

atory trusts~express trusts~implied trusts~presumed and automatic trusts~constructive trusts~simple and special trusts~executory and executory trusts ~completely and incompletely constituted trusts~fixed and discretionary trusts~ (ex-press) private purpose and public trusts~private family trusts~bare trusts~accumulation and maintenance trusts~trust in the higher sense and trusts in the lower sense~trusts of imperfect obligation~fully and half secret trusts~floating trusts~void trusts and voidable trusts~charitable trusts~protective trusts~support trusts~testamentary trusts~protective trusts~support trusts~direct trusts~ land trusts~honorary trusts~business trusts~authorised and non-authorised unit trusts~investments trusts~employee trusts~involuntary trusts~inter vivos trusts~trusts mortis causa~marital estate life trusts~qualified terminable interest property trusts~generation skipping trust~lawful and unlawful trusts~trusts arising by operation of law~statutory trusts and statutory jurisdiction trusts~trusts for sale~new model construction trusts~non-resident trusts~accumulation trusts ~business trusts~complex trusts~constructive trusts~Curaçaoese trusts~direct trusts~ domestic trusts~exhaustive trusts~non-exhaustive trusts ~foreign trusts ~foreign protector asset trusts~Foreign trusts~foreign grant trusts~fully secret trusts~honorary trusts~implied trusts~international family trusts~investment trusts~Jersey trusts~landtrust~living trusts~new model constructive trusts~no-fixed interest trusts~charitable purpose trusts~exhaustive discretionary trusts~ qualifying trusts~resident trusts~vested future interest trusts~non-charitable purpose trusts~ondernemings gerichte trusts~oral trusts~ordinary trusts~pension-fund trusts~personal interest trusts~public trusts~purchase price resulting trusts ~pure trusts~qualifying trusts~real estate investment trusts~resulting trust~ revocable trusts~retentionary trusts~self settled trusts~settlor interested trusts~simple trusts~source code trusts~spendthrift trusts~STAR trusts~statutory trusts~ subordination trusts~testamentary trusts~trust in the high sense and trusts in the lower sense~trusts implied by fact~trust implied by law ~trusts of imperfect obligation~trusts to secure creditors~unit trusts~floating trusts~marital estate life trusts~presumed automatic resulting trusts~qualified terminable interest property trusts~simple and special trusts~authorised and non-authorised unit trusts~trusts of imperfect obligation~skipping generation

De express private trust

Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen

Proefschrift ter verkrijging van de graad van doctor
aan Tilburg University
op gezag van de rector magnificus,
prof. dr. Ph. Eijlander,
in het openbaar te verdedigen ten overstaan van een
door het college voor promoties aangewezen commissie
in de aula van de Universiteit

op maandag 15 oktober 2012 om 16.15 uur

door
Gerardus Dionisius Louis Maria Gilissen,
geboren op 7 juni 1948 te Tilburg.

Promotores:

Prof. Dr. P.H.J. Essers
Prof. Mr. M.J.G.C. Raaijmakers

Overige leden van de Promotiecommissie:

Prof. Dr. M.W.C. Feteris
Prof. Dr. F. Sonneveldt
Prof. Mr. I.J.F.A. van Vijfeijken

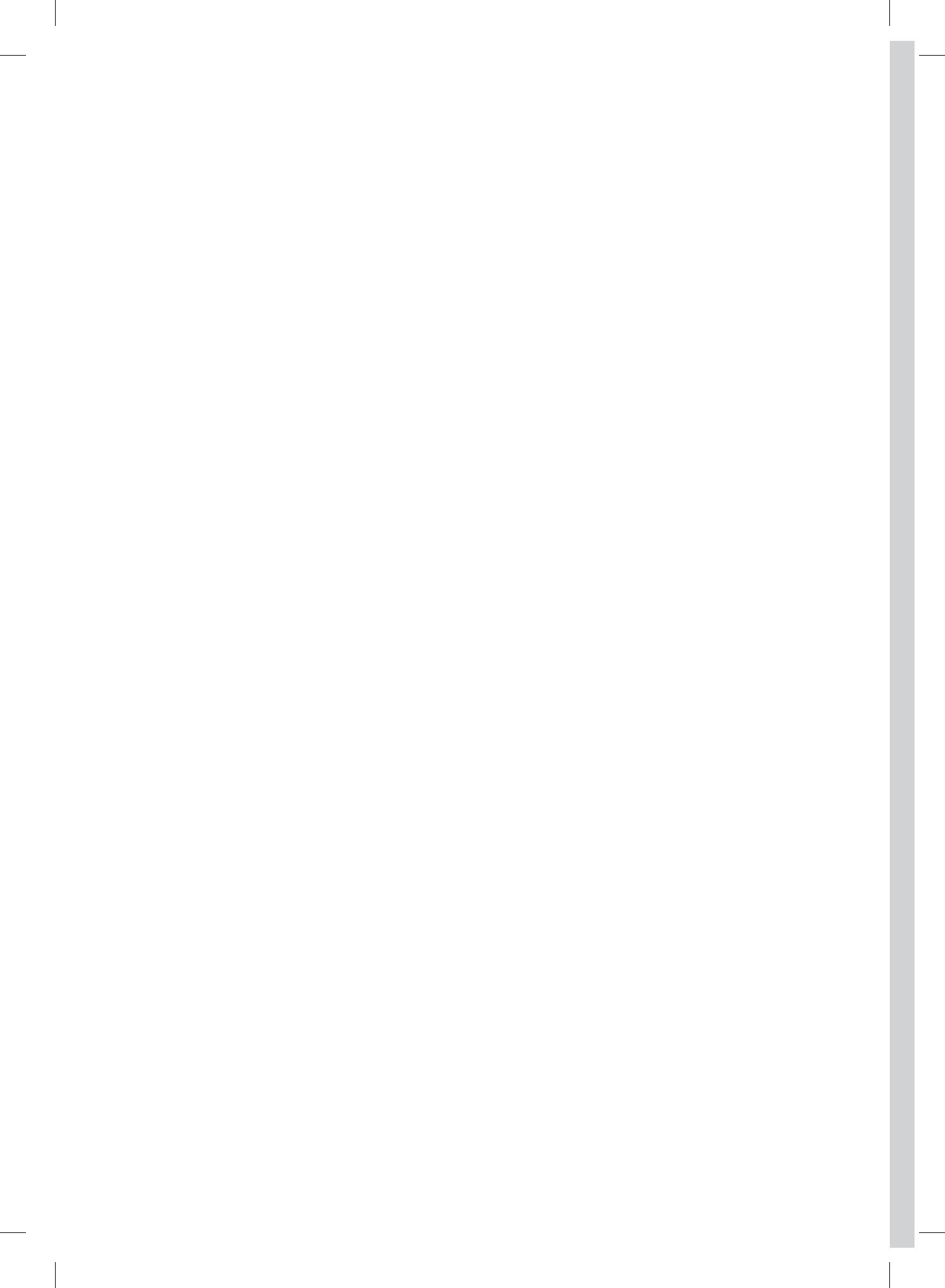
Voor mijn ouders:

*“Zonder wie ik niet zou zijn,
en niet zou zijn wie ik ben”*

én

Marijke:

“My dearest Companion”



De express private trust

Fiscaalrechtelijke beschouwingen over
kwalificatie en gevolgen

De express private trust

Fiscaalrechtelijke beschouwingen over
kwalificatie en gevolgen

Gerard Gilissen

ISBN: 978-90-5850-859-1

Omslagfoto: “*Transparant Entity/Seperated Marbles*”, Gerard Gilissen
Omslagontwerp: Wolf Legal Publishers/Gerard Gilissen

Dit boek is een uitgave van:

Wolf Legal Publishers (WLP)

Postbus 31051

6503 CB Nijmegen

Tel: 024 355 19 04

Fax: 084 837 67 00

E-Mail: info@wolfpublishers.nl

www.wolfpublishers.com

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden veeelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van artikel 16B en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprorecht, Postbus 882, 1180 AW te Amstelveen. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van artikel 16 Auteurswet 1912 dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

© WLP 2012/De auteur

Dankwoord

Na meer dan dertig jaren als fiscaal jurist werkzaam te zijn geweest, eerst als inspecteur van 's-Rijksbelastingen, vervolgens als *tax partner* bij *PricewaterhouseCoopers* en haar rechtsvoorgangers, trad ik per 1 juli 2003 op 55-jarige leeftijd vrijwillig uit de belastingadviespraktijk, teneinde in hernieuwde vrijheid een nieuwe intellectuele uitdaging aan te gaan die me reeds lang boeide: het trachten te schrijven van een proefschrift. De gelegenheid daartoe werd me geboden door Prof. Dr. Peter Essers, hetgeen ik nog steeds als een groot voorrecht beschouw. Ik vermoed dat onze goede samenwerking binnen *PwC* mede de basis voor zijn besluit vormde. Hem ben ik veel dank verschuldigd, vooral voor de aimabele wijze waarop hij mij begeleidde en zonedig stimuleerde. Voorts ben ik veel dank verschuldigd aan Prof. Dr. Theo Raaijmakers, die bereid was mij te begeleiden bij zowel de beschrijving en beoordeling van de Nederlandse civielrechtelijke rechtsfiguren die gelijkenis met de *trust* vertonen, alsook bij het vinden van de betekenis die het civiele recht heeft voor de fiscale rechtsvinding betreffende de *express private trust*. De door hem daarbij telkens in een open en vriendelijke discussie geplaatste kritische kanttekeningen waren voor mij verhelderend en zeer stimulerend. Dr. David Salter van de *University of Warwick, UK* ben ik dank verschuldigd voor zijn beoordeling van en zijn inbreng met betrekking tot de Engelse belastingheffing van *express private trusts*.

Dit boek zou niet tot stand zijn gekomen als ik geen goede secretariële ondersteuning had gehad. Ik ben dan ook veel dank verschuldigd aan mevrouw Karin Zuidema, mijn secretaresse bij *PwC* te Eindhoven, die gedurende de jaren die het schrijven van dit manuscript vergden, mij geheel belangeloos en met steeds opgewekt humeur secretarieel ondersteunde. Voorts wil ik dankzeggen aan Drs. Nicole Govers-de Louw, Mr. Erwin Trum, Maiko van Bakel MSc en Raymond van Velde, allen medewerkers bij *PwC* te Eindhoven die mij telkens tijdig nieuwe fiscale jurisprudentie en publicaties toezonden.

Ook dank ik Drs. Jan Baggel, Engels taalkundige te Eindhoven, die mij behulpzaam was bij het o.m. vertalen van de samenvatting en slotconclusie in Deel 6.

Drs. Michiel Dill, een van mijn ex-medewerkers bij *PwC* te Eindhoven, ben ik dankbaar omdat hij met enige regelmaat mijn manuscript nauwgezet las en van commentaar voorzag. Mr. Fons Hoogeveen, voorheen voorzitter van de belastingberoepsgroep en lid van de Raad van Bestuur van *PwC* dank ik en in hem de organisatie die mij - van begin af aan - haar medewerking en ondersteuning voor de totstandkoming van dit proefschrift toezegde en loyaal nakwam.

Veel dank ben ik verschuldigd aan Cees Stout, oud-hoofdinspecteur van 's-Rijksbelastingen te Eindhoven. Hij was gedurende de jaren dat ik in Eindhoven

inspecteur der vennootschapsbelasting mocht zijn, mijn leermeester. Hij bracht mij de ware betekenis bij van het voor de fiscale praktijk zo belangrijke devies:

“Fortiter in re, suaviter in modo”.

Tot slot, een kort woord van dank aan mijn lieve vrouw Marijke. Zij verstond - van stond af aan en dat gedurende ruim zeven jaren - de kunst om mij telkens te motiveren met de vraag:

“En schat, schiet het al op?”.

Veldhoven, Pinksterzondag, 27 mei 2012.

Gerard Gilissen

“Tax law would be very more simple if there were no trusts”¹

¹ G. Morse en D.W. Williams, “*Davies: Principles of Tax Law*”, sixth edition, London, Sweet & Maxwell, 2008. p. 187.

Verkorte Inhoudsopgave

Dankwoord	I
Verkorte Inhoudsopgave	V
Inhoudsopgave	VII
Lijst van afkortingen	XVII
Verantwoording, probleemstelling en plan van aanpak	XXI
DEEL 1	
INLEIDING TOT DE <i>TRUST</i>	1
Hoofdstuk 1 De <i>trust</i> in historisch perspectief	3
Hoofdstuk 2 De <i>trust</i> naar Engels recht	51
Hoofdstuk 3 De Engelse belastingheffing en de <i>trust</i>	149
Hoofdstuk 4 <i>Trusts</i> in rechtsgebieden buiten het VK en de VS	167
Hoofdstuk 5 Samenvatting	179
DEEL 2	
DE PRIVAATRECHTELIJKE KWALIFICATIE VAN DE <i>TRUST</i>	187
Hoofdstuk 1 Het Haags trustverdrag	189
Hoofdstuk 2 De erkenning van de <i>trust</i> ingevolge het Haags trustverdrag	227
Hoofdstuk 3 De inpassing van een verdrag <i>trust</i> in het Nederlandse privaatrecht	241
Hoofdstuk 4 Samenvatting en conclusie	255
DEEL 3	
DE FISCAALRECHTELIJKE KWALIFICATIE VAN DE <i>TRUST</i>	259
Hoofdstuk 1 Inleiding	261
Hoofdstuk 2 De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de discretionary trust	265
Hoofdstuk 3 De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de fixed trust	363
Hoofdstuk 4 Samenvatting en conclusie	405

DEEL 4	
DE FISCAALRECHTELIJKE GEVOLGEN VAN DE KWALIFICATIE	415
Hoofdstuk 1 De fiscaalrechtelijke gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken <i>discretionary trust</i>	417
Hoofdstuk 2 De fiscaalrechtelijke gevolgen van de <i>fixed trust</i>	469
Hoofdstuk 3 Samenvatting en conclusie	525
DEEL 5	
WENSELIJK FISCAAL RECHT	543
Hoofdstuk 1 Een alternatief voor de wettelijke regeling van een als <i>discretionary trust</i> aan te merken doelvermogen	545
Hoofdstuk 2 Voorstellen om knelpunten welke zich tijdens het ontstaan en bestaan van een <i>fixed trust</i> voordoen, op te heffen	607
Hoofdstuk 3 Samenvatting en conclusie	611
DEEL 6	
SAMENVATTING EN SLOTCONCLUSIE	619
Hoofdstuk 1 Samenvatting	621
Hoofdstuk 2 Slotconclusie	645
Summary and final conclusion	649
Chapter 1 Summary	651
Chapter 2 Final Conclusion	671
Registers	675
- Artikelenregister	677
- Jurisprudentieregister	687
- Literatuurregister	693
- Trefwoordenregister	719
Curriculum vitae	741

Inhoudsopgave

Dankwoord	I
Verkorte Inhoudsopgave	V
Inhoudsopgave	VII
Lijst van afkortingen	XVII
Verantwoording, probleemstelling en plan van aanpak	XXI
1. Waaron dit onderzoek?	XXI
2. Probleemstelling	XXIII
3. Afbakening van het onderzoeksterrein	XXIV
4. Uitgangspunt van het onderzoek	XXIV
5. Omschrijving van de <i>discretionary</i> en de <i>fixed trust</i> en de daaraan ontleende onderzoekshypothesen	XXV
6. Plan van aanpak	XXIX
DEEL 1	
INLEIDING TOT DE TRUST	1
Hoofdstuk 1 De <i>trust</i> in historisch perspectief	3
1.1 Inleiding	3
1.2 Romeins recht	3
1.2.1 Inleiding	3
1.2.2 Het <i>fideicommissum</i>	5
1.2.3 <i>Fiducia cum amico contracta</i>	12
1.3 (Vroeg) Continentaal Middeleeuws recht	13
1.3.1 Inleiding	13
1.3.3 De canonieke opvatting van het begrip “trust”	16
1.4 Engels recht in de (vroeg) Middeleeuwen	18
1.4.1 Inleiding	18
1.4.2 <i>Common Law</i>	21
1.4.3 <i>Equity</i>	24
1.5 Eerdere op <i>uses</i> gelijkende regelingen	28
1.6 Middeleeuwse <i>feoffments to use</i>	29
1.6.1 Inleiding	29
1.6.2 Kenmerken	31
1.6.3 Vererving door middel van testament	32
1.6.4 Een <i>fiduciaire</i> verplichting	33
1.6.5 Rechtspositie “ <i>cestui que use</i> ”	34
1.6.6 <i>Court of Chancery</i>	35
1.6.7 Rechtsonzekerheid	36
1.7 <i>Statute of Uses</i>	37
1.7.1 Inleiding	37
1.7.2 <i>Active uses</i>	40
1.7.3 <i>Use upon a use</i>	41

1.8	De ontwikkeling van het begrip <i>trust</i> en <i>equity</i> na de <i>Statute of Uses</i>	42
1.9	<i>Common law</i> in de Verenigde Staten van Amerika	44
1.9.1	<i>Koloniaal recht (1608-1776)</i>	44
1.9.2	<i>De periode waarin het Amerikaans recht wordt gevormd (1776-1860)</i>	46
1.9.3.	<i>De periode waarin het Amerikaanse recht zich volledig ontwikkelt (1861 – 1930)</i>	47
1.10	<i>Trusts</i> in de Verenigde Staten van Amerika	50
	Hoofdstuk 2 De <i>trust</i> naar Engels recht	51
2.1	Inleiding	51
2.2	Kenschets van de <i>trust</i>	52
2.3	Doeleinden van de <i>trust</i>	55
2.4	De omschrijving van de <i>trust</i>	61
2.5	Kenmerken van de <i>trust</i>	68
2.5.1	<i>Trustee v beneficiary</i>	69
2.5.1.1	<i>De trustee is legal owner krachtens common law</i>	69
2.5.1.2	<i>De beneficiary is equitable owner krachtens equity</i>	70
2.5.2	<i>De trust v andere rechtsverhoudingen</i>	73
2.5.2.1	<i>Trust v contract (overeenkomst)</i>	73
2.5.2.2	<i>Trust v bailment (bewaargeving)</i>	74
2.5.2.3	<i>Trust v agency (vertegenwoordiging)</i>	74
2.5.2.4	<i>Trust v executorship (bewindvoerder/executeur-testamentair)</i>	75
2.5.2.5	<i>Trust v guardianship (voogdijschap)</i>	76
2.6	Classificatie van de <i>trust</i>	77
2.6.1	<i>De wijze waarop trusts ontstaan</i>	78
2.6.1.1	<i>De express trusts</i>	86
2.6.1.1.1	<i>Het onderscheid in trusts voorzover het de wijze van ontstaan betreft</i>	86
2.6.1.1.2	<i>Voorwaarden voor en materiële beperkingen aan de totstandkoming van trusts</i>	91
2.6.1.2	<i>De resulting trusts</i>	104
2.6.2	<i>De obligatoire aspecten van de trustverhouding</i>	107
2.6.2.1	<i>De rechtspositie van de settlor</i>	107
2.6.2.2	<i>De rechtspositie van de trustee</i>	109
2.6.2.2.1	<i>Taken en verplichtingen van de trustee</i>	111
2.6.2.2.2	<i>Bevoegdheden van de trustee (powers of trustees)</i>	119
2.6.2.2.3	<i>De rechten van trustees (rights of trustees)</i>	127
2.6.2.2.4	<i>De aansprakelijkheid van de trustee(s)</i>	129
2.6.2.3	<i>De rechtspositie van de beneficiary</i>	130
2.6.2.4	<i>De rechtspositie van crediteuren</i>	136
2.6.3	<i>De aard van het trustfund</i>	138
2.6.3.2	<i>Ondernemingsgerichte trusts</i>	140
2.6.3.2.1	<i>Investment trusts</i>	140
2.6.3.2.2	<i>Business trusts</i>	141
2.6.3.2.3	<i>Pension fund trusts</i>	141
2.6.4	<i>De aard van de bij de express trust betrokken belangen</i>	142
2.6.4.1	<i>De express private trust</i>	143
2.6.4.2	<i>De charitable trust</i>	143
2.6.4.3	<i>De honorary trust</i>	146

Hoofdstuk 3 De Engelse belastingheffing en de trust	149
3.1 Inleiding	149
3.2 Hoofdlijnen van de belastingheffing van <i>express private trusts</i>	153
3.2.1 <i>Income tax</i>	154
3.2.1.1 <i>Interest in possession settlement</i>	156
3.2.1.2 <i>De discretionary trust</i>	158
3.2.2 <i>Capital gains tax</i>	160
3.2.2.1 <i>Capital gains tax en de totstandkoming van de trust</i>	161
3.2.2.2 <i>Capital gains tax en de vervreemding van vermogensbestanddelen door trustees</i>	161
3.2.2.3 <i>Capital gains tax en de vervreemding van “interests” door beneficiaries</i>	162
3.2.2.4 <i>Capital gains tax en de beëindiging van de trust</i>	162
3.2.3 <i>Inheritance tax</i>	163
Hoofdstuk 4 Trusts in rechtsgebieden buiten het VK en de VS	167
4.1 Inleiding	167
4.1.1 <i>De offshore asset protection trust</i>	168
4.1.2 <i>De offshore non charitable purpose trust</i>	170
4.1.3 <i>De STAR trust</i>	171
4.1.4 <i>De Antilliaanse Stichting Particulier Fonds (private foundation)</i>	173
4.2 De gevolgen van de wetwijziging per 1 januari 2010 voor de SPF	176
Hoofdstuk 5 Samenvatting	179
5.1 De trust in historisch perspectief	179
5.2 De trust naar Engels recht	180
5.3 De Engelse belastingheffing en de <i>express private trust</i>	184
5.4 Trusts in rechtsgebieden buiten het VK en de VS	185
DEEL 2	
DE PRIVAATRECHTELIJKE KWALIFICATIE VAN DE TRUST	187
Hoofdstuk 1 Het Haags trustverdrag	189
1.1 Inleiding	189
1.2 Het belang van het verdrag	192
1.3 Het bereik van het verdrag	195
1.4 De rechtskeuze	197
1.5 De reikwijdte van het toepasselijk recht	202
1.6 Dwingende rechtsregels waarvoor het gekozen <i>trustrecht</i> dient te wijken	204
1.6.1 <i>Dwingende rechtsregels die van toepassing zijn op een ander ondenverp dan de trust</i>	204
1.6.2 <i>Internationaal dwingende (voorrangs)regels van het forum moeten worden toegepast</i>	209
1.6.3.2 <i>Dwingende rechtsregels die tot nietigheid van rechtswege van de totstandkoming van de trust leiden</i>	211
1.6.3.3 <i>Dwingende rechtsregels die (gedeeltelijke) vernietiging van de totstandgekomen verdragstrust tot gevolg hebben</i>	222
1.7 De openbare orde	225
Hoofdstuk 2 De erkenning van de trust ingevolge het Haags trustverdrag	227
2.2 De gevolgen van de erkenning van de trust	231
2.3 Het recht om erkenning te beperken	235
2.4 Het recht om erkenning te weigeren	236

2.5	De uitsluiting van fiscale zaken	238
2.6	Een zo ruim mogelijke erkenning	239
2.7	Ook de rechter dient zoveel als mogelijk is, gevolg te geven aan de intenties van de <i>settlor</i>	240
Hoofdstuk 3 De inpassing van een verdragstrust in het Nederlandse privaatrecht		241
3.1	Kent de verdragstrust een equivalent naar Nederlands privaatrecht?	241
3.2	Vormt een verdragstrust een juridisch zelfstandige entiteit naar Nederlands privaatrecht?	248
3.2.1	<i>Inleiding</i>	248
3.2.2	<i>Algemene kenmerken van rechtssubjectiviteit</i>	251
3.2.3	<i>Kwalificatie van de verdragstrust</i>	252
3.2.4	<i>Conclusie</i>	253
Hoofdstuk 4 Samenvatting en conclusie		255
4.1	Samenvatting	255
4.2	Conclusie	258
DEEL 3		
DE FISCAALRECHTELIJKE KWALIFICATIE VAN DE TRUST		259
Hoofdstuk 1 Inleiding		261
Hoofdstuk 2 De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de <i>discretionary trust</i>		265
2.1	De kwalificatie van de <i>discretionary trust inter vivos</i> voor de heffing van het schenkingsrecht vóór 1 januari 2010	265
2.1.1	<i>Het begrip schenking</i>	265
2.1.2	<i>De “november-arresten”</i>	269
2.1.3.1	<i>De Successiewet 1956 kent het begrip doelvermogen niet</i>	279
2.1.3.2	<i>De settlor heeft niet de intentie gehad om een zelfstandig belastingplichtige entiteit tot stand te brengen, laat staan haar te bevoordelen</i>	281
2.1.3.3	<i>Tengevolge van de totstandkoming van het doelvermogen kan geen schenkingsrecht verschuldigd zijn</i>	284
2.1.3.4	<i>Het doelvermogen wordt niet verrijkt</i>	284
2.1.3.5	<i>Beneficiaries gerechtigd tot een <i>discretionary trust</i> worden financieel benadeeld</i>	287
2.1.3.6	<i>De beslissing van de Hoge Raad vormt de facto een belemmering voor het tot stand brengen van een <i>discretionary trust</i></i>	289
2.1.3.7	<i>De beslissing van de Hoge Raad nodigde uit tot verregaande tax-planning</i>	289
2.1.4	<i>Samenvatting en conclusie</i>	291
2.1.4.1	<i>Samenvatting</i>	291
2.1.4.2	<i>Conclusie</i>	293
2.2	De kwalificatie van de <i>discretionary trust mortis causa</i> en de heffing van successierecht vóór 1 januari 2010	296
2.2.1	<i>Inleiding</i>	296
2.2.2	<i>Het Nederlandse successierecht</i>	296
2.2.2.1	<i>Inleiding</i>	296
2.2.2.2	<i>Wanneer is successierecht verschuldigd?</i>	297
2.2.2.3	<i>Krachtens erfrecht verkregen</i>	298
2.2.2.4	<i>De fictieve erfrechtelijke verkrijging</i>	303

2.2.2.4.1	<i>Inleiding</i>	303
2.2.2.4.2	<i>Art. 8 Successiewet 1956</i>	305
2.2.2.4.3	<i>Art. 13 Successiewet 1956</i>	305
2.2.2.4.4	<i>Art. 16 Successiewet 1956</i>	306
2.2.2.5.	<i>De waarde van de verkrijging</i>	307
2.2.3.	<i>Samenvatting en conclusie</i>	309
2.2.3.1	<i>Samenvatting</i>	309
2.2.3.2.	<i>Conclusie</i>	311
2.3	De kwalificatie van de <i>revocable discretionary trust</i> vóór 1 januari 2010	312
2.4	De kwalificatie van de <i>discretionary trust</i> na 1 januari 2010	319
2.4.1.	<i>Inleiding</i>	319
2.4.2.	<i>De per 1 januari 2010 geldende wettelijke regeling betreffende afgezonderde particuliere vermogens</i>	320
2.4.2.1.	<i>Inleiding</i>	320
2.4.2.2.	<i>Een kenschets van de wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen</i>	324
2.4.2.2.1	<i>Inleiding</i>	324
2.4.2.2.2.	<i>Toerekening aan de inbrenger, diens partner of erfgenamen</i>	324
2.4.2.2.3.	<i>Toerekening aan “ex-patriates”</i>	329
2.4.2.2.4.	<i>Het negeren van een door het buitenlands recht beheerste entiteit</i>	331
2.4.2.2.5.	<i>Indirecte toerekening</i>	334
2.4.3	<i>De kwalificatie van de <i>discretionary trust</i> als afgezonderd particulier vermogen</i>	336
2.4.3.1	<i>Inleiding</i>	336
2.4.3.2	<i>Het afgezonderd particulier vermogen dient discretionair te zijn</i>	336
2.4.3.3	<i>Art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 doelt ook op <i>discretionary trusts</i></i>	339
2.4.3.4.	<i>De betekenis van het begrip “afgezonderd particulier vermogen”</i>	342
2.4.3.5.	<i>Het begrip “afzonderen”</i>	345
2.4.4.	<i>De regeling voor een afgezonderd particulier vermogen staat in het teken van de constructiebestrijding</i>	347
2.4.5.	<i>De wetgever heeft onvoldoende zorgvuldigheid betracht</i>	350
2.4.6	<i>Overige bezwaren</i>	359
2.4.6.1	<i>Onvoldoende aandacht voor de positie van de belastingdienst en rechterlijke macht</i>	359
2.4.6.2	<i>De wettelijke regeling belemmert de vrije rechtsvormkeuze</i>	360
2.5	Toetsing van de onderzoekshypothese	360
Hoofdstuk 3 De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de <i>fixed trust</i>		363
3.1	Inleiding	363
3.2	De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de <i>fixed trust</i> vóór 1 januari 2010	364
3.2.1	<i>Inleiding</i>	364
3.2.2	<i>Jurisprudentie</i>	373
3.2.2.1	<i>Hoge Raad 26 oktober 2007, nr. 42 537, BNB 2008/122c*</i>	373
3.2.3	<i>Commentaar</i>	377
3.2.3.1	<i>Commentaar op jurisprudentie</i>	377
3.2.3.1.1	<i>Hoge Raad 26 oktober 2007, nr. 42 537, BNB 2008/122c*</i>	377
3.2.3.2	<i>Commentaar op literatuur</i>	379
3.2.3.2.1	<i>Freudenthal</i>	379
3.2.3.2.2	<i>Boer</i>	382
3.2.3.3	<i>Conclusie</i>	392
3.3	Het Besluit van 15 december 2005 inzake de fiscale behandeling van de trust, de SPF en “ander zwevend vermogen”	394

3.3.1	<i>Inleiding</i>	394
3.3.2	<i>De betekenis van het Besluit voor de onderzoekshypothese dat een fixed trust niet als een als doelvermogen te kwalificeren fiscaalrechtelijk zelfstandige entiteit is aan te merken</i>	396
3.4	De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de fixed trust na 1 januari 2010	397
3.4.1	<i>Is de fixed trust als een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001 aan te merken?</i>	397
3.4.2	<i>Een analyse naar kenmerken</i>	398
3.4.3	<i>De toelichting schept verwarring</i>	401
3.4.4	<i>Conclusie</i>	402
3.5	Toetsing van de onderzoekshypothese	403
Hoofdstuk 4 Samenvatting en conclusie		405
4.1	Inleiding	405
4.2	De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de discretionary trust	405
4.2.1	<i>Samenvatting</i>	405
4.2.2	<i>Conclusie</i>	408
4.3	De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de fixed trust	411
4.3.1	<i>Samenvatting</i>	411
4.3.2	<i>Conclusie</i>	414
DEEL 4		
DE FISCAALRECHTELIJKE GEVOLGEN VAN DE KWALIFICATIE		415
Hoofdstuk 1 De fiscaalrechtelijke gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken discretionary trust		417
1.1	Inleiding	417
1.2	De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken discretionary trust voor de heffing van de schenk- en erfbelasting	419
1.2.1	<i>De gevolgen voor de heffing van de schenkbelasting</i>	419
1.2.1.1	<i>Verkrijgingen van een afgezonderd particulier vermogen door schenkingen</i>	420
1.2.1.2	<i>Het toepasselijke tarief bij verkrijgingen van een afgezonderd particulier vermogen</i>	421
1.2.2	<i>De gevolgen voor de heffing van de erfbelasting</i>	422
1.3	De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken discretionary trust voor de heffing van inkomstenbelasting	430
1.3.1	<i>Bezittingen en schulden alsmede opbrengsten en uitgaven van een afgezonderd particulier vermogen worden aan de settlor, diens partner of erfgenamen toegerekend</i>	430
1.3.2	<i>Uitzonderingen op de toerekening aan de settlor, diens partner of erfgenamen</i>	431
1.3.2.1	<i>De tegenbewijsregeling</i>	432
1.3.2.2	<i>Een regeling ter voorkoming van dubbele belasting</i>	434
1.4	De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken discretionary trust voor de heffing van vennootschapsbelasting	442
1.4.1	<i>Inleiding</i>	442
1.4.2	<i>Het afgezonderd particulier vermogen dat als buitenlands belastingplichtig doelvermogen kwalificeert</i>	444
1.4.3	<i>Enkele kritische kanttekeningen bij de wettelijke regeling betreffende buitenlands vennootschapsbelastingplichtige doelvermogens</i>	448
1.4.3.1	<i>Strijdigheid met non-discriminatiebepalingen</i>	448
1.4.3.2	<i>De wettelijke regeling betreffende het belastingobject wijkt voor buitenlandse belastingplichtigen af van die voor binnenlandse belastingplichtigen</i>	450

1.4.3.3	<i>De wettelijke regeling biedt een mogelijkheid tot “taxplanning”</i>	450
1.4.4	<i>Enkele bijzondere vraagstukken</i>	454
1.4.4.1	<i>Inleiding</i>	454
1.4.4.1.1	<i>De openingsbalans van een als buitenlands belastingplichtig doelvermogen aan te merken discretionary trust</i>	454
1.4.4.1.2	<i>De aanwijzing van beneficiaries door de trustee en de toekenning aan hen van afdringbare vermogensrechten</i>	458
1.4.4.1.3	<i>Het als buitenlands belastingplichtig doelvermogen aan te merken afgezonderd particulier vermogen dat feitelijk vanuit Nederland wordt geleid</i>	464
1.5.	De kwalificatie van het broninkomen	468
Hoofdstuk 2 De fiscaalrechtelijke gevolgen van de fixed trust		469
2.1	Inleiding	469
2.2	De gevolgen voor de heffing van de schenkbelasting indien een fixed trust inter vivos ontstaat	470
2.2.1	<i>Inleiding</i>	470
2.2.2	<i>De schenkingsrechtelijke gevolgen van de totstandkoming van een fixed trust inter vivos waarbij aan beneficiaries vermogensrechten onder tijdsbepaling en/of voorwaarde worden toegekend</i>	472
2.2.2.1	<i>De verkrijging onder tijdsbepaling</i>	473
2.2.2.1.1	<i>Eenmalige en periodieke uitkeringen onder opschortende tijdsbepaling</i>	473
2.2.2.1.2	<i>Eenmalige en periodieke uitkeringen onder ontbindende tijdsbepaling</i>	474
2.2.2.2	<i>De verkrijging onder voorwaarde</i>	474
2.2.2.2.1	<i>Eenmalige en periodieke uitkeringen onder opschortende voorwaarde</i>	474
2.2.2.2.2	<i>Eenmalige en periodieke uitkeringen onder ontbindende voorwaarde</i>	477
2.3	De gevolgen voor de heffing van de erfbelasting indien een fixed trust mortis causa ontstaat	478
2.3.1	<i>Inleiding</i>	478
2.3.2	<i>De waandering van erfrechtelijk verkregen aanspraken op een fixed trustvermogen en de opbrengsten daaruit</i>	479
2.4	De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting nadat een fixed trust is ontstaan	485
2.4.1	<i>Inleiding</i>	485
2.4.2	<i>Het genieten van inkomsten</i>	486
2.4.3	<i>De te onderscheiden tot het fixed trustvermogen behorende bronnen van inkomen</i>	489
2.4.4	<i>De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting voor de binnenlandse settlor</i>	492
2.4.4.1	<i>Inleiding</i>	492
2.4.4.2	<i>Doorschuiffaciliteiten</i>	492
2.4.4.2.1	<i>Inleiding</i>	492
2.4.4.2.2	<i>De overdracht van een onderneming</i>	493
2.4.4.2.3.	<i>De overdracht van vermogensbestanddelen die aan een onderneming of werkzaamheid ter beschikking worden gesteld</i>	493
2.4.4.2.4.	<i>De overdracht van aanmerkelijkbelangaandelen</i>	494
2.4.5	<i>De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting voor de binnenlandse beneficiary</i>	494
2.4.5.1	<i>Inleiding</i>	494
2.4.5.2	<i>Een binnenlandse beneficiary is gerechtigd tot een niet als entiteit aan te merken fixed trust</i>	495
2.4.5.2.1	<i>De fixed trust en de te onderscheiden bronnen van inkomen</i>	495
2.4.6.	<i>De fixed trust en beneficial rights onder opschortende tijdsbepaling en/of voorwaarde</i>	521

2.5	De kwalificatie van het broninkomen	524
Hoofdstuk 3 Samenvatting en conclusie		525
3.1	Inleiding	525
3.2	De fiscaalrechtelijke gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken <i>discretionary trust</i>	525
3.2.1	Samenvatting	525
3.2.1.1	De schenkbelasting	525
3.2.1.2	De erfbelasting	525
3.2.1.3	De inkomstenbelasting	526
3.2.1.4	De vennootschapsbelasting	528
3.2.2	Conclusie	531
3.3	De fiscaalrechtelijke gevolgen van de <i>fixed trust</i>	532
3.3.1	Samenvatting	532
3.3.1.1	De schenkbelasting	532
3.3.1.2	De erfbelasting	533
3.3.1.3	De inkomstenbelasting	534
3.3.1.3.1	Geen entiteit	534
3.3.1.3.2	Het begrip “genieten”	534
3.3.1.3.3	Bronnen van inkomen	535
3.3.1.3.4	Gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting voor de settlor	535
3.3.1.3.5	Gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting voor de beneficiary	536
3.3.1.4	De settlor heeft ten aanzien van de toekenning van <i>beneficial rights</i> aan <i>beneficiaries</i> een grote mate van vrijheid	540
3.3.2	Conclusie	541
DEEL 5		
WENSELIJK FISCAAL RECHT		543
Hoofdstuk 1 Een alternatief voor de wettelijke regeling van een als <i>discretionary trust</i> aan te merken doelvermogen		545
1.1	Inleiding	545
1.2	Een aantal regelingen betreffende de <i>trust elders</i>	547
1.2.1	De belastingheffing van trusts in landen die de trust als rechtsfiguur kennen	548
1.2.1.1	De Verenigde Staten van Amerika	548
1.2.1.2	Het Verenigd Koninkrijk	552
1.2.1.3	Australië	552
1.2.1.4	Nieuw Zeeland	554
1.2.1.5	Canada	555
1.2.1.6	Zuid Afrika	557
1.2.2	De belastingheffing van trusts in landen die de trust als rechtsfiguur niet kennen	558
1.2.2.1	Duitsland	558
1.2.2.2	Frankrijk	562
1.2.2.3	Italië	563
1.3	Eerdere voorstellen betreffende een wettelijke regeling van doelvermogens	566
1.3.1	Inleiding	566
1.3.2	Het rapport van de werkgroep “Modernisering successiewetgeving”	567
1.3.2.1	Inleiding	567
1.3.2.2	Conclusie werkgroep	568

1.3.2.3	Doelvermogens (stichtingen, trusts, instellingen van algemeen nut)	569
1.3.2.4	Kabinetstandpunt herziening Successiewet 1956	572
1.3.2.5	(Kritische) kanttekeningen	573
1.3.2.6	Overige bezwaren	577
1.3.3	Andere alternatieven	578
1.3.3.1	De stichting is een “geïstitutionaliseerde uitvoerder” van een derdenbeding	578
1.3.3.2	De algemeen nut stichting met private elementen	580
1.3.3.3	De familiestichting vormt een verlengstuk van de erflater/schenker	581
1.3.3.4	Voorstellen die tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel betreffende het afgezonderd particulier vermogen aan de orde zijn gekomen	582
1.3.3.4.1	Fiscale transparantie	583
1.3.3.4.2	Belasten bij het inbrengen in en het uitkeren uit een afgezonderd particulier vermogen	583
1.3.3.4.3	De door PwC voorgestelde “Proeve van een familiestichting”	584
1.3.3.5	Het voorstel van Boer	587
1.4	Een voorstel voor een nieuwe wettelijke regeling betreffende doelvermogens	592
1.4.1	Inleiding	592
1.4.2	De kenmerken van het voorstel	594
1.4.3	De voorgestelde regeling kent ook bezwaren	600
1.4.3.1	De tegenbewijsregeling	600
1.4.3.2	Langdurig uitstel van de heffing over winst uit aanmerkelijk belang	601
1.4.4	De fictief binnenlandse discretionary trust dient een subjectief vermootschapsbelastingplichtig lichaam te zijn	602
1.5	Een ander alternatief?	605
Hoofdstuk 2 Voorstellen om knelpunten welke zich tijdens het ontstaan en bestaan van een fixed trust voordoen, op te heffen		607
2.1	Knelpunten tijdens het ontstaan van een fixed trust	607
2.1.1	Onzekerheid omtrent de fiscale kwalificatie van de rechtsfiguur	607
2.2	Knelpunten tijdens het bestaan van een fixed trust	608
2.2.1	Beperkte aanspraak op ondernemersfaciliteiten	608
2.2.2	De binnenlandse beneficiary die (deels) gerechtigd is tot de jaarlijks te realiseren winst uit onderneming doch niet (deels) tot het ondernemingsvermogen en haar waardemutaties wordt belast naar het proportionele tarief geldend voor belastbaar inkomen uit sparen en beleggen	608
Hoofdstuk 3 Samenvatting en conclusie		611
3.1	Samenvatting	611
3.2	Conclusie	617
DEEL 6		
SAMENVATTING EN SLOTCONCLUSIE		619
Hoofdstuk 1 Samenvatting		621
1.1	Inleiding	621
1.2	Probleemstelling	623
1.3	De kwalificatie van de trust	625
1.3.1	De privaatrechtelijke kwalificatie van de trust	625
1.3.2	De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de trust	626
1.3.2.1	Inleiding	626

1.3.2.1.1	<i>De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de discretionary trust</i>	626
1.3.2.1.2	<i>De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de fixed trust</i>	630
1.4	De fiscaalrechtelijke gevolgen van de trust	631
1.4.1	<i>Inleiding</i>	631
1.4.2	<i>De fiscaalrechtelijke gevolgen van de discretionary trust met ingang van 1 januari 2010</i>	632
1.4.3	<i>De fiscaalrechtelijke gevolgen van de fixed trust</i>	635
1.5	Wenselijk recht	640
1.5.1	<i>Een alternatief voor de wettelijke regeling van een als afgezonderd particulier vermogen aan te merken discretionary trust</i>	640
1.5.2	<i>Voorstellen om knelpunten welke zich tijdens het ontstaan en het bestaan van een fixed trust voordoen, op te heffen</i>	642
	Hoofdstuk 2 Slotconclusie	645
	Summary and final conclusion	649
	Chapter 1 Summary	651
1.1	Introduction	651
1.2	Stating the Problem	652
1.3	The qualification of the trust	654
1.3.1	<i>The qualification of the trust under private law</i>	654
1.3.2	<i>The Trust's Qualification under Fiscal Law</i>	655
1.3.2.1	<i>Introduction</i>	655
1.3.2.1.1	<i>The Qualification of the Discretionary Trust under Fiscal Law</i>	656
1.3.2.1.2	<i>The Qualification of the Fixed Trust under Fiscal Law</i>	659
1.4	The consequences of the trust under Fiscal Law	660
1.4.1	<i>Introduction</i>	660
1.4.2	<i>The Consequences for the Discretionary Trust under Fiscal Law as from January 1, 2010</i>	660
1.4.3	<i>The Fixed Trust and Its Consequences under Fiscal Law</i>	664
1.5	A Desirable Law	668
1.5.1	<i>An alternative for the statutory regulation for a discretionary trust considered to consist of a separated individual capital</i>	668
1.5.2	<i>Propositions to eliminate problems arising at the setting up and the existence of a fixed trust</i>	670
	Chapter 2 Final Conclusion	671
	Registers	675
	- Artikelenregister	677
	- Jurisprudentieregister	687
	- Literatuurregister	693
	- Trefwoordenregister	719
	Curriculum vitae	741

Lijst van afkortingen

A.A.	Ars Aequi
ab	aanmerkelijk belang
A-G	Advocaat-generaal
ANBI	algemeen nut beogende instelling
APV	afgezonderd particulier vermogen
art.	artikel
artt.	artikelen
AstG	Aussensteuergesetz
ASPF	Antilliaanse Stichting Particulier Fonds
AWB	Algemene wet bestuursrecht
AWR	Algemene wet inzake Rijksbelastingen 1959
B	Beslissingen in belastingzaken, tot en met 1952
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BNB	Beslissingen in belastingzaken
BRK	Belastingregeling voor het Koninkrijk
BSTBL	Bundessteuerblatt
bv.	bijvoorbeeld
BV	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BV i.o	besloten vennootschap in oprichting
BvdB 2001	Besluit voorkoming dubbele belasting 2001
BvR 1970	Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970
BW	Burgerlijk Wetboek
CDA	Christen Democratisch Appèl
Chr.	Christus
CGT	Capital Gains Tax
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CTT	Capital Transfer Tax
CV	commanditaire vennootschap
DB	directe belastingen
Div. bel. 1965	Wet op de dividendbelasting 1965
e.d.	en dergelijke
EEX	Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de handelszaken, gesloten op 27 september 1968 te Brussel, Trb. 1969, 101, zoals nadien herzien
EG	Europese Gemeenschap(pen)

Lijst van afkortingen

EK	Eerste Kamer der Staten Generaal
EU	Europese Unie
EVRM	Verdrag tot Bescherming van de rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, gesloten te Rome op 4 november 1950, zoals gewijzigd door de Protocolen 11 en 14
FA	Finance Act (2008)
FED	FED Fiscaal Weekblad
FM	Fiscale Monografieën
FTV	Fiscaal tijdschrift Vermogen
FutD	Fiscaal up to Date
FW 1983	Faillissementswet 1893
GW	Grondwet
HEV	Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op Erfopvolging, gesloten op 1 augustus 1989 te 's-Gravenhage Trb. 1994, 94
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HTV	Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op <i>trusts</i> en inzake de erkenning van <i>trusts</i> , gesloten op 1 juli 1985 te 's-Gravenhage (Haags <i>trust</i> verdrag)
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
IB 1914	Wet inkomstenbelasting 1914
IB 1969	Wet op de inkomstenbelasting 1969
IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
IT	Income Tax
IHT	Inheritance Tax Act (1984)
IMF	International Monetary Fund
Inv.wet	invoeringswet
IRC	Internal Revenue Code
ITTIOA	Income Tax (Trading and Other Income) Act (2005)
IVBPR	Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, gesloten op 16 december 1966 te New York
jo.	juncto
Inv.wet 1990	Invorderingswet 1990
m.n.	met noot
MBB	Maandblad belastingbeschouwingen
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
NTFR	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht
NV	naamloze vennootschap
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling

Lijst van afkortingen

par.	paragraaf
rb.	rechtbank
Rest. of <i>Trusts</i>	Restatement of the Law of <i>Trusts</i>
RvB	Raad van beroep
STAR	Cayman Islands' Special <i>Trusts</i> (Alternative Regime) Law 1997
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
Sw	Successiewet 1956
TCGA	Taxation of Chargeable Gains Tax (1952)
TK	Tweede Kamer der Staten Generaal
TvFO	Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht
TU	Tilburg University
UK	United Kingdom
US	United States of America
UvT	Universiteit van Tilburg
Vb 1964	Wet op de vermogensbelasting 1964
VK	Verenigd Koninkrijk
V-N	Vakstudie Nieuws
v.o.f	vennootschap onder firma
Vpb 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
VS	Verenigde Staten van Amerika
VVD	Volkspartij voor Vrijheid en Democratie
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese gemeenschap gesloten op 1 januari 1958
WCErF	Wet van 4 september 1996, houdende de regeling van het conflictenrecht inzake de erfopvolging alsmede de vereffening en de verdeling van de nalatenschap, mede in verband de bekrachtiging van het op 1 augustus 1989 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op erfopvolging (Trb. 1994, 49) (Wet conflictenrecht erfopvolging), Stbl. 1996, 457
WCT	Wet van 4 oktober 1995, houdende wettelijke Bepalingen in verband met de aanvaarding van het op 1 juli 1985 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op <i>trusts</i> en inzake de erkenning van <i>trusts</i> (Wet conflictenrecht <i>trusts</i>), Stbl. 1995, 508 en 1996, 18
WFR	Weekblad voor Fiscaal recht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, notariaat en registratie
WvS	Wetboek van strafrecht

Verantwoording, probleemstelling en plan van aanpak

1. Waarom dit onderzoek?

Fiduciare eigendomsoverdrachten zijn eeuwenoud. Zo ook de rechtsfiguur van de *trust*², van origine een rechtsfiguur naar Engels recht. Thans vormt de *trust* in het Anglo-Amerikaanse rechtsgebied een belangrijke en flexibele rechtsfiguur. De *trust* kan namelijk dienen voor vele doeleinden – zakelijke doeleinden (*business trusts*) alsook privé doeleinden (*private trusts*) – vrijelijk door de *settlor* te bepalen, mits niet in strijd met de wet, openbare orde en goede zeden en met het algemeen belang³. De Anglo-Amerikaanse regelgeving en jurisprudentie betreffende de *trust* is veelomvattend. Echter in ons land is de rechtsfiguur van de *trust* relatief onbekend. Hij roept doorgaans negatieve associaties op met het op oneigenlijke wijze ontgaan van belastingheffing⁴ bestaande uit het langdurig uitstellen van de heffing van successierecht, dan wel het voorkomen c.q. het (drastisch) beperken van de heffing van inkomstenbelasting over de opbrengsten van een onder discretionair *trust*verband gebracht privé-vermogen. Omdat dé *trust* niet bestaat en de rechtsfiguur – afhankelijk van de doeleinden – vele varianten omvat, is een afbakening vereist. Deze studie beperkt zich dan ook – vanwege de bijzondere fiscale problematiek eigen aan de tot de tot de groep van *family trusts* behorende *express private trust*⁵ – tot deze *trust*vorm. Een *trust*vorm die vanwege een eenzijdige rechtshandeling (wilsverklaring) tot stand komt en die privé-doeleinden beoogt te behartigen. *Business trusts*, waartoe *investment trusts* en *pension fund trusts* behoren, maken geen deel uit van dit onderzoek. Het is opmerkelijk dat tot op heden relatief weinig wetenschappelijk onderzoek is gedaan naar de voor de continentaalrechtelijke jurist moeilijk te doorgronden rechtsfiguur van de *express private trust*. Het oudste proefschrift betreffende de *trust*, “*Trust*” genaamd, is van A. van Hall en dateert uit 1896. Daarna verscheen in 1914 het proefschrift “*Trust-rechten*” van de hand van D. te Winkel. In 1935 publiceerde P.M. Booy zijn dissertatie “*Trustee’s bij geldleeningen*”. Vervolgens

² Zie: Deel I. 1. “*De trust in historisch perspectief*”.

³ Zie voor een overzicht van de mogelijke doeleinden: Deel I. Hoofdstuk 2. “*De trust naar Engels recht*”.

⁴ Zie bv. de beschrijving van de huidige praktijk betreffende *trusts* in de Memorie van Toelichting bij het op 20 april 2009 bij de Tweede Kamer door de staatssecretaris van Financiën ingediende wetsvoorstel Wijziging van de Successiewet 1956 en enige andere belastingwetten, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr 3, V-N 2009/22.3; DB/2009/193U, § 5.1.

⁵ Nauwelijks of geen aandacht wordt besteed aan de *charitable* en *honorary trusts* alsook aan *statutory trusts* en *trusts implied by law*. Voor de betekenis van deze begrippen verwijs ik naar: Deel I. 2. “*De trust naar Engels recht*”.

duurde het tot 1954 vooraleer C.A/E Uniken Venema zijn baanbrekende proefschrift “*Trustrecht en bewind*” schreef. Daarna verscheen pas in 1997 de dissertatie van M.E. Koppenol-Laforce over “*Het Haags Trustverdrag*”. In 2004 verscheen van D.W.Aertsen, “*De trust, beschouwingen over de invoering van de trust in het Nederlandse recht*”. Deze zes proefschriften hadden betrekking op civiel recht en internationaal privaatrecht. Het eerste fiscale proefschrift “*De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956*” werd geschreven door F. Sonneveldt en verscheen in 2000. Dit proefschrift geeft een antwoord op de vraag hoe de *trust* moest worden ingepast binnen het raamwerk van de Successiewet 1956 zoals die tot 1 januari 2010 gold. Het tweede fiscale proefschrift “*De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*” van J.P.Boer verscheen in 2011. Daarin onderzoekt hij op welke wijze de Anglo-Amerikaanse *trusts* op een consistente wijze binnen het Nederlandse fiscale stelsel kunnen worden ingepast. Acht proefschriften, waarvan twee fiscaalrechtelijk, over een periode van ruim 100 jaar is bepaald niet veel te noemen. Zeker niet als het een voor ons rechtsgebied enigmatische rechtsfiguur betreft welke een zo grote betekenis in het Anglo-Amerikaanse recht heeft. Ook de Nederlandse fiscale literatuur⁶ met betrekking tot de *trust* is beperkt, fragmentarisch en veelal geschreven naar aanleiding van jurisprudentie⁷, met – doorgaans korte – beschouwingen en annotaties. Ook de wetgever heeft zich gedurende vele jaren niet met de fiscale problematiek met betrekking tot de *express private trust* bezig willen houden, ondanks de gerechtvaardigde roep daartoe in de fiscale literatuur. Het was pas op 20 april 2009 dat een wetsvoorstel door de staatssecretaris van Financiën bij de Tweede Kamer werd ingediend, welk wetsvoorstel met ingang van 1 januari 2010 kracht van wet kreeg⁸. Tot deze datum gold het Besluit “*Fiscale behandeling van de trust, de SPF en ander “zwevend vermogen*”⁹. Deze omstandigheden, gevoegd bij het feit dat *express private trusts* – mede vanwege fiscale factoren – in toegenomen mate dienstbaar zijn aan grensoverschrijdend kapitaalverkeer, ook vanuit Nederland, rechtvaardigen de conclusie dat een systematisch opgezette actuele studie naar: 1) de fiscale kwalificatie van de *express private trust* en 2) de zelfstandige fiscale gevolgen van het ontstaan *inter vivos* dan wel *mortis causa* alsook van het bestaan van een *express private trust* in een behoefte van de fiscale wetenschap en de fiscale praktijk voorziet. Teneinde het inzicht in het verschijnsel *express private trust* te verbreden en te verdiepen

⁶ Zie het in de Registers opgenomen “*Literatuurregister*”.

⁷ Zie het in de Registers opgenomen “*Jurisprudentieregister*”.

⁸ Zie Deel 3, 1 “*De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de discretionary trust*”, 2.4.2. “*De per 1 januari 2010 geldende wettelijke regeling betreffende afgezonderde particuliere vermogens*”.

⁹ Zie het Besluit van 15 december 2005, nr. CPP 2005/2528M. Dit besluit verving de eerdere besluiten van 8 december 2000 en 22 oktober 2002.

wordt ruim aandacht besteed aan de historische ontwikkeling van de *trust* als rechtsfiguur en vindt tevens rechtsvergelijking plaats, die overigens slechts bedoeld is ondersteunend te zijn aan dit onderzoek en niet de pretentie heeft een diepgaand rechtsvergelijkend onderzoek te zijn.

2. Probleemstelling

In dit proefschrift zullen worden onderzocht:

- 1) hoe de *discretionary express private trust* (hierna te noemen: *discretionary trust*) en de *fixed express private trust* (hierna te noemen: *fixed trust*)¹⁰ fiscaalrechtelijk dienen te worden gekwalificeerd, en
- 2) wat de (zelfstandige) fiscale gevolgen voor de binnenlands belastingplichtige *settlor*, de binnenlands belastingplichtige *beneficiaries* en de *trust* als zodanig zijn, zodra een *discretionary trust* respectievelijk een *fixed trust* tot stand komt dan wel bestaat.

Aan de fiscale positie van de (doorgaans buitenlandse) *trustee* zal daar waar dat functioneel is eveneens aandacht worden besteed.

In het onderzoek wordt voorts onderscheid gemaakt tussen de fiscale gevolgen van totstandkoming en bestaan van beide *trust*vormen onder het positieve recht en het wenselijke recht zoals dat als alternatief wordt beschreven. Dit vanwege het feit dat de per 1 januari 2010 tot stand gekomen wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen – een regeling die de juridische en economische werkelijkheid van een afgezonderd discretionair vermogen negeert, tenzij aan een heffingscriterium wordt voldaan – een naar mijn mening onrechtvaardige regeling is, die niet tot stand had mogen komen en welke vervangen zou moeten worden door een wél wenselijke regeling¹¹. De aan het proefschrift ten grondslag liggende en hierna te beschrijven onderzoekshypothesen worden getoetst aan de regelgeving, jurisprudentie en literatuur in het kader van de onderzochte belastingen, waarbij aandacht wordt besteed aan bestaande knelpunten in wet- en regelgeving en jurisprudentie. Hierbij doel ik op knelpunten veroorzaakt door het feit dat enerzijds de gevolgen van het ontstaan en bestaan van discretionaire *trusts* niet in overeenstemming

¹⁰ Deze begrippen zullen in Deel 1.3. “*De trust naar Engels recht*” nader worden gedefinieerd.

¹¹ Zie Deel 3, 1.2.4 “*De kwalificatie van de discretionary trust ná 1 januari 2010*”.

Zie ook Deel 5, hoofdstuk 1 “*Een alternatief voor de wettelijke regeling van een als discretionary trust aan te merken doelvermogen*”.

zijn met doel en strekking van de desbetreffende Rijksbelastingen, anderzijds de gevolgen die de onderzochte belastingen daaraan verbinden in strijd zijn met de zakelijke intenties van de bij de *discretionary trust* betrokken partijen.

3. Afbakening van het onderzoeksterrein

De gevolgen van het ontstaan en het bestaan van een *trust* worden onderzocht voor de toepassing van de volgende wetten: de Successiewet 1956, de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Daarbij zal ten aanzien van de totstandkoming van een *trust* onderscheid worden gemaakt tussen het ontstaan *inter vivos* en *mortis causa*. Voorts wordt een onderscheid gemaakt tussen de *discretionary trust* en de *fixed trust*. De analyse wordt beperkt tot binnen het Rijk gevestigde *settlers* en *beneficiaries* zijnde natuurlijke personen, waarbij op basis van hetgeen de praktijk leert, wordt verondersteld dat de *trustee* en de *trust* in het buitenland zijn gevestigd. Niet wordt onderzocht welke de zelfstandige fiscale gevolgen zijn indien een buitenlandse belastingplichtige tot een discretionair *trust*vermogen en/of de opbrengsten daarvan gerechtigd zou kunnen worden (verwachter), dan wel als *beneficiary* tot een *fixed trust*vermogen en/of de opbrengsten daarvan is gerechtigd.

De fiscale gevolgen voor de heffing van de vennootschapsbelasting indien een vennootschapsbelastingplichtig lichaam *settlor* dan wel *beneficiary* van een *trust* is, worden evenmin onderzocht.

In het onderzoek wordt ook niet ingegaan op tot het internationale belastingrecht behorende problemen die kunnen ontstaan als gevolg van het tot stand komen, dan wel het bestaan van een *trust*.

Wél wordt daar waar dat relevant is, beperkt aandacht besteed aan de gevolgen van Europees recht.

4. Uitgangspunt van het onderzoek

Ten aanzien van de vraag hoe een *discretionary* respectievelijk een *fixed trust* voor de onderscheiden belastingwetten moet worden gekwalificeerd, geldt als uitgangspunt de leer van de rechtseenheid. Deze leer houdt in, dat begrippen die aan het civiele recht worden ontleend in beginsel ook fiscaalrechtelijk hun civielrechtelijke betekenis behouden, tenzij enige factor van rechtsvinding een afwijkende betekenis vereist. Het gevolg hiervan is dat een zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie mogelijk is indien de eigenheid van het fiscale recht de toepassing van een eigen kwalificatie behoeft. Dit is met name het

geval indien de economische realiteit een divergentie rechtvaardigt¹², dan wel de privaatrechtelijke normen en begrippen niet geschikt zijn om als basismateriaal te dienen bij de fiscale rechtsvinding. De (relatieve) autonomie van het belastingrecht heeft dan ook tot gevolg dat het een eigen begrippenkader kan hanteren zonder daarbij op enigerlei wijze gebonden te zijn aan de uitleg die in andere rechtsgebieden wordt gehanteerd¹³.

Tegen deze achtergrond wordt onderzocht – met als vertrekpunt het Haags *Trust*verdrag – of de *discretionary* respectievelijk *fixed trust*, zijnde doelbestemde vermogens, als juridische zelfstandige entiteiten naar Nederlands privaatrecht kunnen worden gekwalificeerd. Een kwalificatie die ook voor het fiscale recht richtinggevend kan zijn en daarbij primair in functie staat van de beantwoording van de vraag hoe een buitenlandse *discretionary trust* respectievelijk een *fixed trust* ingevolge de geldende fiscale wetgeving moet worden gekwalificeerd, ingepast en behandeld.

5. Omschrijving van de *discretionary* en de *fixed trust* en de daaraan ontleende onderzoekshypothesen

In de Anglo-Amerikaanse juridische literatuur wordt ten aanzien van een *trust* het onderscheid gemaakt tussen een *discretionary trust* en een *fixed trust*. Een onderscheid dat ook in dit onderzoek wordt gevolgd, zodat wordt onderzocht wat de fiscale gevolgen voor de *settlor* en de *beneficiaries* (resp. verwachters) en de *trust* als zodanig zijn indien een *discretionary trust* respectievelijk een *fixed trust* tot stand komt, dan wel bestaat.

Daarbij versta ik onder een *discretionary trust* de naar Anglo-Amerikaans recht tot stand gekomen rechtsfiguur welke wordt gekenmerkt door het feit dat de *settlor* hem toebehorend vermogen door middel van een eenzijdige rechtshandeling heeft afgezonderd en ter afscheiding de *legal ownership* daarvan op basis van *common law* aan een *trustee* heeft overgedragen, maar waarbij door hem geen individueel gerechtigde *beneficiaries* zijn aangewezen, doch slechts een groep van (rechts)personen, terwijl de *trustee* de verplichting/bevoegdheid op zich neemt/verkrijgt om te bepalen wie van de groep, wanneer, welke rechten met

¹² Zie in dit verband ook de dissertatie van J. Nieuwenhuizen, “*Rechtsvinding en fiscale werkelijkheid*”, Deventer-Kluwer 2010, § 3.3.2 “*Meningen in de literatuur*”, § 5.3.3 “*Autonomie van het belastingrecht*”, § 6.4.2 “*Verhouding tot civiele rechtsnormen*”. Hij beschrijft in deze paragrafen de ontwikkeling die heeft geleid tot een (relatieve) autonomie van het belastingrecht, waarbij naar zijn inschatting de civielrechtelijke betekenis van aan het civiele recht ontleende begrippen in het fiscale recht afneemt. Dit omdat het karakter van de fiscale wetgeving onder invloed van maatschappelijke processen voortdurend wijzigt. Zie p. 136-138.

¹³ Zie Nieuwenhuizen 2010, p.114.

betrekking tot het *trust*vermogen verkrijgt.

Onder een *fixed trust* begrijp ik de naar Anglo-Amerikaans recht tot stand gekomen rechtsfiguur welke wordt gekenmerkt door het feit dat de *settlor* hem toebehorend vermogen door middel van een eenzijdige rechtshandeling heeft afgezonderd en ter afscheiding de *legal ownership* daarvan op basis van *common law* aan een *trustee* heeft overgedragen¹⁴, terwijl hij tevens heeft bepaald wanneer de door hem aangewezen *beneficiaries*, de door hem naar aard en omvang vastgestelde beneficiaire rechten op het *trust*vermogen en/of de opbrengsten daarvan, krachtens *equity* verkrijgen.

Een zodanige afzondering en afscheiding van vermogen dat de *settlor* geen juridische en economische gerechtigdheid tot het *trust*vermogen meer heeft, anders dan als mogelijke *beneficiary* of verwachter. Het is in deze betekenis dat in dit onderzoek de begrippen *discretionary trust* en *fixed trust* worden gebezigd. Deze omschrijvingen mogen niet worden gelezen als definities. Een wettelijk definitie van het begrip *trust* ontbreekt in het Engelse recht¹⁵, terwijl algemeen aanvaarde niet-wettelijke definities eveneens ontbreken. De bestaande omschrijvingen zijn alle gebaseerd op rechtsregels tot stand gekomen via *equity*-rechtspraak (*case law*) en geven de belangrijkste regels met betrekking tot de *trust* weer, waardoor men in staat is in meer algemene zin te verwoorden wat met een *trust* wordt bedoeld.

Onderzoekshypothesen

Aan deze dissertatie liggen twee onderzoekshypothesen ten grondslag.

1) De *discretionary trust* is als non-transparant aan te merken

Dat wil zeggen dat een *discretionary trust* – ten aanzien van de onderscheiden heffingen – als fiscaalrechtelijk zelfstandige entiteit dient te worden gekwalificeerd. De *discretionary trust* houdt immers ingevolge het *trustrecht* – via de *trustee* – het juridisch belang, alsook – vanwege het ontbreken van door de *settlor* individueel aangewezen *beneficiaries* – het economisch belang bij de

¹⁴ Volledigheidshalve wijs ik er thans reeds op dat naar Engels *trustrecht* een *trust* ook tot stand komt door een zgn. *declaration of trust* waarbij de *settlor* hem toebehorend vermogen afzondert door een wilsverklaring en daarmee het afgezonderde vermogen voortaan als *trustee* voor *beneficiaries* gaat houden. Zie hierna in Deel 1.3, “*De trust naar Engels recht*”.

¹⁵ Indien in dit onderzoek wordt verwezen naar geldend *trustrecht* dan wordt in beginsel bedoeld op Engels *trustrecht* zoals omschreven in Deel 1.3, “*De trust naar Engels recht*”, tenzij uit de context anders dient te worden afgeleid.

*trust*goederen. Met als gevolg dat deze uitsluitend aan de *trust* als zodanig dienen te worden toegerekend (personificatie van het vermogen).

2) De *fixed trust* is als transparant aan te merken

Dat wil zeggen dat een *fixed trust* – ten aanzien van de onderscheiden heffingen – niet als een als doelvermogen aan te merken fiscaalrechtelijk zelfstandige entiteit is te kwalificeren. Bij de totstandkoming van de *trust* zijn door de *settlor* namelijk wél *beneficiaries* individueel aangewezen die ingevolge de bepalingen in het *trustinstrument* (= *trustakte*) zodanige juridisch afdwingbare rechten betreffende het *trustvermogen* en de opbrengsten daarvan, alsook een zodanig economisch belang bij de *trustgoederen* hebben verkregen, dat deze – althans voor wat betreft de onderscheiden heffingen – rechtstreeks aan hen dienen te worden toegerekend. Met als gevolg dat het inkomen rechtstreeks door hen wordt genoten (en verliezen rechtstreeks bij hen in aanmerking worden genomen) terwijl de aard en omvang van het inkomen ongewijzigd blijven. Mochten er op enig moment *beneficiaries* ontbreken, dan worden ingevolge het *trustrecht* het in *fixed trust* gehouden vermogen en de opbrengsten daarvan als *resulting trust* voor de *settlor* of zijn erfgenamen gehouden. Met als gevolg dat zij tot het juridische én het economisch belang bij het *trustvermogen* zodanig zijn gerechtigd dat het *trustvermogen* en de opbrengsten daarvan alsdan rechtstreeks aan hen fiscaalrechtelijk moeten worden toegerekend.

In het kader van dit onderzoek definieer ik het begrip fiscale transparantie als de situatie waarin (rechts)personen het juridische en het economisch belang bij het *trustvermogen* rechtstreeks houden.

Zulks vanwege het feit dat deze (rechts)personen ingevolge het *trustinstrument* dan wel het *trustrecht* :

- juridisch afdwingbare rechten hebben verkregen betreffende de verkrijging van de juridische eigendom van het *trustvermogen* en de opbrengsten daarvan, alsook
- rechtstreeks tot het economisch belang bij het *trustvermogen* gerechtigd zijn.

Waarbij ik het begrip (mede) gerechtigdheid opvat als bedoeld in art. 3.3, lid 1, letter a Wet inkomstenbelasting 2001¹⁶, zodat de criteria waaraan getoetst moet

¹⁶ Ten aanzien van de vraag wat onder een medegerechtigde als bedoeld in art. 3.3, lid 1, letter a Wet inkomstenbelasting 2001 moet worden verstaan, verwijs ik naar het Besluit van 13 februari 2001, nr. CPP2000/3210M (Vragen en antwoorden inzake Wet IB 2001 en Invoeringswet IB 2001), BNB 2001/187, vraag B.3.2.h). Daaruit blijkt dat van medegerechtigdheid tot een ondernemingsvermogen sprake is indien bij beëindiging van

worden of een *trust* voor de heffing van de onderscheiden belastingen al dan niet als transparant moet worden aangemerkt, naar mijn mening zijn:

hebben (rechts)personen vanwege de bepalingen in het *trustinstrument* dan wel het *trustrecht*:

1) zodanige juridisch afdwingbare rechten verkregen dat het juridisch belang bij het *trustvermogen* en de opbrengsten daarvan uitsluitend hen aangaan. Waarbij ik onder het juridisch belang bij het *trustvermogen* en de opbrengsten daarvan versta: de toezegging dat zij de juridische eigendom van de *trustgoederen* zullen verkrijgen.

2) een zodanige gerechtigdheid tot het economisch belang bij het *trustvermogen* verkregen dat het economisch belang uitsluitend aan hen rechtstreeks kan worden toegerekend. Waarbij ik onder het rechtstreeks economisch gerechtigd zijn versta: het ten minste aanspraak kunnen maken op de door de *settlor* onder *trustverband* gebrachte vermogensbestanddelen; dan wel op de vermogensbestanddelen die daarvoor in de plaats zijn gekomen; dan wel op een vermogenswaarde die daarmee geheel of gedeeltelijk overeenkomt; dan wel het hebben van een aanspraak op (een gedeelte van) het liquidatiesaldo van de vermogensbestanddelen in de *trust*; dan wel op de reserve in een of meer vermogensbestanddelen via de jaarwinst¹⁷. Daarbij gaat het niet om het zijn van economisch eigenaar, maar om het hebben van een (voldoende) economisch belang als hiervoor omschreven.

Voor een goed begrip wordt benadrukt dat:

a) niet valt uit te sluiten dat de hiervoor gegeven meer uniforme omschrijving van het begrip transparantie gaandeweg het onderzoek moet worden aangepast, afhankelijk van doel en strekking van het desbetreffende belastingmiddel dat wordt onderzocht. Met als gevolg dat er verschillende criteria voor transparantie moeten worden toegepast om aan doel en strekking van het specifieke belastingmiddel tegemoet te komen.

b) de fiscale criteria voor transparantie niet parallel hoeven te zijn aan de

een samenwerkingsverband aanspraak bestaat op teruggave van de vermogensbestanddelen die destijds zijn ingebracht, of op vermogensbestanddelen die daarvoor in de plaats zijn getreden dan wel op een vermogenswaarde die daarmee geheel of gedeeltelijk overeenkomt. Ook is sprake van medegerechtigdheid tot het vermogen van een onderneming ingeval aanspraak bestaat op (een gedeelte van) het liquidatiesaldo van het samenwerkingsverband of op de reserve in een of meer vermogensbestanddelen via de jaarwinst.

¹⁷ Zie het besluit van 13 februari 2001, *BNB* 2001/187, vraag B.3.2.h..

civielrechtelijke criteria voor het al dan niet bestaan van een rechtspersoon.

Een met de onderzoekshypothesen samenhangende en hierna te onderzoeken vervolgvraag is of door het tot stand brengen van een *trust* de kwalificatie van het broninkomen zich kan wijzigen, zulks afhankelijk van de aard van de tot stand te brengen *trust*.

Daarbij wordt verondersteld dat de totstandkoming en het bestaan van een *fixed trust* voor de kwalificatie van het inkomen geen zelfstandige gevolgen voor de *settlor* en de *beneficiaries* hebben, zodat de *trust* voor fiscale doeleinden kan worden genegeerd. Terwijl het ontstaan en bestaan van een *discretionary trust* daarentegen wél zelfstandige fiscale gevolgen voor de kwalificatie van het inkomen hebben, omdat de *discretionary trust* wél als een als doelvermogen aan te merken juridisch zelfstandige entiteit moet worden gekwalificeerd waaraan het juridisch en economisch belang bij het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan moeten worden toegerekend.

Een onderzoek naar de juistheid van de hiervoor omschreven onderzoekshypothesen is van belang vanwege het feit dat ingevolge de per 1 januari 2010 tot stand gekomen wetgeving, de *discretionary trust* als een als afgezonderd particulier vermogen aan te merken rechtsfiguur voor de heffing van de schenk-, erfbelasting en (in beginsel) ook voor de inkomstenbelasting wordt genegeerd, zodat het discretionair vermogen en de inkomsten daarvan aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen wordt toegerekend. Van zulk een toerekening is naar mijn mening bij een *fixed trust* geen sprake omdat vanwege de transparantie een als afgezonderd particulier vermogen aan te merken entiteit ontbreekt. Het gevolg hiervan is dat bij de totstandkoming van een *discretionary trust inter vivos* dan wel *mortis causa* geen sprake is van heffing van schenk- of erfbelasting, terwijl het vermogen aan de *settlor*, diens *partner* of zijn erfgenamen bij fictie wordt toegerekend en zij (in beginsel) voor de inkomsten daaruit met inkomstenbelasting worden belast.

Bij de totstandkoming van een *fixed trust* is daarentegen wél sprake van een belaste verkrijging krachtens een gift respectievelijk erfrechtelijke verkrijging en daarmee heffing van schenk- of erfbelasting, terwijl het vermogen vervolgens aan de *beneficiaries* toebehoort en zij voortaan voor de inkomsten uit het *fixed trust*vermogen met inkomstenbelasting zullen worden belast. De vraag daarbij is of vanwege de totstandkoming van de als transparant aan te merken *fixed trust* de kwalificatie van de rechtstreeks genoten inkomsten verandering ondergaat omdat de *trustee* de *legal title* van het *trust*vermogen houdt.

6. Plan van aanpak

Het onderzoek valt uiteen in zes delen.

Deel 1 “Inleiding tot de trust”

Dit deel omvat 5 hoofdstukken.

In dit deel wordt de rechtsfiguur van de *trust* in een zodanig breed kader geplaatst, dat daardoor een beeld ontstaat van de diverse aspecten die de *trust* als Anglo-Amerikaanse rechtsfiguur kenmerken. Aldus wordt bereikt dat het verschijnsel *trust* door de continentaalrechtelijke fiscalist beter in zijn volle omvang kan worden begrepen en tevens wordt ontdaan van het steeds meer toenemende imago per definitie “*dubieus*” te zijn.

Uitgangspunt voor de inleiding tot de *trust* vormt de in Hoofdstuk 1 opgenomen beschrijving van de historische ontwikkeling van de rechtsfiguur, waaruit blijkt welk een lange geschiedenis de *trust* reeds kent en hoe hij zich als rechtsfiguur tot een wezenlijk onderdeel van het Anglo-Amerikaanse recht kon ontwikkelen.

Vervolgens wordt in Hoofdstuk 2 de *trust* als rechtsfiguur inhoudelijk naar geldend Engels recht beschreven, daarbij aandacht schenkend aan de doeleinden die een *trust* kan hebben en aan de verschillende omschrijvingen die van de *trust* zijn te geven. De kenmerken van de *trust* worden geduid door de rechtspositie van de *trustee* te vergelijken met die van de *beneficiary* en door de *trust* te vergelijken met andere Anglo-Amerikaanse rechtsverhoudingen. Voorts is getracht het begrip *trust* nader te bepalen door de *trust* te kwalificeren naar de wijze waarop hij ontstaat, naar de obligatoire aspecten van de *trust*verhouding, naar de aard van het *trust fund* en van de bij de *trust* betrokken belangen.

Omdat bij de totstandkoming van een *trust*, naast het scheiden van huidige en toekomstige vermogensbelangen en het toevertrouwen van het beheer van goederen aan een competent persoon, doorgaans ook fiscale overwegingen een belangrijke rol spelen, wordt in Hoofdstuk 3 kort aandacht besteed aan de hoofdlijnen van de Engelse belastingheffing van de *trust*.

Omdat een inleiding tot de *trust* niet volledig is indien niet ook enige aandacht wordt besteed aan *trusts* in de doorgaans meer exotische rechtsgebieden buiten het VK en de VS, worden in Hoofdstuk 4 kort beschreven de *offshore trusts* in het algemeen en de *STAR trust* en de Antilliaanse Stichting Particulier Fonds in het bijzonder.

Hoofdstuk 5 rondt Deel 1 met een samenvatting af.

Deel 2. “De privaatrechtelijke kwalificatie van de trust”

Dit deel omvat 4 hoofdstukken.

In dit deel wordt onderzocht hoe een *express private trust* naar Nederlands burgerlijk recht kan worden gekwalificeerd. Immers, vanwege de leer van de eenheid der rechtsorde moet een belastingwet in beginsel worden uitgelegd overeenkomstig het burgerlijk recht, tenzij de tekst – op grond van een grammaticale of historische uitleg –, het systeem of de bedoeling van de belastingwet zich hiertegen verzet.

Vandaar het belang van het antwoord op de vraag hoe de *fixed trust* resp. de *discretionary trust* naar Nederlands privaatrecht dienen te worden gekwalificeerd.

In hoofdstuk 1 wordt aandacht besteed aan het belang en de inhoud van het Haags *trust*verdrag. Een verdrag dat verdragspartijen verplicht een verdragstrust binnen hun rechtssystemen te erkennen, ook als het betrokken rechtssysteem de rechtsfiguur van de *trust* niet kent. Aan de orde komen: het bereik van het verdrag; de door de *settlor* te maken rechtskeuze; de reikwijdte van het toepasselijke *trust*recht; de dwingende rechtsregels waarvoor het gekozen *trust*recht dient te wijken. Tot deze dwingende rechtsregels behoren – naast dwingende rechtsregels die van toepassing zijn op een ander onderwerp dan de *trust* en de internationaal dwingende (voorrangs)regels van het forum – de dwingende Nederlandse rechtsregels welke het ontstaan van een *trust* – vanwege nietigheid van rechtswege – kunnen blokkeren dan wel de omvang van het *trust*vermogen – vanwege vernietigbaarheid – (tot nihil) kunnen beperken.

Omdat het kwalificeren van de *trust* pas zinvol is indien de rechtsfiguur naar Nederlands privaot (en fiscaal) recht kan worden erkend, wordt in hoofdstuk 2 onderzocht aan welke kenmerken een *trust* dient te voldoen om privaatrechtelijk als een *trust* te kunnen worden aangemerkt en erkend. Naast de materiële kenmerken van de verdragstrust komen aan de orde: de gevolgen van de erkenning van de *trust*; het recht om de erkenning van de *trust* te beperken; het recht om de erkenning van de *trust* te weigeren; de uitsluiting van fiscale zaken en het zo ruim mogelijk erkennen van de *trust*.

In hoofdstuk 3 wordt onderzocht hoe een verdragstrust in het Nederlands privaatrecht kan worden ingepast. Daarbij wordt aandacht besteed aan de vraag of de verdragstrust een equivalent naar Nederlands privaatrecht kent en of de verdragstrust als een juridisch zelfstandige entiteit naar Nederlands privaatrecht is te kwalificeren.

Hoofdstuk 4 rond dit deel af met een samenvatting en conclusie.

Deel 3 "De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de trust"

Dit deel omvat vier hoofdstukken.

Hoofdstuk 1 bevat een inleiding.

In hoofdstuk 2 dat de fiscaalrechtelijke kwalificatie van de *discretionary trust* betreft, wordt allereerst onderzocht hoe de *discretionary trust inter vivos* voor de heffing van het schenkingsrecht vóór 1 januari 2010 moest worden gekwalificeerd. Dit in verband met het feit dat met ingang van die datum een wetsvoorstel tot wijziging van de Successiewet 1956 en enige andere belastingwetten kracht van wet kreeg, hetgeen mede een wettelijke regeling voor het afgezonderd particulier vermogen tot gevolg had. Voor de kwalificatie van de *irrevocable discretionary trust inter vivos* zijn de zgn. "novemberarresten" van de Hoge Raad (BNB 1999/35c; 36c en 37c) van groot belang geweest. Daarin was de Hoge Raad van oordeel dat een *irrevocable discretionary trust* fiscaalrechtelijk als een doelvermogen dient te worden aangemerkt. Op dit oordeel wordt commentaar geleverd in de vorm van een aantal kritische kanttekeningen, gevolgd door de conclusie dat de wetgever ter bevordering van de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid door middel van reparatiewetgeving spoedig had moeten ingrijpen, temeer omdat het Besluit d.d. 15 december 2005, waarin de staatssecretaris de mogelijkheid tot (voor)overleg bood, naar mijn mening bepaald geen adequate oplossing vormde.

Vervolgens wordt aandacht besteed aan de kwalificatie van de *discretionary trust mortis causa* en de heffing van het successierecht vóór 1 januari 2010. Daarbij wordt ingegaan op de vraag wanneer successierecht verschuldigd was; welke betekenis moest worden toegekend aan de verkrijging krachtens erfrecht en de fictief erfrechtelijke verkrijgingen ex art. 1 lid 2 en 6 tot en met 17 Successiewet 1956; wie in het geval dat een testamentaire *discretionary trust mortis causa* tot stand kwam, geacht kon worden verkrijger van het *trust*vermogen te zijn en welke waarde aan de verkrijging kon worden toegekend. Aansluitend wordt aandacht besteed aan de kwalificatie van de *revocable discretionary trust* vóór 1 januari 2010. Dit in verband met de vraag of indien een *settlor* zich bij de totstandkoming van een *trust* het recht voorbehoudt om de *trust* te herroepen, het *trust*vermogen al dan niet rechtstreeks aan hem dient te worden toegerekend omdat hij - vanwege het recht om te herroepen - over het *trust*vermogen zou kunnen beschikken als ware het zijn eigen vermogen¹⁸.

Vervolgens komt de kwalificatie van de *discretionary trust* na 1 januari 2010 aan

¹⁸ Zie in dit verband: HR 22 juli 1981, nr. 20 657, BNB 1982/42; HR 30 oktober 1985, nr. 22 175, BNB 1986/16; HR 8 januari 1986, nr. 23 469, BNB 1986/87 en HR 10 januari 1996, nr. 30 659, BNB 1996/94.

de orde waarbij de wettelijke regeling betreffende afgezonderde particuliere vermogens meer algemeen wordt gekenschetst. Daarbij wordt vastgesteld dat met de regeling, welke in het teken staat van de constructiebestrijding, een wetsystematiek is geïntroduceerd die er op neerkomt dat het juridisch en economisch tot stand brengen van een door buitenlands recht beheerste entiteit voor de heffing van de schenk- en erfbelasting en in beginsel ook voor de inkomstenbelasting volledig wordt genegeerd, met als conclusie dat de wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen een onrechtvaardige regeling is. Cruciaal in de wettelijke regeling is dat bezittingen en schulden alsmede opbrengsten en uitgaven van een afgezonderd particulier vermogen aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen zijn toe te rekenen, ondanks het feit dat het vermogen civielrechtelijk door de *settlor* is afgezonderd en afgescheiden. Vandaar dat aandacht wordt besteed aan de vraag welke betekenis moet worden toegekend aan het begrip toerekening en aan het begrip afgezonderd particulier vermogen, waarna wordt onderzocht hoe de *discretionary trust* onder de wettelijke regeling kwalificeert.

Het hoofdstuk wordt afgerond met een toetsing van de onderzoekshypothese.

In hoofdstuk 3 wordt onderzocht hoe naar mijn mening de *fixed trust* dient te worden gekwalificeerd. Allereerst wordt aandacht besteed aan de kwalificatie van de *fixed trust* vóór 1 januari 2010. Daarbij komen aan de orde de relevante op de *fixed trust* betrekking hebbende jurisprudentie en de naar aanleiding van deze jurisprudentie in de fiscale literatuur ingenomen standpunten en gemaakte gevolgtrekkingen, waarna hierop commentaar wordt geleverd. Vervolgens wordt vastgesteld welke betekenis aan het Besluit van 15 december 2005 (voor het eerst gepubliceerd op 8 december 2000) moet worden toegekend, waarin de staatssecretaris van Financiën de mogelijkheid tot (voor)overleg bood teneinde zekerheid te kunnen verkrijgen over de fiscale behandeling van buitenlandse rechtsfiguren waarbij sprake is van zogeheten “zwevend vermogen”, waarbij de “november”-arresten van de Hoge Raad mede als uitgangspunt voor de fiscale behandeling golden. Vervolgens wordt onderzocht hoe de *fixed trust* voor de heffing van schenk-, erf-, en inkomstenbelasting na 2010 moet worden gekwalificeerd. Het hoofdstuk wordt afgerond met een toetsing van de onderzoekshypothese.

Hoofdstuk 4 bevat een samenvatting en conclusie.

Deel 4 “De fiscaalrechtelijke gevolgen van de kwalificatie”

Dit deel bevat 3 hoofdstukken.

In dit deel worden de fiscaalrechtelijke gevolgen van de kwalificatie onderzocht. Daarbij worden in hoofdstuk 1 de fiscaalrechtelijke gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* onderzocht. Eerst wordt nagegaan welke de fiscale gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* zijn voor de heffing van de schenk- en erfbelasting onder het positieve recht. Vastgesteld wordt dat het afzonderen en afscheiden van vermogen in een als *discretionary trust* aan te merken afgezonderd particulier vermogen geen schenking vormt van de inbrenger aan het desbetreffende afgezonderd particulier vermogen. De afzondering van vermogen, als bedoeld in art. 2.14a van de Wet inkomstenbelasting 2001, wordt namelijk niet als een verkrijging aangemerkt. Voorts komt aan de orde dat verkrijgingen door schenkingen vanuit de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* geacht moeten worden schenkingen te zijn van de inbrenger, of na diens overlijden van diens erfgenamen en de daarop volgende erfgenamen. Voor de heffing van de erfbelasting wordt ingegaan op het uitgangspunt dat bezittingen en schulden van een afgezonderd particulier vermogen niet alleen tijdens het leven van de inbrenger, maar ook op het moment van overlijden van de inbrenger tot zijn vermogen en daarmee tot zijn nalatenschap behoren. Met als verondersteld gevolg dat iedere erfgenaam zodoende krachtens erfrecht zijn deel van de nalatenschap verkrijgt. Een voorstelling van zaken die naar mijn mening civielrechtelijk niet juist is.

Vervolgens komen aan de orde de fiscale gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* voor de heffing van inkomstenbelasting onder het positieve recht.

Ten slotte worden de fiscale gevolgen beschreven van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* voor de heffing van vennootschapsbelasting. Kritische kanttekeningen worden gemaakt bij de wettelijke regeling betreffende buitenlands vennootschapsbelastingplichtige doelvermogens. Voorts wordt een aantal bijzondere vraagstukken besproken. Zo komt de openingsbalans van een als buitenlands belastingplichtig doelvermogen aan te merken *discretionary trust* aan de orde. Daarbij wordt aandacht besteed aan de vraag of het al dan niet mogelijk is om in de openingsbalans van een *discretionary trust* een voorziening op te nemen voor verplichtingen ten aanzien waarvan een redelijke mate van zekerheid bestaat dat die in de toekomst zullen ontstaan. Vervolgens wordt onderzocht welke gevolgen de aanwijzing van *beneficiaries* door de *trustee* en de toekenning van afdwingbare vermogensrechten aan hen voor de *discretionary trust* hebben, waarbij onderscheid wordt gemaakt

tussen verschillende vormen van toe te kennen *beneficial rights*. Tot slot wordt onderzocht wat de gevolgen zijn indien de feitelijke leiding van een als buitenlands belastingplichtig doelvermogen aan te merken afgezonderd particulier vermogen naar Nederland wordt verplaatst, waarbij wordt vastgesteld dat vanuit internationaal fiscaal perspectief Nederland nog steeds als een fiscale vrijhaven is aan te merken voor de als een afgezonderd particulier vermogen aan te merken naar buitenlands recht tot stand gekomen *discretionary trust* die feitelijk in Nederland is gevestigd en die géén Nederlands inkomen geniet. Het hoofdstuk wordt afgerond met de met de onderzoekshypothesen samenhangende vervolgvraag of tengevolge van het tot stand brengen van een *discretionary trust* de kwalificatie van het broninkomen zich wijzigt.

In hoofdstuk 2 komen de fiscaalrechtelijke gevolgen van de als transparant aan te merken *fixed trust* aan de orde. Eerst wordt onderzocht wat de gevolgen voor de heffing van de schenkbelasting zijn indien een *fixed trust inter vivos* ontstaat, meer in het bijzonder wat de schenkingsrechtelijke gevolgen van de totstandkoming van een *fixed trust inter vivos* zijn waarbij aan *beneficiaries* vermogensrechten onder (opschortende/ontbindende) tijdsbepalingen/of voorwaarde worden toegekend.

Vervolgens wordt vastgesteld wat de gevolgen voor de heffing van de erfbelasting zijn indien een *fixed trust mortis causa* ontstaat, waarbij aandacht wordt besteed aan de waardering van erfrechtelijk verkregen aanspraken op een *fixed trust*vermogen. Aansluitend wordt onderzocht wat de gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting zijn nadat een *fixed trust* is ontstaan. Onderscheid wordt gemaakt tussen de gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting voor de binnenlandse *settlor* en de binnenlandse *beneficiary*. Ten aanzien van de binnenlandse *beneficiary* is het daarbij van belang vast te stellen welke bronnen van inkomen tot het *trust*vermogen behoren en in welke mate en wanneer de *beneficiary* tot deze vermogensbestanddelen en/of de opbrengsten daarvan is gerechtigd. Ook hoofdstuk 2 wordt afgerond met de met onderzoekshypothesen samenhangende vervolgvraag of ten gevolge van het tot stand brengen van een *fixed trust* de kwalificatie van het broninkomen zich wijzigt.

Hoofdstuk 3 rondt Deel 4 af met een samenvatting en conclusie.

Deel 5 ”Wenselijk recht”

Dit deel bevat 3 hoofdstukken.

Omdat de tot stand gekomen wettelijke regeling een regeling is die op wezenlijke onderdelen onrechtvaardig is, wordt in dit deel getracht een antwoord te vinden op de vraag welke wettelijke fiscale regeling betreffende doelvermogens wél wenselijk is, waarbij de wettelijke regeling zodanig evenwichtig dient te zijn dat de belangen van de fiscus en die van de burger beide worden gediend, uitgaande van de tot stand gekomen juridische en economische realiteit. Een regeling die niet alleen een fiscale erkenning van de (*discretionary*) trust dient in te houden als een naar buitenlands recht tot stand gekomen rechtsfiguur, maar ook voldoende zekerheid dient te bieden dat deze rechtsfiguur niet kan worden aangewend met het overwegende motief om heffing van belasting te ontgaan door gebruik te maken van een heffingsvacuüm waardoor de Nederlandse belastinggrondslag wordt aangetast. Kortom, een regeling die gerechtvaardigde Nederlandse heffingsbelangen veilig dient te stellen, maar tevens een goed evenwicht tussen rechtvaardigheid en doelmatigheid dient te waarborgen en uit dient te gaan van de vrijheid van kapitaalverkeer, de burger daarbij voldoende ruimte latend om zijn particuliere belangen zodanig in te richten dat ook zijn fiscale belangen daarmee het best zijn gediend.

In hoofdstuk 1 wordt een alternatief geschetst voor de wettelijke regeling van een als *discretionary trust* aan te merken doelvermogen.

Na een korte inleiding wordt aandacht besteed aan de belastingheffing van trusts in landen die de trust wel en niet als rechtsfiguur kennen. De beschrijving van de verschillende buitenlandse regelingen heeft overigens niet de pretentie een systematische rechtsvergelijking te zijn, maar beoogt slechts enig inzicht te verschaffen in de diverse, van elkaar afwijkende regelingen die elders gelden.

Vervolgens worden eerdere voorstellen betreffende een wettelijke regeling van doelvermogens besproken. Daarbij wordt aandacht besteed aan het rapport van de werkgroep Modernisering successiewetgeving zoals dat op 13 maart 2000 verscheen, aan andere alternatieven en aan voorstellen die tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel betreffende het afgezonderd particulier vermogen aan de orde zijn gekomen. Ten slotte wordt ook het door Boer in zijn dissertatie¹⁹ beschreven, op de entiteitsgedachte gebaseerde alternatief beoordeeld.

¹⁹ J.P. Boer, “De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting 2010”, Fiscaal Wetenschappelijke reeks, Deel 17, Sdu-Uitgevers, Den Haag, 2011.

Aansluitend wordt een voorstel voor een nieuwe wettelijke regeling betreffende doelvermogens geschetst.

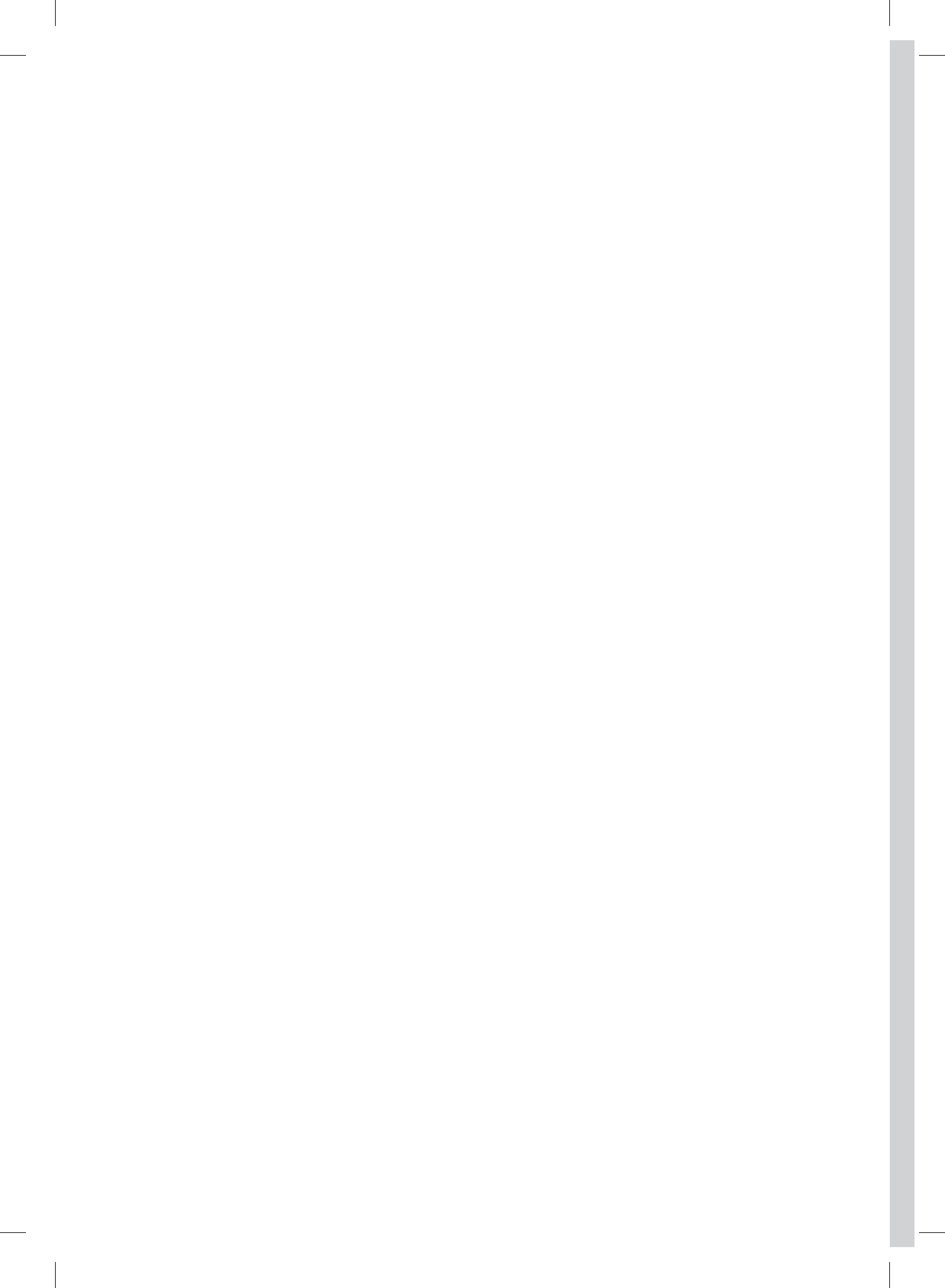
In hoofdstuk 2 worden voorstellen gedaan om knelpunten welke zich tijdens het ontstaan en bestaan van een *fixed trust* kunnen voordoen, op te heffen.

Hoofdstuk 3 bevat een samenvatting en conclusie.

Deel 6 Samenvatting en slotconclusie/Summary and Final Conclusion

Dit deel sluit de studie af.

De tekst van het manuscript is afgesloten op Pinksterzondag, 27 mei 2012. Met nadien verschenen rechtsspraak en literatuur kon geen rekening meer worden gehouden.



Deel 1

Inleiding tot de *trust*

Hoofdstuk 1

De *trust* in historisch perspectief

1.1 Inleiding

De kenmerken van de huidige Anglo-Amerikaanse *trust* zijn niet goed te begrijpen indien men geen kennis heeft van zijn ontstaansgeschiedenis en de omstandigheden die hem vormden tot de rechtsfiguur die hij thans is. Een rechtsfiguur die sinds zijn ontstaan, gekenmerkt wordt door het in goed vertrouwen (*fiducia*) overdragen van vermogen aan een vertrouwensman, opdat deze het vermogen als een goed rentmeester beheert. Daarom wordt in dit hoofdstuk ruim aandacht besteed aan de ontstaansgeschiedenis van de Anglo-Amerikaanse *trust*. Paragraaf 2 vangt aan bij de moeder van het continentaal recht, het Romeinse recht en het *fideicommissum* als “*trust*vorm”. Paragraaf 3 schenkt aandacht aan fiduciaire eigendomsoverdrachten zoals die ons uit het (vroeg) continentaal middeleeuws recht bekend zijn (bv. *piae causae* en *xenodochia*). Paragraaf 4 beschrijft het Engelse recht in de (vroeg) Middeleeuwen. De periode dat de verhouding tussen *common law* en *equity* haar oorsprong vond. In paragrafen 5 en 6 worden regelingen beschreven (*feoffments to use*) welke de basis vormen van hetgeen later als “*trust*” wordt aangeduid. Paragraaf 7 betreft de “*Statute of Uses*”. Paragraaf 8 beschrijft de ontwikkeling van het begrip *trust* en *equity* na de “*Statute of Uses*”. Paragraaf 9 omvat korte omschrijvingen van a) koloniaal recht, b) de periode dat Amerikaans recht wordt gevormd en c) de periode dat het Amerikaans recht zich volledig ontwikkelt. Paragraaf 10 schenkt ten slotte kort aandacht aan de *trusts* in de Verenigde Staten van Amerika.

1.2 Romeins recht

1.2.1 Inleiding

De rechtsfiguur van de *trust*, in de betekenis van een rechtsverhouding waarbij een of meer personen weliswaar eigendom houden, doch dit beheren ten voordele van een ander/anderen, dan wel ten voordele van een goed doel¹, kende het Romeinse recht niet. Zouden we deze rechtsfiguur naar Romeins recht willen

¹ Voor gangbare omschrijvingen in de Anglo-Amerikaanse vakliteratuur verwijs ik naar de hierna in hoofdstuk 2 onder § 4, “*Omschrijving van de trust*”, opgenomen omschrijvingen.

vertalen dan vertoont het veel gelijkenis met het *fideicommissum*². Beide hebben het schenken van *fides* (vertrouwen), veelal gebaseerd op *amicitia* (vriendschap), als gemeenschappelijk kenmerk. In beide gevallen wordt eigendom aan een persoon toevertrouwd ten voordele van een derde. Hoewel, overigens niet zonder discussie, wordt aangenomen dat de rechtsfiguur van het *fideicommissum* geen directe invloed heeft gehad op het ontstaan en de ontwikkeling van het *trustrecht* in de op *equity*³ gebaseerde Engelse rechtspraak, zijn desalniettemin enkele parallellen opmerkelijk en zijn het *fideicommissum* en de *trust* in essentie in functie aan elkaar verwant. Vandaar dat ik hierna kort aandacht aan het *fideicommissum* besteed. Doch voor een goed begrip eerst een enkele opmerking betreffende een van de hoofdkenmerken van het Romeins privaatrecht. Het Romeinse recht werd in tegenstelling tot de moderne continentale rechtsstelsels niet door de wetgever bepaald, maar is in de voorclassieke en klassieke periode⁴ in belangrijke mate ontstaan uit, overigens niet bindende, adviezen van *iures prudentes* (rechtsgeleerden) inzake aan hen voorgelegde casus-posities. Het gevolg hiervan is dat de rechtspraak casuïstisch van aard was, waarbij moeilijke en interessante gevallen werden behandeld en opgelost. Daarmee vertoonde het grote overeenkomst met het Engelse “*case law*”. De rechtsinstellingen en rechtsnormen ontstonden dus veelal niet door wetgeving, maar uit de casuïstiek, waardoor men soepeler met rechtsnormen kon omgaan. Aldus kon het Romeinse recht zich op een meer natuurlijke wijze ontwikkelen, met zelden ingrijpend regelen van bovenaf. Men kende dus geen uitputtende

² D. Johnston schrijft in zijn boek “*The Roman law of trusts*”, Oxford University Press, 1998, p. 1: “*Trust, however, is the ideal word in English, even in legal English, to translate fideicommissum*” Het *fideicommissum* is een verzoek van een erflater aan bv. een erfgenaam tot uitkering van een deel van de erfenis aan iemand die in beginsel niet als erfgenaam kan worden aangewezen.

³ Met de term “*equity*” wordt aangeduid het recht dat ontstond vanwege gerechtelijke uitspraken door de “*Court of Chancery*”, welke uitspraken waren gebaseerd op redelijkheid en billijkheid en die in oorsprong tot doel hadden om onrechtvaardige gevolgen van de toepassing, dan wel het uitblijven van toepassing van “*common law*” te corrigeren. Voor een meer uitgebreide omschrijving van het begrip “*equity*” en haar ontstaansgeschiedenis verwijst ik naar § 4 3, “*Equity*”, hierna.

⁴ De voor-klassieke periode vangt aan 343-341 v. Chr. en duurt tot het einde van de republiek in 27 v. Chr. Daarna volgt de klassieke periode van 27 v. Chr. tot 251 na Chr. en omvat een groot deel van het Principaat. De klassieke periode wordt onderverdeeld in de vroeg-klassieke periode van 27 v. Chr. tot 98 na Chr., gevolgd door de periode van klassieke bloeitijd van 98 na Chr. tot 193 na Chr., waarna de laat-klassieke periode volgt van 193 na Chr. tot 251 na Chr. Na de klassieke periode volgt de vroeg-naklassieke periode van 251 na Chr. tot 284 na Chr., waarna met het begin van het Dominaat (284-565) de na-klassieke periode aanvangt die eindigt met de verovering van Italië door de Longobarden in 568 na Chr. Zie J.E. Spruit, “*Enchiridium, een geschiedenis van het Romeins privaatrecht*”, Kluwer-Deventer-1994, vierde druk, p. 306-313, Chronologische tabel.

1.2 Romeins recht
1.2.2 Het *fideicommissum*

wettelijke regeling van het privaatrecht op grond van een uit abstracte begrippen opgebouwd systeem. Het was veeleer een “vlechtwerk” van *ius civile*⁵, *ius honorarium*⁶, doch vooral ook van praktisch juristenrecht⁷.

1.2.2 Het *fideicommissum*

Het *fideicommissum* is oorspronkelijk een verzoek van een erflater gericht aan een persoon die een voordeel uit zijn nalatenschap geniet. Het is afgeleid van “*fidei committere*” dat “toevertrouwen” betekent. In oorsprong werd deze figuur gebruikt in het geval een erflater een persoon wilde bevoordelen die daartoe onder het *ius civile* – bijv. via een *legatum* (legaat) – niet rechtstreeks kon worden gerechtigd. Het *fideicommissum* werd dan ook wel, als ware het een indirect legaat, gebruikt om de beperkingen die het *ius civile* kende te omzeilen, hetgeen ook mag blijken uit de serie maatregelen die men trof om zulke omwegen te vrijdelen. Ook werd het gebruikt indien er onvoldoende tijd meer was om alle formaliteiten van het *ius civile* in acht te nemen. Oorspronkelijk werd het *fideicommissum* gebruikt om *mortis causa* (tengevolge van het overlijden) geld, roerende goederen of onroerende goederen indirect aan een derde over te dragen. Door middel van een *fideicommissum* kon eigendom dus niet bij leven fiduciair worden overgedragen (dit in tegenstelling tot de Anglo-Amerikaanse *trust inter vivos*, zie hierna onder Hoofdstuk 2, §.6.1.1.1). Later neemt de betekenis van het *fideicommissum* toe als het ook gebruikt wordt om zonder testament de gehele nalatenschap dan wel een deel daarvan (*fideicommissum hereditatis*) via de *fiduciarius* (bezwaarde) aan de *fideicommissarius* (ook wel *beneficiarius* = begunstigde) over te dragen. Aanvankelijk was onder het Romeinse recht degene aan wie iets was toevertrouwd slechts moreel verplicht het verzoek na te komen. Uitvoering hing dus volledig af van de eerlijkheid en moraliteit van de gekozen bezwaarde. Van belang daarbij was dat niemand tegen zijn wil

⁵ Onder *ius civile* is te verstaan de oude kern van het Romeinse recht, het traditionele complex van rechtsnormen, zoals het in de XII Tafelen stond opgetekend, zoals het door interpretatie verder was ontwikkeld en zoals het zo nu en dan door afzonderlijke wetten en *senatus consulta* was aangevuld. Het is het recht toepasselijk op en voorbehouden aan Romeinse staatsburgers. Het recht dat van toepassing was op rechtsbetrekkingen tussen Romeinen en niet Romeinen (*peregrini*) als ook tussen niet-Romeinen onderling werd *ius gentium* genoemd. Zie: M. Kaser/ F.E.J. Wubbe, “*Romeins Privaatrecht*”, N.V. Uitgeversmaatschappij W.E. J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1971, p. 19.

⁶ Onder *ius honorarium* is te verstaan het recht dat ontstond vanwege door met jurisdictie belaste magistraten (*praetoren*, *aediles curules* en *praeses* in de provincies) uitgevaardigde rechtsregels die werden geformuleerd in *edicta magistratuum* die niet op enigerlei wetten berustten. Het vormde daarmee een correctie/aanvulling op het *ius civile*.

⁷ Zie ook in dit verband: Kaser/Wubbe, 1971, p. 16-18, par. 2.I.II.

gedwongen kon worden om iets te volbrengen wat slechts een verzoek was. Een juridische aanspraak tot nakoming bestond dan ook oorspronkelijk niet⁸ omdat het vestigen van een *fideicommissum* geen wettelijke verplichting deed ontstaan. Het *ius civile* kende het *fideicommissum* namelijk niet. In dit verband is het van belang erop te wijzen dat op het moment van overlijden, het *fideicommissum* weliswaar in werking trad, doch dat de *fiduciarius* eigenaar werd. Het Romeinse recht kende niet een splitsing van eigendom in een wettelijk eigendom van de *fiduciarius* en een afgeleide eigendom van de *fideicommissarius* (om een “parallel” met de *trust* te trekken).

De *fideicommissarius* kon op grond van het *ius civile* geen nakoming afdwingen. Pas onder *Augustus*, die de consuls met de rechtspraak inzake *fideicommissa* belaste, ontstond de rechtsplicht tot nakoming.

Onder *Claudius* werd de rechtspraak voor kleine zaken toegewezen aan speciale *praetores fideicommissarii*. Geschillen aangaande een *fideicommissum* werden beslecht in een proces *cognitio extra ordinem* (*cognitio* = kennisgeving), dat wil zeggen: een proces voor rechtsvorderingen, die naar het oordeel van de keizer rechtsbescherming verdienden, maar waarvoor in het proces *per formulas*⁹ geen actie bestond. Door de keizer werd aan zijn rechters een uitgebreide discretionaire bevoegdheid verleend, alsook in vele gevallen de bevoegdheid om op partijen dwang uit te oefenen. Voorts waren zij vrij in de waardering van bewijs. Het vonnis werd op schrift gesteld en voorgelezen¹⁰. Hierdoor werden *fideicommissen* opeisbaar, zij het niet onder de regels van het *ius civile* of het *ius honorarium*, maar onder keizerlijk recht¹¹ dat in de loop van het Principaat rechtsbron werd, alsook onder het recht dat werd gevormd door de adviezen van juristen aan wie door de keizer het *ius publicere respondendi*¹² was verleend. Het *fideicommissum* behoorde samen met het *legatum* tot de erfrechtelijke makingen onder bijzondere titel. Echter, het *legatum* was een strikt formele, naar vaste regels beheerste making naar *ius civile*. Het *fideicommissum* was een schepping

⁸ Kaser/Wubbe, 1971, §. 77, I. Algemeen.

⁹ De procedure *per formulas* vervangt vanaf de derde eeuw v. Chr. stapsgewijs de procedure *per legis actiones*, tot dat deze laatste procedurevorm door de *leges Iuliae* bijna volledig wordt afgeschaft. De grote vernieuwing bestond erin dat het procederen *per formulas* niet langer geschiedde door middel van plechtige mondelinge formules, gekenmerkt door een streng ritualisme en formalisme, waarbij de minste vergissing bij het opzeggen ervan verlies van het proces tot gevolg had. In plaats daarvan kwamen schriftelijke standaardformules - de *formulae* - waarin het geschil kernachtig was geformuleerd. Zie ook: C. de Koninck, “*Glossarium van Latijnse en Romeinse Rechtstermen*”, 1997, p. 182-183.

¹⁰ Zie in dit verband ook: Kaser/Wubbe, 1971, p. 408-411.

¹¹ De keizers hadden weliswaar geen wetgevende macht, maar hun *constitutiones* (verordeningen) steunden op de autoriteit die het keizerlijke ambt hen verleende.

¹² Het *ius publice respondendi* is het recht om op gezag van de keizer juridische adviezen te geven.

1.2 Romeins recht
1.2.2 Het *fideicommissum*

van keizerlijk recht, dat ruimer armslag bood en in zeer vele opzichten niet was gebonden aan de strenge regels, die golden voor vorm en inhoud van legaten. Een cruciaal verschil tussen het *legatum* en het *fideicommissum* was gelegen in het feit dat bij een *fideicommissum* ook een niet-erfgenaam bezwaarde kon zijn, terwijl bij een *legatum* uitsluitend een erfgenaam gebonden kon worden.

Reeds in de klassieke tijd wordt bij de juristen en de keizers de neiging bespeurbaar om *fideicommissen* met legaten gelijk te stellen. In de na-klassieke tijd zet deze tendens zich voort. Ten slotte verklaarde *Justinianus* uitdrukkelijk deze twee vormen van making gelijk aan elkaar, al liet hij de twee benamingen voortbestaan¹³. Het *fideicommissum* was vormvrij en kon bij testament, in een, al dan niet geconfirmeerd, codicil, ook mondeling (in elke taal) of alleen door *nutus* (gebaren) kenbaar worden gemaakt. Het kon bestaan naast een testamentaire regeling. Wel was vereist dat uit de (indirect) gebruikte woorden dan wel gebaren voldoende de intentie van de erflater bleek om een *fideicommissum* tot stand te willen brengen. Veel gebruikte woorden waren: *peto* (ik verzoek), *rogo* (ik vraag), *volo* (ik wil), *fideicommitto* (ik vertrouw toe). De taak van de juristen was veelal om via (extensieve) interpretatie te trachten vast te stellen of bij afwijkende bewoordingen toch een *fideicommissum* was gevestigd. De invloed van de praktijkgeleerden op het ontstaan en de ontwikkeling van het Romeinse recht in de voor-klassieke en klassieke periode was groot, met name vanwege het feit dat de hoogste autoriteit op juridisch gebied, de *Praetor*, geen jurist was, maar een politiek figuur, terwijl de door de magistraten beëdigde rechters evenmin juristen waren. Ondanks het feit dat een *fideicommissum* vormvrij was, bestond er voor het tot stand komen van een *fideicommissum* een viertal basisvereisten:

1. vereist was dat de erflater en de *fideicommissarius* “*testamenti factio*” hadden, dat wil zeggen dat zij bevoegd zijn om een testament te maken, hetgeen een volledige handelingsbekwaamheid vereiste die onvolwassenen, geesteszieken en onder curatele gestelde verkwisters, slaven (niet altijd), personen met bepaalde gebreken, vreemdelingen zonder *commercium*¹⁴ niet hadden. Zij hadden geen *testamenti factio* en konden dus geen *fideicommissum* maken, danwel *fideicommissarius* zijn.

2. het *fideicommissum* moest geoorloofd zijn, in die zin dat het geen illegaal of immoreel doel mocht hebben.

¹³ Kaser/Wubbe, 1971, p. 368.

¹⁴ *Commercium* is de bevoegdheid, bepaalde specifiek rechtshandelingen naar Romeins recht te verrichten.

3. de *fiduciarius* moest recht hebben op enig voordeel bij vererving. Alleen dan was er voldoende rechtvaardiging om iemand met een *fideicommissum* te belasten.

Dit voordeel kon overigens zeer bescheiden zijn.

4. duidelijk moest zijn dat de ontvangst van dit voordeel zijn oorzaak vond in de *intentio* (intentie) van de erflater dienaangaande.

Voor het overige werd de geldigheid van een *fideicommissum* beoordeeld naar algemene regels.

Herroeping door de erflater, dat evenmin aan enige vaste vorm gebonden was, deed het *fideicommissum* vervallen. De erflater kon niet alleen testamentaire erfgenamen met een *fideicommissum* bezwaren, ook erfgenamen bij versterf, legatarissen, fideicommissarissen en voorts eenieder die iets uit de nalatenschap ontving. De bezwaarde was aansprakelijk voor *dolus* (arglist) en soms ook *culpa* (verwijtbare schuld).

Oorspronkelijk kon de erflater geheel vrij naar eigen wens over zijn eigendom beschikken. Hij kon eenieder bedenken die op de dag van zijn overlijden leefde. Later heeft men deze vrijheid meer beperkt in navolging van hetgeen reeds voor legaten gold en ontstond aan het einde van de Republiek het recht op een legitieme portie voor erfgenamen in neergaande en opgaande lijn. Hoewel het Romeinse recht niet toeliet dat in een en dezelfde nalatenschap achtereenvolgens verschillende personen erfgenaam werden, met andere woorden dat na een bepaalde termijn of bij het in vervulling treden van een bepaalde voorwaarde de eerste erfgenaam werd opgevolgd door een tweede, heeft de praktijk wegen gevonden om deze regel te omzeilen. De erflater kon namelijk bepalen, dat het *fideicommissum* niet bij zijn overlijden maar pas bij het overlijden van de *fiduciarius* moest worden uitgevoerd. Dientengevolge kon de erflater voor ten minste twee generaties over zijn goed beschikken. De erflater benoemde dan de *fideicommissarius* testamentair tevens als *fiduciarius* onder een *fideicommissum* ten gunste van een andere *fideicommissarius*, bv. diens al dan niet bij naam genoemd kind en kindskind (fideicommissaire substitutie). Hierdoor kon de oorspronkelijke *fideicommissarius* gedurende zijn leven (bv.) het onroerend goed wel gebruiken, maar kon hij, ondanks het feit dat hij eigenaar was, er niet meer testamentair over beschikken, dit vanwege de eerdere testamentaire regeling door de oorspronkelijke erflater. Dezelfde regeling kon zich uitstrekken tot meerdere generaties, waarbij de enige beperkende factor was dat iedere *fideicommissarius* in voldoende mate was bepaald.

