER en juridische constructies type 2 die gevestigd zijn buiten de EER. Luidens het tweede lid van artikel 2, §1, 13°, b) WIB 1992 kunnen rechtspersonen die zijn gevestigd in de EER principieel niet worden aangemerkt als een 'juridische constructie', behoudens wanneer zij in een Koninklijk Besluit als zodanig worden aangemerkt. Luidens het derde lid van deze wetbepaling kan de Koning eveneens op exemplatieve wijze aangeven welke rechtspersonen die buiten de EER zijn gevestigd, worden vermoed te voldoen aan de definitie van een juridische constructie type 2. Beide gevallen worden geregeld door een afzonderlijk KB.³³⁷⁰ Opmerkelijk is dat het EER-KB geacht wordt een

³³⁶⁸ Heden is deze taxatievoorwaarde in het Nederlandse APV-regime echter geschrapt en vervangen door een 'materiële ondernemingseis' in combinatie met een 'onderworpenheidseis'. Zie: art. 2.14a, zevende lid Wet IB 2001.

Zie nader over deze wetwijziging: J.P. BOER, "Aanpassingen van het APV-regime in het Belastingplan 2017 – de nieuwe toerekeningsstop geanalyseerd", *FTV* 2017/7, 5 – 15.

³³⁶⁹ N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 25; G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 882.

³³⁷⁰ KB van 18 december 2015 tot uitvoering van artikel 2, §1, 13°, b), tweede lid van het wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, *BS* 29 december 2015, 79844; KB van 23 augustus 2015 tot uitvoering van artikel 2, §1, 13°, b), derde lid van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, *BS* 28 augustus 2015, 55312.

Het oorspronkelijke EER-KB werd vervangen naar aanleiding van de reparatiewet van 26 december 2015, die de kaaimantaks op enkele punten heeft gewijzigd.

Zie: artt. 102 – 109 van de wet van 26 december 2015 houdende maatregelen inzake versterking van jobcreatie en koopkracht, *BS* 30 december 2015, 80634.

'onweerlegbaar' vermoeden te bevatten dat de erin aangeduide entiteiten kwalificeren als een juridische constructie.³³⁷¹ In het geval de entiteit in kwestie in het buitenland toch in een voldoende effectieve belastingheffing zou worden betrokken, bijvoorbeeld door wijzigingen in de buitenlandse fiscale wet, kan de desbetreffende entiteit o.i. evenwel niet worden aangemerkt als een juridische constructie, ook indien het Belgische EER-KB in tussentijd niet zou zijn aangepast aan deze nieuwe realiteit, gelet op de in de fiscale wet opgenomen taxatievoorwaarde.

iii. Uitzonderingsgevallen

1262. Luidens artikel 2, §1, 13/1° worden, in afwijking van punt 13° van dezelfde wetsbepaling, niet geacht een juridische constructie te zijn:

a) een openbare of institutionele instelling voor collectieve belegging of een instelling voor belegging in schuldvorderingen bedoeld in artikel 3, 2°, 3° of 7°, van de wet van 3 augustus 2012 betreffende de instellingen voor collectieve belegging die voldoen aan de voorwaarden van Richtlijn 2009/65/EG en de instellingen voor belegging in schuldvorderingen;

b) een openbare of institutionele alternatieve instelling voor collectieve belegging bedoeld in artikel 3, 4° of 6°, van de wet van 19 april 2014 betreffende de alternatieve instellingen voor collectieve belegging en hun beheerders;

c) een entiteit die geen instelling is als bedoeld in a) of b), en die zich uitsluitend toelegt op verrichtingen van:

- het beheer en het beleggen van fondsen, ingezameld om wettelijke en aanvullende pensioenen toe te kennen, of;

- het beheer van werknemersparticipaties in de financiering van hun onderneming of van de groep waartoe die behoort;

d) een vennootschap, waarvan de effecten zijn genoteerd aan een effectenbeurs van een lidstaat van de Europese Unie onder de voorwaarden van de Richtlijn 2001/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 mei 2001 betreffende de toelating van effecten tot de officiële notering aan een effectenbeurs en de

³³⁷¹ Uit het advies van de Raad van State bij het voorontwerp van programmawet kan met zekerheid worden afgeleid dat dit inderdaad de bedoeling was van de opstellers van het voorontwerp, zie: Adv.RvS 57.455/1-2-3-4 van 5 mei 2015 bij het voorontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 163.

Dit standpunt werd ook bevestigd door de minister van Financiën gedurende de debatten in de Kamercommissie voor Financiën en Begroting, zie: Verslag van de eerste lezing namens de Commissie voor de Financiën en de Begroting betreffende het ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/009, 17.

Zie tevens: A. HAELTERMAN, E. MAES, "De kaaimantaks – Wie ontspringt de dans nog? Nieuw fiscaal regime viseert private offshore-vermogensstructuren" in A-L. VERBEKE, F. BUYSSENS (eds.), *Notariële Actualiteit* 2014 – 2015, Antwerpen, Intersentia, 2015, 243.

informatie die over deze effecten moet worden gepubliceerd, of van een derde Staat waarvan de wetgeving analoge toelatingsvoorwaarden voorziet;"

Gelet op de verregaande fiscale gevolgen van de kaaimantaks (zie *infra*, randnr. 1292 e.v.), achtte de wetgever het nodig om in een aantal uitzonderingen te voorzien. Zoals hoger (*supra*, randnr. 1200) werd opgemerkt, ligt aan de kaaimantaks een fundamentele misbruikgedachte ten grondslag, ofschoon zulks in de wettekst niet uitdrukkelijk tot uiting komt.³³⁷² Gelet op het brede toepassingsgebied van de hoger uiteengezette definities van de juridische constructie type 1 en de juridische constructie type 2, wenste de wetgever vervolgens te vermijden dat allerlei entiteiten in het vaarwater van de kaaimantaks zouden terechtkomen die door dit fiscaal regime niet worden gevisieerd.³³⁷³

1263. Uit het voorgaande blijkt aldus dat collectieve beleggingsinstellingen, pensioen- en werknemersparticipatiefondsen en beursgenoteerde vennootschappen in beginsel niet kunnen worden aangemerkt als juridische constructie, ook indien zij desgevallend de vorm zouden aannemen van een *trust*. Met de wet van 26 december 2015 voerde de wetgever echter een specifieke antimisbruikbepaling in, teneinde ontwijking van de kaaimantaks te voorkomen.³³⁷⁴ Deze wet voerde met name een uitzondering in voor het geval waar een belastingplichtige met 'verbonden personen' zou beleggen in een entiteit die onder de uitzondering viel. In de toelichting bij de wet van 26 december 2015 wordt in dit verband het volgende opgemerkt: "Zo is het bijvoorbeeld niet wenselijk dat er voor een juridische constructie enkel en alleen een beursnotering zou worden aangevraagd met de bedoeling om te ontsnappen aan het aanslagstelsel. Ook de in artikel 2, §1, 13/1^o, a) en b), WIB 92 bedoelde beleggingsvennootschappen of compartimenten van deze beleggingsvennootschappen waarvan de rechten worden aangehouden door één persoon of meerdere met elkaar verbonden personen worden door deze misbruikbepaling gevisieerd."³³⁷⁵

Naar aanleiding van deze wetswijziging werd tevens de zogeheten *substance*-uitzondering verwijderd uit artikel 2, §1, 13/1^o WIB 1992 (zie *infra*, randnr. 1321 e.v.). Deze uitzonderingsregeling werd vervolgens opgenomen in artikel 5/1, §3, b) WIB 1992. Ten gevolge van deze wetswijziging zal een entiteit die aan deze voorwaarde voldoet, worden uitgezonderd van de bijzondere doorkijkregeling die het hart vormt van de kaaimantaks, maar wel onderworpen blijven aan de aangifteplicht. De entiteit zal immers kwalificeren als een juridische constructie, ook indien zij voldoet aan de *substance*-voorwaarde.

1264. Ofschoon de genoemde uitzonderingen gelden voor beide types juridische constructies, hebben zij geen bijzonder belang voor het gebruik van buitenlandse

³³⁷² Zie *supra*, vn. 3208.

³³⁷³ G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 884.

³³⁷⁴ Art. 102 van de wet van 26 december 2015 houdende maatregelen inzake versterking van jobcreatie en koopkracht, *BS* 30 december 2015, 80634.

³³⁷⁵ Wetsontwerp houdende maatregelen inzake versterking van jobcreatie en koopkracht, amendementen, *Parl.St.* Kamer 2014 – 15, nr. 54-1520/003, 11.

trusts (in de klassieke zin begrepen) door Belgische belastingplichtigen, gelet op de afbakening van voorliggend onderzoek (zie *supra*, randnr. 26 – 29). De uitzondering is daarentegen veeleer gericht op, bijvoorbeeld, Luxemburgse SICAV-structuren.³³⁷⁶ Om deze reden worden deze uitzonderingen hier niet aan een meer diepgaande analyse onderworpen.³³⁷⁷

c. Het oprichtersbegrip

1265. Nadat eerst werd nagegaan welke entiteiten en rechtsverhoudingen (kunnen) worden beschouwd als een juridische constructie, is het vervolgens noodzakelijk na te gaan welke personen worden onderworpen aan de aangifteplicht voor buitenlandse juridische constructies en welke personen ten gevolge van de door de kaaimantaks ingevoerde doorkijkregeling in de toepasselijke Belgische belastingheffing kunnen worden betrokken. Indien het oogmerk van de kaaimantaks erin bestaat om middels een doorkijkregeling het afzonderlijke bestaan van bepaalde buitenlandse entiteiten en rechtsverhoudingen te negeren, is het noodzakelijk dat de door de entiteit verkregen inkomsten fiscaal kunnen worden toegerekend aan andere natuurlijke personen of rechtspersonen, teneinde te voorzien in een daadwerkelijke belastingheffing.

1266. De oorspronkelijke versie van het oprichtersbegrip werd echter reeds ingevoerd door de wet van 30 juli 2013, die slechts voorzag in een aangifteplicht voor buitenlandse juridische constructies.³³⁷⁸ Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever het begrip 'oprichting' omschreef als volgt: "[m]et oprichting wordt bedoeld dat het geheel van de rechtsverhoudingen, waaruit de constructie ontstaat, tot stand wordt gebracht."³³⁷⁹ Op zichzelf genomen is deze omschrijving van het oprichtingsbegrip erg vaag. Uit het voorgaande blijkt echter opnieuw de wens van de wetgever om een autonoom fiscaalrechtelijk begrippenkader te hanteren.

1267. Naar aanleiding van de invoering van de kaaimantaks, werd het oprichtersbegrip volledig vernieuwd.³³⁸⁰ Het voorgaande sluit evenwel geenszins

³³⁷⁶ G.D. GOYVAERTS, "Kaaimantaks gerepareerd én aangescherpt", *Fisc.Act.* 2015, afl. 42, 6 – 10; T. AFSCHRIFT, "La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (première partie)", *JDF* 2016, 29 – 34.

³³⁷⁷ In dit verband kan worden verwezen naar de rechtsleer die dit aspect van de kaaimantaks meer diepgaand behandelt: J. MALHERBE, "La transparence fiscale en Belgique (« Taxe Caïman ») : quelques questions d'interprétation" in S. DOUÉNIAS, F. MINNE (eds.), *Mélanges Pascal Minne. Fiscalité internationale et patrimoniale*, Brussel, Larcier, 2016, 564, 567 – 575; G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 884 – 893; T. AFSCHRIFT, "La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (première partie)", *JDF* 2016, 22 – 34.

³³⁷⁸ Art. 35 wet van 30 juli 2013 houdende diverse bepalingen, *BS* 1 augustus 2013, 48270.

³³⁷⁹ Wetsontwerp houdende diverse bepalingen, amendementen, *Parl.St.* Kamer 2012 – 2013, nr. 53-2891/004, 6.

³³⁸⁰ Art. 38 Programmawet van 10 augustus 2015, *BS* 18 augustus 2015, 53834.

uit dat de wetgever niet langer zou beogen om een autonoom fiscaalrechtelijk begripkader te blijven hanteren.

Een belangrijk verschil met het voorheen bestaande oprichtersbegrip is overigens dat de hoedanigheid van oprichter werd uitgebreid met de rechtspersonen die overeenkomstig artikel 220 WIB 1992 aan de rechtspersonenbelasting zijn onderworpen³³⁸¹, dit om ontwijking van de doorkijkbelasting en/of aangifteverplichting door middel van het gebruik van rechtspersonen tegen te gaan³³⁸². De in aanmerking komende natuurlijke personen en rechtspersonen worden in wat volgt aangeduid onder de gezamenlijke noemer van 'kwalificerend persoon'.

1268. Artikel 2, §1, 14°, eerste tot en met vierde gedachtestreepje WIB 1992, dat de oprichtersnotie omvat, leest als volgt:

"Onder oprichter van een juridische constructie wordt verstaan:

- hetzij, de natuurlijke persoon die de constructie heeft opgericht buiten de uitoefening van zijn beroepswerkzaamheid, of de rechtspersoon die overeenkomstig artikel 220 aan de rechtspersonenbelasting is onderworpen en die de constructie heeft opgericht;

- hetzij, wanneer de constructie is opgericht door een derde, de natuurlijke persoon die handelt buiten de uitoefening van zijn beroepswerkzaamheid, of de rechtspersoon die overeenkomstig artikel 220 aan de rechtspersonenbelasting is onderworpen en die er goederen en rechten heeft in ondergebracht;

- hetzij, de natuurlijke personen die direct of indirect erfgenaam zijn van de in de vorige streepjes bedoelde personen, of de natuurlijke personen die, vanaf het overlijden, direct of indirect zullen erven van deze personen tenzij die erfgenamen aantonen dat zijzelf of hun erfgerechtigden op geen enkel ogenblik en op geen enkele manier enig voordeel, toegekend door de juridische constructie zullen verkrijgen;

- hetzij, de natuurlijke personen of de rechtspersonen die overeenkomstig artikel 220 aan de rechtspersonenbelasting zijn onderworpen, en die houder zijn van de juridische rechten van de aandelen of van de economische rechten van de goederen en kapitalen in het bezit van een in de bepaling onder 13°, b), bedoelde juridische constructie;"

Luidens de tekst van de wet worden vier categorieën personen beschouwd als oprichter. Daarbij valt op dat de wettekst als zodanig geen (principiële) hiërarchie tussen deze vier categorieën aanbrengt. Bovendien is het perfect mogelijk dat eenzelfde belastingplichtige onder meer dan één categorie kan vallen. De verschillende oprichterscategorieën sluiten elkaar immers niet allemaal wederzijds uit. Zo kan eenzelfde belastingplichtige zowel onder het eerste als onder het vierde

³³⁸¹ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl. St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 39.

³³⁸² N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 14.

gedachtestreepje vallen. Dat er een overlapping kan bestaan tussen de verschillende oprichterscategorieën, blijkt overigens ook uit de memorie van toelichting bij de kaaimantaks.³³⁸³ O.i. is het dan ook voldoende om vast te stellen dat een daartoe in aanmerking komende belastingplichtige als 'oprichter' moet worden beschouwd van zodra de belastingplichtige in kwestie onder één van de in de wet opgenomen categorieën valt. Het voorgaande impliceert evenwel niet dat aan het gegeven dat eenzelfde belastingplichtige onder verschillende categorieën valt, soms geen bijzondere gevolgen kunnen worden gekoppeld (zie *infra*, randnr. 1361 e.v.). In wat volgt worden de vier categorieën nader in ogenschouw genomen. De eerste twee categorieën worden daarbij samen besproken.

i. De 'eigenlijke' oprichter

1269. De eerste twee gedachtestreepjes van artikel 2, §1, 14° WIB 1992 duiden aan als oprichter, de kwalificerende persoon of personen die de juridische constructie zelf hebben opgericht, dan wel 'goederen en rechten' in de juridische constructie hebben ondergebracht. Noch de wettekst, noch de memorie van toelichting bij de kaaimantaks bevatten een omschrijving van het begrip 'oprichten'³³⁸⁴, zodat o.i. kan worden aangesloten bij de vage, maar brede omschrijving die door de wetgever werd naar voren geschoven in de parlementaire voorbereiding van de wet van 30 juli 2013 (zie *supra*, randnr. 1266).

Voor wat betreft de creatie van een trustverhouding, kan o.i. moeilijk worden getwijfeld aan het gegeven dat de *settlor* moet worden beschouwd als de persoon die de rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen heeft gesteld waardoor de trustverhouding in het leven werd geroepen. In zoverre dat de *trust* in kwestie kwalificeert als een juridische constructie, wat in de regel het geval zal zijn (zie *supra*, randnr. 1250 e.v.), zal de *settlor* dan ook worden beschouwd als de oprichter.

1270. Uit de wettekst komt echter duidelijk naar voren dat de oprichter de juridische constructie moet hebben opgericht buiten de uitoefening van enige beroepswerkzaamheid. Niettegenstaande dat de opgerichte rechtsverhouding moet worden aangemerkt als een juridische constructie, kan geen fiscaal verband worden gelegd tussen deze juridische constructie en een persoon die deze juridische constructie heeft opgericht in de uitoefening van een beroepswerkzaamheid. Concreet zal dit impliceren dat professionele samenwerkingsverbanden zoals *partnerships* in de regel buiten het toepassingsgebied van de kaaimantaks zullen blijven. Het voorgaande gaat evenzeer op voor *settlers* die een *trust* zouden oprichten binnen de uitoefening van een beroepswerkzaamheid.

1271. De oprichtersnotie is echter niet beperkt tot kwalificerende personen die zélf de juridische constructie hebben opgericht buiten de uitoefening van een

³³⁸³ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 44.

³³⁸⁴ T. AFSCHRIFT, "La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (première partie)", *JDF* 2016, 35.

beroepswerkzaamheid. Uit het tweede gedachtestreepje van artikel 2, §1, 14° WIB 1992 blijkt dat een kwalificerend persoon toch als oprichter kan worden beschouwd, ook al werd de juridische constructie 'opgericht' door een derde. Dit is met name het geval indien de kwalificerende persoon 'goederen en rechten' heeft ondergebracht in de juridische constructie.

Toegepast op trustverhoudingen impliceert dit dat niet enkel de eigenlijke *settlor* kan worden beschouwd als oprichter, maar de kwalificerende persoon die een trustverhouding heeft laten oprichten door een derde, en daar zelf eigen vermogensbestanddelen in heeft laten onderbrengen. Bovendien kan een kwalificerende persoon als oprichter worden beschouwd indien deze vermogensbestanddelen heeft ondergebracht in een reeds bestaande *trust*, die werd opgericht door een derde.

1272. Zoals verder (*infra*, randnr. 1292 e.v.) nog zal blijken, bestaat de kern van het kaaimantaksregime er in dat het de juridische constructie fiscaal wordt genegeerd, zodanig dat de door de juridische constructie verkregen inkomsten fiscaal principieel aan de oprichter(s) worden toegerekend. De kaaimantaks berust dus op een wettelijk vermoeden dat de oprichter van een juridische constructie ook de (primaire) begunstigde ervan is.³³⁸⁵ Dit wordt overigens uitdrukkelijk geëxpliciteerd in de memorie van toelichting bij de kaaimantaks.³³⁸⁶ Gelijkaardige, maar verder niet gesubstantieerde, overwegingen werden hoger (*supra*, randnr. 1255) reeds geciteerd in het raam van de definitie van de juridische constructie type 1 met betrekking tot de *discretionary trust*.

1273. Indien er meerdere oprichters zijn worden zij geacht elk voor een gelijk deel te zijn begunstigd door de juridische constructie, indien de werkelijke delen niet zijn gekend.³³⁸⁷ Dit vermoeden kan volgens de wettekst met alle bewijsmiddelen met uitzondering van de eed worden weerlegd. Vereist wordt dan dat de oprichters kunnen aanduiden welke de werkelijke begunstigten van de juridische constructie zijn en voor welk deel zij zijn begunstigd.³³⁸⁸ De memorie van toelichting stelt vervolgens dat in gevallen waar niet op een positieve wijze kan worden aangetoond wie de werkelijke begunstigten zijn, "zoals bij een *discretionary trust*", het wettelijk vermoeden blijft gelden.³³⁸⁹ Deze laatste passage is bijzonder markant, aangezien de wetgever in een eerdere passage in de memorie van toelichting ontkende dat een *discretionary trust* werkelijk zou bestaan.

1274. Hoewel de term 'goederen en rechten' eerder generiek van aard is, lijkt het o.i. de bedoeling te zijn geweest van de wetgever om een veelheid aan gevallen onder het toepassingsgebied van de oprichtersnotie te laten vallen. Zo stelt AFSCHRIFT de vraag of een persoon die slechts een lening heeft toegestaan aan de

³³⁸⁵ N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 15.

³³⁸⁶ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 32: "Er wordt een wettelijk vermoeden ingevoerd dat de oprichter of oprichters van een juridische constructie de rechtstreekse begunstigten zijn van de voormelde inkomsten."

³³⁸⁷ Zie art. 5/1, §1, derde en zesde lid WIB 1992.

³³⁸⁸ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 32.

³³⁸⁹ *Ibid.*

juridische constructie en ten gevolge hiervan over een schuldvordering op de juridische constructie beschikt, ook kan worden aangemerkt als oprichter.³³⁹⁰ Volgens de auteur wijst het woord 'ondergebracht' op een impliciete vereiste van een eigendomsoverdracht.

Vanuit een Belgisch civielrechtelijk perspectief dient in dit verband luidens artikel 1874 BW nochtans een onderscheid te worden gemaakt tussen de 'bruiklening' (art. 1875 BW) en de 'verbruiklening' (artt. 1892 en 1902 BW). Slechts in het tweede geval is er sprake van een eigendomsoverdracht. In het geval van de bruikleen blijft de uitlener eigenaar van de geleende zaak (art. 1877 BW). De ontlener verkrijgt dan slechts een persoonlijk gebruiksrecht. In het geval van verbruiklening wordt de ontlener eigenaar van het geleende goed (art. 1893 BW). In het geval van een verbruiklening gaat het immers om een lening van vervangbare zaken die niet in natura dienen te worden teruggegeven, maar wel bij equivalent. In het geval de kwalificerende persoon in kwestie aldus gelden heeft geleend aan de juridische constructie zal er, althans vanuit een Belgisch perspectief, een eigendomsoverdracht voorhanden zijn. Een geldlening zal immers klassiek kwalificeren als een verbruiklening.

Wat ook zij van het voorgaande, gelet op de wens van de wetgever om een autonoom fiscaalrechtelijk begrippenkader te hanteren, geeft een verwijzing naar de (vermeende) civielrechtelijke betekenis van het begrip 'onderbrengen' o.i. nog geen definitief uitsluitsel over de juiste fiscaalrechtelijke interpretatie van het begrip. Ofschoon een verduidelijking van het begrip wenselijk zou zijn, sluit o.i. niets uit dat de fiscale administratie het onderbrengen van goederen of rechten door middel van een lening ook zal beschouwen als het 'onderbrengen' van goederen in een juridische constructie. Het tweede gedachtestreepje vervult daarmee kennelijk een residuaire rol, die bedoeld is om allerlei gevallen te vatten die als zodanig niet onder het toepassingsgebied van het eerste gedachtestreepje komen.

1275. Tot slot moet er nog op worden gewezen dat in de wettekst niet expliciet wordt aangegeven of slechts die gevallen waar een kwalificerend persoon de juridische constructie rechtstreeks opricht, dan wel rechtstreeks er goederen en rechten in onder brengt, worden geïsoleerd. Het is immers denkbaar dat in een juridische constructie vermogensbestanddelen worden ondergebracht die initieel van de belastingplichtige afkomstig waren, doch die door een andere persoon in de juridische constructie werden ingebracht. Deze vraag is met name relevant voor het debat omtrent de toepasselijkheid van de kaaimantaks op zogeheten 'gelaagde structuren'.³³⁹¹ Het is immers denkbaar dat een buitenlandse *trustee* van een door

³³⁹⁰ T. AFSCHRIFT, "La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (première partie)", *JDF* 2016, 36.

³³⁹¹ G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks en de (niet-)toepassing ervan bij 'dubbelstructuren'", *TFR* 2016, 572 - 580; F. DEBELVA, A-M. VANDEKERKHOVE, G. VERACHTERT, "Ontsnappen dubbelstructuren steeds aan kaaimantaks?", *Fisc.Act.* 2016, afl. 27, 1 - 6; D. PHILIPPE, "De dubbele structuren: de achilleshiel van de kaaimantaks? Wetsvoorstel tot uitbreiding van de kaaimantaks", *Fiscaal Weekoverzicht* 2016, afl. 24, 1 - 2.

een Belgische belastingplichtige opgerichte *trust* vervolgens een in het buitenland gevestigde vennootschap opricht en daarin activabestanddelen onderbrengt die oorspronkelijk afkomstig waren van de *settlor*. De vraag rijst dan of de oorspronkelijke *settlor* dan óók kan worden aangemerkt als oprichter van de onderliggende vennootschap, niettegenstaande het feit dat de *settlor* civielrechtelijk niet is tussengekomen in de oprichting van de onderliggende vennootschap.

Volgens de minister van Financiën zou dit alvast zeker het geval zijn. De minister gaf daarbij aan dat dit ook de visie van de fiscale administratie zou zijn.³³⁹² De kwestie inzake 'gelaagde structuren' wordt verder (*infra*, randnr. 1343 e.v.) nader onderzocht.

ii. De oprichter-erfgenaam

1276. Het derde gedachtestreepje van artikel 2, §1, 14° WIB 1992 bevat een volgende categorie van personen die voor toepassing van de kaaimantaks als oprichter worden beschouwd. Dit zijn de personen die direct of indirect erfgenaam zijn van een natuurlijke persoon die geldt als oprichter of direct of indirect zullen erven van een natuurlijke persoon die geldt als oprichter. Deze definitie geeft echter aanleiding tot verschillende vraagstukken en bedenkingen.

1277. AFSCHRIFT merkt in dit verband op dat de wettekst slechts spreekt van erfgenamen, en niet van legatarissen. Op grond van het gegeven dat een duidelijke wettekst geen verdere interpretatie behoeft, besluit de auteur dan ook dat legatarissen van de oorspronkelijke erflater niet zouden kunnen gelden als oprichter.³³⁹³ Uit de memorie van toelichting bij de kaaimantaks blijkt echter dat de wetgever het toepassingsgebied van deze wetsbepaling ruimer ziet: *"De aandacht wordt gevestigd op het feit dat als erfgenaam in de zin van de definitie van oprichter beoogd in artikel 2, §1, 14°, derde streepje, WIB 1992, wordt verstaan alle natuurlijke personen betrokken bij een nalatenschap van de oorspronkelijke oprichter, ongeacht of deze personen erfgenamen met voorbehouden erfdeel, algemene legataris of bijzondere legataris van de*

³³⁹² Integraal Verslag van de bijeenkomst van de Commissie voor Financiën en Begroting van 18 mei 2016, *Parl.St.* Kamer 2015 – 2016, nr. COM 421, 44: *"Dit sluit aan bij het vorige punt. Neem het gegeven voorbeeld, waarbij een trust wordt opgericht en waarbij deze trust vervolgens zelf een rechtspersoon in het leven roept met als doel de initieel in de trust ingebrachte goederen te beheren. Mijn administratie, wiens mening ik trouwens volledig deel, is van oordeel dat de beschreven structuur wel degelijk onder het toepassingsgebied van de kaaimantaks valt. Het zou ook het doel van de kaaimantaks volledig miskennen indien het louter opstapelen van juridische constructies simpelweg zou toelaten de doorkijkbelasting te ontwijken."* (onderlijning toegevoegd).

In dezelfde passage wijst de minister van Financiën ook op de mogelijke toepassing van artikel 344, §1 WIB 1992 teneinde gevallen van fiscaal misbruik te bestrijden.

³³⁹³ T. AFSCHRIFT, "La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (première partie)", *JDF* 2016, 37.

*nalatenschap zijn.*³³⁹⁴ Andere auteurs beamen het door AFSCHRIFT gemaakte onderscheid dan ook niet.³³⁹⁵ Ook de DVB heeft reeds aanvaard dat een kleinzoon van oprichter gedurende het leven van de oprichter niet kan worden beschouwd als oprichter-erfgenaar, maar dat die conclusie wel kan worden beïnvloed door een testamentaire beschikking waarin de oprichter haar kleinzoon bevoordeelt, alsook wanneer de dochter van de oprichter diens nalatenschap zou verwerpen ten gunste van haar zoon.³³⁹⁶ Er zijn dus steeds verschillende hypothesen denkbaar. Tevens blijkt dat het bestaan van de categorie van de oprichter-erfgenaar is geïnspireerd door de Nederlandse APV-regeling, waar een gelijkaardige systematiek kon worden ontwaard (zie *supra*, randnr. 1165 - 1167).

Opnieuw moet worden vastgesteld dat de wetgever met de kaaimantaks redeneert vanuit een autonoom fiscaal begrippenkader, waarbij de juridische betekenis die aan overeenstemmende begrippen wordt gegeven in andere rechtstakken, er kennelijk niet zozeer toe doet. Hoger (*supra*, randnr. 1043 – 1045) werd overigens de kern van de autonomie van een rechtstak net gezocht in dit gegeven. O.i. kunnen op grond van artikel 2, §1, 14°, derde gedachtestreepje aldus alle natuurlijke personen die zijn betrokken in de nalatenschap van een natuurlijke persoon die als oprichter kwalificeerde inderdaad worden aangemerkt als oprichter-erfgenaar.

1278. Ofschoon de redenering van AFSCHRIFT niet gevolgd kan worden, legt deze wel verder het spanningsveld bloot wat hoger (*supra*, randnr. 1252 e.v.) reeds werd ontwaard in het raam van de analyse van de definitie van de juridische constructie type 1 en de vraag wie kan worden geacht goederen te hebben 'ondergebracht' in een juridische constructie. Door het scheppen van een autonoom fiscaal begrippenkader aan de hand van omschrijvingen, definities en begrippen die schijnbaar worden ontleend aan andere rechtstakken, of minstens lijken op begrippen die in andere rechtstakken worden aangewend, wekt de fiscale wetgever tegelijkertijd de schijn dat aansluiting kan of moet worden gezocht bij de gemeenrechtelijke interpretatie van deze begrippen. Dit gegeven is nefast voor de rechtszekerheid.

1279. In tegenstelling tot wat het geval is voor het eerste en tweede gedachtestreepje van artikel 2, §1, 14° WIB 1992, wordt in het derde gedachtestreepje expliciet aangegeven dat het zowel kan gaan om 'directe of indirecte' erfgenamen, of personen die 'direct of indirect' erven van de oprichter. De vraag rijst wat hiermee wordt bedoeld. Uit de memorie van toelichting bij de kaaimantaks kan worden afgeleid dat deze passage moet worden gelezen in verhouding tot de noties van plaatsvervulling in directe lijn of in de zijlijn.³³⁹⁷ Dit

³³⁹⁴ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl. St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 40.

³³⁹⁵ G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 895; N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 15; A. HAELTERMAN, E. MAES, "De kaaimantaks – Wie ontspringt de dans nog? Nieuw fiscaal regime viseert private offshore-vermogensstructuren" in A-L. VERBEKE, F. BUYSSENS (eds.), *Notariële Actualiteit* 2014 – 2015, Antwerpen, Intersentia, 2015, 250.

³³⁹⁶ Voorafg. Besl. 29 november 2016, nr. 2016.711, punt 11.

³³⁹⁷ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl. St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 44.

onderstreept verder dat het om autonome fiscaalrechtelijke terminologie gaat. Tevens blijkt, net zoals uit de voorgaande definities van de twee types juridische constructies, de kennelijke wens van de wetgever om een zo groot mogelijke groep aan personen te kunnen vatten.³³⁹⁸

1280. Opvallend is vervolgens dat artikel 2, §1, 14^o, derde gedachtestreepje de hoedanigheid van oprichter erfgenaam slechts voorbehoudt aan natuurlijke personen. Indien aldus een rechtspersoon door de oprichter-erflater werd aangeduid als legataris, kan deze rechtspersoon niet worden beschouwd als oprichter.³³⁹⁹ Dit sluit echter niet uit dat deze rechtspersoon daarom aan iedere belastingheffing ontsnapt. Indien bijvoorbeeld een private stichting werd aangesteld als legataris, kan deze rechtspersoon eventueel onder een andere oprichterscategorie worden gevat, óf kan deze rechtspersoon worden beschouwd als een derde-begunstigde indien deze rechtspersoon voordelen vanwege de juridische constructie ontvangt (zie *infra*, randnr. 1297).

1281. Uit de definitie van het begrip oprichter-erfgenaam blijkt echter wel dat de oprichtersnotie mee overgaat van de éne generatie op de andere.³⁴⁰⁰ Dit werd ook zo door de wetgever beoogd.³⁴⁰¹ De hoedanigheid van oprichter-erfgenaam wordt aldus overgedragen van generatie op generatie, aangezien erfgerechtigden de hoedanigheid van oprichter verwerven vanaf het overlijden van de oprichter(-erfgenaam) die hen is voorafgegaan.³⁴⁰² De wettekst vereist uitdrukkelijk niet dat de erfgerechtigden in kwestie op enig moment goederen van de juridische constructie of rechten ten aanzien van de juridische constructie zouden verwerven, opdat zij als oprichter zouden worden aangemerkt. De toekenning van deze hoedanigheid hangt dus enkel af van het fiscaal-juridisch verband dat tussen de juridische constructie en hun rechtsvoorgangers bestond enerzijds en de erfrechtelijke band tussen hen en hun rechtsvoorgangers anderzijds. Enig direct juridisch verband tussen de erfgerechtigden en de juridische constructie wordt dus niet vereist. In feite wordt daarmee het wettelijk vermoeden van begunstiging door de juridische constructie (zie *supra*, randnr. 1272) van de eigenlijke oprichters doorgetrokken tot hun erfgerechtigden, net zoals het geval is onder het Nederlandse APV-regime (zie *supra*, randnr. 1166).

1282. In geval van een pluraliteit aan oprichters-erfgenamen speelt dan ook opnieuw de regel dat zij belastbaar zijn in verhouding tot hun 'aandeel' in de juridische constructie.³⁴⁰³ De memorie van toelichting bij de kaaimantaks bepaalt hierover: "*In dezelfde redenering worden ook zijn [bedoeld wordt: de oprichter] erfgenamen die de hoedanigheid van oprichter verwerven, eveneens belastbaar op de door de juridische constructie verkregen inkomsten in verhouding tot het*

³³⁹⁸ T. AFSCHRIFT, "La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (première partie)", *JDF* 2016, 38.

³³⁹⁹ N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 15; G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 895.

³⁴⁰⁰ Voor een toepassing, zie: Voorafg. Besl. 29 november 2016, nr. 2016.711, punt 11.

³⁴⁰¹ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 39.

³⁴⁰² *Ibid*, 44.

³⁴⁰³ Zie art. 5/1, §1, vijfde lid WIB 1992.

aandeel in de juridische constructie. Indien het aandeel in de juridische constructie niet wordt aangetoond, worden ze geacht eigenaar³⁴⁰⁴ te zijn in verhouding tot hun aandeel in de erfenis van de oprichter van wie zij de plaats innemen."³⁴⁰⁵ De belastingplicht van een oprichter-erfgenaar wordt dus niet beperkt tot wat de belastingplichtige daadwerkelijk heeft verkregen uit de nalatenschap. Dit kan vooral nefast zijn voor bijzondere legatarissen/natuurlijke personen die slechts een kleine fractie toebedeeld krijgen van de nalatenschap van een belastingplichtige die geldt als oprichter van een juridische constructie en geenszins begunstigde zijn van de juridische constructie. Weliswaar wordt hun aandeel in de juridische constructie in beginsel bepaald door hun aandeel in de erfenis van de oprichter die hen voorafging, toch is er o.i. nog steeds sprake van een breuk met de onderliggende juridische realiteit. Het blijft immers zo dat de fiscale wet nergens een concreet juridisch verband vereist tussen de 'oprichter-erfgenaar' en de juridische constructie. Er wordt immers niet vereist dat de legataris in kwestie ook begunstigde moet zijn van de juridische constructie in kwestie.

1283. Omwille van de verregaande gevolgen van het voorgaande was de wetgever van oordeel dat het opportuun was om een tegenbewijsregeling in de wet op te nemen.³⁴⁰⁶ Indien de erfgerechtigden aantonen dat zij of hun erfgenamen op geen enkel tijdstip en op geen enkele manier enig 'voordeel' kunnen ontvangen vanwege de juridische constructie, verliezen zij de hoedanigheid van oprichter-erfgenaar.

Uit de parlementaire geschiedenis van de wet van 30 juli 2013 blijkt echter dat het begrip 'voordeel' in beginsel ruim moet worden opgevat. Zo zou een kost die ten laste wordt genomen door de juridische constructie of de terbeschikkingstelling van een onroerend goed tevens moeten worden beschouwd als een 'voordeel'.³⁴⁰⁷ Echter, gelet op de ruime interpretatie die aan dit begrip moet worden gegeven, in combinatie met de uiteenlopende verschijningsvormen van juridische

³⁴⁰⁴ Opmerkelijk genoeg wordt in de memorie van toelichting hier inderdaad over het begrip 'eigenaar' gesproken. Er wordt evenwel niet duidelijk gemaakt van wat de oprichters-erfgenamen geacht worden eigenaar te zijn. De kaaimantaks heeft immers enkel betrekking op een toerekening van inkomsten aan bepaalde Belgische belastingplichtigen en voert geen eigendomsfictie in. De oorzaak van het gebruik van deze term is vermoedelijk dat het oudere voorstel voor een 'doorkijkbelasting', dat door een aantal oppositieleden in december 2014 tevens als wetsvoorstel werd ingediend, wel werkte met een eigendomsfictie in hoofde van de personen die als oprichters van een juridische constructie werden beschouwd. Het desbetreffende tekstdeel uit de memorie van toelichting is kennelijk op enkele details na overgenomen uit dit oudere wetsvoorstel. Zie: Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 wat het belastingstelsel van juridische constructies betreft, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-0679/001, 13.

³⁴⁰⁵ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 43.

³⁴⁰⁶ De tegenbewijsregeling was oorspronkelijk slechts toepasselijk voor oprichters-erfgenamen van juridische constructies type 1, doch werd later uitgebreid naar juridische constructies type 2, zie: T. AFSCHRIFT, "La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (première partie)", *JDF* 2016, 42.

³⁴⁰⁷ Wetsontwerp houdende diverse bepalingen, amendementen, *Parl.St.* Kamer 2012 – 2013, nr. 53-2891/004, 5.

constructies, rijst de vraag in hoeverre het *in casu* niet gaat om een vereiste tot het leveren van een negatief bewijs.³⁴⁰⁸

Voor veel belastingplichtigen zal dit bewijs dan ook quasi-onmogelijk te leveren vallen. Niet in het minst omdat zij, wanneer zij werkelijk niets van doen hebben met de juridische constructie, bijzonder moeilijk aan de noodzakelijke informatie zullen kunnen komen (*cf. supra*, randnr. 1167 in verband met het Nederlandse APV-regime). Mogelijks zouden zij een geschreven verklaring van de *trustee* of beheerder van de juridische constructie kunnen verkrijgen die het gebrek aan enige mogelijkheid tot begunstiging bevestigt. Maar zij beschikken niet over een juridisch afdwingbaar recht om de (beheerder van de) juridische constructie tot medewerking te dwingen. De zeer hypothetische aard van de wettekst doet echter de vraag rijzen of zulks wel voldoende is. Het loutere gegeven dat bepaalde personen vandaag geen *beneficiary* zijn, is op zich niet steeds voldoende om te doen besluiten dat zij nooit *beneficiary* zouden kunnen worden. Mogelijks kan het opnemen van een lijst met uitgesloten personen hieraan tegemoet komen. Het loutere feit dat een *beneficiary* vandaag woonplaats heeft in een uitgesloten rechtsgebied is o.i. dan weer onvoldoende om aan de door de wetgever opgelegde bewijslast te voldoen. Problematisch hieraan is echter dat een persoon die werkelijk niets met de juridische constructie te maken heeft, ook helemaal niet beslist over de opname van een lijst met uitgesloten personen. Indien de bevoegde personen hebben nagelaten dit te doen, heeft de persoon die oprichter-erfgenaar wordt beschouwd, hierop verder mogelijks geen enkele invloed. Bovendien dient dit tegenbewijs ook betrekking te hebben op de 'erfgerechtigden' van de personen in kwestie.

Uit de memorie van toelichting bij de kaaimantaks blijkt echter dat er ook een alternatieve wijze is waarop rijksinwoners kunnen ontsnappen aan een kwalificatie als oprichter. Deze wordt verder (*infra*, randnr. 1287 – 1289) afzonderlijk besproken, daar zij geldt voor iedere oprichterscategorie.

1284. Vervolgens kan worden genoteerd dat de wet geen enkel onderscheid maakt naar gelang de erfgeretigde erft in volle eigendom of niet. Daardoor rijst de vraag aan wie de inkomsten moeten worden toegerekend in gevallen waar er een onderscheid bestaat tussen erfgenamen die in blote eigendom erven en erfgenamen die erven in vruchtgebruik. Ofschoon kan worden geargumenteed dat in dergelijke gevallen zowel de blote eigenaar als de vruchtgebruikers zullen zijn onderworpen aan de aangifteverplichting³⁴⁰⁹, hebben wij elders het standpunt ingenomen dat in dergelijke gevallen de doorkijkbelasting alleen zou moeten gelden in hoofde van de vruchtgebruiker.³⁴¹⁰ Het is immers de vruchtgebruiker die gedurende zijn leven de gebruiks- en genotsbevoegdheid heeft.

³⁴⁰⁸ N. APPERMONT, "Het gebruik van buitenlandse trust(achtige) figuren door belastingplichtigen in België in het vizier" in R. BARBAIX, N. CARETTE (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2014*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 246.

³⁴⁰⁹ G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 897.

³⁴¹⁰ N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 16.

1285. Daarenboven kan hier nog worden opgemerkt dat de keuze van de wetgever om het vermoeden van begunstiging te koppelen aan het erfrecht, toch bijzonder is. Hoger (*supra*, randnr. 698) is immers gebleken dat een *trust* geen erfrechtelijke rechtsfiguur is. De mate van begunstiging van de *beneficiary* van een *trust* staat geheel los van de hoedanigheid van erfgenaam of erfgerechtigde. Door middel van deze keuze koppelt de wetgever de fiscale behandeling van oprichters-erfgenamen nog verder los van de onderliggende civielrechtelijke realiteit.

iii. De oprichter-houder

1286. Uit de tekst van artikel 2, §1, 14^o, vierde gedachtestreepje blijkt dat het *in casu* slechts kan gaan om kwalificerende personen die houder zijn van de juridische rechten van de aandelen of van de economische rechten van de goederen en kapitalen in het bezit van een juridische constructie type 2.

Uit de wettekst blijkt aldus duidelijk dat kwalificerende personen die aandeelhouder zijn van een juridische constructie type 2 worden beschouwd als oprichter. De verwijzing naar 'economische rechten' duidt naar alle waarschijnlijkheid op certificaten³⁴¹¹, maar blinkt desalniettemin niet uit in duidelijkheid.³⁴¹²

Aangezien de bepaling echter slechts refereert naar juridische constructies type 2³⁴¹³, wordt deze hier niet nader onderzocht.

iv. Tegenbewijsregeling

1287. Behalve de in artikel 2, §1, 14^o, derde gedachtestreepje opgenomen tegenbewijsregeling, wordt ook door de memorie van toelichting bij de kaaimantaks voorzien in een tegenbewijsregeling. In tegenstelling tot de hoger besproken tegenbewijsregeling wordt hier geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende oprichterscategorieën. De memorie schetst in dit verband zelfs een vrij omvattende procedure.³⁴¹⁴ Merk echter op dat deze tegenbewijsregeling in de memorie van toelichting werd opgenomen onder de hoofding van artikel 5/1 WIB 1992, i.e. bij het wetsartikel dat de doorkijkbelasting regelt. Nochtans stelt de memorie onomwonden dat door middel van de tegenbewijsregeling kan worden ontkomen

³⁴¹¹ G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 897 – 898; N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 16; G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks en de (niet-)toepassing ervan bij 'dubbelstructuren'", *TFR* 2016, 576.

³⁴¹² T. AFSCHRIFT, "La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (première partie)", *JDF* 2016, 40 – 42.

³⁴¹³ Zie bv. Voorafg. Besl. 22 november 2016, nr. 2016.563, punt 25.4.

³⁴¹⁴ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 44 – 45.

aan de kwalificatie van oprichter.³⁴¹⁵ O.i. moet dan ook worden aangenomen dat in een dergelijk geval de aangifteplicht eveneens niet langer zal gelden.

1288. Luidens de memorie van toelichting is hiertoe vereist dat de persoon die als oprichter moet worden beschouwd, onherroepelijk dient te verzaken aan elk voordeel vanuit de juridische constructie en een brief van de vertegenwoordiger van de juridische constructie of de beheerder moet voorleggen. In deze brief moet worden vermeld dat noch de oprichter, noch één van zijn erfopvolgers op welk ogenblik en op welke wijze dan ook enig voordeel zullen verkrijgen dat wordt toegekend door de juridische constructie. 'In principe' zal de fiscale administratie volgens de memorie een dergelijke briefwisseling aanvaarden als tegenbewijs.³⁴¹⁶ De memorie voegt daar echter aan toe dat wanneer zou blijken dat de brief niet met de werkelijkheid overeenstemt, de fiscale administratie zich zal kunnen beroepen op artikel 450 WIB 1992, i.e. fiscale fraude door middel van het gebruik van valse stukken. Dit alles geldt zowel ten aanzien van de oprichter die deze brief als bewijsmiddel heeft gebruikt als ten aanzien van de vertegenwoordiger of beheerder van de juridische constructie.

1289. Bij het voorgaande rijst echter de vraag naar de juridische waarde van de genoemde tegenbewijsregeling. Niet alleen geeft de memorie geen uitsluitel over de vraag of de fiscale administratie de genoemde brief wel zal aanvaarden als tegenbewijs, maar daarenboven rijst ook de vraag naar de juridische waarde van in de memorie van toelichting opgenomen passage. Het is o.i. volstrekt onduidelijk op basis van welke juridische grondslag de fiscale administratie zou kunnen afwijken van de in het WIB 1992 opgenomen wetsbepalingen. Het vermoeden van begunstiging van de oprichter en diens erfopvolgers kan dan wel aan de kaaimantaks ten grondslag liggen, maar is nergens expliciet in de wet opgenomen. De genoemde tegenbewijsregeling heeft evenmin een wettelijke grondslag. Aldus rijst de vraag of de fiscale administratie niet geheel *contra legem* zou handelen wanneer zij de aangifteplicht en de toepasselijke taxatieregels niet zou toepassen op een belastingplichtige die volgens de wettekst wel aan dit taxatieregime onderworpen is.

Nog los van het voorgaande gaat de tegenbewijsregeling wel bijzonder ver in zijn vereisten. Niet enkel moet de oprichter aantonen dat noch hij of zij ooit op enig moment begunstigde kan of zal zijn, maar zulks geldt eveneens voor diens 'erfopvolgers'.³⁴¹⁷ Hier moet in herinnering worden gebracht dat de categorie van oprichters-erfgenamen tevens legatarissen omvat. Indien de memorie met 'erfopvolgers' refereert naar alle personen die aanspraak kunnen maken op een deel van de nalatenschap van de oprichter, zij het als (reservatair) erfgenaam, zij het als legataris (zie *supra*, randnr. 1276 – 1280), valt het tegenbewijs in feite nooit te leveren zo lang als de oprichter leeft. Aangezien de oprichter gedurende

³⁴¹⁵ *Ibid*, 44.

³⁴¹⁶ *Ibid*, 45.

³⁴¹⁷ Vergelijk met de in de wet opgenomen tegenbewijsregeling die specifiek geldt voor oprichters-erfgenamen, waar het begrip 'erfgerechtigden' wordt gebruikt en niet het begrip 'erfopvolgers'.

zijn leven, om het even wie nog als legataris kan aanduiden met betrekking tot het beschikbaar deel van de nalatenschap, is de groep van mogelijke 'erfopvolgers' geheel onbepaald zo lang de oprichter nog leeft.

In het andere geval zou een discrepantie ontstaan tussen de 'erfopvolgers' waar in de tegenbewijsregeling naar wordt gerefereerd en de personen die worden geïdentificeerd als potentiële oprichter-erfgenaam. Die uitkomst lijkt dan ook niet consistent met de wettelijke benadering in kwestie.

d. De derde-begunstigde

1290. Naar aanleiding van de invoering van de kaaimantaks, werd ook een nieuw punt 14/1° opgenomen in artikel 2, §1 WIB 1992, waarin het begrip 'derde begunstigde' wordt gedefinieerd. Deze definitie leest als volgt:

"onder derde begunstigde van een juridische constructie wordt verstaan, een natuurlijke persoon of een in artikel 220 bedoelde rechtspersoon, en die, op enig ogenblik en op om het even welke wijze, enig voordeel verkrijgt dat is toegekend door de in de bepaling onder 13° bedoelde juridische constructie;"

Uit deze definitie blijkt dat het moet gaan om een kwalificerend persoon die daadwerkelijk een voordeel ontvangt vanuit de juridische constructie. Om als derde begunstigde te worden aangemerkt is dus geen familiale band met de oprichter vereist.³⁴¹⁸ Het loutere gegeven dat door de juridische constructie zelf inkomsten worden verworven is dus niet voldoende om een derde begunstigde in enige belastingheffing te betrekken onder het kaaimantaksregime. De kwalificerende persoon moet dus zelf zijn verrijkt, teneinde te kunnen worden geïdentificeerd als derde begunstigde.

1291. De memorie van toelichting voegt in dit verband, onder verwijzing naar artikel 122 WIPR, nog toe dat wanneer een juridische constructie werd opgericht door middel van een rechterlijke beslissing en deze beslissing tegenstelbaar is aan de fiscale administratie, de in de uitspraak vastgestelde regels zullen worden uitgevoerd, zodat de inkomsten die door de juridische constructie worden toegekend niet belastbaar zullen zijn in hoofde van de oprichter of van de derde begunstigde. In het geval dat de rechterlijke beslissing evenwel niet tegenstelbaar is aan de administratie, zal de kaaimantaks gewoon van toepassing zijn en zullen de door de juridische constructie verkregen inkomsten belastbaar zijn in hoofde van de oprichter of van de derde begunstigde.³⁴¹⁹ Uit de hoger (*supra*, randnr. 1250 e.v.) onderzochte definitie van juridische constructie type 1 bleek echter duidelijk dat ook juridische constructies die in het leven werden geroepen door een rechterlijke beslissing expliciet door het kaaimantaksregime worden geïdentificeerd.

³⁴¹⁸ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl. St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 40.

³⁴¹⁹ *Ibid*, 41 – 42.

O.i. impliceert de toevoeging in de memorie van toelichting dan ook dat een aan de fiscale administratie tegenstelbare buitenlandse rechterlijke beslissing waaruit blijkt dat bijvoorbeeld de 'oprichters' van de juridische constructie zelf niet door deze constructie kunnen worden begunstigd, zal kunnen worden aanvaard als een vorm van tegenbewijs. Hetzelfde zou dan gelden voor de derde begunstigde van de juridische constructie, indien bijvoorbeeld blijkt dat er een *constructive trust* in het leven is geroepen. Indien bestanddelen van het trustvermogen dienen te worden gerestitueerd ten aanzien van de persoon die geldt als begunstigde van de *trust*, vormt deze verkrijging dan ook geen inkomen in hoofde van deze begunstigde.³⁴²⁰ In ieder geval gelden voor deze (schijnbare) uitzondering op de kaaimantaks dezelfde bedelingen als hoger werden gemaakt in het raam van de in de memorie van toelichting opgenomen tegenbewijsregeling. Opnieuw kan hiertoe geen wettelijke grondslag worden gevonden in de toepasselijke wetsbepalingen. Bovendien zou deze 'tegenbewijsregeling' opnieuw slechts het impliciet aangewezen vermoeden van begunstiging weerleggen.

e. De doorkijkregeling

1292. Een essentieel onderdeel van de kaaimantaks is de zogeheten doorkijkregeling, die vervat ligt in artikel 5/1 WIB 1992 voor wat betreft natuurlijke personen en in artikel 220/1 WIB 1992 voor wat betreft rechtspersonen in de rechtspersonenbelasting. Uit artikel 5/1, §1, eerste lid WIB 1992 en de corresponderende bepaling in artikel 220/1 WIB 1992 volgt dat de inkomsten die vanaf 1 januari 2015 (AJ 2016) werden verkregen door buitenlandse juridische constructies, worden belast alsof ze rechtstreeks werden verkregen door de personen die door de wet worden aangemerkt als persoon of personen die als oprichter worden beschouwd. Het bestaan van de juridische constructies wordt dus bij wijze van fiscale fictie (selectief) genegeerd.

Het eerste lid van artikel 5/1, §1 WIB 1992 geeft de kernelementen weer van de doorkijkbelasting, zoals deze geldt in hoofde van natuurlijke personen: "*Behoudens wanneer wordt aangetoond dat de inkomsten die werden verkregen door de juridische constructie werden betaald of toegekend aan een derde begunstigde die een inwoner is van of gevestigd is in een in het tweede lid bedoelde Staat, zijn die inkomsten belastbaar in hoofde van de oprichter van die juridische constructie die een rijksinwoner is, alsof die rijksinwoner ze rechtstreeks heeft verkregen.*"

De kaaimantaks verschilt hierin van het Nederlandse APV-regime. Daar waar de kaaimantaks slechts toelaat om de door een juridische constructie verworven inkomsten fiscaal toe te rekenen aan personen die worden aangeduid als belastingplichtige, laat de Nederlandse regeling toe om zowel de vermogensbestanddelen als de inkomsten van een APV toe te rekenen aan de personen die het vermogen hebben afgezonderd (art. 2.14a, eerste lid Wet IB 2001). De reden hiervoor is gelegen in het feit dat de vermogensbestanddelen

³⁴²⁰ N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 16.

kunnen worden betrokken in de Nederlandse aanmerkelijke belangheffing (box 2) en de vermogensrendementsheffing (box 3). In tegenstelling tot een ouder wetsvoorstel dat beoogde een doorkijkbelasting te voeren³⁴²¹, wordt in het kaaimantaksregime niet gewerkt met een eigendomsfictie.

i. Inkomsten principieel belastbaar in hoofde van de oprichter

1293. De doorkijkregeling geldt in de eerste plaats voor de personen die door de Belgische wet als oprichters worden beschouwd, ongeacht over welke oprichterscategorie het gaat. Dit is een logisch gevolg van het feit dat de door de juridische constructie verkregen inkomsten voor fiscale doeleinden principieel rechtstreeks worden toegerekend aan de persoon of personen die worden beschouwd als oprichters. Aangezien het bestaan van de juridische constructie in die gevallen geheel wordt genegeerd dienen deze inkomsten te worden belast volgens de aard die zij zouden hebben gehad in hoofde van de oprichter, indien de oprichter deze inkomsten rechtstreeks had verkregen.³⁴²² Het betreft dus onroerende inkomsten, inkomsten uit kapitaal en roerende goederen, beroepsinkomsten en diverse inkomsten. De belastbaarheid van de betrokken inkomsten hangt aldus volledig af van de vraag of deze inkomsten volgens de gewoonlijke regels van het normaal toepasselijke belastingregime belastbaar zouden zijn geweest. Zo blijven meerwaarden die worden verkregen ingevolge het 'normaal beheer van het privévermogen' in beginsel onbelast, bij toepassing van artikel 90, 1^o en 9^o WIB 1992.³⁴²³ Het gegeven dat de juridische constructie in kwestie een rechtspersoon kan zijn die handelt met winstoogmerk doet hier niets aan af. Het bestaan van deze juridische constructie is immers fiscaal van geen tel voor wat betreft de toerekening van de door de juridische constructie verkregen inkomsten. Een analoge regeling geldt bovendien in de rechtspersonenbelasting. Aldus voert de kaaimantaks, althans op het hier besproken vlak, een regime van 'volkomen fiscale transparantie' in.³⁴²⁴

³⁴²¹ Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 wat het belastingstelsel van juridische constructies betreft, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-0679/001, 13.

³⁴²² MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 41.

³⁴²³ Zie voor een toepassing: Voorafg. Besl. 18 oktober 2016, nr. 2016.623, punt 31 e.v.; Voorafg. Besl. 18 oktober 2016, nr. 2016.618, punt 31 e.v.; Voorafg. Besl. 18 oktober 2016, nr. 2016.619, punt 31 e.v.

De DVB legde daartoe wel een aantal criteria op. Zie in het bijzonder punt 35 van elk van de genoemde voorafgaande beslissingen.

³⁴²⁴ A. HAELTERMAN, E. MAES, "De kaaimantaks – Wie ontspringt de dans nog? Nieuw fiscaal regime viseert private offshore-vermogensstructuren" in A-L. VERBEKE, F. BUYSSENS (eds.), *Notariële Actualiteit* 2014 – 2015, Antwerpen, Intersentia, 2015, 252; A. NIJS, J. DRAYE, "The Cayman Tax: a game changer for the Belgian income tax treatment of trusts?", *Trusts & Trustees* 2016, 512.

Zie ook exemplatief: Voorafg. Besl. 18 oktober 2016, nr. 2016.623, punt 15: "De juridische constructie moet volkomen fiscaal transparant worden behandeld"; Voorafg. Besl. 18

Deze transparantie wordt overigens consequent doorgetrokken naar het niveau van de belastingaangifte. Er werden in de belastingaangifte namelijk geen afzonderlijke vakken voorzien voor de inkomsten van een juridische constructie die ingevolge de kaaimantaks aan Belgische belastingplichtigen worden toegerekend. Deze inkomsten moeten dus, naar gelang hun fiscale aard, bij de rest van de door de belastingplichtige verkregen inkomsten in hun 'gewoonlijke' vakken worden vermeld.³⁴²⁵

De memorie van toelichting voegt hier nog aan toe dat de inkomsten van natuurlijke personen aldus worden belast volgens de normale regels die voor hen gelden in de personenbelasting, met inbegrip van bijvoorbeeld het bevrijdend karakter van de roerende voorheffing.³⁴²⁶ Hier rijst de vraag of de inkomsten die door de juridische constructie worden verkregen en die worden toegerekend aan een rijksinwoner moeten worden beschouwd als bruto- of netto-inkomsten. Volgens HAELTERMAN en MAES heeft het hanteren van de transparantietechniek tot gevolg dat de bruto-inkomsten moeten worden toegerekend aan de Belgische belastingplichtigen. Slechts in het buitenland ingehouden bronheffingen zouden volgens de auteurs mogen worden verrekend, omdat de Belgische genietter van bijvoorbeeld een buitenlands roerend inkomen in België ook slechts belastbaar is op het inkomen na aftrek van de buitenlandse bronbelasting.³⁴²⁷ Op de problematiek inzake de kaaimantaks en de roerende voorheffing, wordt hier wegens de bijzondere aard van de wetbepalingen ter zake niet nader ingegaan.³⁴²⁸

In de memorie van toelichting bij de kaaimantaks bevestigt de wetgever eveneens dat de doorkijkregeling moet worden toegepast met respect voor de door België gesloten dubbelbelastingverdragen.³⁴²⁹ Zulks kan worden geïllustreerd aan de hand van een voorafgaande beslissing van de DVB, waar werd vastgesteld dat aan de oprichter van een *trust* onroerende inkomsten werden toegerekend vanuit het Verenigd Koninkrijk en het Eiland Man.³⁴³⁰ De DVB concludeerde dat de door de door de trustverhouding verkregen huurinkomsten uit het Verenigd Koninkrijk op basis van artikel 6 van het toepasselijke DBV en artikel 155 WIB 1992 waren vrijgesteld met progressievoorbehoud. Voor wat betreft de door de trustverhouding verkregen huurinkomsten uit het Eiland Man werd de belasting op grond van artikel 156 WIB 1992 met de helft verminderd.³⁴³¹

oktober 2016, nr. 2016.618, punt 15; Voorafg. Besl. 18 oktober 2016, nr. 2016.619, punt 15.

³⁴²⁵ C. BUYSSE, "De aangifte in de personenbelasting voor aanslagjaar 2016", *Fiscooloog*, 2016, afl. 1472, 1 – 5, i.h.b. 4 – 5.

³⁴²⁶ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 41.

³⁴²⁷ A. HAELTERMAN, E. MAES, "De kaaimantaks – Wie ontspringt de dans nog? Nieuw fiscaal regime viseert private offshore-vermogensstructuren" in A-L. VERBEKE, F. BUYSSENS (eds.), *Notariële Actualiteit 2014 – 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 252.

³⁴²⁸ Zie daartoe: G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 919 – 923.

³⁴²⁹ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 33.

³⁴³⁰ Voorafg. Besl. 6 december 2016, nr. 2016.745, punt 21 e.v.

³⁴³¹ *Ibid*, punt 21.

1294. Bij het voorgaande moet echter worden genoteerd dat de door de kaaimantaks ingevoerde vorm van volkomen fiscale transparantie *in casu* berust op een fiscale fictie, die geheel is losgekoppeld van de onderliggende juridische realiteit. Op geen enkel ogenblik wordt vereist dat de oprichters aan wie de inkomsten die door de juridische constructie werden verkregen principieel moeten worden toegerekend, deze inkomsten ook daadwerkelijk zullen verkrijgen. Hieruit blijkt opnieuw het wettelijke vermoeden dat de personen die als oprichter worden beschouwd ook de begunstigden zijn van de juridische constructie (zie *supra*, randnr. 1272 en 1281). Hoger bleek tevens dat, in geval van een pluraliteit aan oprichters, zij elk in beginsel worden vermoed te zijn begunstigd voor gelijke delen. Het betreft hier echter een weerlegbaar vermoeden. Het gegeven dat de oprichters zullen worden belast op inkomsten die zij niet daadwerkelijk verkregen, nijpt echter vooral in die gevallen waar de desbetreffende inkomsten nadien worden toegekend aan andere personen dan de oprichters. Deze hypothese kan zich met name voordoen in het geval de desbetreffende inkomsten nadien worden uitgekeerd aan derde begunstigden (zie *infra*, randnr. 1297 – 1299).

1295. De principiële toerekening van inkomsten aan de oprichter(s) van de juridische constructie kan echter op vier wijzen worden uitgeschakeld.

In de eerste plaats kan daarbij worden verwezen naar de hoger (*supra*, randnr. 1283 en 1297 – 1289) aangehaalde tegenbewijsregelingen, op grond waarvan een kwalificerend persoon de hoedanigheid van oprichter verliest. Het verlies van deze hoedanigheid heeft tot gevolg dat de doorkijkregeling niet meer toepasselijk kan zijn, aangezien artikel 5/1, §1 WIB 1992 de inkomsten van een juridische constructie principieel toerekent aan de oprichters, én dat de kwalificerende personen het bestaan van de juridische constructie niet langer hoeven aan te geven.

In de tweede plaats kan een oprichter de toerekeningsregeling, en tegelijk het vermoeden van begunstiging, uitschakelen door te bewijzen dat de door de juridische constructie verkregen inkomsten nog in hetzelfde inkomstenjaar werden betaald of toegekend aan bepaalde derde begunstigden. Het leveren van dit bewijs zal echter geen invloed hebben op de aangifteplicht.

In de derde plaats kan een oprichter of een derde begunstigde het bewijs leveren dat de juridische constructie voldoet aan de voorwaarden gesteld in artikel 5/1, §3, b). Het betreft hier de zogeheten *substance*-voorwaarde, die voorheen was opgenomen in artikel 2, §1, 13/1° WIB 1992.³⁴³² Een juridische constructie die aan deze voorwaarden voldoet zal dus blijven worden beschouwd als een juridische constructie, zodat in hoofde van de oprichters en derde begunstigden de aangifteplicht blijft gelden. De doorkijkbelasting zal voor dergelijke 'kwalificerende juridische constructies' niet langer gelden, althans niet voor het AJ waarop het

³⁴³² G.D. GOYVAERTS, "Kaaimantaks gerepareerd én aangescherpt", *Fisc.Act.* 2015, afl. 42, 6 – 10.

tegenbewijs betrekking heeft. Omwille van de bijzondere aard van de *substance*-voorwaarde, komt deze verder afzonderlijk aan bod (*infra*, randnr. 1321 e.v.).

In de vierde plaats geldt luidens artikel 5/1, §3, a) WIB 1992 dat de doorkijkregeling voor een juridische constructie type 2 niet van toepassing is, indien deze voldoet aan de taxatievoorwaarde (zie *supra*, randnr. 1260). Deze regel is markant, aangezien hoger tegelijk werd vastgesteld dat een rechtspersoon die aan de taxatievoorwaarde voldoet niet geacht wordt een juridische constructie type 2 te zijn.³⁴³³ Gelet op het feit dat laatstgenoemde uitzondering slechts relevant is voor juridische constructies type 2, wordt hierop in het raam van voorliggend onderzoek niet nader ingegaan.

ii. **Inkomsten belastbaar in hoofde van een derde begunstigde**

1296. Luidens artikel 5/1, §1, eerste lid kunnen de oprichters ontsnappen aan belastingheffing wanneer zij bewijzen dat de inkomsten werden toegekend of betaald aan een derde begunstigde. Teneinde de fiscus toe te laten hierop controle uit te oefenen, kan dit bewijs echter slechts worden geleverd in bepaalde specifieke omstandigheden.

Het bewijs kan met name slechts worden geleverd wanneer de derde begunstigde inwoner is van of gevestigd is in een lidstaat van de EER, in een staat waarmee België een dubbelbelastingverdrag ('DBV')³⁴³⁴ of TIEA heeft afgesloten of een staat die samen met België deelneemt aan een bilateraal of multilateraal instrument dat uitwisseling van gegevens inzake belastingaangelegenheden toelaat. Bij dit alles is de mogelijkheid om aan gegevensuitwisseling te doen determinerend voor de vraag of het tegenbewijs kan worden geleverd. Slechts in die gevallen kan de fiscale administratie verifiëren of de door de oprichters gegeven bewijsstukken stroken met de werkelijkheid. De wettekst vereist evenwel niet dat de fiscale administratie in elk concreet geval de verificatiemogelijkheid zou moeten aanspreken. Het volstaat indien de fiscus daartoe de mogelijkheid heeft. De wet bevat ook geen taxatievoorwaarde in hoofde van de derde begunstigde. Doordat hier een expliciet verband wordt gelegd met de mogelijkheden van de Belgische staat om deel te nemen in allerlei processen van gegevensuitwisseling, wordt ook duidelijk dat de kaaimantaks in feite slechts een internrechtelijk onderdeel is van een groter

³⁴³³ Voor meer uitgebreide analyses, zie: N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 23 – 26; T. AFSCRIFT, "La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (seconde partie)", *JDF* 2016, 85 – 87.

³⁴³⁴ Indien er wel een DBV bestaat tussen België en de staat waarvan de derde begunstigde inwoner is, maar dit DBV niet voorziet in de mogelijkheid tot uitwisseling van inlichtingen, kan echter geen tegenbewijs worden geleverd. De MvT noemt in dit verband als voorbeeld Turkmenistan als voorbeeld. Zie: MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 43.

internationaal fiscaal kaderwerk (zie *supra*, randnr. 4 e.v., zie ook *infra*, randnr. 1318).³⁴³⁵

1297. Artikel 5/1, §2 WIB 1992 bepaalt vervolgens dat wanneer kan worden bewezen dat een derde begunstigde die rijksinwoner is, inkomsten heeft betaald of toegekend gekregen van een juridische constructie, deze inkomsten belastbaar zijn in hoofde van de rijksinwoner alsof deze laatste de inkomsten rechtstreeks verkregen heeft. De doorkijkregel functioneert hier dus in beginsel op dezelfde wijze als in het geval waar de inkomsten van de juridische constructie worden toegerekend aan de oprichter. Ten aanzien van derde begunstigten werkt de doorkijkregeling echter slechts wanneer en in zoverre zij inkomsten vanwege de juridische constructie verkrijgen. In tegenstelling tot wat het geval is voor belastingplichtigen die worden beschouwd als oprichter, kunnen derde begunstigten slechts worden belast op inkomsten die zij daadwerkelijk hebben verkregen. In de regeling inzake derde begunstigten schuilt een belangrijk verschil met het Nederlandse APV-regime, die uitkeringen aan derde begunstigten niet aan inkomstenbelastingen onderwerpt, maar principieel betreft in de schenkbelasting (*cf. supra*, randnr. 1104 – 1105).

Noteer echter dat de wettekst in kwestie is geschreven in de voltooid verleden tijd. Artikel 5/1, §2 WIB 1992 heeft het over inkomsten die “*werden betaald of toegekend*” aan een derde begunstigde. Uit de in de memorie van toelichting gegeven voorbeelden blijkt dat de oprichters dit tegenbewijs slechts kunnen leveren indien de door de juridische constructie ontvangen inkomsten nog in hetzelfde inkomstenjaar worden toegekend of uitgekeerd aan één of meer derde begunstigten.³⁴³⁶ Dit tegenbewijs moet vervolgens elk jaar worden geleverd. Deze systematiek werd echter niet expliciet in de wettekst opgenomen, zodat de juridische grondslag o.i. slechts kan bestaan in de wijze waarop de wettekst werd opgesteld. Het logisch gevolg is dan ook dat wanneer de inkomsten slechts in een later inkomstenjaar werden uitgekeerd aan een derde begunstigde, de oprichters reeds belasting over de door de juridische constructie verkregen inkomsten zullen hebben betaald. In die gevallen zullen derde begunstigten-rijksinwoners géén belasting meer zijn verschuldigd bij uitkering. Dit zou anders immers aanleiding geven tot een dubbele belasting. Het voorgaande werd overigens reeds bevestigd door de DVB.³⁴³⁷

1298. Het gegeven dat de derde begunstigten slechts belastbaar zijn voor inkomsten die zij werkelijk hebben verkregen, duidt erop dat het afzonderlijke bestaan van de juridische constructie *prima facie* toch in aanmerking wordt genomen. In tegenstelling tot wat het geval is onder de Nederlandse APV-regeling wordt deze uitkering voor de toepassing van de kaaimantaks niet geacht afkomstig te zijn van de oprichter(s). De inkomsten worden aldus gedurende een ‘logische seconde’ geacht afkomstig te zijn van een juridische constructie. Er moet immers

³⁴³⁵ N. APPERMONT, “De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel”, *AFT* 2015, afl. 11, 7.

³⁴³⁶ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 45 – 49.