Een onder keizer *Hadrianus* tot stand gekomen *senatus consultum* (senaatsbesluit) verbood namelijk fideicommissen ten gunste van *incertae personae* (onbepaalde

1.2 Romeins recht
1.2.2 Het *fideicommissum*

personen) en daaronder vielen alle personen die nog niet geboren waren op het moment van overlijden van de erflater (een uitzondering werd gemaakt voor het ongeborn kind van de erflater dat op dat moment al wel was verwekt). Door *Justinianus* werd het verbod van *fideicommissen* aan *incertae personae* aanvankelijk opgeheven, later bepaalde hij dat de werking van een dergelijk *fideicommissum* zich niet verder dan tot de vierde generatie kon uitstrekken, een beperking die ook in later recht ging gelden¹⁵. Het in de Middeleeuwen tot ontwikkeling gekomen familie-*fideicommissum* (*fideicommissum quod familiae relinquitur*) vindt in zulke Romeinsrechtelijke regelingen haar oorsprong¹⁶. Het *fideicommissum* deed een verbintenis ontstaan waardoor de *fideicommissaris* een vordering kreeg op de *fiduciarius* (bezwaarde).

Alle prestaties die inhoud van een verbintenis konden zijn, konden tot voorwerp van een *fideicommissum* worden gemaakt, ook de nalatenschap in het geheel (of een deel ervan).

Voorts was het mogelijk om een *fideicommissum* met opschortende tijdsbepaling tot stand te brengen, hetgeen tot gevolg had dat de *fiduciarius* gedurende een bepaalde tijd eigenaar was van het verkrege, maar met de verplichting het na verloop van een bepaalde tijd aan de *fideicommissarius* over te dragen. Ten aanzien van zulke *fideicommissa* kende men echter geen gedetailleerde regelingen met betrekking tot de wijze waarop het beheer door de *fiduciarius* diende te worden gevoerd. Waarschijnlijk omdat men terughoudend was om een eigenaar, hetgeen de *fiduciarius* was, te dicteren wat hij met het eigendom zou moeten doen en laten¹⁷. Voor een goed begrip van het *fideicommissum* en voor latere vergelijking met de Engelse *trust* is het noodzakelijk te onderkennen dat de *fideicommissarius* het bezwaarde eigendom van de bezwaarde kreeg vanwege het aan hem door erflater toegekende *fideicommissum*, terwijl de *fiduciarius* het bezwaarde eigendom onder een andere titel van de erflater kreeg, wellicht als erfgenaam of als legataris. Dit kon tot gevolg hebben dat de bezwaarde het bezwaarde eigendom in volle eigendom behield, bv. indien het onmogelijk was geworden om het voorwaardelijk *fideicommissum* nog uit te oefenen omdat de *fideicommissarius* reeds voor het in vervulling gaan van de voorwaarde was overleden.

¹⁵ Zie D. Johnston, "Trusts and Trust-like Devices in Roman Law", p. 49, in "Itinera Fiducia, Trust and Treuhand in Historical Perspective, Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History", band 19, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.

¹⁶ Aldus Kaser/Wubbe, 1971, p. 369.

¹⁷ Zie "Itinera Fiducia", 1998, p. 45-47.

Fideicommissum v. de trust

Omdat er vele parallellen zijn aan te wijzen met de Engelse *trust* deed zich in het verleden de vraag voor of het Romeinse *fideicommissum* van invloed is geweest op het ontstaan en de ontwikkeling van de Engelse *use*, later *trust* genaamd.

Hierover waren de meningen verdeeld. *Francis Bacon* schreef in 1600 in zijn “*Reading upon the Statute of Uses*”:

.....*But that which resembleth the use most is fideicommissio...*¹⁸.

W. Blackstone was ervan overtuigd dat de “*use*” haar basis vond in het *fideicommissum*¹⁹.

Echter tegen het einde van de 19^e eeuw veranderde die visie, mede onder invloed van Duitse geleerden. *F.W. Maitland* en *O.W. Holmes* waren tegen de gedachte van enige Romeinse invloed²⁰. *Johnston*²¹ wijst erop dat de Engelse *Chancery* werd beïnvloed door de regels van het canonieke recht, dat op zijn beurt sterk is beïnvloed door het Romeinse recht. Derhalve valt niet uit te sluiten dat degenen die zich met op “*equity*”, dat wil zeggen: op redelijkheid en billijkheid, gebaseerde rechtspraak bezig hielden, ondanks de latere “vulgarisering” van het Romeinse recht, in enige mate op de hoogte waren van het feit dat de Romeinen reeds een instituut kenden voldoende gelijkend op dat van de *trust* om bepaalde karakteristieken te adopteren. Wat hiervan ook moge zijn, vastgesteld kan worden dat de gedetailleerde, goed ontwikkelde Romeinse regelgeving inzake *fideicommissa* op een aantal punten overeenkomsten vertoont met de Engelse “*use*”, later de “*trust*”²²:

¹⁸ Deze passage is ontleend aan *Johnston*, 1998, p. 285. Zie aldaar ook zijn noot 82 inzake de vindplaats.

¹⁹ *W. Blackstone*, “*Commentaries on the Laws of England*” II (Oxford, 1766), 328 f. Een uitvoerige opsomming van schrijvers die evenals *Blackstone* van mening waren dat de “*use*”, welke de middeleeuwse voorganger was van de Engelse *trust*, naar alle waarschijnlijkheid terug te voeren was op het *fideicommissum* vindt men in, “*Itinera Fiduciae*”, 1998, p. 32, noten 22 en 23.

²⁰ *F.W. Maitland* (1936) 32; “*Collected Papers*” LLL 337; *O.W. Holmes*, “*Early English Equity*” LQR I (1885), p. 162-174.

²¹ *Johnston*, 1998, p. 285-286.

²² Hieruit mag echter niet worden afgeleid dat beide rechtsfiguren een grote verwantschap met elkaar hebben. Zie *W.J. Zwolve*, “*C.A/E. Uniken Venema’s Common Law & Civil Law, inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*”, *W.E.J. Tjeenk Willink*, Deventer – 2000, p. 297/298. Hij wijst erop dat: “*de Anglo-Amerikaanse “trust” het resultaat is van een unieke, want alleen in Engeland voorkomende, omstandigheid: de gescheiden rechtspraak in “courts of law” en “courts of equity*”. Volgens *Bogert* is de heersende mening thans dat de *trust* veeleer haar oorsprong

1.2 Romeins recht
1.2.2 Het *fideicommissum*

1. Het kende een drie-partijen structuur waarbij eigendom werd toevertrouwd door een persoon aan een ander ten voordele van een derde.
2. Het vond zijn oorsprong in het vertrouwen in de ander.
3. Het was meer flexibel in vergelijking met andere rechtfiguren die gebaseerd waren op gevestigde regelgeving (vgl. “*ius civile*” resp. “*common law*”), hetgeen soms uitmondde in het “ontglippen” aan wettelijke regelgeving.
4. Het voorzag in de mogelijkheid van *fideicommissaire* substituties (“makingen over de hand”).
5. Het kende een recht van preferentie voor de *fideicommissarius* in geval van insolventie van de *fiduciarius*.
6. Het kende het recht van terugvordering van de zaak van derden (“*tracing*”), tenzij de derde het goed te goeder trouw om baat had verkregen en niet van het bestaan van het *fideicommissum* wist, dan wel redelijkerwijs kon weten.

Maar er zijn niet alleen overeenkomsten met de *trust* vast te stellen, er zijn ook verschillen.

1. Allereerst kon een *fideicommissum*, dit in tegenstelling tot een *trust*, alleen worden gevestigd *mortis causa*.
2. Een splitsing van eigendom in wettelijk eigendom en “*equitable* eigendom” kende het *fideicommissum* niet.
3. Het eigendom van een *fideicommissarius* begon daar waar dat van de *fiduciarius* eindigde, terwijl bij een *trust* beide naast elkaar kunnen bestaan.
4. Voorts vond de rechtsfiguur van het *fideicommissum* uitsluitend toepassing binnen familieverband en niet daarbuiten.

vindt in het Duitse *Treuhand* of *Saalman*), dan in het Romeinse *fideicommissum*. Hij verwijst daarbij naar O.W. Holmes, *Early English Equity*, 2 *Select Essays in Anglo-American Legal History*, 705, 707, 1885, die hierover schrijft: “*The feoffee to uses of the early English law corresponds point by point to the salman of the early German law, as described by Beseler fifty years ago. The salman, like the feoffee, was a person to whom land was transferred in order that he might make a conveyance according to his grantor's directions*”. Zie G.T. Bogert, “*Trusts*”, 6th edition, Hornbook Series, Student Edition, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1987, 1st reprint 1991.

Van een concept dat ook een meer omvattende, zo men wil commerciële toepassing kende, was nog geen sprake. Het bedenken van een abstract fiduciair concept, zoals de hedendaagse Anglo-Amerikaanse *trust*, lag nog in de verre toekomst.

1.2.3 *Fiducia cum amico contracta*

Door *mancipatio*, dit wil zeggen een formeel rituele handeling, kon iemand in het Romeinse recht aan een ander eigendom of op eigendom gelijkende heerschappij over personen of zaken afstaan. Daaraan kon een *pactum fiduciae* worden toegevoegd. Het werd gesloten wanneer men *res Mancipi* (waardevolle zaken) onder de hoede van een vriend wilde stellen of hem tot bepaalde beschikkingshandelingen met betrekking tot die goederen (vervreemding aan derden, vrijlating) wilde verplichten (zgn. *fiducia cum amico contracta*). Het *fiducia cum creditore* had betrekking op de overdracht van een goed tot zekerheid van de voldoening van een bestaande vordering. Ook dit is een fiduciaire, dat wil zeggen op goede trouw berustende, overdracht van eigendom, zij het in tegenstelling tot het *fideicommissum* niet *mortis causa*. De vervreemder kon met een *actio fiduciae* van de fiduciaire eigenaar eisen, dat deze overeenkomstig de afspraak met de zaak handelde²³. Naar Romeins recht werd de juridisch eigenaar als volledig beschikkingsbevoegd beschouwd. Hij moest zich weliswaar houden aan hetgeen in het *pactum fiduciae* was overeengekomen, maar deze afspraken hadden slechts werking tussen de *fiduciaris* en de *fiduciant*. De *fiduciant* had derhalve slechts obligatoire aanspraken op de *fiduciaris*, met als gevolg dat het fiduciair overgedragen vermogen in het privé-vermogen van de *fiduciaris* viel, zodat verhaal daarop door persoonlijke schuldeisers mogelijk was. Van zaaksvervanging was geen sprake, evenmin als van het in kunnen stellen van een actie door de *fiduciant* tegen derden indien die goederen hadden verkregen van een *fiduciaris* die met het vervreemden van de goederen de fiduciaire overeenkomst had geschonden.

Dat *fiducia*, dat in Romeinse rechtsbronnen niet vaak wordt genoemd en niet in het *Corpus Iuris Civilis* werd opgenomen, voor ons als Romeinse rechtsfiguur bekend bleef, is met name te danken aan enkele teksten die de val van het West-Romeinse rijk overleefden. Voorts wijst de wetgeving van sommige Germaanse stammen die binnen de grenzen van het Romeinse rijk leefden, alsook particuliere documenten die uit de Middeleeuwen dateren erop, dat de Romeinse erfenis m.b.t *fiducia* een bewuste, dan wel onbewuste bron voor de latere rechtspraktijk is geweest. Het *fiducia cum amico* is echter niet de basis

²³ Kaser/Wubbe, 1971, p. 118-119.

geweest waarop later, in het *ius commune*²⁴, *fiducia* is ontstaan. Deze rechtsfiguur vond haar oorsprong en verdere ontwikkeling in het *fideicommissum*, zoals dat in het *Corpus Iuris Civilis* was opgenomen²⁵.

1.3 (Vroeg) Continentaal Middeleeuws recht

1.3.1 Inleiding

Na de klassieke periode trad verval op, hetgeen mede werd veroorzaakt door het feit dat overheidsorganen meer en meer dienstbaar werden gemaakt aan de absolute macht van degenen die heersten. Hierdoor bleef er geen ruimte meer voor een ongestoorde, uitsluitend op inzicht en geweten van juristen berustende ontwikkeling van de rechtspraak en rechtswetenschap.

Na *Constantijn de Grote* drong vooreerst in de vroegere Romeinse provincies de ongenueanceerde lekenopvatting door in de lokale rechtspraak en in het elementair rechtsonderwijs en later ook in de rechtswetgeving. Het recht “vulgariseerde” aldus hoofdzakelijk in het West-Romeinse rijk en was daar ten slotte slechts naar inhoud vaag en verwaterd Romeins recht. In het Oost-Romeinse rijk stuitte de vulgarisering grotendeels af op een klassieke tegenstroom. Rechtsscholen hielden zich bezig met het met name theoretisch behandelen van overgeleverd materiaal. Uiteindelijk leidde dit onder de Oostromeinse keizer *Justinianus* in de jaren tussen 529 en 534 tot het *Corpus Iuris Civilis*, een verzamelwerk van 1625 boeken van 39 Romeinse rechtsgeleerden, bestaande uit de Digesten (Pandekten), Instituten, Codex en Novellen. In de Digesten werden zeer belangrijke fragmenten uit de klassieke juridische literatuur opgenomen. In de Codex en Novellen werd een groot aantal keizerlijke constituties uit het Principaat en van *Diocletianus*, alsook constituties uit de na-klassieke periode en van *Justinianus* zelf opgenomen.

In het Westen overleefde het vulgaire recht²⁶ de ineenstorting van het Romeinse rijk en vermengde het zich met rechtsopvattingen van Germaanse herkomst. Het vormde aldus de grondslag voor het Middeleeuwse recht in Italië, Zuid Frankrijk, Spanje en Portugal²⁷. In het Frankisch-Germaanse tijdperk (Merovingers 5^e-8^e eeuw

²⁴ *Ius commune* is het uit het *Corpus Iuris Civilis* door de Glossatoren, Commentatoren (zie ook hierna onder 3 (Vroeg) Middeleeuws recht) en de Humanistische school ontwikkelde en uitgebouwde “Middeleeuws” Romeins recht dat zich samen met het canonieke recht profileerde als een gemeenschappelijk geleerd recht voor de gehele West-Europese wereld. Zie voor deze omschrijving: de Koninck, 1997, p. 232.

²⁵ M. Graziadei, “The development of *Fiducia* in Italian and French Law from the 14th Century to the End of the Ancien Regime”, in “*Itinera Fiducia*”, 1998, p. 331-332.

²⁶ Zie Kaser/Wubbe, 1971, p. 6-9.

²⁷ Hoofdzakelijk op de grondslag van de *Lex Romana Visigothorum*.

en Karolingers 8^e-10^e eeuw), het tijdperk na de val van het Romeinse rijk, stonden vele Germaanse stammen onder Frankische heerschappij en gold het recht van de Germaanse stammen. Dit recht was in tegenstelling tot het Romeinse recht geen eenheid, zij het dat vele beginselen aan de te onderscheiden Germaanse rechten gemeen waren. Het oud-Germaanse recht kende geen testament. De kinderen en bij gebreke daarvan de naaste bloedverwanten, erfden²⁸. Echter, in het begin van de Frankisch - Germaanse periode ontstond bij de Salische Franken een rechtsfiguur die enigszins de functie van een testament vervulde, de zgn. *affatomie*, waarbij iemand, vermoedelijk een kinderloos persoon, aan een ander, een tussenpersoon, zijn vermogen overdroeg, met opdracht het later, waarschijnlijk werd bedoeld na de dood van de schenker, over te dragen aan een door de schenker tevoren aangewezen derde. De tussenpersoon werd aangeduid als *Saalman* of *Treuhand*. Zulk een vertrouwensman kwam ook bij andere rechtshandelingen voor. Het Frankisch-Germaanse recht was gebaseerd op *leges barbarorum* (volksrechten²⁹) die hoofdzakelijk in schrift gebracht gewoonterecht bevatten en op *capitularia* (verordeningen van de Frankische koningen). Voorts bestonden er *formulae* (verzamelingen formulieren of voorbeelden van rechtshandelingen) die waren opgesteld door personen die bekend moeten zijn geweest met (ge vulgariseerd) Romeins recht omdat zij in deze *formulae* Romeins recht opnamen. Dit is niet verwonderlijk omdat in de Frankische periode het zgn. personaliteitsbeginsel³⁰ werd gehuldigd, waardoor Romeins recht voor o.a. Romeinen en Gallo-Romeinen een rol van betekenis bleef spelen. Nadat het Karolingische Rijk was uiteen gevallen, verbrokkelde de staat steeds meer en kwamen kleine vorsten aan de macht die slechts rekening hielden met eigen wetten en daarbij het territorialiteitsbeginsel³¹ toepasten. Echter, aan

²⁸ De oudste zoon kreeg het onroerend goed, dochters hadden slechts in roerende zaken hun deel; ontleend aan A.S. de Blécourt/H.F.W.D. Fischer, "Kort begrip van het Oud-Vaderlands burgerlijk recht", 1967, J.B. Wolters - Groningen, p. 337, nr. 233. Zie ook D. te Winkel, "Trustverhoudingen", Drukkerij Mouton & Co., 's-Gravenhage, 1914, p. 10-17. Hij besteedt uitvoerig aandacht aan de positie van de *saalman* als executeur-testamentair in het Germaanse recht en stelt dat de Germaanse motieven om een *saalman* aan te stellen, dezelfde waren als die voor de aanstelling van de latere Engelse *feoffee to uses* (*trustee*). Zie voor de betekenis van *feoffee to uses*, hierna §. 6.

²⁹ o.a.: *lex barbara Wisigothorum*; *lex Burgundionem*; *lex Ribuaria*; zie verder de Blécourt/Fischer, 1967, p. 8.

³⁰ Dit beginsel houdt in dat recht niet geldt voor een bepaalde landstreek, maar voor een bepaalde volksstam, dit in tegenstelling tot het territorialiteitsbeginsel. Het gevolg van het personaliteitsbeginsel is dat een Salische Frank bv., ook al bevond hij zich in het gebied der Friezen, naar Salisch recht, zijnde het recht van zijn geboorteland werd berecht. Zie de Blécourt/Fischer, 1967, p. 8-9.

³¹ Dit beginsel houdt in dat het recht geldt van een bepaald land/landstreek voor alle zich op dit gebied bevindende volksstammen, ongeacht waar ze geboren zijn. Met andere woorden het recht van een staat geldt voor alle personen en goederen die zich op zijn grondgebied bevinden. Zie de Blécourt/Fischer, 1967, p. 9.

1.3 (Vroeg) Continentaal Middeleeuws recht

1.3.1 Inleiding

het einde van de 11^e eeuw bloeide de beoefening van het Romeinse recht in Italië weer op. Tot dan zank ook in Italië de rechtswetenschap af tot het laagst denkbare niveau³². Deze opbloei was te danken aan het dan bekend worden van de Digesten, welke in de twaalfde en de eerste helft van de dertiende eeuw door te Bologna docerende rechtsgeleerden, de zgn. Glossatoren, werden bestudeerd. Zij plaatsten “glossen”³³ in de tekst teneinde woorden, termen en passages van de tekst van het *Corpus Iuris Civilis* uit te leggen en begrijpelijk te maken. Daarbij was men echter meer ontleidend, exegetisch dan synthetisch.

Accursius en *Teutonicus* maakten ieder een selectie van de door talrijke rechtsgeleerden neergeschreven duizenden glossen. De geselecteerde glossen werden vervolgens samengebundeld tot een doorlopende uitleg. Deze twee selecties zijn voor vele eeuwen de standaard-glossering geworden en staan bekend als *Glossa Ordinaria*³⁴.

In de dertiende eeuw werd door rechtsgeleerden in Orléans (de “*Ultramontani*”) aandacht besteed aan het werk van de Glossatoren. Men borduurde er niet alleen op voort, maar men schonk ook aandacht aan de juridische problemen van die tijd. Beide richtingen gingen vervolgens samen en vormden in Italië de zgn. Commentatoren, waartoe o.a. *Bartolus* en *Baldus* behoorden. De invloed van de Commentatoren deed zich tot ver buiten Italië gelden, met als gevolg dat hun werk vanaf de vijftiende eeuw aan West- en Midden Europese hogescholen werd bestudeerd. Aldus werd de basis gelegd van een gemeenschappelijke Europese rechtscultuur. Op het werk van de Glossatoren en Commentatoren berust dan ook de gehele rechtstheorie van het Europese vasteland. Dit geldt echter niet voor het Angelsaksische gebied, omdat Engeland, waar het Romeinse recht al in de twaalfde eeuw, in de vroege bloeitijd van de Glossatoren school, invloed begon uit te oefenen, zich later bewust tegen deze invloed afzette. Hier bestond al tegen het eind van de dertiende eeuw een op de wijze van een gilde georganiseerde inheemse juristenstand, die het vreemde recht en zijn methodiek van de hand wees. Deze nationaal-Engelse juristenstand heeft vanuit zijn eigen tradities aan het Angelsaksische recht de kenmerken gegeven die het heden zo sterk van het continentale recht doen verschillen, kenmerken die overigens vaak verrassend sterk doen denken aan de structuur van het klassieke Romeinse recht³⁵.

³² W. Kunkel, “*Geschiedenis van het Romeinse recht*”, 1965, Aula-boeken, p. 217.

³³ Oorspronkelijk is de glosse alleen de verklaring van een woord. *Glossa* (lat.) = “het aan het spraakgebruik vreemde woord, dat daarom verklaring behoeft”. Men onderscheidt interlineaire glossen (tussen de regels geplaatst) en marginale glossen (glossen in de marge geplaatst).

³⁴ de Koninck, 1997, p. 190.

³⁵ Kunkel, 1965, p. 222.

1.3.2 *Piae causae* en *Xenodochia*

Hoewel een meer uitputtende behandeling van (vroeg) Middeleeuwse vormen van “trusts” het zou rechtvaardigen om ook aandacht te besteden aan de afzondering van vermogen ten behoeve van *piae causae*³⁶ en de oprichting en instandhouding van *Xenodochia*³⁷ in de na-klassieke en vroeg-middeleeuwse tijd, schenk ik hieraan geen aandacht anders dan door te vermelden dat de bescherming die Kerk (Paus en Concilies), alsook Staat (Langobardische en Karolingische koningen) boden, van meer administratieve en politieke aard was. Van juridische vormgeving in abstract-theoretische zin, waardoor bv. vermogen ten behoeve van een bepaald (goed) doel juridisch kon worden afgezonderd of bevoegdheden konden worden beperkt, was geen sprake. Slechts van geval tot geval, en niet als gevolg van een methode, trachtte men misstanden te voorkomen³⁸.

1.3.3 *De canonieke opvatting van het begrip “trust”*

Een van de kenmerken van het Romeinse recht, zijnde het scherpe onderscheid tussen eigendom en bezit, stelde de kenners van het canonieke recht³⁹ in staat een onderscheid te maken tussen het blijvende belang van de Kerk bij haar (erf)goederen en de tijdelijke, persoonlijke belangen van hen die haar dienden. Overeenkomstig de kerkdoctrine genoten de Kerk (als abstract begrip) en Christus het *dominium* (eigendom) van het kerkgoed. De bisschop was *custos* (bewaarder) van de kerk en hield de hem toevertrouwde aardse goederen in

³⁶ Vrome (weldadige) doelen.

³⁷ In de oorspronkelijke betekenis: herbergen voor vreemdelingen; later ook omvattend armen-, zieken-, wezen- en bejaardenhuizen.

³⁸ Voor een uitgebreide behandeling: H. Siems, “*Von den piae causae zu den Xenodochien*”, in “*Itinera Fiduciae*”, 1998, p. 57-83.

³⁹ Het canonieke of kerkrecht is het recht door de rooms-katholieke kerk en haar organen vastgesteld, gehandhaafd en toegepast. Het kerkelijk recht wordt canoniek recht genoemd omdat de besluiten van de concilies in de eerste eeuwen na Chr. *canones* werden genoemd. Het canonieke recht wordt gevormd door *ius divinum* en *ius positivum (humanum)*. Het *ius divinum* (goddelijk recht) is het geheel van rechtsregels die kunnen worden afgeleid uit het Oude en Nieuwe Testament. Het *ius positivum humanum* (het positieve menselijke recht) bestaat uit: 1) de wetgeving van de apostelen, zoals die uit brieven en overlevering kan worden afgeleid; 2) de wetgevende activiteiten van concilies en pausen; 3) concordatair recht; 4) burgerlijke wetten voorzover ze zijn gecanoniseerd. Het Romeinse recht vormde in de Middeleeuwen het aanvullend recht op het kerkelijk recht. Daarmee werden het Romeinse procesrecht en het verbintenissenrecht door het kerkelijk recht overgenomen. In de Middeleeuwen werd het kerkelijk recht gecanoniseerd in een vijftal decreten-verzamelingen, die tezamen het *Corpus Iuris Canonici* uitmaken en het klassieke recht van de katholieke kerk vormt. Het bleef tot 1918, ofschoon als geheel geen officieel wetboek, de hoofdbron van het kerkelijk recht. Zie de Koninck, 1997, p. 229-231.

1.3 (Vroeg) Continentaal Middeleeuws recht
1.3.3 De canonieke opvatting van het begrip “trust”

custodia (bewaring). Geestelijken (pastoor/priester) genoten slechts *usus*⁴⁰ van kerkgoederen en konden dientengevolge geen goederen vervreemden en konden de opbrengsten van goederen niet aan hun bezit toevoegen. Als *usuarius* (gebruiker) dienden zij de opbrengsten van de aan hen toevertrouwde goederen te vergaren en uitsluitend te gebruiken voor hun eenvoudige voeding, het lenigen van de noden van de parochie en ten behoeve van de Kerk. Ook in de canonieke beschrijving van de functie van de Paus als *dispensator* (rentmeester) klinkt zijn beheersmandaat door. Hij had slechts de taak om God, als enige eigenaar van alle aan de Kerk toevertrouwde goederen, als zodanig nederig te dienen. Naast het beheer van aan de Kerk toevertrouwde goederen kon een geestelijke ook optreden als kerkelijk beheerder, waarbij hij overeenkomstig instructies van de begunstiger, die dan vaak op pelgrimstocht of als kruisvaarder vertrok, goederen in beheer hield in het belang van begunstigen (vaak kinderen en verwanten), waartoe overigens ook de begunstiger zelf kon behoren. Voorts speelden geestelijken een belangrijke rol bij het opmaken en vaststellen van de laatste wil bij overlijden. Voor Christenen in de Middeleeuwen was het veelal mondeling kenbaar maken van de laatste wil bij overlijden voor hun zielsrust van wezenlijk belang, omdat werd aangenomen dat degene die dit bewust niet deed, werd geacht zonder te biechten te zijn overleden, waardoor het lot van zijn ziel twijfelachtig werd. Als gevolg daarvan verschaftte de Kerk de erflater een geestelijke teneinde niet alleen zijn ziel te redden, doch om tevens te verzekeren dat bepaalde testamentaire legaten aan de Kerk werden toegekend. Omdat in die tijd testamenten doorgaans alleen mondeling kenbaar werden gemaakt, kon de geestelijke gemakkelijk de wens van de erflater om (aan de kerk) te willen geven, bevestigen. Na het overlijden zagen de kerkelijke rechtbanken erop toe dat bekrachtiging van het testament plaatsvond en verschaften zij kerkelijke executeurs-testamentair, teneinde de wensen van de overledene uit te (doen) voeren. In die zin is dan ook sprake van een fiduciaire verhouding tussen de erflater en de geestelijke aan wie de erflater zijn laatste wil toevertrouwde⁴¹.

⁴⁰ Bij de Romeinen was het zakelijk recht van gebruik een vorm van “beperkt” vruchtgebruik dat de rechthebbende enkel toestond het goed te gebruiken, maar niet om daar ook de vruchten van te trekken. Onder *Iustinianus* wordt het de gebruiker toegestaan vruchten te trekken, echter uitsluitend ter voldoening van de eigen behoefte (zie de Koninck, 1997). Het kerkelijke *usus* was echter niet gelijk aan het Romeinse *usus*. Het werd met name gekenmerkt door de strikte toepassing van de gelofte van armoede en in zijn werking hield het een fiduciaire verplichting in.

⁴¹ Voor een meer uitgebreide verhandeling over de canonieke opvatting met betrekking tot kerkelijke vertrouwensposities: Shael Herman, “*The Canonical Conception of the Trust*”, in “*Itinera Fiducia*”, 1998.

1.4 Engels recht in de (vroeg) Middeleeuwen

1.4.1 Inleiding

De eerste geschreven “wetgeving” in Engeland is afkomstig van de *Anglo-Saxons*⁴². Het betreft de “wetgeving” door Koning *Aethelberth I* van Kent (ongeveer 600 na Chr.). Van een codificatie van het bestaande gewoonterecht was echter geen sprake, laat staan van wetgeving in een meer moderne betekenis. Een eerste poging om de gelijkenis vast te stellen tussen de verschillende vormen van plaatselijk gewoonterecht van Germaans en Scandinavisch karakter vond plaats in de jaren 880 door Koning *Alfred of Wessex*. Het was echter niet meer dan een poging om eenvormigheid te bereiken op beperkt terrein. Daarna vaardigden de Deense Koning *Cnut* (1016-1035) en Koning *Edward de Belijder* (1042-1066) wetten uit. Ondanks deze pogingen bleef in Engeland, vanwege het ontbreken van centraal gezag en vanwege verbrokkeling, voornamelijk het ongeschreven en plaatselijk verschillend gewoonterecht gelden; daardoor bestond grote rechtsverscheidenheid. Van algemeen geldend recht was in het geheel geen sprake, met name niet vanwege het feit dat een juridisch apparaat, nodig om zulk een recht te kunnen handhaven, nog volledig ontbrak. Niettemin was een aanzet tot centralisatie van de rechtspraak aanwezig. Angelsaksische koningen begonnen toezicht op de lokale rechtspraak uit te oefenen en rechtspraak over zaken van meer dan plaatselijk belang naar zich toe te trekken. Een voor het eerst krachtig gezag werd gevestigd door de Normandische hertog Willem, bijgenaamd “*William the Conqueror*” die op 14 oktober 1066 de laatste Angelsaksische koning *Harold* versloeg en Engeland vervolgens bezette. Door hem werd als gekroond koning, hij besteed op de kerstdag van 1066 te Westminster de troon⁴³, de grondslag voor een

⁴² Kort voor 450 kwamen de eerste groepen Germanen het land binnen. Het waren Angelen, Saksen, Juten en Friezen afkomstig uit de streken langs de Noordzee, van Jutland tot Friesland. Op den duur hebben de Angelen aan taal, volk en land hun naam gegeven, maar waarschijnlijk vormden de Saksen de belangrijkste component. Hun naam vinden we ook terug in geografische aanduidingen als *Middlesex*, *Essex*, *Sussex* en *Wessex*. In het historisch spraakgebruik is de benaming *Saxon* sedert de achttiende eeuw vervangen door *Anglo-Saxon*. Zie D. van der Horst, “*Geschiedenis van Engeland*”, Uitgeverij De Arbeiderspers, Amsterdam-Antwerpen, 2004, p. 15.

⁴³ Zie Zwolve, 2000, p. 28.

sterk centraal gezag gelegd. Tevens werd door hem het feodale⁴⁴ leenstelsel⁴⁵ ingevoerd waarmee de basis werd gelegd van een nieuw rechtssysteem, met name met betrekking tot onroerend goed.

Kenmerkend voor dit feodale stelsel was dat de eigendom van de grond, vanwege de verovering door *Willem van Normandïe*, geheel bij hem berustte⁴⁶. Dit had tot gevolg dat alle rechten die met betrekking tot de grond werden gecreeërd: bezits-, gebruiks-, en genotsrechten, geacht werden te zijn afgeleid van het

⁴⁴ Het feodalisme ontkiemde in de Karolingische periode, om pas rond het jaar 1000 tot volle wasdom te komen. De vorm verschilde van streek tot streek, en ook de chronologische fasen van ontwikkeling liepen in de diverse gebieden niet parallel. Feodalisme in engere zin (feodaliteit) was in de eerste plaats een geheel van persoonlijke betrekkingen dat de leden van de heersende maatschappelijke klassen verbond in een onderlinge hiërarchie: de vazaliteit. Deze betrekkingen stonden op het *beneficium* of *feodum*, het leen, dat de heer verleende aan zijn vazal, als tegenprestatie voor het verrichten van een aantal diensten en het afleggen van de eed van trouw. Feodaliteit in strikte zin bestond uit hulde (*hommagium* = manschap) en leen. Heer en vazal (leenman) waren verbonden door een contract. *Hommagium* verplichtte de vazal tot *consilium* (raad) en *auxilium* (daad), hetgeen in feite betekende het meewerken aan bestuur, rechtspraak en leger van de heer. Op zijn beurt gaf de heer zijn vazal bescherming. Zie ook: J. Le Goff, *La civilisation de l'Occident Médiéval*, Les Editions Arthaud, Paris, 1984. Nederlandse vertaling: *De cultuur van Middeleeuws Europa*, Uitgeverij Wereldbibliotheek B.V., Amsterdam, 1987, uitgave Rainbow Paperbacks, 2003, p. 120.

⁴⁵ Het zgn. "leenstelsel" ("*law of tenure*") is een geheel van rechtsregels van continentale origine dat in Engeland, tengevolge van de omstandigheden waaronder *Willem de Veroveraar* de troon had veroverd, tot bijzondere ontwikkeling kon komen en dat een hoge mate van rechtseenheid mogelijk maakte. Zie Zwolve, 2000, p. 33, alsook p. 34-39 inzake de geschiedenis van het feodale leenstelsel. Het woord "leen" duidt op het verlenen van het zgn. "*beneficium*" (lett. "weldaad") door de "*dominus*" (leenheer) aan de "*vazal*" (leenman). Dit wil zeggen: dat de leenheer tijdens een symbolische plechtigheid, de investituur, na het afleggen van de eed door de leenman, meestal grond aan zijn leenman als "weldaad" afstond, niet in eigendom, maar als gebruiksrecht gedurende het leven van de vazal. Na de dood van de vazal (aangeduid met "manval"; in het Engels "*escheat*") verviel het *beneficium* weer aan de leenheer. Later vererfde het recht waardoor de greep van de leenman op het leen aanzienlijk toenam en het leen zelfs het eigendomsrecht benadert, zonder dat overigens ooit echt te bereiken. In de twaalfde en dertiende eeuw werd het recht van de leenman ook wel aangeduid als *proprietas* en dat van de heer als *dominium*. Het feit dat het leen meestal bestond uit een stuk land, verklaart het agrarische fundament van de feodaliteit en maakt duidelijk dat het in de eerste plaats een systeem was voor bezit en beheer van land. Zie ook: Le Goff, 1984, p. 121.

⁴⁶ Engeland kende (en kent) vanaf 1066 slechts een opperste leenheer, de koning. Hij is eigenaar van de grond. Alle andere rechten zijn daarvan direct of indirect afgeleid. Het oud-Franse rechtsadagium "*nulle terre sans seigneur*" geldt dan ook in het bijzonder voor de positie van de Engelse koning. Echter in 1922 werd bij de *Law of Property Act* vastgesteld dat alle grond in Engeland "*in socage*" werd gehouden van de koning, met als gevolg dat men, als ware men "eigenaar" van de grond, daarover vrijelijk kan beschikken en dat men slechts trouw aan de koning verschuldigd is.

eigendom van de koning. Teneinde zijn leenmannen aan zich te binden, kregen deze een (erfelijk) gebruiksrecht (*fee*) op de grond, die echter wel het eigendom van de koning bleef. Aan dat in gebruik geven van de grond verbond de koning echter voorwaarden, die meestal inhielden dat bepaalde feodale diensten aan de koning verstrekt dienden te worden (*tenures*⁴⁷). Dit konden krijgsmannen of eervolle, persoonlijke diensten aan de koning zijn.

Op hun beurt konden deze leenmannen de aldus door hen van de koning in leen gekregen gronden, weer in ruil voor trouw, in onderleen geven. Voorts centraliseerde Willem de Veroveraar, en meer nog na hem Hendrik II de rechtspraak verder aan het Hof. Hendrik II vormde in 1178 – naast de reeds bestaande lokale gerechten (zgn. “*county courts*”), de leenheerlijke gerechten, de kerkelijke gerechten en de handelsrechtbanken – als centrale rechtsbron, een rechterlijk college, de koninklijke hofraad (*curia regis*). Hieruit ontstonden later drie speciale koninklijke gerechten: de *Court of Exchequer*⁴⁸; de *Court of King’s Bench*⁴⁹ en de *Court of Common Pleas*⁵⁰. Deze gerechten konden ontstaan vanwege de bevoegdheid van de koning⁵¹ om in te grijpen indien een van de gerechten in hun beslissing geen recht hadden gedaan aan het vereiste van rechtvaardigheid. Deze koninklijke gerechten, die zich oorspronkelijk bezighielden met belastingzaken en met zaken die de belangen van de Kroon raakten, trokken rechtspraak steeds meer naar zich toe waardoor niet alleen de rechtspraak van de lokale autoriteiten (leenheerlijke jurisdictie) afbrokkelde, maar ook de rechtsverscheidenheid vanwege unificatie afnam.

Met name heeft de totstandkoming van “het groot charter der vrijheden”, de *Magna Carta* in 1215 aan de verdere centralisatie bijgedragen, een centralisatie die overigens eeuwen heeft geduurd. De centralisatie had tot gevolg dat de koninklijke rechtspraak sinds 1215 in de *Courts of Westminster* te Londen was

⁴⁷ Met *tenure* duidt men het verschijnsel aan dat grond kon worden gebruikt door degenen die daartoe door de boven hen staande leenheren waren gerechtigd (*tenants*). Aan top stond de koning, zijnde de eigenaar van al het onroerend goed, waarna pyramidaal categorieën van *tenants* volgden. De hoogste categorie – de *tenants in capite* – hielden het land rechtstreeks van de koning. Het woord *tenant/tenure* komt van het Franse woord *tenir*. Het is een van de vele Engelse rechtstermen, die stammen uit de periode waarin de Franse taal de “hoftaal” was (“*Law french*”). Zie C.A./E. Uniken Venema, “*Law en Equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht*”, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1990, p. 63-64.

⁴⁸ Deze rechtbank hield zich in de eerste plaats bezig met belastingzaken. Het *Court of Exchequer* is genaamd naar het als een schaakbord geruite kleed dat werd gebruikt bij de financiële verantwoording.

⁴⁹ Deze rechtbank behandelde primair zaken waarmee belangen van de Kroon waren gemoeid.

⁵⁰ Deze rechtbank hield zich bezig met geschillen tussen burgers onderling.

⁵¹ De koning werd in dit verband ook wel aangeduid als “*the fountain of justice*”, een uitdrukking die is ontleend aan: “*fons et origo justitiae*”.

1.4 Engels recht in de (vroeg) Middeleeuwen
1.4.2 Common Law

gezeteld, hetgeen tot 1972 heeft gegolden, pas toen werd de centralisatie doorbroken. Ondanks deze centralisatie gingen de, door de koning benoemde, rechters van tijd tot tijd “*on circuit*” om ter plaatse geschillen te horen, maar zij keerden voor het doen van uitspraken op hun standplaats terug teneinde overleg te kunnen plegen, tenzij de zaak geen juridisch beraad behoefde, dan werd lokaal uitspraak gedaan. Doordat de rechters bij voortdurend hun zetels dienden te verplaatsen, konden zij niet aan een bepaalde landstreek en het daarin geldende gewoonterecht (*costumen*) gehecht raken⁵². Dit verschijnsel van zgn. *itinerant justices*⁵³ maakte een rechtsbedeling in heel Engeland mogelijk en holde de competentie van de lokale gerechten, waarin naar lokaal gewoonterecht recht werd gesproken, zoveel mogelijk uit. Ter plaatse werden ze, naar van oudsher gebruikelijk, door daartoe aangewezen personen uit de bevolking ingelicht over de lokale feitelijke situatie. Hieruit ontwikkelde zich het instituut van de jury, een groep van gezworenen (“*duodecim liberi et legales homines*” d.w.z. “twaalf vrije en rechtschapen mannen”) die de vaststelling en waardering van feiten verrichtten, terwijl de rechter geacht werd over het recht te oordelen. De jury was bedoeld als een middel tot waarheidvinding, als alternatief voor het aloude godsoordeel. Op basis van eerdere uitspraken bouwden de rechters een stelsel van regels op, die zij op identieke gevallen toepasten en dat gemeengoed werd van advocaten en rechters. Daaruit vormde zich geleidelijk een voor heel Engeland geldend (*common* = gemeen) rechtstelsel, de “*Common Law*“, een systeem dat was en is gebaseerd op de gebondenheid aan precedënten. In de latere Engelse rechtspraak geldt formeel 1189, het jaar van de dood van *Hendrik II*, als het eerste jaar vanaf waar de rechter naar precedënten kan zoeken.

1.4.2 Common Law

In vergelijking met de continentale rechtstelsels vormt de Engelse rechtsregel niet de neerslag van een algemeen rechtsbeginsel waaraan in concrete situaties wordt getoetst, maar is zij de veralgemening van een concrete oplossing. Het gevolg daarvan is dat het Engelse recht niet is afgeleid uit abstracte, algemeen geldende regels, maar is gevormd door rechterlijke uitspraken in concrete gedingen. Daardoor kwam de nadruk sterk te liggen op de procesvoering en daarmee op de vraag welke rechtsingang in welke vorm voor ieder bepaald geval moest worden gevolgd. Vragen van materieelrechterlijke aard kwamen daarmee op de tweede plaats. Andere gevolgen zijn geweest het ontbreken van codificatie

⁵² Zie Zwolve, 2000, p. 29.

⁵³ *Itinerant justices* werden ook wel aangeduid als “*justices in eyre*”, hetgeen een verbastering is van de (middeleeuws-)Latijnse uitdrukking *iusticiarii in itinere*, dat wil zeggen “rondreizende rechters”. Zie Zwolve, 2000, p. 29.

in Engeland en het ontbreken van, anders dan incidentele, invloed van het Romeinse recht op de rechtsvorming. De *common law* had zich namelijk reeds gevormd toen het Romeinse recht, vanwege de “receptie” van het Romeinse recht, tot de universiteiten doordrong, terwijl het universitair onderwijs in het Romeinse recht voor de praktijk van weinig belang was. Op terreinen die buiten de “*common law*”-jurisdicties vielen, was wel sprake van een grotere invloed van het Romeins recht. Kerkelijke rechtbanken pasten canoniek-romeins recht toe en ook de “*equity*”-rechtspraak onderging romeinsrechtelijke invloed. In de “*common law*”-procedures speelden persoonlijke omstandigheden geen rol, omdat de rechter zich uitsluitend diende te baseren op de feiten en de zakelijke aspecten van de zaak, terwijl de procesvoering formalistisch was en acties gemakkelijk wegens vormfouten konden stranden⁵⁴. Daarbij speelden de *writs*⁵⁵ (bevelschriften afkomstig van de koning) een grote rol. Deze *writs* waren bevelen aan een onderdaan om aan het verlangen van diegene die de hulp van de koning had ingeroepen te voldoen, met de mogelijkheid zich voor een koninklijke rechter te komen verweren. Deze van oorsprong concrete en aanvankelijk te hooi en te gras uitgegeven *writs*, die een zekere gelijkenis vertonen met het *interdict* van de Romeinse *praetor*, werden steeds abstracter geformuleerd waardoor standaardformules voor veelvoorkomende acties in het *register brevium*, te vergelijken met het *album* van de *praetor*, werden vastgelegd, dat hierdoor voortdurend werd aangevuld⁵⁶. Het centrale Engelse recht, de *common law*, was dus gebaseerd op deze *writs*. Alleen wanneer een *writ* was uitgevaardigd kon men (wellicht) in zijn eis slagen. De jurisprudentie vormde derhalve de enige kenbron van het recht met als gevolg dat sinds de regering van koning *Edward I* (1272–1307) de zgn. *Yearbooks*⁵⁷, zijnde verzamelingen van “*cases*” (rechterlijke uitspraken), ontstonden. Een in die tijd op het continent volstrekt onbekend verschijnsel.

Van het allergegrootste belang voor de Engelse rechtsontwikkeling is de wet van 1285 – het *Second Statute of Westminster*⁵⁸ genaamd – geweest. Deze wet

⁵⁴ Zie J.G. Sauveplanne, “*Rechtsstelsels in vogelvlucht, een inleiding tot de privaatrechtsvergelijking*”, Kluwer, 1981, p. 137–143.

⁵⁵ Het woord *writ* is afgeleid van het Latijnse woord *breve*, dat “*korte notitie*” betekent. Vgl. met het Nederlandse woord “*brief*”.

⁵⁶ Zie F. Sonneveldt, “*De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956*”, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort, 2000, p. 17–18.

⁵⁷ *Yearbooks* waren particuliere aantekeningen, bestemd om het eigen geheugen te steunen en tevens om gebruikt te worden bij de opleiding van jonge juristen. Zie C.A./E. Uniken Venema, “*Van common law en civil law, inleiding tot het Anglo-Amerikaanse recht, in vergelijking met het Nederlandse*”, N.V. Uitgeversmaatschappij W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1971, p. 6.

⁵⁸ *Statute* betekent wet in formele zin. De wetten werden genoemd naar de plaats waar de koning – al rondreizend – de wet uitvaardigde. Zie Zwolve, 2000, p. 58.

bepaalde dat *writs* nog slechts mochten worden uitgevaardigd in de op dat ogenblik gebruikelijke en soortgelijke gevallen (*in consimili casu*). Het gevolg van deze bepaling, die bedoeld was om tegenwicht te bieden aan het heftige verzet van de leenheerlijke gerechten tegen de voortdurende uitbreiding van het aantal *writs*, was dat de *Courts of Westminster* weliswaar aanvankelijk nog de mogelijkheid behielden hun jurisdictie verder uit te breiden, doch dat tevens de kiem was gelegd voor een toenemende verwringing en uiteindelijke verstarring van *common law*, mede ten gevolge van het feit dat indien geen *writ* in het *register brevium* voorhanden was of nieuw werd uitgevaardigd, er ook geen *common law* rechtsmiddel bestond. Dientengevolge kon men dus niet procederen en derhalve ook niet rechtens in het gelijk worden gesteld. Met andere woorden: een onderdaan die recht zocht in een geval waarvoor in geen van de bestaande *writs* een voorziening was getroffen en dat ook niet aansloot bij een van de reeds bestaande, kon geen rechtsingang vinden in de koninklijke gerechtshoven. Hoewel de *in consimili casu*-formule aanvankelijk nog wel voldoende bewegingsruimte bood, kon *common law* uiteindelijk de ontwikkeling van de maatschappij niet meer bijhouden⁵⁹. Daarmee was praktisch gesproken een einde gekomen aan de uitbreiding van *common law* door het *Court of Chancery* via de uitgifte van nieuwe *writs*. Deze taak werd overgeheveld naar het parlement, zijnde de ware wetgever van het land⁶⁰. Het gevolg van deze ontwikkeling was dat *common law*-uitspraken vaak “naar de letter van de wet” weliswaar juridisch correct waren, maar in hun gevolg als uiterst onrechtvaardig werden ervaren. Desalniettemin gaven de “*common law*”-rechters de voorkeur aan eenvoud en zekerheid, boven rechtvaardigheid. Zij waren niet geneigd tot een extensieve interpretatie ter wille van billijkheid. Zij waardeerden juridische helderheid zeer en zij beschouwden het maken van uitzonderingen in lastige, moeilijke zaken niet in het algemeen belang, hoezeer ook voor het individu onredelijk in haar gevolg. De regels waren simpel en absoluut. Men beschouwde het als beter dat in een individueel geval schade werd geleden, dan het ongemak te accepteren dat zou volgen uit het toestaan van uitzonderingen in lastige zaken. Kortom: men opteerde voor *rigor iuris*. Een zekere mate van “verstening” van *common law* was het gevolg. Daarbij hadden de

⁵⁹ Zie C.A./E.Uniken Venema, “*Trustrecht en bewind*”, N.V. Uitgeversmaatschappij W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1954, p. 65-70.

⁶⁰ Zie Zwolve, 2000, p. 44. Zie ook Van der Horst, 2004, p. 31. Hij vermeldt dat in 1295 koning *Edward I* een grote vergadering bijeen riep die later het *Model Parliament* zou worden genoemd. Naast de leenmannen van de Kroon verschenen ook vertegenwoordigers van de lagere *clerus*, samen met twee ridders voor elk van de 37 graafschappen en twee burgers voor elk van de 110 steden. Het engelse woord *parliament* gaat terug op het Latijnse *parliamentum*, “delibreercollege”, in het Frans *parlement*. De samenstelling en functies van het parlement kregen vorm in de veertiende en vijftiende eeuw.

“*common law*”-rechters, met als uitgangspunt:

“*You must not allow conscience to prevent your doing law*“,

doorgaans weinig last van een bezwaard geweten of persoonlijke zwakte⁶¹.

Common law was dan ook een streng stelsel van rechtsregels.

In verband hiermee ontwikkelde zich in de veertiende eeuw een nieuwe rechtsgang waarbij men zich door middel van een verzoekschrift⁶² (wederom) tot de koning en zijn raad zelf wendde⁶³, die over bijzondere rechtsmacht beschikte. De verzoekschriften werden oorspronkelijk ingediend door diegenen die, weliswaar formeel een rechtsmiddel op basis van *common law* konden verkrijgen, doch die vanwege verstoorde plaatselijke omstandigheden daartoe feitelijk niet in staat waren, dan wel vreesden voor de macht en de rijkdom van de tegenpartij, die hierdoor ongepaste druk op de jury of het gerecht zou kunnen uitoefenen. Later, als *common law* steeds meer rigide wordt, worden ook verzoekschriften ingediend vanwege de kennelijk onredelijke en onbillijke uitkomsten van een gevoerde *common law* procedure, dan wel vanwege het feit dat *in casu* een *common law* procedure niet mogelijk was.

1.4.3 Equity

Aan de koning werden dan die zaken voorgelegd waarvan men vond dat de uitkomst van de “*common law*”-rechtsgang, dan wel het ontbreken van zulk een rechtsgang, niet redelijk en billijk was te achten. De koning verwees zijn verzoekers naar het meest vooraanstaande lid van zijn koninklijke hofraad, de *curia regis*, zijn kanselier, de *Lord-Chancellor* die soms als “*Keeper of the King’s Conscience*” werd aangeduid⁶⁴, soms als “*the King’s natural prime minister*”⁶⁵, of ook wel als de “*Keeper of the Great Seal of England*” en die hij opdroeg zonodig recht te doen geschieden. De eerste *Chancellors* waren, tot de tweede helft van de 16e eeuw, gewoonlijk geestelijken die zowel in het burgerlijk recht, alsook

⁶¹ Zie J. Baker, “*The Oxford History of the Laws of England*”, volume VI, 1483-1558, Oxford University Press, 2003, p. 41.

⁶² De nederige verzoekschriften eindigden altijd met de rituele smeekbede: “*for God and in way of charity*”; zie: R.P. Meagher; W.M.C. Gummow; J.R.F. Lehane, “*Equity, doctrines and remedies*”, Butterworths, 1984, p. 4, nr. 103, danwel met: “*for the love of God and by way of charity*”. Zie ook: Uniken Venema, 1954, p. 71. Men deed dus een beroep op de goedertierendheid van de koning en dus niet op het recht; het was een gunst.

⁶³ Veel van deze zaken betroffen geschillen inzake “*uses*”.

⁶⁴ Zie ook: Ph. H. Pettit, “*Equity and the Law of Trusts*”, 10e druk, Oxford University Press, 2006, p. 4.

⁶⁵ T.F. Tout, “*Place of Edward II in English History*”, p. 181.

in het kerkelijk recht (en het Romeinse recht) goed waren ingevoerd. Voorts waren ze van het christelijk natuurrecht doordrongen en kenden ze slechts een beperkte waarde toe aan gewoonterecht: de traditionele basis van het Engelse recht. Indien het een vraagstuk betrof dat om wettelijke aanpassing vroeg, dan kon het gebeuren dat een wetsvoorstel werd voorgelegd aan de volgende bijeenkomst van het parlement⁶⁶. Indien de *Chancellor* van mening was dat gelet op de casus geen bestaande *writ* voorhanden was, doch er tevens wél voldoende aanleiding bestond, in naam van de koning een bevelschrift uit te vaardigen, schreef hij de zgn. “*writ of subpoena*”⁶⁷ uit, waarmee hij de aangeklaagde gebod te verschijnen om op de aantijging jegens hem te reageren⁶⁸. Als de *Chancellor* ervan overtuigd raakte dat vanwege *equity* (overwegingen van billijkheid⁶⁹) en *good conscience* (redenen van geweten en rechtvaardigheid) aan het verzoek diende te worden voldaan, met andere woorden: hij vond dat de gedaagde een kwaad geweten had, dan gebod hij gedaagde door middel van een *decree* (verordening) of verbood hij hem door middel van een *injunction* (gerechtelijk bevel) datgene te doen of te laten wat hem bevolen werd. Zo kon hij verordonneren dat een overeenkomst diende te worden uitgevoerd; of dat van eigendom afstand diende te worden gedaan; of dat een voorwerp dat overlast bezorgde verwijderd diende te worden, zulks op straffe van boete of zelfs gevangenisstraf vanwege minachting van het hof bij niet nakoming. Zulk een gebod/verbod bond overigens uitsluitend de betrokken partijen. Vanwege het ontbreken van een helder geformuleerde rechtscompetentie berustte de uitspraak oorspronkelijk in belangrijke mate op de persoonlijke opvattingen en het individuele geweten van de *Chancellor* omtrent hetgeen hij als rechtvaardig oordeelde. Bij zijn beslissing was hij aan geen andere voorschriften gebonden dan aan zijn eigen geweten. Daardoor vertoonde de uitleg van het begrip *equity* in de loop der tijd nog al wat verschillen, hetgeen pas veranderde toen in de 17e eeuw de begripsbepalende beginselen van *equity* steeds meer werden vastgelegd en de beslissingen van de *Court of Chancery* dientengevolge niet meer waren gebaseerd op het persoonlijke gevoel van rechtvaardigheid en het geweten van

⁶⁶ G.W. Keeton, “*The British Commonwealth, The development of its laws and constitutions*”, Volume I, The United Kingdom, London, 1955, p. 10. en M.E. Koppenol-Laforce, “*Het Haagse trustverdrag*”, Kluwer, Deventer, 1997, p. 7.

⁶⁷ Daarin werd de gedaagde onder bedreiging van een boete (Lat.: *sub poena*) gedagvaard om te verklaren wat hij van de stellingen van de eiser vond. Daarbij werd “*in Chancery*” geen gebruik gemaakt van een jury om de feiten vast te stellen.

⁶⁸ Zie ook: K.E. Digby, “*History of the Law of Real Property*”, Classics in Legal History, volume 12, Oxford at the clarendon press, 1875, p. 246.

⁶⁹ Het begrip billijkheid (= *aequus* in het Latijn) was niet nieuw. *Aequitas* was bekend vanuit de Digesten en kwam van daaruit terecht in het canonieke recht en het Middeleeuws burgerlijk recht.

de *Chancellors*, maar op eerdere precedënten.

In de loop der jaren evolueerde de “*personal discretion*” van de *Chancellor* dan ook in een “*juridical discretion*”. Met andere woorden: de *Lord-Chancellor*⁷⁰ besliste weldra niet meer geheel volgens zijn persoonlijke overtuiging van het ogenblik, maar hij begon zich gebonden te achten aan de in de toenmalige maatschappij geldende rechtsovertuiging en ook meer en meer aan zijn eigen eerdere uitspraken. Het gevolg hiervan was dat naarmate de tijd verstreek zich op basis van deze uitspraken een op billijkheid gebaseerde rechtspraak ontwikkelde, die de gevolgen van de meer rigide toepassing van “*common law*” verzachtte en daarmee “*common law*” aanvulde en corrigeerde. Daarmee vormde het oorspronkelijk een glosse op *common law*. Met andere woorden: de *Lord Chancellor* beoordeelde als het ware van buitenaf de werking van de *common law* en wanneer dit recht tot verkeerde resultaten dreigde te leiden, greep hij in.

Dit aanvullend stelsel van rechtsregels, aangeduid als *equity*⁷¹, werd verder uitgebouwd door de rechtspraak van het daarvoor eind 15^e eeuw gevormde “*Court of Chancery*”, soms ook wel “*Court of Conscience*” genoemd, een gerecht dat onder de *Lord-Chancellor* ressorteerde⁷² en dat tot de zgn. *prerogative courts* behoorde, dat wil zeggen een rechtelijke instantie die door de koning was gecreëerd. Aldus ontstond, naast *common law*, een afzonderlijk, weliswaar onzelfstandig rechtssysteem gebaseerd op een consistent geheel van op *equity* gebaseerde eerdere uitspraken, dat als een verzameling fragmentarische correcties op *common law* kan worden beschouwd. *Equity* hield in dat een bepaalde gedraging weliswaar niet in strijd werd geacht met de *common law*, maar wel in strijd met de billijkheid en geweten. Het grote verschil tussen beide systemen was dat een procedure voor een *common-law*-gerecht ertoe diende de rechten van de eiser naar *common law* vast te stellen, terwijl een procedure voor een *equity*-gerecht juist leidde tot het opleggen van verplichtingen aan de verweerder op grond van *equity*. Dit wordt aangeduid met het adagium “*equity acts in personam*”⁷³.

⁷⁰ De positie van de *Lord Chancellor* is een zeer bijzondere, ook nog heden ten dage. In vergelijking met ons rechtssysteem bekleedt hij een aantal in hem gecombineerde functies, te weten: Minister van Justitie; voorzitter van de “Eerste Kamer” (*House of Lords*) en voorzitter van het hoogste gerechtshof (vgl. onze Hoge Raad). Hij is tevens lid van het Engelse kabinet en moet daarom aftreden als zijn partij de verkiezingen verliest. In het verleden was hij dikwijls ook nog aartsbisschop van Canterbury.

⁷¹ Dat wil zeggen: recht gebaseerd op redelijkheid of billijkheid, of, hetgeen aanvankelijk hetzelfde was, op het natuurrecht (in klassiek zin een stroming die stelt dat het recht afstamt van een (universele) morele wet, welke wet kan zijn gesteld door God of door de rede).

⁷² Zie Sauveplanne, 1981, p. 143-144.

⁷³ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 7.

Het bestaan van twee afzonderlijke stromen, *common law* en *equity*, is overigens niet uniek. Het Romeinse recht maakte reeds het onderscheid tussen *ius civile* en *ius honorarium* en tussen *ius strictum* en *ius aequum*. Ondanks de corrigerende werking van *equity* bleef, onder het gezegde: “*equity follows the law*”⁷⁴, het geldende recht, *common law*, formeel geheel onaangetast. *Equity*, dat als nieuw rechtssysteem vooral in de 15^e en 16^e snel opbloede naast en ten koste van *common law*, ontmoette zoveel verzet van *common law*-juristen, dat in 1616 door de koning, op basis van een daartoe door *Francis Bacon* uitgebracht rapport, de verhouding tussen *common law* en *equity* voor de eerstvolgende eeuwen werd bepaald. De *Chancery*-rechtspraak werd officieel erkend, zij het dat het terrein waarop het *Court of Chancery* kon opereren werd beperkt. Sindsdien geldt als belangrijk beginsel dat *equity* een “*extraordinary jurisdiction*” is. Dat wil zeggen dat het *Court of Chancery* alleen dan kon ingrijpen, wanneer de *common law* geen bevredigende oplossing bood. Echter, indien de *equity*-rechter zijn vonnis had geveld, dan was de *common law*-rechter aan dit vonnis gebonden (*equity prevails*). Voor de burgers was het naast elkaar bestaan van zowel de *common law*-gerechten als ook de *equity*-gerechten omslachtig en verwarrend. Beide gerechten oordeelden over de zaken die onder hun jurisdictie vielen, waardoor het niet altijd duidelijk was bij welk gerecht een vordering moest worden ingediend. Soms was het zelfs nodig om zich bij beide gerechten te vervoegen: bij het *common law*-gerecht ter verkrijging van schadevergoeding en bij het *equity*-gerecht om het nakomen van verplichtingen af te dwingen⁷⁵.

Veel van de bij het “*Court of Chancery*” ingediende verzoekschriften hadden betrekking op geschillen met betrekking tot “*feoffments to uses*”. De rechtsfiguur van de *feoffment to use* ontstond indien een grondbezitter land aan een persoon of groep van personen in eigendom overdroeg, met als doel dit door hen te doen houden anders dan ten voordele van hem/henzelf.

⁷⁴ Met de uitdrukking “*equity follows the law*” doelt men op het beginsel dat “*common law*” de basis vormt van het recht en dat dientengevolge een “*Court of Equity*” niet dan wanneer noodzakelijk afwijkt van de regels van *common law*. Zie Zwalve, 2000, p. 51.

⁷⁵ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 10.

De grondbezitter die de grond overdroeg noemde men *feoffor*⁷⁶ (“grantor”); degenen aan wie de grond werd overgedragen *feoffee*⁷⁷(s) *to uses* (“trustees”) of ook wel simpelweg *feoffees*; en de begunstigde(n) werd de *cestui(s) que use*⁷⁸ (*grantee/beneficiary*) genoemd. Voor een goed begrip van het navolgende is het van belang te weten dat tengevolge van zulk een eigendomsoverdracht de *feoffor* onder *common law* al zijn rechten kwijt raakte aan de *feoffee(s)*. *Common law* ging ervan uit dat deze rechten volledig naar de *feoffee* waren overgegaan en erkende dan ook geen rechten die de *cestui que uses* eventueel mocht hebben.

1.5 Eerdere op *uses* gelijkende regelingen

Aan de totstandkoming van de *feoffments to use* zijn verschillende regelingen voorafgegaan die weliswaar op een *use* leken, doch waarbij een van de belangrijkste kenmerken van de *use* ontbrak, te weten de overdracht van het eigendom van het goed aan de vertrouwensman (b.v. een voogd).

Als voorbeelden van zulke 13e eeuwse voorgangers gelden: de overdracht van het bezit van onroerend goed aan een ander vanwege langdurige afwezigheid wegens een zakenreis of wegens deelname aan een Kruistocht; overdracht van het bezit van onroerend goed aan een ander opdat het onroerend goed wordt overgedragen aan het kind van de eigenaar zodra dit meerderjarig wordt; overdracht van het bezit van onroerend goed aan de vader van bruid of bruidegom in verband met een voor een kind gepland huwelijk. In al deze gevallen was geen sprake van de overdracht van eigendom. Dit in tegenstelling tot de 14e eeuwse *use*. Evenmin was sprake van het overdragen in het belang van een derde (behalve bij een “bruidsschat”).

⁷⁶ *Feoffor* betekent : hij die een *fee* (=leen) scheidt.

⁷⁷ *Feoffee* betekent : hij die een *fee* (=leen) verkrijgt.

⁷⁸ Waarschijnlijk een afkorting van : “*cestuy a que use le feoffment fuit fait*”, (vert.: “hij voor wiens *use* de *feoffment* werd getroffen”). Het woord *use* in deze zin houdt geen verband met het Engelse werkwoord *to use* (gebruiken) en is evenmin afgeleid van het Latijnse *usus*, maar is afgeleid via het Oud-Franse woord *oes/oeps* van het volkslatijn *opus* en in het Engels verward met *use*. In Lombardische en Frankische juridische documenten vinden we het terug als *ad opus*, in de betekenis van “ten voordele/ten behoefte van”. Zie J.H. Baker, “*An Introduction to English Legal History*”, Butterworths, 3rd edition, 1990, p. 286, onder noot 7 en F.W. Maitland, “*Equity, a course of lectures*”, Cambridge at the university press, 1909, reprinted 1969, p. 24.

1.6 Middeleeuwse *feoffments to use*

1.6.1 Inleiding

In de 13^e eeuw werd het mechanisme van de *use* op grote schaal in Engeland gebruikt als oplossing voor het probleem dat Franciscaanse broeders vanwege hun gelofte van armoede, individueel noch collectief⁷⁹ onroerend goed mochten bezitten, hetgeen zich echter niet verdroeg met hun (dagelijkse) materiële behoeften. Dit probleem werd opgelost door te aanvaarden dat er een verschil kon bestaan tussen het zijn van eigenaar van de grond en het houden van de *use*, dit wil zeggen het mogen gebruiken van de grond en het genieten van de opbrengst daarvan. Dientengevolge werd door gelovigen, grond, bestemd voor de monniken, overgedragen aan derden, met de monniken als gerechtigden tot de *use*. Tevens konden aldus de bepalingen van de *Statute of Mortmain* (1279) worden omzeild, welke bepaalde dat geestelijke gemeenschappen geen juridisch eigendom van grond konden verwerven⁸⁰, dit teneinde het ontgaan van feodale heffingen te voorkomen. De *use* werd ook gebruikt om crediteuren te dwarsbomen⁸¹. Daartoe droeg de debiteur het juridisch eigendom van bv. grond over aan een derde, onder behoud van het recht van *use* van de grond. Het gevolg daarvan was dat de crediteur geen beslag meer op de grond kon leggen omdat de debiteur daarvan geen juridisch eigenaar meer was. Mede hierdoor was de *use* wijd en zijd verspreid en zodanig effectief dat wettelijke maatregelen ter bescherming van crediteuren in 1377 nodig waren. Maar sinds begin 14^e eeuw, doch vooral na 1340, had de *feoffment to use* zich ook ontwikkeld tot een techniek voor het treffen van vermogensrechtelijke overdrachten binnen een familie, tengevolge waarvan het gebruik van *uses* verder toenam en wel zodanig dat ten tijde van Koning *Edward III* een *feoffment to use* tot de standaardtechniek voor het treffen van zulke overdrachten behoorde. Met name het feit dat de *use* het mogelijk

⁷⁹ Dit in tegenstelling tot monniken die wel collectief, maar niet individueel bezit mochten hebben. De monniken waren dan ook vaak rijk en bezaten veel onroerend goed. Zie ook Maitland, 1909, p. 25.

⁸⁰ Het *Statute of Mortmain*, soms ook wel *Statute de Religiosis* genaamd, had tot doel vererving in de dode hand te voorkomen. Het trachtte via een verbod ook een einde te maken aan de frauduleuze overdrachten van landgoederen aan religieuze instellingen, met de bedoeling dat de schenkers deze goederen vervolgens als leengoederen ten behoeve van de kerk zouden gaan houden, teneinde aldus vrijgesteld te zullen zijn van feodale (belasting)heffingen door de overheid. Zie ook: E.F. Henderson, “*Historical documents of the Middle ages*”, London, George Bell and Sons, 1896 en A.R. Hogue, “*Origins of the Common Law*”, Liberty Fund, Indianapolis, 1986, p. 74-75.

⁸¹ Zie Bogert, 1987, p. 7-8.

maakte dat men zware feodale heffingen⁸² kon ontgaan, die door de leenheer werden geheven van de bezitter van de grond ter gelegenheid van verschillende gebeurtenissen, waarvan het overlijden van de bezitter er een was, maakte haar populair. De feodale heffing die betaald moest worden, was doorgaans zeer hoog, terwijl het niet betalen tot inbeslagname van de grond door de leenheer kon leiden. Deze heffingen konden door middel van een *feoffment to use* worden vermeden mits men ervoor zorgde dat er meerdere *feoffees to use* waren (in de regel minstens vier). Het gevolg van de *feoffment to use* aan meerdere *feoffees* was namelijk dat de leenheer niet meer met een al dan niet minderjarige, al dan niet getrouwde *cestui que use* te maken had, maar met meerdere meerderjarige *legal tenants* die normaliter niet op hetzelfde moment pleegden te overlijden zodat er – mits bij tijdige aanvulling van het aantal *feoffees* – telkens meerdere *legal tenants* waren waardoor het recht van *relief* kon worden voorkomen. Omdat zij doorgaans wel (meerderjarige) erfgenamen achterlieten, kon ook het recht van *escheat* (en *wardship*) worden vermeden⁸³. Maar de belangrijkste reden dat een landeigenaar zijn land aan vrienden overdroeg *ad opus suum*, was ongetwijfeld dat hij aldus een soort van testament kon maken. Het gevolg was namelijk dat hij tijdens zijn leven de voordelen en opbrengsten van de grond bleef genieten en dat na zijn overlijden zijn vrienden het land overeenkomstig zijn aanwijzingen zouden overdragen. Dit laatste was van belang vanwege het feit dat leenmannen niet erfrechtelijk over hun land konden beschikken. Hun *estate in fee simple*⁸⁴ ging van rechtswege over op hun erfgenaam, hetgeen tot

⁸² Tot deze feodale heffingen behoorden:

- het recht van *relief*: het recht van de leenheer om van de erfgenaam een som geld te eisen opdat deze als nieuwe *tenant* werd toegelaten.
- het recht van *wardship*: het recht van de leenman op voogdij over een minderjarige *tenant*.
- het recht van *marriage*: het recht van de leenheer zijn minderjarige *tenant* uit te huwelijken. Bij weigering was een som geld verschuldigd.
- het recht van *escheat*: het recht van de leenheer het goed terug te vorderen, indien de *tenant* zonder erfgenamen overleed. Zie Te Winkel, 1914, p. 21.

⁸³ Zie J.E. Martin, *H. G. Hanbury/J.E. Martin: "Modern Equity"*, London, Sweet & Maxwell Ltd, 16th edition, 2001, p. 9.

⁸⁴ Het begrip *estate in fee simple* vereist nadere uitleg. Het begrip *estate* is van feodale oorsprong en stamt af van het Latijnse woord "*status*", d.w.z. de privaatrechtelijke staat/stand van de leenman t.o.v. zijn leenheer. Het duidde oorspronkelijk dan ook de leenverhouding tussen leenheer en leenman aan. Tenslotte krijgt het de betekenis van een recht op onroerend goed. Daarbij onderscheidt men *estates* van verschillende kwaliteit, al naar gelang de duur van het recht. Allereerst die welke wat tijdsduur onbepaald zijn en in oorsprong in handen waren van zgn. *free men*, waaraan de benaming *free hold estate* is ontleend. Daartoe behoren de *estate in fee simple*; de *estate for life* en de *estate in fee tail*. Alle drie deze *estates* hebben een soort ingebouwd recht van overgang op de opvolgers. *Estate in fee simple* wil zeggen een recht dat in alle liniën kan vererven en dus alleen eindigt, wanneer er in het geheel geen

1.6 Middeleeuwse feoffments to use

1.6.2 Kenmerken

vervelende consequenties kon leiden indien deze erfgenaam nog minderjarig was. De leenheer werd dan namelijk van rechtswege voogd (= *wardship*) van de erfgenaam en kon het land gebruiken zonder daar verantwoording over af te hoeven leggen⁸⁵. De vorm van “leen” waarbij zich dit voordeed, staat bekend als *knight's service*. Het gevolg hiervan was dat de leenman trachtte te voorkomen dat tijdens de minderjarigheid van zijn erfopvolger de leenheer bevoegd werd. Het is mede naar aanleiding hiervan dat de *use* haar intrede in het Engelse recht deed, hetgeen een onvoorwaardelijke overdracht van de grond inhield ten titel van beheer op een door de *feoffor* met de *feoffee* overeengekomen wijze.

1.6.2 Kenmerken

Uses hadden twee kenmerken die bepalend waren.

Ten eerste, de *feoffees to uses* (later *trustees*) werden krachtens *common law* geacht de volle, vrije eigendom te hebben van de aan hen overgedragen grond, hetgeen hen onderscheidde van een *bailiff* (rentmeester) of *lessee* (pachter). Ten tweede, *uses* hadden voornamelijk betrekking op onroerend goed en niet op roerende zaken. Dit kenmerk onderscheidde de *uses* van de in *common law* erkende *bailments* (bewaargeving) en *receiverships* (beheer door een curator). Het begrip *use* dekte een grote verscheidenheid aan vormen van *uses*. *Uses* konden variaties vertonen wat betreft: 1) het aan de *feoffees* overgedragen vast goed, 2) de tussen *feoffor* (*grantor*) en *feoffee* geldende verhouding, alsook wat betreft 3) de gestelde voorwaarden teneinde verplichtingen aan de *feoffees* te kunnen opleggen. Maar van meer belang was dat ze konden verschillen wat betreft hun doel en hun functie. De *uses* waarbij onroerend goed binnen generaties werden overgedragen, waren niet alleen het meest talrijk, maar ook uit juridisch en sociaal oogpunt het meest belangrijk. Vandaar dat ik me hierna tot deze categorie van *uses* beperk.

erfgenamen meer zijn. Het woord *fee* betekent “leen”. Het laat zich het best vergelijken met het continentale eigendomsrecht op een onroerende zaak. Zie Zwolve, 2000, p. 113. *Estate for life* wil zeggen een recht dat eindigt door de dood van een bepaald persoon. *Estate in fee tail* is een recht van meer beperkte duur dan een *estate in fee simple*, omdat de mogelijkheid van vererving beperkter is. Vererving kan namelijk alleen plaats vinden aan bepaalde erfgenamen of bepaalde groepen van erfgenamen. Zie Uniken Venema, 1971, p. 37.

Daarnaast zijn er nog vormen waarbij de tijdsduur van de *estates* op een andere wijze wordt bepaald. Tot deze categorie behoren b.v. de *estate at will* (= tot wederopzeggens), waarvan de tijdsduur uitsluitend afhankelijk is van de wil van de degene die de *estate* in het leven heeft geroepen (*grantor* = degene die iets toekent) en die waarvan de tijdsduur wordt uitgedrukt in vaste tijdseenheden, meestal in een bepaald aantal jaren: de *estate for years*. Zie Uniken Venema, 1990, p. 71.

⁸⁵ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 8.

Bij sommige van deze *uses* werden de *feoffees* geacht maar één taak uit te voeren, teneinde daarna het onroerend goed over te dragen aan de erfgenaam van de *feoffor*. Deze taak kon bestaan uit het geven van aalmoezen, of het bijeenbrengen van bruidsschatten voor de dochters van de *feoffor*, of in het aflossen van de schulden van de *feoffor*. Bij andere wist de *feoffee* zich verplicht om eerst meerdere van zulke taken, die vaak nauwkeurig testamentair waren omschreven, uit te voeren, alvorens het onroerend goed aan de erfgenaam van de *feoffor* over te dragen. Beide soorten *uses*, of zij een enkele taak kenden dan wel meerdere taken, werden gecreeërd om een uitstel te realiseren van de overdracht van het onroerend goed aan de door de *feoffor* aangewezen erfgenaam, een uitstel gelijk aan de tijd die na het overlijden van de *feoffor* nodig was om de aan de *feoffees* opgedragen taken door hen te laten uitvoeren. Daarnaast bestonden er nog *uses* die de kenmerken van beide categorieën hadden. Zulk een *use* werd tot stand gebracht wanneer de *feoffor* bv. op het punt stond de militaire strijdkrachten van de Engelse koning in Frankrijk aanwezig te gaan versterken. Doorgaans voorzag zulk een *use* erin dat het onroerend goed door de *feoffees* aan de *feoffor* na zijn terugkomst werd terugovergedragen, dan wel dat zij, na zijn overlijden in het buitenland, dienden te handelen als ware het een *use* ter overdracht van onroerend goed aan zijn erfgenaam.

1.6.3 Vererving door middel van testament

Omdat bij een *feoffment to use* sprake was van *grant in fee simple* (overdracht van onbeperkt, absoluut eigendom) aan derden (*feoffees*) in het belang van een derde, de *cestui que use* (waaronder desgewenst de *feoffor* zelf), kon daarmee de regel worden omzeild die verbood om grond via testament te doen vererven.

Van de 13^e eeuw tot aan 1540 kon grond krachtens *common law* niet via een testament vererven, hetgeen betekende dat de eerstgeboren zoon⁸⁶ al het onroerend goed, dat vaak het belangrijkste vermogensbestanddeel in een familie was, van zijn vader erfde. Daardoor was het vaak onmogelijk om ook adequate erfrechtelijke voorzieningen voor dochters en jongere zonen te treffen. Evenmin was het dientengevolge mogelijk om een deel van het onroerend goed voor charitatieve doeleinden te bestemmen. Echter, door middel van een *use* kon een stervende eigenaar nog bij leven de eigendom van de grond aan een groep van vrienden of burens overdragen, in het vertrouwen dat deze na zijn dood de grond verder zouden overdragen aan de door hem

⁸⁶ De regels van het feodale leenrecht werden ten aanzien van de vererving van onroerend goed gekenmerkt door de “*primogenituur*” (het eerstgeboorterecht), dat wil zeggen dat de *estate* vererfde aan de oudste van de mannelijke descendenten. In Engeland heeft deze regel tot 1925 gegolden. Zie Zwolve, 2000, p. 114-115.

aangewezen begunstigde(n). Daarmee fungeerde de *use* als een substituut-testament, zij het dat *common law* het niet als een wijze van testamentair beschikken (er)kende, zodat het daarmee ook niet in strijd kon zijn. Bijkomstig, maar belangrijk, effect van de *use* was dat het daardoor ook mogelijk werd grond te “vermaken” zonder feodale lasten verschuldigd te zijn. Maar een eigenaar hoefde niet tot aan zijn sterfbed te wachten om eigendom aan een *feoffee* over te dragen, hij kon zulks veel eerder doen en daarmee bereiken dat reeds tijdens zijn leven de *feoffee* instructies uitvoerde, alsook zijn laatste wil bij zijn overlijden.

1.6.4 Een fiduciaire verplichting

Een *feoffment to use* kwam op informele wijze tot stand. Dat wil zeggen: dat door de *feoffor* bij de totstandkoming van de *feoffment to use* aan de *feoffee(s)* geen enkele (formele) voorwaarde werd gesteld en dat hij er slechts op vertrouwde, dat zij de aan hen opgedragen taak/taken reeds bij zijn leven, dan wel bij zijn overlijden overeenkomstig zijn wensen zouden uitvoeren. Dit betekende dat de *feoffor*, de *feoffees* niet krachtens formele voorwaarden aan hun taken bond⁸⁷ en dat de *feoffment to use* louter was gebaseerd op het vertrouwen dat in de *feoffee* was gesteld. De gedachte daarbij was toen dat de *feoffee* de titel van eigendom alleen hield ten behoeve van de *feoffor*. Welke aanwijzing deze de *feoffee* ook mocht geven, van de *feoffee* werd verwacht dat hij de aanwijzingen zou opvolgen. Effectief gezien bleef de *feoffor* “eigenaar”, omdat hij het land zelf zichtbaar bleef bezitten en de opbrengsten ervan bleef genieten. Ook kon hij de *feoffee(s)* opdragen het eigendom van de grond aan een derde/koper over te dragen. Bovendien kon hij de keuze van zijn erfgenamen uitstellen tot aan het moment van zijn dood. Uiteraard werd van de *feoffees* die met een fiduciaire verplichting waren belast, verwacht dat zij de belangen van de *cestui que use* dienden, hetgeen dus ook de *feoffor* zelf kon zijn, en dat zij opbrengsten van de grond niet voor zichzelf hielden. Het gevolg van de in aantal steeds meer toenemende *feoffments to use* was enerzijds dat degene die “slechts” de *use* van de grond had geen “leengeld” of dienst aan de landheer of de koning verschuldigd was, terwijl hij anderzijds toch het bezit en het volle genot van de grond had. Nog belangrijker was dat hij zijn belang – de *use* – kon vervreemden zonder

⁸⁷ Indien de *feoffor* bij de tot standkoming van de *feoffment to use* de verplichting tot nakoming door de *feoffees* van de gemaakte afspraken als een formele voorwaarde had gesteld, dan kon de voorwaarde met onbuigzame nauwkeurigheid op grond van *common law* juridisch worden afgedwongen, met als gevolg dat bij het niet uitvoeren van de overeengekomen taken de eigendom van de grond automatisch weer terug ging naar de *feoffor* of zijn erfgenamen.

daarbij de omslachtige formaliteit van de levering van *seisin*⁸⁸ (het bezit van land in vrij eigendom) in acht te hoeven nemen. Hij kon belangen creëren die in *common law* geheel onbekend waren en hij kon zelfs testamentair bepalen aan wie hij zijn *use* bij overlijden wilde overdragen, iets dat krachtens *common law* niet kon.

1.6.5 Rechtspositie “*cestui que use*”

In aanvang werd de *cestui que use* (*grantee*, later *beneficiary* genaamd) als belanghebbende juridisch niet erkend. *Common law* kende vanwege de eerdere (formeel) eigendomsoverdracht door de *feoffor* aan de *feoffee* uitsluitend de *feoffee* als absoluut eigenaar. De *feoffees* wisten zich jegens de *cestui que uses* dan ook slechts moreel verplicht en vanwege trouw gebonden, maar van een juridisch afdwingbare verplichting was (nog) geen sprake⁸⁹. Het gevolg hiervan was dat indien de *feoffee*, zijnde de wettelijk eigenaar naar *common law*, misbruik van het in hem gestelde vertrouwen maakte, de *cestui que use* machteloos stond. In al deze gevallen was de *feoffee* uitsluitend vanwege geweten, krachtens moraal en fatsoen verplicht het vertrouwen dat in hem was gesteld, na te leven. Men zei in dit verband dat hij het eigendom *ad commodum* hield of ook wel *ad opus alterius* (ten voordele van een ander), zijnde de *cestui que use*. Dientengevolge konden alleen natuurlijke personen *feoffee to uses* zijn en geen rechtspersonen. Ook vreemdelingen; zij die hun burgerrechten waren ontnomen (bv. ter dood veroordeelden) en de Koning konden geen *feoffee to uses* zijn.

Tot aan het midden van de 15^e eeuw boden de Engelse kerkelijke gerechten in geval van woordbreuk door een *feoffee* rechtsbescherming aan een *cestui que use*, die tevens *feoffor* kon zijn. Gedurende de Middeleeuwen waren de Engelse kerkelijke gerechten namelijk exclusief bevoegd recht te spreken in geval van huwelijksconflicten, testamentaire aangelegenheden betreffende persoonlijk eigendom en in het geval dat een (onder ede afgelegde) belofte werd verbroken.

⁸⁸ Ook in het meer specifiek juridische begrip *seisin* is het “*Law-french*” te herkennen, namelijk de term *saisine*. Met deze term duidt men aan een vorm van bezit. Dat wil zeggen dat de *tenant* zijn gebruiksrecht van de grond geldend kon maken ten opzichte van de leenheer en derden. *Seisin* kon ook vererven. (Vgl. “*le mort saisit le vif*” in het Continentale recht). Zie Uniken Venema, 1990, p. 65-66. Het begrip *seisin* is afgeleid van “*to be seized of the land*”, waarbij het “*seized* zijn” vertaald kan worden als het hebben van een recht van bezit ten aanzien van in leen ontvangen onroerend goed. Uiteindelijk groeit dit uit van een feitelijke situatie tot een recht. Zie Uniken Venema, 1990, p. 34.

⁸⁹ “*The use is nothing in law, but is a trust, which trust might be broken...for the common law never favours the use, for a use is not a right, nor is any action given in law to recover it if someone is deforced of it....*”. Deze passage is ontleend aan Sir John Baker, 2003, p. 655, met verwijzing naar noot 15 aldaar.

1.6 Middeleeuwse *feoffments to use*
1.6.6 *Court of Chancery*

De kerkelijke gerechten waren ook bevoegd tot tuchtrechtspraak indien leken zedelijke beginselen schonden, bv. smaad pleegden; zich seksueel zondig gedroegen; dan wel religieuze overtredingen begingen. In al deze gevallen kon het kerkelijk gerecht een kerkelijke straf opleggen⁹⁰, waaronder ex-communicatie. De kerkelijke jurisdictie met betrekking tot een *feoffment to use* werd in de loop van de 14^e eeuw, ten tijde van *Hendrik III*, geleidelijk overgenomen door het *Court of Chancery* wanneer deze verzoekschriften met betrekking tot *feoffments to use* in behandeling gaat nemen en zich in zijn uitspraken door *equity* laat leiden. Dit had tot gevolg dat indien een *feoffee* zijn krachtens *common law* verkregen absolute eigendomsrechten trachtte uit te oefenen door bv. de grond te verkopen of te bezwaren, hij daarvan kon worden weerhouden door de buitengewone juridische bevoegdheid (*supra-legal power*⁹¹) van de *Court of Chancery*, een bevoegdheid die verder reikte dan *common law*. Aanvankelijk werd aan de *feoffor* de mogelijkheid verleend in *equity* naleving van de *feoffment to use* af te dwingen, later werd deze mogelijkheid overgedragen aan de *cestui que use*.

1.6.6 *Court of Chancery*

Het *Court of Chancery* kon bepalen dat de *feoffee* bepaalde rechtshandelingen diende te verrichten, dan wel bepaalde handelingen/gedragingen achterwege diende te laten, overeenkomstig het verzoek van de *cestui que use*, hetgeen de *feoffor* zelf dan wel een door de *feoffor* aangewezen derde kon zijn. Het *Court of Chancery* kon de *feoffee* verplichten zijn wettelijke rechten aan de *cestui que use* over te dragen, dan wel aan diens erfgenamen of degene(n) die door de *cestui que use* daartoe in zijn testament was (waren) aangewezen. Hierbij dient te worden bedacht dat toendertijd voor het tot stand brengen van een testament geen formaliteiten, zelfs geen geschrift, waren vereist. Elke vorm van bewijs waaruit de intentie van de erflater kon worden afgeleid een *feoffment to use* te hebben willen vestigen, voldeed om een zulk een *use* tot stand te brengen, waaraan de (volgende) wettige eigenaar was gebonden. Voorts kon het *Court of Chancery* de *feoffee* verplichten om de voorzieningen te treffen die door de *cestui que use* voor zijn familie waren voorzien.

De *feoffor* en later de *cestui que use* konden in het *Court of Chancery* de *feoffee* in gebreke stellen en, bv. bij wanbeheer, verhaal zoeken op het overige vermogen van de *feoffee*. Kortom het *Court of Chancery* kon de *feoffee* verplichten om alle handelingen te verrichten c.q. na te laten die nodig waren om het belang van de *cestui que use* te beschermen. In dit verband is van belang dat ook de erfgenaam

⁹⁰ Zie Helmholz, "Trusts in English Ecclesiastical Courts 1300 – 1640", in "Itinera Fiducia", 1998, p. 154 – 155 e.v..

⁹¹ Deze term wordt gebruikt door Digby, 1875, p. 249.

van de *feoffee* geacht werd aan de verplichting van moraal en fatsoen te zijn gebonden. Met andere woorden: de verplichting van de *feoffee* kon vererven. Het gevolg van de *equity*-rechtspraak was dat de bescherming van de *cestui que use* zich tot een recht ontwikkelde met zakenrechtelijke kenmerken, dat als een soort uit *equity* voortspuitend eigendomsrecht naast het eigendom volgens *common law* kwam te staan⁹². Dat de *cestui que use* in verschillende opzichten gelijk stond met een zakelijk gerechtigde bleek uit het feit dat:

- a. zijn recht op dezelfde wijze vererfde.
- b. zijn recht overdraagbaar was, terwijl een persoonlijk recht toen (nog) niet kon worden overgedragen.
- c. zijn recht door hem tegenover derden in beperkte mate kon worden gehandhaafd⁹³.

Voor een goed begrip is het echter noodzakelijk te benadrukken dat het recht van de *cestui que use* haar oorsprong vond in een persoonlijk recht tot stand gekomen via een uitsluitend tussen de *feoffor* en de *feoffee* gesloten overeenkomst. De *cestui que use* was derhalve geen partij bij de overeenkomst. Weliswaar verkreeg hij een recht met (vanwege *equity*) zakenrechtelijke kenmerken, maar het bleef desondanks in oorsprong een persoonlijk recht, door de *feoffor* van de *feoffee* bedongen. Echter, van een overeenkomst (naar Engels recht) tussen *cestui que use* enerzijds en *feoffor* en/of *feoffee* was geen sprake, zij het dat – krachtens *equity* – de *cestui que use* wel een rechtsmiddel had.

1.6.7 Rechtsonzekerheid

Naarmate de *feoffments to use* steeds meer in gebruik raakten, nam, ondanks de jurisdictie van het *Court of Chancery*, de rechtsonzekerheid toe, met name omdat krachtens *common law*, derden (bv. kopers of pachters) van een *cestui que use*, die vanwege zichtbaar bezit en het genot van de opbrengst van het land ogenschijnlijk eigenaar was, geen rechtsgeldige titel konden verkrijgen. *Common law* kende de *cestui que use* in tegenstelling tot de *feoffee* rechtens niet en deze had derhalve geen *seisin*. Vanwege deze rechtsonzekerheid bepaalde koning *Richard III* in 1484 in zijn allereerste wetgevende maatregel, dat een toekenning van rechten op grond of ander onroerend goed, door een daartoe volledig

⁹² Zie Sauveplanne, 1981, p. 165.

⁹³ Zie Uniken Venema, 1954, p. 120.

1.7 Statute of Uses

1.7.1 Inleiding

handelingsbevoegde (lees: *cestui que use*), “good and effectual” (goed en geldig) is zowel tegenover de erfgenaam van de *grantor*, alsook tegenover diegene(n) die grond of ander onroerend goed ten behoeve van de *cestui que use* hield(en) (lees: *feoffee(s)*). Hoewel deze bepaling tot doel had om de derde die van de *cestui que use* een rechtstitel verkreeg te beschermen en niet bedoeld was om deze laatste te bevoordelen, had de bepaling wel tot gevolg dat de *cestui que use* voortaan rechtens bevoegd was om over het volledig eigendom van de grond te beschikken, welke grond door een ander (de *feoffee*) ten behoeve van hem vanwege een *feoffment to use* werd gehouden. De nieuwe bepaling reikte zelfs zo ver dat het de *cestui que use* toestond dat hij zijn *feoffee(s)* kon wijzigen, door eenvoudig een nieuwe *feoffment to use* met anderen overeen te komen. Deze nieuwe wetgeving was een opmerkelijk staaltje van juridisch gegoochel omdat het aldus rechtens mogelijk werd dat juridisch eigendom werd overgedragen door iemand die dit (volgens *common law*) niet had. De *cestui que use* werd fictief als wettelijk eigenaar aangemerkt. Het onvermijdelijke gevolg van deze vernieuwing was dat er nieuwe juridische moeilijkheden ontstonden. Zo gaf de wet weliswaar aan de *cestui que use* de bevoegdheid om het volledige eigendomsrecht van het onroerend goed aan een derde te leveren, volgens *common law* was hij geen volledig eigenaar en kon hij dientengevolge – indien nodig – geen beslag leggen, anders dan in naam van zijn *feoffee(s)*⁹⁴. De conservatieve (*common law*) opvatting dat een *cestui que use* net zoveel met de grond te maken had, dan zo maar een willekeurige vreemdeling, paste niet goed meer bij deze wettelijke wijziging. Ongetwijfeld was de wettelijke regeling conflicterend met *common law*, maar gaandeweg werd het als formalistisch ervaren om *common law* los van de wettelijke regeling te zien. Een *cestui que use* die grond kon vervreemden, verpachten, die hout kon kappen en andere eigendomsrechten kon uitoefenen, kon moeilijk iemand anders dan de eigenaar zijn, met als gevolg dat advocaten reeds voor 1500 naar hem verwezen als zijnde een “owner”.

1.7 Statute of Uses

1.7.1 Inleiding

Het gevolg van de alom in gebruik geraakte *feoffments to use* was niet alleen een grote mate van rechtsonzekerheid, maar ook een gemis aan feodale opbrengsten voor ‘s lands schatkist. De *feoffments to use* vormden namelijk tevens een belangrijk middel om zich van feodale lasten te bevrijden. Hierbij dient men te bedenken dat met name de koning financieel zwaar werd getroffen omdat hij

⁹⁴ Zie voor meerdere voorbeelden van juridische gevolgen: Baker, 2003, p. 656-657.

tengevolge van de *feoffment to use* o.a. de inkomsten uit de feodale voogdij over minderjarige erfgenamen van zijn belangrijkste leenmannen miste, hetgeen een niet te onderschatten bron van inkomsten voor hem vormde⁹⁵. Het is mede om deze reden dat op initiatief van *Hendrik VIII* in 1536 de *Statute of Uses* tot stand komt. Eerder waren wettelijke pogingen ondernomen om het ontgaan van de feodale heffingen te voorkomen, doch deze strandden of waren onvolkomen. Een hernieuwde poging om feodale heffingen zeker te stellen, mislukte in 1532, ondanks het feit dat de *Peers* (het Engelse Hogerhuis) instemden met de voorgestelde wettelijke regeling. De *Commons* (het Engelse Lagerhuis) stemden echter het voorstel af dat voorzag in een regeling die de Koning het recht van voogdij gaf op 1/3 van het land dat in *feoffment to use* was gegeven, mits de erfgenaam ten tijde van het overlijden van de erflater minderjarig was en er een testament, dan wel een voorziening voor de weduwe was opgemaakt. Was de erfgenaam ten tijde van het overlijden van de erflater meerderjarig, dan voorzag de voorgestelde regeling erin dat de Koning, als zijnde de enig oorspronkelijk eigenaar van de grond, deze aan de erfgenaam overdroeg tegen een jaarlijks af te dragen vergoeding gelijk aan de helft van de opbrengsten van het land. Koning *Hendrik VIII* reageerde op het afstemmen van dit wetsvoorstel, door boos te dreigen:

“*I assure you*”, zo waarschuwde hij, “*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*”⁹⁶.

Desondanks werd de meerderheid van de *Commons*, in de wetenschap dat geldend recht aan haar zijde was, niet verontrust door deze waarschuwing. Doch weldra zou, vanwege een daaraan voorafgaand opmerkelijk rechtsgeding, *common law* worden aangepast.

In 1533 stierf *Thomas Fienness*, de 7^e *Lord Dacre of the South* en onmiddellijke leenman van de koning. Hij liet een 18-jarige erfgenaam na. Een van de bepalingen van zijn testament voorzag in het feit dat *feoffees* land aan de erfgenaam dienden over te dragen zodra deze de leeftijd van vierentwintig had bereikt en dat hij tot die tijd geen opbrengsten van het land zou genieten. Naar aanleiding hiervan werd, blijkbaar op *Cromwell's* aandrang, een onderzoek ingesteld, dat tot de conclusie leidde dat frauduleus en bedrieglijk was gehandeld, teneinde daardoor de Koning zijn voogdijschap over de erfgenaam en over het land onrechtmatig te onthouden en daarmee zijn feodale rechten.

⁹⁵ Zie Zwolve, 2000, p. 123.

⁹⁶ Zie Baker, 2003, p. 665.

Het juridisch dispuut dat ontstond, leidde er uiteindelijk toe dat de rechters van het *Court of Exchequer*, welke de zaak in behandeling had gekregen, unaniem (na aandrang daartoe door de Koning⁹⁷) tot het besluit kwamen dat *feoffments to use* de regels van *common law* volgden en dat dientengevolge niet testamentair over *uses* kon worden beschikt, omdat *common law* zulks niet toestond. Daarmee waren plotseling alle testamenten met betrekking tot *uses* ongeldig, niet alleen voor de toekomst, maar erger nog, ook die voor het verleden. Dit had als gevolg dat elke grondeigenaar wiens titel was gebaseerd op een testament, hoe lang geleden dan ook tot stand gekomen, zich bedreigd zag door uitwinning door de wettelijke erfgenaam van de erflater. De hierdoor ontstane verwarring was dan ook groot. De *Statute of Uses* van 1536⁹⁸, *Hendrik VIII* is dan reeds 27 jaar aan de macht, maakte aan deze verwarring een einde door *feoffees* hun op *common law* berustend wettelijk eigendom van de grond te ontnemen. Met andere woorden: de *use* werd “executed”, dat wil zeggen: dat enerzijds de *feoffees* voortaan werden genegeerd waardoor zij uit beeld verdwenen, anderzijds werd het “equitable” grondeigendom van de *cestuis que use* in het wettelijk eigendom van de grond (*legal estate*) omgezet. Het *equitable interest* van de *cestui que use* werd vanwege de *Statute of Uses* omgezet in een *legal interest* en wel gelijk aan die welke oorspronkelijk aan de *feoffee to uses* was overgedragen. Aldus hief deze wet in één keer de overgrote meerderheid van bestaande *feoffments to use* op, behalve in die gevallen dat *feoffees* daadwerkelijk nog andere plichten krachtens *de feoffment to use* hadden te verrichten, zoals het bijeenbrengen van opbrengsten, het betalen van schulden, het beheren van het onroerend goed. In zulke situaties was sprake van een “active use” waarop het *Statute of Uses* niet van toepassing was. Met andere woorden, alleen *passive uses* werden door het *Statute of Uses* getroffen, dat wil zeggen: die *uses* waarbij de *feoffee* slechts een soort beheersfunctie had en van hem geen noemenswaardige rechtshandelingen werden verwacht. Een ander gevolg van het *Statute of Uses* was dat daarmee de *use* was onttrokken aan de bescherming van het *Court of Chancery*; het was immers de “gewone” *common law*-rechter die de *Statute of Uses* toepaste. Daarmee kwam een (voorlopig) einde aan de twee tot dan toe bestaande vormen van eigendom: die naar *common law* en die naar *equity*, en wel doordat *de Statute of Uses*, *seisin* aan de *use* toevoegde en waardoor de *cestui que use* terstond en van rechtswege

⁹⁷ De ten hove van *Hendrik VIII* ontboden rechters hadden van hem te horen gekregen dat “those who were of the opinion that the will was void would have the king’s best thanks”. Zie Zwolve, 2000, p. 123. Zie hierover ook: F. Sonneveldt, “L’histoire se répète: van Hendrik VIII en Jan Kees de Jager”, *Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht*, 10 e jaargang, 22 januari 2009, nr. 4, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, Amersfoort, p. 1.

⁹⁸ De beroemde en beruchte *Statute of Uses* werd uitgevaardigd binnen een jaar nadat *Lord Dacre’s case* was geweest!

volledig eigenaar werd. Oftewel, de *cestui que use* verwierf de *legal estate* uit kracht der wet en de *equitable property* ging op in de *legal estate*, met als gevolg dat de *cestuis que use seisin* verkreeg krachtens het *Statute of Uses*. Dientengevolge konden de *cestuis que use* voortaan geen testament met betrekking tot grond meer maken, hetgeen sinds haar ontstaan een van de belangrijkste gevolgen van de *feoffment to use* was geweest. Het gevolg daarvan was dat voortaan alleen nog maar erfgenamen konden erven en dat men tot feodale lasten verplicht was. Tevens werden de belangen van crediteuren beschermd. Het feit dat tengevolge van deze wijziging grond voortaan niet meer aan een daartoe door erfflater bij testament aangewezen erfgenaam kon vererven, leidde tot veel verzet onder de bevolking. Vandaar dat *Hendrik VIII* het in 1540 door middel van het eerste *Statute of Wills* weer mogelijk maakte om niet alleen onder levenden, maar ook bij testament erfrechtelijk over een *estate* te beschikken. Daarbij stelde de koning zijn feodale rechten veilig door in het *Statute of Wills* de bepaling op te nemen dat deze rechten niet alleen bij vererving van grond *ab intestaat* verschuldigd waren, maar ook bij erfrechtelijke overdrachten van grond door middel van een testament.

1.7.2 Active uses

Hoewel het *Statute of Uses* wel wordt beschouwd als het startpunt van de moderne wetgeving betreffende *trusts*, betekende het niet het einde van de jurisdictie van het *Court of Chancery*. Er bleven namelijk uitzonderingen bestaan waarop het *Statute of Uses* niet van toepassing was, zodat beroep op het *Court of Chancery* mogelijk bleef. Dit zou in belangrijke mate gaan bijdragen aan de ontwikkeling van en het toezicht op de *trust* door het *Court of Chancery*⁹⁹. Vanwege een reeds binnen 10 jaar na het tot stand komen van het *Statute of Uses* door de *common law*-rechter genomen beslissing, gold dat de *active use* (ook wel *trust* genaamd, welke de basis vormt van onze huidige moderne *trust*), de meest belangrijke uitzondering was waarop het *Statute of Uses* niet van toepassing was. Bij een *active use* hield de *feoffee*, oftewel *trustee* niet alleen de juridische eigendomstitel, zoals bij een *passive use*, maar had hij, in tegenstelling tot bij een *passive use*, actieve verplichtingen met betrekking tot dit eigendom na te komen. De *cestui que use* was bij een *active use*, in tegenstelling tot de *cestui que use* bij een *passive use*, passief. Vandaar dat het *Statute of Uses* niet van toepassing werd geacht te zijn op *active uses*. De *cestui*

⁹⁹ Ook een *feoffment to use* ten behoeve van een bepaald doel viel niet onder het *Statute of Uses*. Dientengevolge werden charitatieve *trusts*, bv. die welke zich het ondersteunen van educatieve instellingen of de bestrijding van armoede ten doel stelden, beschermd door de *Court of Chancery*, onder wiens toezicht zij stonden.

1.7 Statute of Uses
1.7.3 Use upon a use

que use had namelijk geen actief bezit en genoot ook niet rechtstreeks de voordelen uit het onroerend goed als ware hij de eigenaar, hetgeen bij een *passive use* wel het geval was. Zo werd bij een *active use* de opbrengst eerst aan de *feoffee* betaald, welke de opbrengst vervolgens doorbetaalde aan de *cestui que use*. Dit in tegenstelling tot een *passive use* waarbij de opbrengsten rechtstreeks aan de *cestui que use* ten goede kwamen¹⁰⁰.

1.7.3 Use upon a use

Andere uitzonderingen waren vanwege wetsuitleg *trusts* met betrekking tot roerende zaken, *trusts* met betrekking tot gebonden pacht en *trusts* in de vorm van een *use upon a use*. Van een *use upon a use* was sprake wanneer een dubbele *use* werd gevestigd. Deze vorm van *trust* kon op vele manieren tot stand komen, maar de meest eenvoudige was de overdracht van de grond in volle eigendom door X aan A “to the use of B to the use of C”, (of ook wel “to the trust of C”). Reeds voor 1535 was beslist dat in zulk een situatie C niets verkreeg. A had namelijk het wettelijk eigendom, B had het *equitable* eigendom, maar de beperking van zijn eigendom ten gunste van C werd geacht onverenigbaar te zijn met zijn *equitable* eigendom en dientengevolge nietig. Na invoering van het *Statute of Uses* werd de tweede *use* (in het voorbeeld “to the trust of C”) nog steeds als nietig beoordeeld, zij het dat vanwege het *Statute of Uses* ook de eerste *use* ophield te bestaan met als gevolg dat B het volle wettelijk eigendom verkreeg, en A evenals C ten aanzien van de grond wettelijk geen rechten meer had. Het vestigen van een *use upon a use* was dus wettelijk nietig, met als gevolg dat C zijn rechten uit de tweede *use* alleen op basis van *equity* en derhalve alleen door tussenkomst van het *Court of Chancery* kon afdwingen¹⁰¹. Deze rechten werden door het *Court of Chancery* (± 100 jaar na het *Statute of Uses*) in het kader van *equity* erkend, zodat de rechten van de *cestui que use* door het *Court of Chancery* niet alleen werden afgedwongen tegenover de *trustee*, maar ook tegenover degene die de *legal estate* bezat.

De uitzondering hierop was de *bona fide purchaser for value without notice*, dat wil zeggen: de koper te goeder trouw die om baat verkreeg en niet van het bestaan van de *trust* wist, dan wel redelijkerwijs geacht kon worden niet van het bestaan

¹⁰⁰ Zie in dit verband R.C. Lawrence III, “An Historic Overview of the Evolution of Trusts”, in “The International Academy of Estate and Trust Law”, selected papers 1997–1999, Kluwer Law International, 2001, p. 10–11.

¹⁰¹ Zie Pettit, 2006, p. 13; Digby, 1875, p. 293; Baker, 2003, p. 685–686; N. Jones, “Trusts in England after the Statute of Uses”, in “Itinera Fiducia”, 1998, p. 182–183.

van de *trust* te weten, de zgn. *equity's darling*¹⁰². Het gevolg van de erkenning door het *Court of Chancery* was dat op het einde van de 17e eeuw de *use upon a use* wijdverbreid was en in *equity* als *trust* werd aangeduid. Het resultaat was dat het eerdere duale eigendom, zijnde *legal ownership* van de *feoffee* en *equitable ownership* van de *cestui que use*, was hersteld en dat de oorspronkelijke *use* onder de naam van *trust* was herleefd¹⁰³.

1.8 De ontwikkeling van het begrip *trust* en *equity* na de *Statute of Uses*

In de tweede helft van de 17e eeuw en de eerste helft van de 18e eeuw verschenen voor het eerst juridisch analytische beschouwingen met betrekking tot *equity*-rechtspraak en met name met betrekking tot die van het *Court of Chancery*. Weloverwogen en systematisch begonnen rechtsgeleerden te onderzoeken op welke rechtsgronden de uitspraken van het *Court of Chancery* waren gebaseerd. Deze rechtsgeleerden, waaronder *Henry Ballow*, *Richard Francis*, *Sir Jeffrey Gilbert* en *Lord Nottingham (Heneage Finch)* benaderden het begrip *trust* theoretisch vanuit twee verschillende opties. De eerste theoretische benadering verklaarde de *trust* in termen van het belang van de *beneficiary* bij en de verhouding tot eigendom (*Nottingham* en *Gilbert*). In deze meer juridische verklaring wordt het begrip *trust* gekenmerkt door het feit dat *equity* het mogelijk maakt om een scheiding aan te brengen tussen het *legal dominium* gehouden door de *trustee* en het *equitable ownership* gehouden door de *beneficiary*. Vanwege *equity* werd de *beneficiary* geacht een eigendomsbelang te bezitten, dat verondersteld werd te zijn “afgesplitst” van het juridisch eigendomsrecht van de *trustee*. De tweede theoretische benadering zag de *trust* als een *species* van het *genus* overeenkomst, gesloten tussen de *settlor* en de *trustee* (*Ballow*). In deze benadering ligt de nadruk op het feit dat de *trust* geacht wordt een “contract” te zijn en dat het niet nakomen van de gemaakte afspraak door de *trustee*, “contractbreuk” vormde. Aldus werd benadrukt dat de *trust* een overeenkomst is waarop bepalingen van het contractenrecht van toepassing waren. De meest succesvolle toenmalige theoretische analyse van het begrip *trust* was die van *Ballow*, die de *trust* als een *species* van het *genus* contract beschouwde, dit in tegenstelling tot de huidige Engelse doctrine waarin de *trust* geacht wordt een onderdeel te zijn van het recht betreffende eigendom¹⁰⁴.

¹⁰² Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 9.

¹⁰³ o.a. J. Gilbert, “*The Law of Uses and Trusts*”, “*Forum Romanum*” en “*Lex Praetoria*”; Richard Francis; “*Maxims of Equity*”; Henry Ballow (althans aan hem toegeschreven), “*A Treatise of Equity*”.

¹⁰⁴ Zie M. Macnair, “*The Conceptual Basis of Trusts in the 17th and 18th Centuries*” in “*Itinera Fiducia*”, 1998, p. 234-236, onder noot 65.

Het publiceren van deze theoretische beschouwingen over de juridische kenmerken van de *trust* hebben in belangrijke mate bijgedragen aan de verdere ontwikkeling van *equity*.

Onder de kanseliers *Lord Nottingham* (1673-1682), vaak aangeduid als de “vader van modern *equity*”, *Lord Hartwicke* (1736-1756) en *Lord Thurlow* (1778-1783) werden de *trusts* niet alleen systematisch geïnclassificeerd, maar ontwikkelde *equity* ook zgn. positieve rechtsregels. Dit had tot gevolg dat *equity* voortaan theoretische uitgangspunten had, zoals *common law* (strikte) regels kende. Deze ontwikkeling werd afgerond in het begin van de 19^e eeuw onder *Lord Eldon* (1801-1806 en 1807-1827). Van hem is het uit 1818 daterende gezegde bekend:

“Nothing would inflict on me greater pain than the recollection that I had done anything to justify the reproach that the equity of this Court varies like the [size of the] Chancellor’s foot”.

Het resultaat van hun werk was dat *equity* was herschapen tot een rechtssysteem dat bijna even onbuigzaam en stabiel was geworden als de regels van *common law*¹⁰⁵.

Uiteindelijk werden in 1873 en 1875 door middel van de “*Judicature Acts*” *common law* en *equity*, die dan reeds meer dan twee eeuwen als rechtssystemen naast elkaar hebben bestaan, met ieder een eigen rechterlijke organisatie, tot één rechterlijke organisatie samengevoegd en werd een uniform procesrecht gecreëerd, zodat elke rechtsvordering en elk rechtsmiddel, ongeacht de oorsprong, voortaan in iedere divisie van de *High Court* kon worden gebruikt. Het gevolg was dat de *Court of Common Pleas*, de *Exchequer*, de *King’s Bench*, de *Court of Chancery* en de *Exchequer Chamber* (een hoger beroepsinstantie) werden samengevoegd tot één lichaam: de “*Supreme Court of Judicature*”, tengevolge waarvan zij hun zelfstandigheid verloren. Aan de “*High Court of Justice*”, de rechtbank van eerste aanleg binnen de “*Supreme Court of Judicature*”, werden alle bevoegdheden toegekend die voordien toekwamen aan de oude *common law courts*, alsook die van de *Court of Chancery*.

Na deze fusie is van *equity* als afzonderlijk rechtssysteem geen sprake meer. Wel werd in art. 24 van de *Act* van 1873 bepaald, dat alle afdelingen de bevoegdheid en de plicht hadden *to recognise and give effect to both legal and equitable rights, obligations and defences*¹⁰⁶. Mede hierom blijft, voor een goed begrip van het Engelse recht, kennis van de begrippen *common law* en *equity* van belang. In

¹⁰⁵ Zie Pettit, 2006, p. 5.

¹⁰⁶ Zie: Koppenol-Laforce, 1997, p. 10-11 en Pettit, 2008, p. 4.

dit verband is illustratief hetgeen Maitland in 1909 schreef¹⁰⁷ over *equity* in vergelijking met *common law*:

“We ought not to think of common law and equity as of two rival systems. Equity was not a self-sufficient system, at every point it presupposed the existence of common law. Common law was a self-sufficient system. I mean this: that if the legislature has passed a short act saying “Equity is hereby abolished”, we might still have got on fairly well; in some respects our law would have been barbarous, unjust, absurd, but still the great elementary rights, the right to immunity from violence, the right to one’s good name, the rights of ownership and of possession would have been decently protected and contract would have been enforced.

On the other hand had the legislature said, “Common Law is hereby abolished“, this decree if obeyed would have meant anarchy.

At every point equity presupposed the existence of common law. Take the case of the trust. It’s of no use for Equity to say that A is a trustee of Blackacre¹⁰⁸ for B, unless there be some court that can say that A is the owner of Blackacre.

Equity without common law would have been a castle in the air, an impossibility.

For this reason I don’t think that any one, has expounded or will ever expound equity as a single, consistent system, an articulate body of law. It is a collection of appendixes between which there is no very close connexion. If we suppose all our law put onto systematic order, we shall find that some chapters of it have been copiously glossed by equity, while others are quite free from equitable glosses”.

1.9 Common law in de Verenigde Staten van Amerika

1.9.1 Koloniaal recht (1608-1776)

Met de komst van de Engelse kolonisten naar de Verenigde Staten van Amerika in de 17^e eeuw¹⁰⁹ werd ook *common law* meegebracht. Voor een goed begrip dient men zich te realiseren dat de toenmalige koloniale gebieden in de Verenigde Staten met tussenpozen door emigranten werden bevolkt, over een periode van meer dan 125 jaar, door groepen van mensen van verschillende nationaliteit, van

¹⁰⁷ Maitland, 1909, p. 19. Herdrukt in 1936 als postume 2^e uitgave.

¹⁰⁸ In de Anglo-Amerikaanse literatuur wordt bij wijze van voorbeeld steeds de naam “*Blackacre*” gebezigd om een stuk grond aan te duiden. Zie Zwolve, 2000, p. 114.

¹⁰⁹ De eerste Engelse kolonie werd gesticht in 1607 in Jamestown, Virginia. Een aantal jaren later komen Engelse Puriteinen naar Amerika teneinde aldus te ontsnappen aan geloofsvervolging vanwege hun verzet tegen de Kerk van Engeland. In 1620 vestigen zij de Plymouth-kolonie, in wat later Massachusetts wordt genoemd.

1.9 Common law in de Verenigde Staten van Amerika
1.9.1 Koloniaal recht (1608-1776)

verschillende sociale klassen en vaak ook religieus verschillend¹¹⁰. Geografisch op grote afstand van elkaar, veelal geïsoleerd levend, verschillend wat betreft sociaal/economische omstandigheden, alsook politieke organisatie. Ondanks deze verscheidenheid werd in deze koloniale periode de basis gelegd voor het latere Amerikaanse rechtssysteem. Dit systeem was in belangrijke mate gebaseerd op *English Common Law*. Dit betekende echter niet dat het recht van de Noord-Amerikaanse kolonies gelijk was aan de *common law* van Engeland. Over de mate waarin *common law* reeds in de 17^e eeuw van invloed is geweest op de ontwikkeling van het Amerikaanse recht bestaat verschil van mening. Enerzijds is men¹¹¹ van mening dat de Engelse *common law* tot het midden van de 18^e eeuw in belangrijke mate een vreemd systeem bleef, anderzijds zijn er rechtsgeleerden¹¹² die van mening zijn dat reeds in de 17^e eeuw sprake was van het vrijwillig overnemen van een deel van de *common law*, vrijelijk aangepast rekening houdend met lokale omstandigheden.

Gesteld kan worden dat er in de 17^e eeuw onder de kolonisten geen of weinig juridisch geschoolden waren en dat de rechtspraak veelal in handen was van leken met enig juridisch talent¹¹³. Daarbij speelde het woord van God en van de Bijbel een belangrijker rol¹¹⁴ dan *common law*. Het was een nog primitieve maatschappij waarin elementair rechtsgevoel een grotere rol speelde dan juridische geleerdheid¹¹⁵. Doch niet alleen een gebrek aan kennis van en ervaring

¹¹⁰ Virginia werd bv. opgericht door een handelsmaatschappij, Plymouth door een streng religieus genootschap, Maryland door een katholieke grondeigenaar en Pennsylvania door een rijke Quaker. De kolonisten waren Puriteinen in Massachusetts; Anglikanen in Virginia; Katholieken in Maryland; Quakers in Pennsylvania; Separatisten in Rhode Island; Hugenoten in South Carolina. Hoewel de Engelsen domineerden, eind 18^e eeuw stamde 9/10 deel van de bevolking af van Engelsen/Schotten en Ieren, waren er ook andere nationaliteiten, zoals Nederlanders in New York en New Jersey, Zweden in wat thans Delaware heet, Duitsers in Pennsylvania. Zie ook: F.R. Aumann, "The changing American Legal system", Da Capo Press, New York, 1969, herdruk van de oorspronkelijke uitgave in 1940 door The Ohio State University, p. 1.

¹¹¹ Hiertoe behoren P.S. Reinsch, C.J. Hilkey en R.B. Morris. Zie Aumann, noot 110, p. 7. Zie R. Pound, "The spirit of the common law", Marshall Jones Company, Frankestown, New Hampshire, 1921, p. 115-116.

¹¹² Hiertoe behoren J. Goebel en Th. Plucknett. Zie Aumann, 1940, p. 7.

¹¹³ Het tekort aan geschoolde juristen en de afwezigheid van wetboeken blijkt ook uit de grote zeldzaamheid waarmee koloniale rechtbanken in de 17^e eeuw eerdere Engelse uitspraken citeren. Zie R. B. Morris, "Studies in the history of American law", Columbia University Press, New York, 1930, p. 45.