³⁴³⁷ Voorafg. Besl. 29 november 2016, nr. 2016.711, punt 20 – 26.

een uitkering of toekenning vanwege de juridische constructie ten voordele van een derde begunstigde voorhanden zijn, die als *trigger* fungeert voor de belastingheffing in hoofde van de derde begunstigde. Na deze 'logische seconde' wordt het afzonderlijke bestaan van de juridische constructie echter opnieuw genegeerd en wordt een volkomen fiscaal transparante behandeling toegepast. De inkomsten behouden in hoofde van de derde begunstigten aldus hun oorspronkelijke fiscale kwalificatie.

Indien slechts een gedeelte van de inkomsten die door de constructie werden verkregen, werden toegekend aan een derde begunstigde, kan het een erg complexe opgave zijn om na te gaan welke de oorspronkelijke fiscale aard van deze inkomsten was. Slechts een quasi-directe doorstorting of toekenning aan de derde begunstigten óf een duidelijke boekhoudkundige ventilatie kan hier op het eerste gezicht soelaas bieden. Gelet op het feit dat het de oprichters zijn die het genoemde tegenbewijs moeten leveren, zullen het in de eerste plaats deze laatsten zijn die moeten aantonen welke inkomsten werden verkregen door of toegekend aan eventuele derde begunstigten.³⁴³⁸

1299. Schematisch kan het voorgaande worden uitgedrukt als volgt³⁴³⁹:

	Jaar X	Jaar X+1	Jaar X+2
Oprichter(s)	Inkomsten verkregen door juridische constructie type 1 of type 2	Inkomsten uit jaar X belastbaar bij oprichter(s) (AJ X+1)	
Derde begunstigde(n)		Inkomsten uitgekeerd aan derde begunstigde(n)	Géén belasting over uitgekeerde inkomsten bij derde begunstigde(n) (AJ X+2)

³⁴³⁸ T. AFSCHRIFT, "La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (seconde partie)", *JDF* 2016, 79.

³⁴³⁹ Dit voorbeeld werd ontleend aan: N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 18 – 19.

	Jaar X	Jaar X+1	Jaar X+2
Oprichter(s)	Inkomsten verkregen door juridische constructie type 1 of type 2	Inkomsten niet belastbaar bij oprichter(s) indien zij het tegenbewijs leveren	
Derde begunstigde(n)	Inkomsten uitgekeerd aan derde begunstigde(n)	Inkomsten belastbaar bij derde begunstigde(n) (AJ X+1)	

Hoewel deze regeling uit de kaaimantaks niet het enige geval is waar Belgische belastingplichtigen, *in casu* de oprichter(s), worden belast op een inkomen vóór dit door hen werd verkregen³⁴⁴⁰, kan in dit geval slechts worden vastgesteld dat de oprichters zullen worden belast op inkomsten die zij (misschien) ook helemaal nooit zullen (kunnen) verkrijgen. Uit de in de memorie van toelichting opgenomen voorbeelden blijkt dat dit resultaat door de wetgever werd beoogd.

Markanter wordt het nog wanneer deze fiscale systematiek wordt vergeleken met de beweegredenen van de Vlaamse decreetgever om middels het decreet van 23 december 2016 enkele wijzigingen door te voeren aan de tekst van artikel 2.7.1.0.6., tweede en derde lid VCF. Hoger (*supra*, randnr. 1131) bleek dat deze decretale wijziging net werd gestoeld op de idee dat het als zeer onbillijk wordt ervaren dat dat een persoon belast wordt op iets waarvan het allerminst zeker is dat die persoon het ooit zal verkrijgen.³⁴⁴¹ De Vlaamse decreetgever en de federale wetgever redeneren hier aldus vanuit een diametraal tegenovergestelde filosofie.

1300. In concrete gevallen kan overigens nog de vraag rijzen omtrent het bewijs dat de aan een derde begunstigde uitgekeerde inkomsten wel of niet door de juridische constructie werden verkregen binnen hetzelfde inkomstenjaar. Dient daarbij te worden aangenomen dat dergelijke uitkeringen principieel onbelast zijn, tenzij wordt bewezen dat de juridische constructie ze heeft uitgekeerd in hetzelfde inkomstenjaar dat zij door de juridische constructie werden verkregen?

³⁴⁴⁰ In dit verband kan worden verwezen naar artikel 42 van de wet van 26 maart 1999 (BS 1 april 1999, 10904), dat toegekende aandelenopties belastbaar stelt als een voordeel van alle aard uit hoofde of naar aanleiding van de beroepswerkzaamheid van de begunstigde op het ogenblik van de toekenning van voormelde opties. Indien de belastingplichtige vervolgens beslist de optie niet te lichten, was er inderdaad belasting verschuldigd op een voordeel dat hij nooit zal verkrijgen. Cruciaal onderscheid is dat het hier echter gaat om een eigen keuze van de belastingplichtige.

Een ander voorbeeld is artikel 364 WIB 1992 (zie *supra*, randnr. 1205).

³⁴⁴¹ Amendementen op het ontwerp van decreet houdende diverse fiscale bepalingen, *Parl.St.* VI.Parl. 2016 – 2017, nr. 928/2, 12.

Volgens de DVB blijkt uit de memorie van toelichting bij de kaaimantaks³⁴⁴² dat de fiscale administratie met alle bewijsmiddelen, behoudens de eed, kan aantonen dat er ontvangen inkomsten aan de derde begunstigde zijn uitgekeerd. Daarbij kan volgens de DVB niet worden uitgegaan van een wettelijk vermoeden dat dergelijke uitkeringen belastbaar zijn. Er mag volgens de DVB wel een bewijs op grond van feitelijke vermoedens worden geleverd.³⁴⁴³ De DVB verbindt aan het gebruik van dergelijke feitelijke vermoedens om de belastbare grondslag vast te stellen echter strikte eisen. Ten eerste moet de redenering uitgaan van zekere en vaststaande feiten. Ten tweede moet de gevolgtrekking logisch zijn.³⁴⁴⁴ Voor de concrete casus betekende dit dat de DVB op basis van feitelijke vermoedens kon afleiden dat de door de derde begunstigde verkregen inkomsten waren samengesteld uit inkomsten die nog in hetzelfde inkomstenjaar door de juridische constructie werden verkregen.³⁴⁴⁵ Aangezien de derde begunstigde er *in casu* niet in slaagde deze feitelijke vermoedens te weerleggen, door aan te tonen dat de verkregen inkomsten niet binnen hetzelfde inkomstenjaar door de *trust* waren verkregen, besloot de DVB dat de uitkering van inkomsten belastbaar was. Volgens de DVB zou dit standpunt inzake het gebruik van feitelijke vermoedens ook gelden voor toekomstige uitkeringen.³⁴⁴⁶ Uit de voorafgaande beslissing blijkt echter niet welke zekere en vaststaande feiten hiertoe hebben geleid. Bij gebreke aan de informatie, is het niet mogelijk om het concrete standpunt van de DVB *in casu* nader te beoordelen.

iii. De doorkijkregeling nader beschouwd

1301. Uit het voorgaande bleek dat de toepassing van de doorkijkregeling, die zelf is gestoeld op een wettelijk vermoeden van begunstiging van de oprichters door de juridische constructie, tot gevolg heeft dat inkomsten verkregen door juridische constructies principieel zullen worden belast in hoofde van de oprichters, tenzij de inkomsten nog in hetzelfde inkomstenjaar werden uitgekeerd aan een derde begunstigde en de oprichters (of o.i. desgevallend: de fiscale administratie) erin slagen het desbetreffende tegenbewijs te leveren. Aldus is het perfect denkbaar dat inkomsten worden belast in hoofde van belastingplichtigen die deze inkomsten nooit zullen verkrijgen, terwijl andere belastingplichtigen die inkomsten vervolgens belastingvrij zullen verkrijgen. De opname van de categorie van oprichters-erfgenamen in de wettekst zorgt er vervolgens voor dat de natuurlijke personen die betrokken zijn bij de erfenis van een persoon die als oprichter worden beschouwd, in beginsel ook in de doorkijkregeling worden betrokken, ook al hebben zij helemaal niets te maken met de juridische constructie.

³⁴⁴² MVT bij ontwerp van programmawet, *Parl. St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 42.

³⁴⁴³ Voorafg. Besl. 6 december 2016, nr. 2016.745, punt 28.

³⁴⁴⁴ *Ibid*, punt 28.

³⁴⁴⁵ *Ibid*, punt 29.

³⁴⁴⁶ *Ibid*, punt 30.

1302. O.i. kunnen omwille van het voorgaande vragen rijzen omtrent de verenigbaarheid van de doorkijkregeling met het grondwettelijk gewaarborgd gelijkheidsbeginsel (artt. 10, 11 en 172 GW).³⁴⁴⁷ De door de kaaimantaks ingevoerde systematiek maakt bijvoorbeeld een duidelijk onderscheid tussen oprichters van een juridische constructie waarvan de inkomsten meteen worden uitgekeerd aan derde-begunstigden en de oprichters van een juridische constructie waarvan de inkomsten slechts in een later inkomstenjaar worden uitgekeerd aan derde begunstigden. In een dergelijk geval worden belastingplichtigen die zich in een sterk vergelijkbare situatie bevinden³⁴⁴⁸ immers op een ongelijke wijze behandeld. In het eerste geval zullen de oprichters geen belasting verschuldigd zijn, terwijl de oprichters in het tweede geval wel aan belastingheffing zullen worden onderworpen. Een ongelijke behandeling van belastingplichtigen die zich in een dermate vergelijkbare situatie bevinden, kan aanleiding geven tot een schending van het gelijkheidsbeginsel indien de verschillende behandeling niet berust op een objectief criterium en niet verantwoord is in het licht van het nagestreefde doel.³⁴⁴⁹ De vraag rijst dan ook of het door de wetgever gemaakte onderscheid tussen oprichters van juridische constructies die verkregen inkomsten nog binnen hetzelfde inkomstenjaar doorstorten aan derde begunstigden en oprichters van juridische constructies die dit in een later jaar doen, redelijk verantwoord is in het licht van het nagestreefde doel van de kaaimantaks. Het onderscheid is immers slechts temporeel van aard. Elders hebben wij daarom de suggestie geopperd om te voorzien in een verrekeningsstelsel, waarbij de door de oprichters betaalde belastingen kunnen worden teruggevorderd indien de inkomsten worden uitgekeerd aan een kwalificerende derde begunstigde.³⁴⁵⁰

De oprichters(-erfgenamen) kunnen zich evenwel beroepen op de in de wet of de in de memorie van toelichting voorziene tegenbewijsregelingen. In het eerste geval werd echter vastgesteld dat in concrete gevallen slechts moeilijk kan worden voldaan aan de in de wet opgenomen voorwaarden. In het andere geval betreft het een tegenbewijsregeling die als zodanig niet in de wettekst is opgenomen en waarbij zij onherroepelijk moeten verzaken aan de kans om ooit enig voordeel te ontvangen van de juridische constructie. Ofschoon *trusts* geen erfrechtelijke rechtsfiguren zijn, kunnen zij wel een belangrijke rol spelen in een

³⁴⁴⁷ Zie algemeen over het gelijkheidsbeginsel: A. VAN DE VIJVER, "De evolutie van het fiscaal gelijkheidsbeginsel in het licht van de rechtsfilosofische achtergronden" in VZW FISKOFON (ed.), *Fiscale rechtspraakoverzichten. Grondrechten in fiscalibus 1989 – 2014*, Brussel, Larcier, 2016, 124 – 151; S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 43 – 47; H. SYMOENS, "Waarom hij wel en ik niet? Het fiscaal grondwettelijk gelijkheidsbeginsel" in M. DE JONCKHEERE *et al.* (eds.), *Een reis doorheen de fiscale basisbeginselen*, Brugge, die Keure, 2011, 1 – 28; E. VAN DE VELDE, 'Afspraken' met de fiscus: de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen, Brussel, Larcier, 2009, 235 – 251.

³⁴⁴⁸ Zie in dit verband: K. RIMANQUE, "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", *RW* 1992 – 1993, 8.

³⁴⁴⁹ Zie exemplatief: GwH 6 november 2014, nr. 162/2014; GwH 6 november 2008, nr. 157/2008; GwH, 30 oktober 2008, nr. 146/2008; Cass. 10 december 2009, F.08.0020.N/9; Cass. 4 oktober 2007, *T.Gem.* 2008, 131 (met noot G. VAN HAEGENBORG).

³⁴⁵⁰ N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 19.

successieplanning. De vraag rijst of een dergelijke eis wel kan worden beschouwd als zijnde evenredig. Dit laatste geldt *a fortiori* wanneer de situatie van een oprichter-erfgenaam wordt vergeleken met een persoon die niet betrokken is in de nalatenschap van de oprichter, maar die wel geldt als derde begunstigde van de juridische constructie. Van de derde begunstigde, die werkelijk wordt bevoordeeld door de juridische constructie, wordt niet verwacht dat hij of zij enig tegenbewijs levert om enkel te worden belast op daadwerkelijk verkregen inkomsten.

Gelijkaardige bedenkingen kunnen worden geplaatst bij het gegeven dat slechts natuurlijke personen in aanmerking komen om te worden beschouwd als oprichters-erfgenamen. In geval een oprichter een deel van diens nalatenschap legateert aan een natuurlijke persoon en een ander gedeelte aan een rechtspersoon, zal slechts de natuurlijke persoon worden beschouwd als een oprichter-erfgenaam. Gelet op de doelstelling om de hoedanigheid van oprichter over te dragen van generatie op generatie, oogt deze regeling op het eerste gezicht niet onlogisch. Een rechtspersoon komt niet te overlijden en heeft geen erfgerechtigden aan wie de hoedanigheid van oprichter kan worden overgedragen. Bovendien zou een dergelijke rechtspersoon eenvoudig kunnen worden ontbonden en vereffend, zodat deze ophoudt te bestaan. Indien echter verder wordt geredeneerd op basis van het wettelijk vermoeden van begunstiging, dat moet worden doorgetrokken naar alle personen die op grond van het erfrecht een voordeel ontvangen vanwege de oprichter, valt o.i. niet in te zien hoe de voorgaande elementen daaraan principieel afbreuk zouden doen.

1303. Bij de doorkijkregeling kunnen tevens vragen rijzen wanneer deze wordt beschouwd in het licht van het recht op bescherming van eigendom.³⁴⁵¹ Belastingmaatregelen worden door het EHRM immers principieel beschouwd als een inmenging met het recht op bescherming van eigendom, zoals neergeled in artikel 1 Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM.³⁴⁵² Wanneer is vast komen te staan dat er sprake is van 'eigendom' en een inmenging met het recht op bescherming van eigendom, kan deze inmenging vervolgens worden gerechtvaardigd wanneer is voldaan aan drie voorwaarden. Het betreft een legaliteitsvoorwaarde, een

³⁴⁵¹ Zie algemeen over het recht op bescherming van eigendom, in het bijzonder in een fiscaalrechtelijke context: B. PEETERS, "Algemene inleiding over de toepassing van het recht op eigendom in fiscale zaken" in vzw FSKOFOON (ed.), *Fiscale rechtspraakoverzichten. Grondrechten in fiscalibus 1989 - 2014*, Brussel, Larcier, 2016, 303 - 328; N. APPERMONT, "(Lokale) belastingen en het recht op bescherming van eigendom" in S. VERBIST (ed.), *Actualia Overheid en Eigendom*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 1 - 41; M.R.T. PAUWELS, "Retroactive tax legislation in view of Article 1 First Protocol ECHR", *EC Tax Review* 2013, 268 - 281; B. PEETERS, "The Protection of the Right to Property in Article 1 of the First Protocol to the European Human Rights Convention Limiting the Fiscal Power of States" in *Liber Amicorum Fiscalium: A Vision of Taxes within and outside European Borders, Festschrift in honour of prof. em. Frans Vanistendael*, Deventer, Kluwer, 2007, 679 - 701; Y. HAECK, "Artikel 1 Eerste Protocol - Recht op Bescherming van Eigendom" in J. VANDE LANOTTE, Y. HAECK, *Handboek EVRM Deel 2*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 295 - 397.

³⁴⁵² "Taxation is in principle an interference with the right guaranteed by the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1, since it deprives the person concerned of a possession, namely the amount of money which must be paid", zie: EHRM 29 april 2008, *Burden/Verenigd Koninkrijk*, punt 59.

legitimitieitsvoorwaarde en een evenredigheidsvoorwaarde.³⁴⁵³ In concrete gevallen is het meestal de toetsing aan de evenredigheidsvoorwaarde die doorslaggevend is voor wat betreft het voorliggende geschil. De kaaimantaks is een wettelijke regeling die op de geëigende wijze is bekendgemaakt. Bovendien bestaat het oogmerk van de kaaimantaks erin om gevallen tegen te gaan waar belastingplichtigen zich aan een normale belastingheffing trachten te onttrekken.³⁴⁵⁴ Een probleem met de twee eerstgenoemde voorwaarden lijkt zich o.i. dan ook niet te stellen. De vraag is echter of de wettelijke regeling, als inmenging met het recht op bescherming van eigendom, in alle gevallen het evenwicht bewaart tussen de fundamentele rechten van het individu en het algemeen belang.³⁴⁵⁵ Ofschoon de memorie van toelichting bij de kaaimantaks stelt dat de wettelijke regeling de belangen van de Schatkist en de belangen van de belastingplichtigen harmonieus combineert³⁴⁵⁶, rijst de vraag of zulks *in concreto* wel steeds het geval zal zijn.

Zo kunnen o.i. ook vraagtekens worden geplaatst bij gevallen waar de toepassing van de kaaimantaks tot gevolg heeft dat belastingplichtigen aan belasting zullen worden onderworpen, terwijl deze inkomsten later mogelijks belastingvrij kunnen worden uitgekeerd aan derde begunstigen. Hetzelfde geldt voor de fiscale toerekening van inkomsten van juridische constructies aan oprichters-erfgenamen, die met de oprichting van de juridische constructie als zodanig niets te maken hadden. Ook in de Nederlandse rechtsleer is op de analoge Nederlandse regeling reeds bijzonder veel kritiek gerezen.³⁴⁵⁷ Hoewel in dit verband aan de kaaimantaks een 'misbruikgedachte' ten grondslag ligt (zie *supra*, randnr. 1200), wordt de toepassing ervan nergens expliciet afhankelijk gesteld van het voorhanden zijn van enige vorm van 'misbruik'. Noch is de toepassing van de kaaimantaksregeling beperkt tot gevallen waar anders sprake zou zijn van een 'zwevend vermogen'. Net daarom rijst de vraag of de kaaimantaks het evenwicht tussen de fundamentele rechten van het individu en het algemeen belang in de genoemde gevallen wel steeds bewaart wanneer een concrete belastingplichtige met de toepassing ervan wordt geconfronteerd.

Zowel de problematiek inzake de belasting op inkomsten die de oprichters mogelijks nooit zullen verkrijgen als de problematiek inzake de fiscale toerekening

³⁴⁵³ N. APPERMONT, C. VANDERKERKEN, "De rechtspraak van het EHRM waarin het recht op eigendomsbescherming wordt toegepast in fiscale zaken" in vzw FSKOFOON (ed.), *Fiscale rechtspraakoverzichten. Grondrechten in fiscalibus 1989 – 2014*, Brussel, Larcier, 2016, 329 – 330.

³⁴⁵⁴ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl. St. Kamer* 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 29.

³⁴⁵⁵ EHRM, 23 september 1982, *Sporrong en Lönnroth/Zweden*, punt 69.

³⁴⁵⁶ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl. St. Kamer* 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 29.

³⁴⁵⁷ F.H.G. BIEMANS, *Afgezonderde particuliere vermogens. Onderzoek naar de rechtsfiguur afgezonderd particulier vermogen in het Nederlandse fiscale recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 135 – 142; X.G.R. AUERBACH, "Afgezonderd Particulier Vermogen: constructiefouten", *WFR* 2010, nr. 4; J.P. BOER, *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 388; G. GILISSEN, *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 583.

van inkomsten aan oprichters-erfgenamen zijn overigens het gevolg van de beslissing van de wetgever om door middel van een fiscale fictie te breken met de onderliggende juridische realiteit.

f. De belasting bij uitkering

1304. Hoger (*supra*, randnr. 1292) werd gesteld dat ingevolge het kaaimantaksregime het afzonderlijke bestaan van juridische constructies slechts selectief wordt genegeerd. De kaaimantaks voorziet inderdaad ook in een afzonderlijke regeling waarbij uitkeringen vanwege juridische constructies fiscaal toch afzonderlijk in aanmerking worden genomen en aan belasting kunnen worden onderworpen.

Relevante wetsbepaling is artikel 5/1, zevende lid WIB 1992, die leest als volgt: “*In afwijking van het eerste lid is de oprichter, voor de toepassing van artikel 18, 2^oter, b), belastbaar op de door de juridische constructie betaalde of toegekende inkomsten.*” Deze belasting bij uitkering, die nader wordt geregeld door middel van een complex samenspel tussen artikel 18 WIB 1992 en artikel 21, 12^o WIB 1992³⁴⁵⁸, is blijkens de tekst van de wet niet van toepassing voor juridische constructies type 1.

1305. Los van de concrete juridische systematiek die schuilgaat achter het verzoenen van een transparantieregime met een regime van belasting bij uitkering, kan hier wel worden opgemerkt dat het oogmerk van de belasting bij uitkering er mede lijkt in te bestaan om inkomsten die in het verleden (i.e. vóór 1 januari 2015) zijn verkregen door juridische constructies type 2 aan belasting te onderwerpen op het ogenblik dat zij worden uitgekeerd.³⁴⁵⁹ Aldus zal bijvoorbeeld de vereffening en ontbinding van een juridische constructie type 2 mogelijks leiden tot de uitkering van een liquidatiedividend, dat vervolgens in België zijn geëigend fiscaal regime zal ondergaan. De in artikel 21, 12^o vervatte vrijstelling, die een dam wil opwerpen tegen mogelijke dubbele belasting, vereist daarbij dat de oprichter of derde begunstigde aantoont dat de vrij te stellen inkomsten ‘in België hun belastingregime hebben ondergaan’. Los van de vraag naar de verenigbaarheid van laatstgenoemde voorwaarde met de regels inzake het vrij verkeer van kapitaal

³⁴⁵⁸ G.D. GOYVAERTS, “Kaaimantaks gerepareerd én aangescherpt”, *Fisc.Act.* 2015, afl. 42, 6 – 10; T. AFSCHRIFT, “La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (seconde partie)”, *JDF* 2016, 90 – 94.

³⁴⁵⁹ N. APPERMONT, “De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel”, *AFT* 2015, afl. 11, 21; G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, 909.

Er dient daarbij echter te worden opgemerkt dat de toepassing van de kaaimantaks in dergelijke gevallen zeker niet kan leiden tot ‘fiscale regularisatie’ of ‘fiscale rechtzetting’ voor wat het verleden betreft. Zie: N. APPERMONT, “De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel”, *AFT* 2015, afl. 11, 36; G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks, een kritische beschouwing”, *TFR* 2015, 909 – 910.

binnen de EER³⁴⁶⁰, vormt deze regeling voor de fiscale administratie een bijkomend controlemiddel om de oorsprong van het uitgekeerde kapitaal na te gaan.³⁴⁶¹

1306. Aangezien de belasting bij uitkering verder slechts relevant is voor juridische constructies type 2, blijft deze regeling verder onbesproken in het raam van voorliggend onderzoek. Uit het voorgaande blijkt echter wel dat de keuze van wetgever om de regeling inzake belasting bij uitkering slechts voor te behouden voor juridische constructies type 2 belangrijke implicaties heeft. Uitkeringen vanwege juridische constructies type 2 die zouden worden onderworpen aan de 'belasting bij uitkering', blijven in het geval van een juridische constructie type 1 dus onbelast.³⁴⁶²

g. Specifieke antimisbruikbepalingen

1307. De wetgever achtte het opportuun om, naast het doorkijkregime, enkele specifieke antimisbruikmaatregelen in te voeren, teneinde de daadwerkelijke toepassing van het kaaimantaksregime te verzekeren. Twee wetsbepalingen zijn hier relevant. In de eerste plaats kan gewezen worden op artikel 344/1, eerste lid WIB 1992. Ten tweede kan worden gewezen op artikel 344/1, tweede lid WIB 1992 en artikel 47 van de programmawet van 10 augustus 2015.

i. Artikel 344/1, eerste lid WIB 1992

1308. Luidens het eerste lid van artikel 344/1 WIB 1992 is een rechtshandeling of geheel van rechtshandelingen, gesteld door een juridische constructie type 2, niet tegenwerpelijk aan de administratie in het kader van de toepassing van de artikelen 5/1 en 220/1 WIB 1992 in hoofde van de oprichters of, naar gelang het geval, de derde begunstigden van de juridische constructie.

Volgens de memorie van toelichting bij de kaaimantaks heeft deze bepaling tot doel om het voor de fiscale administratie mogelijk te maken om het doorkijkregime toe te passen en de heffing te verzekeren in hoofde van de oprichters en de derde begunstigden.³⁴⁶³ Aldus kan de fiscale administratie een rechtshandeling of geheel

³⁴⁶⁰ Het is o.i. immers perfect denkbaar dat een in een juridische constructie type 2 vastgeklikt kapitaal (deels) op geheel legitieme wijze in het buitenland werd opgebouwd en aldaar zijn 'belastingregime heeft ondergaan'. Volgens de letter van de wet komt een dergelijk in het buitenland opgebouwd kapitaal niet in aanmerking voor de vrijstellingsregeling. Zie: N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 22 – 23.

³⁴⁶¹ A. HAELTERMAN, E. MAES, "De kaaimantaks – Wie ontspringt de dans nog? Nieuw fiscaal regime viseert private offshore-vermogensstructuren" in A-L. VERBEKE, F. BUYSSENS (eds.), *Notariële Actualiteit* 2014 – 2015, Antwerpen, Intersentia, 2015, 259.

³⁴⁶² Dit werd overigens reeds bevestigd door de DVB, zie: Voorafg. Besl. 3 oktober 2016, nr. 2016.562.

³⁴⁶³ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 54.

van rechtshandelingen³⁴⁶⁴ gesteld door de juridische constructie type 2 negeren, indien deze zich verzet tegen de toepassing van het doorkijkregime. Op deze manier kan de administratie het verband vestigen tussen de juridische constructies, de door de juridische constructies ontvangen inkomsten en de oprichters en/of derde begunstigen die belastbaar zijn op deze inkomsten. Vervolgens kan uit de memorie van toelichting worden afgeleid dat de invoeging van artikel 344/1, lid 1 WIB 1992 werd geïnspireerd door de Nederlandse ervaringen met het APV-regime.³⁴⁶⁵ Uit een brief van de Nederlandse Staatssecretaris voor Financiën bleek immers dat juridische constructies soms nog verder worden 'verstoppt' achter andere entiteiten/juridische constructies, teneinde aan de toepassing van het APV-regime te ontsnappen.³⁴⁶⁶

De wetgever gaf vervolgens aan dat indien een dergelijk fenomeen zou worden vastgesteld, "en de gewone interpretatiemethode, de technische bepalingen van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, de specifieke anti-misbruikbepalingen en de simulatieleer geen soelaas bieden, [...] het perfect mogelijk [is] op deze constructies de anti-misbruikbepaling vervat in artikel 344, §1, WIB 1992 toe te passen."³⁴⁶⁷ In dit rijtje past dus ook artikel 344/1 WIB 1992, dat eventueel kan worden beschouwd als een 'algemene antimisbruikbepaling' behorende tot het kaaimantakscontentieux. Laatstgenoemde wetsbepaling is echter slechts toepasselijk op rechtshandelingen gesteld door een juridische constructie type 2. Deze bepaling komt daarom verder nog aan bod, betreffende de problematiek inzake zogeheten 'dubbelconstructies' of 'gelaagde constructies' (zie *infra*, randnr. 1343 e.v.).

1309. Ofschoon deze antimisbruikbepaling slechts van toepassing is op rechtshandelingen of een geheel van rechtshandelingen, gesteld door een juridische constructie type 2, vallen toch nog enkele markante punten betreffende deze wetsbepaling te worden gesignaleerd, omdat zij van bijzonder belang zijn voor de hiernavolgende analyse met betrekking tot 'gelaagde structuren'.

Ten eerste moet worden opgemerkt dat artikel 344/1 WIB 1992 van toepassing is "op de inkomsten die vanaf 01.01.2015 werden verkregen, toegekend of betaalbaar gesteld door een juridische constructie en, wat de toepassing van de roerende of bedrijfsvoorheffing betreft, op de inkomsten die zijn toegekend of betaalbaar

³⁴⁶⁴ Met het begrip "geheel van rechtshandelingen" wordt vermoedelijk bedoeld: een reeks opeenvolgende rechtshandelingen die van meet af aan zijn opgevat als behorend tot een ondeelbare keten, zie: MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2011 – 2012, nr. 53-2081/001, 113; GwH 30 oktober 2013, nr. 141/2013, overw. B.4.1.

Over de begrippen 'rechtshandeling' en 'geheel van rechtshandelingen' in deze specifieke fiscale context, zie: B. PEETERS, "De algemene fiscale antimisbruikbepalingen. Een commentaar in het licht van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", *AFT* 2014, afl. 5, 21 – 23.

³⁴⁶⁵ *Ibid*, 33.

³⁴⁶⁶ F.H.H. WEEKERS, "Evaluatie wettelijk systeem voor afgezonderde particuliere vermogens (apv's)", Brief van 11 september 2013 aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal, DGB/2013/2752, 4.

³⁴⁶⁷ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 33.

gesteld vanaf 01.09.2015”³⁴⁶⁸ De inwerkingtredingsbepaling verschilt hiermee van deze betreffende (nieuw) artikel 344, §1 WIB 1992, die slechts rechtshandelingen viseert “die zijn gesteld tijdens een belastbaar tijdperk dat afsluit ten vroegste op de datum van bekendmaking van deze wet in het Belgisch Staatsblad en is verbonden aan het aanslagjaar 2012”³⁴⁶⁹

Het voorgaande impliceert o.i. dat artikel 344/1 WIB 1992 kan toegepast worden op rechtshandelingen, ongeacht de datum waarop zij zouden zijn gesteld, in zoverre zij nog steeds betrekking hebben op inkomsten die vanaf AJ 2016 werden verkregen door de juridische constructie type 2.³⁴⁷⁰ Zulks werd ook reeds bevestigd door de DVB.³⁴⁷¹

1310. Op het eerste gezicht doet het voorgaande bijzonder aan. De vraag rijst immers hoe er sprake kan zijn van ‘fiscaal misbruik’, indien een rechtshandeling werd gesteld op het ogenblik dat er van enige kaaimantaks nog geen sprake was. Hoger (*supra*, randnr. 1002) bleek immers dat ‘fiscaal misbruik’ werd gekenmerkt door een objectief én een subjectief element.

Welnu, uit de tekst van artikel 344/1, eerste lid WIB 1992 blijkt er geen sprake te zijn van ‘fiscaal misbruik’, noch van een enig subjectief element. Het voorhanden zijn van ‘fiscaal misbruik’ vormt dan ook geen toepassingsvoorwaarde voor artikel 344/1, eerste lid. Voor de toepassing van deze wetsbepaling is het o.i. voldoende dat er (i) een rechtshandeling of geheel van rechtshandelingen voorligt, die (ii) werd gesteld door een juridische constructie type 2, en die (iii) een invloed kan hebben op de mogelijke toepassing van de artikelen 5/1 en 220/1 WIB 1992 in hoofde van een belastingplichtige die als oprichter of als derde begunstigde wordt beschouwd. Aangezien de tekst geen subjectief element bevat, kan een dergelijk subjectief element er ook niet worden in gelezen op grond van bijvoorbeeld een systematische interpretatie.³⁴⁷² Hoger (*supra*, randnr. 1054) bleek immers dat aan een systematische interpretatie pas kan worden toegekomen indien de wettekst ruimte laat voor onduidelijkheid en indien een (strikte) tekstuele interpretatie geen verdere duidelijkheid schept. De afwezigheid van een intentioneel of subjectief element in artikel 344/1 WIB werd tevens bevestigd door de DVB. Dit weerhield de administratie er evenwel niet van om in het raam van een toepassing van artikel 344/1 WIB (o.i. verkeerdelijk, wegens een gebreke aan enige juridische grondslag) toch te spreken van ‘fiscaal misbruik’.³⁴⁷³

³⁴⁶⁸ Art. 46 *jo.* 47 Programmawet van 10 augustus 2015, *BS* 18 augustus 2015, 53834.

³⁴⁶⁹ Art. 167 *jo.* 169 Programmawet van 29 maart 2012, *BS* 6 april 2012, 22143.

³⁴⁷⁰ Eensluidend: F. DEBELVA, A.M. VANDEKERKHOVE, “Antimisbruikbepalingen en dubbelstructuren: enkele bedenkingen”, *Fisc.Act.* 2016, afl. 30, 3 – 7; *Contra*: G.D. GOYVAERTS, “De kaaimantaks en de (niet-)toepassing ervan bij ‘dubbelstructuren’”, *TFR* 2016, 577 – 578.

³⁴⁷¹ Zie: Voorafg. Besl. 22 november 2016, nr. 2016.610, punt 21.

³⁴⁷² *Contra*: T. AFSCHRIFT, “La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (seconde partie)”, *JDF* 2016, 102.

³⁴⁷³ Voorafg. Besl. 22 november 2016, nr. 2016.610, punt 20, 23.

Het ontbreken van een subjectief element is bij nader inzien echter niet verwonderlijk. Hoger (*supra*, randnr. 1223) bleek reeds dat de algemene fiscale antimisbruikbepalingen slechts kunnen worden toegepast op rechtshandelingen die werden gesteld door de belastingplichtige die het fiscaal misbruik begaat. Om deze reden kon de trustcreatie in het raam van bijvoorbeeld de erfbelasting o.i. niet worden gezien als fiscaal misbruik, aangezien de belastingplichtige niet de erflater/*settlor* is. Welnu, bij een rechtshandeling gesteld door de juridische constructie type 2, is niet de belastingplichtige zelf die het misbruik begaat. Het voorhanden zijn van een subjectief element in hoofde van de juridische constructie type 2 is dan ook van geen tel. Het is immers niet de belastingplichtige zelf, maar wel de juridische constructie, die zich tracht te onttrekken aan de effectieve toepassing van het doorkijkregime.

1311. Het voorgaande brengt een belangrijk inzicht aan de oppervlakte. Middels het doorknippen van de banden met de onderliggende juridische realiteit, vereenzelvigd het kaaimantaksregime de personen die als oprichters worden beschouwd op fiscaal vlak met de juridische constructie zelf. Vanuit de optiek van de wetgever is de juridische constructie niets meer dan een louter juridisch verlengstuk van de oprichters. Dit is ook meteen de verklaring voor het vermoeden dat de personen die als oprichter worden beschouwd, geacht worden de primaire begunstigden te zijn van de juridische constructies (zie *supra*, randnr. 1272). Dit vermoeden vormt op zijn beurt de grondslag voor de toerekeningsregel betreffende de door de juridische constructie verkregen inkomsten. Ook de uitspraken van de wetgever met betrekking tot *discretionary trusts* (zie *supra*, randnr. 1255) vallen te kaderen in deze context.

In het raam van een specifieke antimisbruikbepaling (in tegenstelling tot de taxatieregeling) loopt deze 'verlengstukgedachte' echter spaak, omdat de vereiste van een subjectief element in hoofde van de belastingplichtige van geen tel is, indien de rechtshandeling in kwestie uitgaat van de juridische constructie. De loutere voorwaarde dat de rechtshandeling in kwestie moet zijn gesteld door de juridische constructie, veronderstelt namelijk het afzonderlijke juridische bestaan van de juridische constructie. Voor wat betreft de doorkijkregeling, wordt dit afzonderlijke bestaan niet genegeerd. De oplossing van de wetgever bestond er kennelijk in om een verwijzing naar 'fiscaal misbruik' en het bijhorende subjectief element geheel achterwege te laten in artikel 344/1, eerste lid WIB 1992.

1312. Door het ontbreken van een subjectief element, en zelfs van enige notie van fiscaal misbruik, wordt *de facto* voorzien in een onweerlegbaar vermoeden van misbruik in hoofde van een belastingplichtige die zelf geen rechtshandeling heeft gesteld, en dat potestatieve basis door de administratie kan worden ingeroepen. Er bestaat dan ook geen ruimte voor enige vorm van tegenbewijs. Aldus kan de fiscale administratie op een louter discretionaire grondslag om het eender welke rechtshandeling gesteld door een juridische constructie type 2 negeren, teneinde de toepassing van de doorkijkbelasting in hoofde van de oprichters of derde begunstigden te verzekeren.

O.i. kunnen daarom ernstige vragen worden gesteld bij de grondwettelijkheid van artikel 344/1, eerste lid WIB 1992, gelet op het fiscaal legaliteitsbeginsel (zie *supra*, randnr. 986 e.v.)³⁴⁷⁴, *a fortiori* wanneer deze wordt beschouwd in het licht van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof inzake de (vernieuwde) algemene fiscale antimisbruikbepaling³⁴⁷⁵. Ook in het licht van het Europees recht kunnen ernstige bedenkingen worden geplaatst bij een antimisbruikbepaling die geen mogelijkheid tot tegenbewijs laat, gelet op de evenredigheidsvoorwaarde.³⁴⁷⁶

ii. **Artikel 344/1, tweede lid WIB 1992 en artikel 47 van de programmawet van 10 augustus 2015**

1313. Een tweede vorm van 'misbruik' die de wetgever wenste tegen te gaan, was het zogeheten 'omzettingmisbruik'. Gelet op de verschillende fiscale gevolgen die worden verbonden aan het gebruik van een juridische constructie type 1, dan wel een juridische constructie type 2, kan het voor bepaalde belastingplichtigen interessant zijn om, in bepaalde omstandigheden, te trachten de juridische constructie om te vormen.

1314. In de eerste plaats kan daarbij worden gedacht aan het omvormen van een juridische constructie type 2 in een juridische constructie type 1, teneinde te ontsnappen aan de in artikel 18 WIB 1992 voorziene 'belasting bij uitkering'. Dit is de hypothese die wordt geïllustreerd door artikel 344/1, tweede lid WIB 1992. Deze bepaling stelt dat 'wijzigingen aan de oprichtingsakte' van juridische constructies type 2 met het oog op omzetting in een juridische constructie type 1 teneinde te ontsnappen aan de belastingheffing als bedoeld in artikel 18, 2^oter, b) WIB 1992, niet kunnen worden tegengeworpen aan de fiscale administratie. Opvallend is daarbij dat deze wetsbepaling slechts verwijst naar artikel 18, 2^oter, b). De antimisbruikbepaling verwijst aldus *niet* naar artikel 18, 3^o WIB 1992, i.e. de bepaling die o.a. wordt geacht te gelden voor stichtingen die als juridische constructie type 2³⁴⁷⁷ worden beschouwd. Meer zelfs, sinds de wijzigingen die werden aangebracht aan de kaaimantaks in december 2015 bestaat artikel 18,

³⁴⁷⁴ N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 27 – 28.

Eensluidend: F. DEBELVA, A.M. VANDEKERKHOVE, "Antimisbruikbepalingen en dubbelstructuren: enkele bedenkingen", *Fisc.Act.* 2016, afl. 30, 3 – 7; G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 913.

³⁴⁷⁵ GwH 30 oktober 2013, nr. 141/2013, overw. B.17.1 e.v.; B. PEETERS, "De algemene fiscale antimisbruikbepalingen", *AFT* 2014, afl. 5, 21.

³⁴⁷⁶ Zie daarover: N. APPERMONT, "Adrift between Scylla and Charybdis? The trust caught between a civil law rock and a fiscal hard place", *Trusts & Trustees* 2016, 1150, vn. 102; F. DEBELVA, D. SCORNOS, J. VAN DEN BERGHEN, P. VAN BRABAND, "LOB Clauses and EU-Law Compatibility: A Debate Revived by BEPS?", *EC Tax Review* 2015, 139; C. SANO, "National Tax Presumptions and EU Law", *EC Tax Review* 2014, 204; D. WEBER, "Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the CJEU, Part 2", *European Taxation* 2013, 315.

³⁴⁷⁷ G.D. GOYVAERTS, "Kaaimantaks gerepareerd én aangescherpt", *Fisc.Act.* 2015, afl. 42, 6 – 10.

2ter, b) WIB 1992 niet langer. De wetgever is kennelijk vergeten om artikel 344/1, tweede lid WIB 1992 in de reparatiewet te betrekken.

1315. Het valt echter te betwijfelen of het voorgaande in de praktijk van enige tel zal zijn, *a fortiori* voor juridische constructies die reeds bestonden op het ogenblik van de invoering van de kaaimantaks. Het tweede lid van artikel 47 van de programmawet van 10 augustus 2015 leest immers als volgt: "*iedere wijziging aan de oprichtingsakte van een juridische constructie als bedoeld in artikel 2, § 1, 13°, a), van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 met het oog op de omzetting in een juridische constructie bedoeld in artikel 2, § 1, 13°, b), van hetzelfde Wetboek of van een juridische constructie bedoeld in artikel 2, § 1, 13°, b), van dat Wetboek met het oog op de omzetting in een juridische constructie bedoeld in artikel 2, § 1, 13°, a), van het genoemde Wetboek die gebeurt vanaf 9 oktober 2014, kan niet worden tegengeworpen aan de administratie.*" De peildatum, i.e. 9 oktober 2014 is de datum van het regeerakkoord waarin de kaaimantaks werd aangekondigd.³⁴⁷⁸ Het toepassingsgebied van deze bepaling omvat de situaties die werden beoogd met artikel 344/1, tweede lid WIB 1992, maar is tegelijkertijd veel breder. In feite impliceert deze bepaling dat de aard van iedere juridische constructie die bestond op de peildatum, op die datum werd 'vastgeklikt' en fiscaal niet meer kan worden gewijzigd. In dat geval zou artikel 344/1, tweede lid WIB 1992 zonder voorwerp zijn. In genoemd artikel 47 wordt overigens geen uitdoofregeling voorzien. Dit ondersteunt de hypothese dat de aard van bestaande juridische constructies op de peildatum fiscaal werden 'vastgeklikt'. O.i. geldt zulks eveneens voor de omvorming van juridische constructies opgericht na de genoemde peildatum, aangezien het in die gevallen ook gaat om een omzetting die gebeurt vanaf (na) 9 oktober 2014.

In feite is het opmerkelijk dat de memorie van toelichting bij de kaaimantaks naar artikel 47 van de programmawet van 10 augustus 2015 verwijst als een 'antimisbruikmaatregel'.³⁴⁷⁹ Niet alleen blijft een verwijzing naar het (vermoede) fiscale oogmerk dat schuilgaat achter de omvorming in artikel 47 geheel afwezig en is er dus geen sprake van een subjectief element of een verwijzing naar 'fiscaal misbruik'. Bovendien zou de omzetting van een juridische constructie type 1 naar een juridische constructie type 2 tot gevolg hebben dat er wél sprake zal zijn van een belasting bij uitkering, terwijl dit voorheen *niet* het geval is (zie *supra*, randnr. 1304 – 1306). In dergelijke gevallen geeft de toepassing van de kaaimantaks dus aanleiding tot een hogere belastingheffing dan anders het geval was geweest. Het valt moeilijk in te zien hoe een keuze, die tot gevolg heeft dat er méér belasting zou kunnen worden betaald, kan worden beschouwd als 'misbruik'.

1316. Het voorgaande, zowel de ongewijzigde wettekst van artikel 344/1, tweede lid, het samenspel van genoemde wetsbepaling met artikel 47 van de programmawet van 10 augustus 2015, als de juridische architectuur van laatstgenoemde 'antimisbruikbepaling' wijzen erop dat de wetgever te werk is

³⁴⁷⁸ Adv.RvS 57.455/1-2-3-4 van 5 mei 2015 bij het voorontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 167.

³⁴⁷⁹ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 55.

gegaan met weinig oog voor detail. Gecombineerd met de weinig nadrukkelijke inbedding van de kaaimantaks als geheel met de bestaande antimisbruikmaatregel, wekt de wetgever hiermee de indruk over te zijn gegaan tot een opbod aan diverse fiscale antimisbruikmaatregelen, zonder zich te beraden over de concrete gevolgen, of zelfs het nut ervan.

h. Gevolgen voor wat betreft de aangifteplicht

1317. Naar aanleiding van de invoering van de kaaimantaks bracht de wetgever ook enkele wijzigingen aan betreffende de reeds bestaande aangifteplicht voor juridische constructies. Kernbepaling is artikel 307, §1, vierde lid WIB 1992: *“De jaarlijkse aangifte in de personenbelasting moet het bestaan vermelden van een juridische constructie waarvan de belastingplichtige, zijn echtgenote of de kinderen waarover hij het ouderlijk gezag uitoefent overeenkomstig artikel 376 van het Burgerlijk Wetboek, hetzij een oprichter van de juridische constructie is, zoals bedoeld in artikel 2, § 1, 14°, hetzij een derde begunstigde is zoals bedoeld in artikel 2, § 1, 14°/1.”*

In artikel 307, §1 WIB 1992 werden door de programmawet van 10 augustus 2015 ten eerste een aantal wijzigingen aangebracht die de gewijzigde terminologie van de kaaimantaks reflecteerden. Zo werd voor wat betreft de aangifteplicht oorspronkelijk gesproken van ‘begunstigden of potentieel begunstigden’.³⁴⁸⁰ Deze terminologie werd vervangen door het nauwer afgebakende begrip ‘derde begunstigde’. Ten tweede werd de aangifteplicht voor juridische constructies door middel van het achtste lid van artikel 307, §1 WIB 1992 uitgebreid tot rechtspersonen in de rechtspersonenbelasting.

1318. Daar waar oorspronkelijk slechts het bestaan van een juridische constructie moest worden aangegeven, werd de aangifteplicht verder verruimd door de wet van 26 december 2015, die het kaaimantaksregime op enkele punten wijzigde.³⁴⁸¹ Het negende lid van artikel 307, §1 WIB 1992 luidt voortaan als volgt: *“In het geval in de aangifte in de personenbelasting of de rechtspersonenbelasting het bestaan wordt vermeld van een juridische constructie door de oprichter of derde begunstigde van deze juridische constructie, wordt de volledige naam, de rechtsvorm, het adres en in voorkomend geval het identificatienummer van de juridische constructie vermeld. In het geval het een in artikel 2, § 1, 13°, a), bedoelde juridische constructie betreft, waarvan het bestaan wordt vermeld door de oprichter van de juridische constructie, wordt eveneens de naam en het adres van de beheerder van deze juridische constructie vermeld.”* Uit de parlementaire voorbereiding bij deze wetsbepaling valt af te leiden dat de uitbreiding van de aangifteplicht tot doel heeft om de fiscale administratie de mogelijkheid te verlenen

³⁴⁸⁰ N. APPERMONT, “Het gebruik van buitenlandse trust(achtige) figuren door belastingplichtigen in België in het vizier” in R. BARBAIX, N. CARETTE (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2014*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 246 – 247.

³⁴⁸¹ Art. 108 wet van 26 december 2015 houdende maatregelen inzake versterking van jobcreatie en koopkracht, BS 30 december 2015, 80634.

om de gegevensuitwisseling reeds in een vroeg stadium op te kunnen starten en onnodig tijdverlies te beperken.³⁴⁸² Dit ondersteunt de hoger (*supra*, randnr. 1296) gedane vaststelling dat de kaaimantaks in dit verband in een ruimer internationaal kader moet worden geplaatst.

Hoger (*supra*, randnr. 3) werd er bovendien reeds op gewezen dat in de loop van 2016 door de wetgever werd beslist om de administratieve sanctie voor de wederrechtelijke niet-aangifte van een juridische constructie vast te stellen op 6250 euro per jaar en per niet-aangegeven juridische constructie.

1319. In de tweede plaats moet worden gewezen op artikel 315 WIB 1992. Deze wetsbepaling bevat een verplichting voor belastingplichtigen in de Belgische personenbelasting, rechtspersonenbelasting, vennootschapsbelasting en de belasting der niet inwoners bepaalde boeken en bescheiden voor te leggen ter inzage. Specifiek voor rijksinwoners en rechtspersonen bepaalt artikel 315 WIB 1992 dat zij op verzoek van de administratie 'de boeken en bescheiden' van juridische constructies moeten voorleggen ter inzage.

Het is echter nog maar de vraag of belastingplichtigen *in concreto* steeds zullen kunnen beschikken over de 'boeken en bescheiden' van de juridische constructie in kwestie. Uit Deel II van dit onderzoek is met name voor *trusts* gebleken dat het recht op informatie voor *beneficiaries* in de *common law* op een eerder functionele wijze wordt ingevuld (*supra*, randnr. 264 – 266). Het is daarbij allerminst zeker dat de *trustee* de door de Belgische begunstigen gevraagde informatie gaat (mogen) overleggen. Hetzelfde kan overigens gelden voor *settlers* die zich de daartoe noodzakelijke *powers* niet hebben voorbehouden en/of geen *beneficiary* van de *trust* zijn. De wettekst bevat echter geen aanwijzingen over hoe met een dergelijke situatie moet worden omgegaan. Opnieuw neemt de Belgische wetgever kennelijk gewoon aan dat de belastingplichtigen in kwestie wel over deze gerechtigdheden zullen beschikken onder de toepasselijke *lex causae*. Desgevallend zou de fiscale administratie kunnen overgaan tot het opleggen van een fiscaal-administratieve sanctie zoals voorzien in artikel 445, §1 WIB 1992.

1320. Het voorgaande, zowel de sanctie bij het niet-naleven van de verruimde aangifteplicht als de potentiële sanctie bij het niet voorleggen van de boeken en bescheiden van de juridische constructie, zijn mogelijks problematisch vanuit een mensenrechtelijk perspectief. De kennelijke weigering van de Belgische wetgever om, op één of andere wijze, de werkelijke gerechtigdheid op informatie onder de toepasselijke *lex causae* van de Belgische belastingplichtige mee in rekening te nemen, kan o.i. leiden tot een schending van artikel 6 EVRM. Het is immers genoegzaam bekend dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens autonome criteria heeft ontwikkeld om te bepalen of een bepaalde sanctie moet worden beschouwd als een strafsanctie in de zin van artikel 6 EVRM (de zogeheten 'Engel-

³⁴⁸² Wetsontwerp houdende maatregelen inzake versterking van jobcreatie en koopkracht, amendementen, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1520/003, 11.

criteria')³⁴⁸³ In de rechtspraak wordt dan ook aanvaard dat de administratieve sancties voorzien in artikel 445 WIB 1992, moeten worden beschouwd als strafrechtelijk van aard in de zin van artikel 6 EVRM.³⁴⁸⁴ O.i. is het dan ook niet geoorloofd voor de fiscale administratie om dergelijke sancties op te leggen, wanneer de belastingplichtige onder de *lex causae* niet gerechtigd is om bepaalde informatie te verkrijgen.

i. De *substance*-uitzondering

1321. Hoger (*supra*, randnr. 1295) werd reeds aangehaald dat artikel 5/1, §3, b) WIB 1992 een uitzonderingsregeling bevat die de toepassing van het doorkijkregime verhindert, indien wordt aangetoond dat er voldoende economische '*substance*' voorhanden is. Deze uitzondering geldt voor beide types juridische constructies. De 'entiteit' in kwestie zal echter nog steeds als een juridische constructie worden beschouwd, zodat de aangifteplicht nog steeds zal gelden.

Artikel 5/1, §3, b) WIB 1992, stelt dat de doorkijkbelasting niet van toepassing is indien een oprichter of een derde begunstigde aantoont dat de juridische constructie is gevestigd in een staat waarmee de Belgische fiscus kan overgaan tot gegevensuitwisseling (zie *supra*, randnr. 1296) en dat:

"- *deze entiteit in het kader van de uitoefening van een beroepswerkzaamheid een daadwerkelijke economische activiteit uitoefent op de plaats waar deze entiteit is gevestigd en in voorkomend geval op de plaats waar zij een vaste inrichting heeft, en dat ;*

- het geheel van lokalen, personeel en uitrusting die de entiteit tot haar beschikking heeft op de plaats waar deze entiteit gevestigd is en in voorkomend geval op de plaats waar zij een vaste inrichting heeft in verhouding staat tot de voormelde economische activiteit die deze entiteit aldaar uitoefent".

1322. Uit de parlementaire geschiedenis van de kaaimantaks blijkt dat de wetgever oorspronkelijk geen *substance*-uitzondering had voorzien, maar hiertoe werd aangezet door de Raad van State.³⁴⁸⁵ Opmerkelijk is overigens dat de Raad van State in het advies betreffende de kaaimantaks slechts verwees naar het bekende *Cadbury Schweppes*-arrest van het Europees Hof van Justitie.³⁴⁸⁶ In een

³⁴⁸³ Zie hierover uitgebreid: N. APPERMONT, C. VANDERKERKEN, "De rechtspraak van het EHRM waarin het recht op eerlijk proces wordt toegepast in fiscale zaken" in vzw FSKOFOON (ed.), *Fiscale rechtspraakoverzichten. Grondrechten in fiscalibus 1989 – 2014*, Brussel, Larcier, 2016, 376 – 383; M. MAUS, "Basisbeginselen inzake de toepassing van het recht op eerlijk proces in fiscale zaken" in vzw FSKOFOON (ed.), *Fiscale rechtspraakoverzichten. Grondrechten in fiscalibus 1989 – 2014*, Brussel, Larcier, 2016, 371 – 375.

³⁴⁸⁴ GwH 18 juni 2008, nr. 91/2008, overw. B.8.1.; Antwerpen 3 juni 2008, *FJF* 2008, 202.

³⁴⁸⁵ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 37; Adv.RvS 57.455/1-2-3-4 van 5 mei 2015 bij het voorontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 163.

³⁴⁸⁶ HvJ C-196/04, *Cadbury Schweppes*, *Jur.* 2006, I.

eerder advies, betreffende een wetsvoorstel dat beoogde een regeling in te voeren die enigszins analoog zou zijn aan de kaaimantaks, had de Raad van State in zijn advies tevens gewezen op het hoger (*supra*, randnr. 722) aangehaalde *Olsen*-arrest van het EVA-Hof.³⁴⁸⁷ Uit de memorie van toelichting bij de kaaimantaks kan echter als zodanig niet worden afgeleid dat de wetgever het *Olsen*-arrest mee in rekening heeft genomen bij het uitwerken van de *substance*-uitzondering. De wetgever verwees daarentegen wel nog naar een resolutie van de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2010 inzake de coördinatie van *thin capitalisation*- en CFC-regelingen.³⁴⁸⁸

1323. In de genoemde zaak *Cadbury Schweppes* oordeelde het Europees Hof van Justitie dat het niet evenredig is om, door middel van CFC-wetgeving, de vrijheid van vestiging te ontzeggen aan een reële vestiging die een daadwerkelijke economische activiteit uitoefent in de ontvangende lidstaat. Er moet op grond van objectieve en door derden verifieerbare elementen worden nagegaan of de buitenlandse entiteit een daadwerkelijke aanwezigheid heeft in de lidstaat van ontvangst. Dergelijke elementen konden volgens het Hof bestaan in de aanwezigheid van beschikbare lokalen, personeel en uitrusting. In ieder geval moet aan de binnenlandse belastingplichtige de mogelijkheid worden verleend om het bewijs te leveren dat aan deze voorwaarden is voldaan.³⁴⁸⁹ Slechts indien blijkt dat dat de entiteit in kwestie een geheel fictieve vestiging is die geen enkele daadwerkelijke economische activiteit uitoefent in de lidstaat van ontvangst, is er sprake van een volstrekt kunstmatige constructie.³⁴⁹⁰

1324. In de rechtsleer is echter reeds meermaals de vraag opgeworpen of de Belgische *substance*-uitzondering wel in lijn is met het *Olsen*-arrest.³⁴⁹¹ Zo geeft het EVA-Hof aan dat de vraag of een entiteit een daadwerkelijke economische activiteit uitoefent niet *in abstracto* mag worden beantwoord.³⁴⁹² Daarentegen moet worden gekeken naar de concrete oprichtingsakte van de entiteit in kwestie en naar de daadwerkelijke activiteiten die de entiteit uitoefent.³⁴⁹³ Zo geeft het Hof

³⁴⁸⁷ Adv.RvS. 57.064/7, 7 april 2015 bij het wetsvoorstel tot wijziging van het wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 wat het belastingstelsel van juridische constructies betreft, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-0679/003, 10 – 11; EVA-Hof 9 juli 2014, E-3/13 en E-20/13, *Fred Olsen et. al. V. The Norwegian State*, [2014] EFTA Ct. Rep. 400.

³⁴⁸⁸ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 38; Resolutie van de Raad van 8 juni 2010 over coördinatie van de regels inzake buitenlandse filialen ("Controlled Foreign Corporation – CFC") en onderkapitalisatie ("thin capitalisation") in de Europese Unie, *Pb.C.* 16 juni 2010, afl. 156, 1.

³⁴⁸⁹ HvJ C-196/04, *Cadbury Schweppes*, *Jur.* 2006, I, punt 66 – 70.

³⁴⁹⁰ *Ibid*, punt 68.

³⁴⁹¹ G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 891 – 893; N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 30 – 33; A. VAN ZANTBEEK, "Olsen. Duidelijke krijtlijnen voor CFC-wetgeving, transparante belastingheffingen en kaaimantaksen binnen de Europese Unie" (noot onder EVA-Hof 9 juli 2014), *TFR* 2015, 948.

³⁴⁹² EVA-Hof 9 juli 2014, E-3/13 en E-20/13, *Fred Olsen et. al. V. The Norwegian State*, [2014] EFTA Ct. Rep. 400, punt 99.

³⁴⁹³ EVA-Hof 9 juli 2014, E-3/13 en E-20/13, *Fred Olsen et. al. V. The Norwegian State*, [2014] EFTA Ct. Rep. 400, punt 99.

aan dat: “[i]f a specific assessment reveals, for example, that the trust is involved in the management of a group’s companies or other activities for a group, such as managing a pool of resources, and its actual incorporation reflected its actual activities, it has to be regarded as a real and genuine economic activity, which constitutes establishment. As the Commission stated in response to a question from the bench, it is not required that the economic activities take effect in the EEA State of establishment. It suffices that they take effect in the EEA.”³⁴⁹⁴

1325. Wanneer de letterlijke tekst van de Belgische *substance*-uitzondering echter wordt vergeleken met voormelde passage in het *Olsen*-arrest valt op dat de Belgische wettekst op bepaalde punten toch restrictiever is dan het Europees recht toelaat. Ten eerste rijst de vraag naar de verhouding tussen het begrip ‘daadwerkelijke economische activiteiten’ en de verwijzing naar de uitoefening van een beroepswerkzaamheid. Vervolgens kunnen, in het licht van de bovenstaande passage uit het *Olsen*-arrest, vragen worden geplaatst bij de vereiste dat de entiteit een geheel van lokalen, personeel en uitrusting ter beschikking moet hebben en bij de vereiste dat de economische activiteit moet worden uitgeoefend op de plaats van vestiging van de entiteit of de plaats waar de entiteit beschikt over een vaste inrichting. De twee laatstgenoemde vragen worden wegens een belangrijke mate van verwevenheid samen besproken.

i. ‘Daadwerkelijke economische activiteiten’

1326. Ten eerste wordt door het EVA-Hof duidelijk niet gesteld dat de betrokken entiteit ‘in het kader van de uitoefening van een beroepswerkzaamheid’ een daadwerkelijke economische activiteit moet uitoefenen. De vraag rijst overigens wat de wetgever net beoogde met de invoering van deze zinsnede in de wettekst. Uit de memorie van toelichting bij de kaaimantaks blijkt dat de wetgever met de invoering van deze zinsnede ‘alle economische handelingen die kaderen in het beheer van een privévermogen’ wilde uitsluiten van het toepassingsgebied van de *substance*-uitzondering.³⁴⁹⁵ Volgens de wetgever zouden enkel economische activiteiten die inkomsten genereren die conform de bepalingen van het WIB 1992 kunnen worden gekwalificeerd als beroepsinkomsten in aanmerking komen voor de *substance*-uitzondering.³⁴⁹⁶ Gelet op het feit dat de kaaimantaks een regime van volkomen fiscale transparantie invoert, rijst de vraag in wiens hoofde deze voorwaarde dan moet zijn voldaan. In hoofde van de juridische constructie of in hoofde van de personen die als oprichter worden beschouwd.

Uit de arresten *Olsen* en *Cadbury Schweppes* blijkt echter dat het bestaan van een daadwerkelijk economische activiteit moet worden beoordeeld in hoofde van de

³⁴⁹⁴ *Ibid.*

³⁴⁹⁵ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl. St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 39.

³⁴⁹⁶ *Ibid.*

entiteit zelf.³⁴⁹⁷ Bovendien heeft het *Olsen*-arrest betrekking op inkomsten die vanuit een Belgisch perspectief als roerende (en eventueel als diverse) inkomsten moeten worden gekwalificeerd.³⁴⁹⁸ De beroepswerkzaamheid van de oprichters heeft in beginsel trouwens ook niets te maken met de activiteiten van de entiteit. Opnieuw blijkt het kaaimantaksregime – hier althans op het eerste gezicht – de oprichters te vereenzelvigen met de juridische constructie.

Uit een voorafgaande beslissing van de DVB van 22 november 2016 blijkt overigens dat ook de DVB van mening is dat de uitoefening van enige beroepswerkzaamheid moet worden beoordeeld in hoofde van de juridische constructie.³⁴⁹⁹

1327. O.i. is het antwoord op de vraag of de opvatting van de wetgever al dan niet strijdig is met de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie en het EVA-Hof gelegen in een nadere analyse van het begrip 'daadwerkelijke economische activiteiten', zoals dit blijkt uit de relevante rechtspraak. Het voorhanden zijn van een 'daadwerkelijke economische activiteit' vormt volgens deze rechtspraak immers het determinerende criterium, en niet zozeer de kwalificatie van de inkomsten die een dergelijke economische activiteit genereert. Indien echter zou blijken dat de invulling van dit begrip noopt tot de conclusie dat dergelijke activiteiten enkel inkomsten *kunnen* genereren die vanuit een Belgisch perspectief worden beschouwd als beroepsinkomsten, stelt deze bijkomende voorwaarde geen enkel probleem. De opname ervan in de wettekst zou dan echter zinloos zijn.

In dit verband moet er nog op worden gewezen dat nadere invulling van dit begrip niet slechts van belang is in fiscale zaken. Het vereiste van een daadwerkelijke economische activiteit vormt immers een voorwaarde om onder het materieel toepassingsgebied van de vrijheid van vestiging te kunnen vallen (zie *supra*, randnr. 722). De nadere invulling ervan is dus ook van belang in een (internationaal) privaatrechtelijke context.

1328. Opmerkelijk is dat het concept 'economische activiteiten' niet slechts voorkomt in de context van de vestigingsvrijheid. Het begrip kan tevens worden aangetroffen in het vrij verkeer van economisch actieve EU-persoon, het BTW-recht en het Europees mededingingsrecht. Daardoor rijst de vraag of het begrip kan worden getransponeerd tussen de verschillende rechtstakken. Bepaalde auteurs hebben hier in het verleden reeds twijfels over geuit, onder verwijzing naar de *Denkavit*-zaak, die werd beslecht door het Europees Hof van Justitie.³⁵⁰⁰ Andere

³⁴⁹⁷ EVA-Hof 9 juli 2014, E-3/13 en E-20/13, *Fred Olsen et. al. V. The Norwegian State*, [2014] EFTA Ct. Rep. 400, punt 97; HvJ C-196/04, *Cadbury Schweppes, Jur.* 2006, I, punt 54.

³⁴⁹⁸ N. APPERMONT, "Adrift between Scylla and Charybdis? The trust caught between a civil law rock and a fiscal hard place", *Trusts & Trustees* 2016, 1153; G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 892; N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 32.

³⁴⁹⁹ Voorafg. Besl. 22 november 2016, nr. 2016.540, punt 27.

Zie ook: Voorafg. Besl. 18 oktober 2016, nr. 2016.623, punt 26; Voorafg. Besl. 18 oktober 2016, nr. 2016.618, punt 26; Voorafg. Besl. 18 oktober 2016, nr. 2016.619, punt 26.

³⁵⁰⁰ L. DE BROE, *International Tax Planning and the Prevention of Abuse*, Amsterdam, IBFD, 2008, 846 – 47; G. MAISTO, P. PISTONE, "A European Model for Member States Legislation on

auteurs poneren dat zulks wel het geval kan zijn en verwijzen daarbij naar de Conclusie van Advocaat-Generaal JACOBS in de zaak *Cassa di Risparmio di Firenze*.³⁵⁰¹ Ook het Hof van Justitie heeft kennelijk de principes die het heeft ontwikkeld inzake dit begrip in de context van andere rechtstakken, reeds toegepast in een zaak betreffende het Europees mededingingsrecht.³⁵⁰²

O.i. kan worden beargumenteerd dat een automatische transpositie van de éne rechtstak naar de andere niet aan de orde is, maar dat het begrip 'daadwerkelijke economische activiteit' in de kern een eenheidsbegrip is, dat 'kneedbaar' is naar gelang van de specifieke context van de rechtstak waarin het wordt aangewend.³⁵⁰³ Duidelijk is alvast dat het begrip niet op een restrictieve wijze mag worden geïnterpreteerd.³⁵⁰⁴ Het mag echter niet gaan om een activiteit van marginale of bijkomstige aard.³⁵⁰⁵

1329. Elders³⁵⁰⁶ zijn wij op grond van een analyse van de Europeesrechtelijke rechtspraak ter zake³⁵⁰⁷ tot het besluit gekomen dat het Europees Hof van Justitie

the Taxation of Controlled Foreign Subsidiaries (CFC's) – Part 1", *European Taxation* 2008, 505; D. WEBER, *Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms, A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, 10.

Zie tevens: HvJ C-170/05, *Denkavit Internationaal BV*, *Jur.* 2006, I, punt 31.

³⁵⁰¹ D.S. SMIT, *EU Freedoms, Non-EU Countries and Company Taxation*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2012, 43 – 44.

De Advocaat-Generaal stelde in dit verband: "Ik ben het er mee eens dat om redenen van coherentie en uniformiteit in het algemeen dezelfde betekenis moet worden toegekend aan identieke begrippen die op verschillende gebieden van het gemeenschapsrecht worden gehanteerd, behoudens wanneer een andere oplossing gerechtvaardigd is door de aard of de specifieke kenmerken van het gebied waarvan zij deel uitmaken en die een ad-hocuitlegging kunnen wettigen. In dit bijzondere geval lijkt het redelijk in te stemmen met het voorstel van de Commissie om de rechtspraak inzake de Zesde BTW-richtlijn naar analogie toe te passen op het gebied van het mededingingsrecht."

Zie: Conclusie van Advocaat-Generaal JACOBS van 27 oktober 2005, C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze et al*, *Jur.* 2006, I, vn. 26.

³⁵⁰² HvJ C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze et al*, *Jur.* 2006, I, punt 111 – 112.

³⁵⁰³ Zie uitgebreid: N. APPERMONT, "Adrift between Scylla and Charybdis? The trust caught between a civil law rock and a fiscal hard place", *Trusts & Trustees* 2016, 1155.

³⁵⁰⁴ HvJ C-176/96, *Lethonen*, *Jur.* 2000, I, punt 42; E. ROBERT, D. TOFF, "The Substance Requirement and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market", *European Taxation* 2011, 437.

³⁵⁰⁵ HvJ C-176/96, *Lethonen*, *Jur.* 2000, I, punt 44.

³⁵⁰⁶ N. APPERMONT, "Adrift between Scylla and Charybdis? The trust caught between a civil law rock and a fiscal hard place", *Trusts & Trustees* 2016, 1154 – 1159.

³⁵⁰⁷ Zie bv. HvJ C-108/14 en C-109/14, *Beteiligungsgesellschaft Larentia + Minerva mbH & Co. KG en Finanzamt Hamburg-Mitte*, *Jur.* 2015, I, i.h.b. punt 19 – 21; HvJ C-29/08, *Skatteverket*, *Jur.* 2009, I, i.h.b. punt 28 – 30; HvJ C-435/05, *Investrand*, *Jur.* 2007, i.h.b. punt 25; HvJ C-77/01, *Empresa de Desenvolvimento Mineiro SGPS SA*, *Jur.* 2004, I, i.h.b. punt 58 – 59; HvJ C-80/95, *Harnas & Helm*, *Jur.* 1997, I, i.h.b. punt 15, 18; HvJ C-333/91, *Sofitam v. Ministre Chargé du Budget*, *Jur.* 1993, I, i.h.b. punt 12; HvJ C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze et al*, *Jur.* 2006, I, punt 111 – 113; HvJ C-142/99, *Floredienne and Berginvest*, *Jur.* 2000, I, i.h.b. punt 18, 28; HvJ C-60/90, *Polysar*, *Jur.* 1991, I, i.h.b. punt 14; HvJ C-251/98, *Baars*, *Jur.* 2000, I, i.h.b. punt 22; HvJ C-155/94, *Wellcome Trust*, *Jur.* 1996, i.h.b. punt 34 – 36; HvJ C-451/05, *ELISA*, *Jur.* 2007, I, i.h.b. punt 64 – 66; HvJ C-386/04, *Stauffer*, *Jur.* 2006, I, i.h.b. punt 19; HvJ C-306/94, *Régie Dauphinoise*, *Jur.* 1996,

meer geneigd zal zijn om houdsteractiviteiten te kwalificeren als een 'economische activiteit' in gevallen waar zulks ook daadwerkelijk zakelijke doeleinden dient. Minstens in de context van BTW-zaken, lijkt het Hof veel minder geneigd te aanvaarden dat passieve houdsteractiviteiten die tot doel hebben een inkomstenstroom te genereren, kunnen worden beschouwd als een daadwerkelijke economische activiteit. Het louter aanhouden van aandelen, waardepapieren en dergelijke meer kwalificeert als zodanig principieel niet als een economische activiteit. Het voorgaande is evenwel anders wanneer de entiteit in kwestie zeggenschap uitoefent of zich direct of indirect bezig houdt met het bestuur van de vennootschappen waarin deelnemingen worden aangehouden. In de rechtsleer bestaat er echter discussie over de vraag of het (eerder passief) aanhouden van activa teneinde een inkomstenstroom te genereren, kan worden aangemerkt als een daadwerkelijke economische activiteit.³⁵⁰⁸

Op grond van het argument dat het begrip 'daadwerkelijke economische activiteit', hoewel in de kern een unitair begrip, kneedbaar is, afhankelijk van de context waarin het wordt gebruikt, is het o.i. omzeggens weinig zinvol om een trustverhouding onder het personele toepassingsgebied van de vestigingsvrijheid te brengen, maar tegelijkertijd de activiteiten waarvoor deze rechtsfiguur het best geschikt is, uit te sluiten van het begrip 'daadwerkelijke economische activiteit'.³⁵⁰⁹

Het is o.i. begrijpelijk dat de klassieke noties inzake de vrijheid van vestiging en daarmee verband houdende begrippen, zoals 'daadwerkelijke economische activiteiten', op maat gesneden zijn van natuurlijke personen die economische activiteiten uitoefenen enerzijds en rechtspersonen of klassieke economisch actieve organisatievormen anderzijds. Hoger (*supra*, randnr. 342 e.v.) is echter gebleken dat *common law trusts* moeten worden onderscheiden van deze klassieke (economisch actieve) entiteiten. *Trusts* zijn met name vooral geschikt om aan actieve of passieve vormen van vermogensbeheer te doen, zowel in een private als in een zakelijke context.³⁵¹⁰ O.i. lijkt het dan ook niet meer dan logisch dat de

I, i.h.b. punt 17 – 18; HvJ C-81/09, *Idryma Typou AE*, *Jur.* 2010, I, i.h.b. punt 51 – 52; Ger.EU T-445/05, *Associazione italiana del risparmio gestito en Fineco Asset Management SpA*, *Jur.* 2009, II, i.h.b. punt 135; EVA-Hof 9 juli 2014, E-3/13 en E-20/13, *Fred Olsen et al. V. The Norwegian State*, [2014] EFTA Ct. Rep. 400, i.h.b. punt 99; EVA-Hof 10 mei 2011, E-4/10, E-6/10 en E-7/10, *Principality of Liechtenstein et al v. EFTA Surveillance Authority*, [2011] EFTA Ct. Rep. 16, i.h.b. punt 56.