¹¹⁴ Zo ontstond in New England een vorm van door God's woord geïnspireerd volksrecht, terwijl in Massachusetts het strafrecht was gebaseerd op de Tafelen van Moses. Zie Aumann, noot 1940, p. 10.

¹¹⁵ P.S. Reinsch, "English common law in the early american colonies", Madison, Wisconsin, 1899, vat dit in Chapter IV, "Conclusion", p. 55 als volgt samen: "It seems just to conclude that in most cases

met *common law* was de oorzaak van het feit dat in de 17^e eeuw *common law* nog niet breed werd geaccepteerd, ook de aard van *common law* zelf was hiervan de oorzaak. Het had een hoog technisch karakter, was formeel en paste derhalve niet goed bij de fase van koloniale ontwikkeling die het land doormaakte. Daar kwam nog bij dat men, met name de puriteinse geestelijkheid, *common law* en haar vertegenwoordigers wantrouwde, hetgeen ook niet bijdroeg tot een onmiddellijke en algehele aanvaarding van *common law* en de haar kenmerkende uitgangspunten, technieken en praktijken. Echter, tegen het einde van de koloniale periode werd Engels recht meer en meer geaccepteerd, ondanks het dan toenemende verzet tegen de Engelse overheersing. Enerzijds beriep men zich regelmatig op *common law* ter bescherming tegen willekeurige uitoefening van Koninklijk gezag door de Engelse gouverneur¹¹⁶, anderzijds voldeed het volksrecht niet meer aan de eisen van de zich snel ontwikkelende maatschappij¹¹⁷. Ook het toenemende aantal (in Engeland) in *common law* geschoolde juristen en het daarmee steeds meer ter beschikking komen van juridische literatuur, droeg bij aan de toenemende acceptatie van *common law*. Desondanks was *common law* aan het einde van de koloniale periode stellig nog niet ten volle aanvaard¹¹⁸.

1.9.2 De periode waarin het Amerikaans recht wordt gevormd¹¹⁹ (1776-1860)

De eerste vijftig jaar na de Onafhankelijkheidsverklaring was een periode van grote veranderingen in de Amerikaanse samenleving. De oorzaak hiervan was de opkomst van de industriële revolutie met als gevolg een toenemende industriële productiviteit, een toenemende behoefte aan kapitaal, een toename aan economische vrijheid, een expansie van de binnenlandse en buitenlandse handel, een verbeterde kennis van de agrarische mogelijkheden en een versnelde toename van transportactiviteiten¹²⁰.

Een gevolg hiervan was dat in deze periode de wezenlijke kenmerken van het Amerikaanse recht zich vormden en ontwikkelden. In deze periode veranderde het Amerikaans recht van een meer koloniale rechtspraak door veelal leken, naar een op de wet gebaseerde rechtspraak door een geschoolde rechterlijke

the administration of law was carried on not according to the technical rules of a developed system of jurisprudence but by a popular tribunal according to the general popular sense of right".

¹¹⁶ Daarbij vormen m.n. de geschriften van Sir Edward Coke, bijgenaamd "*the oracle of common law*", een krachtige ondersteuning van de door de kolonisten gebezigde argumenten. Zie Aumann, 1940, p. 63.

¹¹⁷ Zie ook Uniken Venema, 1954, p. 88 en Aumann, 1940, p. 63.

¹¹⁸ Zie ook Uniken Venema, 1954, p. 89.

¹¹⁹ Men duidt deze periode, tussen de *Declaration of Independence* (1776) en de *Civil War* (1860-1865) wel aan als "*the formative period of American law*", zie Aumann, 1940, p. 65.

¹²⁰ Zie Aumann, 1940, p. 67.

1.9 *Common law in de Verenigde Staten van Amerika*
1.9.3 *De periode waarin het Amerikaanse recht zich volledig ontwikkelt (1861 – 1930)*

macht. Dat men zich daarbij baseerde op de Engelse *common law*, ondanks de vijandige houding jegens Engeland ten tijde van de Vrijheidsoorlog, vond haar oorzaak in het feit dat de maatschappelijke en economische omstandigheden snel veranderden en dat de tengevolge daarvan toenemende bevolkingsomvang, de zich snel ontwikkelende handel en de toenemende rijkdom, een stabiel rechtssysteem vereisten, hetgeen *common law* bood. Daarbij gold in de meeste staten dat Engelse wetten en precedentes van vóór 4 juli 1776 kracht van wet hadden¹²¹. De toename van het aantal in *common law* geschoolde, vakbekwame juristen en de rol van de juridische wetenschap is in deze periode van doorslaggevende betekenis geweest voor het door de praktijk doen aanvaarden van het op *common law*-leest geschoeide rechtssysteem. Weliswaar wierp men ook de blik op andere rechtssystemen, met name die van Frankrijk en vond de gedachte aan codificatie weerklank, de Engelse traditie bleek echter te sterk en bleef daardoor de rechtsvorming beheersen. Het gevolg hiervan was dat *common law* ten tijde van de Burgeroorlog algemeen was aanvaard.

Dit gold ook voor *equity-recht* waartegen men zich oorspronkelijk uit politieke overwegingen sterk had verzet en waarvan men later vond dat het, als – voor niet juridisch geschoolden – ondoorzichtig systeem, niet paste bij de wens naar heldere rechtsregels en codificatie. Dat ook *equity*-rechtspraak uiteindelijk werd aanvaard¹²², is met name te danken aan de rechtsvergelijkende studies van *Joseph Story*. Hij toonde aan dat de beginselen van billijkheid en rechtvaardigheid welke gehanteerd werden in het Romeinse en Franse recht ook ten grondslag liggen aan het *equity*-recht¹²³. Dit betekende echter niet dat het Engelse recht zonder meer werd overgenomen. Daar waar nodig hield men rekening met eigen Amerikaanse omstandigheden, zodat de Engelse rechtsregels zoals die ten tijde van de Amerikaanse vrijheidsoorlog golden alleen werden overgenomen “ *in so far as they were suited to and in harmony with the genius, spirit and objects of American institutions* ”¹²⁴.

1.9.3 *De periode waarin het Amerikaanse recht zich volledig ontwikkelt*
(1861 – 1930)

De jaren tussen de Burgeroorlog en het einde van de 19^e eeuw werden gekenmerkt door ingrijpende veranderingen. Vormden in de eerste helft van de

¹²¹ Zie Zwolve, 2000, p. 83

¹²² *Bogert* wijst erop dat Pennsylvania pas in 1836 voor het eerst een *equity*-gerecht kreeg en dat tot 1877 in Massachusetts zulk een gerecht niet bestond. *Bogert*, 1987, p. 14.

¹²³ Zie Uniken Venema, 1971, p. 13.

¹²⁴ Dit beginsel is in wet of Constitutie in verschillende Noord-Amerikaanse staten vastgelegd. Zie *Sauveplanne*, 1981, p. 174 en Uniken Venema, 1954, p. 95.

19^e eeuw landbouw en handel nog de belangrijkste activiteiten, in de tweede helft van deze eeuw deden de toepassing van stoomkracht en electriciteit – teneinde te produceren en te transporteren – hun invloed gelden, evenals nieuwe communicatiemiddelen zoals de telegraaf en de telefoon. Daarnaast gingen een belangrijke rol spelen de volledig gewijzigde productiemethoden die massaproductie mogelijk maakten. De groei van een grootschalige industrie, de toenemende complexiteit van zakelijke verhoudingen vanwege vennootschappelijke samenwerkingsvormen, de concentratie van de bevolking in stedelijke gemeenschappen, de snelle groei van persoonlijk eigendom, alsook de verbeterde transport- en communicatiefaciliteiten veroorzaakten opmerkelijke veranderingen in economische en sociale omstandigheden, die op hun beurt tot juridische aanpassingen noodzaakten¹²⁵. Het gevolg hiervan was dat het recht van de Verenigde Staten, hoe nauw ook verwant aan dat van Engeland, een eigen ontwikkeling doormaakte en daardoor een eigen karakter kreeg. In deze periode werd de rechtsontwikkeling in belangrijke mate beïnvloed door de leidende rol van de rechterlijke macht en met name vanwege het “*Supreme Court*”¹²⁶, die in de periode na de Burgeroorlog in baanbrekende rechtszaken gebruik maakte van zijn bevoegdheid om wetten en verordeningen van deelstaten in strijd te verklaren met de Grondwet en daarmee onverbindend (“*judicial review*”). Maar ook de invloed van de juridische wetenschap op de rechtsontwikkeling in die periode was aanzienlijk. Een grote bijdrage aan de versterking van de positie van de rechterlijke macht ten koste van die van de wetgevende macht, was het boek “*A Treatise on the Constitutional Limitations which rest upon the Legislative Powers of the States of the American Union*” van *Thomas M. Cooley*¹²⁷. Zijn boek droeg in belangrijke mate bij aan de toename van het gezag van de rechtsprekende (en uitvoerende) macht, zulks ten koste van de wetgevende macht waarin het vertrouwen na de Burgeroorlog versneld afnam.

In de jaren 1872 –1882 verschenen vervolgens vele belangrijke juridische publicaties¹²⁸, tengevolge waarvan de juridische autoriteit en het prestige verder toenam. Dit betekende overigens niet dat er geen verzet ontstond tegen de toenemende invloed van de rechterlijke macht. Kort na de Burgeroorlog ontstond er een controverse tussen twee groepen van juristen: die welke voorstander waren van het codificeren van het recht der verschillende staten door de wetgever, zulks onder aanvoering van *David Dudley Field*, en die welke voorstander waren van een graduele ontwikkeling van het recht door

¹²⁵ Zie Aumann, 1940, p. 197-199.

¹²⁶ Zie Aumann, 1940, p. 202.

¹²⁷ *Thomas McIntyre Cooley* (1824-1898). Zie Aumann, 1940, p. 204.

¹²⁸ Zie voor een opsomming van publicaties Aumann, 1940, p. 206.

1.9 *Common law in de Verenigde Staten van Amerika*
1.9.3 *De periode waarin het Amerikaanse recht zich volledig ontwikkelt (1861 – 1930)*

middel van rechtelijke uitspraken onder leiding van *James C. Carter*. Een buitengewoon bittere controverse die dertig jaren zou duren en waarbij *Field c.s.* van mening waren dat de rechtsgang werd gekenmerkt door oververfijnde technische details, eindeloos lang uitstel en loodzware kosten van burgerlijke rechtspraak. Hij was een voorstander van een methode waarbij het procederen eenvoudig, snel en goedkoop zou verlopen. Hij benadrukte de noodzaak tot het vereenvoudigen van het juridische jargon en de procedure en stelde dat het uitkristalliseren van het recht via wetgeving, het recht systematischer en begrijpelijker zou maken. Kortom: codificatie van het recht zou de anachronismen van *common law* verwijderen. De tegenstanders van codificatie wantrouwden de bekwaamheid van de wetgevende macht en gaven de voorkeur aan de meer elastische groei en flexibiliteit die eigen zou zijn aan *caselaw*. Uiteindelijk bleek dat er, met name vanwege de inspanningen door *Carter*, in het algemeen onvoldoende draagvlak voor codificatie bestond en dat dientengevolge de rechtelijke macht de belangrijkste vertolker van het recht bleef¹²⁹. Echter, in de tweede helft van de 19^e eeuw werd steeds meer duidelijk dat het *common law* systeem zwakheden vertoonde die niet pasten bij een maatschappij waarin sociale aspecten van het recht een grotere rol gingen spelen dan de meer abstracte individuele toepassing van het recht in de eerste helft van de 19^e eeuw. Desondanks bleef de rechtelijke macht de nadruk leggen op rechtszekerheid en rechtseenheid, met als gevolg een rondom de eeuwwisseling wijdverspreide ontevredenheid vanwege het feit dat de rechtstoepassing niet meer aansloot bij de behoeften van een zich sociaal en economisch snel veranderende maatschappij¹³⁰. De rechtsvorming nadien werd beïnvloed door een meer continentaalrechtelijk denken, mede tengevolge van de inbreng van geëmigreerde niet-Engels geschoolde juristen, waaronder in de jaren dertig veel uitgeweken Duits-joodse juristen. Het gevolg hiervan was dat de rechtswetenschap zich steeds meer losmaakte van formalisme en waarbij de sociale functie van het recht op de voorgrond werd gesteld¹³¹.

¹²⁹ Dit betekent overigens niet dat het werk van *Field* tevergeefs is geweest. Zijn “*civil code*” werd overgenomen door California en de Dakota’s en in aangepaste vorm door Georgia, terwijl zijn “*procedural codes*” het model hebben gevormd voor die welke van kracht zijn in 32 der Verenigde Staten van Amerika. Voorts zijn zijn inzichten en uitgangspunten van belang geweest bij het tot stand komen van de zgn. “*Practise Acts*” in Engeland. Zie Aumann, 1940, p. 211.

¹³⁰ Zie Aumann, 1940, p. 215–216.

¹³¹ Zie Sauveplanne, 1981, p. 175.

1.10 Trusts in de Verenigde Staten van Amerika

Hoewel de kennis van de Amerikaanse rechtsgeschiedenis, in vergelijking tot die van de Engelse, nogal karig is, weten we wel dat de *trust* reeds in de koloniale periode erkend was, zij het dat het aantal daarvan ten tijde van de eerste kolonisten gering was. Zeker in vergelijking met Engeland.

Naarmate de tijd vorderde, nam het belang van de *trust*, met name binnen de oudere, meer gevestigde gemeenschappen in de Verenigde Staten, in het sociale en economische systeem steeds meer toe. In de nieuw ontgonnen delen van het land daarentegen, waar individuele rijkdom zich minder ophoopte en waar de levensomstandigheden veelal nog gelijk waren aan die van de pioniers, speelde de *trust* een veel minder grote rol. Een belangrijke Amerikaanse bijdrage aan de ontwikkeling van de *trust* is geweest, het erkennen dat rechtspersoonlijkheid bezittende lichamen als *trustee* kunnen fungeren¹³². Een discussie die overigens reeds in 1743 in Engeland bekend was¹³³. In de loop van de 19^e eeuw werd het in toenemende mate gebruikelijk om rechtspersonen op te richten die bevoegd waren om *trusts* te beheren.

Ten slotte achtte het Congres het noodzakelijk om ook nationale banken toe te staan om vergelijkbare bevoegdheden te hebben. Later wordt de rechtspersoon als *trustee* ook in andere landen erkend, zelfs in Engeland. Inmiddels is het beheren van een *trust* meer en meer een zakelijke, beroepsmatige bezigheid geworden van banken en zgn. *trust*kantoren, die ver af staat van de oorspronkelijke, typische Engelse situatie:

“.....where a man induced two or three of his friends, including usually his solicitor, to take upon themselves the onerous and thankless task of administering his estate for the benefit of his family”¹³⁴.

¹³² Het schijnt dat het eerste rechtspersoonlijkheid bezittend lichaam in de Verenigde Staten waaraan de bevoegdheid werd verleend om als *trustee* op te treden, de in 1822 in New York opgerichte “Farmers’ Fire Insurance & Loan Company” is geweest. Zie A. W. Scott, “The law of trusts”, volume 1, Little, Brown and Company, Boston, 1st edition, 1939, p. 25. Ongewijzigd in *Cumulative Supplement* 2003.

¹³³ Zie Scott, 1939, p. 25. Ongewijzigd in *Cumulative Supplement* 2003.

¹³⁴ Zie Scott, 1939, p. 26. Ongewijzigd in *Cumulative Supplement* 2003.

Hoofdstuk 2

De *trust* naar Engels recht

2.1 Inleiding

Teneinde de rechtsfiguur van de *trust* goed te kunnen begrijpen is enige kennis van de Engelse wettelijke privaatrechtelijke regeling betreffende *trusts* noodzakelijk. Vandaar dat hierna – binnen de beperking die deze studie daaraan noodzakelijkerwijs stelt – enige aandacht wordt besteed aan hetgeen de *trust* naar Engels privaatrecht in hoofdlijnen kenmerkt.

Paragraaf 2 geeft een meer algemene kenschets van de *trust*, waarbij kort aandacht wordt besteed aan de vier grondbeginselen die *trust law* kenmerken.

Paragraaf 3 beschrijft de verschillende doeleinden die een *trust* kan hebben, zowel in de privésfeer, in de zakelijke sfeer en voor liefdadige doeleinden.

In paragraaf 4 zijn meerdere omschrijvingen van het begrip “*trust*” opgenomen.

Paragraaf 5 gaat in op de kenmerken van de *trust* door enerzijds de rechtspositie van de *trustee* te vergelijken met die van de *beneficiary*, anderzijds door de *trust* te vergelijken met andere rechtsverhoudingen die enige overeenkomst met de *trust* vertonen, zijnde *contract*, *bailment*, *agency*, *executorship* en *guardianship*.

Paragraaf 6 betreft de classificatie van de *trust*.

In paragraaf 6.1. wordt een onderscheid gemaakt tussen de verschillende soorten van *trusts* vanwege de wijze waarop ze ontstaan. Specifiek wordt aandacht besteed aan de *express private inter vivos trusts* en *testamentary trusts*. Daarbij komen aan de orde de voorwaarden voor de totstandkoming van *express private trusts*, zijnde het handelingsbekwaam, handelingsbevoegd en beschikkingsbevoegd zijn van de *settlor*; het voldoen aan de zgn. “*three certainties*”, zijnde “*certainty of words*” - “*certainty of subject-matter*” - “*certainty of objects*” en de *trust* dient voor de *trustees* administratief hanteerbaar te zijn. Vervolgens wordt in deze paragraaf aandacht besteed aan de materiële beperkingen voor de totstandkoming van de *trust*, zijnde: “*the rule against perpetuities*” - “*the rule against inalienability*” - en “*the rule against accumulations*”.

In paragraaf 6.2. komen de obligatoire aspecten van de *trust*verhouding aan de orde, waarbij worden besproken de rechtspositie van de *settlor* en die van de *trustee*, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen:

- 1) taken/verplichtingen van de *trustee*,
- 2) zijn bevoegdheden, daarbij onderscheid makend naar de *discretionary trust*, de *fixed trust* en de *bare trust* en

3) zijn rechten, waartoe behoren: het “*right to remuneration*”, het “*right to reimbursement and indemnity*” en het “*right to seek directions from the court*”.

Waarna de rechtspositie van de *beneficiary* en crediteuren van een *trust* aan de orde komen.

In paragraaf 6.3. wordt voorts aandacht besteed aan de aard van het *trustfund*, daarbij onderscheid makend tussen: 1) *family trusts* en 2) ondernemingsgerichte *trusts* (*investment trusts – business trusts – pension fund trusts*).

Ten slotte vormt in paragraaf 6.4. de aard van de bij de *trust* betrokken belangen, het vierde onderscheid, waarbij van belang zijn de: *express private trust - charitable trust - honorary trust*.

2.2 Kenschets van de *trust*¹³⁵

Een *trust* is naar Engels *trustrecht* geen rechtssubject, zoals een natuurlijk persoon of een rechtspersoon dat is. Het wordt evenmin als een quasi-rechtspersoon aangemerkt¹³⁶. Een *trust* als zodanig kan derhalve geen eigendom houden. Voor het bestaan van een *trust* is vereist dat door een *grantor/settlor* (hierna aan te duiden als *settlor* = insteller) eigendom van goederen aan een *trustee* (= natuurlijk persoon of rechtspersoon) wordt overgedragen, die daardoor *legal ownership* (krachtens *common law*) verkrijgt, met als opdracht deze eigendom, overeenkomstig de (eventueel) dienaangaande gestelde *trustvoorwaarde(n)*, te beheren ten behoeve van een of meer al dan niet door de *settlor* aangewezen derden, de *beneficiaries*, die daarmee *equitable owner* (zouden kunnen) worden. Het instellen van een *trust* is derhalve een eenzijdige rechtshandeling door de *settlor*. De *trustee* moet echter wél zijn opdracht om als *trustee* op te treden, aanvaarden. Als de *trustee* weigert als zodanig op te treden, blijft de *trust* in beginsel in stand, tenzij de *trust* speciaal met het oog op de aangewezen *trustee* in het leven is geroepen. Weigert de *trustee* om als zodanig op te treden of verkeert hij in de onmogelijkheid daartoe, dan wordt een nieuwe *trustee* aangesteld (eventueel

¹³⁵ Zie D.J. Hayton, “*The law of Trusts*”, London, Sweet & Maxwell, 4th edition, 2003, p. 3–6.

¹³⁶ Naar Nederlands privaatrecht beoordeeld vormt de *trust* evenmin een rechtspersoon. Althans indien men als rechtspersonen uitsluitend de rechtspersonen van Boek 2 BW beschouwt. Het is echter naar mijn mening verdedigbaar te stellen dat rechtspersoonlijkheid in het Nederlandse recht zich niet hoeft te beperken tot de lichamen van Boek 2 BW. Ook andere entiteiten kunnen zelfstandige dragers van rechten en verplichtingen zijn. Kortom rechtsbevoegde persoonlijkheden. Hiertoe kan een doelvermogen behoren mits sprake is van een afgezonderd vermogen zonder dat er een rechtsband met subjectief gerechtigden bestaat. Een aldus ontstane rechtens zelfstandige vermogenseenheid heeft haar eigen rechten en verplichtingen en daarmee een eigen identiteit onafhankelijk zowel van de samenstelling van het vermogen, alsook van mogelijke gerechtigden tot het vermogen. Zie ook hierna Deel 2. H3. “*De inpassing van een verdragstrust in het Nederlands privaatrecht*”.

te benoemen door een rechter). Zolang geen nieuwe *trustee* is aangesteld wordt de *settlor* van de *trust* als *trustee* aangemerkt. Gewoonlijk zijn er meerdere *trustees* die gezamenlijk *legal owner* zijn, met als gevolg dat bij overlijden van een van de *trustees* zijn deel van het *legal ownership* overgaat naar de overige *trustees*. *Trustees* hebben fiduciaire verplichtingen vanwege de *trustvoorwaarden* (dan wel vanwege wettelijke voorschriften) waartoe behoort het beheren van de *trustgoederen* ten behoeve van *beneficiaries* en/of charitatieve doelen. Voorts zijn *trustees* persoonlijk aansprakelijk in het geval zij met derden een overeenkomst sluiten dan wel ten aanzien van hen een onrechtmatige daad begaan. De door een *settlor* aan een *trustee* toevertrouwde goederen maken geen deel uit van het persoonlijk vermogen van de *trustee*, zodat het *trustvermogen* niet vererft, geen verhaal biedt voor de privé-schuldeisers van de *trustee* en evenmin verhaal biedt bij echtscheiding en faillissement van de *trustee*. Het *trustvermogen* vormt een afgezonderd en afgescheiden vermogen dat uitsluitend beschikbaar is voor toekomstige *beneficiaries* en/of charitatief doel. Normaliter komt een *trust* tot stand doordat een *settlor* een schenking doet aan een *trustee* met het doel daarmee een *trust* tot stand te brengen ten gunste van een of meer *beneficiaries*, tengevolge waarvan de rechten van de *settlor* met betrekking tot het (de) geschonken goed(eren) eindigen. Na de schenking kunnen alleen de *beneficiaries* – en niet de *settlor* – rechten ten opzichte van de *trustee* doen gelden. Wel kan de *settlor* bij het tot stand brengen van de *trust* zich rechten voorbehouden zoals het recht om de *trust* te herroepen, om *beneficiaries* hun rechten te ontnemen en anderen als *beneficiaries* aan te wijzen en om nieuwe *beneficiaries* toe te voegen. De door hem voorbehouden rechten kan hij ook aan derden (bv. weduwe of bloedverwanten) overdragen. Voorts kan hij bij de totstandkoming van de *trust* zichzelf als *beneficiary* en/of *trustee* aanwijzen¹³⁷. Tengevolge van de tussen de *settlor* en de *trustee* getroffen regeling verkrijgen de *beneficiaries* afdwingbare rechten, ondanks het feit dat zij geen partij zijn bij de totstandkoming van de *trust* en zij evenmin een tegenprestatie verschuldigd zijn. Zelfs nog niet geboren nakomelingen kunnen vanwege een *trust* rechten verkrijgen. De *trust* is dan ook een zeer bruikbare¹³⁸ Anglo-Amerikaanse rechtsfiguur, juist vanwege het feit dat hij enerzijds eenvoudig tot stand is te brengen, in stand is te houden en te beëindigen. Anderzijds is hij zeer flexibel waardoor de *trust* een bijzondere dynamiek kent. Zo kan de *trustee*, afhankelijk van de hem door de *settlor* gegeven

¹³⁷ Mocht de *settlor* zich zulke omvangrijke en wezenlijk rechten en bevoegdheden voorbehouden dat hij dientengevolge geacht moet worden over het vermogen te blijven beschikken, dan zal het *trustvermogen* en de opbrengsten daarvan aan hem worden toegerekend, zij het dat het *trustverband* blijft bestaan.

¹³⁸ In het VK waren er in 2002 meer dan 65000 *discretionary trusts* (en *accumulation en maintenance trusts*) met een gezamenlijke waarde van meer dan £ 8 miljard. De meeste van deze *trusts* zijn relatief klein. De echt grote *trusts* zijn doorgaans *offshore trusts* gevestigd op bv. *Jersey*, *de Cayman Islands* en de *Bahamas*. Zie Hayton, 2003, p. 1. Zie ook hierna, H. 4 “*Trusts in rechtsgebieden buiten het VK en de VS.*”.

bevoegdheden, onder omstandigheden investeringen wijzigen, alsook de plaats waar de *trust* is gevestigd. In het Anglo-Amerikaanse recht is de *trust* dan ook niet zo maar een rechtsfiguur, maar een bijzondere rechtsfiguur, van een zelfde orde als “*contract*” (overeenkomst), “*tort*” (onrechtmatige daad), of “*crime*” (misdad)¹³⁹.

Trust law wordt door vier grondbeginselen¹⁴⁰ gekenmerkt:

1 De *trust* is equitable van aard

Dat wil zeggen dat bij (het uitvoeren van) de *trust*(afspraken) het geweten een centrale rol speelt. Dit belangrijke principe werd door *Lord Browne-Wilkinson* als volgt verwoord:

“Equity operates on the conscience of the owner of the legal interest. In the case of a trust, the conscience of the legal owner requires him to carry out the purposes for which the property was vested in him (express or implied trust) or which the law imposes on him by reason of his unconscionable conduct (constructive trust).”

Voorts in dit verband:

“Since the equitable jurisdiction to enforce trusts depends upon the conscience of the holder of the legal interest being affected, he can not be a trustee of the property if and so long as he is ignorant of the facts alleged to affect his conscience...”

Met andere woorden: om een *trustee* te kunnen zijn, moet men zich bewust zijn van de *equitable rights* van een ander.

2 De *beneficiary* verkrijgt *rights in property*

De essentie hiervan is dat geen geldige *trust* kan bestaan indien er geen identificeerbaar *trust property* is dat voor een eveneens identificeerbaar persoon *in trust* wordt gehouden.

¹³⁹ Zie J.H.A. van Loon, “*Aanrakingspunten met het Nederlands recht*”, deel 2 van “*Anglo-Amerikaanse trusts en het Nederlands recht*”, Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, no. 87, juni 1983. Libresso B.V., Deventer, p. 48 en de verwijzing in de aldaar opgenomen eindnoot 27.

¹⁴⁰ In *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC* [1996] AC 669, [1996] 2 All ER 961, 988, *per Lord Browne-Wilkinson*, werden door *Lord Browne-Wilkinson* vier *relevant principles of trust law* onderscheiden. Zie G. Thomas/A. Hudson, “*The Law of Trusts*”, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 14-23.

Lord Browne-Wilkinson verwoordde dit grondbeginsel als volgt:

“*In order to establish a trust there must be identifiable trust property...*”.

en

“*Once a trust is established, as from the date of its establishment the beneficiary has, in equity, a proprietary interest in the trust property, which proprietary interest will be enforceable in equity against any subsequent holder of the property (whether the original property or substituted property into which it can be traced) other than a purchaser for value of the legal interest without notice*”.

Dit grondbeginsel heeft een aantal juridische gevolgen, waaronder het recht van de *beneficiary* om een *trust*goed van derden te vorderen indien het *trust*goed in *breach of trust* door de *trustees* is vervaemd, dan wel om van de *trustee* persoonlijk schadevergoeding te vorderen. Een ander gevolg is dat de *trust*goederen niet tot het vermogen van de *trustee* behoren, niet bij zijn insolventie, noch bij zijn overlijden, ook al is hij ingevolge *common law* eigenaar van het *trust*vermogen.

3 Het legt de *trustee* verplichtingen op

Deze verplichtingen kunnen worden onderscheiden in fiduciaire verplichtingen ingevolge *good conscience* en verplichtingen ingevolge *good management*.

Tot de eerste categorie worden gerekend het vermijden van *conflicts of interest*, het op eerlijke wijze dienen van de belangen van *beneficiaries* ook in hun onderlinge verhoudingen en het niet realiseren van enig (niet toegestaan) persoonlijk voordeel vanwege de *trust*.

Tot de tweede categorie behoren de verplichting van *trustees* om te trachten het beste voor *beneficiaries* te bereiken, het op prudente wijze (her)investeren van *trust*vermogen en het verstrekken van relevante informatie aan *beneficiaries*.

4 De verplichtingen hebben een fiduciair karakter

Dit grondbeginsel laat zich niet eenvoudig duiden. In de meest ruime zin betekent het dat *trustees* dienen te handelen met een uiterste vorm van loyaliteit, trouw en zorg ten opzichte van *beneficiaries*.

2.3 Doeleinden van de *trust*

De *trust* - zijnde een door de wet erkende rechtsverhouding waarbij de een de

legal title van het *trust*vermogen ten behoeve van een ander houdt¹⁴¹ - is een van de meest belangrijke en flexibele rechtsfiguren in het moderne Engelse recht¹⁴². Een van de belangrijkste voordelen van de *trust* is dat deze binnen bepaalde grenzen kan dienen voor doeleinden en onder voorwaarden vrijelijk door de *settlor* te bepalen, mits niet in strijd met de wet, openbare orde, goede zeden en met het algemeen belang¹⁴³. Het gevolg hiervan is dat de *settlor* met een grote mate van vrijheid kan bepalen welke verplichtingen hij de *trustee* wenst op te leggen. Deze verplichtingen kunnen uit vrijwel iedere denkbare rechtshandeling of feitelijke handeling bestaan. Omdat de toepassingsmogelijkheden van een *trust* dientengevolge vrijwel grenzeloos zijn, lijkt het weinig zinvol om er voorbeelden van te geven¹⁴⁴. Een beter inzicht geven zij echter wel. Vandaar dat ik hierna een aantal voorbeelden vermeld die passen binnen de volgende, meer algemene classificatie. *Trusts* kunnen worden ingesteld om persoonlijke redenen, dan wel om zakelijke redenen. Een *settlor* kan daarbij terwijl hij nog leeft over goederen beschikken (*inter vivos trust*), maar hij kan dat ook bij testament doen (*trust mortis causa*). Hij kan deze goederen dan bestemmen voor zijn echtgenote, kinderen en (toekomstige al dan niet aangetrouwde) familieleden, maar ook voor vreemden. Daarbij kan hij zich tot doel hebben gesteld om huidige en toekomstige belangen te scheiden of om het beheer van goederen aan een competent persoon toe te vertrouwen. Navolgende meer specifieke voorbeelden vormen een illustratie van hetgeen met een *trust* kan worden bereikt. Daarbij kan de *trust* worden onderscheiden naar aard van gebruik in de privé sfeer (*private trusts*); in de zakelijke sfeer (*business trusts*) danwel voor liefdadige doelen (*charitable trusts*).

1 Oakley (*Parker and Mellows*)¹⁴⁵ vermeldt als mogelijke doeleinden,

- in de privé sfeer:

1 Een *trust* maakt het mogelijk om eigendom, in het bijzonder grond, te houden ten behoeve van personen die daartoe zelf juridisch niet gerechtigd zijn, zoals ten behoeve van minderjarigen, welke krachtens de *Law of Property Act 1925*

¹⁴¹ Zie voor deze summiere omschrijving: J.G. Riddal, “*The Law of Trusts*”, 5th edition, Butterworths, London, 1996, p. 1.

¹⁴² Met deze - door mij vrij vertaalde - zin opent L.A. Sheridan in *Keeton and Sheridan's: “The Law of Trusts”*, 12th edition, Barry Rose Law Publishers Ltd., Chichester, 1993, p. 1.

¹⁴³ Zie Scott, 1939, hij gaat in *Topic 13. Illegality*, p. 374-410, uitvoerig in op het begrip *Illegality*. Zie voor aanvullingen: W.F. Fratcher/M.L. Ascher, “*Scott on Trusts 2003 Cumulative Supplement*”.

¹⁴⁴ Zie Scott, 1939, p. 371.

¹⁴⁵ Zie A.J. Oakley, *Parker and Mellows: “The modern law of trusts”*, 8th edition, Sweet & Maxwell, London, 2003, p. 6-12.

zelf geen eigenaar van grond kunnen zijn.

2 Via een *trust* kan men ook bijzondere, niet openbaar zijnde voorzieningen treffen voor hen die (financieel) afhankelijk zijn, zoals onwettige kinderen. Dezelfde voorzieningen kunnen weliswaar ook via een testament worden getroffen, doch – na het openen van het testament – wordt daarmee het bestaan van zulke kinderen openbaar, hetgeen doorgaans niet wordt gewenst.

3 Door middel van een *trust* kan eigendom worden gebonden, in die zin dat meerdere personen in opvolging het genot van het goed kunnen hebben, alvorens het goed uiteindelijk in eigendom komt van de daartoe aangewezen gerechtigde. Aldus kan men bereiken dat een goed weliswaar (tijdelijk) ter beschikking komt aan bv. een ouder, zonder dat deze formeel eigenaar wordt, en dat na diens overlijden het goed of de vervangende waarde daarvan in eigendom wordt overgedragen aan een eerder aangewezen derde, bv. het kind van deze ouder.

4 Een *trust* kan ook dienen om familiekapitaal te beschermen tegen verkwisting, de zgn. *spendthrift trust*.

5 Via een *trust* kan men ook in de toekomst vermogen schenken, waarbij rekening moet worden gehouden met omstandigheden die zich nog niet hebben voorgedaan en die ook thans onbekend zijn. Een voorbeeld hiervan is het tot stand brengen van een *trust* waarbij aan *trustees* een geldbedrag in eigendom wordt overgedragen met daarbij de opdracht om dit bedrag te zijner tijd onder bv. dochters te verdelen op een wijze die *trustees* alsdan juist achten, dan wel rekening houdend met door de oprichter van de *trust* tevoren aangegeven feiten en/of omstandigheden.

6 Door middel van een *trust* kunnen twee of meer personen eigendom van bv. grond houden. Een van de meer merkwaardige kenmerken van het Engels recht met betrekking tot grond is namelijk dat er slechts één (absoluut) eigenaar kan zijn. Dit heeft tot gevolg dat als twee of meer personen gezamenlijk eigenaar van hetzelfde onroerend goed wensen te zijn, dit door middel van een *trust* moet worden geregeld. Dientengevolge wordt thans in Engeland meer dan de helft van de gezamenlijk in eigendom gehouden woonhuizen via *trusts* gehouden.

7 Door middel van een *trust* kan de belastingdruk (inkomsten-, vermogenswinstbelasting en successierechten) worden gemitigeerd. Dit vindt zijn oorzaak in het feit dat een *trust* het mogelijk maakt dat op hetzelfde moment meerdere personen (*trustees* én *beneficiaries*) tot een *trust*goed en de opbrengst daarvan gerechtigd kunnen zijn, tengevolge waarvan de vraag wie de belasting dient te

dragen, complex is. In verband daarmee zijn op basis van wet en jurisprudentie een groot aantal maatregelen van kracht die trachten te voorkomen dat het oprichten van een *trust* uitsluitend geschiedt met het doel om belastingheffing te ontgaan. Belangrijk daarbij is dat de *settlor*, nadat de *trust* tot stand is gekomen, geen (indirect) belang meer heeft bij het *trust*goed.

8 Een *trust* kan ook dienen om, met name bij testament, voorzieningen te treffen voor het in stand houden van bepaalde voorwerpen, voor het oprichten van een monument of voor het levensonderhoud van bepaalde lievelingsdieren (*honorary trusts*). Er is dan sprake van een *non-charitable purpose*.

- in de zakelijke sfeer:

9 *Trusts* worden gebruikt om (bedrijfs) pensioenvoorzieningen (*pension trusts*) op te bouwen en zeker te stellen.

10 Via (investerings) *trusts* kunnen kleine investeerders beleggen in grote beleggingsportefeuilles en aldus het beleggingsrisico spreiden, terwijl deze grote “*investment-trusts*” ook wel “*mutual funds*” genaamd (= Verenigde Staten van Amerika) / “*unitrusts*” (= Groot Brittannië) over een deskundige staf kunnen beschikken.

11 *Trusts* worden ook gebruikt teneinde de bescherming van het milieu te bevorderen. Zo kent bv. Canada “*the trusteeed environmental fund*”, welke tot doel heeft de zekerheid te verschaffen dat na beëindiging van milieuschadelijke activiteiten, bv. mijnexploitatie, de herontginning adequaat wordt gefinancierd.

- voor liefdadige doeleinden:

12 Een *trust* kan ook dienen om – in het bijzonder via een testament – voorzieningen te treffen voor charitatieve doelen (*charitable trust*). Bij zulk een *trust* zijn er geen *beneficiaries* die de verplichtingen van de *trustee* indien nodig kunnen afdwingen. Desondanks is de afdwingbaarheid gewaarborgd doordat in Engeland de *Charity Commissioners*, na daartoe van de *Attorney General* toestemming te hebben verkregen, zonodig in naam van het algemeen belang kunnen optreden.

2 Aan *Riddall*¹⁴⁶ ontleen ik nog een ander zakelijk doeleinde, namelijk :

¹⁴⁶ Zie *Riddall*, 1996, p. 5.

13 het door *trusts* in eigendom houden van vermogen dat toebehoort aan verenigingen die geen rechtspersoonlijkheid bezitten.

3 Uniken Venema¹⁴⁷ noemt eveneens een aantal zakelijke doeleinden zoals:

14 de zgn. *trust to secure creditors* in het kader van obligatieleningen.

Bij een dergelijke *trust* hebben obligatiehouders hun rechten aan een *trustee* overgedragen opdat deze de overgedragen rechten tegenover de debiteur ten behoeve van hen kan uitoefenen.

15 de zgn. *personal insurance trust*, waarbij een verzekeringnemer met een *trustee* overeenkomt dat deze als aangewezen bevoordeelde het recht op de verzekeringsuitkering, alsook de uitkering zelf van de verzekeringsmaatschappij (t.z.t.) zal ontvangen, zulks ten behoeve van degene(n) die de verzekeringnemer in feite daadwerkelijk wenst te bevoordelen. Daarbij kunnen *settlor* en *trustee* overeenkomen dat de *trustee* verschillende verplichtingen ten aanzien van de uit te keren gelden heeft.

16 de zgn. *voting trust* die ontstaat wanneer aan een *trustee* het stemrecht op aandelen van *corporations* wordt toevertrouwd door middel van veelal de overdracht van de aandelen (vgl. met de Nederlandse stichting administratiekantoor).

4 Sonneveldt¹⁴⁸ noemt nog als privé doeleinden:

17 de *trust* die door familieleden wordt ingesteld en welke tot doel heeft geestelijk en/of lichamelijk gehandicapten een vast inkomen te garanderen zonder ongewilde publiciteit rondom allerlei curateleachtige procedures.

18 de *trust* die tot doel heeft om vanwege een echtscheiding vermogen te beheren teneinde uitkeringen te doen aan een onderhoudsgerechtigde. Zulk een *trust* komt met name tot stand, soms zelfs door een rechterlijke beslissing, indien wordt gevreesd dat de ex-echtgenoot nalatig zal zijn in het nakomen van zijn onderhoudsverplichtingen.

- als zakelijke doeleinden vermeldt hij:

19 de *trust* als substituut voor de *holding company*, zij het dat deze *trust*vorm haar

¹⁴⁷ Zie Uniken Venema, 1971, p. 202 – 208.

¹⁴⁸ Zie Sonneveldt, 2000a, p. 27.

belang verloor toen fusies tussen *limited (liability) companies* konden plaatsvinden d.m.v. *holding companies*.

20 de *trust* die wordt gebruikt bij de ontwikkeling van onroerend goed in steden, de zgn. *landtrust*. Deze vorm van *trust* komt tot stand indien verkoper en koper van een onroerend goed overeenkomen dat het onroerend goed eerst aan een *trustee* wordt overgedragen die het onroerend goed voor beiden houdt en waarbij het *beneficial interest* van de verkoper afneemt naarmate de koper de aflossingstermijnen betaalt, waardoor het *beneficial interest* van de koper dienovereenkomstig toeneemt. Bij betaling van de laatste termijn eindigt dan het *beneficial interest* van de verkoper¹⁴⁹.

5 Aertsen¹⁵⁰ noemt (o.m.) als zakelijke doeleinden:

21 de *source code trust* waarin een broncode van een *software*programma is ondergebracht teneinde aan licentiehouders een bescherming te bieden indien de auteursrechthebbende van de *software* failliet mocht gaan.

22 de *subordination trust* door middel waarvan een achterstelling van schuldeisers kan worden gerealiseerd. De *trustee* aan wie schuldeisers hun vorderingen hebben overgedragen, int de vorderingen en keert eerst aan bepaalde crediteuren uit, waarna andere crediteuren worden voldaan.

6 Raaijmakers wijst nog op de *Delaware Statutory (Business) Trust*¹⁵¹.

Ten slotte verdient nog aandacht de door Raaijmakers besproken *Delaware Statutory (Business) Trust*, ook wel aangeduid als de *Massachusetts Business Trust*, zoals die is geregeld in de *Delaware Statutory Trust Act*. Deze *trust* kan in tegenstelling tot de klassiek Anglo-Amerikaanse *trust*, materialiter als rechtspersoon worden uitgerust. De *beneficiaries* staan dan, afhankelijk van de *trust*akte, in een lidmaatschapsachtige verhouding tot de *trust*, welke hen recht geeft, althans kan geven, op zeggenschap, inkomen en zelfs ook (overdraagbare) waarde.

¹⁴⁹ Zie Uniken Venema, 1971, p. 205. Hij beschrijft ook nog een meer ingewikkelde vorm van de *land trust*, p. 205-206.

¹⁵⁰ Zie Aertsen, "De trust, beschouwingen over de invoering van de trust in het Nederlands recht", Kluwer Deventer-2004, p. 56-60.

¹⁵¹ Zie voor een meer uitgebreide verhandeling over de *Delaware Statutory (Business) Trust*, M.J.G.C. Raaijmakers, "Ondermemingsrecht", Kluwer, Deventer, 2006, hoofdstuk 10, § 10.8 "Vergelijking met de *Delaware Statutory (Business) Trust*", p. 685-688.

Vorenstaande voorbeelden vormen overigens slechts een beperkte opsomming van de vele doeleinden die *trusts* kunnen dienen. Alle hebben ze gemeen dat er sprake moet zijn van overdracht van vermogen aan een derde, de *trustee*, ten gunste van een andere derde, de *beneficiary*.

2.4 De omschrijving van de trust

Er bestaat geen wettelijke definitie van het begrip *trust* welke zou kunnen worden gebruikt voor het afleiden van regels met betrekking tot de *trust*. Een algemeen aanvaarde niet-wettelijke definitie ontbreekt eveneens. De bestaande omschrijvingen zijn alle gebaseerd op rechtsregels tot stand gekomen via *equity*-rechtspraak (*case law*) en geven de belangrijkste regels met betrekking tot de *trust* weer, waardoor men in staat is in meer algemene zin te verwoorden wat met een *trust* wordt bedoeld. Voor een goed begrip van de Engelse *trust* volgt hierna een overzicht van enige in de loop der tijd geformuleerde omschrijvingen. Deze omschrijvingen geven weliswaar enig inzicht in wat een *trust* is, doch zij kennen de beperking – voor de jurist met een *civil law*-achtergrond – dat zij gebruik maken van begrippen en termen die het Engelse recht hanteert, doch die het Nederlandse recht niet kent.

a Maitland begint zijn *Lecture IV “The Modern Trust”*¹⁵² met de vaststelling:

“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”.

Daarna geeft hij wat hij zelf noemt een ruime, nogal vage definitie. Echter de beste die hij zegt te kunnen geven.

Hij omschrijft een *trust* als volgt: :

“When a person has rights which he is bound to exercise upon behalf of another or for the accomplishment of some particular purpose he is said to have those rights in trust for that other or for that purpose and he is called a trustee”¹⁵³.

¹⁵² Zie Maitland, 1909, p. 43.

¹⁵³ Zie Maitland, 1909, p. 44.

Andere pogingen om tot een min of meer sluitende omschrijving te komen zijn van:

b *Lord Coke*¹⁵⁴, hij omschreef de *use* als volgt¹⁵⁵:

*“a confidence reposed in some other, not issuing out of the land but as a thing collateral thereto, annexed in privity to the estate of the land, and to the person touching the land, for which the cestui que trust has no remedy but by subpoena in the Chancery”*¹⁵⁶.

Deze omschrijving vereist een verklarende toelichting.

Daar waar *Coke* schreef: *“not issuing out of the land but as a thing collateral thereto”* bedoelde hij te zeggen dat het recht van de *cestui que use* verschilt van een *“legal interest”*. De betekenis hiervan was dat een *“legal interest”* bleef bestaan zelfs wanneer sprake was van een verkrijging te goeder trouw onder bezwarende titel van het belang, terwijl zulks niet gold voor een *“equitable interest”*. Daar waar hij schreef: *“annexed in privity to the estate of the land”* werd door hem bedoeld dat de *trust* alleen in stand bleef zolang het absolute recht (op de grond) naar *common law* bleef bestaan. Daar waar hij schreef: *“and to the person touching the land”*, werd door hem bedoeld dat de koper die onder bezwarende titel (van de *feoffee*) te goeder trouw verkreeg (en dus niet bekend was met het bestaan van de *trust*, dan wel die daarmee redelijkerwijs ook niet bekend had kunnen zijn) het recht op de grond vrij van het recht van *trust* verkreeg¹⁵⁷. De bezwaren die tegen deze definitie zijn aangevoerd¹⁵⁸, betreffen:

1 het gebruik van het woord *“confidence”*. Het woord *“confidence”* geeft namelijk niet precies de betekenis van het woord *“trust”* weer.

2 de in de omschrijving opgenomen veronderstelling dat altijd sprake is van het stellen van vertrouwen van de ene persoon in de ander, is onjuist omdat *de cestui*

¹⁵⁴ *Sir Edward Coke*, 1522-1634. Hij werd in 1616 door koning *Jacobus I* als opperrechter afgezet omdat hij te weinig meegaand was en zich verzette tegen de prerogatieve rechtspraak met name van de *Star Chamber*. Rechters werden benoemd *“voor zolang het Zijne Majesteit behaagt”*. Het politiek gemotiveerde ontslag zette de onafhankelijkheid van de rechtspraak op de agenda van de juristen van de *Common Law*. *Coke* oefende grote invloed uit, later ook door zijn optreden als Lagerhuislid. Zijn gedachten kregen een ruime verbreiding, ook buiten de kring van beroepsjuristen. Zie: D. van der Horst, 2004, p. 87.

¹⁵⁵ Zie Oakley, 2003, p. 12.

¹⁵⁶ Deze omschrijving komt uit *Coke upon Littleton*, p. 272 (b). Zie Maitland, 1909, p. 43.

¹⁵⁷ Zie Oakley, 2003, p. 12.

¹⁵⁸ Zie Oakley, 2003, p. 12.

que trust een niet/pas geboren baby kan zijn of iemand die in het geheel (nog) niet van het bestaan van de *trust* weet.

3 ten slotte is de omschrijving procedureel verouderd.

Het *Court of Chancery* bestaat namelijk niet meer. Desalniettemin is het interessant vast te stellen dat deze reeds uit het begin van de 17e eeuw daterende omschrijving de essentie van de *trust* goed weergeeft.

c *Underhill*¹⁵⁹ geeft de volgende omschrijving van de *trust*:

“an equitable obligation binding a person (who is called a trustee) to deal with property over which he has control (which is called trust property), for the benefit of persons (who are called beneficiaries or cestuis que trust), of whom he may be one and any one of whom may enforce the obligation”.

Het bezwaar dat tegen deze omschrijving is aangevoerd, is dat zij niet van toepassing is op charitatieve *trusts* en op zgn. “*trusts of imperfect obligation*”. Bij deze laatste soort van *trust* moet men denken aan een *trust* die tot doel heeft om bv. in het levensonderhoud van huisdieren te voorzien. Zulk een *trust* wordt als “*of imperfect obligation*” aangeduid, omdat een dier niet in staat is de verplichtingen voortvloeiend uit de *trust* af te dwingen. Vandaar dat deze omschrijving als volgt werd aangevuld¹⁶⁰:

“A trust is a equitable obligation, binding a person (who is called a trustee) to deal with property over which he has control (which is called the trust property) either for the benefit of persons (who are called the beneficiaries or cestuis que trust) of whom he may self be one, and any one of whom may enforce the obligation, or for a charitable purpose, which may be enforced at the instance of the Attorney General, or for some other purpose permitted by law though not enforceable”.

d *Sheridan*¹⁶¹ omschrijft de *trust* als volgt :

“A trust is the relationship which arises wherever a person (called trustee) is compelled in equity to hold property, whether real or personal, and whether by legal 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”.

¹⁵⁹ Zie Hayton, *Underhill and Hayton: “Law of Trusts and Trustees”*, London, Butterworths, 2003, 16th edition, p. 3.

¹⁶⁰ Zie Pettit, 2006, p. 24, 8th edition.

¹⁶¹ Zie Sheridan, 1993, p. 3.

In deze omschrijving legt hij een aantal andere accenten. Zo vermeldt hij dat het eigendom zowel onroerende als ook roerende zaken kan betreffen en maakt hij ten aanzien van de titel waaronder de *trustee* het eigendom houdt onderscheid tussen een wettelijke titel en een titel op basis van *equity*.

Voorts geldt dat er zonder een door de *trust* gehouden eigendom geen sprake kan zijn van een *trust*. Hoewel Riddall van mening is dat het beter zou zijn om het woord “*relationship*” in deze definitie te vervangen door het woord “*arrangement*”, omdat dit beter uitdrukking geeft aan de wettelijk afdwingbare verplichting van de *trustee*, acht hij desondanks Sheridan’s omschrijving wellicht de meest bevredigende definitie¹⁶².

e Mowbray¹⁶³ geeft een zeer uitvoerige omschrijving van de *trust*¹⁶⁴ :

“ Strictly, the word ”trust” refers to the duty or aggregate accumulation of obligations that rest upon a person described as trustee. The responsibilities are in relation to property held by him, or under his control. That property he will be compelled by court in its equitable jurisdiction to administer in the manner lawfully prescribed by the trust instrument, or where there be no specific provision written or oral, or to the extent that such provision is invalid or lacking, in accordance with equitable principles. As a consequence the administration will be in such a manner that the consequential benefits and advantages accrue, not to the trustee, but to the persons called cestuis que trust, or beneficiaries, if there be any; if not, for some purpose which the law will recognise and enforce. A trustee may be a beneficiary, in which case advantages will accrue in his favour to the extent of his beneficial interest.”

Indien we deze omschrijving ontleden in haar samenstellende delen, dan blijkt dat een *trust* gekenmerkt wordt door het feit dat :

1 er een verplichting of een samenstel van meerdere verplichtingen rust op een persoon die als *trustee* wordt omschreven.

2 de *trustee* zich verantwoordelijk weet voor het eigendom dat door hem wordt gehouden of waarover hij zeggenschap heeft.

3 de *trustee* het eigendom dient te beheren overeenkomstig de wijze in de

¹⁶² Zie Riddall, 1996, p. 267.

¹⁶³ Zie Mowbray, “*Lewin on Trusts*”, Sweet & Maxwell, London, 1964, 16th edition, p. 1. In de 17th edition, 2000, wordt overigens allereerst verwezen naar de definitie van het Haags Trustverdrag.

¹⁶⁴ Re Scott [1948] SASR 193, 196 per Mayo J.

2.4 De omschrijving van de trust

*trust*akte rechtsgeldig voorgeschreven, hetgeen zonodig – binnen *equitable* rechtspraak – gerechtelijk kan worden afgedwongen.

4 indien er geen specifieke bepalingen, schriftelijk of mondeling, inzake het voeren van het beheer over het eigendom door de *trustee* zijn, dan wel deze ongeldig zijn of ontbreken, dan dient het beheer door hem te worden gevoerd in overeenstemming met beginselen van *equity*.

5 dientengevolge het beheer zodanig dient te worden gevoerd dat de daaruit voortvloeiende opbrengsten en voordelen niet aan de *trustee* toekomen maar aan de *cestuis que trust* (lees: begunstigden), zo die er al zijn, en zo niet, aan een doel dat door de wet wordt erkend en afgedwongen.

6 een *trustee* een begunstigde mag zijn, in welk geval voordelen ten gunste van hem komen in een mate gelijk aan zijn belang als begunstigde.

Deze poging om het begrip *trust* te omschrijven is van toepassing op alle door het Engelse recht erkende vormen van *trust*.

f Bogert¹⁶⁵ omschrijft de *trust* als een:

“relationship in which one person is the holder of the title to property subject to an equitable obligation to keep or use the property for the benefit of another”.

g Het Haags Trustverdrag¹⁶⁶ geeft in art. 2 navolgende omschrijving van de *trust*:

“For 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 purpose¹⁶⁷”.

¹⁶⁵ Zie Bogert, 1987, p. 1.

¹⁶⁶ In 1984 is onder auspiciën van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht het “Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts van 1 juli 1985”, tot stand gekomen. Het trustverdrag is op 1 januari 1992 in werking getreden voor Engeland, Australië en Italië. Voor Nederland is het verdrag op 1 februari 1996 in werking getreden. In Nederland is de ratificatie bovendien vergezeld gegaan van de Wet Conflictenrecht *Trusts*. Zie ook: Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, no. 210, M.E. Koppenol-Laforce/F. Sonneveldt, “De inpassing van de family trust in het Nederlandse civiele en fiscale recht”, Kluwer, Deventer, 1999.

¹⁶⁷ Nederlandse verdragstekst: “Vóór de toepassing van dit Verdrag heeft de term trust het oog op rechtsbetrekkingen die – bij rechtshandeling onder de levenden of ter zake des doods – in het leven worden geroepen door een persoon, de insteller, wanneer goederen onder de macht van een trustee worden gebracht ten behoeve van een begunstigde of voor een bepaald doel”.

Omdat deze omschrijving haar oorsprong vindt in een internationaal verdrag, met als gevolg dat het van toepassing moet kunnen zijn op een aantal verschillende rechtssystemen, heeft zij onvermijdelijk in haar beschrijving verwijzingen opgenomen naar een aantal kenmerken van een *trust* die niet voorkomen in de hierboven vermelde Engelse omschrijvingen¹⁶⁸. Voorts zijn tengevolge van haar oorsprong in deze omschrijving geen verwijzingen naar typisch Engelse kenmerken van de *trust* opgenomen¹⁶⁹. Tevens geldt dat de in deze omschrijving gebezigde terminologie te weinig begrensd is. Zo wordt gesproken over “*placed under control*”, hetgeen niet noodzakelijkerwijs een overdracht van een rechtstitel inhoudt en zeker niet de overdracht van absoluut eigendom naar *common law* aan de *trustee*, hetgeen kenmerkend is voor de Engelse *trust*.

Ten aanzien van deze omschrijving wijst Riddall¹⁷⁰ erop dat deze weliswaar op bevredigende wijze de kenmerken van een zgn. *express trust* omschrijft, maar niet de hierna omschreven *implied trust/constructive trust* omvat.

h Scott haalt de volgende omschrijving aan¹⁷¹:

Een (*express*) *trust* is “*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*”.

Ontleden we deze omschrijving in haar samenstellende delen dan kunnen we navolgende karakteristieken onderkennen:

1 a trust is a relationship

Hiermee brengt men tot uitdrukking dat er tengevolge van een *trust* een rechtsbetrekking bestaat, houdende rechten en verplichtingen tussen *settlor* en *trustee* en tussen *trustee* en *beneficiary(ies)* met betrekking tot goederen behorende tot de *trust*.

2 a trust is a fiduciary relationship

De rechtsbetrekking tussen *settlor*, *trustee* en *beneficiary* is een fiduciaire

¹⁶⁸ Aan de betekenis van het Haagse *Trustverdrag* schenk ik hierna aandacht in Deel 2, 2 “*Het Haags trustverdrag en de kwalificatie van de trust*”.

¹⁶⁹ Zie Oakley, 2003, p. 9.

¹⁷⁰ Zie Riddall, 1996, p. 266. Zie voor de betekenis van *implied/constructive trust* hierna onder § 6.1.

¹⁷¹ Zie Scott, 1939, p. 32. Deze definitie van een *express trust* werd voorgesteld door degenen die verantwoordelijk waren voor de totstandkoming van de *Restatement of Trusts*.

rechtsbetrekking. Dat wil zeggen dat de *trustee* zijn uit de rechtsbetrekking voortvloeiende (uitvoerings)verplichtingen niet aan een derde kan delegeren. Voorts houdt een fiduciare rechtsbetrekking in dat van rechtswege automatisch gevolgen aan de relatie tussen *trustee* en *beneficiary* zijn verbonden¹⁷². Daarin verschilt een fiduciare relatie van louter een vertrouwensrelatie.

3 a trust is a relationship with respect to property

Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat bij een *trust* altijd sprake is van de verplichting van een *trustee* om een of meerdere goederen te beheren in het belang van anderen. Wezenlijk daarbij is dat het beheer door de *trustee* rechte meer betekent dan alleen maar bezit, hetgeen overigens weer niet betekent dat hij per definitie *legal owner* van het *trustgoed* moet zijn, omdat ook *equitable* belangen in *trust* kunnen worden gehouden¹⁷³.

4 a trust is a relationship involving equitable duties

Hiermee wordt benadrukt dat de verplichtingen van de *trustee* oorspronkelijk slechts via de *courts of chancery* konden worden afgedwongen en niet via *courts of law* en dat ook de hedendaagse *trust* daarin haar basis vindt.

5 a trust is a relationship arising from a manifestation of intention

Hiermee wordt bedoeld dat een *trust* reeds geacht wordt tot stand te komen, indien de uitingen van de *settlor* (en de *trustee*) erop duiden dat zij blijkbaar in gedachten hebben een rechtsverhouding tot stand te brengen, die in essentie gelijk is aan hetgeen de (*equity*)rechters – objectief beoordeeld – onder een *trust* verstaan. Het gevolg hiervan is dat een *trust* kan ontstaan indien partijen subjectief beoordeeld zulk een bedoeling niet hadden. Sterker nog, een *trust* kan zelfs ontstaan indien partijen niet (precies) weten wat een *trust* is. Voldoende is dat zij zich op een zodanige wijze uiten, dat daaruit – beoordeeld naar de objectieve maatstaven van de (*equity*)rechter – sprake is van de totstandkoming van een (*implied*) *trust*¹⁷⁴.

¹⁷² Zo kan een *trustee* een *trustgoed* van rechtswege niet behouden indien hij dit, zonder toestemming van de *beneficiary*, voor zichzelf gaat houden, ook al gebeurt dit tegen een marktconforme prijs.

¹⁷³ Zie Scott, 1939, p. 36.

¹⁷⁴ Zie Scott, 1939, p. 36.

I Martin¹⁷⁵ tenslotte geeft als omschrijving van de *trust*:

“A trust is a relationship recognised by equity which arises where property is vested in (a person or) persons called trustees, which those trustees are obliged to hold for the benefit of other persons called cestuis que trust or beneficiaries.

The interests of the beneficiaries will usually be laid down in the instrument creating the trust, but may be implied or imposed by law. The beneficiary’s interest is proprietary in the sense that it can be sold, given away or disposed of by will; but it will cease to exist if the legal estate in the property comes into the hands of a bona fide purchaser for value without notice of the beneficial interest. The subject matter of the trust must be some form of property. There may be also trusts for charitable purposes; such trusts are enforced at the suit of the Attorney-General.”

Het eerste gedeelte van deze omschrijving benadrukt de verplichtingen van de *trustees*. Het tweede gedeelte herhaalt met zoveel woorden de door *Lord Browne-Wilkinson* onderkende *principles of trust law*.

2.5 Kenmerken van de *trust*

Een wezenlijk kenmerk van een *trust* is dat door een eenzijdige rechtshandeling een *dual ownership* ten aanzien van een goed/goederen ontstaat¹⁷⁶, met als gevolg dat ten aanzien van zulk(e) een *trust*goed(eren) enerzijds de *trustee* als *legal owner* (= macht), anderzijds de *beneficiary* als *equitable owner* (= belang) subjectief is gerechtigd. Andere kenmerken van een *trust* zijn vast te stellen door:

a de rechtspositie van de *trustee* te vergelijken met die van de *beneficiary* .

b de *trust* te vergelijken met andere rechtsverhoudingen die enige overeenkomst met de *trust* vertonen.

¹⁷⁵ Zie Martin, 2001, p. 47-48.

¹⁷⁶ In het Engelse recht kunnen goederen, anders dan in het Nederlandse systeem, door middel van een eenzijdige rechtshandeling worden overgedragen. Degene die het goed verkrijgt kan echter de verkrijging door een uitdrukkelijke verwerping achteraf met terugwerkende kracht ongedaan maken.

2.5 Kenmerken van de trust
2.5.1.1 De trustee is legal owner krachtens common law

2.5.1 Trustee v beneficiary

2.5.1.1 De trustee is legal owner¹⁷⁷ krachtens common law

De trustee, welke van de settlor krachtens common law de legal title van een vermogensbestanddeel heeft verkregen, mag van dit vermogensbestanddeel, waartoe hij subjectief gerechtigd is, niet ten bate van zichzelf gebruik maken. Op hem rust de verplichting om het uitsluitend aan een ander ten goede te doen komen, dan wel het aan te wenden ter behartiging van een abstract, dat wil zeggen: een niet op bepaalde personen te betrekken doel. Met andere woorden: de trustee is alleen subjectief gerechtigd ten bate van een ander, hetgeen inherent is aan het fiduciaire karakter van zijn recht¹⁷⁸. In essentie betekent dit dat hij de trustgoederen slechts voor een bepaalde periode voor de beneficiaries beheert, zodat hij de opbrengst van de trustgoederen c.q. de trustgoederen zelf, na een bepaalde periode aan de begunstigten moet overdragen. Het gevolg hiervan is dat de beneficiary een zeker economisch en juridisch belang heeft bij de goederen die de trustee moet beheren.

Voorts geldt dat het trustvermogen, waarvan hij legal owner is, geen verhaalsmogelijkheden biedt voor zijn persoonlijke schuldeisers¹⁷⁹. Het trustvermogen

¹⁷⁷ Zie Zwolve, 2000, p. 122 en 285. Hij acht het betreuenswaardig dat de Engelse rechtsgeleerden er zich toe hebben laten verleiden, zulks onder invloed van de continentale juridische beschouwingen, om te spreken van een “splitsing” in het eigendomsrecht en wel in een legal title gebaseerd op common law en een equitable title gebaseerd op equity. Het ware beter, zo stelt hij, het recht van de beneficiary te benaderen als een beperkt zakelijk recht, hetgeen meer duidelijkheid schept en de juridische realiteit beter benadert. Zie voor een uitvoerige uiteenzetting over de dual ownership-formule: Uniken Venema, “De Anglo-Amerikaanse trusts in het Nederlandse recht (II)”, WPNR, 9 februari 1985, jaargang 116, nummer 5278, p. 113-115. Hij wijst erop dat hetgeen door continentale juristen als “bezitsrecht” wordt gekwalificeerd in het Anglo-Amerikaanse recht als “ownership” wordt aangeduid, ook wel “property interests” of “title” genaamd. Degene die de “title” houdt, wordt als eigenaar beschouwd zolang niemand anders een betere “title” heeft. Het relatieve begrip “ownership” komt derhalve niet overeen met het absolute eigendomsbegrip zoals wij dat kennen.

¹⁷⁸ Zie Uniken Venema, 1954, p. 128.

¹⁷⁹ Hierop zijn wel uitzonderingen, zo kan de settlor bepalen dat het trustvermogen verhaalsaansprakelijk is voor de schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die de trustee in het kader van zijn functie aangaat. In dat geval mag de desbetreffende wederpartij zich rechtstreeks op het trustvermogen verhalen, tenzij de trustee anders met de derde is overeengekomen. Een andere uitzondering vormt de door een derde zonder rechtsgrond aan de trustee gedane betaling. De hieruit voortvloeiende vordering uit onverschuldigde betaling mag rechtstreeks op het trustvermogen worden verhaald, mits het trustvermogen van de betaling heeft geprofiteerd. Naast deze uitzonderingsgevallen, kan de derde zich vaak ook nog op indirecte wijze, via subrogatie in de rechten van de trustee, verhalen. Zie voor een uitwerking hiervan: Aertsen, 2004, p. 43-45.

wordt niet geraakt door insolventie of faillissement van de *trustee*, het maakt geen deel uit van enige huwelijksgoederengemeenschap waarin de *trustee* gehuwd mocht zijn en blijft buiten zijn nalatenschap. De hoedanigheid van *trustee* gaat niet over op zijn erfgenamen¹⁸⁰. Om de positie van de *trustee* goed te kunnen begrijpen is het van belang ook die van de *beneficiary* erbij te betrekken.

2.5.1.2 De *beneficiary* is *equitable owner* krachtens *equity*

De *beneficiary* is krachtens *equity* gerechtigd tot álle genot van het subjectieve recht. Uiteraard behoudens voor dat deel waarvoor de *trustee* eventueel ook *beneficiary* is. Het subjectieve recht is als het ware in twee delen gesplitst: in een fiduciair deel en een beneficiair deel, waarbij het beneficiair deel het spiegelbeeld vormt van de fiduciaire verplichtingen van de *trustee*.

In Anglo-Amerikaans recht spreekt men dan ook wel van *dual ownership*¹⁸¹, waarbij de *beneficiary* als *equitable owner* het (economisch) belang bij de *trust*goederen heeft, terwijl de *trustee* als *legal owner* de macht (beheersdaden en soms beschikkingshandelingen) over de *trust*goederen heeft. De beneficiaire rechten van de *equitable owner* zijn vrij overdraagbaar en onderworpen aan het verhaal van diens crediteuren, tenzij deze bevoegdheid alsook het verhaalsrecht bij de totstandkoming van de *trust* is uitgesloten. Maar het is niet alleen een contractueel (persoonlijk) recht van de *beneficiary* ten opzichte van de *trustee*, het is meer. Het vertoont zekere kenmerken van een zakelijk recht. Deze zakelijke aspecten van de *equitable interest* zijn¹⁸²:

1 aan het recht van de *beneficiary* is een zeker zaaksgevolg verbonden, zij het dat deze minder ver gaat dan die welke verbonden is aan de *legal interest* die in principe krachtens *common law* tegen eenieder kan worden ingeroepen. *Equitable interests* kunnen niet worden ingeroepen tegen verkrijgers die om baat te goeder trouw hebben verkregen, de zgn. *bona fide purchaser for value without notice*. Hieraan ligt de gedachte ten grondslag dat op basis van redelijkheid en billijkheid (*equity*) de *beneficiary* bescherming dient te genieten tegenover degene die te kwader trouw danwel om niet een titel heeft verkregen.

2 de met een *trust* bezwaarde goederen (*trustfund*) behoren niet tot het vermogen van de *trustee* waarop crediteuren van de *trustee* zich zouden kunnen verhalen in geval van een faillissement van de *trustee*.

¹⁸⁰ Zie Sonneveldt, 2000a, p. 21.

¹⁸¹ Zie Uniken Venema, 1954, p. 128.

¹⁸² Zie voor een meer uitgebreide behandeling van de zakenrechtelijke aspecten van de *equitable interest*: Zwolve, 2000, p. 286-294.

2.5 Kenmerken van de trust
2.5.1.2 De beneficiary is equitable owner krachtens equity

3 ten aanzien van de met een *trust* bezwaarde goederen is zaaksvervanging mogelijk, dat wil zeggen dat ook de goederen die in de plaats komen van de oorspronkelijk met een *trust* bezwaarde goederen tot het afgescheiden vermogen van de *trustee* gaan behoren. In het Anglo-Amerikaanse recht wordt dit het recht van *tracing* genoemd. Het gevolg hiervan is dat de *beneficiary* ten aanzien van de vervangende goederen dezelfde rechten kan uitoefenen als met betrekking tot de oorspronkelijke. Overigens, reeds in de 15^e eeuw werd de *beneficiaries* behandeld als iemand die in verschillende opzichten gelijk stond met een zakelijk gerechtigde en vertoonde de *use* (lees: *trust*) zakenrechtelijke kenmerken¹⁸³, zoals het feit dat :

- het recht op een wijze vererfd gelijk aan die welke gold voor zakelijke rechten op onroerend goed; en wel door onmiddellijke rechtsovergang op de erfgenamen.
- de erfgenamen van een *trustee* de *trust*goederen bezwaard ontvingen.
- het recht overdraagbaar was, hetgeen toentertijd nog niet gold voor persoonlijke rechten.
- het recht in beperkte mate tegenover derden gehandhaafd kon worden.

Desondanks is de vraag of het recht van de *beneficiary* een *ius in personam* dan wel een *ius in rem* is, een punt van discussie geweest in de Anglo-Amerikaanse rechtsliteratuur¹⁸⁴.

Zo is *Maitland*¹⁸⁵ van mening dat het recht van de *beneficiary* als een *ius in personam* (persoonlijk recht) moest worden gekwalificeerd¹⁸⁶. *Scott*¹⁸⁷ daarentegen is van mening dat de *beneficiary* wél een *ius in rem* (zakelijk recht) heeft en formuleert dit aldus:

¹⁸³ Zie Uniken Venema, 1954, p. 120.

¹⁸⁴ Zie voor een opsomming van gebezigde argumenten pro en contra voor de *ius in personam*- resp. *ius in rem*-theorie Bogert, 1987, p. 134/135.

¹⁸⁵ Zie *Maitland*, 1909, lectures IX-XI, p. 100-152. Zie p. 107 waar hij schrijft: “ *For reasons that we shall perceive by and by, they have come to look very like jura in rem; but just for this very reason it is the more necessary for us to observe that they are essentially jura in personam, not rights against the world at large, but rights against certain persons*”.

¹⁸⁶ *Bogert* noemt naast *Maitland* ook *Holland*, *Langdell* en *Ames* als aanhangers van de *right in personam*-theorie.

¹⁸⁷ Zie *Scott*, 1939, p. 681 e.v.

“I think that the beneficiary of a trust has a property interest in the subject matter of the trust. He has a form of ownership. He has much more than a mere claim against the trustee, a mere chose in action”¹⁸⁸.

Hayton¹⁸⁹ wijst erop dat ten aanzien van de vraag of sprake is van een *ius in personam* dan wel een *ius in rem* veel afhangt van de gekozen *trust*vorm. Zo onderscheidt hij de *beneficiary* onder een *bare trust*, onder een *fixed trust* en onder een *discretionary trust*.

Onder een *bare trust*, d.w.z. een *trust* waarbij de *beneficiary* bij uitsluiting van anderen (*absolutely*) tot het *trust*goed is gerechtigd, heeft de *beneficiary* het recht om de *trustee* te verzoeken de juridische eigendomstitel aan hem over te dragen waardoor hij het *trust*goed *in rem* voor zichzelf verkrijgt als *legal and beneficial owner*.

Onder een *fixed trust*, d.w.z. een *trust* waarbij bv. een *trustee* het *trust*goed houdt ten behoeve van A zolang A leeft, waarna B levenslang *beneficiary* is voor hetgeen resteert bij het overlijden van A, waarna hetgeen resteert bij het overlijden van B bij uitsluiting van anderen door de *trustee* ten behoeve van C wordt gehouden, heeft A een aan derden overdraagbaar *equitable* eigendomsrecht, maar hij kan het *trust*vermogen niet claimen tenzij de overige *beneficiaries* B en C, die dan beiden *sui juris* moeten zijn zich in het verzoek voegen opdat daarna het *trust*goed onder hen wordt verdeeld overeenkomstig hetgeen zij dienaangaande zijn overeengekomen.

Onder een *discretionary trust*, d.w.z. een *trust* waarbij de *trustee* het recht heeft om te bepalen óf en zo ja, wanneer en in welke omvang hij *trust*vermogen, alsook de inkomsten daaruit aan bv. A, B en C of hun echtgenoten en nakomelingen, zijnde de door hem aangewezen *beneficiaries* wenst uit te keren, uiteraard met inachtneming van de door de *settlor* dienaangaande gestelde *trust*voorwaarden, heeft A niet het recht om een ander rechtens in zijn plaats te stellen als een mogelijke genietter van door de *trustee* in zijn discretionaire bevoegdheid uit te keren bedragen. Wel kan hij afstand van zijn recht doen en is hij in een positie om in het belang van al degenen die gerechtigd zijn in de *trust* een eventueel door de *trustee* vervreemd *trust*goed op te sporen (*tracing*).

Weer anderen zijn van mening dat de *beneficiary* zowel een persoonlijk recht (ten opzichte van de *trustee*) alsook een zakelijk recht (op het *trust res*) heeft¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Zie Scott, 1939, p. 683.

¹⁸⁹ Zie Hayton, *Hayton and Marshall (formerly Nathan and Marshall): “Cases and commentary on the law of trusts”*, 8th edition, London, Stevens and sons, 1986, p. 9-10.

¹⁹⁰ Zie Bogert, 1987, p. 133

2.5 Kenmerken van de trust
2.5.2.1 Trust v contract (overeenkomst)

2.5.2 De trust v andere rechtsverhoudingen

Teneinde de bijzondere juridische kenmerken van de *trust* beter te kunnen duiden, wordt de *trust* in de Anglo-Amerikaanse literatuur wel vergeleken met een aantal andere rechtsverhoudingen die een of meerdere kenmerken van de *trust* hebben¹⁹¹.

Voor een goed begrip van de *trust* als rechtsfiguur beschrijf ik hierna een aantal¹⁹² van deze vergelijkingen, waarbij de nadruk ligt op de verschillen met de *trust*.

2.5.2.1 Trust v contract (overeenkomst)

Historisch onderscheidt zich de *trust* van een *contract* doordat de *trust* het product is van *equity*, terwijl het begrip *contract* werd ontwikkeld vanwege uitspraken gebaseerd op *common law*. Het gevolg hiervan is dat tengevolge van een *contract* persoonlijke rechten en verplichtingen tussen partijen ontstaan, terwijl bij een *trust* de *beneficiary*, niet zijnde een partij bij een overeenkomst, een recht met zakenrechtelijke kenmerken verkrijgt, namelijk *equitable ownership*. Voorts geldt dat een *contract* doorgaans is gebaseerd op onderhandelingen tussen partijen, waarbij beiden voordeel beogen. De *beneficiary* echter is niet bij het sluiten van de *trust*overeenkomst betrokken en verkrijgt wél een voordeel met zakenrechtelijke kenmerken. Voor het totstandkomen van een *contract* is het doorgaans essentieel dat er een tegenprestatie is, maar bij een *trust*overeenkomst is het bestaan van zulk een tegenprestatie geen voorwaarde. Ten slotte kan de uitvoering van een *contract* alleen worden afgedwongen door de contractpartijen zelf, terwijl bij een *trust*overeenkomst de uitvoering ook kan worden afgedwongen door de *beneficiary* die zelf geen partij was bij de totstandkoming van de *trust*, of zelfs pas veel later na de totstandkoming van de *trust* van haar bestaan op de hoogte kwam.

¹⁹¹ Zie Maitland, 1909, p. 44-45 e.v.; Scott, 1939, p. 40-130; Sheridan, 1993, p. 6-18; Oakley, 2003, p. 22-36; Pettit, 2006, p. 28-41; R.H. Maudsley/E.H. Burn, “*Trusts and Trustees: Cases and materials*”, London, Butterworths, 1978, p. 6-22;

¹⁹² Ik beperk me hierbij tot een vergelijking tussen de *trust* en *contract* (overeenkomst); *bailment* (bewaargeving); *agency* (vertegenwoordiging); *executorship* (bewindvoerder/executeur-testamentair) en *guardianship* (voogdij). In de Anglo-Amerikaanse literatuur worden nog andere vergelijkingen gemaakt zoals *trust v debt*; *trust vs powers*; *trust v equitable charges*; *trust v conditions*; *trust v the office of personal representative*; *trust v power of appointment*, *trust v contract for benefit of third party*. Zie voor literatuur dienaangaande: de in noot 191 opgenomen verwijzingen.

2.5.2.2 *Trust v bailment (bewaargeving)*

Ook voor *bailment* geldt dat het oorspronkelijk een door *common law* erkende rechtsfiguur was, terwijl *trusts* uitsluitend door *equity*-gerechten werden erkend. Onder *bailment* is te verstaan de overdracht van een roerende zaak aan een derde voor een beperkt doel onder de voorwaarde, impliciet dan wel expliciet, dat het goed wordt teruggegeven aan de bewaargever, of aan een derde persoon zulks in opdracht van de bewaargever, wanneer het doel van de bewaargeving is bereikt. Het gevolg hiervan is dat de bewaarnemer in beginsel geen titel aan derden kan leveren die rechtsgeldig gemaakt kan worden tegen de bewaargever. Een *trustee* daarentegen kan wél aan een *bona fide purchaser for value without notice* het eigendom van goederen leveren.

Bailment geldt alleen voor roerende zaken, terwijl de *trust* betrekking kan hebben op roerende, alsook onroerende zaken. Dat het niet altijd eenvoudig is om vast te stellen of *bailment* dan wel een *trust* tot stand is gekomen, mag blijken uit een door Maitland gegeven (m.i. curieus) voorbeeld¹⁹³:

“ *For instance, I go abroad in a hurry and do not know whether I shall return. I send a piano to a friend, and say to him, “Take care of my piano and if I don’t return give it to my daughter”. This may be construed both ways, as a bailment or as a trust. Perhaps the age of my daughter – a thing strictly irrelevant – would decide which way it would go*”.

Hieruit blijkt dat veel afhangt van de aard van de verplichtingen die partijen beogen tot stand te brengen, waarbij kan worden aangenomen dat in geval van roerende zaken het doorgaans niet de bedoeling van de eigenaar zal zijn om een *trust*, die veel verder reikt dan *bailment*, tot stand te brengen¹⁹⁴.

2.5.2.3 *Trust v agency (vertegenwoordiging)*¹⁹⁵

Agency vertoont enige gelijkenis met de *trust*¹⁹⁶.

Zowel de vertegenwoordiger alsook de *trustee* bekleden een fiduciaire positie met als gevolg dat ze hun verantwoordelijkheid niet kunnen overdragen aan derden, hun persoonlijke belangen niet mogen conflicteren met hun verplichtingen voortvloeiend uit *agency* c.q. de *trust*, zich geen voordelen mogen toe eigenen voortvloeiend uit *agency* dan wel *trust* en dat ze een goede administratie dienen

¹⁹³ Zie Maitland, 1909, p. 48.

¹⁹⁴ Zie Scott, 1939, p. 46.

¹⁹⁵ Zie voor een vergelijking tussen de vertegenwoordiging naar Nederlands recht en die naar Anglo-Amerikaans recht Uniken Venema, 1971, p. 210-214.

¹⁹⁶ Zie Pettit, 2006, p. 28-29.

2.5 Kenmerken van de trust
2.5.2.4 Trust v executorship (bewindvoerder/executeur-testamentair)

te voeren. Voorts zijn vertegenwoordiger en *trustee* jegens principaal resp. *beneficiary* beiden aansprakelijk voor door hen gerealiseerde resultaten uit aan hen toevertrouwde vermogensbestanddelen¹⁹⁷.

Maar er zijn ook verschillen¹⁹⁸:

- het belangrijkste verschil is dat vertegenwoordiging is gebaseerd op een overeenkomst, waarvan geen sprake is tussen *beneficiary* en *trustee*.
- de verhouding tussen een principaal en een vertegenwoordiger is gelijk aan die tussen een crediteur en een debiteur. Tussen een *beneficiary* en een *trustee* is daarvan uit hoofde van de *trust* geen sprake. De *trustee* houdt een *legal title*, hetgeen voor de vertegenwoordiger niet geldt.
- een *trustee* vertegenwoordigt niet de *beneficiary*, een vertegenwoordiger wel zijn opdrachtgever.
- een vertegenwoordiger handelt namens zijn opdrachtgever en wordt door hem gecontroleerd, dit in tegenstelling tot een *trust*, waarbij de *trustee* namens zichzelf handelt in het belang van de *beneficiary*, die slechts het recht heeft om na te gaan of de *trustee* ten aanzien van het *trust*vermogen heeft gehandeld overeenkomstig de *trust*voorwaarden dienaangaande.
- een vertegenwoordiger bindt zijn principaal juridisch aan derden, hetgeen niet geldt voor een *trustee* ten opzichte van zijn *beneficiary*.
- de vertegenwoordiging eindigt door het overlijden van of door opzegging door een der partijen. Bij een *trust* is dit niet het geval.
- voor het bestaan van een *trust* is het een *conditio sine qua non* dat er een *trust*goed is waarover de *trustee* als *legal owner* krachtens *common law* ten minste nominale zeggenschap heeft, terwijl dit voor een vertegenwoordiger niet geldt. Hij heeft vrijwel nooit enige zeggenschap over enig goed dat aan de opdrachtgever in eigendom toebehoort.

2.5.2.4 Trust v executorship (bewindvoerder/executeur-testamentair)

Een bewindvoerder/executeur-testamentair wordt in de Anglo-Amerikaanse

¹⁹⁷ Zie Oakley, 2003, p. 32.

¹⁹⁸ Zie Pettit, 2006, p. 29.

rechtsliteratuur¹⁹⁹ ook wel als *trustee* aangeduid, hetgeen hij echter in de strikte betekenis van het woord niet is. Veel rechtsregels die op *trustees* van toepassing zijn, zijn niet van toepassing op bewindvoerders/executeurs-testamentair. Hun bevoegdheden en verplichtingen verschillen, de procedure waarmee zij hun verplichtingen uitvoeren verschilt, evenals de aard en de omvang van hun aansprakelijkheden jegens derden. De verplichtingen van een *trustee* zijn velerlei en gevarieerd en zijn in omvang afhankelijk van de *trustvoorwaarden*. Zij omvatten o.m. het beheren van de *trustgoederen* namens de *beneficiaries*, waarvan sommigen minderjarig kunnen zijn, zelfs nog niet geboren. Dit beheer kan, alvorens de *trust* wordt beëindigd, vele jaren duren. De verplichtingen van een bewindvoerder/executeur-testamentair daarentegen beperken zich tot het afwikkelen van de nalatenschap en zijn meer tijdelijk van aard. Zij omvatten het beheren van de persoonlijke bezittingen van de overledene, het betalen van de schulden van de overledene, het voldoen van successierecht, het uitkeren van legaten, om tenslotte hetgeen daarna – eventueel – nog resteert *ab intestaat* of overeenkomstig de bepalingen van het testament aan de erfgenamen, dan wel aan een *trustee* uit te keren. Het is overigens denkbaar dat een bewindvoerder/executeur-testamentair tevens als *trustee* is aangewezen. Dan is het niet altijd goed mogelijk om precies vast te stellen waar zijn taak als bewindvoerder/executeur-testamentair eindigt en waar die van *trustee* begint. Dit kan van belang zijn indien vermogen van de nalatenschap wordt belegd. Gebeurt dit door de bewindvoerder/executeur in zijn kwaliteit van bewindvoerder/executeur-testamentair als zodanig dan valt het resultaat in de nalatenschap en delen erfgenamen hierin mee. Gebeurt dit echter door de bewindvoerder/executeur-testamentair in zijn kwaliteit van *trustee*, dan betreft het een winst/verlies van het afgezonderde *trustvermogen*, hetgeen alleen de *beneficiaries* aangaat.

2.5.2.5 *Trust v guardianship (voogdijschap)*

Hoewel ook een voogd in een fiduciaire verhouding staat ten opzichte van een handelingsonbekwame, is ook hij geen *trustee* in enge zin. Hij heeft in tegenstelling tot een *trustee* geen wettelijke titel ten aanzien van de aan hem toevertrouwde goederen. Zijn taken zijn beperkter dan die van een *trustee*. Zo duurt zijn voogdijschap alleen gedurende de periode dat sprake is van handelingsonbekwaamheid (minderjarigheid; geestelijk onvermogen). Zijn verplichtingen zijn wettelijk bepaald en niet zoals bij een *trust* afhankelijk van hetgeen de *settlor* dienaangaande bij de totstandkoming van de *trust* heeft bepaald. Doorgaans zijn de verplichtingen van een voogd beperkter dan die van

¹⁹⁹ Zie Scott, 1939, p. 48.

een *trustee*. Vaak kan een voogd geen investerings-/desinvesteringsbeslissingen nemen met betrekking tot voogdijgoederen zonder toestemming dienaangaande van de rechtbank die hem benoemde.

2.6 Classificatie van de trust

In de Anglo-Amerikaanse rechtsliteratuur hanteert men vele namen voor een grote verscheidenheid aan vormen van *trust*²⁰⁰. Uit de, overigens niet uitputtende, reeks van namen blijkt dat het terrein van de *trust* zo gevarieerd is, dat voor een goed begrip onderscheid dient te worden aangebracht.

Trusts kunnen op basis van verschillende criteria worden geclassificeerd, zij het dat er geen algemeen aanvaarde classificatie bestaat. Onderscheid tussen de verschillende soorten van *trusts* wordt doorgaans²⁰¹ gemaakt aan de hand van:

- de wijze waarop ze ontstaan.
- de obligatoire aspecten van de *trust*-verhouding.

Met andere woorden: wie is wanneer tot wat verplicht en wie is wanneer tot wat gerechtigd vanwege de tot stand gekomen *trust*?

- de aard van het *trustfund*, ook wel *trust property* genaamd.
- de aard van de bij de *trust* betrokken belangen.

²⁰⁰ Zo spreekt men van: *statutory trusts, express trust, implied trusts, presumed and automatic resulting trusts, constructive trusts, simple and special trusts, executed and executory trusts, completely and incompletely constituted trusts, fixed and discretionary trusts, (express) private purpose and public trusts. Private family trusts. Bare trusts. Accumulation and maintenance trusts. Trusts in the higher sense and trusts in the lower sense. Trusts of imperfect obligation, fully and half secret trusts, floating trusts, void trusts and voidable trusts. Charitable trusts. Protective trusts, support trust, testamentary trusts, direct trusts, land trusts, honorary trusts, business trusts, authorised and unauthorised unit trusts, investment trusts, employee trusts, involuntary trusts, inter vivos trusts. Marital estate life trust, qualified terminable interest property trust, generation skipping trust. Instrumental and discretionary trusts, lawful and unlawful trusts, trusts arising by operation of law. Statutory trusts and statutory jurisdiction trusts, trust for sale. New model constructive trusts. Non resident trusts, etc.* Zie voor deze benamingen: Oakley, 2003, p. 37-42; Martin, 2001, p. 67-73; M.C.J. Pallandt, "Constructive trust", 1992, Gouda Quint/Noorduijn, Kluwer, W.E.J. Tjeenk Willink, p. 8; A.F. Chick, "An outline of the law of trusts", Heinemann, London, 1968, p. 19-23; W.J. Mowbray, 2000, 17th edition, p. 12-15. Pettit, 2006, p. 64-81. Hayton, 2003a, p. 42-73. Koppenol-Laforce, 1999, p. 12/13.

²⁰¹ Zie Zwolve, 2000, p. 300. Sonneveldt, 2000a, p. 22.

2.6.1 De wijze waarop trusts ontstaan

Een *trust* ontstaat indien een *settlor* een of meerdere goederen overdraagt aan een of meer derden (*trustees*) met de intentie dat de *trustees* deze goederen gaan beheren en besturen ten behoeve van een of meer begunstigden (*beneficiaries*). Een dergelijke *trust* wordt wel aangeduid als een *express private trust inter vivos* of ook wel *living trust* genaamd. Daarbij zijn vele modaliteiten denkbaar o.a. wie *beneficiaries* zijn (derde(n) en/of de *settlor* zelf); welke rechten de *settlor* zich voorbehoudt (*revocable trust* v *irrevocable trust*; bevoegdheid tot wijziging van *beneficiaries*); welke bevoegdheden en (administratieve) verplichtingen de *trustees* hebben. Het is dan ook van groot belang dat de modaliteiten van de *trust* goed zijn vastgesteld dan wel zijn vast te stellen. Vandaar dat doorgaans in een *trustakte*²⁰² wordt vastgelegd welke soort van *trustrechten* aan wie wordt toegekend; alsmede aan welke eventuele opschortende voorwaarde(n) moet(en) worden voldaan alvorens *beneficiaries* definitieve rechten krijgen; wat de (bijzondere) bevoegdheden van *settlor* en *trustees* zijn en welke administratieve verplichtingen de *trustees* in acht dienen te nemen, waarbij de strenge administratieve regels waartoe het *trustrecht* hem anders zou verplichten kunnen worden gemitigeerd. In de Anglo-Amerikaanse rechtsliteratuur worden *trusts* naar hun ontstaanswijze verschillend geclassificeerd.

1 Maitland²⁰³ hanteert de volgende indeling teneinde *trusts* naar hun ontstaanswijze te classificeren.

Trusts ontstaan door:

a *an act of a party*, dat wil zeggen door een uitdrukkelijk daarop gerichte rechtshandeling van de *settlor*.

b dan wel *ipso iure*, dat wil zeggen *by act of law* (d.w.z. *trusts* die van rechtswege c.q. op grond van specifieke wettelijke bepalingen ontstaan).

ad a Tot de *trusts by act of a party* worden door hem gerekend:

- de *express trusts* (ook wel *direct trusts* genaamd).

²⁰² Zie voor een voorbeeld van een akte betreffende een *irrevocable discretionary trust* Hayton, 1986, p. 11-21.

²⁰³ Zie Maitland, 1909, p. 53; Zo ook Oakley, 2003, p. 37; Riddall, 1993, p. 10; Chick, 1968, p. 6; Uniken Venema, noot 59, p. 129.

2.6 Classificatie van de trust
2.6.1 De wijze waarop trusts ontstaan

- de *implied trusts*.

ad b Tot de *trusts by act of law* worden door hem gerekend:

- de *resulting trusts*.

- de *constructive trusts*.

2 Oakley²⁰⁴ onderscheidt:

- de *trust* die uitdrukkelijk door de *settlor* wordt opgericht, de *express trust*.

- de *trust* die impliciet tot stand komt vanwege een veronderstelde bedoeling van de *settlor*, de *implied* of *resulting trust*.

- de *trust* die van rechtswege tot stand komt, de *constructive trust*.

- de *trust* die vanwege wetgeving tot stand komt, de *statutory trust*.

3 Sheridan²⁰⁵ onderscheidt *trusts* naar hun ontstaanswijze in:

- *express trusts* en *implied trusts* als zijnde *trusts* die vanwege een éenzijdige wilsverklaring tot stand komen, zij het dat in het ene geval sprake is van een expliciete wilsverklaring en in het andere van een (door de *equity*rechter te duiden) impliciete wilsverklaring.

- *statutory trusts*, dat wil zeggen *trusts* die van rechtswege/krachtens wetsbepaling ontstaan.

4 . Underhill²⁰⁶ onderscheidt daarentegen:

- de *trusts* welke krachtens de wet ontstaan (*statutory trusts*)

- de *trusts* welke tot stand komen doordat:

-- de *settlor* uitdrukkelijk door middel van een éenzijdige wilsverklaring de *trust* opricht (*express trust*).

²⁰⁴ Zie Oakley, 2003, p. 37.

²⁰⁵ Zie Sheridan, 1993, p. 38-42.

²⁰⁶ Zie Hayton, 2003, p. 53-57.

-- de *equity*rechter van mening is dat impliciet een *trust* is ontstaan (*implied trust*).

De *implied trusts* worden door Underhill vervolgens onderverdeeld in:

- *resulting trusts*.

- *constructive trusts*,

waarbij hij tot de conclusie komt dat het uiteindelijk beter is om het begrip *implied trust* niet te hanteren en de onderverdeling te beperken tot *express*, *resulting* en *constructive trusts*.

5 *Martin*²⁰⁷ maakt, overeenkomstig *Scott*²⁰⁸, eveneens een onderscheid tussen de *express trust*, de *resulting trust* en de *constructive trust*²⁰⁹. Ook hij is van mening dat het begrip *implied trust* weinig doel dient.

6 *Chick*²¹⁰ maakt een onderscheid in *express trusts*, die hij onderverdeelt in *express private trusts* en *express public trusts (charitable trusts)*, en *trusts by operation of law*, waartoe hij *resulting trusts* en *constructive trusts* rekent.

7 *Uniken Venema*²¹¹ onderscheidt naar de wijze van ontstaan: de *express trusts*, de *implied* en *resulting trusts*, de *constructive trusts* en de speciale toepassingen van de *trust* door de wetgever. Daarbij is volgens hem sprake van een *implied trust* indien rechtens wordt aangenomen dat een *trust* tot stand is gekomen, ook al hebben partijen de bedoeling om een *trust* te creëren niet uitdrukkelijk doen blijken. Met andere woorden, er wordt in zulk een geval door het recht veronderstelt dat men de bedoeling heeft gehad (stilzwijgende wilsverklaring) een *trust* tot stand te brengen. Volgens Uniken Venema is het gevolg van deze omschrijving dat *resulting trusts* een categorie van de *implied trusts* vormen²¹² en dat zij beide gezien moeten worden als een aanvulling op de *express trust*. Hieruit valt af te leiden dat hij een rechtshandeling die er (al dan niet uitdrukkelijk) op is gericht een *trust* tot stand te brengen, als grondslag voor deze categorieën van *trust* ziet.

²⁰⁷ Zie *Martin*, 2001, p. 67-73.

²⁰⁸ Zie *Scott*, 1939, p. 30.

²⁰⁹ Daarnaast onderscheidt hij nog de *bare trust* en de *trust in higher sense* en de *trust in lower sense*, 2001, p. 71-73.

²¹⁰ Zie *Chick*, 1968, p. 6-25.

²¹¹ Zie *Uniken Venema*, 1971, p. 182-185.

²¹² Dit in tegenstelling tot *Maitland* die de *resulting trust* tot de *trusts* rekent die *by act of law* en niet *by act of a party* tot stand komen.

2.6 Classificatie van de trust
2.6.1 De wijze waarop trusts ontstaan

Dit in tegenstelling tot de *constructive trust* die niet op zulk een rechtshandeling berust maar onder bepaalde omstandigheden van rechtswege tot stand komt. Met de speciale toepassingen van de *trust* door de wetgever doelt hij op de *statutory trusts*, waarbij de wetgever gebruik maakt van de *trust*figuur voor het regelen van bepaalde verhoudingen.

8 *Zwalve*²¹³ maakt een onderscheid tussen: de *express trust*, de *implied trust* en de *statutory trust*.

Een *express trust* omschrijft hij als een *trust* die op een uitdrukkelijk daartoe strekkende rechtshandeling van de *settlor* berust.

Een *implied trust* is een *trust* die ontstaat omdat het recht aanneemt dat een *trust* geacht wordt te bestaan zonder dat er van een daartoe strekkende rechtshandeling sprake is. De *implied trust* is echter naar zijn mening geen op zichzelf staande *trust*categorie maar omvat als overkoepelende term de *constructive trust* en de *resulting trust*, die beide van rechtswege ontstaan.

Een *statutory trust* is een *trust* die vanwege specifieke wetgeving ontstaat.

9 *Pallandt*²¹⁴ onderscheidt: de *express trust*, oftewel *direct trust*, en de *implied trust*, oftewel *involuntary trust*. Ook hij gebruikt het begrip *implied trust* als een overkoepelende term voor de *resulting trust* en de *constructive trust* en niet als een zelfstandige *trust*categorie.

10 *Sonneveldt*²¹⁵ onderscheidt de *trusts* naar ontstaanswijze in: de *express trust*, de *implied trust*, met als subklasse de *resulting trust*²¹⁶, de *constructive trust* en de *trust* ingesteld op grond van specifieke wettelijke bepalingen.

11 *Thomas/Hudson*²¹⁷ maken tenslotte het volgende onderscheid.

Een *trust* kan ontstaan:

1 ingevolge een nadrukkelijk besluit van de *settlor* die voorafgaand aan de totstandkoming van de *trust* (absoluut) eigenaar van het *trust*goed was (een *express trust*).

²¹³ Zie *Zwalve*, 2000, p. 306.

²¹⁴ Zie *Pallandt*, 1992, p. 10.

²¹⁵ Zie *Sonneveldt*, 2000a, p. 23.

²¹⁶ Hij geeft als voorbeeld dat bij de overdracht van een bepaald goed in *trust* onder toekenning van een vruchtgebruik aan *beneficiaries*, de hoofdgerechtigdheid via een *resulting trust* aan de *settlor* toekomt.

²¹⁷ Zie *Thomas/Hudson*, 2004, p. 14.

2 ingevolge handelingen van de *settlor* die door de rechter als voldoende geïnterpreteerd worden om een *trust* te doen ontstaan, maar waarvan de *settlor* zich niet bewust was (een *implied trust*).

3 van rechtswege teneinde:

- hetzij een discussie over het recht van eigendom van een goed te beslechten in het geval een *trust* niet tot stand is gekomen (een *automatic resulting trust*),
- hetzij de eigendomsrechten te erkennen van degene die aan de voldoening van een koopprijs heeft bijgedragen (een *purchase price resulting trust*)

4 van rechtswege indien de *legal owner* van het *trust*goed (*trustee*) zonder scrupules het *beneficial interest* van anderen (*beneficiaries*) in hetzelfde *trust*goed ontkent (een *constructive trust*).

Uit vorenstaande blijkt dat er geen eenduidigheid bestaat ten aanzien van de classificatie van *trusts* naar hun ontstaanswijze. Met name zijn betreffende de *implied trust* de meningen verdeeld. *Maitland* rekent de *implied trust* tot de *trust* die *by act of a party* tot stand komt. *Uniken Venema* beoordeelt de *implied trust* als zijnde een aanvulling op de *express trust*, terwijl ook *Sheridan* de *implied trust* als een *trust* ziet die vanwege een impliciete éézijdige wilsverklaring ontstaat. *Underhill* en *Scott*, en met hen *Martin*, zijn daarentegen van mening dat het beter is om het begrip *implied trust* niet te hanteren, terwijl *Zwalve* van mening is dat de *implied trust* geen zelfstandige *trust*categorie is. Vanwege de dubbele betekenis die de term *implied trust* kan hebben, namelijk *implied by fact* en *implied by law*, is de uitdrukking *implied trust* weliswaar steeds meer ongebruikelijk geworden, zij het dat enige kennis van dit onderscheid een goed begrip bevordert.

Trust implied by fact

Van een *trust implied by fact* is sprake indien uit de feitelijke omstandigheden van een concreet geval is af te leiden dat een bepaalde rechtshandeling moet worden opgevat als een *transfer in trust* of als een *declaration in trust*, kortom: als een totstandbrenging van een *express trust*²¹⁸. *Trusts implied by fact* komen derhalve tot stand vanwege een - door de *equityrechter* op grond van feiten en omstandigheden veronderstelde - (impliciete) bedoeling (*intention*) van

²¹⁸ Zie *Uniken Venema*, 1990, p. 177.

2.6 Classificatie van de trust
2.6.1 De wijze waarop trusts ontstaan

partijen²¹⁹. De ontstaansgrond is derhalve gelegen in een veronderstelde partijwil, zodat de *trust implied by fact* – zo men wil – ook kan worden gerekend tot de *express trust*. Aldus formulerend kan ook de *resulting trust* tot de *trusts implied by fact* worden gerekend. Van een *resulting trust* is bv. sprake indien bij een overdracht aan een *trustee* door de *settlor* niet wordt beschikt over de totale *equitable interest*. Met betrekking tot het “restant” van de *equitable interest* wordt dan aangenomen dat dit krachtens een *resulting trust* is blijven toebehoren aan de *settlor* van de *trust*. Van een *resulting trust* is ook sprake indien *legal interest in property* is overgedragen, maar uit feiten en omstandigheden de bedoeling blijkt dat de *beneficial interest* niet moe(s)t overgaan. In een *resulting trust* is aldus het element aanwezig van een verborgen bedoeling om een *trust*-verhouding tot stand te brengen²²⁰, welke door de *equity*-rechter wordt “ontdekt”.

Trust implied by law

Van een *implied trust by law* is sprake indien een *trust* zonder meer van rechtswege tot stand komt en die geheel onafhankelijk is van enige (veronderstelde) partijbedoeling. Zulke *trusts* worden ook als *constructive trusts* aangeduid. Kenmerkend voor een *constructive trust* is dat deze doorgaans juist wordt opgelegd – door het *equity*-recht – tégen de wil van de daarbij als *trustee* aangeduide persoon. Een *constructive trust* ontstaat indien een persoon van rechtswege als *trustee* wordt aangemerkt van bepaalde hem weliswaar in *legal ownership* toebehorende goederen, doch die hij – naar de maatstaf van het *equity*-recht – niet ten eigen bate behoort te behouden, opdat aldus bv. ongerechtvaardigde verrijking wordt gecorrigeerd²²¹.

In verschillende situaties kan een *constructive trust*-verhouding door de rechter worden opgelegd. Bijvoorbeeld in het geval dat overdracht van een goed bij vergissing door overdrager plaatsvond en de verkrijger daarvan wist. In het geval dat een verkrijger door middel van dwang of bedrog, dan wel vanwege bv.

²¹⁹ Zie Uniken Venema, 1990, p. 177.

²²⁰ Zie Pallandt, 1992, p. 10.

²²¹ Zie Zwalve, 2000, p. 319-320, hij wijst erop dat er op het gebied van de *constructive trust* belangrijke verschillen bestaan tussen het Engelse recht enerzijds en het privaatrecht in een groot aantal deelstaten van de VS anderzijds. In de deelstaten wordt de *constructive trust* gebruikt als een instrument om een ongegronde vermogensverschuiving te corrigeren. In Engeland wordt in zo algemene zin geen gebruik gemaakt van de figuur van de *constructive trust*. Dikwijls worden andere criteria van meer beperkte strekking gehanteerd dan die van de ongerechtvaardigde verrijking in algemene zin. Aldus kent het beeld van de *constructive trust* een nogal verbrokkelde structuur, waaraan de omstandigheid dat in het Anglo-Amerikaanse in mindere mate dan in het continentale recht algemene overkoepelende begrippen worden gehanteerd debet is.

een groter geestelijk overwicht (*undue influence*²²²) een goed van de overdrager verkreeg.

Ook wordt een *constructive trust* aangenomen indien een rechtsverhouding tussen twee of meer personen die als een vertrouwensrelatie (*fiduciary relationship*) kan worden gekwalificeerd, wordt geschonden. Tot zulke fiduciaire rechtsverhoudingen behoren o.a. die tussen principaal en agent, vennootschap en bestuurder, tussen maten (*partners*), advocaat (*solicitor*) en cliënt.

Voorts kan een *constructive trust* worden aangenomen bij beëindiging van een samenlevingsrelatie waarbij de ene partij geacht wordt goederen te houden ten behoeve van de andere partij, ook weer met als doel ongerechtvaardigde verrijking van de een ten opzichte van de ander te voorkomen.

Deze vorm van *constructive trust*, waarvan vooral in de familierechtelijke sfeer gebruik is gemaakt, wordt ook wel aangeduid als *new model constructive trust*, zijnde een onmiddellijk uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende *trust*. Daarnaast bestaat er nog een aantal andere rechtsfeiten waaraan *equity* het ontstaan van een *constructive trust* koppelt. Korthedshalve verwijs ik naar hetgeen *Zwalve*²²³ hierover schrijft.

Tot slot is er nog de categorie van de *statutory trusts*. *Statutory trusts* vloeien in een aantal gevallen rechtstreeks voort uit de wet. De wetgever hanteert dan de *trust* als middel tot regulering van rechtsverhoudingen. Ten aanzien van *statutory trusts* kan men het onderscheid maken tussen enerzijds de wijze waarop de *statutory trusts* ontstaan en anderzijds hetgeen men met *statutory trusts* wil bereiken.

a Naar wijze van ontstaan onderscheidt men:

- *statutory trusts* die ontstaan omdat een bepaalde wet aan de rechter de bevoegdheid toekent om een *trustee* te benoemen.
- *statutory trusts* die door de wet zonder enig rechtelijk ingrijpen worden gecreëerd.

b Naar het doel dat men wil bereiken onderscheidt men:

- *statutory trusts* die tot doel hebben een bepaalde beheerspolitiek te regelen.

²²² Zie *Zwalve*, 2000, p. 545. Als voorbeelden van groot geestelijk overwicht noemt hij: groot maatschappelijk aanzien en veel hogere leeftijd, een relatie als die van arts en patiënt, *solicitor* en cliënt, voogd en pupil, werkgever en werknemer. Naast groot geestelijk overwicht kan ook een noodtoestand bij de wederpartij *undue influence* tot gevolg hebben.

²²³ Zie *Zwalve*, 2000, p. 320-330.

Hiervan is bv. sprake in geval van faillissementssituaties. Dan wordt er door de rechter, in geval door hem een faillissement wordt uitgesproken, op grond van een *Bankruptcy* (oftewel *Insolvency*) *Act* een *trustee in bankruptcy* benoemd. Ook in het geval dat door een erflater geen *executor* is benoemd en hij dientengevolge geen voorziening heeft getroffen voor het beheer en de vereffening van zijn nalatenschap kan op verzoek van de erfgenamen door de rechter een *administrator* worden benoemd, die dan als een *statutory trustee* wordt beschouwd. De erfgenamen hebben dan een *equitable title* met betrekking tot geld of goederen uit de nalatenschap, terwijl de *administrator* de *legal title* heeft. Voor een goed begrip wordt nog benadrukt dat in deze gevallen door de rechter krachtens een wettelijke bepaling, gelijktijdig met de benoeming van een *trustee*, een *trust* wordt gecreëerd. Dit in tegenstelling tot die situaties waarin een rechter voor een reeds bestaande *trust* door benoeming in een *trustee* voorziet. Zwalve²²⁴ geeft een aantal voorbeelden van *statutory trusts* die de zakenrechtelijke structuur van het Anglo-Amerikaanse recht op bepaalde punten corrigeren, zoals de *statutory trust for sale* die ontstond op grond van de *Law of Property Act* van 1925 en die bedoeld was om een oplossing te bieden voor het probleem dat kon ontstaan indien iemand een onroerende zaak aan meerdere personen in onverdeelde aandelen had overgedragen of vermaakt. In geval van *joint tenancy* waren deelgenoten namelijk niet bevoegd om ieder voor zich over hun onverdeeld aandeel (*undivided share*) te beschikken. In zulke situaties ontstond van rechtswege een *statutory trust for sale* tengevolge waarvan de deelgenoten in de gemeenschap van rechtswege werden beschouwd als *joint tenants* van de *legal title*, zulks echter onder de wettelijke last van een *trust for sale*. Omdat de *statutory trusts* alsook de *constructive trusts* buiten de reikwijdte van dit onderzoek liggen, schenk ik aan deze *trust*vormen geen verdere aandacht. Dientengevolge schenk ik hierna met betrekking tot de wijze waarop *trusts* ontstaan uitsluitend aandacht aan:

1 de trusts die tot stand komen vanwege een min of meer duidelijk (expliciete) éézijdige wilsverklaring (*expressis verbis*) door de settlor

Deze *trusts* worden derhalve gekenmerkt door het feit dat de *settlor* de totstandkoming beoogde, hetgeen uit mondelinge of schriftelijke mededelingen kan blijken. Tot de *express trusts* worden gerekend de *bare trust*, de *fixed trust* en de *discretionary trust*.

2 de resulting trusts

²²⁴ Zie Zwalve, 2000, p. 334-337.

2.6.1.1 De express trusts

2.6.1.1.1 Het onderscheid in trusts voorzover het de wijze van ontstaan betreft

*Trusts*²²⁵ worden voorzover het de wijze van ontstaan betreft, onderscheiden in:

a *inter vivos trusts*

b *testamentary trusts*

ad a *Inter vivos trusts*²²⁶

De motieven voor het creëren van een *inter vivos trust* zijn divers. Daartoe behoren de wens om de heffing van inkomstenbelasting of successierechten te verminderen, of om zich van deskundig vermogensbeheer te verzekeren, of om te voorkomen dat men zich genoodzaakt ziet een testament op te maken²²⁷. Van een *inter vivos trust* is sprake indien een *settlor* zijn uitdrukkelijke éenzijdige wilsverklaring om bij leven een *express trust* op te richten in een notariële akte, in een handgeschreven document of slechts een simpel geschreven papier vastlegt, dan wel mondeling zijn wil dienaangaande kenbaar maakt. Zulk een *trust* wordt ook wel *living trust* genaamd. Het tot stand brengen van een *living trust* is doorgaans vormvrij zodat in beginsel geen vormvoorschriften²²⁸ gelden, behalve indien wettelijke regels naar Engels recht zulke vormvoorschriften vereisen²²⁹.

²²⁵ Zie Martin, 2001, p. 67. Hij onderscheidt daarnaast binnen de groep van *express trusts* ook nog *executed* en *executory trusts* en *completely* en *incompletely constituted trusts* (p. 68-70), een onderscheid waarop ik vanwege de verfijning niet nader inga.

²²⁶ Zie Zwalve, 2000, p. 307, wijst erop dat de *inter vivos trust* de oudste *trust*vorm is omdat de *common law* vóór de *Statute of Wills* van 1545 niet de mogelijkheid kende om bij testament over een *estate* in onroerend goed te beschikken, zodat men zich gedwongen zag om allerlei beschikkingen, die krachtens het continentale recht bij testament konden worden getroffen, onder de levenden te treffen. Zie ook hiervoor: Hoofdstuk 1, “*De trust in historisch perspectief*”.

²²⁷ Zie ook Scott, 1939, p. 135.

²²⁸ Zie Bogert, 1987, p. 25.

²²⁹ Zoals de overdracht van onroerend goed door middel van een akte en de registratie daarvan in een openbaar register; de registratie van eigendomsrechten met betrekking tot auto's en de registratie van de overdracht van aandelen door de vennootschap, zie S. Gardner, “*An introduction to the law of trusts*”, Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 74. Voorts geldt een vormvoorschrift voor *trusts* die bij uiterste wilsbeschikking worden ingesteld en die op het moment van het overlijden van de *settlor* moeten ontstaan. De rechtshandeling die strekt tot het instellen van de *trust* moet schriftelijk worden vastgelegd en door de *settlor* in aanwezigheid van de twee getuigen worden ondertekend, zie Aertsen, 2004, p. 26.

2.6 Classificatie van de trust

2.6.1.1.1 Het onderscheid in trusts voorzover het de wijze van ontstaan betreft

Mochten de vormvoorschriften die voor het instellen van een *trust* gelden niet in acht worden genomen, dan betekent dat in beginsel dat geen rechtsgeldige *trust* tot stand komt. De *settlor* moet (naar Engels recht doorgaans) twee beschikkingshandelingen verrichten teneinde de *trust* rechtsgeldig tot stand te brengen:

- hij moet een of meer van zijn goederen onder *trust*verband brengen en tevens verklaren ten behoeve van wie hij het *trust*verband realiseert,
- hij moet de desbetreffende goederen aan de *trustee* overdragen. Deze overdracht moet uiteraard wél voldoen aan de vormvoorschriften die voor de overdracht van de betreffende goederen gelden.

Een *inter vivos trust* blijft overigens na het overlijden van de *settlor* doorlopen en heet ook dan een *inter vivos trust*. Zelfs als de *settlor* zich vaag heeft uitgedrukt, dan nog kan van een *express trust* sprake zijn, mits uit de omstandigheden de intentie van de *settlor* dienaangaande voldoende duidelijk is (af te leiden), bv. uit een verzoek of uitgesproken verwachting²³⁰. Doorgaans wordt echter een akte opgemaakt waarin de rechten en plichten alsook de bevoegdheden van de *trustee* duidelijk worden omschreven, waarin is vastgelegd wie de *beneficiaries*²³¹ zijn en waarin de duur en de wijze van beëindiging van de *trust* is bepaald. Vaak is aan deze akte een lijst toegevoegd van de goederen die in *trust* worden overgedragen. Voor een rechtsgeldige overdracht van de goederen dienen deze nog wel op de daarvoor bestemde wijze te worden overgedragen. Met andere woorden: het opmaken en ondertekenen van de akte annex aanhangsel heeft géén overdracht van de goederen tot gevolg.

²³⁰ Zie Oakley, 2003, p. 38.

²³¹ Bij een *inter vivos trust* kan de *settlor* - naast anderen - ook zichzelf als *beneficiary* aan wijzen. Zo kan hij zichzelf als *beneficiary* een *life interest* toekennen en de *remainder interest* aan een andere *beneficiary*. Zie Sonneveldt, 2000a, p. 22.

Declaration of trust

Voor de totstandkoming van een *inter vivos trust* is het niet noodzakelijk dat de *settlor* aan een *trustee* één of meer goederen overdraagt (*transfer in trust*). De *settlor* kan namelijk ook volstaan met het afleggen van een verklaring, de zgn. *declaration of trust*, dat hij bepaalde vermogensbestanddelen voortaan alleen nog maar houdt en beheert in de hoedanigheid van *trustee* ten behoeve van één of meer *beneficiaries*²³². Bij een *declaration of trust* vindt derhalve geen vermogensoverdracht aan een derde, de *trustee* plaats. Wel wordt tengevolge van de *declaration of trust* de *equitable title* als het ware losgemaakt van de *legal title* en aan de *beneficiary* toegekend, waarna de *settlor* de *legal title* alleen nog maar in zijn kwaliteit van *trustee* houdt. Van een overdracht van de *equitable title* aan de *beneficiary* is echter geen sprake.

De aanspraken die de *beneficiary* krijgt, vinden hun oorsprong in de éézijdige wilsverklaring van de *settlor* en niet vanwege een overdracht. Zulk een *declaration of trust* kan bij leven (schriftelijk) zijn opgemaakt, doch voor het eerst bekend worden na de dood van de *settlor*. Ook dan wordt de *trust* geacht te zijn ontstaan op het moment waarop de *settlor* een daartoe strekkende verklaring heeft afgelegd. Het gevolg hiervan is dat de in *trust* gegeven goederen ten tijde van het overlijden geen deel meer uitmaken van de boedel. De overledene hield de *trustgoederen* namelijk sinds zijn *declaration of trust* in zijn kwaliteit van *trustee*. Een *declaration of trust* is de meest eenvoudige methode om aan een derde een (*equitable*) beneficiair belang bij een goed te verstrekken²³³. Voor een goed begrip van de (*inter vivos*) *trust* is het noodzakelijk te benadrukken dat in het Anglo-Amerikaanse recht de *transfer in trust*, alsook de *declaration of trust* een éézijdige rechtshandeling door de *settlor* is. Van een *contract* (in continentaal-rechterlijke

²³² Er moet duidelijk sprake zijn van zulk een verklaring. Een voornemen om iets te geven is niet voldoende. Zie Maitland, 1909, p. 72 : “*An imperfect gift is no declaration of trust*”. De gedachte hierbij is dat iemand die iets geeft, zijn rechten dienaangaande kwijt raakt. Doch iemand die zichzelf tot *trustee* ten behoeve van een ander verklaart behoudt zijn rechten, zij het dat hij ze inperkt.