³⁵⁰⁸ Argumenteren dat zulks doorgaans niet het geval zal zijn: B.J. WOLF, A.Q.C. VAN VUUREN, "De zaak-Fred Olsen en de aangepaste Moederdochterrichtlijn: de substance-vereisten binnen het Europese misbruikconcept", *WFR* 2015/734, nr. 3.3.1.1. – 3.3.1.2.; D.S. SMIT, "Substance Requirements for Entities Located in a Harmful Tax Jurisdiction under the CFC Rules and the EU Freedom of Establishment", *Derivatives and Financial Instruments* 2014, 261 – 262.

Argumenteren dat zulks wel mogelijk is of minstens mogelijk zou moeten zijn: E. ROBERT, D. TOFF, "The Substance Requirement and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market", *European Taxation* 2011, 438. Zie tevens: F. DEBELVA, J. LUTS, "The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive", *European Taxation* 2015, 227 – 28; B.J.M. TERRA, P. WATTEL, *European Tax Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2012, 1012.

³⁵⁰⁹ N. APPERMONT, "Adrift between Scylla and Charybdis? The trust caught between a civil law rock and a fiscal hard place", *Trusts & Trustees* 2016, 1157.

³⁵¹⁰ *Ibid*, 1138 – 1144.

eigenheden en karakteristieken van deze rechtsfiguren ook consequent mee in rekening worden genomen, wanneer eenmaal is aanvaard dat zij principieel onder het personele toepassingsgebied van de vestigingsvrijheid vallen.³⁵¹¹

1330. Gelet op het voorgaande moet nog worden gewezen op de conclusie van Advocaat-Generaal KOKOTT in zaak C-646/15 die momenteel nog hangende is voor het Europees Hof van Justitie.³⁵¹² De Advocaat-Generaal argumenteert dat een Engelse trustverhouding kan worden beschouwd als een 'andere rechtspersoon' in de zin van artikel 54, tweede lid VWEU daar dit begrip autonoom moet worden uitgelegd. Volgens de Advocaat-Generaal is het overigens niet strikt vereist dat de rechtsverhouding in kwestie door het nationale recht met rechtspersoonlijkheid zou moeten zijn bekleed. Anders zou een daadwerkelijk beroep op de vrijheid van vestiging immers al te gemakkelijk aan bepaalde entiteiten kunnen worden ontzegd.³⁵¹³ De Advocaat-Generaal stelt in dit verband: "*Het Unierechtelijke begrip „overige rechtspersonen” ziet derhalve op elke organisatie-eenheid door middel waarvan de leden (dat wil zeggen de personen die gebruikmaken van die structuur) aan het rechtsverkeer kunnen deelnemen. Een organisatie-eenheid (in tegenstelling tot ieder afzonderlijk lid ervan) kan echter slechts als zodanig geraakt worden wanneer zij beschikt over een zekere mate van autonomie die haar toestaat als zodanig aan het rechtsverkeer deel te nemen. Tevens moet zij beschikken over het vermogen tot een eensluitende wilsvorming en zich daardoor onderscheiden van de personen die van haar gebruikmaken.*"³⁵¹⁴ De Advocaat-Generaal laat het uiteindelijke oordeel over de vraag of een trustverhouding aan deze criteria voldoet over aan de nationale rechter.³⁵¹⁵

Interessant is bovendien dat de Advocaat-Generaal onder verwijzing naar de zaak *Wellcome Trust*³⁵¹⁶ vervolgens stelt dat het beheer van vreemd vermogen door een *trust*, respectievelijk de beheerder van die *trust*, aan te merken valt als een zelfstandige activiteit. Zulks veronderstelt evenwel dat het vermogen op een actieve wijze wordt beheerd.³⁵¹⁷

De Advocaat-Generaal vervolgt: "*Ook al valt het actieve beheer van vreemd vermogen in bepaalde omstandigheden niet binnen de werkingssfeer van het btw-recht, het gaat niettemin om een zelfstandige economische activiteit. Anders dan de Noorse regering meent, dient bij de beoordeling van de zelfstandige economische activiteit als voorwaarde voor de vestigingsvrijheid niet te worden uitgegaan van de beginselen van het btw-recht inzake de identificatie van een*

³⁵¹¹ *Ibid*, 1159.

³⁵¹² Conclusie van Advocaat-Generaal KOKOTT van 21 december 2016, C-646/15, *Trustees of the P Panayi Accumulation and Maintenance Settlements v. Commissioners of Her Majesty's Revenue and Customs*, Jur. 2016, I.

³⁵¹³ *Ibid*, punt 22 – 35.

³⁵¹⁴ *Ibid*, punt 33.

³⁵¹⁵ *Ibid*, punt 35.

³⁵¹⁶ Zie *supra*, vn. 3507.

³⁵¹⁷ Conclusie van Advocaat-Generaal KOKOTT van 21 december 2016, C-646/15, *Trustees of the P Panayi Accumulation and Maintenance Settlements v. Commissioners of Her Majesty's Revenue and Customs*, Jur. 2016, I, punt 38.

belastingplichtige. Reden daarvoor is reeds dat de fundamentele vrijheden beogen belemmeringen op de interne markt uit de weg te ruimen en dus een ander doel nastreven dan het btw-recht, dat gericht is op belastingheffing bij de eindverbruiker. Een zuivere holdingmaatschappij (een zogenoemde financiële holding) wordt volgens vaste rechtspraak van het Hof weliswaar niet beschouwd als een belastingplichtige in de zin van artikel 9 van richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde. Toch kan zij zich ter zake van de inkomstenbelasting op grond van de verplaatsing van haar zetel beroepen op de vrijheid van vestiging."³⁵¹⁸

Deze passage is belangrijk, aangezien zij het hoger gemaakte argument ondersteunt dat het begrip 'daadwerkelijke economische activiteit' moet worden beschouwd vanuit de specifieke context waarin dit begrip aan de orde is. Ofschoon de basiselementen van dit begrip kunnen worden behouden, kan de minimale drempel qua economische activiteit die moet worden gehaald verschillen, afhankelijk van de specifieke juridische context. De Advocaat-Generaal trekt echter een lijn tussen 'actieve' en 'passieve' vormen van vermogensbeheer. Indien de *trust* zich slechts zou inlaten met passief vermogensbeheer, kan er volgens de Advocaat-Generaal geen sprake zijn van een daadwerkelijke economische activiteit.³⁵¹⁹

1331. Uit het voorgaande kunnen verschillende conclusies worden getrokken.

Ten eerste bevestigt de Conclusie van de Advocaat-Generaal dat het voorhanden zijn van een daadwerkelijke economische activiteit moet worden beoordeeld in hoofde van de entiteit zelf.

Ten tweede komen volgens de Advocaat-Generaal (mogelijks) ook 'actieve' vormen van vermogensbeheer in aanmerking om te worden beschouwd als 'daadwerkelijke economische activiteiten'. Dit impliceert dat de beperking van de Belgische *substance*-uitzondering tot inkomsten die vanuit Belgisch fiscaal perspectief worden gekwalificeerd als beroepsinkomsten, strijdig is met de vigerende Europeesrechtelijke principes. O.i. impliceert het voorgaande immers niet dat bijvoorbeeld inkomsten die moeten worden gekwalificeerd als roerende inkomsten in hoofde van de oprichter of derde-begunstigde, per definitie buiten beschouwing zouden moeten blijven.

De vaststelling of een concrete vorm van vermogensbeheer actief dan wel passief is, blijft echter een feitenkwestie. Vermoedelijk had de doelstelling van de wetgever om gevallen van 'beheer van het privévermogen' uit te sluiten van de *substance*-uitzondering ook goeddeels kunnen worden bereikt door middel van een verwijzing naar het begrip 'daadwerkelijke economische activiteiten' alleen. Gelet op de primauteit van het Europees recht dient de uitzonderingsregeling óók toe te kunnen worden toegepast op *trusts* die een werkelijke economische activiteit uitoefenen en die geen inkomsten genereren die in hoofde van de oprichters en/of derde

³⁵¹⁸ *Ibid*, punt 39.

³⁵¹⁹ *Ibid*, punt 65.

begunstigden als beroepsinkomsten moeten worden beschouwd. Het voorgaande geldt echter in de hypothese dat trustverhoudingen onder het personele toepassingsgebied van de vestigingsvrijheid vallen. In dit verband heeft de DVB reeds beslist dat 'het louter passief beheer van het vermogen van één familie' uitgesloten is van de *substance*-uitzondering.³⁵²⁰ Ofschoon het feit dat het om het beheer van het vermogen van één familie ging op zichzelf kennelijk niet ter zake doet, maakte de DVB o.i. wel terecht een onderscheid tussen 'actieve' en 'passieve' houdsteractiviteiten.³⁵²¹ De DVB verwees daarbij echter slechts naar een aantal zaken die door het Europees Hof van Justitie zijn beslecht in een BTW-context. De vraag rijst of hiermee steeds in een voldoende juridische onderbouwing zal worden voorzien.

Ten derde bevestigt de Conclusie van de Advocaat-Generaal het uitgangspunt dat specifieke interpretaties van het begrip 'daadwerkelijke economische activiteiten' niet zonder meer over rechtstakken heen kunnen worden getransplanteerd, maar dat het inderdaad gaat om een kneedbaar begrip, afhankelijk van de specifieke juridische context.

ii. **Uitoefening van de economische activiteit op de plaats van vestiging en het vereiste geheel van lokalen, personeel en uitrusting**

1332. Een tweede mogelijks problematisch aspect van de *substance*-uitzondering bestaat erin dat de wettekst kennelijk vereist dat de economische activiteit moet worden uitgeoefend op de plaats waar de entiteit is gevestigd, of desgevallend op de plaats waar de entiteit over een vaste inrichting beschikt. De juridische constructie moet daartoe beschikken over een geheel van lokalen, personeel en uitrusting. Voor wat betreft trustfiguren, doet deze voorwaarde o.i. drie afzonderlijke vragen rijzen.

1333. De eerste vraag betreft deze naar het bestaan van een vestigingsplaats of van een 'vaste inrichting'. Hoger (*supra*, randnr. 722) bleek dat de voorwaarde van het bestaan van een 'vaste inrichting' deel uitmaakte van een reeks voorwaarden waaraan moet zijn voldaan vooraleer een entiteit onder het materiële toepassingsgebied van de vrijheid van vestiging kan vallen. Hierbij wordt klassiek vereist dat de entiteit in kwestie over een fysieke aanwezigheid beschikte in een andere lidstaat van de EER, desgevallend door middel van een vestigingsplaats of een vaste inrichting.³⁵²² In tegenstelling tot klassieke entiteiten zoals

³⁵²⁰ Voorafg. Besl. 22 november 2016, nr. 2016.540, punt 34.

Zie ook: Voorafg. Besl. 18 oktober 2016, nr. 2016.623, punt 21 e.v.; Voorafg. Besl. 18 oktober 2016, nr. 2016.618, punt 21 e.v.; Voorafg. Besl. 18 oktober 2016, nr. 2016.619, punt 21 e.v.

³⁵²¹ *Ibid*, punt 33.

³⁵²² HvJ C-81/87, *The Queen v. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail*, *Jur.* 1998, I, punt 21; Conclusie van Advocaat-Generaal LÉGER van 2 mei 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, *Jur.* 2006, I, punt 112; D.S. SMIT, "Substance

vennootschappen, heeft een *trust* als zodanig echter geen vestiging of vaste inrichting. Een *trust* is in beginsel immers niets meer dan een rechtsverhouding en kan als zodanig moeilijk op een bepaalde locatie zijn 'gevestigd'. Echter, het bestaan van een trustverhouding vereist in beginsel wel dat er één of meerdere *trustees* zijn die de trustgoederen aanhouden onder een trustverband (zie *supra*, randnr. 245). Het gebrek aan enige vorm van (*quasi*-)rechtspersoonlijkheid in hoofde van de *trust*, wordt ondervangen door het gegeven dat de *trustees* wel natuurlijke personen of rechtspersonen zijn. Teneinde de 'vestigingsplaats' van de *trust* te identificeren, dient daarom in de eerste plaats te worden nagegaan waar de *trustee* gevestigd is, en desgevallend van waar de *trustee* de trustverhouding bestuurt.³⁵²³ Dit laatste is overigens goeddeels in overeenstemming met het in artikel 123, §1, 1^o WIPR opgenomen aanknopingspunt om de 'plaats van vestiging' van een trustverhouding vast te stellen (zie *supra*, randnr. 449 e.v. en 466 e.v.).

1334. De klassieke focus op de vereiste van een fysieke aanwezigheid in een andere lidstaat wordt in de arresten *Cadbury Schweppes* en *Olsen* veruitwendigd door de voorwaarde dat de entiteit moet beschikken over een geheel van lokalen, personeel en uitrusting op de plaats van vestiging of de plaats waar de 'vaste inrichting' is gelegen.³⁵²⁴ Tegelijk moet echter worden opgemerkt dat het EVA-Hof in het arrest *Olsen* opmerkt dat de vraag of een entiteit een daadwerkelijke economische activiteit uitoefent, niet zomaar kan worden beantwoord aan de hand van een eenvoudige verwijzing naar een reeks abstracte criteria.³⁵²⁵ De vraag of er sprake is van een daadwerkelijke economische activiteit, moet aldus worden beantwoord aan de hand van concrete gegevens, rekening houdende met de aard van de activiteit in kwestie. Niet elke activiteit vereist immers een geheel van 'personeel, lokalen en uitrusting'.³⁵²⁶ Het EVA-Hof overwoog vervolgens: "[i]t depends on the actual terms of the entity's statutes, such as, in the case at hand, the trust's deed, and the actual activities of that entity and its management. If a specific assessment reveals, for example, that the trust is involved in the management of a group's companies or other activities for a group, such as managing a pool of resources, and its actual incorporation reflected its actual activities, it has be regarded as a real and genuine economic activity, which constitutes establishment."³⁵²⁷ In die zin beschouwd, worden de vereisten van een

Requirements for Entities Located in a Harmful Tax Jurisdiction under the CFC Rules and the EU Freedom of Establishment", *Derivatives and Financial Instruments* 2014, 262.

³⁵²³ N. APPERMONT, "Adrift between Scylla and Charybdis? The trust caught between a civil law rock and a fiscal hard place", *Trusts & Trustees* 2016, 1158.

³⁵²⁴ HvJ C-196/04, *Cadbury Schweppes*, *Jur.* 2006, I, punt 67 – 68; EVA-Hof 9 juli 2014, E-3/13 en E-20/13, *Fred Olsen et. al. V. The Norwegian State*, [2014] EFTA Ct. Rep. 400, punt 98.

³⁵²⁵ EVA-Hof 9 juli 2014, E-3/13 en E-20/13, *Fred Olsen et. al. V. The Norwegian State*, [2014] EFTA Ct. Rep. 400, punt 99.

³⁵²⁶ N. APPERMONT, "Adrift between Scylla and Charybdis? The trust caught between a civil law rock and a fiscal hard place", *Trusts & Trustees* 2016, 1158; G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 893; N. APPERMONT, "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 31.

³⁵²⁷ EVA-Hof 9 juli 2014, E-3/13 en E-20/13, *Fred Olsen et. al. V. The Norwegian State*, [2014] EFTA Ct. Rep. 400, punt 99.

geheel van lokalen, personeel en uitrusting in zekere zin herleid tot *proxies* die toelaten om vast te stellen of sprake is van een vestiging of een 'vaste inrichting' in een andere lidstaat die een daadwerkelijke economische activiteit uitoefent, zonder dat deze criteria op zichzelf genomen doorslaggevend zijn. O.i. is deze visie terecht, aangezien de technologische en economische vooruitgang het mogelijk maken om economische activiteiten te ontwikkelen in andere lidstaten van de EER met niets meer dan een computer of server in een enkele kamer.³⁵²⁸ De genoemde voorwaarden dienen o.i. aldus steeds te worden toegepast, rekening houdende met werkelijke economische activiteit die de *trust* zou uitoefenen, zonder dat mag worden vervallen in een formalistische toetsing.

1335. Tot slot kan er op worden gewezen dat de Belgische wettekst kennelijk vereist dat de daadwerkelijke economische activiteit 'aldaar' wordt uitgeoefend waar de juridische constructie zijn plaats van vestiging of een 'vaste inrichting' heeft. Deze voorwaarde strijdt echter met de regel zoals deze voor het EVA-Hof werd geponereerd in het *Olsen*-arrest: "*As the Commission stated in response to a question from the bench, it is not required that the economic activities take effect in the EEA State of establishment. It suffices that they take effect in the EEA.*"³⁵²⁹ Het EVA-Hof stelt onomwonden dat het voldoende is dat de economische activiteit in kwestie wordt uitgeoefend binnen de EER, zonder dat dit per definitie het geval moet zijn binnen het land van vestiging.

iii. **Nadere evaluatie van de *substance*-uitzondering: vrij vestigingsrecht of vrij verkeer van kapitaal?**

1336. Uit het bovenstaande is gebleken dat de *substance*-uitzondering, zoals deze vervat ligt in artikel 5/1, §3, b) WIB 1992 op verschillende vlakken beperkter kan of moet worden opgevat van de Europese rechtspraak ter zake toelaat. Ten eerste is er de wens van de Belgische wetgever om activiteiten van privaat vermogensbeheer uit te sluiten en slechts beroepsinkomsten in aanmerking te nemen voor de *substance*-uitzondering. Deze beperking kan als zodanig niet in de wettekst worden aangetroffen, dan tenzij op een onrechtstreekse wijze via het woord 'beroepswerkzaamheid'. Hierbij kunnen verschillende vraagtekens worden geplaatst. Ten eerste wordt noodzakelijkerwijs enkel verwezen naar de 'beroepswerkzaamheid' in hoofde van de juridische constructie, die vreemd is aan de activiteiten van de oprichter. Ten tweede is gebleken dat op Europeesrechtelijk niveau slechts het concept 'daadwerkelijke economische activiteit' van belang is. Uit een nadere kwalificatie van dit autonoom Europeesrechtelijk concept bleek echter niet dat een dergelijke activiteit slechts inkomsten zal genereren die vanuit een Belgisch perspectief aan te merken zullen vallen als beroepsinkomsten.

³⁵²⁸ Zie bv. Conclusie van Advocaat-Generaal CRUZ VILLALÓN van 25 juni 2015, C-230/14, *Weltimmo s.r.o.*, *Jur.* 2015, I, punt 29 e.v.; HvJ C-230/14, *Weltimmo s.r.o.*, *Jur.* 2015, I, punt 29 e.v.

³⁵²⁹ EVA-Hof 9 juli 2014, E-3/13 en E-20/13, *Fred Olsen et. al. V. The Norwegian State*, [2014] EFTA Ct. Rep. 400, punt 99.

Aangezien vormen van passief vermogensbeheer doorgaans niet zullen kwalificeren als een daadwerkelijke economische activiteit, had de Belgische wetgever de meeste gevallen van privaat vermogensbeheer ook kunnen uitsluiten door een loutere verwijzing naar dit begrip.

Ten tweede is volgens de Europese rechtspraak ter zake niet vereist dat de economische activiteit wordt uitgeoefend op de plaats waar de juridische constructie is gevestigd, of waar deze een 'vaste inrichting' heeft. Het is daarentegen voldoende als de economische activiteit wordt uitgeoefend in de EER.

Ten derde mag de noodzaak aan een 'geheel van personeel, lokalen en uitrusting' niet *in abstracto* worden getoetst, maar dient steeds rekening te worden gehouden met de concrete activiteit van de juridische constructie in kwestie. De aanwezigheid van de genoemde elementen wijst op het voorhanden zijn van een daadwerkelijke economische activiteit, zonder dat deze elementen op zichzelf genomen als doorslaggevend moeten worden beschouwd. Deze elementen moeten met andere woorden worden beschouwd als *proxy's* die wijzen op het voorhanden zijn van een daadwerkelijke economische activiteit.

1337. Verder is gebleken dat er eveneens vraagtekens kunnen worden gesteld bij de toepassing van de *substance*-uitzondering op *trusts* als zodanig, *a fortiori* wanneer zij worden aangewend in een private context. Echter, op grond van de 'kneedbaarheid' van het begrip 'daadwerkelijke economische activiteit' en bijzondere karakteristieken van *trusts* als rechtsfiguren, kon worden gepleit voor een gedifferentieerde toepassing van dit concept. Het is o.i. immers weinig zinvol om *trusts* onder het personele toepassingsgebied van de vestigingsvrijheid te brengen, om vervolgens de economische activiteiten waarvoor deze rechtsfiguren het meest geschikt zijn (principeel) buiten het materiële toepassingsgebied van de vestigingsvrijheid te houden.

1338. Er moet echter ook worden opgemerkt dat de *substance*-uitzondering op een ander vlak een breder toepassingsgebied heeft dan de Europeesrechtelijke rechtspraak ter zake vereist. Om in aanmerking te komen voor de *substance*-uitzondering is het luidens artikel 5/1, §3, b) WIB 1992 immers niet vereist dat de juridische constructie in kwestie is gevestigd in een lidstaat van de EU of de EER. Het volstaat met name dat de juridische constructie is gevestigd in een staat waarmee België een DBV of TIEA heeft afgesloten, of een staat die met België participeert in een bilateraal of multilateraal instrument dat gegevensuitwisseling in fiscale aangelegenheden mogelijk maakt. Aldus komen ook juridische constructies die gevestigd zijn in een staat buiten de EER, in aanmerking voor de *substance*-uitzondering. Gelet op de vele belangrijke ontwikkelingen in dit verband zullen in de toekomst in beginsel meer en meer staten in aanmerking komen voor de *substance*-uitzondering.

1339. Het moet echter worden opgemerkt dat het *Olsen*-arrest niet slechts het vrij vestigingsrecht betrof, maar tevens het vrij verkeer van kapitaal.³⁵³⁰ De mogelijke toepasselijkheid van het vrij verkeer van kapitaal heeft het potentieel om de zaken verder te vertroebelen, aangezien de exacte verhouding tussen het vrij vestigingsrecht en het vrij verkeer van kapitaal traditioneel wordt beschouwd als complex.³⁵³¹ Het betreft dan met name de vraag wanneer in een concrete situatie welke vrijheid (prioritair) in het geding is. In het *Olsen*-arrest³⁵³² volgde het EVA-Hof de lijn die het Europees Hof van Justitie dienaangaande heeft uitgezet in een aantal andere zaken.³⁵³³ In de door het Hof van Justitie ontwikkelde systematiek moet eerst worden gekeken naar het doel van de nationale wetgeving in kwestie. Wanneer de wetgeving slechts van toepassing is op participaties in andere entiteiten met het oogmerk om te investeren en zonder de wil om zich te mengen met het bestuur of beheer van de entiteit in kwestie, dan moet de wetgeving enkel worden onderzocht in het licht van het vrij verkeer van kapitaal. Indien de wetgeving slechts van toepassing is op deelnemingen die toelaten invloed uit te oefenen op de onderliggende entiteit, dan moet de wetgeving exclusief worden onderzocht in het licht van het vrij verkeer van vestiging. Indien deze oefening geen uitsluitel brengt, dan moet worden gekeken naar onderliggende feitencomplex van het geschil in kwestie, en op basis daarvan worden beslist of het voorliggende feitencomplex moet worden onderzocht in de context van het vrij vestigingsrecht of in het licht van het vrij verkeer van kapitaal. Aangezien in *Olsen* net deze feiten tussen de partijen ter discussie stonden, liet het EVA-Hof de uiteindelijke beslissing inzake de toepasselijke vrijheid over aan de nationale rechter.³⁵³⁴ De scheidslijn tussen beide verdragsvrijheden is met name relevant

³⁵³⁰ EVA-Hof 9 juli 2014, E-3/13 en E-20/13, *Fred Olsen et. al. V. The Norwegian State*, [2014] EFTA Ct. Rep. 400, punt 108 e.v.

³⁵³¹ A. CORDEWENER, G.W. KOFLER, C.P. SCHNEIDER, "Free Movement and Third Countries: Exploring the Outer Boundaries with *Lasertec*, *A and B* and *Holböck*", *European Taxation* 2007, 371 – 376; A. CORDEWENER, G.W. KOFLER, C.P. SCHNEIDER, "Free Movement of Capital, Third Country Relationships and National Tax Law: An Emerging Issue before the ECJ", *European Taxation* 2007, 107 – 119; S. DEN BOER, "Freedom of Establishment versus Free Movement of Capital: Ongoing Confusion at the ECJ and in the National Courts", *European Taxation* 2010, 250 – 258; A. CORDEWENER, "Free Movement of Capital between EU Member States and Third Countries: How Far Has the Door Been Closed?", *EC Tax Review* 2009/6, 260 – 263; S. HEMELS, J. ROMPEN, P. SMET, I. DE WAELE, S. ADFELDT, G. BREUNINGER, M. ERNST, V. CARPENTIER, S. MOSTAVI, "Freedom of Establishment or Free Movement of Capital: Is There an Order of Priority?", *EC Tax Review* 2010/1, 19 – 31; D.S. SMIT, "The relationship between the free movement of capital and the other EC Treaty freedoms in third country relationships in the field of direct taxation: a question of exclusivity, parallelism or causality?", *EC Tax Review* 2007/6, 252 – 267; B.J.M. TERRA, P. WATTEL, *European Tax Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2012, 79 e.v.

³⁵³² EVA-Hof 9 juli 2014, E-3/13 en E-20/13, *Fred Olsen et. al. V. The Norwegian State*, [2014] EFTA Ct. Rep. 400, punt 111 – 125.

³⁵³³ Zie met name: HvJ C-157/05, *Holböck*, *Jur.* 2007, I, punt 22; HvJ C-468/06 tot C-478/06, *GlaxoSmithKline*, *Jur.* 2008, I, punt 37; HvJ C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, *Jur.* 2006, I, punt 92; HvJ C-168/11, *Beker*, *Jur.* 2013, I, punt 26. Zie tevens: HvJ C-190/12, *Emerging Markets Series of FDA Investment Trust Company*, *Jur.* 2014, I, punt 25 – 28.

³⁵³⁴ EVA-Hof 9 juli 2014, E-3/13 en E-20/13, *Fred Olsen et. al. V. The Norwegian State*, [2014] EFTA Ct. Rep. 400, punt 119.

omdat het vrij verkeer van kapitaal in beginsel ook geldt ten aanzien van derde-landen.³⁵³⁵

Ook de kaaimantaks kan o.i. van toepassing zijn op beide situaties, zodat de eerste stelregel o.i. geen soelaas brengt. In concrete gevallen zal daarom moeten worden gekeken naar het onderliggende feitencomplex, teneinde te bepalen welke vrijheid *in concreto* in het geding is.

1340. Het begrip 'kapitaal' wordt in de artikelen 63 – 66 VWEU echter nergens gedefinieerd, zodat voor een nadere invulling van dit begrip moet worden gekeken naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie en het secundair Europees recht. *In casu* hecht het Europees Hof van Justitie een bijzonder belang aan de Nomenclatuur bij de (intussen vervangen) Richtlijn 88/361/EEG.³⁵³⁶ De Nomenclatuur bevat met name een exemplatieve lijst van kapitaalbewegingen.³⁵³⁷ Daarnaast staat vast dat geldelijke kapitaalbewegingen in ieder geval kwalificeren onder het vrij verkeer van kapitaal vallen, behoudens in het geval waar het zou gaan om een vergoeding voor de levering van goederen of het presteren van diensten.³⁵³⁸

In dit verband is vooral belangrijk op te merken dat het Hof van Justitie een onderscheid maakt tussen zogeheten directe investeringen en portfolio-investeringen.³⁵³⁹ Daar waar het Hof van Justitie een kwalificatie als directe investering doorgaans voorbehoudt voor gevallen waar er opnieuw sprake is van 'economische activiteiten', worden portfolio-investeringen doorgaans geacht van een meer passieve aard te zijn.³⁵⁴⁰ Verschillende auteurs hebben om deze reden reeds geopperd dat een daadwerkelijke economische activiteit niet steeds vereist zal zijn om onder het toepassingsgebied van het vrij verkeer van kapitaal te vallen.³⁵⁴¹ Zo kunnen ook schenkingen onder het vrij verkeer van kapitaal vallen, gesteld dat er sprake is van een grensoverschrijdend element.³⁵⁴² Het voorgaande wordt ook uitdrukkelijk bevestigd door het EVA-Hof: "*However, national measures affecting movements of capital of a 'personal' nature, whose constituent elements are not confined within a single EEA State may come within the scope of article 40*

³⁵³⁵ Zie de tekst van artikel 63 VWEU, alsook artikel 40 van de EER-Overeenkomst.

³⁵³⁶ Richtlijn 99/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag, *Pb.L.* 8 juli 1988, afl. 178, 5.

³⁵³⁷ HvJ C-222/97, *Trummer en Mayer*, *Jur.* 1999, I, punt 21; HvJ C-589/13, *Familienprivatstiftung Eisenstadt*, *Jur.* 2015, I, punt 36.

³⁵³⁸ Zie bv. HvJ 286/82 en 26/83, *Luisi en Carbone*, *Jur.* 1984, 377, punt 21.

³⁵³⁹ Zie bv. HvJ C-194/06, *Orange European Smallcap Fund*, *Jur.* 2008, I, punt 98 e.v.

³⁵⁴⁰ D.S. SMIT, *EU Freedoms, Non-EU Countries and Company Taxation*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2012, 68 – 69; B.J.M. TERRA, P. WATTEL, *European Tax Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2012, 70.

³⁵⁴¹ L. DE BROE, *International Tax Planning and the Prevention of Abuse*, Amsterdam, IBFD, 2008, 862 – 63; M. LANG, S. HEIDENBAUER, "Wholly Artificial Arrangements" in X (ed.), *Liber Amicorum Fiscalium: A Vision of Taxes within and outside European Borders*, *Festschrift in honour of prof. em. Frans Vanistendael*, Deventer, Kluwer, 2007, 606.

³⁵⁴² HvJ C-589/13, *Familienprivatstiftung Eisenstadt*, *Jur.* 2015, I, punt 36 – 37; HvJ C-318/07, *Pesche*, *Jur.* 2009, I, punt 27.

*EEA in accordance with the Nomenclature annexed to Directive 88/361 [...] whether or not the plaintiffs have engaged in an economic activity.*³⁵⁴³

1341. Ofschoon het onder trustverband brengen van goederen als zodanig niet kwalificeert als een schenking, hoeft dit o.i. niet tot enig probleem te leiden, aangezien het onder trustverband brengen van goederen door een *settlor* evenzeer *animo donandi* kan geschieden. Het enige verschil is dat de ontvanger van de goederen doorgaans niet de eigenlijke begunstigde zal zijn. In *Olsen* oordeelde het EVA-Hof dan ook dat de *beneficiaries* van onder trustverband gestelde vermogensbestanddelen zich kunnen beroepen op het vrij verkeer van kapitaal, in de mate dat zij geen activiteit uitoefenen die ertoe zou leiden dat het feitencomplex zou thuishoren onder het vrij vestigingsrecht.³⁵⁴⁴ Gelet op de in Deel II onderzochte rechtspositie van de bij de *trust* betrokken actoren, kan worden besloten dat dit eerder zelden het geval zal zijn. Indien een *trustee* activa aanhoudt in allerlei vennootschappen of andere entiteiten, zal het trustverband immers net de bedoeling hebben om een cesuur aan te brengen tussen de beheersbevoegdheden van de *trustee(s)* en uiteindelijke economische gerechtigdheid van de *beneficiaries*. Elders hebben wij op grond van een soortgelijke vaststelling en op basis van de door het Hof van Justitie gepostuleerde conflictenregels (zie *supra*, randnr. 1339) besloten dat *trusts* van nature eerder 'thuishoren' onder het contentieux van het vrij verkeer van kapitaal.³⁵⁴⁵

1342. Het EVA-Hof neemt in het arrest *Olsen* echter een opvallende wending, wanneer het Hof vervolgens nagaat of de Noorse CFC-wetgeving, die, afhankelijk van het geval, een beperking vormt van het vrij vestigingsrecht of het vrij verkeer van kapitaal³⁵⁴⁶, ook kan worden gerechtvaardigd.³⁵⁴⁷

In de hypothese dat het zou gaan om een beperking van het vrij vestigingsrecht bevatten de relevante passages van het *Olsen*-arrest weinig opzienbarends. Behalve een verwijzing naar het 'subjectief element', dat bestaat in het oogmerk van de belastingplichtigen om een fiscaal voordeel te verwezenlijken, bevestigt het Hof dat uit een reeks objectieve gegevens moet blijken dat *in casu* het doel van het vrij vestigingsrecht wordt gefrustreerd, niettegenstaande het naleven van alle formele voorwaarden ('objectief element').³⁵⁴⁸ Dit is met name het geval wanneer er sprake is van een 'volstrekt kunstmatige constructie' (zie *supra*, randnr.

³⁵⁴³ EVA-Hof 9 juli 2014, E-3/13 en E-20/13, *Fred Olsen et. al. V. The Norwegian State*, [2014] EFTA Ct. Rep. 400, punt 124.

Het EVA-Hof verwijst daarbij naar: HvJ C-513/03, *van Hilten – van der Heijden*, *Jur.* 2006, I, punt 42; HvJ C-11/07, *Eckelkamp et. al.*, *Jur.* 2008, I, punt 39; HvJ C-43/07, *Arens-Sikken*, *Jur.* 2008, I, punt 30; HvJ C-67/08, *Block*, *Jur.* 2009, I, punt 20, HvJ C-35/08, *Busley en Cibrian Fernandez*, *Jur.* 2009, I, punt 18.

³⁵⁴⁴ EVA-Hof 9 juli 2014, E-3/13 en E-20/13, *Fred Olsen et. al. V. The Norwegian State*, [2014] EFTA Ct. Rep. 400, punt 125.

³⁵⁴⁵ N. APPERMONT, "Adrift between Scylla and Charybdis? The trust caught between a civil law rock and a fiscal hard place", *Trusts & Trustees* 2016, 1161 – 1163.

³⁵⁴⁶ Zie daartoe de volgende passages in het arrest: EVA-Hof 9 juli 2014, E-3/13 en E-20/13, *Fred Olsen et. al. V. The Norwegian State*, [2014] EFTA Ct. Rep. 400, punt 136 – 151.

³⁵⁴⁷ Zie daartoe de volgende passages in het arrest: *Ibid*, punt 161 – 181.

³⁵⁴⁸ *Ibid*, punt 174.

1008).³⁵⁴⁹ Vervolgens verwijst het Hof naar de hoger (*supra*, randnr. 722 en 1326 e.v.) besproken voorwaarden die tegelijk het materiële toepassingsgebied van het vrij vestigingsrecht uitmaken. Eén en ander sluit aldus gewoon aan bij hetgeen werd uiteengezet in de vorige twee onderdelen.

Opvallender is echter dat het Hof vervolgens besluit dat de dezelfde rechtvaardigingstoets zou gelden in de hypothese dat de Noorse CFC-wetgeving in kwestie een beperking aan het vrij verkeer van kapitaal zou impliceren, indien dit de toepasselijke verdragsvrijheid vormt.³⁵⁵⁰ Dit is bijzonder omdat het Hof op deze wijze het gehele contentieux van de vestigingsvrijheid transponeert naar een beperking van het vrij verkeer van kapitaal.

Ofschoon óók gevallen waar er geen sprake is van een 'daadwerkelijke economische activiteit' onder het vrij verkeer van kapitaal zullen kunnen vallen, zal nationale wetgeving die deze vrijheid beperkt tóch kunnen worden gerechtvaardigd, behalve in die gevallen waar er *inter alia* sprake is van een 'daadwerkelijke economische activiteit'.

Indien dit werkelijk de bedoeling was het van het EVA-Hof, impliceert het voorgaande dat gevallen waar belastingplichtigen door middel van een trustverhouding gebruik maken van het vrij verkeer van kapitaal toch kunnen worden betrokken in een fiscaal 'misbruikregime'. Het is immers niet per definitie vereist is dat er sprake is van een 'daadwerkelijke economische activiteit' om onder het toepassingsgebied van het vrij verkeer van kapitaal te vallen. O.i. is dit nochtans bijzonder, want als ook kapitaalbewegingen van een 'private aard' onder het toepassingsgebied van deze verdragsvrijheid kunnen vallen, valt moeilijk in te zien hoe het gebruik van een buitenlandse *trust* het oogmerk van het vrij verkeer van kapitaal per definitie zou frustreren. Dit laatste maakt o.i. nochtans de essentie van het 'objectief element' uit. Trustverhoudingen kunnen ook dienen om op legitieme wijze aan portfolio-investeringen te doen, om op maat uitgewerkte intergenerationale overdrachten van goederen te bewerkstelligen, en dergelijke meer. Op het eerste gezicht vormen dit o.i. geen doeleinden die het oogmerk van het vrij verkeer van kapitaal zouden frustreren. Deze oogmerken zijn bovendien niet steeds in de eerste plaats fiscaal geïnspireerd, ook al speelt de fiscale dimensie in de meeste gevallen vermoedelijk ook een rol. O.i. rijst op basis van het voorgaande dan ook niet de vraag of het opeenhopen van allerlei *trusts*, ongeacht hun concrete oogmerk, niet verder gaat dan nodig, gelet op het vrij verkeer van kapitaal. Het gegeven dat het oogmerk van het vrij verkeer van kapitaal door de belastingplichtige niet mag worden gefrustreerd, kan o.i. nog steeds een voldoende dam vormen om gevallen van misbruik tegen te gaan. Een evenwicht tussen de belangen van de belastingheffende overheid en de belangen van de belastingplichtigen kan bijvoorbeeld worden gevonden in een uitbreiding van de mogelijkheden voor de belastingplichtigen om een tegenbewijs te leveren.

³⁵⁴⁹ *Ibid*, punt 175.

³⁵⁵⁰ *Ibid*, punt 181.

2. De kaaimantaks: toepassing op 'gelaagde structuren' en evaluatie

a. Algemeen

1343. Uit het voorgaande is gebleken dat de wetgever bij de invoering van de kaaimantaks reeds beducht was voor het gebruik van zogeheten 'gelaagde structuren' of 'dubbelstructuren' (zie *supra*, randnr. 1308). Dit vormde voor de wetgever meteen de reden om artikel 344/1 WIB 1992 op te nemen in het bredere kaaimantakscontentieux.

Ofschoon het bij 'gelaagde structuren' niet per definitie gaat om het gebruik van buitenlandse *trusts*, kunnen deze rechtsverhoudingen daarin wel een rol spelen. Om deze reden wordt in wat volgt nog onderzocht op welke wijze de kaaimantaks toepassing kan vinden op dergelijke 'gelaagde structuren'. Dit aspect van het onderzoek is met name relevant omdat hierdoor verder aan het licht kan komen wat de concrete gevolgen kunnen zijn van de breuk met de onderliggende juridische realiteit die het gevolg is van de kaaimantaks. 'Gelaagde structuren' bestaan in de regels immers uit meerdere juridische constructies en/of andere entiteiten en rechtsverhoudingen die op één of andere wijze aan elkaar zijn gekoppeld. De kaaimantaks lijkt zich op het eerste gezicht slechts vooral toe te spitsen op het gebruik van afzonderlijke juridische constructies, die als een juridische constructie type 1 of een juridische constructie type 2 worden beschouwd. Gelet op het feit dat in de memorie van toelichting bij de kaaimantaks slechts wordt verwezen naar het gebruik van gelaagde structuren tegen de achtergrond van artikel 344/1 WIB 1992, wordt een opeenstapeling van constructies door de wet in beginsel slechts beschouwd vanuit een misbruikperspectief.³⁵⁵¹ In de rechtsleer werd echter geopperd dat dergelijke 'dubbelconstructies' veeleer de regel dan de uitzondering zouden zijn.³⁵⁵²

Tegelijk kon het exacte toepassingsgebied van de door de kaaimantaks gehanteerde begrippen echter niet steeds nauw worden afgebakend, net omdat het gaat om autonome fiscaalrechtelijke begrippen. Een goed voorbeeld hiervan vormde de definitie van de juridische constructie type 1 (zie *supra*, randnr. 1250 e.v.). Een beschouwing omtrent de toepassing van de kaaimantaks op 'gelaagde structuren' kan meteen ook dienen als een lakmoesproef, waarbij kan worden nagegaan welke draagwijdte aan deze autonome fiscaalrechtelijke begrippen kán

³⁵⁵¹ F. DEBELVA, A-M. VANDEKERKHOVE, G. VERACHTERT, "Ontsnappen dubbelstructuren steeds aan kaaimantaks?", *Fisc.Act.* 2016, afl. 27, 1 – 6.

³⁵⁵² G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 894.

worden gegeven. Uit het voorgaande volgt dan ook dat het onderzoeken van de toepassing van de kaaimantaks op 'gelaagde structuren' geen doel op zich vormt in het raam van voorliggend onderzoek, maar veeleer functioneel wordt opgevat.

b. Categorieën 'gelaagde structuren'

1344. Omwille van het beperkte opzet van de hier voorliggende analyse inzake gelaagde structuren worden in wat volgt slechts gelaagde structuren behandeld, die bestaan uit verschillende entiteiten die zelf worden gekwalificeerd als juridische constructies.

Op basis van een antwoord van de minister van Financiën op een parlementaire vraag³⁵⁵³ en in het licht van de systematiek van de kaaimantaks, kan een onderscheid worden gemaakt tussen twee categorieën van 'gelaagde structuren'.³⁵⁵⁴

In een eerste situatie is er sprake van een bestaande juridische constructie die eigen vermogenbestanddelen geheel of deels overdraagt aan een nieuwe, onderliggende entiteit, die eerst werd opgericht door (de beheerder van) de reeds bestaande entiteit. Ten gevolge hiervan verwerft de reeds bestaande juridische constructie aandelen van of rechten met betrekking tot de nieuw opgerichte juridische constructie. De desbetreffende vermogensbestanddelen werden aldus 'uitgezakt' in een nieuwe juridische constructie. Aangezien de nieuwe juridische constructie werd opgericht door een reeds bestaande juridische constructie, kan de oprichting van de juridische constructie als zodanig niet juridisch worden toegerekend aan de belastingplichtige die geldt als oprichter van de eerstbestaande juridische constructie. Of zulks voor fiscale doeleinden mogelijk is, komt verder aan bod. Een voorbeeld hiervan is een *trustee* van een door een Belgische rijksinwoner opgerichte *trust* die vervolgens zelf een nieuwe *trust* opricht en activa van de eerste *trust* overdraagt aan de tweede *trust*. De *trustee* houdt dan vervolgens het *equitable interest* in nieuwe *trust* aan onder het oorspronkelijke trustverband. Hetzelfde geldt indien de *trustee* activa zou laten 'uitzakken' in een vennootschap, waarvan vervolgens de aandelen onder trustverband worden gebracht. In dit geval wordt gesproken van een 'getrapte structuur'.³⁵⁵⁵

³⁵⁵³ Integraal Verslag van de bijeenkomst van de Commissie voor Financiën en Begroting van 18 mei 2016, *Parl.St.* Kamer 2016 – 2017, nr. COM 421, 43. Samengevoegde vragen van de heer Peter Vanvelthoven aan de minister van Financiën, belast met Bestrijding van de fiscale fraude, over "de uitbreiding van het toepassingsgebied van de kaaimantaks" (nr. 11276); de heer Peter Vanvelthoven aan de minister van Financiën, belast met Bestrijding van de fiscale fraude, over "de kaaimantaks en de zogenaamde dubbelstructuren" (nr. 11277).

³⁵⁵⁴ Wetsvoorstel van 18 april 2017 tot versterking van de doorkijkbelasting, *Parl.St.* Kamer 2016 – 2017, nr. 54-2419/001, 3 – 4; F. DEBELVA, A-M. VANDEKERKHOVE, G. VERACHTERT, "Ontsnappen dubbelstructuren steeds aan kaaimantaks?", *Fisc.Act.* 2016, afl. 27, 1 – 6.

³⁵⁵⁵ Wetsvoorstel van 18 april 2017 tot versterking van de doorkijkbelasting, *Parl.St.* Kamer 2016 – 2017, nr. 54-2419/001, 3.

In een tweede situatie wordt de rechtstreekse juridische verhouding tussen een bepaalde juridische constructie en een oprichter doorbroken, doordat de oprichter zelf een nieuwe juridische constructie opricht en deze tussen de bestaande rechtsverhouding in schuift. Zo kan de oprichter van een buitenlandse rechtspersoon die geldt als juridische constructie type 2 overdragen aan een *trustee* in het raam van een nieuw opgerichte *trust*. De rechtstreekse juridische band tussen de oprichter en de bestaande vennootschap wordt dan doorbroken, door de tussengeschoven *trust*. In dit geval wordt gesproken van een 'tussengeschoven entiteit'.³⁵⁵⁶

1345. Uit wat volgt zal blijken dat het onderscheid tussen beide types gelaagde structuren een bijzondere relevantie heeft voor wat betreft de toepassing van de kaaimantaks. Beide types gelaagde structuren kunnen vanuit een fiscale optiek immers op verschillende wijzen worden benaderd. Uit het antwoord van de minister van Financiën op de in vorige randnummer aangehaalde parlementaire vraag valt alvast af te leiden dat de minister en de fiscale administratie van mening zijn dat getrapte structuren alvast binnen het toepassingsgebied van de kaaimantaks valt.³⁵⁵⁷ De minister laat echter na om een juridische grondslag aan te halen die zijn antwoord ondersteunt. Bovendien wijst de minister op de mogelijke toepassing van artikel 344, §1 WIB 1992.³⁵⁵⁸ Aangezien hoger (*supra*, randnr. 1002 en 1223) reeds tot de vaststelling werd gekomen dat de algemene antimisbruikbepaling slechts van toepassing is op rechtshandelingen gesteld door een belastingplichtige, moet hierbij worden gedacht aan tussengeschoven entiteiten. In het geval van een getrapte structuur komt de tweede juridische constructie immers in beginsel niet tot stand door middel van een rechtshandeling gesteld door een Belgische belastingplichtige.

1346. In geen van beide gevallen is het op eerste gezicht zonder meer evident dat de gelaagde structuur in kwestie als geheel onder het toepassingsgebied van de kaaimantaks zal kunnen vallen. Integendeel, door de schijnbare focus op afzonderlijke juridische constructies laat de kaaimantaks op het eerste gezicht slechts toe de doorkijkbenadering toe te passen in hoofde van een persoon die als oprichter of derde begunstigde wordt beschouwd en op inkomsten die door een juridische constructie werden verkregen.³⁵⁵⁹ Indien een belastingplichtige *niet* (meer) zou kunnen worden beschouwd als oprichter van een onderliggende juridische constructie, kan de doorkijkbenadering in hoofde van die juridische constructie niet langer worden toegepast. Er is dan immers geen belastingplichtige voorhanden aan wie de desbetreffende inkomsten fiscaal kunnen worden toegerekend.

In het geval de persoon die geldt als oprichter van een *trust* bijvoorbeeld niet zou gelden als oprichter van een nadien opgerichte nieuwe *trust*, kunnen inkomsten die

³⁵⁵⁶ *Ibid*, 4.

³⁵⁵⁷ Integraal Verslag van de bijeenkomst van de Commissie voor Financiën en Begroting van 18 mei 2016, *Parl.St.* Kamer 2016 – 2017, nr. COM 421, 43.

³⁵⁵⁸ *Ibid*, 43.

³⁵⁵⁹ G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 894.

door de nieuwe *trust* worden verkregen fiscaal dan ook niet worden toegerekend aan de Belgische *settlor*. Slechts wanneer inkomsten zouden worden uitgekeerd vanuit nieuwe *trust* aan de bovenliggende *trust* zouden deze inkomsten fiscaal kunnen worden toegerekend aan de oprichter. Bovendien zouden deze inkomsten slechts aan de oprichter kunnen worden toegerekend in de vorm waarin zij werden verkregen door de eerste *trust*.

Aldus schept de gelaagde structuur de gelegenheid om de fiscale kwalificatie van de aan de oprichter toegerekende inkomsten te beïnvloeden. In het meest verregaande geval worden inkomsten die in hoofde van de onderliggende juridische constructie belastbaar zouden zijn geweest, omgevormd tot inkomsten die niet belastbaar zijn in hoofde van de bovenliggende juridische constructie.³⁵⁶⁰

1347. In het geval van dergelijke gelaagde structuren rijst aldus de vraag of de bepalingen van de kaaimantaks toelaten om het verband te leggen tussen alle betrokken juridische constructies en een Belgische belastingplichtige die als oprichter kan worden beschouwd. Het voorgaande doet alvast vermoeden dat meerdere wetsbepalingen van de kaaimantaks potentieel in aanmerking komen om dit verband te kunnen leggen. Zulks blijkt trouwens ook uit een niet-gepubliceerde interne gedragslijn van de DVB inzake dergelijke gelaagde structuren.³⁵⁶¹ Concreet komen vier potentiële routes in aanmerking op grond waarvan de verschillende entiteiten die deel uitmaken van gelaagde structuren onder het toepassingsgebied van de kaaimantaks kunnen worden gebracht, abstractie gemaakt van de veinzingsleer: de oprichtersnotie, het begrip juridische constructie type 1, artikel 344/1, eerste lid WIB 1992 en artikel 344, §1 WIB 1992. Aangezien elk van deze noties en begrippen hoger reeds werden onderzocht, worden zij in wat volgt slechts beschouwd vanuit het perspectief van een potentiële toepassing op gelaagde structuren. Noteer tot slot dat hierbij opnieuw abstractie wordt gemaakt van gesimuleerde structuren.

c. Uitgebreide interpretatie van de oprichtersnotie

1348. Een succesvolle toepassing van de doorkijkbelasting vereist principieel het leggen van een verband tussen een kwalificerend persoon die wordt beschouwd als oprichter en een rechtsverhouding die wordt beschouwd als een juridische constructie.³⁵⁶² Dit impliceert dat zowel een nadere interpretatie van het oprichtersbegrip als van het begrip 'juridische constructie' kan leiden tot een toepassing van de kaaimantaks op gelaagde structuren. Daarbij wordt voorlopig

³⁵⁶⁰ Zie bv: Vooraf. Besl. 22 november 2016, nr. 2016.563, punt 28; Voorafg. Besl. 22 november 2016, nr. 2016.564, punt 20.

³⁵⁶¹ Hoewel de interne gedragslijn van de DVB niet werd gepubliceerd, werd van het bestaan ervan reeds melding gemaakt in de rechtsleer, zie: G.D. GOYVAERTS, "Rulings kaaimantaks herijken notie 'oprichter'", *Fisc.Act.* 2017, afl. 13, 3 – 10.

³⁵⁶² Merk echter op dat het voor de belastingheffing in hoofde van een derde begunstigde volstaat dat de derde begunstigde een voordeel heeft verkregen van een juridische constructie. Zie *supra*, randnr. 1297.

abstractie gemaakt van bijzondere wetsbepalingen die een aanvulling kunnen vormen op deze fundamentele systematiek.

i. **Rechtstreeks of onrechtstreeks oprichterschap?**

1349. Voor wat betreft de oprichtersnotie rijst daarbij eerst de vraag of slechts die belastingplichtigen als 'oprichter' kunnen worden beschouwd in de zin van artikel 2, §1, 14°, eerste en tweede gedachtestreepje WIB 1992, die rechtstreeks de juridische constructie hebben opgericht of daar goederen en rechten in hebben ondergebracht. Deze vraag rijst ook voor wat betreft het vierde gedachtestreepje van hetzelfde wetsartikel. De wettekst bewaart hieromtrent het stilzwijgen, evenals de memorie van toelichting bij de kaaimantaks.

In de rechtsleer wordt doorgaans aangenomen dat slechts rechtstreekse verhoudingen met een juridische constructie kunnen leiden tot een kwalificatie van een belastingplichtige als oprichter.³⁵⁶³ Verschillende redenen kunnen worden aangehaald om tot deze conclusie te komen. Ten eerste heeft de wetgever nagelaten om zelf klare wijn te schenken door niet te voorzien in een duidelijke wettekst, en deze wettekst op dit punt evenmin te verduidelijken in de memorie van toelichting. Ten tweede kan er op worden gewezen dat verschillende andere fiscale wetsbepalingen wél expliciet betrekking hebben op 'rechtstreekse en onrechtstreekse'³⁵⁶⁴ of 'directe en indirecte'³⁵⁶⁵ juridische verhoudingen, wat op zijn beurt kan leiden tot een *a contrario*-redenering: indien de wetgever zich op andere plaatsen wel bedient van dergelijke bewoordingen en hier niet, dan was het kennelijk de bedoeling van de wetgever om slechts rechtstreekse verhoudingen te viseren. Ten derde kan bij wijze van aanvulling nog worden gewezen op het adagium *in dubio contra fiscum*. Gelet op het fiscaal legaliteitsbeginsel moet immers vertrokken worden vanuit het principe dat niets belastbaar is, tenzij de wetgever anders bepaalt (zie *supra*, randnr. 988). Nu de wetgever dermate veel onduidelijkheid laat bestaan, dient het toepassingsgebied van de belastingwet niet verder te worden opengerokken dan nodig.

Een tegenargument is dat de wetgever in de parlementaire voorbereiding van de wet van 30 juli 2013 aan het begrip 'oprichting' een vage, maar tevens zeer brede omschrijving heeft gegeven (zie *supra*, randnr. 1266). Hij of zij die een juridische constructie heeft 'opgericht' is dan een kwalificerend persoon die 'het geheel van rechtsverhoudingen waaruit de juridische constructie ontstaat, tot stand heeft

³⁵⁶³ F. DEBELVA, A-M. VANDEKERKHOVE, G. VERACHTERT, "Ontsnappen dubbelstructuren steeds aan kaaimantaks?", *Fisc.Act.* 2016, afl. 27, 1 – 6; G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks en de (niet-)toepassing ervan bij 'dubbelstructuren'", *TFR* 2016, 575 – 576.

³⁵⁶⁴ Zie exemplatief: artikel 2, §1, 5°, d) WIB 1992; artikel 19*bis*, §1, eerste en vierde lid WIB 1992; artikel 23, §1 WIB 1992; artikel 26, 1° WIB 1992; artikel 31*bis*, 1°, tweede gedachtestreepje WIB 1992; artikel 34, §1, 1° WIB 1992; artikel 52, 11° WIB 1992; artikel 53, 24° WIB 1992; artikel 54 WIB 1992; artikel 79 WIB 1992; artikel 203, §1, 2°*bis*, eerste gedachtestreepje WIB 1992, artikel 203, §3 WIB 1992; artikel 228, §3 WIB 1992, enz...

³⁵⁶⁵ Zie bv. de definitie van het begrip 'oprichter-erfgenaar', die vervat ligt in artikel 2, §1, 14°, derde gedachtestreepje WIB 1992.

gebracht'. De vraag is echter of deze omschrijving ons veel verder brengt, nu het 'tot stand brengen' van rechtsverhoudingen eveneens op een rechtstreekse wijze óf op een onrechtstreekse wijze kan geschieden. In die zin wordt de interpretatievraag daarmee gewoon verlegd, maar geenszins opgelost.

1350. O.i. kan er zelfs een lans worden gebroken voor een *restrictieve* interpretatie van de door de kaaimantaks ingevoerde wetsbepalingen, *a fortiori* wanneer de interpretatievraag mede betrekking heeft op de mogelijke toepassing van de doorkijkbelasting. Deze doorkijkbelasting vormt immers een zuivere fiscale fictie (zie *supra*, randnr. 1294). Welnu, van fictiebepalingen wordt in de regel aangenomen dat zij restrictief moeten worden geïnterpreteerd. Dit is alvast zeker zo in de registratie-, schenk- en erfbelastingen, waar óók door de DVB wordt aanvaard dat fictiebepalingen uit hun aard restrictief moeten worden geïnterpreteerd (zie *supra*, randnr. 1115 en 1132).³⁵⁶⁶ Welnu, indien fictiebepalingen, waaronder tevens fiscale fictiebepalingen, uit hun aard restrictief moeten worden geïnterpreteerd, waarom zou dit dan niet het geval moeten zijn voor de wetsbepalingen van de kaaimantaks die leiden tot de toepassing van een fiscale fictie?

1351. Het voorgaande is vooral van belang in het geval van de 'getrapte' structuren. In die gevallen rijst de vraag of de oprichter van de eerste juridische constructie óók kan worden beschouwd als oprichter van de tweede, onderliggende juridische constructie. In het geval een belastingplichtige slechts rechtstreeks oprichter kan zijn van een juridische constructie, is het antwoord negatief. Indien een belastingplichtige ook onrechtstreeks oprichter kan zijn van een juridische constructie luidt het antwoord positief.

1352. Noteer tot slot dat er inmiddels in het Parlement twee voorstellen zijn ingediend die beogen om de notie van onrechtstreeks oprichterschap in te schrijven in de wettekst. Het eerste betrof een voorstel tot amendement bij een ontwerp van programmawet. Dit voorstel werd echter verworpen.³⁵⁶⁷ Een ander wetsvoorstel, dat onder meer beoogt een onrechtstreekse oprichtersnotie in de wet in te schrijven is nog hangende op het ogenblik van schrijven.³⁵⁶⁸

ii. Behoud van hoedanigheid van oprichter

1353. In het geval van een tussengeschoven entiteit rijst dan weer de vraag of de oorspronkelijke oprichter die zijn juridische rechten in een juridische constructie overdraagt aan een nieuwe, tussengeschoven juridische constructie, de

³⁵⁶⁶ Zie bv: Voorafg. Besl. 16 december 2014, nr. 2014.644, punt 49 en 51; Voorafg. Besl. 9 december 2014, nr. 2014.543, punt 31 en 33: "Art. 8 W. Succ. moet restrictief worden geïnterpreteerd vermits het een fictieartikel betreft."

³⁵⁶⁷ Ontwerp van programmawet, amendementen, *Parl.St.* Kamer 2015 – 2016, nr. 54-1875/004, 34.

³⁵⁶⁸ Wetsvoorstel van 18 april 2017 tot versterking van de doorkijkbelasting, *Parl.St.* Kamer 2016 – 2017, nr. 54-2419/001, 7 – 8.

hoedanigheid van oprichter met betrekking tot de eerstbestaande juridische constructie behoudt.

Hier kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een oprichter die aandelen aanhoudt van een juridische constructie type 2 en die deze aandelen vervolgens overdraagt aan een *trustee*. Blijft de hoedanigheid van oprichter behouden met betrekking tot de juridische constructie type 2?

Een ander voorbeeld is dat waar de *settlor* van een *trust* tevens *beneficiary* is van die *trust* en vervolgens zijn *equitable interests* onderbrengt in een nieuwe *trust*. Blijft de hoedanigheid van oprichter behouden met betrekking tot de oudste *trust*?

1354. Specifiek voor juridische constructies type 2 wijst het vierde gedachtestreepje van artikel 2, §1, 14^o WIB 1992 de houders van aandelen van een juridische constructie type 2 aan als 'oprichter'. Een overdracht van aandelen impliceert dat deze persoon er niet langer de houder van is. Hoger (*supra*, randnr. 1268) bleek echter dat de verschillende oprichterscategorieën cumuleerbaar zijn. In de mate dat de oprichter niet enkel houder was van de aandelen maar de juridische constructie óók zelf heeft opgericht als 'eigenlijke' oprichter, kan die hoedanigheid toch behouden blijven.³⁵⁶⁹ In dat geval *blijft* de belastingplichtige immers oprichter in de zin van artikel 2, §1, 14^o, eerste en tweede gedachtestreepje WIB 1992. In die gevallen blijft de hoedanigheid van oprichter als het ware 'kleven' aan de persoon in kwestie.

In het geval dat een 'eigenlijke' oprichter de aandelen of *equitable interests* van een juridische constructie overdraagt aan een ander persoon, hoeft het voorgaande niet per definitie een probleem te vormen. Deze oprichter kan zich immers trachten te beroepen op de tegenbewijsregeling. Hoger (*supra*, randnr. 1289) bleek echter dat omtrent deze tegenbewijsregeling de nodige vraagtekens blijven bestaan.

Specifiek in het geval van tussengeschoven entiteiten zal een beroep op de tegenbewijsregeling echter bijzonder moeilijk zijn. In het geval van een tussengeschoven entiteit is het immers niet ondenkbaar dat de oprichter nog steeds, zij het onrechtstreeks, voordelen zal blijven ontvangen vanwege de eerstbestaande juridische constructie. Deze voordelen zullen nu echter transiteren via de tussengeschoven entiteit. Aangezien de tegenbewijsregeling niet in de wet is ingeschreven en de fiscale administratie ook niet verplicht is om enige vorm van tegenbewijs te aanvaarden, is het zeer onwaarschijnlijk dat de oprichter in een dergelijk geval op succesvolle wijze het tegenbewijs kan leveren. Met andere woorden: de fiscale administratie zal waarschijnlijk niet aanvaarden dat de oprichter geen enkel voordeel meer zal verkrijgen van de juridische constructie.

Een alternatief voor een beroep op de tegenbewijsregeling, dat echter geen invloed heeft op de aangifteplicht, bestaat erin dat de 'eigenlijke' oprichter die zijn aandelen of *equitable interests* overdraagt, aan de hand van artikel 5/1, vierde en zesde lid

³⁵⁶⁹ F. DEBELVA, A-M. VANDEKERKHOVE, G. VERACHTERT, "Ontsnappen dubbelstructuren steeds aan kaaimantaks?", *Fisc.Act.* 2016, afl. 27, 1 – 6; G.D. GOYVAERTS, "De kaaimantaks en de (niet-)toepassing ervan bij 'dubbelstructuren'", *TFR* 2016, 575.

WIB 1992 aan toont dat zijn begunstiging door de juridische constructie is herleid tot nihil. Vereist is dan wel dat wordt aangetoond wie dan voor welk deel begunstigd is.

1355. Concluderend kan dan ook worden gesteld dat de hoedanigheid van 'eigenlijke' oprichter als het ware blijft kleven aan een oprichter van een juridische constructie, ook wanneer deze oprichter zijn aandelen of *equitable interest* (gesteld dat hij of zij er überhaupt had) of andere rechten met betrekking tot de juridische constructie overdraagt. In die gevallen kan de oprichter zich wel trachten te beroepen op een tegenbewijsregeling. Een succesvol beroep op een tegenbewijsregeling lijkt echter weinig waarschijnlijk indien blijkt dat de oorspronkelijke oprichter op onrechtstreekse wijze de begunstigde blijft. Voor een succesvolle toepassing van de tegenbewijsregeling is immers vereist dat de oprichter op geen enkel ogenblik en 'op welke wijze dan ook' enig voordeel zal ontvangen vanwege de juridische constructie.

iii. Toepassing door de DVB

1356. Gelet op de verschillende wijzen waarop de wettelijke bepalingen van de kaaimantaks kunnen worden geïnterpreteerd, is het relevant om het standpunt van de DVB betreffende de oprichtersnotie nader in ogenschouw te nemen. Er weze hier aan herinnerd dat de DVB deze voorafgaande beslissingen kennelijk aflevert met inachtnaeme van een interne gedragsrichtlijn. Tegelijk vormen deze voorafgaande beslissingen een illustratie van de wijze waarop de fiscale administratie de desbetreffende wetsbepalingen interpreteert.

(a) Onrechtstreeks oprichterschap

1357. In een eerste reeks voorafgaande beslissingen heeft de DVB zich gebogen over de vraag aangaande het (on)rechtstreeks oprichterschap. Een eerste geval betrof een reeks *discretionary trusts* die werden opgericht door de heer A. Door de heer A werden vervolgens de aandelen van en vorderingen op twee juridische constructies type 2 ingebracht in de desbetreffende trustverhoudingen. In het raam van de emigratie van A naar het Verenigd Koninkrijk en zijn nakende echtscheiding met mevrouw B, die als begunstigde van de bestaande *trusts* zou worden geschrappt, beoogden de betrokkenen om een nieuwe *trust* op richten, die vervolgens als doorgeefluik zou fungeren ten voordele van een op te richten Belgische private stichting.

In dit verband rees de vraag of de heer A, die niet langer Belgisch rijksinwoner zou blijven, kon worden beschouwd als oprichter van de desbetreffende *trusts*. De DVB kwam tot de conclusie dat de heer A kon worden beschouwd als oprichter van de eerste drie *trusts* op grond van artikel 2, §1, 14°, eerste, tweede en vierde gedachtstreepje WIB 1992.³⁵⁷⁰ De nieuw op te richten *trust* zou echter in het leven

³⁵⁷⁰ Voorafg. Besl. 29 november 2011, nr. 2016.576, punt 48.

worden geroepen, niet door de heer A, maar door één van de bestaande *trustees*. Omtrent het oprichterschap van de heer A stelde de DVB het volgende: "De banden tussen A, V Trust en W Trust zijn echter zo nauw dat niet kan worden gedaan alsof A niet zelf de W Trust heeft opgericht. De aanvrager deelt zelf mee dat V Trust niet toelaat een Foundation (in deze Z) aan te duiden als begunstigde en dat daarom als tussenstap W Trust wordt opgericht. A is oprichter van W Trust overeenkomstig artikel 2, §1, 14° WIB92. De trustee die de W Trust opricht kan dan ook enkel maar beschouwd worden als volmachtdrager van de eigenlijke oprichter/volmachtgever: de heer A."³⁵⁷¹ Aldus konden de inkomsten van de genoemde W Trust ook worden belast in hoofde van de heer A, die echter geen rijksinwoner meer was. Gelet op de werking van het Engelse huwelijksvermogensrecht, kon mevrouw B, destijds zijn echtgenote, niet als oprichter worden aangemerkt.³⁵⁷² Zij kon dus hoogstens worden aangemerkt als een derde begunstigde, indien de daartoe vereiste voorwaarden zouden zijn voldaan.³⁵⁷³

In deze voorafgaande beslissing voerde de DVB eerst een uitgebreid feitenonderzoek, waarbij de dienst vooral aandacht besteedde aan de historische totstandkoming van de structuur in kwestie en de nauwe betrokkenheid van de heer A bij de oprichting van de *trusts*. De DVB liet echter na een specifieke juridische grondslag aan te duiden op basis waarvan de heer A als oprichter kon worden aangemerkt, aangezien niet nader werd gespecificeerd om welk gedachtestreepje van artikel 2, §1, 14° WIB 1992 het nu net ging. Bovendien moet rekening worden gehouden met de specifieke juridische context in het Verenigd Koninkrijk. Hoger (zie *supra*, randnr. 566) werd er reeds op gewezen dat een Engelse rechter de bevoegdheid voorbehoudt om bestaande trustverhoudingen te wijzigen in de context van een echtscheidingsprocedure op grond van *Section 24 de Matrimonial Causes Act 1973*. Aan deze bevoegdheid komt zelfs een verregaande potentiële extraterritoriale rijkwijdte toe.

Welnu, indien partijen zelf in het raam van een echtscheidingsprocedure naar Engels recht een minnelijk akkoord overeenkomen dat wordt bevestigd door hun *solicitors*³⁵⁷⁴, bijvoorbeeld om een rechterlijke tussenkomst te vermijden, is het dan werkelijk pertinent om de heer A toch als oprichter te beschouwen en zo een fiscaal transparante benadering te bewerkstelligen? De nauwe betrokkenheid van de heer A vindt dan immers zijn grondslag in een bijzondere buitenlandse juridische context. Of zulks *in casu* ook het geval was, is wegens het anoniem karakter van de voorafgaande beslissing in kwestie echter niet af te leiden. Vanuit het perspectief van de kaaimantaks als een antimisbruikregime (zie *supra*, randnr. 1200) en vanuit het wettelijk vermoeden van de begunstiging van de oprichter dat aan de kaaimantaks ten grondslag ligt (zie *supra*, randnr. 1272) doet deze kwalificatie als (onrechtstreekse) oprichter echter bijzonder aan.

³⁵⁷¹ *Ibid*, punt 54.

³⁵⁷² *Ibid*, punt 50 – 51.

³⁵⁷³ *Ibid*, punt 60 – 61.

³⁵⁷⁴ *Ibid*, punt 18.

1358. In twee andere voorafgaande beslissingen kwam de DVB opnieuw tot de conclusie dat een kwalificerend persoon ook op 'onrechtstreekse wijze' kon gelden als oprichter van een juridische constructie.

1359. De eerste voorafgaande beslissing betrof een complex geval waar een niet-rijksinwoner, de heer A, vermogensbestanddelen had ondergebracht in een buitenlandse vennootschap *Y Limited*. Vervolgens werden de aandelen van *Y Limited* gecertificeerd door STAK Z en verkreeg de heer A de certificaten. De certificaten werden vervolgens overgedragen aan *Trust W*, waarvan de heer A de *beneficiary* was. Nadien werd *de facto* door de *trustees* een Stichting Particulier Fonds X opgericht, waaraan de onder trustverband gebrachte vermogensbestanddelen werden overgedragen. De heer A werd aangeduid als opvolgend stichter van de SPF en als lid van de Raad van Toezicht.³⁵⁷⁵ Opnieuw besteedde de DVB bijzondere aandacht aan de historische totstandkoming van de structuur.