²³³ Zie voor een beschouwing van de *declaration of trust* vanuit een continentaalrechtelijk perspectief: Uniken Venema, 1990, p. 149-150. Zie ook M.E. Koppenol-Laforce, “*Inbreng van Nederlandse goederen in een trust*”, in themanummer “*De Trust in Nederland*”, *WPNR*, nummer 6281, jaargang 128, 20 september 1997, Koninklijke Notariële Broederschap, 1997a, p. 549-550. Zij wijst erop dat in de Nederlandse doctrine enige twijfel bestaat of deze wijze van instelling (*trustverklaring*) ook kan worden toegestaan indien het een in Nederland gelegen zaak (of vermogensrecht) betreft. Zie ook haar voetnoot 46. Door een verklaring van de rechthebbende, die vormvrij kan geschieden, komt het eigenaarsbelang bij een ander dan de juridische eigenaar te liggen. Overigens naar Nederlands recht brengt zulk een situatie slechts obligatoire verplichtingen met zich mee.

2.6 Classificatie van de trust

2.6.1.1.1 Het onderscheid in trusts voorzover het de wijze van ontstaan betreft

zin) tussen een *settlor* en een *trustee*, waarbij beheersafspraken worden gemaakt, is dan ook geen sprake²³⁴. Zo er al bij het tot stand brengen van een *trust* afspraken tussen deze beiden worden gemaakt, dan worden deze aangeduid als *agreements*, welke niet tot het Anglo-Amerikaanse overeenkomstenrecht behoren.

In het Anglo-Amerikaanse recht worden enkele afzonderlijke sectoren onderscheiden, namelijk: a. “*contracts*”, b. “*contracts under seal*” en c. “*agreements in equity*” (afspraken).

Van een (afdwingbaar) *contract* (overeenkomst) kan slechts sprake zijn indien er ook een *consideration* (tegenprestatie) is, hetgeen bij een *trustagreement* niet het geval is. Dit betekent overigens niet dat sommige afspraken naar Anglo-Amerikaans recht niet kunnen worden afgedwongen. Hiertoe behoren de afspraken om niet, zoals de schenking, die afdwingbaar zijn indien zij zijn vastgelegd in een *deed* én de *agreements in equity*, zoals de afspraken die in het kader van een *trust*creatie worden gemaakt. Deze *agreements* behoren niet tot het eigenlijke contractenrecht en zijn onderworpen aan heel andere rechtsregels²³⁵. Voor het tot stand brengen van een (*inter vivos*) *trust* zijn *agreements* overigens geen vereiste. Met andere woorden: het *trust*verband ontstaat door de éenzijdige wilsverklaring van de *settlor* zonder dat de *trustee* hiervan op de hoogte hoeft te zijn en zelfs voor dat hij heeft geaccepteerd. Hetzelfde geldt ten aanzien van de *beneficiaries*, ook zij behoeven niet op de hoogte te zijn van de totstandkoming van de *trust*²³⁶ en zij behoeven evenmin in te stemmen met hun aanwijzing. Desondanks komt een (*inter vivos*) *trust* rechtsgeldig tot stand, tenzij er slechts één *beneficiary* is aangewezen en die dan vervolgens verwerpt. Voor de totstandkoming van een *transfer in trust* is wél vereist dat de inbreng van de *trustgoederen* (*transfer of property*) rechtsgeldig tot stand komt²³⁷ en dat voldoende

²³⁴ In het Anglo-Amerikaanse recht is van een contract alleen sprake als er een *consideration* (tegenprestatie) aanwijsbaar is.

²³⁵ Zie Uniken Venema, 1971, p. 126-127.

²³⁶ Zie Scott, 1939, p. 151.

²³⁷ De wijze van overdracht is afhankelijk van de soort *property*. Zo vereist overdracht van onroerend goed een akte, vereisen effecten de juiste overdrachtsformulieren, *equitable interests* en auteursrechten een geschrift, roerende zaken een schenkingsakte of bezitoverdracht en een wissel bekrachtiging. Voorbeelden ontleend aan: Maudsley and Burn, 1978, p. 75. In dit verband is het nogmaals goed te bedenken dat het onder *trust*verband brengen van goederen, niet is gebaseerd op een daaraan ten grondslag liggende overeenkomst, maar is gebaseerd op een éenzijdige rechtshandeling. De daadwerkelijke overdracht van vermogen door de *settlor* aan de *trustee* is wél een constitutief vereiste voor het ontstaan van een *trust*. Daarbij is het van belang vast te stellen welk recht op de overdracht van goederen van toepassing is. Zo geldt dat bij overdracht van Engelse of Amerikaanse goederen door een Engelse of Amerikaanse *settlor*, de overdracht aan de *trustee* éenzijdig kan geschieden. Worden daarentegen in Nederland gelegen goederen overgedragen waarop krachtens het Nederlandse internationaal privaatrecht het Nederlandse recht van toepassing is, dan dient te zijn voldaan aan de vereisten die Titel

duidelijk is dat de *settlor* die overdracht als een *transfer in trust* heeft bedoeld²³⁸. Een *trustee* is echter alleen gebonden als hij instemt met zijn aanwijzing als *trustee* (*acceptance*), hetgeen kan blijken uit door hem verrichte *trust*handelingen. Indien hij echter nog geen taken als *trustee* heeft uitgeoefend dan heeft hij het recht om zijn aanwijzing als *trustee* te verwerpen (*disclaimer*). De *trust* blijft dan echter wél bestaan! Een adagium in het Engelse recht luidt namelijk: “*a trust never fails for want of a trustee*”. Ter vervanging van de “weigerende” *trustee* kunnen *beneficiaries* vervolgens aan de *equity*-rechter vragen een nieuwe *trustee* te benoemen, tenzij de *settlor* zelf reeds een vervangende *trustee* heeft aangewezen omdat hij met een mogelijke verwerping reeds rekening hield. Van een gerechtelijk toezicht is bij een *living trust* vrijwel nooit sprake, dit in tegenstelling tot de *testamentary trust*.

ad b Testamentary trusts

Een *express trust* kan ook *mortis causa* tot stand komen indien een *testator* in zijn/haar geldig testament zulks heeft bepaald en zijn/haar bedoeling om daarmee een *trust* tot stand te brengen voldoende duidelijk is. In dat geval wordt via de testamentaire beschikking een goed vermaakt aan een derde, met als gevolg dat deze als *legal owner* het goed voortaan houdt en als *trustee* beheert ten behoeve van een of meerdere derden, de *beneficiary(ies)*, zijnde de *equitable owners*. Opdat sprake is van een rechtsgeldig testament dient in het Engelse recht te zijn voldaan aan vormvereisten die de *Wills Act 1837* daaraan stelt. Kort samengevat betekent dit dat het testament schriftelijk moet zijn opgemaakt, zij het dat geen notariële akte²³⁹ is vereist. Het dient door de *testator*, dan wel door een ander in zijn aanwezigheid en in zijn opdracht, te zijn ondertekend. Daarbij dienen ten minste twee getuigen te zijn, die het testament eveneens tekenen. Hoewel duidelijk moet zijn dat de *testator* de bedoeling heeft gehad om een *trust* tot stand te brengen, behoeft dit niet uit het testament als zodanig

3:4 BW voor de overdracht van goederen stelt. Dit betekent dat de levering van het goed door een beschikkingsbevoegde krachtens een geldige titel dient te geschieden, wil van een rechtsgeldige overdracht sprake zijn.

²³⁸ Zie ook Zwolve, 2000, p. 313.

²³⁹ *Common law* kent geen authentieke akten, zoals onze notariële akte, evenmin als een met de Nederlandse notaris vergelijkbare beroepsgroep. Werkzaamheden op het gebied van de overdracht van onroerend goed, van familierechtelijke regelingen en van testamenten worden doorgaans verricht door *solicitors*. Een *notary public* is een ambtenaar die o.a. *affidavits* (beëdigde (gerechtelijke) verklaringen) kan opmaken, een functie die overigens ook door *solicitors* kan worden verricht. *Solicitors* dienen op hun beurt te worden onderscheiden van *barristers* die van oudsher het monopolie op procesbijstand in de *common law courts* hebben en, sinds de *Judicature Acts*, in de *Supreme Court of Judicature*. Zie Zwolve, 2000, p. 161.

2.6 Classificatie van de trust

2.6.1.1.2 Voorwaarden voor en materiële beperkingen aan de totstandkoming van trusts

te blijken²⁴⁰. De opvallend ruime regels dienaangaande hebben de vorming van *fully secret trusts*²⁴¹ en *half secret trusts* tot gevolg gehad. Een *testamentary trust* is dus opgenomen in een testament en krijgt pas werking na het overlijden van de *settlor*. Doorgaans staat in het testament zelf slechts vermeld dat de erflater een *trust* bij overlijden wenst te vormen en wordt voor de verdere uitwerking van deze intentie verwezen naar een aan het testament gehechte *trustakte*. Na het overlijden wordt eerst de nalatenschap door de executeur-testamentair (*personal representative*) afgewikkeld, daarna wordt hetgeen resteert aan de *trustee(s)* overgedragen. De *trust* die dan ontstaat is onderworpen aan het toezicht van het gerecht onder wiens toezicht de nalatenschap is afgewikkeld (*probate court*). Het gevolg hiervan is dat de *trustee(s)* op geregelde tijden rekening en verantwoording tegenover het gerecht dient(en) af te leggen over het door hem/hen gevoerde beleid, tenzij de *settlor* de *trustee(s)* hiervan uitdrukkelijk heeft vrijgesteld.

2.6.1.1.2 Voorwaarden voor en materiële beperkingen aan de totstandkoming van trusts

Voor de totstandkoming van een *trust* dient aan drie *voorwaarden* te worden voldaan:

²⁴⁰ Zie Zwolve, 2000, p. 307.

²⁴¹ Van een *fully secret trust* is sprake indien een *testator* formeel door middel van zijn testament vermogen aan A nalaat, doch A door de *testator* tijdens leven op informele wijze is geïnformeerd dat hij het vermogen als *trustee* voor B dient te houden. Hoewel uit het testament blijkt dat A de *absolute beneficial owner* van het vermogen is, houdt hij het vermogen als *trustee* vanwege een totstandgekomen *constructive trust*. Daarbij is het niet van belang of de informele afspraak voor of na de totstandkoming van het testament is gemaakt. Van belang is of de *trustee* precies op de hoogte is gebracht van hetgeen het *trust*vermogen omvat én dat de *trustee* tijdens het leven van de *settlor* de *trust* expliciet dan wel impliciet heeft aanvaard. *Secret trusts* konden dankzij de rechtelijke uitspraken van de *Chancery Division* ontstaan vanwege de wens voorzieningen te kunnen treffen voor *mâitresses* en onwettige kinderen. *Testamentary trusts* vereisen namelijk een geschrift, tengevolge waarvan feiten worden ontbloot die een *testator* liever geheim wil houden. De totstandkoming van een *secret trust* wordt overigens niet snel aangenomen. De *beneficiary* die stelt krachtens een *secret trust* te hebben verkregen, dient zulks te bewijzen. Een *half-secret trust* ontstaat indien een *testator* testamentair bepaalt dat A als *trustee* vermogen verkrijgt zonder de *beneficiary* testamentair te benoemen. De identiteit van de *beneficiary* is dan door de *testator* op informele wijze eerder aan de *trustee* kenbaar gemaakt. Het verschil met een *secret trust* is dat het bij een *half-secret trust* van begin af aan duidelijk is dat A niet als *beneficial owner* verkrijgt maar als *trustee*. Zie G. Watt, "Trust and Equity", second edition, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 199-200. In dezelfde zin: Pettit, 2006, p. 127-128.

1 de *settlor* dient handelingsbekwaam, handelingsbevoegd en beschikkingsbevoegd te zijn.

2 aan de zgn. “*three certainties*” dient te worden voldaan.

3 de *trust* dient voor de *trustee(s)* administratief hanteerbaar te zijn (o.a. het *de facto* kunnen vaststellen wie *beneficiaries* zijn) en de *trust* dient door het gerecht te kunnen worden gecontroleerd.

Voorts dient met een drietal *materiële beperkingen* rekening te worden gehouden, te weten:

1 “*the rule against perpetuities*”

2 “*the rule against inalienability*”

3 “*the rule against accumulations*”

a Voorwaarden

a.1 Handelingsbekwaamheid, handelingsbevoegdheid en beschikkingsbevoegdheid

Wil een *trust* tot stand kunnen komen dan dient de *settlor*, dat een natuurlijk persoon dan wel rechtspersoon kan zijn, handelingsbekwaam, handelingsbevoegd en beschikkingsbevoegd te zijn. Handelingsonbekwaam is een persoon die in het algemeen geen hemzelf bindende rechtshandelingen kan verrichten, zoals een minderjarige, de onder curatele gestelde en hij die krachtens een rechterlijk bevel in een krankzinnigeninrichting is opgenomen. De regels dienaangaande hebben doorgaans ten doel de handelingsonbekwame te beschermen.

Een handelingsonbekwame kan echter wél normaal partij zijn bij een overeenkomst, maar alleen als deze voor hem is gesloten door zijn wettelijk vertegenwoordiger. Van belang hierbij is de vraag naar welk recht beoordeeld dient te worden of en wanneer iemand handelingsbekwaam is.

De handelingsbekwaamheid en de daarmee in beginsel samenhangende meerder- of minderjarigheid van een persoon wordt bepaald naar het recht van de staat waarvan de persoon de nationaliteit heeft. Dit betekent dat een persoon met de Nederlandse nationaliteit tenminste de leeftijd van 18 jaren dient te hebben bereikt teneinde een *trust* tot stand te kunnen brengen.

Handelingsonbevoegd is men als een handelingsbekwaam persoon bepaalde rechtshandelingen niet rechtsgeldig kan verrichten. De regels met betrekking

tot de handelingsbevoegdheid hebben doorgaans tot doel de belangen van wederpartij van de onbevoegde of die van het algemeen belang te beschermen. De beschikkingsbevoegdheid is een voorwaarde om eigendom van goederen te kunnen overdragen. Deze bevoegdheid wordt overigens niet beoordeeld naar het toepasselijke recht op de levering van een goed (*lex rei sitae*), maar naar het toepasselijke recht op de rechtsverhouding waaraan de *settlor* zijn beschikkingsbevoegdheid ontleent. Het is immers krachtens die rechtshandeling dat de *settlor* eigenaar van de goederen is geworden. De beschikkingsbevoegdheid kan beperkt zijn vanwege faillissement, curatele en bewind, het huwelijksgoederenregime en vanwege rechten die anderen op betrokken goederen hebben. Voor de overdracht van de goederen is tenslotte een levering vereist, welke naar Nederlands recht meerzijdig is. De wijze van levering is afhankelijk van de soort van te leveren goederen²⁴².

a.2 De “three certainties”^{243/244}

Certainty of words (certainty of intention).

Het moet voldoende duidelijk zijn dat de *settlor* daadwerkelijk bedoeld (heeft), door middel van een éézijdige rechtshandeling, een *express trust* tot stand te willen brengen en dat niet slechts sprake is van het opleggen van een morele verplichting. Deze voorwaarde wordt strikt toegepast²⁴⁵.

Dit betekent dat indien de intentie om een *trust* te vormen niet voldoende kan worden vastgesteld, de *trust* niet ontstaat. Er dient dus sprake te zijn van

²⁴² Indien op de levering van goederen Nederlands recht van toepassing is, dan geldt t.a.v. roerende goederen die geen registergoederen zijn ingevolge art. 3:90 lid 1 BW een levering d.m.v. bezitsverschaffing (desnoods ingevolge art. 3:115 sub a BW door *constitutuum possessorium* wanneer de *trustee* zich in het buitenland bevindt). Ingevolge art. 3:89 BW worden registergoederen overgedragen d.m.v. een notariële akte en inschrijving daarvan in de openbare registers. Ook de aandelen op naam in een Nederlandse NV of BV dienen ingevolge artt. 2:86 lid; 2:196 lid 1 BW d.m.v. een notariële akte te worden geleverd.

²⁴³ In “*Knight v Knight*” (1840), stelde Lord Langdale drie wezenlijke vereisten voor de totstandkoming van een *trust* vast:

“As a general rule it has been laid down, that when property is given absolutely to any person, and the same person is by the giver who has power to command, recommended, or entreated or wished, to dispose of that property, in favour of another, the recommendation, entreaty or wish shall be held to create a trust: First, if the words are so used, that upon the whole, they ought to be construed as imperative; Secondly, if the subject of the recommendation or the wish be certain; and, Thirdly, if the object or persons intended to have the benefit of the recommendation or wish be also certain”. Zie Mowbray, 2000, p. 69.

²⁴⁴ Zie ook Martin, 2001, p. 97-102, Hayton, 1986, p. 115, Pettit, 2006, p. 44.

²⁴⁵ Zie Maudsley and Burn, 1978, p. 43,

een uiting (in woord, geschrift of gebaar) waaruit de bedoeling kan worden afgeleid, tenzij de wet een meer strikte vorm voorschrijft, zoals de *Statute of Wills* in geval van een *testamentary trust*²⁴⁶. Omdat *equity* meer let op intentie dan op vorm²⁴⁷, zijn geen technische bewoordingen vereist om een *express trust* tot stand te brengen.

Voldoende is dat uit de door de *settlor* gebruikte woorden, mondeling en/of schriftelijk, hoe primitief en/of onvolledig dan ook, alsook uit feiten en omstandigheden met redelijke zekerheid is af te leiden dat de *settlor* de bedoeling heeft/had een *trust* tot stand te brengen. Er worden dus geen bijzondere bewijsmiddelen verlangd. Zo kan een *trust* zelfs in technische zin ontstaan zonder dat de “*settlor*” zich daarvan bewust is. Voldoende is dat het voor een jurist - kennis nemend van feiten en omstandigheden - duidelijk is dat de “*settlor*” de juridische consequenties van zijn handelen heeft bedoeld, welk handelen de totstandkoming van een *trust* tot gevolg kan hebben²⁴⁸. Evenmin is het vereist dat woorden als “*in trust for*” of “*upon trust to*” worden gebruikt²⁴⁹. Doch het wél gebruiken van deze woorden behoeft niet te betekenen dat dientengevolge een *trust* tot stand komt.

In het geval dat woorden worden gebruikt zoals: “*in full confidence that*” of “*in the firm expectation that*”, “*fully trusting that*” alsook “*it is my heartfelt desire that*”²⁵⁰, dan komt een *trust* alleen tot stand als uit andere feiten en omstandigheden blijkt dat er geen sprake is van slechts een morele verplichting maar van een daadwerkelijke juridische verplichting²⁵¹.

Sinds het midden van de 19^e eeuw is het uitgangspunt dat er alleen dan een *trust* ontstaat indien op grond van feiten en omstandigheden kan worden vastgesteld dat de *settlor* een “*binding obligation*” tot stand heeft willen brengen²⁵², zij het

²⁴⁶ Bogert wijst erop dat een paar staten van de V.S. wettelijke bepalingen kennen met betrekking tot de inhoud van de door de *settlor* te bezigen woorden wil een *trust* tot stand kunnen komen. Zie Bogert, 1987, p. 26.

²⁴⁷ “*Equity regards the intention rather than the form*”.

²⁴⁸ Zie Hayton, 1986, p. 133 en noot 65 aldaar.

²⁴⁹ Zie Hayton, 2003b, p. 75.

²⁵⁰ Men duidt deze verzoeken aan als *precatory expressions*. Zie Bogert, 1987, p. 41.

²⁵¹ Zie Hayton, 2003, p. 82. Zo ook Bogert, 1987, p. 41.

²⁵² Daarvoor hadden de rechtbanken de neiging om aan te nemen dat elke uiting van de *settlor* - wens, vertrouwen, overtuiging, aanbeveling dan wel hoop of dergelijke - bindend was en dientengevolge een *trust* deed ontstaan. Zie Oakley, 1994, (6th edition, 1994) p. 90, alsmede Bogert, 1987, p. 42. Martin, 2001, p. 95, wijst erop dat de *Court of Chancery* er toe neigde om de door een erflater geuite wens te beoordelen als een door de erflater geuite bedoeling om een bindende *trust* tot stand te brengen. De oorzaak van deze “ruimhartige benadering” was dat - in gevolge een door de “*Ecclesiastical Courts*” vastgestelde regel - een executeur-testamentair die een “*estate*” beheerde het recht had om voor zichzelf te kunnen beschikken over dat deel van de opbrengst waarin door het testament niet werd voorzien. Zie in dit

dat dit niet betekent dat hij zich bewust moet zijn dat hij daarmee juridisch beoordeeld een *trust* tot stand brengt. Van een “*binding obligation*” is geen sprake indien de “*settlor*” aan zijn schenking een verzoek of aanbeveling verbindt zodat de “*begunstigde*” zelf kan bepalen of hij hieraan wel of geen gevolg geeft²⁵³. In zulk een geval is sprake van een schenking aan de *begunstigde* en niet van het tot stand komen van een *trust* waarbij sprake is van een scheiding tussen “*legal-*” en “*equitable ownership*”²⁵⁴. De gebruikte woorden dienen zodanig te zijn, dat daaruit – in hun onderlinge samenhang – een dwingende juridische verplichting valt af te leiden^{255/256}. Blijkens gerechtelijke uitspraken dient het bewijs daarvan “*clear*”, “*convincing*”, “*explicit*” en “*unequivocal*” (ondubbelzinnig) te zijn²⁵⁷. Een *trust* komt overigens niet tot stand indien een eigenaar van een zaak verklaart dan wel belooft dat hij *in de toekomst* een *trust* met betrekking tot de zaak tot stand wil brengen. Een *trust* komt daarentegen wél tot stand indien de *settlor* een zaak in *trust* aan een *trustee* overdraagt, doch daarbij bedingt dat de *beneficiaries* pas na verloop van tijd, bv. pas na het overlijden van de *settlor*, opbrengsten mogen gaan genieten. Hetzelfde geldt indien sprake is van een *declaration of trust*.

Voor de totstandkoming van een *trust* is niet vereist dat de *settlor* de *beneficiary* inlicht over zijn intentie hem als zodanig te willen bevoordelen, zij het dat het niet inlichten van de *beneficiary* een sterke aanwijzing kan vormen dat de *settlor* niet de definitieve bedoeling heeft gehad een *trust*verhouding tot stand te brengen²⁵⁸. Bij de vorming van een *testamentary trust* dienen daarentegen wél (vorm)vereisten in acht te worden genomen, hetgeen ook geldt voor de overdracht van onroerende goederen indien die deel uitmaken van een *trust*.

Certainty of subject(s)-matter

(Redelijke²⁵⁹) zekerheid dient te bestaan ten aanzien van de goederen waarop de *express trust* betrekking heeft, het voorwerp van de *trust*²⁶⁰. Dit betekent niet alleen dat het onderwerp van *trust* dient vast te staan, met andere woorden: er

verband ook Scott, 1939, p. 153–155. Zie Pettit, 2006, p. 70–71, waarin hij ingaat op de ontwikkeling van de jurisprudentie betreffende “*certainty of words*”.

²⁵³ Zie Sheridan, 1993, p. 112.

²⁵⁴ Zie Scott, 1939, p. 148.

²⁵⁵ Zie Oakley, 1994, p. 97–98.

²⁵⁶ Voor een meer uitvoerige behandeling van “*case law*” inzake “*certainty of words*” verwijs ik naar Hayton, 1986, p. 115–139.

²⁵⁷ Zie Bogert, 1987, p. 26.

²⁵⁸ Zie Scott, 1939, p. 151.

²⁵⁹ Zie Hayton, 2003b, p. 77.

²⁶⁰ *Trust*goederen worden veelal aangeduid als *trust res*, *trust property*, *trust principal* alsook als *corpus*. Zie Bogert, 1987, p. 71.

dient een *trust*goed te zijn, maar ook dat de *beneficial interests* kunnen worden vastgesteld²⁶¹, met andere woorden: het recht van de begunstigde(n) moet kunnen worden vastgesteld. Wanneer er geen goed is dat onderwerp is van de *transfer in trust* of van de *declaration in trust* dan komt er geen (*express*) *trust* tot stand²⁶² en kan dus ook geen sprake zijn van “*beneficial interest*”. Dit laatste is van belang vanwege de voorrang die *equity* verbindt aan het zijn van *beneficial owner*. Een voorrang die van belang kan zijn als er ook concurrente crediteuren zijn die zulk een voorrang niet kennen.

Beneficial interests kunnen soms - bij het ontbreken van een *trust* – van rechtswege, dat wil zeggen op grond van een *constructive trust* worden aangenomen. Alle goederen die in (mede²⁶³) eigendom kunnen worden gehouden en die door middel van schenking of koop/verkoop kunnen worden overgedragen, zijnde onroerend dan wel roerend, lichamenlijk dan wel onlichamelijk, *legal* dan wel *equitable*, kunnen in *trust* worden gehouden, hetzij vanwege een overdracht aan een derde als *trustee*, hetzij vanwege een *declaration of trust*. In principe kunnen dus alle goederen onderwerp van een *trust* zijn, mits het goed op het moment van het ontstaan van de *trust* bestaat²⁶⁴ of althans voldoende identificeerbaar is²⁶⁵ en wettelijk overdraagbaar is²⁶⁶. Ook is het mogelijk om met betrekking tot een goed/meerdere goederen meer dan één *trust* tot stand te brengen. Zo kan een *settlor* desgewenst bepalen dat 1/3 deel van een goed in *trust* aan *trustee* A wordt overgedragen, 1/3 deel van hetzelfde goed aan *trustee* B en 1/3 deel aan *trustee* C, telkens ten behoeve van andere *beneficiaries*²⁶⁷. Een *trust* komt echter niet tot stand indien slechts sprake is van een aanwijzing om bepaalde personen te bedenken zonder expliciet te vermelden op welke wijze dit dient te geschieden. Dientengevolge kan een *trust* niet tot stand komen indien een subject wordt omschreven als: “*the bulk of my estate*”; “*such parts of my estate as she shall not have sold*”; “*anything that is left*” danwel “*all my other houses*”²⁶⁸. Een *trust* komt evenmin tot stand indien het een goed/goederen betreft waarover de *settlor* ten tijde van de intentieverklaring nog niet beschikt/kan beschikken, doch waarvan hij hoopt of verwacht deze in de toekomst wél te verwerven.

Indien er meer dan één *beneficiary* is, dan moet voldoende duidelijk zijn in

²⁶¹ Zie Hayton, 1986, p. 137.

²⁶² Zie Scott, 1939, p. 438. Mowbray, 2000, p. 49-50.

²⁶³ Zie Scott, 1939, p. 439.

²⁶⁴ Hiertoe dienen ook te worden gerekend toekomstige opbrengsten van bestaande goederen. Zie Scott, 1939, p. 470.

²⁶⁵ Zie Pettit, 2006, p. 47-48.

²⁶⁶ Niet overdraagbaar zijn overheidssalarissen en pensioenrechten, alsook acties uit onrechtmatige daad. Zie Scott, 1939, p. 442/443.

²⁶⁷ Zie Scott, 1939, p. 440.

²⁶⁸ Zie Martin, 2001, p. 97.

welke verhouding het *trust*vermogen over de verschillende *beneficiaries* moet worden verdeeld. Mocht de *settlor* dit niet voldoende kenbaar hebben gemaakt dan kan de rechter de regel “*Equity is equality*” toepassen, met als gevolg dat alle *beneficiaries* een aanspraak van dezelfde omvang krijgen. Deze regel geldt uiteraard niet indien sprake is van een *discretionary trust*, omdat dan de *settlor* heeft volstaan met het aanwijzen van een groep van potentiële *beneficiaries* (*a specified class of beneficiaries*), waarbij de *trustee* de bevoegdheid heeft gekregen om te bepalen wie uit deze groep van potentiële *beneficiaries* een *equitable interest* krijgt. Van een *equitable interest* is geen sprake zolang de *trustee* nog geen definitieve beschikking heeft genomen²⁶⁹.

Certainty of object(s)

De *object(s)* van de *trust*, dat wil zeggen de *beneficiary(ies)* moet(en) bepaald zijn, dan wel op eenvoudige wijze te bepalen zijn²⁷⁰ omdat er anders niemand is ten gunste van wie de rechter de *trust* kan afdwingen²⁷¹. Is de *beneficiary* niet bepaald, dan wel kan deze niet op eenvoudige wijze worden bepaald, dan heeft dit tot gevolg dat er een *resulting trust* ontstaat krachtens welke de *trustee* de *trust properties* onder zich houdt ten behoeve van de *settlor* of diens rechtverkrijgenden. Aan de voorwaarde dat de *beneficiaries* bepaald moeten zijn, dan wel bepaalbaar moeten zijn is ook voldaan als de *settlor* een *trust* tot stand brengt ten behoeve van de leden van een groep die als zodanig voldoende bepaald is, dan wel te bepalen is binnen de vanwege de “*rule against perpetuities*” geldende termijn. Een *trust* kan wél tot stand komen ten behoeve van nog ongeborn (klein)kinderen van de *settlor*. Ten aanzien van de vraag wie tot aan de geboorte van het (klein)kind gerechtigd is tot de opbrengsten van het in *trust* overgedragen goed geldt, dat – tenzij in de *trust*akte anders is bepaald – de *settlor* geacht wordt gerechtigd te zijn tot de opbrengsten omdat de *trustee* geacht wordt de goederen onder zich te houden krachtens een *resulting trust* ten behoeve van de *settlor*.

Hoewel de *subject matter* alsook de *objects* van de *trust* voldoende bepaald dienen te zijn wil een *express trust* tot stand kunnen komen, is het desondanks mogelijk dat de *settlor* aan de *trustee* de bevoegdheid toekent om zelf te bepalen wie – binnen een door de *settlor* bepaalde groep van *beneficiaries*²⁷² – welk deel zal ontvangen (*discretionary trust*), mits de discretionaire bevoegdheid van de *trustee*

²⁶⁹ Zie Aertsen, 2004, p. 23–25.

²⁷⁰ Zie Hayton, 1986, p. 139 e.v., Ph. H. Pettit, 2006, p. 50.

²⁷¹ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 18.

²⁷² Een *trust* waarbij uitsluitend de *trustee* geheel zelfstandig kan bepalen wie *beneficiary* is, zonder dat de groep waartoe deze moet behoren door de *settlor* is aangeduid, is nietig. Zie Bogert, 1987, p. 121.

voldoende vaststaat, de groep van *beneficiaries* voldoende is bepaald (zij het dat de groep van potentiële *beneficiaries* zeer omvangrijk kan zijn) en hetgeen voor uitkering aan hen in aanmerking komt eveneens voldoende is vastgesteld. Het moge duidelijk zijn dat dientengevolge niet valt uit te sluiten dat de *discretionary powers* van de *trustee* op gespannen voet kunnen komen te staan met twee van de drie bepaalbaarheidvereisten, te weten *certainty of subjects* en *certainty of objects*. Indien in tegenstelling tot de *discretionary trust* door de *settlor* reeds bij het tot stand komen van de *trust* is bepaald wie van de *beneficiaries* tot welk deel is gerechtigd, spreekt men van een *fixed trust*. Doorgaans komt een *trust* tot stand ten behoeve van twee of meer *beneficiaries*. Zij kunnen tegelijkertijd gezamenlijk gerechtigd zijn tot de opbrengsten van het *trust*vermogen, maar zij kunnen ook opeenvolgend gerechtigd zijn, hetgeen bv. het geval is indien is bepaald dat één *beneficiary* gedurende zijn leven de opbrengsten van het *trust*vermogen geniet en dat na zijn overlijden het *trust*vermogen door de *trustee* aan de overige *beneficiaries* dient te worden overgedragen. Indien sprake is van gelijktijdige gezamenlijke gerechtigdheid en één van de *beneficiaries* overlijdt dan wordt(en) de overblijvende *beneficiary(ies)* gerechtigd in zijn deel. Met andere woorden: het deel waartoe de overledene gezamenlijk met anderen gelijktijdig in het *trust*vermogen gerechtigd was, vererft niet. Hoewel een *trust* doorgaans wordt gevormd ten behoeve van twee of meer *beneficiaries* is de aanwijzing van slechts één *beneficiary* ook mogelijk.

Vaak wordt hiervoor gekozen als rechtstreekse overdracht van een goed wettelijk niet mogelijk is, dan wel indien de *settlor* vanwege de jeudige leeftijd van bv. zijn kind een goed pas op termijn aan hem wenst over te dragen, doch in de tussentijd het kind wel de opbrengsten uit het goed wil laten genieten. Indien de *settlor* de enige *beneficiary* is, hetgeen zich bv. voordoet indien hij een goed in *trust* aan een *trustee* overdraagt opdat deze aan hem gedurende zijn leven opbrengsten van het *trust*vermogen uitkeert, waarna bij overlijden het goed tot zijn nalatenschap gaat behoren, dan noemt men zulk een *trust*, een *living trust*. *Beneficiaries* kunnen overigens natuurlijke alsook rechtspersonen zijn, mits zij rechtens in staat zijn eigendom van het *trust*goed te bezitten. Dientengevolge kunnen minderjarigen en geestelijk onvolwaardigen *beneficiaries* zijn, evenals publieke en private rechtspersonen. *Beneficiaries* kunnen ook buitenlanders zijn.

a.3 Administratief hanteerbaar en rechtens controleerbaar

Ten slotte dient ook nog te worden voldaan aan het vereiste dat de groep van *beneficiaries* administratief hanteerbaar moet zijn²⁷³, hetgeen niet het geval is als

²⁷³ Zie Hayton, “Anglo-Amerikaanse trust”, opgenomen in “Vertrouwd met de trust, Trust en Trustlike

bv. sprake is van een *discretionary trust* voor alle inwoners van Veldhoven (43.879 inwoners per 1 februari 2012).

b Materiële beperkingen

Tussen de wens van eigenaren om voor vele opvolgende generaties voor te kunnen schrijven hoe bepaalde goederen beheerd moeten worden en aan wie ze moeten toekomen en het meer algemene belang dat substantiële vermogens niet gedurende langere tijd aan het vrije economische verkeer worden onttrokken en dat goederen vervreembaar moeten kunnen zijn, bestaat een spanningsveld. Het resultaat is een compromis. Enerzijds is het toegestaan om vermogen onbeperkt in de tijd te binden aan een doel dat de wetgever wenst te bevoordelen: de charitatieve instelling. Anderzijds mag vermogen slechts gedurende een verhoudingsgewijs korte tijd (familierechtelijk) gebonden zijn. De regelgeving die hierop betrekking heeft duidt men aan als:

- 1) “*the rule against perpetuities*²⁷⁴” ook wel “*the rule against the remoteness of vesting*²⁷⁵” genaamd, alsmede
- 2) de daarvan afgeleide “*rule against inalienability*” en
- 3) de “*rule against accumulations*”.

b.1 “The rule against perpetuities”

In de loop der tijd is gebleken dat het niet voldoen aan de *rule against perpetuities* een van de meest voorkomende oorzaken is geweest van het nietig zijn van *equitable interests* onder een *trust*. *The rule against perpetuities* trekt een grens in de tijd die niet kan worden overschreden. Dat wil zeggen dat binnen een bepaalde periode de opschortende voorwaarde waarvan een *non-vested future interest*²⁷⁶ afhankelijk is gemaakt, dient te zijn vervuld, waardoor een *non-vested interest* wordt omgezet in een *vested interest*. Met andere woorden, binnen een bepaalde periode moet:

arrangements”, Serie Onderneming en Recht, deel 5, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, p. 27.

²⁷⁴ Hier in de betekenis van “*in perpetuity*” d.w.z. in eeuwigheid, voor altijd, definitief.

²⁷⁵ Zie Uniken Venema, 1990, p. 93. Bogert, 1987, p. 184.

²⁷⁶ *Non-vested future interests*, ook wel *contingent future interests* genaamd, zijn rechten afhankelijk gemaakt van een opschortende voorwaarde.

1) vaststaan dat aan de opschortende voorwaarde is voldaan op grond waarvan het recht van een begunstigde ontstaat, dan wel

2) vaststaan dat het niet meer mogelijk is om aan de opschortende voorwaarde binnen de gestelde termijn te voldoen. Vóór de totstandkoming van de *Perpetuities and Accumulations Act 1964* gold in Engeland (evenals in Amerika) dat de *perpetuities*-periode gelijk was aan de resterende levensduur van een of meer daartoe aangewezen personen die in leven zijn ten tijde van het instellen van de *trust*²⁷⁷ vermeerderd met 21 jaar²⁷⁸. De klassieke formulering²⁷⁹ van deze regel luidt als volgt:

*“No interest is good unless it must vest, if at all, not later than twenty-one years after some life in being at the creation of the interest”*²⁸⁰.

De kern van deze bepaling is de eis dat het op het moment van het tot stand brengen van de *trust* reeds absoluut zeker moest zijn dat aan de gestelde voorwaarde alleen kon worden voldaan vóór het verstrijken van de *perpetuities*-periode. Als aan de gestelde voorwaarde in theorie ook zou kunnen worden voldaan ná het verstrijken van de *perpetuities*-periode, dan werd het voorwaardelijk toekomstig recht geacht nietig te zijn. Met andere woorden: toekomstige rechten werden alleen erkend indien voor 100 % vaststond, dat ze aan het einde van de *perpetuities*-periode, zijnde de levensduur van een of meerdere daartoe bij de totstandkoming van de *trust* aangewezen personen vermeerderd met 21 jaar, ófwel onvoorwaardelijk bestonden, ófwel in het geheel niet meer konden ontstaan. De omschrijving van de voorwaarde, waarvan het recht afhangt, is dus bepalend voor de geldigheid van het recht als toekomstig recht²⁸¹.

Een voorbeeld²⁸² moge dit verduidelijken.

Indien een *settlor* bepaalde dat de door hem ten behoeve van zijn kinderen in *trust* gegeven goederen na hun overlijden dienden toe te komen aan zijn

²⁷⁷ Vóór de totstandkoming van de *Perpetuities and Accumulation Act 1964* konden deze personen (*lives in being*) nog in leven zijnde nakomelingen van algemeen bekende personen zijn, zoals nakomelingen van bv. Woodrow Wilson of Queen Victoria. Sinds de *Perpetuities and Accumulation Act 1964* kunnen *lives in being* uitsluitend zijn de *settlor*, een of meer van de *beneficiaries*, de ouders of grootouders van de *beneficiaries* en personen die gerechtigd zijn tot een *prior interest*.

²⁷⁸ De periode van 21 jaar mocht verlengd worden met de resterende periode van zwangerschap indien een nog ongeborn kind (*en ventre sa mère*) gerechtigd was. Zie Pettit, 2006, p. 218.

²⁷⁹ J.C. Gray, “*The rule against perpetuities*”, 3th edition, 1915, Appendix H.

²⁸⁰ Zie Scott, 1939, p. 390.

²⁸¹ Zie Uniken Venema, 1954, p. 224.

²⁸² Ontleend aan Koppenol-Laforce, 1997, p. 20.

kleinkinderen, waarna de *trust*goederen uiteindelijk na het overlijden van de kleinkinderen aan de achterkleinkinderen dienden toe te komen, dan stond pas na het overlijden van het laatste kleinkind het recht van de achterkleinkinderen op het *trust*goed vast. Want pas na het overlijden van het laatste kleinkind konden er geen achterkleinkinderen meer komen. Met andere woorden: het overlijden van het laatste kleinkind moest plaats vinden binnen de *perpetuities*-periode²⁸³. Sinds de *Perpetuities and Accumulation Act* 1964 geldt naast de “oude” *perpetuities*-periode, een tijdsduur van maximaal 80 jaar of zoveel korter als de *settlor* bepaalt. Voorts kent deze wet het zgn. “*wait and see*”- *principle*, hetgeen betekent dat pas ná het verstrijken van de *perpetuities*-periode wordt beoordeeld of aan de gestelde voorwaarde is voldaan. Is dit niet het geval dan vervalt het aanvankelijk wél geldig geacht voorwaardelijke recht²⁸⁴. Met andere woorden: in het geval dat krachtens *common law* een voorwaardelijk toekomstig recht vanaf zijn begin nietig zou zijn, geldt ingevolge de *Perpetuities and Accumulation Act* 1964 dat men eerst “*waits and sees*” of inderdaad niet aan de gestelde voorwaarde binnen de *perpetuities*-periode is voldaan. Essentieel in de *rule against perpetuities* is het begrip *vesting*. Een toekomstige aanspraak van een *beneficiary* kan definitief gevestigd, d.w.z. onvoorwaardelijk (*vested*) zijn, dan wel onder opschortende voorwaarde (*contingent*) zijn. Een aanspraak is *vested* indien aan drie voorwaarden is voldaan:

- 1 degene die een aanspraak heeft bestaat en is als zodanig aangewezen.
- 2 de omvang van zijn beneficiair belang is vast te stellen.
- 3 de eventueel aan de aanspraak verbonden voorwaarde(n) is (zijn) vervuld.

Een aanspraak kan derhalve definitief zijn (*vested*), doch het genot daarvan kan in de tijd zijn uitgesteld. Vandaar dat men het onderscheid maakt in:

- a) *vested in possession*, hetgeen betekent dat men het recht direct kan gebruiken en genieten.
- b) *vested in interest*, hetgeen betekent dat men een recht heeft op toekomstig gebruik en genot²⁸⁵.

²⁸³ Zie voor andere illustratieve voorbeelden: Uniken Venema, 1990, p. 94-95. Sheridan, 1993, p. 141. Chick, 1968, p. 63. Hayton, 2003a, p. 131-134.

²⁸⁴ Zie Uniken Venema, 1990, p. 96. Zie voor een verdere uitwerking van de *rule against remoteness*: Oakley, 2003, p. 238-252, 2006, p. 217-218.

²⁸⁵ Zie Oakley, 2003, p. 241.

Zodra een *interest* is *vested* is voldaan aan de *rule against perpetuities* en is het niet meer van belang hoe lang de *beneficiary* daarna van dit recht geniet, dan wel hoe lang de *trust* duurt.

b.2 “*The rule against inalienability*”²⁸⁶

Een (logisch) gevolg van de *rule against perpetuities* is dat het vermogen (en de opbrengsten) van een *trust* niet (permanent) onvervreembaar (*inalienable*) mag worden gemaakt. De reden hiervoor is dat onroerend goed en andere goederen vrij in het economisch verkeer verhandelbaar moeten kunnen zijn en dat grenzen moeten worden gesteld aan de vrijheid van *settlers* (en erfslaters) om goederen te onttrekken aan de beschikkingsmacht van rechthebbenden en daarmee aan het vrije economische verkeer²⁸⁷. Alleen dan kan het marktmechanisme werken. Een aan een *trust* overgedragen goed is onvervreembaar indien een bepaling de overdracht van het goed verhindert. De *rule against inalienability*, ook wel *rule against perpetual trusts* genaamd, heeft derhalve tot doel te voorkomen dat een *settlor trust* goederen voor zeer lange tijd aan het economisch verkeer onttrekt. Hierop is echter een uitzondering, namelijk de overdracht aan een *charity-trust*, ook wel *charitable trust* genaamd. De periode dat een goed krachtens een bepaling daartoe onvervreembaar mag zijn is gelijk aan de *perpetuities*-periode zoals die gold vóór de *Perpetuities and Accumulation Act* 1964. Algemeen wordt aangenomen dat niet de 80-jaar periode van de *Perpetuities and Accumulation Act* geldt²⁸⁸. Na het verstrijken van de maximale termijn dient het *trust*kapitaal weer te worden aangewend voor een ander doel dan dat van de *trust*, hetgeen wordt bereikt door de *trust* op te heffen zodat het vermogen ter vrije beschikking van de *beneficiaries* komt²⁸⁹.

b.3 “*The rule against accumulations*”

Een ander gevolg van de *rule against perpetuities* is dat het inkomen uit *trust*kapitaal niet voor een onbeperkt aantal jaren mag worden opgepot tengevolge waarvan niemand de opbrengsten kan genieten. *Settlers* mogen wél aan *trustees* opdragen dat inkomsten uit het *trust*vermogen gedurende een bepaalde periode worden opgepot, dan wel worden geherinvesteerd en dientengevolge niet aan *beneficiaries* worden uitgekeerd, doch deze periode is wettelijk beperkt. Aanleiding tot

²⁸⁶ Ook wel aangeduid als “*the rule against excessive duration of trusts.*”

²⁸⁷ Zie Uniken Venema, 1990, p. 96.

²⁸⁸ Zie Martin, 2001, (*12th edition*) p. 347.

²⁸⁹ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 21.

2.6 Classificatie van de trust

2.6.1.1.2 Voorwaarden voor en materiële beperkingen aan de totstandkoming van trusts

deze beperking vormde de uitspraak in de zaak *Thelluson v Woodford*²⁹⁰ (1798), resulterend in de zgn. *Thelluson Act* (1800) waarbij de accumulatie-periode werd beperkt. Thans geldt dienaangaande de *Law of Property Act* 1925 en *Perpetuities and Accumulating Act* 1964 op grond waarvan de algemene regel geldt dat inkomen niet langer mag accumuleren dan²⁹¹:

- het leven van de *settlor* zelf.
- 21 jaar te rekenen vanaf het moment van ingaan van de *trust*, of vanaf het moment van dood van de *settlor*.
- de periode van minderjarigheid²⁹² van hem/hen die ten tijde van het inwerkingtreden van de *trust*, dan wel op het tijdstip van overlijden van de *settlor* in leven was/waren of *en ventre sa mère*. Mocht de *settlor* – ondanks de wettelijke beperkingen dienaangaande – toch bepalen dat de inkomsten uit het *trust*vermogen over een periode dienen te accumuleren langer dan die welke vanwege de *rule against accumulations* is toegestaan, dan heeft dit niet tot gevolg dat de totstandkoming van de *trust* als zodanig nietig is. Slechts de bepaling betreffende de accumulatie van opbrengsten is dan nietig²⁹³.

Vorenschreven *rules* hebben tot gevolg dat een *settlor* niet onbeperkt kan voorschrijven hoe zijn in *trust* gegeven vermogen door de *trustee(s)* beheerd moeten worden en aan wie het moet toekomen, zij het dat desondanks deze periode verhoudingsgewijs nog steeds lang kan zijn, te weten:

1 betreffende *remoteness in vesting*: 21 jaar na het overlijden van de langstlevende persoon van de daartoe bij instelling van de *trust* door de *settlor* aangewezen kring van personen en/of maximaal 80 jaar ingevolge de *Perpetuities and Accumulation Act* 1964.

²⁹⁰ In deze zaak had *Mr. Thelluson*, die in 1797 overleed, bepaald dat het inkomen van het in *trust* overgedragen vermogen, zijnde ten tijde van zijn overlijden ongeveer £ 700.000 waard, gedurende de *perpetuity*-periode diende te accumuleren, hetgeen in casu een periode van meer dan 70 jaar betekende en een op basis van samengestelde interest mogelijk geaccumuleerd vermogen van meer dan £ 140.000.000 ten tijde van het overlijden van het jongste achterkleinkind op een veronderstelde leeftijd van 80 jaar. Zie Riddall, 1996, p. 55.

²⁹¹ Zie voor een verdere uitwerking van deze bepalingen: Sheridan, 1993, p. 145-148.

²⁹² Sinds de *Family Law Reform Act* 1969 eindigt de minderjarigheid bij het bereiken van de leeftijd van 18 jaar.

²⁹³ Zie voor een verdere uitwerking hiervan: Riddall, 1996, p. 57-59.

2 betreffende *inalienability*: 21 jaar na het overlijden van de langstlevende persoon van de daartoe bij instelling van de *trust* door de *settlor* aangewezen kring van personen.

3 betreffende *accumulations*: 21 jaar na de datum van het instellen van de *trust*, of vanaf de dood van de *settlor* of de periode van minderjarigheid van personen die in leven zijn (of *en ventre sa mère*), hetzij op het moment dat de *trust* door de *settlor* wordt ingesteld, hetzij op het moment dat de *settlor* overlijdt.

2.6.1.2 De resulting trusts

Een *resulting trust*, zijnde een *implied trust in act*, ontstaat indien een persoon over een goed beschikt onder omstandigheden die tot de conclusie leiden dat hij daarbij niet de bedoeling heeft (gehad) om degene die het goed verkrijgt ook de gehele of gedeeltelijke *beneficial interest* te verschaffen. Met andere woorden: in het geval van een *resulting trust* is uit de omstandigheden af te leiden dat het niet de bedoeling is dat degene die de *legal title* van het goed verkrijgt ook de *beneficial interest* verkrijgt.

Scott²⁹⁴ onderscheidt drie situaties waarin sprake is van het ontstaan van een *resulting trust*²⁹⁵.

Van een *resulting trust* is volgens hem sprake indien:

1. een *trust* vanwege onvolkomenheden of omstandigheden geheel of gedeeltelijk niet tot stand komt. Een *trust* komt niet tot stand indien bv geen *beneficiaries* zijn genoemd, dan wél zijn genoemd maar niet kunnen worden opgespoord. Of indien in het geval van een *testamentary trust* de *beneficiary* vooroverlijdt tengevolge waarvan de testamentaire beschikking van de *beneficial interest* vervalt. Een *express trust* komt niet tot stand indien de *beneficiary* het hem toegekende recht verwerpt en weigert de *beneficial interest* te accepteren. Voorts komt een *express trust* ook niet tot stand als haar doel onwettig is. Een *express trust* komt bv. gedeeltelijk tot stand indien een *trust* is gecreëerd ten behoeve van meerdere personen in gelijke delen en de *trust* ten aanzien van een van de beoogde *beneficiaries* niet tot stand komt. Dan ontstaat een *resulting trust* voor zijn *pro rata parte* deel van het goed²⁹⁶.

²⁹⁴ Zie Scott, 1939, p. 2163.

²⁹⁵ Een vergelijkbaar onderscheid wordt ook gemaakt door Chick, 1968, p. 21. Hij onderkent de “*failure of an express trust*”; de “*failure to exhaust the beneficial interest*” en de “*purchase in the name of another*”.

²⁹⁶ Zie voor andere voorbeelden: Scott, 1939, p. 2175–2218.

2. een *trust* wél tot stand komt – *inter vivos* dan wel *testamentary* – doch niet het gehele *beneficial interest* in het *trust*goed wordt benut. Deze situatie kan zich voordoen indien slechts ten aanzien van een deel van het *trust*goed een *express trust* wordt gevestigd, zodat een *resulting trust* resteert met betrekking tot het overblijvende deel ten behoeve van de *settlor*, dan wel diens erfgenamen²⁹⁷. Hiervan is sprake indien een *trust* wordt gecreëerd waarbij slechts gedurende een beperkte periode over het *beneficial interest* wordt beschikt. Bijvoorbeeld indien een goed *in trust for life* is overgedragen ten behoeve van een met name genoemde *beneficiary* én voorts geen besluit is genomen ten aanzien van de *beneficial interest* na het overlijden van de *beneficiary*. Voorts wijst Bogert²⁹⁸ er in dit verband nog op dat van een *resulting trust* eveneens sprake is indien door de *settlor* méér vermogen in *trust* wordt overgedragen dan voor de verwezenlijking van het *trust*doel noodzakelijk is én de *settlor* niet expliciet heeft bepaald dat het surplus eveneens in *trust* gehouden dient te worden.

3. een goed wordt verworven en de koopprijs door de koper wordt betaald, doch waarbij in diens opdracht het goed door de verkoper aan een derde wordt overgedragen²⁹⁹.

In de hiervoor onder 1 en 2 genoemde gevallen wordt uit de aard van de rechtsverhouding opgemaakt dat het niet de bedoeling is dat degene die de *legal title* verkrijgt tevens *beneficial owner* wordt. De gedachte hierbij is dat indien een *express trust* vanwege onvolkomenheden of omstandigheden niet of slechts gedeeltelijk tot stand komt, dan wel indien sprake is van een surplus omdat niet het gehele belang bij het *trust*goed is overgedragen, het *trust*goed dan wel surplus niet door de *trustee* in volle eigendom mag worden behouden, doch dat het (resterende) *beneficial interest* dient terug te keren naar de *settlor* en wel omdat de *settlor* op geen andere wijze ten aanzien van het goed, dan wel het surplus, voorafgaand voorzieningen heeft getroffen. De gedachte is hierbij dus niet, dat de *settlor* de vooropgezette bedoeling heeft gehad dat de *beneficial interest* bij het goed of surplus weer naar hem terug zou moeten komen indien van een (geheel of gedeeltelijk) onvolkomen tot stand gekomen *express trust*, dan wel van een surplus mocht blijken. Van zulk een onvolkomenheid zal hij zich logischerwijs niet bewust zijn geweest, zoals hij evenmin een surplus zal

²⁹⁷ In zulk een situatie spreekt men ook wel van een *automatic resulting trust*. Zie Hayton, 1986, p. 401.

²⁹⁸ Zie Bogert, 1987, p. 284–285.

²⁹⁹ In zulk een situatie spreekt men ook wel van een *presumed resulting trust*. Zie Hayton, 1986, p. 401. Bogert duidt zulk een *trust* aan als een *purchase money resulting trust*. Bogert, 1987, p. 266–280.

hebben kunnen voorzien. De gedachte hierbij is dat de *settlor* niet de bedoeling kán hebben gehad dat de *trustee*, op welke wijze dan ook, *beneficial interest* zou kunnen krijgen en dat dientengevolge de *equity*rechter niet anders kan, dan de *trustee* te verplichten – ook vanwege het ontbreken van enige aanwijzing door de *settlor* dienaangaande – tot teruggave van het *trust*goed, dan wel het surplus aan de *settlor*. Aldus wordt recht gedaan – zo wordt door de *equity*rechter verondersteld – aan hetgeen de *settlor* had gewild indien hij zich tevoren een en ander had kunnen realiseren.

Uniken Venema³⁰⁰ geeft navolgende voorbeelden van gevallen waarin een *resulting trust* zich voordoet:

1. A draagt aan B een zaak over in *trust* voor C, doch deze laatste is reeds op het ogenblik van de rechtshandeling overleden. Vanouds is aangenomen dat B dan *resulting trustee* is geworden voor A.
2. A geeft aan B een zaak in *trust*, met opdracht, tot verkoop daarvan over te gaan en de helft aan C uit te keren. B is dan *resulting trustee* voor A wat de andere helft betreft.
3. A koopt aandelen op naam, die daarvoor B in de boeken van de vennootschap laat inschrijven. B wordt dan *resulting trustee* voor A.

In al deze gevallen is sprake van een rechtsvermoeden, inhoudende de veronderstelling, dat de *settlor* zichzelf tot *beneficiary* wilde maken³⁰¹, of althans dat hij de *trustee* niet wilde bevoordelen³⁰². Tegen zulk een rechtsvermoeden is overigens tegenbewijs mogelijk, met als mogelijk gevolg dat de *trustee* kan aantonen dat de *settlor* of degene die de koopprijs heeft betaald wél de bedoeling had om hem te bevoordelen, zodat de *resulting trust* niet tot stand komt.

Voor *resulting trusts* gelden niet alle regels die op *express trusts* van toepassing zijn. Zo is het ontstaan van een *resulting trust* niet afhankelijk van het vervuld zijn van formaliteiten en kan ook een minderjarige een *resulting trustee* zijn³⁰³.

³⁰⁰ Zie Uniken Venema, 1971, p. 129-130.

³⁰¹ Het rechtsvermoeden construeert een wilsverklaring.

³⁰² De grondslag van de *resulting trust* is gelegen in een vermoeden van ongegronde vermogensvermeerdering.

³⁰³ Martin, 2001, p. 238.

2.6.2 De obligatoire aspecten van de trustverhouding

Het ontstaan van een *trust* heeft rechtsgevolgen voor de *settlor*, de *trustee(s)*, de *beneficiary(ies)* alsook derden, waaronder crediteuren.

De aard, omvang en duur van deze rechtsgevolgen zijn afhankelijk van de soort van *trust* die door de *settlor* wordt gevormd en daarmee van hetgeen de *settlor* met de instelling van de *trust* beoogt te bewerkstelligen, en dus van de daarbij door hem/haar vastgestelde *trustbepalingen*, annex *letter of wishes*³⁰⁴. Daardoor kan de concrete inhoud van het complex van rechten en verplichtingen dat bepalend is voor de verhouding tussen de *trustee* en *beneficiaries* sterk verschillen. Maar ook de aard (en samenstelling) van het *trustvermogen* is vaak mede van invloed op het vaststellen van de *trustverplichtingen*. Hierna komen achtereenvolgens aan de orde de obligatoire aspecten van de *trustverhouding* voor 1. de *settlor*, 2. de *trustee*, 3. de *beneficiary* en 4. de crediteuren.

2.6.2.1 De rechtspositie van de settlor

Indien een *settlor* een *inter vivos trust* tot stand brengt door de *legal ownership* van een *trustgoed* aan een *trustee* over te dragen, dan wel door een *declaration of trust*, en hij daarbij voor zichzelf niet bepaalde rechten als *trustee* of als *beneficiary* voorbehoudt, dan wordt het *trustgoed* definitief afgescheiden van zijn privévermogen, zodat de *settlor* niet langer rechten kan ontleen aan het in *trust* gegeven vermogen. Hij kan daarna nog wel trachten invloed op de *trustee* uit te oefenen, doch deze dient volledig onafhankelijk en zelfstandig beslissingen te nemen. Indien sprake is van een *discretionary trust* en de *settlor* heeft zich niet bepaalde rechten voorbehouden, dan heeft de *settlor* zijn eigendom van de goederen geheel overgedragen en is het uitsluitend aan de *trustee* om te bepalen wie van de *beneficiaries* wanneer en hoeveel uit het *trustinkomen* en *trustvermogen* krijgt. Indien de *settlor* zich daarentegen in de *trustakte* wél bepaalde rechten voorbehoudt (*powers to revoke, modify or control*), dan dient hij zich bewust te zijn van het feit dat sommige van deze rechten nadelige fiscale gevolgen kunnen hebben, dan wel nadelige gevolgen kunnen hebben in het geval van een faillissement. Tot de rechten die hij zich kan voorbehouden behoort o.m. het recht om de *trust* geheel of gedeeltelijk te herroepen - men spreekt

³⁰⁴ In een *letter of wishes* - die geen formele status heeft - informeert de *settlor* de *trustee* schriftelijk omtrent zijn wensen ten aanzien van het handelen van de *trustee*. De *letter of wishes* bindt de *trustee* rechtens niet; het zijn richtlijnen van de *settlor* waarmee de *trustee* rekening kán houden, doch die hij niet hoeft op te volgen. Hij blijft aansprakelijk voor de gevolgen van zijn uiteindelijke beslissing.

dan van een *revocable trust*³⁰⁵ – zulks overigens onverminderd de voordelen die de *beneficiary* voorafgaand aan de herroeping heeft genoten. De *settlor* is alleen dan bevoegd een door hem tot stand gebrachte *trust* te herroepen en daarmee de terugoverdracht van *trust*goederen te bewerkstelligen indien hij zich deze bevoegdheid uitdrukkelijk³⁰⁶ heeft voorbehouden bij het tot stand brengen van de *trust*, tenzij de *settlor* tevens de enige *beneficiary* is³⁰⁷. De bevoegdheid om een *trust* te herroepen (of te beëindigen) kan de *settlor* voorbehouden voor zichzelf, voor zichzelf samen met anderen dan wel toekennen aan een derde. Een dergelijke bevoegdheid is persoonlijk en niet overdraagbaar (erfelijk) en moet worden uitgeoefend overeenkomstig de daaraan gestelde voorwaarden. Met andere woorden: een *settlor* kan een eenmaal door hem tot stand gebrachte overdracht van een *trust*goed niet herroepen omdat hij van gedachten is veranderd, zijn persoonlijk (financiële) omstandigheden zijn veranderd of omdat hij ontevreden is met de wijze waarop de *trust* fungeert. Voorts kan hij zich het recht voorbehouden om *trustees* te vervangen, alsook het recht om *beneficiaries* te vervangen, dan wel om nieuwe *beneficiaries* toe te voegen. Ook kan hij zich het recht voorbehouden om *trust*-inkomen, dan wel *trust*vermogen aan *beneficiaries* toe te wijzen zoals hem dat wenselijk voorkomt. Tevens kan hij zich het recht voorbehouden om *trustees* aanwijzingen te geven hoe het *trust*vermogen geheel of gedeeltelijk dient te worden ge(her)investeed. Hij kan zich een vetorecht voorbehouden, dan wel ten minste het recht om geraadpleegd te worden, alvorens de *trustee* gebruik maakt van zijn discretionaire bevoegdheid om inkomen en/of *trust*vermogen toe te wijzen aan de *beneficiary*.

De *settlor* kan ook besluiten om zich niet bepaalde rechten voor te behouden, maar om aan de *trustees* een memorandum ter hand te stellen, de zgn. *letter of wishes*, waarin hij zijn wensen kenbaar maakt ten aanzien van de wijze waarop *trustees* hun taken dienen uit te voeren. Zulk een *letter of wishes* bindt de *trustees* juridisch niet, doch dienen veeleer als een aanwijzing aan *trustees* bij het uitoefenen van hun taken ten aanzien waarvan zij – uiteraard rekening houdend met hetgeen de *trust*akte dienaangaande (dwingend) bepaalt – volledige beleidsvrijheid hebben. Indien de *trustee* een professionele partij is die geen persoonlijke relatie met de

³⁰⁵ In het geval van een *irrevocable trust* kan het *trust*goed niet vanwege een herroeping terugkeren in het vermogen van de *settlor*. Bij het instellen van een *irrevocable trust* kan de *settlor* zich overigens wel bepaalde rechten voorbehouden, bv. de *power of control*, zonder dat dit het rechtskarakter van de *trust* aantast.

³⁰⁶ Het is echter ook wel mogelijk “to imply a power to revoke”. Zie Thomas/Hudson, 2004, p. 534. Zij wijzen erop dat een bevoegdheid om een nieuwe *trust* tot stand te brengen, het herroepen van een bestaande *trust* inhoudt.

³⁰⁷ Zie Bogert, 1987, p. 527/528. In sommige staten van de V.S. zijn vrijwillig tot stand gebrachte *trusts* rechtens *revocable*, tenzij zij nadrukkelijk als *irrevocable* zijn aangeduid. Ook een gezamenlijke, schriftelijke toestemming door alle *beneficiaries* maakt een *trust revocable*.

2.6 Classificatie van de trust
2.6.2.2 De rechtspositie van de trustee

settlor en/of *beneficiary* heeft dan kan de *settlor* de *powers to revoke, modify or control* ook overdragen aan een zgn. “*protector*” die zowel de *settlor*, alsook de *beneficiary* persoonlijk goed kent³⁰⁸. De *protector*³⁰⁹, die vaak een vriend is van de familie, vormt dan een tegenwicht ten opzichte van de (professionele) *trustee*. De aard en omvang van de bevoegdheden van de *protector* worden bepaald door hetgeen de *trustakte* dienaangaande vermeldt. Doorgaans heeft de *protector* geen uitgebreide bevoegdheden, zij het dat tot zijn bevoegdheden wél kunnen behoren het ontslaan van *trustees* en het benoemen van nieuwe en het uitspreken van een vetorecht³¹⁰. Echter, in het geval dat de invloed en/of controle van de *settlor* (dan wel *protector*) té excessief wordt, dan is niet uit te sluiten dat de *trustee* als een vertegenwoordiger dient te worden aangemerkt. Dit is bv. het geval indien door de *settlor* een *revocable trust* wordt gevormd en de *trustees* aanwijzingen van de *settlor* met betrekking tot (des)investeringen van het *trustvermogen* alsook met betrekking tot uitkeringen van opbrengsten van het *trustvermogen* aan *beneficiary(ies)* dienen op te volgen³¹¹.

2.6.2.2 De rechtspositie van de trustee

Men kan zich afvragen waarom iemand bereid is de functie van *trustee* te aanvaarden³¹². In de uitoefening van zijn taak dient hij zich namelijk exclusief te richten op het belang van de *trust*, waarbij hij geen vergoeding krijgt (tenzij de *trustakte* dienaangaande anders bepaalt). Hij dient daarbij de hoogst denkbare norm van integriteit in acht te nemen³¹³ en is persoonlijk aansprakelijk als hij

³⁰⁸ Zie Hayton, 2003a, p. 136.

³⁰⁹ Tot de bevoegdheden van de *protector* kunnen o.a. behoren de bevoegdheid om de betaling door *trustees* te controleren, het doen controleren van de boeken, het periodiek (doen) controleren van het *trust*beheer, het benoemen en ontslaan van *trustees*, het voorstellen om de *trust* te verplaatsen.

³¹⁰ Zie Sonneveldt, 2000a, p. 53.

³¹¹ Indien de *settlor* zichzelf zeer verregaande bevoegdheden tot herroeping, tot aanwijzing van nieuwe begunstigen, en tot aanwijzingen ten aanzien van de bedrijfsvoering heeft voorbehouden en waarbij hij ook nog zelf een van de *beneficiaries* is, dan is (in het Amerikaanse recht) sprake van een *self-settled trust* welke nietig is ten opzichte van de bestaande, maar ook toekomstige crediteuren van de *settlor*. Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 23.

³¹² Mocht een beoogde *trustee* besluiten om het *trusteeship* niet te accepteren, of mocht hij reeds zijn overleden vooraleer hij heeft kunnen accepteren, terwijl de *trustgoederen* reeds wel op zijn naam staan, dan komt de *trust* toch tot stand doordat de rechter onder zulke omstandigheden een *trustee* zal benoemen (*a trust never fails for want of a trustee*), tenzij duidelijk is dat de *settlor* de *trust* alleen heeft willen creëren in het geval de door hem aangewezen *trustee* in staat en bereid is zijn functie te aanvaarden.

³¹³ Uniken Venema wijst erop dat de *trustee* aan de *beneficiary* loyaliteit verschuldigd is; hij moet zijn eigen belangen volkomen uitschakelen bij de uitoefening van zijn functie. Zie Uniken Venema, 1954, p. 184.

niet aan geldende normen voldoet. Zijn persoonlijke belangen mogen niet conflicteren met die van de *trust*, zodat hij kansen en mogelijkheden kan missen die hem anders wel ten deel zouden vallen. Kortom een *trustee* heeft vele plichten en slechts beperkte rechten. Op hem rusten zware verantwoordelijkheden³¹⁴. Zo is hij in beginsel met zijn eigen vermogen aansprakelijk jegens derden met wie hij ten behoeve van de *trust* zaken doet en is hij jegens *beneficiaries* aansprakelijk indien hij bij de uitoefening van zijn taak nalatig blijkt te zijn. De taken en de daaruit voortvloeiende bewarings- en beheersverplichtingen, alsook de daarmee verband houdende beheersbevoegdheden van *trustees* worden doorgaans bij de totstandkoming van de *trust* door de *settlor* vastgesteld en in de *trustakte* (*trustinstrument*) beschreven³¹⁵. Zij kunnen gering, maar ook zeer veelomvattend zijn, zoals bij een zgn. *family trust*³¹⁶. Kenmerkend is dat de *trustee*, als drager van een fiduciair subjectief recht (in het Engelse recht spreekt men wel van een *fiduciary relationship* tussen *trustee* en *beneficiary*), zich verplicht weet zijn macht – gebaseerd op het zijn van *legal owner* van het in *trust* gegeven vermogen – ten behoeve van een ander, de *beneficiary*, te gebruiken³¹⁷. De wijze waarop hij dit dient te doen hangt af van de “*terms of the trust*”, waarbij de wil van *settlor* en *trustee* bepalend is, daarbij rekening houdend met hetgeen geoorloofd en mogelijk is. Het is hierbij van belang te onderkennen dat er een verschil bestaat tussen de dwingende taken/verplichtingen (*express powers*) van de *trustee* welke uit de *trustakte*, de wet of een rechterlijke uitspraak voortvloeien en zijn eventuele (*implied*³¹⁸) *powers/discretions* (discretionaire bevoegdheden) die uit het doel van de *trust* voortvloeien.

³¹⁴ Gerechtvaardigd is dan ook de vraag waarom een *trustee* van een *express trust* zijn hem toegewezen taak zou aanvaarden en niet zou verwerpen, temeer omdat in het Engelse recht de – niet professionele – *trustee* geen recht heeft op een vergoeding voor zijn “vriendendienst”, tenzij de *trustakte* daarin voorziet hetgeen overigens bij de benoeming van een *trust company* te doen gebruikelijk is.

³¹⁵ Daarnaast kunnen uiteraard wettelijke regelingen gelden betreffende de taken en investeringsbevoegdheden van *trustees*, zoals oorspronkelijk opgenomen in de *Trustee Act* 1925, welke in 2000 werd vervangen door een nieuwe *Trustee Act*.

³¹⁶ Hiervan is sprake indien een *trust* in het leven is geroepen teneinde een verantwoord beheer van een familievermogen te bewerkstelligen, waarbij op een evenwichtige wijze rekening moet worden gehouden met de belangen van de leden van de elkaar opvolgende generaties. De *family trusts* behoren tot de oudste verschijningsvormen van de *trust* en vinden hun oorsprong in de wens om een bepaald vermogensbestanddeel, in het bijzonder onroerend goed, binnen de familie te behouden. Zie Zwalve, 2000, p. 341 en 350.

³¹⁷ Uniken Venema wijst erop dat een recht, dat uit zijn aard voor de daartoe gerechtigde geen enkele bate kan opleveren (tenzij de *trustakte* zulks nadrukkelijk bepaald), voor de *trustee* geen vermogenswaarde kan opleveren en dat het daarom ook niet in zijn faillissement valt en dat diens schulden er niet op verhaalbaar zijn. Zie Uniken Venema, 1954, p. 180-181.

³¹⁸ Zie Bogert, 1987, p. 317-318.

2.6 Classificatie van de trust
2.6.2.2.1 Taken en verplichtingen van de trustee

Een *trust*taak is voor de *trustee* een verplichting die door hem zeer zorgvuldig en op grond van regels van *equity* strikt³¹⁹ moet worden nagekomen. *Powers* daarentegen zijn discretionair. De *trustee* kán deze bevoegdheden wél of niet uitoefenen, ongeacht of hem deze *powers* krachtens wet en/of *trust*akte zijn toegekend, dan wel voortvloeien uit het beheer van de *trust* als zodanig. Zo behoort tot zijn dwingende taak het beleggen van het *trust*vermogen en de niet uitgekeerde opbrengsten daarvan, doch hij heeft een discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de wijze waarop en de waarden waarin wordt belegd (tenzij de *trust*akte dienaangaande dwingende voorschriften kent), zij het dat de *trustee* daarbij minder vrijheden heeft dan een voorzichtig man die zijn eigen vermogen belegt. Zo lang de *trustee* op een juiste wijze zijn taken uitvoert en van zijn discretionaire bevoegdheden gebruik maakt is hij niet aansprakelijk voor verlies of waardevermindering van het *trust*vermogen, mits het verlies of waardevermindering veroorzaakt wordt door feiten en omstandigheden die buiten zijn invloed liggen. Indien er meerdere *trustees* zijn dan dienen zij in beginsel – op basis van unanieme besluitvorming – rechtshandelingen gezamenlijk te verrichten³²⁰, tenzij de *settlor* in de *trust*akte een afwijkende regeling heeft voorzien. Ook de rechter kan in een voorkomend geval van deze unanimiteitseis afwijken.

2.6.2.2.1 Taken en verplichtingen van de trustee

Kenmerkend voor de taken en verplichtingen van een *trustee* is dat zij behoren tot zgn. “*equitable obligations in rem*”. Een gevolg hiervan is dat de verplichtingen van de *trustee* “verbonden” zijn aan het *trust*goed. Met andere woorden: de verplichtingen van de *trustee* gaan over, ongeacht wie het *trust*goed van de *trustee* verkrijgt³²¹. De verplichtingen zijn zaaksgebonden en zijn geen *obligations in personam*. Een ander gevolg hiervan is dat het *trust*goed geen deel kan uitmaken van een faillissement van de *trustee*.

³¹⁹ De leer is echter strenger dan de uitvoering. Enerzijds is het op grond van rechtspraak en wet toegestaan om *professionals* (accountants/advocaten/*trust*kantoren) bij de uitvoering van de *trust*taken in te schakelen, anderzijds is de persoonlijke aansprakelijkheid van de *trustee* door wetgeving beperkt. Zo geeft de *Trustee Act* 1925 de rechtbank de bevoegdheid om een *trustee* redelijkheidshalve niet aansprakelijk te houden indien blijkt dat hij naar eer en geweten heeft gehandeld. Voorts zijn doorgaans in de *trust*akte zelf reeds beperkende bepalingen betreffende persoonlijke aansprakelijkheid van de *trustee(s)* opgenomen. Zie Martin, 1986, p. 499.

³²⁰ In verband daarmee is het van belang dat *trustees* zoveel mogelijk als belanghebbenden te boek staan.

³²¹ Tenzij de verkrijger een *bona fide purchaser for value without notice* is.

Tot de belangrijkste taken en verplichtingen van de *trustee(s)* behoren³²²:

1. het bij benoeming vaststellen of aan alle (formele) vereisten voor benoeming is voldaan; wat de exacte inhoud van de *trustakte* is en welke verplichtingen daaruit voortvloeien; welke *trustgoederen* de *trust* omvat en welke door de *settlor* gestelde *trustvoorwaarden* dienaangaande gelden. Voorts moeten zij inventariseren welke goederen tot het *trustvermogen* behoren, of deze goederen daadwerkelijk aanwezig zijn en zij dienen erop toe te zien dat de *trustgoederen* op een rechtens juiste wijze aan hen in eigendom (*legal ownership*) worden overgedragen. Deze taken duidt men wel aan als “*duties on the acceptance of the trust*”³²³.
2. het opvolgen van de door het *trustinstrument* aan hem gegeven aanwijzingen (*duty to obey the directions of the trust*). Een *trustee* dient de hem gegeven aanwijzingen op te volgen en uit te voeren, tenzij het *trustinstrument*, de wet of de rechter hem de bevoegdheid geeft zulks niet te doen. *Trustees* kunnen hun bevoegdheden overigens niet uitbreiden, ook al zou dit ten voordele van *beneficiaries* zijn.
3. het beschermen van de *trustgoederen* (*duty to safeguard trust assets*). Een *trustee* dient alle redelijke maatregelen te nemen teneinde *trustgoederen* te beschermen. Zo moet hij bv. ervoor zorgen dat schulden aan de *trust* tijdig worden terugbetaald en zonodig daartoe gerechtelijke actie ondernemen. Hij dient ervoor te zorgen dat de *trustgoederen* juist te naam zijn gesteld en dat de *trustgoederen* verzekerd zijn. Ook moet hij een complete inventarislijst van roerende zaken bijhouden onder vermelding van de waarde en bij de verkoop van *trustgoederen* dient hij naar beste vermogen te trachten de optimale prijs te verkrijgen. Voorts moet hij alles nalaten dat de waarde van de *trustgoederen* zou kunnen verminderen.

³²² Zie voor een uitvoerige (artikelsgewijze) uitwerking van deze taken en verplichtingen: Hayton, 2003a, p. 141-156. Zie ook: Hayton, 2003b, *chapter* 11, p. 484-686. Thomas/Hudson, 2004, p. 307-414. Pettit, 2006, p. 389-411. Bogert, 1987, p. 334-449 en 492-513. Ten aanzien van de *duties* van *trustees* maakt laatstgenoemde het volgende onderscheid: *duty to use ordinary skill and prudence; duty of loyalty; duty in transactions with beneficiaries; duty to take possession of the trust property; duty to defend the trust against attack; duty to protect and preserve trust property; duty to separate and earmark trust property; duty to make the trust property productive; duty to examine and review trust investments; duty to change trust investments; duties in making payments to beneficiaries, duty to retain trust documents and vouchers and to keep records; duty to furnish information to the beneficiary; duty to render court accounting.*

³²³ Zie Pettit, 2006, p. 391-393.

4. het op behoorlijke wijze, dat wil zeggen met een redelijke mate van zorgvuldigheid³²⁴ (*[statutory*³²⁵*] duty to exercise reasonable care*) beheren van het trustvermogen (*duty to administer the trustfund*) en wel zodanig dat het trustgoed van het privé-vermogen c.q. van ander trustvermogen en/of van ieder ander vermogen van de trustee(s) is gescheiden (*duty to earmark the trust property*). De privé-belangen van de trustee dienen dus te worden gescheiden van zijn verplichtingen jegens de trust. Het gevolg hiervan is dat hij verplicht is om alle inkomsten, óók die welke toevallig zijn doch die hem toevallen in zijn kwaliteit van trustee, aan de trust af te staan. Behoorlijk beheer omvat mede het uitoefenen van controle, het op tijd innen van vorderingen, het optreden in rechte en het doen verrichten van noodzakelijke reparaties³²⁶. Tevens dient het beheer te zijn gericht op het behalen van rendement. Sinds de *Trustee Act 2000* geldt een nieuwe meer precies gedefinieerde *duty of care*. *Section 1* daarvan bepaalt:

(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 out as having, and

b) if he acts as trustee in the course of a business or profession, to any special knowledge or experience that it is reasonable to expect of a person acting in the course of that kind of business or profession”.

Deze nieuwe wettelijke bepaling legt overigens geen verplichting aan de trustee op om daadwerkelijk iets te doen. Het handelt slechts over de mate van zorgvuldigheid die een trustee in acht dient te nemen indien hij besluit om te handelen; wanneer hij een hem opgelegde taak uitvoert dan wel van een hem toevertrouwde bevoegdheid gebruik maakt, welke is gebaseerd op hetzij de trustakte, hetzij algemeen geldend recht. De trustakte kan overigens de *duty of care* beperken of zelfs geheel uitsluiten, hetgeen doorgaans het geval is indien *professionals* als trustee gaan fungeren³²⁷.

³²⁴ Men spreekt ook wel van de *“prudent man rule”*. Dit houdt in dat een trustee slechts die beleggingen dient te kiezen, die een *“prudent man”* “zich - gegeven de omstandigheden - kan veroorloven. Zie Uniken Venema, 1954, p. 192. Zie ook Bogert, 1987, p. 335, onder noot 4 aldaar, waarin opgenomen: *“such care and skill as a man of ordinary prudence would exercise in dealing with his own property”*.

³²⁵ Sinds de *Trustee Act 2000*.

³²⁶ Zie Uniken Venema, 1954, p. 183.

³²⁷ Zie voor een nader commentaar op deze wettelijke bepaling inzake *duty to exercise reasonable care*: Thomas/Hudson, 2004, p. 319-323.

5. het beschermen van de waarde van het *trust*goed door te beleggen³²⁸ overeenkomstig hetgeen dienaangaande in de *trust*akte en in de *Trustee Act 2000*³²⁹ is bepaald (*duty to invest*). Dat wil zeggen dat de investeringen erop gericht dienen te zijn dat zij zowel opbrengsten genereren, alsook het vermogen als zodanig in stand houden en waarbij het belangrijk is te trachten een goede balans te vinden tussen de groei van de beleggingen en de mate waarin risico's worden gelopen. Dientengevolge dienen de *trustees* het *trust*vermogen, alsook de opbrengsten daarvan, voorzover niet nodig voor het doen van uitkeringen aan *beneficiaries*, te herbeleggen. Doorgaans kent de *trust*akte dienaangaande zeer vergaande bevoegdheden aan de *trustees* toe, bv. de bevoegdheid om gelden naar eigen goeddunken te beleggen als ware zij absoluut eigenaar. Daarbij is het echter wel raadzaam voor hen om zich voorafgaand aan het nemen van investeringsbeslissingen te laten adviseren door deskundigen zoals bedoeld in de *Trustee Act 2000*³³⁰. Uiteraard dient daaraan voorafgaand een kosten/baten analyse te worden gemaakt. In het zeldzame geval dat in de *trust*akte geen bepalingen met betrekking tot de investeringsbevoegdheid van *trustees* zijn opgenomen, geldt hetgeen dienaangaande in de *Trustee Act 2000* is bepaald. Sinds de *Trustee Act 2000* berust de verplichting van *trustees* om het *trust*vermogen te (her)investeren op hetzij de wet, hetzij *express trust powers*, hetzij jurisprudentie dienaangaande. Met de *Trustee Act 2000* zijn wettelijke regels ingevoerd met betrekking tot het investeren van *trust*vermogen en het delegeren van daarop betrekking hebbende taken door *trustees* aan derden, waaronder vertegenwoordigers, beheerders en gevolmachtigden en die ruimer zijn dan die van de *Trustee Investment Act 1961*³³¹. Tot deze regels behoort een algemene

³²⁸ “*To employ money in the purchase of anything from which interest or profit is expected*”. Daarbij gelden als toegestane beleggingen o.a.: al dan niet koersgevoelige vast-rentedragende leningen; preferente aandelen; gewone aandelen, doch niet de aankoop van grond, tenzij de *trust*akte zulks toelaat. Zie voor een uitgebreide verhandeling over de *Duty to Invest*: Martin, 1986, p. 532-549.

³²⁹ De *Trustee Act 2000* vervangt deel I van de *Trustee Act 1926*, de meer restrictieve *Trustee Investment Act 1961* en maakt modern portfolio-beheer mogelijk.

³³⁰ De *Trustee Act 2000* (s5[4]) spreekt in dit verband van *proper advice* hetgeen wordt omschreven als: “*the advice of a person who is reasonably believed by the trustee to be qualified to give it by his ability in and practical experience of financial and other matters relating to the proposed investment*”. Zie Pettit, 2006, p. 421.

³³¹ De wet van 1961 vereiste van *trustees* dat zij het *trust*vermogen scheidde in zgn. “*narrow range-*” en “*wide range-investments*” met de bedoeling dat maximaal de helft van het vermogen geïnvesteerd werd in beleggingen waarvan het risicoprofiel gelijk was aan die van aan de Londense effectenbeurs genoteerde bedrijven. Aldus trachtte de wet speculatieve beleggingen van *trust*vermogen en daarmee mogelijke vermogensverliezen te voorkomen, zij het met als gevolg dat het vrijwel niet mogelijk was om een rendement te behalen gelijk aan een gemiddeld marktrendement. De *Trustee Act 2000* geeft de *trustees* daarentegen een veel ruimere investeringsbevoegdheid.

2.6 Classificatie van de trust
2.6.2.2.1 Taken en verplichtingen van de trustee

bevoegdheid van *trustees* om *trust*vermogen te investeren als waren zij absoluut tot het *trust*vermogen gerechtigd³³². Deze ruime bevoegdheid kan overigens wel weer worden beperkt of uitgesloten door andere wettelijke regelingen die beletten dat bepaalde investeringen worden gedaan door personen waarvan verondersteld wordt dat zij daarvoor over onvoldoende kennis en ervaring beschikken. Echter, doorgaans voorziet het *trustinstrument* reeds in een regeling met betrekking tot op *trustees* rustende verplichtingen en bevoegdheden inzake *trust*-investeringen. Daarbij kan algemeen geldend *trustrecht* – voorzover mogelijk – (impliciet of expliciet) worden uitgesloten of beperkt en daarmee ook de sinds 2000 geldende wettelijk ruime investeringsbevoegdheid van *trustees*. Voorts geldt ingevolge jurisprudentie dat *trustees* in de uitoefening van hun investeringstaken voorzichtig en behoedzaam dienen te zijn, ten opzichte van *beneficiaries* onpartijdig dienen te handelen en daarbij het belang van *beneficiaries* zo optimaal mogelijk moeten behartigen. Ingevolge de *Trustee Act* 2000 dienen de *trustees* bij het (her)investeren van *trust*vermogen rekening te houden met wat de *Trustee Act* 2000 *standard investment criteria* noemt, zijnde het beleggen in *suitable*³³³ *investments* en het spreiden van het investeringsrisico door het aanhouden van een divers samengestelde portfolio passend bij de aard van de *trust*.

6. het beheren van het *trust*goed op een eerlijke en onpartijdige wijze ten voordele van alle *beneficiaries* en wel zodanig dat “*an even hand*”³³⁴ en “*fair balance*” bestaat tussen de belangen van diegenen die reeds (opbrengst)gerechtigd zijn en diegenen die dat eerst in de toekomst zullen worden (*duty to act even-handedly as between beneficiaries*). Daarbij is met name van belang: het evenwichtig verdelen van schulden, kosten en aansprakelijkheden over hen die tot het kapitaal zijn gerechtigd en hen die opbrengstgerechtigd zijn en het verdelen van zulke lasten over volgtijdig gerechtigden. E.e.a. laat overigens onverlet het recht van de *settlor* om desgewenst (bij de totstandkoming van de *trust*) dienaangaande anders – in afwijking van “*fair balance*” – te bepalen.

³³² Deze *general power of investment* is als volgt in de *Trustee Act* 2000, s 3(1) opgenomen: “*a trustee may make any kind of investment that he could make if he were absolutely entitled to the assets of the trust*”.

³³³ *Suitable* in de betekenis dat degenen die een belegging overwegen zich dienen af te vragen of het risico van de belegging al dan niet passend is.

³³⁴ De term “*an even hand*” werd reeds gebezigd in 1866 in *Re Tempest* 1 CH App 484, 487-488, per *Turner LJ*: “*it is of the essence of duty of every trustee to hold an even hand between the parties interested under the trust*”.

7. het binnen een redelijke termijn uitkeren van de inkomsten van de *trust* aan *beneficiaries*, tenzij de *settlor* heeft bepaald dat *trustees* na een zorgvuldige afweging dienaangaande – zelfstandig kunnen bepalen dat geen of slechts een gedeelte van de inkomsten worden uitgekeerd (*duty to distribute property to right persons*). In dat geval wordt wel gesproken van een *non-exhaustive discretionary trust*³³⁵.

8. het op het verzoek van *beneficiaries* verstrekken van inlichtingen over het door hem gevoerde beheer, alsook het aan hen afleggen van rekening en verantwoording dienaangaande, het voeren van een behoorlijke boekhouding en het voor controle door *beneficiaries* beschikbaar houden van *trust*documenten (*duty to keep and render accounts*). *Trustees* zijn civielrechtelijk aansprakelijk indien zij verzuimen om een *trust*goed aan de juiste gerechtigde(n) uit te keren, tenzij de *trust*akte zulk een aansprakelijkheid uitsluit (bv. in het geval dat zij naar eer en geweten hebben gehandeld), dan wel de rechter de *trustees* geheel of gedeeltelijk van zulk een aansprakelijkheid ontslaat omdat zij geacht worden eerlijk en in redelijkheid te hebben gehandeld. In verband hiermee dienen *trustees* in geval van twijfel ten aanzien van bv. de aanspraak of het bestaan/identiteit van een *beneficiary*, de zaak ter beslissing aan de rechter voor te leggen. Indien de *trustee* handelt in strijd met zijn verplichtingen³³⁶ als *trustee*, met andere woorden hij pleegt wanprestatie, dan is sprake van een *breach of trust*. In het geval van een *breach of trust* kan elke *beneficiary* ageren, ongeacht of hij een tegenwoordig dan wel toekomstig (voorwaardelijk) recht heeft.

9. het maken van een juiste afweging alvorens van hun bevoegdheden gebruik te maken, teneinde vervolgens naar eer en geweten en niet wispelturig te handelen. De besluitvorming dient daarbij unaniem te zijn, tenzij de *trust*akte expliciet in een meerderheid van stemmen voorziet dan wel de wet anders bepaalt³³⁷ (*duty to act jointly*).

10. het handelen, indien onbezoldigd, op een wijze gelijk aan die waarop een voorzichtig koopman met betrekking tot zijn eigen belang zou handelen³³⁸,

³³⁵ Zie Sonneveldt, 2000a, p. 46 en de verwijzing aldaar naar *Hayton*.

³³⁶ Verplichtingen (evenals rechten) van de *trustee* ontstaan door het door hem aanvaarden van de voorwaarden die door de *settlor* eenzijdig zijn vastgesteld en zijn dus niet op een *contract* (in de Anglo-Amerikaanse betekenis) gebaseerd.

³³⁷ Zie Pettit, 2006, p. 395-396.

³³⁸ “*unpaid trustees are bound only to use such due diligence and care in the management of the estate as men of ordinary prudence and vigilance would use in the management of their own affairs*”, *Hayton*, 2003b, (14th edition) p. 485 en noot 11 aldaar.

2.6 Classificatie van de trust
2.6.2.2.1 Taken en verplichtingen van de trustee

doch te beleggen op een wijze gelijk aan die waarop een voorzichtig koopman zou beleggen ten behoeve van derden waarvoor hij zich moreel verantwoordelijk weet. Indien hij daarentegen wél bezoldigd is dan wordt van hem een betrokkenheid vereist gelijk aan die welke professioneel van hem mag worden verwacht.

Omdat (professionele) *trustees* in Engeland tot aan de *Trustee Act 2000*³³⁹ *ipso iure* niet gerechtigd waren om een vergoeding voor hun diensten in rekening te brengen (*duty to act gratuitously*), werd (en wordt) doorgaans in een *trust*akte een bepaling opgenomen welke het mogelijk maakt om een redelijk vergoeding aan *trustees* voor hun diensten te betalen³⁴⁰. Met name is dit van belang indien de eerdere onbezoldigde *trustees*, vaak vrienden van de *settlor*, worden opgevolgd door professionele derden die wél een zakelijke vergoeding voor hun diensten eisen. Voorts geldt – vanwege een mogelijk *conflict of interest* – dat een *trustee* zelf geen *trust*goed kan verwerven, hoe redelijk de koopprijs ook is³⁴¹. Eveneens wordt van hem, om dezelfde redenen, verwacht dat hij geen hem in eigendom behorend goed aan de *trust* vervreemdt (*duty not to profit from the trust*).

11. het persoonlijk handelen (*duty not to delegate*)³⁴², tenzij het delegeren aan andere *trustees* resp. andere derden nadrukkelijk in het *trust instrument* is toegestaan³⁴³ dan wel wettelijk mogelijk is³⁴⁴.

³³⁹ Indien in bv. de *trust*akte geen voorziening is getroffen voor het belonen van *trustees* dan geldt ingevolge de *Trustee Act 2000* dat een *professional trustee* vanwege de voor de *trust* verrichtte diensten gerechtigd is tot een redelijke vergoeding te voldoen uit het *trust*fonds. Zie Pettit, 2006, p. 445 en de daarin opgenomen uitwerking van het begrip redelijke vergoeding. Zie ook Thomas/Hudson, 2004, p. 354.

³⁴⁰ In de Verenigde Staten van Amerika heeft de *trustee* eveneens recht op een vergoeding voor zijn werkzaamheden. Professionele *trustees* hanteren doorgaans tarieflijsten voor de verschillende soorten van *trusts*. Voorts kunnen rechter alsook *beneficiaries* tot een vergoeding besluiten.

³⁴¹ Voor een aantal uitzonderingen op deze regel verwijs ik naar Hayton, 2003a, p. 150-151.

³⁴² Dit fundamentele beginsel van het *trust*recht duidt men ook wel aan met het adagium: *delegatus non potest delegare* en is gebaseerd op de essentie van het *trust*recht namelijk dat: “*such trusts and powers are supposed to have been committed by the testator to the trustee he appoints by reason of his personal confidence in their discretion, and it would be wrong to permit them to be exercised by another*”, *Robson v Flight* (1865) 4 De GJ&S 608, 613 *per Lord Westbury LC*.

³⁴³ Doorgaans wordt de *trustee* door de *settlor* gekozen vanwege zijn persoonlijke kwaliteiten, zodat het delegeren van zijn functie alleen verenigbaar is indien dit strookt met de eisen van behoorlijk bestuur.

³⁴⁴ De bevoegdheid van *trustees* om te delegeren werd met name sterk verruimd door de *Trustee Act 1925 (section 25)* en de *Trustee Act 2000 (Part IV)*.

Daarbij dient onderscheid te worden gemaakt tussen het delegeren van de discretionaire bevoegdheden van de *trustee* als zodanig aan een derde, tengevolge waarvan de derde besluiten zou kunnen nemen, en het delegeren van de uitvoering van reeds eerder door de *trustee* genomen beslissingen³⁴⁵. Indien de *trustee* mocht besluiten om zijn discretionaire bevoegdheden te delegeren aan een derde – hetgeen een *trustee* niet zomaar kan³⁴⁶ – dan geldt in beginsel dat hij jegens *beneficiaries* aansprakelijk is voor de gevolgen van het handelen van de gedelegeerde. Soms is het voor de *trustee* raadzaam om uit zorgvuldigheid derden bij de uitvoering van zijn taak te betrekken, met name als hij de vereiste (bv. beleggings)deskundigheid mist. In verband hiermee kende de *Trustee Act* 1925 een bepaling die de *trustee* de bevoegdheid gaf om – mits te goeder trouw – een *agent/solicitor/stock broker/trust company* in te zetten. Tevens gold dat hij voor nalatigheden of fouten van deze “*agents*” niet aansprakelijk was jegens de *beneficiaries*, tenzij de schade werd veroorzaakt door *wilfull default* van de *trustee* zelf. Sinds de *Trustee Act* 2000 gelden nieuwe regelingen voor de benoeming van vertegenwoordigers, gevolmachtigden en beheerders en voor het delegeren van bevoegdheden aan hen door *trustees*³⁴⁷. Deze bepalingen geven *trustees* weliswaar de bevoegdheid om te delegeren, doch slechts met beperkte reikwijdte en dan nog met specifieke beperkingen. Van een algemene wettelijke bevoegdheid die *trustees* toestaat om te delegeren is geen sprake³⁴⁸.

12. voorts is er nog een aantal verplichtingen die samenhangen met de uitoefening door *trustees* van hun (discretionaire) bevoegdheden (*powers* en *discretions*), te weten:

- de verplichting om met regelmaat de uitoefening van een (discretionaire) bevoegdheid in overweging te nemen (*duty to consider the exercise of a power or discretion*)
- de verplichting om direct voorafgaand aan en bij de uitvoering van een (discretionaire) bevoegdheid de mogelijke consequenties daarvan grondig te overwegen (*duty to exercise an active discretion*)
- de verplichting om zich in de uitoefening van de (discretionaire) bevoegdheid niet tevoren reeds te binden. Een *trustee* mag zich derhalve niet reeds bij

³⁴⁵ Zie voor een meer gedetailleerde uitwerking hiervan: Hayton, 2003a, p. 155-156.

³⁴⁶ Zie Hayton, 2003b, art. 55, p. 631-644.

³⁴⁷ Zie Pettit, 2006, p. 452-464.

³⁴⁸ Zie voor een uitvoerige behandeling van delegatie door *trustees*: Thomas/Hudson, 2004, p. 499-532.

2.6 Classificatie van de trust
2.6.2.2 Bevoegdheden van de trustee (powers of trustees)

voorbaat verbinden tot een bepaald handelen. Hij dient rekening te houden met relevante feiten en omstandigheden die op het moment van uitoefening van zijn (discretionaire) bevoegdheid gelden. (*duty not to fetter the discretion*)

- de verplichting om rekening te houden met relevante factoren en het negeren van irrelevante factoren en daarmee samenhangend de verplichting om de (discretionaire) bevoegdheid zodanig uit te oefenen dat het beoogde doel wordt bereikt (of een niet beoogd doel wordt voorkomen) (*duty to take account of relevant considerations and to ignore irrelevant ones and the duty to exercise the power in such way that the intended result is achieved [or an unintended one avoided]*)

- de verplichting om niet grillig, willekeurig, absurd, lichtzinnig, ergerlijk, tiranniek, schadelijk of rampzalig³⁴⁹ te handelen (*duty not to act capriciously*). Er is dan geen sprake meer van een beoordelingsfout, maar van een handelen "*which is so utterly unreasonable and absurd that no reasonable man would so act*"³⁵⁰.

2.6.2.2.2 Bevoegdheden van de trustee³⁵¹ (powers of trustees)

Bij de beoordeling van de bevoegdheden van een trustee moet onderscheid worden gemaakt naar de situatie dat hij de bevoegdheden in zijn algemeenheid ontleend aan de trustvorm én de situatie dat hij die ontleend aan powers die hem persoonlijk bij de trustakte zijn toegekend.

Voor wat betreft de bevoegdheden die de trustee in zijn algemeenheid aan de express trustvorm ontleent is het van belang³⁵² een onderscheid te maken tussen de:

³⁴⁹ Deze beschrijvingen worden dooreen gebruikt in diverse rechtelijke uitspraken. Zie Thomas/Hudson, 2004, p. 404, noot 225.

³⁵⁰ *Ex parte Lloyd* (1882) 47 LT 64, 65 per Lord Jessel MR.

³⁵¹ Ten aanzien van bevoegdheden van de trustee wordt onderscheid gemaakt tussen *express powers* en *implied powers*. Van *express powers* is sprake indien de powers zijn toegekend in het trustinstrument, vanwege een gerechtelijke beslissing dan wel vanwege een wettelijke bepaling. Van *implied powers* is sprake indien de powers niet met zoveel woorden in het trustinstrument zijn opgenomen, maar vanwege *equity* worden verondersteld door de settlor te zijn bedoeld opdat het trustdoel kan worden gerealiseerd. Zie Bogert, 1987, p. 317. Daarnaast wordt ook nog een onderscheid gemaakt tussen *mandatory* en *discretionary powers*, d.w.z. powers waartoe de trustee verplicht is en die waartoe hij gerechtigd is. Zie Bogert, 1987, p. 319. Zie voorts voor uitvoerige uiteenzettingen inzake *discretion* en *powers*: Oakley, 2003, p. 117-235, Thomas/Hudson, 2004, p. 435-497, Pettit, 2006, p. 465-501, Hayton, 2003b, p. 688-728.

³⁵² Ook voor het onderwerp van dit onderzoek is dit onderscheid van belang. Met name daar waar het de vraag betreft wanneer, wie, terzake waarvan geacht moet worden belast inkomen te genieten, waarbij, naast de aard en omvang van hetgeen wordt genoten, mede bepalend is de in de trustakte gestelde voorwaarden.

a *discretionary trust*

b *fixed trust*

c *bare trust*

a De *discretionary trust*

Tot de bevoegdheden van de *trustee* kunnen behoren – afhankelijk van hetgeen in de *trustakte* dienaangaande is bepaald, dan wel wettelijk geldt – het zelfstandig door de *trustee* (nader) bepalen van de inhoud van de *beneficial interests*, rekening houdend met bepaalde richtlijnen die de *settlor* dienaangaande in de *trustakte* heeft opgenomen³⁵³. Een dergelijke *trust* wordt vanwege de aan de *trustee* toegekende bevoegdheden een *discretionary trust*, ook wel *no-fixed interest trusts*³⁵⁴ genoemd. Bij een *discretionary trust* zijn de rechten van de *beneficiaries*, in tegenstelling tot die bij een *fixed trust*, nog niet bepaald dan wel bepaalbaar. Een van de in de Engelse rechtsliteratuur gehanteerde omschrijvingen van een *discretionary trust* luidt als volgt³⁵⁵:

“A discretionary trust is one under which discretion is conferred by the settlor on the trustees to decide which member or members of a class of beneficiaries should be entitled to the trust property”.

In deze omschrijving ligt de nadruk op het feit dat *trustees* dienen te beslissen wie van een groep van *beneficiaries* tot (de opbrengsten van) het *trustvermogen* zijn gerechtigd. Tot de bevoegdheden van de *trustee* kunnen overigens ook behoren het benoemen van nieuwe *beneficiaries* en het schrappen van bestaande.

Een andere omschrijving³⁵⁶ verwoordt de *discretionary trust* als een *trust*:

“in which the trustees hold property on trust to distribute it or the income derived from it to a beneficiary, or to one or more of several beneficiaries, so that no beneficiary has a claim to specific trustproperty until the trustees have exercised their discretion in his favour”.

³⁵³ Bijvoorbeeld de behoefte van een *beneficiary* aan een uitkering.

³⁵⁴ Zie Hayton, 2003a, p. 52.

³⁵⁵ Zie Riddall, 1996, p. 258.

³⁵⁶ Zie Sheridan, 1993, p. 165.

In deze omschrijving ligt de nadruk op het feit dat *beneficiaries* pas wat krijgen nadat de *trustees* daartoe een besluit hebben genomen³⁵⁷.

Tot de bevoegdheden van de *trustee* kan ook behoren het besluit om niet tot uitkering aan *beneficiaries* over te gaan, maar om de opbrengsten van het *trust*vermogen aan het *trustfund* toe te voegen. Voor een goed begrip is het van belang een onderscheid te maken tussen de *trust*taken en de daarmee automatisch samenhangende bevoegdheden (*fiduciary powers*) die de *trustee* als zodanig heeft vanwege de tot stand gekomen *trust* én eventuele *personal powers*, ook wel *discretionary powers* genaamd die hem door de *settlor* additioneel zijn toegekend.

Personal powers

Van het toekennen van *powers* is sprake indien aan een derde (= *donee of the power*) de beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van goederen wordt verleend, doch de *interest* als zodanig niet aan hem/haar wordt overgedragen.

Het toekennen van *powers* en het creëren van een *trust* leveren dan ook twee verschillende rechtsfiguren op, zij het dat het in de praktijk doorgaans nogal lastig is om aan te geven of er in een concrete situatie sprake is van het tot stand komen van een *trust*, dan wel van het verlenen van *powers*³⁵⁸. Een belangrijk verschil tussen een (*personal*) *power* en een *discretionary trust* is dat de *donee of the power* uitsluitend het récht heeft om zijn beschikkingsbevoegdheid uit te oefenen en daartoe niet verplicht is³⁵⁹, terwijl een *trustee* zich verplicht weet (*obligation*) om van zijn *fiduciary powers* gebruik te maken.

Het grote belang hiervan is dat een rechter bij een *discretionary trust* kan ingrijpen (al dan niet op verzoek van de *beneficiaries*) als de *trustee* zijn verplichtingen (*fiduciary powers*) niet nakomt.

Dat wil overigens niet zeggen dat de rechter de *trustee* kan dwingen om de bevoegdheid uit te oefenen, maar hij kan wel controleren of de *trustee* naar eer

³⁵⁷ Scott, 1939, p. 774-775 verduidelijkt het kenmerk van een *discretionary trust* door navolgende rechterlijke uitspraak (*in re Smith*, 1928, CH. 915, 918) aan te halen: “Where there is a trust under which trustees have a discretion as to applying the whole or part of a fund to or for the benefit of a particular person, that particular person can not come to the trustees, and demand the fund; for the whole fund has not been given to him but only so much as the trustees think fit to let him have. But when the trustees have no discretion as to the amount of the fund to be applied, the fact that the trustees have a discretion as to the method in which the whole of the fund shall be applied for the benefit of the particular person does not prevent that particular person from coming and saying: “Hand over the fund to me”.

³⁵⁸ Zie Zwolve, 2000, p. 345/346.

³⁵⁹ Dat wil zeggen dat hij niet gehouden kan worden om van zijn *personal power* gebruik te maken. Hij kan zijn bevoegdheid zelfs vergeten, terwijl niemand hem daarover terecht kan wijzen, althans voorzover het een *family trust* betreft.

en geweten de uitoefening heeft overwogen³⁶⁰ en of de *trustee* de bevoegdheden conform het doel van de *trust*, zoals het de *settlor* voor ogen stond, heeft uitgeoefend. Teneinde de beleidsvrijheid van een *trustee* te vergroten, kan de *settlor* *personal powers* aan de *trustee* toekennen ten aanzien waarvan de *trustee* vervolgens discretionaire bevoegdheid heeft. Omdat in dat geval de *trustee* een eigen beoordelingsvrijheid heeft, worden zijn bevoegdheden *discretionary powers* genoemd. Dit in tegenstelling tot de situatie waarbij de *settlor* dwingende instructies aan de *trustee* heeft gegeven zodat het de *trustee* niet vrij staat zijn bevoegdheden naar eigen inzicht aan te wenden. Dan spreekt men van *mandatory powers*³⁶¹.

Discretionary powers

Tot de vier belangrijkste *discretionary powers*, ook wel aangeduid als *dispositive discretions*³⁶² worden gerekend:

a.1 *trust powers*

a.2 *power of appointment*

a.3 *power of maintenance*

a.4 *power of advancement*³⁶³

a.1 *Trust powers*

Trust powers zijn een verregeaande vorm van *dispositive discretions*³⁶⁴. Indien de *settlor* de grootte en de samenstelling van de groep van de *beneficiaries* bepaalt – zoals bv. al zijn familieleden of de werknemers van een bedrijf – en daarbij bedingt

³⁶⁰ Zie Koppenol-Laforce/Sonneveldt, 1999, p. 13-14.

³⁶¹ Daarnaast kent men het onderscheid tussen *express powers* en *implied powers*. Van *express powers* is sprake indien de handelingen die de *trustee* moet/mag verrichten uitdrukkelijk in de *trust*akte zijn opgenomen, dan wel uit de wet voortvloeien, dan wel het gevolg zijn van een rechterlijke uitspraak. Van *implied powers* is sprake indien in de *trust*akte een aanwijzing hoe te handelen ontbreekt en de wet ook geen aanknopingspunt biedt, zodat de *trustee* zich zal moeten laten leiden door het doel van de *trust*. Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 29 en de literatuurverwijzing aldaar.

³⁶² Zie Gardner, 2003, p. 139.

³⁶³ Daarnaast kent men: *power of sale; power to give receipts; power to insure; power to compound liabilities; power in regard to reversionary interests; power to delegate*. Zie Martin, 2002, chapter 20, p. 569-599.

³⁶⁴ *Discretion* in de betekenis van een vrij gevormd oordeel door de *trustee*.

2.6 Classificatie van de trust
2.6.2.2.2 Bevoegdheden van de trustee(powers of trustees)

dat het door hem beschikbaar gestelde *trust*vermogen en/of de opbrengsten daarvan dienen te worden bestemd voor deze *beneficiaries*, maar waarbij de *settlor* het aan de *trustees* overlaat zelfstandig in volle vrijheid en naar eigen inzicht te beslissen óf personen uit de aangewezen groep van mogelijke *beneficiaries* iets zullen ontvangen, dan beschikken de *trustees* over *trust powers* tengevolge waarvan de *trust* een *discretionary trust* is. Kenmerkend voor zulk een *trust* is dat de leden van de *specified class of beneficiaries* pas een *equitable interest* hebben zodra de *trustees* daartoe een definitieve beslissing hebben genomen. Tot dan hebben zij geen recht waarmee zij *trust*goederen kunnen opeisen. Móchten de *trustees* inderdaad besluiten dat *beneficiaries* iets zullen ontvangen, dan dienen ze vervolgens vast te stellen wie van de *beneficiaries* wanneer, wat krijgt. Met andere woorden: een *discretionary trust* wordt gekenmerkt door het feit dat de *trustee* verstrekkende bevoegdheden heeft om de inhoud van de betrokken *beneficial interests* (nader) te bepalen³⁶⁵. De precieze vrijheid van de *trustee* hangt daarbij af van hetgeen in de *trust*akte is bepaald. Daardoor ontstaat een grote mate van flexibiliteit die het mogelijk maakt om met bv. wijzigingen in fiscale en sociale wetgeving of veranderde economische en/of persoonlijke omstandigheden van *beneficiaries* in de (verre) toekomst rekening te houden (zoals bv. met ieders persoonlijke ontwikkeling en ieders financiële positie/behoefte³⁶⁶).

Voorts is het mogelijk om door middel van een *discretionary trust* begunstigden tegen zichzelf (bv. minderjarigen en zij die spilziek zijn³⁶⁷) en hun schuldeisers te beschermen³⁶⁸. De *trustees* zijn in het belang van *beneficiaries* wél verplicht om regelmatig na te gaan of zij hun bevoegdheden moeten uitoefenen en zo ja, op welke wijze. Laten zij dit na dan kan de rechter op verzoek van de *beneficiaries* maatregelen nemen waaronder het benoemen van nieuwe *trustees* of het opstellen van een uitkeringsschema. Daarbij zal de rechter rekening houden met de bedoelingen van zowel de *trustees* alsook de *settlor*³⁶⁹.

³⁶⁵ Zie Uniken Venema, 1990, p. 153.

³⁶⁶ *Trust for support*.

³⁶⁷ Men spreekt dan wel van *spendthrift trusts*, of een zwakkere vorm daarvan, de *protective* en de *support trust*. Deze *trusts* dienen ter bescherming van de *beneficiary* tegen zijn verkwisting of tegen zijn crediteuren. De *trust* bevat dan bepalingen die voorkomen dat de *beneficiary* zijn rechten kan vervreemden of dat de schuldeisers van de *beneficiary* op het *trust*vermogen verhaal kunnen nemen.

³⁶⁸ Uniken Venema, 1954, p. 189, wijst erop dat in het kader van een *discretionary trust* persoonlijke elementen op de voorgrond treden, die het nodig maken, dat de *trustee* zich zeer goed op de hoogte stelt van de persoonlijke omstandigheden van de *beneficiaries*, alvorens hij van zijn discretionaire bevoegdheid (*discretion*) gebruik maakt, d.w.z. van zijn bevoegdheid om op basis van zijn vrijgevoormde oordeel een zelfstandige beslissing te nemen.

³⁶⁹ Zie Sonneveldt, 2000, p. 46.

a.2 Power of appointment

Van een *power of appointment* is sprake indien aan iemand, de zgn. *donee of the power* – hetgeen overigens niet noodzakelijkerwijs een *trustee* hoeft te zijn – de bevoegdheid wordt toegekend om de overdracht tot stand te brengen van een goed dat niet aan hem maar aan een ander toebehoort. Aan de *donee of the power* wordt een bevoegdheid toegekend waarvan hij gebruik kán maken, maar waartoe hij – in tegenstelling tot een *trustee* bij een vergelijkbare *discretionary power* – niet verplicht is, tenzij de verlening van de *power of appointment* is verwerkt in een opdracht om te eniger tijd tot uitoefening van de *power* over te gaan. Dan is sprake van een *imperative power*. Indien de *donee of the power* geheel vrij is in zijn keuze, dan spreekt men van een *general power*. Indien de *donee of the power* bij het maken van zijn keuze zich dient te beperken tot een aantal door de *settlor* aangewezen personen of een groep van personen, dan is sprake van een *limited of special power*³⁷⁰.

Het onderscheid tussen een *power of appointment* en een *discretion* is met name van belang als het gaat over de vraag wie, wanneer tot welk inkomen uit het *trust*vermogen is gerechtigd.

Indien inkomen vanwege een *power of appointment* is toegewezen, dan geldt dat vanaf het moment van toewijzing al het inkomen voortaan de gerechtigde aangaat zonder dat verder enige beslissing dienaangaande door de *donee of the power* noodzakelijk is. De gerechtigde heeft vanaf het moment van toewijzing *an interest in possession*. In geval van een *discretion* daarentegen dient de *trustee*, telkens als inkomen uit *trust*vermogen beschikbaar komt, een beslissing te nemen wie wat, wanneer krijgt³⁷¹. Een *power of appointment* kan ook de bevoegdheid van de *trustee* bevatten om de *beneficial interest* van een *beneficiary* geheel te doen vervallen en het aanwijzen van een persoon op wie het *beneficial interest* zal overgaan³⁷². Hierbij zal hij veelal gebonden zijn de al dan niet uitgebreide aanwijzingen van de *settlor* te volgen.

a.3 Power of maintenance

Een *power of maintenance* geeft de *trustee* de bevoegdheid om opbrengsten van

³⁷⁰ Zie Uniken Venema, 1971, p. 92 en Koppenol-Laforce, 1997, p. 117, onder noot 71 aldaar.

³⁷¹ Het onderscheid tussen het gerechtigd zijn tot inkomen vanwege een *power of appointment*, danwel vanwege de uitoefening door een *trustee* van zijn discretionaire (*trust*)bevoegdheid was met name van belang voor de heffing van successierecht, inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting. Zie ook Sonneveldt, 2000a, p. 169 en Deel 3 “*De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de trust*”.

³⁷² Zie Uniken Venema, 1971, p. 154.

het *trust*vermogen aan te wenden voor het levensonderhoud en de opleiding van minderjarige *beneficiaries*. Zonder zulk een *power of maintenance* dienen de opbrengsten te worden toegevoegd aan het *trust*vermogen en komen zij aan de *beneficiary* pas ter beschikking op het moment dat hij - overeenkomstig de *trust*bepalingen dienaangaande - tot het *trust*vermogen, incl. geaccumuleerde opbrengsten, gerechtigd wordt, bv. bij het bereiken van de meerderjarige leeftijd. De gebruikelijke vorm van deze *power of maintenance* is opgenomen in de *Trustee Act* van 1925 en geldt derhalve automatisch voor alle *trusts* tenzij de *settlor* uitdrukkelijk anders heeft bedongen³⁷³.

a.4. Power of advancement

Geeft een *power of maintenance* de *trustee* de bevoegdheid om opbrengsten van een *trust*vermogen eerder aan een minderjarige *beneficiary* uit te keren, een *power of advancement* staat een *trustee* toe om het *trust*kapitaal waartoe een *beneficiary* te zijner tijd gerechtigd is geheel of gedeeltelijk eerder aan de *beneficiary* uit te keren. Ook deze bevoegdheid is in de *Trustee Act* 1925 opgenomen en geldt derhalve tenzij de *settlor* uitdrukkelijk anders heeft bepaald³⁷⁴.

Overige bevoegdheden

Voorts heeft een *trustee* o.a. ook nog navolgende bevoegdheden, tenzij de *trust*akte anders bepaald:

- het toewijzen van bepaalde *trust*goederen aan *beneficiaries* (*power of appropriation*).
- het vervreemden van *trust*goederen dan wel het uitstellen van vervreemding (*power relating to sales*).
- het afgeven van rechtsgeldige bewijzen van ontvangst (*power to give receipts*).
- het regelen van aansprakelijkheden jegens derden en daarmee samenhangende claims (*power to compromise or compound liabilities*).
- het tegenover derden procesrechtelijk optreden als eiser of verweerder (*applications to the court*).

³⁷³ Zie Gardner, 2003, p. 142. Zie voor een meer uitgebreide beschrijving van de *power of maintenance*: Riddall, 1996, p. 344-355, Martin, 1986, p. 553-559,

³⁷⁴ Zie Gardner, 2003, p. 142-143. Riddall, 1996, p. 339-344, Martin, 1986, p. 592-599.

- het afwikkelen van schulden, waaronder schulden die verjaard zijn (*power to pay statute-barre debts*).
- het tegen brand verzekeren van *trust*goederen (*powers to insure trust property*).
- het verstrekken van geldleningen (*power to lend trust moneys*).
- het opnemen van geldleningen (*power to borrow money*).
- het aan zichzelf vergoeden van de door hem ten behoeve van de *trust* gemaakte kosten (*right to reimbursement for costs and expenses*).

b De *fixed trust*

In het geval van een *fixed trust* is in de *trust*akte vastgelegd wie (aantal en identiteit³⁷⁵) *beneficiaries* zijn en waartoe zij wanneer zijn gerechtigd (bepaalde of bepaalbare rechten). Het gevolg hiervan is dat de *trustee* geen of minder discretionaire bevoegdheid heeft dan in het geval van een *discretionary trust*. De *beneficiaries* zijn eigenaar van de hun toegekende *equitable interests* en kunnen hun *equitable interests* zonodig rechtens afdwingen.

c De *bare trust*

Van een *bare trust*, ook wel *simple trust* of *naked trust*³⁷⁶ genaamd, is sprake indien een *trustee* *trust*goederen houdt ten behoeve van slechts één *beneficiary* die onbeperkt tot het in *trust* gehouden vermogen gerechtigd is. Dat wil zeggen dat de *beneficiary* volledig gerechtigd is tot alle inkomsten en het gehele vermogen van de *trust*. Zulk een *beneficiary* kan op elk door hem gewenst moment de overdracht van de *legal interest* opeisen, waaraan de *trustee* dan dient te voldoen. De *trustee* dient zolang de *legal interest* door hem wordt gehouden, de aanwijzingen van de *beneficiary* met betrekking tot het beheer van het *trustfund* op te volgen³⁷⁷. Met andere woorden: de *trustee* voert taken niet pro-actief uit en houdt in feite slechts de *legal title* ten behoeve van de *beneficiary*.

³⁷⁵ Niet noodzakelijk is dat ook woon- of verblijfplaats, dan wel het nog in leven zijn van de *beneficiaries* kan worden vastgesteld. *Equitable interests* van vermisten kunnen namelijk bij het gerecht worden gedeponerd. Zie Martin, 1986, p. 103.

³⁷⁶ Zie Pettit, 2006, p. 72.

³⁷⁷ Zie Martin, 1986, p. 71-72.

2.6.2.2.3 De rechten van trustees (rights of trustees)

Trustees hebben niet alleen veel taken, verplichtingen en bevoegdheden maar kunnen ook een (beperkt) aantal rechten hebben. Daartoe behoren o.a.³⁷⁸:

- een mogelijk recht op beloning (*right to remuneration*)
- een recht op schadeloosstelling en vrijwaring (*right to reimbursement and indemnity*)
- een recht op gerechtelijke instructies (*right to seek directions from the court*)

a.1 De beloning van de trustee (*right to remuneration*)

De algemene regel is – gebaseerd op eeuwenoude jurisprudentie³⁷⁹ – dat *trustees* geen recht hebben op een vergoeding voor het uitoefenen van hun taken. Deze regel – gebaseerd op loyaliteit, het voorkomen van *conflicts of interest* en *not to profit from the trust* – wordt strikt toegepast met als gevolg: een soms onredelijk en onlogisch resultaat³⁸⁰. Zo geldt bv. de regel dat de *trustee* geen vergoeding kan claimen ook al heeft hij gedurende vele jaren succesvol een onderneming gedreven³⁸¹ of heeft zijn eigen advocatenpraktijk professionele rechtsbijstand aan de *trust* verleend³⁸². Op de algemene regel zijn een aantal uitzonderingen. Zo heeft de *trustee* o.a. wél recht op een vergoeding indien de *trust* daarin voorziet; indien een rechtbank een besluit³⁸³ daartoe neemt en indien alle *beneficiaries* daartoe besluiten.

³⁷⁸ Thomas/Hudson, 2004, p. 633–656, noemen daarnaast nog: *right to have trust administered by the court, right to pay money into the court, discharge on termination of the trust, exemption of breach of trust.*

³⁷⁹ *Robinson v. Pett* (1734) 3 P.Wms. 249; *Re Thorpe* (1891) 2 Ch. 360; *Re Barker* (1886) 34 Ch. D. 77. Zie Oakley, 2003, p. 528.

³⁸⁰ Indien bv. de *trust* daarin voorziet in een vergoeding aan de *trustee* voor zijn werkzaamheden en hij dientengevolge besluit om zijn werkzaamheden door een vertegenwoordiger te laten uitvoeren, dan zijn de kosten van de door de *trustee* gecontracteerde vertegenwoordiger wél aftrekbaar.

³⁸¹ *Barrett v. Hardley* (1866) L.R. 2 Eq. 789.

³⁸² *Re Gates* (1933) Ch. 913.

³⁸³ Het gerecht heeft de bevoegdheid om zowel aan *express*, maar ook aan *resulting* en *constructive trustees* een (aanvullende) vergoeding (= nabetaling/voortuitbetaling) toe te kennen indien bv. sprake is van verrichte bijzonder zware taken die bij de totstandkoming van de *trust* niet te voorzien waren, van onverwacht grote voordelen voor *beneficiaries* vanwege de *trust*-werkzaamheden en wanneer de oorspronkelijke beloning vanwege een hoge inflatie aanzienlijk tekortschiet.

Sinds de *Trustee Act 2000*³⁸⁴ geldt dat indien de *trust*akte geen bepalingen bevat inzake de vergoeding van *trustees* én de *trustee*³⁸⁵ is een *professional trustee* dan wel een *trust corporation*, de *trustee* recht heeft op een redelijke vergoeding bij de bepaling waarvan rekening moet worden gehouden met de geldende omstandigheden waaronder de *trustee* zijn werkzaamheden moet verrichten³⁸⁶. Een *trustee* heeft wél recht op vergoeding van de door hem in zijn kwaliteit van *trustee* gemaakte kosten. In de V.S. hebben *trustees* op grond van óf een wettelijke regeling óf vanwege *equity* wél recht op een redelijke vergoeding voor de te verlenen diensten, tenzij zij besluiten om van een vergoeding af te zien. De omvang van de vergoeding wordt bepaald door het *trustinstrument*, dan wel door een overeenkomst tussen *trustee* en *settlor* of tussen *trustee* en *beneficiaries*. Indien geen vergoeding wordt overeengekomen dan geldt in sommige staten een wettelijke regeling dienaangaande. Ontbreekt ook die dan kan de rechter een redelijke vergoeding vaststellen waarbij rekening wordt gehouden met de kennis en vaardigheden van de *trustee*, de aard en omvang van het *trust property* en de resultaten van de inspanningen³⁸⁷.

a.2 Het recht op schadeloosstelling en vrijwaring (*right to reimbursement and indemnity*)

Teneinde zijn taken als *trustee* te kunnen uitvoeren zal de *trustee* rechtsbetrekkingen met derden (moeten) aangaan. De vraag die zich dan voordoet is wie voor de nakoming van de hieruit voortvloeiende verplichtingen aansprakelijk is en wie schadeloosstellend is indien de verplichtingen niet dan wel niet voldoende worden nagekomen. Uitgangspunt is dat de *trustee* persoonlijk – d.w.z met zijn persoonlijk vermogen – volledig aansprakelijk is tegenover derden. Een gevolg hiervan is enerzijds dat de *trustee* onevenredig zwaar wordt belast bij aansprakelijkheden waarop hij zelf geen of weinig invloed kan uitoefenen, terwijl anderzijds crediteuren het *trustvermogen* niet kunnen aanspreken, maar tegen de *trustee* in privé dienen te ageren. In verband hiermee kan de *settlor* in de *trust*akte bepalen³⁸⁸ dat de *trustee* niet persoonlijk aansprakelijk is, zij het dat

³⁸⁴ Part V *Trustee Act 2000*. Zie ook: Thomas/Hudson, 2004, p. 634–636.

³⁸⁵ Deze nieuwe regel geldt echter niet voor een *trust corporation* die als *trustee* van een *charitable trust* optreedt. Zie Pettit, 2006, p. 445.

³⁸⁶ Zie Pettit, 2006, p. 445.

³⁸⁷ Zie Bogert, 1987, p. 505.

³⁸⁸ Een dergelijke clause bindt overigens alleen de *trustee* en de *beneficiary* en niet een derde, tenzij de overeenkomst tussen de derde en de *trustee* dienaangaande uitdrukkelijk naar de *trust*akte verwijst. Zie voor een meer uitgebreide beschrijving van de persoonlijke aansprakelijkheid van *trustees*: Koppenol-Laforce, 1997, p. 32–35 en de aldaar aangehaalde literatuur.

2.6 Classificatie van de trust
2.6.2.2.4 De aansprakelijkheid van de trustee(s)

een dergelijke clause door de rechter doorgaans met grote terughoudendheid wordt gehonoreerd³⁸⁹ en dan nog alleen indien geen sprake is van roekeloos handelen; opzettelijke schending van plichten dan wel handelen in kwader trouw. Vanwege deze persoonlijke aansprakelijkheid geldt reeds lang³⁹⁰ dat een *trustee* het recht heeft om uit het *trust*vermogen te worden gevrijwaard voor rechtsgeldige aanspraken ontstaan dan wel kosten en uitgaven gemaakt in de uitoefening van zijn bevoegdheden als *trustee*³⁹¹, zij het dat indien de aanspraken resp. kosten e.d. meer bedragen dan het *trust*vermogen zelf, hij voor het surplus persoonlijk aansprakelijk blijft.

a.3 Het recht op gerechtelijke instructies (*right to seek directions of the court*)

Trustees hebben het recht om het gerecht te verzoeken hen te ondersteunen en aanwijzingen te geven opdat zij juist handelen en geen *breach of trust* plegen. Dit kan zich bv. voordoen indien *trustees* een uitkering aan *beneficiaries* overwegen en derden de *trust* aanvechten als zijnde frauduleus ten opzichte van crediteuren. Voorts kunnen zij het gerecht verzoeken de voorgenomen uitoefening van een discretionaire bevoegdheid te sanctioneren. Een dergelijk verzoek betekent op zichzelf overigens niet een overdracht van de discretionaire bevoegdheid aan het gerecht. Het is veeleer een verzoek te bevestigen dat zij juist c.q. binnen de gegeven bevoegdheden handel(d)en.

2.6.2.2.4 De aansprakelijkheid van de trustee(s)

Uitgangspunt is dat de *trustees* in beginsel persoonlijk (verhaals)aansprakelijk zijn voor de schulden die voortvloeien uit de door hen – op basis van unanieme besluitvorming³⁹² – ten behoeve van de *trust* met derden gesloten overeenkomsten. Dit betekent overigens niet dat de derde zich op het *trust*vermogen als zodanig kan verhalen. De *trust* is namelijk geen rechtspersoon, kan derhalve geen opdrachtgever zijn en dientengevolge ook geen vertegenwoordiger hebben³⁹³. Alleen het privé- vermogen van de *trustee* is als verhaalsobject beschikbaar³⁹⁴.

³⁸⁹ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 33.

³⁹⁰ Zie Thomas/Hudson, 2004, p. 639 onder noot 33.

³⁹¹ Deze algemene regel is sinds de *Trustee Act* 2000 in *section* 31(1) vastgelegd.

³⁹² Tenzij de *trust*akte of de rechter anders bepaalt. Bij *pension trusts* en *charitable trusts* kan de besluitvorming door *trustees* voor het aangaan van rechtshandelingen geschieden bij meerderheid van stemmen.

³⁹³ Zie E.H. Burn/G.J. Virgo in “*Maudsley & Burn’s Trusts & Trustees: Cases & Materials*”, Oxford University Press, 6th edition, New York, 2004, p. 688.

³⁹⁴ Op deze regel zijn wel uitzonderingen. Zo kan de *settlor* bepalen dat het *trust*vermogen

Wél kunnen *trustees*, indien de *trust* akte het toestaat, met derden overeenkomen dat zij niet, dan wel slechts gedeeltelijk met hun privé-vermogen verhaals aansprakelijk zullen zijn voor schulden die uit de verrichtte rechtshandeling(en) voortvloeien. Echter, in het geval dat een *trustee* met opzet of met grove schuld jegens een derde handelt, dan wel bij de uitoefening van zijn functie een onrechtmatige daad pleegt ten gevolge waarvan hij schadeplichtig wordt, dan kan hij zich niet vrijtekenen. Hetzelfde geldt voor met het *trust* vermogen samenhangende belastingverplichtingen.

2.6.2.3 De rechtspositie van de beneficiary

In het algemeen geldt dat de aard en omvang van het belang van een *beneficiary* wordt bepaald door de *trust* voorwaarden en de interpretatie daarvan, daarbij rekening houdend met alle relevante feiten en omstandigheden³⁹⁵. Dit levert doorgaans geen problemen op indien de intentie van de *settlor* eenduidig is vast te stellen. Moeilijker wordt het om de aard en omvang van het belang van de *beneficiary* vast te stellen als de *trust* akte de intentie van de *settlor* dienaangaande vaag of onduidelijk omschrijft. Veel hangt dus af van de (helderheid) der *trust* voorwaarden en de soort van *trust* die de *settlor* tot stand wil brengen. Zo kan het recht van de *beneficiary* – afhankelijk van de intentie van de *settlor* – variëren van een louter blote verwachting³⁹⁶ tot een onvoorwaardelijk afdwingbaar recht, bv. om geheel zelf te bepalen wanneer welk bedrag – na een verzoek daartoe aan de *trustee* – aan hem dient te worden uitgekeerd³⁹⁷. Gesteld kan worden dat de inhoud van een beneficiair recht een bundel rechten omvat die spiegelbeeldig zijn aan de verplichtingen van de *trustee*³⁹⁸, welke verplichtingen ontstaan door aanvaarding door de *trustee* van de door de *settlor* gestelde *trust* voorwaarden.

verhaals aansprakelijk is voor de schulden voortvloeiend uit rechtshandelingen die de *trustee* aangaat in het kader van zijn functie. Voorts mag degene die onverschuldigd heeft betaald – tengevolge waarvan het *trust* vermogen is toegenomen – zich rechtstreeks op het *trust* vermogen verhalen mits de *trustee* insolvent blijkt te zijn. Zie Uniken Venema, 1954, p. 263. Voorts geldt dat in vele gevallen de schuldeiser zich op een indirecte wijze op het *trust* vermogen kan verhalen, omdat hij gesubrogeerd wordt in de rechten van de *trustee*. Zie voor een uitwerking hiervan: Aertsen, 2004, p. 43-44.

³⁹⁵ Deze *equitable interests* kunnen zowel tegenwoordige (*present interests*), alsook het toekomstige genot (*future interests*) van een goed betreffen. Zie voor een meer uitgebreide bespreking van deze *interests*: Boer, 2011.

³⁹⁶ In het geval van een *discretionary trust* heeft een *beneficiary* geen concrete rechten van vermogensrechtelijke aard zolang door de *trustee* aan hem geen rechten zijn toegekend. Zie Sonneveldt, 2000a, p. 51.

³⁹⁷ Hetgeen zich kan voordoen bij een *fixed trust*.

³⁹⁸ Zie Uniken Venema, 1954, p. 201.

2.6 Classificatie van de trust
2.6.2.3 De rechtspositie van de beneficiary

Tot de rechten van een *beneficiary* die een overwegend zakelijk karakter dragen, behoren o.a.³⁹⁹:

- het zorgvuldig behartigen van de belangen van de *trust* door de *trustee*. Het bestaan van de rechten van de *beneficiary* zal derhalve door de *trustee* gewaarborgd moeten blijven.
- het voeren van een juiste *trust*-administratie door de *trustee*.
- het uitkeren door de *trustee* van bedragen uit het *trustfund* overeenkomstig hetgeen dienaangaande door de *settlor* is bepaald. Dit betekent overigens niet dat de *beneficiary* daarmee rechten op specifieke goederen heeft.
- het door de *trustee* op verzoek van de *beneficiary* verstrekken van informatie opdat hij in staat is om vast te stellen of de *trust* correct wordt geadmistreerd. Hierdoor kan hij ook controleren op welke wijze *trust*vermogen is geïnvesteerd en kan hij al die informatie verwerven nodig om vast te stellen op welke wijze het *trust*vermogen wordt beheerd. De *beneficiary* heeft echter geen recht om controle uit te oefenen over of deel te nemen aan de besluitvorming door *trustees*. De *beneficiary* kan daarentegen wél invloed uitoefenen indien de *settlor* zulks heeft bepaald. Bv. indien de *trust*akte *trustees* opdraagt zich met betrekking tot een bepaalde zaak te richten naar de wensen dienaangaande van de *beneficiary*.
- voorts kunnen *beneficiaries*, mits *sui juris*, dat wil zeggen: bekwaam (*compos mentis*) en bevoegd, en eensgezind voorzover het de beëindiging van het *trust*verband⁴⁰⁰ en de bestemming van het *trust*vermogen betreft, bepalen dat het *trust*verband wordt beëindigd en vervolgens onderling bepalen wat met het *trust*vermogen dient te geschieden⁴⁰¹. Het gevolg hiervan is dat de *beneficiaries*

³⁹⁹ Zie Riddall, 1996, p. 391.

⁴⁰⁰ Een *trust*verband eindigt: 1. indien aan de *trust*bepalingen dienaangaande is voldaan, 2. indien *legal interest* en *equitable interest* in één hand komen, 3. indien een rechter daartoe besluit (bv. wanneer het voortbestaan van de *trust* meer belemmerend dan bevorderlijk is ten aanzien van het gestelde doel), 4. indien de gezamenlijke *beneficiaries* daartoe besluiten, 5. indien een *trustee* op verzoek of met instemming van de gezamenlijke *beneficiaries* de tot de *trust* behorende goederen vrij van *trust* aan de *beneficiaries* dan wel aan een derde overdraagt. Zie ook Uniken Venema, 1954, p. 265-266. *trust* eindigt overigens ook indien de *perpetuities*-periode is verstreken.

⁴⁰¹ Deze in het Engelse recht erkende bevoegdheid is gebaseerd op de gedachte dat iemands wil (lees: eensgezinde *beneficiaries*) terzake van hetgeen hij met zijn vermogen wil ondernemen niet aan banden mag worden gelegd. Op basis van dezelfde redenering is het in het Amerikaanse recht daarentegen niet aan (eensgezinde) *beneficiaries* toegestaan om de *trust* te beëindigen en wel omdat men rechtens de wil van de *settlor*, aan wie het vrij staat om over zijn vermogen

– mits onderlinge overeenstemming dienaangaande bestaat – geen rekening meer behoeven te houden met de regels zoals die door de *settlor* zijn vastgelegd in de *trust*akte, noch met de mening van de *trustee*. Dit geldt zowel voor de *fixed trust*, alsook ingevolge jurisprudentie en doctrine⁴⁰² voor de *discretionary trust* mits de mogelijkheid van toetreding van nieuwe *beneficiaries* tot de klasse van *beneficiaries* is uitgesloten. Er moet dus sprake zijn van een gesloten groep van *beneficiaries*⁴⁰³. Het feit dat *beneficiaries* aldus gerechtigd zijn om de *trust* te beëindigen, valt enerzijds te begrijpen vanuit de gedachte dat een *trust* slechts zinvol is als sprake is van conflicterende belangen van *beneficiaries*, hetgeen niet het geval is als *beneficiaries* eensgezind zijn, anderzijds vanuit de gedachte dat de *settlor* in *equity* zijn beschikkingsmacht over het bij wijze van schenking afgestane *trust*goed heeft verloren. Het gezamenlijk besluit van *beneficiaries* om de *trust* te beëindigen kan ook tot doel hebben om de bestaande *trust* te vervangen door een nieuwe *trust*, teneinde daarmee bestaande niet gewenste *trustees* te vervangen. Het feit dat *beneficiaries* van zowel een *fixed trust* alsook die van een *discretionary trust* gerechtigd zijn om de *trust* te beëindigen en gezamenlijk kunnen bepalen wat met het *trust*vermogen dient te gebeuren, is ook van belang bij het fiscaal kwalificeren van de rechten van de *beneficiaries*. Tot slot kan het aldus beëindigen van een *trust* gevolgen hebben voor de heffing van vermogenswinstbelasting (*capital gains tax*) en successierechten (*inheritance tax*).

– het verpanden, belenen of afstand doen van zijn uit de *trust* voortvloeiende vermogensrechten, tenzij dit in de *trust*akte is uitgesloten. Mocht de *beneficiary* failliet gaan dan vallen zijn *trust*rechten in zijn faillissement.

– het veilig stellen van zijn rechten.

Indien de *trustee* zijn verplichtingen niet nakomt, dan wel in strijd met de *trust*bepalingen of wet handelt of van zijn bevoegdheden geen gebruik maakt, dan wel zulks doet op een lichtvaardige of onzorgvuldige wijze, dan is sprake van een *breach of trust* door de *trustee*. Met andere woorden: de *trustee* handelt onbevoegd⁴⁰⁴. Dit betekent overigens niet dat sprake moet zijn van fraude, een bewust (achterwege blijven van) handelen, dan wel persoonlijke incompetentie van de *trustee*. Ook indien de *trustee* in onwetendheid onbevoegd handelt is sprake van een *breach of trust* door de *trustee*⁴⁰⁵.

naar eigen inzicht te beschikken, respecteert. Zie Uniken Venema, 1954, p. 265-266.

⁴⁰² Zie Oakley, 2003, p. 717-720 en 741, Pettit, 2006, p. 379.

⁴⁰³ Zie Sonneveldt, 2000a, p. 51.

⁴⁰⁴ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 36.

⁴⁰⁵ Daarbij is het niet van belang of het onbevoegd handelen wél of geen winst heeft opgeleverd.

2.6 Classificatie van de trust
2.6.2.3 De rechtspositie van de beneficiary

De *beneficiary* staat dan een aantal middelen ter beschikking om zijn rechten veilig te stellen⁴⁰⁶. Deze middelen zijn ófwel van verbintenisrechtelijke aard, ófwel van goederenrechtelijke aard. Dit vindt zijn oorzaak in het feit dat de éézijdige rechtshandeling die de *trust* doet ontstaan deze twee elementen omvat. Enerzijds is sprake van een zakenrechtelijke overdracht van een goed door de *settlor* aan de *trustee*, anderzijds is sprake van het ontstaan van een bron van persoonlijke rechten en verplichtingen voor *beneficiary* en *trustee*. Ook in dit verband maakt men wel onderscheid tussen *rights "in rem"* en *rights "in personam"*⁴⁰⁷. Het staat de *beneficiary* geheel vrij of hij verbintenisrechtelijke middelen dan wel een meer goederenrechtelijk middel wenst te kiezen. Dat wil zeggen: de *beneficiary* heeft de keuze om hetzij tegen de *trustee* te procederen, dan wel de *trust*goederen in handen van de derde te volgen.

Tot de verbintenisrechtelijke middelen behoren⁴⁰⁸:

- het bij een dreigende overschrijding van de bevoegdheid door de *trustee* een *injunction* (gerechtelijke geboden of verboden)⁴⁰⁹ tegen de voorgenomen handeling vorderen, dat wil zeggen: een rechtelijk gebod of verbod tot handelen.
- het vorderen van een *decree for carrying out the trust* (een veroordeling tot nakoming). In dat geval verzoekt de *beneficiary* de rechter om door middel van een *mandatory injunction* de *trustee* te verplichten een bepaalde bevoegdheid uit te oefenen, zoals het betalen aan een specifiek begunstigde of het uitvoeren van een bepaalde beleggingshandeling.
- het indienen van een schadevergoedingseis⁴¹⁰. De omvang hiervan is gelijk aan de waardevermindering van het *trust*vermogen (inclusief de hierover te berekenen rente) tengevolge van het niet, dan wel het incorrect handelen van de *trustee* c.q. de vanwege een omissie niet gerealiseerde waardestijging.

Het feit dat vanwege het onbevoegd handelen door de *trustee* de waarde van het *trust*vermogen is toegenomen doet niets af aan de *breach of trust*.

⁴⁰⁶ Tenzij de *trust*akte bepaalt dat de *trustee* in geval van een *breach of trust* niet persoonlijk aansprakelijk is (behoudens opzettelijk of aan opzet grenzend roekeloos handelen door de *trustee*).

⁴⁰⁷ Zie Scott, 1939, p. 681-684.

⁴⁰⁸ Zie Uniken Venema, 1954, p. 201, Koppenol-Laforce, 1997, p. 36-37.

⁴⁰⁹ Zie voor de betekenis van *decrees* en *injunctions* ook Uniken Venema, 1954, p. 202-203.

⁴¹⁰ Zie voor een verdere uitwerking van de eis tot schadevergoeding: Koppenol- Laforce, 1997, p. 37.

- het vorderen van de ontzetting van de *trustee* uit zijn functie en de benoeming van een opvolgend *trustee*, al dan niet gepaard met de benoeming van een *receiver* die onder gerechtelijk toezicht de *trust*-zaken dient te beheren gedurende de periode dat de gewraakte *trustee* nog niet is vervangen.

Ten aanzien van al deze acties geldt dat de *equity*-rechter een discretionaire bevoegdheid heeft met als gevolg dat hij billijkheid kan laten prevaleren⁴¹¹. Hiervan zal sprake zijn indien formeel beoordeeld “*in breach of trust*” is gehandeld, doch de *trustee* – naar de mening van de rechter – daarbij wél eerlijk en redelijk was. *Breach of trust* kan daarentegen ook worden hersteld met een middel met een meer goederenrechtelijk karakter, namelijk de bevoegdheid van de *beneficiary* tot *tracing, following, the trust fund into its product*⁴¹². Indien de *trustee* onbevoegd een *trust*goed vervreemdt en hij de opbrengst vervolgens met zijn eigen goederen vermengt, waardoor hij het geld of vervangende goed niet meer voor de *trust* houdt maar voor zichzelf en waardoor het voor de *beneficiary* gecompliceerd wordt om aan te tonen welke goederen tot het *trust*vermogen behoren, dan heeft de *beneficiary* het recht van *tracing*. Dat wil zeggen dat – vanwege een vorm van “zaaksvervanging op verzoek” – het geld of de eventueel vervangende goederen aan hetzelfde *trust*rechtelijke regime zijn onderworpen als dat waaraan de oorspronkelijke goederen waren onderworpen⁴¹³. Hieraan ligt ten grondslag het feit dat de verplichtingen van de *trustee* “*duties in rem*” zijn (d.w.z. verplichtingen met een goederenrechtelijk karakter) die aan het *trust*goed als zodanig zijn “verbonden” en geen “*duties in personam*” (persoonlijke verplichtingen). Met andere woorden: indien een *trustee* onbevoegd een *trust*goed vervreemdt (of het met eigen goederen vermengt), dan behoudt de *beneficiary* zijn *equitable ownership* mits het *trust*goed – ook na vervanging door een ander goed of na vermenging – nog voldoende identificeerbaar is⁴¹⁴. Het gevolg hiervan is dat de derde na verkrijging het goed voortaan als *constructive trustee*⁴¹⁵ houdt, tenzij deze derde kan worden aangemerkt als een *bona fide*

⁴¹¹ Zwolve, 2000, p. 367 wijst erop dat de rol van billijkheid in het Anglo-Amerikaanse recht veel minder vanzelfsprekend is dan in het continentale recht en slechts wordt verklaard door het feit dat de *trust* zijn oorsprong vindt in de bijzondere *equity*-rechtspraak van de “*Lord Chancellor*”.

⁴¹² Zie Scott, 1939, p. 1092-1093, Martin, 1986, p. 682-708, Pettit, 2006, p. 555-566, Sheridan, 1993, p. 454-469, Hayton, 2003a, p. 169-176.

⁴¹³ Zie Uniken Venema, 1990, p. 161.

⁴¹⁴ Een vergelijking met het *droite de suite* naar continentaal-Europees recht dringt zich op. Van belang is dat bij *tracing* de *beneficiary* de keten van opvolgende goederen moet kunnen aantonen. Het succes van *tracing* hangt dus af van de mate waarin de *trust*goederen identificeerbaar zijn gebleven.

⁴¹⁵ In de betekenis van eigenaar onder de last van de *trust*. De verkregen goederen blijven

2.6 Classificatie van de trust
2.6.2.3 De rechtspositie van de beneficiary

purchaser for value without notice. Indien een *trustee* trustgoederen aan een *bona fide purchaser (of the legal interest) for value without notice* verkoopt dan verliest de *beneficiary* zijn beneficiaire recht. De derde verkrijgt dan de *trustgoederen* vrij van *trustverplichtingen* en derhalve de volledige eigendom, d.w.z. *legal* en *equitable ownership*. Een *bona fide purchaser* is iemand die te goeder trouw de *legal title* van een goed verkrijgt, bv. een koper. *For value* betekent dat de verkrijger daadwerkelijk een tegenprestatie levert. *Without notice* houdt in dat de derde die de *legal title* van de *trustee* verwerft op het moment van contracteren én op het moment van de feitelijke levering of betaling niet weet, dan wel redelijkerwijs niet kán weten/behoeft te weten⁴¹⁶ dat sprake is van het bestaan van een *trust* én dat de *trustee* zijn bevoegdheid overschrijdt (*breach of trust*).

Mocht sprake zijn van een *bona fide purchaser without notice* die echter om niet heeft verkregen, dan geldt vanwege *equity* dat de *beneficiary*, alvorens hij een actie tegen de *bona fide* verkrijger kan instellen, hij eerst een actie tegen de *trustee* dient in te stellen. Pas daarna kan de *beneficiary* de *trustgoederen* van de derde terugvorderen, mits hij kan aantonen dat de in de betreffende goederen opgesloten vermogenswaarde, geheel of gedeeltelijk uit het *trustvermogen* afkomstig is. Mocht echter de vermogenspositie van de derde in de tussenliggende periode zodanig zijn gewijzigd (*a change of position*) dat het onredelijk is om de betreffende goederen alsnog terug te moeten geven, dan is terugvordering van de goederen door de *beneficiary* niet mogelijk.⁴¹⁷ Hoewel de *beneficiary* in het geval van insolventie van de *trustee* en/of de derde geen andere positie inneemt dan die gelijk aan een concurrent crediteur, is hij wel bevoorrecht indien en voorzover de *trustee* c.q. de derde een (vervangend) *trustgoed* houdt, dan wel de *trustee* tevens *beneficiary* is. Is dit laatste het geval dan hebben de overige *beneficiaries* een bevoorrechte claim op het beneficiair belang van de *trustee*⁴¹⁸.

dan afgescheiden van het overig vermogen van de *constructive trustee*. Zie voor een verdere uitwerking: Koppenol-Laforce, 1997, p. 40.

⁴¹⁶ De wetenschap dat er sprake is van een *trust* en dat de *trustee* onbevoegd handelt moet bij de verkrijger ontbreken, zowel bij het aangaan van de (koop)overeenkomst met de *trustee*, alsook op het moment van de feitelijke levering of de betaling. Indien de derde/verkrijger uit feiten en omstandigheden redelijkerwijs had moeten kunnen afleiden dat sprake is van een *trustgoed* én van onbevoegd handelen door de *trustee*, dan is sprake van *constructive notice*, het in het Anglo-Amerikaanse recht beproefde middel om ongegronde vermogensvermeerdering tegen te gaan. De goederen blijven dan afgescheiden van het overig vermogen van de *constructive trustee*. Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 40-42 en Uniken Venema, 1954, p. 261. *Koppenol-Laforce* gaat o.a. in op de mate van onderzoeksplicht van een derde vooraleer deze bij onbevoegd handelen van de *trustee* vrij uit gaat.

⁴¹⁷ Zie voor een uitwerking van het begrip "*a change of position*", Hayton, 2003b, p. 978-979.

⁴¹⁸ Zie Scott, 1939, p. 1092-1093.

De *beneficiary* verliest zijn aanspraak vanwege schade op de *trustee* resp. derden indien hij de *trustee* resp. derden van hun aansprakelijkheid ontheft of de transactie alsnog goedkeurt. Ook verjaring⁴¹⁹ kan tot verlies van rechten leiden, evenals een *décharge* van de *trustee* door de rechter.

2.6.2.4 De rechtspositie van crediteuren

Reeds eeuwenlang heeft men herhaaldelijk getracht de *express trust* te gebruiken om zich te beschermen tegen crediteuren, met name bij een (dreigend) faillissement. Vandaar dat reeds lang geleden wettelijke maatregelen tegen misbruik zijn getroffen⁴²⁰, echter zonder dat hierdoor het basis-principe dat de *trust* ook bescherming tegen crediteuren biedt wordt aangetast.

Ten aanzien van de wettelijke regelingen kan men onderscheiden:

1) die welke betrekking hebben op transacties waarbij een natuurlijk persoon of rechtspersoon goederen tegen een te lage waarde in het economisch verkeer aan een derde overdraagt (hetgeen bij de instelling van een *trust* meestal het geval is; de overdracht van goederen vindt dan om niet plaats) met het doel om deze goederen aldus buiten het bereik te brengen van diegene die een vordering heeft, dan wel in de toekomst een vordering zou kunnen hebben. Daarbij is het geen vereiste dat reeds sprake is van een faillissement van de overdrager, zelfs niet van een reeds bestaande schuld. Illustratief voor dit laatste is een uitspraak in *Re Butterworth*⁴²¹. In deze zaak had een welgestelde bakker direct voorafgaand aan de aankoop van een kruidenierszaak (waarmee hij in het geheel geen ervaring had) zijn goederen in *trust* overgedragen. De *equity*-rechter besliste echter dat de *trust* nietig was met als overweging:

*“a man is not entitled to go into hazardous business, and immediately before doing so, settle all his property voluntarily, the object being this: ‘If I succeed in business, I make a fortune for myself. If I fail, I leave my creditors unpaid. They will bear the loss’. That is the very thing which the Statute of Elizabeth was meant to prevent”*⁴²².

⁴¹⁹ De *beneficiary* moet zijn vordering vanwege *breach of trust* binnen een bepaalde termijn instellen, welke termijn wordt bepaald door de *Limitation Act 1980 (UK)* en de *Statute of Limitation (VS)*. Doet hij dit niet dan vervalt zijn recht daartoe. Indien de *beneficiary* nog minderjarig is dan gaan de verjaringstermijnen pas lopen vanaf het bereiken van de meerderjarige leeftijd. Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 43 en de verwijzingen aldaar.

⁴²⁰ Thans biedt de *Insolvency Act 1986* wettelijke bescherming aan crediteuren.

⁴²¹ (1882) 19 Ch.D. 588, p. 598. Zie Oakley, 2003, p. 256-259.

⁴²² Zie Oakley, 2003, p. 256. Hij wijst erop dat het enigszins ironisch is dat ten tijde van deze uitspraak wetgeving werd geïntroduceerd die het voor het eerst mogelijk maakte om een

2.6 Classificatie van de trust
2.6.2.4 De rechtspositie van crediteuren

In de gevallen dat geen sprake is van een faillissement en een crediteur zich vanwege de onzakelijke transactie bij de rechter op benadeling beroept en daarbij bv. verzoekt om de transactie te vernietigen, dient de crediteur wél te kunnen aantonen dat de opzet tot benadeling bij de debiteur (*settlor*) bestond⁴²³. Er moet dus – naar het oordeel van de rechter – niet alleen sprake zijn van een “*transaction at undervalue*”⁴²⁴, maar ook :

“*that it was entered into by him for the purpose:*

a. *of putting assets beyond the reach of a person who is making, or may at some time make, a claim against him, or*

b. *of otherwise prejudicing the interests of such a person in relation to the claim which he is making or may make*”⁴²⁵.

De rechter kan dan bij bewezen opzet elke maatregel gelasten die nodig is om de benadeelde in de situatie te brengen waarin hij had verkeerd als de *trust* niet was ingesteld, zoals derde-verkrijgers veroordelen tot teruggave van de goederen. Echter de derde die te goeder trouw en tegen een redelijke vergoeding de goederen verkreeg wordt beschermd tegen de vordering van de crediteur. De rechter kan ook – als de belangen van de benadeelde daardoor beter worden gediend – andersoortige maatregelen treffen.

2) die welke betrekking hebben op transacties – binnen een bepaalde periode voorafgaand aan een faillissement – waarbij hetzij een natuurlijk persoon, hetzij een rechtspersoon goederen aan een derde overdraagt tegen een te lage waarde, dan wel bij wijze van begunstiging. Deze periode is, in het geval sprake is van een overdracht tegen een te lage waarde, normaliter twee jaar voorafgaand aan de faillissementsaanvraag. Indien de gewraakte rechtshandeling

besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid op te richten, waarmee risicovolle activiteiten konden worden ondernomen, terwijl tevens het privévermogen afgeschermd kon worden.

⁴²³ Indien echter sprake is van een Amerikaanse *self-settled trust* waarbij de *grantor* zichzelf vergaande bevoegdheden voorbehoudt tot herroeping, tot aanwijzing van nieuwe *beneficiaries* en tot aanwijzingen ten aanzien van de bedrijfsvoering, terwijl hij daarenboven ook nog een der *beneficiaries* is, dan geldt op basis van een wettelijke bepaling (§ 156 *Rest. of Trusts* [2nd]) dat de *trust* nietig is ten opzichte van de ten tijde van instelling van de *trust* bestaande crediteuren alsook latere, zonder dat frauduleus handelen behoeft te worden aangetoond. Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 23.

⁴²⁴ *Insolvency Act* 1986, s. 423(1).

⁴²⁵ *Insolvency Act* 1986, s. 423(3).

- bv. de instelling van een *trust* - plaatsvond binnen twee jaar voorafgaand aan het faillissement dan behoeft de crediteur opzet niet te bewijzen. De twee-jaars periode kan overigens verlengd worden tot vijf jaar voorafgaand aan de faillissementsaanvraag indien de debiteur ten tijde van de transactie insolvent was of tengevolge van de gewraakte transactie insolvent is geworden. In dit verband is onder insolventie te verstaan het ten tijde van de transactie niet in staat zijn om aan de dan bestaande schulden te voldoen of indien op dat moment de waarde van de bezittingen minder bedroeg dan de omvang van de schulden. De periode bedraagt in het geval van begunstiging zes maanden voorafgaand aan de faillissementsaanvraag tenzij de begunstigde een *partner* is, dan bedraagt de termijn twee jaar. Van begunstiging is geen sprake indien de overdracht plaatsvond vanuit zakelijke overwegingen. Indien door de *equity*-rechter op verzoek van een belanghebbende, zijnde eenieder die door de gewraakte transactie schade heeft geleden, wordt vastgesteld dat een transactie zich heeft voorgedaan onder omstandigheden als hiervoor omschreven, dan zal hij de *trust* nietig dienen te verklaren. Voorts zal hij bevelen dat zoveel mogelijk de positie wordt hersteld zoals die zou hebben gegolden indien de transactie niet had plaatsgevonden, teneinde aldus de belangen van de benadeelde partij(en) te beschermen. Ook is het bij de totstandkoming van een *trust* mogelijk om gelijktijdig met de overdracht van goederen, schulden aan een *trustee* over te dragen mits het saldo van deze goederen en schulden positief is en de crediteur daarmee instemt. Indien deze instemt dan heeft hij daarna alleen een verhaalsrecht op de *trustee*, waarbij de verhaalsmogelijkheden zich beperken tot het in *trust* gegeven vermogen. Gaat de crediteur niet accoord met overdracht van zijn vordering aan de *trust* dan heeft hij na overdracht een verhaalsrecht op zowel *settlor* alsook op de *trustee*. Crediteuren kunnen ook een belang hebben bij de totstandkoming van een *trust*. Dit is het geval indien de koper van een goed het geleverde goed overdraagt aan een door hem tot stand gebrachte *trust* teneinde aldus de verkoper, zijnde de crediteur - in de kwaliteit van *beneficiary* - zekerheid te verschaffen.

2.6.3 De aard van het trustfund

Een *trust*verhouding kan slechts bestaan indien vermogen aan een *trustee* is overgedragen, dan wel de *settlor* een *declaration of trust* dienaangaande heeft afgelegd. Alleen dan immers wordt er *trust-res* afgezonderd en afgescheiden, waarin een derde een beneficiair recht kan verwerven. Uiteraard dienen daarbij de voor het betrokken goed geldende overdrachtsvoorschriften in aanmerking te worden genomen.

2.6 Classificatie van de trust
2.6.3 De aard van het trustfund

Tot het *trust*vermogen kunnen in beginsel alle vermogensrechten⁴²⁶ behoren. Persoonlijke, alsook zakelijke vermogensrechten. Roerende en onroerende zaken. Lichamelijke en onlichamelijke zaken zoals verzekeringspolissen, patenten, *copyrights*, *goodwill* en handelsmerken⁴²⁷. Zelfs een *equitable interest*, dat wil zeggen: een beneficiair recht op een bepaald goed, kan op haar beurt weer onderwerp van een *trust*recht zijn. Goederen die onvervreembaar⁴²⁸ zijn, kunnen echter niet in *trust* worden gegeven. Tot het *trust*vermogen behoren ook de goederen die door de *trustee* worden verworven in ruil voor de eerder door de *settlor* aan hem overgedragen goederen alsook de daaruit voortvloeiende vermogenswinsten. Omdat alle soorten van goederen de *trust property* van een *trust* kunnen vormen, worden *trusts* doorgaans ook onderscheiden naar de aard van hun *trust*vermogen. Daarbij maakt men wel het onderscheid in 1. *family trusts* en 2. *trusts* die ondernemingsgericht zijn⁴²⁹.

2.6.3.1 *Family trusts*

Family trusts bestaan reeds eeuwenlang. Zij vinden hun oorsprong in de wens om bepaalde vermogensbestanddelen, in hoofdzaak onroerend goed, binnen de familie te houden en om de opbrengsten daarvan aan de familie ten goede te laten komen. De ontstaansgeschiedenis van het *trust*-recht hangt dan ook nauw samen met die van het *real property*-recht. Tegenwoordig worden ook

⁴²⁶ Zie voor een uitgebreide behandeling van het Anglo-Amerikaanse ‘goederenrechtelijke’ systeem: Sonneveldt, 2000a, p. 30-36. Hierin schetst hij het Anglo-Amerikaanse leerstuk van de *estates in land and future interests*, welke *interests* ook in de gedaante van *beneficial interests* kunnen voorkomen. Hij beschrijft de tot de categorie *freehold estates* behorende *estate in fee simple*, de *estate in fee tail* en de *life estate*. Het begrip *estate* heeft in het Anglo-Amerikaanse recht de betekenis van *the quantum of an interest in land*, zijnde de duur van het recht, en wordt onderscheiden in enerzijds de *freehold estates* en anderzijds de *leasehold estates*, waarbij de *freehold estates* worden gekenmerkt door het feit dat zij net zo lang bestaan als bepaalde personen bestaan, zodat de duur van deze *estates* onvoorspelbaar is, terwijl bij een *leasehold estate* de maximale duur vastligt. Een *estate in fee simple* is vrijwel gelijk te stellen met een absoluut eigendomsrecht, zodat de eigenaar volledige beschikkingsmacht heeft. Hij kan het gebruiken, vervreemden en er bij testament over beschikken. Het thans vrijwel niet meer van belang zijnde *estate in fee tail*, was een *estate* met een in beperkte mate ingebouwd erfrecht voor de nakomelingen (*issue*) van de *tenant in tail*. Had de *tenant in tail* geen nakomelingen dan verviel de *estate* terug aan de *tenant in fee simple*, die daarmee een *remainder interest* had omdat hij het recht “op terugval” kon vervreemden. Bij een *life estate* is de duur van de *estate* doorgaans gekoppeld aan het leven van de *life tenant*, waardoor het op dit punt gelijkenis vertoont met het continentaalrechtelijk recht van vruchtgebruik. Zie ook hiervoor in voetnoot 84.

⁴²⁷ Zie Scott, 1939, p.449-456.

⁴²⁸ Bv. pensioenrechten van officieren van de *Royal forces*. Zie Sheridan, 1993, p. 19.

⁴²⁹ Zie Uniken Venema, 1990, p. 159-160, Zwolve, 2000, p. 350-358.

particuliere vermogens die bv. belegd zijn in effecten of andere waardepapieren in een *family trust* ondergebracht, met als doel het verantwoord beheren en instandhouden van dit vermogen. Vaak worden dan opeenvolgende *beneficiaries* aangewezen waarbij bv. de echtgenote een beneficiair belang krijgt gedurende haar leven (*equitable interest for life*) en de kinderen en kleinkinderen vervolgens opeenvolgende beneficiaire belangen (*equitable remainder interests*) al dan niet in de vorm van *vested of contingent (non vested) remainders*⁴³⁰.

Ook wordt vaak bepaald dat de *beneficial interest* overgaat naar een andere tak van de familie indien een bepaalde *remainder interest* niet kan worden verwezenlijkt⁴³¹.

2.6.3.2 Ondernemingsgerichte trusts

Ondernemingsgerichte *trusts* zijn van een meer recente datum dan de *family trusts* en zijn veelal in de Verenigde Staten van Amerika ontstaan. Een van de eerste was de *Standard Oil Trust* die in 1882 werd opgericht⁴³².

De ondernemingsgerichte *trusts* kunnen worden onderscheiden in:

2.6.3.2.1 Investment trusts

Met het begrip *investment trust* (in Engeland ook wel *unit trust* genoemd) wordt aangeduid een onderneming die in de vorm van een *trust* beleggingen in

⁴³⁰ Van een *remainder interest* is sprake indien het “restant aan tijd”, of een gedeelte daarvan niet toevalt aan de *settlor* (men spreekt dan van een *reversionary interest*) maar aan een ander, bv. een (klein)kind. Van een *vested interest* is sprake indien: a. de personen die gerechtigd zijn tot de *interest* aanwijsbaar zijn, b. de *interest* aan de *beneficiary* toevalt *in possession* (*vested in possession* wil zeggen dat een bezitsverhouding met betrekking tot een bepaald goed is gerealiseerd) en wel op het moment dat de vorige *interest* eindigt, c. vaststaat dat de voorafgaande *interest* eens zál eindigen, ook al ligt dit moment ver in de toekomst en is het onbepaald. Van een *contingent interest* is sprake indien aan een voorwaarde moet zijn voldaan alvorens de *interest vested is (in possession)*. Zulk een voorwaarde is meestal het in leven zijn van de aangewezen toekomstige rechthebbende. Zie voor een voorbeeld daarvan : Uniken Venema, 1990, p. 89.

⁴³¹ Bv. het als *beneficiary* aangewezen doch nog niet geboren (klein)kind blijkt op het moment dat het aan hem toegewezen *beneficial interest* aan hem zou moeten toevallen, nog niet of niet meer in leven te zijn.

⁴³² Zij fungeerde als “*topholding*” voor de door John D. Rockefeller [8/7/1839 – 23/5/1937, geb. te Richford, New York] en zijn partners in 1870 opgerichte *Standard Oil Company of Ohio*. De keuze voor een *trust* als “*topholding*” was een noodzaak omdat in die tijd een vennootschap geen *topholding* mocht zijn. Door middel van de *trust* kon men ondernemingen concentreren hetgeen tot monopolievorming aanleiding gaf en vervolgens tot het totstandkomen van *anti-trust* wetgeving. In 1911 besliste het Amerikaanse hooggerechtshof dat *Standard Oil* een monopolie was en beval de opdeling ervan.

2.6 Classificatie van de trust
2.6.3.2.3 Pension fund trusts

effecten houdt. Door deze *trust* – die dus geen rechtspersoonlijkheid bezit – worden verhandelbare en gemakkelijk overdraagbare “*certificates*” uitgegeven, die ook vaak beursgenoteerd zijn en die de belichaming vormen van de *equitable interests* die vanwege de vorming van de *trust* zijn ontstaan. Van belang hierbij is dat de houders van deze *certificates* geen zeggenschap hebben in de onderneming die in de vorm van een *trust* wordt gedreven, dit in tegenstelling tot *shareholders* in een *company/corporation*. Wel hebben de houders van *certificates* een sterkere goederenrechtelijke positie dan die van *shareholders*. Deze laatste hebben namelijk slechts een persoonlijke aanspraak jegens de vennootschap⁴³³. De *investment trust* die onroerend goed houdt noemt men een *real estate investment trust (R.E.I.T.)* of *land trust*. Het verschil tussen beide is dat de toepasselijke beheers- en exploitatieregelingen verschillen.

2.6.3.2.2 Business trusts

De in de Verenigde Staten van Amerika bestaande *business trusts* oefenen al dan niet direct een onderneming uit. De meest directe vorm is die waarin de ondernemingsactiviteiten rechtstreeks in de juridische vorm van een *trust* worden uitgeoefend. De ondernemingsgoederen behoren dan rechtstreeks toe aan de *trustee* die de ondernemingsactiviteiten uitoefent en daarmee als contractspartij tegenover derden optreedt. Het gevolg hiervan is o.a. dat hij tegenover derden met zijn gehele vermogen aansprakelijk is⁴³⁴. Indien de *trustee* daarentegen “slechts” aandelen van een of meer dochtermaatschappijen houdt waarin het feitelijk ondernemen plaatsvindt – hetgeen overigens meer gebruikelijk is dan het rechtstreeks uitoefenen van de onderneming – dan oefent de *trust* op minder directe wijze een onderneming uit en vervult zij een *holding*-functie hetzij als *top-holding*, hetzij als *tussen-holding* op een lager niveau in het concern⁴³⁵.

2.6.3.2.3 Pension fund trusts

Pension fund trusts verzorgen pensioenverzekeringen van (ex)werknemers en hun nabestaanden en beheren en beleggen daartoe pensioengelden. De werknemers hebben als *beneficiaries equitable interests* bij (de opbrengsten van) het

⁴³³ Zie Zwolve, 2000, p. 353.

⁴³⁴ In de praktijk pleegt men te bedingen dat de schulden van de *trust* uitsluitend op het *trust*vermogen kunnen worden verhaald.

⁴³⁵ Hierbij dringt zich de vergelijking op met de Nederlandse stichting administratiekantoor die ten titel van beheer aandelen in bv. een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid houdt en die certificaten van deze aandelen uitgeeft welke het economisch belang bij de aandelen vertegenwoordigen. Zie voor een verdere uitwerking van deze vergelijking: Zwolve, 2000, p. 355.

*trust*vermogen, zijnde de bestaande dan wel toekomstige pensioenuitkeringen. De *legal title* tot het belegde *trust*vermogen behoort echter aan de *trustee* toe, die doorgaans een *trust corporation* of *trust company* is. Daarmee heeft een *pension fund trust* zowel kenmerken van een *investment trust* alsook van een *business trust*.

2.6.4 De aard van de bij de *express trust* betrokken belangen

Een vierde onderscheid is die naar de aard van de bij de *trust* betrokken belangen. Enerzijds wordt daarbij het onderscheid gemaakt tussen de *express private trust* die zich in het algemeen richt op particuliere belangen, waarbij een of meer *beneficiaries* zijn aangewezen dan wel aanwijsbaar zijn en waarbij aard en omvang van hun belangen worden bepaald door de soort van *trust* (*bare trust*, *fixed trust*, *discretionary trust*). Anderzijds de *charitable trust* waarbij het doel is gericht op het algemeen belang en die geen een of meer aanwijsbare individuen als *beneficiaries* kent⁴³⁶. Met andere woorden: de personen die uiteindelijk de baten zullen genieten zijn onbepaald. Het is het *charitable purpose* dat in de plaats treedt van de *beneficiaries*. Een gevolg van het laatste is dat de *charitable trust* ook geen onderscheid in *legal* en *equitable title* kent. Hetgeen kenmerkend is voor de *express private trust*. De *charitable trust* wordt ingesteld met het oogmerk een *charitable purpose*, een liefdadig doel te dienen, welk doel een verlengstuk dient te zijn van het algemeen belang. Daarnaast is er nog de *honorary trust* die een *non-charitable purpose* heeft en evenmin *beneficiaries* kent. Tot de *honorary trusts* – ook wel aangeduid als *trusts of imperfect obligation*⁴³⁷ alsook *non-charitable purpose trusts*⁴³⁸, *anomalous testamentary trusts* dan wel *private purpose trusts*⁴³⁹ – behoort bv. een *trust* die tot doel heeft het verzorgen van huisdieren of het oprichten en in stand houden van een particulier monument of een particuliere begraafplaats. Naast het feit dat beide geen *beneficiaries* kennen, is kenmerkend voor zowel de *charitable trust* alsook de *honorary trust* dat zij beide een abstract doel dienen. Bij de *charitable trust* heeft dit doel een publiek karakter, vandaar dat deze *trust* ook wel als *public trust* wordt aangeduid. Bij de *honorary trust* heeft het doel een particulier karakter tengevolge waarvan de *honorary trust* tot de groep van *express private trusts* wordt gerekend.

⁴³⁶ Uniken Venema wijst erop dat op deze algemene regel een uitzondering bestaat en wel in die zin dat een *charitable trust* een *charitable corporation* als *beneficiary* kan aanwijzen die het beneficiaire recht zal moeten uitoefenen ten bate van haar eigen *charitable* doeleinden. Zie Uniken Venema, 1954, p. 136.

⁴³⁷ *Imperfect obligation* ziet op het feit dat er niemand is die de *trustees* kan verplichten om de *trust* uit te voeren. Zie Riddall, 1996, p. 199 e.v.

⁴³⁸ Zie Martin, 1986, p. 361–389.

⁴³⁹ Zie Hayton, 2003a, p. 59

2.6.4.1 De express private trust

Omdat de bij de *express private trust* betrokken belangen, waarbij onderscheid is gemaakt naar de *bare trust*, de *fixed trust* en de *discretionary trust*, hiervoor reeds aan de orde zijn geweest, beperk ik me tot een verwijzing daarnaar en tot een beschrijving hierna van de kenmerken van de *charitable trust* en de *honorary trust* en de daarbij betrokken belangen.

2.6.4.2 De charitable trust

Met ingang van 1 april 2006 is de *Charities Act 2006* tot stand gekomen⁴⁴⁰. Daarin worden de begrippen “*charity*” en “*charitable purpose*” omschreven.

“*Charity*” als:

“*an institution which –*

a) *is established for charitable purposes only, and*

b) *falls to be subject to the control of the High Court in the exercise of its jurisdiction with respect to charities*”⁴⁴¹.

“*Charitable purpose*” als:

“*a purpose which –*

a) *falls within subsection (2)*”⁴⁴²

⁴⁴⁰ Met als framework de Wet uit 1993. Zie Pettit, 2006, p. 289.

⁴⁴¹ *Charities Act 2006*, Part 1, 1 “*Meaning of charity*”.

⁴⁴² In *subsection (2)* worden niet limitatief 12 categorieën van *charitable purposes* onderscheiden en volgt daarmee de systematiek welke de preambule behorend bij het *Statute of Charitable Uses 1601* reeds kende. Vervolgens is ten slotte nog een 13^e *subsection* opgenomen die bepaalt dat tot *charitable purposes* ook worden gerekend: (a) *any purposes not within paragraphs (a) to (I) of subsection (2) but recognised as charitable purposes under existing charity law or by virtue of section 1 of the Recreational Charities Act 1958 (c. 17)*; (b) *any purposes that reasonably be regarded as analogous to, or within the spirit of, any purposes falling within any of those paragraphs or paragraph (a) above; and (c) any purposes that may reasonably be regarded as analogous to, or within the spirit of, any purposes which have been recognised under charity law as falling within paragraph (b) above of this paragraph.*

b) *is for the public benefit.*

Tot dan was de betekenis van het begrip *charitable purpose* af te leiden uit hetgeen in de preamble⁴⁴³ behorend bij het *Statute of Charitable Uses* 1601 dienaangaande is vastgelegd.

Daarin is objectgewijs zeer uitvoerig – doch niet exclusief⁴⁴⁴– omschreven wat onder een *charitable purpose* kan worden verstaan. Tot *charitable trusts* behoorden dié *trusts* waarvan het doel past binnen de geest en de bedoeling van de preamble en daarmee *for the relief of poverty, for the advancement of education, for the advancement of religion, for other purposes beneficial to the community which the law recognises*⁴⁴⁵. Nadien is door *case law* hieraan nader inhoud gegeven⁴⁴⁶. Het

⁴⁴³ Deze preamble luidt als volgt: “*Whereas lands, tenements, rents, annuities, profits, hereditaments, goods, chattels, money and stock of money, have been heretofore given, limited, appointed, and assigned as well by the Queen’s most excellent majesty, and her most noble progenitors, as by sundry other well disposed persons: some for relief of aged, impotent, and poor people, some for maintenance of sick and maimed soldiers and mariners, schools of learning, free schools, and scholars in universities; some for the repair of bridges, ports, havens, causeways, churches, sea banks, and highways; some for education and preferment of orphans; some for or towards the relief, stock or maintenance of houses of correction; some for marriages of poor maids; some for supporting, aid, and help of young tradesmen, handicraftsmen, and persons decayed; and others for relief or redemption of prisoners or captives, and for aid or ease of any poor inhabitants concerning payments of fifteens, setting out of soldiers and other taxes; which lands, tenements, rents, annuities, profits, hereditaments, goods, chattels, money, and stocks of money, nevertheless, have not been employed according to the charitable intent of the givers and founders thereof, by reasons of frauds, breaches of trust, and negligence in those that should pay, deliver and employ the same.*”

⁴⁴⁴ “*no catalogue of illustrations, however long, can exhaust or confine charity’s scope*”, aldus Lord Evershed MR, *Re Cole* [1958] Ch 877-891. Zie Riddall, 1996, p. 109.

⁴⁴⁵ Een doel wordt op grond van de *Recreational Charities Act* 1958 ook geacht *charitable* te zijn indien de *trust* het sociale welzijn dient door faciliteiten te bieden voor recreatie of andere vormen van vrije tijdsbesteding.

⁴⁴⁶ Zo worden tot *the relief of poverty* o.a. gerekend : het voorzien in armenhuizen, gaarkeukens, ziekenhuizen, apotheken, weeshuizen, brandstof, voedsel, geld ten behoeve van een al dan niet nader aangeduide categorie van personen; tot *the advancement of education*: o.a. het bevorderen van onderwijs in brede zin, waaronder het (doen) uitvoeren van technische dan wel industriële trainingen; de vestiging en onderhoud van bibliotheken en musea, het bouwen en verder bekostigen van een theater waar toneelstukken van Shakespeare en andere Engelse klassieke drama’s worden uitgevoerd, de aankoop van kunst dat publiekelijk ten toon wordt gesteld; tot *the advancement of religion*: o.a. het bouwen en in stand houden van een kerk, kapel, synagoge, een glas-in-lood raam, een kansel, het onderhoud van een begraafplaats, de bevordering van koorzang, het lezen van dodenmissen in het openbaar; tot *other purposes beneficial to the community*: bijstand aan bejaarden (*relief of the aged*) door middel van directe financiële hulp of het bieden van huisvesting ; bijstand aan hen die ziek of gewond zijn, geestelijk of lichamelijk onvolwaardig dan wel overspannen (*relief of the impotent*) o.a. door middel van het bouwen en in stand houden van ziekenhuizen, verpleegtehuizen, rusthuizen, opleiding en training van artsen en verplegend personeel. Zie voor een verdere opsomming

gevolg hiervan is dat de beantwoording van de vraag of van een *charitable trust* sprake was soms arbitrair leek te zijn⁴⁴⁷. Kenmerkend voor de *charitable trust* is dat het *trust*vermogen uitsluitend bestemd moet zijn om een *charitable purpose* op concrete wijze te dienen. Van een *charitable purpose* is – blijkens *case law* – sprake indien het nastreven of bereiken van het doel in het belang is van de samenleving in haar geheel en niet slechts ten goede komt aan bepaalde *beneficiaries*. Daarmee wijkt de *charitable trust* wezenlijk af van de *express private trust* die alleen maar kan bestaan indien en voorzover er *beneficiaries* (aanwijsbaar) zijn. Omdat de *charitable trust* geen *beneficiaries* kent in de zin van een of meer aanwijsbare individuen die de *trustee* zouden kunnen aanspreken op het nakomen van zijn verplichtingen onder de *trust*, is aan de zgn. *Charity Commissioners* de bevoegdheid⁴⁴⁸ gegeven om indien nodig, na daartoe verkregen toestemming van de *Attorney General*, juridisch actie in naam van het algemeen belang te ondernemen. Een ander belangrijk verschil met de *express private trust* is het feit dat de *rule against inalienability* niet van toepassing is op de *charitable trust*. Dit heeft tot gevolg dat in het geval van een *charitable trust* *trust*goederen gedurende zeer lange tijd aan het economisch verkeer kunnen worden onttrokken. Wél is op de *charitable trust* van toepassing de *rule against perpetuities*, met als gevolg dat mocht de werking van de *trust* afhankelijk zijn gesteld van de vervulling om van een voorwaarde, de opschortende voorwaarde binnen de *perpetuity*-periode⁴⁴⁹ dient te zijn vervuld. Wordt aan de voorwaarde niet binnen de *perpetuity*-periode voldaan, dan is de *trust* ongeldig. Hierop is echter een uitzondering mogelijk, namelijk indien als voorwaarde bij de totstandkoming van de *charitable trust* is gesteld dat de *trust*goederen aan een andere *trust* met een nieuw doel moeten worden overgedragen indien een bepaalde gebeurtenis zich voordoet, ook al doet deze gebeurtenis zich buiten de *perpetuity*-periode voor⁴⁵⁰. Het gevolg hiervan is dat bij twee opeenvolgende *charitable trusts* de *trust* eeuwigdurend kan voortbestaan, tenzij uiteraard het *trust*vermogen uitgeput raakt. Dan houdt de *trust* op een

Riddall, 1996, p. 121 e.v..

⁴⁴⁷ Zie Pettit, 2006, p. 250.

⁴⁴⁸ Deze bevoegdheid werd reeds opgenomen in de *Charities Act* 1993. Tot 1 augustus 1993 was in Engeland de *Attorney General* de enige persoon die de bij de *charitable trust* betrokken belangen bewaakte. Tot de bevoegdheden van de *Charity Commissioners* behoren o.a. het ontslaan en vervangen van *trustees* en het controleren van de gang van zaken door onderzoeken naar *charities* te bevelen. Maar zij kunnen ook de *trustee* desgewenst adviseren, bv. of een bepaald handelen wel of niet een *breach of trust* inhoudt. Zie Pettit, 2006, p. 293-294, Koppenol-Laforce, 1997, p. 43, onder noot 224 aldaar.

⁴⁴⁹ Een periode gelijk aan de resterende levensduur van een of meer daartoe aangewezen personen die in leven zijn ten tijde van het instellen van de *trust* vermeerderd met 21 jaar, dan wel een tijdsduur van maximaal 80 jaar of zoveel korter als de *settlor* bepaalt.

⁴⁵⁰ Zie Pettit, 2006, p. 247.

natuurlijke wijze op te bestaan. Een *charitable trust* zou ook kunnen ophouden te bestaan als het realiseren van het doel van de *trust* onmogelijk is geworden of het instituut waaraan de *trust* is gekoppeld ophoudt te bestaan⁴⁵¹. Echter, indien deze omstandigheden zich dreigen voor te doen dan kan de rechter trachten een ander instituut te vinden waarvan het doel zoveel mogelijk overeenkomt met dat van het oorspronkelijke doel. Deze vervanging door een ten naaste bij gelegen doel noemt men de *cy près* doctrine. De *charitable trust* is in het Anglo-Amerikaanse recht, evenals de andere *trust*vormen, geen rechtspersoon. De *trust*goederen behoren toe aan de *trustee* en vormen een afgezonderd vermogen dat geen deel uitmaakt van het vermogen van de *trustee*. Omdat schulden die de *trustee* in het kader van zijn beheer maakt schulden van de *trustee* zijn, is het gebruikelijk dat door hem wordt bedongen dat de schulden uitsluitend ten laste van de *trust*-goederen kunnen komen. Hoewel de *charitable trust* dus geen rechtspersoon is, vertoont zij in vergelijking met de Nederlandse stichting hiermee wel een sterke functionele gelijkenis. Ook de *charitable trust* heeft een afgezonderd vermogen dat strekt ter bevordering van een bepaald doel. Het verschil is dat bij een *charitable trust* de *trustee* als rechtssubject fungeert, dat drager is van het afgezonderde vermogen, terwijl bij een stichting als drager van het vermogen de abstracte rechtspersoon fungeert⁴⁵². Een ander verschil met de Nederlandse stichting is dat de *charitable trust* een beperkter terrein bestrijkt. Zij kan namelijk uitsluitend strekken ter bevordering van een liefdadig doel, terwijl de stichting veel méér doeleinden kan hebben.

2.6.4.3 De *honorary trust*

Een *honorary trust* behartigt eveneens een abstract, niet op bepaalde personen te betrekken doel dat echter in tegenstelling tot een *charitable trust* geen *charitable purpose* kent. Omdat het doel een particulier karakter draagt wordt de *honorary trust* tot de categorie van de *express private trusts* gerekend, zij het dat de *honorary trust* een niet op bepaalde personen te betrekken doel heeft. Dientengevolge kent het geen *beneficiaries* zodat de *honorary trust* niet voldoet aan het voor *express private trusts* geldende bestaansvereiste, namelijk dat *beneficiaries* bepaald/bepaalbaar moeten zijn. Vanwege het ontbreken van *beneficiaries* ontbreekt het element van afdwingbaarheid⁴⁵³, terwijl er ook geen overheidsinstantie – zoals de *Charity Commissioners* – is die de *trust* zou kunnen afdwingen. Desondanks

⁴⁵¹ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 44.

⁴⁵² Zie Uniken Venema, 1990, p. 157.

⁴⁵³ Vanwege het ontbreken van *beneficiaries* en daarmee het ontbreken van het element van de afdwingbaarheid worden *honorary trusts* ook wel aangeduid als *trusts of imperfect obligation*. Zie Chick, 1968, p. 19-20.

2.6 Classificatie van de trust

2.6.4.3 De honorary trust

wordt zij door *case law*, weliswaar als een abnormale *trust* vorm en dan nog slechts incidenteel, erkent, zodat het de *trustee* wordt toegestaan de *trust* – als ware het een erezaak (vandaar de naam *honorary trust*) – na te komen⁴⁵⁴. Een voorwaarde is wel dat aan de *rule against perpetuities* wordt voldaan⁴⁵⁵, evenals aan de overige voorwaarden geldend voor de totstandkoming van een *trust*.

Van een *honorary trust* is op basis van *case law* sprake indien een *trust* (testamenteer) wordt gevormd⁴⁵⁶:

- ten behoeve van de oprichting en instandhouding van particuliere monumenten en grafstenen.
- ten behoeve van het lezen van particuliere missen.
- ten behoeve van huisdieren van de overledene.
- ten behoeve van de bevordering van de vossenjacht.

Mocht blijken dat de *trustee* geen uitvoering geeft aan de *honorary trust*, dan kan hij daartoe niet worden gedwongen en wordt hij geacht de *trust* goederen te houden ten behoeve van de erfgenamen van de *settlor* in het kader van een *resulting trust*.

⁴⁵⁴ Zie Uniken Venema, 1954, p. 138.

⁴⁵⁵ Zie Mowbray, 2000, (16th edition) p. 18.

⁴⁵⁶ Zie Pettit, 2006, p. 58-60.

Hoofdstuk 3

De Engelse belastingheffing en de *trust*⁴⁵⁷

3.1 Inleiding

Bij de totstandkoming van een *trust* in het *UK* spelen naast het scheiden van huidige en toekomstige vermogensbelangen en het toevertrouwen van het beheer van goederen aan een competent vertrouwenspersoon, doorgaans ook fiscale overwegingen een belangrijke rol. Met name het door middel van een *trust* op legale wijze trachten te beperken of zelfs het ontgaan van belastingheffing over de uitkeringen van een vermogen dan wel over de opbrengsten daarvan alsook het langdurig uitstellen van de heffing van successierechten, is ook binnen het *UK* vaak reden voor de totstandkoming van een *trust*. Hoewel het gerechtvaardigd is om door middel van een *trust* tevens belasting te besparen, mag zulks er niet toe leiden dat sprake is van een oneigenlijk aan misbruik grenzend gebruik van deze rechtsvorm, zodat een kritische houding dienaangaande past⁴⁵⁸. Het voorkomen dan wel het beperken van belastingheffing is niet alleen een motief voor het oprichten van een *trust*, maar vormt ook een overweging bij het nadien investeren van *trust*vermogen door *trustees*, bij de vraag hoe *trustees* ten aanzien van opbrengsten zullen handelen en op welke wijze zij gebruik zullen maken van hun discretionaire bevoegdheid ten opzichte van *beneficiaries*. Onder de juiste omstandigheden kunnen de heffingstarieven voor een *trust* lager zijn dan die voor individuen. Ook kan in het Engelse fiscale heffingssysteem eerder van *trustees* geheven belasting aan *beneficiaries* worden gerestitueerd indien zij met een lager tarief dan wel in het geheel niet worden belast. Teneinde de fiscale betekenis van de hedendaagse Engelse *trust* te kunnen begrijpen, is het noodzakelijk de hoofdlijnen van de belastingheffing van *trusts* in het *UK* te

⁴⁵⁷ De inhoud van dit hoofdstuk is voornamelijk gebaseerd op: A.J. Oakley's: "*Parker & Mellows, 'The modern law of trusts'*", 8th edition, Sweet & Maxwell, London, 2003; Tiley's, "*Revenue Law*", fifth edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005, Part II "*Income Tax*", Chapter 29, "*Trusts*"; Graham J. Moffat, "*Trust Law*", eighth edition, 2009, Cambridge, U.K.. Zie ook: Lee, "*Revenue law, principles and practise*", 26th edition, 2008; Chamberlain and Whitehouse, "*Trust Taxation*", 2007 en voor een minder gedetailleerd overzicht: Morse and Williams, "*Davies: Principles of Tax Law*", 6th edition, 2008.

⁴⁵⁸ "*Every man is entitled if he can to order his affairs so that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be*", aldus Lord Tomlin, *I.R.C. vs Duke of Westminster* [1936] A.C. 1, zie Martin, 1986, p. 217/218. "*The avoidance of tax may be lawful, but is yet not a virtue*", aldus Lord Denning MR, *Re Weston's Settlements* [1969] 1 Ch 223 at 245, [1968] 3 All ER 388 at 342, zie Pettit, 2006, p. 22.

kennen⁴⁵⁹, waarbij als uitgangspunt geldt dat de fiscale behandeling afhangt van de aard van de onderhavige *trust* en van de vraag of de *trustees* en/of de *settlor* al dan niet inwoners van het UK zijn. Daarbij moet worden bedacht dat mogelijke belastingbesparingen die door middel van *trusts* kunnen worden gerealiseerd ertoe hebben geleid dat de Engelse belastingwetgeving betreffende *trusts* zeer ingewikkeld is, mede vanwege de fragmentarische aanpak van de wetgever. Het *Meade Committee* heeft er in zijn rapport⁴⁶⁰ in 1978 reeds op gewezen dat :

“as each new tax has been introduced, a system of taxing trusts has been invented without, it seems, very much thought about how the new tax would fit in with other taxes”.

Zo hadden de begrippen “*settlement*” en “*settled property*”, begrippen welke voor zowel de *Income Tax* (IT), de *Capital Gains Tax* (CGT) en de *Inheritance Tax* (IHT) van wezenlijk belang zijn, onder elk der onderscheiden heffingen een andere betekenis.

In een in 1991 door de Engelse belastingdienst gepubliceerd advies⁴⁶¹ werden mogelijke herzieningen, in het bijzonder de integratie van de wijze van heffen van de IT en CGT van *trusts* en het nauw doen aansluiten van de heffing bij die van natuurlijke personen, grondig onderzocht. De toenmalige regering besloot echter de principiële voorstellen niet te implementeren, ogenschijnlijk vanwege de verschillende gevolgen voor verschillende soorten van *beneficiaries*⁴⁶² en verzocht de belastingdienst in december 2003, ter voorbereiding van de introductie van een herzien IT- en CGT- systeem, van gedachten te gaan wisselen met *trustprofessionals*. Gelijkijdig werd door de *Chancellor of the Exchequer* een rapport aan het Engelse parlement aangeboden waarin plannen bekend werden gemaakt voor modernisering en vereenvoudiging van de *income tax* en *capital gains tax* van in de UK gevestigde *trusts*, alsmede voor het harmoniseren van in de fiscale wetgeving gehanteerde definities. Daarna volgde in 2004 en

⁴⁵⁹ In dit hoofdstuk beperk ik me daarbij voornamelijk tot de heffing van belastingen van *trusts* in het U.K. Aan de belastingheffing van *charitable trusts* schenk ik geen aandacht, anders dan te vermelden dat een *charitable trust* voor beleggingsopbrengsten niet met *income tax* wordt belast, mits de opbrengsten voor het goede doel worden aangewend. Indien de *charitable trust* een onderneming drijft dan is de winst evenmin belast, mits de winst uitsluitend wordt aangewend voor het goede doel én de *charitable trust* met name het drijven van deze onderneming tot doel heeft.

⁴⁶⁰ Zie: “*The Structure and Reform of Direct Taxation*”, *Report of a Committee chaired by Prof. J.E. Meade, The Institute for Fiscal Studies, London, George Allen & Unwin, 1978*, p. 401.

⁴⁶¹ Zie: “*The Income Tax and Capital Gains Tax Treatment of UK resident trusts*”.

⁴⁶² Zie: 221 HC *Official Report (6th series) written answers col 326, 18 march 1993*.

2005 een periode van verdere consultatie⁴⁶³. Deze voorstellen, die inmiddels tot wetwijzigingen hebben geleid⁴⁶⁴, beogen enerzijds de verhoudingsgewijs veelomvattende aangifteplicht van kleine *trusts* te vereenvoudigen, anderzijds de door de Engelse regering als oneerlijk beoordeelde belastingvoordelen van *trusts* in vergelijking met de positie van individuen te schrappen. Dit heeft er inmiddels toe geleid dat het *income tax*- en *capital gains tax*-tarief voor *discretionary trusts* is verhoogd van 34% naar het voor natuurlijke personen geldende toptarief van 40%. Teneinde deze verhoogde belastingdruk voor kleine *trusts* te matigen, geldt voor deze *trusts* een heffingspercentage van 22%, zijnde het basistarief, over de eerste £ 500 aan inkomen. De voorstellen beoogden ook om inkomen dat kort na ontvangst door *trustees* aan *beneficiaries* wordt uitgekeerd niet meer eerst bij de *trustees* te belasten en daarna bij *beneficiaries* onder aftrek van de eerder geheven belasting, maar om *beneficiaries* voortaan rechtstreeks te belasten. Voorts hadden de voorstellen tot doel om de in de *IHT*, *IT* en *CGT* gehanteerde definities te harmoniseren. Tot de te harmoniseren definities behoorden de begrippen: *settlement*⁴⁶⁵, *settlor-interested settlements* en *residence of trustees*. Zo werd in de tot dan bestaande wetgeving het begrip *settlement* op drie verschillende wijzen gedefinieerd en onderscheidde men 27 verschillende types van *trusts*. Voorgesteld werd om voor de bepaling van het begrip *settlement* voortaan aan te sluiten bij de definitie van de *Inheritance Tax Act*.

De voorstellen beoogden ook de tot dan bestaande *IT*- en *CGT*-regimes te vereenvoudigen. Het tot stand brengen van een volledig nieuw heffingssysteem werd echter niet beoogd, zodat het nog maar de vraag is of aldus tevens de wens om het ontgaan van belastingheffing via *trusts* te voorkomen, wordt gerealiseerd. Voorts werden tot dan toe *settlor-interested trusts* voor de heffing van *income tax*, *capital gains tax* en *inheritance tax* telkens anders behandeld. Zo bestonden er negen afzonderlijke tests om vast te stellen wat als een *settlor-interested trust* kwalificeerde. De oorspronkelijk voorgestelde ingrijpende wijziging hield in dat goederen van een *trust* waarvan de *settlor* nog in leven is, voor de heffing van belastingen rechtstreeks aan hem zouden moeten worden toegerekend ongeacht het feit of hij al dan niet voordelen uit de *trust* (kan) geniet(en). Dit voorstel dat ver reikende gevolgen zou hebben gehad en dat

⁴⁶³ Zie: *Inland Revenue: "Modernising the Tax System for Trusts: A Consultation Document"* (August 2004).

⁴⁶⁴ De *Finance Act* (FA) 2005 bracht per 6 april 2005 verzachtingen aan voor *trusts* ten behoeve van de zeer kwetsbaren, zijnde *disabled persons* en *minor children on the death of a parent*. Zie ook: *Inland Revenue "Modernising the Tax System for Trusts: A Consultation Document ch 1 and section 3*.

⁴⁶⁵ De *income tax*-, *capital gains tax*- en *inheritance tax*-wetgeving hanteert niet de term *trust* maar *settlement* en doelt daarbij op alle types van *trusts*. Een definitie van het begrip *settlement* bestaat echter niet. Voor de heffing van *CGT* wordt *settled property* gedefinieerd als "*any property held in trust*" (TCGA 1992, s 68).

enige gelijkennis vertoont met de met ingang van 1 januari 2010 in Nederland geldende wettelijke regeling voor afgezonderde particuliere vermogens⁴⁶⁶, werd echter teruggenomen. In de plaats daarvan geldt sinds 6 april 2006⁴⁶⁷ een gelijke behandeling voor de heffing van *IT* en *CGT* voor die *trusts* waarin de *settlor* een belang houdt of geacht moet worden een belang te houden. De *FA* bevatte voorts belangrijke wijzigingen betreffende de heffing van *IHT* van *trusts*, waarbij de structuur zodanig werd aangepast dat een aangescherpte regeling ontstond. Ten slotte gold dat de *IT* en de *CGT* elk een andere test hanteerden om vast te stellen waar *trustees* zijn gevestigd. De vraag waar *trustees* zijn gevestigd, is met name van belang indien er meerdere *trustees* zijn die niet allen in het *UK* woonachtig zijn. Ook dan moet kunnen worden vastgesteld wáár de *trust* is gevestigd. De voorgestelde wijzigingen voorzagen in één *residence-test* welke van toepassing zou moeten zijn voor zowel *IT* alsook *CGT* met als gevolg dat de vorming van een *offshore trust* (*non resident trust*⁴⁶⁸) voortaan een beter alternatief is dan de totstandkoming van een *resident trust*. De voorgestelde wetwijzigingen golden namelijk niet voor *non-resident trusts*, met als gevolg dat buitenlands inkomen genoten door een buitenlandse *trust* niet met *income tax* kan worden belast, mits de *settlor* en zijn echtgenote niet tot *trust*inkomen/vermogen gerechtigd zijn. Aldus kan niet alleen onbelast inkomen worden opgepot tengevolge waarvan de investeringscapaciteit van de *trust* toeneemt, maar kan ook de periode gedurende welke kan worden opgepot aanzienlijk worden verlengd (bv. 100 jaar in een *Jersey-trust*)⁴⁶⁹. Ondanks de totstandgekomen wijzigingen lijkt het uitgangspunt van de

⁴⁶⁶ Zie hierna Deel 3, 2.4.2, “De per 1 januari 2010 geldende wettelijke regeling betreffende afgezonderde particuliere vermogens”.

⁴⁶⁷ *Finance Act 2006*, Schs 12 and 13.

⁴⁶⁸ In de strikte zin van het woord heeft een *trust* geen *residence* omdat een *trust* geen juridische entiteit is. Voor de heffing van *income tax* wordt de *residence* van een *trust* bepaald door de *residence* van de *trustees*. De *residence* van de *settlor* en de *beneficiaries* spelen daarbij geen rol, behalve indien *trustees* hun *residence* deels in, deels buiten het *UK* hebben. Dan is de *residence- en domicile-status* van de *settlor* bepalend, ongeacht of het merendeel der *trustees non-resident* zijn. De *residence- en domicile-status* van de *settlor* en de *beneficiaries* is bepalend voor de vraag hoe *trust*opbrengsten en vermogenswinsten worden belast. Voor de heffing van *capital gains tax* geldt voor de vaststelling van de *residence* van de *trust* een speciale wettelijke bepaling die als uitgangspunt heeft dat de *trustees* moeten worden beschouwd als een “*single and continuing body of persons*” en dat dit “lichaam” geacht wordt in het *UK* te zijn gevestigd tenzij het bestuur en beheer van de *trust* buiten het *UK* plaatsvindt én alle dan wel de meerderheid van de *trustees non-resident/not ordinarily resident* zijn. Voor de heffing van de *inheritance tax* is het begrip *residence* vrijwel van geen belang. Zie R. Citron, “*The UK Tax Treatment of Offshore Trusts*”, p. 55-56 in A. Kaplan’s, “*Trusts in Prime Jurisdictions*”, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000.

⁴⁶⁹ Niet fiscale motieven voor de totstandkoming van een *non resident trust* kunnen zijn: het wonen of gaan wonen van (een meerderheid van) de *beneficiaries* in het buitenland, de vrees

wetgever nog steeds bedrieglijk eenvoudig te zijn. Hetzij de *trust* wordt belast als ware het een zelfstandige eenheid, hetzij – afhankelijk van de omstandigheden – de *beneficiary* wordt belast alsof de *trust* niet bestaat. Het *Mead Committee* typeerde deze twee heffingsmethoden reeds in 1978 als de “*personification*” van de *trust* en als de “*transparency*” van de *trust*. Voor een goed begrip wordt benadrukt dat “*personification*” van de *trust* niet moet worden begrepen als het belasten van de *trust* als ware het een juridisch zelfstandige eenheid, maar het belasten van de *trustees* als waren zij een gezamenlijke eenheid, waarbij de persoonlijke belastingpositie van ieder der *trustees* irrelevant is. Van een consistente benadering is echter nog steeds geen sprake en geldt ondanks de wetswijzigingen nog steeds een hybride systeem.

Hierna wordt achtereenvolgens aandacht besteed aan de hoofdlijnen van de heffing van de *income tax*, de *capital gains tax* en de *inheritance tax*. Voor wat betreft de *income tax* wordt daarbij in paragraaf 2.1. onderscheid gemaakt tussen de *interest in possession settlement (fixed trust)* en de *discretionary trust*. In paragraaf 2.2. wordt ingegaan op 1) de *capital gains tax* en de totstandkoming van de *trust*, 2) de *capital gains tax* en de vervreemding van vermogensbestanddelen door *trustees*, 3) de *capital gains tax* en de vervreemding van “*interests*” door *beneficiaries* en 4) de *capital gains tax* en de beëindiging van de *trust*.

In paragraaf 2.3 wordt kort aandacht besteed aan de *inheritance tax*.

3.2 Hoofdlijnen van de belastingheffing⁴⁷⁰ van *express private trusts*

Trustees worden met drie⁴⁷¹ belangrijke heffingen geconfronteerd:

1. *income tax* die doorgaans van *trustees* wordt geheven indien a. zij opbrengsten van het *trust*vermogen ontvangen en b. opbrengsten aan *beneficiaries* worden uitgekeerd.
2. *capital gains tax* die van de *settlor* wordt geheven als door hem vermogensbestanddelen onder *trust*verband worden gebracht en van *trustees* als zij *trust*goederen met vermogenswinst aan derden overdragen, *beneficiaries* daaronder begrepen.

voor een herverdeling van vermogen door middel van bv. een *wealth tax*, de wens om gebruik te kunnen maken van gunstige buitenlandse regelgeving, waardoor *trust*vormen mogelijk worden die in het *UK* verboden zijn.

⁴⁷⁰ Hoewel binnen het *UK*: Engeland en Wales; Schotland; en Noord Ierland ieder hun eigen wetgeving hebben, is er voor wat de belastingheffing geen verschil. Wel kan sprake zijn van een verschil in terminologie. Zo wordt voor het Engelse begrip *life tenant* in Schotland het woord *lifereiter* gehanteerd. Zie Citron, 2000, p. 53.

⁴⁷¹ Tot aan de *Stamp Duty (Exempt Instruments) Regulations 1987* gold ook nog een *stamp duty*. Zie voor een uitgebreide behandeling van de *stamp duty*: Oakley, 2003, p. 624–628.

3. *inheritance tax* die wordt geheven indien vermogensbestanddelen aan de *trust* worden overgedragen resp. de *trust* wordt beëindigd.

Als uitgangspunt voor al deze heffingen geldt dat de *trustees* tezamen als één persoon worden aangemerkt⁴⁷². Aan de *trustees* gezamenlijk wordt één aanslag opgelegd, waarbij de persoonlijke belastingpositie van elk der *trustees* afzonderlijk van geen belang is voor de vaststelling van de door de *trust* verschuldigde belasting. De “*personification*” van de *trust* vindt derhalve via de *trustees* plaats, waarbij het feit dat een wijziging in de persoon van de *trustees* van geen belang is voor de vaststelling van de door de *trust* verschuldigde belasting, de “*personification*” van de *trust* versterkt⁴⁷³. Van een als rechtspersoon te kwalificeren juridische entiteit welke als zodanig belastingplichtig is, is echter geen sprake. Hoewel doorgaans in eerste instantie de *trustees* worden belast, zijn het (uiteindelijk) de *beneficiaries* die de belasting, onder verrekening van de eerder bij *trustees* geheven belasting, dienen te dragen. De mate waarin de drie belastingen worden geheven is afhankelijk van het feit of de *settlor* tevens *beneficiary* is en of de *beneficiaries* rechten kunnen doen gelden op de opbrengsten van het *trust*vermogen (*fixed interests* oftewel *interests in possession*), dan wel dat de uitkering van opbrengsten aan hen afhankelijk is van de discretionaire bevoegdheid van de *trustees* (*discretionary trust*).

3.2.1 *Income tax*

Als algemene regel geldt, nadat een *settlor* vermogensbestanddelen in het kader van de totstandkoming van een *trust* aan *trustees* heeft overgedragen, dat voortaan de *trustees* voor de opbrengsten van het *trust*vermogen worden belast en niet meer de *settlor*. Het zijn namelijk de *trustees* die in het vervolg het inkomen ontvangen, ook al zijn *beneficiaries* al dan niet voorwaardelijk gerechtigd tot deze opbrengsten. Daarbij maakt het geen verschil of er één of meer *beneficiaries* zijn en of deze wel of niet meerderjarig zijn. *Beneficiaries* zijn op hun beurt inkomstenbelastingplichtig zodra zij uitkeringen uit de *trust* genieten. Zij kunnen dan de eerder van de *trustees* geheven belasting verrekenen met de door hen over de uitkeringen verschuldigde belasting. De heffing van *income tax* vindt derhalve op twee niveau's plaats. Het gehele inkomen van de *trust* wordt belast, ongeacht hoe hierover uiteindelijk wordt beschikt, hetzij door uitkering aan *beneficiaries*, hetzij door toevoeging aan het *trust*vermogen. Bij de berekening van de verschuldigde inkomstenbelasting mag geen rekening

⁴⁷² Zie *Income Tax Act 2007* (ITA) s 474 (1): “... are together treated as if they were a single person”.

⁴⁷³ Zie Oakley, 2003, p. 412.

worden gehouden met belastingvrije sommen en/of persoonlijke vrijstellingen. De *trust* is namelijk geen “persoon”. Een ander gevolg hiervan is dat het progressieve inkomstenbelastingtarief, zoals dat voor natuurlijke personen geldt, op de *trust* niet van toepassing is, hoe groot het inkomen ook mag zijn. Teneinde te voorkomen dat vanwege dit tariefverschil de *trust* uitsluitend wordt gebruikt om de belastingheffing te mitigeren, gelden er sinds 2005 een aantal wettelijke “anti-ontgaan” maatregelen⁴⁷⁴:

1) indien de *settlor* of zijn echtgenote/*partner* een belang bij het *trust*vermogen behoudt⁴⁷⁵. Van zulk een “behouden” belang is bv. sprake in het geval van een *resulting trust* die ontstaat als een *settlor* niet het volledige *beneficial interest* heeft overgedragen. Van een behouden belang is ook sprake indien niet kan worden aangetoond dat het inkomen voortspuit uit vermogen dat niet aan de *settlor* toebehoort. Van een behouden belang is eveneens sprake indien de *settlor* zich een *power of revocation* heeft voorbehouden, dan wel een *reversionary interest* bij het *trust*vermogen heeft. Hiervan is bv. sprake indien een derde de bevoegdheid heeft, al dan niet afhankelijk van toestemming van derden, om *trust*inkomen aan de *settlor* dan wel zijn/haar echtgenoot uit te keren. Mocht de *settlor* een belang behouden in hetzij het *trust*vermogen als zodanig, hetzij het inkomen daaruit, dan wordt hij progressief belast voor niet door de *trust* uitgekeerd inkomen.

2) indien een door de *settlor* ten behoeve van zijn minderjarige niet getrouwd zijnde kinderen⁴⁷⁶ tot stand gebrachte *express private trust* uitkeringen doet aan of ten behoeve van deze kinderen.

Deze uitkeringen worden beschouwd door de *settlor* te zijn genoten, tenzij het bedrag lager of gelijk is aan £ 100. Echter, zolang geen bedragen worden uitgekeerd, worden de *trustees* belast overeenkomstig het normaliter geldende regime. Mocht later opgepot vermogen worden uitgekeerd dan wordt alsnog de *settlor* belast voorzover het bedrag overeenstemt met opgepotte en nog aanwezige opbrengsten uit het *trust*vermogen. De regeling geldt overigens uitsluitend indien de *settlor* de ouder van het minderjarige en ongetrouwde kind is, zodat “*generation- skipping capital settlements*” door grootouders nog steeds een mogelijkheid tot belastingbesparing bieden. Uitkeringen uit de *trust* worden dan namelijk niet bij de (groot)ouders belast maar bij de *beneficiaries*.

3) indien door *trustees* aan de *settlor* of zijn echtgenote/*partner* eerder door hem gestort *trust*vermogen wordt uitgekeerd, indien de hoogte van de uitkering

⁴⁷⁴ Zie ITTOIA 2005, Pt 5 ch 5.

⁴⁷⁵ Zie ITTOIA 2005, ss 624–628.

⁴⁷⁶ Hieronder te begrijpen: stiefkind, adoptief kind en onecht kind.

minder is dan wel gelijk aan de door de *trust* opgepotte opbrengsten van het *trust*vermogen. Met andere woorden, de fictie geldt dat hetgeen de *settlor* ontvangt geacht wordt opgepotte *trust*opbrengsten te zijn en niet het eerder door hem gestorte kapitaal⁴⁷⁷. Daarbij wordt een ruim begrip gehanteerd zodat daartoe ook behoren: geldleningen aan de *settlor* en betalingen aan derden.

Voorts geldt sinds *W.T. Ramsay v I.R.C.* [1982]⁴⁷⁸ dat transacties niet in aanmerking behoeven te worden genomen indien vaststaat dat deze transacties uitsluitend het ontgaan dan wel het verminderen van belastingheffing tot doel hebben en geen commercieel doel dienen (vgl. met onze bepalingen inzake de toepassing van “*fraus legis*”).

Het gevolg van vorenstaande is dat het inkomen van een *trust* kán worden aangemerkt als dat van een *settlor*. Hieruit mag echter niet worden afgeleid dat daarmee een *trust* niet effectief zou kunnen zijn voor het voorkomen of beperken van *income tax*. Zo kan een *settlor* nog steeds vermogen in een *trust* afzonderen teneinde inkomen te doen toekomen aan zijn kinderen (zolang zij maar niet ongehuwd en minderjarig zijn) en zijn kleinkinderen, dan wel aan ieder ander die hij daartoe aanwijst. De mate waarin het inkomen van een *trust* wordt belast, is afhankelijk van de vraag of sprake is van *a.* een *interest in possession settlement*, waarvan sprake kan zijn in het geval van een *fixed trust*, dan wel van *b.* een *discretionary trust*.

3.2.1.1 *Interest in possession settlement*

Het begrip *interest in possession* is van wezenlijke betekenis voor de heffing van belastingen van *trusts*. Van een *vested interest in possession* is sprake indien de *settlor* een *fixed trust* tot stand brengt en aan een *beneficiary* het direct ingaande recht toekent (i.t.t. een toekomstig recht) op het feitelijk genot van (een deel) van het *trust*vermogen, dan wel de opbrengst daarvan⁴⁷⁹. Van een recht met een voorwaardelijk karakter is dan geen sprake. Van een *interest in possession*

⁴⁷⁷ Zie ITTOIA 2005, ss 633-643.

⁴⁷⁸ Zie Martin, 2001, p. 218.

⁴⁷⁹ Indien sprake is van een *vested interest in remainder* dan heeft de *beneficiary* een onvoorwaardelijk *interest* op toekomstig feitelijk genot en wel nadat een voorgaande *interest* is beëindigd (*remainder*). Mocht de *settlor* zichzelf hebben aangewezen als *beneficiary* ná het overlijden van de eerder (door hem) aangewezen *beneficiary*, dan is sprake van een *interest in reversion*. Dát sprake is van een *vested interest* wordt doorgaans aangeduid door de toevoeging van de term *absolutely*, waarmee men tot uitdrukking wil brengen dat het recht een onvoorwaardelijk karakter draagt. Anders is dit als sprake is van een voorwaardelijk *interest*, dat ook wel als *contingent interest* wordt aangeduid. Zie voor een meer verfijnde uitwerking van deze begrippen: Sonneveldt, 2000a, p. 71.

3.2 Hoofdlijnen van de belastingheffing van express private trusts
3.2.1.1 Interest in possession settlement

is bv. sprake indien A gedurende zijn leven als *beneficiary* gerechtigd is tot (de opbrengst van) een bepaald onder *trust*verband gebracht goed, waarna vervolgens B gedurende zijn/haar leven tot (de opbrengst van) deze zaak is gerechtigd, waarna C onvoorwaardelijk tot hetzelfde *trust*goed is gerechtigd. A heeft dan - in tegenstelling tot B en C - een *interest in possession*, terwijl B en C een (*fixed*) *interest in remainder* hebben.

In het geval van een *interest in possession settlement (fixed trust)* wordt *income tax*⁴⁸⁰ als volgt gegeven:

- 10% over dividend inkomen
- 20% over rente van spaargelden
- 22% over overig inkomen, waaronder winst uit onderneming

De *trustees* worden dus niet belast met het 40%-tarief, terwijl noch het 10%-basistarief geldt, noch het 32,5%-tarief over dividendinkomen.

Van belang is nog dat de te heffen inkomstenbelasting wordt berekend ná aftrek van kosten samenhangend met het beheer van het *trust*vermogen, zoals bv. onderhoudskosten, doch vóór aftrek van kosten van de *trust* als zodanig, bv. administratiekosten van de *trust*, zodat aan *beneficiaries* kan worden uitgekeerd een bedrag ná aftrek van belastingheffing én gemaakte administratiekosten. De *trustees* dienen voor de heffing van inkomstenbelasting aangifte te doen. Zij zijn persoonlijk aansprakelijk voor de van de *trust* te heffen belasting⁴⁸¹. Voorts dienen zij aan elke *beneficiary* een verklaring af te geven waaruit blijkt tot welk bruto deel deze in het *trust*inkomen is gerechtigd en welk bedrag aan belasting inmiddels is afgedragen.

De *beneficiaries* dienen op hun beurt de al dan niet aan hen uitgekeerde bedragen - gebruteerd - in hun inkomstenbelastingaangifte op te nemen, terwijl ze een *tax-credit* krijgen voor de eerder door de *trustees* afgedragen belasting. Daarbij is het enige criterium of zij tot de opbrengsten van de *trust* gerechtigd zijn en niet of zij al dan niet deze opbrengsten ook daadwerkelijk hebben ontvangen/genoten⁴⁸².

⁴⁸⁰ *Taxyear* 2004/2005

⁴⁸¹ Voor *trustees* van een *interest in possession trust* is het echter mogelijk een zodanige regeling te treffen dat het inkomen van de *trust* voortaan rechtstreeks aan *beneficiaries* wordt uitgekeerd, tengevolge waarvan zij geheel ontheven zijn van hun aangifteplicht en van hun aansprakelijkheid voor betaling van de verschuldigde belasting. Zie Citron, 2000, p. 58.

⁴⁸² Dit kan worden afgeleid uit *Baker v Archer-Shee* [1927] A.C. 844. In *Baker v Archer-Shee* was

3.2.1.2 De discretionary trust

Voor de heffing van *income tax* van een *discretionary trust* is het van belang een onderscheid te maken tussen de *exhaustive trust* en de *non-exhaustive trust*.

Van een *exhaustive trust* is sprake indien de *trustees* weliswaar verplicht zijn om alle opbrengsten van de *trust* binnen een redelijke termijn aan *beneficiaries* uit te keren, doch waarbij zij naar eigen inzicht kunnen bepalen op welke wijze zij deze opbrengst zullen uitkeren. *Trustees* hebben derhalve de vrijheid om onafhankelijk en geheel zelfstandig te bepalen wie, welk deel van de *trust*opbrengst, wanneer krijgt. Omdat zij verplicht zijn om *trust*opbrengsten geheel aan *discretionary beneficiaries* uit te keren, kent de *exhaustive trust* geen opgepot *trust*inkomen.

Van een *non-exhaustive trust* is sprake indien *trustees* geheel vrij zijn om te bepalen of opbrengsten van de *trust* geheel, gedeeltelijk of geheel niet aan *beneficiaries* worden uitgekeerd. Zij dienen daarbij telkens wel voor zichzelf en onafhankelijk van elkaar een zorgvuldige afweging te maken of zij tot uitkering van *trust*inkomen (of -kapitaal) zullen overgaan en zo ja, wie dan wat zal ontvangen. Voorzover het de bevoegdheid van *trustees* betreft om geheel zelfstandig en naar eigen inzicht tot een uitkering te besluiten, kan een onderscheid worden gemaakt tussen de *discretionary power* om inkomen van de *trust* uit te keren en de bevoegdheid om ook kapitaal aan *beneficiaries* uit te keren, welke laatste bevoegdheid doorgaans is gebaseerd op een *power of appointment*.

De bevoegdheid van *trustees* om inkomsten van de *trust* geheel niet of slechts gedeeltelijk uit te keren, ten gevolge waarvan sprake is van een *non-exhaustive trust*, is gebaseerd op een uitdrukkelijk in de *trust*akte aan hen toegekende *power to accumulate*. De omzetting van inkomen (na belastingheffing) in kapitaal vereist overigens slechts een (niet formeel) besluit daartoe van *trustees*. De eventueel opgepotte opbrengsten worden echter wél na verloop van tijd, doorgaans 21 jaar na de totstandkoming van de *trust* of na het overlijden van de *settlor*, geacht te zijn uitgekeerd.

Meestal wordt aan *trustees* ook nog de bevoegdheid toegekend om - indien het door hen wenselijk wordt geacht - een nieuwe *trust* te vormen en/of de groep van *beneficiaries* te wijzigen door *beneficiaries* uit te sluiten, dan wel

Lady Archer-Shee gerechtigd tot een *life interest* dat mede betrekking had op buitenlandse investeringen. Zij werd voor de bruto-opbrengsten belast, terwijl zij daarentegen van mening was dat zij slechts belastingplichtig was voor de door de - in de U.S. gevestigde - *trustees* aan haar uitgekeerde netto-bedragen. Een meerderheid van *the House of Lords* besliste echter dat *Lady Archer-Shee* aangemerkt diende te worden als: "*sole beneficial owner of the interest and dividends of all the securities, stocks and shares forming part of the trustfund*", met als gevolg dat de bruto bedragen door haar dienden te worden aangegeven.

3.2 Hoofdlijnen van de belastingheffing van *express private trusts*
3.2.1.2 De *discretionary trust*

nieuwe toe te voegen. Daardoor wordt een grote mate van flexibiliteit bereikt die het mogelijk maakt om met veranderende (persoonlijke) omstandigheden, bv. fiscale wijzigingen, rekening te houden. Het gevolg van vorenstaande is dat de *discretionary trust* in het bijzonder wordt gekenmerkt door het feit dat de *discretionary beneficiaries* slechts kunnen worden aangemerkt als mogelijke begunstigden (verwachters). Zij hebben pas een afdwingbaar recht op een uitkering uit de *trust* nadat en voorzover de *trustees* hebben besloten rechten aan hen tot te kennen. Het gevolg hiervan is dat een *discretionary beneficiary* pas met *income tax* wordt belast indien en voorzover aan hem daadwerkelijk *trust*inkomen wordt toegekend, dit in tegenstelling tot een *beneficiary* die vanwege een *interest in possession* met *income tax* wordt belast ook al ontvangt hij *de facto* niets/wil hij niets ontvangen.

Indien sprake is van een *discretionary trust* (incl. *accumulation* en *maintenance trusts*), dan wordt de *income tax* als volgt geheven:

- 32,5% over dividendinkomen (het zgn. “*UK dividend rate*”)
- 40% over het overige *trust*inkomen (het zgn. “*rate applicable to trusts*”), zij het dat administratiekosten voor de vaststelling van het belastbaar inkomen in het geval van een *discretionary trust* wél aftrekbaar zijn.

Voor zover *trust*inkomen wordt aangewend om kosten van de *trust* te bekostigen, wordt dit inkomen slechts belast met 10% over dividenden; 20% over spaargelden; 22% over overig inkomen. Het surplus wordt tegen 32,5% resp. 40% belast.

Uitkeringen aan *beneficiaries* worden geacht te zijn belast tegen een 40%-tarief, zodat de *beneficiaries* het door hen netto ontvangen bedrag voor de heffing van inkomstenbelasting met 100/60 dienen te bruteren. Het gevolg van vorenstaande is dat alle uitkeringen van inkomen door de *trust* aan *beneficiaries* reeds op het niveau van de *trustees* zijn belast, waarna vervolgens heffing plaats vindt op het niveau van de *beneficiaries*, daarbij rekening houdend met de eerder door *trustees* ingehouden en afgedragen inkomstenbelasting én met de persoonlijke fiscale omstandigheden van de *beneficiaries*. Dit laatste kán tot gevolg hebben dat de *beneficiaries* uiteindelijk naar het toptarief worden belast voor het door hen ontvangen *trust*inkomen. Een ander gevolg van vorenstaande is dat *trustees*, teneinde de belastingheffing uit te stellen cq. te mitigeren, eerder zullen kiezen voor het beleggen in waarden die geen inkomen genereren, zoals bv. kunstvoorwerpen of *National Savings Certificates* die geen inkomen opleveren, maar bij expiratie een bonus in de vorm van een verhoogd kapitaal. Ook kunnen zij ervoor kiezen – mits zij daartoe de bevoegdheid bezitten – om reeds op het niveau van de *trust* belast inkomen niet aan *beneficiaries* uit te keren,

maar om het aan het *trust*vermogen toe te voegen teneinde het later als een voorschot van kapitaal aan hen uit te keren.

3.2.2 *Capital gains tax*

De *capital gains tax* is geregeld in de *Taxation of Chargeable Gains Act 1992*⁴⁸³. Zij is van toepassing op “*private individuals*”, alsook op “*bodies of persons*” zoals *trustees* en wordt geheven vanwege de vervreemding van een vermogensbestanddeel *inter vivos*, zoals verkoop, ruil of schenking. Zij is niet van toepassing op overdrachten *mortis causa* ten aanzien waarvan de *Inheritance Tax* van toepassing is. De *capital gains tax* wordt geheven over de waardestijging van het vermogensbestanddeel. Vermogensverliezen mogen overigens worden verrekend met toekomstige belastbare vermogenswinsten.

De belastbare vermogenswinst wordt berekend door de waarde in het economisch verkeer bij vervreemding te verminderen met de oorspronkelijk verkrijgingsprijs, waarbij een inflatiecorrectie plaatsvindt te berekenen vanaf 6 april 1998. Voor vermogensbestanddelen die zijn verkregen vóór 31 maart 1982 geldt dat de verkrijgingsprijs gelijk is aan de marktwaarde op 31 maart 1982, zodat de waardestijgingen voorafgaand aan deze datum onbelast zijn. Voorts gold tot aan de *Finance Act 2008* voor vermogenswinsten behaald ná 5 april 1998 een zgn. “*taper relief*”, dat wil zeggen dat de winst werd verminderd met een in de tijd toenemend percentage afhankelijk van de termijn dat men het vermogensbestanddeel bezat. Voor vermogensbestanddelen die tot een onderneming behoorden, was de vrijstelling maximaal 75%, een percentage dat reeds na twee jaar werd bereikt. Voor overige vermogensbestanddelen gold een maximaal percentage van 40% dat pas na 10 jaar werd bereikt. De *Finance Act 2008* schafte de “*taper relief*”, samen met hetgeen aan indexatie nog resteerde af, en in de plaats daarvan werd een *flat rate* van 18%⁴⁸⁴ ingevoerd over alle vermogenswinsten boven een jaarlijks vast te stellen drempel⁴⁸⁵. Daarmee werd in feite weer het *flat rate*-systeem van vóór 1988 ingevoerd, zij het met een lager heffingspercentage⁴⁸⁶. De *capital gains tax* wordt geheven zowel bij overdracht van vermogen aan de *trust*, alsook bij overdracht van vermogen vanuit de *trust*⁴⁸⁷.

⁴⁸³ De *capital gains tax* werd oorspronkelijk in 1965 ingevoerd en bedroeg 30% over de bij vervreemding van een vermogensbestanddeel gerealiseerde winst. In 1988 werd de wet in belangrijke mate gewijzigd. Zie Martin, 2001, p. 221.

⁴⁸⁴ Na ernstige klachten uit het bedrijfsleven werd het tarief teruggebracht tot 10% over de eerste £ 1 miljoen aan vermogenswinst bij bedrijfsoverdracht. Zie FA 2008, s 9 and Sch 3; (2008) BTR 417-421.

⁴⁸⁵ Zie FA 2008, s 8. De drempel bedroeg in 2008-2009 £ 9.600.

⁴⁸⁶ In 1988 en daarvoor bedroeg het *flat rate*-percentage 30.

⁴⁸⁷ Zie Oakley, 2003, p. 633-639.

3.2 Hoofdlijnen van de belastingheffing van *express private trusts*
3.2.2.2 *Capital gains tax en de vervreemding van vermogensbestanddelen door trustees*

3.2.2.1 *Capital gains tax en de totstandkoming van de trust*

De totstandkoming van een *trust* heeft een overdracht van vermogensbestanddelen tegen de geldende marktwaarde tot gevolg, zodat de *settlor* over de meerwaarde *capital gains tax* verschuldigd is, ook al is sprake van een *revocable trust*⁴⁸⁸.

De *capital gains tax* wordt geheven van de *settlor* tegen een percentage gelijk aan het voor hem geldende *income tax*-tarief. Mocht de overdracht tot een vermogensverlies leiden, dan is dit verlies in de toekomst slechts verrekenbaar met vermogenswinsten die worden gerealiseerd vanwege een overdracht aan dezelfde *trust*⁴⁸⁹. Uitstel van *capital gains tax* door middel van “doorschuiving” (*hold over*) is mogelijk voor vermogensbestanddelen die tot een onderneming behoren of indien de totstandkoming van de *trust* voor de heffing van de *inheritance tax* een belaste overdracht vormt, bv. indien sprake is van een overdracht in het kader van de totstandkoming van een *discretionary trust*⁴⁹⁰. Vindt de overdracht echter plaats vanwege een bij testament totstandgekomen *trust* (*will trust*) dan vindt de overdracht weliswaar plaats tegen de op de dag van overlijden geldende waarde in het economisch verkeer, maar is geen sprake van een *capital gains tax*-heffing.

3.2.2.2 *Capital gains tax en de vervreemding van vermogensbestanddelen door trustees*⁴⁹¹

Indien een *trust* tot stand komt, dan worden de onder *trust*verband gebrachte vermogensbestanddelen geacht te zijn overgedragen tegen de waarde in het economisch verkeer. Indien deze vermogensbestanddelen nadien door de *trustees* worden vervreemd, dan is over de vermogenswinst *capital gains tax* verschuldigd. Dit geldt ook voor vermogensbestanddelen die nadat de *express private trust* is ontstaan onder *trust*verband worden gebracht, waarbij als verkrijgingsprijs geldt de aanschafwaarde te vermeerderen met de aankoopkosten, waaronder *stamp duty* en registratierechten.

⁴⁸⁸ Zie Oakley, 2003, p. 635. Zie ook TCGA 1992, s 53.

⁴⁸⁹ De *Taxation of Chargeable Gains Act 1992* beschouwt de *settlor* en de *trustees* namelijk als “*connected persons*”.

⁴⁹⁰ Overdracht in het kader van de totstandkoming van een *interest in possession trust* is een zgn. *potentially exempt transfer*.

⁴⁹¹ Omwille van de noodzakelijke beperking van het manuscript wordt geen aandacht geschonken aan “*deemed disposals*” door *trustees*, zoals die zich bv. voordoen bij de overdracht van *trust*vermogen door *trustees* aan nieuw door hen tot stand gebrachte *trust(s)*. Voor hetgeen deze vervreemdingen voor de heffing van CGT tot gevolg hebben verwijs ik naar Moffat, 2009, p. 386-388.

3.2.2.3 Capital gains tax en de vervreemding van “interests” door beneficiaries

Ingevolge de *Taxation of Chargeable Gains Act 1992* geldt als basis-regel, dat de vervreemding van een beneficiair belang door de *beneficiary*, al dan niet om baat, geen vervreemding vormt voor de heffing van de *capital gains tax*. Een vervreemding om niet (bv. een schenking) heeft echter wél een op geld waardeerbare overdracht voor de heffing van de *inheritance tax* tot gevolg⁴⁹².

3.2.2.4 Capital gains tax en de beëindiging van de trust

Indien een *beneficiary* absoluut gerechtigd wordt tot (een deel van de) de *trust*goederen, bv. doordat de bij de totstandkoming van de *trust* gestelde leeftijdsvoorwaarde wordt vervuld, dan worden de *trustees* geacht de goederen aan de *beneficiary* te hebben overgedragen tegen de dan geldende waarde in het economisch verkeer. Dientengevolge is *capital gains tax* door de *trustees* verschuldigd. Daarna is de *beneficiary* over eventuele daarop volgende vervreemdingswinst *capital gains tax* verschuldigd tegen het voor hem dan geldende tarief. Indien er meerdere *beneficiaries* zijn dan is het mogelijk dat de een wél absoluut tot zijn deel gerechtigd wordt en de andere *beneficiaries* nog niet, bv. vanwege het nog niet hebben bereikt van de gestelde leeftijdsvoorwaarde. Echter, naar men aanneemt geldt dit niet indien sprake is van in *trust* gehouden grond. Dan moeten alle *beneficiaries* absoluut gerechtigd zijn. Bijzondere regels zijn overigens van toepassing indien een *beneficiary* absoluut gerechtigd wordt vanwege het overlijden van een *life tenant*, tengevolge waarvan diens *life interest* (vgl. met vruchtgebruik) eindigt. Ondanks het feit dat ook dan een *beneficiary* geacht wordt het goed vanuit de *trust* te hebben verkregen, leidt dit niet tot een heffing van *capital gains tax* omdat deze niet wordt geheven bij een verkrijging *mortis causa*⁴⁹³. Wél kan sprake zijn van een heffing ingevolge de *inheritance tax*. De *beneficiary* wordt overigens geacht het goed tegen de marktwaarde te hebben verkregen. Voor de heffing van de *capital gains tax* wordt geen onderscheid gemaakt tussen *fixed trusts* en *discretionary trusts*⁴⁹⁴. Beide *trusts* (lees: *trustees*) worden voor vermogenswinsten belast tegen een tarief van 34%. Daarbij kunnen *trustees* een vrijstelling claimen gelijk aan 50% van die welke

⁴⁹² Zie Oakley, 2003, p. 636.

⁴⁹³ Een uitzondering hierop geldt indien de *settlor* bij de totstandkoming van de *trust* géén *capital gains tax* verschuldigd was vanwege een *hold over relief*. Dan wordt de *beneficiary* bij overlijden van de *life tenant* (alsnog) *capital gains tax* verschuldigd. Zie Oakley, 2003, p. 638.

⁴⁹⁴ Ten aanzien van een *discretionary trust* zijn uiteraard niet van toepassing de voor een *fixed trust* geldende regels betreffende de beëindiging van een *life interest in possession* (tengevolge van bv. overlijden), omdat *discretionary beneficiaries* zulk een recht - per definitie - niet hebben.

voor natuurlijke personen jonger dan 65 jaar geldt⁴⁹⁵.

3.2.3 Inheritance tax

De *inheritance tax* is geregeld in de *Inheritance Tax Act* 1984, welke in 1986 substantieel werd aangepast door de *Finance Act* 1986. Daarbij werd het *Capital Transfer Tax*⁴⁹⁶-stelsel verlaten en vervangen, zij het dat veel uitgangspunten werden overgenomen in de *Inheritance Tax Act*.

De belasting wordt geheven bij overgang van vermogen vanwege overlijden⁴⁹⁷ dan wel vanwege een *chargeable lifetime transfer* (vermogensoverdracht door middel van een belastbare overdracht om niet tijdens leven), waartoe de overdracht van vermogen aan bv. een *discretionary trust* behoort. Het tarief waartegen bij overlijden wordt belast, is proportioneel en bedraagt 40% indien en voorzover de waarde van alle goederen waartoe de erflater economisch gerechtigd was meer bedraagt dan de *nil rate band*⁴⁹⁸. De waarde waarover wordt geheven is het bedrag aan waardedaling van het vermogen van degene die overdraagt, hetgeen niet hoeft overeen te stemmen met de waarde van de verkrijging⁴⁹⁹.

Is sprake van een *chargeable lifetime transfer* (bv. het onder discretionair *trust*verband brengen van vermogen) die niet binnen de *nil rate band* valt, dan bedraagt de belastingheffing 50% van het op het moment van overdracht geldende basistarief. Thans derhalve 20%. De *inheritance tax* is verschuldigd op het moment dat de overdracht (schenking) plaatsvindt. Mocht sprake zijn van een schenking tijdens leven die voorwaardelijk is vrijgesteld (*potentially exempt transfer*) en de schenker overlijdt binnen zeven jaar na datum van schenking, dan wordt de schenking alsnog belast zij het tegen een deels gemitigeerd tarief. Van een *potentially exempt transfer* is sprake indien vermogen bij leven wordt overgedragen op een wijze tengevolge waarvan een gift aan een derde ontstaat. Tot 22 maart 2006 gold ook dat het onderbrengen van vermogen in *trusts*, niet zijnde *discretionary trusts*⁵⁰⁰ als een *potentially exempt transfer* kon

⁴⁹⁵ Deze vrijstelling bedroeg in het *taxyear* 2004/2005 £ 4745.

⁴⁹⁶ De *capital transfer tax* werd in 1975 in de *Finance Act* 1975 geïntroduceerd.

⁴⁹⁷ De overdracht wordt geacht te hebben plaatsgevonden direct voorafgaand aan het overlijden (*Inheritance Tax Act* 1984, S.4.: “*as if, immediately before his death, he had made a transfer*”)

⁴⁹⁸ Vanaf 6 april 2009 £ 325.000 na inflatiecorrectie.

⁴⁹⁹ Bv. indien door de overdracht van enkele aandelen een controlerend meerderheidsbelang in een vennootschap verloren gaat, dan is het vermogensverlies voor de overdrager groter dan de vermogenstoename van de verkrijgende minderheidsaandeelhouder.

⁵⁰⁰ Overdracht van vermogen vanwege de totstandkoming van een *discretionary trust* tijdens leven vormde ook vóór 22 maart 2006 geen voorwaardelijk vrijgestelde overdracht zodat op het moment van overdracht *inheritance tax* verschuldigd was. Mocht de *settlor* binnen zeven jaar na de overdracht overlijden, dan was een additionele *inheritance tax* verschuldigd, zij het dat

kwalificeren. Zo gold de voorwaardelijk vrijgestelde overdracht ook voor de vermogensoverdracht bij leven vanwege de totstandkoming van een *interest in possession trust* (*fixed trust*), tenzij de *settlor* binnen zeven jaren na de overdracht van het vermogen overleed. Sinds 22 maart 2006 geldt dat slechts overdrachten aan een zeer beperkte groep van *trusts* (hoofdzakelijk *trusts* ten behoeve van lichamelijk gehandicapten; minderjarige wezen; en *immediate post-death interest trusts*) als een *potentially exempt transfer* kwalificeren. Vindt de totstandkoming van de *trust* vanwege het overlijden plaats, dan wordt *inheritance tax* geheven over de waarde van het in *trust* overgedragen vermogen. Overlijdt een *life tenant* dan wordt zijn *interest in possession* tot zijn nalatenschap gerekend als ware hij eigenaar van deze *interest*, zodat ook daarover *inheritance tax* verschuldigd is. *Discretionary trusts* worden voorts met *inheritance tax* belast iedere tien jaar na de datum van totstandkoming (*the principal charge*)⁵⁰¹ én zodra vermogen de *trust* verlaat (*the exit charge*). Naast de *chargeable transfers* (belaste overdrachten) en *potentially chargeable transfers* (voorwaardelijk vrijgestelde overdrachten) zijn er nog de *exempt transfers* (vrijgestelde overdrachten).