Relevante kernvraag hier betrof of de heer A kon worden aangemerkt als oprichter van de SPF X. Het zijn immers de *trustees* die de SPF in kwestie hebben opgericht. Er is hier dus sprake van een getrapte structuur. De DVB concludeerde hieromtrent het volgende:

"In de wettekst en de voorbereidende werkzaamheden van de kaaimantaks wordt niet gespecificeerd of men onrechtstreeks oprichter kan zijn. Volgens de minister van Financiën is dit wel degelijk mogelijk.

Een strikte interpretatie van de wet sluit niet uit dat bij twijfel ook de intenties van de wetgever onderzocht kunnen worden. Het begrip "oprichter" van een juridische constructie werd geïntroduceerd door de wet houdende diverse bepalingen van 30 juli 2013 [...], dat een nieuw lid toevoegde in artikel 307 WIB92. De kaaimantaks heeft inhoudelijk de definitie van oprichter in artikel 2, §1, 14°, 1^e streepje WIB92 niet gewijzigd. De parlementaire voorbereiding bij de invoering van de meldingsplicht van 'private vermogensstructuren' [...] omschrijft de notie 'oprichter' als volgt:

"met oprichting wordt bedoeld dat het geheel van de rechtsverhoudingen, waaruit de juridische constructie ontstaat, tot stand wordt gebracht."

Indien we bijgevolg kijken naar de ruimere doelstelling van de kaaimantaks en onder de notie 'oprichter' ook de belastingplichtige begrijpen die het geheel van de rechtshandelingen waaruit de juridische constructie ontstaan is, tot stand heeft gebracht, dan zijn de inkomsten van de onderliggende entiteit ook belastbaar in hoofde van de oprichter van de bovenliggende juridische constructie. Hij is tenslotte de uiteindelijk gerechtigde op deze inkomsten. Hiervoor kan steun worden gevonden in de toelichting bij artikel 344/1 WIB92 [...]"³⁵⁷⁶

³⁵⁷⁵ Voorafg. Besl. 29 november 2016, nr. 2016.602, punt 7 - 12.

³⁵⁷⁶ *Ibid*, punt 26 - 28.

Hieruit blijkt dat de DVB de oprichtersnotie wel degelijk op extensieve, teleologische wijze interpreteert, niettegenstaande de tegenargumenten die daartoe hoger (*supra*, randnr. 804 en 988) reeds aan bod kwamen. Van een restrictieve interpretatie is alleszins geen sprake. Een beroep op de parlementaire voorbereiding van de wet van 30 juli 2013, kon o.i. immers als zodanig niet overtuigen als historische interpretatiemethode, aangezien de door de DVB geciteerde passage het interpretatieprobleem o.i. gewoon verlegt, maar niet oplost (zie *supra*, randnr. 1349). Deze teleologische interpretatie wordt door de DVB verder onderbouwd door een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van artikel 344/1 WIB 1992. Nochtans is deze wetsbepaling niet van toepassing aangezien het *in casu* een rechtshandeling gesteld door de beheerder van een juridische constructie type 1 betreft.

Bovendien rijst de vraag of de DVB wel voldoende consequent is in de toepassing van de door hem gehanteerde teleologische interpretatie. De bredere doelstelling van de kaaimantaks omhelst namelijk evenzeer om gevallen van 'misbruik' tegen te gaan door middel van de creatie van een zogeheten heffingsvacuüm (zie *supra*, randnr. 1200). Daarnaast wordt door de DVB echter niet gerefereerd.

Tot slot kan er opnieuw op worden gewezen dat de door de DVB gehanteerde teleologische interpretatiemethode betwist is *in fiscalibus*, gelet op het fiscaal legaliteitsbeginsel (zie *supra*, randnr. 988). Het fundamentele probleem bestaat er o.i. echter in dat de wetgever heeft nagelaten om klare wijn te schenken door middel van het introduceren van voldoende duidelijke wetsbepalingen.

1360. In een tweede voorafgaande beslissing³⁵⁷⁷ bereikte de DVB op grond van dezelfde redenering eenzelfde resultaat, zij het dat de onderliggende juridische constructie type 2 hier werd opgericht door een andere juridische constructie type 2.³⁵⁷⁸ Ook hier bereikte de DVB de conclusie dat de persoon die als oprichter van de eerste juridische constructie moest worden beschouwd, tevens onrechtstreeks oprichter was van de onderliggende juridische constructie. Opnieuw blijkt hieruit de bereidwilligheid van de DVB om het oprichtersbegrip uitgebreid te interpreteren. Tegelijk maakte de DVB overigens nog toepassing van artikel 344/1, eerste lid WIB 1992. Dit aspect van de voorafgaande beslissing komt verder aan bod (zie *infra*, randnr. 1379).

(b) Behoud van de hoedanigheid van oprichter

1361. In een andere reeks voorafgaande beslissingen gaf de DVB te kennen dat in het geval van een tussengeschoven entiteit, de hoedanigheid van oprichter van de eerstbestaande juridische constructie niet verloren gaat door de overdracht van aandelen.³⁵⁷⁹ In beide gevallen was er sprake van een oprichter van een juridische

³⁵⁷⁷ Voorafg. Besl. 22 november 2016, nr. 2016.610.

³⁵⁷⁸ *Ibid*, punt 14 e.v.

³⁵⁷⁹ Voorafg. Besl. 22 november 2016, nr. 2016.563; Voorafg. Besl. 22 november 2011, nr. 2016.654.

constructie type 2 die de aandelen van deze juridische constructie had ondergebracht in een tussengeschoven trustverhouding. In beide voorafgaande beslissingen, die blijkens het feitenrelaas betrekking hadden op dezelfde juridische constellatie, had een persoon die geen Belgisch rijksinwoner was de aandelen van een rechtspersoon die als een juridische constructie type 2 wordt beschouwd, vlak na de oprichting ervan ondergebracht in een *trust*, i.e. een juridische constructie type 1, die door dezelfde persoon was opgericht. Er was dus kennelijk sprake van een tussengeschoven entiteit.³⁵⁸⁰

De aanvrager van beide voorafgaande beslissingen was de broer van de oprichter, die niet kon worden beschouwd als zijn erfgenaam. Dat was immers mevrouw A, die in de VS woonde. De aanvrager kon dus ook niet als oprichter-erfgenaam worden beschouwd.³⁵⁸¹

Net zoals het geval was in de hoger besproken voorafgaande beslissingen inzake gelaagde structuren, redeneert de DVB vanuit een Belgisch fiscaal referentiekader, ook wanneer het gaat om een constellatie naar buitenlands recht, die zich bovendien uitstrekt van vóór de inwerkingtreding van de kaaimantaks. Door het beschouwen van deze constellatie vanuit een Belgische fiscaalrechtelijke bril constateert de DVB dat de intussen overleden broer als oprichter moet worden beschouwd en dat een Amerikaanse rijksinwoner moet worden beschouwd als oprichter-erfgenaam. De DVB categoriseert en kwalificeert op die wijze aldus een (historische) buitenlandse juridische constellatie vanuit Belgisch perspectief.³⁵⁸²

1362. In beide voorafgaande beslissingen besluit de DVB dat de oprichter van de oorspronkelijke entiteit (*in casu* een juridische constructie type 2) de hoedanigheid van oprichter niet verliest indien hij of zij de aandelen van deze juridische constructie overdraagt aan een andere, al dan niet door hem of haar opgerichte, juridische constructie. Immers, zo stelt de DVB, nergens staat in de wet dat de oprichter deze hoedanigheid zou verliezen door de overdracht van aandelen. De oprichter is dan weliswaar niet meer de 'houder' van de aandelen, maar dit neemt volgens de DVB niet weg dat de persoon in kwestie de oprichter blijft ingevolge artikel 2, §1, 14^o, eerste en tweede gedachtestreepje. Deze zienswijze strookt volgens de DVB met de finaliteit van de kaaimantaks: de inkomsten worden belast in hoofde van de oprichter, omdat deze wordt geacht de achterliggende begunstigde te zijn.³⁵⁸³

Het besluit luidt dan ook dat de inkomsten die door de onderliggende entiteit worden verkregen transparant kunnen worden belast in hoofde van de oprichter, ook al is die geen rechtstreeks aandeelhouder meer. Het gegeven dat de inkomsten

³⁵⁸⁰ Voorafg. Besl. 22 november 2016, nr. 2016.563, punt 26; Voorafg. Besl. 22 november 2011, nr. 2016.654, punt 18.

³⁵⁸¹ Voorafg. Besl. 22 november 2016, nr. 2016.563, punt 25.3; Voorafg. Besl. 22 november 2011, nr. 2016.654, punt 17.3.

³⁵⁸² Zie tevens: G.D. GOYVAERTS, "Rulings kaaimantaks herijken notie 'oprichter'", *Fisc.Act.* 2017, afl. 13, 3 – 10.

³⁵⁸³ Voorafg. Besl. 22 november 2016, nr. 2016.563, punt 29; Voorafg. Besl. 22 november 2011, nr. 2016.654, punt 21.

vervolgens getransformeerd doorvloeien naar de bovenliggende trustverhouding speelt dan ook geen rol meer. De inkomsten dienen aldus principieel te worden toegerekend aan de oprichter-erfgenaar, die echter geen rijksinwoner is.³⁵⁸⁴ De DVB onderbouwt dit standpunt verder door vervolgens de rechtsverhouding tussen de bovenliggende trustverhouding en de onderliggende rechtspersoon nader in aanmerking te nemen. Hierop wordt nog teruggekomen in wat volgt (zie *infra*, randnr. 1374 e.v.).

d. Uitgebreide interpretatie van het begrip 'juridische constructie type 1'

1363. Een tweede potentiële route, die kan worden gecumuleerd met de eerste, om het verband te leggen tussen een persoon en een rechtsverhouding die als juridische constructie wordt beschouwd, bestaat in het nader interpreteren van het begrip 'juridische constructie'. In feite komt hiertoe slechts de juridische constructie type 1 in aanmerking, gelet op de – in vergelijking – veel duidelijkere fiscaalrechtelijke definitie van het begrip juridische constructie type 2 (zie *supra*, randnr. 1257), *a fortiori* wanneer de desbetreffende KB's mee in rekening worden genomen.

i. De Belgische fiscaalrechtelijke erfenis van de 'gedaanteloze trust'

1364. Hoger (*supra*, randnr. 1250 e.v.) bleek reeds dat de definitie van het begrip 'juridische constructie type 1' in belangrijke mate geïnspireerd is door de omschrijving van het trustbegrip in het WIPR, zij het dat specifiek trustgerelateerde terminologie achterwege werd gelaten. Deze fiscaalrechtelijke definitie is dus ook schatplichtig aan de omschrijving van de *trust* in het Haagse Trustverdrag.

Hoewel de in het Haagse Trustverdrag geboden omschrijving oorspronkelijk bedoeld was om slechts betrekking te hebben op *common law trusts*, is hoger (zie *supra*, randnr. 483) gebleken dat deze idee gaandeweg werd verlaten door de opstellers van het Haagse Trustverdrag, en dat uiteindelijk zelfs werd aanvaard dat ook andere rechtsfiguren uit andere rechtssystemen onder het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag konden vallen. Het klassieke trustbegrip uit *common law*-systemen werd aldus op dermate verregaande wijze 'uitgekleed' dat het volgens de rechtsleer gaat om een omschrijving van een 'gedaanteloze *trust*' (zie *supra*, randnr. 487). Op zich hoeft deze vaststelling evenwel niet te worden beschouwd als problematisch. In de internationaal privaatrechtelijke context waarbinnen de omschrijving wordt aangewend, zij het in het Haagse Trustverdrag, zij het in het WIPR, is het duidelijk dat de focus ligt op trustfiguren. Indien de rechtsfiguren waarvan wordt verdedigd dat zij ook onder het toepassingsgebied van de

³⁵⁸⁴ Voorafg. Besl. 22 november 2016, nr. 2016.563, punt 31; Voorafg. Besl. 22 november 2011, nr. 2016.654, punt 23.

omschrijving kunnen vallen, nader in ogenschouw worden genomen, blijkt het nagenoeg steeds te gaan om rechtsfiguren die qua structuur een zekere analogie vertonen met de *trust*, zoals de Duitse *Treuhand*, *fiducies* en dergelijke meer (zie *supra*, randnr. 484).

Indien het om andere rechtsfiguren gaat dan *trusts*, worden daarvoor in het internationaal privaatrecht van de meeste staten overigens afzonderlijke verwijzingscategorieën voorzien. Zo kennen de meeste stelsels afzonderlijke verwijzingscategorieën voor rechtspersonen. Er is aldus nagenoeg geen, of slechts een beperkte, marge voor internationaal privaatrechtelijke overlappingsen, aangezien de meeste rechtsfiguren in het IPR een eigen 'natuurlijke' verwijzingscategorie hebben. Laat staan dat er in een internationaal privaatrechtelijke context aan zou worden gedacht om verschillende rechtsverhoudingen tegelijk onder één verwijzingscategorie voor *trusts* brengen.

Immers, ook al staan verschillende entiteiten, rechtspersonen, *trusts* en dergelijke meer in een onderlinge verhouding, de internationaal privaatrechtelijke logica dicteert dat voor elke rechtsverhouding afzonderlijk naar de gepaste verwijzingscategorie wordt gezocht. Het is niet denkbaar dat een gelaagde structuur die bestaat uit een trustverhouding waarbinnen de aandelen van een onderliggende rechtspersoon worden aangehouden, in zijn geheel zou worden beschouwd als *trust* en in zijn geheel aan een *lex causae* zou worden onderworpen. De onderliggende rechtspersoon moet immers geheel afzonderlijk in aanmerking worden genomen. Met andere woorden: de civielrechtelijke realiteit is eenvoudigweg dat het in dat geval gaat om twee afzonderlijk bestaande rechtsfiguren, die ook afzonderlijk in aanmerking moeten worden genomen.

1365. Hoewel het voorgaande in een internationaal privaatrechtelijke context zo vanzelfsprekend is dat de vraag zelfs in feite zelfs niet rijst, gaat zulks echter niet per definitie op in de fiscaalrechtelijke context van de kaaimantaks. Hoger (*supra*, randnr. 1251 en 1266) werd immers vastgesteld dat de wetgever een autonoom fiscaalrechtelijk begrippenkader heeft uitgewerkt, dat los staat van de onderliggende (internationaal) privaatrechtelijke realiteit. De wetgever heeft zich weliswaar laten inspireren door de gangbare internationaal privaatrechtelijke omschrijving van de *trust*, maar dit betekent echter niet dat de internationaal privaatrechtelijke betekenis als richtsnoer kan dienen voor de interpretatie van een autonoom fiscaalrechtelijk begrip.

De kern van de zaak is deze. De vanzelfsprekendheid dat een gelaagde structuur bestaande uit meerdere afzonderlijke entiteiten niet onder het toepassingsgebied van de geboden omschrijving (kunnen) vallen, is het in fiscaal recht helemaal niet aanwezig. Integendeel, door een autonome fiscaalrechtelijke omschrijving te hanteren, beoogde de wetgever net om geen rekening te moeten houden met de onderliggende juridische realiteit. De essentie van autonomie bestaat erin dat wordt afgeweken van de begripsbepaling en/of interpretatie die in het gemeen recht overheerst (zie *supra*, randnr. 1043). Bovendien is de finaliteit van het fiscaal recht niet dezelfde als deze van het IPR (zie *supra*, randnr. 1194) Indien een

gelaagde structuur voldoet aan alle criteria die de fiscale wet vooropstelt, is er kennelijk niets wat verhindert dat deze structuur *in fiscalibus* als één juridische constructie type 1 wordt beschouwd, ook al bestaat deze gelaagde structuur civielrechtelijk uit verschillende entiteiten.

1366. In wat volgt zal worden onderzocht of, in de bijzondere context van de gelaagde structuren, de DVB reeds tot de conclusie is gekomen dat een gelaagde structuur als geheel, toch kan worden aangemerkt als een juridische constructie type 1.

ii. **Eerste reeks voorafgaande beslissingen: 'de gecertificeerde maatschap'**

1367. In twee voorafgaande beslissingen heeft de DVB zich gebogen over de vraag of een 'gecertificeerde maatschap' een rechtsverhouding vormt die kan worden beschouwd als een juridische constructie type 1.³⁵⁸⁵ Deze structuur komt er *grosso modo* op neer dat er eerst activabestanden worden ingebracht in een burgerlijke maatschap, waarbij de delen van deze maatschap vervolgens worden gecertificeerd door bijvoorbeeld een Nederlandse Stichting Administratiekantoor (STAK). De certificeringstechniek werd hoger reeds besproken (zie *supra*, randnr. 823 e.v.). De STAK wordt dan eigenaar van de delen van de maatschap die werden gecertificeerd. De ontvanger van de certificaten kan deze certificaten vervolgens bijvoorbeeld schenken in volle eigendom of in vruchtgebruik. Noteer echter dat de STAK geen eigenaar kan worden van alle delen van de maatschap, aangezien er dan een situatie van eenhoofdigheid zou ontstaan. In beide gevallen was daarom voorzien dat de één of meer bij de constructie betrokken natuurlijke personen ook elk één of meerdere delen van de maatschap zouden aanhouden.³⁵⁸⁶

Deze structuur was echter ook reeds bekend vóór de invoering van de kaaimantaks. In een voorafgaande beslissing die de kaaimantaks ruim predateert³⁵⁸⁷, besloot de DVB ook reeds tot de fiscaal transparante behandeling van deze structuur als geheel, zij het op een andere fiscaalrechtelijke grondslag. Om welke reden dan ook, is de DVB blijkens de twee meer recente voorafgaande beslissingen van koers gewijzigd, zodat de vraag aan de orde kwam of deze structuur als fiscaal transparant kan worden beschouwd onder het kaaimantaksregime.

In wat volgt zal, gelet op de hoger gemaakte afbakening (zie *supra*, randnr. 1248) slechts nader worden ingegaan op de vraag of deze structuur überhaupt kan worden beschouwd als een juridische constructie type 1. Zo komt bijvoorbeeld de vraag

³⁵⁸⁵ Voorafg. Besl. 22 december 2015, nr. 2015.538; Voorafg. Besl. 18 oktober 2016, nr. 2016.613.

³⁵⁸⁶ Voorafg. Besl. 22 december 2015, nr. 2015.538, punt 4; Voorafg. Besl. 18 oktober 2016, nr. 2016.613, punt 7.

³⁵⁸⁷ Voorafg. Besl. 19 december 2006, nr. 600.439.

naar mogelijke civielrechtelijke geldigheid van de genoemde structuur niet nader aan bod.

1368. In een eerste voorafgaande beslissing was de DVB de mening toegedaan dat deze structuur inderdaad kon worden beschouwd als een juridische constructie type 1.³⁵⁸⁸ De DVB stelde vast dat er *in casu* een 'trustachtige figuur' voorlag, die aan alle criteria voldeed om te worden beschouwd als een juridische constructie type 1.³⁵⁸⁹ De DVB vervolgt: "*Er wordt vastgesteld dat, in de feiten, er sprake is van een rechtsverhouding die door een beslissing van de oprichter(s) in het leven is geroepen, waarbij goederen onder de macht van een beheerder worden gebracht om ze te besturen ten behoeve van een of meerdere begunstigen waarbij (i) de eigendomstitel van de goederen is gesteld op naam van de beheerder of een andere persoon voor rekening van de beheerder (ii) de goederen een afzonderlijk vermogen vormen en geen deel uitmaken van het vermogen van de beheerder en (iii) de beheerder verantwoordingsplicht heeft voor zijn beheer (artikel 2, §1, 13^o, a), WIB 92.*"

Het gevolg was dan ook dat de structuur in zijn geheel als volkomen fiscaal transparant moest worden beschouwd.³⁵⁹⁰ In een tweede voorafgaande beslissing, met een vrij gelijkaardige basisstructuur, kwam de DVB tot eenzelfde besluit.³⁵⁹¹

1369. Wanneer de structuur in kwestie nader in ogenschouw wordt genomen en wordt afgezet tegen de in de wet vervat liggende voorwaarden om te worden beschouwd als een juridische constructie type 1, kunnen echter een aantal kritische bedenkingen worden gemaakt.³⁵⁹² Wanneer de definitie van een juridische constructie type 1 nader in ogenschouw wordt genomen, blijkt dat moet voldaan zijn aan de volgende relevante voorwaarden: (i) er moet sprake zijn van een rechtsverhouding, (ii) die door een rechtshandeling van de oprichter in het leven wordt geroepen, (iii) waarbij goederen onder de macht van een beheerder worden geplaatst met het oog op het bestuur ervan, (iv) waarbij de eigendom van de goederen toekomt aan de beheerder of aan een andere persoon voor rekening van de beheerder, (v) en waarbij de goederen een afzonderlijk vermogen vormen en geen deel uitmaken van het persoonlijke vermogen van de beheerder en (vi) waarbij de beheerder de bevoegdheid heeft om de goederen te besturen, te beheren of erover te beschikken.

In het geval van een *trust* is het duidelijk dat er sprake is van een rechtsverhouding waarbinnen de goederen moeten worden beschouwd – althans vanuit een *civil law* perspectief – als een afgescheiden vermogen, terwijl zij wel eigendom zijn van een

³⁵⁸⁸ Voorafg. Besl. 22 december 2015, nr. 2015.538, punt 18 – 25.

³⁵⁸⁹ *Ibid*, punt 19.

³⁵⁹⁰ *Ibid*, punt 22.

³⁵⁹¹ Voorafg. Besl. 18 oktober 2016, nr. 2016.613, punt 30 – 36.

³⁵⁹² Zie tevens: P. DEBAENE, S. SLAETS, "De eerste "doorkijkruiling": ligt kaaiman altijd op de loer?", *TFR* 2016, 601 – 605; G.D. GOYVAERTS, "De gecertificeerde maatschap onderworpen aan de kaaimantaks. De ruingcommissie scheidt duidelijkheid in twee beslissingen", *VIP* 2016, afl. 3, 46 – 50.

beheerder, i.e. de *trustee*. De *trustee* is als beheerder bovendien bevoegd om de goederen te besturen en erover te beschikken.

1370. Wanneer deze voorwaarden echter worden afgezet tegen de concrete structuur, valt op dat de maatschapsgoederen (goeddeels?) eigendom zijn van de STAK, terwijl de beheerder (i.e. de statutair zaakvoerder van de maatschap) kennelijk de *pater familias* was.³⁵⁹³ Aldus kon worden betwijfeld of de goederen wel in eigendom toebehoorden aan de beheerder in kwestie. In een tweede voorafgaande beslissing³⁵⁹⁴ werd echter de STAK als beheerder aangeduid, zodat, althans op het eerste gezicht, het de STAK zelf was die gold als beheerder en tegelijk *prima facie* titularis was van de goederen van het afgescheiden vermogen.

1371. Bovendien moeten, teneinde een situatie van eenhoofdigheid te vermijden, ook enkele maatschapsdelen in handen blijven van andere maten, zodat deze niet toekomen aan de STAK. Hier is de eigendoms kwestie pertinent. De goederen moeten immers een afzonderlijke boedel vormen, en dus afgescheiden zijn van het persoonlijke vermogen van de beheerder (bijvoorbeeld de STAK). Welnu, indien een zakelijk recht (bijvoorbeeld een eigendomsrecht) wordt ingebracht in een maatschap, behoudt de inbrenger daarbij de keuze om de goederen in onverdeelde aan de gezamenlijke maten over te dragen óf in persoonlijke eigendom aan één van de maten of de zaakvoerder.³⁵⁹⁵ In dat laatste geval wordt de maat of zaakvoerder in kwestie de persoonlijke eigenaar van de overgedragen goederen, zij het dat deze moeten worden aangewend voor het vennootschapsdoel. De gezamenlijke maten hebben dan slechts een louter verbintenisrechtelijke aanspraak ten aanzien de eigenaar van het goed in kwestie.³⁵⁹⁶ Tegelijk wordt echter in de rechtsleer verdedigd dat de vermogensaf scheiding in een maatschap zich slechts beperkt tot de 'maatschapsonverdeeldheid', i.e. de goederen waarvan de maten de 'gezamenhandse' eigenaars zijn. De vermogensaf scheiding is dus beperkt tot de onverdeelde goederen, en strekt zich niet uit tot goederen waarop slechts een verbintenisrechtelijk gebruiksrecht is ingebracht.³⁵⁹⁷

Uit geen van beide voorafgaande beslissingen, die geanonimiseerd zijn, blijkt hoe de concrete vermogensstructuur van de maatschap net in elkaar zit. In de tweede voorafgaande beslissing wordt evenwel gespecificeerd dat, aangezien niet alle deelbewijzen kunnen worden gecertificeerd, dit wil zeggen dat het vermogen van de maatschap dat gealloceerd is aan de niet-gecertificeerde deelbewijzen, aldus

³⁵⁹³ P. DEBAENE, S. SLAETS, "De eerste "doorkijkruiling": ligt kaaiman altijd op de loer?", *TFR* 2016, 603; G.D. GOYVAERTS, "De gecertificeerde maatschap onderworpen aan de kaaimantaks. De rulingcommissie scheidt duidelijkheid in twee beslissingen", *VIP* 2016, afl. 3, 47.

³⁵⁹⁴ Voorafg. Besl. 18 oktober 2016, nr. 2016.613. Zie tevens: G.D. GOYVAERTS, "De gecertificeerde maatschap onderworpen aan de kaaimantaks. De rulingcommissie scheidt duidelijkheid in twee beslissingen", *VIP* 2016, afl. 3, 49.

³⁵⁹⁵ J. VANANROYE, "Vermogensstructuur, aansprakelijkheid en verhaalbaarheid in de maatschap" in F. BOUCKAERT, M. DENEFF, K. GEENS *et. al.*, *Knelpunten van 30 jaar vennootschapsrecht*, Biblio, Kalmthout, 1999, 213, 215.

³⁵⁹⁶ *Ibid*, 216.

³⁵⁹⁷ *Ibid*, 216 – 218; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblio, 2014, 262.

niet onder de kaaimantaks kan vallen. Een burgerlijke maatschap alléén valt immers niet onder de kaaimantaks.³⁵⁹⁸ Verder in de tweede voorafgaande beslissing stelt de DVB eenduidig vast dat de eigendom van alle roerende beleggingen toebehoort aan de beheerder, i.e. de STAK.³⁵⁹⁹ Aangenomen wordt dat het *in casu* gaat om de roerende beleggingen die geschieden via in de maatschap ingebrachte vermogensbestanddelen.

Bij gebreke aan nadere informatie over de exacte vermogensstructuur, dienen wij ons te beperken tot het opwerpen tot de volgende hypothetische bedenkingen:

Indien de STAK, als beheerder, inderdaad louter persoonlijk eigenaar is van goederen die voor het maatschapsdoel moeten worden gebruikt, is er geen ruimte om deze goederen te beschouwen als een 'afgescheiden vermogen', in de zin dat deze goederen afgescheiden zouden zijn van 'persoonlijke goederen' van de STAK. In dat geval is de STAK slechts titularis van één vermogen, waarin zich gewoon enkele goederen bevinden die op een verbintenisrechtelijke grondslag moeten worden aangewend voor het maatschapsdoel. Er is immers énkél sprake van een afgescheiden vermogen voor de onverdeelde maatschapsgoederen. De maatschapsgoederen bevinden zich dan niet in een vermogen dat is afgescheiden van het persoonlijk vermogen van de beheerder. In dat geval is op het eerste gezicht aan één van de gestelde voorwaarden niet voldaan.

Indien de STAK, als beheerder, geen louter persoonlijk eigenaar is van de goederen, is er wél ruimte voor het bestaan van een afgescheiden vermogen in hoofde van de STAK. Dit veronderstelt echter dat de STAK, samen met de andere maten, gezamenhandse eigenaar is van de maatschapsgoederen. In dat geval kan echter niet zonder meer worden gezegd dat de 'eigendomstitel' van de goederen van de juridische constructie, berust bij de beheerder van de juridische constructie, zijnde de STAK. In het geval er meerdere *trustees* zijn, stelt zich hier geen probleem. Zij houden dan als beheerders gezamenlijk de eigendomstitel van de goederen van de juridische constructie aan. *In casu* is het echter anders, aangezien hier kennelijk slechts de STAK, en niet de overige maten kwalificeren als beheerder van de juridische constructie in kwestie. In dit geval is op het eerste gezicht evenmin aan alle gestelde voorwaarden voldaan.

Bij gebreke aan bijkomende informatie over de structuur in kwestie is geen nadere beoordeling mogelijk. Maar op het eerste gezicht lijkt de eis inzake het bestaan van een afgescheiden maatschapsvermogen moeizaam te vereenzelvigen met de eis dat de beheerder van de juridische constructie de eigendomstitel van de goederen van het afgescheiden vermogen heeft.

1372. Wat ook zij van het voorgaande, feit blijft dat de DVB van oordeel was dat de 'gecertificeerde maatschap' in zijn geheel kon kwalificeren als een juridische constructie type 1, niettegenstaande dat een burgerlijke maatschap en een Nederlandse STAK duidelijk twee afzonderlijk bestaande rechtsverhoudingen zijn,

³⁵⁹⁸ Voorafg. Besl. 18 oktober 2016, nr. 2016.613, punt 1.

³⁵⁹⁹ *Ibid*, punt 35.

waarvan zelfs één een rechtspersoon is. Net om die reden zou op internationaal privaatrechtelijk vlak nooit dezelfde conclusie worden bereikt (zie *supra*, randnr. 1364 – 1365). Beide rechtsverhoudingen dienen daar immers afzonderlijk te worden gekwalificeerd, op grond van hun civielrechtelijke eigenheid. *In fiscalibus* speelt dit fundamentele bezwaar alvast kennelijk niet.

iii. **Tweede reeks voorafgaande beslissingen: gelaagde structuren**

1373. In een tweede reeks voorafgaande beslissingen kwam de vraag aan de orde of een gelaagde structuur als zodanig desgevallend kon worden aangemerkt als een juridische constructie type 1 in zijn geheel. Gelet op de voorafgaande beslissingen inzake de 'gecertificeerde maatschap', blijkt het immers niet ondenkbaar dat de DVB een structuur die bestaat uit meerdere afzonderlijke entiteiten toch zou kunnen kwalificeren als een juridische constructie type 1.

Bij het nader in ogenschouw nemen van de desbetreffende voorafgaande beslissingen blijkt zulks overigens ook het geval te zijn.

1374. Daarbij kan allereerst worden verwezen naar de twee voorafgaande beslissingen inzake het behoud van de kwalificatie van oprichter in het geval van een tussengeschoven entiteit (zie *supra*, randnr. 1361 – 1362).³⁶⁰⁰ Er werd in dat verband gewezen op het standpunt van de DBV dat inkomsten die door de onderliggende juridische constructie worden verkregen vervolgens niet-getransformeerd doorvloeien, via de bovenliggende juridische constructie, naar de oprichter. Er weze aan herinnerd dat de bovenliggende juridische structuur telkens een *trust* (i.e. een juridische constructie type 1) betrof, en de onderliggende juridische constructie een vennootschap (i.e. een juridische constructie type 2) was.

De DVB verantwoordt dit standpunt verder als volgt³⁶⁰¹: "*X Trust bevindt zich ten aanzien van Y Ltd. namelijk in een rechtsverhouding zoals bedoeld in artikel 2, §1, 13, a), WIB92. De structuur verenigt de constitutieve elementen van artikel 2, §1, 13°, a) WIB92. Er wordt een doelvermogen tot stand gebracht en de "rechtsverhouding" werd door een beslissing van de oprichter in het leven geroepen, waarbij goederen onder de macht van een beheerder worden gebracht om ze te besturen ten behoeve van een of meerdere begunstigen waarbij (i) de eigendomstitel van de goederen is gesteld op naam van de beheerder of een andere persoon voor rekening van de beheerder (ii) de goederen een afzonderlijk*

³⁶⁰⁰ Voorafg. Besl. 22 november 2016, nr. 2016.563; Voorafg. Besl. 22 november 2011, nr. 2016.654.

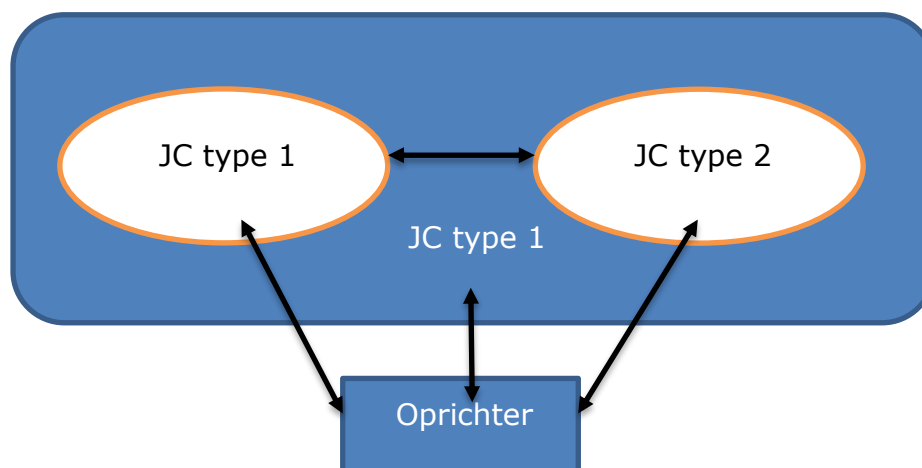
³⁶⁰¹ Voorafg. Besl. 22 november 2016, nr. 2016.563, punt 32.

In een tweede voorafgaande beslissing gebruikt de DVB nagenoeg exact dezelfde bewoordingen: Voorafg. Besl. 22 november 2011, nr. 2016.654, punt 24.

vermogen vormen en geen deel uitmaken van het vermogen van de beheerder en (iii) de beheerder verantwoordingsplicht heeft voor zijn beheer (artikel 2, §1, 13°, a), WIB92). Er wordt echter de aandacht op gevestigd dat Y Ltd. nog steeds een juridische constructie type 2 (zie randnummer 43) is met alle hieraan verbonden fiscale gevolgen van een juridische constructie type 2."

Aangezien de oprichter van de bovenliggende *trust* dus óók kon worden beschouwd als oprichter van de onderliggende juridische constructie type 2, werden beide afzonderlijke entiteiten volgens de DVB omvat binnen één juridische constructie type 1. Aldus onderbouwde de DVB verder het standpunt dat de aard van de rechtsverhouding tussen de onderliggende vennootschap en de bovenliggende *trust* geen enkele invloed had op de fiscale kwalificatie van de inkomsten die aan de oprichter konden worden toegerekend.³⁶⁰² Eerder stelde de DVB echter ook vast dat zowel de *trust* als de onderliggende vennootschap afzonderlijk moesten worden beschouwd als respectievelijk een juridische constructie type 1 en een juridische constructie type 2.³⁶⁰³ Bovendien blijkt uit het citaat dat de juridische constructie type 2 deze hoedanigheid echter niet verliest, zodat de bijzondere regels met betrekking tot een dergelijke juridische constructie onverkort van toepassing blijven.

In feite kan het standpunt van de DVB dus als volgt worden voorgesteld: er is sprake van twee afzonderlijke juridische constructies, die door de specifieke verhouding waarin zij tot elkaar staan, gezamenlijk nog eens gelden als een juridische constructie type 1. Schematisch voorgesteld geeft dit het volgende beeld:



³⁶⁰² Voorafg. Besl. 22 november 2016, nr. 2016.563, punt 31; Voorafg. Besl. 22 november 2011, nr. 2016.654, punt 23.

³⁶⁰³ Voorafg. Besl. 22 november 2016, nr. 2016.563, punt 21 - 23; Voorafg. Besl. 22 november 2011, nr. 2016.654, punt 14 - 15.

Een alternatieve interpretatie zou zijn dat de onderliggende juridische constructie type 2 geheel zou worden gevat binnen de bovenliggende juridische constructie type 1. In dat geval is het niet nodig de gelaagde structuur als zodanig nog eens afzonderlijk als een juridische constructie type 1 te beschouwen. In die hypothese rijst echter de vraag waarom de juridische constructie type 2 volgens de DVB toch haar eigenheid behoudt, terwijl daar met geen woord over wordt gerept betreffende de bovenliggende *trust*. Indien de onderliggende juridische constructie type 2 geheel zou worden 'opgeslokt' door de bovenliggende juridische constructie type 1 valt moeilijk te verklaren hoe de onderliggende vennootschap haar eigenheid als juridische constructie type 2 zou kunnen behouden. In de eerste interpretatie blijft de conceptuele mogelijkheid van een bilaterale relatie tussen de oprichter en de juridische constructie type 2 behouden. Wanneer slechts deze bilaterale verhouding in het geding is, kan worden verklaard hoe, in dat geval, ten aanzien van de oprichter de kwalificatie als juridische constructie type 2 kan blijven behouden.

1375. Het weze evenwel opgemerkt dat, hoewel de DVB verwijst naar de voorwaarden om als juridische constructie type 1 te worden beschouwd, nergens specifiek wordt aangegeven hoe de dubbelstructuur in kwestie nu net voldoet aan de genoemde voorwaarden. In de interpretatie dat de bovenliggende juridische constructie type 1 de onderliggende juridische constructie type 2 'opslokt', stelt zich hier geen bijzonder probleem, aangezien de bovenliggende *trust* op zichzelf genomen aan de gestelde voorwaarden voldoet. Er rijst in die interpretatie echter een conceptueel probleem betreffende de eigenheid van de onderliggende juridische constructie type 2.

1376. De DVB wendt de uitgebreide interpretatie van het begrip 'juridische constructie type 1' echter niet alleen aan in de context van een tussengeschoven entiteit. Ook in een geval waar het initiatief om een dubbelstructuur tot stand te brengen uitging van de beheerder van de eerstbestaande juridische constructie type 1, besloot de DVB dat de dubbelstructuur kwalificeerde als een juridische constructie type 1, in nagenoeg dezelfde bewoordingen als in de hoger geciteerde voorafgaande beslissing.³⁶⁰⁴ In dat geval ging het echter om een complexere gelaagde structuur waar verschillende *trusts* en twee rechtspersonen bij waren betrokken. Ook hier verwijst de DVB naar de wettelijke voorwaarden om als juridische constructie type 1 te worden bestempeld, zonder nader te duiden op welke juist aan de door de wet gestelde voorwaarden zou zijn voldaan. Interessant is overigens nog dat de uitgebreide interpretatie van het begrip 'juridische constructie type 1' in deze voorafgaande beslissing (ook) werd toegepast op een dubbelstructuur die uit twee *trusts* bestond. Tot nog toe heeft de DVB echter nog niet beslist dat een gelaagde structuur die enkel bestaat uit juridische constructies type 2 ook onder de uitgebreide interpretatie zou kunnen vallen.

³⁶⁰⁴ Voorafg. Besl. 29 november 2016, nr. 2016.576, punt 56.

e. Toepassing van artikel 344/1, eerste lid WIB 1992.

1377. Behoudens de bijzondere (uitgebreide) toepassingen van zowel het oprichterscriterium als het begrip 'juridische constructie type 1', kan de fiscale administratie een beroep doen op artikel 344/1, eerste lid WIB 1992. Hoger (*supra*, randnr. 1308) bleek immers dat deze wetsbepaling, die slechts van toepassing is op rechtshandelingen gesteld door een juridische constructie type 2, specifiek in het WIB 1992 werd ingevoegd om de fiscale administratie te wapenen tegen pogingen om zich te verzetten tegen de toepassing van de doorkijkbelasting. Hoger (*supra*, randnr. 1308 - 1312) werd deze wetsbepaling reeds afzonderlijk besproken. Hier wordt slechts nagegaan op welke wijze deze wetsbepaling toepassing kan vinden op dubbelstructuren. Het is daarbij opportuun om in herinnering te brengen dat óók rechtshandelingen gesteld vóór AJ 2016 kunnen worden gevisieerd door artikel 344/1, eerste lid WIB 1992 (zie *supra*, randnr. 1309). Ten tweede moet worden opgemerkt dat in de hoger besproken gevallen er steeds sprake was van een gelaagde structuur die zelf bestond uit meerdere entiteiten die als een juridische constructie werden beschouwd. Aangezien artikel 344/1, eerste lid WIB 1992 zeer algemeen een 'rechtshandeling of een geheel van rechtshandelingen' gesteld door een juridische constructie type 2 viseert, valt overigens niet uit te sluiten dat de fiscale administratie deze wetsbepaling óók kan toepassen wanneer een juridische constructie 2 een onderliggende entiteit in het leven roept en daarin activabestanddelen onderbrengt, die op zichzelf genomen niet kwalificeert als een juridische constructie. Bijvoorbeeld een niet op de EER-lijst voorkomende rechtspersoon die binnen de EER is gevestigd. In die optiek is het potentiële bereik van artikel 344/1, eerste lid WIB 1992 *prima facie* breder dan dat van de uitgebreide oprichtersnotie.³⁶⁰⁵

1378. Wanneer de voorafgaande beslissingen van de DVB inzake dubbelstructuren in ogenschouw worden genomen, valt op dat de DVB in verschillende gevallen verwijst naar artikel 344/1, eerste lid WIB 1992, zonder daarom noodzakelijk toepassing te maken van het wetsartikel in het onderhavige geval.³⁶⁰⁶ De verwijzing naar de toelichting bij artikel 344/1 WIB 1992 maakt namelijk deel uit van de standaardformule die de DVB hanteert inzake het onrechtstreeks oprichterschap (zie *supra*, randnr. 1359). Opvallend is dat in één van deze gevallen, de onderliggende getrapte structuur werd opgericht door een juridische constructie type 1, zodat artikel 344/1, eerste lid *in casu* zelfs niet kon worden toegepast.³⁶⁰⁷ Dit weerhield de DVB er echter niet van om zich te beroepen op de parlementaire geschiedenis van artikel 344/1 WIB 1992, teneinde de uitgebreide interpretatie van de oprichtersnotie kracht bij te zetten.

³⁶⁰⁵ Eensluidend: F. DEBELVA, A.M. VANDEKERKHOVE, "Antimisbruikbepalingen en dubbelstructuren: enkele bedenkingen", *Fisc.Act.* 2016, afl. 30, 3 - 7.

³⁶⁰⁶ Voorafg. Besl. 29 november 2016, nr. 2016.602, punt 28; Voorafg. Besl. 22 november 2016, nr. 2016.610, punt 17.

³⁶⁰⁷ Met name in Voorafg. Besl. 29 november 2016, nr. 2016.602.

1379. In een tweede voorafgaande beslissing, waarbij de DVB zich eveneens beriep op de uitgebreide oprichtersnotie, maakte de dienst echter ook toepassing van artikel 344/1, eerste lid WIB 1992.³⁶⁰⁸ *In casu* had een Liechtensteinse *Stiftung* Y een nieuwe Liechtensteinse *Stiftung* X opgericht en daaraan activa overgedragen. *Stiftung* Y werd vervolgens ontbonden.³⁶⁰⁹ Een dergelijke *Stiftung* kwalificeert als een juridische constructie type 2, overeenkomstig het KB van 18 december 2015 (zie *supra*, randnr. 1261). Volgens de DVB maakte dit geheel van rechtshandelingen van de intussen ontbonden *Stiftung* Y 'fiscaal misbruik' uit overeenkomstig artikel 344/1 WIB 1992.³⁶¹⁰ Voor de toepassing van de kaaimantaks, kon dit geheel van rechtshandelingen volgens de DVB aldus niet aan de administratie worden tegengeworpen.

Op basis van een combinatie van de uitgebreide oprichtersnotie met de toepassing van artikel 344/1, eerste lid WIB 1992, stelde de DVB vervolgens vast dat de aanvrager kwalificeerde als oprichter erfgenaam van *Stiftung* Y én kwalificeerde als één van de oprichters van *Stiftung* X.³⁶¹¹ Opmerkelijk is echter dat een beroep op de uitgebreide oprichtersnotie alleen reeds voldoende zou zijn geweest om de aanvrager te beschouwen als oprichter van *Stiftung* X.

1380. Opvallend aan deze voorafgaande beslissing is dat de DVB vervolgens de doorkijkregeling, i.e. artikel 5/1, §1 eerste lid WIB 1992, toepast in hoofde van *Stiftung* X.³⁶¹² In het geval de DVB slechts toepassing had gemaakt van de uitgebreide oprichtersnotie was dit resultaat o.i. logisch geweest. De vraag rijst of deze conclusie overeind kan blijven nu de DVB óók toepassing heeft gemaakt van artikel 344/1, eerste lid WIB 1992. De sanctie waarin deze antimisbruikbepaling voorziet is immers de niet-tegenwerpelijheid. Welnu, indien het geheel van rechtshandelingen, gesteld door *Stiftung* Y, dat heeft geleid tot het ontstaan van *Stiftung* X, niet aan de fiscale administratie kan worden tegengeworpen, hoe kan de doorkijkregeling dan worden toegepast in hoofde van *Stiftung* X? Indien de rechtshandeling waarmee *Stiftung* X werd opgericht niet tegenwerpelijk is aan de administratie, volgt daar o.i. uit dat het eigenlijke bestaan van deze rechtsverhouding niet tegenwerpelijk is aan de administratie. Indien de DVB verkiest om een toepassing te maken van artikel 344/1, eerste lid WIB 1992 past de dienst toch uit eigen beweging een wetbepaling toe die leidt tot een niet tegenwerpelijheid. O.i. bestaat er dan ook geen marge voor de DVB om vervolgens op zijn eigen stappen terug te komen, en de niet tegenwerpelijheid opnieuw naast zich neer te leggen.

O.i. zou een toepassing van artikel 344/1, eerste lid WIB 1992 logischerwijze tot gevolg hebben dat 'het geheel van rechtshandelingen' waarmee eerst *Stiftung* X

³⁶⁰⁸ Voorafg. Besl. 22 november 2016, nr. 2016.610, punt 18 e.v.

³⁶⁰⁹ *Ibid*, punt 22.

³⁶¹⁰ *Ibid*, punt 23.

³⁶¹¹ *Ibid*, punt 24.

³⁶¹² *Ibid*, punt 25 – 28, i.h.b. punt 28: "De heer A zal transparant belast worden op inkomsten verkregen door de Stichting X alsof hij deze rechtstreeks heeft verkregen, dit cfr. Artikel 5/1, §1 WIB92."

werd opgericht en vervolgens, na de overdracht van activa door *Stiftung Y*, deze *Stiftung Y* werd ontbonden, als geheel niet kon worden tegengeworpen aan de fiscale administratie. In dat geval had de doorkijkregeling moeten worden toegepast in hoofde van *Stiftung Y*. Het gegeven dat *Stiftung Y* civielrechtelijk niet meer bestond, maakt dan *in fiscalibus* geen verschil. Opmerkelijk is dat de DVB in dat geval zelfs geen beroep had hoeven doen op de uitgebreide interpretatie van de oprichtersnotie, aangezien het helemaal niet betwist was dat de aanvrager reeds gold als oprichter van *Stiftung Y*.³⁶¹³

f. Toepassing van artikel 344, §1 WIB 1992.

1381. Een laatste potentiële wijze om (bepaalde) gelaagde structuren onder het toepassingsgebied van de kaaimantaks te brengen, bestaat erin om een beroep te doen op de algemene fiscale antimisbruikbepaling, i.e. artikel 344, §1 WIB 1992. Ook de minister van Financiën wees reeds op de mogelijkheid om een beroep te doen op deze wetsbepaling om, desgevallend, het gebruik van gelaagde constructies te bestrijden.

Hoger (*supra*, randnr. 1002) is echter gebleken dat de toepassing van de algemene fiscale antimisbruikbepaling aan verschillende voorwaarden is gekoppeld. Er moet met name sprake zijn van een objectief element en een subjectief element. Bovendien is hoger (*supra*, randnr. 1002 en 1223) eveneens gebleken dat het 'fiscaal misbruik' slechts betrekking kan hebben op een rechtshandeling of geheel van rechtshandelingen, gesteld door een belastingplichtige. Bovendien bleek hoger (zie *supra*, randnr. 1003) eveneens dat de wetgever de algemene fiscale antimisbruikbepaling betitelde als een *ultimum remedium*.³⁶¹⁴ Dit wijst er op dat het niet de bedoeling van de wetgever was dat de fiscale administratie al te lichtzinnig zou omspringen met het inroepen van de algemene fiscale antimisbruikbepaling.

1382. In het voorliggende kader rijst de vraag of in het geval van gelaagde structuren eventueel een zinvol beroep kan worden gedaan op de algemene fiscale antimisbruikbepaling. Daarbij blijkt meteen dat deze wetsbepaling slechts kan worden gebruikt in het geval van een tussengeschoven entiteit. Alleen in die gevallen komt de gelaagde structuur tot stand door middel van een rechtshandeling van een belastingplichtige, zij het de oprichter, zij het de derde begunstigde. Opnieuw maakt het daarbij kennelijk geen verschil of de gelaagde structuur in kwestie in zijn geheel bestaat uit juridische constructies of ook uit andere entiteiten die niet als een juridische constructie kunnen worden beschouwd.

Op grond van de voorwaarde dat het moet gaan om een rechtshandeling gesteld door een 'belastingplichtige', kan o.i. ook verdedigd worden dat deze bepaling ook niet kan worden toegepast op rechtshandelingen gesteld door niet-rijksinwoners,

³⁶¹³ *Ibid*, punt 12.

³⁶¹⁴ MvT bij de programmawet van 29 maart 2012, *Parl.St.* Kamer 2011 – 2012, nr. 53-2081/001, 112 – 113.

die op geen enkele wijze belastingplichtig zijn in België (bv. in de belasting der niet inwoners), maar die wel als oprichter van een juridische constructie worden beschouwd. Hoger (bv. *supra*, randnr. 1357) bleek immers dat juridische constructies soms worden opgericht door niet-rijksinwoners die met België niets te maken hebben. De enige Belgische link die leidt tot toepassing van de kaaimantaks bestaat in die gevallen in het feit dat er een oprichter-erfgenaar of een derde begunstigde Belgisch rijksinwoner is. In een dergelijk geval, waar de tussengeschoven entiteit is ontstaan door een rechtshandeling van een persoon die geen belastingplichtige is in België, is er o.i. geen ruimte om artikel 344, §1 WIB 1992 toe te passen in hoofde van de oprichter-erfgenaar of de derde begunstigde.

1383. Wanneer we vervolgens het vereiste objectieve element nader in ogenschouw nemen, lijken er zich in dit verband geen problemen te stellen. Immers, indien de belastingplichtige een gelaagde structuur in het leven roept is het goed denkbaar dat deze belastingplichtige zich in weerwil van de doelstelling van de fiscale wet buiten het toepassingsgebied van de fiscale wet plaatst. In dat geval zal de kaaimantaks immers niet meer (op dezelfde wijze) toepassing kunnen vinden. Daarbij wordt dan wel abstractie gemaakt van de hoger aangehaalde routes die de belastingadministratie kan volgen om de toepassing van de kaaimantaks toch te verzekeren. Indien geen van die wegen tot een bevredigend resultaat zouden leiden, kan artikel 344, §1 WIB 1992 per hypothese toch nog in het vizier komen als *ultimum remedium*.

1384. Problematischer is echter het subjectieve element. De belastingplichtige moet de rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen immers hebben gesteld met als enig (niet-verwaarloosbaar) doel om zich buiten het toepassingsgebied van de kaaimantaks te plaatsen, en zo een fiscaal voordeel te realiseren. Deze horde zal o.i. moeilijker te nemen zijn.

1385. Ten eerste omdat er veel niet-verwaarloosbare niet-fiscale doelen zijn waarom een belastingplichtige een gelaagde structuur in het leven kan roepen. Afhankelijk van de situatie kunnen er immers civielrechtelijke of andere redenen voorhanden zijn om de aandelen van of belangen in een bestaande juridische constructie onder te brengen in een andere juridische constructie of zelfs in een andere entiteit die niet kwalificeert als een juridische constructie. Zo kunnen aandelen van een buitenlandse juridische constructie in het raam van een successieplanning worden ingebracht in een Nederlandse STAK met het oog op certificering. Tevens kan een *trustee* de onder trustverband gebrachte goederen aanhouden in de vorm van een onderliggende vennootschap, teneinde zich te kunnen verzekeren van de beperkte aansprakelijkheid die deze rechtsvorm biedt. Merk op dat in het eerstgenoemde geval een beroep op artikel 344, §1 WIB 1992 vermoedelijk overbodig zou zijn, gelet op het principiële behoud van de hoedanigheid van oprichter bij overdracht van aandelen (zie *supra*, randnr. 1362).

1386. Ten tweede, en pertinent, zijn gelaagde structuren vaak historisch gegroeid. In tegenstelling tot wat het geval is voor artikel 344/1, eerste lid WIB 1992, is artikel 344, §1 WIB 1992 slechts van toepassing op rechtshandelingen of

gehelen van rechtshandelingen gesteld vanaf AJ 2013, alsmede op rechtshandelingen of gehelen van rechtshandelingen gesteld tijdens een belastbaar tijdperk dat afsluit ten vroegste op 6 april 2012 en is verbonden met AJ 2012.³⁶¹⁵

Er bestaat evenwel discussie over de vraag of artikel 344, §1 WIB 1992 kan worden toegepast op gehelen van rechtshandelingen waarvan de samenstellende bestanddelen hebben plaatsgevonden vóór AJ 2013. Tijdens de parlementaire debatten naar aanleiding van de invoering van deze wetsbepaling werd hieromtrent het volgende gesteld³⁶¹⁶: *“De minister wijst er ook op dat artikel 158 van toepassing is vanaf aanslagjaar 2013. Indien bijgevolg de rechtshandeling of de laatste rechtshandeling die deel uitmaakt van een geheel van rechtshandelingen die een zelfde verrichting tot stand brengt, gesteld is in de loop van het jaar 2011, kan de nieuwe antimisbruikbepaling niet worden toegepast.*

Daarentegen, indien de rechtshandeling of de laatste rechtshandeling die deel uitmaakt van een geheel van rechtshandelingen die een zelfde verrichting tot stand brengt, gesteld is of gesteld wordt in loop van het jaar 2012, kan de nieuwe antimisbruikbepaling mits aan alle voorwaarden voldaan is, wel worden toegepast.”

Dit standpunt wordt overgenomen door een administratieve circulaire betreffende de algemene antimisbruikbepaling.³⁶¹⁷

1387. De juistheid van deze opvatting wordt in de rechtsleer echter sterk betwist.³⁶¹⁸ Immers, ‘een geheel van rechtshandelingen’ zoals wordt bedoeld in artikel 344, §1 vereist een ‘eenheid van bedoeling’³⁶¹⁹, die reeds vanaf de eerste rechtshandeling in de keten aanwezig was.³⁶²⁰ Daaruit leidt de rechtsleer, o.i. terecht, af dat alle rechtshandelingen binnen de keten onder het temporele toepassingsgebied van artikel 344, §1 WIB 1992 moeten vallen, vooraleer de fiscale

³⁶¹⁵ Artikel 169, eerste lid van de programmawet van 29 maart 2012, *BS* 6 april 2012; MvT bij de programmawet van 29 maart 2012, *Parl.St.* Kamer 2011 – 2012, nr. 53-2081/001, 116.

³⁶¹⁶ Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, wat de antimisbruikbepaling betreft, Verslag van de Commissie voor de Financiën en de Begroting, *Parl.St.* Kamer 2011 – 2012, nr. 53-2081/016, 70 – 71.

³⁶¹⁷ Ci.RH.81/616.207 van 4 mei 2012, *BS* 14 mei 2012, 28141, punt B.1.

³⁶¹⁸ B. PEETERS, “De algemene fiscale antimisbruikbepalingen. Een commentaar in het licht van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof”, *AFT* 2014, afl. 5, 33; L. DE BROE, J. BOSSUYT, “Interpretatie en toepassing van de algemene antimisbruikbepalingen in de inkomstenbelasting, registratie- en successierechten”, *AFT* 2012, afl. 11, 21 – 22; M. BOUGEOIS, A. NOLLET, “La réécriture de la mesure « générale antiabus » en matière d’impôts sur les revenus, droits d’enregistrement et de droits de succession”, *JT* 2012, 502 – 503; T. AFSCRIFT, *Fiscaal misbruik*, Brussel, Larcier, 2013, 214 – 215; S. VAN CROMBRUGGE, “Fraus legis of wetsontduiking in het Belgisch fiscaal recht anno 2012”, *TRV* 2012, 560 – 561; J. VAN DYCK, “Nieuwe, meer ‘volwassen’ algemene antimisbruikbepaling”, *Fiscoloog* 2012, afl. 1284, 3 – 7.

³⁶¹⁹ MvT bij de programmawet van 29 maart 2012, *Parl.St.* Kamer 2011 – 2012, nr. 53-2081/001, 113; Ci.RH.81/616.207 van 4 mei 2012, *BS* 14 mei 2012, 28141, punt C.1.2.1.

³⁶²⁰ B. PEETERS, “De algemene fiscale antimisbruikbepalingen. Een commentaar in het licht van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof”, *AFT* 2014, afl. 5, 23, alsook de bronnen vermeld in de vorige voetnoot.

administratie een beroep kan doen op deze wetsbepaling. Aldus volstaat het niet dat slechts de laatste rechtshandeling in de keten zou zijn gesteld vanaf AJ 2013.

1388. Bij het voorgaande moet bovendien nog mee in rekening worden genomen dat de kaaimantaks slechts werd geïntroduceerd vanaf AJ 2016. De vraag rijst dan ook vanaf welke peildatum een belastingplichtige een rechtshandeling of geheel van rechtshandelingen kan hebben gesteld met als enig niet-verwaarloosbaar doel om zich te onttrekken aan het toepassingsgebied van de kaaimantaks. Hiervoor komen verschillende potentiële datums in aanmerking. Bovendien zou de fiscale administratie nog kunnen trachten om de hoger uiteengezette lijn inzake 'gehelen van rechtshandelingen' verder te volgen. Gelaagde structuren komen immers tot stand door een reeks aan rechtshandelingen. Indien de idee dat slechts het laatste samenstellende bestanddeel van de keten moet hebben plaatsgevonden na de peildatum *in casu* door de fiscale administratie zou worden doorgetrokken, wordt het mogelijke temporele toepassingsgebied van artikel 344, §1 WIB 1992 *in casu* overigens nog (veel) verder verbreed.

Een dergelijke interpretatie lijkt o.i. te verregaand, *a fortiori* wanneer de kritiek op het standpunt van de minister en de circulaire mee in rekening worden genomen. Het voorgaande toont echter aan dat bijvoorbeeld de DVB inzake gelaagde structuren toch interpretatiewijzen hanteert die op het eerste gezicht eveneens verregaand lijken. O.i. kan daarom niet worden uitgesloten dat de fiscale administratie zich in de toekomst inderdaad op deze redenering zal beroepen.

1389. Resteert nog de vraag naar de juiste peildatum voor het vaststellen van het subjectieve element. Hiervoor komen verschillende data in aanmerking. Zo kan worden gedacht aan 18 augustus 2015, i.e. de publicatie van de kaaimantaks in het Belgisch Staatsblad. Eveneens kan worden gedacht aan 9 oktober 2014, zijnde de datum van het regeerakkoord waarin de kaaimantaks werd aangekondigd. Hoger (*supra*, randnr. 1315) bleek dat dit de peildatum vormt voor het zogeheten 'omzettingmisbruik'. Tot slot zou nog kunnen worden gedacht aan 1 augustus 2013 als peildatum, zijnde de datum waarop de wet houdende diverse bepalingen werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad, die de aangifteplicht voor private vermogensstructuren introduceerde.³⁶²¹ Het argument zou hier kunnen zijn dat belastingplichtigen reeds toen hadden kunnen beseffen dat de aangifteplicht slechts de prelude vormde op de introductie van een bijzonder taxatieregime. Kon een belastingplichtige dan reeds vanaf deze datum rechtshandelingen stellen met als enig niet-verwaarloosbaar oogmerk om de toepassing van dit komende taxatieregime te vermijden?

O.i. kan 1 augustus 2013 echter niet als peildatum dienen, omdat de introductie van een bijzonder taxatieregime op dat ogenblik slechts een hypothese was. Dit is o.i. dan ook onvoldoende om tot de aanwezigheid van een subjectief element te kunnen besluiten in een antimisbruikcontentieux.

³⁶²¹ Wet van 30 juli 2013 houdende diverse bepalingen, *BS* 1 augustus 2013, 48270.

1390. O.i. dient de peildatum te worden vastgesteld op 18 augustus 2015, zijnde de datum van publicatie in het Belgisch Staatsblad. Hiervoor kunnen verschillende redenen worden aangehaald.

Zo heeft de wetgever de datum van 9 oktober 2014 slechts voorbehouden voor omzettingmisbruik, terwijl hierover voor de toepassing van de algemene antimisbruikbepaling met geen woord over wordt gerept. Weliswaar was de invoering van de kaaimantaks op dat ogenblik minder hypothetisch dan daarvoor, maar o.i. kan een belastingplichtige slechts een rechtshandeling of geheel van rechtshandelingen stellen met het oogmerk om zich te onttrekken aan een belastingwet, wanneer deze belastingwet ook is gepubliceerd. Een loutere anticipatie op een aangekondigde belastingwet kan o.i. niet kwalificeren als fiscaal misbruik. Uit het fiscaal legaliteitsbeginsel vloeit immers de regel *'no taxation without legislation'* voort. Bij gebreke aan een (gepubliceerde) wet, kan er immers geen belasting zijn (zie *supra*, randnr. 987 – 988). Tot slot kan nog worden gewezen op het adagium *in dubio contra fiscum*. Indien er al twijfel zou mogelijk zou zijn omtrent de juiste peildatum, dient voor deze peildatum te worden geopteerd die het meest in het voordeel is van de belastingplichtige, i.e. laatst mogelijke peildatum.

1391. Gelet op het voorgaande lijken de toepassingsmogelijkheden van artikel 344, §1 WIB 1992 al bij al eerder beperkt. Niet enkel geldt de algemene antimisbruikbepaling slechts voor een rechtshandeling of een geheel van rechtshandelingen gesteld door een belastingplichtige (i.t.t. de juridische constructie), tevens wordt het bewijs van het voorhanden zijn van het subjectieve element bemoeilijkt door de vele niet-fiscale (neven)doelen die via gelaagde structuren kunnen worden nagestreefd en het gegeven dat o.i. slechts rechtshandelingen en gehelen van rechtshandelingen in aanmerking komen die zijn gesteld vanaf 18 augustus 2015.

D. Besluit

1392. De kaaimantaks heeft de Belgische fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* op het vlak van de inkomstenbelastingen ten gronde gewijzigd. Vóór de invoering van de kaaimantaks kende het Belgische inkomstenbelastingenrecht geen bijzondere fiscaalrechtelijke bepalingen die specifieke fiscale gevolgen verbonden aan het gebruik van buitenlandse *trusts*. Aldus diende gebruik te worden gemaakt van bestaande fiscale wetsartikelen en algemene fiscaalrechtelijke principes, teneinde de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* op het vlak van de inkomstenbelastingen te kunnen vaststellen. Bij gebreke aan bijzondere wetsbepalingen moest, conform de hoger geïdentificeerde *default rule*, steeds worden uitgegaan van de buitenlandse juridische realiteit, zoals deze zich *in casu* aanbood. Op die wijze hadden het toepasselijke trustrecht en de juridische structuur van de *trust* in kwestie een doorslaggevende invloed op de uitkomst van deze oefening. Besloten kon worden tot de belastbaarheid van de *settlor*, van de *trustee* of van de *beneficiary*,

naargelang het specifieke geval. Aangezien er echter vaak eveneens niet-rijksinwoners bij de trustverhouding waren betrokken (bijvoorbeeld de *trustee*), kon echter niet in alle gevallen worden besloten tot daadwerkelijke belastbaarheid in België. Het beknopt onderzoek betreffende fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* liet vervolgens toe om de impact van de invoering van de kaaimantaks in het Belgische inkomstenbelastingensysteem op scherpere wijze voor te stellen.

1393. Met de invoering van de kaaimantaks beoogde de wetgever om de voorheen bestaande situatie grondig te wijzen. *In concreto* heeft de wetgever daarbij gekozen om gebruik te maken van zijn bevoegdheid om te voorzien in een autonoom fiscaalrechtelijk regime, dat breekt met de onderliggende juridische realiteit. De wetgever heeft aldus geopteerd om een autonoom fiscaal referentiekader te scheppen, waarbij wordt gebruik gemaakt van een autonome fiscaalrechtelijke terminologie. Ofschoon deze terminologie soms geïnspireerd is door andere rechtstakken – bijvoorbeeld de fiscaalrechtelijke definitie van een ‘juridische constructie type 1’ – speelt de specifieke betekenis en interpretatie van die terminologie in die andere rechtstakken *in fiscalibus* echter geen rol.

1394. Aan de kaaimantaks liggen vervolgens enkele belangrijke assumpties en wettelijke vermoedens ten grondslag.

Zo is de kaaimantaks in wezen (ontstaan als) een antimisbruikregime waarmee de wetgever het scheppen van een heffingsvacuüm door middel van het gebruik van ‘buitenlandse juridische constructies’ wilde neutraliseren. Ofschoon deze assumptie verschillende malen naar voren komt in de parlementaire geschiedenis van de kaaimantaks, wordt zulks niet geëxpliciteerd door de wettekst. Alle kwalificerende personen die als oprichter of als derde begunstigde van een juridische constructie worden beschouwd, worden (minstens in beginsel³⁶²²) mee in het kaaimantaksregime betrokken. De subjectieve intenties van de betrokken partijen spelen daarbij geen rol. Evenmin speelt de vraag of er voorheen daadwerkelijk sprake was van enig heffingsvacuüm enige rol.

Een tweede assumptie is dat de personen die als oprichter van een juridische constructie worden beschouwd, tevens worden geacht de primaire begunstigten van deze juridische constructie te zijn. Deze assumptie vormt de grondslag van de algemene regel dat de inkomsten die door de juridische constructie worden verkregen, moeten worden toegerekend aan de oprichters. Slechts in bepaalde gevallen kunnen de oprichters een tegenbewijs leveren. En zelfs indien kan worden aangetoond dat bepaalde door de juridische constructie verkregen inkomsten in een ander inkomstenjaar werden uitgekeerd aan andere werkelijke begunstigten, kan het toch nog voorkomen dat de oprichters zullen worden belast op deze inkomsten.

³⁶²² De betrokken partijen kunnen zich bijvoorbeeld trachten te beroepen op de *substance*-uitzondering om aan de doorkijkbelasting te ontkomen.

Hoewel beide assumpties onmiskenbaar de fundamentele idee achter de kaaimantaks weerspiegelen, blijkt telkens dat de eigenlijke wettekst deze assumpties in feite grotendeels veralgemeent. De kaaimantaks geldt immers ook voor gevallen waar deze assumpties duidelijk niet langer opgaan, zoals in gevallen waar nooit sprake was van een heffingsvacuüm of soms in gevallen waar de oprichters *in concreto* niet de uiteindelijke begunstigden blijken te zijn. Met andere woorden, vertrekkende vanuit deze fundamentele assumpties blijkt de kaaimantaks geen 'gerichte' maatregel te zijn. Op grond van de letterlijke wettekst moet de kaaimantaks immers worden beschouwd als een algemeen taxatieregime.

Passages in de memorie van toelichting zoals deze over de *discretionary trust* (zie *supra*, randnr. 1255) en de betrachtingen van de wetgever om zo veel als mogelijk gevallen onder het toepassingsgebied van de kaaimantaks te brengen, laten eerder uitschijnen dat de wetgever het gebruik van een juridische constructie *per se* als een vorm van 'misbruik' beschouwt dat fiscaal moet worden gecorrigeerd. Ook het gegeven dat de wetgever voor juridische constructies type 2, maar niet voor juridische constructies type 1, heeft voorzien in een taxatievoorwaarde, vormt een aanwijzing in die richting. De taxatievoorwaarde vormt vanuit dit perspectief een ruwe *proxy* op grond waarvan kan worden vastgesteld of er een vorm van fiscaal 'misbruik' voorhanden is.

1395. Aangezien de kaaimantaks steunt op een waaier aan autonome fiscaalrechtelijke begrippen en fiscale ficties, was het dan ook wenselijk geweest dat deze begrippen voldoende duidelijk en afgebakend zouden zijn en dat de kaaimantaks als geheel een duidelijke en coherente regeling zou vormen, die ook werkelijk zou stroken met de veronderstellingen en doeleinden die er aan ten grondslag liggen. Immers, door de loskoppeling van de onderliggende juridische realiteit, wordt ook een referentiekader verloren dat anders had kunnen helpen om een uitsluitsel te bieden op verschillende fiscaal-juridische vraagstukken.

1396. Het is echter gebleken dat het voorgaande manifest niet het geval is. Verschillende voorbeelden kunnen dit illustreren.

Ten eerste kan worden gewezen op de onduidelijke definitie van het begrip 'juridische constructie type 1'. Reeds van bij aanvang kon worden vastgesteld dat het allerm minst duidelijk is welke rechtsverhoudingen, entiteiten en dergelijke net onder het toepassingsgebied van deze beschrijving (kunnen) vallen. De wetgever heeft met name een zeer brede internationaal privaatrechtelijke omschrijving van een erg vaag begrip ('*trust*') uit zijn gewoonlijke context genomen, daaraan enkele wijzigingen aangebracht, en vervolgens in het Belgische fiscaal recht ingeschreven. Potentieel komt daarmee een veelheid aan rechtsverhoudingen in aanmerking als juridische constructie type 1, zonder dat dit misschien ooit de bedoeling was van de wetgever. Zo wordt bijvoorbeeld betoogd dat de Duitse *Treuhand* of zelfs bepaalde kwaliteitsrekeningen voldoen aan alle voorwaarden om onder het toepassingsgebied van het Haagse Trustverdrag te vallen (zie *supra*, randnr. 484). Had de wetgever eveneens dergelijke rechtsfiguren op het oog bij de introductie van het kaaimantaksregime?

Ten tweede kan worden gewezen op de oprichtersnotie. Ook deze notie doet belangrijke juridische vragen rijzen. Zo was het van in het begin onduidelijk of een persoon ook 'onrechtstreeks' oprichter kon zijn van een juridische constructie. Bovendien is ook de categorie van de 'oprichter-houder' niet vrij van onduidelijkheden. In het bijzonder kan daarbij de vraag rijzen vanaf welk ogenblik een belastingplichtige als 'houder' van juridische of economische rechten van de goederen en kapitalen in het bezit van de juridische constructie, kan worden beschouwd. De wettekst is in dit verband niet geheel duidelijk geformuleerd.

Ten derde bleek dat de doorkijkregeling zodanig functioneert dat oprichters kunnen worden belast op inkomsten die zij nooit zullen verkrijgen, terwijl derde begunstigen deze inkomsten achteraf belastingvrij verkrijgen. Omgekeerd is gebleken dat, indien de oprichter een buitenlands rijksinwoner is, en de derde begunstigde Belgisch rijksinwoner is, deze derde begunstigde gemakkelijk aan daadwerkelijke belastingheffing in België kan ontkomen. Indien de voordelen slechts worden uitgekeerd in een later inkomstenjaar dan waarin zij werden verkregen, is in België geen sprake van enige belastingheffing. Volgens de Belgische fiscale wet zijn deze inkomsten reeds fiscaal toegerekend aan de niet-rijksinwoner, zodat deze geacht worden reeds in hoofde van deze oprichter te zijn belast.

Ook de categorie van de oprichters-erfgenamen bleek problematisch te zijn, *a fortiori* in het licht van de taxatieregeling. De wetgever trekt het vermoeden van begunstiging immers door op grond van een erfrechtelijke verhouding met de oprichters die de oprichters-erfgenamen voorgingen. Nochtans kan de vraag of deze oprichters-erfgenamen werkelijk worden begunstigd door de juridische constructie alleen worden beantwoord aan de hand van het recht dat op deze juridische constructie van toepassing is, en de trustakte, statuten, enzovoort die werking van de juridische constructie bepalen. Bovendien rezen in dit verband vragen omtrent de verenigbaarheid van deze oprichterscategorie en de toepasselijke taxatieregeling met het gelijkheidsbeginsel en het recht op bescherming van eigendom.

Weliswaar kunnen oprichters en oprichters-erfgenamen zich weliswaar beroepen op enkele tegenbewijsregelingen. Dit brengt ons echter bij een vijfde voorbeeld. De belangrijkste tegenbewijsregeling is nergens in de wet ingeschreven, maar kan slechts worden aangetroffen in de memorie van toelichting bij de kaaimantaks. Hierdoor rijst de vraag naar de juridische waarde van deze regeling. In het geval van de specifieke tegenbewijsregeling voor de oprichters-erfgenamen bleek het dan weer te gaan om een vereiste van een quasi-onmogelijk te leveren negatief bewijs. Bovendien heeft een oprichter-erfgenaam die werkelijk niets met de juridische constructie te maken heeft ook geen hefboom in handen die het leveren van dit tegenbewijs vergemakkelijkt. Een dergelijke oprichter-erfgenaam kan zelf geen lijst met uitgesloten personen laten opnemen in het huishoudelijk reglement van de constructie. Een persoon die niets met de juridische constructie te maken heeft, kan de beheerders overigens niet juridisch verplichten om te bevestigen dat hij of zij geen *beneficiary* is. Laat staan dat een dergelijk persoon gemakkelijk aan

informatie betreffende de (eigenlijke begunstigen van de) juridische constructie kan komen. In het geval van een *trust* zou het leveren van deze informatie gemakkelijk een *breach of trust* kunnen impliceren in hoofde van de *trustee*.

Ten zesde kan worden gewezen op de onduidelijkheden die rijzen rond de *substance*-uitzondering en de vraag hoe deze uitzondering zich verhoudt tot de door wetgever beoogde uitsluiting van het beheer van het privé-vermogen.

Ten zevende kan worden gewezen op het – naar alle waarschijnlijkheid – ongrondwettelijke karakter van artikel 344/1, eerste lid WIB 1992, dat de problematische vereenzelviging van de juridische constructie met de oprichters zelf tracht te ontmijnen door middel van de afwezigheid van een subjectief element. Artikel 344/1, tweede lid WIB 1992 overlapt dan weer nagenoeg geheel met een andere antimisbruikmaatregel en verwijst naar een wetsbepaling die intussen door de wetgever is opgeheven.

Ten achtste kan worden verwezen naar de problematiek inzake de gelaagde structuren. Uit de memorie van toelichting bleek duidelijk dat de wetgever zich bewust was van het gebruik van dergelijke structuren. Dit vormde overigens de belangrijkste reden voor de invoering van artikel 344/1, eerste lid WIB 1992. Toch bleek dat de DVB zich in concrete gevallen moest beroepen op een ruime, teleologische interpretatie van het oprichtersbegrip, teneinde dergelijke structuren onder het toepassingsgebied van de kaaimantaks te brengen. Ook het begrip 'juridische constructie type 1' werd hiertoe ruim geïnterpreteerd en mogelijks zelfs op een foutieve wijze toegepast. Bovendien bleek het samenspel met artikel 344/1, eerste lid WIB 1992 geen evidentie. Los van de vraag naar de juridische geldigheid van deze interpretaties³⁶²³ en toepassingen, blijkt hieruit reeds dat de wetsbepalingen in kwestie aanleiding kunnen geven tot onduidelijkheid en *prima facie* weinig zijn toegesneden op deze bijzondere problematiek.

1397. Hoewel de wetgever overigens naar eigen zeggen niet beoogde om het gebruik van buitenlandse juridische constructies te verbieden, wordt in de memorie van toelichting wel verwezen naar de effectiviteit van de Nederlandse APV-regeling.³⁶²⁴ Niet alleen zou de Nederlandse APV-regeling hebben geleid tot aanzienlijke meeropbrengsten voor de Nederlandse Schatkist, maar tevens zou in de praktijk een ontradend effect zijn vastgesteld voor wat betreft de oprichting van nieuwe APV's, zouden verschillende belastingplichtigen een vaststellingsovereenkomst met de Nederlandse belastingdienst hebben afgesloten

³⁶²³ O.i. kan er immers zelfs een lans worden gebroken voor een restrictieve interpretatie van de kaaimantaks, *a fortiori* wanneer de interpretatievraag mede betrekking heeft op de mogelijke toepassing van de doorkijkbelasting. Zie *supra*, randnr. 1350.

³⁶²⁴ MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 29 – 30.

Zie ook reeds: Wetsontwerp houdende diverse bepalingen, amendementen, *Parl.St.* Kamer 2012 – 2013, nr. 53-2891/004, 4; Wetsontwerp houdende diverse bepalingen, verslag namen de commissie voor Sociale Zaken, *Parl.St.* Kamer 2012 – 2013, nr. 53-2891/007, 23 – 24.

en zouden tot slot verschillende bestaande APV's zijn ontmanteld.³⁶²⁵ Door de expliciete verwijzing naar deze gegevens in de memorie van toelichting bij de kaaimantaks is het niet ondenkbaar dat de Belgische wetgever sterk gelijkaardige doeleinden beoogde na te streven, zonder zulks duidelijk te expliciteren. Uitdrukkelijk beoogd of niet, gaan van de kaaimantaks in ieder geval sterk ontradende *incentives* uit, al was het maar omwille van de vele onduidelijkheden en juridische vraagstukken waartoe de wettelijke regeling aanleiding geeft. De creatie van fiscale rechtsonzekerheid kan echter bezwaarlijk de bedoeling zijn geweest van de wetgever. In ieder geval heeft de kaaimantaks, wegens de complexiteit en vele onduidelijkheden die dit fiscaalrechtelijk regime kenmerken, de *compliance costs* voor Belgische belastingplichtigen in sterke mate verhoogd.

Dit hoofdstuk legt dan ook een valkuil bloot die met het hanteren van een dergelijk autonoom fiscaalrechtelijk begrippenkader dat los staat van de onderliggende juridische realiteit, gepaard gaat. *A fortiori* in een fiscaalrechtelijke context is het van belang dat belastingplichtigen kunnen inschatten op welke wijze de fiscale wet zal worden toegepast. Met het voorgaande komt een een meer diepgaande dimensie die schuilgaat achter het fiscaal legaliteitsbeginsel en het realiteitsbeginsel als *default rule*, aan de oppervlakte: de principiële enting van het fiscaal recht op de onderliggende juridische realiteit maakt in beginsel niet alleen het bewandelen van de minst belaste weg door juridische structurering mogelijk, maar biedt belastingplichtigen ook een principieel houvast. Indien de fiscale superstructuur wordt losgeweekt van onderliggende juridische realiteit verdwijnt dit houvast, behoudens in de gevallen waar het wordt vervangen door voldoende duidelijke, coherente en doelmatige fiscale wetsbepalingen. Daarbij kan nog worden voorzien in een uitgebreide memorie van toelichting, teneinde in geval van twijfel een beroep op de historische interpretatiemethode te faciliteren.

1398. Besloten moet echter worden dat de kaaimantaks, noch op juridisch-technisch vlak, noch op een fundamenteel-conceptueel niveau, kan worden beschouwd als een degelijk, coherent of doelmatig fiscaalrechtelijk regime. Dit geheel aan punctuele juridische onvolkomenheden en een meer diepgaande conceptuele problemen leidt ertoe dat verschillende pistes kunnen worden overwogen om hieraan tegemoet te komen. In het meest verregaande geval zou ervoor kunnen worden gepleit om de kaaimantaks geheel af te schaffen. Gelet op de hedendaagse maatschappelijke onderstroom betreffende de strijd tegen (agressieve) vormen van belastingontwijking en het (fiscale) wantrouwen ten aanzien van het gebruik van buitenlandse *trusts*, lijkt een terugkeer naar de situatie zoals deze bestond vóór de invoering van de kaaimantaks weinig realistisch. Dit zou bijvoorbeeld impliceren dat uitkeringen uit *discretionary trusts* met een in het buitenland gevestigde *trustee* (opnieuw) niet meer in de Belgische belastingheffing kunnen worden betrokken. Bovendien lijkt de actuele tendens eerder te neigen naar een systematische uitbreiding van het toepassingsgebied van de kaaimantaks,

³⁶²⁵ F.H.H. WEEKERS, "Evaluatie wettelijk systeem voor afgezonderde particuliere vermogens (apv's)", Brief van 11 september 2013 aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal, DGB/2013/2752, 5.

dan naar een beperking, laat staan de afschaffing ervan.³⁶²⁶ Een andere mogelijke piste zou zijn om de afschaffing van de kaaimantaks te laten gepaard gaan met de introductie nieuw bijzonder fiscaalrechtelijk regime met betrekking tot buitenlandse 'juridische constructies'. Wij hebben er echter voor geopteerd om, de onderzoeksresultaten uit hoofdstuk II van Deel IV indachtig, een aantal suggesties te formuleren die het bestaande kaaimantaksregime grondig zouden hervormen, teneinde de kaaimantaks meer op één lijn te brengen met de daaraan ten grondslag liggende doeleinden, los van meer specifieke punctuele opmerkingen. Daarbij wordt vertrokken vanuit een goed begrip van de onderliggende juridische realiteit die wordt gevormd door het buitenlandse trustrecht. Tevens werd ervoor geopteerd om het aanwenden van fiscale ficties en autonome fiscaalrechtelijke begrippen te beperken tot wat strikt genomen nodig is om de door de wetgever beoogde doelstellingen te bereiken. Het houvast die het verband met de onderliggende juridische realiteit biedt, blijft dan ook in sterkere mate behouden dan heden het geval is.

1399. Ten eerste kan het begrip 'juridische constructie type 1' best nader worden verduidelijkt, teneinde de bestaande onzekerheden weg te nemen. Er kan worden vastgesteld dat de kaaimantaks, als bijzondere vorm van CFC-wetgeving, ten aanzien van juridische constructies type 1 een zogeheten *global approach* hanteert.³⁶²⁷ In principe zal iedere rechtsverhouding, waar ook ter wereld gevestigd, kunnen worden beschouwd als een juridische constructie type 1, indien is voldaan aan de door de wet gestelde voorwaarden, zonder dat rekening wordt gehouden met het belastingregime waaraan de rechtsverhouding wordt onderworpen. Net omwille van het ruime bereik van een dergelijke *global approach* wordt de toepassing van CFC-wetgeving die deze aanpak hanteert klassiek beperkt tot bepaalde, veelal passieve, inkomstenstromen ('*transactional approach*').³⁶²⁸ De kaaimantaks wijkt af van dit klassieke model, en viseert alle door de juridische constructie verkregen inkomsten. Voor juridische constructies type 2 wordt daarentegen in beginsel een *designated jurisdiction approach* gehanteerd.³⁶²⁹ In dat geval wordt de CFC-wetgeving enkel toegepast ten aanzien van (bepaalde) gecontroleerde buitenlandse entiteiten die gevestigd zijn in (aangeduide) landen,

³⁶²⁶ Zo werd slechts enkele maanden nadat de kaaimantaks werd gepubliceerd in het Belgisch staatsblad reeds voorzien in reparatiewetgeving, die tegelijk tot gevolg had dat het toepassingsgebied van de kaaimantaks werd uitgebreid, zie: wet van 26 december 2015 houdende maatregelen inzake versterking van jobcreatie en koopkracht, *BS* 30 december 2015, 80634.

Daarenboven kan worden gewezen op het gegeven dat er reeds verschillende wetsvoorstellen en -ontwerpen werden voorgesteld die, onder meer, beogen om de notie van onrechtstreeks oprichterschap in de fiscale wet in te schrijven. Opnieuw zou een uitbreiding van het toepassingsgebied het gevolg zijn. Zie: Ontwerp van programmawet, amendementen, *Parl.St.* Kamer 2015 – 2016, nr. 54-1875/004, 34; Wetsvoorstel van 18 april 2017 tot versterking van de doorkijkbelasting, *Parl.St.* Kamer 2016 – 2017, nr. 54-2419/001, 7 – 8.

³⁶²⁷ Zie *supra*, vn. 3334.

³⁶²⁸ B. PEETERS, *Fiscale Transparantie: toerekening van inkomsten*, Brussel, Larcier, 2011, 484 – 490; L. DE BROE, *International Tax Planning and the Prevention of Abuse*, Amsterdam, IBFD, 2008, 124 – 127.

³⁶²⁹ Zie *supra*, vn. 3334.

die een gunstig belastingregime kennen. Voor juridische constructies type 2 wordt inderdaad gewerkt met een taxatievoorwaarde en met lijsten die aanduiden welke rechtspersonen (princiepueel) worden aangemerkt als een juridische constructie.

Welnu, een eerste optie om meer duidelijkheid te scheppen zou erin kunnen bestaan om óók voor juridische constructies type 1 te werken met een *designated jurisdiction*-approach. Er zou dan een (exemplatieve) lijst kunnen worden opgesteld van rechtsverhoudingen die moeten worden beschouwd als een juridische constructie type 1. Indien dit voor juridische constructies type 2 kan, waarom dan niet voor juridische constructies type 1? Mogelijks heeft de wetgever deze categorie echter 'open' willen laten, zodat deze kan functioneren als een restcategorie. Maar in feite is net daarin het probleem gelegen. De restcategorie is zodanig *open-ended* dat het niet meer duidelijk is welke (gehelen van) rechtsverhoudingen er net onder (kunnen) vallen. Dit komt de rechtszekerheid allerminst ten goede. Een dergelijke lijst zou overigens ook tegelijk een afzonderlijke taxatievoorwaarde overbodig maken. *Trusts* en gelijkaardige rechtsfiguren worden in verschillende landen op zeer verschillende wijzen in de belastingheffing betrokken. Zo bleek hoger (*supra*, randnr. 1216) reeds dat er in dit verband belangrijke verschillen bestaan tussen het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten. Alleen de VS beschouwt de *trust* in beginsel als een afzonderlijk te belasten entiteit. Het is *prima facie* dan ook niet evident om hier op eenduidige wijze een taxatievoorwaarde toe te passen, aangezien het mogelijks niet de rechtsverhouding zelf is die in het buitenland zal worden belast. 'Normaal belaste' juridische constructies type 1 zouden dan gewoon kunnen worden uitgesloten van de lijst, zonder dat een (ingewikkelde) taxatievoorwaarde in de wet zou moeten worden ingeschreven.

Een alternatief, dat eveneens tot meer duidelijkheid zou leiden, zou zijn om de fiscale definitie van de juridische constructie type 1 in zijn geheel te schrappen en te vervangen door een verwijzing naar artikel 122 WIPR. Dit zou ten eerste tot voordeel hebben dat ook trustverhoudingen waar de *trustee* geen eigenaar is, zouden kunnen worden beschouwd als juridische constructie type 1. Heden kunnen dergelijke *trusts* o.i. niet als juridische constructie type 1 worden beschouwd (zie *supra*, randnr. 1252). Hoger (*supra*, randnr. 725 – 726) bleek tevens dat het toepassingsgebied van artikel 122 WIPR overigens breder is dan louter Angelsaksische *trusts*. Voor wat betreft de sterk gelijklopende omschrijving die kan worden aangetroffen in artikel 2 van het Haagse Trustverdrag is zulks overigens geheel onbetwist (zie *supra*, randnr. 483 – 484). Er moet dus *prima facie* niet worden gevreesd dat de wetsbepaling in dat geval een al te beperkt toepassingsgebied zou hebben. Een relatief voordeel van dit alternatief zou zijn dat in dat geval opnieuw rekening kan worden gehouden met de internationaal privaatrechtelijke context (*cf. supra*, randnr. 1364 – 1366) van artikel 122 WIPR. Ten gevolge hiervan zou de definitie sterk aan duidelijkheid winnen, en zouden nog slechts individuele rechtsverhoudingen in aanmerking komen om te worden beschouwd als juridische constructie type 1.

Bovendien zouden beide gesuggereerde benaderingen kunnen worden gecombineerd, door bijvoorbeeld in een (exemplatieve) lijst te voorzien die de door

artikel 122 WIPR beoogde rechtsverhoudingen aanvult, en/of bepaalde door artikel 122 beoogde rechtsverhoudingen uitsluit, omwille van het gegeven dat er zich in die gevallen geen taxatieprobleem zou stellen.

1400. Ten tweede zou de in de memorie van toelichting bij de kaaimantaks voorziene tegenbewijsregeling moeten worden opgenomen in de wettekst. In dat geval kan immers geen onduidelijkheid meer bestaan over de juridische waarde en afdwingbaarheid van de tegenbewijsregeling. De wetgever kan hierbij de keuze behouden of de tegenbewijsregeling dan zou slaan op de hoedanigheid van oprichter als zodanig, of slechts op de desbetreffende taxatieregels. In het laatste geval zou de oprichter nog steeds worden onderworpen aan de aangifteplicht.

Tegelijk zou de categorie van oprichter-erfgenamen moeten worden afgeschaft. Zoals gezegd kan het vermoeden van begunstiging in hoofde van de oprichters-erfgenamen o.i. niet worden doorgetrokken op basis van het toepasselijke erfrecht. Slechts de *lex causae* die de juridische constructie beheerst en de bepalingen van de statuten, trustakte en dergelijke van de juridische constructie zelf, laten toe om de begunstigden van de juridische constructie te identificeren. Indien de oprichters-erfgenamen de juridische constructie zelf niet hebben opgericht, er geen goederen, rechten of middelen in hebben ondergebracht, en evenmin oprichter-houder zijn, is er o.i. geen reden om hen als oprichters te beschouwen. In de mate dat zij worden bevoordeeld door de juridische constructie, zouden zij o.i. daarentegen moeten gelden als derde begunstigden. In dat geval zullen zij alleen transparant worden belast op het ogenblik en in de mate dat zij daadwerkelijk een voordeel verkrijgen vanwege de juridische constructie. Daarbij kan dan opnieuw in een vrijstellingsregeling worden voorzien in zoverre de uitgekeerde inkomsten reeds daadwerkelijk zouden zijn belast in hoofde van een in België (of in de EER wonende) oprichter. In andere gevallen, bijvoorbeeld in het geval van geaccumuleerde trustinkomsten, zou de belasting plaatshebben in hoofde van de *beneficiary*.

In de tegenbewijsregeling zou dan ook niet meer mogen worden vereist dat noch de oprichter, noch één van zijn 'erfgerechtigden' op welk ogenblik en op welke wijze dan ook enig voordeel zullen verkrijgen dat wordt toegekend door de juridische constructie. De categorie van personen die geldt als 'erfgerechtigde' van de oprichter, is gedurende het leven van de oprichter nagenoeg onbepaald – *a fortiori* nu bleek dat legatarissen normaliter ook tot deze categorie moeten worden gerekend. Wanneer die 'erfopvolgers' niet meer zouden gelden als oprichter, maar als derde begunstigden, is hier overigens geen reden meer voor.

Anderzijds zou de tegenbewijsregeling bijvoorbeeld wel kunnen vereisen dat noch de oprichter, noch diens echtgenoot³⁶³⁰ en eventueel ook de kinderen waarover de oprichter en/of diens echtgenoot het ouderlijk gezag uitoefenen overeenkomstig artikel 376 BW, gelden als (potentiële) begunstigden van de juridische constructie. Één en ander is naar analogie van de regeling die heden reeds vervat ligt in artikel

³⁶³⁰ In de zin van artikel 2, §1, 2° WIB 1992.

307, §1, vierde lid WIB 1992, voor wat betreft de aangifteplicht.³⁶³¹ Bovendien zou hier kunnen worden vereist dat geen van de genoemde personen enige *power* heeft voorbehouden die toelaat om een invloed uit te oefenen op het beheer van de juridische constructie, zij het als oprichter, zij het als *protector*. Zo zou het tegenbewijs enkel kunnen worden geleverd door een oprichter die geen enkel voordeel van de juridische constructie zal kunnen ontvangen, en die tevens niet de bevoegdheid heeft om de juridische constructie te herroepen, zoals bijvoorbeeld het geval is bij een *revocable trust*. De oprichter zal bovendien normaliter wel over de nodige documentatie kunnen beschikken om het tegenbewijs te leveren. Bij het gebruik van stukken die niet overeenstemmen met de werkelijkheid kan de administratie zich dan beroepen op artikel 450 WIB 1992.

Het voorgaande zou tot gevolg hebben dat iedere juridische constructie in beginsel aanleiding geeft tot een transparante belasting in hoofde van de oprichter, maar dat de oprichter het tegenbewijs kan leveren indien kan worden aangetoond dat hij of zij geen enkel voordeel vanwege de *trust* kan ontvangen en geen enkele juridisch afdwingbare bevoegdheid heeft voorbehouden waarmee hij of zij zich kan mengen in het beheer van de juridische constructie. Dit is trouwens de manier waarop dezelfde situatie in verschillende *common law*-stelsels wordt benaderd. Hoger (*supra*, randnr. 1216) bleek immers dat zowel in het Verenigd Koninkrijk als in de Verenigde Staten een *settlor interested trust* of een *grantor trust* in de regel als fiscaal transparant wordt beschouwd in hoofde van de *settlor*.³⁶³² In beide gevallen gaat het om *trusts* waarbij de *settlor* zichzelf heeft aangeduid als begunstigde of waarbij de *settlor* zich bepaalde bevoegdheden, zoals een *power to revoke*, heeft voorbehouden. Ofschoon een dergelijke regeling in de genoemde stelsels eerder wordt beschouwd als een uitzondering op de regel, zou in de voorgestelde Belgische benadering op fiscaalrechtelijk vlak net worden vertrokken van het vermoeden dat het om een '*settlor interested trust*' of een '*grantor trust*' gaat, die de principiële toepassing van de doorkijkregeling rechtvaardigt, behoudens de gevallen waarin het tegenbewijs kan worden geleverd.

³⁶³¹ Het ouderlijk gezag houdt immers verband met het ouderlijk vruchtgenot, waarover de ouders van een niet-ontvoogde minderjarige beschikken, overeenkomstig artikel 384 e.v. BW.

³⁶³² Voor het Verenigd Koninkrijk gaat het in het bijzonder om *Sections* 624 e.v. *Income Tax (Trading and Other Income) Act 2005*. Zie daarover: N. EASTAWAY, J. KIMBER, I. RICHARDS, *Tax Adviser's Guide to Trusts, 5th Edition*, Bloomsbury, West-Sussex, 2016, 219 – 222; A. HARDY, "United Kingdom. Trusts.", IBFD, 2015, nr. 7.4.1.; A. CHAMBERLAIN, C. WHITEHOUSE, *Trust Taxation*, Londen, Sweet & Maxwell, 2011, 161 – 200, i.h.b. 168; I. WÜNSCHMANN-LYALL, C. ERWOOD, *Trusts and Estates 2016/2017*, West-Sussex, Bloomsbury Professional, 2016, 55 – 59.

Voor de Verenigde Staten gaat in het bijzonder om §671 e.v. *Internal Revenue Code*. Zie daarover: D.D. KUZUSKO, S.K. VETTER, "United States. Trusts", IBFD, 2015, nr. 4.1. e.v.

Zie algemeen: J. WHEELER, "Taxation of Trusts in Common Law Jurisdictions" in R. DANON, J.-L. CHENAUX, N. TISSOT (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 39 – 40.

Indien de voorgaande suggesties zouden worden gevolgd, zou de opname van een verrekingstelsel, zoals hoger vermeld (*supra*, randnr. 1302) overigens minder pertinent worden.

1401. Tot slot verdient het de aanbeveling om gelaagde constructies waarbij *trusts* betrokken zijn en die worden gebruikt met het oogmerk om de toepassing van de kaaimantaks te omzeilen, te bestrijden door een uitbreiding van artikel 344/1, eerste lid WIB 1992. Dit artikel moet o.i. dan wel zo worden aangepast dat het grondwetsconform is, i.e. door de introductie van een intentioneel element en de mogelijkheid voor de belastingplichtige om een tegenbewijs te leveren. Eén en ander naar analogie van wat reeds het geval is voor artikel 344, §1 WIB 1992.³⁶³³

Deze wetsbepaling zou dan zo kunnen worden uitgebreid dat zij ook rechtshandelingen gesteld door (de beheerder van) een juridische constructie type 1 omvat, en desgevallend zelfs rechtshandelingen gesteld door een persoon die als oprichter of als derde begunstigde wordt beschouwd. Het objectieve element zou dan bestaan in het oogmerk om de doelstelling van de artikelen 5/1 en 220/1 WIB 1992 te frustreren. Het zou dan vervolgens aan de belastingplichtige toekomen om te bewijzen dat de rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen in kwestie, kan worden verantwoord door andere (niet-verwaarloosbare) motieven dan het frustreren van de toepassing van artikel 5/1 en 220/1 WIB 1992. Pijnpunt blijft weliswaar dat van de belastingplichtige gevraagd kan worden het tegenbewijs te leveren met betrekking tot een rechtshandeling die niet door hem of haar zelf zou zijn gesteld. Aangezien de oprichtersnotie echter zo zou worden hervormd dat de categorie van oprichters erfgenamen (die mogelijks geheel vreemd zijn aan de juridische constructie) niet langer zou bestaan, is dit o.i. minder pertinent. Immers, de personen die als oprichter zouden worden beschouwd, zijn dan ook personen die daadwerkelijk iets met de juridische constructie te maken hebben. Evenzeer zou dit betrekking hebben op derde begunstigden. In beginsel zouden deze personen moeten beschikken over een recht op informatie ten aanzien van (de beheerder van) de juridische constructie.

³⁶³³ Een gelijkaardige regeling wordt overigens ook beoogd door het wetsvoorstel van 18 april 2017 tot versterking van de doorkijkbelasting, *Parl.St.* Kamer 2016 – 2017, nr. 54-2419/001, 18 – 19.

V. Algemeen besluit bij Deel IV

1402. In wat volgt wordt een algemeen besluit geformuleerd bij Deel IV van voorliggend onderzoek. Daarbij worden slechts de belangrijkste overkoepelende inzichten verwerkt die in dit Deel van het onderzoek naar voren kwamen. Voor een meer gedetailleerd overzicht van de inzichten die per hoofdstuk naar voren kwamen, wordt verwezen naar de hoger geformuleerde tussenbesluiten.

1403. Het realiteitsbeginsel als fiscaalrechtelijke *default rule* – Teneinde de hoger (*supra*, randnr. 14) opgeworpen hypothese, dat de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* mede in het licht van de verhouding tussen het Belgische fiscaal recht met de onderliggende juridische civielrechtelijke realiteit moet worden onderzocht, te verifiëren, diende eerst te worden onderzocht op welke wijze het Belgische fiscaal recht zich verhoudt tot de onderliggende juridische realiteit die wordt gevormd door het burgerlijk recht. Dit hoofdstuk correspondeert daarmee met de derde subonderzoeksvraag. Hoewel deze principiële verhouding in de fiscale rechtsleer een belangrijke rol speelt, werd nog maar zelden getracht om deze verhouding te verklaren vanuit een logisch dwingend schema.

Om deze verhouding nader te duiden, werd vertrokken vanuit de fundamentele fiscaalrechtelijke spelregels die voortvloeien uit het grondwettelijk legaliteitsbeginsel *in fiscalibus*. Uit het legaliteitsbeginsel vloeit immers voort dat de wetgever alle noodzakelijke fiscale aanknopingspunten moet aanreiken op grond waarvan de belasting kan worden gevestigd. De keerzijde van de uit het fiscaal legaliteitsbeginsel voortvloeiende regel dat alles vrij is van belasting dan tenzij de wet dit bepaalt, is immers dat slechts die situaties aanleiding kunnen geven tot het heffen van een belasting die door de fiscale wet worden gevisieerd. Dit betekent dat de door de fiscale wet aangereikte elementen die moeten leiden tot het heffen van een belasting juridisch aanwezig dienen te zijn vooraleer de belasting kan worden gevestigd.

Vanuit dit fundamentele inzicht kan vervolgens worden aangeknoopt bij het realiteitsbeginsel *in fiscalibus*. Geconcludeerd werd dat de fiscale wet zich bij wijze van *default rule* ent op de onderliggende juridische realiteit. Ofschoon het gaat om een zeer fundamentele fiscaalrechtelijke regel, die zelf kan worden geënt op het fiscaal legaliteitsbeginsel, komt aan het realiteitsbeginsel geen grondwettelijke waarde toe. Net omwille van deze enting wordt duidelijk dat de wetgever van deze stelregel kan afwijken.

Het realiteitsbeginsel speelt (*prima facie*) een belangrijke rol in verschillende fiscaalrechtelijke leerstukken. In dit verband werden recht om de minst belaste weg te bewandelen, de vraag of de fiscus kan worden beschouwd als een derde, het gegeven dat de fiscale wet geen onderscheid maakt tussen geoorloofde en ongeoorloofde verrichtingen en de invloed van de fiscale antimisbruikbepalingen onderzocht. Het in ogenschouw nemen van deze leerstukken heeft vervolgens toegelaten om het realiteitsbeginsel op een scherpere wijze te kunnen voorstellen.

Het is met name de juridische realiteit zoals deze voor een partij of desgevallend tussen partijen geldt, die fiscaal in aanmerking moet worden genomen. De inpassing van deze regel in een breder logisch dwingend juridisch schema kan overigens de rol van het realiteitsbeginsel in deze leerstukken op een meer heldere wijze op de voorgrond plaatsen. De conclusies waartoe de toepassing van deze principiële stelregel noopt binnen deze onderscheiden, maar verwante, fiscale leerstukken, kunnen zodoende vanuit een breder fiscaalrechtelijk denkkader worden verklaard. Bijvoorbeeld in het raam van het veinzingsleerstuk kon deze voorstelling van het realiteitsbeginsel leiden tot scherpere inzichten.

Vanuit het inzicht dat het fiscaal recht zich *per default* ent op de gemeenrechtelijke infrastructuur, kon het fiscaal recht worden voorgesteld als een superstructuur die zich ent op de juridisch voorhanden zijnde (gemeenrechtelijke) infrastructuur.

1404. Het fiscaal recht wordt gekenmerkt door een 'relatieve autonomie'

– Aangezien het fiscaal recht zich bij wijze van principiële stelregel ent op de juridische infrastructuur, rees de vraag in welke dan sprake kon zijn van enige 'autonomie' in hoofde van het fiscaal recht. Immers, indien wordt aangenomen dat een dergelijke 'autonomie' zou impliceren dat aan door het fiscaal recht gebezigde begrippenkader een geheel eigen, van het gemeen recht afwijkende betekenis kan toekomen, kan van de hoger geïdentificeerde *default rule* immers geen sprake meer zijn. Net om deze reden bleek het vraagstuk aangaande de autonomie van het fiscaal recht in de literatuur omstreden te zijn. Bij nader inzien bleek echter dat, hoewel de verschillende strekkingen weliswaar vertrekken vanuit een tegenovergesteld standpunt, zij dit standpunt vervolgens op zodanige wijze nuanceren dat er als het ware sprake kon zijn van een synthesestelling.

Besloten werd dan ook, de hoger geïdentificeerde *default rule* indachtig, dat er slechts sprake kan zijn van een 'relatieve autonomie'. Hoewel een loutere verwijzing naar de (gepercipieerde) eigenheid van het fiscaal recht o.i. onvoldoende is om een afwijking van de *default rule* te rechtvaardigen, staat het de wetgever vrij om daarvan zowel op een expliciete als op een impliciete wijze af te wijken. Cruciaal daarbij is dat impliciete afwijking slechts kan worden vastgesteld aan de hand van de *in fiscalibus* toelaatbare interpretatietechnieken. Ook op dit niveau valt aldus een duidelijk verband met het legaliteitsbeginsel *in fiscalibus* te ontwaren, aangezien het net dit beginsel is dat het aantal toelaatbare interpretatietechnieken in het fiscaal recht beperkt.

Tevens werd er de aandacht op gevestigd dat in het Belgische fiscaal recht, kennelijk hoe langer hoe meer wordt afgeweken van deze *default rule*. Zulks is het gevolg van de invoering van talrijke fiscale antimisbruikbepalingen, fiscale fictiebepalingen, autonome fiscaalrechtelijke begrippen en dergelijke meer. Deze laatste gevallen kunnen in de regel worden beschouwd als expliciete afwijkingen ten aanzien van de principiële enting van het fiscaal recht op de onderliggende juridische realiteit.

1405. Het realiteitsbeginsel speelt ook wanneer de juridische realiteit wordt gevormd door een buitenlands rechtsstelsel – Ofschoon de

publiekrechtelijke aard van het fiscaal recht verhindert dat een buitenlandse rechtsbetrekking fiscaal zou moeten worden gekwalificeerd aan de hand van een buitenlands fiscaal rechtsstelsel, geldt zulks niet voor het vaststellen van de onderliggende civielrechtelijke realiteit. Het is immers perfect denkbaar dat de onderliggende juridische realiteit wordt gevormd door een buitenlands rechtsstelsel. Hierin is dan ook de kern van de fiscale problematiek inzake *trusts* gelegen. De in de Belgische fiscale wet voorziene aanknopingspunten zijn van oudsher vooral toegesneden op het Belgische rechtsstelsel. Wanneer aanknopingspunt moet worden gezocht bij een aan het Belgische recht wezensvreemde rechtsfiguur zoals een *trust*, geeft dit aanleiding tot onduidelijkheden. Het zal immers allerm minst eenvoudig zijn om na te gaan in hoeverre deze onderliggende juridische realiteit kan worden vastgeknoopt aan de in het Belgische recht voorziene fiscale aanknopingspunten. Daar komt dan nog bovenop dat 'de *trust*' niet bestaat. Bovendien bleek dat de wijze waarop *trusts* kunnen worden ingepast in het Belgische civielrechtelijke rechtsbestel door middel van het IPR, een zeer complex gegeven vormt.

Uit de volgende hoofdstukken is wel gebleken dat, minstens in de fiscale rechtsleer, *in fiscalibus* ook reeds werd vertrokken vanuit de buitenlandse juridische realiteit als zodanig, zonder dat de trustfiguur steeds per definitie (*in fiscalibus*) werd geassimileerd met een Belgische rechtsfiguur. De verklaring hiervoor werd gezocht in de aard van de desbetreffende rechtstakken. In een (internationaal) privaatrechtelijke context betreft het immers de vraag in welke mate de *trust* op civielrechtelijk vlak rechtsgevolgen kan ressorteren binnen het Belgische rechtsbestel, zodat er zich een assimilatie opdrong. In een fiscaalrechtelijke context betreft het echter de vraag in welke mate de in de fiscale wet vervat liggende aanknopingspunten aanwezig kunnen worden geacht binnen de voorliggende trustverhouding. Vanuit de voorgaande inzichten werden vervolgens de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* op het vlak van de registratie-, schenk- en erfbelastingen, alsook op het vlak van de inkomstenbelastingen onderzocht.

1406. Fiscale gevolgen op het vlak van de registratie-, schenk- en erfbelastingen – Uit het voorgaande is gebleken dat op het vlak van de registratie-, schenk- en erfbelastingen heden geen bijzondere fiscale wetsbepalingen bestaan die gericht zijn op het gebruik van buitenlandse *trusts*. Gelet op de bevoegdheidsverdeling tussen de Belgische federale overheid en de gewesten is een dergelijke geïntegreerde fiscale benadering in België veel minder evident. Nochtans is dit jammer, aangezien deze situatie in de toekomst potentieel aanleiding kan geven tot zeer uiteenlopende fiscale benaderingen van buitenlandse *trusts* in verschillende fiscale domeinen. Dit bleek bijvoorbeeld anders te zijn in Nederland, waar het APV-regime niet enkel betrekking heeft op de inkomstenbelastingen, maar tevens een regeling bevat voor wat betreft de schenk- en erfbelasting. Echter, ook vóór de introductie van het APV-regime bestonden er reeds belangrijke verschillen tussen België en Nederland. Zo bleek dat ingevolge de zogeheten Novemberarresten van de Hoge Raad *trusts* moesten worden beschouwd als een afzonderlijk doelvermogen dat vervolgens kon worden

geïdentificeerd als belastingplichtige in de schenkbelasting. In het Belgische fiscaalrechtelijke stelsel is een dergelijke oplossing echter niet mogelijk, aangezien in het Belgische fiscale bestel slechts natuurlijke personen en rechtspersonen als belastingplichtigen gelden.

Uit het gegeven dat de Belgische registratie-, schenk- en erfbelastingen vanuit hun aard nauw verbonden zijn met de onderliggende (Belgische) civielrechtelijke realiteit, volgt enerzijds dat de hoger geïdentificeerde *default rule* hier in beginsel voluit speelt en anderzijds dat *prima facie* kon worden verwacht dat de in deze wetbepalingen vervat liggende fiscale aanknopingspunten vermoedelijk moeilijk zouden kunnen worden toegepast op trustverhoudingen.

Uit het onderzoek is inderdaad gebleken dat het gebrek aan bijzondere fiscale wetbepalingen in de registratie-, schenk- en erfbelastingen, het vastknopen van de correcte fiscale gevolgen aan het gebruik van buitenlandse *trusts* tot een complexe aangelegenheid maken. Dit probleem wordt verder in de hand gewerkt door het gegeven dat *trusts* in dermate veel verschillende verschijningsvormen kunnen voorkomen. Het is binnen het bestek van voorliggend onderzoek, dat niet in het bijzonder op deze belastingen is toegespitst, onmogelijk om voor alle mogelijke trustvormen *in abstracto* te bepalen welke fiscale gevolgen nu net aan al deze trustvarianten kunnen worden verbonden. De gehanteerde methode bestond er dan ook in om te onderzoeken welke fiscale aanknopingspunten de fiscale wet in kwestie aanreikt en in hoeverre daarbij kan worden aangeknoopt in het geval van een buitenlandse *trust*. Daarbij werd onderzocht welke variabelen uit het buitenlandse trustrecht al dan niet een doorslaggevende invloed kunnen hebben op de uitkomst van deze oefening. Dit deel van het onderzoek vervulde daarmee tevens een exemplatieve functie, aangezien het beoogde om, mede gelet op de bredere context van dit onderzoek, een methode aan te reiken op basis waarvan de fiscale gevolgen die een concrete trustverhouding kan of zal bewerkstelligen, konden worden afgeleid.

Met betrekking tot de registratie- en schenkbelastingen kan daarbij in de eerste plaats worden opgemerkt dat een trustverhouding op zichzelf genomen in beginsel geen schenking of overdracht onder bezwarende titel impliceert. Weliswaar kan een *trustee* (indien daartoe gemachtigd) onroerende goederen verkopen of kunnen *beneficiaries* mogelijk hun *equitable interest* schenken (indien juridisch mogelijk), maar dit zullen vermoedelijk eerder uitzonderingsgevallen zijn. In bepaalde gevallen zouden de bij de trustverhouding betrokken partijen er echter voor kunnen opteren om de trustrelatie op een zodanige wijze te construeren dat uit de trustakte een schenking blijkt, zodat meteen schenkingsrechten kunnen worden voldaan. Hiermee kunnen mogelijks latere discussies aangaande de erfbelasting worden vermeden.

Voor wat betreft de erfbelasting wordt de kwestie verder bemoeilijkt door het gegeven dat de *settlor* zich in veel gevallen nog gedurende zijn of haar leven heeft ontdaan van de onder trustverband gebrachte goederen. Behoudens het geval waar het een *testamentary trust* zou betreffen, die aldus pas in het leven zou worden

geroepen na het overlijden van de erflater, behoren deze goederen dus niet meer tot de nalatenschap van de erflater. Principieel zou aldus geen erfbelasting verschuldigd zijn, behoudens het geval waar een succesvol beroep zou kunnen worden gedaan op één of meer fiscale fictiebepalingen. Het blijkt echter dat ook deze fictiebepalingen in sterke mate geënt zijn op allerlei civielrechtelijke begrippen en dat deze wetsbepalingen uit hun aard restrictief moeten worden geïnterpreteerd. Besloten werd daarom dat in het geval van een *trust* in beginsel noch op artikel 2.7.1.0.5. VCF/artikel 7 W.Succ., noch op artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ. een succesvol beroep zal kunnen worden gedaan, teneinde de trustverhouding in belastingheffing te betrekken. Slechts in uitzonderlijke gevallen bleek een beroep op artikel 2.7.1.0.5. VCF/artikel 7 W.Succ. mogelijk. Om dezelfde reden bleek ook een beroep op artikel 2.7.1.0.3., 3° VCF/artikel 4, 3° Br.W.Succ. geen valabele optie. Besloten werd daarom dat er in de actuele fiscale situatie in beginsel geen ruimte bestaat voor het heffen van erfbelasting, althans waar het *inter vivos trusts* betreft. Deze conclusie bleek ook op te gaan voor *revocable trusts*. Tot slot werd daarbij onderzocht of een Belgische rechtspersoon die tevens *trustee* is van een buitenlandse *trust* de jaarlijkse taks tot vergoeding der successierechten verschuldigd is met betrekking tot goederen die deze rechtspersoon aanhoudt als *trustee*. Geconcludeerd moet worden dat de goederen die een Belgische rechtspersoon aanhoudt als *trustee* volgens het door de rechtspraak en de DVB gehanteerde criterium niet in de belastbare grondslag van de taks tot vergoeding der successierechten kunnen worden opgenomen.

Niettegenstaande uit het voorgaande blijkt dat zowel de federale fiscale administratie als VLABEL in de praktijk toch toepassing maken van artikel 8 W.Succ./ 2.7.1.0.6. VCF teneinde (uitkeringen vanwege) buitenlandse *trusts* aan erfbelasting te onderwerpen. In een voorafgaande beslissing van 8 december 2009 verfiende de DVB deze aanpak, in die zin dat volgens de DVB een beslissing tot uitkering van trustinkomen géén weerslag zou hebben op de heffing van de successierechten, tenzij het zou gaan om een uitkering van kapitaal of de uitkering die kan worden beschouwd of geldt als een periodieke rente of lijfrente. Slechts in die laatste twee gevallen zou er aanleiding kunnen zijn tot heffen van erfbelasting. In de hypothese dat artikel 8 W.Succ. inderdaad zou kunnen worden toegepast op uitkeringen uit trustverhoudingen is deze zienswijze correct, aangezien een uitkering van trustinkomsten een kwestie is die te situeren valt in het raamwerk van de inkomstenbelastingen. Middels een decreet van 23 december 2016 werd artikel 2.7.1.0.6. VCF overigens geamendeerd. Het gevolg van deze decretale wijziging is dat het uitkeringen verkregen na het overlijden van de erflater slechts kunnen worden belast op het ogenblik dat zij door de begunstigde/belastingplichtige worden verkregen. In de hypothese dat uitkeringen uit trustverhoudingen ingevolge deze decretale bepaling belastbaar zouden zijn, wordt daarmee het ogenblik van belastbaarheid in ieder geval gelegd op het ogenblik dat de *beneficiaries* het voordeel daadwerkelijk verkrijgen. Deze aanpak is verdedigbaar, zowel voor *beneficiaries* van *fixed trusts* als voor *beneficiaries* van *discretionary trusts*.

Vanuit een bepaald opzicht wordt hiermee het resultaat bewerkstelligd dat het gebruik van buitenlandse *trusts* in zekere zin *salonfähig* wordt gemaakt voor wat betreft het erfbelastingcontentieux. Het hoeft inderdaad niet de bedoeling te zijn dat de heffing van erfbelasting geheel zou moeten kunnen worden ontweken door middel van het gebruik van buitenlandse *trusts*. Het is echter betreuenswaardig dat de huidige praktijk in de eerste plaats is gebaseerd op een interpretatie van een fictiebepaling die strikt genomen *contra legem* is. Een trustverhouding, noch de daaraan ten grondslag liggende rechtshandeling, noch een (eigenlijke) *letter of wishes* vormt immers een contract tussen de *settlor* en de *trustee* dat een beding ten behoeve van een derde bevat. Dit resultaat zou o.i. veel beter kunnen worden verantwoord indien het zou zijn gebaseerd op een daartoe door de decreetgever voorziene wetsbepaling. In zekere opzichten is de huidige praktijk overigens precair. Niettegenstaande de DVB in het verleden heeft aanvaard dat een uitkering van trustinkomsten, waarvan de aard moet worden vastgesteld aan de hand van de onderliggende juridische realiteit, niet belastbaar zou zijn op grond van artikel 8.W.Succ., bestaat er kennelijk geen (sterker) principieel beletsel dat de onderscheiden fiscale administraties er in de toekomst van zou kunnen weerhouden om bijvoorbeeld toch te beslissen dat ook (bepaalde) trustinkomsten vanuit Belgisch oogpunt aan erfbelasting moeten worden onderworpen. Gelet op het feit dat trustinkomsten in beginsel reeds aan belasting worden onderworpen in de inkomstenbelastingen, zouden deze trustinkomsten mogelijks tweemaal worden belast. Bij het uitwerken van een afzonderlijke fiscale fictiebepaling die toelaat om uitkeringen uit trustverhoudingen (en desgevallend eveneens stichtingen) te betrekken in de erfbelasting kan de keuze worden gemaakt om deze systematiek op de leest te schoeien van artikel 2.7.1.0.5. VCF/artikel 7 W.Succ. of van artikel 2.7.1.0.6. VCF/artikel 8 W.Succ. Tegelijk zou voor een gelijkaardige (fictie)regeling kunnen worden geopteerd in de schenkbelasting, zodat de partijen ook nog gedurende hun leven in de gelegenheid worden gesteld om schenkbelasting te voldoen, en daarmee de heffing van erfbelasting achteraf te vermijden.

1407. Fiscale gevolgen op het vlak van de inkomstenbelastingen – Ook op het vlak van de inkomstenbelastingen kon worden vastgesteld dat *trusts*, bij gebreke aan rechtspersoonlijkheid, niet konden worden beschouwd als afzonderlijke belastingplichtige entiteiten in de Belgische inkomstenbelastingen. Dit noopte tot de vaststelling dat vervolgens de fiscale rechtspositie van de bij de trustverhouding betrokken personen in aanmerking moest worden genomen. Het resultaat was een gedifferentieerd beeld. Tenzij de *settlor* kon worden aangeduid als belastingplichtige op grond van de veinzingsleer of enige bijzondere fiscale wetsbepaling, bleek dat de trustinkomsten fiscaal moesten worden toegerekend aan de *trustees* of aan de *beneficiaries*, al naargelang het specifieke geval. Cruciaal hierbij is het inzicht dat, tenzij er sprake was van simulatie of een beroep kon worden gedaan op een bijzondere fiscale antimisbruikbepaling, de uitkomst van deze oefening werd beheerst door de onderliggende juridische realiteit. Het antwoord op de vraag of er vanuit een Belgisch fiscaalrechtelijk oogpunt sprake was van volkomen fiscale transparantie, onvolkomen fiscale transparantie of van non-transparantie, moest worden gezocht in de concrete juridische structuur van

de voorliggende trustverhouding, die in België vervolgens fiscaal in rekening werd gebracht. Tegelijk liet deze oefening toe om na te gaan of de in de Belgische fiscale wet vervat liggende fiscale aanknopingspunten konden worden vastgeknoopt aan de aanwezige juridische verhoudingen. Met name in het geval van *beneficiaries* die beschikten over een *interest* in een *discretionary trust* bleek zulks problematisch, aangezien dergelijke uitkeringen niet correspondeerden met enig door de Belgische wet belastbaar gesteld inkomen. Daar stond echter wel tegenover dat alle trustinkomsten konden worden toegerekend aan de *trustee*. Deze laatste was, op enkele uitzonderingen na, in de regel echter geen Belgische rechtspersoon of Belgische rijksinwoner.

Deze fiscale systematiek werd echter volledig verlaten sinds de inwerkingtreding van de kaaimantaks. Dit bijzonder fiscaalrechtelijk regime breekt nagenoeg geheel met de onderliggende juridische realiteit. Deze breuk wordt bewerkstelligd door een complexe fiscaalrechtelijke systematiek die is opgebouwd uit een geheel aan autonome fiscaalrechtelijke begrippen en fiscale ficties. Zowel uit de parlementaire geschiedenis als de concrete structuur van de kaaimantaks blijkt dat deze regeling in belangrijke mate werd geïnspireerd door de Nederlandse APV-regeling.

In essentie laat de kaaimantaks toe om de inkomsten die worden verkregen door een 'juridische constructie' te belasten in hoofde van de personen die als 'oprichter' worden beschouwd (indien het gaat om rijksinwoners of bepaalde Belgische rechtspersonen) of, onder bepaalde voorwaarden, in hoofde van de personen die als derde begunstigde worden beschouwd (indien het gaat om rijksinwoners of bepaalde Belgische rechtspersonen). De kaaimantaks functioneert daarmee, althans met betrekking tot *trusts*, in essentie als een doorkijkregime.

Belangrijk daarbij is dat aan de kaaimantaks enkele veronderstellingen ten grondslag liggen die als het ware als een rode draad doorheen de wettelijke regeling in kwestie lopen. Ten eerste beoogde de wetgever met de kaaimantaks om te voorzien in een soort 'antimisbruikregime' dat het scheppen van een heffingsvacuüm moet tegengaan. Ten tweede veronderstelde de wetgever dat de oprichter, en diens erfgerechtigden, principieel ook de uiteindelijke begunstigten van de juridische constructie in kwestie zijn. Minstens gaf de wetgever aan dat hij weigerde te geloven dat een oprichter ooit de controle over de in een juridische constructie ondergebrachte goederen uit handen zou geven. In het bijzonder de figuur van de *discretionary trust* moest het daarbij ontgelden. Tegelijk blijkt echter uit de concrete wetsbepalingen dat de toepassing van de kaaimantaks in zijn geheel niet wordt beperkt tot de gevallen waarbij deze veronderstellingen inderdaad opgaan. Integendeel, het toepassingsgebied van de kaaimantaks is potentieel zeer breed, aangezien het moet worden beschouwd als het normaliter van toepassing zijnde fiscaalrechtelijke regime voor alle rechtsverhoudingen die als een juridische constructie moeten worden beschouwd en waarbij een verband kan worden gelegd met rijksinwoners of rechtspersonen in de rechtspersonenbelasting. De wijzen waarop aan de toepassing van de kaaimantaks, minstens de doorkijkregeling, kan worden ontsnapt in gevallen die niet met deze assumpties corresponderen zijn daarentegen zeer beperkt gehouden of hebben zelfs geen grondslag in de wettekst.

Dit zijn echter niet de enige problematische aspecten van de kaaimantaks. Zo is het door de wetgever gehanteerde autonome begrippenkader niet steeds even duidelijk van aard, bijvoorbeeld in het geval van de fiscaalrechtelijke definitie van de juridische constructie type 1, alsook in het geval van de oprichtersnotie. Ook het baseren van het vermoeden van begunstiging op grond van een erfrechtelijk criterium in plaats van op de *lex causae* die de juridische constructie beheerst, bleek problematisch. Bij het nader in ogenschouw nemen van artikel 344/1 WIB 1992 kwam dan weer de problematische vereenzelving van de oprichter met de juridische constructie aan de oppervlakte. Bij de *substance*-uitzondering bleek de wens van de wetgever om gevallen van 'beheer van het privé-vermogen' uit te sluiten van deze uitzondering dan weer een delicate aangelegenheid, aangezien dit oogmerk kennelijk niet geheel overeenstemt met wat de Europese rechtspraak ter zake toelaat.

Veel van de voorgaande aspecten kwamen scherper tot uiting bij het in ogenschouw nemen van de wijze waarop de DVB omgaat met zogeheten 'gelaagde structuren', waarin ook *trusts* een belangrijke rol spelen. Ofschoon de wetgever zich wel bewust was van het gebruik van gelaagde structuren, een fenomeen waarvoor overigens zeker ook niet-fiscale redenen bestaan, heeft de wetgever kennelijk nagelaten om de kaaimantaks op een voldoende wijze toe te spitsen op het gebruik van dergelijke structuren. Weliswaar heeft de wetgever bij wijze van artikel 344/1 WIB 1992 voorzien in een flankerende antimisbruikbepaling. Deze bepaling bleek echter niet te kunnen worden toegepast in alle gevallen waar er sprake is van een gelaagde structuur. Het gevolg is kennelijk geweest dat de DVB zijn toevlucht heeft moeten zoeken tot extensieve, en soms zelfs betwistbare, interpretaties van de wetbepalingen van het kaaimantakscontentieux. Exponent hiervan is het omvatten van verschillende onderdelen (i.e. de verschillende afzonderlijke entiteiten en 'juridische constructies') binnen gelaagde constructies in een juridische constructie type 1. Belangrijker is echter dat de kaaimantaks, door middel van de soms weinig afgebakende autonome fiscaalrechtelijke terminologie dergelijke interpretaties in de hand kan werken.

Dit gegeven is nefast voor de rechtszekerheid en legt meteen ook een belangrijke valkuil bloot die met het hanteren van een dergelijk autonoom fiscaalrechtelijk begrippenkader, los van de onderliggende juridische realiteit, gepaard gaat. *A fortiori* in een fiscaalrechtelijke context is het van belang dat belastingplichtigen kunnen inschatten op welke wijze de fiscale wet zal worden toegepast. Deze bemerking legt dan ook een meer diepgaande dimensie bloot die schuilgaat achter het fiscaal legaliteitsbeginsel en het realiteitsbeginsel als *default rule*: de principiële enting van het fiscaal recht op de onderliggende juridische realiteit maakt in beginsel niet alleen het bewandelen van de minst belaste weg door juridische structurering mogelijk, maar biedt belastingplichtigen tegelijkertijd een belangrijk houvast. Door middel van een dissociatie van de fiscale superstructuur met de onderliggende juridische realiteit, verdwijnt dit houvast, behoudens in de gevallen waar dit houvast wordt gesubstitueerd door voldoende duidelijke, coherente en doelmatige fiscale wetbepalingen. Desgevallend kunnen dergelijke fiscale wetbepalingen gepaard gaan met een duidelijke memorie van toelichting of

duidelijke motieven, teneinde in geval van twijfel een beroep te kunnen doen op de historische interpretatiemethode. Het voorgaande heeft echter aangetoond dat de wetgever er niet in is geslaagd om met de kaaimantaks een dergelijk houvast te bieden.

Omwille van voorgaande redenen werden, na het overwegen van verschillende mogelijke pistes en met het in rekening nemen van de maatschappelijke onderstroom betreffende (agressieve vormen van) belastingontwijking, dan ook enkele fundamentele suggesties tot hervorming van de kaaimantaks geformuleerd, waarmee enerzijds een beter evenwicht werd gezocht tussen het bestrijden van gevallen waar wordt getracht een onbelast 'zwevend vermogen' te creëren en de wens om trustverhoudingen als 'juridische constructies' op daadwerkelijke wijze in de Belgische belastingheffing te betrekken, en daarbij anderzijds toch voldoende rekening te houden met de onderliggende juridische realiteit, vanuit een beter begrip van de trustfiguur als zodanig. Anders dan het geval was vóór de invoering van de kaaimantaks, zou het Belgische fiscaal recht dan bijzondere wetsbepalingen kennen die toelaten om buitenlandse *trusts* op een meer volkomen wijze in de Belgische belastingheffing te betrekken, door gerichte en doelmatige afwijkingen van de onderliggende juridische realiteit.

Een eerste suggestie bestaat erin om het fiscaalrechtelijke begrip te verduidelijken door eveneens te werken met een (exemplatieve) lijst van rechtsfiguren die worden beschouwd als juridische constructie type 1 en/of een verwijzing op te nemen naar artikel 122 WIPR in de fiscale wet, zodat de principiële connectie met de (internationaal) privaatrechtelijke inbedding behouden blijft. Een tweede suggestie betreft de opname van een (aangepaste) versie van de in de memorie van toelichting voorziene tegenbewijsregeling in de fiscale wet, die gepaard gaat met een afschaffing van de categorie van oprichters-erfgenamen. Vermoed zou dan worden dat de trustverhouding in beginsel 'beïnvloedbaar' is door de *settlor*/oprichter of dat de *settlor*/oprichter geldt als primaire begunstigde. De *settlor*/oprichter, die in de regel zal beschikken over de noodzakelijke informatie, kan dan het tegenbewijs leveren dat noch hij of zij, noch zijn of haar echtgenoot, of de kinderen waarover zij het ouderlijk gezag uitoefenen, begunstigden zijn van de *trust*. Één en ander naar analogie van de regeling die reeds vervat ligt in artikel 307, §1, vierde lid WIB 1992, voor wat betreft de aangifteplicht. Indien dit tegenbewijs kan worden geleverd, is het vermoeden van begunstiging weerlegd, en dienen de trustinkomsten niet meer aan de oprichter te worden toegerekend. Eventuele erfgerechtigden zouden dan als derde begunstigde worden belast, wanneer zij daadwerkelijk een voordeel vanuit de trust ontvangen. Immers, slechts de *lex causae* die de juridische constructie beheerst en de bepalingen van de statuten, trustakte en dergelijke van de juridische constructie zelf, laten toe om de begunstigden van de juridische constructie te identificeren. Tot slot werd gesuggereerd om het gebruik van dubbelconstructies met het oogmerk om de toepassing van de doorkijkbelasting te omzeilen, te bestrijden door middel van een uitgebreide, doch wel grondwetsconforme, antimisbruikbepaling bij de kaaimantaks.

Eindbesluit

"In nova fert animus mutatas dicere formas – corpora"

OVIDIUS, Metamorphoses, Boek I.

1408. Onbekend is onbemind(?) – Aan de basis van voorliggend onderzoek lag de vaststelling dat Angelsaksische trustverhoudingen niet alleen onbekende rechtsfiguren zijn in het Belgische recht, maar dat zij tevens, en *a fortiori* vanuit een fiscaalrechtelijk perspectief, kennelijk onbemind zijn. Bij het in ogenschouw nemen van de lotgevallen van de private stichting *Fons Pereos*, rees de vraag of, indien een dergelijk fiscaal wantrouwen reeds bestaat ten aanzien van een Belgische rechtsfiguur, zulks dan niet *a fortiori* het geval is bij een voor het Belgische rechts wezensvreemde rechtsfiguur zoals een *trust*. Dat een dergelijk wantrouwen ook in België bestaat kan niet worden betwijfeld. Zo bleek duidelijk naar aanleiding van de invoering van de kaaimantaks dat de Belgische wetgever een aantal uitgesproken ideeën en veronderstellingen had betreffende *trusts*.³⁶³⁴ Zo bleek de wetgever van oordeel te zijn dat 'juridische constructies' als *trusts* er primair toe dienen om de oprichter ervan te begunstigen. Tevens plaatste de Belgische wetgever ernstige vraagtekens bij het fenomeen 'discretionary trust'. Verder konden nog passages worden aangetroffen waaruit bleek dat de door de trustfiguur voorziene, en voor het Belgische recht onbekende, 'scheiding van eigendom' in de eerste plaats ertoe zou dienen om de fiscale administratie op het verkeerde been te zetten en een 'letter of wishes' een voor de *trustee* bindend document zou zijn. In essentie komt de visie van de Belgische wetgever neer op het volgende: rechtsfiguren als *trusts* laten in de eerste plaats toe dat de oprichter ervan aan de touwtjes kan blijven trekken, zonder dat dit noodzakelijkerwijs zo blijkt ten aanzien van de buitenwereld, *a fortiori* ten aanzien van de fiscale autoriteiten. Naar aanleiding van de invoering van het WIPR, bleek uit de parlementaire geschiedenis dan weer dat zowel de opstellers van het WIPR als de Raad van State, afdeling Wetgeving er een aantal misconcepties op na hielden. Zo werd de trustfiguur soms voorgesteld als ware het een bijzondere soort 'overeenkomst', of werd beweerd dat de *trustee* geen 'eigenaar' van de onder trustverband gebrachte goederen zou zijn. Zoals de verschillende fiscaalrechtelijke ontwikkelingen, in buurlanden, maar tevens op Europees en internationaal niveau hebben aangetoond, is dit wantrouwen ten aanzien van trustfiguren niet beperkt

³⁶³⁴ Zie i.h.b.: MvT bij ontwerp van programmawet, *Parl.St.* Kamer 2014 – 2015, nr. 54-1125/001, 25 – 27.

tot België. Door bepaalde commentatoren worden *trusts* zelfs gebrandmerkt als '*weapons of mass injustice*' (zie *supra*, randnr. 6).

Dit wantrouwen vormde als het ware de *trigger* van voorliggend onderzoek. Ofschoon niet kan worden betwijfeld dat een *trust*, als juridische verhouding of 'organisatievorm', niet enkel kan worden gebruikt, maar ook *misbruikt*, rijst toch de vraag of deze veronderstellingen in ieder geval juridisch correct zijn. Zijn *trusts* onbemind om wat zij zijn? Of zijn zij slechts onbemind omdat zij onbekend zijn, of om wat zij kunnen zijn in de verkeerde handen?

De fiscale problemen die het gebruik van buitenlandse *trusts* met zich meebrengen, kunnen daarom niet *in abstracto* worden onderzocht, los van het verband met de onderliggende juridische realiteit. Veel fiscaalrechtelijke problemen bleken immers een uitvloeisel te zijn van het gegeven dat de *trust* op civielrechtelijk gebied moeilijk te 'vatten' valt of slechts moeizaam kan worden doorgrond. Daar waar in het raamwerk van de inkomstenbelastingen kennelijk wordt vertrokken op basis van allerlei aannames omtrent de inhoud van het trustrecht, bleken in de registratie-, schenk- en erfbelastingen ook debatten te spelen omtrent de aard van de trustfiguur als zodanig, zoals de vraag of de trustfiguur kan worden beschouwd als (een overeenkomst bevattende) een beding ten behoeve van een derde.

Het gaat hier in essentie om vraagstukken die buiten het fiscaal recht als zodanig zijn gelegen. Onder de fiscaalrechtelijke oppervlakte schuilt aldus een meer diepgaande problematiek. Slechts door op een fundamentele wijze aan deze problematiek tegemoet te komen, konden zinvolle en eenduidige conclusies worden getrokken omtrent de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts*. Uit het voorgaande volgde de hypothese dat de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* moesten worden onderzocht in het licht van het verband tussen het Belgische fiscaal recht met de onderliggende civielrechtelijke juridische realiteit.

1409. Onderzoeksvragen – De voorgaande vaststellingen indachtig, werd de centrale onderzoeksvraag geformuleerd. Aan het einde van dit onderzoek gekomen, past het om deze centrale onderzoeksvraag terug in herinnering te brengen. De centrale onderzoeksvraag luidt als volgt: "Hoe kan het gebruik van een 'Angelsaksische *trust*' worden ingepast in het Belgische burgerlijk recht door middel van het internationaal privaatrecht en welke zijn de internrechtelijke fiscale gevolgen van het gebruik van dergelijke *trusts*, beschouwd vanuit de vraag naar de samenhang tussen het burgerlijk recht en het fiscaal recht?"

De centrale onderzoeksvraag werd vervolgens ingedeeld in vier subonderzoeksvragen. De eerste subonderzoeksvraag (Deel II) heeft betrekking op de Angelsaksische *trust* zelf. Vooraleer de 'inpassing' van een buitenlandse *trust* in het Belgische burgerlijk recht, alsook de internrechtelijke fiscale gevolgen van het gebruik van deze rechtsfiguur door Belgische rijksinwoners kan worden onderzocht, dient eerst te worden vastgesteld wat een Angelsaksische *trust* is, en hoe deze rechtsfiguur functioneert. De tweede subonderzoeksvraag (Deel III) heeft betrekking op de 'inpassing' van een buitenlandse *trust* in het Belgisch burgerlijk recht door middel van het internationaal privaatrecht. De derde

subonderzoeksvraag (Deel IV) betreft de vraag naar het bestaan en de aard van het verband tussen het Belgisch fiscaal recht en de onderliggende (civielrechtelijke) juridische realiteit. Deze subonderzoeksvraag vormt daarmee in feite de lasnaad die toelaat om de bevindingen met betrekking tot de eerste twee subonderzoeksvragen vast te hechten aan de beantwoording van de vierde subonderzoeksvraag (Deel IV). Zodoende wordt ook de centrale onderzoeksvraag beantwoord.

1410. Afbakening, methodologie en opbouw van het onderzoek – Het onderzoek spitst zich toe op de klassieke Angelsaksische *trust* en het gebruik daarvan door Belgische rijksinwoners-natuurlijke personen in de context van het privaat vermogensbeheer, en in het bijzonder als intergeneratieel transmissiemechanisme. In de loop van het onderzoek werd de afbakening verfijnd tot het aanwenden van *express private trusts*, aangezien in de eerste plaats deze trustcategorie correspondeert met de focus van voorliggend onderzoek. Het onderzoek werd gevoerd vanuit een Belgisch perspectief, maar met aandacht voor relevante Europees- en internationaalrechtelijke ontwikkelingen en met een functioneel (interne en externe) rechtsvergelijkende methodologie. Voor wat betreft de externe rechtsvergelijking werd ervoor geopteerd om in de eerste plaats het Engelse recht in het onderzoek te betrekken, aangezien de trustfiguur zich heeft ontwikkeld in de schoot van het Engelse rechtssysteem (zie *supra*, randnr. 394). Ook het Nederlandse, het Franse, het Zwitserse en het Amerikaanse recht werden in het onderzoek betrokken. Waar relevant werden ook andere rechtssystemen op een incidentele basis in het onderzoek betrokken. Dit is bijvoorbeeld het geval voor *mixed jurisdictions* als Schotland en Zuid-Afrika, alsook voor Italië. Teneinde een goed begrip van de trustfiguur mogelijk te maken, werd ook aandacht besteed aan de historische ontwikkeling van deze trustfiguur.

I. 'De trust' bestaat niet, maar kan wel worden omschreven

1411. Teneinde de centrale onderzoeksvraag kunnen beantwoorden, wordt in voorliggend onderzoek eerst een fundamenteel begrip verworven van deze complexe trustfiguur. Deel II van het onderzoek correspondeert daarom met de eerste subonderzoeksvraag en onderzoekt de juridische aard van de Angelsaksische trust en de wijze waarop deze trustfiguur functioneert.

Daartoe volstaat het echter niet om het (Engelse) trustrecht *de lege lata* onder de loep te nemen. Een gedegen begrip van deze caleidoscopische trustfiguur kan slechts worden verkregen door de ontstaansgeschiedenis en de juridische context waarbinnen deze trustfiguur opereert mee in rekening te nemen. Tot slot werd de trustfiguur vanuit een functionele invalshoek bestudeerd.

1412. Een zoektocht naar 'de prototypische trust' is een zinloze onderneming – Indien uit het onderzoek met betrekking tot de eerste

subonderzoeksvraag, die de vraag naar het wezen en het functioneren van de Angelsaksische trustfiguur betreft, o.i. één belangrijke conclusie blijkt, is het wel dat *'de trust'* niet bestaat. Er kon slechts een vage 'kern' worden gedestilleerd die betrekking heeft op de verplichtingen van de *trustee* met betrekking tot de onder trustverband gebrachte goederen. Deze kern kan vervolgens verder wordt afgedekt door verschillende 'familiegelijkenissen', zoals de principiële vereiste dat er identificeerbare *beneficiaries* dienen te zijn die de trustverhouding kunnen afdwingen, het gegeven dat de *trust* doorgaans op vrijwillige basis door een *settlor* zal zijn opgericht.

Trusts kunnen in dermate veel verschijningsvormen voorkomen, dat het nagenoeg onmogelijk is om er algemeen juridisch geldende uitspraken over te doen. Op nagenoeg iedere (schijnbare) regel kan wel een uitzondering worden aangetroffen. Zelfs in de *common law*-wereld wordt de trustfiguur vaak moeizaam begrepen. De eeuwenlange doctrinaire debatten omtrent de fundamentele aard van het *equitable interest* van de *beneficiary*, en daarmee ook de aard van de trustfiguur zelf, vormen daar bij uitstek een voorbeeld van. Deze onzekerheden hebben het succes van de trustfiguur in de *common law*-wereld evenwel nooit in de weg gestaan. Wegens haar plastische aard en de vele doeleinden die zij kan dienen, kan de trustfiguur voor bijzonder groot aantal doeleinden worden aangewend (zie *supra*, randnr. 164 e.v.), zoals het privaat vermogensbeheer en intergenerationele overdrachten.

Het gegeven dat de trustfiguur slechts moeizaam kan worden 'gevat', wordt tot de tweede macht verheven wanneer naar de *common law trust* wordt gekeken door een continentaalrechtelijke bril. *Common law*- en *civil law*-stelsels blijken immers een aantal belangrijke verschillen te vertonen betreffende enkele fundamentele 'bouwstenen' waaruit de trustfiguur bestaat. Niet alleen hebben *civil law*-stelsels een verschillende historische ontwikkeling doorgemaakt dan de *common law*, maar tevens blijkt ook een aantal fundamentele begrippen als 'eigendom' en 'vermogen' in de *common law* niet te bestaan, of worden zij minstens op een andere wijze ingevuld. Wanneer een *common lawyer* beweert dat de *trust* een '*division of ownership*' impliceert, betekent dit niet per definitie hetzelfde als wat een *civil lawyer* zich daarbij voorstelt. Wanneer de *civil lawyer* daarentegen zou beweren dat de *trust* '*a separate patrimony*' is, vormt dit, bij het nader bestuderen van de *common law*, een onjuiste voorstelling van zaken. Teneinde een antwoord te kunnen bieden op de eerste subonderzoeksvraag en de trustfiguur te kunnen 'vatten', was het dan ook noodzakelijk om het vertrouwde continentaalrechtelijk juridische referentiekader los te laten, om te vermijden dat de trustfiguur (te sterk) zou worden verklaard aan de hand van een juridisch referentiekader dat vreemd is aan deze rechtsfiguur.