Hiertoe behoren o.a.⁵⁰²:

- schenkingen tussen echtgenoten *inter vivos* resp. *mortis causa*. Daarbij speelt de *domicile*⁵⁰³ van de echtgenoten een rol. Wordt verkregen door een echtgenoot

de eerder geheven *inheritance tax* verrekend mocht worden.

⁵⁰¹ Zie voor een uitwerking van deze heffing die telkens plaats vindt nadat 10 jaar is verstreken, voor het eerst te berekenen vanaf het moment dat de *trust* tot stand kwam: Oakley, 2003, p. 647-650.

⁵⁰² Zie Oakley, 2003, p. 640.

⁵⁰³ In tegenstelling tot het Nederlandse begrip “inwonerschap” dat door feiten en omstandigheden wordt bepaald, is het Engelse begrip *domicile* complexer. Men onderscheidt een *domicile of origin* en een *domicile of choice*. Het *domicile of origin* is of het land waar men geboren is of het *domicile* van de ouders op het moment dat men geboren werd. Het *domicile of choice* is het domicilie dat men buiten het VK wenst te kiezen. Daartoe is vereist dat men alle banden met het VK verbreekt en men zich in een ander land vestigt met de intentie om niet meer naar het VK terug te keren. Men kan echter slechts één *domicile* hebben. Zie Sonneveldt, 2000a, p. 151. Naast het begrip *domicile* kent het Engelse recht ook het begrip *residence*. Hiervan is in het algemeen sprake indien een persoon langer dan 183 dagen of meer in een jaar (waarbij het jaar op 6 april aanvangt) of gemiddeld 91 dagen of meer gedurende een periode van vier opeenvolgende jaren in het VK verblijft. Personen die naar het VK gaan met de bedoeling om zich daar blijvend te vestigen of om gedurende een periode van meer dan drie kalenderjaren te gaan wonen, worden vanaf het moment van aankomst geacht *resident* te zijn. Zij worden weer *non-resident* op het moment dat zij het VK verlaten teneinde zich elders te vestigen. Het gevolg hiervan is dat bv. een Nederlander die gedurende meer dan 30 jaar *resident* in Engeland was, toch geacht wordt zijn *domicile* in Nederland te hebben. Echter, voor de heffing van *inheritance tax* wordt een persoon die gedurende een aaneengesloten periode van 20 jaar meer dan 17 jaar *resident* in het VK was, geacht *UK-domiciled* te zijn. Zie Citron, 2000, p. 54-55.

3.2 Hooflijnen van de belastingheffing van express private trusts
3.2.3 Inheritance tax

die niet zijn/haar *domicile* in de UK heeft, dan is de vrijstelling beperkt.

- schenkingen tot £ 3.000 per jaar per schenker.
- schenkingen per begiftigde tot £ 250 per jaar.
- schenkingen terzake een huwelijk tot £ 5000 door iedere ouder, £2500 door iedere grootouder en £ 1000 door ieder ander.
- schenkingen aan liefdadige instellingen.
- schenkingen aan politieke partijen.
- schenkingen van kunstvoorwerpen.
- schenkingen aan bepaalde lichamen die zich bezig houden met het behoud van nationale erfgoederen.

Hoofdstuk 4

Trusts in rechtsgebieden buiten het VK en de VS

4.1 Inleiding

Er zijn thans in de wereld meer dan veertig *offshore financial centres* die aan *offshore trusts* (soms ook wel aangeduid als *international trusts*) hun diensten aanbieden. Hoewel veel daarvan voorkomen in het Caraïbisch gebied (o.a. Anguilla, Antigua en Barbuda, de Bahamas, Barbados, Bermuda, de Britse Maagden Eilanden, de Kaaiman Eilanden, Nevis, de Turcks en Caicos Eilanden), treft men ze ook elders aan (o.a. Belize, Niue, de Seychelles, Hong Kong, Vanuatu, West Samoa, Nauru, de Cook Eilanden, de Kanaal Eilanden [Jersey en Guernsey], het Isle of Man, Gibraltar, Cyprus). Ook in *onshore* jurisdicties zoals Alaska en Delaware, Nevada en Rhode Island en in verschillende Latijns-Amerikaanse landen zoals Venezuela en Panama. Zelfs in *civil law* jurisdicties waaronder Schotland, Liechtenstein, Malta, Zuid Afrika, Mauritius, Quebec en Japan kent men *offshore financial centres* en daarmee het fenomeen van de *offshore trust*⁵⁰⁴. Doorgaans zijn het (micro)jurisdicties met recente *trust*wetgeving⁵⁰⁵, die bewust een financiële dienstverleningsindustrie hebben gecreëerd teneinde daarmee financiële, zakelijke en investeringsbelangen van elders gevestigde natuurlijke en rechtspersonen te kunnen dienen. In deze rechtsgebieden, veelal gevestigd op kleinere eilanden in het Caraïbisch gebied, het zuidelijk gedeelte van de Grote Oceaan, de Indische Oceaan of de Atlantische Oceaan⁵⁰⁶, is op maat gemaakte *offshore trust*wetgeving tot stand gekomen die tot doel heeft datgene te bieden dat doorgaans elders niet mogelijk is, bv. het besparen van belasting en/of het in verregaande mate afschermen van vermogen, maar ook het vermijden van successiewetgeving. Hoewel het model van de *international trust* doorgaans niet in sterke mate afwijkt van het meer traditionele Engelse model⁵⁰⁷, worden

⁵⁰⁴ Zie voor deze overigens niet volledige opsomming Thomas/Hudson, 2004, p. 1183 e.v., M. Lupoi, *Trusts: a comparative study*, Cambridge University Press, 2000, Cambridge, oorspronkelijk gepubliceerd als *Trusts*, Giuffrè Editore, 1997, Milano, p. 201 e.v. Lupoi behandelt daarbij het *international trust model* (p. 201/266) en *trusts in civil law en mixed legal systems* (p. 267/326).

⁵⁰⁵ *Offshore trusts* hebben zich met name ontwikkeld vanaf 1985 e.v. Zie D. Waters, “*Reaching for the sky: taking trust laws to the limit*”, opgenomen in : D. Hayton, “*Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*”, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, The Hague, 2002.

⁵⁰⁶ ...en veelal van oorsprong buitenposten van het “*British Empire*” die dientengevolge het Engelse juridische systeem en wetgeving erfdien.

⁵⁰⁷ Een model dat zich in de “*mainland*” (ook wel *onshore*) *common law* jurisdicties heeft ontwikkeld en waartoe worden gerekend: Engeland en Wales, Canada (behalve Quebec),

international trusts allereerst gekenmerkt door het feit dat juridische oplossingen die op *equity* zijn gebaseerd, zijn gecodificeerd, waardoor ze meer algemeen toepasbaar en gemakkelijker beschikbaar zijn. Voorts is in tegenstelling tot het Engels recht, een aantal aspecten betreffende de regelgeving van *trusts*, wettelijk geregeld. Tevens zijn begrenzungen vanwege rechtelijke uitspraken - welke de ontwikkeling van Engelse *trustrecht* soms beperkten - ondervangen door wettelijke regelingen. *Offshore trustwetgeving* heeft ook nieuwe regels ontwikkeld die het mogelijk maken rekening te houden met behoeften en omstandigheden die nog niet bestonden of konden worden voorzien in de periode dat het Engelse *trustrecht* zich vormde (en waarmee Engels *case law* overigens wel rekening tracht te houden, zij het dat het daarin is beperkt vanwege de haar beschikbare middelen). Daarnaast is het mogelijk gebleken om in belangrijke theoretische kwesties standpunten in te nemen ten aanzien waarvan *case law*-rechtspraak in het algemeen, doch *common law* in het bijzonder, neigde zich niet bevoegd te verklaren. Tenslotte is dankzij *offshore trustwetgeving* bereikt dat er regels van internationaal recht tot stand zijn gekomen die mede tot doel hebben de bevoegdheid van lokaal recht te waarborgen⁵⁰⁸. Tot de meest voorkomende *offshore trusts* behoren de zgn. *offshore asset protection trusts* en de *non charitable purpose trusts*⁵⁰⁹.

4.1.1 De *offshore asset protection trust*⁵¹⁰

Een *offshore asset protection trust* heeft tot doel vermogen te behouden en bescherming te bieden tegen aanspraken van derden, m.n. tegen (vermeende) vorderingen van crediteuren. Daarbij geldt veelal een (wettelijke) regelgeving die beperkingen dienaangaande, m.n. vanwege Engelse en Amerikaanse wetgeving, tracht te neutraliseren en die doelbewust *pro-debtor* is⁵¹¹. Per *offshore jurisdictie*⁵¹² verschilt de gehanteerde terminologie, maar in het algemeen geldt

Australië en Nieuw Zeeland, die samen de zgn. "*Commonwealth*" vormen en vijftig staten van de VS (behalve Louisiana).

⁵⁰⁸ Zie Lupoi, 2000, p. 204.

⁵⁰⁹ Zie Thomas/Hudson, 2004, p. 1184.

⁵¹⁰ Het begrip *asset protection* dient ruim te worden opgevat en heeft betrekking op o.a. het zich onttrekken aan lokaal politieke onrust, deviezencontrole, dwingende successierechtelijke bepalingen, beslaglegging door de overheid én het realiseren van belastingvoordelen. Zie G. Rothschild, "*Asset Protection Trusts*", opgenomen in A. Kaplan's, "*Trusts in Prime Jurisdictions*", Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, The Hague, 2000, p. 405.

⁵¹¹ Dit in tegenstelling tot de Engelse en Amerikaanse wetgeving die *pro-creditor* is en die in Engeland zelfs teruggaat tot 1571 en daarvoor. Zie Thomas/Hudson, 2004, p. 1184/1185.

⁵¹² Volgens Rothschild, 2000, p. 413 zijn er tenminste 15 jurisdicties die *asset protection*-wetgeving jegens crediteuren kennen, te weten: de Bahamas, Belize, Bermuda, de Kaaiman Eilanden, de

4.1 Inleiding
4.1.1 De offshore asset protection trust

dat de regelgeving de debiteur een hoge graad van bescherming biedt tegen aanspraken van crediteuren. In vele rechtsgebieden geldt deze bescherming slechts voor buitenlandse *settlers* (of debiteuren), terwijl in binnenlandse verhoudingen daarentegen de – vaak nog op Engels recht gebaseerde – meer restrictieve regels gelden. In zijn meest eenvoudige vorm is een *asset protection trust* vaak niet meer dan slechts een door *trustees* gehouden bankrekening in een rechtsgebied dat gerechtelijke beslissingen van elders niet erkent, dan wel geen bijstand verleent aan het ten uitvoer leggen daarvan, zodat de crediteur zich genoodzaakt ziet om zijn vordering in een meer “vijandige” omgeving opnieuw in te dienen en te bewijzen. Daarbij is het doel veelal niet om vermogen buiten het bereik van crediteuren te houden, maar om crediteuren zodanig te ontmoedigen en te hinderen dat zij bereid zijn om hun claims onder voor de debiteur gunstige voorwaarden te regelen. Op de Bahamas geldt bv. dat de crediteur dient te bewijzen dat de debiteur “willens en wetens” de bedoeling had om de crediteur te benadelen. Daarbij moet de crediteur zijn vordering ook nog hebben ingediend binnen twee jaar nadat de overdracht van vermogen aan de *trust* tot stand kwam. Indien de crediteur in zijn actie slaagt heeft dat slechts gevolgen voor deze éne crediteur en niet voor eventuele anderen. Een vergelijkbare regeling kennen ook de Cook Eilanden, zij het dat de crediteur zelfs zonder enige redelijke twijfel moet kunnen aantonen dat de *settlor* (debiteur) ten aanzien van hem frauduleus handelde door de *trust* tot stand te brengen en daaraan vermogen over te dragen⁵¹³. Van wezenlijk belang voor het via een *offshore asset protection trust* effectief kunnen af- en/of beschermen van vermogen is het stellen van zodanig stringente voorwaarden betreffende het verkrijgen van confidentiële *trust*gegevens, dat het voor crediteuren zeer moeilijk zonet onmogelijk wordt om zulke gegevens te verkrijgen. Uiteraard dienen de jurisdicties waar *offshore financial centres* en daarmee *offshore trusts* zijn gevestigd te beschikken over een gunstige (en bij voorkeur ver ontwikkelde) wetgeving betreffende de bescherming van vermogen. Ook dienen zij politiek stabiel te zijn en te beschikken over een betrouwbare lokale financiële en juridische dienstverlening. Zij moeten internationale bancaire diensten kunnen verlenen, terwijl een gunstige belastingwetgeving van wezenlijk belang is. Ten slotte moeten zij over moderne communicatiefaciliteiten beschikken, gemakkelijk bereikbaar zijn én zij dienen geen taalbarrières te kennen.

Cook Eilanden, Cyprus, Gibraltar, Guernsey en Jersey, Liechtenstein, Mauritius, Niue, Nevis, St.Vincent en de Granadines en de Turks en Caicos Eilanden.

⁵¹³ Zie Thomas/Hudson, 2004, p. 1187. Op p. 1188/1238 gaan zij uitvoerig in op de wetgeving m.b.t. *offshore asset protection trusts* van de Bahamas, Belize (voorheen Brits Honduras), de Kaaiman Eilanden, de Cook Eilanden, Cyprus, Gibraltar, het *Isle of Man* en Jersey.

4.1.2 De *offshore non charitable purpose trust*⁵¹⁴

Offshore trusts worden ook veelvuldig gebruikt voor het tot stand kunnen brengen van *non charitable purpose trusts*, dat wil zeggen *trusts*, die een abstract, niet op bepaalde personen (*beneficiaries*) te betrekken doel kennen, zodat het element van afdwingbaarheid ontbreekt, tengevolge waarvan zij naar Engels *trustrecht* niet kunnen worden gevormd, althans er bestaat een grote mate van twijfel dienaangaande. Deze *offshore purpose trusts* hebben uiteraard niet tot doel de bevordering van de vossenjacht of de oprichting en instandhouding van particuliere monumenten en grafstenen⁵¹⁵. *Offshore trustwetgeving* komt tot stand omdat *offshore purpose trusts* een belangrijke rol spelen bij verscheidene commerciële transacties, zoals het realiseren van *off-balance-sheet* transacties of het mogelijk maken van complexe en grootschalige financiële transacties. Hierbij hebben sommige *offshore* jurisdicties (bv. Belize, Bermuda, de Britse Maagden Eilanden en het *Isle of Man*), wettelijk vastgelegd (met in essentie vergelijkbare terminologie) dat *non charitable purpose trusts* geldig zijn mits het doel voldoende duidelijk is, redelijk is, dat het uitvoerbaar is, dat het niet immoreel of onwettig is en dat het niet in strijd is met het openbaar belang. Tenslotte dienen de voorwaarden voldoende zeker te zijn⁵¹⁶ (deze eisen gelden overigens niet in alle *offshore* jurisdicties. Zo kennen Cyprus, Jersey en Labuan niet zulke of vergelijkbare beperkingen). Voorts is van belang dat in verschillende *offshore jurisdicties* een *non charitable purpose trust* voor eeuwig kan bestaan. De erkenning van een *non charitable purpose trust* vereist een antwoord op de vraag wie het doel kan afdwingen. Daarvoor zijn in *offshore trustwetgevingen* mechanismen voorzien die doorgaans weinig van elkaar afwijken en die veelal tot dezelfde problemen leiden. Zo voorziet de Bermuda-wetgeving erin dat het *Supreme Court*, op verzoek van eenieder die bij de *trust* een belang heeft, zoals de *settlor* of de *trustee*, dan wel ieder ander die voldoende belang heeft bij het afdwingen van het *trustdoel*, een bevel tot nakoming kan verzoeken. Ontbreekt een van de hiervoor genoemde belanghebbenden, dan kan het *Supreme Court* zulk een bevel geven op verzoek van de *Attorney General*. Hetgeen zulk een mechanisme zwak maakt, is het feit dat de *settlor* inmiddels dood kan zijn, de *trustees* een verkeerde opvatting omtrent hun taakuitoefening kunnen hebben of onwillig zijn om te handelen en dat er niemand anders is die voldoende belang heeft en bereid is om te handelen. Hoe zou de *Attorney General* dan willen vaststellen of er sprake is van een *breach of trust*?

⁵¹⁴ Thomas/Hudson geven een uitvoerige beschrijving van een aantal *non charitable purpose trust*-jurisdicties, te weten: Belize, Bermuda, de Britse Maagden Eilanden, de Cook Eilanden, Cyprus, het *Isle of Man*, Jersey en Labuan. Zie Thomas/ Hudson, 2000, p. 1242/1289.

⁵¹⁵ Zie hiervoor hoofdstuk 2.6.4.3. “*de honorary trust*”.

⁵¹⁶ Zie Thomas/Hudson, 2004, p. 1240.

4.1 Inleiding
4.1.3 De STAR trust

Andere *offshore* jurisdicties hebben vergelijkbare mechanismen om nakoming af te dwingen, waarbij gebruik wordt gemaakt van bv. een *enforcer* of een *protector* en al dan niet van een *Attorney General*. Doch ook voor deze jurisdicties geldt: wat als het mechanisme om het doel af te dwingen faalt? Soms gaat de wetgeving inzake *offshore trusts* wel erg ver, zodat de vraag gerechtvaardigd wordt of hetgeen zich als een *trust* aandient, ook daadwerkelijk een *trust* is. Het gevolg kan zijn dat naar het recht van het land waar de *trust* is gevestigd, sprake is van een rechtsgeldige *trust*, doch dat naar het recht van het land waar *settlor* en/of *beneficiaries* woonachtig is/ zijn de *trust* als bv. een *resulting trust* ten behoeve van de *settlor* wordt beoordeeld of dat men zelfs van mening is dat helemaal geen *trust* tot stand is gekomen. Een vorm van *trust* die tot een dergelijke discussie aanleiding zou kunnen geven is de STAR *trust* van de Kaaiman Eilanden. Ter illustratie van de wijze waarop men in een meer exotische omgeving inhoud aan het begrip *trust* geeft, schenk ik hierna enige aandacht aan de STAR *trust*. Tevens maakt het duidelijk welke relevante vragen gesteld moeten worden als men een *international trust* - naar eigen recht - moet kwalificeren.

4.1.3 De STAR trust⁵¹⁷

De meest ambitieuze en ontwikkelde *offshore* wetgeving hebben thans de Kaaiman Eilanden met hun *Cayman Islands' Special Trusts (Alternative Regime) Law 1997*, welke inmiddels voor een belangrijk deel is opgenomen in *Part VIII* van de *Trusts Law (2001 Revision)*. Onder deze STAR-wetgeving kunnen alle soorten van *trusts* worden gevormd. *Non charitable-* en *charitable purpose trusts*, *asset protection trusts*, *trusts* ten behoeve van natuurlijke personen en rechtspersonen, dan wel combinaties hiervan. Opdat STAR-wetgeving van toepassing kan zijn dient aan twee voorwaarden te worden voldaan:

- een *trust* of *trustpower* moet worden gecreëerd 1. door middel van een geschrift (testamenteair of *inter vivos*) en 2. overeenkomstig de in het geschrift dienaangaande opgenomen voorwaarden.

- het geschrift dient een verklaring te bevatten dat STAR van toepassing dient te zijn. Indien STAR van toepassing is dan heeft de *trust* de status van *special trust*, met als gevolg dat *objects* kunnen zijn personen en abstracte doelen, dan wel combinaties van beiden. Personen kunnen - onbeperkt in aantal - zowel natuurlijke personen alsook (waarschijnlijk) rechtspersonen zijn. Doelen kunnen *charitable* en *non charitable* zijn, mits wettig en niet in strijd met het algemeen belang.

⁵¹⁷ Zie voor een meer uitvoerige beschrijving van de STAR *trust*: Thomas/Hudson, 2004, p. 1291-1301.

Een *special trust* is niet nietig indien *objects* onzeker zijn, dan wel de wijze van uitvoering van de *trust*. De *trust*voorwaarden kunnen namelijk inhouden dat de *trustee* of ieder ander de bevoegdheid heeft om elke onzekerheid betreffende *objects* of de wijze van uitvoering van de *trust*, op te lossen. Waaronder ook begrepen de bevoegdheid om *trustproperty* onder meerdere *objects* te verdelen indien daarover niets is bepaald, zij het dat niet voldoende duidelijk is of dit tot gevolg heeft dat sprake is van een *discretionary trust* tengevolge waarvan de *trustee* verplicht is om zijn bevoegdheid uit te oefenen (*exercise his discretion*) of dat de *trustee* simpelweg een bevoegdheid heeft die hij desgewenst kán uitoefenen doch waartoe hij niet verplicht is (*personal powers*). Voorts is het vanwege het ontbreken van enigszins meer specifieke criteria moeilijk om vast te stellen op welke wijze *trustees* hun taken dienen uit te oefenen. Mocht enige onzekerheid met betrekking tot *objects* en de wijze van uitoefening van de *trust* blijven bestaan, dan kan de rechter de onzekerheid oplossen door o.a. de *trust* te wijzigen, dan wel door de *trust* nietig te verklaren. Bij een STAR *trust* kunnen rechten uitsluitend worden afgedwongen door diegenen die in de *trust*akte dan wel door de rechter daartoe als *enforcers* zijn aangewezen. Dit kunnen, doch behoeven niet *beneficiaries* te zijn. Met andere woorden: het zijn van *beneficiary* en het hebben van daarmee samenhangende rechten kan niet door de *beneficiary* als zodanig worden afgedwongen, tenzij hij tevens tot *enforcer* is benoemd. Van een *enforcer* wordt verwacht dat hij zijn fiduciaire taak, die ziet op de juiste uitvoering van de *trust* door de *trustee*, op verantwoorde wijze uitoefent. In verband daarmee heeft een *trustee* (of een andere *enforcer*) op zijn beurt weer de bevoegdheid om actie te ondernemen indien de *enforcer* zijn fiduciaire taak niet uitoefent (en daarmee lijkt “de cirkel rond”). De nogal ongebruikelijke vorm en structuur van een STAR *trust* doet vragen rijzen betreffende 1. de aard van de STAR *trust* - is alles in aanmerking nemend wel sprake van een *trust* - en 2. wie nu eigenlijk eigenaar is van de *beneficial interests* in het *trustproperty*. Het is nu juist (in traditionele zin) kenmerkend voor een *trust* dat beneficiaire rechten door *beneficiaries* moeten kunnen worden afgedwongen, hetgeen hen echter bij een STAR *trust* nadrukkelijk wordt onthouden (tenzij zij als *enforcers* zijn aangewezen). Het gevolg hiervan zou kunnen zijn dat de *trustee* van een STAR *trust* de *legal title* vanwege een *resulting trust* ten behoeve van de *settlor* houdt en dat de *settlor* juist vanwege het feit dat “*beneficiaries*” slechts een blote verwachting hebben, geacht moet worden *resulting beneficiary* te zijn, zodat er wel een *trust* tot stand komt, maar vermoedelijk niet die welke de *settlor* voor ogen stond. Het is echter ook denkbaar dat een STAR *trust* - naar buitenlands recht - in het geheel niet als een *trust* kwalificeert, doch slechts gezien moet worden als een contractuele verhouding, wellicht een vorm van vertegenwoordiging, tussen *settlor* en *trustees*, dit ondanks het feit dat op de Kaaiman eilanden zelf de STAR *trust* en haar bijzondere karakteristieken bij wet zijn vastgelegd. *In extremis*

4.1 Inleiding
4.1.4 De Antilliaanse Stichting Particulier Fonds (*private foundation*)

zou een STAR *trust* zelfs als valse schijn kunnen worden beoordeeld, zodat in het geheel geen sprake is van een daadwerkelijke eigendomsoverdracht van vermogen. Echter, ten aanzien van een dergelijke conclusie is voorzichtigheid geboden omdat *trustees* en *enforcers* naar het recht van de Kaaiman Eilanden wel degelijk aan strikte wettelijke regels zijn gebonden (waarvan sommige zelfs strafmaatregelen kennen), tengevolge waarvan *trustees* en *enforcers* aansprakelijk zijn met betrekking tot in *trust* gehouden goederen.

4.1.4 De Antilliaanse Stichting Particulier Fonds (*private foundation*)⁵¹⁸

Hoewel de *off shore* sector als centrum van financiële dienstverlening⁵¹⁹ op de Nederlandse Antillen zich reeds gedurende vele jaren sterk sterk heeft gemaakt voor de totstandkoming van Antilliaans *trustrecht*, kende het Nederlands-Antilliaanse recht tot 1 januari 2012⁵²⁰ slechts *trustachtige* verhoudingen, doch geen Antilliaanse *trust*. Tot deze *trustachtige* figuren behoort het zgn.

⁵¹⁸ Zie J.W.M. Thesseling, “De Antilliaanse *trust*”, *WPNR*, nummer 6356, jaargang 130, 1 mei 1999, p. 341; L.C.J.M. Spigt en K. Frielink, “Fiscaal gestuurd personenrecht”, in hetzelfde *WPNR*, p. 366. E.C.N. Roks, “De Antilliaanse Stichting Particulier Fonds (*enkele Nederlandse fiscale aspecten*)”, *Maandblad Belastingbeschouwingen*, 69^e jaargang, nummer 11, november 2000, 375-381.

⁵¹⁹ Hiertoe behoren de Antilliaanse *trustkantoren* die financiële diensten verlenen, zoals het voeren van directie over *off shore* vennootschappen (doelvermogens en andere vennootschappen) waarvan het doel uitsluitend ten behoeve van niet-ingezetenen wordt behartigd. Zij hebben echter niet de functie van *trustee* in de zin van de *trust*.

⁵²⁰ Gedurende een periode van veertig jaar werden vier wetsontwerpen gemaakt die geen van alle tot wetgeving hebben geleid. Deze ontwerpen waren van A.A.G. Smeets (1955), A. van Oven (1962), H. Smit (1975) en J.W.M. Thesseling (1996). Echter, met ingang van 1 januari 2012 zijn in Curaçao ter voltooiing van het nieuwe BW project 13 landsverordeningen in werking getreden, waaronder een die de introductie behelst van de Anglo-Amerikaanse *trust*. Voor de bespreking van de *trust* naar Curaçaos privaatrecht verwijs ik naar J. de Boer, “De *trust* naar Curaçaos recht”, *WPNR*, 2012/6926, d.d. 14-04-2012. Hij wijst er o.a. op dat een Nederlander die een Curaçaose *trust* (of SPF) instelt als niet-ingezeten ingevolge het bepaalde in art. 63 lid 3 Successiebelastingverordening 1908 het Curaçaose successierecht van 25% niet verschuldigd is, maar wel rekening dient te houden met de Nederlandse fiscale wetgeving met betrekking tot het afgezonderd particulier vermogen (zie hierna: Deel III, 2.4.2.2). Zie ook M. Bergervoet, “De Curaçaose *trust* in de praktijk”, *WPNR*, 2012/6926, d.d. 14-04-2012. Hij bespreekt de privaatrechtelijke aspecten van de Curaçaose *trust*, zoals: aard van de *trust*; de instelling van de *trust*; publiciteitsbeginsel; aansprakelijkheid; verhaalbaarheid en draagplicht; beschikkingsonbevoegdheid en vermoeden van eerlijkheid. Voorts wijst hij er op dat de bij authentieke akte opgerichte Curaçaose *trust* op grond van het Statuut rechtskracht heeft, ook als de kenmerkende eigenschappen van de *trust* nauwer verbonden zijn met Nederland. Zij het dat art. 40 van het Statuut en het Haags *trustverdrag* (zie hierna: Deel II, h. 1) er niet aan in de weg staan dat de wetgever van Nederland een rechtsgeldige uitzondering in de wet opneemt voor Curaçaose *trusts*.

“particulier fonds”. Op 1 november 1998 werd namelijk de landsverordening op stichtingen gewijzigd, waardoor het mogelijk werd een “particulier fonds” op te richten waarvoor het verbod van het doen van uitkeringen aan oprichters of aan hen, die deel uitmaken van haar organen, niet geldt⁵²¹. De Antilliaanse Stichting Particulier Fonds (hierna: SPF) waarin een particulier vermogen kan onderbrengen, is een speciale vorm van stichting, welke wordt opgericht bij notariële akte die in het Nederlands kan zijn opgesteld. Oprichting geschiedt voornamelijk door op de Nederlandse Antillen gevestigde financiële instellingen (banken en *trust*kantoren). Daardoor kan worden voorkomen dat de naam van de uiteindelijk gerechtigde in de oprichtingsakte voorkomt. Na oprichting worden de rechten overgedragen aan de uiteindelijk gerechtigde, die in beginsel voor een belangrijk deel invloed kan blijven uitoefenen op de SPF⁵²². De dagelijkse leiding van de SPF – waaronder begrepen de handelingen ter zake van het vermogensbeheer – berust doorgaans bij een op de Nederlandse Antillen gevestigde financiële instelling die als bestuurder optreedt, waardoor voldaan wordt aan de eis dat de feitelijke vestigingsplaats van de SPF zich op de Nederlandse Antillen bevindt. Het bestuur kan ter zijde worden gestaan door een College of Raad van Advies, waarin vertrouwelingen van de inbrenger kunnen worden opgenomen. Voor het verrichten van bepaalde handelingen, al dan niet specifiek in de statuten van de SPF vermeld, dient het bestuur altijd voorafgaande toestemming van de Raad van Advies te hebben. Bijvoorbeeld voor het uitkeren van bedragen aan begunstigden. Na overdracht van de rechten door oprichters aan de uiteindelijk gerechtigde brengt deze vermogen in de SPF dat doorgaans voornamelijk bestaat uit liquide middelen en effecten, waartoe ook aandelen in (Antilliaanse) vennootschappen kunnen behoren. Vanwege het ontbreken van een uitkeringsverbod biedt de SPF de mogelijkheid om het vermogen en de opbrengsten daarvan aan de uiteindelijk gerechtigde en zijn familieleden uit te keren. Het bestuur van de SPF kan daartoe zelfstandig besluiten, daarbij rekening houdend met de wensen van de oprichter(s). Wensen die tevoren kenbaar kunnen zijn gemaakt aan het bestuur of in een *letter of wishes*⁵²³ (welke de SPF overigens niet bindt).

⁵²¹ Omdat bij een Antilliaanse Stichting Particulier Fonds een derde een afgescheiden vermogen beheert, die het vermogen en de opbrengsten daaruit dient aan te wenden voor bepaalde gerechtigden, vertoont de Antilliaanse Stichting Particulier Fonds grote gelijkenis met de Anglo-Amerikaanse *trust* (zij het dat de Antilliaanse Stichting Particulier Fonds een rechtspersoon [naar Antilliaans recht] is en een *trust* niet).

⁵²² Invloed op benoeming van bestuur, op het bepalen wie de begunstigden zijn. Teneinde te voorkomen dat gesteld kan worden dat het ingebrachte vermogen nimmer het vermogen van de inbrenger heeft verlaten, dient de inbrenger uiteraard geen beslissende stem in het bestuur of de Raad van Advies te hebben.

⁵²³ In dit verband is van belang de vraag of oprichters van een stichting gerechtigd zijn het bestuur

4.1 Inleiding
4.1.4 De Antilliaanse Stichting Particulier Fonds (private foundation)

Begunstigden behoeven overigens niet bekend te zijn: 1. met het feit dat zij als begunstigden zijn aangewezen, 2. wat het in de SPF aanwezige vermogen omvat en 3. op welke wijze dit vermogen aan de begunstigden ten goede zal komen. Het afgescheiden karakter van het vermogen wordt bereikt doordat praktisch gesproken geen schulden aan derden kunnen ontstaan vanwege extern werkende statutaire beperkingen betreffende doel en bevoegdheden van het bestuur.

De stichting kan fiscaal vriendelijk voor vele doeleinden worden gebruikt door de *off shore* sector, maar ook - op het gebied van vermogensbeheer en successieplanning - door ingezetenen. Omdat in de landsverordening een bepaling over de afdwingbaarheid van het doel ontbreekt, heeft het bestuur van de stichting een grote mate van beleidsvrijheid met betrekking tot de verwezenlijking van het gestelde doel, zij het dat die vrijheid beperkt kan worden door statutaire bepalingen, dan wel door middel van een overeenkomst. Aldus kan misbruik of het uitblijven van handelen worden voorkomen. Over de inbreng door een ingezetene of een in de Nederlandse Antillen gevestigde vennootschap wordt 25 % belasting geheven, terwijl overige verkrijgingen onbelast zijn. Een voorwaarde is wel dat het fonds geen actieve onderneming⁵²⁴ drijft, waarvan bij normaal vermogensbeheer geen sprake is. Het gevolg is dat de SPF op de Nederlandse Antillen nauwelijks wordt belast als de begunstigden geen inwoners van de Nederlandse Antillen zijn. Er wordt geen Antilliaanse kapitaalsbelasting geheven over het bijeengebrachte vermogen en er is geen Antilliaanse winstbelasting over het rendement in een SPF verschuldigd, terwijl evenmin schenkingsrecht of recht van successie verschuldigd is bij inbreng door en bij uitkering aan een niet-inwoner. Keert de SPF aan begunstigden vermogen en/of winst uit dan wordt hierover geen bronbelasting geheven. De SPF kent weinig kosten en weinig formele belemmeringen. Er hoeft geen jaarrekening te worden opgesteld en vermogensopstellingen hoeven niet te worden gedeponereerd. Wel dient het bestuur van de SPF zodanige aantekening bij te houden dat daaruit ten allen tijde haar rechten en verplichtingen kunnen worden gekend. Gelet op vorenstaande is het niet verwonderlijk dat er in de sfeer van de *estate-planning* en in geval van remigratie grote belangstelling

van een stichting een herroepelijk reglement met werking na dode te doen uitvaardigen; een herroepelijke beschikking ter zake des doods, waarvoor naar Nederlands recht een testament vereist is. Schoordijk is van mening dat - gezien het Concordantiebeginsel - het er niet zonder meer op kan worden gehouden dat de SPF ook in de Antillen als instrument kan dienen om herroepelijke beschikkingen terzake des doods te maken. Zij het dat de civielrechtelijke vormvraag waar het om gaat, naar Nederlands recht niet is uitgespit. Zie H.C.F. Schoordijk's "*De Antilliaanse Stichting Particulier Fonds, de trust en het erfrecht*" in de bundel "*Emeritaal werk van Prof. mr. H.C.F. Schoordijk*", Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2006, p. 507-511. Eerder onder dezelfde titel gepubliceerd in *WFR*, 2000/ 6377, Kluwer. Deventer.

⁵²⁴ De SPF mag wel als beleggings- of houdstermaatschappij optreden.

bestond voor de SPF, een rechtspersoon die in het Nederlandse rechtstelsel wordt erkend. Teneinde onzekerheid over de fiscale behandeling van de SPF (alsook de *trust* en *trust*-achtige rechtsvormen) te voorkomen, gold tot 1 januari 2010 een besluit⁵²⁵ waarin de staatssecretaris van financiën zijn beleid inzake de fiscale behandeling van de SPF (en de *trust* en ander “zwevend” vermogen) uiteenzette, welk besluit overigens slechts als behandelkader diende⁵²⁶ en onder voorwaarden de mogelijkheid bood tot het sluiten van transactieovereenkomst, waarbij de rechtsfiguur voor de toepassing van de Nederlandse regelgeving met betrekking tot de heffing en invordering van belastingen, daaronder begrepen voor Nederland toepasselijke belastingverdragen en andere internationale fiscale regelingen, geacht werd niet te bestaan. Het gevolg daarvan was dat het vermogen van de rechtsfiguur en het daarmee gegenereerde inkomen in alle gevallen als vermogen of inkomen van natuurlijke personen of rechtspersonen aan hen werd toegerekend conform de in de overeenkomst opgenomen bepalingen. Het gevolg van het door de staatssecretaris gevoerde beleid was dat inbreng in een SPF alleen nog interessant was voor Nederlanders die reeds langer dan 10 jaren buiten Nederland woonden. Zij konden namelijk zonder heffing van Nederlands schenkingsrecht vermogen in een SPF inbrengen.

4.2 De gevolgen van de wetwijziging per 1 januari 2010⁵²⁷ voor de SPF

Op 20 april 2009 werd door de staatssecretaris van Financiën bij de Tweede Kamer het wetsvoorstel betreffende de wijziging van de Successiewet 1956 en enige andere belastingwetten (o.a. vereenvoudiging bedrijfsopvolgingsregeling en herzieningtariefstructuur in de Successiewet 1956, alsmede introductie van een regeling voor afgezonderd particulier vermogen in de Wet inkomstenbelasting

⁵²⁵ Besluit van 22 oktober 2002, nr. CPP2002/2773M, BNB 2003/39 (V-N 2002/54.12; PW nr. 21 566). Daarin bestempelt hij een SPF-structuur met behoud van zeggenschap en die zodanig is vorm gegeven dat noch in Nederland, noch op de Antillen terzake belastingen verschuldigd zou zijn als fiscale grensverkenning. Het onbelast creëren en instandhouden van een “zwevend” vermogen acht hij ongewenst. Het besluit is op 15 december 2005 vervallen doordat het in een nieuw besluit d.d. 15 december 2005, nr. CPP2005/2528M werd samengevoegd met het besluit inzake de *trust* van 8 december 2000, nr. CPP2000/2816M, waarmee ook dit laatste besluit verviel. Met de samenvoeging werd geen inhoudelijke wijziging beoogd.

⁵²⁶ De inhoud van dit besluit wordt besproken in Deel 3, hoofdstuk 2, § 3 “*Het besluit van 15 december 2005 inzake de fiscale behandeling van de trust, de SPF en “ander zwevend vermogen”*”.

⁵²⁷ Zie voor een bespreking van de per 1 januari 2010 geldende wettelijke regeling, alsmede kritiek op deze regeling: Deel 3, 1.5. “*De kwalificatie van de discretionary trust na 1 januari 2010*”.

2001 en de Successiewet 1956) ingediend⁵²⁸. Voor wat betreft het afgezonderd particulier vermogen, waartoe ook de SPF wordt gerekend, heeft dit voorstel uiteindelijk geleid tot wijziging van de Successiewet 1956 en een aantal andere belastingwetten per 1 januari 2010. In hoofdlijnen geldt vanaf die datum dat afgezonderde particuliere vermogens als entiteit worden genegeerd, zodat het afgezonderde vermogen fiscaal als transparant wordt aangemerkt. Het gevolg hiervan is dat vermogensbestanddelen in beginsel naar rato van de inbreng worden toegerekend aan de inbrenger, ook al berust de juridische en economische eigendom bij het afgezonderd particulier vermogen. Deze toerekening blijft gedurende het leven van de inbrenger voor hem gelden. De vermogensbestanddelen en de opbrengsten daarvan worden bij de inbrenger in de inkomstenbelasting in box 1, 2 of 3 betrokken al naar gelang de aard van de inkomensbestanddelen. De totstandkoming van het afgezonderd particulier vermogen vormt voor de heffing van inkomstenbelasting en het schenkingsrecht geen belaste schenking. De inbrenger wordt immers verondersteld de afgezonderde vermogensbestanddelen te bezitten, ondanks het feit dat hij juridisch en economisch de vermogensbestanddelen heeft overgedragen. Mocht een *trustee* besluiten tot het toekennen van vermogensrechten aan *beneficiaries* dan worden die geacht te zijn geschonken door de *settlor* (lees: de inbrenger). Het verkregen recht en de opbrengsten daaruit behoort vervolgens tot het vermogen en inkomen van de verkrijger en vormt voor de inbrenger voortaan een verplichting welke in box 3 zijn rendementsgrondslag verlaagt, althans in de visie van de staatssecretaris dienaangaande. Mocht de inbrenger overlijden dan wordt het afgezonderd particulier vermogen geacht tot zijn nalatenschap te behoren, zodat de erfgenamen het afgezonderd particulier vermogen fictief krachtens erfrecht van de erflater verkrijgen. Op deze vererving zijn de bepalingen van de Successiewet van toepassing zodat doorschuif faciliteiten van toepassing kunnen zijn. Voor bepaalde afgezonderde particuliere vermogens is een overgangsregime van toepassing.

⁵²⁸ DB/2009/193 U, V-N, 2009/22.3.

Hoofdstuk 5

Samenvatting

Voor een goed begrip van het verschijnsel “*trust*” is in dit deel van de studie de rechtsfiguur van de *trust* in een zodanig breed kader geplaatst, dat daardoor een beeld ontstaat van de diverse aspecten die de *trust* als Anglo-Amerikaanse rechtsfiguur kenmerken. Achtereenvolgens is aandacht besteed aan:

5.1 De *trust* in historisch perspectief

In dit hoofdstuk is de historische ontwikkeling van de *trust* onderzocht. Daarbij is vastgesteld dat fiduciaire eigendomsoverdrachten reeds eeuwenoud zijn. Het Romeinse recht kende het *fideicommissum*. Het vroeg Middeleeuwse recht de afzondering van vermogens ten behoeve van *piae causae* en *xenodochia*, terwijl kerkelijke beheerders goederen in beheer hielden in het belang van derden. Ook Engeland kende reeds vroeg de *feoffments to use* als een vorm van fiduciaire eigendomsoverdracht. Door middel van deze *feoffments to use* kon de regel omzeild worden die verbood om grond via testament te doen vererven en konden feodale heffingen worden voorkomen. De *feoffment to use* was louter gebaseerd op het in de *feoffee* gestelde vertrouwen. *Common law* kende namelijk slechts de *feoffee* als absoluut eigenaar. Van een juridische afdwingbare verplichting was voor de *cestui que use* geen sprake. Wel boden de Engelse kerkelijke gerechten in geval van woordbreuk door een *feoffee* rechtsbescherming aan de *cestui que use*. Geleidelijk nam de *Court of Chancery* de kerkelijke jurisdictie over door verzoekschriften met betrekking tot *feoffments to use* in behandeling te gaan nemen en zich in zijn uitspraken te laten leiden door *equity*. Het gevolg van de *equity*-rechtspraak was dat de bescherming van de *cestui que use* zich tot een recht ontwikkelde met zakenrechtelijke kenmerken, dat als een soort uit *equity* voortspruitend eigendomsrecht naast de eigendom volgens *common law* kwam te staan. Naarmate de *feoffments to use* meer in gebruik raakten, nam de rechtsonzekerheid toe, alsmede een toenemend gemis aan feodale opbrengsten. Vandaar dat in 1536 de *Statute of Uses* tot stand komt. Daarbij werd het *equitable interest* van de *cestui que use* omgezet in een *legal interest* en wel gelijk aan die welke oorspronkelijk aan de *feoffee to uses* was overgedragen. De *cestui que use* verwierf de *legal estate* uit kracht van de wet en de *equitable property* ging op in de *legal estate*, met als gevolg dat de *cestui que use* *seisin* verkreeg krachtens het *Statute of Uses*. Dientengevolge konden de *cestuis que use* voortaan geen testament met betrekking tot de grond meer maken, hetgeen sinds haar ontstaan een van de belangrijkste gevolgen van de *feoffments to use* was geweest. Verzet hiertegen leidde tot de *Statute of Wills*, welke het

weer mogelijk maakte om ook bij testament erfrechtelijk over een *estate* te beschikken. In de 2^e helft van de 17^e eeuw en de eerste helft van de 18^e eeuw werd weloverwogen en systematisch onderzocht op welke rechtsgronden de uitspraken van het *Court of Chancery* waren gebaseerd. Het publiceren van deze theoretische beschouwingen over de juridische kenmerken van de *trust* heeft in belangrijke mate bijgedragen aan de verdere ontwikkeling van *equity*. Door middel van de *Judicature Acts* werden *common law* en *equity*, die meer dan twee eeuwen als rechtssystemen naast elkaar hadden bestaan, samengevoegd. Via de kolonisatie van Amerika bereikte ook *common law* het nieuwe land, waardoor het Amerikaanse rechtssysteem in belangrijke mate werd beïnvloed. Weldra veranderde de koloniale rechtspraak door leken in een op de wet gebaseerde rechtspraak door een geschoolde rechterlijke macht. Vervolgens maakte het Amerikaanse recht een ontwikkeling door waardoor het een eigen karakter kreeg. Daarbij werd de rechtsontwikkeling in belangrijke mate beïnvloed door de leidende rol van de rechterlijke macht en door de aanzienlijke invloed van de juridische wetenschap. Tengevolge van meer continentaalrechtelijk denken maakte de rechtswetenschap zich steeds meer los van formalisme en werd de sociale functie van het recht meer op de voorgrond gesteld.

5.2 De *trust* naar Engels recht

In dit hoofdstuk is de *express private trust* (lees: *trust*) naar Engels recht beschreven. Allereerst is de *trust* algemeen gekenschetst als een rechtsfiguur waarbij een *settlor* via een eenzijdige rechtshandeling eigendom van goederen aan een *trustee* overdraagt, die daardoor de *legal ownership* verkrijgt, met als opdracht dit eigendom, overeenkomstig de (eventueel) dienaangaande gestelde *trust*voorwaarden te beheren ten behoeve van een of meer al dan niet door de *settlor* aangewezen *beneficiaries*, die daarmee *equitable owner* (zouden kunnen) worden. Het aldus afgescheiden vermogen maakt geen deel uit van het persoonlijk vermogen van de *trustee*, zodat het *trust*vermogen niet vereft, geen verhaal biedt voor de privé-schuldeisers van de *trustee* en evenmin verhaal biedt bij echtscheiding en faillissement van de *trustee*. Het *trust*vermogen vormt een afgezonderd vermogen dat uitsluitend beschikbaar is voor de (toekomstige) *beneficiaries* en/of charitatief doel. De *beneficiaries* verkrijgen rechtens afdwingbare rechten, ondanks het feit dat zij geen partij zijn bij de totstandkoming van de *trust* en zij evenmin een prestatie verschuldigd zijn.

Vervolgens zijn de verschillende doeleinden van de *trust* beschreven, welke zowel privé, zakelijk, alsook charitatief kunnen zijn. Hoewel de *trust* op diverse wijzen kan worden omschreven, waarbij telkens andere accenten worden gelegd, ontbreekt een algemeen aanvaarde wettelijke alsook niet-wettelijke definitie.

De kenmerken van de *trust* zijn onderzocht door enerzijds de rechtspositie van de *trustee* te vergelijken met die van de *beneficiary* en anderzijds de *trust* te

vergelijken met andere rechtsverhoudingen die enige overeenkomst met de *trust* vertonen. Daarbij is vastgesteld dat de *trustee* krachtens *common law legal owner* van het *trust*vermogen is en de *beneficiary* krachtens *equity equitable owner*. Rechtsverhoudingen die een of meerdere kenmerken van de *trust* hebben zijn *contract*, *bailment*, *agency*, *executorship* en *guardianship*.

Hoewel *trusts* op basis van verschillende criteria kunnen worden geclassificeerd, bestaat er geen algemeen aanvaarde classificatie. Onderscheid wordt doorgaans gemaakt aan de hand van de wijze waarop ze ontstaan; de obligatoire aspecten van de *trust*verhouding; de aard van het *trust*fund en de aard van de bij de *trust* betrokken belangen. *Trusts* worden voor zover het de wijze van ontstaan betreft onderscheiden in *inter vivos trusts* en *testamentary trusts*, waarbij een *inter vivos trust* ook kan ontstaan door een *declaration of trust*.

Aan de totstandkoming van een *trust* is een aantal voorwaarden verbonden, alsook een aantal materiële beperkingen. Voor de totstandkoming dient aan drie voorwaarden te zijn voldaan. Ten eerste dient de *settlor* handelingsbekwaam, handelingsbevoegd en beschikkingsbevoegd te zijn. Ten tweede dient aan de zogenaamde “*three certainties*” te zijn voldaan. Dat wil zeggen: het moet voldoende duidelijk zijn dat de *settlor* daadwerkelijk bedoeld heeft een *trust* tot stand te brengen en dat niet slechts sprake is van het opleggen van een morele verplichting. Er moet voldaan zijn aan de voorwaarde van “*certainty of words*”. Daarnaast dient te worden voldaan aan de “*certainty of subject*”. Dat wil zeggen dat er redelijke zekerheid dient te bestaan ten aanzien van de goederen waarop de *express private trust* betrekking heeft. Dit betekent niet alleen dat er een *trust*goed dient te zijn, maar ook dat de *beneficial interests* kunnen worden vastgesteld. Voorts dient te zijn voldaan aan de voorwaarde van “*certainty of objects*”. Dat wil zeggen dat de *beneficiaries* bepaald zijn, dan wel op eenvoudige wijze zijn te bepalen omdat er anders niemand is ten gunste van wie de rechter de *trust* kan afdwingen. Ten derde dient de groep van *beneficiaries* administratief beheersbaar te zijn en rechtens controleerbaar.

De *trust* kent ook een aantal materiële beperkingen gebaseerd op het uitgangspunt dat vermogen slechts gedurende een verhoudingsgewijs korte tijd (familierechtelijk) verbonden mag zijn. De regelgeving die hierop betrekking heeft duidt men aan als “*the rule against perpetuities*” alsmede de daarvan afgeleide “*rule of inalienability*” en de “*rule against accumulations*”. “*The rule against perpetuities*” trekt een grens in de tijd die niet mag worden overschreden. “*The rule against inalienability*” houdt in dat het vermogen en de opbrengsten daarvan niet permanent onvervreembaar mag worden gemaakt, hetgeen zou betekenen dat *trust*goederen voor zeer lange tijd aan het economisch verkeer worden onttrokken. “*The rule against accumulations*” voorkomt dat het inkomen uit het *trust*vermogen onbeperkt in jaren worden opgepot tengevolge waarvan niemand de opbrengsten kan genieten.

Ook zijn de obligatoire aspecten van de *trust*verhouding voor de *settlor*, de *trustee*, de *beneficiary* en de crediteuren geanalyseerd. Indien een *settlor* een *express inter vivos trust* tot stand brengt door de *legal ownership* van een *trust*goed aan een *trustee* over te dragen, dan wel door een *declaration of trust*, dan wordt het *trust*goed definitief afgescheiden van zijn privé-vermogen, zodat de *settlor* niet langer rechten aan het onder *trust*verband gebrachte vermogen kan ontleen, tenzij hij zich bepaalde rechten voorbehoudt, zoals *powers to revoke, modify* of *control*. Deze laatste bevoegdheden kan de *settlor* ook overdragen aan een *protector*. De *trustee* heeft vele taken en verplichtingen en beperkte rechten. De taken en de daaruit voortvloeiende bewaar- en beheersverplichtingen, alsook de daarmee verband houdende beheersbevoegdheden van *trustees* worden doorgaans bij de totstandkoming van de *trust* door de *settlor* vastgesteld en in de *trust*akte beschreven. Onderscheid dient daarbij te worden gemaakt tussen de dwingende taken en verplichtingen (*express powers*) welke uit de *trust*akte, de wet of een rechtelijke uitspraak voortvloeien en zijn eventuele (*implied powers/discretions*) die uit het doel van de *trust* voortvloeien. Ten aanzien van de bevoegdheden die de *trustee* aan de *express trust*vorm ontleent dient onderscheid te worden gemaakt tussen de *discretionary trust*, de *fixed trust* en de *bare trust*. Bij een *discretionary express private trust* is het van belang een onderscheid te maken tussen de *trust*taken en de daarmee automatisch samenhangende bevoegdheden (*fiduciary powers*) die de *trustee* als zodanig heeft vanwege de tot stand gekomen *trust* én eventuele *discretionary powers* die hem door de *settlor* additioneel zijn toegekend. Van belang hierbij is dat de *donee of the power* het recht heeft om zijn beschikkingsbevoegdheid uit te oefenen, doch daartoe niet is verplicht, terwijl de *trustee* zich verplicht weet om van zijn *fiduciary powers* gebruik te maken. Dit onderscheid is van groot belang omdat bij een *discretionary trust* een rechter kan ingrijpen als de *trustee* zijn verplichtingen niet nakomt. Tot de *discretionary powers* worden gerekend de *trust powers*, de *power of appointment*, de *power of maintenance* en de *power of advancement*. *Trust powers* geven de *trustee* de bevoegdheid om zelfstandig in volle vrijheid en naar eigen inzicht te beslissen óf personen uit de door de *settlor* aangewezen groep van *beneficiaries* iets zullen ontvangen en zo ja, wat en wanneer. Van een *power of appointment* is sprake indien de bevoegdheid wordt toegekend om de overdracht van een goed aan een ander tot stand te brengen. De *power of maintenance* geeft de *trustee* de bevoegdheid om opbrengsten van het *trust*vermogen aan te wenden voor het levensonderhoud en de opleiding van minderjarige *beneficiaries*. De *power of advancement* geeft de *trustee* de bevoegdheid om het *trust*kapitaal waartoe een *beneficiary* te zijner tijd gerechtigd is geheel of gedeeltelijk eerder aan de *beneficiary* uit te keren. In het geval van een *fixed trust* is in de *trust*akte vastgelegd wie *beneficiaries* zijn en waartoe zij wanneer zijn gerechtigd.

Van een *bare trust* is sprake indien een *trustee* trustgoederen houdt ten behoeve van slechts één *beneficiary* die onbeperkt tot het in *trust* gehouden vermogen is gerechtigd.

Tot de rechten van een *trustee* behoren een mogelijk recht op beloning; een recht op schadeloosstelling en vrijwaring en een recht op gerechtelijke instructies. In beginsel is de *trustee* persoonlijk (verhaal) aansprakelijk voor de schulden die voortvloeien uit de door hem ten behoeve van de *trust* met derden gesloten overeenkomsten. De aard en omvang van het belang van een *beneficiary* worden bepaald door de *express trust*voorwaarden en de interpretatie daarvan, daarbij rekening houdend met alle relevante omstandigheden. Tot de rechten van een *beneficiary* – die een overwegend zakelijk karakter dragen – behoren o.a. het zorgvuldig behartigen van de belangen van de *trust* door de *trustee*; het voeren van een juiste *trust*-administratie door de *trustee*; het uitkeren door de *trustee* van bedragen uit het *trustfund* overeenkomstig hetgeen dienaangaande door de *settlor* is bepaald; het op verzoek van de *beneficiary* verstrekken van informatie opdat hij in staat is vast te stellen of de *trust* correct wordt geadmistreerd; de bevoegdheid te bepalen dat het *trust*verband wordt beëindigd om vervolgens onderling te bepalen wat met het *trust*vermogen dient te geschieden. *Beneficiaries* moeten dan wel bekwaam en bevoegd zijn en eensgezind zijn voorzover het de beëindiging van het *trust*verband en de bestemming van het vermogen betreft en er moet sprake zijn van een gesloten groep van *beneficiaries*; het verpanden en belenen of afstand doen van de uit de *trust* voortvloeiende vermogensrechten, tenzij dit in de akte is uitgesloten; het veilig stellen van de beneficiaire rechten. Tot de verbintenisrechtelijke middelen behoren het bij een dreigende overschrijding van bevoegdheden door de *trustee* een gerechtelijk verbod of gebod vorderen; het vorderen van een veroordeling tot nakoming; het indienen van een schadevergoedingseis; het vorderen van de ontzetting van de *trustee* uit zijn functie en de benoeming van een opvolgend *trustee*; de bevoegdheid van de *beneficiary* tot *tracing, following the trust fund into its product*.

In beginsel biedt de *trust* ook bescherming tegen crediteuren, zij het dat wettelijke regelingen tegen misbruik zijn getroffen. Daarbij kunnen worden onderscheiden wettelijke regelingen die betrekking hebben op transacties waarbij goederen tegen een te lage waarde in het economisch verkeer worden overgedragen met het doel deze goederen buiten het bereik van crediteuren te brengen en de wettelijke maatregelen die betrekking hebben op transacties binnen een bepaalde periode voorafgaand aan een faillissement, waarbij goederen tegen een te lage waarde worden overgedragen.

Ten aanzien van de aard van het *trustfund* wordt onderscheid gemaakt tussen *family trusts* die hun oorsprong vinden in de wens om bepaalde vermogensbestanddelen binnen de familie te houden en ondernemingsgerichte *trusts*, zoals *investment trusts, business trusts en pension fund trusts*.

Ten slotte is een onderscheid gemaakt naar de aard van de bij de *trust* betrokken belangen, waarbij enerzijds particuliere belangen worden gediend, anderzijds het algemeen belang, waarbij de personen die uiteindelijk de baten zullen genieten onbepaald zijn. Het *charitable purpose* treedt dan in de plaats van de *beneficiaries*. Daarbij kan nog onderscheid worden gemaakt tussen *charitable trusts* en *honorary trusts*.

5.3 De Engelse belastingheffing en de *express private trust*

Dit hoofdstuk beschrijft in hoofdlijnen de Engelse belastingheffing van *express private trusts*.

Trustees kunnen met drie belangrijke heffingen worden geconfronteerd.

Income tax, capital gains tax en inheritance tax. Als algemene regel geldt dat na overdracht van het vermogen door de *settlor*, de *trustee* voor de opbrengsten uit het *trust*vermogen wordt belast en niet meer de *settlor*. *Beneficiaries* zijn belastingplichtig zodra zij inkomen uit de *trust* ontvangen. Zij kunnen de eerder van de *trustees* geheven belasting verrekenen met de door hen over de uitkeringen verschuldigde belasting. Het gevolg hiervan is dat over de gehele opbrengst van het *trust*vermogen belasting wordt geheven, ongeacht hoe hierover uiteindelijk wordt beschikt. Omdat het progressieve inkomstenbelastingtarief voor opbrengsten uit het *trust*inkomen niet geldt, is een aantal regelingen getroffen teneinde te voorkomen dat de *trust* uitsluitend wordt gebruikt om de belastingheffing te mitigeren, welke alle gemeen hebben dat de *settlor* wordt belast.

De mate waarin het *trust*inkomen wordt belast is afhankelijk van de vraag of sprake is van een *interest in possession settlement* dan wel van een *discretionary trust*. Van een *vested interest in possession* is sprake indien de *settlor* een *fixed trust* tot stand brengt en aan een *beneficiary* een direct ingaand recht toekent.

Is sprake van een *discretionary trust* dan is het van belang een onderscheid te maken tussen de *exhaustive trust* en de *non-exhaustive trust*. Een *exhaustive trust* kent geen opgepot *trust*inkomen. Van een *non-exhaustive trust* is sprake indien de *trustees* de bevoegdheid hebben om *trust*inkomen niet of slechts gedeeltelijk uit te keren, zij het dat doorgaans na 21 jaar na de totstandkoming van de *trust* de eventueel opgepotte inkomsten geacht worden te zijn uitgekeerd.

Uitkeringen aan *beneficiaries* door een *discretionary trust* worden bij de *beneficiaries* belast tegen een 40%-tarief. Omdat het *trust*inkomen reeds op het niveau van de *discretionary trust* is belast kunnen de *beneficiaries* de eerder geheven belasting verrekenen.

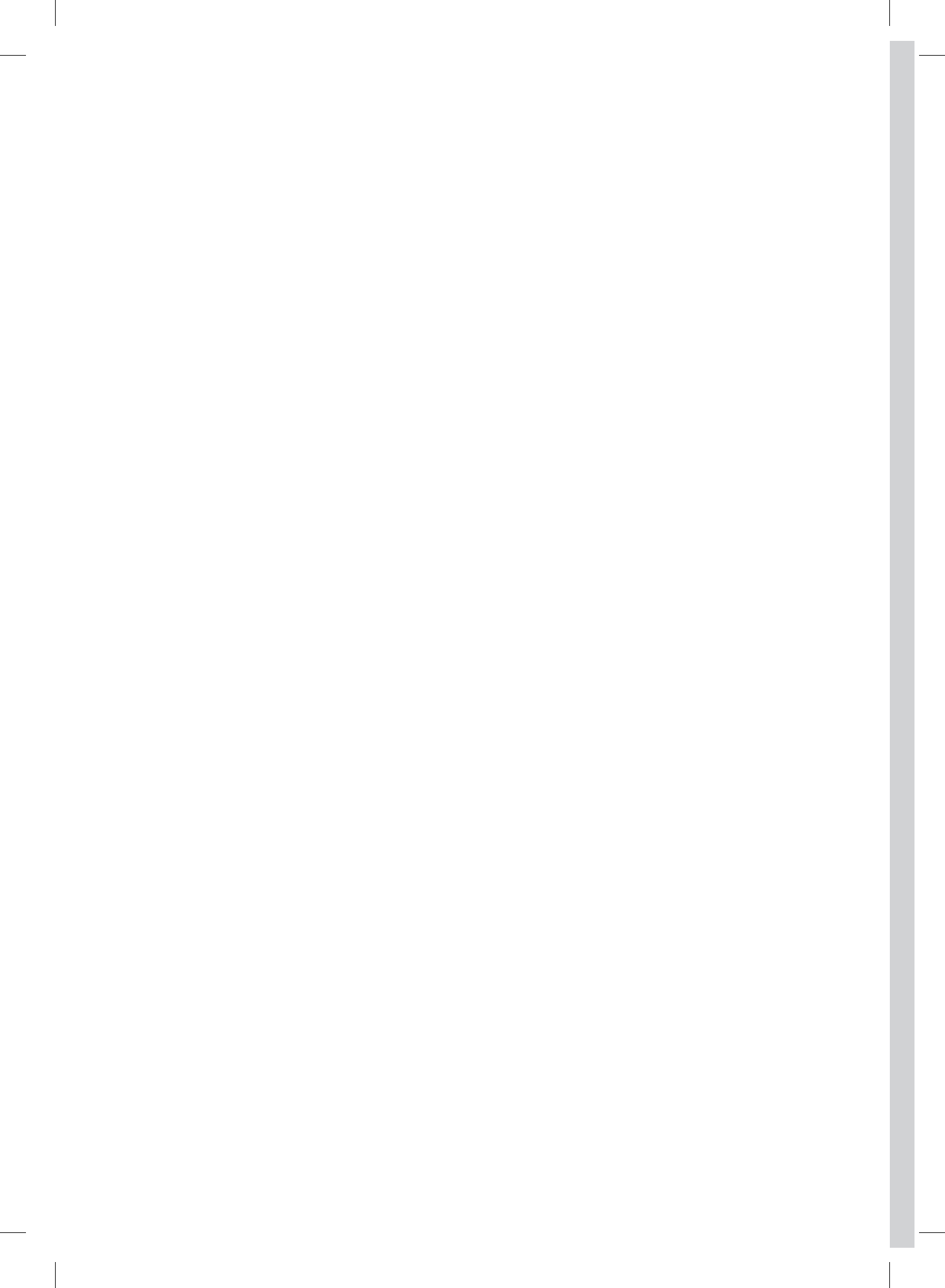
Een tweede heffing waarmee een *trust* wordt geconfronteerd is de *capital gains tax* welke wordt geheven over de waardeinstijging van vermogensbestanddelen. De *capital gains tax* wordt geheven zowel bij overdracht van vermogen bij het tot

stand brengen van een *trust*, alsook bij overdracht van vermogen vanuit de *trust*. Bij de totstandkoming van een *trust* dient de *settlor* over de vermogenswinst belasting te betalen, ook al is de *trust revocable*. Vervreemding van een beneficiair belang door een *beneficiary* vormt geen vervreemding voor de *capital gains tax*. Bij beëindiging van de *trust* is eveneens *capital gains tax* verschuldigd over de aan het *trust*vermogen toe te kennen meerwaarde.

De *inheritance tax* wordt geheven bij de overgang van vermogen vanwege overlijden dan wel vanwege schenking. Het tarief bij overlijden is proportioneel (40%) en bij een schenking 50% van het op het moment van schenking geldende basistarief. Een aantal overdrachten van vermogen is voorwaardelijk vrijgesteld. Daartoe behoren de vermogensoverdracht bij leven vanwege de totstandkoming van een *fixed trust* en de overdracht aan een *accumulate and maintenance trust*. Naast *chargeable* en *potentially chargeable transfers* zij er ook *exempt transfers*, waartoe behoren o.a. schenkingen tussen echtgenoten *inter vivos* resp. *mortis causa*.

5.4 Trusts in rechtsgebieden buiten het UK en de US

In dit hoofdstuk is enige aandacht besteed aan *offshore trusts* doorgaans gevestigd in meer exotische gebieden die op maat gemaakte *offshore trust*wetgeving kennen en die doorgaans tot doel hebben datgene te bieden wat elders (fiscaal) niet goed mogelijk is. De in deze gebieden gevestigde internationale *trusts* worden gekenmerkt door het feit dat juridische oplossingen die op *equity* zijn gebaseerd, gecodificeerd zijn, waardoor ze meer algemeen toepasbaar en gemakkelijker beschikbaar zijn. Voorts zijn begrenzingsen vanwege rechterlijke uitspraken ondervangen door wettelijke regelingen. Tot de meest voorkomende *offshore trusts* behoren de *offshore asset protection trusts* en de *non charitable purpose trusts*. De *offshore asset protection trusts* hebben tot doel vermogen te behouden en te beschermen, waarbij doorgaans de regelgeving de debiteur een hoge graad van bescherming biedt tegen aanspraken van crediteuren. De *offshore non charitable purpose trusts* zijn *trusts* die een abstract, niet op bepaalde personen te betrekken doel dienen. Zij spelen een belangrijke rol bij verschillende commerciële transacties. Omdat de wetgeving inzake *offshore trusts* soms wel erg ver gaat doet zich de vraag voor of er wel een *trust* tot stand komt en mocht dat al het geval zijn of er dan niet sprake is van een *resulting trust* ten behoeve van de *settlor*. Een vorm van *trust* die tot een dergelijke discussie aanleiding zou kunnen geven is de STAR *trust* van de Kaaiman-eilanden. In het kader van de *offshore trusts* is ook aandacht besteed aan de Antilliaanse Stichting Particulier Fonds, weliswaar geen *trust* maar een stichting die in haar werking de kenmerken van een *trust* zeer dicht nadert.



Deel 2

De privaatrechtelijke kwalificatie van de *trust*

Hoofdstuk 1

Het Haags trustverdrag

1.1 Inleiding

Centraal in dit onderzoek staat de vraag hoe een naar buitenlands recht tot stand gebrachte *express private trust* die krachtens het Haags trustverdrag hier te lande civielrechtelijk moet worden erkend voor de heffing van een aantal Nederlandse Rijksbelastingen dient te worden gekwalificeerd en welke de fiscale gevolgen hiervan zijn. Dit vraagstuk spitst zich toe op de vraag hoe zulk een *trust* en de daarbij betrokken *settlor*, *beneficiaries* en de *trustee* in de Nederlandse belastingheffing kunnen/moeten worden betrokken. Daarbij geldt als onderzoekshypothese dat een *discretionary trust* in het belastingrecht wél als een als doelvermogen aan te merken zelfstandig belastingplichtige entiteit moet worden gekwalificeerd, maar de *fixed trust* daarentegen niet.

Voor de beantwoording van de vraag hoe een als verdragstrust aan te merken rechtsfiguur bij wijze van interpretatie moet worden gekwalificeerd onder de begrippen die in relevante fiscale wetten worden gehanteerd ter bepaling van hun reikwijdte en daarmee van de heffing, speelt het beginsel van de eenheid van rechtsorde een rol. In de synthese tussen de leer van een zekere zelfstandigheid van het belastingrecht en de leer van de strakke binding aan het burgerlijk recht is dit beginsel het uitgangspunt. Daarbij wordt erkend dat het belastingrecht in de algemene rechtsorde moet worden ingepast, zij het dat de eigen aard van het belastingrecht een zelfstandige begripsvorming kan rechtvaardigen⁵²⁹. Uitgangspunt dient naar mijn mening daarbij te zijn, dat indien er civielrechtelijke begrippen beschikbaar zijn het fiscale recht het civiele recht zoveel mogelijk moet volgen, tenzij de eigenheid van het fiscale recht tot eigen begripsvorming noodzaakt. Zo zal de economische realiteit soms voorrang hebben boven de privaatrechtelijke vorm die belastingplichtigen hebben gekozen. Daarmee kan de economische realiteit boven de rechtseenheid prevaleren en rechtvaardigt het de divergentie⁵³⁰. Van een volstrekt autonome positie van het fiscale recht is echter naar mijn mening geen sprake. De leer van de eenheid der rechtsorde doet namelijk enerzijds recht aan de noodzaak de fiscale norm aan haar doel te laten beantwoorden, desnoods door een van het civiele recht afwijkende kwalificatie, anderzijds

⁵²⁹ Zie: Ch. P.A. Geppaart, “*Burgerlijk recht en belastingrecht*”, *WPNR* 1988, 5885, p. 466–476.

⁵³⁰ Aldus J.L.M. Gribnau en R.H. Happé in “*Convergentie en divergentie*” in: P.H.J. Essers (red.), “*Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht*”, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2000, p. 11.

doet de leer recht aan de stroming die het civiele recht als algemeen recht en daarmee als uitgangspunt ziet. De leer van de eenheid der rechtsorde heeft derhalve tot gevolg dat in beginsel een belastingwet moet worden uitgelegd overeenkomstig het burgerlijk recht, tenzij de tekst – op grond van grammaticale of historische uitleg – het systeem of de bedoeling van de belastingwet zich hiertegen verzet⁵³¹.

Het is derhalve van belang om te trachten eerst vast te stellen hoe naar Nederlands privaatrecht de *trust* moet worden gekwalificeerd⁵³². Daartoe dient eerst te worden onderzocht met welke rechtsfiguur het Nederlands recht door de werking van het verdrag wordt geconfronteerd, om daarna de rechtsfiguur te analyseren door middel van toetsing aan de kenmerken van de verdragstrust. Indien de rechtsfiguur als verdragstrust kwalificeert, kan deze worden vergeleken met figuren van het Nederlandse privaatrecht en belastingrecht teneinde te trachten tot een inpassing te komen. Voorts is nog van belang de vraag of de als verdragstrust te kwalificeren rechtsfiguur naar Nederlands privaatrecht als een juridisch zelfstandige entiteit kan worden aangemerkt.

Omdat de *trust* geen rechtsfiguur naar Nederlands privaatrecht⁵³³ is, kan zij

⁵³¹ Een bevestiging hiervan is te vinden in het arrest HR 15 december 1999, nr. 33 830, *BNB* 2000/126. In dit arrest overwoog de Hoge Raad ten aanzien van de verhouding tussen het civiele en fiscale recht dat voor een zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie plaats kan zijn indien aan de gekozen rechtsvorm verbonden fiscale gevolgen niet aanvaardbaar zijn gezien het economische resultaat ervan en gelet op de strekking van de belastingwet. Met als consequentie daarvan andere fiscale gevolgen dan de contracterende partijen op grond van de gekozen civielrechtelijk vorm verwachtten, waardoor veelal een hogere of lagere belastingheffing het gevolg kan zijn. Zie ook hierover J. Nieuwenhuizen, 2010, 3.3.2, p. 57, zie ook 5.3.3 en 6.4.2. Hij schetst hierin de ontwikkeling waarbij het fiscale recht een steeds meer (relatief) autonome positie is gaan innemen ten opzichte van andere rechtsgebieden. Zie ook: J.L. van de Streek, “*De leer van de eenheid der rechtsorde*”, Kluwer, Deventer, 2008, p. 267.

⁵³² Voor een goed begrip wordt benadrukt dat de privaatrechtelijke analyse primair in functie staat van de beantwoording van de vraag of de onderzoekshypothesen juist zijn.

⁵³³ Dat naar Nederlands privaatrecht geen *trust* tot stand kan komen heeft verschillende, samenhangende redenen: 1) de *numerus clausus* van het Nederlandse goederenrecht en het absolute eigendomsbegrip maken de integratie van de *trust* onmogelijk, 2) art. 3:84 lid 3 verbiedt de fiduciaire eigendomsoverdracht, waardoor de eigendom ten titel beheer, een rechtsfiguur die nog het meest op de *trust* lijkt maar de zo belangrijke externe werking mist, wordt verboden. Desalniettemin kenmerkt de rechtsfiguur van de *trust* zich veelal nog steeds door het feit dat de *trustee* een fiduciair zakelijk beheersrecht houdt, met een voor *beneficiaries* zakenrechtelijk vruchtgenot (Zie I.S. Joppe, “*Vademecum internationaal erfrecht*”, 1980, Stichting tot bevordering der notariële wetenschap Amsterdam, Kluwer-Deventer, p. 60, daarbij refererend aan L.J. Heijmans van den Bergh (“*De Engelse trust en het Nederlands ipr*”, opstel in de bundel “*De conflictu legum*”, NTIR 1962, p.254 e.v.) en Uniken Venema,

alleen via de poort van het internationaal privaatrecht in de Nederlandse rechtssfeer doordringen⁵³⁴. Daarbij kunnen zich – vanwege conflicterende (nationale) rechtsregels – wezenlijke vragen voordoen. Vragen vanwege een verschillend begrip van de *trust* als rechtsfiguur; vanwege verschillen in rechten, bevoegdheden en verplichtingen van *settlers* en *trustees*; vanwege verschillen in rechten die *beneficiaries* kunnen doen gelden en vanwege verschillen in rechten van crediteuren, erfgenamen en andere derden. Maar ook vragen zoals, welk rechtstelsel is ten aanzien van de *trust* van toepassing en welke beperkingen gelden dan? Wat indien een *trust* moet worden erkend door een staat die in zijn nationale wetgeving het begrip *trust* niet kent⁵³⁵, zoals bv. Nederland? Vragen die in feite veroorzaakt worden door fundamentele verschillen tussen het Anglo-Amerikaanse en het Continentale rechtssysteem en de in beide systemen gegroeide rechtspraktijk⁵³⁶. Vragen ook die vanwege conflicterende regels veelal niet eenvoudig zijn te beantwoorden⁵³⁷. Vandaar dat de Haagse Conferentie voor internationaal privaatrecht in 1980 besloot de *trust* op de agenda van de vijftiende zitting te zetten, hetgeen uiteindelijk op 1 juli 1985 – de dag

(“*Trustrecht en bewind*”, diss. Groningen 1954).

⁵³⁴ Zie C.D. van Boeschoten, “*Het Haagse Trustverdrag in Nederlands Perspectief*”, Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht, 1994, Koninklijke Vermande BV, Lelystad, p. 1.

⁵³⁵ Zie J. Harris, “*The Hague Trust Convention, Scope, Application and Preliminary Issues*”, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2002, *Preface* v.

⁵³⁶ Zie C. A/E Uniken Venema, “*Het Haagse Trustverdrag: de in het verdrag voorziene “externe werking” van Anglo-Amerikaanse trusts*”, *WPNR*, 1993/6092, p. 363.

⁵³⁷ Teneinde te trachten deze vragen te beantwoorden dient allereerst te worden onderzocht welke rechtsfiguur aanwezig is naar buitenlands recht en hoe deze rechtsfiguur naar Nederlands recht moet worden gekwalificeerd, teneinde vervolgens – na toepassing van de verwijzingsregel – het toepasselijke interne recht vast te stellen. Indien dan blijkt dat het Anglo-Amerikaanse recht van toepassing is en er een geldige *trust* tot stand is gekomen, dan zal bij aanraking met het Nederlandse recht het gekozen recht gelden voor zover het niet in strijd is met de Nederlandse internationale openbare orde. Is echter Nederlands recht van toepassing dan dient de buitenlandse rechtsfiguur, bv. de *trust*, te worden geconverteerd tot de meest nabijkomende Nederlandse rechtsfiguur, waarbij het buitenlandse recht als aanvullend recht kan dienen om te trachten de bedoeling van partijen vast te stellen. Zie L. Timmers, “*De Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlands fiscaal recht*”, *Fed’s Fiscale Brochures*, eerste druk 1973, Uitgeverij FED B.V. – Deventer, p. 12-13 en de verwijzing aldaar naar E.C. Henriquez, “*Vier trustproblemen*”, *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Privaatrecht*, jaargang 1965, p. 271 e.v..

van eerste ondertekening - resulteerde in het *Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op trusts en inzake de erkenning van trusts*⁵³⁸. Dit verdrag⁵³⁹ is, samen met de Wet Conflictenrecht *Trusts*⁵⁴⁰, voor Nederland per 1 februari 1996 in werking getreden, waarmee de *trust* voet op Nederlandse (rechts) bodem kreeg⁵⁴¹.

1.2 Het belang van het verdrag

De centrale vraag in dit onderzoek is hoe de verdragstrust (en de daaraan gerelateerde rechtsposities en - handelingen) ingepast kunnen en/of moeten worden in de begrippen die het belastingrecht hanteert om de reikwijdte en omvang van de belastingplicht van ingezetenen te bepalen. Daarbij moet de vraag naar de toepasselijkheid van de Nederlandse belastingwetgeving op:

- 1) een *trust*,
- 2) de rechtshandeling waarmee die tot stand wordt gebracht en door de *settlor* goederen in *trust*verband worden gebracht, en
- 3) de verkrijging door *beneficiaries* van geld/goederen uit of een economisch-juridisch belang bij het door de *trustee* verkregen en fiduciair gehouden vermogen,

⁵³⁸ Rijkswet van 4 oktober 1995, houdende goedkeuring van het op 1 juli 1985 te 's Gravenhage totstandgekomen Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts, *Stb.* 1995, 507; *Kamerstukken II* 1992-93, 23054 (R 1464), nr. 1-11, *Kamerstukken I* 1994-95, 23 054 (R 1464), nr. 340 en 340a. Zie voor de chronologische volgorde van totstandkoming van het verdrag: Koppenol-Laforce, 1997, p. 47 en Van Boeschoten, 1994, p. 3-4.

⁵³⁹ De Nederlandse tekst van dit verdrag, behoudens H.V, is hierna gedeeltelijk verwerkt in de tekst. Het verdrag richt zich enerzijds op het door middel van conflictregels aanwijzen van het toepasselijke recht op een *trust* en anderzijds op de erkenning van *trusts* die beheerst worden door het recht van een andere staat.

⁵⁴⁰ Wet van 4 oktober 1995, houdende wettelijke bepalingen in verband met de aanvaarding van het op 1 juli 1985 te 's Gravenhage totstandgekomen Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van *trusts* (Wet conflictenrecht trusts), *Stb.* 11995, 508 en 1996, 18, *Kamerstukken II* 1992-93, 23027, nr. 1-5, *Kamerstukken I* 1994-95, 23 027. 345. In werking getreden op 1 februari 1996.

⁵⁴¹ Zij het dat de Hoge Raad (Belastingkamer) reeds in 1954 de *trust* als instelling van buitenlands recht heeft erkend en daaraan de door het toepasselijke vreemde recht verbonden rechtsgevolgen heeft toegekend. Zie HR 24 nov. 1954, nr. 11 895, *BNB* 1955/7, met noot van Hellema. Zie ook HR 10 juni 1953, nr. 11 284, *BNB* 1953/204 eveneens met noot van Hellema. De HR heeft blijkens deze arresten geen poging gedaan de *trust* door aanpassing om te vormen tot een vergelijkbare instelling van Nederlands recht. Zie Van Boeschoten, 1994, p. 4.

worden beantwoord door uitleg van de begrippen die in de Nederlandse fiscale wetgeving worden gebruikt om te kunnen bepalen of en hoe Nederlandse belastingplichtigen in de heffing worden betrokken.

Omdat de toepasselijkheid van de Nederlandse belastingwetgeving een verdragstrust betreft – als vertrekpunt is immers gekozen het Haags *trust*verdrag (zie: “*Verantwoording, probleemstelling en plan van aanpak*”) ⁵⁴² – dient de hypothese dat de *discretionary trust* een fiscaal non-transparante entiteit is en dat een *fixed trust* een identificeerbaar juridisch en economisch belang voor de *beneficiaries* tot stand brengt en daarmee fiscaal transparant is, rechtstreeks aan de kenmerken van de verdragstrust te worden getoetst. De daarbij eerst te beantwoorden vraag is wat krachtens het verdrag zelf de doorslaggevende kenmerken zijn van een verdragstrust en evenzo wat de inhoud is van de daardoor tot stand gebrachte rechtsposities van de *settlor*, *trustee* en *beneficiaries*. Een kwalificatie die verdragsautonoom geschiedt. Zodra is vastgesteld dat aan de verdragskenmerken wordt voldaan, is sprake van een erkende *trust*. Daarmee is tevens het grote belang van het *trust*verdrag aangeduid. Landen die bij het verdrag partij zijn ⁵⁴³, dienen immers *trusts* – die naar buitenlands recht zijn ingesteld en die tevens voldoen aan de verdragseisen dienaangaande – binnen hun rechtssystemen te erkennen ⁵⁴⁴. Met andere woorden: de rechtssystemen van de verdragsstaten dienen de *trust* als een instelling van eigen aard te erkennen, ook als het betrokken rechtssysteem

⁵⁴² Dit betekent dat de vraag of een *trust* naar Nederlands internationaal privaatrecht in Nederland uitsluitend wordt bepaald door het *trust*verdrag (zie in dit verband ook artt. 10:142-144 BW en de Wet Conflictenrecht *trusts*, d.d 4 oktober 1995)

⁵⁴³ Partijen bij het verdrag zijn: het VK (namens Groot-Brittannië en Noord-Ierland); Australië; Canada (door de provincies Alberta, Brits Columbia, New Brunswick, Newfoundland, Prins Edward-eiland, Manitoba en Saskatchewan); Hong Kong; Malta; Italië; en Nederland. Zij hebben het verdrag ook geratificeerd. Ook Frankrijk; Luxemburg, Cyprus en de VS zijn partij, doch zij hebben het verdrag (nog) niet geratificeerd. Het VK heeft weliswaar het verdrag geratificeerd, waarbij het ook van toepassing werd voor het eiland Man, Bermuda, het Britse Zuidpoolgebied, de Britse Maagdeneilanden, de Falklandeilanden, Gibraltar, Sint Helena en de onderhorigheden, Zuid Georgia en de Zuidelijke Sandwicheilanden, de Souvereine Bases van het Verenigd Koninkrijk Akrotiri en Dhekelia op Cyprus, Montserrat, het baljuwschap Jersey, het eiland Guernsey (maar niet de eilanden Alderney en Sark), de Turks- en Caicoseilanden, doch nam niet alle bepalingen van het verdrag over, zoals artt. 13, 19, 20 en 21 en de 2^e en 3^e paragraaf van art. 16. Zie Koppenol-Laforce, 1997, bijlage II, p. 285 alsmede Harris, 2002, p. 432-433. Opmerkelijk is dat Nederland en Italië de enige twee niet-*trust*landen zijn die bij het verdrag partij zijn geworden. Gemeten aan het aantal landen dat het verdrag heeft aanvaard, kan het *trust*verdrag toch nog niet als zeer succesvol worden aangemerkt. Zie aldus J. van Rijn van Alkemade, “*Yes, the Dutch can tame the trust! (I)*”, *WPNR* 1998/6317, p. 361.

⁵⁴⁴ Zie Aertsen, 2004, p. 103.

die figuur niet kent⁵⁴⁵. Ook voor Nederland betekent dit dat het verdrag dwingt een buitenlandse rechtsfiguur te erkennen die ons burgerlijk rechtssysteem niet kent. Ons privaatrecht kent namelijk de *trust* (evenals het doelvermogen) niet. Er zijn weliswaar een aantal *trust*achtige figuren die functioneel bezien voor de betrokkenen een (rechtens verboden) fiduciaire overdracht (*cum amico* of *cum creditore*) en een *trust*achtig patroon benaderen, maar deze rechtsfiguren voldoen niet aan de kenmerken van de verdragstrust. Derhalve kunnen ook zij – hoogstens bij wege van analogische interpretatie – helpen bij het zoeken naar aanknopingspunten voor een fiscale kwalificatie van een verdragstrust en de positie van de *settlor*, *trustee* en begunstigden.

Voor een goed begrip wordt benadrukt, dat het *trust*verdrag niet is geschreven om Nederlanders met in Nederland belegd vermogen en Nederlandse (vermoedelijke) erfgenamen de mogelijkheid te bieden hun vermogen onder het regime van een Engelse of Amerikaanse *trust* te brengen en nog minder om een *trust*recht naar Anglo-Amerikaans model door Nederland of andere *non-trust*landen te doen recipiëren⁵⁴⁶.

Tot aan de totstandkoming (en ratificatie) van het verdrag gold in *civil law*-rechtsgebieden dat men de in het eigen rechtssysteem onbekende *trust* door aanpassing trachtte te brengen onder een in het eigen rechtssysteem wél bekende rechtsfiguur, zoals overeenkomst, vruchtgebruik, bewaargeving of fideïcommis. Het verdrag vervangt het systeem van kwalificatie volgens de *lex fori*⁵⁴⁷ door een verdragsautonome kwalificatie. Met andere woorden, zodra sprake is van een verdragstrust zijn de verdragsregels betreffende conflicten en erkenning van toepassing en past men daarop niet toe – met behulp van een op de eigen rechtsbegrippen gebaseerde kwalificatie – de regels van het internationaal privaatrecht geschreven voor andere rechtsfiguren⁵⁴⁸.

Het verdrag bevat géén kwalificatie van de rechtsfiguur als zodanig. Dat wil zeggen dat het verdrag geen bepalingen bevat waaruit valt af te leiden of de rechtsfiguur van de *trust* in haar onderscheiding naar de *fixed* resp. de *discretionary trust*, al dan niet als een (naar Nederlands privaatrecht resp. fiscaal recht) juridische entiteit is aan te merken. Een vraag die in dit onderzoek centraal staat. Toch is

⁵⁴⁵ Zie Van Boeschoten, 1994, p. 14.

⁵⁴⁶ Aldus Van Boeschoten, 1994, p. 16.

⁵⁴⁷ *Lex fori* is een begrip uit het internationaal privaatrecht. Bedoeld wordt het recht van het land van de aangezochte rechter. De *lex fori*stroming is, naast de neostatutistische stroming, een hoofdrichting in het moderne internationaal privaatrecht. In deze stroming wordt de opvatting dat het internationaal privaatrecht in het nationale recht zijn grondslag vindt tot in haar uiterste consequenties doorgetrokken. Dit betekent dat de rechter ook in internationale gevallen steeds zijn eigen recht, de *lex fori*, dient toe te passen. Zie L. Strikwerda, “*Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*”, achtste druk, Kluwer, Deventer, 2005, p. 23.

⁵⁴⁸ Zie Van Boeschoten, 1994, p. 14.

kennisname van de inhoud van het verdrag van groot belang. De bepalingen van het verdrag werken vanwege de ratificatie van het verdrag door Nederland namelijk door in het Nederlands privaatrecht, waarmee het vraagstuk van de kwalificatie van de *trust* niet alleen een Nederlands privaatrechtelijk vraagstuk wordt, maar ook - vanwege de leer der rechtseenheid - in beginsel ook het fiscale kwalificatievraagstuk raakt.

1.3 Het bereik van het verdrag

Het verdragsbereik wordt begrensd⁵⁴⁹ omdat het verdrag alleen van toepassing is op *trusts* die door een wilsuiting⁵⁵⁰ (“uit vrije wil”) in het leven zijn geroepen (*voluntary trusts*), hetzij krachtens een testamentaire beschikking (*testamentary trusts*), hetzij door een wilsuiting bij leven⁵⁵¹ (*inter vivos trusts*). Het begrip wilsuiting doelt daarbij op het bij eenzijdige rechtshandeling door de *settlor* vrijwillig in het leven roepen van de *trust*. Het gevolg van deze bepaling is dat het verdrag niet van toepassing is op *trusts* die van rechtswege ontstaan, dat wil zeggen die welke ontstaan, hetzij door een rechtelijke beslissing⁵⁵² (*constructive trusts*⁵⁵³ en *resulting trusts*), hetzij voortvloeiend uit de wet (*statutory trusts*), zij het dat niet alle *trusts* die door een rechterlijke beslissing ontstaan buiten het verdrag

⁵⁴⁹ Zie art. 3 van het verdrag.

⁵⁵⁰ In de Engelse tekst van het verdrag is sprake van “*trust created voluntarily*”, de Franse tekst spreekt van “*trusts créées volontairement*”.

⁵⁵¹ Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen een *transfer in trust* en een *declaration of trust*. Bij een *transfer in trust* blijkt de wilsuiting uit de overdracht van een goed aan de *trustee* waarbij door de *settlor* een *trust*-regeling van toepassing wordt verklaard. Bij een *declaration of trust* blijkt de wilsuiting van de *settlor* - bij wijze van eenzijdige rechtshandeling - uit de verklaring van de *settlor* dat hij bepaalde hem in eigendom toebehorende goederen voortaan gaat houden in de kwaliteit van *trustee* ten behoeve van een of meer derden, de *beneficiaries*. In Nederlandse verhoudingen kan men spreken van een vorm van eigendom ten titel van beheer. Beide vormen van *trust*creatie tijdens leven worden door het verdrag erkend mits daarvan schriftelijk bewijs voor handen is.

⁵⁵² Zij het dat art. 20 van het verdrag aan verdragsstaten de mogelijkheid biedt om het verdrag ook uit te breiden tot *trusts* die door een rechterlijke beslissing in het leven zijn geroepen. Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 61. Dit artikel houdt echter voor andere staten geen verplichting in om zulke additionele *trusts* (*resulting* en *constructive trusts*) ook te erkennen. Zie voor de ontstaansgeschiedenis van dit artikel: Von Overbeck, 1985, § 167-169.

⁵⁵³ Uniken Venema maakt in verband met de verdragstoepassing een verschil tussen de “aanvullende” of “onzelfstandige” *constructive trust* en de “zelfstandige” *constructive trust*, waarbij hij van mening is dat het verdrag wél van toepassing is op verschijningsvormen van de *constructive trust* die als het ware een aanvulling vormen op het recht betreffende *express trusts*. Zie Uniken Venema, 1993, p. 367. Een andere mening dienaangaande heeft Van Boeschoten, 1994, p. 15, onder noot 72. Hij is van mening dat men niet opzij kan zetten dat verdragstrusts “*voluntarily*” moeten zijn ingesteld en dat daarvan uit geschrift moet blijken.

dienen te vallen. Dit zal met name niet het geval zijn indien de rechter slechts afrondt hetgeen de *settlor* rechtens beoogde te bereiken. Voorts geldt dat het verdrag slechts van toepassing is op *trusts* waarvan blijkt bij geschrift (*evidenced in writing*). Aldus kunnen twijfels met betrekking tot de bedoeling van de *settlor* betreffende de instelling van een *trust* tot een minimum worden beperkt. Daarbij is voldoende dat het bestaan van de *trust* uit een schriftelijk bewijs blijkt, zij het dat het geschrift wel moet voldoen aan de vormvoorschriften die daaraan worden gesteld⁵⁵⁴. Aan het geschrift zelf worden geen bijzondere eisen gesteld. Een brief kan voldoende zijn.

Van groot belang is dat het verdrag niet van toepassing⁵⁵⁵ is op voorafgaande vragen betreffende de geldigheid van testamenten of andere rechtshandelingen krachtens welke goederen aan de *trustee* worden overgedragen. Daarmee wordt beoogd de vraag naar het toepasselijke recht op de geldigheid van de rechtshandeling die de overdracht aan de *trust* tot stand brengt, buiten het verdrag te houden en vormt daarmee een belangrijke beperking op het *trust*verdrag. Het gevolg is dat de conflictregels van het verdrag niet van toepassing zijn ten aanzien van vragen betreffende de geldigheid van testamenten of andere documenten waarbij goederen aan een *trustee* worden overgedragen, zodat alle vraagstukken betreffende de overgang van goederen, zoals handelingsbekwaamheid, de vorm en inhoud van de overdrachtsakte, de eisen voor een geldige overdracht (beschikkingsbevoegdheid, titel) worden beheerst door de conflictregels van het forum en niet door die van het verdrag⁵⁵⁶. Dit betekent dat de overdrachtshandeling op z'n eigen geldigheid dient te worden beoordeeld, welke geldigheid los staat van de geldigheid van de *trust*. In dit verband wordt ook wel het beeld gebruikt van de *rocket-launcher and the rocket*⁵⁵⁷. Dat wil zeggen, er zal altijd eerst een *launcher* moeten zijn, bv. een testament, een schenking, die de *rocket*, de *trust*, lanceert. Art. 4 bepaalt nu dat de bepalingen van het verdrag niet van toepassing zijn op “de lanceerinrichting” en het daarop betrekking hebbende recht. Dit betekent dat dwingend rechtelijke bepalingen van Nederlands privaatrecht tot gevolg kunnen hebben dat een *trust* naar Nederlands privaatrecht beoordeeld niet kan zijn ontstaan/bestaan. Dan wel dat de *trust* weliswaar ontstaat maar de omvang van het *trust*vermogen wordt beperkt.

⁵⁵⁴ Bv. ingeval de instelling van een *trust* moet worden aangemerkt als een uiterste wilsbeschikking zal het geschrift aan de daaraan te stellen eisen moeten voldoen. Zie Duynstee, 1993, p. 370.

⁵⁵⁵ Zie art. 4 van het verdrag.

⁵⁵⁶ Zie (voor een uitwerking hiervan) Koppenol-Laforce, 1997, p. 85 e.v..

⁵⁵⁷ Zie Harris, 2002, p. 151 en de verwijzingen aldaar.

1.4 De rechtskeuze

Het verdrag bepaalt⁵⁵⁸ dat de *trust* wordt beheerst door het door de insteller gekozen recht. De keuze moet uitdrukkelijk zijn of voortvloeien uit de bepalingen van de akte waarbij de *trust* is ingesteld of het geschrift waaruit van het bestaan daarvan blijkt, zonodig uitgelegd in het licht van de omstandigheden van het geval. Wanneer het gekozen recht de rechtsfiguur *trust* of de betrokken vorm van *trust* niet kent (zoals het Nederlands privaatrecht), heeft de keuze geen rechtsgevolg en is het door het verdrag aangewezen recht van toepassing⁵⁵⁹. Daarmee legt deze bepaling nadrukkelijk vast dat het recht dat de *trust* beheerst, door de *settlor* – eenzijdig, zodat wilsovereenstemming niet aan de orde is – wordt gekozen. Daarmee kiest het verdrag voor het principe van de partijautonomie, hetgeen opmerkelijk is omdat de *settlor* – naast een keuze ten aanzien van de obligatoire gevolgen – daardoor ook een keuze kan maken ten aanzien van goederenrechtelijke consequenties. Doorgaans geldt partijautonomie uitsluitend ten aanzien van obligatoire overeenkomsten. Het Haags *Trust*verdrag daarentegen werkt ook door in goederenrechtelijke verhoudingen, waar partijautonomie veelal minder van invloed is.

De *settlor* dient zijn keuze nadrukkelijk kenbaar te maken. Echter, mocht dit niet het geval zijn dan dient zijn (impliciete) keuze te kunnen worden afgeleid uit de bepalingen van de *trust*akte zelf, dan wel uit het geschrift waaruit van het bestaan van de *trust* blijkt. De rechter mag daarbij zonodig de akte of het geschrift interpreteren rekening houdend met de *in casu* geldende (relevante) omstandigheden⁵⁶⁰. Het staat de *settlor* geheel vrij ieder rechtstelsel te kiezen dat hem goeddunkt⁵⁶¹. Het hoeft geen recht van een verdragsstaat te zijn en evenmin behoeft er een band met het gekozen recht te bestaan. Van belang hierbij is de vraag welke werkzaamheden het aldus door de *settlor* gekozen vreemde toepasselijk recht van de aangezochte rechter kan verlangen. Met andere

⁵⁵⁸ Zie art. 6 van het verdrag.

⁵⁵⁹ Zie art. 7 van het verdrag.

⁵⁶⁰ Zie Harris, 2002, p. 191-211, gaat uitvoerig in op de betekenis van de *implied choice* en de daarbij van belang zijnde *circumstances of the case*.

⁵⁶¹ Dit door de *settlor* gekozen op de geldigheid van de *trust* toepasselijk recht bepaalt of dit recht, al dan niet voor een afsplitsbaar onderdeel, kan worden gewijzigd en zo ja welke gevolgen de verandering heeft (zie art. 10 van het verdrag). Teneinde een grote mate van flexibiliteit met betrekking tot het toepasselijk recht mogelijk te maken, is het derhalve van belang dat de *settlor* voor een toepasselijk recht kiest dat in zulk een wijziging voorziet. Alleen dan kan met veranderde, ongunstige omstandigheden rekening worden gehouden, zoals de verandering van de plaats van bestuur van de *trust*, of de verandering van de woonplaats van *beneficiaries*, dan wel de verandering van de plaats waar de *trust*goederen zijn gelegen. Ook veranderingen in fiscale wetgeving kunnen aanleiding geven tot een wijziging.

woorden: is een aangezochte Nederlandse rechter staatsrechtelijk bevoegd een bevoegdheid naar Engels recht, zoals bv. het wijzigen van de doelstellingen van de *trust*, uit te oefenen? In samenhang hiermee doen zich twee prealabele vragen voor, namelijk heeft de Nederlandse rechter internationale bevoegdheid ten aanzien van een in het Nederlandse recht onbekende rechtsfiguur zoals de *trust* en zo ja, hoe bepaalt de rechter het daarop toepasselijke recht? Zowel de EEX-Verordening⁵⁶² alsook het commune IPR bieden basis voor de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter⁵⁶³ ten aanzien van een *trust*. Zo kan een Nederlandse rechter internationaal bevoegd zijn indien de gedaagde *trustee* of de gedaagde *beneficiary* in Nederland zijn woonplaats heeft en de *trust* onder de materiële reikwijdte van de EEX-Verordening valt. Maar ook door het opnemen door bv. een Nederlandse *settlor* van een forumkeuze voor de Nederlandse rechter in een *trustinstrument*, kan de Nederlandse rechter bevoegd zijn ten aanzien van bv. de wijziging van de doelstellingen van een *trust*⁵⁶⁴. Indien de betreffende *trust* niet onder de EEX-Verordening valt, gelden voor de Nederlandse rechter de commune bevoegdheidsregels⁵⁶⁵.

Ten aanzien van het op een “Haagse *trust*” toepasselijke recht geldt ingevolge het verdrag⁵⁶⁶ dat het recht toepasselijk is dat door de *settlor* is gekozen⁵⁶⁷ of het recht waarmee de *trust* het nauwst is verbonden⁵⁶⁸. Indien vaststaat dat de Nederlandse rechter internationaal bevoegd is en tevens vaststaat welk recht toepasselijk is, resteert de vraag of hij staatsrechtelijk bevoegd is om bv. een bevoegdheid naar Engels recht (het wijzigen van de doelstellingen van een *trust*) dienovereenkomstig uit te oefenen. Hierbij is het van belang om na te gaan of het Nederlandse recht a) functionele equivalenten kent van de buitenlandse rechtsfiguur en b) of ten aanzien van deze equivalenten de rechter bevoegdheden heeft vergelijkbaar aan die van de buitenlandse rechter. Is dit het

⁵⁶² Oorspronkelijk het Verdrag van Brussel betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (1968). De EEX-Verordening zet in het intracommunautaire rechtsverkeer het commune Nederlandse internationale bevoegdheidsrecht opzij doordat het voorziet in internationale relatieve competentieregels. Zie: Strikwerda, 2005, p. 227.

⁵⁶³ Zie C.G. van der Plas, “De taak van de rechter en het IPR”, *Een verkenning van de grenzen van de taak van de Nederlandse rechter bij de toepassing van vreemd privaats- en publiek recht*, Kluwer, Deventer, 2005, p. 121.

⁵⁶⁴ Zie voor de verdere uitwerking hiervan: Van der Plas, 2005, p. 122-123.

⁵⁶⁵ Zoals art. 3 Rv betreffende de internationale bevoegdheid in verzoekschriftprocedures, art 6 sub f Rv betreffende de rechtsmacht van de Nederlandse rechter ten aanzien van nalatenschappen, artt. 8 en 9 sub a Rv betreffende expliciete en impliciete forumkeuze. Zie voor een verdere uitwerking van deze bepalingen: Van der Plas, 2005, p. 123-124.

⁵⁶⁶ Zie Hoofdstuk II van het verdrag.

⁵⁶⁷ Zie art. 6 van het verdrag.

⁵⁶⁸ Zie art. 7 van het verdrag.

geval, zoals ten aanzien van het wijzigen van de doelstellingen van een *trust*, dan kan worden gesteld dat de Nederlandse rechter rechtsbevoegd is⁵⁶⁹, zij het dat de aard van de van hem gevraagde werkzaamheid rechterlijk dient te zijn en niet bestuurlijk, hetgeen impliceert dat er een juridisch aanknopingspunt en toetsingskader voor de verrichting van de verzochte werkzaamheid moet zijn. Is dit het geval dan kan hij zich bevoegd achten om de gevraagde voorziening naar vreemd recht te verrichten, hetgeen ten aanzien van het wijzigen van de doelstellingen van de *trust* betekent dat hij zich de ruime beoordelingsvrijheid van de Engelse rechter kan aanmeten zonder daardoor buiten zijn domein te treden.

Het toepasselijk recht indien een rechtskeuze ontbreekt

Mocht door een *settlor* een keuze zijn gemaakt voor het recht van een land dat de *trust* niet kent, hetgeen overigens niet vaak zal voorkomen, dan wel indien in het geheel geen rechtskeuze is uitgebracht, dan wijst het verdrag⁵⁷⁰ als op de *trust* toepasselijk recht aan het recht waarmee de *trust* het nauwst is verbonden, hetgeen niet als een scherp omschreven aanduiding kan worden gekwalificeerd. Teneinde te kunnen bepalen met welk recht de *trust* het nauwst is verbonden, noemt het verdrag⁵⁷¹ dan ook vier – relevante voorbeelden⁵⁷² – van flexibele factoren waarmee in het bijzonder rekening moet worden gehouden. Deze zijn niet limitatief, terwijl de rangorde tussen de vier criteria het best kan worden omschreven als een impliciete rangorde (“*a certain implicit hierarchy*”⁵⁷³).

⁵⁶⁹ Zie Van der Plas, 2005, p. 131.

⁵⁷⁰ Zie de objectieve verwijzingsregel van art. 7 van het verdrag.

⁵⁷¹ Zie art. 7 van het verdrag.

⁵⁷² Zie A.E. von Overbeck, “*Rapport explicatief/Explanatory Report*”, Convention relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance/ Convention on the Law Applicable to *Trusts* and on their Recognition, La Haye/The Hague, signé le 20 octobre 1984/signed on the 20th of October 1984, Conférence de La Haye de droit international privé/Hague Conference on private international law, Actes et Documents de la Quinzième session/proceedings of the Fifteenth Session, Tome II, *Trust-loi applicable et reconnaissance/Trusts-applicable law and recognition*, Edités par le Bureau Permanent de la Conférence, Imprimerie Nationale, La Haye, 1985, § 72.

⁵⁷³ F. Sonneveldt, “*Het Haags trustverdrag en zijn consequenties voor het Nederlandse belastingrecht*”, *WPNR*, 8 mei 1993, jaargang 124, nummer 6092, p. 378 en zijn verwijzing in noot 10 naar Von Overbeck, “*Proceedings, Explanatory Report*”, 1985, p. 386.

De vier criteria zijn:

a. de door de settlor aangewezen plaats waar de trust wordt bestuurd

Mocht de plaats waar de *trust* wordt bestuurd door de *settlor* niet expliciet zijn aangewezen, dan kan de plaats waar de *trustee* verblijft of kantoor heeft in aanmerking worden genomen, zij het dat in een aantal gevallen ook een impliciete aanwijzing wordt aangenomen.

b. de plaats waar de goederen van de trust zijn gelegen

Bij de bepaling van het nauwst met de *trust* verbonden recht vormt de ligging van tot de *trust* behorende onroerende goederen een belangrijke factor, althans indien en voor zover de onroerende goederen niet als beleggingsobjecten worden gehouden. Het zijn van beleggingsobjecten impliceert namelijk dat de onroerende goederen op het daarvoor geijkte moment door andere (en elders gelegen onroerende) goederen zullen worden vervangen. De plaats van ligging van roerende zaken is van minder belang omdat deze doorgaans gemakkelijk zijn te verplaatsen, terwijl de (fictieve) plaats van ligging van vermogensrechten van nog minder belang is.

c. de plaats waar de trustee zijn verblijf of kantoor heeft

Indien de *settlor* niet expliciet een plaats heeft aangewezen van waaruit de *trust* wordt bestuurd en dit evenmin uit feiten en omstandigheden is af te leiden, dan kan de plaats waar de *trustee* zijn verblijf of kantoor heeft bepalend zijn⁵⁷⁴. Dit aanknopingspunt kan onduidelijkheden opleveren omdat de plaats waar de *trustee* zijn verblijf of kantoor heeft, min of meer eenvoudig manipuleerbaar is en daarmee het op de *trust* toepasselijke recht.

d. de doeleinden van de trust en de plaatsen waar zij moeten worden verwezenlijkt

Voor de vaststelling van het nauwst met de *trust* verbonden recht kunnen ook de doeleinden en de plaatsen waar zij moeten worden verwezenlijkt een rol spelen. De reikwijdte van deze verwijzingsregel is echter niet eenvoudig vast te stellen. Verondersteld wordt dat het wellicht mogelijk is om deze bepaling zo op te vatten dat het (mede) omvat de plaats waar (het merendeel van) de

⁵⁷⁴ Harris, 2002, p. 221 wijst erop dat het belang van de plaats waar de *trustee* verblijft of kantoor heeft in *common law cases* varieert van irrelevant tot bijna beslissend.

beneficiaries hun woonplaats hebben. Ook de plaats waar fiscaal voordeel door de *beneficiary* wordt behaald, wordt wel genoemd als plaats waar de doeleinden van de *trust* worden verwezenlijkt⁵⁷⁵. De gekozen volgorde brengt de rangorde van genoemde criteria tot uitdrukking hetgeen bij weging door de rechter (mede) van belang is, zij het dat het geen gesloten en getrappt systeem van verwijzingsregels bedoelt te zijn. Het staat de rechter dan ook vrij om ook andere factoren te laten meewegen⁵⁷⁶. Andere factoren zouden kunnen zijn het domicilie van het *settlor*⁵⁷⁷ ten tijde van het instellen van de *trust* of het domicilie van de *beneficiaries*. Maar ook de taal waarin de *trust*akte is opgemaakt kan een criterium zijn. Bij de mate waarin met de vier factoren rekening moet worden gehouden en de weging die daarbij door de rechter moet plaatsvinden, speelt de soort van *trust* waarvoor het toepasselijke recht moet worden bepaald een rol. Tot slot is nog van belang de vraag op welk moment vorenstaande factoren moeten worden beoordeeld. Hoewel deze vraag in het voorbereidende overleg inzake de totstandkoming van de verdragstekst een aantal malen aan de orde is geweest⁵⁷⁸, ontbreekt in het verdrag een aanwijzing dienaangaande. Het gevolg hiervan is dat de vraag meerduidelijk is te beantwoorden, zodat de rechter de vrijheid heeft om het tijdstip waarop de factoren dienen te worden beoordeeld zelfstandig vast te stellen, daarbij rekening houdend met de aan de orde zijnde *trust*vorm. Veelal zal hij daarbij uitgaan van het moment waarop de *inter vivos trust* tot stand kwam, hetgeen overigens in overeenstemming is met de *common law* benadering⁵⁷⁹. Bij een *testamentary trust* daarentegen zal het moment waarop het testament tot stand kwam niet relevant zijn, omdat bij een *testamentary trust* de *trust* pas ontstaat op het moment van overlijden van de *settlor*. Het gecombineerde effect van vorenstaande bepalingen is dat allereerst moet worden vastgesteld welk recht door de *settlor* is gekozen en of dit recht de *trust* - zijnde de *trust* als omschreven in het verdrag⁵⁸⁰ - als rechtsvorm kent. Indien dit niet het geval is, dan wel de *settlor* geen keuze heeft gemaakt, dan bepaalt

⁵⁷⁵ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 114.

⁵⁷⁶ Andere factoren kunnen zijn: de vorm en de inhoud van de *trust*akte, de plaats waar deze is opgemaakt en uitgevoerd. Zie voor deze voorbeelden: Koppenol-Laforce, 1997, p. 111.

⁵⁷⁷ Uit het feit dat het domicilie van de *settlor* niet uitdrukkelijk in het verdrag wordt genoemd, wordt wel afgeleid dat genoemde factoren minder toepasselijk zijn op *testamentary trusts* en dat dientengevolge het verdrag zich meer richt op *trusts inter vivos* dan op *testamentary trusts*. Zie Harris, 2002, p. 227.

⁵⁷⁸ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 115.

⁵⁷⁹ Zie Harris, 2002, p. 228.

⁵⁸⁰ Hetgeen weer van invloed is op de omvang van het aantal landen dat de “*trust*” kent. De verdrag*trust* is namelijk ruimer dan de klassieke Engelse *trust*. De verdrag*trust* kan namelijk ook een rechtsvorm omvatten die structureel analoog is aan de verdrag*trust*. Zie Harris, 2002, p. 159.

art. 7 dat het recht van toepassing is waarmee de *trust* het nauwst verbonden is. Indien dit recht de *trust* niet kent⁵⁸¹, dan is het verdrag niet van toepassing, en paradoxaal genoeg ook art. 7 niet, en kan van een erkenning ingevolge het verdrag geen sprake zijn.

1.5 De reikwijdte van het toepasselijk recht

Ten aanzien van het toepassingsbereik van de verwijzingsregels is in het verdrag geregeld dat het door het verdrag aangewezen⁵⁸² recht⁵⁸³ 1) de geldigheid, 2) de uitlegging, 3) de rechtsgevolgen en 4) het bestuur over de *trust* beheerst.

1. De geldigheid van de trust (validity)

Het betreft de materiële geldigheid van de *trust* en niet de formele geldigheid. De *trust* is ongeldig indien aan bepaalde vereisten niet is voldaan. Zo dient het doel van de *trust* toelaatbaar te zijn en moeten *beneficiaries* bepaalbaar zijn. Evenmin mag sprake zijn van dwang, dwaling en bedrog.

2. De uitlegging van de trustbepalingen (construction)

Niet altijd zijn de *trust*bepalingen en de daarbij gehanteerde termen duidelijk, waardoor onzekerheid ontstaat over hun betekenis. De rechter zal dan trachten de bepalingen en daarbij gebruikte terminologie te interpreteren. Dit kan zijn een uitsluitend juridische uitleg van de gebruikte termen, waarbij de bedoelingen van de *settlor* geen rol spelen. Maar het kan ook zijn een uitleg

⁵⁸¹ Indien het recht dat het nauwst met de *trust* verbonden is de rechtsvorm van de *trust* wel kent, doch de betrokken vorm van de *trust* niet, dan is het verdrag evenmin van toepassing. Zie Harris, 2002, p. 158.

⁵⁸² Zie artt. 6 en 7.

⁵⁸³ Dit recht beheerst met name: a) de benoeming, het aftreden en het ontslag van de *trustees*, de bevoegdheid om als *trustee* op te treden en de overgang van de functie van *trustee*; b) de onderlinge rechten en plichten van de *trustees*; c) het recht van de *trustees* om de vervulling van hun verplichtingen of de uitoefening van hun bevoegdheden geheel of gedeeltelijk te delegeren; d) de bevoegdheid van de *trustees* om de *trust*goederen te besturen en erover te beschikken, om deze goederen met zekerheidsrechten te bezwaren en om nieuwe goederen te verwerven; e) de bevoegdheid van de *trustees* om het *trust*vermogen 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 *trust*vermogen te reserveren; g) de betrekkingen tussen *trustees* en begunstigen, met inbegrip van de persoonlijke aansprakelijkheid van de *trustees* jegens de begunstigen; h) de wijziging of het einde van de *trust*; i) de verdeling van het *trust*vermogen; j) de verplichting van de *trustees* van hun bestuur verantwoording af te leggen. Zie art. 8, 2^e volzin Verdrag.

van hetgeen de *settlor* met de gebruikte terminologie heeft beoogd. Met andere woorden: wat heeft de *settlor* met een bepaalde term bedoeld? Wat waren zijn oogmerken? Daarbij is het van groot belang dat vaststaat welk recht op de *trust* van toepassing is en daarmee welke regel van uitleg van welk rechtstelsel dient te worden gehanteerd. De regels van uitleg, en daarmee de uitkomsten van de uitleg, kunnen namelijk verschillen. Ten aanzien van de regels omtrent uitlegging onderscheidt men wel twee categorieën:

- a. die betreffende vragen van bestuur van *trust*goederen (rechten en verplichtingen van *trustees*, vergoedingen van *trustees*, kostenvergoedingen aan *trustees*),
- b. die betreffende vragen van beschikking over *trust*goederen (o.a. wie behoren tot de *beneficiaries*, is wel of niet sprake van een exclusieve *power of appointment*?)⁵⁸⁴.

3. De rechtsgevolgen van de *trust* (effects)

Wil sprake kunnen zijn van rechtsgevolgen van de *instelling van een trust* dan dient deze in haar geheel rechtsgeldig tot stand te komen. Indien de *trust* rechtsgeldig tot stand komt doch bepaalde aspecten blijken ongeldig te zijn, dan heeft dit tot gevolg dat een of meerdere rechtsgevolgen niet intreden. Is de *trust* rechtsgeldig tot stand gekomen, dan bepaalt het toepasselijk recht welke de rechtsgevolgen daarvan zijn. Dit kan bv. tot gevolg hebben dat, afhankelijk van het toepasselijke recht, de *beneficiary* een goederenrechtelijk recht heeft onder de *trust* dan wel slechts een persoonlijk vorderingsrecht op de *trustee*.

4. Het bestuur over de *trust* (administration)

Het toepasselijk recht beheerst ook het bestuur van de *trust*. De in het verdrag⁵⁸⁵ opgenomen (niet-exclusieve) opsomming⁵⁸⁶, die ter verduidelijking is bedoeld van het toepassingsbereik van de verwijzingsregels, betreft merendeels⁵⁸⁷ het bestuur van de *trust*. Een aantal onderwerpen⁵⁸⁸ liggen op de scheidslijn tussen geldigheid en bestuur omdat ten aanzien van deze onderwerpen zowel te verdedigen valt dat zij de geldigheid van de *trust* betreffen, alsook het bestuur

⁵⁸⁴ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 117-118.

⁵⁸⁵ Zie art. 8 onder a tot en met j van het verdrag.

⁵⁸⁶ Zie voor een uitgebreide behandeling van het bepaald in art. 8 a t/m j: Harris, 2002, p. 235-272.

⁵⁸⁷ Zie art. 8 a t/m e, g en j van het verdrag.

⁵⁸⁸ Zijnde: f = de bevoegdheid van de *trustees* de opbrengst van *trust*vermogen te reserveren, h = de verandering van de *trust*bepalingen door de rechter, i = de verdeling van het *trust*vermogen.

van de *trust*⁵⁸⁹. Het verdrag sluit kwesties betreffende de formele geldigheid van de *trust*vorm als zodanig niet uit. Kwesties betreffende de formele geldigheid van het *trustinstrument* daarentegen zijn wél uitgesloten⁵⁹⁰, omdat dit geen kwesties van *trustrecht* zijn⁵⁹¹.

1.6 Dwingende rechtsregels waarvoor het gekozen *trustrecht* dient te wijken

1.6.1 Dwingende rechtsregels die van toepassing zijn op een ander onderwerp dan de *trust*

Voorrang dient boven het gekozen *trustrecht* te worden gegeven aan de dwingende rechtsregels die krachtens de conflictenregels van het forum van toepassing zijn op een ander onderwerp dan de *trust*⁵⁹² (bv. de erfopvolging en het huwelijksvermogensrecht)⁵⁹³. Daarmee scheidt het verdrag de mogelijkheid om rekening te houden met dwingende rechtsregels van een ander recht dan het *trustrecht*. Het verdrag⁵⁹⁴ laat daarmee onverlet de toepassing van bepalingen van het recht dat is aangewezen door de verwijzingsregels van het land van de rechter, althans in zoverre dat van deze bepalingen niet door een wilsuiking tevoren kan worden afgeweken, met name wanneer zij betreffen⁵⁹⁵:

- a. de bescherming van minderjarigen en andere handelingsonbekwamen

De bescherming van minderjarigen en andere handelingsonbekwamen als bedoeld in art. 15 lid 1 sub a van het verdrag doelt bv. op de situatie dat een toezichthouder, zoals de wettelijk vertegenwoordiger en de voogd, weliswaar een beneficiair belang ten behoeve van een minderjarige *beneficiary* kan aanvaarden of andere rechtshandelingen in het belang van de minderjarige *beneficiary* kan

⁵⁸⁹ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 120.

⁵⁹⁰ Zie art. 4 van het verdrag.

⁵⁹¹ Zie Harris, 2002, p. 272; Von Overbeck, 1985, § 83; Koppenol-Laforce, 1997, p. 121.

⁵⁹² Voor een goed begrip wordt opgemerkt dat met dwingende bepalingen niet wordt bedoeld internationaal dwingende bepalingen in de betekenis dat ze zich willen doorzetten ongeacht het toepasselijke recht (zoals de zgn. voorrangregels die op grond van art. 16 van het verdrag kunnen worden toegepast). De dwingende rechtsregels waarop het verdrag in art. 15 ziet, dienen te worden getoetst op hun dwingendheid in een internationale situatie. Zie in gelijke zin: Koppenol, 1997, p. 152.

⁵⁹³ Zie Van Boeschoten, 1994, p. 33.

⁵⁹⁴ Zie art. 15 lid 1 van het verdrag.

⁵⁹⁵ Art. 15 bevat geen limitatieve opsomming zodat ook andere, niet genoemde categorieën eronder kunnen vallen. Zie in dit verband: Koppenol-Laforce, 1997, p. 155.

1.6 Dwingende rechtsregels waarvoor het gekozen trustrecht dient te wijken
1.6.1 Dwingende rechtsregels die van toepassing zijn op een ander onderwerp dan de trust

verrichten (bv. de overdracht van een beneficiair belang), maar dat hij daarbij dient op te treden volgens het dwingend recht dat van toepassing is op zijn verhouding met de minderjarige of de handelingsonbekwame, zodat hetgeen de *trustakte* dienaangaande bepaalt irrelevant is.

b. de persoonlijke en vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk⁵⁹⁶

Tengevolge van de in art.15 lid sub b opgenomen bepaling dient voorrang te worden verleend aan dwingende regels inzake de persoonlijke en vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk. Te denken valt aan het verbod tot schenking en/of koop tussen echtgenoten en aan de noodzaak tot toestemming van de andere echtgenoot bij het onderbrengen van gemeenschapsgoederen in een *trust* en bij het aangaan van borgstellingsverplichtingen. Deze bepaling zal met name van belang zijn voor die rechtsgebieden die een (huwelijks) goederengemeenschap en huwelijksvoorwaarden kennen.

c. de erfopvolging krachtens testament of wet, in bijzonder het wettelijk erfdeel

De in art.15 lid 1 sub c opgenomen bepaling houdt in dat een erkende *trust* in een specifiek geval toch zonder gevolg moet blijven op grond van dwingende bepalingen van het volgens de verwijzingsregels van het forum toepasselijk erfrecht. Wat betreft het Nederlandse erfrecht behoren bv. tot deze dwingende bepalingen de mogelijkheid tot inkorting indien en voorzover legitimaire rechten van legitimarissen zijn geschonden doordat de goederen onder *trust*verband (*inter vivos* of testamentair) zijn gesteld (art. 4:67 BW e.v.) en het op het moment van overlijden van de erflater moeten bestaan teneinde enig voordeel uit een nalatenschap te kunnen genieten (art. 4:9 BW)⁵⁹⁷.

d. de eigendomsoverdracht aan en door de *trustee* en zekerheidsrechten

Ingevolge art 15 lid 1 sub d kan de erkenning van een *trust* afstuiten op dwingende regels die verband houden met (uitsluitend) de overdracht van goederen⁵⁹⁸ - waarbij uitsluitend ziet op de *overdracht* van een goed en niet op eigendom in meer algemene zin⁵⁹⁹ - zij het dat in art. 4 Wet Conflictenrecht *Trusts* een bepaling is opgenomen die de strekking heeft een al te ruimhartige

⁵⁹⁶ Zie Harris, 2002, p. 364 en Koppenol-Laforce, 1997, p. 155.

⁵⁹⁷ Zie voor een meer uitgebreide opsomming van in dit verband van belang zijnde dwingende erfrechtbepalingen: Duynstee, 1993, p. 375. Zie ook hierna in § 1.6.3.

⁵⁹⁸ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 162

⁵⁹⁹ Zie Harris, 2002, p. 374

uitleg van art. 15 te voorkomen. Art 15 lid 1 sub d heeft betrekking op de niet-nietige overdracht van eigendom van goederen tussen *settlor* en *trustee* bij de totstandkoming van de *trust* (door een nietige overdracht van een goed kan overigens nooit een *trustverband* ontstaan) en op overdrachten nadien door de *trustee* aan derden en omgekeerd. Ook de overdracht van de *equitable title* door de *trustee* aan een *beneficiary* valt onder dit artikel, evenals vragen betreffende het moment waarop de *beneficiary* de *equitable title* heeft verkregen en of hij een onmiddellijk, dan wel een uitgesteld belang bij het *trustgoed* heeft verkregen⁶⁰⁰. Voor een goed begrip wordt benadrukt dat vorenstaande ook van toepassing is als de *trust* geldig tot stand is gebracht. Art. 15 van het verdrag heeft namelijk betrekking op een geldige *trust*, die in een voorkomende situatie gevolgen heeft welke niet verenigbaar zijn met het dwingende recht op een bepaald gebied dat wordt aangewezen door het internationaal privaatrecht van het forum⁶⁰¹.

e. de bescherming van schuldeisers in geval van insolventie

Hoewel de in art. 15 lid 1 sub e opgenomen bepaling aangeeft dat dwingende regels op het terrein van de bescherming van schuldeisers in geval van insolventie onverlet worden gelaten, is het tamelijk lastig om de exacte reikwijdte van deze bepaling vast te stellen⁶⁰². In *trustlanden* geldt dat bij een faillissement van de *trustee* - vanuit *equity* bezien - het faillissement niets afdoet aan het beneficiaire recht dat *beneficiaries* ten aanzien van de *trustgoederen* hebben. In niet-*trustlanden* omvat een faillissement van een failliet diens gehele vermogen. In dit verband doet zich de vraag voor of het bepaalde in art. 15 lid 1 sub e, de regeling van art 11 van het verdrag ongedaan maakt. Redelijkerwijs zou dit niet het geval mogen zijn. Indien een verdragsstaat het verdrag ratificeert, dan mag worden aangenomen dat zij ook de afgescheidenheid van *trustgoederen* aanvaardt, zodat een curator de *trustgoederen* niet te gelde zou moeten kunnen maken. Erkenning van de *trust* heeft immers tot gevolg dat het *trustvermogen* van het vermogen van (de *settlor* en) de *trustee* is afgezonderd en afgescheiden. Hetgeen overigens evenmin geheel duidelijk is of de bescherming bij insolventie uitsluitend doelt op die van de *trustee*. Taalkundig valt niet uit te sluiten dat art. 15 lid 1 sub e ook betrekking heeft op de bescherming van crediteuren bij insolventie van de *settlor* of van *beneficiaries*⁶⁰³.

⁶⁰⁰ Zie Harris, 2002, p. 374.

⁶⁰¹ Zie in gelijke zin Koppenol-Laforce, 1997, p. 153-154.

⁶⁰² Zie Von Overbeck, 1985, p. 483

⁶⁰³ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 163-165. Zij wijst erop dat een faillissement van een begunstigde - mits sprake is van een *fixed trust* - tot gevolg heeft dat zijn crediteuren de rechten onder de *trust* kunnen uitwinnen en dat ook bij het faillissement van de *settlor* - als

1.6 Dwingende rechtsregels waarvoor het gekozen trustrecht dient te wijken
1.6.1 Dwingende rechtsregels die van toepassing zijn op een ander onderwerp dan de trust

f. de bescherming van derden te goeder trouw in andere opzichten

De in art. 15 lid 1 sub f bedoelde derden zijn bv. degenen die van een *trustee* *trust*goederen te goeder trouw in pand verkrijgen, dan wel hierop een recht van hypotheek verkrijgen. De vraag hierbij is naar welk recht de te goeder trouw van een derde moet worden beoordeeld. De verschillende rechtstelsels hanteren namelijk verschillende criteria, terwijl objectieve criteria voor de vaststelling van de goede trouw van derden in het verdrag ontbreken. Het is dan ook aan het internationaal privaatrecht om uit te maken naar welk recht de goede trouw moet worden beoordeeld⁶⁰⁴.

Indien aan de *trust* erkenning wordt onthouden dan houdt dit voor de rechter de verdragsverplichting⁶⁰⁵ in om te trachten op andere wijze aan het doel van de *trust* gevolg te geven⁶⁰⁶. Het verdrag bepaalt namelijk dat wanneer dwingende rechtsregels aan de erkenning van de *trust* in de weg staan, de rechter op andere wijze aan het doel van de *trust* gevolg tracht te geven.

Het verdrag bedoeld aldus waarborgen te bieden tegen bepaald onaanvaardbare gevolgen van de *trust*. Met name tijdens het overleg voorafgaand aan de totstandkoming van het verdrag is het de zorg van niet-*trust*landen geweest, dat door het onderbrengen van eigen vermogen of nalatenschap in een door vreemd recht beheerste *trust* eigen regels van erfrecht, van successierechten en van zakenrecht zouden kunnen worden omzeild. Een zorg die niet gegrond is voorzover het de mogelijkheid betreft van het brengen van vermogen of erfenis onder een voor erkenning aanvaardbaar *trust*verband naar vreemd recht, indien er geen wezenlijke aanrakingspunten met de rechtssfeer van het *trust*land zijn⁶⁰⁷. Gelet op de vele functies die de *trust* kan vervullen, is zeker niet uit te sluiten dat bepalingen in het *trust*akte zelf, dan wel bepalingen in het op de *trust* toepasselijke recht niet verenigbaar zijn met 1) bepaalde intern dwingendrechtelijke bepalingen die krachtens de conflictregels van het forum van toepassing zijn op een ander onderwerp dan de *trust*, bv. de erfopvolging, het huwelijksvermogensrecht of het zakenrecht (doorbreking van het principe van gelijkheid van schuldeisers) of 2) vreemd dwingend recht⁶⁰⁸. Vandaar dat het verdrag waarborgen biedt tegen effecten van een geldige *trust* die onverenigbaar

gevolg van de actio Pauliana - *trust*goederen voor uitwinning door crediteuren van de *settlor* vatbaar kunnen zijn.

⁶⁰⁴ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 166.

⁶⁰⁵ Zie art. 15 lid 2 van het verdrag.

⁶⁰⁶ Zie Van Boeschoten, 1994, p. 34.

⁶⁰⁷ Zie Van Boeschoten, 1994, p. 33.

⁶⁰⁸ Zie voor een uitgewerkt voorbeeld dienaangaande: Van Boeschoten, 1994, p. 33; Zie ook Von Overbeck, 1985, § 138.

zijn met dwingend recht op een bepaald terrein zoals dat wordt aangewezen door – niet specifiek op *trusts* betrekking hebbende⁶⁰⁹ – verwijzingsregels van het forum. In feite wordt de *settlor* in zijn vrije keuze van het toepasselijke *trustrecht* op zorgvuldige wijze beperkt⁶¹⁰. Omdat de voorrang van dwingende rechtsregels een algemeen geldende bepaling is – waardoor erkenning van de *trust* kan worden ingeperkt dan wel uitgesloten – wordt wel verdedigd dat de rechter bij (ambtshalve) toepassing spaarzaam gebruik van de regeling dient te maken⁶¹¹.

Vorenstaande opsomming van bepalingen waarvan niet door een wilsuiking kan worden afgeweken is niet limitatief en is bij wijze van voorbeeld gegeven, zodat ook andere niet vermelde dwingendrechtelijke regels de geldende *trustregels* terzijde kunnen schuiven⁶¹². De vraag is echter of op grond van het verdrag elke dwingende bepaling door de rechter kan worden toegepast. Een systematische en teleologische interpretatie van het verdrag dient tot de conclusie te leiden dat dit – ondanks het feit dat de letterlijke tekst van het verdrag dwingend is – niet het geval kan zijn.

Door ratificatie van het verdrag is door Nederland aanvaard dat – buitengewone feiten en omstandigheden daargelaten – de in art 15 van het verdrag omschreven rechtsgevolgen bv. ook gelden ten aanzien van *trustzaken* die zich in Nederland bevinden. In dit verband bepaalt art 4 van de Wet conflictenrecht *trusts* (WCT) dat bepalingen van Nederlands recht inzake eigendomsoverdracht, zekerheidsrecht of de bescherming van schuldeisers in geval van insolventie, de erkenning van *trusts* onverlet laten⁶¹³. Voorts blijkt uit de Memorie van Toelichting bij de

⁶⁰⁹ Zie Verhagen, 1996, p.88.

⁶¹⁰ Zie Lupoi, 2000, p. 363.

⁶¹¹ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 152.

⁶¹² Zie Von Overbeck, 1985, § 139; Koppenol-Laforce, 1997, p. 155.

⁶¹³ Zie Strikwerda, 2005, p. 167. Hij stelt dat het gevaar van de bepalingen in art 15 (en ook art. 16) is, dat door de opwaartse druk van de *lex rei sitae*-regel de erkenning van een *trust* ten aanzien van *trustgoederen* die in het erkenningsland zijn gelegen, wordt ondermijnd. Art. 15 lijkt immers toe te staan ten aanzien van *trustgoederen* die in Nederland zijn gelegen op grond van de *lex rei sitae*-regel voorrang te verlenen aan bepalingen zoals art. 3:276 BW (een schuldeiser kan zijn vordering verhalen op alle goederen van zijn schuldenaar), art. 3:84 lid 3 BW (een rechtshandeling die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht van dat goed) en art. 20 F (het faillissement omvat het gehele vermogen van de schuldenaar). Een zodanige uitleg zou echter in strijd komen met de strekking van het verdrag, dat er juist op is gericht de erkenning van *trusts* te bevorderen. Vandaar dat art. 4 Wet Conflictenrecht *Trusts* voorschrijft dat bepalingen van Nederlands recht inzake eigendomsoverdracht, zekerheidsrecht of de bescherming van schuldeisers in geval van insolventie de in art. 11 van het verdrag omschreven rechtsgevolgen van de erkenning van de *trust* onverlet laten.

1.6 Dwingende rechtsregels waarvoor het gekozen trustrecht dient te wijken
1.6.2 Internationaal dwingende (voorrangs)regels van het forum moeten worden toegepast

Wet conflictenrecht *trusts*⁶¹⁴ dat de rechter aan het in art 11 van het verdrag opgenomen erkenningsbeginsel de ruimst mogelijke werking zal moeten verlenen en zich terughoudend zal moeten opstellen bij de toepassing van art. 15 lid 1⁶¹⁵.

1.6.2 Internationaal dwingende (voorrangs)regels van het forum moeten worden toegepast

Door in art. 16 te bepalen dat het Verdrag de toepassing onverlet laat van de bepalingen van het recht van het land van de rechter die ongeacht de verwijzingsregels zelfs in internationale situaties moeten worden toegepast, wordt de toepassing van de internationaal dwingende regels van het recht van het forum beschermd. Zelfs kan – bij wijze van uitzondering – eveneens gevolg worden toegekend aan bepalingen van gelijke aard van het recht van een andere Staat mits die een voldoende nauw verband met het voorwerp van het geschil heeft. Voorts kan elke Verdragsluitende Staat, door middel van een voorbehoud, verklaren dat hij het tweede lid van dit artikel niet zal toepassen.

In feite houdt art. 16 lid 1 in dat de *settlor* niet van internationaal dwingende regels van het recht van het forum mag afwijken en dat deze regels door de rechter in internationale situaties moeten worden toegepast ongeacht het geldende *trustrecht*. Het zou namelijk tamelijk vreemd zijn dat art. 15 de dwingende regels die krachtens de conflictregels van het forum gelden wél beschermt, doch dat de internationaal dwingende (voorrangs)regels van het recht van het forum het geldende *trustrecht* niet ter zijde zouden kunnen schuiven of de toepassing ervan zouden kunnen beperken. Tot deze internationaal dwingende regels behoren regels die tot doel hebben bv. het culturele erfgoed van een land, de publieke gezondheidszorg, bepaalde vitale economische belangen, werknemers en de zwakkere partij bij een overeenkomst, alsook deviezenregels te beschermen⁶¹⁶.

Van belang is het feit dat art. 16 aan het forum de mogelijkheid laat om ook een beroep te doen op haar internationaal dwingende *trustregels*. Dit in tegenstelling tot art. 15 dat juist van toepassing is op een ander onderwerp dan de *trust*⁶¹⁷.

⁶¹⁴ Zie Memorie van Toelichting bij de Wet conflictenrecht *trusts*, Kamerstukken II 1992/93, 23027, nr 3, p. 9: “De essentie van art. 15 is niet zozeer dat het voor de rechter van het forum de mogelijkheid opent om de regels betreffende de externe werking buiten toepassing te laten. Veeleer is de strekking dat hij daaraan juist zoveel mogelijk toepassing geeft, desnoods langs de lijnen van vergelijkbare regels in zijn eigen recht, zoals in het bijzonder uit het tweede lid voortvloeit”.

⁶¹⁵ Zie Verhagen, 1996, p. 89.

⁶¹⁶ Zie Von Overbeck, 1985, § 149.

⁶¹⁷ Zie Harris, 2002, p. 381. Hij wijst er op dat het evident is dat art. 16 in grote mate de potentie heeft om – in samenhang met het bepaalde in art. 15 en 18 van het verdrag – bepalingen elders in het verdrag te ondermijnen. Veel zal dan ook afhangen van de mate waarin rechters bereid zijn om de bedoelingen van het verdrag te implementeren.

Onder bijzondere omstandigheden staat art. 16 lid 2 de toepassing toe van internationaal dwingende regels van een andere staat dan de forumstaat of de staat wiens recht op de *trust* van toepassing is, mits het recht van de andere staat een voldoende nauw verband met het voorwerp van geschil heeft (welke voorwaarde overigens niet geldt voor de toepassing van de voorrangregels van het forum⁶¹⁸) en het recht van de andere staat bestemd is op de *trust* in kwestie van toepassing te zijn⁶¹⁹. Of de rechter ingevolge lid 2 een discretionaire bevoegdheid heeft, dan wel tot toepassing is verplicht, is discutabel. Juist omdat art 16 lid 2 de mogelijkheid laat om een voorbehoud te maken, zou het woord “*kan*” in lid 2 niet discretionair moeten worden opgevat⁶²⁰. Het *Explanatory Report* van von Overbeck stelt echter dat de formulering: “*effect may ... be given*” duidelijk maakt dat de rechter niet verplicht is om met het recht van de andere staat rekening te houden.

Ten slotte geeft art 16 lid 3 elke verdragsluitende staat de mogelijkheid door middel van een voorbehoud te verklaren dat hij het tweede lid van dit artikel niet zal toepassen.

De kwestie van reciprociteit ten aanzien van het te maken voorbehoud is tijdens het overleg voorafgaande aan de totstandkoming van het verdrag geen punt van discussie geweest⁶²¹.

1.6.3 Dwingende Nederlandse rechtsregels

1.6.3.1 Inleiding

Hiervoor⁶²² is gebleken dat het verdrag niet van toepassing is op rechtshandelingen die het onder *trust*verband brengen van goederen betreffen. Dit betekent dat alle vraagstukken betreffende bv. de overgang van goederen, zoals handelingsbekwaamheid; de vorm en inhoud van de overdrachtsakte; de eisen voor een geldige overdracht (beschikkingsbevoegdheid, titel) door de conflictregels van het forum worden beheerst en niet door die van het verdrag. Het gevolg hiervan is dat de overdrachtshandeling – getoetst aan dwingende rechtsregels van Nederlands privaatrecht – op zijn eigen geldigheid moet worden beoordeeld.

Ten aanzien van de toepassing van dwingende Nederlandse rechtsregels doet

⁶¹⁸ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 171.

⁶¹⁹ Zie Von Overbeck, 1985, § 151.

⁶²⁰ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 171 en de verwijzing in voetnoot 195 aldaar naar Deelen (1988).

⁶²¹ Zie Von Overbeck, 1985, § 159.

⁶²² Zie 1.3 hiervoor.

1.6 Dwingende rechtsregels waarvoor het gekozen trustrecht dient te wijken

1.6.3.2 Dwingende rechtsregels die tot nietigheid van rechtswege van de totstandkoming van de trust leiden

zich allereerst de vraag voor of dwingende Nederlandse rechtsregels erkenning van de werking van de *trust* kunnen blokkeren op grond van gebreken in de totstandkoming van de *trust*. Waarbij het gaat om de nietigheid van rechtswege van de totstandkoming van de *trust* vanwege het ontbreken van toestemming, het ontbreken van onderwerp, het ontbreken van oorzaak of een ongeoorloofde oorzaak.

De volgende vraag is of er dwingende rechtsregels zijn die weliswaar niet leiden tot niet-erkenning van een *trust*, maar zich wel doorzetten ondanks en tegen de erkenning van de betrokken buitenlandse *trust* als zodanig. Een vraag die (gedeeltelijke) vernietigbaarheid van de totstandgekomen *trust* betreft, vanwege handelingsonbekwaamheid en wilsgebreken, welke nietigheid moet worden ingeroepen door degene die beschermd wordt.

Op beide vragen wordt hierna ingegaan.

1.6.3.2 Dwingende rechtsregels die tot nietigheid van rechtswege van de totstandkoming van de trust leiden

a. Het fiduciaverbod ex art. 3:84 lid 3 BW⁶²³

Het scheppen van een afgezonderd en afgescheiden vermogen kan in het Nederlands privaatrecht alleen in de in de wet omschreven gevallen, met als gevolg dat het niet mogelijk is om naar eigen inzicht een afgescheiden vermogen tot stand te brengen al dan niet bij een een- of meezijdige rechtshandeling. Dit betekent dat het scheppen van een afgescheiden vermogen, zoals voorzien bij de *trust*, naar Nederlands privaatrecht onmogelijk is. Sterker nog, art. 3:84 lid 3 BW vormt zelfs een regelrechte ontkenning van de rechtsfiguur, ware het niet dat art. 4. Wet Conflictenrecht trusts⁶²⁴ (WCT) de beperking voor de erkende buitenlandse *trust* opheft. Het artikel bepaalt immers dat de dwingende bepalingen van Nederlands goederen- en faillissementsrecht en zekerheidsrechten aan de erkenning van de *trust* niet in de weg staan⁶²⁵. Dit betekent dat vanwege de aanvaarding van het verdrag rekening moet worden gehouden met het bestaan van in het buitenland geschapen *trust*verhoudingen

⁶²³ Art. 3:84 lid 3 BW luidt, voorzover van belang: “Een rechtshandeling die de strekking mist het goed na overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht van dat goed”.

⁶²⁴ Wettelijke bepalingen in verband met de aanvaarding van het op 1 juli 1985 te ‘s-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op trusts en inzake de erkenning van trusts, Stb. 1995, 508.

⁶²⁵ Art. 4 van het Trustverdrag luidt: “Bepalingen van Nederlands recht inzake eigendomsoverdracht, zekerheidsrecht of de bescherming van schuldeisers in geval van insolventie laten de in art. 11 van het Verdrag omschreven erkenning van een trust onverlet”.

waarvan de externe werking binnen de grenzen van de regeling in Nederland moet worden erkend⁶²⁶.

De conclusie is dan ook dat de dwingend rechtelijke regeling van art. 3:84 lid 3 BW de erkenning van de *trust* niet blokkeert en dat crediteuren van in Nederland gevestigde debiteuren hierop bedacht dienen te zijn.

b. De voor een rechtsgeldige gift ex art. 7:186 lid 1 BW geldende eisen

Sinds 1 januari 2003 is het privaatrechtelijke schenkingsrecht als een van de laatste onderdelen van de hercodificatie in titel 7.3 in het nieuwe BW opgenomen. In de nieuwe opzet definieert art. 7:175, lid 1 BW de bijzondere overeenkomst van schenking als een overeenkomst om niet, die er toe strekt dat de ene partij, de schenker, ten koste van eigen vermogen de andere partij, de begiftigde, verrijkt. Daarmee is het civielrechtelijk begrip schenking in grote lijnen gelijk aan de schenking in formele zin onder het oude BW, behoudens vormvereisten. Het gevolg van deze wettelijke definitie is dat het door een Nederlandse *settlor* onder *trust*verband brengen van vermogen geen schenking in privaatrechtelijk zin kan zijn, omdat een *trust* vanwege een eenzijdige rechtshandeling tot stand komt en niet vanwege een overeenkomst, waarbij de uit het aanbod blijkende wilsovereenstemming wezenlijk is. Dit geldt ook indien de *settlor*, nadat door hem een *trust* tot stand is gebracht, het *trust*vermogen vergroot. In tegenstelling tot het oude BW wordt in het huidige BW de materiële schenking wél gedefinieerd en wel als gift. Art. 7:186, lid 2 BW bepaalt namelijk dat als gift wordt aangemerkt iedere handeling die er toe strekt dat degene die de handeling verricht, een ander ten koste van eigen vermogen verrijkt. Tengevolge van deze bepaling dient het onder *trust*verband brengen van vermogen door een *settlor* privaatrechtelijk als een gift te worden gekwalificeerd. Vervolgens bepaalt art. 7:186, lid 2, 2^e volzin BW dat zolang degene tot wiens verrijking de handeling strekt, de prestatie niet heeft ontvangen, noch daarop aanspraken kan maken, de handelingen als bedoeld in de eerste volzin niet als gift worden beschouwd. Met andere woorden, de handeling dient te zijn uitgevoerd, dan wel te hebben geleid tot een recht voor de begiftigde om aanspraak te kunnen maken op de met de gift bedoelde

⁶²⁶ Koppenol-Laforce merkt naar mijn mening terecht op dat het feit dat de *trust* door het buitenlands recht wordt beheerst geen afdoende reden kan zijn voor het toestaan van een inbreuk op het bij de invoering van het NBW zorgvuldig afgewogen systeem van preferenties ten aanzien van in Nederland gelegen goederen van in Nederland gevestigde rechthebbenden. Verhaal op dergelijke goederen bij een dergelijke belanghebbende is een Nederlandse aangelegenheid, ook al zijn er daarnaast aanknopingen met het buitenland omdat andere goederen elders liggen. Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 176.

1.6 Dwingende rechtsregels waarvoor het gekozen trustrecht dient te wijken
1.6.3.2 Dwingende rechtsregels die tot nietigheid van rechtswege van de totstandkoming van de trust leiden

prestaties. Deze bepaling is van belang indien de *settlor* een *discretionary trust* tot stand brengt die de *trustee(s)* de bevoegdheid geeft om zelfstandig te bepalen wanneer, welke *beneficiary* wat krijgt. Tot aan zulk een besluit heeft de *beneficiary* niets ontvangen, noch heeft hij/zij een aanspraak op de met de gift bedoelde prestaties. Dientengevolge doet zich de vraag voor of de totstandkoming van een *discretionary trust* (dan wel een *fixed trust* waarvan de aangewezen *beneficiaries* nog niet bestaan) civielrechtelijk als een gift kwalificeert. Van een afzondering en afscheiding tot gevolg hebbende overdracht van goederen is geen sprake omdat aan de vereisten van een overdracht ten titel van gift niet wordt voldaan. Er is immers geen *beneficiary* aangewezen die een prestatie heeft ontvangen dan wel daar aanspraak op kan maken. Terwijl de *trustee* evenmin als vertegenwoordiger kan gelden van *beneficiaries* omdat deze (door hem) nog niet zijn geïdentificeerd. Echter, indien kan worden aangenomen dat het door de *settlor* tot stand brengen van een *discretionary trust* het ontstaan van een als zelfstandige juridische entiteit aan te merken doelvermogen tot gevolg heeft, welke via de *trustee* de *legal* én de *beneficial interest* bij het trustvermogen houdt, terwijl de *settlor* door de eenzijdige rechtshandeling geacht moet worden te zijn verarmd, dan vormt de totstandkoming van een *discretionary trust* civielrechtelijk een gift, mits ook sprake is van een verrijking van de verkrijger, zijnde de *trust* als doelvermogen. Dienaangaande doet zich bij een *discretionary trust* het opmerkelijke feit voor dat de *settlor* niet beoogt een doelvermogen tot stand te brengen (hetgeen het naar Engels trustrecht ook niet is), laats staan om de entiteit als zodanig te verrijken⁶²⁷. Voorts geldt dat de *trustee* zijn verplichtingen voortvloeiend uit het trustrecht en de bepalingen in het trustakte dient na te komen, hetgeen tot gevolg kan hebben dat de door hem aangewezen *beneficiaries* uiteindelijk worden verrijkt, terwijl het trustvermogen als *resulting trust* ten behoeve van de *settlor* of diens erfgenamen wordt gehouden indien mocht blijken dat er geen *beneficiaries* meer zijn respectievelijk kunnen worden aangewezen. Met andere woorden: is er onder deze omstandigheden wel sprake van een verrijking van het doelvermogen als zodanig en bij het ontbreken daarvan van een gift? Met als gevolg dat de *settlor* – beoordeeld naar Nederlands privaatrecht – nog steeds geacht moet worden de eigenaar van het trustvermogen te zijn (van een afscheiding vanuit het vermogen van de *settlor* is dan immers privaatrechtelijk geen sprake) en de *trustee* naar Nederlands civiel recht geacht moet worden een bewindvoerder te zijn? Een uitkomst die niet alleen haaks staat op hetgeen de *settlor* door middel van het creëren van een buitenlandse *trust* wenst te bereiken, maar in feite ook in strijd is met een van de belangrijkste gevolgen van het Haags Trustverdrag, namelijk de erkenning van de *trust* en de daaraan verbonden

⁶²⁷ Het vermogen wordt als het ware “voorgesorteerd”.

gevolgen, waaronder de afscheiding van het *trust*vermogen van het vermogen van de *settlor*⁶²⁸. Ook hier brengt het bepaalde in art. 4 WCT uitkomst. Ook al is naar Nederlands privaatrecht geen sprake van een gift omdat aan dwingend rechtelijke bepalingen betreffende de eigendomsoverdracht niet is voldaan, toch moet er ingevolge het bepaalde in art. 4 WCT rekening worden gehouden met het bestaan van de in het buitenland geschapen *trust*verhouding waarvan de externe werking binnen de grenzen van de regeling in Nederland moet worden erkend, zodat de (geldigheid van) het onder *trust*verband brengen van vermogen moet worden beoordeeld naar het op de hier te lande erkende *trust* als zodanig toepasselijke (buitenlandse) recht en niet naar Nederlands geldend recht.

c. Het Nederlands erfrechtelijk gesloten stelsel

1 Het toepasselijke erfrecht

Wil naar Anglo-Amerikaans recht sprake zijn van een geldige *trust*creatie, dan dient het testament zowel in formele alsook in materiële zin geldig te zijn. Is hiervan sprake, dan doet zich vervolgens de vraag voor of Anglo-Amerikaans erfrecht van toepassing is, dan wel het erfrecht van een continentaal stelsel. Dit onderscheid is o.m. van belang vanwege het feit dat in continentale stelsels de nalatenschap direct op de erfgenamen overgaat, terwijl er in het Anglo-Amerikaans stelsels een tussenfase bestaat, waarin een *executor* of *administrator* de nalatenschap afwikkelt, waarna door hem hetgeen resteert aan de erfgerechtigden wordt uitgekeerd⁶²⁹. In het continentale vermogensrecht vormt de ondeelbaarheid en de eenheid van vermogen een basisbeginsel. Vanwege dit beginsel is het niet mogelijk dat er bij overlijden van een natuurlijk persoon een “zwevend vermogen” ontstaat. Op het moment van overlijden gaat het vermogen van rechtswege en onmiddellijk over op zijn

⁶²⁸ Vanuit Nederlands privaatrechtelijk perspectief is dit juridisch dilemma naar mijn mening op te lossen door uit te blijven gaan van de door de *settlor* gewenste verarming, hetgeen een verrijking van anderen wel tot gevolg móet hebben omdat een “zwevend *trust*vermogen” niet bij het stelsel van het Nederlands privaatrecht past. Hierbij past de veronderstelling dat indien een *settlor* vermogen afzondert en afscheidt door de overdracht aan een *trustee* zonder daarbij een directe rechtsband met subjectief gerechtigden tot het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan tot stand te brengen, het doelvermogen geacht moet worden tijdelijk te zijn verrijkt tot dat verarming van de *trust* optreedt zodra de *trustee*, gebruik makend van zijn bevoegdheden, *beneficiaries beneficial interest* bij het *trust*vermogen en haar opbrengsten toekent, zij het dat krachtens *trust*recht nimmer van een verrijking van de *trust* als zodanig sprake kan zijn.

⁶²⁹ Zie Van Loon, 1983, p. 80.

1.6 Dwingende rechtsregels waarvoor het gekozen trustrecht dient te wijken
1.6.3.2 Dwingende rechtsregels die tot nietigheid van rechtswege van de totstandkoming van de trust leiden

rechtsoptvolgers onder algemene titel. Zijn erfgenamen zetten de persoon van de erflater in vermogensrechtelijke zin voort. Deze overgang gebeurt krachtens *ab intestaat* erfrecht dan wel krachtens een uiterste wilsbeschikking. In het Anglo-Amerikaanse erfrecht gaat het vermogen eerst ter vereffening over naar de *executor*, waarna de erfgenamen een deel van het vereffende vermogen krijgen⁶³⁰. Nadat de nalatenschap onder toezicht van de rechter door de *executor* of de *personal representative* is afgewikkeld, kunnen de resterende goederen – voorzover dit door de *settlor* is bepaald – worden overgedragen aan de *trustee*. Is de persoon van de *trustee* dezelfde als die van de *personal representative* dan is uiteraard geen nadere overdracht vereist.

2 De rechtskeuze

Voor de beantwoording van de vraag of Anglo-Amerikaans erfrecht van toepassing is, dan wel het erfrecht van een continentaal stelsel is allereerst van belang het eenzijdig door de *settlor* expliciet dan wel impliciet gekozen recht. Dit kan een keuze zijn voor het recht van de nationaliteit dan wel van de gewone verblijfplaats ten tijde van de aanwijzing of ten tijde van overlijden, althans indien de (conflictenrechtelijke⁶³¹) rechtskeuze is uitgebracht ná de inwerkingtreding van de Wet Conflictenrecht Erfopvolging (WC Erf)⁶³², de enige positiefrechtelijke bron in het Nederlandse internationaal privaatrecht. Art. 1 van deze wet verklaart het recht op de erfopvolging van toepassing dat wordt aangewezen door de conflictregels van het Haags Verdrag Erfopvolging 1989⁶³³ (HVE 1989). Dit verdrag is van toepassing op de erfopvolging in materiële zin (*ab intestaat*- en testamentair erfrecht). Ingevolge art. 3 lid 1 HVE 1989 jo. art 1 WC Erf wordt in eerst aanleg als toepasselijk recht op de erfopvolging aangewezen het recht van de staat waar de erflater zijn gewone verblijfplaats had en waarvan hij de nationaliteit had, beide bepaald op het moment van overlijden. Ingevolge art. 3 lid 2 HVE 1989 jo. art. 1 WC Erf is het recht van de staat van toepassing waar de erflater gedurende vijf jaren voorafgaand aan zijn overlijden heeft gewoond, indien de laatste verblijfplaats

⁶³⁰ Zie A.L.P.G. Verbeke/I.J.F.A. van Vijfeijken, “Het begrip “krachtens erfrecht” in *civil- en fiscaalrechtelijke zin*” in “*Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht*”, Schoordijk Instituut, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2000, p. 27 en voetnoot 16 aldaar.

⁶³¹ Dit betekent dat niet alleen het regelende nationale recht, maar ook het dwingende nationale recht (dat zonder rechtskeuze toepasselijk zou zijn geweest) door het gekozen recht geheel opzij wordt gezet. Zie ook Koppenol-Laforce, 1999, p. 48, onder voetnoot 95.

⁶³² Deze wet voert de conflictregels van het Haags Erfrechtverdrag 1989 in (art. 1 WC Erf) en geeft een overgangsregeling voor rechtskeuzes die zijn gedaan vóór 1 oktober 1996.

⁶³³ Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op de erfopvolging. 's-Gravenhage, 1 augustus 1989, Trb. Syst. 71(1989) nrs. 1-2 en 1994 168.

en de nationaliteit verschillend zijn. Echter, ook het recht van de staat waarvan de erflater de nationaliteit had, kan van toepassing zijn. Zo bepaalt art. 3 lid 3 HVE 1989 jo. art. 1 WCERf dat het erfrecht van de staat waarvan de erflater de nationaliteit had van toepassing is indien de erflater korter dan vijf jaren voorafgaand aan zijn overlijden zijn laatste gewone verblijfplaats in een ander land had. Omdat de toepassing van deze conflictregels tot rechtsonzekerheid kan leiden, kan de (toekomstig) erflater een rechtskeuze voor een bepaald recht uitbrengen, welke keuze in beginsel (art. 6 HVE 1989) geheel vrij is.

Deze rechtskeuzevrijheid wordt beperkt in die zin dat dwingendrechtelijke bepalingen⁶³⁴ van het recht dat volgens de verwijzingsregels van art. 3 en 5 HVE 1989 op de nalatenschap van toepassing zou zijn geweest indien geen rechtskeuze was uitgebracht, van toepassing blijven en dus niet door deze rechtskeuze opzij worden gezet⁶³⁵. Hoewel de rechtskeuze in beginsel de gehele nalatenschap betreft, laat art. 6 HVE 1989 toe om voor bepaalde goederen uit de nalatenschap een ander recht aan te wijzen, zodat voor verschillende goederen verschillende rechtstelsels kunnen gelden, zij het dat deze materieelrechtelijke keuzes de dwingende regels van het gekozen recht op de gehele nalatenschap, hetgeen een conflictenrechtelijk rechtskeuze is, niet opzij zetten. Omdat de afstemming tussen de *trust* en het erfrecht minder problematisch is indien beide door Anglo-Amerikaans recht worden beheerst, is het niet raadzaam om voor Nederlands erfrecht te kiezen indien men een *trust* testamentair tot stand wenst te brengen⁶³⁶.

Mocht de erflater géén (geldige) rechtskeuze hebben gemaakt dan gelden de regels van het Haags Erfrechtverdrag 1989. Het gevolg hiervan is dat primair het recht van toepassing is van de staat waar de erflater zijn gewone verblijfplaats⁶³⁷ had ten tijde van zijn overlijden. Op deze objectieve verwijzingsregel bestaan echter een aantal uitzonderingen. Mocht bv. nationaal recht en gewone verblijfplaats verschillen, dan geldt het nationale recht⁶³⁸.

⁶³⁴ Bv. de dwingend rechtelijke bepalingen inzake de legitieme portie zoals opgenomen in 4.4.3 BW. Zie hierna onder § 1.6.3.3 “*De schending van de legitieme portie ex art. 4:63 lid 1 BW*”.

⁶³⁵ Ingevolge art. 5 lid1 HVE 1989 geldt dit overigens weer niet als gekozen wordt voor het recht van een staat waar de testateur op het moment van het uitbrengen van de rechtskeuze, dan wel op het moment van overlijden, zijn gewone verblijfplaats had of waarvan hij de nationaliteit bezat.

⁶³⁶ Voorts is het niet raadzaam om voor Nederlands erfrecht te kiezen omdat indien de nalatenschap door Nederlands erfrecht wordt beheerst, het ontstaan van de *trust* kan worden verhinderd dan wel in haar gevolgen kan worden gematigd.

⁶³⁷ Onder “gewone verblijfplaats” is te verstaan het land waar een natuurlijk persoon, alle feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, het centrum van zijn maatschappelijk leven heeft. Zie Koppenol-Laforce, 1999, p. 50-51.

⁶³⁸ Zie voor een verdere uitwerking van de objectieve verwijzingsregel, Koppenol-Laforce, 1999,

1.6 Dwingende rechtsregels waarvoor het gekozen trustrecht dient te wijken
1.6.3.2 Dwingende rechtsregels die tot nietigheid van rechtswege van de totstandkoming van de trust leiden

Zodra het toepasselijke recht vaststaat, dient eerst te worden vastgesteld of het toekomstige erfrecht het toelaat om bij testament een *trust* tot stand te brengen, waarna moet worden nagegaan of de testamentaire beschikking niet alsnog nietig is vanwege strijdigheid met materiële bepalingen uit het toepasselijke erfrecht⁶³⁹. Blijkt de testamentaire beschikking niet nietig te zijn, dan dient nog te worden beoordeeld of bepaalde dwingende bepalingen van toepasselijk erfrecht de *trust* gedeeltelijk teniet doen. Te denken valt aan bepalingen in zake de legitieme portie en aan het vereiste dat erfgenamen dienen te bestaan ten tijde van het overlijden van de *settlor*. Indien de testateur (onverhoopt) geen rechtskeuze heeft gemaakt en op grond van vorenvermelde criteria moet worden vastgesteld dat Nederlands erfrecht van toepassing is op een nalatenschap, dan is dit bepalend voor de vraag⁶⁴⁰:

- welke testamentaire beschikkingen zijn toegestaan,
- ten aanzien van welke personen beschikkingen mogen worden gemaakt,
- in hoeverre van *ab intestaat* erfrecht mag worden afgeweken⁶⁴¹,
- op welke wijze het wettelijk erfdeel dient te worden berekend,
- op welke wijze testamenten dienen te worden geïnterpreteerd,
- óf en zo ja hoe een testamentaire beschikking kan worden herroepen.

Het gevolg hiervan kan zijn dat het ontstaan van een *trust* wordt verhinderd, dan wel in zijn gevolgen wordt beperkt.

3 Is een testamentaire beschikking in de vorm van een *trust* naar Nederlands erfrecht mogelijk?

Een wezenlijke vraag is of naar Nederlands erfrecht een testamentaire beschikking in de vorm van een *trust* eigenlijk wel mogelijk is. Met andere woorden, kán naar Nederlands erfrecht een *trust* wel bij een uiterste wilsbeschikking⁶⁴² tot

p. 49-50.

⁶³⁹ Zie M.E. Koppenol-Laforce, 1999, p. 46.

⁶⁴⁰ Zie Koppenol-Laforce, 1999, p. 52.

⁶⁴¹ O.a. de inbreng en inkorting van schenkingen en makingen, alsook op welke wijze deze bij het bepalen van de erfdelen moeten worden verwerkt.

⁶⁴² De uiterste wilsbeschikking en testament zijn overigens geen synoniemen. De uiterste

stand komen? Of moet worden geoordeeld dat de testamentaire *trust* zodanig in strijd is met de naar Nederlands recht toegestane testamentaire beschikkingen, dat erkenning niet kan plaatsvinden, zodat slechts conversie⁶⁴³ naar een binnen de raamwet van het Nederlands erfrecht passende figuur nog enig recht kan doen aan de wil van de erflater⁶⁴⁴?

Art. 4:42 lid 1 BW omschrijft een uiterste wilsbeschikking als een eenzijdige rechtshandeling, waarbij een erflater een beschikking maakt, die eerst werkt na zijn overlijden en die in Boek 4 is geregeld of in de wet als zodanig wordt aangemerkt. Uit deze omschrijving blijkt dat de eenzijdigheid⁶⁴⁵ en de werking na overlijden de materiële criteria voor het begrip uiterste wilsbeschikking zijn en dat het stelsel van uiterste wilsbeschikkingen een gesloten stelsel is⁶⁴⁶ (formeel criterium)⁶⁴⁷. Uit de omschrijving blijkt overigens niet expliciet of de uiterste wilsbeschikking als rechtshandeling gericht of ongericht is. Een onderscheid dat van belang is voor de beantwoording van de vraag of voor het intreden van het gewenste rechtsgevolg al dan niet is vereist dat de verklaring

wilsbeschikking stelt de rechtshandeling voor. Het testament is het stuk waarin deze (meestal) is vastgelegd. Zie M.J.A. van Mourik, in “*Erfrecht*”, studiepockets privaatrecht 37, 7e druk, Kluwer-Deventer, 2002, p. 85. De testamentsvormen worden onderscheiden in: het notariële testament, het depôt-testament, dat wil zeggen een bij een notaris in bewaring gegeven onderhandse akte. Is de onderhandse akte door de erflater zelf geschreven dan duidt men dit aan als een holograaf. Is de akte door een ander voor de erflater geschreven dan wordt gesproken van een allograaf. De onderhandse uiterste wil kan door de erflater aan de notaris zowel open als gesloten worden aangeboden. Voor bepaalde beschikkingen, niet zijnde uiterste wilsbeschikkingen kan worden volstaan met een onderhands, door de erflater geheel met de hand geschreven, gedagtekend en ondertekend stuk, ook wel codicil genaamd. Zie voor een verdere uitwerking van de kenmerken en vereisten van een depôt-testament/codicil, B.C.M. Waaijer, “*Uiterste wilsbeschikking, algemeen*”, Handboek Erfrecht, Publicaties vanwege het centrum voor notarieel recht onder redactie van M.J.A. van Mourik, 4e druk, Kluwer-Deventer, 2006, p. 127-133.

⁶⁴³ Uit jurisprudentie en doctrine blijkt dat voorzover het niet-Nederlandse erflaters betreft conversie niet nodig is, omdat de *trust* erkend wordt. Zie H.A. Drielsma, “*Nogmaals: Anglo-Amerikaans trustrecht en Nederlands successierecht*”, *WPNR*, 1972/5169 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

⁶⁴⁴ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 234-235.

⁶⁴⁵ Het feit dat de uiterste wilsbeschikking eenzijdig is, heeft tot gevolg dat er tijdens leven geen rechtsbanden tussen testateur en degene die hij wenst te bevoordelen, ontstaan. Pas na overlijden wordt een rechtsbetrekking beoogd. Een ander gevolg van de eenzijdigheid is dat een overeenkomst nooit een uiterste wilsbeschikking kan zijn.

⁶⁴⁶ Dit is af te leiden uit de zinsnede in art 4:42 lid 1 BW: “*en die in dit Boek is geregeld of in de wet als zodanig wordt aangemerkt*”.

⁶⁴⁷ Zie F.W.M.J. Schols, “*Uiterste wilsbeschikking in het algemeen*”, Handboek Erfrecht, publicaties vanwege het centrum voor notarieel recht onder redactie van M.J.A. van Mourik, 4e druk, Kluwer-Deventer- 2006, p. 103.

1.6 Dwingende rechtsregels waarvoor het gekozen trustrecht dient te wijken
1.6.3.2 Dwingende rechtsregels die tot nietigheid van rechtswege van de totstandkoming van de trust leiden

(lees: uiterste wilsbeschikking van de testateur) de ander (lees: erfgenaam of legataris) heeft bereikt. De visie dat een uiterste wilsbeschikking een ongerichte rechtshandeling is, zodat een legaat ook een legaat is ook al heeft het legaat de legataris vooralsnog niet bereikt, lijkt de heersende leer te zijn⁶⁴⁸. Het feit dat sprake is van een gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen rechtvaardigt de vraag of hierdoor de testeervrijheid aan banden wordt gelegd en de rechtsontwikkeling onnodig wordt tegengehouden, omdat niet valt uit te sluiten dat de praktijk behoefte heeft aan niet in de wet geregelde uiterste wilsbeschikkingen zoals bv. de totstandkoming van een testamentaire *trust*⁶⁴⁹. Tot het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen behoren namelijk die welke in Boek 4 BW worden erkend of in de wet als zodanig worden aangemerkt. Hiertoe behoren erfstelling, het legaat, de testamentaire last, de herroeping van een uiterste wilsbeschikking en de beschikkingen die de erflater volgens Titel 4.3 kan maken (legitieme portie), maar eveneens de in Boek 4 BW geregelde benoeming van één of meer executeurs, het instellen van bewind over één of meer door de erflater nagelaten of vermaakte goederen en overige door de wet genoemde daarmee verband houdende beschikkingen waaronder begrepen de voorziening in de regeling der benoeming van een bewindvoerder. Ook het voorschrijven van een verplichting tot inbreng, alsook het ongedaan maken van een bij gift opgelegde verplichting tot inbreng behoren tot de bij wet geregelde uiterste wilsbeschikkingen. Buiten Boek 4 BW worden o.a. als uiterste wilsbeschikkingen aangemerkt de uitsluitingsclausule (ook t.a.v. de vruchten), de voogdijbenoeming, het aan de wettelijk vertegenwoordiger onttrekken en aan een ander opdragen van het bewind over het vermaakte en

⁶⁴⁸ Zie Schols, 2006, p. 106. Hij is van mening dat steun voor de ongerichtheid is te vinden niet alleen in de parlementaire stukken van de behandeling van Boek 3 BW, maar ook bij de behandeling van art. 4:42 BW zelf. Voorts zou uit de sanctie nietigheid van art. 3:32 lid 2 BW mede moeten worden afgeleid dat de uiterste wilsbeschikking als ongerichte rechtshandeling is bedoeld. In zijn boek "*Erfrecht*", 2002, p. 82, vraagt *van Mourik* zich nog af of een legaat niet per definitie een "gericht" karakter heeft. Hij verwijst daarbij naar zijn publicatie in het *WPNR* 1996/6213. Echter het boek "*Erfrecht*" betreft nog het oude erfrecht.

⁶⁴⁹ *Schols* is van mening, dat het standpunt dat met legaten en lasten veel mogelijk zou zijn en dat het wezen van het nieuwe stelsel dichter bij het contractenrecht zou liggen dan bij het zakenrecht, een reëel standpunt is en dat het dientengevolge met de beperking van de vrijheid als gevolg van het gesloten systeem dan ook wel mee zal vallen. De testateur heeft immers met erfstellingen, legaten en lasten, gecombineerd met executele en bewind, alle ruimte, zo vervolgt hij. Alleen het feit al dat legitimaris geen recht heeft op goederen, doch slechts een geldaanspraak, brengt met zich dat alle uiterste wilsbeschikkingen – hoe exotisch ook – conform de wens van de erflater zullen worden uitgevoerd. Zie Schols, 2006, p. 110-111. Dit standpunt vereist n.m.m. enige nuancering. De rechtsgevolgen die een *trust* kenmerken kunnen namelijk slechts gedeeltelijk worden gerealiseerd door erfstellingen, legaten en lasten, gecombineerd met executele of bewind.

de beschikkingen omtrent de lijkbezorging/orgaandonatie⁶⁵⁰. Een niet in het gesloten systeem passende uiterste wilsbeschikking vormt bv. een legaat met goederenrechtelijk effect (behoudens conversie).

4 Conclusie

Gelet op vorenstaande lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat het, ingevolge het thans geldende erfrechtelijke gesloten stelsel, niet mogelijk is een *trust* via een uiterste wilsbeschikking tot stand te brengen. De *trust* komt namelijk via een rechtshandeling tot stand die niet in Boek 4 is geregeld of als zodanig in de wet is aangemerkt, ook al is sprake van eenzijdigheid en werking na overlijden (de materiële criteria van art. 4:42 lid 1 BW). Mocht een testateur toch besluiten om bij uiterste wilsbeschikking een *trust* tot stand te brengen waarop het Nederlands erfrecht van toepassing is, dan doet de vraag zich voor of sprake is van een nietige rechtshandeling. De wet zegt hierover niets. Nergens wordt een uiterste wilsbeschikking bij dode die niet in boek 4 BW is geregeld en niet in de wet als een uiterste wilsbeschikking wordt aangemerkt, nietig verklaard. Desalniettemin kan uit de strekking van het bepaalde in art. 4: 42 lid 1 BW worden afgeleid dat in beginsel sprake zal moeten zijn van nietigheid⁶⁵¹, dan wel de rechter zal tot nietigheid kunnen oordelen⁶⁵², zij het dat in eerste instantie een niet in het gesloten systeem passende beschikking ingevolge het bepaalde in art. 3: 42 BW⁶⁵³ zo veel mogelijk dient te worden geconverteerd in een wel binnen het stelsel passende beschikking⁶⁵⁴.

Een hiermee samenhangende prealabele vraag is of het wel wénselijk is dat erfslaters zich kunnen bedienen van beschikkingsvormen die in het Nederlandse recht niet bekend zijn, zodat buitenlandse regelingen in het Nederlandse testament hun intrede zouden kunnen doen. Van Loon is van mening dat ook als het Nederlandse erfrecht een nalatenschap beheerst, de instelling van een testamentaire *trust* die een reële band heeft met Amerika of Engeland, in

⁶⁵⁰ Zie voor een verdere opsomming van buiten Boek 4 in de wet genoemde uiterste wilsbeschikkingen: Asser, 2002, p.131.

⁶⁵¹ Zie Schols, 2006, p. 113.

⁶⁵² Zie Asser, 2002, p. 133-134.

⁶⁵³ Art. 3:42 BW bepaalt dat indien de strekking van een nietige rechtshandeling in een zodanige mate aan die van een andere, als geldig aan te merken rechtshandeling beantwoordt, dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, indien van de eerstgenoemde wegens haar ongeldigheid was afgezien, dan komt haar de werking van die andere rechtshandeling toe, tenzij dit onredelijk zou zijn jegens een belanghebbende die niet tot de rechtshandeling als partij heeft medegewerkt.

⁶⁵⁴ Hetgeen tot het (aanzienlijk) inperken van de *trust* kan leiden.

1.6 Dwingende rechtsregels waarvoor het gekozen trustrecht dient te wijken
1.6.3.2 Dwingende rechtsregels die tot nietigheid van rechtswege van de totstandkoming van de trust leiden

beginsel dient te worden gerespecteerd⁶⁵⁵. Ten aanzien van de vraag hoe men dan de overgang van het *trust*vermogen uit een nalatenschap moet zien, zit er niets anders op, aldus *van Loon*, dan de *trustee* als erfgenaam of legataris te zien naar gelang de instelling van de *trust* als een erfstelling of een legaat moet worden gezien. *Koppenol-Laforce* is daarentegen van mening dat het wellicht beter aan het rechtsgevoel van de burger beantwoordt indien een testamentaire *trust* niet mogelijk is als de nalatenschap door Nederlands recht wordt beheerst. Het gevolg hiervan is dat uitsluitend erflaters die op enigerlei tijdstip met een Anglo-Amerikaans rechtstelsel genoegzaam waren verbonden de mogelijkheid van een testamentaire *trust* krijgen⁶⁵⁶.

De Hoge Raad heeft echter meermaals vastgesteld dat in een testament alle bepalingen kunnen worden opgenomen die bestemd zijn om na de dood van de testateur te werken en die de privaatrechtelijke belangen raken waarover hij de vrije beschikking had, voorzover deze bepalingen niet in strijd zijn met de openbare orde en de goede zeden. Op grond hiervan ben ik van mening dat alle beschikkingen zijn toegestaan zolang er maar geen dwingende regels van Nederlands erfrecht worden overtreden, hetgeen echter ingevolge het bepaalde in art. 4:42 lid 1 BW wél het geval is indien een testateur een testamentaire *trust*, waarop Nederlands erfrecht van toepassing is, tot stand wil brengen. Art. 4:42 lid 1 BW laat namelijk op straffe van nietigheid slechts de beschikkingen toe die in Boek 4 BW zijn geregeld of in de wet als zodanig worden aangemerkt⁶⁵⁷. Het gesloten stelsel, waarop art. 4:42 lid 1 (nieuw) BW duidt, houdt n.m.m. dan ook een dwingend rechtelijke regel in die, in tegenstelling tot hetgeen onder het oude recht gold, het gebruik van uitsluitend Nederlands testamentaire beschikkingen voorschrijft, zodat in het kader van het huidige Nederlands erfrecht de *trust* als testamentaire beschikking niet (meer?) mogelijk is. Met als gevolg dat slechts conversie naar een rechtsfiguur die wel binnen het Nederlandse erfrecht past enig recht kan doen aan de wil van de erfflater⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ Zie *Van Loon*, 1983, p. 84.

⁶⁵⁶ Zie *Koppenol-Laforce*, 1999, p. 52.

⁶⁵⁷ Onder het oude recht daarentegen kon op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad worden verdedigd dat de *trust* als testamentaire beschikking in het kader van Nederlands erfrecht wél mogelijk was (zie *Koppenol-Laforce*, 1999, p. 53). De testeervrijheid zou namelijk zo ruim kunnen worden opgevat dat alle beschikkingen zouden zijn toegestaan mits maar geen dwingende regels van erfrecht worden overtreden. Met als gevolg dat op de testamentaire beschikking een ander recht kon worden toegepast dan de erfwet, zij het dat ook onder de oude wet de in de uiterste wilsbeschikking gekozen voorzieningen niet in strijd mochten komen met de dwingende bepalingen van de erfwet.

⁶⁵⁸ Dit roept vragen op als: 1) welke rechtsfiguren, erfstelling dan wel legaat, komen daarvoor in aanmerking en 2) wie kunnen, indien het testamentair tot stand brengen van een *trust* in het kader van conversie als een legaat wordt gekwalificeerd, als legatarissen bij de *trust* worden

1.6.3.3 Dwingende rechtsregels die (gedeeltelijke) vernietiging van de totstandgekomen verdragstrust tot gevolg hebben

a. De schending van de legitieme portie⁶⁵⁹ ex art. 4:63 lid 1 BW

Nadat eerst is vastgesteld of het toepasselijk recht een testamentaire beschikking in de vorm van een *trust* toelaat, dient vervolgens te worden nagegaan of dwingend rechtelijke bepalingen de hoogte van het *trust*vermogen kunnen beperken. Dit zal met name het geval zijn indien legatarissen rechten kunnen doen gelden op een legitieme portie tengevolge waarvan een toekomstig erflater niet geheel vrijelijk over zijn vermogen kan beschikken. Deze beperking van de testeervrijheid vindt men doorgaans in de zgn. Romeins-Germaanse rechtsstelsels. Dit betekent overigens niet dat in andere rechtstelsels geen regelingen zouden bestaan tengevolge waarvan een erflater in beperkte mate over zijn vermogen kan beschikken. Echter, het Anglo-Amerikaanse rechtstelsel - waar in beginsel testeervrijheid⁶⁶⁰ bestaat - kent een legitieme als zodanig niet. Vandaar dat de vraag van belang is wat de erfrechtelijke gevolgen zijn indien een in Nederland wonend persoon met de Nederlandse nationaliteit als toekomstig erflater op grond van het bepaalde in art. 6 HVE 1989 kiest voor een rechtstelsel dat geen legitieme kent. Hoewel de rechtskeuze vrij is

aangemerkt, daarbij onderscheid makend tussen de *fixed* en de *discretionary trust*. Vragen die echter buiten het kader van dit onderzoek vallen en derhalve niet worden behandeld.

⁶⁵⁹ De wens om te trachten de omvang van deze dissertatie te beperken, laat een inhoudelijke behandeling van de civielrechtelijke bepalingen betreffende de legitieme portie niet toe. Vandaar dat wordt volstaan met het verwijzen naar de voor de legitieme portie relevante privaatrechtelijke bepalingen. Zie: art. 4:63 lid 1 BW (beschrijving legitieme portie); art. 4:63 lid 2 BW (begrip legitimaris); art. 4:67 BW (bij te tellen giften); art. 4:70 BW (giften die niet worden ingekort); art. 4:64 lid 1 BW (berekening legitimair breukdeel); art. 4:79 BW (vorderingsrecht legitimaris); art. 4:81 lid 1 en 2 BW (opeisbaarheid legitieme portie); art. 4:85 lid 1 en 2 BW (het vervallen van het vorderingsrecht); art. 4:87 BW (volgorde inkorting); art. 4:90 lid 3 BW (verval bevoegdheid tot inkorting); art. 4:180 lid 1 BW (vordering verdeling gemeenschap).

⁶⁶⁰ De testeervrijheid wordt veelal beperkt door verzorgingsrechten. Zo heeft de langstlevende in enkele van de deelstaten van de V.S. een "*right of election*", waarbij kan worden gekozen tussen hetgeen de uiterste wil toekent en het "*elective share*", zijnde een evenredig deel van de nalatenschap. In Engeland heeft de langstlevende recht op een "*reasonable financial provision*" (Zie Asser, 2002, p. 269) en kan de rechter op grond van de aan hem in de *Inheritance Family Provision Act 1938* en de *Inheritance Provision for Family and Dependants Act 1975* gegeven discretionaire bevoegdheden aan bepaalde personen een gedeelte van de nalatenschap toewijzen contrair aan de wil van de erflater. Er moet dan wel sprake zijn van financiële afhankelijkheid, rekening houdend met maatschappelijke status. De rechtelijke beslissing kan bestaan o.a. uit het betalen van een "*lump sum*", een periodieke uitkering of een bevel tot overdracht van een bepaald goed.

1.6 Dwingende rechtsregels waarvoor het gekozen trustrecht dient te wijken
1.6.3.3 Dwingende rechtsregels die (gedeeltelijke) vernietiging van de toestandgekomen verdragstrust tot gevolg hebben

(art. 6 HVE 1989), wordt zij beperkt in die zin dat zij niet in de weg kan staan aan de toepassing van dwingende bepalingen van het recht dat volgens de verwijzingsregels van art. 3 en art. 5 HVE 1989 van toepassing is op de nalatenschap indien geen rechtskeuze was uitgebracht. Dit betekent dat de dwingend rechtelijke bepalingen van afdeling 4.4.3 BW inzake de legitieme portie, niet opzij gezet kunnen worden door op grond van art. 6 HVE voor een rechtsstelsel te kiezen dat de legitieme niet kent. Een rechtskeuze die niet wordt doorkruist door dwingende bepalingen van het recht dat wordt aangewezen door art. 3 HVE 1989 is wél mogelijk op grond van art. 5 HVE 1989. Art. 5 lid 1 HVE 1989 laat namelijk toe om te kiezen voor het recht van een staat waar de toekomstig erfflater op het moment van het uitbrengen van de rechtskeuze, dan wel op het moment van overlijden, zijn gewone verblijfplaats had of waarvan hij de nationaliteit bezat. Dit betekent n.m.m. dat indien een toekomstig erfflater de mogelijkheid heeft om via art. 5 HVE 1989 een rechtskeuze uit te brengen voor een recht dat de legitieme niet kent, aanspraken die legitimeren naar Nederlands privaatrecht wél zouden hebben gehad, niet ontstaan resp. bestaan omdat door de *settlor* een keuze is uitgebracht voor het recht van een staat die de legitieme niet kent.

b. Paulianeuze handelingen

Indien een *trust* tot stand komt, waarbij de *settlor* in Nederland gelegen goederen aan de *trustee* overdraagt dan kan de actio Pauliana een rol spelen. Hiervan is sprake indien een of meer schuldeisers van de *settlor* door de onverplichte⁶⁶¹ rechtshandeling⁶⁶² van de *settlor* worden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden, terwijl de *settlor* en degene tot wie de rechtshandeling is gericht zich van de benadeling bewust zijn, althans behoorden te weten dat een of meer schuldeisers hierdoor zouden worden benadeeld. De benadeling bestaat er in dat goederen aan het verhaal door crediteuren worden onttrokken. De goederen verdwijnen immers uit het vermogen van de *settlor*, met als gevolg dat de verhaalsmogelijkheden van bestaande, maar ook toekomstige schuldeisers van de *settlor* zouden kunnen worden benadeeld. Het Nederlands recht onderscheidt drie vormen van de actio Pauliana: 1) de algemene of

⁶⁶¹ De curator kan onder bijzondere omstandigheden de actio Pauliana ook inroepen ten aanzien van verplichte rechtshandelingen (zie art. 47 Fw). Bij verplichte rechtshandelingen bestaan geen bewijsvermoedens, dit in tegenstelling tot onverplichte rechtshandelingen.

⁶⁶² Hiermee is bedoeld dat de rechtshandeling is verricht zonder dat daartoe een op wet of overeenkomst berustende verplichting bestaat.

BW-pauliana⁶⁶³, 2) de faillissementspauliana⁶⁶⁴ en 3) de erfrecht-pauliana⁶⁶⁵. De algemene pauliana kan worden ingesteld door iedere schuldeiser van de debiteur die is benadeeld door een paulianeuze rechtshandeling. Het instellen van de actio Pauliana in faillissement geschiedt door de curator ten behoeve van gezamenlijke schuldeisers. De erfrecht-pauliana kan worden ingesteld door schuldeisers van een erfgenaam die een nalatenschap heeft verworpen.

Het doel van het instellen van de actio Pauliana is om de vermogensbestanddelen die uit het vermogen van de *settlor* zijn geraakt, daar weer in terug te brengen zodat diens crediteuren daarop alsnog verhaal kunnen zoeken.

In internationaal privaatrechtelijke verhoudingen doet zich de vraag voor aan de hand van welk recht moet worden bepaald of de handeling paulianeus is. Daarbij kan worden gedacht aan het recht:

- van de gewone verblijfplaats van de debiteur
- van de plaats van ligging van de roerende of onroerende zaken ten tijde van de aangevochten handeling
- dat de verhouding tussen de debiteur en de crediteur beheerst
- van de gewone verblijfplaats van de debiteur indien de handeling als een onrechtmatige daad kwalificeert
- dat op het faillissement wordt toegepast.

De actio Pauliana kan bij de overdracht van goederen door de *settlor* aan de *trustee* een rol spelen, omdat door de overdracht goederen uit het vermogen van de *settlor* verdwijnen, tengevolge waarvan bestaande dan wel toekomstige crediteuren kunnen worden benadeeld vanwege de inperking van hun verhaalsmogelijkheid. Als naar Nederlands privaatrecht de Pauliana wordt ingeroepen dan blijft de *trust* bestaan voor die *trust*goederen waarop de Pauliana niet van toepassing is. De vernietiging van de overdracht van goederen in *trust* geldt, vanwege de relatieve werking van de vernietiging naar Nederlands privaatrecht, namelijk alleen tegenover de crediteur die de Pauliana inroept. Met als gevolg dat de goederen onder *trust*verband blijven totdat de crediteur een succesvol beroep op de actio Pauliana doet. Kortom, tengevolge van de actio Pauliana kunnen *trust*goederen voor uitwinning door crediteuren van de

⁶⁶³ Zie artt. 3:45-48 BW.

⁶⁶⁴ Zie artt. 42-51 Fw.

⁶⁶⁵ Zie art. 4:205 BW.

settlor vatbaar zijn, tengevolge waarvan de omvang van het *trust*vermogen wordt beperkt.

1.7 De openbare orde

Zoals in alle naoorlogse Haagse verdragen het geval is, kent ook het *trust*verdrag een bepaling⁶⁶⁶ die inhoudt dat van de toepassing van de bepalingen van het *trust*verdrag kan worden afgezien indien de toepassing klaarblijkelijk onverenigbaar is met de openbare orde⁶⁶⁷. Deze bepaling omvat zowel de keuze van het toepasselijke *trust*recht, alsook de erkenning van *trusts* en is van toepassing zowel op het gehele verdrag, alsook op specifieke bepalingen van het verdrag.

Het gevolg zou kunnen zijn dat door een excessief beroep op deze bepaling de werking van het verdrag wordt ondermijnd. Vandaar dat art. 18 restrictief dient te worden geïnterpreteerd. In dit verband is van belang dat sprake is van “kan worden afgezien”, hetgeen betekent dat er geen verplichting daartoe bestaat.

Toepassing van art. 18 komt alleen dan aan de orde indien toepassing van het verdrag evident in strijd is met de openbare orde. Van een strijd met de openbare orde⁶⁶⁸ kan bv. sprake zijn wanneer de *trust*akte de uitkering aan een *beneficiary* afhankelijk maakt van het wel of niet getrouwd zijn of wanneer sprake is van discriminatoire overwegingen ten aanzien van bepaalde bevolkingsgroepen⁶⁶⁹.

⁶⁶⁶ Zie art. 18 van het verdrag.

⁶⁶⁷ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 171.

⁶⁶⁸ Het begrip “openbare orde” heeft in het internationaal privaatrecht een andere betekenis dan in het interne recht. Onder het internationaal privaatrecht wordt onder openbare orde verstaan: al die rechtsregels die zo fundamenteel van aard zijn dat het internationaal privaatrecht die regels, net als ander nationaal recht, niet kan doorkruisen.

⁶⁶⁹ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 171.

Hoofdstuk 2

De erkenning van de *trust* ingevolge het Haags trustverdrag

2.1 De verdragstrust en haar materiële kenmerken

Wil een rechtsfiguur kwalificeren als “verdragstrust”⁶⁷⁰, zijnde een *trust* die hier te lande krachtens het Trustverdrag en de Wet Conflictenrecht Trusts dient te worden erkend, dan dient de rechtsfiguur aan de kenmerken van het *trust*verdrag te voldoen. Daarvan is sprake⁶⁷¹ indien:

- a. de goederen van de *trust* een afgescheiden vermogen vormen en geen deel zijn van het vermogen van de *trustee*;
- b. de rechtstitel met betrekking tot de goederen van de *trust* ten name staat van de *trustee* of ten name van een ander voor rekening van de *trustee*;
- c. de *trustee* de bevoegdheid en de plicht heeft, terzake waarvan hij verantwoording schuldig is, om in overeenstemming met de bepalingen van de *trust* en de bijzondere verplichtingen, waaraan hij van rechtswege is onderworpen, de goederen van de *trust* te besturen en te beheren en er over te beschikken. Het is overigens niet noodzakelijkerwijs onverenigbaar met het bestaan van een *trust* dat de insteller zich bepaalde rechten en bevoegdheden heeft voorbehouden of dat de *trustee* bepaalde rechten als begunstigde heeft.

Van belang is te onderkennen dat sprake is van een verdragsautonome kwalificatie van de *trust*⁶⁷² die geen ruimte biedt voor een kwalificatie naar

⁶⁷⁰ Voor de toepassing van het verdrag heeft de term *trust* het oog op de rechtsbetrekkingen die – bij rechtshandeling onder de levenden of terzake des doods – in het leven worden geroepen door een persoon, de insteller, wanneer de goederen onder de macht van een *trustee* worden gebracht ten behoeve van een begunstigde of voor een bepaald doel.

⁶⁷¹ Zie art. 2 van het verdrag.

⁶⁷² Art. 2 is niet bedoeld een definitie van de *trust* te zijn. Enerzijds vanwege de rigiditeit die hierdoor kan ontstaan, anderzijds vanwege het feit dat ook in *common law*-landen een alomvattende definitie van het begrip *trust* – mede vanwege zijn veelheid aan vormen – ontbreekt. Desalniettemin brengt de gedetailleerde inhoud van art. 2 haar dicht bij een definitie die mogelijk zelfs in sommige continentale rechtstelsels als zodanig zou kunnen gelden. Zie: Harris, 2002, p. 104.

de *lex fori*, zodat in landen waar de *trust* niet bekend is, een juridisch dispuut dienaangaande kan worden voorkomen. Een verdragstrust hoeft echter niet gelijk te zijn aan de “echte” Anglo-Amerikaanse *trust*. Afhankelijk van de wijze waarop men interpreteert, kunnen niet alleen de “echte” en de van de Anglo-Amerikaanse *trust* afgeleide trusts als verdragstrusts worden aangemerkt, maar ook - bij een meer ruime interpretatie - de structureel, en wellicht zelfs de functioneel⁶⁷³ analoge rechtsfiguren, zoals die van de Duitse *Treuhand* en de Stichting Particulier Fonds, mits aan de voorwaarden van art. 2 van het verdrag wordt voldaan⁶⁷⁴.

Materiële kenmerken

De materiële kenmerken waaraan een verdragstrust⁶⁷⁵ moet voldoen, zijn:

1. de *trust* heeft het oog op rechtsbetrekkingen⁶⁷⁶ die ontstaan doordat een persoon⁶⁷⁷, de *settlor*,
2. bij leven of bij testament,

⁶⁷³ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 57.

⁶⁷⁴ *Koppenol-Laforce* wijst erop dat de verdragstrust in drie vormen kan voorkomen: 1. de Anglo-Amerikaanse *trust*, 2. de op de Anglo-Amerikaanse *trust* geënte *trust* welke in landen voorkomt die geen Anglo-Amerikaans rechtstelsel kennen (zoals Louisiana in de *US*; enkele Latijns-Amerikaanse landen, waaronder Mexico en Venezuela; Japan; Jersey en Liechtenstein), 3. de rechtsfiguur die een aan de *trust* analoge rechtsfunctie vervult en die voorkomt in landen met een continentaal-Europees rechtstelsel. Zie *Koppenol-Laforce*, 1997, p. 56. In beginsel kent het Nederlandse recht wel *trustachtige* figuren doch het zijn voor het merendeel geen rechtsvormen met zodanige kenmerken dat sprake is van een rechtsfiguur gelijk aan de verdragstrust, zij het dat niet valt uit te sluiten dat de kwaliteitsrekening, alsook de middellijke lastgeving ex 4:12 BW wel als zodanig onder het verdrag kwalificeren. Zie F.F.A. Duynstee, “*Het trustverdrag: een paasei of een lege dop?*”, *WPNR* 1993/ 6092, p. 371.

⁶⁷⁵ Omdat art 2, en daarmee het gehele verdrag zich niet tot *common law-trusts* beperkt, kunnen ook rechtsfiguren uit andere dan *common law*-rechtstelsels onder het verdrag vallen mits zij de kenmerken van art. 2 vertonen.

⁶⁷⁶ Het verdrag spreekt niet over een “fiduciaire” rechtsbetrekking. Dientengevolge zou het *trust*begrip van het verdrag ruimer zijn dan de “Engelse” *trust*.

⁶⁷⁷ Het verdrag spreekt in art. 2 van een persoon, waaronder niet alleen is te verstaan een natuurlijk maar ook een rechtspersoon, hetgeen niet alleen geldt voor de *settlor* maar ook voor de *trustee*, alsook de *beneficiaries*. Zie Harris, 2002, p. 106.

3. een goed onder de macht (*control*)⁶⁷⁸ van een *trustee*⁶⁷⁹ brengt,
4. ten behoeve van een *beneficiary* of een bepaald doel.

Dit betekent dat indien een *trust* aan deze materiële kenmerken voldoet, ingevolge het verdrag⁶⁸⁰ expliciet:

1. de goederen een afgescheiden geheel vormen zodat het *trust*vermogen geen (meer) deel uitmaakt van het persoonlijk vermogen van de (*settlor resp.*) *trustee*⁶⁸¹. Het grote belang van deze bepaling is dat de *trust*goederen niet vatbaar (meer) zijn voor verhaal door de eigen crediteuren van de (*settlor resp.*) *trustee* en dat de *trust*goederen niet (meer) in hun nalatenschap, niet in hun huwelijksgemeenschap en niet in hun eventueel faillissement vallen.

2. de rechtstitel met betrekking tot de *trust*goederen (*title to the property*) staat op naam van de *trustee* of ten name van een ander voor rekening van de *trustee*. In verband hiermee is het van belang erop te wijzen dat het Anglo-Amerikaanse recht – in tegenstelling tot het continentale recht – geen absoluut eigendomsrecht kent. De *trustee* houdt weliswaar een *title to the assets* die hem een absolute beheers- en beschikkingsbevoegdheid geeft, tengevolge waarvan hij zich op het standpunt kan stellen dat de goederen tot de *trust* behoren, doch dit hoeft niet op een volledig eigendomsrecht te duiden⁶⁸².

Het begrip *title* is algemeen van inhoud en geeft aan dat iemand op enigerlei wijze gerechtigd is tot een goed. Voorts heeft het een relatief karakter⁶⁸³. Dat wil zeggen dat de suggestie van absoluteheid, die juist voor ons eigendomsbegrip

⁶⁷⁸ Vanuit een Anglo-Amerikaanse invalshoek is het opmerkelijk dat het verdrag niet spreekt van de overdracht van “*ownership*” maar van “*placed under the control*”, een begrip dat weinig juridische betekenis heeft. Harris is dan ook van mening dat het beter zou zijn geweest indien als tekst zou zijn opgenomen: “*placed under the ownership of a trustee (or a nominee on behalf of the trustee)*”. Temeer omdat de frase “*placed under control*” niet goed past bij de *declaration of trust*. Een grammaticale interpretatie zou er zelfs toe kunnen leiden dat een *declaration of trust* niet onder het verdrag zou vallen. Zie Harris, 2002, p. 106.

⁶⁷⁹ Het begrip *trustee* wordt in het verdrag niet gedefinieerd. Het verdrag gaat evenmin in op de rechtsbetrekkingen tussen *trustees* en andere derden, niet zijnde *beneficiaries*.

⁶⁸⁰ Zie art. 2 van het verdrag.

⁶⁸¹ Een vrijwel dezelfde bepaling is ook opgenomen in art. 11 van het verdrag.

⁶⁸² Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 58. Zie ook het commentaar van Zwolve waarin hij kritiek uit op het gebruik van de begrippen “*legal title*” en “*equitable title*”, Zwolve, 2000, p. 122 en 185. Ook de begrippen “juridisch eigendom /economisch eigendom” geven de juridische verhoudingen naar bv. Engels recht onvolledig weer.

⁶⁸³ Zie C.A/E Uniken Venema, “*Anglo-Amerikaanse trusts in het Nederlandse recht (I)*”, *WPNR* 1985/5727, p. 93.

zo kenmerkend is, geheel aan het begrip *title* ontbreekt.

Dat de goederen krachtens art. 2 ook ten name van een derde, doch voor rekening van de *trustee* kunnen staan, heeft te maken met het feit dat het in de *trust*praktijk vaak voorkomt dat er een *managing trustee* is die de goederen beheert en een *custodian trustee* op wiens naam de goederen staan. Zo is het met betrekking tot aandelen gebruikelijk dat deze door een *trustee* ten name van een *nominee* worden gesteld⁶⁸⁴.

3. De *trustee* is gerechtigd en verplicht (*equitable duties/fiduciary duties*) om de *trust*goederen te besturen, te beheren of erover te beschikken. Het bestuur, beheer of de beschikking dient in overeenstemming te zijn met de bepalingen van de *trust* dienaangaande, alsook met de bijzondere verplichtingen waaraan de *trustee* van rechtswege is onderworpen. Van dit bestuur, beheer en het beschikken dient hij rekening en verantwoording af te leggen⁶⁸⁵.

Deze bepalingen vormen de essentiële kenmerken van de verdrag*trust*. Indien een *trust*figuur niet aan alle drie de kenmerken voldoet, dan is geen sprake van een verdrag*trust* zodat de erkenningsregeling van het verdrag niet toepasselijk is. *Trust*-achtige figuren⁶⁸⁶ zullen dus telkens getoetst moeten worden of zij voldoen aan alle drie de kenmerken, alvorens van erkenning in de zin van het verdrag sprake kan zijn⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ Het stellen van aandelen op naam van een *nominee* heeft overigens wel gevolgen voor de samenstelling van de *trustproperty*. Aanvankelijk vormen de aan de *trustee* in *trust* overgedragen aandelen de *trustproperty*, maar na wijziging in de tenaamstelling der aandelen vormen de rechten die aan de *trustee* ten opzichte van de *nominee* toekomen, het *trustproperty*. Er is dientengevolge sprake van de vervanging van het ene *trust*goed in het andere. Zie Uniken Venema, 1954, p. 95.

⁶⁸⁵ Deze verdragsbepaling geeft geen uitsluitel met betrekking tot de vraag aan wie de *trustee* rekening en verantwoording moet afleggen.

⁶⁸⁶ Te denken valt aan de Duitse *Treuhand*-figuur waarbij de *Treugeber* een goed overdraagt aan de *Treuhänder*, met de opdracht het goed in eigendom te hebben ten behoeve van de *Treugeber* zelf; of aan de Luxemburgse en Liechtensteinse *Treuhand*-figuren. Zie voor een toetsing van deze *trust*-achtige rechtsfiguren aan het verdrag: Koppenol-Laforce, 1997, p. 77-82.

⁶⁸⁷ Dit betekent overigens niet dat een *trust*-figuur waarop het verdrag niet van toepassing is per definitie in het verdragsland niet zal worden erkend. Zo behoort bv. een *oral trust*, zijnde een rechtsgeldig tot stand gekomen, doch niet schriftelijk vastgelegde Anglo-Amerikaanse *trust*, tot de *trust*-figuren waarop het verdrag niet toepasselijk is, doch welke de rechter - in een land waarin *express trusts in writing* krachtens verdrag moeten worden erkend - onverplicht kan erkennen, mits hij ervan overtuigd is dat er inderdaad een *oral trust* in het leven is geroepen. Zie Uniken Venema, 1993, p. 369.

2.2 De gevolgen van de erkenning van de *trust*

Een van de meest belangrijke bepalingen van het verdrag is de hoofdregel⁶⁸⁸ dat een *trust* die in het leven is geroepen overeenkomstig het aangewezen recht als *trust* dient te worden erkend.

Deze erkenning houdt in dat het *trust*vermogen is afgescheiden van het eigen vermogen van de *trustee* en dat de *trustee* in zijn hoedanigheid van *trustee* als eiser of als verweerder in rechte kan optreden⁶⁸⁹ en kan verschijnen voor een notaris of voor enig persoon die handelt in de uitoefening van zijn openbare functie. Voor zover het recht dat toepasselijk is op *trust* dit verlangt of bepaalt, heeft deze erkenning tot gevolg dat:

- a) de persoonlijke schuldeisers van de *trustee* geen verhaal hebben op het *trust*vermogen;
- b) de *trust*goederen geen deel uitmaken van het vermogen van de *trustee* in geval van diens insolventie of faillissement;
- c) de *trust*goederen geen deel uitmaken van enige huwelijksgoederengemeenschap waarin de *trustee* gehuwd mocht zijn noch van zijn nalatenschap;
- d) de *trust*goederen kunnen worden teruggevorderd in alle gevallen waarin de *trustee* deze, met schending van de verplichtingen die voor hem uit de *trust* voortvloeien, met zijn eigen vermogen heeft vermengd of deze heeft vervreemd. Niettemin blijven de rechten en verplichtingen van een derde die de goederen onder zich heeft, beheerst door de wet aangewezen door de verwijzingsregels van het forum.

Zoals hiervoor⁶⁹⁰ reeds bleek is de *settlor* geheel vrij in de keuze van het rechtstelsel, zodat het toepasselijke recht niet het recht van een verdragsstaat behoeft te zijn, terwijl enige band met het vreemde recht evenmin een vereiste is. Het gevolg hiervan is dat elk buitenlands rechtstelsel door de *settlor* kan

⁶⁸⁸ Zie art. 11 van het verdrag.

⁶⁸⁹ In dit verband is van belang dat art. 12 van het verdrag bepaalt dat de *trustee* die een roerend goed of onroerend goed, dan wel een daarop betrekking hebbende rechtstitel, in een register (hieronder zijn te verstaan zowel publieke registers, bv. kadaster, alsook private registers, bv. aandeelhoudersregisters) wil doen inschrijven, gerechtigd is inschrijving te doen verlangen in zijn hoedanigheid van *trustee* of op zodanige andere wijze dat van het bestaan van de *trust* blijkt voorzover zulks niet door het recht van de Staat, waar de inschrijving wordt verlangd, verboden wordt of daarmee onverenigbaar is.

⁶⁹⁰ Zie § 1.4 “De rechtskeuze” hiervoor.

worden gekozen en dat ook dan verdragsstaten die tot stand gekomen *trust* dienen te erkennen, mits de *trust* maar tot stand is gekomen overeenkomstig het aangewezen recht. Het verdrag kiest hiermee voor universaliteit⁶⁹¹ en daarmee voor open geografische grenzen⁶⁹², zodat - vanwege de autonome rechtskeuze door de *settlor* - ook *offshore trusts* onder de werking van het verdrag kunnen vallen, mits zij tot stand komen overeenkomstig het verdrag, zodat erkenning het gevolg is. Het gevolg is ook dat voor de erkenning van de *trust* rechtsvergelijking en aanpassing in principe geen rol spelen⁶⁹³. Met andere woorden: de verdragsstaten die de *trust* niet in hun eigen interne recht kennen, mogen in beginsel de *trust* niet beoordelen door middel van gelijkstelling met in het eigen recht bekende rechtsfiguren; de *trust* zal daarentegen moeten worden beoordeeld met inachtneming van het vreemde recht⁶⁹⁴ waaraan het is onderworpen. Van een onvoorwaardelijke erkenning is echter geen sprake. De effecten van de erkenning worden namelijk afgezwakt⁶⁹⁵, teneinde daarmee te trachten een te grote inbreuk op het rechtssysteem van landen die het instituut van de *trust* niet kennen, te voorkomen⁶⁹⁶.

De erkenning houdt ten minste in (en is daarmee materieel van aard) dat:

1. het *trust*vermogen is afgescheiden van het eigen vermogen van de *trustee*. Dit betekent dat de privé-schuldeisers van de *trustee* geen verhaal kunnen uitoefenen op *trust*goederen⁶⁹⁷.

⁶⁹¹ Art. 21 van het verdrag maakt echter een beperking van deze universaliteit mogelijk omdat het bepaalt dat de verdragsstaten zich het recht kunnen voorbehouden om de bepalingen van Hoofdstuk III slechts toe te passen op *trusts* waarvan de geldigheid beheerst wordt door het recht van een Verdragsluitende Staat.

⁶⁹² Zie Lupoi, 2000, p. 353. In dit verband stelt zich de vraag of bv. STAR-*trusts* (zie Deel 1, hoofdstuk 4) onder de werking van het verdrag vallen. Lupoi verwijst naar Hayton die van mening is dat een dergelijke *trust* niet onder het verdrag kan vallen omdat de *beneficiary* niet als *enforcer* is benoemd, terwijl Duckworth (A. Duckworth, 12 *Trust Law International*, 1998, p. 16) - naar de mening van Lupoi overtuigend - beargumenteert dat een STAR-*trust* wél onder het verdrag valt omdat deze voldoet aan de in art. 2 van het verdrag opgenomen omschrijving. Zie Lupoi, 2000, p. 395-396.

⁶⁹³ Van Rijn van Alkemade wijst erop dat in de praktijk wel eens toevlucht moet worden gezocht tot een conversie van de *trust* in (of aanpassing aan) de regels en concepties van de eigen, vertrouwde rechtssfeer, hetgeen een in het internationaal privaatrecht aanvaarde techniek zou zijn. Zie Van Rijn van Alkemade, 1998, p. 367.

⁶⁹⁴ Zie Duynstee, 1993, p. 372.

⁶⁹⁵ Zie de artt. 11d, 13, 15, 16 en 18 van het verdrag.

⁶⁹⁶ Koppenol-Laforce, 1997, p. 128.

⁶⁹⁷ Voor wat Nederlandse verhoudingen betreft, leidt het verdrag derhalve tot een fundamentele breuk met het algemeen geldende Nederlandse beginsel dat schuldeisers zich in beginsel kunnen verhalen op alle goederen waarvan de schuldenaar rechthebbende is.

2. de *trustee* in zijn hoedanigheid van *trustee* als eiser of als verweerder kan optreden en kan verschijnen voor een notaris of voor enig persoon die handelt in de uitoefening van een openbare functie (*ius standi in iudicio*).

Erkenning brengt voorts⁶⁹⁸, voorzover het recht dat toepasselijk is op de *trust* dit verlangt of bepaalt, vier belangrijke (overigens niet-limitatieve) – uit het wezen van de *trust* voortvloeiende – gevolgen met zich, in het bijzonder:

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

Tot persoonlijke schuldeisers van de *trustee* kunnen worden gerekend⁶⁹⁹:

- zij die handelden met een *trustee*, niet in zijn kwaliteit van *trustee* maar als privé persoon. Zij kunnen zich niet op het *trustvermogen* verhalen

- zij die handelden met een *trustee*, wél in zijn kwaliteit van *trustee* doch waarbij de *trustee* bv. *in breach of trust* handelde. Zij kunnen zich evenmin op de *trustgoederen* verhalen.

- zij die een vordering hebben vanwege een onrechtmatige daad begaan door een *trustee* in zijn kwaliteit van *trustee*. Zij kunnen zich alleen verhalen op het privé-vermogen van de *trustee* en niet op het *trustvermogen*.

- zij die een vordering hebben vanwege onbetaalde belastingaanslagen of verzekeringspremies in verband met *trustgoederen*. Indien de *trustakte* of het toepasselijke *trustrecht* bepalen dat deze kosten uit het *trustvermogen* kunnen worden voldaan, dan is de *trustee* pas persoonlijk aansprakelijk indien het *trustvermogen* daartoe te gering blijkt te zijn.

- *beneficiaries* die vanwege onbevoegd handelen door de *trustee* recht hebben op een schadevergoeding welke als persoonlijke vordering op het privé-vermogen van de *trustee* kan worden verhaald.

b. *trustgoederen maken geen deel uit van het vermogen van de trustee in het geval deze insolvent wordt of failliet gaat*⁷⁰⁰

⁶⁹⁸ Zie derde volzin van art 11 van het verdrag.

⁶⁹⁹ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 132-133.

⁷⁰⁰ Het is dan ook van groot belang dat onomstotelijk vaststaat wat de *trustgoederen* zijn.

Een *trustee* kan uitsluitend als privé-persoon failliet gaan en niet in zijn kwaliteit van *trustee* omdat er geen sprake is van een *trustvermogen* (in de zin van *trustgoederen* en *trustschulden*). De *trust* kent namelijk geen schulden doch slechts goederen, die overigens wel tot hun waarde kunnen worden uitgewonnen als een *trustschuldeiser* krachtens de *trustakte* of het toepasselijke *trustrecht* daartoe bevoegd is. Mocht dan de waarde van de goederen te gering blijken te zijn, dan kunnen schuldeisers zich verhalen op het vermogen van de *trustee*, hetgeen tot zijn faillissement in privé kan leiden. Een faillissement van de *trustee* in privé kan echter niet een verhaal op *trustgoederen* tot gevolg hebben⁷⁰¹.

c. trustgoederen maken geen deel uit van de huwelijksgoederengemeenschap waarin een trustee gehuwd mocht zijn noch van zijn nalatenschap.

Deze bepaling voorkomt dat de echtgenoot of de erfgenamen vermogensrechten met betrekking tot de *trustgoederen* kunnen doen gelden.

*d. trustgoederen kunnen door beneficiaries worden teruggevorderd in gevallen waarin de trustee deze, met schending van de verplichtingen die voor hem uit de trust voortvloeien, met zijn eigen vermogen heeft vermengd of deze heeft vervreemd. Niettemin blijven de rechten en verplichtingen van een derde die de goederen onder zich heeft, beheerst door de wet aangewezen door de verwijzingsregels van het forum*⁷⁰².

Uit de eerste volzin van deze bepaling blijkt dat een gevolg van de erkenning van de *trust* is – voorzover het recht dat toepasselijk is op de *trust* dit bepaalt – dat *trustgoederen* door *beneficiaries* (of *trustees*) kunnen worden teruggevorderd indien deze door de *trustee* zijn vervreemd in strijd met zijn verplichtingen onder de *trust*.

De goederen kunnen ook worden teruggevorderd indien de *trustee* deze – *in breach of trust* – met eigen goederen heeft vermengd. Opmerkelijk is dat deze bepaling alleen ziet op de vermenging van *trustgoederen* door de *trustee* met eigen goederen, maar niet op de mogelijke vermenging door derden na van de *trustee* te hebben verkregen. Evenmin voorziet het in de vervanging van een *trustgoed* in een ander goed door de derde. Omdat de bepaling⁷⁰³ slechts impliciet refereert aan de bevoegdheid van de *beneficiary* tot *tracing*, zoals dat

⁷⁰¹ Zie in dit verband ook art 4. Wet Conflictenrecht *Trusts*. Zie ook wetsvoorstel 32 137, boek 10 BW (IPR), art. 10:126 en Titel 11 (*Trustrecht*) artt. 10:142-144 BW.

⁷⁰² Het begrip *forum* is een begrip uit het internationaal privaatrecht en duidt op het gerecht waar een geding aanhangig is.

⁷⁰³ Zie derde volzin art. 11 van het verdrag.

geldt in het Engelse *trust*model, is niet met zekerheid vast te stellen dat het daarmee de verdragsstaten verplicht de procedurele techniek van *tracing*⁷⁰⁴ te volgen, dan wel dat dit beoordeeld dient te worden naar het recht dat van toepassing is op het bestuur van de *trust*; naar het op de *trust* toepasselijke recht; dan wel naar het recht van ligging van de *trust*goederen of naar het recht van het land waar de derde ongerechtvaardigd is verrijkt⁷⁰⁵. Evenmin is duidelijk of de term terugvorderen ook ziet op de *constructive trust* waarbij de derde-verkrijger het goed houdt als een *constructive trustee*, tenzij deze derde kan worden aangemerkt als een *bona purchaser for value without notice*⁷⁰⁶. De tweede volzin van deze bepaling ziet niet op de positie van de derde verkrijger te goeder trouw⁷⁰⁷ maar op de positie van derden die *trust*goederen onder zich hebben als houder, zoals een bank. Het gaat tevens om de vraag welk recht de verbintenisrechtelijke positie van de houder tegenover de *beneficiary* en de *trustee* beheerst. Dienaangaande bepaalt het verdrag⁷⁰⁸ dat dit recht niet het *trust*recht is dat de *tracing* beheerst, maar het recht dat door het internationaal privaatrecht van het forum als toepasselijk op die rechtsbetrekking wordt aangewezen⁷⁰⁹.

2.3 Het recht om erkenning te beperken

Het in beginsel open karakter van het verdrag wordt beperkt doordat het verdrag bepaalt⁷¹⁰ dat iedere verdragsluitende Staat zich het recht kan voorbehouden de bepalingen betreffende de erkenning⁷¹¹ slechts toe te passen op *trusts* waarvan de geldigheid beheerst wordt door het recht van een verdragsluitende staat. Deze bepaling vormt in feite een compromis tussen de staten die een “*open end*”-verdrag wensten en die welke de erkenning wensten te beperken tot

⁷⁰⁴ Waarbij de *beneficiaries* de mogelijkheid hebben om met een *proprietary claim* het betreffende goed onder de derde op te vorderen.

⁷⁰⁵ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 134.

⁷⁰⁶ *Koppenol-Laforce* is met *Stevens* van mening dat het begrip *constructive trust* niet via art. 11 aan het begrippenarsenaal van de rechter van een niet-*trust*land wordt toegevoegd. Zie *Koppenol-Laforce*, 1997, p. 136 en de verwijzing onder noot 38 aldaar naar R. *Stevens*. Zij gaat daarbij op p. 136-137 in op het onderscheid dat moet worden gemaakt naar de situatie dat een rechter uit een *trust*land wordt verzocht een *constructive trust* op te leggen ten aanzien van goederen die zijn gelegen in een niet-*trust*land en de situatie dat dit verzoek wordt voorgelegd aan een rechter van een niet-*trust*land, welk land wel een verdragsstaat is.

⁷⁰⁷ De bescherming van de verkrijger te goeder trouw in goederenrechtelijke zin is onderwerp van art. 15, letter f.

⁷⁰⁸ Zie art. 11 van het verdrag.

⁷⁰⁹ Zie voor de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling: *Koppenol-Laforce*, 1997, p. 137-139.

⁷¹⁰ Zie art. 21 van het verdrag.

⁷¹¹ Zie Hoofdstuk III van het verdrag.

trusts waarvan de geldigheid (*validity*) beheerst wordt door het recht van een verdragsluitende staat. Tengevolge van deze bepaling kunnen staten die het voorbehoud maken de erkenning uitsluiten van *trusts* welke tot stand komen in *offshore trust havens* in niet-verdragslanden⁷¹².

Het bepalende criterium daarbij is het recht dat van toepassing is op de *essential validity*⁷¹³ van de *trust*. Het moment waarop de verdragstatus moet worden vastgesteld van de staat wiens recht vermoedelijk onder het verdrag toepasselijk is, is - naar wordt aangenomen - het moment waarop erkenning aan de orde komt en niet het moment waarop de *trust* tot stand kwam⁷¹⁴. In dit verband kan het van belang zijn of de *trustee* krachtens de *trustakte* al dan niet de bevoegdheid heeft om het toepasselijke recht te wijzigen, waardoor het recht van een niet-verdragsland dat oorspronkelijk van toepassing was, zou kunnen worden vervangen door dat van een verdragsland, teneinde aldus de erkenning door een ander verdragsland te verzekeren.

2.4 Het recht om erkenning te weigeren

Het verdrag voorziet in het recht om de erkenning van een *trust* te weigeren⁷¹⁵. Deze relevante regeling houdt in dat geen Staat is gehouden een *trust* te erkennen waarvan de kenmerkende elementen, afgezien van de keuze van het toepasselijk recht, de plaats van bestuur van de *trust* en de gewone verblijfplaats van de *trustee*, nauwer verbonden zijn met Staten die de rechtsfiguur of de betrokken vorm van *trust* niet kennen. Het gevolg van deze bepaling is dat indien een inwoner van een non-*trustland* een *trust* tot stand brengt en daarbij kiest voor Engels recht als zijnde het voor de *trust* toepasselijk recht, dan kán⁷¹⁶ een rechter in een verdragsland de *trust* toch erkenning ontzeggen. Ook al kwalificeert de *trust* voor erkenning onder art 11 van het verdrag en zijn de *trustees* in Engeland gevestigd, wordt de *trust* aldaar door hen wordt beheerd en is de keuze voor het Engelse recht in overeenstemming is met het bepaalde in art. 6 van het verdrag. De rechter dient dan wel van mening te zijn dat de *trust* kenmerkende elementen, waaronder nationaliteit en woonplaats van de *settlor* en/of de plaats waar de goederen zijn gelegen of het land waar de *beneficiaries* woonachtig zijn, meer zijn verbonden met het non-*trustland*⁷¹⁷.

⁷¹² Zie Harris, 2002, p. 404.

⁷¹³ Dit in tegenstelling tot de *formal validity*.

⁷¹⁴ Zie Von Overbeck, 1985, § 172.

⁷¹⁵ Zie art. 13 van het verdrag.

⁷¹⁶ Art. 13 houdt geen verplichting in, hetgeen past binnen het algemene oogmerk van het verdrag: de begunstiging van de erkenning van de *trust*.

⁷¹⁷ Zie Thomas/Hudson, 2004, p. 1370.

Met deze bepaling kan worden voorkomen dat “via de achterdeur” de *trust* in het rechtssysteem van een non-*trust*land wordt geïntroduceerd⁷¹⁸ en maakt het mogelijk het gebruik van de *trust*figuur (zeer) te beperken. De bepaling is weliswaar niet bedoeld om non-*trust*landen een algemeen middel te verschaffen om de erkenning van *trusts* te voorkomen, maar het biedt wel een handvat om wetsontduiking tegen te gaan⁷¹⁹. Zo zal⁷²⁰ naar mijn mening een rechter in een verdragsland (dus ook een Nederlandse rechter !) een *trust* erkenning dienen te ontzeggen indien bv. een *trust* door een Nederlandse *settlor* tot stand is gebracht, die in Nederland gelegen goederen onder een door het Engels recht beheerst *trust*verband brengt en waarvan de *beneficiaries* eveneens in Nederland woonachtig zijn, terwijl slechts het gekozen toepasselijke *trust*recht en de *trustee* banden hebben met de *trust*jurisdictie. De *trust* kenmerkende elementen zijn dan namelijk meer verbonden met het non-*trust*land zijnde Nederland dan met het *trust*-land zijnde Engeland. Lastiger wordt het overigens de kenmerkende elementen vast te stellen indien dezelfde Nederlandse *settlor* in Nederland en in Engeland gelegen goederen in *trust* overdraagt ten behoeve van zowel in Nederland alsook in Engeland woonachtige *beneficiaries*. Wat hiervan ook moge zijn, de essentie blijft dat er een band dient te bestaan met een *trust*-land, welke band onafhankelijk is van de invloed van de *settlor*⁷²¹.

Van belang is nog de vraag op welk moment de beoordeling van de mate van verbondenheid moet plaatsvinden. Is dat het moment waarop de erkenning wordt ingeroepen? Of is dat het tijdstip waarop de *trust* tot stand komt? Hoewel het verdrag hierover geen uitsluitsel geeft, wordt wel aangenomen dat het moment waarop de erkenning wordt ingeroepen het tijdstip van beoordeling is⁷²², zij het dat het de rechter vrij staat anders te oordelen, waarbij de motieven van de *settlor* ten tijde van de totstandkoming van de *trust* en de toenmalige omstandigheden alsook veranderingen dienaangaande nadien, door hem zullen moeten worden gewogen⁷²³.

De kritiek die men kan hebben, is dat de criteria vaag zijn en rechtsongelijkheid tot gevolg kunnen hebben⁷²⁴, terwijl het verdrag⁷²⁵ reeds voldoende mogelijkheden biedt om benadeelden te beschermen. Voorts geldt dat in het geheel niet

⁷¹⁸ Voor een beschrijving van de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling verwijs ik naar Koppenol-Laforce, 1997, p. 145 en Lupoi, 2000, p. 357-360.

⁷¹⁹ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 151.

⁷²⁰ Op grond van het bepaalde in art 13 van het verdrag.

⁷²¹ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 146.

⁷²² Zie Von Overbeck, 1985, § 124.

⁷²³ *Koppenol-Laforce* is van mening dat niet op voorhand kan worden gezegd dat aanknopning aan een van de twee momenten de voorkeur geniet. Zie Koppenol-Laforce, 1999, p. 30.

⁷²⁴ Zie Koppenol-Laforce, 1997, p. 150.

⁷²⁵ Zie het bepaalde in de artikelen 4, 15, 16 en 18 van het verdrag.

duidelijk is wat het effect van niet-erkenning is⁷²⁶.

2.5 De uitsluiting van fiscale zaken

Vanuit fiscaal perspectief is het van belang dat het verdrag bepaalt⁷²⁷ dat de bevoegdheden van de Staten op belastinggebied onverlet blijven. Met andere woorden, het verdrag heeft geen directe invloed op de fiscale behandeling van *trusts* die in aanraking komen met de Nederlandse rechtsorde. Daarmee staat vast dat het verdrag geen handleiding kan vormen voor de belastingrechter. Het verdrag richt zich namelijk op privaatrechtelijke aspecten, zodat het niet verwonderlijk is dat het zich niet inlaat met publiekrechtelijke verhoudingen, waartoe het belastingrecht behoort. Het gevolg hiervan is, dat - indien een *trust* de Nederlandse rechtsorde raakt - beoordeeld dient te worden of er zich feiten en omstandigheden voordoen waaraan het Nederlandse fiscale recht gevolgen verbindt. Buitenlands recht zal hierbij alleen een rol spelen indien en voorzover het de vaststelling van de inhoud van de rechten van de bij de *trust* betrokken partijen betreft⁷²⁸. De toepassing van art. 19 kan derhalve tot gevolg hebben dat civielrechtelijk de totstandkoming van een *trust* wél wordt erkend, maar voor het fiscale recht wordt genegeerd. Dit raakt de samenhang tussen privaatrecht en fiscaal recht, waarbij als uitgangspunt geldt de leer van de eenheid van rechtsorde. Dit betekent dat, hoewel het belastingrecht in beginsel aansluit bij het privaatrecht (het verdrag verplicht daartoe overigens niet) en dientengevolge het resultaat van de civielrechtelijke erkenningsvraag als vertekpunt geldt, de aard en doelstellingen van het belastingrecht kunnen rechtvaardigen dat het belastingrecht rechtsfiguren die privaatrechtelijk worden

⁷²⁶ Zie voor de hiermee samenhangende vragen: Koppenol-Laforce, 1997, p. 151. Zie ook R.Th.R. Hoppenreijts/R.D.Vriesendorp, “De fiscale- en civielrechtelijke benadering van de trust in Nederland” in “Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht”, Schoordijk Instituut, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2000, p. 55-58. Zij zijn van mening dat indien op grond van art 13 van het Haags trustverdrag een naar buitenlands recht geldige *trust* niet kan worden erkend, de Nederlandse bestanddelen van het *trust*vermogen (*lex rei sitae*) zich nog steeds in het vermogen van de *settlor* bevinden, terwijl de overige niet-Nederlandse *trust*bestanddelen aan de *trustee* toebehoren. Vanwege het ontbreken van een geldige titel kunnen de Nederlandse *trust*bestanddelen niet aan de *trustee* zijn overgedragen. Op grond van het bepaalde in art. 3:84 lid 3 BW, waarin opgenomen het zogenaamde “fiducia-verbod, is de titel “*trust*” ongeldig om tot een overdracht te kunnen leiden, terwijl de uitweg die het “Sogelease”-arrest (HR 19 mei 1995, NJ 1996/119, AA 1995/11) biedt niet van toepassing kan zijn. De *trustee* heeft namelijk geen volledig eigendom en de *beneficiaries* hebben niet uitsluitend persoonlijke rechten en verplichtingen.

⁷²⁷ Zie art. 19 van het verdrag.

⁷²⁸ Zie Sonneveldt, 1993, p. 382 en 377.

erkend, als niet bestaand beschouwt⁷²⁹ of anders kwalificeert. Hetgeen het geval is in de per 1 januari 2010 tot stand gekomen wettelijke regelingen in de Successiewet 1956, de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Invorderingswet 1990 betreffende het afgezonderd particulier vermogen, waarbij onder *trust*verband gebracht vermogen en de opbrengsten daarvan in beginsel rechtstreeks aan de *settlor*, zijn *partner* of diens erfgenamen worden toegerekend⁷³⁰, waarmee het bestaan van bv. een fiscaalrechtelijk als doelvermogen te kenschetsen *irrevocable discretionary trust* voor de heffing van de erf- en schenkbelasting en in beginsel de inkomstenbelasting wordt genegeerd.

2.6 Een zo ruim mogelijke erkenning

Het verdrag laat de toepassing van rechtsregels die gunstiger zijn voor de erkenning van *trusts* onverlet en maakt daarmee een zo ruim mogelijke erkenning van de *trust* mogelijk.

Het verdrag heeft namelijk tot doel de erkenning van *trusts* te bevorderen, met name in niet-*trust*landen⁷³¹. Vandaar dat het verdrag⁷³² aanspoort tot een ruime erkenning en wel zodanig dat het *trust*verdrag ook wordt toegepast op *trusts* die formeel en/of materieel niet onder het regime van het verdrag vallen. Een gevolg hiervan is bv. dat de toepassing van de Engelse *common law*-conflictregels met betrekking tot *trusts*⁷³³, welke regels een ruimer toepassingsbereik hebben dan die van het verdrag, niet strijdig zijn met het verdrag.

⁷²⁹ Boer gaat uitvoerig in op de vraag welke betekenis het Haag trustverdrag voor de fiscaalrechtelijke erkenning heeft. Hij stelt daarbij vast dat uit de “novemberarresten” is af te leiden dat in de visie van de Hoge Raad civielrechtelijke erkenning van een *trust* de fiscaalrechtelijke erkenning niet beïnvloedt. Voorts gaat hij in op de vraag of de civielrechtelijke niet-erkenning ex art. 13 van het verdrag voor de toepassing van het belastingrecht dient te worden gevolgd, waarbij hij tot de conclusie komt dat van een directe doorwerking geen sprake kan zijn omdat art. 19 van het verdrag een dam daartoe opwerpt. Wel is hij van mening dat het bepaalde in art. 13 een indirecte doorwerking heeft, in die zin dat uit de niet-erkenning hoogstens een signaal kan worden afgeleid door de fiscale rechter maar dat dit hem geenszins bindt. Zie Boer, 2011, 7.2.2-7.3.3.

⁷³⁰ Zie hierna Deel 3, 2.4.2 “De per 1 januari 2010 geldende wettelijke regeling betreffende afgezonderde particuliere vermogens”.

⁷³¹ Zie Harris, 2002, p. 354; Koppenol-Laforce, 1997, p. 144; Thomas/Hudson, 2004, p. 1357.

⁷³² Zie art. 14 van het verdrag.

⁷³³ Zie s 1(2) of the *Recognition of Trusts Act* 1987.

2.7 Ook de rechter dient zoveel als mogelijk is, gevolg te geven aan de intenties van de *settlor*

In het verdrag is een enigszins raadselachtige bepaling opgenomen⁷³⁴ die benadrukt dat de rechter die van mening is dat het bepaalde in art. 15 lid 1 aan de erkenning van de *trust* in de weg staat, moet trachten op een andere wijze aan het doel van de *trust* gevolg te geven en daarmee aan de bedoelingen van de *settlor*. De bepaling doet eerder een beroep op “*goodwill*” dan dat het een strikte rechtsregel⁷³⁵ geeft en bedoelt - op bepaald curieuze wijze⁷³⁶ - een bescherming te bieden tegen de al te rigoureuze gevolgen die art. 15 lid 1 zou kunnen hebben. Het is echter de vraag op welke wijze deze bepaling bescherming kan bieden tegen dwingendrechtelijke regels die juist dienen om te voorkomen dat de *trust* bepaalde niet gewenste gevolgen voor bv. eigendomsrechten van derden of voor vorderingen van crediteuren heeft. De bepaling lijkt dan ook niet meer dan een aansporing om in beperkte mate uitzonderingen op de dominerende positie van de *trust* en het *trustrecht* te maken.

⁷³⁴ Zie art. 15 lid 2 van het verdrag.

⁷³⁵ Zie Von Overbeck, 1985, § 147.

⁷³⁶ Zie Harris, 2002, p. 378-379.

Hoofdstuk 3

De inpassing van een verdragstrust in het Nederlandse privaatrecht

3.1 Kent de verdragstrust een equivalent naar Nederlands privaatrecht?

Eerder is gebleken dat een rechtsfiguur als een verdragstrust kwalificeert, indien door een *settlor* bij leven of testament een goed onder de macht van een *trustee* is gebracht ten behoeve van een *beneficiary* of een bepaald doel tengevolge waarvan een afgescheiden vermogen is ontstaan dat geen deel meer uitmaakt van het persoonlijk vermogen van de *settlor* of van de *trustee*. Waarbij de rechtstitel met betrekking tot de *trustgoederen* op naam staat van de *trustee* en de *trustee* gerechtigd en verplicht is om de *trustgoederen* te besturen, te beheren of erover te beschikken⁷³⁷. Teneinde te kunnen vaststellen of een rechtsfiguur die aan deze kenmerken voldoet ook als een rechtsfiguur naar Nederlands privaatrecht kwalificeert, wordt hierna de verdragstrust getoetst aan Nederlandse *trust*-achtige rechtsfiguren. Daarvoor komen in aanmerking 1) eigendom ten titel van beheer, 2) eigendom ten titel van beheer en de stichting, 3) certificering van aandelen en schuldvorderingen, 4) de kwaliteitsrekening, 5) middellijke vertegenwoordiging, 6) privatieve lastgeving, 7) overdracht onder ontbindende/opschortende voorwaarde en 8) het bewind.

Indien we deze rechtsfiguren⁷³⁸ toetsen aan de wezenlijke kenmerken van de *trust*, te weten:

1. de vorming van een afgescheiden vermogen
 2. een (beperkte) beschikkingsbevoegdheid van de rechthebbende
- dan ontstaat navolgend beeld.

1. Eigendom ten titel van beheer

Bij eigendom ten titel van beheer vormt een beheersovereenkomst de titel van de overdracht, tengevolge waarvan het recht van eigendom wordt losgekoppeld

⁷³⁷ Zie hierover ook H.L.E. Verhagen, “Consequenties van het Haagse Trustverdrag voor Nederland”, in: “Vertrouwd met de trust, Trust and trustlike arrangements”, Serie onderneming en recht, deel 5, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, p. 76 e.v.

⁷³⁸ Zie voor een uitgebreide behandeling van deze rechtsfiguren: Aertsen, 2004, p. 110-138.

van het economisch belang. Het belang blijft namelijk achter bij een of meer belanghebbenden, zijnde de vervreemder en/of een of meerdere derden krachtens een in de beheersovereenkomst opgenomen derdenbeding. De verkrijger van het goed, de beheerder wordt eigenaar van het goed, verkrijgt dientengevolge de bevoegdheid/macht en is daarmee rechthebbende⁷³⁹. Net als bij de *trust* is sprake van een rechtsverhouding krachtens welke de verkrijger verplicht is het goed te beheren in het belang van de belanghebbende. De belanghebbende heeft in principe slechts een persoonlijk recht jegens de verkrijger. Omdat de overgedragen goederen geen afgescheiden vermogen vormen, zodat deze goederen in het faillissement van de beheerder kunnen vallen, en de beheerder tevens volledig beschikkingsbevoegd is, voldoet de eigendom ten titel van beheer niet aan de twee wezenlijke kenmerken van de *trust*. De positie van de belanghebbende kan weliswaar worden versterkt door het ten behoeve van belanghebbende vestigen van een hypotheekrecht of pandrecht, al dan niet gecombineerd met een recht van vruchtgebruik op de goederen, doch een dergelijke constructie is tamelijk inflexibel, met name indien de samenstelling van de groep van belanghebbenden regelmatig wijzigt.

2. Eigendom ten titel van beheer en de stichting

Teneinde het faillissementsrisico bij een eigendom ten titel van beheer te beperken, worden de te beheren goederen ook wel overgedragen aan een stichting die uitsluitend tot doel heeft het beheer van goederen ten behoeve van aangewezen belanghebbenden. Weliswaar is ook dan geen sprake van een afgescheiden vermogen, doch zo lang de stichting geen noemenswaardige schulden heeft, is het faillissementsrisico nihil/gering. De in beginsel volledige beschikkingsbevoegdheid van het bestuur kan beperkt worden door middel van de doelomschrijving, doch binnen de grenzen van deze doelomschrijving kan het bestuur alle beschikkingshandelingen verrichten. Voorts geldt dat bij een eigendom ten titel van beheer in combinatie met een stichting het niet mogelijk is dat de oprichter van de stichting zichzelf als belanghebbende aanwijst. Ingevolge het bepaalde in art. 2:285 lid 3 BW mag een stichting namelijk geen uitkeringen aan de oprichters en/of bestuurders van de stichting doen (het “uitkeringsverbod”). Daarmee is ook de eigendom ten titel van beheer in combinatie met de stichting minder flexibel dan de *trust*.

⁷³⁹ Een overdracht van goederen die gepaard gaat met beheersafpraak betreffende het overgedragen goed duidt men ook wel aan als *fiducia cum amico*. Zie C.A/E Uniken Venema/S.E. Eisma, “Eigendom ten titel van beheer naar komend recht”, Preadvies van de vereniging handelsrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1990, p. 3.

3. Certificering van aandelen/schuldvorderingen en roerende/onroerende goederen

Certificering van aandelen en schuldvorderingen vindt plaats indien aandelen of schuldvorderingen aan een stichting of besloten vennootschap ten titel van beheer worden overgedragen, waarna de stichting of de vennootschap certificaten aan de overdragers uitreikt. De stichting of de vennootschap wordt hierdoor weliswaar rechthebbende van de aandelen of de schuldvorderingen, doch ten titel van beheer. De certificaathouders zijn de (economisch) belanghebbenden. Hun verbintenisrechtelijke aanspraken jegens de rechthebbende worden van rechtswege versterkt met een wettelijk pandrecht op de aandelen of de schuldvorderingen, althans bij sommige toepassingen van de certificering⁷⁴⁰. Van een afgescheiden vermogen bij de stichting of de vennootschap conform de *trust* is echter geen sprake. Bij certificering van roerende en onroerende goederen is geen sprake van een wettelijk zekerheidsrecht zodat deze gecertificeerde goederen wel in een faillissement van de stichting of vennootschap vallen.