De vele gedaantes die de trustfiguur kan aannemen, maakt overigens ook dat *trusts* slechts kunnen worden omschreven, maar nooit kunnen worden 'gevat' binnen een juridisch sluitende definitie (randnr. 129 e.v.). Besloten werd daarom dat moet worden volstaan met een zeer brede werkomschrijving: "De Angelsaksische *trust* is een rechtsverhouding die zijn grondslag vindt in *equity*, waarbij één of meer *trustees* de trustgoederen aanhouden en beheren ten voordele

van één of meer *beneficiaries* of ten voordele van een bepaald doel." In het raam van voorliggend onderzoek impliceerde het voorgaande in het bijzonder dat moest worden voorzien in een bijkomende principiële afbakening tot zogeheten *express private trusts*, waarvan overigens nog verschillende varianten bestaan.

1413. Trusts zijn bijzonder plastische en complexe rechtsfiguren die voor een veelheid aan doeleinden kunnen worden aangewend. Zij vormen de Engelse juridische manifestatie van een bredere 'fiduciaire' idee – De 'ongrijpbaarheid' van *trusts* blijkt doorheen dit onderzoek in feite ook hun grootste kracht te zijn. Zo werden ook in het verleden reeds pogingen ondernomen om het (door fiscale beweegredenen ingegeven) gebruik van de voorloper van de trustfiguur, de *use*, te bestrijden door de rechtsfiguur nagenoeg geheel op te heffen. Tegelijk bleek echter dat de beweegredenen om *uses of trusts* te gebruiken nooit in alle gevallen (exclusief) fiscaal van aard zijn geweest. Integendeel, zo bleken *trusts*, zowel vandaag als in het verleden en net omwille van hun uitermate plastische aard, voor een grote hoeveelheid aan (legitieme) doeleinden te kunnen worden aangewend. Zo liet de juridische voorloper van de trustfiguur, de *use*, rechtsonderhorigen destijds toe te laten om, paradoxaal genoeg, meer volwaardige 'eigenaars' te worden van hun gronden dan zij naar *common law* konden zijn, door bijvoorbeeld dienst te doen als substituut voor (niet-toegelaten) testamentaire beschikkingen, alsook om het behoud van het familiepatrimonium te waarborgen in het licht van feodale rechtsverhoudingen.

Uit het rechtshistorische luik van dit onderzoek blijkt tevens dat de fiduciaire idee die aan de trustfiguur ten grondslag ligt, niets 'typisch Engels' is. Het bewijs daarvan is dat in de literatuur verschillende historische rechtsfiguren naar voren worden geschoven die zouden kunnen gelden als 'juridische voorloper' van de trustfiguur (zie *supra*, randnr. 74 e.v.). De trustfiguur oogt daarmee als de Engelse manifestatie van een bredere pan-Europese traditie waarbinnen in de regel ruimte is geweest voor de aanwezigheid van 'fiduciaire rechtsfiguren'. De invoering van een (wettelijk geregelde) *fiducie* in het Franse recht, vormt hier eveneens een voorbeeld van. Ook het Belgische recht kent verschillende 'fiduciaire' rechtsfiguren (zie *supra*, randnr. 10 en 818 e.v.)

Daarmee is echter niet gezegd dat er niet typisch Engels is aan de *trust* als zodanig, aangezien zij in haar hedendaagse vorm de resultante is van een aantal historische 'toevalligheden' die aan haar ontwikkeling ten grondslag liggen. In dit verband kan worden gewezen op de historische verhouding tussen de *common law sensu stricto* en het *equity*-recht, alsook het door fiscale redenen geïnspireerd ingrijpen van HENDRIK VIII in de vorm van het *Statute of Uses* dat de trustfiguur goeddeels haar hedendaagse vorm heeft gegeven.

Omwille van hun plastische aard, worden *trusts* in *common law*-stelsels dan ook voor een veelheid aan doeleinden aangewend. Zo kunnen zij door rechtsonderhorigen worden aangewend in een private, familiale, commerciële of charitatieve context. In andere gevallen worden zij in het leven geroepen door de rechter, bijvoorbeeld om gevallen van ongerechtvaardigde verrijking tegen te gaan,

of zelfs door de wetgever. De perceptie dat trustfiguren *ipso facto* in het leven zouden worden geroepen uit (exclusief) fiscale beweegredenen, strookt aldus niet met de realiteit.

1414. Het trustrecht drijft een wig tussen de materialiteit van de trustgoederen en de waarde die zij vertegenwoordigen. Trusts kunnen daarmee worden aangewend als een 'functionele extensie' van het eigendomsrecht - In het bijzonder in de context van het privaat vermogensbeheer, die in voorliggend onderzoek centraal staat, blijkt dat *trusts* toelaten een wig te drijven tussen de materialiteit van de onder trustverband gebrachte goederen en de waarde die zij vertegenwoordigen (randnr. 300 e.v.). De *trust* manifesteert zich daarmee als een 'fonds', waarvan de samenstellende bestanddelen inwisselbaar zijn en waarbij de *trustee*, door middel van verschillende trustrechtelijke regels, wordt uitgesloten van de waarde die deze samenstellende bestanddelen vertegenwoordigen. Hoewel op de *trustee* de verplichting rust om de afzonderlijke trustgoederen te beheren, komt de waarde ervan toe aan de *beneficiaries* of het doel waartoe de trustfiguur in het leven werd geroepen, en dit op de wijze zoals door de *settlor* werd bepaald in de trustakte.

Met het oog op de beantwoording van de eerste subonderzoeksvraag, werd de trustfiguur eveneens functioneel geanalyseerd (randnr. 319 e.v.). Uit de functionele analyse van de trustfiguur werd geconcludeerd dat een trustverhouding kan worden beschouwd als een 'functionele extensie' van het eigendomsrecht. Achter de *legal title* van de *trustee* kan een zeer complex geheel van gerechtigdheden schuilgaan, zonder daarmee een overdaad aan informatiekosten te impliceren voor derden die met de *trustee* in contact komen. In een intergenerationele context kan de *settlor* daarmee op een meer verregaande wijze beschikken over diens patrimonium dan anders het geval zou zijn geweest. De *trustee* kan echter niet op dezelfde wijze(n) worden geprikkeld om van de goederen gebruik te maken, als het geval is bij een 'onbezwaarde' eigenaar. Vele regels van het trustrecht strekken er immers net toe om de *trustee* uit te sluiten van de waarde die de onder trustverband gebrachte goederen vertegenwoordigen. Deze prikkels worden dan ook gesubstitueerd door de mogelijkheid tot vergoeding van de *trustee* enerzijds en de zwaarte van de verschillende beheersregels die op de *trustee* rusten anderzijds.

Tegelijk kan uit de functionele analyse van de trustfiguur worden besloten dat deze rechtsfiguur, althans beschouwd vanuit een *common law*-perspectief, o.i. niet kan worden beschouwd als een louter 'contract' of een 'entiteit' (randnr. 323 e.v. en 335 e.v.). Minstens naar *common law* hebben *trusts* immers ook bijzondere goederenrechtelijke implicaties, zoals het fenomeen van 'asset partitioning'. Mede omwille van die reden wordt soms het standpunt verdedigd dat *trusts* daarom zouden kunnen worden beschouwd als afzonderlijke 'entiteiten'. Ook dit conceptueel verklaringsmodel is echter juridisch niet geheel waterdicht. Althans volgens de klassieke *common law*-regels wijken de vormen van 'asset partitioning', die trustverhoudingen kenmerken, af van wat het geval is voor werkelijke 'entiteiten'. De *trust* functioneert immers door middel van de juridische (rechts)persoonlijkheid van de *trustee*, en niet als een op zichzelf staande 'entiteit'.

Ook de voorstelling van de *trust* als 'fonds', die voor de in dit onderzoek centraal staande trustcategorieën nochtans de grootste verklaringskracht had (randnr. 300 e.v. en 370 e.v.), is niet in alle gevallen een juiste voorstelling van zaken. De werking van de *trust* als 'fonds' kan immers worden uitgehold door middel van allerlei exoneratieclausules. Bovendien is niet iedere trustverhouding bedoeld om te functioneren als een 'fonds'. Dit laatste is met name het geval voor *bare trusts*, waar de *beneficiaries* op een absolute wijze gerechtigd zijn om de trustgoederen te ontvangen. Dit is o.i. louter het gevolg van het gegeven dat 'de *trust*' niet bestaat.

1415. Een *trust* is niet (steeds) een louter verlengstuk van de wil van de *settlor* – Voor de beantwoording van de eerste subonderzoeksvraag, moet worden benadrukt dat uit het voorgaande mag niet worden afgeleid dat het de *settlor* zou zijn die aan de touwtjes blijft trekken gedurende het bestaan van de trustverhouding (i.e. de idee van de '*trust deal*', randnr. 323 e.v.). Integendeel, de principiële regel is dat de *settlor*, althans in die hoedanigheid, van het toneel verdwijnt van zodra de trustverhouding in het leven is geroepen (randnr. 241 e.v.). Behoudens het geval waar de *settlor* zich bijzondere bevoegdheden (bijvoorbeeld in de vorm van *powers*) voorbehoudt, zichzelf aanduidt als *trustee*, of als *protector* of *beneficiary*, verliest de *settlor* iedere vorm van controle over de onder trustverband gebrachte goederen. De voor de *trust* centrale juridische verhouding is principieel deze tussen de *trustees* en de *beneficiaries*. Het zijn principieel ook slechts deze laatsten die de benodigde juridische hoedanigheid hebben om de naleving van de verplichtingen van de *trustee* juridisch af te dwingen (randnr. 275 e.v.). De idee dat het per definitie steeds de *settlor* zou zijn die de eigenlijke zeggenschap over de trustverhouding behoudt, gaat op juridisch vlak alleszins op juridisch vlak niet zonder meer op. Deze idee is potentieel zelfs gevaarlijk. Bijvoorbeeld voor potentiële *settlors* die kunnen worden geconfronteerd met het ontbreken van een juridische grondslag om de *trustee* in rechte aan te spreken voor de wijze waarop deze laatste zijn of haar taken waarneemt. Bijvoorbeeld ook voor wetgevers die daarin een vrijbrief zien om alle inkomsten en/of vermogensbestanddelen van de *trust* steeds toe te rekenen aan de *settlor* en aan diens erfgerechtigden, of om te kunnen aannemen dat een *letter of wishes* in alle gevallen steeds een juridisch afdwingbaar document is. Dit laatste blijkt echter niet het geval te zijn. Integendeel, wanneer een *trustee* op slaafse wijze de instructies van de *settlor* volgt, kan de waarachtigheid van de trustverhouding zelfs in twijfel worden getrokken ('*sham trust*', randnr. 235 e.v.).

II. Buitenlandse trusts kunnen worden 'ingepast' in het Belgische civielrechtelijke bestel door middel van het IPR

1416. Deel III van voorliggend onderzoek beantwoordt de tweede subonderzoeksvraag. Hiertoe hebben wij onderzocht op welke wijze een buitenlandse *trust* kan worden 'ingepast' in het Belgische civielrechtelijke bestel door middel van het internationaal privaatrecht. Ook hebben wij binnen dit kader de bestaanbaarheid van de buitenlandse *trust* met een aantal fundamentele

beginselen en fundamentele regels van het Belgische goederenrecht en het Belgische erfrecht onderzocht. Teneinde de actuele Belgische situatie nader te kunnen duiden, werd vertrokken vanuit een rechtsvergelijkende invalshoek.

1417. De noodzaak aan een afzonderlijke verwijzingscategorie voor trusts – Het gegeven dat de Angelsaksische *trust* in wezen een onbekende rechtsfiguur is voor continentale rechtsstelsels, maakt dat er bijzondere 'vertaalproblemen' opduiken, van zodra laatstgenoemde rechtsstelsels met deze rechtsfiguur in aanraking komen (randnr. 980 e.v.). Teneinde de tweede subonderzoeksvraag betreffende de 'inpassing' van de buitenlandse trustfiguur in het bredere Belgische civielrechtelijke rechtsbestel te beantwoorden, werd daarom eerst de positie van de trustfiguur in het internationaal privaatrecht onderzocht.

Het startpunt van het proces betreffende de 'erkenning' en 'inpassing' van buitenlandse rechtsfiguren situeert zich immers in het IPR. Het is dan ook vanuit dit perspectief dat vervolgens de wisselwerking tussen de trustfiguur en het daarop van toepassing zijnde recht met de (dwingende) materieelrechtelijke bepalingen en -beginselen van rechtsstelsels die andere rechtskwesties beheersen, kon worden onderzocht.

Een eerste, theoretische aanblik van het IPR leert reeds dat het feit dat het om een onbekende rechtsfiguur gaat in beginsel geen fundamenteel probleem zou mogen opleveren voor wat betreft de mogelijkheid tot 'erkenning' van buitenlandse *trusts* (randnr. 430). Zo komt uit het onderzoek van de relevante rechtspraak naar voren dat buitenlandse *trusts* als zodanig slechts zelden worden geacht te strijden met de (internationale) openbare orde van het forum (randnr. 618 e.v.). Evenmin komen rechters snel tot het besluit dat het aanwenden van buitenlandse *trusts* een vorm van wetsontduiking zou uitmaken (randnr. 621 e.v.). Tot slot blijkt dat ook de bevoegdheid van de *trustee* om op te treden in het raam van de trustverhouding principieel werd erkend (randnr. 625 e.v.).

Echter, bij gebreke aan een passende internationaal privaatrechtelijke verwijzingscategorie voor *trusts*, kan de trustfiguur in bijna geen enkel geval worden erkend 'als *trust*'. Teneinde op civielrechtelijk vlak rechtsgevolgen te kunnen ressorteren, wordt de concreet voorliggende trustverhouding door de rechtspraak in de regel 'gedeconstrueerd', teneinde de voor het geding relevante verhoudingen bloot te leggen. Vervolgens worden deze dan geassimileerd met een voor het forum bekende rechtsfiguur. Het ging dan principieel om een 'doelgebonden assimilatie', in het licht van de context van de voorliggende zaak (randnr. 629 e.v.).

Op zich blijkt de veelvuldige aanwending van deze techniek dat rechters in de regel vrij welwillend staan ten aanzien van buitenlandse *trusts* en zelfs enige creativiteit aan de dag leggen, zodat niet ieder rechtsgevolg aan deze rechtsverhoudingen moet worden ontzegd. Deze methode is o.i. om verschillende redenen suboptimaal. De techniek is immers onvoorspelbaar in haar toepassing, sterk afhankelijk van de welwillendheid en creativiteit van de rechter en gaf geregeld aanleiding tot verstoringen, zowel van de in het geding zijnde trustverhouding als van de

nationaalrechtelijke rechtsfiguren waarmee zij wordt geassimileerd. Zo bleek er in een zeer bekende Franse zaak plots sprake te zijn van een schenking die op een zuiver potestatieve grondslag voor de schenker/*settlor* kon worden herroepen, terwijl schenkingen in het Franse (alsook het Belgische) recht in de regel onherroepelijk zijn (669 e.v.). Ook assimilaties met een *fideïcommis de residuo* (653 e.v.), met een lastgevingsovereenkomst (633 e.v.), met testamentuitvoering (640 e.v.) leiden om verschillende redenen tot verstoringen. Slechts in een enkel geval slaagde een rechtscollege erin om de situatie te benaderen waar er sprake zou zijn van een verwijzingscategorie voor *trusts* (randnr. 678 e.v.). Zelfs in dat geval werd nog steeds vertrokken vanuit een 'contractuele' kwalificatie van de trustfiguur, die omzeggens geen oplossing kan bieden voor andere trustvarianten (bijvoorbeeld voor een *testamentary trust*) en die evenmin toelaat om de goederenrechtelijke aspecten van de trustfiguur op voldoende wijze mee in rekening te nemen.

In het onderzoek wordt aangetoond aan dat geen enkele van de potentieel nuttige klassieke verwijzingscategorieën in het IPR van continentaalrechtelijke stelsels o.i. een gedegen oplossing kan bieden voor *trusts* (randnr. 686 e.v.). Noch een zuiver contractuele kwalificatie, noch een goederenrechtelijke kwalificatie en evenmin een erfrechtelijke kwalificatie kon in alle gevallen leiden tot een optimale internationaal privaatrechtelijke uitkomst.

Deze problematiek werd ook onderkend en leidde tot de ontwikkeling van een afzonderlijke verwijzingscategorie voor *trusts* in het Haagse Trustverdrag van 1985 door de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht.

1418. De metamorfose van de trust – Aangezien de *trust* kan worden beschouwd als één van de exponenten van de verschillen tussen *common law*- en *civil law*-stelsels, werd door de opstellers van het Haagse Trustverdrag in de mate van het mogelijke gestreefd naar het hanteren van systeemneutrale taal. Om deze reden werden 'geladen termen', zoals verwijzingen naar het eigendomsrecht, fiduciaire verhoudingen en dergelijke vermeden (randnr. 485). Daardoor ontstaat in artikel 2 van het Haagse Trustverdrag een omschrijving van het trustbegrip die dermate is onthecht van zijn eigenlijke juridische origine, dat deze in de literatuur wordt aangeduid als een 'gedaanteloze *trust*'. In de loop van het onderzoek is dan ook gebleken dat verschillende rechtsfiguren die manifest géén klassieke *common law trusts* zijn, zoals de Franse en Luxemburgse *fiducie*, de Duitse *Treuhand* en de Liechtensteinse *Anstalt*, onder het toepassingsgebied van deze omschrijving kunnen vallen (randnr. 484). Gelet op het feit dat deze omschrijving nagenoeg geheel werd gekopieerd in artikel 122 WIPR, dient deze conclusie o.i. logischerwijze ook op te gaan voor het Belgische IPR (randnr. 725).

Voorliggend onderzoek toont aan dat de invoeging van een omschrijving van de trustfiguur, zoals kan worden aangetroffen in artikel 2 van het Haagse Trustverdrag of artikel 122 WIPR, o.i. inderdaad noodzakelijk is voor de ontwikkeling van een afzonderlijke internationaal privaatrechtelijke verwijzingscategorie voor *trusts*. Niet alleen laat deze omschrijving actoren uit *civil law*-stelsels toe om aan de hand van

het potentieel toepasselijke recht vast te stellen of er inderdaad sprake is van een trustverhouding, maar tegelijkertijd beoogt de in het Haagse Trustverdrag opgenomen omschrijving in een 'systeemneutrale taal' een beter begrip van deze rechtsfiguur als zodanig te bewerkstelligen. Het laatstgenoemde opzet kon worden gesitueerd in de zogenaamde 'educatieve' dimensie van het Haagse Trustverdrag. Laatstgenoemde dimensie bestaat naast de 'faciliterende' dimensie van het verdrag, i.e. de betrachting om de 'erkenning' van *common law trusts* in continentaalrechtelijke stelsels die niet bekend zijn met deze rechtsfiguur, te faciliteren (randnr. 479 e.v.).

Echter, teneinde de trustfiguur te kunnen laten functioneren in een continentaalrechtelijke context, blijkt uit het gevoerde onderzoek dat het noodzakelijk is om de *trust* een metamorfose te laten ondergaan. De *trust* wordt daarmee als het ware 'vertaald' naar een rechtsfiguur die kan worden ingepast in de juridische context van continentaalrechtelijke rechtsstelsels (512 e.v.). Met deze 'vertaling' van de *trust* naar juridische terminologie die te vatten is voor *civil law*-stelsels, wijzigt ook de aard van de trustfiguur als zodanig. Met name de 'vertaling' van de trustfiguur in een afgescheiden vermogen is hier cruciaal. Deze metamorfose laat de *trust* toe om op een zinvolle wijze te kunnen functioneren in het bredere raamwerk van continentaalrechtelijke rechtsstelsels, zonder daarbij te worden ontdaan van essentiële kenmerken. De afscheiding van de persoonlijke activa van de *trustee* en de 'veralgemeende zaakvervanging' binnen het trustvermogen blijven immers principieel gevrijwaard (randnr. 746 e.v.). Dit zijn twee essentiële kenmerken van trustverhoudingen die enerzijds beogen om de *beneficiaries* te beschermen en anderzijds het functioneren van de trustverhouding als 'fonds' te bewerkstelligen (randnr. 301). Tegelijk werd aangetoond dat deze metamorfose ook belangrijke materieelrechtelijke gevolgen heeft, bijvoorbeeld op het vlak van verhaalsaansprakelijkheid. In tegenstelling tot wat normaliter het geval in de *common law*, kunnen trustschuldeisers zich principieel rechtstreeks verhalen op de onder trustverband gebrachte goederen die zich in het afgescheiden trustvermogen bevinden (randnr. 519). Ook de rechten van de *beneficiaries* ondervinden de invloed van deze metamorfose. In het meest verregaande geval kunnen deze immers worden herleid tot louter persoonlijke rechten ten aanzien van de *trustee*, daar waar zij in *common law*-stelsels in beginsel wel tegenwerpelijk zijn aan derden, met uitzondering van de *bona fide purchaser for value without notice* ('*equity's darling*'). Uit een rechtsvergelijkende analyse bleek hierover echter discussie te bestaan in verschillende van de onderzochte rechtsstelsels (randnr. 525 e.v.).

1419. Een buitenlandse *trust* is principieel 'inpasbaar' in het Belgische civielrechtelijke bestel – Door het onderzoeken van het Haagse Trustverdrag enerzijds en de relevante bepalingen van het WIPR anderzijds, kan worden geconcludeerd dat een buitenlandse *trust* principieel 'inpasbaar' is in het Belgische civielrechtelijke bestel. Echter, het potentieel van de relevante bepalingen van het Belgische WIPR kan als zodanig maar moeizaam worden ingeschat, zonder een beroep te doen op het Haagse Trustverdrag als inspiratiebron. De analyse van de relevante bepalingen in het WIPR, toont aan dat deze wetsbepalingen in hun

actuele vorm principieel toelaten om hetzelfde resultaat te bereiken als de bepalingen van het Haagse Trustverdrag (randnr. 712 e.v.). De concrete gevolgen die de bijzondere systematiek van het Haagse Trustverdrag teweegbrengt, hadden ook kunnen worden bewerkstelligd door middel van een zuivere toepassing van de vigerende internationaal privaatrechtelijke principes, met name door het op een correcte wijze kwalificeren van de *trust* en de daarmee verwante rechtsvragen.

Het WIPR mist o.i. echter vooral de 'educatieve' dimensie die het Haagse Trustverdrag kenmerkt. Hierin is dan ook in de eerste plaats de meerwaarde van de in het Haagse Trustverdrag gehanteerde systematiek gelegen. In het verdrag wordt met name op een meer heldere wijze aangegeven welke rechtskwesties worden beheerst door het aangewezen trustrecht en uit welke minimale (materieelrechtelijke) elementen de 'erkenning' van een buitenlandse *trust* dient te bestaan om van een 'daadwerkelijke erkenning' van een buitenlandse *trust* te kunnen spreken. Deze elementen corresponderen goeddeels met de materieelrechtelijke implicaties van de metamorfose van de *trust*, of vormen daar een logisch uitvloeisel van. Ofschoon een dergelijke expliciete regeling in het Belgische WIPR niet werd opgenomen, werd aangetoond dat de metamorfose van de *trust*, alsook de daaraan gekoppelde gevolgen, kunnen worden vastgeknoopt de in artikel 122 WIPR geboden omschrijving van deze rechtsfiguur (randnr. 746 e.v.). Opnieuw wordt de *trust* daarmee 'vertaald' naar een afgescheiden vermogen, zodat deze kan functioneren binnen het Belgische juridische bestel. Artikel 122 WIPR is aldus meer dan een loutere 'omschrijving' van de trustfiguur.

Het WIPR neemt trouwens ook nog verschillende andere kenmerken van het Haagse Trustverdrag over, zoals bijvoorbeeld de mogelijkheid voor de *settlor* om het toepasselijke trustrecht te kiezen, de loskoppeling van het op de trustverhouding van toepassing zijnde recht en het recht dat de overdrachtshandeling beheerst waarmee goederen onder trustverband worden gebracht.

Op bepaalde andere vlakken is de in het WIPR opgenomen regeling echter (minstens *prima facie*) restrictiever opgevat dan de regeling uit het Haagse Trustverdrag. In dit verband kan worden gewezen op de strikt geformuleerde 'internationaliteitseis'. Net zoals het Haagse Trustverdrag, beoogt het WIPR niet om de trustfiguur als zodanig in te voeren in het Belgische recht door middel van het IPR. Echter, daar waar onder het Haagse Trustverdrag een trustverhouding met onvoldoende significante bindingselementen met een staat die deze rechtsfiguur kent deze 'erkenning' kán worden ontzegd, onthoudt artikel 124, §2 WIPR principieel ieder rechtsgevolg aan een dergelijke trustverhouding. De keuze voor het van toepassing zijnde trustrecht resorteert dan immers geen rechtsgevolgen. Artikel 13 van het Haagse Trustverdrag laat de rechter, in tegenstelling tot het WIPR aldus nog steeds de keuze om de erkenning te ontzeggen aan een dergelijke trustverhouding. Het onderzoek toont aan dat deze in het WIPR vervat liggende internationaliteitseis o.i. evenzeer moet worden genuanceerd (randnr. 720 e.v.). Zo is o.i. het aanwijzen van een in het buitenland gevestigde *trustee* een voldoende internationaal element, *a fortiori* nu de woonplaats van de *trustee* bij de oprichting

van de *trust* door het WIPR als objectieve aanknopingsfactor wordt gehanteerd. Bovendien is het hanteren van een dergelijke internationaliteitseis moeilijk bestaanbaar met het gegeven dat *trusts* kennelijk onder het personele toepassingsgebied van de vrijheid van vestiging kunnen vallen.

Zowel in de wettekst als in de memorie van toelichting bij het WIPR werden nog andere (mogelijke) beperkingen aan de (gevolgen van de) erkenning van de trustfiguur opgenomen. Bij nader inzien gaat het in veel gevallen om een gewoonlijke toepassing van het internationaal privaatrechtelijke kwalificatieproces, alsook over de toepassing van gewoonlijke IPR-regels, zoals bijvoorbeeld de openbare orde-exceptie of de toepassing van de regeling betreffende wetsontduiking (randnr. 776 e.v.).

Bovendien brengt het onderzoek aan de oppervlakte dat de besproken beperkingen niet tot gevolg hebben dat de 'daadwerkelijke erkenning' van de buitenlandse trustfiguur in het gedrang zou komen, gelet op de internationale 'benchmark' die hiertoe wordt gevormd door artikel 11 van het Haagse Trustverdrag (randnr. 785). De metamorfose van de *trust* schept immers de mogelijkheid tot een wisselwerking tussen het van toepassing zijnde trustrecht met de rechtsstelsels die van toepassing zijn op andere rechtskwesties, zoals bijvoorbeeld de *lex rei sitae* of de *lex successionis*. Uit het onderzoek van deze wisselwerking met het Belgische goederenrecht en het Belgische erfrecht, komt inderdaad naar voren dat er op geen van beide vlakken belemmeringen bestaan die tot gevolg zouden hebben dat er geen sprake kan zijn van een erkenning van de buitenlandse *trust* als zodanig.

Zo dient het eigendomsrecht van de *trustee* o.i. te worden beschouwd als een fiduciair eigendomsrecht, wat naar Belgisch recht geen geheel onbekende notie (meer) blijkt te zijn (randnr. 816 e.v.). De rechten van de *beneficiaries*, die niet kunnen worden beschouwd als een 'eigendomsrecht', kunnen volgens ons dan weer worden beschouwd als persoonlijke rechten ten aanzien van de *trustee*, zonder dat dit zou leiden tot een non-erkenning van de trustfiguur als zodanig (randnr. 864 e.v.). Zo blijkt dezelfde opvatting ook verdedigd te worden in verschillende landen die het Haagse Trustverdrag hebben geratificeerd en worden *beneficiaries* van *trusts* in 'mixed jurisdictions' als Schotland en Zuid-Afrika ook geacht te beschikken over louter persoonlijke rechten ten aanzien van de *trustee* ('obligational trust'). In het meest verregaande geval kunnen deze rechten o.i. zelfs worden beschouwd als een beperkt zakelijk recht, zij het dat deze optie minder evident in te passen valt in het Belgische civiel recht dan de voorgaande, aangezien dan eveneens een relatieve beschikkingsonbevoegdheid in hoofde van *trustee* zou moeten worden erkend (randnr. 849 e.v. en 869 e.v.). Op grond van de bepalingen van het WIPR kunnen o.i. beide opties worden verdedigd, zij het dat de laatstgenoemde optie minder evident in zijn toepassing bleek te zijn, mede gelet op de intenties van de wetgever. Evenmin geeft de trustfiguur in het normale geval aanleiding tot het bestaan van zakelijke rechten zonder titularis (randnr. 882 e.v.). Tot slot blijkt ook de principiële eenheid en ondeelbaarheid van het vermogen geen fundamenteel obstakel te vormen, gelet op de letterlijke tekst van artikel 122 WIPR, waar de *trust* wordt aangemerkt als een afgescheiden vermogen,

niettegenstaande dat in de rechtsleer o.i. ten onrechte doorgaans de tegenovergestelde opvatting wordt verdedigd (randnr. 890 e.v.). Eén en ander past bovendien in het bredere raamwerk van de hedendaagse opvattingen betreffende de vermogensleer. In dit kader dient het belang van (minstens feitelijke) publiciteit van het trustverband te worden benadrukt, alsook dat het Belgische recht een antwoord biedt op gevallen waar de *trustee* de trustgoederen zou vermengen met diens persoonlijke vermogen (randnr. 895 e.v.).

Op erfrechtelijk vlak hebben wij vastgesteld dat de *trust* als zodanig niet kan worden beschouwd als een verboden erfrechtelijke substitutie (randnr. 908 e.v.) en evenmin als een verboden beding betreffende een niet opengevallen nalatenschap (randnr. 914 e.v.). In geen van beide gevallen correspondeerde een trustverhouding met de essentiële juridische kenmerken van een erfrechtelijke substitutie of een beding betreffende een niet opengevallen nalatenschap. Ook is de *trust* in beginsel bestaanbaar met de regels inzake de erfrechtelijke saisine (randnr. 904 e.v.) en de regels inzake de bekwaamheid om te kunnen erven (randnr. 900 e.v.). Tot slot hebben wij aangetoond dat de toepassing van de Belgische regels inzake de bescherming van de erfrechtelijke reserve (slechts) in bepaalde gevallen kunnen leiden tot de inkorting van de *trust* (randnr. 921 e.v.). Bij dit laatste bleek de rol van de rechtshandeling waarmee de desbetreffende goederen onder trustverband werden gebracht, een doorslaggevende rol te spelen. Deze analyse werd echter ook gekleurd door de concreet voorhanden zijnde trustverhouding. Aldus kunnen verschillende rechtsstelsels een rol spelen bij de beantwoording van deze vraag. In ieder geval bleek het onmogelijk om *in abstracto* een antwoord te bieden op de vraag of de trustverhouding kan worden ingekort, maar dient voor de beantwoording van deze vraag steeds te worden vertrokken vanuit de concreet voorliggende trustverhouding en moet daarbij rekening worden gehouden met de onderscheiden toepasselijke rechtsstelsels die de trustverhouding, de erfovergang en de rechtshandeling waarmee de goederen onder trustverband werden gebracht, beheersen.

Het voorgaande neemt echter niet weg dat er zich toch knelpunten manifesteren in bepaalde specifieke hypothesen. In die gevallen is dan ook gepleit voor het aan de dag leggen van enige flexibiliteit. Bovendien is het actuele Belgische juridische bestel ter zake op een aantal vlakken nog voor verbetering vatbaar. Wanneer de bepalingen van het WIPR worden vergeleken met deze van het Haagse Trustverdrag, blijkt bijvoorbeeld dat een bepaling die de mogelijkheid tot registerpubliciteit verzekert, ontbreekt. De actuele notariële en hypothecaire praktijk zou gebaat zijn met meer duidelijkheid in dit verband. Artikel 12 van het Haagse Trustverdrag kan daartoe desgevallend als inspiratiebron dienen. Bovendien is de 'educatieve dimensie' die het Haagse Trustverdrag kenmerkt, zoals hoger werd opgemerkt in zijn geheel afwezig. Dit maakt dat de potentiële reikwijdte van de bepalingen van het WIPR veel moeilijker in te schatten is dan het geval is bij het Haagse Trustverdrag. Dit gegeven heeft dan ook al geleid tot misconcepties in de Belgische rechtsleer, bijvoorbeeld omtrent de vraag of de trustfiguur uit zijn aard een afwijking impliceert van artikel 7 en 8 Hyp.W (randnr. 783). De actuele mogelijkheden betreffende de erkenning van buitenlandse *trusts* zouden daarmee

sterk aan duidelijkheid kunnen winnen door de bepalingen betreffende *trusts* in het WIPR uit te breiden in de richting van de bepalingen van het Haagse Trustverdrag, of door dit verdrag te ratificeren.

1420. De 'inpassing' van een concrete buitenlandse trust in het Belgische civiel recht kan niet *in abstracto* gebeuren, maar dient te geschieden aan de hand van een internationaal privaatrechtelijk referentiekader met aandacht voor de wisselwerking met het materieel recht dat andere rechtskwesties beheerst – Uit het onderzoek kan worden besloten dat de hoeveelheid aan verschijningsvormen die de trustfiguur kan aannemen, het onmogelijk maakt om *in abstracto* geldende uitspraken te doen omtrent de 'inpassing' van deze rechtsfiguur in het Belgische civiel recht. O.i. moet daarom worden geredeneerd vanuit een (internationaal) privaatrechtelijk juridisch kader waarbinnen de concrete trustverhouding vervolgens kan worden ingepast. Er dient daarbij steeds te worden vertrokken vanuit een goed begrip van de concreet voorliggende trustverhouding, zodat de eigenheden en de determinerende kenmerken van deze rechtsverhouding daarbij in rekening kunnen worden gebracht. Het IPR functioneert bij dit alles als een 'corridor' tussen de trustfiguur en het daarop van toepassing zijnde recht enerzijds en het materieel recht dat andere rechtskwesties beheerst anderzijds. Daarbij wordt door middel van de metamorfose van de *trust* en het internationaal privaatrechtelijke proces als geheel, gezocht naar een balans tussen de doorwerking van de *trust* en het verzekeren van de toepassing van dwingende materieelrechtelijke bepalingen en beginselen van het goederenrecht en het erfrecht. Aldus bakent het IPR een 'juridisch reservaat' af, waarbinnen de *trust* vervolgens als een 'juridische exoot' vrij kan rondwaren, zij het op een gecontroleerde wijze. Het 'inpassen' van 'de *trust*' in het Belgische civielrechtelijke bestel via het IPR is aldus onmogelijk, omdat de prototypische *trust* niet bestaat. Het voorgaande biedt echter wel een referentiekader aan op grond waarvan concrete buitenlandse trustverhoudingen, door middel van het IPR, in het Belgische burgerlijk recht kunnen worden 'ingepast'.

III. De fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse trusts moeten *per default* worden vastgesteld, op grond van de onderliggende juridische realiteit, tenzij het fiscaal recht van deze regel afwijkt. Een keuze in die zin dient goed te worden doordacht.

1421. Deel IV van voorliggend onderzoek beantwoordt de derde en de vierde subonderzoeksvraag. Daarbij kwam eerst de derde subonderzoeksvraag aan bod, die de vraag naar de verhouding tussen het Belgisch fiscaal recht en de onderliggende (civielrechtelijke) juridische realiteit betreft. Voortbouwend op deze inzichten werd vervolgens tot slot de vierde subonderzoeksvraag onderzocht, die

handelt over de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* door Belgische rijksinwoners.

1422. Er bestaat een principiële verband tussen het fiscaal recht en de onderliggende juridische (civielrechtelijke) realiteit. Het fiscaal recht wordt gekenmerkt door een 'relatieve autonomie' - In eerste instantie is de onderzoekshypothese, die luidde dat deze fiscale gevolgen principiële moeten worden onderzocht in het licht van de onderliggende juridische realiteit, geverifieerd, één en ander in het licht van de beantwoording van de derde subonderzoeksvraag.

Hoewel het om een fundamentele notie van het Belgische fiscaal recht gaat, werden kennelijk nog maar zelden pogingen ondernomen om deze verhouding te verklaren vanuit een logisch dwingend schema. In voorliggend onderzoek wordt daartoe het fiscaal legaliteitsbeginsel als startpunt genomen (randnr. 986 e.v.). Vanuit het fundamentele inzicht dat de wetgever alle noodzakelijke fiscale aanknopingspunten moet aanreiken op grond waarvan een belasting kan worden gevestigd, en de daaruit voortvloeiende regel dat alles vrij van belasting is, tenzij een fiscale wettekst anders bepaalt, vloeit voort dat de door de fiscale wet aangereikte elementen juridisch aanwezig moeten zijn voor het vestigen van de belasting.

Vanuit dit fundamentele inzicht knoopt het onderzoek aan bij het zogeheten 'realiteitsbeginsel' (randnr. 989 e.v.), dat, wanneer het op het fiscaal legaliteitsbeginsel wordt gefundeerd, méér is dan een louter fiscaalrechtelijk 'beginsel van gezond verstand'. Hoewel het *in casu* blijkt te gaan om een vrij fundamentele, doch vaak onder de oppervlakte opererende notie, kon echter niet worden gesteld dat aan het realiteitsbeginsel *in fiscalibus* een grondwettelijke waarde zou komen (randnr. 999). Immers, uit het fiscaal legaliteitsbeginsel vloeit evenzeer voort dat het de wetgever vrij staat om *in fiscalibus* af te wijken van de onderliggende juridische realiteit. Het blijkt dan ook veeleer te gaan om een principiële stelregel of een eigenheid van het Belgische fiscaalrechtelijke systeem, die kon worden voorgesteld als een fiscaalrechtelijke 'default rule' (randnr. 1026 e.v.).

Het gaat echter om een *default rule* die een rol speelt in verschillende belangrijke fiscaalrechtelijke leerstukken, zoals het principiële recht om de minst belaste weg te bewandelen en de vraag (randnr. 993 e.v.) of de fiscale administratie kan of moet worden beschouwd als een derde (randnr. 1025) en de invloed van de algemene fiscale antimisbruikbepalingen, mede beschouwd vanuit een Europeesrechtelijk perspectief (1000 e.v.). Door deze leerstukken, en in het bijzonder het veinzingsleerstuk (randnr. 1015 e.v.), op een functionele wijze te bestuderen kon de inhoud van het realiteitsbeginsel op scherpere wijze worden voorgesteld. Het is namelijk de juridische realiteit zoals deze werkelijk geldt voor een belastingplichtige of tussen partijen, die *in fiscalibus* in aanmerking moet worden genomen (randnr. 1026).

Het fiscaal recht manifesteert zich o.i. aldus als een superstructuur die zich principiële ent op de onderliggende juridische infrastructuur. Deze conclusie bleek

evenzeer op te gaan wanneer de juridische infrastructuur niet wordt gevormd door het Belgische (burgerlijk) recht, maar wel door een middels het Belgische IPR aangewezen buitenlands rechtsstelsel (randnr. 1039 e.v.). Hiermee werd de grondslag gelegd voor het verklaren van de vele bijzondere problemen die buitenlandse *trusts* op fiscaalrechtelijk vlak veroorzaken. Het Belgisch fiscaal recht moet in het geval van een buitenlandse *trust* immers worden toegepast op een onderliggende juridische realiteit, die voor het Belgische recht principieel wezensvreemd is. Het is in dergelijke gevallen allerm minst een eenvoudige oefening om na te gaan in hoeverre de onderliggende juridische realiteit die wordt gevormd door het buitenlandse trustrecht, vast te knopen aan de fiscale aanknopingspunten die worden voorzien in de Belgische fiscale wet.

Deze voorstellingswijze leidt bovendien tot bijkomende inzichten met betrekking tot de toepassing van het veinzingsleerstuk (randnr. 1061 e.v.). Dit leerstuk wordt immers niet geacht deel uit te maken van het Belgische fiscaal recht als zodanig. De vraag of er veinzing voorhanden is, dient o.i. te worden beantwoord aan de hand van het middels het Belgische IPR aangewezen rechtsstelsel dat de onderliggende juridische verhoudingen beheerst, zoals bijvoorbeeld het van toepassing zijnde trustrecht. Een juridische grondslag om in dergelijke gevallen het Belgische burgerlijk recht inzake veinzing toe te passen, is o.i. afwezig.

Het bestaan van een dergelijke principiële stelregel doet vervolgens de vraag rijzen naar de zogeheten 'autonomie' van het Belgische fiscaal recht. De essentie van de autonomie van een rechtstak werd gezocht in het feit dat de eigenheid van de rechtstak in kwestie noopt tot een autonome begripsbepaling en gedifferentieerde interpretatie van de in de sfeer van deze rechtstak gehanteerde begrippen, waarmee aldus wordt afgeweken van de begripsbepaling en/of interpretatie die in het gemeen recht overheerst (randnr. 1043 e.v.). In de literatuur wordt op de vraag naar de autonomie van het fiscaal recht geen eenduidig antwoord geboden. Bij nader inzien bleek echter dat de verschillende strekkingen in de rechtsleer principieel vertrekken vanuit diametraal tegenovergestelde standpunten, maar deze standpunten vervolgens op een zodanige wijze nuanceren dat als het ware een synthesestelling kan worden geformuleerd. Aangezien het de wetgever echter vrij staat om van voornoemde *default rule* af te wijken, wordt aangetoond dat er o.i. sprake is van een 'relatieve autonomie' van het fiscaal recht (randnr. 1060). Een loutere verwijzing naar de eigenheid van het fiscaal recht is, gelet op het bestaan van de *default rule*, o.i. onvoldoende om een afwijking daarvan te rechtvaardigen. Een dergelijke afwijking kan slechts worden gebaseerd op de wil van de wetgever. Indien een dergelijke afwijking expliciet voorhanden is, bijvoorbeeld door het hanteren van autonome fiscaalrechtelijke definities en begrippen of door middel van fictiebepalingen, rijst er principieel geen probleem. De afwijking is dan duidelijk aanwezig. Problematischer bleken de gevallen waar de wetgever op impliciete wijze afwijkt van de *default rule*. Cruciaal daarbij is dat een dergelijke afwijking slechts kan worden vastgesteld aan de hand van de *in fiscalibus* aanvaardbare interpretatietechnieken, zodat de invloed van het fiscaal legaliteitsbeginsel ook speelt op dit niveau (randnr. 1053 e.v.).

1423. Fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse trusts op het vlak van de registratie-, schenk- en erfbelastingen: een wetstechnisch correcte toepassing van de fiscale wetsbepalingen op trusts veronderstelt een juist begrip van de onderliggende juridische realiteit – Het inzicht dat de trustverhouding als buitenlandse rechtsfiguur moet worden gekwalificeerd en dat de in de Belgische fiscale wet opgenomen fiscale aanknopingspunten moeten worden vastgeknoopt aan de onderliggende juridische realiteit, die wordt gevormd door de *lex causae*, blijft tot op heden overeind in de registratie-, schenk- en erfbelastingen. Opmerkelijk is daarbij wel dat *in fiscalibus* door de rechtsleer en de fiscale administraties steeds op een impliciete wijze werd vertrokken vanuit de buitenlandse juridische realiteit, zonder de trustfiguur per definitie *in fiscalibus* te assimileren met een andere rechtsfiguur. Dit verschil kon worden verklaard vanuit de eigen doelstellingen van het fiscaal recht (randnr. 1194). In een (internationaal) privaatrechtelijke context gaat het immers om de vraag of en in welke mate buitenlandse trusts op civielrechtelijk vlak rechtsgevolgen kunnen ressorteren binnen het Belgische rechtsbestel, alsook de vraag of deze rechtsgevolgen wel bestaanbaar zijn met de fundamentele civielrechtelijke regels van Belgisch recht. *In fiscalibus* betreft het echter de vraag in welke mate de in de fiscale wet vervat liggende aanknopingspunten voorhanden zijn binnen voorliggende trustverhouding.

De registratie-, schenk- en erfbelastingen zijn overigens vanuit hun aard vrij nauw verbonden met de onderliggende civielrechtelijke realiteit, zowel omwille van hun historiek als door het gegeven dat vele van de relevante fiscale wetsbepalingen rechtstreeks verwijzen naar allerlei civielrechtelijke begrippen (randnr. 1031 en 1047). Niettegenstaande dat de onder trustverband gebrachte goederen in de regel het persoonlijke vermogen van de *settlor*/erflater zullen hebben verlaten gedurende diens leven, komen in dit verband, alvast in het raamwerk van de erfbelasting, *prima facie* verschillende fictiebepalingen in aanmerking om (uitkeringen vanwege) trusts toch in de belastingheffing te betrekken. Hoewel het in die gevallen strikt genomen gaat om afwijkingen ten aanzien van de *default rule*, is echter dat zo dat deze fictiebepalingen zelf eveneens sterk op een civielrechtelijke leest zijn geschoeid. In essentie wordt daarmee de kwestie gewoon verplaatst van de vraag of er sprake is van een overgang van goederen door het overlijden van de erflater naar de vraag of het in de fictiebepalingen voorziene (civielrechtelijke) aanknopingspunt voorhanden is. In geen van deze fiscale rechtstakken bestaan immers bijzondere wetsbepalingen met betrekking tot trusts.

Uit het onderzoek is gebleken dat het gebrek aan bijzondere fiscale wetsbepalingen in de registratie-, schenk- en erfbelastingen, het vastknopen van de correcte fiscale gevolgen aan het gebruik van buitenlandse trusts tot een complexe aangelegenheid maakt. Dit probleem wordt verder in de hand gewerkt door het gegeven dat trusts in dermate veel verschillende verschijningsvormen kunnen voorkomen. Het is binnen het bestek van voorliggend onderzoek, dat niet in het bijzonder op deze belastingen is toegespitst, onmogelijk om voor alle mogelijke trustvormen *in abstracto* te bepalen welke fiscale gevolgen nu net aan al deze trustvarianten kunnen worden verbonden. De gehanteerde methode bestond er dan ook in om te

onderzoeken welke fiscale aanknopingspunten de fiscale wet in kwestie aanreikt en in hoeverre daarbij kan worden aangeknoopt in het geval van een buitenlandse *trust*. Daarbij werd onderzocht welke juridische variabelen uit het buitenlandse trustrecht al dan niet een doorslaggevende invloed kunnen hebben op de uitkomst van deze oefening. Dit deel van het onderzoek vervulde daarmee tevens een exemplatieve functie, aangezien het beoogde om, mede gelet op de bredere context van dit onderzoek, een methode aan te reiken op basis waarvan de fiscale gevolgen die een concrete trustverhouding kan of zal bewerkstelligen, konden worden afgeleid.

Vastgesteld moet echter worden dat de in de fiscale wet vervat liggende aanknopingspunten in het geval van een trustverhouding slechts eerder zelden civielrechtelijk aanwezig zullen zijn (randnr. 1196 e.v.). Noch een trustverhouding, noch de rechtshandeling waarmee goederen onder trustverband worden gebracht, kunnen in beginsel worden aangemerkt als bijvoorbeeld een legaat, een schenking of een (overeenkomst houdende een) beding ten behoeve van een derde. In bepaalde bijzondere gevallen, zoals bijvoorbeeld in het geval van een *testamentary trust* bleek wel ruimte te bestaan voor het heffen van erfbelasting, *a fortiori* na de inwerkingtreding van het WIPR (randnr. 1175 e.v.). In dat geval behoren de onder trustverband te brengen goederen immers nog tot de nalatenschap van de erflater. Bovendien kan worden geconcludeerd dat het gegeven dat het gaat om een *revocable trust* in beginsel geen verschil zou mogen maken aangezien de fiscaal relevante juridische aanknopingspunten principieel niet worden gewijzigd door het gegeven dat de trustverhouding herroepbaar van aard zou zijn. Tot slot kan worden geconcludeerd dat de goederen die een Belgische rechtspersoon aanhoudt als *trustee* volgens het door de rechtspraak en de federale Dienst Voorafgaande Beslissingen gehanteerde criterium niet in de belastbare grondslag van de taks tot vergoeding der successierechten kunnen worden opgenomen (randnr. 1186 e.v.).

In de praktijk blijkt dat zowel de federale fiscale administratie als VLABEL in de regel artikel 8 W.Succ./artikel 2.7.1.0.6. VCF zullen toepassen, teneinde (bepaalde) uitkeringen uit *trusts* aan belasting te onderwerpen (randnr. 1138). Gelet op het gegeven dat de in deze wetsbepaling opgenomen aanknopingspunten civielrechtelijk niet aanwezig zijn en dat deze bepaling als fictiebepaling strikt en zelfs restrictief moet worden geïnterpreteerd, is deze praktijk o.i. *contra legem*. In een bepaald opzicht wordt daarmee het resultaat bewerkstelligd dat het gebruik van buitenlandse *trusts salonfähig* wordt gemaakt, minstens in een erfbelastingcontentieux. Het hoeft immers niet de bedoeling te zijn dat de heffing van erfbelasting geheel zou kunnen worden ontweken door het gebruik van buitenlandse *trusts*.

Daarom is voorgesteld om een bijzondere fictiebepaling in te voegen met betrekking tot *trusts*, die toelaat om de heffing van erfbelasting te verzekeren, telkens wanneer de *beneficiary* daadwerkelijk een uitkering ontvangt. Bovendien zou een dergelijke benadering ook meer zekerheid bieden over de vraag wélke (gedeelten van) trustuitkeringen nu net aan erfbelasting moeten worden onderworpen. Immers, in de mate dat het gaat om trustinkomsten, dienen

dergelijke uitkeringen principieel te worden onderworpen aan inkomstenbelastingen. De erfbelasting kan in beginsel immers slechts betrekking hebben op (een uitkering van) trustkapitaal. In bepaalde opzichten is de huidige situatie daardoor precair, aangezien niets de onderscheiden fiscale administraties er kennelijk van weerhoudt om bepaalde trustinkomsten vanuit fiscaal oogpunt toch als 'kapitaal' aan te merken. Een dergelijk standpunt kan echter niet worden onderschreven, gelet op het gegeven dat de vraag welke activabestanddelen moeten worden aangemerkt als kapitaal in de eerste plaats moet worden beantwoord aan de hand van de *lex causae* die de trustfiguur beheerst. Dit zal in concrete gevallen niet steeds een evidente oefening zijn.

Vastgesteld werd echter dat de bevoegdheidsversnippering tussen de gewesten o.i. een belangrijke uitdaging vormt om tot een eenvormige en geïntegreerde fiscale behandeling te komen. Nochtans is dit jammer. Deze situatie dreigt aanleiding te geven tot zeer uiteenlopende fiscale benaderingen van buitenlandse *trusts* in verschillende fiscale domeinen. Dit bleek bijvoorbeeld anders te zijn in Nederland, waar het APV-regime niet enkel betrekking heeft op de inkomstenbelastingen, maar tevens een regeling bevat voor wat betreft de schenk- en erfbelasting. Bij wijze van voorbeeld kan worden verwezen naar de *ratio legis* achter de wijzigingen die de Vlaamse decreetgever aan artikel 2.7.1.0.6. VCF heeft aangebracht middels het decreet van 23 december 2016. Hieruit blijkt dat de decreetgever van oordeel was dat het onbillijk was om uitkeringen uit (onder meer) trustverhoudingen reeds aan erfbelasting te onderwerpen vóór deze door de belastingplichtige werden verkregen. Welnu, uit het onderzoek van de aan de kaaimantaks ten grondslag liggende systematiek bleek duidelijk dat de opvatting van de federale wetgever hier diametraal tegenover staat. In dit verband kan reeds worden opgemerkt dat onze suggesties tot aanpassing van de kaaimantaks in het verlengde liggen van de opvattingen van de Vlaamse decreetgever. Idealiter zouden de federale wetgever en de gewesten kunnen streven naar het introduceren van een geïntegreerd fiscaal regime met betrekking tot *trusts*, zodat de benadering op het vlak van de schenk- en erfbelasting wordt afgestemd op de benadering met betrekking tot het gebruik van buitenlandse *trusts* in de inkomstenbelastingen.

1424. Fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* op het vlak van de inkomstenbelastingen: indien de wetgever ervoor opteert om een autonome fiscaalrechtelijke regeling uit te werken met betrekking tot *trusts*, los van de onderliggende juridische realiteit, is een goed begrip van deze rechtsfiguur onontbeerlijk – Op het vlak van de inkomstenbelastingen werd vastgesteld dat oorspronkelijk, bij gebreke aan bijzondere fiscale wetsbepalingen met betrekking tot *trusts*, de fiscale kwalificatie van de trustfiguur alsook de fiscale gevolgen van het gebruik van buitenlandse *trusts* werden bepaald op grond van de civielrechtelijke kenmerken van de voorliggende trustverhouding (randnr. 1217 e.v.). Aldus werden de fiscale gevolgen afgeleid op grond van enkele fiscaal relevante kenmerken van de trustverhouding, behoudens in die gevallen waar een beroep kon worden gedaan op fiscale anti-ontwijkings- of antimisbruikbepalingen, of op de simulatieleer (randnr. 1218 e.v.). In die laatste gevallen was het dan typisch de *settlor* die kon worden aangemerkt als

belastingplichtige. In andere gevallen waren het, afhankelijk van de trustverhouding in kwestie, de *trustees* of de *beneficiaries* die moesten worden aangemerkt als belastingplichtigen (randnr. 1227 e.v.). Ook de fiscale kwalificatie van de inkomsten die aan de betrokken actoren konden worden toegerekend, werd in bepaalde gevallen beïnvloed door de trustverhouding in kwestie. Bij gebreke aan rechtspersoonlijkheid kon de *trust* volgens de Belgische fiscale classificatieregels niet worden aangemerkt als belastingplichtige (randnr. 1202 e.v.). Samenvattend kon worden besloten dat de onderliggende civielrechtelijke realiteit opnieuw – en naar de toenmalige stand van het recht: terecht – een doorslaggevende rol speelde bij de vaststelling van de fiscale gevolgen van het gebruik van een buitenlandse *trust*.

De bestaande fiscale systematiek werd vanaf AJ 2016 echter geheel verlaten door de inwerkingtreding van de kaaimantaks, door middel van de introductie van autonome fiscaalrechtelijke definities en bijzondere fiscale ficties. Centraal in dit bijzonder (complex) fiscaalrechtelijk regime staat een doorkijkregeling, die toelaat om de door een 'juridische constructie' – zoals bijvoorbeeld de meeste *trusts* als juridische constructie type 1 – verkregen inkomsten toe te rekenen aan de personen die door de Belgische wet worden beschouwd als 'oprichter'. Indien het gaat om rijksinwoners, worden deze inkomsten dan in hoofde van deze personen belast, tenzij een beroep kan worden gedaan op één van de daartoe voorziene uitzonderingsmechanismen (randnr. 1244 e.v.).

Zoals bij aanvang van dit besluit bleek, ligt aan dit fiscaalrechtelijk regime een aantal belangrijke veronderstellingen met betrekking tot *trusts* ten grondslag. Deze veronderstellingen lopen als het ware als een rode draad doorheen de wettelijke regeling in kwestie. Tegelijk kan echter worden geconcludeerd dat de toepassing van de kaaimantaks helemaal niet wordt beperkt tot de gevallen waarin deze veronderstellingen ook daadwerkelijk opgaan. De potentiële reikwijdte van de kaaimantaks is dan ook bijzonder breed. Tegelijk zijn de mogelijkheden voor belastingplichtigen om aan de toepassing van dit fiscaalrechtelijke regime te ontsnappen zeer beperkt, zelfs in die gevallen waar de door de wetgever gehanteerde veronderstellingen manifest niet opgaan. De kaaimantaks wordt bovendien nog geplaagd door verschillende andere problemen en onduidelijkheden. Zo blijken verschillende door de kaaimantaks ingevoerde autonome fiscaalrechtelijke begrippen onduidelijk en/of moeilijk af te bakenen. Exponent daarvan is de fiscaalrechtelijke definitie van de 'juridische constructie type 1' (randnr. 1250 e.v.). Ook is de kaaimantaks in zijn geheel niet toegespitst op het gebruik van 'gelaagde structuren', niettegenstaande de wetgever zich hiervan bewust was én dat er overigens belangrijke niet-fiscale redenen kunnen bestaan voor het gebruik van dergelijke structuren (randnr. 1343 e.v.). Uit het onderzoek is gebleken dat de federale Dienst Voorafgaande Beslissingen in concrete gevallen een beroep doet op verschillende (betwistbare) routes om dergelijke gelaagde structuren toch als geheel onder het toepassingsgebied van de kaaimantaks te kunnen brengen. Verder bleken er belangrijke problemen te bestaan met de antimisbruikbepalingen die de kaaimantaks flankeren, en geeft de toepassing van de taxatieregels aanleiding tot bijzonder onbillijke situaties, waar

belastingplichtigen zullen worden belast op inkomsten die zij manifest nooit zullen verkrijgen terwijl derde begunstigen deze inkomsten later belastingvrij kunnen verkrijgen, zodat in dit kader verschillende vraagstukken opduiken betreffende de overeenstemming met het gelijkheidsbeginsel en het recht op bescherming van eigendom (randnr. 1301 e.v.). Bovendien is de primaire tegenbewijsregeling zelfs niet in de wet opgenomen (randnr. 1287 e.v.) en rijzen vragen omtrent de bestaanbaarheid van de 'substance-uitzondering' met het Europees recht, *a fortiori* in verband met de vrijheid van vestiging en met het vrij verkeer van kapitaal (randnr. 1321 e.v.).

Hoewel de kaaimantaks nog meer problematische en onduidelijke aspecten heeft dan de genoemde knelpunten, blijkt hieruit reeds ten overvloede dat de kaaimantaks niet alleen wetstechnisch incoherent oogt, maar dat zelfs de fundamentele veronderstellingen die eraan ten grondslag liggen, in veel gevallen niet stroken met de onderliggende juridische realiteit. Het hoeft dan ook geen verbazing te wekken dat, enkele maanden na de publicatie van de kaaimantaks in het Belgisch Staatsblad, reeds een reparatiewet werd aangenomen. Vermoed wordt dat in de toekomst nog verdere reparatiewetten en/of uitbreidingen van de kaaimantaks zullen volgen. Uit voorliggend onderzoek volgt immers ook dat de kaaimantaks, noch op juridisch-technisch vlak, noch op een fundamenteel-conceptueel niveau, kan worden beschouwd als een degelijk, coherent of doelmatig fiscaalrechtelijk regime. Hoewel het kennelijk niet de bedoeling was van de wetgever om het gebruik van 'buitenlandse juridische constructies' te verbieden, verhoogt de kaaimantaks, net omwille van de complexiteit en de vele onduidelijkheden, in sterke mate de *compliance costs* voor Belgische belastingplichtigen. Bovendien werkt de kaaimantaks in feite de reeds bestaande negatieve maatschappelijke perceptie met betrekking tot *trusts* in de hand, doordat de wetgever bij het uitwerken van dit inkomstenbelastingenregime vertrekt vanuit een aantal veronderstellingen die ten onrechte worden veralgemeend voor alle trustfiguren.

In het raam van voorliggend onderzoek wordt dan ook een aantal suggesties geformuleerd, teneinde van de kaaimantaks een juridisch coherenter, doelmatiger, duidelijker, billijker en meer gedegen fiscaalrechtelijk regime te maken (randnr. 1398 e.v.). Het formuleren van deze suggesties werd daarbij gebaseerd op een afweging tussen verschillende opties, waarin ook de maatschappelijke onderstroom met betrekking tot het tegengaan van (agressieve vormen van) belastingontwijking werd verdisconteerd. Met deze suggesties wordt gestreefd naar een beter evenwicht tussen het tegengaan van gevallen waar wordt getracht om een 'onbelast zwevend vermogen' te scheppen en de wens om trustverhoudingen als juridische constructies op daadwerkelijke wijze in de Belgische belastingheffing te betrekken, en daarbij tegelijk toch voldoende rekening te houden met de eigenheid van de trustfiguur en zodoende met de onderliggende juridische realiteit. Beoogd wordt om buitenlandse *trusts* op een meer volkomen wijze in de Belgische belastingheffing te betrekken, door middel van een beperkt, maar doelmatig gebruik van afwijkingen van de onderliggende juridische realiteit. Een eerste suggestie heeft betrekking op het verduidelijken van de definitie van het begrip

'juridische constructie type 1', door eveneens te werken met een (exemplatieve) lijst van geïmagineerde buitenlandse rechtsverhoudingen en/of aansluiting te zoeken met de onderliggende juridische realiteit door middel van het opnemen van een verwijzing naar artikel 122 WIPR in de fiscale wettekst. Bovendien wordt gesuggereerd om de principiële toepassing van de doorkijkregeling te beperken tot de (eigenlijke) oprichters, en de categorie van oprichters-erfgenamen af te schaffen, gecombineerd met een (aangepaste) wettelijke mogelijkheid tot het leveren van het tegenbewijs om het vermoeden van begunstiging te weerleggen, alsook iedere andere begunstigde van de trustverhouding te beschouwen als een derde begunstigde op het ogenblik dat dergelijke begunstigten daadwerkelijk enig voordeel verkrijgen. Deze suggestie wordt gedeeltelijk geïnspireerd door analoge regels die ook bestaan in enkele *common law*-stelsels, zoals het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten. Tot slot werd gesuggereerd om het gebruik van gelaagde constructies met het oogmerk om de toepassing van de doorkijkbelasting te omzeilen, i.e. door het begaan van 'fiscaal misbruik', te bestrijden door middel van een meer uitgebreide, doch grondwetsconforme, antimisbruikbepaling.

Met voorgaande vaststellingen legt het onderzoek eveneens een bijzondere valkuil bloot die met het loskoppelen van de fiscale gevolgen van de onderliggende juridische realiteit gepaard gaat, *a fortiori* wanneer het gaat om een juridische realiteit die kennelijk door de wetgever niet goed wordt begrepen of doorgrond. Met deze bemerking werd dan ook een meer diepgaande dimensie ontwaard die achter de principiële enting van het fiscaal recht op de onderliggende juridische realiteit schuilgaat. Niet alleen wordt hiermee, conform de doelstellingen van het fiscaal legaliteitsbeginsel, de principiële vrijheid om de minst belaste weg te bewandelen, gevrijwaard. Het realiteitsbeginsel biedt ook een belangrijke mate van houvast en voorspelbaarheid aan belastingplichtigen, wat *a fortiori* in een fiscaalrechtelijke context van belang is. Echter, in een fiscaalrechtelijke context die slechts in complexiteit toeneemt, waar nieuwe antimisbruikmaatregelen en fiscale ficties elkaar kennelijk in sneltempo opvolgen en waar het principiële verband met de onderliggende juridische realiteit meer naar de achtergrond verdwijnt, kan dit houvast zoek raken. Behoudens in de gevallen waar dit houvast wordt gesubstitueerd door voldoende duidelijke, coherente en doelmatige fiscale wetsbepalingen, die desgevallend vergezeld gaan van een gedegen memorie van toelichting of duidelijke motieven, vormt dit fenomeen een belangrijke aantasting van de rechtszekerheid. Een gedegen fiscaalrechtelijke regeling kan pas tot stand komen, wanneer de wetgever handelt met een voldoende mate van begrip van de desbetreffende materie en met voldoende aandacht voor de juridische realiteit die zich onder de fiscaalrechtelijke oppervlakte bevindt. Om deze reden werd met bovenstaande suggesties beoogd om op een gerichte en doelmatige wijze gebruik te maken van autonome fiscaalrechtelijke definities en fiscale ficties. Zodoende kan een evenwicht worden bewerkstelligd tussen de betrachting om gevallen waar een onbelast 'zwevend vermogen' wordt gecreëerd tegen te gaan en de wens om trustverhoudingen als 'juridische constructies' op daadwerkelijke wijze in de Belgische belastingheffing te betrekken, en daarbij anderzijds toch voldoende

rekening te houden met de onderliggende juridische realiteit, dit alles vanuit een beter begrip van de trustfiguur als zodanig.

1425. Wat nu? – Met het oog op de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag is voorliggend onderzoek op diverse vlakken vertrokken op grond van de fundamentele noties die aan verschillende takken van het Belgische rechtsstelsel ten grondslag liggen. Slechts op deze wijze kan een referentiekader worden geconstrueerd aan de hand waarvan de 'inpassing' van buitenlandse *trusts* in het Belgische burgerlijk recht en de fiscale gevolgen van het gebruik van dergelijke *trusts* door Belgische rijksinwoners, kunnen worden verklaard. Hoewel het wegens de diversiteit aan mogelijke trustvarianten onmogelijk bleek om hierover *in abstracto* geldende uitspraken te doen, biedt dit kader een houvast bij de ontmoeting met een concrete trustvariant.

Het in dit onderzoek aangeboden (internationaal) privaatrechtelijk referentiekader betreffende de 'inpassing' van buitenlandse Angelsaksische *trusts* kan principieel worden toegepast zonder dat daartoe wetswijzigingen nodig zouden zijn. Dit is met name het geval omdat het Belgische recht *de lege lata* hiertoe meer mogelijkheden biedt en minder obstakels opwerpt dan in de regel wordt aangenomen.

Op het vlak van de fiscaalrechtelijke gevolgen bracht voorliggend onderzoek aan het licht dat de vele fiscaalrechtelijke kopzorgen die gepaard gaan met het gebruik van buitenlandse *trusts* inderdaad het gevolg zijn van het gegeven dat deze rechtsfiguren op (internationaal) privaatrechtelijk vlak slechts moeizaam of fragmentarisch worden begrepen. Met inachtnaam van het in voorliggend onderzoek vastgestelde verband tussen het Belgisch fiscaal recht en de onderliggende (civielrechtelijke) juridische realiteit, kan worden besloten dat de fiscale problemen in essentie slechts het spreekwoordelijke 'topje van de ijsberg' zijn. Een gedegen begrip van wat er zich onder de fiscaalrechtelijke oppervlakte afspeelt, zou de maatschappelijke perceptie van en fiscaalrechtelijke omgang met Angelsaksische *trusts* sterk kunnen vergemakkelijken en verbeteren, bijvoorbeeld door te voorzien in doordachte en doelmatige aanpassingen van de fiscale wet. Tegelijkertijd kan een gedegen begrip van de Angelsaksische *trust* leren dat 'onbekend' niet onbemind hoeft te zijn.

Geselecteerde bibliografie

A.

ADAM, A.R., "Aspects concerning the concept of patrimony", *Law Annals from Titu Maiorescu University* 2014, 10 – 23.

ADRIAENS, E., "De testamentuitvoerder en zijn onmiddellijke inzetbaarheid in de huidige testamentaire praktijk" in VERBEKE, A-L., BUYSSSENS, F., *Notariële Actualiteit 2014 – 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 55 – 60.

AERTSEN, D.W., *De trust. Beschouwingen over de invoering van de trust in het Nederlandse recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 370p.

AFSCHRIJFT, T., "Discussion sur la définition de l'impôt" in DOUÉNIAS, S., MINNE, F. (eds.), *Mélanges Pascal Minne*, Brussel, Bruylant, 2017, 611 – 624.

AFSCHRIJFT, T., "L'abus fiscale en matière d'impôts sur les revenus" in X. (ed.), *Apparences, simulations, abus et fraudes. Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2015, 113 – 133.

AFSCHRIJFT, T., "La simulation en matière d'impôts sur les revenus" in X. (ed.), *Apparences, simulations, abus et fraudes. Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2015, 211 – 232.

AFSCHRIJFT, T., "La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (première partie)", *JDF* 2016, 5 – 45.

AFSCHRIJFT, T., "La taxation par transparence des revenus des « constructions juridiques » (seconde partie)", *JDF* 2016, 65 – 112.

AFSCHRIJFT, T., *Fiscaal misbruik*, Brussel, Larcier, 2013, 292p.

AFSCHRIJFT, T., *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Brussel, Larcier, 2003, 546p.

AGOSTINI, A., "Le mécanisme du renvoi", *Rev. Crit. DIP* 2013, 545 – 586.

AKKERMANS, B., SWADLING W., "Chapter Three. Types of Property Rights – Immovables and Movable (goods)" in VAN ERP, S., AKKERMANS, B., (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford - Portland, Hart Publishing, 2012, 211 – 264.

AKKERMANS, B., *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 657p.

ALLEMEERSCH, B., *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 671p.

AMERIJKX, F., *Belastingheffing naar (socio-economische) werkelijkheid*, Gent, Story-Scientia, 1984, 59p.

AN, S.P., "Overview of the Reception and Implementation of the Trust in Korea" in KOESTER-WALTJEN, D., LIPP, V., WATERS, D.W.M., (eds.), *Liber Amicorum Makoto Arai*, Baden-Baden, Nomos, 2015, 661 – 680.

- APPERMONT, N., "Is een inbreng in een *trust* door een erfflater vatbaar voor een vordering tot inkorting? Een internationaal privaatrechtelijke en erfrechtelijke analyse" in PINTENS, W., DECLERCK, C., (eds.), *Patrimonium 2015*, Brugge, die Keure, 2015, 263 – 285.
- APPERMONT, N., "(Lokale) belastingen en het recht op bescherming van eigendom" in VERBIST, S., (ed.), *Actualia Overheid en Eigendom*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 1 – 41.
- APPERMONT, N., "Adrift between Scylla and Charybdis? The trust caught between a civil law rock and a fiscal hard place", *Trusts & Trustees* 2016, 1134 – 1164.
- APPERMONT, N., "De kaaimantaks: geen paradijselijke maatregel", *AFT* 2015, afl. 11, 5 – 37.
- APPERMONT, N., "Foreign trust (-like) structures catch Belgium's aim", *Trusts & Trustees* 2015, 232 – 239.
- APPERMONT, N., "Het gebruik van buitenlandse trust(achtige) figuren door belastingplichtigen in België in het vizier" in BARBAIX, R., CARETTE, N., (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2014*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2014, 239 – 250.
- APPERMONT, N., "Hof van Cassatie ent vordering tot revindicatie op de economische realiteit?", *TBO* 2015, 81 – 82.
- APPERMONT, N., VANDERKERKEN, C., "De rechtspraak van het EHRM waarin het recht op eigendomsbescherming wordt toegepast in fiscale zaken" in VZW FSKOFOON (ed.), *Fiscale rechtspraakoverzichten. Grondrechten in fiscalibus 1989 – 2014*, Brussel, Larcier, 2016, 328 – 349.
- APPERMONT, N., VANDERKERKEN, C., "De rechtspraak van het EHRM waarin het recht op eerlijk proces wordt toegepast in fiscale zaken" in VZW FSKOFOON (ed.), *Fiscale rechtspraakoverzichten. Grondrechten in fiscalibus 1989 – 2014*, Brussel, Larcier, 2016, 376 – 407.
- ARMOUR, J., WHINCOP, M.J., "The Proprietary Foundations of Corporate Law", *Oxford Journal of Legal Studies* 2007, 429 – 465.
- ASSER, C., MIJNSSEN F.H.J., DE HAAN, P., et al., *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Algemeen Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2006, 604p.
- AUBRY, C., RAU, C., *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, IX, Parijs, 1858.
- AUDENAERT, N., "De erfstelling over de hand" in X. (ed.), *Notariële actualiteit 2016. Verslagboek van de vormingsdagen van de Studiekring Provinciaal Genootschap der Notarissen van Oost-Vlaanderen*, Brugge, die Keure, 2017, 1 – 34.
- AUERBACH, X., "Taxation of Trusts in the Netherlands" in DANON, R., CHENAUX, J-L., TISSOT, N., (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 223 – 254.
- AUERBACH, X.G.R., "Afgezonderd Particulier Vermogen: constructiefouten", *WFR* 2010/1172.
- AVINI, A., "The Origins of the Modern English Trust Revisited", *Tulane Law Review*, 1995 – 1996, 1139 – 1163.
- AYNÈS, L., CROCQ, P., "La Fiducie préservée des Audaces du Législateur", *Recueil Dalloz*, 2009, 2559 – 2560.

B.

- BADER, D., SEILER, C., "The Taxation of High-Net-Worth Individuals in Switzerland", *Bulletin for International Taxation*, 2015, 251 – 258.
- BAEL, J., *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Antwerpen, Kluwer, 2006, 1040p.
- BAERT, P., "Certificering van vennootschapseffecten: bij de noorderburen over het muurtje kijken", *TRV* 1999, 127 – 151.
- BAERT, P., "Certificering van vennootschapseffecten: bij de noorderburen over het muurtje kijken", *TRV* 1999, 127 – 151.
- BAKER, J.H. *An Introduction to English Legal History, 4th Edition*, Londen, Butterworths-Tolley, 2007, 656p.
- BARBAIX, R., "Zijn de algemene geldigheidsvereisten inderdaad strenger ten aanzien van schenkingen dan ten aanzien van de rechtshandeling ten bezwarende titel?", *Not.Fisc.M.* 2003, 37 – 80.
- BARBAIX, R., CARETTE, N., "Het gewijzigde artikel 124 WLVO. De erfrechtelijke gevolgen van begunstiging bij levensverzekering hertekend", *TEP* 2013, afl. 3, 54 – 81.
- BARBAIX, R., *Familiaal vermogensrecht in essentie*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 422p.
- BARBAIX, R., *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 976p.
- BARRIÈRE, F., "La fiducie française: observations quant aux conditions et à son régime fiscal" in FRANSONI, G., DE RENZIS SONNINO, N., *Teoria e pratica della fiscalità dei Trust*, Milaan, Ipsoa Wolters Kluwer, 2008, 323 – 329.
- BARRIÈRE, F., "The French *fiducie*, or the chaotic awakening of a sleeping beauty" in SMITH, L., (ed.), *Re-imagining the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 222 – 257.
- BARRIÈRE, F., "The security *fiducie* in French law" in SMITH, L., (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 101 – 140.
- BARRIÈRE, F., *La réception du trust au travers de la fiducie*, Parijs, Litec, 2004, 604p.
- BARTELS, S., VAN MIERLO, T., m.m.v. PLOEGER, H.D., *Algemeen Goederenrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2013, 642p.
- BARZEL, Y., *Economic Analysis of Property Rights, 2nd Edition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, 176p.
- BATES, L.T., "Common Law Express Trusts in French Law", *Yale Law Journal* 1930, 34 – 52.
- BATIFFOL, H., LAGARDE, P., *Droit international privé*, Parijs, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981, I, 455p.

BATIFFOL, H., LAGARDE, P., *Droit international privé*, Parijs, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981, I, 455p.

BATIFFOL, H., "The Trust Problem as Seen by a French Lawyer", *Journal of Comparative Legislation and International Law* 1951, 18 – 25.

BAX, A., "De Belgische belastingheffing van buitenlandse partnerships: een imbrogljo", *TRV* 2006, 3 – 49.

BECKERS, D., "Inkomsten uit een Franse SCI: cassatie steunt fiscus", *TFR* 2017, 362 - 372 (noot bij Cass. 29 september 2016).

BEGUIN, E., "Le trust" in FÉDÉRATION ROYALE DES NOTAIRES DE BELGIQUE, *Les arrangements de famille*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 321 – 328.

BEHME, C., "The Principle of Mutual Recognition in the European Internal Market with Special Regard to the Cross-Border Mobility of Companies", *European Company and Financial Law Review* 2016, 31 – 54.

BENTHAM, J., *The Limits of Jurisprudence Defined*, Edited by C.W. EVERETT, New York, Columbia University Press, 1945, 358p.

BÉRAUDO, J.P., "Trust", *Rép.intern.* 2012.

BÉRAUDO, J.P., TIRARD, J.M., *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Genève, Academy & Finance, 2006, 711p.

BERGEL, J-L., "Un propriétaire peut consentir un droit réel de jouissance spéciale de son bien pour plus de trente ans" (noot onder Cass. Fr. 31 oktober 2012), *RDI* 2013, 80.

BERGERVOET, M., MANSUR, D.S., "De Curaçaose trust in de praktijk", *WPNR* 2012, 292 – 301.

BIEMANS, F.H.G., *Afgezonderde particuliere vermogens. Onderzoek naar de rechtsfiguur afgezonderd particulier vermogen in het Nederlandse fiscale recht*, Deventer, Kluwer, 2015, 217p

BIRKS, P., "In rem or in personam? Webb v Webb", *Trust Law International* 1994, 99 – 101.

BIRKS, P., "Rights, wrongs and remedies" *Oxford Journal of Legal Studies* 2000, 1 – 37.

BIRKS, P., PRETTO, A., "Preface" in BIRKS, P., PRETTO, A., (eds.), *Breach of Trust*, Oxford, Hart Publishing, 2002, vii – xiv.

BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, 1766.

BOBELDIJK, A.C.P., DE LEEUW, A.E., "Het afgezonderd particulier vermogen in de Wet VPB 1969 en enige andere belastingwetten (deel 1)", *WFR* 2011/910.

BOER J.P., *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 468p.

BOER, J.P., "Aanpassingen van het APV-regime in het Belastingplan 2017 – de nieuwe toerekeningsstop geanalyseerd", *FTV* 2017/7, 5 – 15.

BOER, J.P., "Het APV-regime: overzicht en actuele ontwikkelingen" *WPNR* 2013, 982 – 988.

BOER, J.P., *De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, 468p.

BOER, J.P., DE VRIES, R.J., "Anglo-Amerikaanse trusts en subjectieve vennootschapsbelastingplicht. Enkele noties aangaande fiscale transparantie", *WFR* 2005/949.

BOER, J.P., FREUDENTHAL, R.M., "De behandeling van periodieke uitkeringen uit een trust in de inkomstenbelasting", *WFR* 2003, 1325 – 1339.

BOER, J.P., FREUDENTHAL, R.M., "De identiteitscrisis van de Anglo-Amerikaanse trust", *WPNR* 2009, 507 – 511.

Bogert, G.T., *Trusts*, 6th Edition, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1987, 816p.

BOLGÁR, V., "Why no Trusts in the Civil Law?", *American Journal of Comparative Law* 1953, 204 – 219.

BONOMI, A., WAUTELET, P., m.m.v. PRETELLI I., ÖZTÜRK, A., *Le droit européen des successions*, Brussel, Bruylant, 2016, 1066p.

BORTELS, H., THEUNIS, J., "Het fiscale legaliteitsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (2005 - 2015)", *TFR* 2016, 418 – 438.

BOUCHATAY, J-L., MOREAU, A., AUBINEAU, G., "The new French rules of taxation for trusts: wide (scope), heavy (tax) and severe (penalty)", *Trusts & Trustees* 2012, 116 – 122.

BOUCKAERT, F., *Notarieel internationaal privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2009, 177p.

BOUGEOIS, M., NOLLET, A., "La réécriture de la mesure « générale antiabus » en matière d'impôts sur les revenus, droits d'enregistrement et de droits de succession", *JT* 2012, 493 – 504.

BOULANGER, F., *Droit international des successions. Nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Parijs, Economica, 2004, 271p.

BOULARBAH, H., "Origine, objet et structure", *JT* 2005, 173 – 176.

BOULARBAH, H., FRANCO, S., NUYTS, A., VAN BOXSTAEL, J-L., VAN DROOGHENBROEK, J-F., WAUTELET, P., "De Bruxelles I à Bruxelles Ibis", *JT* 2015, 89 – 108.

BOULY, S., *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 600p.

BOURGOIS, M., NOLLET, A., "L'introduction d'une notion générale d'abus (de droit) fiscal en matière d'impôts sur les revenus, de droits d'enregistrement et de droits de succession", *RGF* 2012, afl. 6, 4 – 20.

BOZIA, K., CORNELISSE, R.P.C., *et. al.*, *Hoofdzaken belastingrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2015, 502p.

BRATTON, W.M., MCCAHERY, J.A., VERMEULEN, E.P.M., "How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking? A Comparative Analysis", *The American Journal of Comparative Law* 2009, 347 – 385.

- BRAUN, A., "The framing of a European law of trusts" in SMITH, L., (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 277 – 304.
- BRAUN, A., "The Risk of 'Misusing' Trusts: Some Lessons from the Italian Experience", *ERPL* 2016, 1119 – 1139.
- BRAUN, A., "The framing of a European law of trusts" in SMITH, L., (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 277 – 304.
- BRECHT, M., MAYER, C., WAGNER, H., "Where do firms incorporate? Deregulation and the cost of entry", *Journal of Corporate Finance* 2008, 241 – 257.
- BRIGGS, A., *Civil Jurisdiction and Judgments, 6th Edition*, New York, Routhledge, 2015, 988p.
- BRIGGS, A., *Private International Law before English Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 1136p.
- BRIGGS, A., *The Conflict of Laws, 3rd Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 448p.
- BROECKX, K., "Capita selecta in het uitvoeringsrecht" in GEORGES, F., (ed.), *Le droit de l'exécution, en principe(s) et en particulier*, Brugge, die Keure, 2010, 53 – 77.
- BROSENS, L., VAN DE VIJVER, A., "Waardeverminderingen op het vruchtgebruik op aandelen: een complex gegeven", *TFR* 2012, 473 – 487.
- BROWNHILL, D., "Changing the Governing Law of a Trust" in KOESTER-WALTJEN, D., LIPP, V., WATERS, D.W.M., (eds.), *Liber Amicorum Makoto Arai*, Baden-Baden, Nomos, 2015, 142 – 161.
- BRULOOT, D., MARESCEAU, K., "Koudwatervrees", *TRV-RPS* 2016, 115 – 116.
- BUREAU, D., MUIR WATT, H., *Droit international privé*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2014, I, 780p.
- BUREAU, D., MUIR WATT, H., *Droit international privé*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2014, II, 712p.
- BURGERHART, W., BRINKMAN, R.E., "Het fideicommiss en de legitieme portie", *WPNR* 2016, 1082 – 1094.
- BUYSSE, C., "De aangifte in de personenbelasting voor aanslagjaar 2016", *Fiscoloog*, 2016, afl. 1472, 1 – 5.
- BUYSSENS, F., "De testamentuitvoerder" in PINTENS, W., DECLERCK, C., DU MONGH, J., *Patrimonium 2008*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 311 – 327.

C.

- CAMERON, E., DE WAAL, M.J., KAHN, E., SOLOMON, M., WUSCH, B., *Honoré's South African Law of Trusts*, Kaapstad, Juta, 2002, 733p.
- CAMPBELL, K., "On the General Nature of Property Rights", *King's College Law Journal* 1992, 79 – 97.

- CANTIN CUMYN, M., "Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries" in SMITH, L. (ed.), *Re-imagining the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 6 – 28.
- CARDOEN, B., "Administratie moet het bestaan van een schenking aantonen bij toepassing van artikel 7 W.Succ.", *Successierechten* 2005, afl. 1, 4 – 11.
- CARDYN, C., "Le fisc est-il un tiers?", *JDF* 1975, 129 – 142.
- CARETTE, N., "Op welk ogenblik komt een onrechtstreekse schenking via derdenbeding tot stand?" in PINTENS, W., DECLERCK, C. (eds.), *Patrimonium 2011*, Brugge, die Keure, 2011, 239 – 249.
- CARETTE, N., *Derdenbeding*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 892p.
- CARNEY, W.J., "The Background of Modern American Business Law", *The Journal Jurisprudence* 2017, 93 – 138.
- CASMAN, H., DEKKERS, R., VERBEKE, A-L., ALOFS, E., *Erfrecht en giften*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 296p.
- CASMAN, H., *Notarieel familierecht*, Herentals, Knops, 2015, 472p.
- CASTELEIN, C., "Verleden, heden en toekomst van de erfrechtelijke reserve – Aanzetten tot een grondige en kritische reflectie" in BUYSENS, F., GEENS, K., et. al., *Liber Amicorum Luc Weyts*, Brugge, die Keure, 2011, 91 – 141.
- CASTELEIN, C., FOQUÉ, R., VERBEKE, A-L., (eds.), *Imperative Inheritance in a Late-Modern Society. Five Perspectives*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 224p.
- CAYROL, N., *Droit de l'exécution*, Parijs, LGDJ, 2016, 448p.
- CHAMBERLAIN, A., WHITEHOUSE, C., *Trust Taxation*, Londen, Sweet & Maxwell, 2011, 1679p.
- CHEUNG, S.N., "The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource", *Journal of Law & Economics* 1970, 49 – 70.
- CHRISTENSEN, H., TIRARD, J-M., "The amazing development of exchange of information in tax matters: from double tax treaties to FATCA and the CRS", *Trusts & Trustees* 2016, 898 – 922.
- CLAEYS-BOÚUAERT, I., "De interpretatie van de fiscale wet", *T.Not.* 1961, 113 – 130.
- CLARRY, D., "Fiduciary Ownership and Trusts in a Comparative Perspective", *International and Comparative Law Quarterly* 2014, 901 – 933.
- COASE, R., "The Federal Communications Commission", *Journal of Law & Economics* 1959, 1 – 40.
- COASE, R., "The Problem of Social Cost", *Journal of Law & Economics* 1960, 1 – 44.
- COASE, R.H., "The Nature of the Firm" *Economica* 1934, 386 – 405.
- COENE, M., "Wie is nog bang voor de erfstelling over de hand?", *NJW* 2004, 362 – 365.
- COLLINS, L., (ed.), *Dacey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 2385p.

COOPMAN, B., PELGRIMS, I., "Koste wat kost... de grabbelton van rechtspraak over artikel 49 WIB 1992...", *TFR* 2015, 103 – 114.

COOTER, R., FREEDMAN, B.J., "The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences", *N.Y.U. Law Review* 1991, 1045 – 1075.

CORDEWENER, A., "Free Movement of Capital between EU Member States and Third Countries: How Far Has the Door Been Closed?", *EC Tax Review* 2009/6, 260 – 263.

CORDEWENER, A., KOFLER, G.W., SCHNEIDER, C.P., "Free Movement of Capital, Third Country Relationships and National Tax Law: An Emerging Issue before the ECJ", *European Taxation* 2007, 107 – 119.

CORDEWENER, A., KOFLER, G.W., SCHNEIDER, C.P., "Free Movement and Third Countries: Exploring the Outer Boundaries with *Lasertec, A and B* and *Holböck*", *European Taxation* 2007, 371 – 376.

COTORCEANU, P., "Hiding in plain sight: how non-US persons can legally avoid reporting under both FATCA and GATCA", *Trusts & Trustees* 2015, 1050 – 1063.

COUTURIER, J.J., PEETERS, B., VAN DE VELDE, E., *Belgisch belastingrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2016, 673p.

COVELIERS, D., "Het einde van het fiscaal bankgeheim of het verhaal van de ijsberg die steeds sneller smelt" in COVELIERS, D., *et. al.*, *Bankgeheim en privacy*, Mechelen, Kluwer, 2014, 12 – 28.

CRETI, S.G., *Les relations de trust et la fiscalité suisse nationale et internationale*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2001, 208p.

CRETI, S.G., *Le trust. Aspects fiscaux*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2007, 309p.

CROCO, P., "L'introduction de la fiducie en droit privé français" in SAGAERT, V., (ed.), *La réforme du droit privé en France : un modèle pour le droit privé européen?*, Brussel, Larcier, 2009, 9 – 20.

CULOT, A., "La simulation en droits d'enregistrement" in X. (ed.), *Apparences, simulations, abus et fraudes. Aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2015, 233 – 252.

CULOT, A., "Les actes de la vie courante dans une optique de planification successorale" in X. (ed.), *La planification successorale – 2^e édition*, Limal, Anthemis, 2015, 7 – 51.

CULOT, A., "Trusts et fondations privées. Transfert d'un immeuble située en Belgique" in BAUGNIET, N., TAYMANS, J-F., (eds.), *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-La-Neuve, Academia Bruylant, 2008, 411 – 413.

CULOT, A., *Manuel des droits de succession*, Brussel, Larcier, 2016, 289p.

D.

DANON, R.J., *Switzerland's direct and international taxation of private express trusts*, Zürich, Schulthess, 2004, 411p.

- DAVIES, P.S., VIRGO, G., *Equity and Trusts, 2nd Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 1045p.
- DE BACKERE, C., "Pleidooi voor een zuivere toepassing van artikel 49 WIB 1992 in de vennootschapsbelasting", *TFR* 2016, 368 – 388.
- DE BLIECK, L.A., VAN AMERSFOORT, P.J., DE BLIECK, J., VAN DER AUWERA, E.A.G., KOOPMAN, R.J., DOUMA, S.C.W., *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer, Kluwer, 2011, 564p.
- DE BOER, J., "De trust naar Curaçaos recht", *WPNR* 2012, 287 – 291.
- DE BOER, R., NAALDEN, J., "Antimisbruik – Het leerstuk van *fraus legis* – Een overzicht van enkele recente ontwikkelingen", *TFR* 2013, 245 – 254.
- DE BRAUWERE, V., WILS, C., "Taxe Caïman : le crocodile aux dents longues", *RGF* 2015, afl. 8, 5 – 23.
- DE BROE, L., "Fiscale aspecten van het certificeren van Belgische aandelen middels een Nederlandse Stichting-Administratiekantoor", *TRV* 1991, 115 – 130.
- DE BROE, L., "Hoge Raad over 'discretionary trust' & schenkingsrecht", *Fiscoloog Internationaal* 1999, afl. 182, 3 – 5.
- DE BROE, L., "Nederlandse en Duitse commanditaire vennootschappen: fiscale consequenties van een twijfelachtig advies van de commissie voor boekhoudkundige normen", *TRV* 1995, 38 – 40.
- DE BROE, L., BECKERS, D., "The General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Analysis Against the Wider Perspective of the European Court of Justice's Case Law on Abuse of EU Law", *EC Tax Review* 2017, 133 – 143.
- DE BROE, L., BOSSUYT, J., "Interpretatie en toepassing van de algemene antimisbruikbepalingen in de inkomstenbelasting, registratie- en successierechten", *AFT* 2012, afl. 11, 4 – 23.
- DE BROE, L., DEBELVA, F., "Basisprincipes van het Belgisch fiscaal recht" in DE BROE, L., (ed.), *Vademecum Fiscale Falconis*, Mechelen, Kluwer, 2017, 5 – 68.
- DE BROE, L., *International Tax Planning and the Prevention of Abuse*, Amsterdam, IBFD, 2008, 1144p.
- DE BROE, L., WERBROUCK, J., "Kroniek Internationaal Belastingrecht 1998", *TRV* 1998, 492 – 515.
- DE CLERCK, T., "Taal: de rechtsonzekerheid in het fiscaal recht?", *TFR* 2012, 953 – 974.
- DE CORTE, R., DE GROOTE, B., *Handboek Civiel Recht*, Brussel, Larcier, 2011, 460p.
- DE DECKER, P.-J., "Subrogatie binnen de rechtsfiguur van het fideïcommis de residuo: poging tot 'Casmanalyse'" in ALOFS, E., BYTTEBIER, K., MICHIÉLSSENS, A., VERBEKE, A.-L., (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 135 – 152.
- DE GEYTER, L., "Het fiscaal legaliteitsbeginsel" in vzw Fiskofoon (ed.), *Fiscale rechtspraakoverzichten. Grondrechten in fiscalibus 1989 – 2014*, Brussel, Larcier, 2016, 95 – 110.

- DE GRAAF, M., GOOIJER, J., "Branch report Netherlands" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international. Volume 99b*, den Haag, SDU Uitgevers, 2014, 557 – 579.
- DE GROOT, D., "Over de invoering van het grondwettelijke legaliteitsbeginsel in fiscale aangelegenheden", *TFR* 2009, 339 – 344.
- DE GROOT, D., *Handboek successierechten*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 204p.
- DE HAEN, K., "Fiscale transparantie in België: 'OESO (graag nog meer) als leidraad voor Rechter en Ruling'", *AFT* 2008, afl. 3, 19 – 49.
- DE HAEN, K., *Fiscale Transparantie, een rechtsvergelijkende analyse*, Mechelen, Kluwer, 2009, 438p.
- DE L'ESTOILE CAMPI, A., MEIDANI, A., "French Tax Treatment of Foreign Trusts and the Related New Public Register", *European Taxation* 2016, 404 – 407.
- DE LA ROSA, A., "Succession and forced heirship disputes" in COLLINS, S., KEMPSTER, S., McMILLAN, M., MEEK, A., (eds.), *International Trust Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 45 – 61.
- DE LEEUW, A.E., "Afgezonderd particulier vermogen: de Nederlandse 'doorkijkbelasting'", *TFR* 2015, 957 – 967.
- DE LEEUW, A.E., "De Nederlandse APV-regeling versus de Belgische kaaimantaks", *Fiscoloog Internationaal* 2015, afl. 381, 1 – 4.
- DE LEEUW, A.E. FOLMER, T.J.P., "Zwevende vermogens voldoende gevangen? Fiscale behandeling van doelvermogens onder de voorgestelde wijzigingen van de Successiewet en Wet IB 2001", *WFR* 2009/1135.
- DE LEVAL, G., GEORGES, F., "Le statut du compte de tiers de l'avocat: dura lex..." (noot onder Cass. 27 januari 2011), *JT* 2011, 164 – 166.
- DE MEULENAER, S., "Fiscale regularisatie opnieuw wettelijk geregeld" in MAES, L., DE CNIJF, H., DE BROECK, L., (eds.), *Fiscaal Praktijkboek 2016 – 2017. Directe belastingen*, Mechelen, Kluwer, 2016, 337 – 366.
- DE NEEF, G., KEMPENEERS, C., KRANSFELD, F., *Overdracht van ondernemingen. Fiscale en vermogensrechtelijke aspecten*, Brussel, Larcier, 2015, 250p.
- DE NOVA, R., "Historical and comparative introduction to conflict of laws" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours, Vol. 118*, Leiden, Nijhoff, 1966, 435 – 642.
- DE PAGE, H., DEKKERS, R., *Traité*, VI, Brussel, Bruylant, 1953, 1189p.
- DE PAGE, H., DEKKERS, R., *Traité*, V, Brussel, Bruylant, 1975, 1167p.
- DE PAGE, H., *Traité*, II, Brussel, Bruylant, 1964, 1196p.
- DE PAGE, H., *Traité*, I, Brussel, Bruylant, 1962, 1366p.
- DE PAGE, P., "Évolutions récentes en matière d'enregistrement et de droits fiscaux de succession", *JDF* 2008, 65 – 115.

- DE PAGE, P., "La fondation, le trust – Structures de transferts et de conservation de patrimoines" in BAUGNIET, N., TAYMANS, J-F., (eds.), *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-La-Neuve, Academia Bruylant, 2008, 385 – 410.
- DE PAGE, P., "Le trust et certains mécanismes d'imposition indirecte", *Rec.gén.enr.not.* 2003, 427 – 442.
- DE PAGE, P., noot onder Rb. Brussel 22 april 2010, *RGCF* 2011, 250 – 254.
- DE POULPIQUET DE BRESKANVEL, T., "Le trust inter vivos en droit fiscal français", *Rev.not.b.* 1988, 129 – 138.
- DE POVER, M.F., "La reconnaissance du trust au Luxembourg et de la fiducie Grand-Ducale à l'étranger", *Rev.Prat.Soc.* 2003, 246 – 262.
- DE POVER, M.F., "Trust – Fiducie, Administratiekantoor, Fondation du Liechtenstein", *Rép.Not.*, IX, Livre VI, Brussel, Larcier, 2001, 210p.
- DE POVER, M.F., *Trust – Fiducie, Administratiekantoor, Fondation du Liechtenstein*, Brussel, Larcier, 2001, 251p.
- DE RAEDT, S. "Fiscale aspecten van de trust" in X. (ed.), *Fiscaal Vermogensbeheer*, Mechelen, Kluwer, 2007, losbl., Alg., Hfdst. II.
- DE RAEDT, S., TRAEEST, M., *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 134p.
- DE RAEDT, S., TRAEEST, M., "Meer vertrouwen in de trust na het IPR-wetboek?", *Fiscoloog* 2004, afl. 947, 1 – 5.
- DE RAEDT, S., TRAEEST, M., "To trust or not to trust", *TFR* 2001, 951 – 968.
- DE RAEDT, S., TRAEEST, M., *Trust en Privaat Vermogensbeheer*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2000, 133p.
- DE WAAL, J., PAISLEY, R.R.M., "Trusts" in ZIMMERMAN, R., VISSER, D., REID, K., *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 819 – 848.
- DE WAAL, M.J., "The Uniformity of Ownership, *Numerus Clausus* and the Reception of the Trust in South-African Law", *European Review of Private Law* 2000, 439 – 452.
- DE WILDE D'ESTMAEL, E., "Le trust non discrétionnaire et les droits de succession" (noot onder Rb. Brussel 22 april 2010), *Réc.gén.enr.not.* 2011, 26 – 29.
- DE WILDE D'ESTMAEL, E., "Les droits de donation et les droits de succession à l'épreuve de la nouvelle règle sur l'abus fiscal", *Rec.gén.enr.not.* 2012, afl. 7, 280 – 296.
- DE WILDE, A., *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 619p.
- DE WULF, C., *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law*, Brussel, Bruylant, 1965, 201p.
- DEBAENE, P., SLAETS, S., "De eerste "doorkijkruiling": ligt kaaiman altijd op de loer?", *TFR* 2016, 601 – 605.

- DEBELVA, F., "Internationale gegevensuitwisseling op basis van artikel 26 DBV's en de vraag naar rechtsbescherming", *AFT* 2015, afl. 1, 5 – 32.
- DEBELVA, F., LUTS, J., "The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive", *European Taxation* 2015, 223 – 234.
- DEBELVA, F., SCORNOS, D., VAN DEN BERGHEN, J., VAN BRABAND, P., "LOB Clauses and EU-Law Compatibility: A Debate Revived by BEPS?", *EC Tax Review* 2015, 132 – 143.
- DEBELVA, F., VANDEKERKHOVE, A.M., "Antimisbruikbepalingen en dubbelstructuren: enkele bedenkingen", *Fisc.Act.* 2016, afl. 30, 3 – 7.
- DEBELVA, F., VANDEKERKHOVE, A-M., VERACHTERT, G. "Ontsnappen dubbelstructuren steeds aan kaaimantaks?", *Fisc.Act.* 2016, afl. 27, 1 – 6.
- DEBLAUWE, R., "De fiscale gevolgen van de wet op de certificatie van effecten", *TFR* 2000, 267 – 288.
- DEBLAUWE, R., "De Nederlandse Hoge Raad doet uitspraak over discretionary trusts", *TFR* 1999, 271 – 277.
- DEBLAUWE, R., "Enkele beschouwingen over de trust en de Belgische belasting", *TFR* 1987, 77 – 85.
- DEBLAUWE, R., "Trusts en gelijkaardige rechtsfiguren: hun mogelijkheden, gevaren en fiscale gevolgen" in HAELTERMAN, A., DEBLAUWE, R., *Is er nog leven na de Luxemburgse holding?*, Kalmthout, Biblio, 1995, 22 – 61.
- DEBLAUWE, R., "Trusts en inkomstenbelastingen", *TFR* 1990, 94 – 114.
- DEBLAUWE, R., BIESMANS, A., "Ruling over uitkering uit een NA SPF: geen successierechten", *Successierechten* 2013, afl. 1, 4 – 6.
- DEBLAUWE, R., *Inleiding tot de Vlaamse Erfbelasting*, Herentals, Knops, 2015, 1117p.
- DECLERCK, C., "Over art. 896 B.W. en art. 1003 B.W." (noot onder Cass. 30 mei 2003), *RW* 2003 – 2004, 977 – 979.
- DECUYPER, J., "Levensverzekeringen – Artikel 2.7.1.0.6., §1 VCF herschreven", *Successierechten* 2016, afl. 3, 1 – 5.
- DECUYPER, J., RUYSSVELDT, J., *Successierechten*, Mechelen, Kluwer, 2015, 2386p.
- DEFERM, K., PHILIPPE, D-E., "Private vermogensstructuren en automatische gegevensuitwisseling in het licht van de nieuwe Belgische 'CRS Guidance'", *Fisc.Act.* 2017, afl. 17, 7 – 12.
- DEFERM, K., "De Europese FATCA is een feit. Fiscus weet weldra alles over buitenlandse rekeningen", *Fisc.Act.* 2015, afl. 2, 1 – 6.
- DEFOORT, J., "De simulatie voorbij" in X. (ed.), *Liber Amicorum Albert Tiberghien*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 111 – 130.
- DEL CORRAL, J., *De leveringsplicht bij de overdracht van roerende lichamelijke goederen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 630p.

- DELANOTE, M., "Belastingontduiking en belastingontwijking: het Belgische anti-misbruikconcept in Europees perspectief", *TFR* 2004, 719 - 736.
- DELANOTE, M., "Erfbelasting en levensverzekeringen", *T.Not.* 2017, 211 - 236.
- DELATTRE, J., TRIPET, P., "Trust inter vivos irrévocable et succession soumise à la loi française. Considérations civiles et fiscales.", *Jour.Not.* 1981, 521 - 533.
- DELBAR, F., "Vergeef mij Vadertje Staat, want ik heb gezondigd. Over fiscaal regulariseren vanaf 2016", *VIP* 2016, 56 - 63.
- DELBOO, M., DEKNUDT, G., VERHULST, I., *Het Wetboek IPR en vermogensplanning*, Mechelen, Kluwer, 2005, 106p.
- DELBOO, M., NELIS, S., "Registratie- en successierechten in het kader van trust: stand van zaken n.a.v. recente beslissingen van de administratie", *Successierechten*, 2004 - 2005, afl. 3, 1 - 8.
- DELÉTRA, C., PERRIN, J., "Offshore: Switzerland", *Trusts & Trustees* 2009, 699 - 703.
- DELNOY, P., MOREAU, P., *Les libéralités et les successions. Précis de droit civil*, Brussel, Larcier, 2016, 432p.
- DELOBBE, J-P., DELOBBE, F., "Le fideïcommis de residuo" in BIQUET-MATHIEU, C., *et. al.* (eds.), *Liber Amicorum Paul Delnoy*, Brussel, Larcier, 2005, 201 - 216.
- DEMEYERE, K., "Definitie van een trust" in VERBEKE, A-L., LALEMAN, P., DERYCKE, H., (eds.), *Handboek Estate Planning. Alternatieve vormen*, Gent, Larcier, 2009, 87 - 102.
- DEMEYERE, K., "Fiscale behandeling van de trust" in VERBEKE, A-L., LALEMAN, P., DERYCKE, H., (eds.), *Handboek Estate Planning. Alternatieve vormen*, Gent, Larcier, 2009, 105 - 117.
- DEMEYERE, L., DEBRUYNE, N., "De kwaliteitsrekening van advocaten na de wet van 23 november 2013: enkele aspecten van internationaal privaatrecht" in PIERS, M., STORME, H., VERHELLEN, J., (eds.), *Liber Amicorum Johan Erauw*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 47 - 60.
- DEMOTT, D.A., "Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation", *Duke Law Journal* 1988, 879 - 429.
- DEMSETZ, H., "Towards a Theory of Property Rights", *The American Economic Review* 1967, 347 - 359.
- DEN BOER, S., "Freedom of Establishment versus Free Movement of Capital: Ongoing Confusion at the ECJ and in the National Courts", *European Taxation* 2010, 250 - 258.
- DENIZOT, A., "L'étonnant destin de la théorie du patrimoine", *RTD Civ.* 2014, 547 - 566.
- DENYS, L.A., "Fiscale kwalificatie van inkomsten uit verenigingen in het Belgisch en internationaal fiscaal recht" in X. (ed.), *Liber Amicorum E. Krings*, Gent, Story-Scientia, 1991, 959 - 1005.
- DENYS, L.A., "Over de fiscale behandeling van burgerrechtelijke ficties" in X. (ed.), *Liber Amicorum Albert Tiberghien*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 131 - 165.

- DENYS, L.A., BOUWEN, A., "Fiscaal mijlpaalarrest van het Arbitragehof: 24 november 2004 – een keerpunt in de theorie van de minst belaste weg. Hergeboorte van de economische werkelijkheidsleer?", *TFR* 2005, 436 – 442.
- DERIJCKE, W., "Biens et trust", *JT* 2005, 193 – 195.
- DESCHRIJVER, D., DOORNAERT, M., "Kroniek fiscaal recht voor vennootschappen 2011", *TRV* 2012, 259 – 318.
- DICKINSON, A., LEIN, E., (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 836p.
- DIEPVENS, N., DEBELVA, F., "The Evolution of the Exchange of Information in Direct Tax Matters: The Taxpayer's Rights under Pressure", *EC Tax Review* 2015, afl. 4, 210 – 219.
- DIEPVENS, N., DIEPVENS, S., "De internationale fiscale gegevensuitwisseling in België – Een hedendaagse schets en een bezorgde blik op de toekomst", *TFR* 2015, 146 – 162.
- DIERCKX, F., "La notion d'impôt", *JDF* 2016, 200 – 229.
- DILLEMANS, R., COENE, M., PINTENS W., M.M.V. TORFS, N., "Overzicht van rechtspraak: schenkingen en testamenten (1970 – 1984)", *TPR* 1985, 539 – 669.
- DIRIX, E., "Artikel 8/1 Hyp.W." in X., *Voorrechten en hypotheke. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Algemene Bepalingen, Samenloop*, losbl., 11 – 33.
- DIRIX, E., "Het insolventierecht anno 2014" in TILLEMANS, B., VANMEENEN, M., STORME, M.E., BRAEKMANS, H., DIRIX, E., (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen III*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 1 – 38.
- DIRIX, E., "Kwaliteitsrekeningen", *TPR* 1996, 71 – 87.
- DIRIX, E., BROECKX, K., *Beslag*, Mechelen, Kluwer, 2010, 656p.
- DIRIX, E., DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 519p.
- DIRIX, E., SAGAERT, V., "De kwaliteitsrekening herbezocht", *TPR* 2004, 263 – 282.
- DIRIX, E., SAGAERT, V., "De kwaliteitsrekening herbezocht", *TPR* 2004, 263 – 282.
- DONNAY, M., *Commentaar op het wetboek der successierechten*, Brussel, Van Buggenhoudt, 1948, 1109p.
- DOCULO, C., "L'ambition de l'Union européenne d'introduire des règles anti-abus dans les lois disparates de ses Etats membres" in DOUÉNIAS, S., MINNE, F., (eds.), *Mélanges Pacal Minne*, Brussel, Bruylant, 2017, 227 – 268.
- DOCQUIR, B., DE FRANQUEN, V., GRÉGOIRE, M., JAFFERALI, R., LAMENSCH, M., MARQUETTE, V., WEINBERGER, M-D., "Le droit international privé économique - Exposé générale du nouveau droit positif belge", *TBBR/RGDC* 2005, 573 – 609.
- DRAYE, J., NIJS, A., "The Cayman Tax: a game changer for the Belgian income tax treatment of trusts ?", *Trusts & Trustees* 2016, 805 – 815.

DRIELSMAN, H.A., "Anglo-Amerikaans trustrecht en Nederlands successierecht", *WPNR* 1972, 169 – 173.

DROSS, W., "Que reste-t-il de l'arrêt *Maison de Poésie*?", *RTD Civ* . 2015, 413 e.v.

DROZ, G.A.L., "De la réduction des libéralités au moyen d'un trust", *Rev. Crit. DIP* 1996, 692 e.v.

DROZ, G.A.L., REVILLARD, M., Successions, Jurisclasseur droit international, V° Libéralités, Donations, Trusts, Fasc. 557-B, 2015.

DROZ, G.A.L., REVILLARD, M., Successions, Jurisclasseur droit international, V° Libéralités, Donations, Trusts, Fasc. 557-B, 2015,.

DU TOIT, F., *South African Trust Law: Principles & Practice*, Butterworths, Kaapstad, 2002, 232p.

DUCKWORTH, A., "STAR trusts", *Trusts & Trustees* 2013, 215 – 229.

DUMON, F., "Les impôts directs, l'Etat de droit et la Constitution", *JDF* 1984, 1 – 35.

DUYNSTEE, F.A.A., "Het trustverdrag: een paasei of een lege dop?", *WPNR* 1993, 370 – 376.

DYER, A. "International Recognition and Adaptation of Trusts: The Influence of the Hague Convention", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1999, 989 – 1020.

DYER, A., "International Recognition of the Trust Concept", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 2, 5 – 11.

DYER, A., VAN LOON, H., "Report on trusts and analogous institutions" in CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) – Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 10 – 108.

E.

EASTAWAY, N., KIMBER, J., RICHARDS, I., *Tax Adviser's Guide to Trusts, 5th Edition*, Bloomsbury, West-Sussex, 2016, 1299p.

EASTERBROOK, F.H., FISCHER, D.H., "Contract and Fiduciary Duty", *Journal of Law and Economics* 1993, 426 – 446.

EDGE, I., "Methods of Avoidance of the Fixed Heirship Rules in Islamic Law: The Islamic Trust", *Trusts & Trustees*, 2008, 457 – 465.

EICHNER, M., *Die Rechtsstellung von Treugebern und Begünstigten aus Trust und Treuhand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2007, 239p.

ELGUETA, G.R., "Divergences and Convergences of Common Law and Civil Law Traditions on Asset Partitioning: A Functional Analysis", *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 2010, 517 – 554.

ELOY, M., "L'abus de droit" in DE WOLF, M., (ed), *Regards fiscaux sur la quarante-huitième législature*, Brussel, Bruylant, 1995, 271 – 300.

ELOY, M., "Le retour de la théorie de la fraude à la loi", *RGF* 2012, afl. 3, 2 – 4.

EMERICH, Y., "The civil law trust: a modality of ownership or an interlude in ownership?" in SMITH, L., (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 21 – 40.

EPSTEIN, R.A., "Past and Future: The Temporal Dimension in the Law of Property", *Washington University Law Review* 1986, 667 – 722.

ERAUW, J., "De trust en de trustachtigen in het nieuwe Belgische IPR", *TEP* 2005, 271 – 285.

ERAUW, J., "Trust en trustachtige figuren in België. Het toepasselijk recht" in BAEL, J., et al. (eds.), *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Brugge, die Keure, 2003, 395 – 409.

ERAUW, J., m.m.v. STORME, H., *Deel XVII 'Internationaal Privaatrecht'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, 938p.

ERAUW, J., "Niet-uitsluitende bevoegdheidsgronden" in VAN HOUTTE, H., PERTEGAS-SENDER, M., (eds.), *Europese IPR-Verdragen*, Leuven, Acco, 1997, 71 – 114.

F.

FABER, N.E.D., "Eigendom ten titel van beheer, kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen" in HAYTON D.J., KORTMANN, S.C.J.J., et al. (eds.), *Vertrouwd met de trust. Trusts and trust-like arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, 195 – 261.

FAES, P., "Branch report Belgium" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international. Volume 99b*, den Haag, SDU Uitgevers, 2014, 151 – 172.

FAES, P., "De trust in het Belgisch fiscaal recht: beproefd vertrouwen", *V&F* 1998, 292 – 299.

FAES, P., "Partnerships: commentaargebonden kwalificaties", *TFR* 2000, 954 – 962.

FAES, P., *Het rechtsmisbruik in fiscale zaken: Artikel 344, §1 WIB – 15 jaar later*, Brussel, Larcier, 2008, 226p.

FAES, P., JEANMART, F-X., "Le concept de réalité économique en droit fiscal belge: de nouvelles perspectives", *RGF* 1993, 216 – 221.

FELDKAMP, R., "Overdracht tot zekerheid van schuldvorderingen: een bijzonder(e zeker)heid?", *TBBR/RGDC* 2014, afl. 4, 215 – 241.

FELTKAMP, R., "Een kredietinstelling, meerdere vermogens. Vermogensrechtelijke bedenkingen bij de regeling inzake Belgische *covered bonds*" in MICHIELSENS, A., ALOFS, E., BYTTEBIER, K., VERBEKE, A-L., (eds.), *Liber Amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 193 – 226.

FELTKAMP, R., *Beginselen van het vermogensrechtelijk privaatrecht*, Antwerpen, Maklu, 2016, 254.

FERRERO, S., "The Scope and the Effects of Mandatory Rules and Public Policy under the 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition", *Il Nuovo Diritto Delle Società* 2013, afl. 7, 35 – 68.

FISHER, H.A.L. (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Vol. I, Cambridge, Cambridge University Press, 1911, 574p.

FOËX, B., "La mention du trust au registre foncier", *Revue Suisse du notariat et du registre foncier* 2009, 81 – 90.

FOËX, B., *Le numerus clausus des droits réels en matière mobilière*, Lausanne, Payot, 1987, 311p.

FOËX, B., "The Hague Trust Convention and Switzerland: a few remarks concerning movable property" in MARKUS, A.R., KELLERHALS, A., JAMETTI GREINER, C., (eds.), *Das Haager Trust-Übereinkommen und die Schweiz*, Zürich, Schulthess, 2003, 31 – 37.

FOX, D., "Breach of Trust" in MCGHEE, J., (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 765 – 803.

FOX, D., "Definition and Classification of Trusts" in MCGHEE, J. (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 571 – 587.

FOX, D., "Equitable Property" in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 21 – 27.

FOX, D., "Overreaching" in BIRKS, P., PRETTO, A., (eds.), *Breach of Trust*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 95 – 109.

FOX, D., "Priorities" in MCGHEE, J., (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 55 – 84.

FOX, D., "Private Express Trusts" in MCGHEE, J., (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 589 – 618.

FOX, D., "The Nature, History and the Courts of Equity" in MCGHEE, J., (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 3 – 19.

FRANCIS, N., HARRIS, J., "Trusts and divorce", *Trusts & Trustees* 2012, 132 – 148.

FRANSIS, R., "Het territorialiteitsbeginsel in het executierecht", *RW* 2009 – 2010, 218 – 227.

FRANZINA, P., KRAMER, X., FITCHEN, J., "The Recognition and enforcement of Member State Judgments" in DICKINSON, A., LEIN, E., (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 373 – 519.

FUMAGALLI, L., "National Report for Italy" in KORTMANN, S.C.J.J., HAYTON, D.J., FABER, N.E.D., REID, K.G.C., BIESMANS, J.W.A., (eds.), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer, Kluwer, 2009, 211 – 238.

G.

GADHIA, S., RODGERS, K., HO, J., "Sham Trusts", *Trusts & Trustees* 2016, 464 – 478.

GAILLARD, E., TRAUTMAN, D.T., "Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts", *American Journal of Comparative Law* 1987, 307 – 340.

GALLANIS, T.P., "The New Direction of American Trust Law", *Iowa Law Review* 2011, 215 – 237.

GALLANIS, T.P., WAGGONER, L.W., *Estates, Future Interests and Powers of Appointment, 5th Edition*, St. Paul, West Academic Publishing, 2014, 387p.

GALLIGAN, M.W., "Forced heirship' in the United States of America, with particular reference to New York State", *Trusts & Trustees* 2016, 103 – 118.

GANSHOF VAN DER MEERSCH, W., "L'impôt et la loi" in X. *En hommage à Victor Gothot*, Luik, Rev.Dr.Ulg., 1962, 257 – 320.

GARABEDIAN, D., KIRKPATRICK, J., *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, Brussel, Bruylant, 2003, 604p.

GARABEDIAN,, D., "« Forme » et « substance » en droit fiscal belge", *JDF* 2003, 193 – 219.

GARB, L., WOOD, J., (eds.), *International Succession, 4th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 992p.

GARDNER, S., *An introduction to the law of trusts, Third Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 400p.

GAUDIOSI, M.M., "The Influence of the Islamic Law on Waqf on the Development of the Trust in England", *University of Pennsylvania Law Review*, 1988, 1231 – 1261.

GEELHAND DE MERXEM, A., "De 'interpretatie-putsch van de fiscale administratie in het successierecht", *TEP* 2014, 102 – 107.

GEELHAND DE MERXEM, N., "Glasheldere principes inzake de artikelen 108 en 7 W.Succ.", *TFR* 2011, 139 – 153.

GEENS, K., DENEFF, M., HELLEMANS, F., TAS, R., VANANROYE, J., "Vennootschappen. Overzicht van rechtspraak (1992 – 98)", *TPR* 2000, 99 – 538.

GEENS, K., VANANROYE, J., "De gradaties in de rechtspersoonlijkheid en het vennootschappelijk vermogen" in VAN EECKHOUTTE, W., (red.), *XXVe Postuniversitaire cyclus Willy Delva, Rechtspersonenrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 425 – 487.

GEENS, K., WYCKAERT, M., "Administratiekantoren, beleggingsfondsen en portage-overeenkomsten" in HERBOTS, J., PHILIPPE, D., (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst*, Brussel, Bruylant, 1997, 129 – 174.

GEMIS, G., "Wijzigingen inzake de verrekening van bedrijfsverliezen. Wet van 22 december 1989 houdende fiscale bepalingen", *AFT* 1990, 193 – 207.

GENIN, E., GENIN, A., *Commentaar op het wetboek der registratie-, hypotheek- en griffierechten*, Brussel, Van Buggenhoudt, 1951 – 1952, 1025p.

GENY, F., "Le particularisme du droit fiscal", *Revue Trimestrielle de droit civil* 1931, 797 – 833.

GEPPAART, C.P.A., *Fiscale rechtsvinding*, Amsterdam, FED, 1965, 364p.

GEPPAART, C.P.A., "Over het toepassen van fiscale rechtsnormen op een feitelijke grondslag", *AFT* 1994, 83 – 88

GHYSELEN, M., *De fiscale gevolgen van nietige rechtshandelingen*, Kalmthout, Biblo, 1996, 390p.

- GILBERT, G., *The Law of Uses and Trusts*, 1734.
- GILISSEN, G., *De Private Express Trust: Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 792p.
- GILLIOZ, P., MEYER, N.F., "Trusts and Taxation in Switzerland", *Bulletin for International Taxation*, 2015, 240 – 245.
- GNEDASJ, S., "Negentig jaar cassatierechtspraak inzake kostenafrek", *AFT* 2016, afl. 1, 5 – 119.
- GOBIN, A., MAERTEN, L., "Nouvelles perspectives du trust en France", *JCP N* 1985, afl. 49, nr. 101295.
- GODECHOT S., *L'articulation du trust et du droit des successions*, doctoraatsproefschrift Paris II (Panthéon-Assas), 2004, 477p.
- GOLDSMITH, J-C., "Trusts in France", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 6, 5 – 13.
- GOOSSENS, E., *De Europese erfrechtverklaring*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 540p.
- GORÉ, M., *L'administration des successions en droit international privé français*, Parijs, Economica, 1994, 370p.
- GORÉ, M., "Le trust en droit international privé" in HERBOTS, J., PHILIPPE, D., *De trust en de fiduciaire overeenkomst. Praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, 83 – 93.
- GOSSIAUX, M., "Régularisation fiscale des revenus d'une structure offshore par transparence. Fondement légal et conséquences" (noot onder Brussel 21 januari 2016), *TRV-RPS* 2017, 106 – 112.
- GOSSIAUX, M., "Taxe Caïman : la taxation par transparence des constructions juridiques étrangères", *RGCF* 2015, afl. 4 – 5, 303 – 319.
- GOTHOT, V., *Cours de droit fiscal. Les droits d'enregistrement*, Luik, Vaillant, 1930, 554p.
- GOTZEN, F., "Zakelijke rechten: plaats en aantal in het burgerlijk recht", *RW* 1978 – 1979, 2339 – 2346.
- GOUTHIERE, B., LEFEBRE, F., LOPATER, C., BLANDIN, A-L., *La fiducie, mode d'emploi*, Levallois, Francis Lefebvre, 2009, 405p.
- GOYVAERTS, G.D., "De gecertificeerde maatschap onderworpen aan de kaaimantaks. De rulingcommissie schept duidelijkheid in twee beslissingen", *VIP* 2016, afl. 3, 46 – 50.
- GOYVAERTS, G.D., "De kaaimantaks en de (niet-)toepassing ervan bij 'dubbelstructuren'", *TFR* 2016, 572 – 580.
- GOYVAERTS, G.D., "De kaaimantaks, een kritische beschouwing", *TFR* 2015, 865 – 924.
- GOYVAERTS, G.D., "Enkele aspecten van de wet op de fiscale regularisatie aangaande private vermogens anno 2013", *TFR* 2013, 629 – 664.
- GOYVAERTS, G.D., "Fiscale regularisatie voor "structuregebonden" vermogens", *TFR* 2007, 51 – 65.

- GOYVAERTS, G.D., "Kaaimantaks gerepareerd én aangescherpt", *Fisc.Act.* 2015, afl. 42, 6 – 10.
- GOYVAERTS, G.D., "Regularisaties mogelijk vanaf 1 augustus (in theorie)", *Fisc.Act.* 2016, afl. 28, 1 – 4.
- GOYVAERTS, G.D., "Rulings kaaimantaks herijken notie 'oprichter'", *Fisc.Act.* 2017, afl. 13, 3 – 10.
- GOYVAERTS, G.D., "Samenwerkingsakkoorden over fiscale regularisatie zijn in aantocht", *Fisc.Act.* 2017, afl. 8, 1 – 8.
- GOYVAERTS, G.D., "The Tax Aspects of the Use of Foreign Trusts in Belgium for Private Wealth Purposes", *Journal of International Tax, Trust and Corporate Planning* 2011, afl. 4, 267 – 298.
- GOYVAERTS, G.D., "Twee FAQ's over fiscale regularisatie brengen licht in de duisternis", *Fisc.Act.* 2016, afl. 35, 3 – 9.
- GOYVAERTS, G.D., "Verantwoordelijkheid ligt bij de aangever. FAQ II fiscale regularisatie", *Fisc.Act.* 2013, afl. 39, 9 – 14.
- GRAHAM, T., "Disclosure of Letters of Wishes and Confidentiality of Trustees' Deliberations after Schmidt" *Trusts & Trustees* 2008, 231 – 238.
- GRAHAM, T., "The Hague Trusts Convention five years on: the Swiss Federal Supreme Court's decision in *Rybolovlev v Rybolovleva*", *Trusts & Trustees* 2012, 746 – 755.
- GRAZIDEI, M., "The development of Fiducia in Italian and French Law from the 14th Century to the End of the Ancien Regime" in HELMHOLZ, R., ZIMMERMAN, R., (eds.), *Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, 327 – 359.
- GRAZIDEI, M., "Recognition of common law trusts in civil law jurisdictions under the Hague Trusts Convention with particular regard to the Italian experience" in SMITH, L., (ed.), *Re-imagining the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 29 – 82.
- GRETTON, G., "Trusts Without Equity", *International and Comparative Law Quarterly* 2000, 599 – 620.
- GRETTON, G., "Up there in the *Begriffshimmel*?" in SMITH, L. (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 524 – 545.
- GRIBNAU, J.L.M., HAPPÉ, R.H., "Convergentie en divergentie: over begripvorming in privaatrecht en belastingrecht" in ESSERS, P.H.J., HAPPÉ, R.H., MEUSSEN, G.T.K., et. al. (eds.), *Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2000, 1 – 21.
- GRIBNAU, J.L.M., *Rechtsbetrekking en rechtsbeginselen in het belastingrecht. Rechtstheoretische beschouwingen over navordering, toezegging en fiscale vaststellingsovereenkomst*, Rotterdam, Sanders Instituut, 1998, 451p.
- GRIFFIN, J. "The need for abolition of secret trusts", *Trusts & Trustees* 2017, 373 – 382.
- GRIMALDI, M., (ed.), *Droit patrimonial de la famille*, Parijs, Dalloz, 2014, 1481p.
- GRIMALDI, M., "Le mandat à effet posthume reprend des couleurs" (noot onder Cass. Fr. 10 juni 2015), *RTD Civ.* 2015, 670 e.v.

GRIMALDI, M., BARRIÈRE, F., "La fiducie en droit français" in CANTIN CUMYN, M., (ed.), *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires* Brussel, Bruylant, 1999, 237 – 263.

GRUNDMANN, S., "Trust and Treuhand at the End of the 20th Century. Key Problems and Shift of Interests", *American Journal of Comparative Law* 1999, 401 – 428.

GRUYAERT, D., "De derdenrekening: stand van zaken na het cassatiearrest van 27 januari 2011", *TBBR/RGDC* 2012, 470 – 488.

GRUYAERT, D., "De nieuwe wet op de kwaliteitsrekening van notarissen, advocaten en gerechtsdeurwaarders: eindpunt van een vermogensrechtelijke controverse" in VRG-ALUMNI (ed.), *Recht in beweging – 22^{ste} VRG Alumnidag*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 2015, 77 – 93.

GRUYAERT, D., *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 890p.

GUILLAUME, F., "Trust, réserves héréditaires et immeubles", *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle* 2009, afl. 1, 33 – 46.

GUILLAUME, F., "The Hague Trusts Convention and Selected Questions in Swiss Private International Law" in DANON, R., CHENAUX, J-L., TISSOT, N., (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 1 – 27.

GUTMAN, D., PERDELWITZ, A. *et al.*, "The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey", *European Taxation* 2017, 2 – 20.

GUTZWILLER, P.M., *Schweizerisches Internationales Trustrecht*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2007, 376p.

H.

HAECK, Y., "Artikel 1 Eerste Protocol – Recht op Bescherming van Eigendom" in VANDE LANOTTE, J.; HAECK, Y., *Handboek EVRM Deel 2*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 295 – 397.

HAELTERMAN, A., "De trust in het fiscaal recht" in HERBOTS, J., PHILIPPE, D., (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst. Praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, 95 – 103.

HAELTERMAN, A., "Taxation of Fiduciary Relationships (and Related Structures)", *ET* 1997, 48 – 54.

HAELTERMAN, A., *Fiscale transparantie: theorie en praktijk in België*, Kalmthout, Biblo, 1992, 496p.

HAELTERMAN, A., MAES, E., "De kaaimantaks – Wie ontspringt de dans nog? Nieuw fiscaal regime viseert private offshore-vermogensstructuren" in VERBEKE, A.L., BUYSENS; F., (eds.), *Notariële Actualiteit* 2014 – 2015, Antwerpen, Intersentia, 2015, 237 – 264.

HAELTERMAN, A., NEYT, R., "De familiale stichting als instrument voor vermogensplanning (?)" in VERBEKE, A-L., BUYSENS, F. (eds.), *Notariële Actualiteit* 2013 – 2014, Antwerpen, Intersentia, 2014, 49 – 64.

HAELTERMAN, A., *Vennootschapsbelasting doorgelicht*, Brugge, die Keure, 2015, 343p.

- HANSMANN, H., MATTEI, U., "The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis", *N.Y.U. Law Review* 1998, 434 – 479.
- HANSMANN, H., KRAAKMAN, R., "Organizational Law as Asset Partitioning" *European Economic Review* 2000, 807 – 817.
- HANSMANN, H., KRAAKMAN, R., "Property, Contract and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights", *Journal of Legal Studies* 2002, S373 – S417.
- HANSMANN, H., KRAAKMAN, R., "The Essential Role of Organizational Law", *Yale Law Journal* 2000, 387 – 440.
- HANSMANN, H., MATTEI, U., "Trust Law in the United States. A Basic Study of Its Special Contribution", *American Journal of Comparative Law* 1998, 133 – 150.
- HARDY, A., "United Kingdom. Trusts.", IBFD, 2015.
- HARRIS, J., "Jersey firewall legislation, decisions in the best interests of the beneficiaries and the need for further reform of Article 9 of the Trusts (Jersey) Law 1984", *Trusts & Trustees* 2016, 1055 – 1062.
- HARRIS, J., "The Proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges", *Trust Law International* 2008, 181 – 235.
- HARRIS, J., "The Re-Amendment of Jersey's Firewall Legislation: All Right Now?", *Trusts & Trustees* 2013, 766 – 786.
- HARRIS, J., *The Hague Trusts Convention: Scope, Application and Preliminary Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 525p.
- HARRIS, J.W., "Reason or Mumbo Jumbo: The Common Law's Approach to Property" in THOMPSON, F.M.L., *Proceedings of the British Academy, Vol. 117: 2001 Lectures*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 445 – 475.
- HARRIS, J., "Constructive Trusts and Private International Law: Determining the Applicable Law", *Trusts & Trustees* 2012, 965 – 979.
- HART, O., "An Economist's Perspective on the Theory of the Firm" *Columbia Law Review* 1989, 1757 – 1774.
- HARTKAMP, A.S., SIEBURG, C.S., *Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2010, 667p.
- HARTLEY, T.C., *International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International Law, 2nd Edition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 964p.
- HAWKINS, A.J., "The Trust Like Device in English Law" in WILSON, W.A., (ed.), *Trusts and Trust-Like Devices*, Londen, British Institute of International and Comparative Law, 1981, 3 – 20.
- HAYTON, D., "'Trusts' in Private International Law" in ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours, Vol. 366*, Leiden, Nijhoff, 2013, 9 – 98.
- HAYTON, D., "A 2014 Review of Recent Trust Developments", *Trust Law International* 2014, af. 2, 51 – 64.

- HAYTON, D., "Developing the use of trusts in the Netherlands", *WPNR* 1997, 542 – 545.
- HAYTON, D., "Foundations and trusts contrasted", *Trusts & Trustees* 2011, 542 – 467.
- HAYTON, D., "Reflections on The Hague Trust Convention after 30 years", *Journal of Private International Law* 2016, afl. 1, 1 – 25.
- HAYTON, D., "The Hague Trusts Convention and trusts of foreign property", *Trusts & Trustees* 2015, 1082 – 1086.
- HAYTON, D., "The increasing significance of conflicts of laws' issues", *Trusts & Trustees* 2014, 1069 – 1080.
- HAYTON, D., "The Significance of the Hague Convention on Trusts and on Succession: A Common Law Perspective" in BORRÁS, A., BUCHER, A., STRUYCKEN, T., VERWILGHEN, M., (eds.), *E Pluribus Unum: Liber Amicorum G.A.L. Droz*, Den Haag/Londen/Boston, Martinus Nijhoff, 1996, 121 – 134.
- HAYTON, D., "Thoughts on future trust law developments", *Trusts & Trustees* 2016, 1002 – 1014.
- HAYTON, D., "Trusts and Forced Heirship Problems", *The King's College Law Journal* 1993 – 1994, afl. 4, 12 – 22.
- HAYTON, D., "Jurisdiction over trust disputes under Article 5(6)", *Trusts & Trustees* 2008, 384 – 391.
- HAYTON, D.J., "National Report for England and Wales" in KORTMANN, S.C.J.J., HAYTON, D.J., FABER, N.E.D., REID, K.G.C., BIESMANS, J.W.A., (eds.), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer, Kluwer, 2009, 77 – 98.
- HAYTON, D.J., "Overview" in BIRKS, P., PRETTO, A., (eds.), *Breach of Trust*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 379 – 400.
- HAYTON, D.J., "The 'wills and succession' exclusion from the recast Brussels Regulation", *Trusts & Trustees* 2016, 818 – 821.
- HAYTON, D.J., *The Law of Trusts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 215p.
- HÉBRAUD, P., "L'autonomie du droit fiscal serait-elle un moyen de favoriser les accords internationaux" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal, Vol. 2* (1939), Amsterdam, Swets & Zeitlinger, 1965, 46 – 63.
- HELMHOLZ, R., "Trusts in the English Ecclesiastical Courts 1300 - 1640", in HELMHOLZ, R., ZIMMERMAN, R., (eds.), *Itinera Fiducia: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, 153 – 172.
- HEMELS, S., ROMPEN, J., SMET, P., DE WAELE, I., ADFELDT, S., BREUNINGER, G., ERNST, M., CARPENTIER, V., MOSTAVI, S., "Freedom of Establishment or Free Movement of Capital: Is There an Order of Priority?", *EC Tax Review* 2010/1, 19 – 31.
- HEREMANS, F., "Les covered bonds" in DAEMS, H., DE MEULENEERE, I., FELTKAMP, R., HOUSSA, C. (eds.), *20 ans de loi bancaire*, Limal, Anthemis, 2013, 165 – 172.
- HEYVAERT, W., "Fiscale transparantie" in VERBEKE, A.L., DERYCKE, H., VAN GERVEN, D., LALEMAN, P., *Handboek Estate Planning. Vermogensplanning met effect bij leven – Rechtspersoon*, Brussel, Larcier, 2009, 161 – 172.

HINNEKENS, P., "Enkele aandachtspunten inzake de toepassing van de transparantie in de Belgische fiscale praktijk", *TFR* 2000, 943 – 953.

HINTEREGGER, M., "Chapter Two. The Protection of Property Rights" in VAN ERP, S., AKKERMANS, B., (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2012, 161 – 193.

HO L., LEE, R., *Trust law in Asian Civil Law Jurisdictions, A Comparative Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 289p.

HOFRI-WINOGRADOW, A., "Express trusts in Israel/Palestine" in SMITH, L., (ed.), *Re-imagining the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 83 – 118.

HOFRI-WINOGRADOW, A.S., "How Harmful is Trust Profileration?", 2015, 56p.

HOHFELD, W.N., "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal* 1917, 710 – 770.

HONORÉ, A., "Ownership" in GUEST, A., (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1961, 107 – 147.

HONSELL, H., VOGT, N.P., SCHNYDER, A.K., BERTI, S.V., *Basler Kommentar Internationales Privatrecht*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2013, 2256p.

HOOGWOUT, T., "Belastingheffing over trust en familiestichtingen in Nederland", *TEP* 2009, 326 – 350.

HOPPENREIJS, R.T.R., VRIESENDORP, R.D., "De fiscaal- en civielrechtelijke benadering van de trust in Nederland: eenheid of verscheidenheid?" in ESSERS, P.H.J., HAPPÉ, R.H., MEUSSEN, G.T.K., et. al. (eds.), *Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2000, 47 – 62.

HUDSON, A., *Equity and Trusts, 8th Edition*, Oxford, Routledge, 2015, 1350p.

HUYSMAN, S., *Fiscale winst. Theorie en praktijk van het fiscale winstbegrip in België*, Kalmthout, Biblo, 1994, 408p.

I.

IBARRA GARZA, R., "Protecting the trust fund in French and English Law", *Trusts and Trustees*, 2014, 421 – 436.

IBARRA GARZA, R., *La protection du patrimoine fiduciaire – trust fund*, Parijs, LGDJ, 2014, 706p.

IJZERMAN, R.H.L., "Enkele Nederlandse fiscale aspecten van Angelsaksische trusts", *WPNR* 1997, 567 – 571.

IJZERMAN, R.H.L., "Form and substance in tax law" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international, Vol. 87a*, Den Haag, Kluwer, 2002, 452, 451 – 471.

IJZERMAN, R.H.L., *Het leerstuk van wetsontduiking in het belastingrecht*, Deventer, Kluwer, 1990, 300p.

J.

JAKOB, D., "Draft revision of Swiss inheritance law: impact on estate planning via foundations and trusts", *Trusts & Trustees* 2017, 705 – 708.

JACOBS, H., "Heeft de wet wijziging huwelijksvermogensstelsel inzake het internationaal privaatrecht alle kwalificatieproblemen opgelost?" in CATTARUZZA, J., KUPERS, W., en PEETERS, I., (eds.), *Liber Amicorum Achilles Cuypers*, Brussel, Larcier, 2009, 143 – 156.

JANSEN, R., "Zakenrechtelijke bekrachtiging van onregelmatige middellijke vertegenwoordiging" (noot onder Cass. 24 oktober 2008), *RW* 2009 – 2010, 68 – 71.

JANSEN, R., "Verstrooide gedachten over zakelijke subrogatie bij het *fideicommiss de residuo*" in PINTENS, W., DU MONGH, J., DECLERCK, C., *Patrimonium 2009*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 353 – 365.

JANSEN, R., *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 931p.

JANSEN, T., "Een nieuwe algemene antimisbruikbepaling naar Europees model" in X. (ed.), *De nieuwe antimisbruikbepaling*, Mechelen, Kluwer, 2013, 1 – 42.

JANSSENS, K., "Verduisterd geld toch belastbaar: niet als bezoldiging maar wel als baten", *Fisc.Act.* 2017, afl. 12, 7 – 9.

JAUFRET-SPINOSI, C., "La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1er juillet 1995)", *Journal du droit international* 1987, 23 e.v.

JEGHERS, J.L., "Du trust à la fiducie" in VERWILGHEN, M., DE VALKENEER, R., *Relations familiales internationales*, Brussel, Bruylant, 1993, 433 – 479.

JEGHERS, J.L., "La difficile intégration du trust anglo-saxon en droit civil belge", *Rev.not.b.* 1991, 311 – 337.

JENSEN, M.C., MECKLING, W.H., "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", *Journal of Financial Economics* 1976, 305 – 360.

JOHNSON, N., "Bermuda's Response to Forced Heirship", *Trusts & Trustees* 1998, afl. 2, 8 – 9.

JOHNSTON, D., *The Roman Law of Trusts*, Oxford, Clarendon Press, 1988, 306p.

JOLK, C., "Decision of the French Constitutional Court number 2016-591 of 21 October 2016 'Mrs. Helen S'", *Trusts & Trustees* 2016, 1165 – 1167.

JONES, N., "The Use upon a Use in Equity Revisited", *Cambrian Law Review*, 2002, 67 – 80.

JONES, N., "Trusts in England after the Statute of Uses" in HELMHOLZ, R., ZIMMERMAN, R. (eds.), *Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, 173 – 205.

JOPPE, I.S., "Estate planning door middel van trust en testament" in SCHMIDT, G.E., FREEDBERG-SWARTZBURG, J.A., (ed.), *Het NIPR geannoteerd, 's Gravenhage*, T.M.C Asser Instituut, 1996, 85 – 97.

JOPPE, I.S., "Het 'Haagse Trustverdrag' in werking", *WPNR* 1996, 181 – 188.

K.

KACZMAREK, L., "Propriété fiduciaire et Droits des Intervenants à l'Opération", *Recueil Dalloz*, 2009, 1845 e.v.

KAHN, F., "Gesetzeskollisionen: Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts" in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1891, 1 – 143.

KAHN, F., *Über Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts*, 1899, 109p.

KAHN, F., *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, München/Leipzig, Lenel und Lewald, 1928, 114 – 121.

KATZ, L., "Exclusion and Exclusivity in Property Law", *Toronto Law Journal* 2008, 275 – 315.

KELSEN, H., *General theory of law and state*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1945, 516p.

KEMMEREN, E.C.C.M., "The 1996 Amendments to the Tax Arrangement for the Kingdom of the Netherlands: The New General Anti-Abuse Clause in the BRK", *ET* 1997, 447 – 461.

KEMPSTER, S., "Rights to information" in COLLINS, S., KEMPSTER, S., McMILLAN, M., MEEK, A., (eds.), *International Trust Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 191 – 204.

KHAIRALLAH, G., *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Parijs, Economica, 1984, 323p.

KIRKPATRICK, J., "Le droit fiscal se fonde sur les réalités. Réflexions sur quelques bons et mauvais usages d'un proverbe de droit", *JDF* 1969, 161 – 176.

KIRKPATRICK, J., "Réflexions sur les rapports du droit privé et du droit fiscal en matière de fusions et de scissions de sociétés" in X. (ed.), *Liber Amicorum Jean-Pierre Lagae*, Diegem, Ced Samsom, 1998, 103 – 126.

KLUYSKENS, A., *Zakenrecht in Beginselen van burgerlijk recht*, V, Antwerpen, Standaard, 1940, 320p.

KOELE, I.A., "De reikwijdte van het APV-regime. Het mysterie ontrafeld?", *Vakblad Estate Planning* 2015-33, 5 – 9.

KOPPENOL-LAFORCE, M.E., "Inbreng van Nederlandse goederen in een trust", *WPNR* 1997, 545 – 551.

KOPPENOL-LAFORCE, M.E., AALDERINK, F.H., "Art. 126 – 144 Boek 10 BW: goederenrecht en trusts", *WPNR* 2010, 535 – 544.

KOPPENOL-LAFORCE, M.E., *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer, Kluwer, 1997, 329p.

KOPPENOL-LAFORCE, M.E., "De trust in het EEX" in X. (ed.), *Tot vermaak van Slagter. Feestbundel aangeboden aan Prof. Mr. W.J. Slagter ter gelegenheid van zijn 65^{ste} verjaardag*, Deventer, Kluwer, 1988, 95 – 115.

KORTMANN, C.A.J.M., "Rechtseenheid: een leeg begrip?" in SCHLÖSSELS, R.J.N., BOK, A.J., NIEMEIJER, A.G.A., TIMMERMANS, L.J.M., (eds.), *In eenheid. Over rechtseenheid en uniforme toepassing in het bestuursrecht*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2007, 405 – 413.

KORTMANN, S.C.J.J., "Past "de trust" in het Nederlandse recht?" in HAYTON, D.J., KORTMANN, S.C.J.J., et al. (eds.), *Vertrouwd met de trust. Trusts and trust-like arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, 169 – 193.

KOSKY, J., "Sham trusts and reserved powers" in COLLINS, S., KEMPSTER, S., MCMILLAN, M., MEEK, A., (eds.), *International Trust Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 63 – 73.

KÖTZ, H., "Die 15. Haager Konferenz und das Kollisionsrecht des trust", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht* 1986, 562 – 585.

KRINGS, E., "L'interprétation des lois fiscales", *Rev.Fisc.* 1965, 585 – 600.

KRINGS, J.E., "Les lancunes en droit fiscal" in PERELMAN, C., (ed.), *Le problème des lancunes en droit*, Brussel, Bruylant, 1968, 463 – 488.

KULMS, R., "Trusts" in BASEDOW, J., HOPT, K.J., ZIMMERMAN, R., STIER, A., *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Vol. II, Oxford, Oxford University Press, 2012, 1697 – 1701.

KÜNZLE, H.R., "Special Issues concerning Domestic Swiss Trusts and Liechtenstein Trust Law" in SCHURR, F.A. (ed.), *Trusts in the Principality of Liechtenstein and Similar Jurisdictions*, Zürich, Dike Verlag, 2014, 193 – 213.

KUZUSKO, D.D., VETTER, S.K., "United States. Trusts", IBFD, 2015.

L.

LAFUENTE SÁNCHEZ, R., "Recognition of foreign trusts and challenges facing the Spanish Courts", *Trusts & Trustees* 2017, advance access, 13p.

LAKHAN, M., "The Beginning of the End of Anonymity?" in SCHURR, F.A., (ed.), *Trusts in the Principality of Liechtenstein and Similar Jurisdictions*, Zürich, Dike Verlag, 2014, 51 – 55.

LANDOLF, U., GRAF, T., *Der Trust im schweizerischen Steuerrecht*, Archives de droit fiscal suisse, Vol. 63, 1994, 1 – 30.

LANGBEIN, J., "Mandatory Rules in the Law of Trusts", *Northwestern University Law Review* 2004, 1105 – 1128.

LANGBEIN, J., "The Contractarian Basis of the Law of Trusts", *Yale Law Journal* 1995, 625 – 675.

LANGEREIS, C.J., "Het nieuwe successierecht bij een afgezonderd particulier vermogen", *FED* 2009/82, 9 – 14.

- LARDEUX, G., "Qu'est-ce que la propriété?", *RTD Civ.* 2013, 741 e.v.
- LAU, M.W., *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 230p.
- LAUWERS, N., "De draagwijdte van het beginsel 'in dubio contra fiscum'", *AFT* 2016, afl. 4, 26 – 69.
- LE POIDEVIN, N., "Going bust: insolvency and trusts", *Trusts & Trustees*, 2010, 299 – 309.
- LEBON, C., *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 837p.
- LEEMREIS, A.G., "Trustrecht en schenkingsrechten" in X. (ed.), *De Anglo-Amerikaanse trust, civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*, Deventer, Kluwer, 1991, 79p.
- LEFEBRE . F.,(ed.), *Successions et libéralités*, Levallois, Francis Lefebvre, 2014, 568p.
- LEGRAND, P., "Foreign Law: Understanding Understanding", *Journal of Comparative Law* 2011, 67 – 177.
- LENAERTS, K., "Systeemschets van het internationaal privaatrecht", *Jura. Falc.* 1983 – 1984, 465 – 489.
- LEPAULLE P., "Trusts and the Civil Law", *Journal of Comparative Legislation and International Law* 1933, 1126 – 1147.
- LEPAULLE, P., "An Outsider's View Point of the Nature of Trusts", *Cornell Law Quarterly* 1928, 52 – 61.
- LEPAULLE, P., "Civil Law Substitutes for Trusts", *Yale Law Journal* 1927, 1126 – 1147.
- LEPAULLE, P., "Review of La propriété dans le trust (by R. PASQUAL)", *Revue Internationale de droit Comparé* 1952, 378.
- LEPAULLE, P., *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Parijs, Rousseau et Cie, 1932, 463p.
- LEQUETTE, Y., "De l'imputation et de la réduction des libéralités à cause de mort réalisées au moyen d'un trust entre vifs" (noot onder Parijs 7 april 1999), *Recueil Dalloz* 1999, 683 e.v.
- LEQUETTE, Y., "De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un trust entre vifs" (noot onder Cass.Fr. 20 februari 1996), *Recueil Dalloz* 1996, 231 e.v.
- LEROY, E., "L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel", *JT* 2007, 753 – 763.
- LIBCHABER, R., "Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1re partie)", *Déf.* 2007, 1094 e.v.
- LIBCHABER, R., "Une fiducie française, inutile et incertaine" in X (ed.), *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie : Liber Amicorum*, Parijs, Défrenois, 2005, 303 – 324.
- LION, P., "Artikel 344 §2 WIB 1992: een papieren tijger", *AFT* 1995, 317 – 344.
- LION, P., "Conflicts in the attribution of income to a person", *TFR* 2008, 735 – 749.

- LOOF, W., "Reactie op "Never trust a trust" van A.J. VAN HOEPEN", *WPNR* 2014, 722 – 725.
- LORENZEN, E.G., "Qualification, Classification or Characterization Problem in the Conflict of Laws", *Yale Law Journal* 1941, 743 – 761.
- LOUIS-CAPORAL, D., "La fiducie-libéralité. Réflexion sur une opération prohibée", *RTD Civ.* 2016, 49 e.v.
- LOWE, T., "Insolvency and trusts", *Trusts & Trustees* 2016, 948 – 955.
- LUPOI, M., *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 400p.
- LUPOI, M., "The Shapeless Trust", *Trusts & Trustees* 1995, afl. 3, 15 – 18.
- LUPOI, M., "Trusts in the Civil Law – An Introduction", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 9, 20 – 22.
- LUPOI, M., *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 400p.
- LUPOI, M., *La giurisprudenza italiana sui trust dal 1899 al 2011*, Milaan, Ipsoa Wolters Kluwer, 2011, 1056p.

M.

- MACIEL, M., WALTON, A., "When the music stops: the UKSC judgment in *Akers*, applying the bona fide purchaser rule and offshore trusts", *Trusts & Trustees* 2017, advance access, 1 – 7.
- MACK, R., "Offshore: Cayman Islands", *Trusts & Trustees* 2009, 250 – 255.
- MACNAIR, M., "The Conceptual Basis of Trusts in the Later 17th and Early 18th Centuries", in HELMHOLZ, R., ZIMMERMAN, R., (eds.), *Itinera Fiducia: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, 207 – 236.
- MAELFAIT, A., "Bespreking van het arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 18 december 2007", *Successierechten* 2008, afl. 7, 3 – 7.
- MAES, P., "Ongegronde vermogensverschuivingen en driepartijenverhoudingen", *TPR* 2010, 187 – 281.
- MAISTO, G., "General Report" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international, Vol. 95b*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2010, 1 – 32.
- MAISTO, G., PISTONE, P., "A European Model for Member States Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Subsidiaries (CFC's) – Part 1", *European Taxation* 2008, 503 – 513.
- MAITLAND, F.W., *Equity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, 343p.
- MALAURIE, P., BRENNER, C., *Les successions – Les libéralités*, Parijs, LGDJ, 2014, 704p.
- MALHERBE, J., "La transparence fiscale en Belgique (« Taxe Caïman ») : quelques questions d'interprétation" in DOUÉNIAS, S., MINNE, F., (eds.), *Mélanges Pascal Minne. Fiscalité internationale et patrimoniale*, Brussel, Larcier, 2016, 563 – 586.

- MALHERBE, J., "Taxation of Trusts in Belgium" in DANON, R., CHENAUX, J-L., TISSOT, N., (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 83 – 109.
- MALLET-BRICOUT, B., "Fiducie et propriété" in MALLET-BRICOUT, B., BROS, S., (eds.), *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Parijs, Economica, 2009, 297 – 237 .
- MALLET-BRICOUT, B., "The trustee: mainspring, or only a cog, in the French *fiducie*?" in SMITH, L., (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 141 – 166.
- MALUMIAN, N., "Trusts as estate planning tools for settlors in forced heirship jurisdictions", *Trusts & Trustees* 2015, 430 – 437.
- MARESCEAU, K., *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 544p.
- MARINI, P., "Enfin la fiducie en droit français", *Receuil Dalloz* 2007, 1347 e.v.
- MARTIN, J., *Hanbury & Martin: Modern Equity, 19th Edition*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 1102p.
- MAST, A., "De les van het Nationaal Congres", *TBP* 1950, 147 – 155.
- MATTHEWS, P., "Square Peg, Round Hole? Patrimony and the Common Law Trust" in VALSAN, R., (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 62 – 84.
- MATTHEWS, P., "From Obligation to Property, and Back Again? The Future of the Non-Charitable Purpose Trust" in HAYTON, D.J., (ed.), *Extending the Boundaries of Trust and Similar Ring-Fenced Funds*, Londen, Kluwer Law International, 2002, 203 – 241.
- MATTHEWS, P., "The compatibility of the trust with the civil law notion of property" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 313 – 339.
- MATTHEWS, P., "The compatibility of the trust with the civil law notion of property" in SMITH, L., (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 313 – 339.
- MATTHEWS, P., "Trusts in Belgian Private International Law", *Trust Law International* 2005, 191 – 197.
- MATTHEWS, P., *Trusts: Migration and Change of Proper Law*, Oxford, Key Haven Publishers, 1997, 107p.
- MATTHEWS, P., "The place of the trust in English law and in English life", *Trusts & Trustees* 2013, 242 – 254.
- MAUS, M., "Basisbeginselen inzake de toepassing van het recht op eerlijk proces in fiscale zaken" in VZW FSKOFOON (ed.), *Fiscale rechtspraakoverzichten. Grondrechten in fiscalibus 1989 – 2014*, Brussel, Larcier, 2016, 360 – 376.
- MAUS, M., *De fiscale controle*, Brugge, die Keure, 2005, 858p.
- MAYER, T. , "La Suisse et la convention de La Haye sur la reconnaissance du trust: le projet d'arrêté fédéral sur l'approbation et la mise en oeuvre de la convention de La Haye", *Expert Comptable Suisse* 2006, 669 – 675.

- MAYER, T.M., "Das Haager-Trust Übereinkommen – Auswirkungen und Vorteile einer Ratifikation aus rechtlicher Sicht", *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle* 2004, afl. 2, 156 – 169.
- MAYER, P., HEUZÉ, V., *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 2014, 788p.
- MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., MAZEAUD, J., CHABAS, F., LEVENEUR, L., LEVENEUR, S., *Successions – Libéralités*, Parijs, Montchrestien, 1999, 1024p.
- MCAULEY, M., "The Architecture of Entitlements", *Trusts & Trustees* 1996, Vol. 3, afl. 1, 4 – 7.
- MCFARLANE, B., "The Maxims of Equity" in MCGHEE, J. (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 87 – 103.
- MCFARLANE, B., STEVENS, R., "The nature of equitable property", *Journal of Equity*, Vol. 4, 2010, 1 – 28.
- MCPARLAND, M., *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 976p.
- MEEK, A., "Matrimonial disputes" in COLLINS, S., KEMPSTER, S., McMILLAN, M., MEEK, A., (eds.), *International Trust Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 27 – 43.
- MELLAH, M., MAES, T., "Hoofdstuk XII. Trust" in COUWENBERG, I., HANSEBOUT, A., VANFRAECHEM, L., *Internationaal Privaatrecht. Duiding* 2014, Brussel, Larcier, 2014, 794 – 802.
- MERRILL T.W., SMITH, H.E., "What Happened to Property in Law and Economics?", *The Yale Law Journal* 2001, 357 – 398.
- MERRILL, T.E., "Property and the Right to Exclude", *Nebraska Law Review* 1998, 730 – 755.
- MERRILL, T.W., "Property and the Right to Exclude II", *Brigham-Kanner Property Rights Conference Journal*, Vol 3, 2014, 1 – 25.
- MERRILL, T.W., SMITH, H.E., "The Property/Contract Interface", *Columbia Law Review* 2001, 773 – 852.
- MERRILL, T.W., SMITH, H.E., "What Happened to Property in Law and Economics?", *The Yale Law Journal* 2001, 357 – 398.
- METZGER, A., "Characterization" in BASEDOW, J., HOPT, K.J., ZIMMERMAN, R., en STIER, H., (eds.), *Max Planck Encyclopedia of European Private International Law, Vol. I*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 167 – 170.
- MICHELSENS, A., JANSEN, R., *Notarieel executierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 317p.
- MIHAIL, P., "Family Trust et assurance vie: le riche et le pauvre?" in X (ed.), *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnard*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2008, 203 – 223.
- MISTELIS, L.A., *Charakterisierungen und Qualifikation im internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr, 1999, 309p.
- MOFFAT, G., *Trusts Law, Fifth Edition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 1117p.

MONDY, A., "Zakelijke subrogatie bij een fideicommiss de residuo", *Jura Falc.* 2013 – 2014, 349 – 378.

MORBÉE, K., "De invoering van Europese maatregelen tegen belastingontwijking: een verkenning van de ATAD" in PEETERS, J., RENIERS, K., GOOSSENS, N., *Actuele problemen van financieel, vennootschaps- en fiscaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 171 – 194.

MOREANU, D., "The Trust under Romanian Law – Form of Patrimony Split for Natural and Legal Persons", *Perspectives of Business Law Journal* 2015, 79 – 87.

MORLEY, J., "The Common Law Corporation: The Power of the Trust in Anglo-American Business History", *Columbia Law Journal* 2016, 2146 – 2198.

MOSER, K., "Trusts and foundations in private wealth structuring – What do we learn from recent preliminary rulings?" in DOCCLO, C., (ed.), *Alabaster – IFA 1938 – 2013*, Limal, Anthemis, 2013, 589 – 604.

MOTULSKY, H., "De l'impossibilité juridique de constituer un 'trust' anglo-saxon sous l'empire de la loi française", *Rev. Crit. DIP* 1948, 451 – 468.

MUYLLE, M., "Het eeuwigdurend karakter van het eigendomsrecht. Oude materie, nieuwe perspectieven", *RW* 2013 – 2014, 4 – 16.

M. MUYLLE, *De duur en beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 764p.

N.

NIEDERER, W., *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1954, 405p.

NIEGEL, J., "(Where) Have you already been registered?", *Trusts & Trustees* 2016, 585 – 592.

NIESSEN, R.E.C.M., "Grondslag voor de toepassing van *fraus legis* door de Nederlandse belastingrechter" in KAVELAARS, P., (ed.), *Ongewenste belastingontwijking? De jacht naar fair share*, Rotterdam, EUR, 2013, 71 – 79

NIESSEN, R.E.C.M., "Periodieke uitkering uit trust", *FTV* 2006/9.

NIESTEN, H., DIEPVENS, N., APPERMONT, N., "De veranderlijke gevolgen van de verkoop van een kunstwerk naargelang de aard van de werkzaamheden van de kunstenaar" in ACKAERT, J., *et al.* (eds.), *Liber Amicorum Anne Mie Draye*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 415 – 435.

NOLAN, R., "Equitable Property", *Law Quarterly Review* 2006, 232 – 265.

NOLAN, R., "Powers – General Principles" in MCGHEE, J., (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 255 – 284.

NOLAN, R., "Property in a Fund", *Law Quarterly Review* 2004, 108 – 136.

NOLLET, A., "Contours et alentours de la notion de 'simulation' en droit fiscal belge, 50 ans après Brepols" in BOURGEOIS, M., RICHELLE, I., (eds.), *En quête de fiscalité, et autres propos... Mélanges offert à Jean-Pierre Bours*, Brussel, Larcier, 2011, 125 – 161.

NOLLET, A., "L'article 344, §2 du C.I.R. 1992: essai de contrôle de 'constitutionalité' et de 'conventionalité' d'une disposition légale fiscale belge 'anti-abus'", *RGCF* 2011, 488 – 521.

NOSEDA, F., "Caught in the crossfire between privacy and transparency", *Trusts & Trustees* 2016, 599 – 604.

NOSEDA, F., "Common Reporting Standard and EU beneficial ownership registers: inadequate protection of privacy and data protection", *Trusts & Trustees* 2017, 404 – 409.

NOSEDA, F., "CRS and beneficial ownership registers – a call to action", *Trusts & Trustees* 2017, advance access, 9p.

NUDELHOLC, S., "Modes d'utilisation de l'extranéité par les personnes physiques en vue d'alléger la charge des droits de succession" in CENTRE DE DROIT INTERNATIONAL, *Les paradis fiscaux et l'évasion fiscale*, Brussel, Bruylant, 2001, 117 – 143.

NUDELHOLC, S., "Traitement fiscal du trust" in BOURGEOIS, M., LELEU, Y-H., TAYMAN, J-F., VERBEKE, A-L., *Manuel de Planification Patrimoniale. Les formes alternatives de planification patrimoniale*, Brussel, Larcier, 2010, 155 – 164.

O.

OAKLEY, A.J., *Parker and Mellows: "The modern law of trusts"*, 9th Edition, Sweet & Maxwell, Londen, 2008, 1000p.

OBERSON, X., HULL, H.R., *Switzerland in International Tax Law*, Amsterdam, IBFD, 2011, 430p.

OBERSON, X., *International Exchange of Information in Tax Matters. Towards Global Transparency*, Cheltenham, Elgar, 2015, 288p.

OLDE BIJVANK, S., STEVENS, S.A., "De contouren van een Nederlandse trust", *FTV* 2007/47, 5 – 16.

OZANNE, A., "Effect of foreign forced heirship rules on a Guernsey trust: the Royal Court of Guernsey's decision in *Rothschild v. Pateras* [Judgment 15/2011]", *Trusts & Trustees* 2012, 915 – 917.

P.

PAGONE, T., "Sham Trusts Revisited" *Trusts & Trustees* 2014, 1081 – 1090.

PALTZER, E.H., "Issues regarding Trustees and Protectors located in Switzerland – A Lawyer's View", *Trusts & Trustees* 1996, Vol. 3, afl. 1, 16 – 19.

PANIS, K., HELLEBUYCK, E., "De Wet covered bonds en de Wet mobilisering van schuldvorderingen", *RW* 2012 – 2013, 1157 – 1159.

PANNATIER KESSLER, D., "The recognition of tracing under the Hague Trusts Convention: an analysis of article 11 para 3 lit d from the perspective of Swiss law", *Trusts & Trustees* 2012, 149 – 158.

PANNATIER KESSLER, D., *Le droit de suite et sa reconnaissance selon la Convention de La Haye sur les trusts*, Genève, Schulthess, 2011, 408p.

PATARIN, J., "Détermination du rang de réduction de libéralités résultant d'un trust, en présence, dans le règlement d'une succession régie par le droit français, de donations entre vifs et de legs postérieurs à la date de constitution du trust", *RTD Civ.* 1999, 682 e.v.

PATRICK GLENN, H., "The Historical Origins of the Trust" in MORDECHAI RABELLO, A., *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Jeruzalem, Hamaccabi Press, 1997, 749 – 776.

PAUWELS, M.R.T., "Retroactive tax legislation in view of Article 1 First Protocol ECHR", *EC Tax Review* 2013, 268 – 281.

PEETERS, A., "De vrije keuze van de minst belaste weg bekeken vanuit Europeesrechtelijk perspectief", *AFT* 2011, afl. 10, 6 – 31.

PEETERS, B., "Algemene inleiding over de toepassing van het recht op eigendom in fiscale zaken" in VZW FISKOFON (ed.), *Fiscale rechtspraakoverzichten. Grondrechten in fiscalibus 1989 – 2014*, Brussel, Larcier, 2016, 303 – 328

PEETERS, B., "De algemene fiscale antimisbruikbepalingen. Een commentaar in het licht van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof", *AFT* 2014, afl. 5, 4 – 34.

PEETERS, B., "De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking", *AFT* 2010, afl. 3, 4 – 42.

PEETERS, B., "De dunne lijn tussen belastingontwijking en belastingontduiking?" in MAUS, M., ROZIE, M., *Actuele problemen van het fiscaal strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 25 – 97.

PEETERS, B., "Het fiscaal legaliteitsbeginsel in de Belgische Grondwet: verstrakking of erosie?" in PEETERS, B., VELAERS, J., (eds.), *De Grondwet in groothoekperspectief. Liber amicorum discipulorumque Karel Rimanque*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 509 – 562.

PEETERS, B., "The Protection of the Right to Property in Article 1 of the First Protocol to the European Human Rights Convention Limiting the Fiscal Power of States" in *Liber Amicorum Fiscalium: A Vision of Taxes within and outside European Borders, Festschrift in honour of prof. em. Frans Vanistendael*, Deventer, Kluwer, 2007, 679 – 701.

PEETERS, B., *Fiscale Transparantie: toerekening van inkomsten*, Brussel, Larcier, 2011, 905p.

PEETERS, B., SERÉ, S., "Recente initiatieven tegen belastingontwijking. Impact op multinationale ondernemingen", *TFR* 2016, 866 – 911.

PEETERS, B., SMET, R., "De Vlaamse erf- en registratiebelastingen: over de bevoegdheidsverdelingen, misbruiken en sanctionering. Maakt het uit wie de dienst vervult?" in PINTENS, W., DECLERCK, C., (eds.), *Patrimonium 2016*, Brugge, die Keure, 2016, 295 – 321.

PEETERS, B., SMET, R., "De Vlaamse registratie- en erfbelasting: overzicht van de ontwikkelingen sinds 1 januari 2015", *AFT* 2015, afl. 12, 4 – 51.

PEETERS, B., WUSTENBERGHS, T., "De verenigbaarheid van vage en onbepaalde normen met het fiscale legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel", *AFT* 1999, afl. 3,

PEETERS, I., VERBEKE, A., "Kwaliteitsrekening en trust" in DIRIX, E., VRIESENDORP, R., (eds.), *Inzake kwaliteit: de kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 137 – 161.

- PEETERS, I., "De Wet Financiële Zekerheden: netting, schuldvergelijking en overdracht tot zekerheid", *Droit bancaire et financier – Bank- en financieel recht* 2005, afl. 3, 164 – 178.
- PEETERS, P., "De rechtstreekse toetsing door het Arbitragehof aan het fiscaal legaliteitsbeginsel na de Bijzondere Wet van 9 maart 2003", *AFT* 2005, 8 – 15.
- PENNER, J.E., "Purposes and Rights in the Common Law of Trusts", *Revue Juridique Themis* 2014, 579 – 597.
- PENNER, J.E., "The (True) Nature of a Beneficiary's Equitable Proprietary Interest under a Trust", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2014, 473 – 500.
- PENNER, J.E., *The Idea of Property in Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997, 256p.
- PENNER, J.E., *The Law of Trusts, 9th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 496p.
- PERRIN, J., "Le trust à l'épreuve du droit successoral", Genève, Droz, 2006, 356p.
- PERRIN, J., "The Recognition of Trusts and Their use in Estate Planning under Continental Laws" in ŠARČEVIĆ, P.,
- PETIT, F., "L'étendue des pouvoirs du mandataire à effet posthume (Perspectives et prospectives pratiques après l'arrêt du 12 mai 2010)", *Pétits Affiches* 2012, afl. 182 – 183, 55 – 58.
- PETTIT, P.H., *Equity and the Law of Trusts*, Londen, Butterworths, 2001, 874p.
- PEYROT, A., "How to square the circle? The challenge met by Swiss insolvency law in dealing with common law trusts" in SMITH, L., (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 41 – 66.
- PEYROT, A., "Les défis du droit Suisse de l'insolvabilité face au trust : séparation des patrimoines, publicité et poursuite pour dettes", *McGill Law Journal* 2013, 937 – 966.
- PEYROT, A., *Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse*, Genève, Schulthess, 2011, 378p.
- PHILIPPE, D., "De dubbele structuren: de achilleshiel van de kaaimantaks? Wetsvoorstel tot uitbreiding van de kaaimantaks", *Fiscaal Weekoverzicht* 2016, afl. 24, 1 – 2.
- PICHT, P., "Der Erb-trust und die neue EU-Erbrechtverordnung" in KOESTER-WALTJEN, D., LIPP, V., WATERS, D.W.M. (eds.), *Liber Amicorum Makoto Arai*, Baden-Baden, Nomos, 2015, 535 – 552.
- PICHT, P., KOPP, C., "Common Law Foundations and their recognition – a 'new kid on the block' in Private International Law", *Trusts & Trustees* 2017, 621 – 626.
- PINTENS, W., "Pleidooi voor een rechtsvergelijkende analyse van de reserve" in DECLERCK, C., PINTENS, W., (eds.), *Patrimonium 2015*, Brugge, die Keure, 2015, 413 – 418.
- PINTENS, W., DECLERCK, C., DU MONGH, J., VANWINCKELEN, K., *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1343p.
- PIOTET, P., *Traité de droit civil privé Suisse, Tome IV : Droit successoral*, Fribourg, Editions Universitaires, 1975, 1032p.

PITLO, A., "Het gemene recht en de autonomie van zijn onderdelen", *RM Themis* 1961, 517 – 584.

POPELIER, P., "Basisbeginselen inzake de vereiste van de wettelijke basis als voorwaarde voor een toegelaten inmenging in grondrechten in fiscale zaken" in vzw Fiskofoon (ed.), *Fiscale rechtspraakoverzichten. Grondrechten in fiscalibus 1989 – 2014*, Brussel, Larcier, 2016, 49 – 77.

POPOVICI, A., SMITH, L., "Lepaulle Appropriated" in VALSAN, R., (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 13 – 41.

POPOVICI, A., "Trust in Quebec and Czech Law: Autonomous Patrimonies?", *ERPL* 2016, 929 – 950.

POPOVICI, A., "Trusting Patrimonies" in VALSAN, R., *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 199 – 220.

POSNER, R.A., "Are We One Self or Multiple Selves: Implications for Law and Public Policy", *Legal Theory* 1997, 23 – 35.

PRINCE VON UND ZU LIECHTENSTEIN, M., "Possible Uses of Liechtenstein Wealth Preservation Structures" in SCHURR, F.A., (ed.), *Trusts in the Principality of Liechtenstein and Similar Jurisdictions*, Zürich, Dike Verlag, 2014, 39 – 50.

PRIoux R., "L'admissibilité en Belgique de l'administratiekantoor, de la fiducie et du trust portant sur des actions d'une société de droit belge", *JT* 1996, 149 – 159.

PUELINCKX-COENE, M., *Deel VI 'Erfrecht: Deel I. Openvallen en toewijzing van de nalatenschap, erfovereenkomsten, reserve en inbreng'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 926p.

PUELINCKX-COENE, M., "Over schenkingen de residuo", *TEP* 2007, 190 – 205.

PUELINCKX-COENE, M., GEELHAND, N., BUYSSENS, F., "Overzicht van rechtspraak: testamenten (1993 – 1998)", *TPR* 1999, 786 – 1174.

Q.

QUAGHEBEUR, M., "Belgium. Trusts.", *IBFD*, 2015.

QUIST, P.H.N., "De stichting administratiekantoor in transacties", *WPNR* 2016, 577 – 583.

R.

RAAPE, L., "Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé" in *ACADÉMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, Recueil des Cours, Vol. 50*, Leiden, Nijhoff, 1934, 401 – 544.

RABEL, E., *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, Vol. II, Chicago, Callahan & Company, 1947, 705p.

RABEL, E., *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, Vol. I, Chicago, Callahan & Company, 1945, 745p.

- RACZYNSKA, M., "Parallels between the civilian separate patrimony, real subrogation and the idea of property in a trust fund" in L. SMITH (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 454 – 480.
- RE, C., "Onshore: Italy", *Trusts & Trustees* 2009, 171 – 177.
- REED, E., "France creates the fiducie, at last, and makes other radical changes to the forced heirship rules", *Trusts & Trustees*, 2007, 110 – 111.
- REID, K.G.C., "National Report for Scotland" in KORTMANN, S.C.J.J., HAYTON, D.J., FABER, N.E.D., REID, K.G.C., BIESMANS, J.W.A., (eds.), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer, Kluwer, 2009, 257 – 270.
- REID, K.G.C., "Patrimony Not Equity: the trust in Scotland", *European Review of Private Law* 2000, 427 – 437.
- REVILLARD, M., "France" in D.J. HAYTON, (ed.), *European Succession Laws 2nd Edition*, Bristol, Jordans Publishing, 2002, 211 – 241.
- REVILLARD, M., *Droit international privé et Européen: pratique notariale*, Parijs, Défrenois, 2014, 992p.
- RICKS, M., "Organizational Law as Commitment Device", *Vanderbilt Law Review* 2017, 1304 – 1352.
- RIGAUX, F., FALLON, M., *Droit international privé*, Brussel, Larcier, 2005, 1040p.
- RIGAUX, F., *La théorie des qualifications en droit international privé*, Brussel, Larcier, 1956, 529p.
- RIMANQUE, K., "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", *RW* 1992 – 1993, 6 – 15.
- RIMANQUE, K., *De Grondwet toegelicht, gewikt en gewogen 2004 – 2005*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 401p.
- RIMMER, J., "Big changes in the Ilse of Man", *Trusts & Trustees* 2016, 1082 – 1085.
- RINGE, W.G., "Corporate Mobility in the European Union – a Flash in the Pan? An empirical study on the success of lawmaking and regulatory competition", *European Company and Financial Law Review* 2013, 230 – 267.
- RIVETT, J., "Taxation of Non-resident Trusts in the United Kingdom" *Trusts & Trustees* 2008, 605 – 613.
- ROBERT, E., TOFF, D., "The Substance Requirement and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market", *European Taxation* 2011, 436 – 445.
- ROCK, E., WACHTER, M., "Dangerous Liaisons: Corporate Law, Trust Law, and Interdoctrinal Legal Transplants", *Northwestern University Law Review*, 2002, 651 – 673.
- ROELOFS, E.R., *De private express trust en de legitieme portie*, Deventer, Kluwer, 2011, 260p.
- ROPER, M., "Accounting, disclosure and trustees' costs", *Trusts & Trustees* 2016, 242 – 246.

ROSSIGNOL, K., "No Taxation without legislation": het formeel legaliteitsbeginsel in belastingzaken" in DE JONCKHEERE, M., *et al.* (eds.), *Een reis doorheen de fiscale basisbeginselen*, Brugge, die Keure, 2011, 73 – 106.

ROUNDS, C.E., ROUNDS, C., *Loring and Rounds: A Trustee's Handbook*, New York, Kluwer, 2015, 1896p.

RUDDEN, B., "Gifts and Promises. By John P. Dawson", *Modern Law Review* 1891, 610 (boekrecensie).

RUDDEN, B., "Things as Thing and Things as Wealth", *Oxford Journal of Legal Studies* 1994, Vol. 14, 81 – 97.

RUSSEL, D., GRAHAM, T., "The Panama Papers", *Trusts & Trustees* 2016, 481 – 486.

RUSSEL, D., GRAHAM, T., "Trusts: Weapons of Mass Injustice or Instruments of Economic Progress?", *Trusts & Trustees* 2017, 363 – 369.

RUYSEVELDT, J., *Praktijkgids Successieplanning*, Knokke-Heist, Ruysseveldt, J., , 2013, 948p.

RYAN, K.W., "The Reception of the Trust", *International and Comparative Law Quarterly* 1961, 265 – 283.

S.

SAGAERT, V., GRUYAERT, D., "Een nieuw wetgevend kader voor de kwaliteitsrekening", *RW* 2014 – 2015, 522 – 533.

SAGAERT, V., "Beslag op een derdenrekening van een advocaat. De teloorgang van het vermogensbegrip" (noot onder Cass. 27 januari 2011), *RW* 2010 – 2011, 1776 – 1179.

SAGAERT, V., "De derdenrekening van een advocaat: een algemene kwaliteitsrekening?" (noot onder Brussel 26 maart 2002), *TBBR/ RGDC* 2003, 317 – 327.

SAGAERT, V., "Het *fideicomis de residuo* door de bril van het goederenrecht: mogelijkheden, beperkingen en evoluties" in CARETTE, N., BARBAIX, R., (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 145 – 166.

SAGAERT, V., "Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van vermogensrechten", *TPR* 2005, 983 – 1086.

SAGAERT, V., "Het verbod van erfstellingen over de hand voorbijgestreefd?" in SWENNEN, F., BARBAIX, R., (eds.) *Over Erven – Liber Amicorum M. Puelinckx-Coene*, Mechelen, Kluwer, 2006, 387 – 409.

SAGAERT, V., "Party Autonomy in French and Belgian Law" in WESTRIK, R., VAN DER WEIDE, J., (eds.), *Party Automomy in International Property Law*, Munchen, Sellier European Law Publishers, 2011, 119 – 143.

SAGAERT, V., TILLEMEN, B., VERBEKE, A-L., , *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 500p.

SAGAERT, V., *Deel V 'Goederenrecht' in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 785p.

- SAGAERT, V., JANSEN, R., "Goederenrecht: de gestage groei naar een conventioneel vermogensrecht", *RW* 2010 -2011, 68 – 73.
- SAGAERT, V., SEELDRAYERS, H., "De wet financiële zekerheden", *RW* 2004 – 2005, 1521 – 1550.
- SAGAERT, V., *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 792p.
- SALOM, J., "The Attribution of Income in Swiss and International Tax Law", *Bulletin for International Taxation*, 2011, 394 – 407.
- SAMOY, I., *Middellijke Vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 506;
- SANCHEZ DE LOZADA, L., *Trust expres privé, fidéicomis latino-américain et fiducie française*, Saarbrücken, Editions Universitaires Européennes, 2012, 691p.
- SÁNDOR, I., "Different types of trust from an Ownership Aspect", *ERPL* 2016, 1189 – 1216.
- SANO, C., "National Tax Presumptions and EU Law", *EC Tax Review* 2014, 194 – 206.
- SCAILTEUR, C., "Le choix de la voie moins imposée – Réflexions à propos d'un arrêt de Cassation récent" in X (ed.), *Réflexions offerts à P. Sibille*, Brussel, Bruylant, 1981, 799 – 808.
- SCHOENBLUM, J.A., "The Role of Legal Doctrine in the Decline of the Islamic Waqf: A Comparison with the Trust", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1999, 1191 – 1227.
- SCHOORDIJK, H.C.F., "Trust en rechtspersoonlijkheid, afgescheiden vermogen, vertegenwoordiging en bewindsbevoegdheid" in COUSY, H., DIRIX, E., STIJNS, S., STUYCK, J., (eds.), *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 573 – 586.
- SCHREUDER, E., "De machten van de Koning inzake belastingen", *RW* 1961 – 1962, kol. 2295 – 2304.
- SCHURR, F.A., "A Comparative Introduction to the Trust in the Principality of Liechtenstein" in SCHURR, F.A., (ed.), *Trusts in the Principality of Liechtenstein and Similar Jurisdictions*, Zürich, Dike Verlag, 2014, 3 – 39.
- SCHUTTEVÅER, H., *Privaatrecht en belastingrecht. Betrekkingen en wisselwerkingen*, Deventer, Kluwer, 1972, 188p.
- SCOTT, A.W., "The Nature of the Rights of the Cestui Que Trust", *Columbia Law Review* 1917, 269 – 270.
- SEGIER, S., BENTLEY, M., "Le droit fiscal se fonde sur des réalités: une fiction?", *RGCF* 2009, afl. 5, 11 – 19.
- SENAEVE, P., SWENNEN, F., VERSCHULDEN, G., (eds.), *Meerderjarige beschermde personen*, Brugge, die Keure, 536p.
- SEILER, M., *Trust und Treuhand im schweizerischen Recht – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtstellung des Trustees*, Zürich, Schulthess, 2005, 168p.
- SEYNS, S., CEENAEME, G., "De private stichting in de praktijk doorgelicht", *VIP* 2016, afl. 3, 12 – 25.

- SHAH, B., "Trustee's indemnity and creditor's rights", *Trusts & Trustees* 2013, 79 – 85.
- SHER, H., "Trusts in South Africa", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 7, 11 – 13.
- SHERIDAN, L.A., "Public and Charitable Trusts" in WILSON, W.A., (ed.), *Trusts and Trust-Like Devices*, Londen, British Institute of International and Comparative Law, 1981, 21 – 43.
- SIEHR, K., "General Problems of Private International Law in Modern Codifications" in ŠARČEVIĆ, P., VOLKEN, P., BONOMI, A., (eds.), *Yearbook of Private International law, Vol. VII*, München, Sellier, 2006, 17 – 61.
- SITKOFF, R., "An Agency Costs Theory of Trust Law", *Cornell Law Review* 2004, 621 – 684.
- SITKOFF, R., "Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning" in SMITH, L., (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 428 – 453.
- SMET, P., *Handboek roerende voorheffing*, Kalmthout, Biblo, 2003, 524p.
- SMIT, D.S., "Substance Requirements for Entities Located in a Harmful Tax Jurisdiction under the CFC Rules and the EU Freedom of Establishment", *Derivatives and Financial Instruments* 2014, 259 – 265.
- SMIT, D.S., "The relationship between the free movement of capital and the other EC Treaty freedoms in third country relationships in the field of direct taxation: a question of exclusivity, parallelism or causality?", *EC Tax Review* 2007/6, 252 – 267.
- SMIT, D.S., *EU Freedoms, Non-EU Countries and Company Taxation*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2012, 936p.
- SMITH, H.E., "Exclusion versus Governance: Two Strategies for Delineating Property Rights", *Journal of Legal Studies* 2002, S453 – S487.
- SMITH, H.E., "Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information", *The Yale Law Journal* 2007, 1742 – 1822.
- SMITH, L., "Scottish Trusts in the Common Law" in VALSAN, R., *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 127 – 159.
- SMITH, L., "Stateless trusts" in SMITH, L., (ed.), *Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 89 – 100.
- SMITH, L., "Trust and Patrimony", *Estates, Trusts and Pensions Journal*, 2009, 332 – 354.
- SMITH, S.M., BAYLISS, S., "Conflict of laws and the proper law of trusts: sufficient protection of proprietary interests?", *Trusts & Trustees* 2015, 1064 – 1081.
- SOBRIE, S. *Procederen qualitate qua*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 368p.
- SONNEVELDT, F., "De positie van de beneficiary in het kader van de Anglo-Amerikaanse trust", *TEP* 2006, 285 – 307.
- SONNEVELDT, F., "Een doelredenering rondom een doelvermogen: recente ontwikkelingen inzake de irrevocable discretionary trust", *WFR* 1999/14
- SONNEVELDT, F., *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956*, Amersfoort, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, 2000, 340p.

- SONNEVELDT, F., VRIJMOED, M., "Estate planning in the Netherlands" in BASHA, L-A., (ed.), *A Guide to International Estate Planning, 2nd Edition*, Chicago, ABA Publishing, 2014, 487 – 523.
- SPARKES, P., *European Land Law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2007, 634p.
- SPRUYT, E., "Antimisbruikbepaling in registratie- en successierecht: nieuwe ontwikkelingen", *TEP* 2013, 6 – 38.
- STAEHELIN, D., "Trusts im schweizerischen Zwangvollstreckungsrecht" in MARKUS, A.R., KELLERHALS, A., JAMETTI GREINER, C., (eds.), *Das Haager Trust-Übereinkommen und die Schweiz*, Zürich, Schulthess, 2003, 59 – 87.
- STEIN, P., *Roman Law in European History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 148p.
- STEWART, D.P., "Private International Law: a Dynamic and Developing Field", *University of Pennsylvania Journal of International Law* 2009, 1121 – 1131.
- STILLE, A.L.G.A., "De 'Haagse' trust in het familie-, huwelijksvermogens- en erfrecht (family estate planning)", *WPNR* 1997, 561 – 566.
- STONE, H.F., "The Nature of the Rights of the Cestui Que Trust", *Columbia Law Review* 1917, 467 – 501.
- STORME, H., "Vreemd recht voor de Belgische rechter", *NJW* 2005, 1154 – 1166.
- STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story – Scientia, 1962, 475p.
- STORME, M.E., "De drievoudige gelaagdheid van schuldvorderingen en hun bescherming" in COUSY, H., DIRIX, E., STIJNS, S., STUYCK, J., (eds.), *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 329 – 342.
- STORME, M.E., "De kwaliteitsrekening zakenrechtelijk bekeken" in DIRIX, E., VRIESENDORP, R., (eds.), *Inzake kwaliteit: de kwaliteits- of derdenrekening naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 55 – 79.
- STORME, M.E., "Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, 703 – 814.
- STORME, M.E., "Vertrouwen is goed, dual ownership is beter. Elf essentialia bij de invoering van trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgische recht", *RW* 1996 – 1997, 137 – 154.
- STORME, M.E., "Zekerheidsoverdracht, *numerus clausus* van zakelijke rechten, en andere zekerheidsmechanismen na cassatie-arrest van 17 oktober 1996" (noot onder Cass. 17 oktober 1996), *RW* 1996 – 1997, 1399.
- STORME, M.E., "Overdracht van roerende goederen, vestiging van pandrecht, eigendomsvoorbehoud: een poging tot systematisatie" in *Het Zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit, XVIII^o Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1991 – 1992*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 403 – 510.
- STORME, M.E., *Zekerheden- en insolventierecht*, Gent-Mariakerke 2016, 1197p.
- STORME, M.E., *Handboek Vermogensrecht*, Gent-Mariakerke 2010, I, 236p.

STRIKWERDA, L., *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2012, 319p.

STRUYCKEN, T.H.D., *De numerus clausus in het goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 870p.

STRUYCKEN, T.H.D., "The Numerus Clausus and Party Autonomy in the Law of Property" in WESTRIK, R., VAN DER WEIDE, J., (eds.), *Party Automomy in International Property Law*, Munchen, Sellier European Law Publishers, 2011, 59 – 82.

SWADLING, W., "Chapter 4: General Principles" in BURROWS, A., (ed.), *English Private Law, 3rd edition*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 173 – 306.

SWADLING, W., "Trusts and Ownership: A Common Law Perspective", *ERPL* 2016, 951 – 972.

SWADLING, W., A. BRAUN, "Chapter Six. Management: Trust, *Treuhand* and *Fiducie*" in VAN ERP, S., AKKERMANS, B., (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2012, 553 – 616.

SWENNEN, F., *Het Personen- en Familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 582p.

SWENNEN, H., "Trustachtige figuren in België?", *TPR* 1992, 1097 – 1122.

SWINNEN, K., "Het nutsvereiste bij erfdiensbaarheden: one of a kind?", *TPR* 2015, 1157 – 1234.

SYMOENS, H., "Waarom hij wel en ik niet? Het fiscaal grondwettelijk gelijkheidsbeginsel" in DE JONCKHEERE, M., *et al.* (eds.), *Een reis doorheen de fiscale basisbeginselen*, Brugge, die Keure, 2011, 1 – 28.

T.

T'KINT, F., *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Brussel, Larcier, 2004, 480p.

TAS, R., "De private stichting en de certificering van aandelen" *TRV* 2004, 436 – 456.

TERRA, B.J.M., WATTEL, P., *European Tax Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2012, 1144p.

TERRÉ, F., (ed.), *EIRL : l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, Parijs, Lexisnexis, 2011, 300p.

THEUNIS, J., "Het fiscaal legaliteitsbeginsel. Een stand van zaken na 10 jaar rechtspraak van het Arbitragehof", *TFR* 2006, 79 – 96.

THÉVENOZ, L., "Les trusts sont-ils effectivement reconnus en Suisse? : un bilan sept ans après la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts", *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier* 2014, 161 – 174.

THÉVENOZ, L., *Trusts in Switzerland: Ratification of the Hague Convention on Trusts and Codification of the Law of Fiduciary Transfers*, Zürich, Schulthess, 2001, 400p.

THOMAS, G.W., A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 1681p.

THOMAT-RAYNAUD, A.L., *L'unité du patrimoine: essai critique*, Parijs, Défrenois, 2007, 552p.

- TIBERGHIE, A., "De interpretatie van de fiskale wet", *AFT* 1959 – 1960, 7 – 34.
- TIBERGHIE, A., "Is het belastingrecht autonoom?", *AFT* 1966, 289 – 291.
- TIBERGHIE, A., *Handboek voor fiscaal recht 2016 – 2017*, Mechelen, Kluwer, 2016, 2279p.
- TIBERGHIE, A., *Handboek voor fiscaal recht*, Brussel, CED Samsom, 1976, 593p.
- TIBERGHIE, A., *Inleiding tot het Belgisch fiscaal recht*, Antwerpen, Kluwer, 1986, 518p.
- TICHÝ, L., "Recognition of a Trust as a Specific Problem in Private International Law", *ERPL* 2016, 1156 – 1188.
- TIRARD, J.-M., "Trusts and French Gift Tax: The Decision of the French *Cour de Cassation* of 15 May 2007", *Trust Law International* 2008, 3 – 7.
- TORFS, N., "Komt de juridische schenking uit het erfrecht nog wel overeen met wat maatschappelijk als een schenking wordt ervaren?", *TEP* 2014, 334 – 343.
- TOURNICOURT, R., "Recente ontwikkelingen in de rechtspraak inzake veining", *AFT* 1987, 237 – 243.
- TRAEEST, M., "Artikel 18: wetsontduiking" in ERAUW, J., FALLON, M., *et al.* (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd – Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 97 – 101.
- TRAVERS, M., "De la validité du point de vue français des trusts créés par des étrangers sur des biens soumis à la loi française ou par des français sur des biens situés hors de France", *Rev. Crit. DIP* 1909, 521 – 535.
- TRIANAPHYLLOPOULOS, J., "Aristotle's Equity" in MORDECHAI RABELLO, A., *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Jeruzalem, Hamaccabi Press, 1997, 12 – 22.
- TRIPET, F., *Trusts patrimoniaux anglo-saxons et droit fiscal français*, Parijs, Litec, 1989, 259p.
- TRITT, L., "The Limitations of an Economic Agency Cost Theory of Trust Law", *Cardozo Law Review* 2010 – 2011, 2579 – 2640.
- TROTABAS, L., "L'autonomie du droit fiscal est-elle susceptible de favoriser les accords internationaux" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal, Vol. 2* (1939), Amsterdam, Swets & Zeitlinger, 1965, 34 – 45.
- TRUYEN, P., "De fiscale gevolgen van de zakenrechtelijke natrekking", *AFT* 2009, afl. 3, 6 – 41.
- TURPYN, E., "Het finaal verrekenbeding: een verboden erfovereenkomst?", *T.Not.* 2010, 59 – 65.

U.

- UBERTAZZI, B., "The trust in Spanish and Italian private international law", *Trusts & Trustees* 2006, afl. 10, 14 – 19.
- UNDERHILL, A., HAYTON, D.J., *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 1107p.

V.

VALSAN, R., "The trust as patrimony: an introduction" in VALSAN, R., (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 3 – 9.

VAN ACOLEYEN, O., *Successierecht. Deel I*, Brussel, Fiscale Hogeschool, 1976, 997p.

VAN BELLE, S., "De beoordeling van hybride financieringsinstrumenten in de buitenlandse rechtspraak", *TFR* 2014, 981 – 992.

VAN BOESCHOTEN, C.D., "Haagse Trustverdrag in Nederlands Perspectief" in *Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht*, Lelystad, Koninklijke Vermande BV, 1994, 1 – 44.

VAN BORTEL, D., "Het classificatievraagstuk. Buitenlandse transparante entiteiten in het Belgische belastingrecht", *AFT* 2009, afl. 3, 42 – 76.

VAN BOVEN, R., "De Belgische private stichting als certificeringsvehikel: onbekend is onbemind", *TEP* 2014, afl. 2, 108 – 146.

VAN BOXSTAEL, J-L., FONTEYN, J., "Le trust et l'acquisition ou la vente d'un immeuble situé en Belgique", *Notamus* 2015, afl. 1, 46 – 50.

VAN CALSTER, G., *European Private International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, 576p.

VAN CALSTER, G., "L'EEX nouveau (ofte: Brussel Ibis) est arrivé. De hervorming van de moeder van het Europees Internationaal Privaatrecht", *RW* 2014 – 2015, 1143 – 1160.

VAN CALSTER, G., "Brussel I(bis)-Verordening: exclusieve bevoegdheidsgronden en forumbedingen" in ALLEMEERSCH, B., KRUGER, T., (eds.), *Handboek Europees Burgerlijk Procesrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 1 – 21.

VAN CALSTER, G., "Wat betekent het begrip 'huwelijksvermogensrecht' in het IPR en welke praktische implicaties heeft de regeling inzake huwelijksvermogensrecht in het WIPR?" in DECLERCK, C., PINTENS, W., (eds.), *Patrimonium 2015*, Brugge, die Keure, 2015, 237 – 248.

VAN CROMBRUGGE, S., "'Er komen andere tijden': over de grondwettigheid van de antimisbruikbepalingen in het Belgisch fiscaal recht", *TRV* 2013, 75 – 77.

VAN CROMBRUGGE, S., "De evolutie van het inkomstenbelastingenrecht", *RW* 1986 – 1987, kol. 1551 – 1552.

VAN CROMBRUGGE, S., "De invoering van het leerstuk van fraus legis of wetsontduiking in het Belgisch fiscaal recht", *TRV* 1993, 271 – 286.

VAN CROMBRUGGE, S., "Fraus legis of wetsontduiking in het Belgisch fiscaal recht anno 2012", *TRV* 2012, 537 – 562.

VAN CROMBRUGGE, S., *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Schoten, Biblo, 2014, 78p.

VAN DE VELDE, E., 'Afspraken' met de fiscus: de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen, Brussel, Larcier, 2009, 589p.

- VAN DE VELDE, E., "Enkele topics van estate planning door de fiscale bril van de Rulingdienst", *TEP* 2011, 125 – 152.
- VAN DE VELDE, J., *Timesharing van onroerend goed: een rechtsvergelijkende en rechtseconomische analyse*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 944p.
- VAN DE VIJVER, A., "De evolutie van het fiscaal gelijkheidsbeginsel in het licht van de rechtsfilosofische achtergronden" in vzw Fiskofoon (ed.), *Fiscale rechtspraakoverzichten. Grondrechten in fiscalibus 1989 – 2014*, Brussel, Larcier, 2016, 124 – 151.
- VAN DE WOESTEYNE, I., "Belasting van verduisterde sommen als beroepsinkomen: de ene diefstal is de andere niet" (noot onder Cass. 22 november 2013), *TFR* 2014, 717 – 725.
- VAN DE WOESTEYNE, I., *Fiscaal recht in essentie*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 408p.
- VAN DEN BOSSCHE, A., COVELIERS, D., "De Belgische private stichting herbekeken" in PINTENS, W., DECLERCK, C., (eds.), *Patrimonium 2010*, Brugge, die Keure, 299 – 322.
- VAN DER KROFT, A.J.S., "Zelfstandige belastingplicht voor irrevocable discretionary trust", *Fisikaal* 2005/1, 15 – 20.
- VAN DER POEL, J., *Random compositie en compromis*, Utrecht, Kemink en zn., 1942, 458p.
- VAN DYCK, J., "Nieuwe, meer 'volwassen' algemene antimisbruikbepaling", *Fiscoloog* 2012, afl. 1284, 3 – 7.
- VAN ERP, S., "A numerus quasi-clausus of property rights as a constitutive element of a future European property law?", *Electronic Journal of Comparative Law*, 2003, 12p.
- VAN ERP, S., "Chapter one. General Issues: Setting the Scene"" in VAN ERP, S., AKKERMANS, B., (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford – Portland, Hart Publishing, 2012, 37 – 96.
- VAN GEEL, A., BIESMANS, A., DE NOLF, E., "Cassatie aanvaardt sterfhuisclausule", *Fisc.Act.* 2011, afl. 5, 4 – 7.
- VAN GERVEN, D., "De private stichting en de stichting van openbaar nut", *TBBP/RGDC* 2003, 347 – 368.
- VAN GERVEN, D., *Handboek Stichtingen*, Antwerpen, Biblo, 2004, 442p.
- VAN GERVEN, W., *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 436p.
- VAN GERVEN, W., *Deel I 'Algemeen Deel' in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1987, 519p.
- VAN HECKE, G., "Trust en successierechten" in X. (ed.), *Liber Amicorum Professor Baron Jean Van Houtte*, II, Brussel, Elsevier, 1975, 1063 – 1069.
- VAN HECKE, G., m.m.v. LENAERTS, K., *Internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Story-Scientia, 1989, 435p.
- VAN HOECKE, M., *De interpretatievrijheid van de rechter*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 450p.
- VAN HOEPEN, A.J., "Naschrift", *WPNR* 2014, 725 – 729.

- VAN HOEPEN, A.J., "Never trust a trust", *WPNR* 2014, 195 – 203.
- VAN HOUTTE, J., "De interpretatie van fiscale wetten", *AFT* 1954 – 1955, 313 – 322.
- VAN HOUTTE, J., "L'autonomie du droit fiscal et le problème des doubles impositions" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal, Vol. 2* (1939), Amsterdam, Swets & Zeitlinger, 1965, 24 – 33.
- VAN HOUTTE, J., *Beginselen van Belgisch Belastingrecht*, Brussel, Bruylant, 1979, 677p.
- VAN LAERE, D., MISSOUL, P., "De trust en het nieuwe IPR Wetboek", *Successierechten – Nieuwsbrief* 2005, afl. 4, 4 – 8.
- VAN LOOCK, S., "A 'Belvédère' on international finance law", *European Property Law Journal* 2012, 166 – 175.
- VAN LOON, H., "L'actualité de la convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance" in X. (ed.), *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Parijs, Défrenois, 2007, 223 – 241.
- VAN MENS, K.L.H., FABER, A.L., "Faus legis. Het grijze gebied tussen belastingontduiking, belastingontwijking en geoorloofde financiële planning", *TFR* 2008, 215 – 225.
- VAN MENS, K.L.H., *Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip*, Deventer, Kluwer, 1985, 404p.
- VAN NESTE, F., *Deel V 'Zakenrecht, I'* in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 507p.
- VAN OMMESLAGHE, P., "Droit commun et droit fiscal", *JDF* 1989, 5 – 32.
- VAN PEURSEM, G.R.B., *Enige juridische aspecten van de overeenkomst met derdenbeding naar huidig en nieuw BW*, Deventer, FED, 1990, 76p.
- VAN QUICKENBORNE, M., "Het legaat de residuo", *TPR* 1972, 621 – 669.
- VAN VLIET, L., *Transfer of moveables in German, French, English and Dutch Law*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2000, 253p.
- VAN ZANTBEEK, A., "Constructies aangeven", *TFR* 2014, 511 – 515.
- VAN ZANTBEEK, A., "Olsen. Duidelijke krijtlijnen voor CFC-wetgeving, transparante belastingheffingen en kaaimantaksen binnen de Europese Unie" (noot onder EVA-Hof 9 juli 2014), *TFR* 2015, 945 – 948.
- VAN ZANTBEEK, A., "Recently published tax rulings enliven trusts in Belgium: *Ruling 900.189 (7 July 2009), Ruling 700.112 (8 December 2009) and Ruling 900.329 (22 December 2009)*", *Trusts & Trustees* 2010, 862 – 866.
- VAN ZANTBEEK, A., "Trust een marginaal juridisch fenomeen?", *TFR* 2012, 115 – 117.
- VANANROYE, J., "Slingerende toerekening: de zakelijke rechten in een maatschap", *TRV* 2014, 233 – 259.
- VANANROYE, J., "Vermogensstructuur, aansprakelijkheid en verhaalbaarheid in de maatschap" in BOUCKAERT, F., DENEFF, M., GEENS, K., *et. al., Knelpunten van 30 jaar vennootschapsrecht*, Biblio, Kalmthout, 1999, 205 – 296.

VANANROYE, J., FORIERS, R., "Een juridische zombie: de maatschap als kwalificatie voor een onbenoemde of feitelijke samenwerking" (noot onder Brussel 14 december 2010), *TRV* 2015, 767 – 787.

VANANROYE, J., LINDEMANS, G., "Het einde van de wereld die we kennen is nabij", *TRV* 2015, 701 – 702.

VANANROYE, J., LINDEMANS, G., "Schuldeisersbescherming in het vennootschapsrecht: een rouwbericht" in VRG ALUMNI (ed.), *Recht in beweging – 24^e VRG-Alumnidag*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 2017, 293 – 312.

VANANROYE, J., MARIËN, L., "Fraus en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht" in SAMOY, I., DE BOECK, A., STIJNS, R., VAN RANSBEECK, R., *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 107 – 146.

VANANROYE, J., *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 411p.

VANANROYE, J., *Organisatierecht: werfbezoek aan een onvoltooide piramide*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 76p.

VANDENDIJK, M., HENDRICKX, C., "Angelsaksische trust. Gebruik in het kader van successieplanning voor Belgische rijksinwoners", *AFT* 2008, afl. 5, 11 – 23.

VANHAELST, S., GOSSIAUX, M., "La planification successorale via trust et fondation est-elle efficace? Etat de la question à la suite, notamment, du vote de la taxe Caïman" in X (ed.), *La planification successorale – 2^e édition*, Limal, Anthemis, 2015, 169 – 205.

VANHEESWIJCK, L., "Antimisbruikbepaling en inkoop van eigen aandelen" (noot onder Rb. Bergen 8 mei 2003), *TFR* 2003, 878 – 883.

VANHEESWIJCK, L., GARABEDIAN, D., HAELTERMAN, A., "De doelstellingen van een fiscale bepaling. Zoektocht naar de grenzen van 'fiscaal misbruik' in de nieuwe algemene antimisbruikbepalingen", *TFR* 2012, 741 – 766.

VANISTENAEL, F., "The International Information Exchange Puzzle", *Tax Notes International* 2014, afl. 13, 1149 – 1153.

VANISTENDAEL, F., "De Panama-moraal", *AFT* 2016, afl. 5, 2 – 3.

VANISTENDAEL, F., "Werk aan de winkel: de Multilaterale Conventie", *AFT* 2017, afl. 3, 2 – 4

VANNESTE, L., "Winstuitkeringen van een Franse SCI: Cassatie verandert het geweer van schouder", *Fisc.Act.* 2016, afl. 39, 8 – 10.

VANTHORRE, E., "De zakenrechtelijke aspecten van het fideïcommis de residuo in vergelijking met de Angelsaksische trust en het Franse erfrecht", *Jura Falc.* 2011 – 2012, 417 – 462.

VENEMA, C. *Æ Trustrecht en Bewind*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1954, 326p.

VENEMA, U., "Het Haagse Trustverdrag: de in het verdrag voorziene 'externe werking' van Anglo-Amerikaanse trusts (I)", *WPNR* 1993, 363 – 369.

VENEMA, U., "Het Haagse Trustverdrag: de in het verdrag voorziene 'externe werking' van Anglo-Amerikaanse trusts (II)", *WPNR* 1993, 391 – 397.

VENEMA, U., "Het Haagse Trustverdrag: de in het verdrag voorziene 'externe werking' van Anglo-Amerikaanse trusts (III)", *WPNR* 1993, 447-452.

VERBEKE, A., "Certificering van effecten. Nuttig instrument voor successieplanning?", *Not.Fisc.M.* 1999, 43 - 67.

VERBEKE, A., BYTTEBIER, J., "Onroerende en hypothecaire publiciteit: organisatie en tegenwerpelijheid", *RW* 1997 - 1998, 1099 - 1127.

VERBEKE, A.-L., "Artikel 123. Internationale bevoegdheid inzake de trust" in ERAUW, J., FALLON, M., *et al.* (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd - Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 661 - 663.

VERBEKE, A.L.P.G., VIJFEIJKEN, I.J.F.A., "Het begrip 'krachtens erfrecht' in civiel- en fiscaalrechtelijke zin" in ESSERS, P.H.J., HAPPÉ, R.H., MEUSSEN, G.T.K., *et al.* (eds.), *Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2000, 23 - 46.

VERBEKE, A.-L., BARBAIX, R., *Kernbegrippen Familiaal Vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 318p.

VERBEKE, A.-L., "Artikel 122. Kenmerken van de trust" in ERAUW, J., FALLON, M., *et al.* (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd - Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 653 - 660.

VERBEKE, A.-L., "Artikel 124. Recht toepasselijk op de trust" in ERAUW, J., FALLON, M., *et al.* (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd - Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 664 - 668.

VERBEKE, A.-L., "Artikel 125. Toepassingsgebied van het recht toepasselijk op de trust" in ERAUW, J., FALLON, M., *et al.* (eds.), *Het Wetboek Internationaal Privaatrecht becommentarieerd - Le Code de droit international privé commenté*, Antwerpen/Brussel, Intersentia/Bruylant, 2006, 669 - 670.

VERBEKE, L., "Trusts in Belgique: liaisons dangereuses", *TPR* 2012, 693 - 704.

VERDICKT, B., "De Amerikaanse *estate tax* en de Engelse *inheritance tax*. Het belang van het onderscheid tussen een vermogensbelasting en een verkrijgingsbelasting", *Successierechten* 2016, afl. 6, 1 - 6.

VERDICKT, B., ELSERMANS, R., "Internationale successieplanning na de Erfrechtverordening. Kernpunten en nieuwigheden in negen topics", *AFT* 2016, afl. 10, 26 - 35.

VERHAERT, I., "De overdraagbaarheid van gecertificeerde effecten door het administratiekantoor in het licht van de wet van 15 juli 1998", *V&F* 2000, 2 - 27.

VERHAGEN, H.L.E., "Het Haagse Trustverdrag" in HAYTON, D.J., KORTMANN S.C.J.J., *et al.* (eds.), *Vertrouwd met de trust. Trusts and trust-like arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, 69 - 123.

VERMEERSCH, B., "Fiscale grondbeginselen in het registratie- en successierecht" in DE JONCKHEERE, M., *et al.* (eds.), *Een reis doorheen de fiscale basisbeginselen*, Brugge, die Keure, 2011, 293 - 325.

VERSÉE, T., "Over de beweerdde autonomie van het fiscaal recht", *AFT* 1966, 389 - 402.

- VERSTRAETE, H., MIGALSKI, L., "De « kaaimantaks » : analyse en eerste bedenkingen", *VIP* 2015, 4 – 15.
- VISCHER, B., "Recent developments: Switzerland", *Trusts & Trustees* 2016, 43 – 58.
- VOET, L., *Handboek Estate Planning. Bijzonder deel 5. Artikel 7 W.Succ.: schenking of natuurlijke verbintenis?*, Brussel, Larcier, 2010, 90p.
- VOGT, N.P., PANNATIER KESSLER, D., "Switzerland" in COLLINS, S., KEMPSTER, S., McMILLAN, M., MEEK, A., (eds.), *International Trust Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 477 – 487.
- VOLKEN, P., BONOMI, A., (eds.), *Yearbook of Private International law, Vol. X*, München, Sellier, 2009, 629 – 666.
- VON BAR, C., CLIVE, C. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Vol. 6, München, Sellier, 2009, 6704p.
- VON MISES, L., "Economic Calculation in the Socialist Commonwealth" in HAYEK, F.A., (ed.), *Collectivist Economic Planning*, Londen, Routhledge, 1935, 87 – 130.
- VON OVERBECK, A., *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention*, HCCH Publications, 1985, 46p.
- VON OVERBECK, A.E., "Law applicable to, and Recognition of Trusts in Switzerland: the Possible Future under the Hague Convention", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 5, 5 – 12.
- VON SAVIGNY, F.C., *System des heutigen Römischen Rechts*, VIII, Berlijn, 1849, 540p.
- VONKEN, A.P.M.J., SCHOLS, F.W.J.M., IBILI, F., , *Internationaal privaatrecht. Internationaal personen-, familie- en erfrecht* in C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deventer, Kluwer, 2016, 719p.
- VONKEN, A.P.M.J., VERHAGEN, H.L.E., KRAMER, X.E., VAN DONGEN, S., *Internationaal Vermogensrecht* in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deventer, Kluwer, 2015, 1000p.
- VONKEN, A.P.M.J., VERHAGEN, H.L.E., KRAMER, X.E., VAN DONGEN, S., *Algemeen Deel IPR* in C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deventer, Kluwer, 2013, 595p.
- VOS, R., "Migration of Trusts and Change of Proper Law", *Trusts & Trustees* 2001, afl. 5, 24 – 29.
- VRIESENDORP, R.D., "Het Nederlandse goederenrecht en het Haags Trustverdrag" in *Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht*, Lelystad, Koninklijke Vermande BV, 1994, 45 – 106.
- VRIESENDORP, R.D., "Schuldeisers en het Haagse Trustverdrag: einde van het verhaal?", *WPNR* 1997, 556 – 561.
- VUILLEUMIER, F., "Swiss taxation of trusts currently and in the future", *Trusts & Trustees* 2007, afl. 2, 53 – 56.

W.

- WACH, T., "Forced heirship and the Common Law trust – Especially from the Swiss Point of View – Part I", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 5, 15 – 19.
- WACH, T., "Forced heirship and the Common Law trust – Especially from the Swiss Point of View – Part II", *Trusts & Trustees* 1996, afl. 6, 21 – 25.
- WARSON, E., *Invulling en precedentwaarde van rulings*, Brussel, Larcier, 2010, 210p.
- WATERS, D., "The Nature of the Trust Beneficiary's Interest", *Canadian Bar Review* 1967, 219 – 283.
- WATERS, D.W.M. "The Trust: Continual Evolution of a Centuries-Old Idea", *Journal of International Trust and Corporate Planning* 2007, 207 – 256.
- WATERS, D.W.M., "The Concept Called "The Trust", *Bulletin for International Fiscal Documentation* 1999,
- WATERS, D.W.M., "The Hague Trusts Convention twenty years on" in GRAZIDEI, M., MATTEI, U., SMITH, L., (eds.), *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 56 – 97.
- WATSON, A., *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, 2nd Edition*, Athens, GA, Georgia University Press, 1993, 140p.
- WATT, G., *Trusts and Equity, 5th Edition*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 640p.
- WATTÉ, N., "Droit international privé (conflits de lois) (seconde partie)", *RCJB* 2005, 251 – 329.
- WAUTELET, P., MARY, J., "Le règlement 650/2012 relatif aux successions internationales . Aperçu et principes généraux", *JT* 2016, 377 – 390.
- WEBB, C., AKKOUH, T., *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 393p.
- WEBB, J.P., "An ever-reducing core? Challenging the legal validity of offshore trusts", *Trusts & Trustees* 2015, 476 – 487.
- WEBER, D., "Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the CJEU, Part 2", *European Taxation* 2013, 313 – 328.
- WEBER, D., *Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms, A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, 224p.
- WERDEFROY, F., *Registratierechten 2014 – 2015*, Mechelen, Kluwer, 2015, 3244p.
- WEYTS, L., "De private stichting: een nieuwe uitdaging voor het notariaat", *T.Not.* 2004, 78 – 103.
- WEYTS, L., "L'adaptation des droits réels selon le règlement européen sur les successions internationales", *Rev.not.b.* 2014, 763 – 769.

- WEYTS, L., "To trust or not to trust: het notariaat geconfronteerd met deze Angelsaksische rechtsfiguur, from the frontdoor to the backdoor", *T.Not.* 2017, 389 – 402.
- WHEELER, J., "Taxation of Trusts in Common Law Jurisdictions" in DANON, R., CHENAUX, J-L., TISSOT, N., (eds.), *Taxation of Trusts in Civil Law Jurisdictions*, Genève, Schulthess, 2010, 29 – 53.
- WHEELER, J., "The English Court of Appeal considers the governing law of trusts and the Hague Trusts Convention", *Trusts & Trustees* 2015, 776 – 786.
- WHITMAN, J.Q., "The Seigneurs Descend to the Rank of Creditors: The Abolition of Respect", *Yale Journal of Law and the Humanities*, Vol. 6, 1994, 249 – 283.
- WIARDA, G.J., *Overeenkomsten met overheidslichamen*, Zwolle, Proefschrift, 1939, 255p.
- WIEGAND, W., HURNI, C., "National Report for Switzerland" in KORTMANN, S.C.J.J., HAYTON, D.J., FABER, N.E.D., REID, K.C., BIESMAN, J.W.A., (eds.), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer, Kluwer, 2009, 311 – 331.
- WIENBRACKE, M., *English and Scots trusts under the German Inheritance and Gift Tax Act*, Baden Baden, Nomos, 2005, 84p.
- WILLEMART, E., *Les limites constitutionnelles du pouvoir fiscal*, Brussel, Bruylant, 1999, 274p.
- WILLIAMS, T.C., "The Terms Real and Personal in English Law", *Law Quarterly Review* 1888, 394 – 408.
- WILLIS, B.M., "A principal purpose: There Can Only Be One", *Tax Notes International* 2013, 1317 – 1318.
- WILSON, W.A., "The Trust in Scots Law" in WILSON, W.A., (ed.), *Trusts and Trust-Like Devices*, Londen, British Institute of International and Comparative Law, 1981, 237 – 344.
- WITTGENSTEIN, L., *Philosophical Investigations*, Oxford, Basil Blackwell, 1958, 250p.
- WITZ, C., "La fiducie française face aux expériences étrangères et la convention de La Haye relative au « trust »", *Recueil Dalloz* 2007, 1369 e.v.
- WITZ, C., *La fiducie en droit privé français*, Parijs, Economica, 1981, 351p.
- WOLF, B.J., VAN VUUREN, A.Q.C., "De zaak-Fred Olsen en de aangepaste Moederdochterlijn: de substance-vereisten binnen het Europese misbruikconcept", *WFR* 2015/734.
- WÜNSCHMANN-LYALL, I., ERWOOD, C., *Trusts and Estates 2016/2017*, West-Sussex, Bloomsbury Professional, 2016, 421p.
- WÜSTEMANN, T., GABRIEL, D., "Treatment of Trusts in Switzerland" in HARPER, M., GOODMAN, D., HAMLIN, P., MATTHEWS, P., GALE, E., FUDAKOWSKA, P., BURGESS, P., *International Trust and Divorce Litigation*, Bristol, Jordan Publishing, 2013, 266 – 275.
- WÜSTEMANN, T., PANNATIER KESSLER, D., "Trusts in the context of Swiss divorce proceedings", *Trusts & Trustees* 2011, 883 – 892.
- WUSTENBERGHS, T., "Het Arbitragehof over artikel 344, §1 van het W.I.B. 1992: weinig nieuws onder de zon", *AFT* 2005, afl. 3, 2 – 13.

WUSTENBERGHS, T., PEETERS, A., *Handboek Registratierechten*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 338p.

X.

X., "Common Law Trusts in Civil Law Courts", *Harvard Law Review* 1954, 1030 – 1044.

Z.

ZENATI, F., "Pour une rénovation de la théorie de la propriété", *Rev.trim.dr.civ.* 1993, 314 – 317.

ZENATI, F., "Mise en perspectives de la théorie du patrimoine", *RTD Civ.* 2003, 667 – 677.

ZENATI, F., *Essai sur la nature juridique de la propriété*, diss. Lyon, 1981, 887p.

ZENATI-CASTAING, F., REVET, T., *Les biens in Droit fondamental. Droit classique*, Parijs, Presses Universitaires de France 2008, 760p.

ZIMMER, F., "General Report" in INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de droit fiscal international, Vol. 87a*, Den Haag, Kluwer, 2002, 19 – 67.

ZONDERVAN, R., "Réflexions sur la division du patrimoine. A propos de la société d'une personne, du trust et la fondation", *Rev.Banque* 1967, 239 – 265.

ZWALVE, W.J., *C.AE. Uniken Venema's Common Law & Civil Law*, Deventer, Tsjeenk Willink, 2000, 741p.

ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 714p.