4. De kwaliteitsrekening

Van een kwaliteitsrekening is sprake indien een dienstverlener (bv. notaris, advocaat, accountant, deurwaarder) weliswaar op eigen naam een bankrekening aanhoudt, doch het creditsaldo contractueel beheert ten behoeve van een of meerdere derden (cliënten). Op grond van art. 25 Wet op het Notarisambt en art. 19 Gerechtsdeurwaarderswet geldt voor door notarissen en deurwaarders gehouden kwaliteitsrekeningen dat zij de bevoegdheid hebben om - met uitsluiting van de rechthebbende van de bankvordering - beheers- en beschikkingshandelingen met betrekking tot de kwaliteitsrekening te verrichten. De persoon voor wie de notaris of de deurwaarder het banktegoed beheert, is echter wel de rechthebbende van de vordering op de bank en niet de notaris resp. deurwaarder. Het gevolg hiervan is dat het banktegoed niet tot het vermogen van de notaris of deurwaarder behoort en daarmee niet door een faillissement van de notaris of deurwaarder kan worden getroffen. Ook advocaten en accountants kunnen - gelet op overwegingen dienaangaande in het arrest H.R. 13 juni 2003, *NJ* 2004 - een kwaliteitsrekening aanhouden waarop de voor notarissen en deurwaarders geldende regeling analoog van toepassing is, mits zij de derdengelden toevertrouwd krijgen in het kader van een wettelijke taak en in de vervulling van een vertrouwenspositie. Voor overige personen die eveneens een vertrouwenspositie vervullen en daarbij handelen in het kader van

⁷⁴⁰ Zie art. 3:259 lid 2 BW

een wettelijk geregelde taak is onduidelijk of zij een kwaliteitsrekening kunnen aanhouden. Van een algemene regeling van de derdenrekening is echter geen sprake nu de Hoge Raad in hetzelfde arrest van 13 juni 2003, *NJ* 2004 bepaalde dat de rechten met betrekking tot een bankrekening, die een factuureer- en incassodienst in eigen naam ten behoeve van één bepaalde cliënt had geopend en die zij aanhield om de vorderingen van deze cliënt jegens derden in eigen naam te kunnen innen, in het faillissement van de factuureer- en incassodienst vielen. In vergelijking met de *trust* dient, gelet op vorenstaande, te worden vastgesteld dat bij een kwaliteitsrekening in tegenstelling tot bij de *trust* geen sprake is van een afgescheiden vermogen, maar van een vordering op een bank waarvan de cliënt van de notaris of deurwaarder (alook advocaat/accountant) de rechthebbende is en niet de notaris resp. deurwaarder (vgl. met de *trustee*).

5. Middellijke vertegenwoordiging

Indien een lasthebber in het kader van zijn lastgeving ten behoeve van een lastgever overeenkomsten in eigen naam met derden aangaat en de daaruit voortvloeiende vorderingsrechten ten behoeve van de lastgever beheert, dan kan de lastgever in geval van een faillissement van de lasthebber zich beroepen op het bepaalde in art. 7:420 BW. Dit betekent dat de lastgever, in het geval dat de lasthebber failliet is, door het uitbrengen van een schriftelijke verklaring aan de lasthebber en de derde, de (vorderings)rechten die de lasthebber tegenover de derde heeft op zich doen overgaan, mits deze rechten voor overgang vatbaar zijn en de betreffende vorderingen in de onderlinge verhoudingen tussen de lastgever en lasthebber niet aan de lasthebber toekomen. Van een afgescheiden vermogen zoals bij een *trust* is echter geen sprake, omdat de regeling van art. 7:420 BW alleen in geval van faillissement van toepassing is op vorderingsrechten en andere voor overgang vatbare rechten jegens een derde die door de lasthebber worden beheerd. Buiten faillissement geldt de regeling niet, evenmin indien sprake is van andere vanwege het beheer op naam van de lasthebber staande roerende zaken of registergoederen.

6. Privatieve lastgeving

Van privatieve⁷⁴¹ lastgeving is sprake indien bij de totstandkoming van de

⁷⁴¹ Privatief in de betekenis van “met uitsluiting van anderen”. Zie voor een uitgebreide behandeling van de vraag of de privatieve last ook bij een economische eigendomsoverdracht kan worden overeengekomen: J.J.A. de Groot, “*Privatieve last en economisch eigendom*”, *WPNR*, 1995/6180-6181, Koninklijke Notariële Broederschap, p. 314-316 en 328-330. Het antwoord van de Groot op deze vraag is negatief omdat naar zijn mening noch de ratio van de regeling

lastgeving wordt bedongen dat de lasthebber een aan de lastgever toekomend recht in eigen naam en met uitsluiting van de lastgever zal uitoefenen, zodat gedurende de duur van de overeenkomst de lastgever de bevoegdheid mist om beheers- en beschikkingshandelingen waar de privative last betrekking op heeft zelf te verrichten, niet alleen tegenover de lasthebber maar ook jegens derden. Wat de bevoegdheden van de lasthebber zijn, is afhankelijk van de inhoud van de volmacht. De volmacht kan bv. de bevoegdheid geven tot vervreemding, verpanding of herbelegging. Een onherroepelijk privative last is overigens op grond van art. 3:74 BW slechts mogelijk voorzover de lastgevingsovereenkomst in het belang van de lasthebber of een derde strekt. Deze rechtsfiguur vertoont in twee opzichten een gelijkenis met de *trust*. Enerzijds heeft de privative lasthebber - bij uitsluiting van anderen - de beheers- en beschikkingsbevoegdheid met betrekking tot de goederen waar de privative lastgeving betrekking op heeft, anderzijds behoort het economisch belang bij de goederen bij de lastgever. Van een afgescheiden vermogen, zoals bij de *trust*, is echter geen sprake. De goederen blijven namelijk toebehoren aan de lastgever. Vandaar dat een faillissement van de lasthebber, de lastgever niet raakt. Bij een faillissement van de lastgever daarentegen kan de curator de privative lastgeving opzeggen⁷⁴². Dientengevolge kan de lastgeving eindigen indien de lastgever failliet gaat, dit in tegenstelling tot een *trust*verband dat voortduurt óók als (een van) de *beneficiaries* failliet gaan. Het gevolg hiervan is dat de privative lastgeving een weinig reëel alternatief voor de *trust* vormt.

7. Overdracht ten titel van beheer onder ontbindende voorwaarde

Kenmerkend voor de *trust* is dat de *trustee* exclusieve beheers- en beschikkingsbevoegdheden tot de *trust*goederen heeft, terwijl *beneficiaries* niet het risico lopen dat crediteuren van de *trustee* zich op de *trust*goederen kunnen verhalen mocht de *trustee* bv. failliet gaan. De vraag is of eenzelfde rechtspositie kan worden bereikt door de overdracht van goederen ten titel van beheer onder een ontbindende voorwaarde? Bijvoorbeeld een ontbindende voorwaarde die pas in vervulling gaat zodra de lasthebber failliet wordt verklaard, of op het moment dat ten laste van de lasthebber beslag wordt gelegd op de betrokken goederen, dan wel indien de lasthebber de goederen in strijd met de lastgeving

noch het maatschappelijk nut van de economische eigendom toepassing van de primitieve last bij een economische eigendomsoverdracht schraagt. Zie ook T.J. Mellema-Kranenburg en K.M.L.L. van de Ven, "Schenking met voorbehoud van macht, civiel en fiscaal bezien", *WPNR*, 2001/6433, Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, p. 157.

⁷⁴² Mits daarbij een opzegtermijn van één maand in acht wordt genomen (zie art. 7:423 lid 2 BW).

vervreemdt. Hoewel rechtshandelingen in beginsel onder een ontbindende voorwaarde kunnen worden verricht (zie art. 3:38 lid 1 BW), mag dit niet tot gevolg hebben dat sprake is van een op grond van art. 3:83 lid 1 BW niet toegelaten uitsluiting van overdraagbaarheid. Hiervan is bv. sprake indien in een lastgevingsovereenkomst is vastgelegd dat de lasthebber de goederen niet mag vervreemden en waarbij een ontbindende voorwaarde in vervulling treedt zodra dit toch gebeurt. De goederen zijn dan gedurende de periode van de lastgevingsovereenkomst onvervreembaar gemaakt, met als gevolg dat een zodanige overdracht onder ontbindende voorwaarde niet rechtsgeldig is. Dientengevolge is óf in het geheel geen overdracht tot stand gekomen, omdat de titel niet tot een werkelijke overdracht strekt, óf er is wél een geldige overdracht tot stand gekomen, maar dan heeft de ontbindende voorwaarde geen goederenrechtelijk gevolg omdat deze in strijd is met de strekking van art. 3:84 BW⁷⁴³. Het gevolg hiervan is dat overdracht ten titel van beheer onder ontbindende voorwaarde geen reël alternatief voor de *trust* vormt, temeer nu het instellen van bewind ruime mogelijkheden kent.

8. Bewind

Hoewel in de oorspronkelijke tekst voor het nieuwe Burgerlijk Wetboek een algemene regeling met betrekking tot een bij rechtshandeling in te stellen bewind was opgenomen, heeft de wetgever ervoor gekozen om verschillende specifieke vormen van bewind en hun rechtsgevolgen afzonderlijk in de wet te regelen⁷⁴⁴. Het betreft voornamelijk vormen van bewind die hetzij vanwege de wet ontstaan, hetzij vanwege de rechter kunnen worden ingesteld⁷⁴⁵. Tot de vormen van bewind die door middel van een rechtshandeling kunnen ontstaan, behoren: a. het testamentaire bewind ex art. 4:153 BW e.v. en b. het bewind bij schenking ex art. 7:182 BW. Het zijn deze bewindsvormen die aan de personen voor wie het beheer wordt uitgevoerd een bescherming bieden die vergelijkbaar is met de bescherming die naar Engels recht wordt geboden aan *beneficiaries*. In beide rechtsfiguren blijven de goederen buiten een eventueel faillissement van de bewindvoerder (= afgescheiden vermogen) en in beide rechtsfiguren kan aan de bewindvoerder een beschikkingsbevoegdheid worden toegekend die overeenstemt met die van een *trustee*. Daarmee vormt het testamentair bewind

⁷⁴³ Voor enige nuancering van deze gevolgtrekking verwijs ik naar : Aertsen, 2004, p. 132-136.

⁷⁴⁴ Zie Aertsen, 2004, p. 136-137.

⁷⁴⁵ Tot de soorten van bewind die door de rechter kunnen worden ingesteld behoren o.a.: bewind ingesteld in geval van ontbinding van een rechtspersoon ex art. 2:22 BW, het meerderjarigenbewind ex art. 1:431-449 BW, bewind in het kader van afwezigheid ex art. 1:409 BW en bewind in het kader van vermissing ex art 1:420 BW.

en het bewind bij schenking een reëel alternatief voor de *trust*. Deze vormen van bewind zijn goed toepasbaar in de particuliere sfeer. Ze zijn echter niet geschikt om in de financiële sector allerlei vormen van vermogensbeheer te organiseren⁷⁴⁶ (zoals beleggingsfondsen en *securisations*).

Conclusie

Indien de verdragstrust wordt getoetst aan de *trust*-achtige figuren in het Nederlandse privaatrecht, dan is de conclusie dat geen van deze figuren naar Nederlands privaatrecht volledig voldoet aan hetgeen een verdragstrust kenmerkt⁷⁴⁷.

Gesteld kan worden dat de rechtsfiguur van het testamentair bewind en het bewind bij schenking, de verdragstrust nog het dichtst benaderen⁷⁴⁸. In beide gevallen is sprake van een afgescheiden vermogen en is sprake van een beschikkingsbevoegdheid bij de bewindvoerder. Ook eigendom ten titel van beheer in combinatie met een stichting benadert de verdragstrust, omdat ook bij deze rechtsfiguur sprake is van een (in beginsel) afgescheiden vermogen en een beschikkingsbevoegdheid van het bestuur binnen de door de doelomschrijving gestelde grenzen. Bij alle overige rechtsfiguren is in tegenstelling tot de verdragstrust geen sprake van een afgescheiden vermogen. Zij het dat bij eigendom ten titel van beheer een pand- en hypotheekrecht, al dan niet gecombineerd met een recht van vruchtgebruik, de vermogenspositie van de begunstigde(n) versterkt. Echter, de vestiging van beperkt zakelijke zekerheidsrechten en een recht van vruchtgebruik maakt de constructie nogal inflexibel, hetgeen een verdragstrust juist niet is.

Geconcludeerd dient derhalve te worden dat een verdragstrust civielrechtelijk als een rechtsfiguur *sui generis* moet worden gekwalificeerd die geen equivalent naar Nederlands privaatrecht kent.

⁷⁴⁶ Zie Aertsen, 2004, p. 138.

⁷⁴⁷ Dit betekent overigens niet dat dit ook tot gevolg heeft dat deze Nederlandse rechtsfiguren waarop het verdrag niet van toepassing is in het buitenland per definitie niet als een verdragstrust worden erkend.

⁷⁴⁸ Verhagen, 1996, p. 78-82 (en de aldaar in voetnoten aangehaalde literatuur) is van mening dat het verdedigbaar is dat de kwaliteitsrekening en het bewind aan de kenmerken van art. 2 *Trust*verdrag voldoen, zodat deze als een “verdragstrust” zouden zijn aan te merken. Deze rechtsfiguren vertonen namelijk zowel een functionele, alsook een structurele equivalentie met de verdragstrust. Zie over de kwaliteitsrekening ook: R.M Avezant, “De kwaliteitsrekening”, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2002, alsook: H.C.F. Schoordijk, “De Notariële en andere derdenrekeningen”, Kluwer-Deventer, 2003.

3.2 Vormt een verdragstrust een juridisch zelfstandige entiteit naar Nederlands privaatrecht?

3.2.1 Inleiding

Voor de beantwoording van de vraag of een verdragstrust naar Nederlands privaatrecht als een juridisch zelfstandige entiteit dient te worden gekwalificeerd, is het van belang allereerst te onderkennen dat het verdrag slechts de essentiële kenmerken van een verdragstrust benoemt en tevens expliciet bepaalt welke juridische gevolgen ontstaan indien een als verdragstrust te duiden rechtsfiguur aan deze materiële kenmerken voldoet. Uit het verdrag kan echter niet rechtstreeks worden afgeleid of de *trust* al dan niet als een juridisch zelfstandige entiteit kwalificeert. De gevolgen van een verdragstrust duiden weliswaar op een zekere mate van verzelfstandiging van het *trust*vermogen omdat:

1. de goederen die de *settlor* bij leven of bij testament ten behoeve van (een groep van onbepaalde) *beneficiaries* of een bepaald doel onder de macht van een *trustee* heeft gebracht een afgescheiden geheel vormen en

2. zij geen deel uitmaken van:

- het eigen vermogen van de *trustee* zodat persoonlijke schuldeisers van de *trustee* geen verhaal hebben op het *trust*vermogen,

- het eigen vermogen van de *trustee* in geval van diens insolventie of faillissement

- enige huwelijksgoederengemeenschap waarin de *trustee* gehuwd mocht zijn noch van zijn nalatenschap, terwijl

3. de *trust*goederen kunnen worden teruggevorderd in alle gevallen waarin de *trustee* deze, met schending van de verplichtingen die voor hem uit de *trust* voortvloeien, met zijn eigen vermogen heeft vermengd of deze heeft vervreemd en

4. de rechtstitel met betrekking tot de *trust*goederen op naam staat van de *trustee* of ten name van een ander voor rekening van de *trustee* opdat deze de goederen van de *trust* kan besturen, beheren en erover kan beschikken ten behoeve van *beneficiaries* of het goede doel,

maar dit betekent niet dat het verdrag daarmee de verdragstrust als een juridisch zelfstandige entiteit kwalificeert. Hetgeen wel kan worden geconcludeerd is dat:

3.2 Vormt een verdragstrust een juridisch zelfstandige entiteit naar Nederlands privaatrecht?

3.2.1 Inleiding

a) de kenmerken van een verdragstrust de vorming van zulk een entiteit niet uitsluiten

en dat

b) indien de *fixed*⁷⁴⁹ en de *discretionary trust* aan de kenmerken van de verdragstrust worden getoetst, zij beide als een verdragstrust dienen te worden aangemerkt met alle gevolgen welke het verdrag daaraan verbindt.

Voor de beantwoording van de vraag of een verdragstrust naar Nederlands privaatrecht als een juridische entiteit dient te worden gekwalificeerd, is het van belang allereerst te onderkennen dat ons recht⁷⁵⁰, naast de natuurlijk persoon, ook andere entiteiten tot rechtssubject bestempelt⁷⁵¹. Dat wil zeggen: zelfstandige dragers van rechten, verplichtingen en bevoegdheden. Kortom rechtsbevoegde persoonlijkheden. Hiertoe behoren de rechtspersonen⁷⁵² – waarvan een wettelijke definitie ontbreekt – als een bepaalde soort van rechtssubjecten⁷⁵³, maar zij zijn hieraan niet synoniem⁷⁵⁴. Ook andere rechtssubjecten, aangeduid met het

⁷⁴⁹ Ook wel aangeduid als een *interest in possession settlement*. Een benaming die aangeeft dat het trustvermogen en de opbrengsten daaruit door de *trustee* ten behoeve van een of meerdere subjectief gerechtigden wordt gehouden, zijnde de rechtstreeks gerechtigde *beneficiaries* als *beneficial owners* dan wel de *settlor* (of zijn erfgenamen) bij het op enig moment ontbreken van *beneficiaries*. Zie Deel 1, 3. 2.1.1. “*Interest in possession settlement*”.

⁷⁵⁰ Recht in de betekenis van geldend recht in een bepaalde tijd en op een bepaalde plaats en afhankelijk van het deelterrein van het recht.

⁷⁵¹ Hier in de betekenis dat het recht bepaalt of een bepaalde entiteit rechtssubjectiviteit heeft.

⁷⁵² De term “rechtspersoon” werd voor het eerst in het BW geïntroduceerd bij de invoering van de kindervetten aan het begin van de 20^e eeuw. Daarvoor werden verschillende termen gebezigd, zoals zedelijke lichamen (10^e titel “*Van zedelijke lichamen*” BW 1838); verenigde lichamen (met als onderscheid publieke en private lichamen); zedelijke personen (een uit de natuurrechtelijke literatuur afkomstige term waarmee wordt aangeduid dat deze lichamen geacht worden de zeden en daden van mensen te regelen); wettelijke personen en *universitates* (in de zin van een vereniging van meer personen met een gemeenschappelijk doel en een verbintenis tot werkzaamheid om dit doel te bereiken). Zie voor een uitgebreide studie van de rechtspersonen in de 19^e eeuw: F.M. Huussen-de Groot, “*Rechtspersonen in de 19^e eeuw*”, Universitaire Pers Leiden, W.E.J. Tjeenk Willink B.V. – Zwolle, 1976, H. III, p. 61-137, alsmede het preadvies van L. Timmerman, “*Onderstromen in het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht*” in “*De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht*”, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, 130^e jaargang/2000-I, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 2000, p. 109-114.

⁷⁵³ Hier in de betekenis van alles wat rechtsbevoegd is en dus “persoonlijkheid” in juridische zin heeft. Zie ook: R.J.B. Bergamin, “*De persoon in het recht*”, *Ars Aequi Libri*, 2000, Nijmegen, p. 34.

⁷⁵⁴ Zie hierover Bergamin, 2000, p. 31-34.

begrip “lichaam”⁷⁵⁵, kunnen zelfstandige dragers van rechten, verplichtingen en bevoegdheden zijn. Óf een bepaalde entiteit rechtssubjectiviteit heeft, wordt door het geldende recht bepaald dat is gebaseerd op een rechtspolitieke keuze door de wetgever of op een rechterlijke beslissing⁷⁵⁶, waarbij per deelterrein van het recht zal moeten worden vastgesteld of een entiteit, een “iets”, ook voor dat deelterrein als een rechtssubject moet worden aangemerkt.

Ten aanzien van de vraag of een fiduciair afgezonderd en afgescheiden vermogen⁷⁵⁷ – ontstaan vanwege de wil van de rechthebbende tot het vermogen tot enkelvoudige afscheiding ten behoeve en in het belang van anderen⁷⁵⁸ – privaatrechtelijk een entiteit kan vormen die rechtssubjectiviteit heeft⁷⁵⁹,

⁷⁵⁵ Het begrip lichaam (volgens de leer van de realiteit van rechtspersoon) kwam reeds voor in het BW van 1838 dat de maatschap en de vereniging als bijzondere overeenkomst regelde (“zedelijke lichamen”). Zie hierover M.J.G.C. Raaijmakers, “*Vennootschaps- en rechtspersonenrecht*”, 4^e geheel herziene druk, Gouda Quint, Deventer, 2000, p. 10-1. Uit de parlementaire geschiedenis (Memorie van toelichting, Kamerstukken II 1959/60, 6000, nr. 3., p. 17) blijkt dat het begrip “lichaam” fiscaalrechtelijk is bedoeld als een verzamelbegrip voor die maatschappelijke entiteiten die de wetgever aan vennootschapsbelasting heeft willen onderwerpen omdat de winst van deze lichamen niet rechtstreeks kan worden toegerekend aan individuele deelgerechtigden. Zie: *Cursus Belastingrecht*. N.H. de Vries/R.J. de Vries, “*Vennootschapsbelasting*”, H. 1.0.1A.b2.1, p. 2-6, Kluwer-Deventer. Zie ook: L.A. de Blicck/P.J. van Amersfoort/J. de Blicck/E.A.G. van der Ouderaa/R.J. Koopman, “*Algemene wet inzake rijksbelastingen*”, 7^e herzien druk, Deventer – 2004, p. 29-30.

⁷⁵⁶ Zie in gelijke zin Bergamin, 2000, p. 31. Een voorbeeld van rechtelijke beslissingen waarbij aan een entiteit rechtssubjectiviteit werd toegekend zijn de uitspraken van de Hoge Raad in de hierna nog te bespreken “*novemberarresten*”.

⁷⁵⁷ Het begrip “afgescheiden vermogen” komt men overigens nergens in de wet tegen. Met het begrip “afgescheiden vermogen” doelt men doorgaans op een algemeenheid van goederen en schulden (*universitas iuris*) met interne en externe werking. Intern door afzondering ten opzichte van het vermogen van de rechthebbende(n). Extern ten opzichte van derden. Door de afscheiding ontstaat een rechtens zelfstandige vermogenseenheid die haar “eigen” rechten en verplichtingen heeft en ook als zodanig wordt afgewikkeld. Voorzover het een schenking, een stichting of *trust* betreft, is de *causa* van afscheiding gelegen in de wil van rechthebbende tot enkelvoudige afscheiding ten behoeve en in het belang van anderen. Zie Raaijmakers, 2000, p. 42-51. Indien een *trust* tot stand komt is overigens geen sprake van een afscheiding van activa én passiva, maar slechts van een afscheiding van positieve vermogensbestanddelen. Nadien kan tengevolge van door de *trustee* verrichte rechtshandelingen het *trust*vermogen wél ook schulden omvatten, zodat alsdan van een algemeenheid van goederen en schulden sprake is. Ook het begrip doelvermogen vormt in privaatrechtelijke wetgeving, rechtspraak en doctrine geen vastomlijnd begrip.

⁷⁵⁸ Zie Raaijmakers, 2000, p. 43.

⁷⁵⁹ In dit verband is van belang dat aan Boek 2 BW een gesloten systeem van rechtspersonen ten grondslag ligt, hetgeen zou betekenen dat het niet mogelijk is dat krachtens partijwil een rechtsfiguur wordt gevormd die tot dan toe in het positieve recht onbekend was en die, enkel en alleen omdat de partij(en)-oprichter(s) zulks verklaren, als rechtspersoon heeft te gelden. Zie Van Schilfgaarde, 1979, p. 19. In dezelfde zin in zijn preadvies: F.K. Buijn, “*Privaatrechtelijke*”

3.2 Vormt een verdragstrust een juridisch zelfstandige entiteit naar Nederlands privaatrecht?

3.2.2 Algemene kenmerken van rechtssubjectiviteit

beperk ik me tot het noemen van een aantal algemene kenmerken, zonder op de specifieke civielrechtelijke vragen die deze algemene kenmerken oproepen, in te gaan⁷⁶⁰.

3.2.2 Algemene kenmerken van rechtssubjectiviteit

Naar civiel recht is kenmerkend voor een als juridisch zelfstandige entiteit te kwalificeren fiduciair afgezonderd en afgescheiden vermogen, dat de vermogenseenheid haar eigen rechten en verplichtingen heeft en daarmee een eigen identiteit onafhankelijk zowel van de samenstelling van haar vermogen, alsook van mogelijke gerechtigden tot het vermogen. Vanwege de (cumulatie van) eigen bevoegdheden van het afgezonderde en afgescheiden vermogen is in het privaatrechtelijke systeem sprake van een zodanige mate van erkenning van rechtsbevoegdheid en bijgevolg personificatie, dat het afgezonderd en afgescheiden vermogen als een rechtsdrager, die kenbaar is in het rechtsverkeer, kan worden aangemerkt. Tot deze eigen bevoegdheden behoren:

- het als zodanig “object” kunnen zijn van rechtshandelingen,
- het kunnen hebben van eigen rechten (en verplichtingen),
- het kunnen hebben van een eigen woonplaats en, mits openbaar, een eigen naam,
- het in rechte eisend en verwerend kunnen optreden,

rechtspersonen: rechtspersoonlijkheid en rechtsvorm” in “*De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht*”, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 130^e jaargang/2000-I, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 2000, p. 236-237. Hij is van mening dat het niet past dat private partijen zelfstandig nieuwe vormen van rechtspersoonlijkheid kunnen creëren. De wet erkent namelijk niet alleen zekere entiteiten als rechtspersoon, maar geeft voor rechtspersonen tevens zowel formele als materiële voorschriften, waarmee de wetgever ordenend optreedt. In deze systematiek zou het niet passen dat partijen vrij zijn om nieuwe vormen van rechtspersoonlijkheid tot stand te brengen. *Timmerman* is echter van mening dat in het rechtspersonenrecht meer vrijheid dient te worden gewaagd. In dit verband verwijst hij naar het door *J.M.M. Maeijer* gelanceerde voorstel waarbij het aan vennoten wordt overgelaten te bepalen, of zij een openbare vennootschap wensen op te zetten met of zonder rechtspersoonlijkheid, hetgeen tegemoet komt aan het in de rechtspraktijk levende verlangen om in het rechtspersonenrecht meer ruimte te geven aan de partijautonomie (zie *Timmerman*, 2000, p. 162-163). Ook *Raaijmakers* is van mening dat het te ver voert om het oordeel dat iets een rechtspersoon is uitsluitend aan de wetgever te doen toekomen, zie *Raaijmakers*, “*Rechtspersonen tussen contract en instituut*”, inaugurale rede, Kluwer-Deventer-1987, p. 8.

⁷⁶⁰ Zie in dit verband *Raaijmakers*, 2000, p. 44.

Voorts zijn als eigenschappen van belang dat:

- een veroordelend vonnis tegen de “entiteit” kan worden geëxecuteerd;
- een toewijzend vonnis door haar zelf ten uitvoer kan worden gelegd,
- verrekening van individuele schulden en vorderingen tussen het afgescheiden vermogen en de rechthebbenden in beginsel niet is toegestaan,
- terwijl een faillissement in beginsel mogelijk is.

Kortom er is sprake van een zekere verzelfstandiging van de eigen boedel⁷⁶¹.

Het feit dat een fiduciair overgedragen vermogen als zodanig rechtsbevoegdheid heeft en dus “persoonlijkheid” in de juridische betekenis, is ook fiscaalrechtelijk van belang. Indien namelijk naar civiel recht een fiduciair overgedragen vermogen vanwege de personificatie van de eigen boedel als een juridisch zelfstandige entiteit dient te worden aangemerkt, dan geldt - vanwege de eenheid der rechtsorde - in beginsel dat ook fiscaalrechtelijk zulk een fiduciair overgedragen vermogen als een zelfstandige entiteit dient te worden gekwalificeerd.

3.2.3 Kwalificatie van de verdragstrust

Getoetst aan de hiervoor omschreven bevoegdheden/eigenschappen ben ik van mening, dat ten aanzien van de privaatrechtelijke kwalificatie van de verdragstrust geconcludeerd dient te worden, dat weliswaar sprake is van een ten aanzien van de *settlor* en de *trustee* afgezonderd en afgescheiden vermogen waarover de *trustee* beheers- en beschikkingsbevoegdheid heeft, maar dat de rechtsfiguur -ook in de onderscheiding naar de *discretionary* en de *fixed trust* - naar Nederlands privaatrecht niet als een juridisch zelfstandige entiteit kan worden aangemerkt. Immers, het afzonderen en afscheiden van vermogen en het onder bijzonder beheer brengen van het vermogen maakt het vermogen in privaatrechtelijke zin nog niet juridisch zelfstandig. Ook niet als er nog geen begunstigten zijn die zodanig subjectief tot het *trust*vermogen en haar opbrengsten gerechtigd zijn, dat zij daarmee als deelgerechtigden het juridisch en economisch belang bij het *trust*vermogen houden. Meer bepalend is naar mijn mening of de *trust* als zodanig in rechte kan optreden; eigen

⁷⁶¹ Zie Raaijmakers, 2000, p. 44. Zie ook hetgeen hij schrijft over de juridische verzelfstandiging van doelbestemd vermogen in M.J.G.C. Raaijmakers, 2006, hoofdstuk 2, § 2.2.6 “*Vennootschap als zelfstandige rechtsdrager (rechtssubject)*”, p. 85-86.

rechten en verplichtingen kan aangaan; of het *trust*vermogen afzonderlijk kan worden uitgewonnen; kan failleren en of het *trust*vermogen kan worden overgedragen (zonder dat een nieuwe *trustee* wordt aangewezen) dan wel verpand. Kortom een als verdragstrust aan te merken fiduciair afgezonderd en afgescheiden doelbestemd vermogen vormt privaatrechtelijk pas een entiteit die rechtssubjectiviteit heeft, indien de vermogenseenheid haar eigen rechten en verplichtingen heeft en daarmee een eigen identiteit onafhankelijk zowel van de samenstelling van haar vermogen, alsook van mogelijke gerechtigden tot het vermogen en welke vermogenseenheid tot stand is gekomen vanwege de wil van een rechthebbende tot het vermogen tot enkelvoudige afscheiding ten behoeve en in het belang van anderen.

3.2.4 Conclusie

Vorenstaande analyse leert dat privaatrechtelijk niet naar vormen van juridische zelfstandigheid moet worden gezocht, maar in de richting van bewind en beheer. Er is namelijk sprake van een afgezonderd vermogen dat krachtens wettelijke dan wel contractuele opdracht moet worden beheerd. Het is deze benadering die aansluit⁷⁶² bij het fiscaalrechtelijk begrip “doelvermogen”⁷⁶³ en daaraan aldus een (eigen) privaatrechtelijke onderbouwing geeft. Aldus biedt het privaatrecht een handreiking aan het fiscale recht om tot een fiscaalrechtelijke inpassing van de verdragstrust te komen.

⁷⁶² Zoals hierna nog zal blijken uit de analyse in Deel 3, 2.1.2.

⁷⁶³ Zoals hierna in Deel 3, 2.1.2 beschreven.

Hoofdstuk 4

Samenvatting en conclusie

4.1 Samenvatting

In dit deel is onderzocht hoe de verdrag*trust* naar Nederlands privaatrecht kan worden gekwalificeerd. Daarbij is allereerst aandacht besteed aan het belang van het Haags *trust*verdrag. Een verdrag – waarin de kenmerken van een verdrag*trust* zijn vastgelegd – dat verdragspartijen verplicht een verdrag*trust* binnen hun rechtsstelsels te erkennen, ook als het betrokken rechtssysteem de rechtsfiguur van de *trust* niet kent.

Het verdragsbereik wordt begrensd doordat het alleen betrekking heeft op *trusts* die door een wilsuïting in het leven zijn geroepen, hetzij krachtens een testamentaire beschikking, hetzij door wilsuïting bij leven, waarbij wilsuïting doelt op het bij eenzijdige rechtshandeling door de *settlor* vrijwillig in het leven roepen van de *trust*.

Een belangrijke beperking is dat het verdrag niet van toepassing is op voorafgaande vragen betreffende de geldigheid van testamenten of andere rechtshandelingen krachtens welke goederen aan de *trust* worden overgedragen. Dit betekent dat dwingendrechtelijke bepalingen van Nederlands privaatrecht tot gevolg kunnen hebben dat een *trust* naar Nederlands privaatrecht beoordeeld niet ontstaat/bestaat, dan wel de omvang van het *trust*vermogen wordt beperkt. Het recht dat de *trust* beheerst wordt bepaald door het door de insteller gekozen recht. Mocht door de insteller een keuze zijn gemaakt voor het recht van een land dat de *trust* niet kent, dan wel indien in het geheel geen rechtskeuze is uitgebracht, dan wijst het verdrag als op de *trust* toepasselijk recht aan het recht waarmee de *trust* het nauwst is verbonden. Het door het verdrag aangewezen recht beheerst de geldigheid; de uitlegging; de rechtsgevolgen en het bestuur van de *trust*. Het gekozen *trust*recht dient te wijken voor dwingende rechtsregels die van toepassing zijn op een ander onderwerp dan de *trust*. Ook dienen internationale dwingende (voorrangs)regels van het forum te worden toegepast. Omdat het verdrag niet van toepassing is rechtshandelingen die het onder *trust*verband brengen van goederen betreffen, dient de overdrachtshandeling – getoetst aan dwingende rechtsregels van Nederlands privaatrecht – op zijn eigen geldigheid te worden beoordeeld. Tot de dwingende rechtsregels die tot nietigheid van rechtswege van de totstandkoming van de *trust* (kunnen) leiden, behoren het fiduciaverbod; de voor een rechtsgeldige gift geldende eisen en het vanwege het erfrecht gesloten stelsel niet tot stand kunnen brengen van een *trust* via een uiterste wilsbeschikking. Tot de dwingende rechtsregels die (gedeeltelijke) vernietiging van de totstandgekomen verdrag*trust* tot gevolg

hebben, behoren de regels betreffende de schending van de legitieme portie en de regels betreffende paulianeuze handelingen.

Van de toepassing van de bepalingen van het verdrag kan ook worden afgezien indien de toepassing klaarblijkelijk onverenigbaar is met openbare orde.

Omdat het privaatrechtelijk (en fiscaalrechtelijk) kwalificeren van de *trust* pas zinvol is als deze naar Nederlands privaatrecht (en fiscaal) recht kan worden erkend, is vervolgens nagegaan welke materiële kenmerken een *trust* dient te hebben om ingevolge het Haags *trust*verdrag als verdrag*trust* te worden erkend. Daarbij is gebleken dat in beginsel naar buitenlands recht tot stand gekomen rechtsbetrekkingen waarbij:

- goederen een afgescheiden geheel vormen en geen deel uitmaken van het persoonlijk vermogen van de *trustee*
- de rechtstitel met betrekking tot de goederen ten name van de *trustee* of ten name van een ander voor rekening van de *trustee* staat en
- de *trustee* de bevoegdheid en de plicht heeft om de goederen te besturen, te beheren en er over te beschikken,

als een verdrag*trust* dienen te worden gekwalificeerd en als zodanig te worden erkend.

Erkenning van de *trust* brengt met zich dat het *trust*vermogen is afgescheiden van het eigen vermogen van de *trustee* (en van de *settlor*); de persoonlijk schuldeisers van de *trustee* geen verhaal hebben op het *trust*vermogen; het *trust*vermogen ook geen deel uitmaakt van het privé-vermogen van de *trustee* in geval van diens insolventie of faillissement; de *trust*goederen geen deel uitmaken van enige huwelijksgoederengemeenschap waarin de *trustee* mocht zijn gehuwd noch van zijn nalatenschap en dat de *trust*goederen kunnen worden teruggevorderd in alle gevallen waarin de *trustee* deze, met schending van de verplichtingen die voor hem uit de *trust* voortvloeien, met zijn eigen vermogen heeft vermengd of deze heeft vervreemd. Het verdrag staat toe om erkenning te weigeren indien de kenmerkende elementen van de *trust*, waartoe niet behoren het toepasselijk recht, de plaats van bestuur van de *trust* en gewone verblijfplaats van de *trustee*, nauwer zijn verbonden met de staat die de rechtsfiguur of de betrokken vorm van de *trust* niet kennen. Tot deze kenmerkende elementen behoren nationaliteit en woonplaats van de *settlor* en/of de plaats waar de goederen zijn gelegen of het land waar de *beneficiaries* woonachtig zijn.

Het verdrag geeft geen antwoord op de vraag hoe de totstandgekomen rechtsfiguur van de verdrag*trust* privaatrechtelijk dient te worden gekwalificeerd.

4.1 Samenvatting

Het schetst slechts de kenmerken van een verdrag*trust* en de privaatrechtelijke gevolgen daarvan, zij het dat de kenmerken van de verdrag*trust* de vorming van een juridisch zelfstandige entiteit naar Nederlands privaatrecht naar mijn mening niet uit sluiten.

Omdat het verdrag zich richt op privaatrechtelijke verhoudingen, heeft het geen directe invloed op de fiscale behandeling van *trusts* die met de Nederlandse rechtsorde in aanraking komen. Het verdrag laat namelijk de bevoegdheden van de verdragsstaten op belastinggebied onverlet. Privaatrechtelijk erkenning geeft derhalve geen antwoord op de vraag of en zo ja, hoe een erkende buitenlandse *discretionary* of *fixed trust* onderworpen dient te worden aan de Nederlandse fiscale wetgeving. Het gevolg hiervan is dat indien een *trust* de Nederlandse rechtsorde raakt, beoordeeld dient te worden of er zich feiten en omstandigheden voordoen waaraan het Nederlandse fiscale recht gevolgen verbindt, waarbij de eigen aard en de doelstellingen van het belastingrecht kunnen rechtvaardigen dat het belastingrecht entiteiten die privaatrechtelijk worden erkend, als niet bestaand beschouwd⁷⁶⁴. Mocht een bepaalde *trust*vorm fiscaal erkend worden dan dient door uitleg van de regels die het bereik en werkingsomvang van de huidige belastingwetten⁷⁶⁵ bepalen de vraag te worden beantwoord of de *discretionary* en de *fixed trust* krachtens de onderscheiden bestaande belastingwetten in de heffing worden betrokken terzake de rechtshandeling strekkende tot vestiging van de *trust*, het bestaan van de *trust* en de verkrijging door begunstigen van uitkeringen uit *trust*opbrengsten. Het verdrag geeft hierover geen uitsluitel.

Teneinde te trachten de verdrag*trust* in het Nederlands privaatrecht in te passen, is onderzocht of de verdrag*trust* een equivalent naar Nederlands privaatrecht heeft en of de verdrag*trust* als een juridisch zelfstandige entiteit naar Nederlands privaatrecht is te kwalificeren. Een toetsing van hetgeen de *trust* kenmerkt aan de kenmerken van een aantal *trust*-achtige rechtsfiguren in het Nederlands privaatrecht leert dat de rechtsfiguren van het testamentair bewind en het bewind bij schenking de verdrag*trust* nog het dichts benaderen. Ook eigendom ten titel van beheer in combinatie met een stichting benadert de verdrag*trust*. Ten aanzien van de vraag of een verdrag*trust* een juridisch zelfstandige entiteit

⁷⁶⁴ De in art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 opgenomen regeling betreffende het als een doelvermogen te kwalificeren afgezonderd particulier vermogen, waarbij het juridische bestaan van het doelvermogen voor de heffing van inkomstenbelasting wordt genegeerd, is dan ook niet in strijd met het Haags Trustverdrag.

⁷⁶⁵ Waarbij moet worden bedacht dat de Algemene wet inzake Rijksbelastingen 1959 en iedere voor toepassing in aanmerking komende belastingheffing (inkomstenbelasting, vennootschapsbelasting en erf- en schenkbelasting) eigen begrippen kent die de werkingsomvang en daarmee de wettelijke grondslag voor de onderscheiden heffingen bepalen. Het gevolg daarvan is dat voor ieder van deze heffingen afzonderlijk moet worden vastgesteld of de *discretionary trust* resp. de *fixed trust* onder haar bereik valt als belastingplichtig subject.

naar Nederlands privaatrecht vormt, is geconcludeerd dat zulks niet het geval is omdat een als verdrag*trust* aan te merken fiduciair afgezonderd en afgescheiden doelbestemd vermogen privaatrechtelijk pas een entiteit vormt die rechtssubjectiviteit heeft, indien de vermogenseenheid haar eigen rechten en verplichtingen heeft en daarmee een identiteit onafhankelijk zowel van de samenstelling van haar vermogen, alsook van mogelijke gerechtigden tot het vermogen en welke vermogenseenheid tot stand is gekomen vanwege de wil van een rechthebbende tot het vermogen tot enkelvoudige afscheiding ten behoeve van en in het belang van anderen.

4.2 Conclusie

Gelet op vorenstaande kan worden geconcludeerd dat teneinde de verdrag*trust* in te passen privaatrechtelijk niet moet worden gezocht naar vormen van juridische zelfstandigheid, maar in de richting van bewind en beheer. Deze benadering geeft aansluiting bij het fiscaalrechtelijk begrip “doelvermogen” en daarmee een (eigen) privaatrechtelijke onderbouwing. Aldus biedt het privaatrecht een handreiking aan het fiscale recht om tot een fiscaalrechtelijke inpassing van de verdrag*trust* te komen.

Deel 3

De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de *trust*

Hoofdstuk 1

Inleiding

De gevolgen welke voor de heffing van de schenkbelasting, de erfbelasting, de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting aan de totstandkoming en het bestaan van een *discretionary trust* respectievelijk een *fixed trust* moeten worden verbonden, zijn afhankelijk van het antwoord op de vraag hoe deze naar buitenlands recht tot stand gekomen rechtsfiguren naar Nederlands fiscaal recht moeten worden gekwalificeerd. Meer in het bijzonder betreft het de vraag of deze twee rechtsfiguren voor de heffing van de onderscheiden belastingen al dan niet als een non-transparante entiteit dienen te worden aangemerkt. Een kwestie die ook wel als het transparantievraagstuk wordt aangeduid, waarbij ik het begrip fiscale transparantie⁷⁶⁶ definieer als:

“het voor fiscale doeleinden rechtstreeks aan (rechts)personen toerekenen van het juridisch en economisch belang bij het trustvermogen omdat de (rechts)personen ingevolge het trustinstrument dan wel het trustrecht zowel juridisch afdwingbare rechten hebben verkregen betreffende de verkrijging van de juridische eigendom van het trustvermogen en de opbrengsten daarvan, alsook rechtstreeks tot het economisch belang bij het trustvermogen zijn gerechtigd”.

Toetsingscriterium

Het criterium waaraan getoetst moet worden of een *trust* voor de heffing van de onderscheiden belastingen als transparant moet worden aangemerkt, is derhalve naar mijn mening of (rechts)personen vanwege de bepalingen in het *trustinstrument* dan wel het *trustrecht*,

- 1) zodanige juridisch afdwingbare rechten hebben verkregen dat het juridisch belang bij het *trustvermogen* en de opbrengsten daarvan uitsluitend hen aangaat. Waarbij ik onder het juridisch belang bij het *trustvermogen* en de opbrengsten daarvan versta: de toezegging dat zij de juridische eigendom van de *trustgoederen* (zullen) verkrijgen,
- 2) een zodanige gerechtigdheid tot het economisch belang bij het *trustvermogen* hebben verkregen dat het economisch belang uitsluitend aan hen rechtstreeks

⁷⁶⁶ Zie ook hetgeen daarover is vermeld in “*Verantwoording, probleemstelling en plan van aanpak*”, 5 “*Omschrijving van de discretionary en fixed trust en de daaraan ontleende onderzoekshypothesen*”.

kan worden toegerekend. Waarbij ik onder het rechtstreeks economisch gerechtigd zijn versta:

- het ten minste aanspraak kunnen maken op de door de *settlor* onder *trust*verband gebrachte vermogensbestanddelen; dan wel
- op de vermogensbestanddelen die daarvoor in de plaats zijn gekomen;
- op een vermogenswaarde die daar geheel of gedeeltelijk mee overeenkomt (zaaksvervangings);
- het hebben van een aanspraak op (een gedeelte van) het liquidatiesaldo van de vermogensbestanddelen in de *trust*;
- op de reserve in een of meer vermogensbestanddelen via de jaarwinst.

Daarbij gaat het niet om het zijn van economisch eigenaar, maar om het hebben van een (voldoende) economisch belang als hiervoor omschreven.

Belang transparantie

Het belang van de vraag of de *trust* al dan niet transparant geacht moet worden te zijn, is gelegen in het feit dat de fiscale gevolgen die aan de totstandkoming en het bestaan van de beide rechtsfiguren moeten worden verbonden, wezenlijk verschillen. Zulks afhankelijk van het feit of de rechtsvorm als transparant dan wel als non-transparant moet worden aangemerkt.

Hierna wordt eerst onderzocht hoe de *discretionary trust* voor de onderscheiden heffingen dient te worden gekwalificeerd. Daarna wordt nagegaan hoe de *fixed trust* fiscaalrechtelijk moet worden gekwalificeerd. Daarbij wordt met betrekking tot de kwalificatie voor de heffing van de schenk-, de erf- en de inkomstenbelasting van beide *trust*vormen een onderscheid gemaakt tussen de kwalificatie van de *trust*vorm vóór en ná 1 januari 2010. Dit in verband met het feit dat met ingang van 1 januari 2010 een wetsvoorstel tot wijziging van de Succesiewet 1956 en enige andere belastingwetten kracht van wet kreeg, hetgeen mede een wettelijke regeling voor het afgezonderd particulier vermogen, waartoe ook een *discretionary express private trust* behoort, tot gevolg had. Een regeling die naar mijn mening - ik benadruk het thans reeds - als onrechtvaardig en onbillijk moet worden aangemerkt⁷⁶⁷.

⁷⁶⁷ Vandaar dat in Deel 5, 1 “Een alternatief voor de wettelijke regeling van een als *discretionary*

Kwalificatie van de discretionary trust

Allereerst wordt in hoofdstuk 2 aandacht besteed aan de fiscaalrechtelijke kwalificatie van de *discretionary trust*. Daartoe wordt in paragraaf 1 onderzocht hoe de *discretionary trust inter vivos* voor de heffing van het schenkingsrecht vóór 1 januari 2010 diende te worden gekwalificeerd. Daarbij wordt aandacht besteed aan de arresten van de Hoge Raad d.d. 18 november 1998, *BNB* 1999/35c en 36c, de zgn. “*novemberarresten*”. In paragraaf 2 wordt onderzocht hoe de *discretionary trust mortis causa* voor de heffing van het successierecht vóór 1 januari 2010 diende te worden gekwalificeerd. Paragraaf 3 betreft de kwalificatie van de *revocable discretionary trust* vóór 1 januari 2010, terwijl in paragraaf 4 de kwalificatie van de *discretionary trust* ná 1 januari 2010 wordt onderzocht. In paragraaf 5 wordt de inhoud van hoofdstuk 2 samengevat en wordt geconcludeerd. In paragraaf 6 wordt ten slotte de onderzoekshypothese dat een *discretionary trust* als een als non-transparante fiscale entiteit is aan te merken, getoetst aan de resultaten van het onderzoek.

Kwalificatie van de fixed trust

Hoofdstuk 3 schenkt in paragraaf 2 aandacht aan de fiscaalrechtelijke kwalificatie van de *fixed trust* vóór 1 januari 2010, waarbij van belang zijnde jurisprudentie en de naar aanleiding daarvan verschenen literatuur aan de orde komen. Paragraaf 2 wordt met een conclusie afgesloten. In paragraaf 3 wordt aandacht besteed aan de betekenis van het Besluit van 15 december 2005 inzake de fiscale behandeling van de *trust*, de SPF en “ander zwevend vermogen”. Paragraaf 4 gaat in op de fiscaalrechtelijke kwalificatie van de *fixed trust* ná 1 januari 2010. Paragraaf 5 bevat een samenvatting en conclusie, terwijl paragraaf 6 aandacht besteed aan de betekenis van deze conclusie voor de heffing van schenk-, erf- en vennootschapsbelasting. Tot slot wordt in paragraaf 7 de onderzoekshypothese dat een *fixed trust* een niet als een fiscaal zelfstandige entiteit aan te merken transparante rechtsfiguur is, getoetst aan de resultaten van het onderzoek.

trust aan te merken doelvermogen” een alternatief voor een wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen wordt voorgesteld, waarbij omwille van een goed begrip aandacht wordt besteed aan regelingen betreffende de *express private trust* elders, aan het rapport van de werkgroep “Modernisering successiewetgeving” en aan eerder gedane voorstellen betreffende een wettelijke regeling van doelvermogens.

Hoofdstuk 2

De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de *discretionary trust*

2.1 De kwalificatie van de *discretionary trust inter vivos* voor de heffing van het schenkingsrecht vóór 1 januari 2010

2.1.1 Het begrip *schenking*

Onder *schenking* wordt voor de toepassing van de Successiewet 1956 ingevolge het bepaalde in art. 1 lid 1.7° van deze wet verstaan de gift, bedoeld in art. 7:186 lid 2 BW, voor zover art. 13 niet van toepassing is, en voorts de voldoening aan een natuurlijke verbintenis als bedoeld in art. 6:3 BW.

Onder gift wordt ingevolge het bepaalde in art. 7:186 lid 2 BW aangemerkt iedere handeling die ertoe strekt dat degene die de handeling verricht, een ander ten koste van eigen vermogen verrijkt. Zolang degene tot wiens verrijking de handeling strekt, de prestatie niet heeft ontvangen, noch daarop aanspraak kan maken, worden de handelingen als bedoeld in de 1^e volzin niet beschouwd als gift.

Het civielrechtelijk begrip gift wijkt af van de *schenking* als bedoeld in art. 7:175 lid 1 BW. De civielrechtelijke *schenking* is namelijk een overeenkomst tussen partijen, waarbij de uit aanbod en aanvaarding blijken de wilsovereenstemming wezenlijk is, die er toe strekt dat de ene partij, de *schenker*, ten koste van eigen vermogen de andere partij, de *begiftigde*, verrijkt. Bij de gift is een (rechts) handelen reeds voldoende om de gift tot stand te brengen, terwijl voorts geldt dat de handeling ertoe moet strekken de ander te verrijken, zonder dat die ander partij bij een overeenkomst hoeft te zijn. Dit in tegenstelling tot een *schenking*. Bij een *schenking* dient de *begiftigde* te aanvaarden, hetgeen bij een gift geen vereiste is. Of bij een gift de *begiftigde* zich bewust dient te zijn dat de *schenker* met een bevoordelingsbedoeling handelde is (de *animus recipiendi*) is sinds het arrest HR 15 juni 1994, nr. 28 840, BNB 1994/261 enigszins onzeker⁷⁶⁸, tenzij uit dit arrest mag worden afgeleid dat een *animus recipiendi* mag worden verondersteld.

⁷⁶⁸ In dit arrest achtte de civiele kamer van de Hoge Raad het voor het aannemen van vrijgevigheid voldoende dat degene die is verarmd, de verrijking van de ander heeft gewild. De vraag is echter of hieruit met zekerheid kan worden afgeleid dat de Hoge Raad geen *animus recipiendi* bij de *begiftigde* meer vereist. De Hoge Raad sloot zich namelijk in dit arrest aan bij het oordeel van het Hof alsook de Advocaat-Generaal over de bewustheid. Zowel het Hof alsook de Advocaat-Generaal spraken over bewustheid bij partijen, derhalve ook bij de *begiftigde*.

Gelet op vorenstaande was het – tot aan de hierna te bespreken “november-arresten” – de vraag of de totstandkoming van een *discretionary trust inter vivos* een belaste schenking door de *settlor* aan:

- 1) een als een juridische entiteit aan te merken doelvermogen of aan
- 2) *beneficiaries*,

diende te worden aangemerkt, dan wel

- 3) dat voor de heffing van het schenkingsrecht sprake was van een heffingsvacuüm vanwege het ontbreken van een verkrijgende partij.

Toetsing aan de vier voorwaarden waaraan dient te zijn voldaan om van een schenking te kunnen spreken, te weten het:

- a. door de *settlor* uit vrijgevigheid overdragen van vermogensbestanddelen aan een *trustee* tengevolge waarvan deze de *legal title* van deze vermogensbestanddelen naar *common law* verkrijgt en waardoor de *settlor* verarmt,
- b. kunnen bepalen wie van de *beneficiaries* in welke mate en op welke wijze tot het *trust*vermogen/*trust*inkomsten gerechtigd zijn/worden,
- c. door *beneficiaries* aanvaarden (stilzwijgend) van het hen toegekende recht,
- d. door het aan hen toegekende recht verrijkt worden van *beneficiaries*,

leerde namelijk dat de *settlor* weliswaar blijvend was verarmd⁷⁶⁹, doch dat (nog) niet vaststond wie uit de door de *settlor* vastgestelde groep van *beneficiaries* wanneer iets zou krijgen, zodat geen sprake was van:

- a) een aanvaarding door (een van) de *beneficiaries*,
- b) een verrijking van (een van) de *beneficiaries*,

⁷⁶⁹ Ten aanzien van de blijvende verarming is enige nuancering vereist. Indien in de loop van de tijd komt vast te staan dat er – gelet op de in het *trustinstrument* gestelde voorwaarden – geen *beneficiaries* blijken te zijn, dan keert het in *trust* gebrachte vermogen terug bij de *settlor* (of in diens nalatenschap) en wel in die zin dat de *trustees* ingevolge *equity* het vermogen voortaan voor de *settlor* (of diens erfgenamen) gaan houden als een *resulting trust*. Zie hiervoor Deel 1, 2.6.1.2. “De *resulting trusts*” voorzover het de wijze van ontstaan van een *resulting trust* betreft.

2.1 De kwalificatie van de *discretionary trust inter vivos* voor de heffing van het schenkingsrecht vóór
1 januari 2010
2.1.1 Het begrip *schenking*

hetgeen tot de conclusie moest leiden dat er van een voltooide schenking als bedoeld in art. 1.1.7° van de Successiewet geen sprake was omdat een verkrijger ontbrak⁷⁷⁰.

De *settlor* was weliswaar door de onherroepelijke overdracht van vermogen aan de *trustee(s)* verarmd, maar er was dientengevolge (nog) niemand verrijkt, zodat evenmin sprake kon zijn van (stilzwijgende) aanvaarding door *beneficiaries*. De *trustee* werd door de overdracht niet verrijkt omdat hij slechts *legal owner* werd en geen economisch belang bij het in *trust* gebrachte vermogen had, terwijl *beneficiaries* slechts een blote verwachting hadden zolang de *trustees* nog geen beslissing hadden genomen wie van de *beneficiaries*, wanneer, wat uit het *trust*vermogen kregen. Omdat de gerechtigdheid tot het beneficiair belang in het *trust*vermogen vooralsnog onbepaald was, kon ook de collectiviteit van *beneficiaries* niet als begunstigde worden aangemerkt (temeer niet omdat de *trustees* (veelal) de bevoegdheid hebben om de groep van *beneficiaries* te wijzigen door daaraan nieuwe toe te voegen en/of bestaande *beneficiaries* te vervangen). Zodra de (doorgaans) in het buitenland gevestigde *trustees* tot uitkering aan een of meerdere *beneficiaries* besloten, vormde dat alhier geen belaste schenking o.a. omdat niet werd verkregen van een in Nederland wonende/gevestigde (rechts) persoon. Mocht de *trustee* wél in Nederland woonachtig/gevestigd zijn, wat blijkens art. 7 van het *trust*verdrag mogelijk is, dan vormde de uitkering geen belaste schenking omdat er enerzijds ten aanzien van hem geen vrijgevigheid kon worden geconstateerd en hij anderzijds niet verarmde. De *trustee* kwam als *legal owner* slechts zijn fiduciaire taak na⁷⁷¹.

Indien echter de *trustee* werd gezien als een lasthebber van de *settlor*, zou gesteld kunnen worden dat zodra de *trustee* tot een uitkering besloot, deze geacht moest worden afkomstig te zijn van de *settlor*. De *trustee* vormde daarmee een verlengstuk van de *settlor*⁷⁷². Hetgeen alsdan een belaste schenking tot gevolg had mits de *settlor* ten tijde van de uitkering in Nederland woonachtig was of dat op grond van de woonplaatsfictie geacht werd te zijn⁷⁷³.

De *trustee* die *de iure* geen lasthebber van de *settlor* is, verkreeg het *trust*vermogen

⁷⁷⁰ Zie hierna onder 2.1.2 De “*novemberarresten*”.

⁷⁷¹ Zie ook Sonneveldt, 2000a, p. 83.

⁷⁷² Zie voor een uitwerking van de verlengstukgedachte Van Mens, 1985, p. 329-330 en Sonneveldt, 2000a, p. 85-87

⁷⁷³ Volgens Sonneveldt, 2000a, p. 83 is deze benadering voor wat het successierecht betreft in te passen in de bestaande jurisprudentie. Hij verwijst daarbij naar HR 2 maart 1966, 15 479, BNB 1966/106. Ten aanzien van het schenkingsrecht acht hij de verlengstukgedachte minder voor de hand liggend met als argument dat nimmer sprake van vrijgevigheid ten aanzien van de *trustee* zal bestaan.

“in trust” als *legal owner*, terwijl de *settlor* onherroepelijk afstand had gedaan van het door hem in *trust* ingebrachte vermogen.

Omdat *beneficiaries* geen juridische aanspraak verkregen zolang *trustees* geen besluit tot uitkering hadden genomen, was evenmin sprake van een schenking onder de opschortende voorwaarde dat de *trustee* aan hen een uitkering deed. De *beneficiaries* verkregen namelijk slechts een blote verwachting, hetgeen geen voorwaardelijke juridische aanspraak op een uitkering vormt⁷⁷⁴.

Van een blote verwachting is geen sprake indien naar Nederlands privaatrecht enig recht met een vermogenswaarde bestaat. De aard en omvang van het recht bepalen daarbij de aan het recht toe te kennen vermogenswaarde. Alleen als er een geheel onzekere verwachting zonder juridische betekenis bestaat, is sprake van een blote verwachting⁷⁷⁵.

Tot slot vormde de overdracht van vermogen door de *settlor* aan een *trustee* evenmin een overdracht van vermogen aan een stichting, hetgeen ingevolge het bepaalde in art. 17 lid 1 (oud) van de Successiewet 1956 tot heffing van schenkingsrecht zou hebben geleid, ook al is zulk een overdracht in economische zin hiermee vergelijkbaar⁷⁷⁶. De *trust* is namelijk geen rechtspersoon (met een verondersteld “eigen belang”). Overigens roept een gelijkstelling van de *trust* met een stichting de vraag op of de verschillen tussen een *trust* en een stichting niet zodanig groot zijn dat de voor gelijkstelling met een stichting vereiste extensieve interpretatie door de rechter niet te ver voert⁷⁷⁷.

Gelet op vorenstaande was het discutabel of het tot stand brengen van een *discretionary trust* door een Nederlandse *settlor*⁷⁷⁸ wel een belaste schenking

⁷⁷⁴ Hoewel de verwachters niet enig recht op het *trust*vermogen verkrijgen, is het naar mijn mening onjuist te veronderstellen dat zij niet verrijkt worden. Het feit dat zij door de *settlor* zijn aangewezen te behoren tot de groep van potentiële *beneficiaries* en daarmee op kanshebbers op het gehele of gedeeltelijke *trust*vermogen en/of de opbrengsten daaruit, vormt naar mijn mening een op zichzelf staand vermogensrecht waarvan de waarde wordt bepaald door de mate van waarschijnlijkheid dat zij door de *trustee* als *beneficiary* zullen kunnen worden aangewezen, zij het dat het recht om te kunnen worden aangewezen niet overdraagbaar is.

⁷⁷⁵ Zie Hof 's-Gravenhage, 5 oktober 1962, nr. 70/1962, BNB 1963/119; Hof Arnhem, 20 december 1963, nr. 105/63 BNB 1964/117; Rechtbank Haarlem, 19 januari 2009, nr. AWB 08/02773 en 08/02774, FED, afl.8/37 met noot van Boer. In deze uitspraak komt de rechtbank niet tot de conclusie dat een geheel onzekere verwachting zonder juridische betekenis bestaat, maar dat sprake is van een meer dan een blote verwachting. Boer is in zijn aantekening op deze uitspraak terecht van mening dat het beter zou zijn geweest als de rechtbank het begrip “recht” in plaats van “meer dan een blote verwachting” had gehanteerd.

⁷⁷⁶ In gelijke zin Verstraaten, 2004, Hfdst. I, 1.8.12.B. sub a, p. 439.

⁷⁷⁷ Sonneveldt, 2000a, p. 94, is van mening dat zulk een extensieve interpretatie zich zou dienen te beperken tot *trust*vermogen dat als zwevend kan worden aangeduid.

⁷⁷⁸ In de betekenis van een inwoner van Nederland, dan wel degene die Nederland korter dan

2.1 De kwalificatie van de *discretionary trust inter vivos* voor de heffing van het schenkingsrecht vóór
1 januari 2010

2.1.2 De “november-arresten”

als bedoeld in art. 1.1. 3^o Successiewet 1956 aan *beneficiaries* dan wel aan een als doelvermogen aan te merken fiscaal zelfstandige entiteit kon vormen. In zijn arresten d.d. 18 november 1998, nr. 31 756, *BNB* 1999/35c; nr. 31 757 (niet opgenomen in de *BNB*); nr. 31 758, *BNB* 1999/36c en nr. 31 759, *BNB* 1999/37c oordeelde de Hoge Raad dat van een belaste schenking sprake is omdat de totstandkoming van een *discretionary trust* de vorming van een als fiscaalrechtelijke entiteit te kwalificeren doelvermogen tot gevolg heeft, welk doelvermogen als verkrijger moet worden aangemerkt. Een verstrekkend oordeel dat een analyse rechtvaardigt.

2.1.2 De “november-arresten”⁷⁷⁹

Deze arresten betroffen:

- 1) de instelling van twee *irrevocable discretionary trusts* naar het recht van Jersey (Hoge Raad, 18 november 1998, nrs. 31 756, 31 757 en 31 758).
- 2) de instelling van een *irrevocable discretionary trust* naar het recht van de Kaaiman-eilanden (Hoge Raad, 18 november 1998, nr. 31 759)⁷⁸⁰.

In deze arresten kwam aan de orde:

- of de *trusts* in *fraudem legis* zijn ingesteld. Met andere woorden: of het motief voor de instelling van de *trust* geoorloofd was en of het de *settlor* vrij stond om mede uit het oogpunt van belastingbesparing voor de instelling van de *trust* te kiezen;
- of aan de aanspraken die *beneficiaries* hadden een geldswaarde was toe te kennen;
- of de wet voldoende aanknopingspunten bood om de *trust* als belastingplichtige in de zin van de wet te kunnen aanmerken;

een jaar metterwoon heeft verlaten, dan wel degene die Nederland korter dan tien jaren metterwoon heeft verlaten én de Nederlandse nationaliteit bezit.

⁷⁷⁹ De vraag of een *irrevocable discretionary trust* als “transparant” moet worden aangemerkt is nadien nog aan de orde gekomen in de uitspraak van het Hof ’s-Gravenhage 3 november 2010, nrs. 10/00138 en 10/00139, *NTFR* 2011/110. Daarin besliste het Hof in navolging van de rechtbank dat de *trust* als een non-transparante entiteit moet worden aangemerkt.

⁷⁸⁰ Ik beperk me tot een analyse van de arresten Hoge Raad 18 november 1998, nrs. 31 756 en nr. 31 758, *BNB* 1999/35c en 36c. Op het “Kaaiman-eilandenarrest”, Hoge Raad 18 november 1998, nr. 31 759, *BNB* 1999/37c ga ik niet in omdat hierin, op grond van vrijwel woordelijk dezelfde overwegingen als gebezigd in het arrest *BNB* 1999/35c, de Hoge Raad eveneens oordeelde dat het doelvermogen als verkrijger moest worden aangemerkt.

- of de afzondering van het *trust*vermogen als een verkrijging was aan te merken en als zodanig was te belasten;
- wat de rechtsgevolgen waren indien een *trust* diende te worden erkend;
- wat de rechtsgevolgen van het niet-erkennen van de *trust* waren, waarbij zich drie mogelijkheden aandienen: - het negeren van de *trust* - het toerekenen van het *trust*vermogen aan de *beneficiaries* - het toerekenen van het *trust*vermogen aan de *trust* als zodanig;

Standpunt inspecteur

In de *Jersey*-arresten is de inspecteur van mening dat het onder *trust*verband brengen van vermogen een belastbare schenking inhoudt, zodat schenkingsrecht verschuldigd is. Dientengevolge heft de inspecteur schenkingsrecht over het totaal van aan de beide *trusts* overgedragen bedragen en legt aan ieder van de op het moment van inbreng bekende *beneficiaries* een aanslag op berekend over het totale bedrag. Ook aan de stichting wordt een aanslag opgelegd op basis van het 11%-tarief. Uit een oogpunt van zekerheid⁷⁸¹ heeft de inspecteur voorts nog een aanslag opgelegd aan elk van beide *trusts*, als waren het entiteiten *sui generis*, berekend over de in de *trusts* ingebrachte bedragen⁷⁸². Vervolgens wordt met toestemming van de inspecteur tegen deze aanslagen rechtstreeks beroep ingesteld bij het Hof 's-Gravenhage.

Oordeel Hof

Na eerst het standpunt van de inspecteur te hebben verworpen dat de *trusts in fraudem legis*⁷⁸³ zijn ingesteld, is het Hof van oordeel dat niet kan worden gezegd dat belanghebbenden door de instelling van de *trusts* en door de afzondering van vermogen daarin een schenking in de zin van de (successie)wet hebben verkregen. Hij komt tot dit oordeel omdat de *protector* in beginsel het recht heeft om:

⁷⁸¹ Men kan zich afvragen of door het opleggen van aanslagen schenkingsrecht aan *beneficiaries* en de *trust* tot een bedrag ad in totaal FL. 113.434.393 nog wel sprake is van een evenwichtige aanslagregeling, nu het bedrag dat door de *settlor* in *trust* wordt gebracht in totaal FL.39.926.832 bedroeg. Het aldus opleggen van aanslagen is niet alleen in haar “*over kill*” disproportioneel, maar toont naar mijn mening ook weinig respect voor de rol die de fiscale rechter in deze heeft.

⁷⁸² Hierop hebben de arresten nrs. 31 757 en 31 758 betrekking.

⁷⁸³ Hof 's-Gravenhage 30 november 1995 (Nr. 93/4515), *BNB* 1999/35c, r.o. 6.2.

2.1 De kwalificatie van de *discretionary trust inter vivos* voor de heffing van het schenkingsrecht vóór
1 januari 2010
2.1.2 De “november-arresten”

- andere dan in de *trustaktes* vermelde of bedoelde personen als begunstigden aan te wijzen,
- de in de *trustaktes* vermelde of bedoelde begunstigden de bevoegdheid van begunstigde te ontnemen.

Bovendien zijn de *trustees* vrij in het beheer, belegging en uitdeling van het vermogen⁷⁸⁴. Onder deze omstandigheden is niet aannemelijk geworden – zo oordeelt het Hof – dat belanghebbenden (of ten minste een van hen) op enig moment vóór het einde van de *discretionary period* met vrucht in rechte enige uitkering uit het *trustvermogen* of de inkomsten daarvan kunnen (kan) eisen. Hun uitzicht op eventuele aanspraken is vooralsnog te onzeker en te onbepaald om van een verkrijging te kunnen spreken, nog daargelaten dat niet aannemelijk is gemaakt dat de verwachtingen van belanghebbenden op de een of andere manier in het economische verkeer te gelde kunnen worden gemaakt⁷⁸⁵.

Cassatie staatssecretaris

De staatssecretaris stelt ter bevordering van de rechtszekerheid cassatie in en voert twee cassatiegronden aan:

1. schending van het Nederlandse recht doordat het Hof ten onrechte, dan wel op gronden die de uitspraak niet kunnen dragen, heeft beslist dat i.c. aan de aanspraken die de *beneficiaries* op grond van de *trust*verhouding hebben geen geldswaarde is toe te kennen,
2. schending van het Nederlandse recht doordat het Hof heeft beslist dat i.c. de *trust* niet ter ontduiking van de Wet is ingesteld, zulks ten onrechte, dan wel op gronden die de uitspraak niet kunnen dragen.

Op grond hiervan is hij van oordeel dat de aangevallen uitspraak niet in stand kan blijven.

⁷⁸⁴ Het Hof is deze mening toegedaan ondanks het feit dat de *protector* zodanig verregaande bevoegdheden bezit dat hij *trustees* kan ontslaan en benoemen en bestaande *beneficiaries* hun status kan ontnemen en nieuwe *beneficiaries* kan benoemen, terwijl de *trustee* ten aanzien van bepaalde discretionaire besluiten de *protector* dient te raadplegen. Blijkbaar is het Hof van oordeel dat desondanks de invloed en/of controle door de *protector* niet zodanig excessief is dat de *trustee* als vertegenwoordiger van de *settlor* dient te worden aangemerkt. Mogelijkerwijs dat bij de oordeelsvorming van doorslaggevende betekenis is geweest het feit dat sprake is van *irrevocable trusts*.

⁷⁸⁵ Hof 's-Gravenhage 30 november 1995 (Nr. 93/4515), *BNB* 1999/35c, r.o. 6.3

Visie Advocaat-Generaal

In zijn Beschouwingen gaat de Advocaat-Generaal *Moltmaker* uitgebreid in:

- a. op de mate waarin i.c. schenkingsrecht verschuldigd kán zijn,
- b. de rechtsgevolgen van de *trust* indien deze fiscaal niet wordt erkend en
- c. de rechtsgevolgen van de *trust* indien deze fiscaal wél wordt erkend.

ad b. Ten aanzien van fiscale niet-erkenning onderkent de Advocaat-Generaal drie mogelijkheden:

1. de *trust* wordt genegeerd, d.w.z. geacht niet te zijn opgericht (eliminatie of substitutie door nihil)⁷⁸⁶,
2. het *trust*vermogen wordt geacht toe te behoren aan de (of een of meer van de) *beneficiaries*⁷⁸⁷,
3. het *trust*vermogen wordt geacht toe te behoren aan de *trust* zelf, als ware het een rechtspersoon naar Nederlands recht⁷⁸⁸.

⁷⁸⁶ Indien de *trust* fiscaal wordt genegeerd dan betekent dit dat geen enkel fiscaal rechtsgevolg wordt toegekend aan de instelling van de *trust* en aan de vermogensoverdracht aan de *trustees*. Het gevolg hiervan is dan dat aan de *settlor* het vermogen en de inkomsten daaruit fiscaal toegerekend blijven alsof geen overdracht heeft plaatsgevonden.

⁷⁸⁷ Deze mogelijkheid acht de Advocaat-Generaal bepaald niet voor de hand te liggen omdat a. ten tijde van het oprichten van de *trusts*, c.q. de overdracht van vermogen aan de *trusts* nog volstrekt onzeker is wie de *beneficiaries* zullen zijn; b. de *beneficiaries* nog geen enkel recht hebben; c. hun kans op een uitkering afhankelijk is van de voorwaarde, dat zij niet door de *protector* als zodanig zijn verwijderd en d. voor het genieten van enig voordeel zij geheel afhankelijk zijn van het besluit van de *trustee*.

⁷⁸⁸ In deze benadering zou in de visie van de Advocaat-Generaal de *trust* fiscaal moeten worden beschouwd als ware het een niet-transparante familiestichting, met de *trustee(s)* tezamen met de *protector* als bestuurders. De Advocaat-Generaal is van mening dat deze oplossing met name in het zicht komt als men let op het feit dat het *trust*vermogen naar Anglo-Amerikaans recht (naar zijn mening!) enkele belangrijke trekken van rechtspersoonlijkheid vertoont, te weten: a. het *trust*vermogen vormt een afgescheiden vermogen dat niet aantastbaar is voor crediteuren (van de *settlor*) of van de *trustee*; b. de *trustee* en de *protector* (door de Advocaat-Generaal aangeduid als het bestuur) hebben geen enkel persoonlijk belang bij het *trust*vermogen; c. in geval van verwerping van de mogelijkheid van toerekening aan de *settlor* of *beneficiaries* kan het *trust*vermogen aan geen andere personen worden toegerekend.

2.1 De kwalificatie van de *discretionary trust inter vivos* voor de heffing van het schenkingsrecht vóór
1 januari 2010
2.1.2 De “*november-arresten*”

Uit deze drie mogelijkheden moet dan de mogelijkheid worden gekozen die het best aansluit bij het Nederlands fiscale stelsel, waarbij de vraag rijst of die keuze bijvoorbeeld voor het schenkingsrecht een andere kan zijn dan voor de inkomstenbelastingen/of de vermogensbelasting. Uiteindelijk kiest de Advocaat-Generaal voor een andere benadering door te stellen dat de toerekening aan de *trust* in wezen een beperkte vorm van (fiscale) erkenning van de rechtsgevolgen van de *trust* is, althans voor wat betreft de eerder door hem omschreven kenmerken van rechtspersoonlijkheid. Waarna het de Advocaat-Generaal geen al te grote stap lijkt om vanuit de beperkte (fiscale) erkenning van de rechtsgevolgen van de *trust* te kiezen voor de in het Nederlandse belastingrecht daar dicht bij liggende figuur van de stichting⁷⁸⁹. Hij motiveert dit door te stellen dat het uitgangspunt immers is dat niet-erkenning (d.w.z. in deze benadering: beperkte erkenning) de mogelijkheid biedt om het vermogen conform het Nederlandse fiscale stelsel in ieder geval aan iemand toe te rekenen met behulp van de dichtst bijgelegen rechtsfiguur. Het gevolg van de toerekening van het *trust*vermogen aan de *trust* is dat:

- op grond van art. 17 der Wet⁷⁹⁰ schenkingsrecht verschuldigd is naar het tarief geldend voor niet-verwanten voor wat betreft de bedragen die ter gelegenheid van de totstandkoming van de *trusts* door de *settlor* zijn afgezonderd

- op grond van art. 1, lid 1, 3^o der Wet⁷⁹¹ schenkingsrecht verschuldigd is naar het tarief geldend voor niet-verwanten voor wat betreft het daarna aan de *trusts* overgedragen vermogen.

De analogie doortrekkend moeten de aanslagen, zo vervolgt de Advocaat-Generaal zijn beschouwingen⁷⁹², geacht worden te zijn opgelegd aan de *trustee* in zijn hoedanigheid van bestuurder van de *trust*. Vervolgens wijst de Advocaat-Generaal erop dat latere uitkeringen aan *beneficiaries* geacht moeten worden niet meer van de *settlor* afkomstig te zijn, maar afkomstig van de *trust* (als pseudo-rechtspersoon)

⁷⁸⁹ In feite is sprake van conversie, waartoe de fiscale rechter kan besluiten in plaats van eliminatie, tengevolge waarvan via aanpassing rechtsgevolgen aan de *trust* worden toegekend die aansluiten bij die van in ons recht wel erkende rechtsfiguren. Dit kan tot gevolg hebben dat afhankelijk van de bepalingen van de *trust* het *trust*vermogen moet worden toegerekend aan hetzij de *trustee*, hetzij aan de *beneficiaries*, hetzij aan de *trust* als doelvermogen.

⁷⁹⁰ Art.17 lid 1 Successiewet bepaalt dat goederen, op andere wijze dan bij uiterste wil bestemd om daarmee een stichting in het leven te roepen, worden, voor de toepassing van deze wet, beschouwd als door de stichting bij schenking te zijn verkregen.

⁷⁹¹ Art. 1, lid 1, 3^o Successiewet bepaalt dat het recht van schenking wordt geheven van de waarde van al wat door schenking wordt verkregen van iemand, die ten tijde van die schenking binnen het Rijk woonde.

⁷⁹² Beschouwingen 2.5.3.

zodat ook hierover schenkingsrecht verschuldigd kan zijn. Voorwaarde is dan wel dat de stichting (lees: pseudo-rechtspersoon) in Nederland is gevestigd, hetgeen – gelet op de woon/vestigingsplaats van de *trustee* en/of de plaats waar het vermogen van een *trust* wordt beheerd – veelal niet het geval zal zijn, zodat in het algemeen uitkeringen uit het *trust*vermogen niet aan schenkingsrecht zullen zijn onderworpen. De analogie gaat i.c. naar de mening van de Advocaat-Generaal niet zo ver dat de *trust* geacht moet worden in Nederland te zijn gevestigd. Na nog te hebben vermeld dat de *trust* in deze oplossing voor de toepassing van de andere belastingwetten eventueel (buitenlands) belastingplichtige is voor zover deze wetten daartoe ruimte laten, gaat de Advocaat-Generaal over tot een beschouwing van de erkenning van de *trust*⁷⁹³.

ad c. De fiscale erkenning van de *trust*

Mocht echter als uitgangspunt gelden, dat de *trust* wél moet worden erkend – zo vervolgt de Advocaat-Generaal – dan is het denkbaar dat (conform de beslissingen i.c. door het Hof) de Nederlandse fiscale bepalingen onvoldoende kunnen voorkómen dat via de *trust*creatie vermogen zonder betaling van schenkingsrecht in een *trust* kan worden afgezonderd en vervolgens zich aan elke vorm van toerekening onttrekt. Het vermogen ontsnapt dan voor langere tijd of duurzaam aan de greep van de fiscus doordat het gaat “zweven”. Om dit te voorkomen is een enkel machtswoord van de Regering dat een zwevend vermogen niet past in het fiscale stelsel onvoldoende⁷⁹⁴ als de constatering is, dat zich geen belastbaar feit heeft voorgedaan. Art. 19 van het Haags trustverdrag kan dat naar de mening van de Advocaat-Generaal niet verhelpen, zodat het enige wapen dat de fiscus dan nog over heeft het leerstuk van *fraus legis* is. Mocht ook dat niet helpen, dan is het woord aan de wetgever. Aansluitend⁷⁹⁵ zet hij nogmaals uiteen⁷⁹⁶ dat bij *fraus legis* het uitgangspunt is dat de *trust* wordt erkend. Met andere woorden: de *trust* heeft in beginsel de rechtsgevolgen die daaraan naar het rechtsstelsel waaronder de *trust* is ingesteld moeten worden toegekend. Echter,

⁷⁹³ Beschouwingen 2.6.

⁷⁹⁴ De Advocaat-Generaal doet hierbij op hetgeen in de beleidspublicatie van de Staatssecretaris van Financiën, kenmerk DB93/4451, *Infobulletin* 94/1 (Bijlage III) wordt opgemerkt, namelijk: “Aan een buitenlandse rechtsfiguur als de *trust* dienen in hier te lande voorkomende gevallen fiscale gevolgen te worden verbonden door een (analoge) toepassing van de nationale fiscale regelgeving. Naar mijn oordeel dient daarbij voorop te staan dat deze gevolgen stroken met het nationale fiscale rechtsbestel. Het “*trust*vermogen” behoort vanuit die optiek derhalve tot het vermogen van een natuurlijk persoon dan wel tot dat van een rechtspersoon. Een “zwevend” vermogen, met andere woorden, behoort niet tot het fiscale bestel”.

⁷⁹⁵ Beschouwingen 2.6.3.

⁷⁹⁶ Daarbij verwijzend naar zijn uiteenzetting dienaangaande in het Algemeen gedeelte onder 3.1.6.

2.1 De kwalificatie van de *discretionary trust inter vivos* voor de heffing van het schenkingsrecht vóór
1 januari 2010
2.1.2 De “november-arresten”

indien vervolgens wordt vastgesteld dat die rechtsgevolgen uit een oogpunt van behoorlijke belastingheffing (fiscaal) onaanvaardbaar zijn dan worden die rechtsgevolgen voor de toepassing van de belastingwet terzijde gesteld, c.q. geconverteerd in andere rechtsgevolgen die wél in ons fiscale stelsel passen mits aan de eisen voor de toepassing van *fraus legis* is voldaan. De Advocaat-Generaal is van mening dat de door het Hof genoemde omstandigheden onvoldoende zijn om aan te nemen dat belastingbesparing niét het doorslaggevende motief van de transacties is geweest. Daarmee is hij met de staatssecretaris van mening dat de uitspraak van het Hof op dit punt onvoldoende is gemotiveerd. Hij baseert deze mening op navolgende argumenten:

- a. de *trusts* i.c. hebben – afgezien van de manipuleerbare rechtskeuze en plaats van vestiging van de *trustee* – geen aanknopingspunten met het recht van Jersey, maar in tegendeel in overwegende mate aanknopingspunten met continentale rechtsstelsels⁷⁹⁷,
- b. de *settlor* heeft als ontbindende voorwaarde aan de meest omvangrijke vermogensoverdracht de heffing van schenkingsrecht verbonden.

Conclusie Advocaat Generaal

Hoewel de Advocaat-Generaal het cassatiemiddel II⁷⁹⁸ van de staatssecretaris weliswaar gegrond acht, leidt het naar zijn mening evenwel niet tot cassatie. Dit omdat – aangenomen dat het leerstuk van *fraus legis* i.c. van toepassing is – de *trust*, te beschouwen als een familiestichting, zou moeten zijn belast, dan wel de *settlor*, maar niet de *beneficiaries*, noch individueel noch als groep. Dientengevolge zijn de aanslagen in het schenkingsrecht ten onrechte opgelegd. Met betrekking tot de in cassatiemiddel I opgeworpen vraag of het hof⁷⁹⁹ voldoende heeft gemotiveerd dat aan de verwachtingen van de *beneficiaries* geen geldswaarde kan worden toegekend, is de Advocaat-Generaal van mening dat cassatiemiddel I eveneens faalt. Tot slot concludeert hij dat cassatiemiddel I ongegrond is en dat cassatiemiddel II weliswaar terecht is voorgesteld, maar evenmin tot cassatie kan leiden nu de aanslagen aan belanghebbenden zijn opgelegd en niet aan de *settlor*, dan wel aan de *trust* als ware het een pseudo-rechtspersoon. Verwerping van het beroep is derhalve zijn conclusie.

⁷⁹⁷ De Advocaat-Generaal verwijst in dit verband naar zijn beschouwing onder 2.2.3. waarin hetzelfde argument wordt aangevoerd voor het niet-erkennen van de *trust*.

⁷⁹⁸ Schending van het Nederlands recht doordat het Hof heeft beslist dat i.c. de *trust* niet ter ontduiking van de wet is ingesteld.

⁷⁹⁹ In r.o. 6.3.

Het arrest van de Hoge Raad 18 november 1998, nr. 31 756, BNB 1999/35c

Voor de beantwoording van de vraag op welke wijze fiscaal rekening moet worden gehouden met het bestaan van een volgens het buitenlands recht rechtsgeldig tot stand gekomen *trust* dient eerst te worden nagegaan welke rechtsgevolgen naar het op de *trust* toepasselijke recht aan de *trust* zijn verbonden, en daarna hoe het Nederlandse belastingrecht op die rechtsgevolgen moeten worden toegepast. De Hoge Raad is van mening dat deze benadering het meest in overeenstemming is met de strekking van het verdrag en met de vóór de inwerkingtreding van het verdrag in de fiscale rechtspraak heersende opvattingen⁸⁰⁰.

Dat de onderhavige *trusts* rechtsgeldig tot stand zijn gekomen ligt besloten in het oordeel van het hof en in de standpunten van partijen in cassatie, aldus de Hoge Raad.

Vervolgens stelt de Hoge Raad vast⁸⁰¹ dat de *trust*akten omtrent de rechtspositie van de bij de *trust* betrokken personen met betrekking tot de *trust*goederen geen andere rechtsgevolgen toelaten dan dat:

1. de *settlor* van de goederen die hij onder *trust*verband heeft gebracht, van deze goederen onherroepelijk afstand heeft gedaan en de beschikkingsmacht daarover heeft verloren. Hij heeft slechts in zijn kwaliteit van *beneficiary* een verwachting, evenals de overige *beneficiaries*, dat te eniger tijd aan hem een uitkering uit het *trust*vermogen zal worden gedaan,
2. de *beneficiaries* niet enig recht op een uitkering hebben, ook niet een voorwaardelijk recht, nog daargelaten de bevoegdheid van de *protector* een *beneficiary* zijn hoedanigheid te ontnemen,
3. de *trustees* weliswaar eigenaar van de *trust*goederen zijn geworden en het bestuur erover in hun handen is gelegd, maar het *trust*vermogen blijft afgescheiden van hun overig vermogen en zij mogen hun bevoegdheden uitsluitend uitoefenen ten behoeve van de *beneficiaries*. Enige vermogenswaarde heeft dit voor hen niet,
4. de *protector* met betrekking tot het functioneren van de *trusts* vergaande bevoegdheden heeft gekregen, maar geen enkel recht met betrekking tot de *trust*goederen heeft.

⁸⁰⁰ HR 18 november 1998, nr. 31 756, BNB 1999/35c, r.o. 3.5.

⁸⁰¹ HR 18 november 1998, nr. 31 756, BNB 1999/35c, r.o. 3.6

2.1 De kwalificatie van de *discretionary trust inter vivos* voor de heffing van het schenkingsrecht vóór
1 januari 2010
2.1.2 De “november-arresten”

Wat de Hoge Raad vervolgens niet doet is:

- a. ingaan op het standpunt van de Advocaat-Generaal dat de *trusts* niet erkend dienen te worden omdat zij onvoldoende aanknopingspunten zouden hebben met het recht van het *trustland*,
- b. ingaan op het standpunt van Advocaat-Generaal dat indien de *trusts* wél erkend dienen te worden mogelijk sprake is van *fraus legis*, althans dat de uitspraak van het hof op dit punt onvoldoende is gemotiveerd omdat de door het hof genoemde omstandigheden onvoldoende zijn om aan te nemen dat belastingbesparing niet het doorslaggevende motief voor de transacties is geweest.

Wél trekt de Hoge Raad⁸⁰² uit de geanalyseerde rechtsgevolgen de conclusie dat:

1. de *settlor* de goederen ten behoeve van de *beneficiaries* uit vrijgevigheid onder *trustverband* heeft gesteld,
2. de *settlor* daardoor met die goederen is verarmd, (waarmee in zoverre elementen van een belastbare schenking aanwezig zijn),
3. door het instellen van de *trusts* geen van de bij de *trusts* betrokken personen zijn verrijkt⁸⁰³, zodat een bevoordeelde lijkt te ontbreken, (de waarde van het *trustvermogen* kan (nog) aan geen enkel rechtssubject worden toegerekend, hetgeen noodzakelijk is om een (belastbare) schenking te kunnen constateren).

Wie dan verwacht dat de Hoge Raad tot het oordeel móet komen dat i.c. door het brengen van vermogen onder *trustverband* geen sprake kan zijn van een (belastbare) schenking, vergist zich. Allereerst vermeldt de Hoge Raad⁸⁰⁴ dat in het Nederlandse fiscale recht het begrip doelvermogen bekend is, dat wordt omschreven als een tot een bepaald doel afgezonderd vermogen, dat niet kan worden opgevat als vormende, onderscheidenlijk toebehorende aan, een

⁸⁰² HR 18 november 1998, nr. 31 756, BNB 1999/35c, r.o. 3.7-3.8.

⁸⁰³ De Hoge Raad formuleert het in r.o. 3.7 als volgt: “...dat door het instellen van de *trusts* met betrekking tot de onder *trustverband* gebrachte goederen geen der bij de *trusts* betrokken personen in een positie is komen te verkeren dat hij naar Nederlands recht daaraan enig recht met een vermogenswaarde kan onttelen.”

⁸⁰⁴ HR 18 november 1998, nr. 31 756, BNB 1999/35c, r.o. 3.9.

(rechts)persoon en wordt behandeld als een zelfstandige entiteit. Vervolgens memoreert de Hoge Raad dat op onderscheiden plaatsen in de fiscale wetgeving rekening is gehouden met de omstandigheid dat in feite in het economisch verkeer dergelijke doelvermogens optreden, waarna wordt geoordeeld⁸⁰⁵ dat de onderhavige *trusts* als zodanige doelvermogens zijn aan te merken⁸⁰⁶. Aangezien in het stelsel van de Successiewet 1956 niet past, zo vervolgt de Hoge Raad⁸⁰⁷, dat een binnen het Rijk wonende persoon zich uit vrijgevigheid van zijn goederen ontdoet zonder dat dit leidt tot heffing van schenkingsrecht, en het begrip verkrijger niet nader in deze wet is gedefinieerd, brengt dit stelsel mede dat ook een doelvermogen als verkrijger kan worden aangemerkt. Vanwege het feit dat de *settlor* uit vrijgevigheid goederen onder *trust*verband heeft gebracht en daardoor is verarmd én dientengevolge de *trust* als doelvermogen is verrijkt, kán de Hoge Raad vervolgens van oordeel zijn dat alle elementen van een belastbare schenking aanwezig zijn. De Hoge Raad is ten slotte van mening⁸⁰⁸ dat het voorgaande tot de conclusie leidt dat i.c. door de *trusts* schenkingsrecht naar het tarief voor niet-verwanten verschuldigd zal zijn over de bedragen die bij de oprichting⁸⁰⁹ van de *trusts* en daarna door de *settlor* onder *trust*verband zijn gebracht, en dat voor de betaling daarvan de *trustee* als bestuurder van de *trusts* zal moeten zorgdragen. De aanslagen aan belanghebbenden zijn dan ook ten onrechte opgelegd. Het van een andere opvatting uitgaand middel I faalt, terwijl ook middel II faalt nu geen schenkingsrecht wordt ontgaan. Waarna de Hoge Raad het beroep verwerpt.

Het arrest van de Hoge Raad 18 november 1998, Nr. 31 758, BNB 1999/36c

In het arrest van de Hoge Raad dat betrekking heeft op de aan de Jersey-*trust* zelf opgelegde aanslag in het schenkingsrecht, waarbij de Advocaat-Generaal heeft geconcludeerd tot vernietiging van de uitspraak van het hof en handhaving van de aanslag, hanteert de Hoge Raad, na de feiten te hebben vastgesteld, in r.o. 3.3 – 3.11 woordelijk nagenoeg dezelfde overwegingen als die welke golden in *BNB 1999/35c*. Het gevolg is dat de Hoge Raad de uitspraak van het hof vernietigt en de aan de *trust* opgelegde aanslag handhaaft, zodat daarmee de bij

⁸⁰⁵ De Hoge Raad verwijst daarbij naar de r.o. 3.6 en 3.7.

⁸⁰⁶ Waarom de onderhavige *trusts* als een doelvermogen zijn aan te merken, wordt echter door de Hoge Raad niet verduidelijkt.

⁸⁰⁷ HR 18 november 1998, nr. 31 756, *BNB 1999/35c*, r.o. 3.10.

⁸⁰⁸ HR 18 november 1998, nr. 31 756, *BNB 1999/35c*, r.o. 3.11.

⁸⁰⁹ Het is m.i. opmerkelijk dat de Hoge Raad hier het onder *trust*verband brengen van vermogen aanduidt als “*de oprichting*” hetgeen erop kan duiden dat de Hoge Raad het doelvermogen als pseudo-rechtspersoon ziet. Ook het vervolgens aanmerken van de *trustee* als “*bestuurder*” (in navolging van de Advocaat-Generaal in zijn *Beschouwingen*, r.o. 2.5.3.) duidt hierop.

2.1 De kwalificatie van de *discretionary trust inter vivos* voor de heffing van het schenkingsrecht vóór 1 januari 2010

2.1.3.1 De Successiewet 1956 kent het begrip doelvermogen niet

de totstandkoming van de *trust* gestelde ontbindende voorwaarde intreedt.

2.1.3 Kritische kanttekeningen

Het oordeel van de Hoge Raad is begrijpelijk vanuit de overweging dat het in het stelsel van de Successiewet 1956 niet past dat een binnen het Rijk wonende persoon zich uit vrijgevigheid van zijn goederen ontdoet zonder dat dit tot heffing van schenkingsrecht leidt.

Ondanks dit begrip zijn bij de conclusie dat de onderhavige *discretionary trusts* als zelfstandig te belasten entiteiten⁸¹⁰ moeten worden aangemerkt, een aantal kritische kanttekeningen te maken.

2.1.3.1 De Successiewet 1956 kent het begrip doelvermogen niet

In de Successiewet 1956 is geen (expliciete) bepaling opgenomen welke een doelvermogen aanduidt als een verkrijger in de zin van deze wet. Hetgeen overigens ook niet zou stroken met het feit dat de Successiewet civielrechtelijk is georiënteerd. Zij kent immers als verkrijger (vrijwel) uitsluitend natuurlijke personen en rechtspersonen⁸¹¹. Hoewel in de fiscale wetgeving op onderscheiden plaatsen incidenteel sprake is van een doelvermogen⁸¹², is het de vraag of dit voldoende rechtvaardiging vormt om aan te nemen dat ook de Successiewet het begrip doelvermogen als verkrijger kent⁸¹³. Men kan zich afvragen of door

⁸¹⁰ Als ware het een doelvermogen (de inspecteur), resp. een entiteit *sui generis* (de staatssecretaris), resp. een rechtspersoon naar Nederlands recht (de Advocaat-Generaal), resp. een doelvermogen (de Hoge Raad).

⁸¹¹ In gelijke zin *Sonneveldt*. Hij wijst er op dat de enige aanwijzing die men in de Wet zou kunnen vinden om te betogen dat het begrip verkrijger meer omvat dan natuurlijke en rechtspersonen, het begrip “instelling” is uit art. 24 lid 4 Successiewet dat per 1 januari 1985 de term rechtspersoon vervangt en dat duidelijk ruimer van aard is, zij het dat het hier een specifieke regeling betreft. Zie *Sonneveldt*, 2000a, p. 110 onder voetnoot 318.

⁸¹² Van belang hierbij is dat de wetgever, telkens wanneer hij een doelvermogen als (subjectief) belastingplichtige heeft willen aanmerken, dit wettelijk heeft bepaald. Zie art. 2 lid 1 b AWR en art. 32 lid 2 WBR inzake kapitaalsbelasting waarin doelvermogens onder de categorie “lichamen” zijn gebracht en art. 3 c Wet VpB.. Art 2 lid letter b AWR rekent o.a. doelvermogens tot het begrip “lichamen”, zij het dat deze bepaling uitsluitend voor de AWR geldt en niet voor andere belastingwetten. Het begrip doelvermogen is ontleend aan art. 15 lid 1 van de Wet op de economische delicten en wordt in de Memorie van Toelichting inzake deze wet omschreven als “*het vermogen bijeengebracht met een bepaald doel, zonder dat voor het beheer daarvan een statuut of reglement is vastgesteld*”.

⁸¹³ In dit verband is nog van belang de vraag of de Hoge Raad wellicht op grond van het bepaalde in art. 29 lid 1 Successiewet 1956 tot heffing had kunnen besluiten. Art. 29 lid 1 bepaalt namelijk dat indien onzekerheid bestaat omtrent de verwantschap of omtrent de persoon van de schenker of van de verkrijger, het hoogste recht wordt geheven, dat verschuldigd zou kunnen zijn, behoudens vermindering van de aanslag, voor zover deze

zulk een vergaande extensieve c.q. teleologische interpretatie de Wet niet té ver wordt opgerekt en men in strijd komt met het uitgangspunt dat belastingen uitsluitend uit kracht van wet kunnen worden geheven. Nobel⁸¹⁴ is van mening dat de impliciete suggestie van de Hoge Raad dat de subjectieve belastingplicht van doelvermogens een fiscaal wijd en zijd geaccepteerd feit zou zijn, ook als de wetgever dat niet in de desbetreffende wetten heeft bepaald, zowel in historisch als wetstechnisch opzicht onjuist is⁸¹⁵. Wat hiervan ook moge zijn, de Hoge Raad heeft blijkens zijn oordeel de ratio van de wet van hogere orde geacht dan de letter van de wet. Daarbij geholpen door het feit dat 1) de tot stand gekomen rechtsfiguur in haar kenmerken voldoet aan hetgeen een doelvermogen typeert en 2) de wetgever had (heeft) verzuimd evenwichtige wetgeving betreffende doelvermogens tot stand te brengen.

Vanuit een oogpunt van rechtsvinding is het oordeel naar mijn mening dan ook te billijken.

naderhand te hoog blijkt te zijn. Hoewel deze bepaling spreekt van “de persoon van de schenker of van de verkrijger” wordt algemeen aangenomen – mede gelet op de strekking van de bepaling – dat zij ook geldt voor de heffing van successierecht. Ten aanzien van de rijkweite van de bepaling geldt dat het slechts een voorziening geeft voor die situaties waarin de persoon, de naam, de woonplaats of de verwantschap van de erflater, schenker, begiftigde of verkrijger niet bekend is of wordt genoemd. Zie ook: de Fiscale Encyclopedie De Vakstudie Successiewet, art. 29, aantekening 2 e.v. *Verstraaten* is zonder meer van mening dat de Hoge Raad op grond van art. 29 Successiewet 1956 tot belastingheffing had kunnen besluiten (zie *Verstraaten*, 2004, p. 458-462). Ik ben echter van mening dat het bepaalde in art. 29 niet zodanig kan worden opgerekt dat in – objectief beoordeeld – onduidelijke situaties de aanwezigheid van het belastbare feit van een erfrechtelijke verkrijging of een schenking kan worden aangenomen. Veeleer is aan te nemen dat eerst moet vaststaan dat een schenking is geschied dan wel erfrechtelijk is verkregen, alvorens art. 29 Successiewet 1956 kan worden toegepast. Door toepassing van art. 29 kan echter geen fictieve schenking worden gecreëerd. Wellicht is het daarom dat de Hoge Raad niet aan de toepassing van art. 29 toekwam. Voorts geldt dat art. 29 tot Hoofdstuk III van de Successiewet behoort dat handelt over tarief; berekening van het recht en vrijstellingen en derhalve niet een regeling betreft die betrekking heeft op grondslagen voor de objectieve en subjectieve belastingplicht, waarop Hoofdstuk I van de wet betrekking op heeft. In gelijke zin *Sonneveldt*, 2000a, p. 94-95, met een verwijzing in voetnoot 269 aldaar naar *K.L.H. van Mens*. Hij wijst er nog op dat indien art. 29 niet een voltooide schenking zou veronderstellen, verarming reeds voldoende zou zijn om tot heffing van schenkingsrecht over te gaan, hetgeen tot de onjuiste gevolgtrekking zou leiden dat de afzondering van vermogen in een *irrevocable discretionary trust* reeds op basis van art. 29 Successiewet 1956 tot een schenking leidt.

⁸¹⁴ Zie N. Nobel, “*De fiscale trustarresten. Een Pyrrhus-overwinning voor de fiscus*”. *WPNR*, 1999/6376, p. 789.

⁸¹⁵ Zie in dit verband ook HR 18 november 1998, nr. 31 756, *BNB* 1999/35c, r.o. 3.6, 3.7. en 3.9..

2.1.3.2 De settlor heeft niet de intentie gehad om een zelfstandig belastingplichtige entiteit tot stand te brengen, laat staan haar te bevoordelen

2.1.3.2 De settlor heeft niet de intentie gehad om een zelfstandig belastingplichtige entiteit tot stand te brengen, laat staan haar te bevoordelen

Een ander te opperen bezwaar is dat de *settlor* zich nimmer tot doel heeft gesteld een zelfstandig te belasten entiteit tot stand te brengen, laat staan dat hij de intentie heeft gehad om een dergelijke entiteit te bevoordelen. De vrijgevigheid van de *settlor* richt zich niet op de *trust* (lees: het doelvermogen) maar op de *beneficiaries*. Hij heeft de *legal title* betreffende het vermogen overgedragen aan een derde, de *trustee*. Hij heeft daarbij tevens bepaald welke groep van (rechts) personen *beneficiaries* kunnen zijn en hij heeft vastgelegd dat de *trustee* naar eigen inzicht nader dient te bepalen wie van deze *beneficiaries*, wanneer, wat zal genieten, zulks op basis van de wensen van de *settlor* dienaangaande, al dan niet in een *letter of wishes* vastgelegd. Maar de totstandkoming van een als (pseudo-) rechtspersoon aan te merken entiteit heeft hij zich niét tot doel gesteld, evenmin als een bevoordeling daarvan⁸¹⁶. Desalniettemin kwalificeert de Hoge Raad de *trust* naar Nederlands fiscaal recht, meer in het bijzonder i.c. de Successiewet 1956, als een zelfstandig te belasten entiteit, zijnde een doelvermogen, met als argument dat het “*in het stelsel van de Successiewet niet past dat een binnen het Rijk wonende persoon zich uit vrijgevigheid van zijn goederen ontdoet zonder dat dit leidt tot heffing van schenkingsrecht*”⁸¹⁷. Deze rechtsoverweging raakt naar mijn mening de vraag of het ontstaan van een “zwevend vermogen” dat (tijdelijk) buiten het bereik van het schenkingsrecht blijft in strijd is met doel en strekking van de (Successie)wet⁸¹⁸. Anders gesteld, is het ontstaan van een

⁸¹⁶ In zijn dissertatie acht Boer het argument dat een bevoordelingsbedoeling ten opzichte van de *trust* ontbreekt en derhalve geen schenking kan worden aangenomen niet overtuigend. Hij is van mening dat, ook al is de samenhang tussen de constituerende elementen van een schenking in *strictu sensu* niet aanwezig, juist ten aanzien van de instelling van een *irrevocable discretionary trust* kan worden gezegd dat de *settlor* heeft beoogd om vooralsnog geen aanspraken te laten ontstaan ten aanzien van het onder *trust*verband geplaatste vermogen. De bedoeling van de *settlor*, zoals die tot uitdrukking komt in de keuze van de rechtsvorm, is ten tijde van het afzonderen van het vermogen dominant en brengt mee dat de bevoordelingsbedoeling aanvankelijk ten aanzien van de *trust* heeft bestaan. De latere uitkeringen aan de *beneficiaries* vinden plaats binnen de eigen doelstelling van de *trust* en doen dan ook geen afbreuk aan de bevoordelingsbedoeling die in eerste instantie ten opzichte van de *trust* is aangenomen. Op basis van voorgaande concludeert Boer dat dat het juist is dat de overdracht door de *settlor* als een belaste verkrijging door de *trust* tegen het derdentarief wordt gezien. Zie Boer, 2011, 9.4.2.5. onder “*Relatie tot de SW 1956*”.

⁸¹⁷ HR 18 november 1998, nr. 31 756, r.o. 3.10, BNB 1999/35c.

⁸¹⁸ Een standpunt dat door de staatssecretaris in zijn beroepschrift in de procedure HR 18 november 1998, nr. 31 758, wordt ingenomen (Zie *Middelen van cassatie*, I sub 4, 35). De Advocaat-Generaal is van mening dat een vermogen dat gaat “zweven”, d.w.z. voor onbepaalde tijd aan het zicht van de fiscus wordt onttrokken, bij de fiscus (begrijpelijkerwijs)

(tijdelijk⁸¹⁹) heffingsvacuüm rechtens onaanvaardbaar? In dit verband kan naar mijn mening een parallel worden getrokken met het (tijdelijke) heffingsvacuüm dat ontstaat gedurende de voorperiode van een B.V. i.o.⁸²⁰. Een heffingsvacuüm dat blijkens jurisprudentie geruime tijd kan bestaan⁸²¹. Indien we de voorperiode van een B.V. i.o. vergelijken met de periode waarin een *trust*vermogen “zweeft”, dan hebben oprichters van een B.V. i.o. evenmin als een *settlor* van een *discretionary trust* de intentie om een (pseudo)rechtspersoon te doen ontstaan die voor eigen rekening en risico een voorheen door de oprichters gedreven onderneming gaat drijven respectievelijk een voorheen door de *settlor* in eigendom gehouden vermogen gaat houden en beheren met de bedoeling om zelfstandig gerechtigd te worden tot de ondernemingsresultaten respectievelijk de vermogensopbrengsten. Het is de bedoeling van de oprichters respectievelijk de *settlor* dat de onderneming voor rekening en risico van de B.V. i.o. wordt gedreven respectievelijk het *trust*vermogen voor rekening en risico van de groep van *beneficiaries* wordt gehouden en beheerd en dat de in de periode van het heffingsvacuüm gerealiseerde resultaten van de B.V. zijn respectievelijk van de groep van *beneficiaries*. De B.V. respectievelijk de groep van *beneficiaries* zijn de eerste gerechtigde(n) tot de resultaten behaald in de voorperiode respectievelijk de periode van het heffingsvacuüm. Mocht de B.V. niet tot stand komen respectievelijk er geen *beneficiaries* (bepaalbaar) meer blijken te zijn, dan wel *beneficiaries* niet (stilzwijgend) bekrachtigen, dan verkrijgen de oprichters de volledig vrije beschikkingmacht over de voorperioderesultaten respectievelijk houdt de *trustee* het *trust*vermogen als een *resulting trust* ten behoeve van de *settlor* dan wel diens erfgenamen. Komt de B.V. wél tot stand dan vangt het eerste boekjaar van de B.V. niet eerder aan dan op de datum van haar oprichting zodat de winst over de voorperiode eerst op die datum door de B.V. wordt

op grote weerstand stuit (Algemeen gedeelte conclusies in de zaken nrs. 31 756 tot en met 31 759, *Trust, algemeen*, 3.1.4).

⁸¹⁹ Het is een misvatting te veronderstellen dat de *trustee* met willekeur over het hem toevertrouwde vermogen kan beschikken. Allereerst zijn er doorgaans duidelijke aanwijzingen door de *settlor* (*letter of wishes*) welke de *trustee* in acht dient te nemen; is er het toezicht van *protectors* en zonodig het ingrijpen van de (*equity*) rechter; terwijl *beneficiaries* tevens afdwingbare rechten hebben. Voorts is er de *rule against perpetual trusts* die voorkomt dat *trustees* *trust*goederen voor zeer lange tijd aan het economisch verkeer onttrekken (Zie hiervoor Deel I, Hoofdstuk 2.6.1.1.2. sub b.1 “*The rule against perpetuities*”). *Trust*goederen kunnen derhalve (onder omstandigheden die dit rechtvaardigen) wel langdurig, doch niet blijvend aan het economisch verkeer worden onttrokken. Van een blijvend heffingsvacuüm is n.m.m. dan ook geen sprake.

⁸²⁰ Zie in dit verband: P.H.J. Essers, “*Fiscale aspecten van de voorperiode van de B.V.*”, 1989, Kluwer-Deventer, p. 102.

⁸²¹ Uit het arrest HR 27 augustus 1986, nr. 23490, BNB 1987/2 blijkt dat een voorperiode van meer dan acht jaren niet zonder meer als onaanvaardbaar wordt beschouwd.

2.1.3.2 *De settlor heeft niet de intentie gehad om een zelfstandig belastingplichtige entiteit tot stand te brengen, laat staan haar te bevoordelen*

genoten respectievelijk een of meer *beneficiaries* verkrijgen voor het eerst een te belasten aanspraak op *trust*vermogen en/of *trust*inkomsten zodra de *trustee* daartoe een beslissing neemt. Tot dan is er een heffingsvacuüm.

Uiteraard gaat deze vergelijking slechts ten dele op. De voorperiode van een B.V. i.o. betreft de toerekening van ondernemingsresultaten ten behoeve van de heffing van vennootschapsbelasting na afloop van een heffingsvacuüm, terwijl de instelling van een *discretionary trust* een vacuüm creëert voor de heffing van schenkingsrecht tot aan het moment waarop de *trustee* besluit tot uitkering van vermogen/vermogensinkomsten uit de *trust*. Van belang is te constateren dat het kunnen ontstaan van een heffingsvacuüm in het Nederlandse fiscale recht geen novum is. Indien ook voor de heffing van het schenkingsrecht een heffingsvacuüm wordt aanvaard, dan betekent dit naar mijn mening dat (telkens) schenkingsrecht zou moeten worden geheven zodra de *trustee* besluit om aan (een van) de *beneficiaries* (opgepot) *trust*vermogen en/of *trust*inkomsten uit te keren, rekening houdend met de dan geldende graad van verwantschap tussen *beneficiary* en *settlor*. Van belang daarbij is of de *settlor* ten tijde van de instelling van de *trust* binnen het Rijk woonde en niet of hij/zij dat ook nog is op het moment dat de *trustee* (telkens) een besluit tot uitkering van *trust*vermogen en/of *trust*inkomsten neemt. Deze benadering heeft echter wel tot gevolg dat gedurende een zeer lange periode de besluiten van de *trustee*(s) moeten (kunnen) worden gevolgd, hetgeen (onoverkomelijke) uitvoeringsproblemen met zich zal brengen, met name indien inmiddels alle betrokken partijen in het buitenland woonachtig zijn. Het is ook om deze reden te bepleiten om bij de instelling van een *discretionary trust* de *trustee* bij wijze van “voorheffing” te belasten voor de verkrijging van het *trust*vermogen tegen het voor het schenkingsrecht geldende hoogste tarief, zij het dat de heffing nadien verminderd zou moeten worden als blijkt dat een of meer *beneficiaries* een bedrag krijgt toegekend, rekening houdend met de voor deze *beneficiary(ies)* geldende verwantschap tot de *settlor* en de hoogte van de verkrijging. Het initiatief voor zulk een verzoek tot gedeeltelijke vermindering van het oorspronkelijk van de *trustee* geheven schenkingsrecht ligt dan bij de belanghebbenden, terwijl het verzoek zou kunnen worden gebaseerd op het bepaalde in art. 29 lid 1 Successiewet 1956. Uiteraard vereist vorenstaande een wetswijziging. Ten tijde van het arrest van de Hoge Raad ontbrak echter enige wettelijke regeling betreffende de verkrijging door doelvermogens vanwege een schenking. Voorts kan als argument vóór het oordeel van de Hoge Raad gelden, het feit dat de *settlor* weliswaar niet de totstandkoming van een zelfstandige entiteit heeft beoogd, maar dat de kenmerken van de door hem tot stand gebrachte rechtsfiguur wel voldeden aan de criteria die voor een als fiscaal-juridisch zelfstandige entiteit aan te merken doelvermogen gelden. Een gegeven waaraan naar mijn mening de Hoge Raad in zijn rechtsvinding onder de gegeven omstandigheden niet voorbij kon gaan.

2.1.3.3 Tengevolge van de totstandkoming van het doelvermogen kan geen schenkingsrecht verschuldigd zijn

In de aan de orde zijnde arresten wordt door de Hoge Raad geconcludeerd⁸²² dat schenkingsrecht naar het tarief voor niet-verwanten verschuldigd zal zijn over de bedragen die bij oprichting⁸²³ van de *trust* (lees: de totstandkoming van het doelvermogen) en daarna door de *settlor* onder *trust*verband zijn gebracht. Echter, van een overdracht van *trust*vermogen aan een reeds bestaande (pseudo-) rechtspersoon kan bij de totstandkoming van de *trust* geen sprake zijn. Pas nadát de *trust* tot stand is gekomen, is er een rechtsobject dat bevoordeeld kan worden. Alleen door (impliciet) aan te nemen dat het bepaalde in art. 17 lid 1 (oud) Successiewet 1956 ook van toepassing is ten aanzien van de totstandkoming van een doelvermogen, kan het bij totstandkoming van de *trust* (lees: doelvermogen) overgedragen vermogen beschouwd worden als door het doelvermogen bij schenking te zijn verkregen. Doch ook dit vereist een verregerende extensieve uitleg van het bepaalde in art. 17 lid 1. Zo een doelvermogen al is aan te merken als een zelfstandige fiscale entiteit, dan nog vormt zij geen (pseudo-)rechtspersoon, laat staan een stichting waarop art 17 lid 1 (oud) doelt. Van dit alles is in de overwegingen van de Hoge Raad niets terug te vinden.

2.1.3.4 Het doelvermogen wordt niet verrijkt

Van een schenking aan een *discretionary trust*, zijnde in de visie van de Hoge Raad een doelvermogen, zou naar mijn mening slechts sprake kunnen zijn indien de vrijgevigheid van de *settlor* op de *trust* zou zijn gericht én de *trust* daardoor zou worden verrijkt. Hiervan is echter geen sprake.

De vrijgevigheid van de *settlor* richt zich namelijk op de (groep van) *beneficiaries*, en niet op de *trust*. Het is dan ook opmerkelijk dat de Hoge Raad de voorwaarde van de verrijking van de verkrijger in het geheel niet in zijn overwegingen betreft.

⁸²² HR 18 november 1998, nr. 31 756, *BNB* 1999/35c, r.o. 3.11; nr. 31 758, *BNB* 1999/36c, r.o. 3.11; nr. 31 759, *BNB* 1999/37c, r.o. 3.12.

⁸²³ Opmerkelijk is dat de Hoge Raad de totstandkoming van de *trust* aanduidt als “de oprichting”, een bij een totstandkoming van een rechtspersoon van toepassing zijnde terminologie, die echter n.m.m. niet past bij het creëren van een *trust*. Hoge Raad 18 november 1998, nr. 31 759, *BNB* 1999/37c, r.o. 3.12.

De Hoge Raad overweegt⁸²⁴ namelijk:

“Het voorgaande leidt tot de conclusie dat in het onderhavige geval door de trust schenkingsrecht naar het tarief geldend voor niet-verwanten zal zijn verschuldigd over de bedragen die bij de oprichting van de trust en daarna door de settlor onder trustverband zijn gebracht, en dat voor de betaling daarvan de trustee als bestuurder van de trust zal moeten zorgdragen”.

Door slechts “de bedragen die bij oprichting van de trust en daarna door de settlor onder trustverband zijn gebracht” in aanmerking te nemen, houdt de Hoge Raad naar mijn mening ten onrechte geen rekening met het feit dat de settlor het vermogen slechts aan *beneficiaries* ter beschikking heeft willen stellen en niet aan een doelvermogen. Voorts geldt dat – zo er al sprake is van een overdracht van vermogen aan een doelvermogen – de Hoge Raad m.i. rekening had moeten houden met het feit dat de trustee zich krachtens het *trustinstrument* verplicht/gerechtigd weet om van tijd tot tijd te overwegen het doelvermogen en de inkomsten daaruit – al dan niet op termijn – aan *beneficiaries* uit te keren, hetgeen van belang is voor de vaststelling van de waarde van het “bij oprichting” en nadien overgedragen *trustvermogen*. Met andere woorden: doordat de trustee zich verplicht/gerechtigd weet om van tijd tot tijd te overwegen het in *trust* gebrachte vermogen én de inkomsten daaruit al dan niet geheel of gedeeltelijk (uiteindelijk) aan *beneficiaries* uit te keren, kán het doelvermogen geen vermogen voor zichzelf verkrijgen. Te meer omdat indien door omstandigheden het in *trust* gebrachte vermogen (uiteindelijk) niet geheel aan *beneficiaries* ten goede komt, de trustee het (resterende) vermogen als *resulting trust* voor de settlor of diens erfgenamen gaat houden. Door hiermee geen rekening te houden wordt een zodanig resultaat bereikt dat naar mijn mening geen sprake meer is van de vorming van een *trust*, zijnde een fiduciaire eigendomsoverdracht door de settlor aan een trustee teneinde daardoor *beneficiaries* te zijner tijd te verrijken. Dat de Hoge Raad het voor het bestaan van een schenking naar mijn mening vereiste element van “verrijking” niet in aanmerking neemt, mag ook blijken uit het gestelde in r.o. 3.11⁸²⁵. Daarin overweegt de Hoge Raad:

“Aangezien het in het stelsel van de successiewet niet past dat een binnen het Rijk wonende persoon zich uit vrijgevigheid van zijn goederen ontdoet zonder dat dit leidt tot heffing van schenkingsrecht, en het begrip verkrijger in deze wet niet nader is gedefinieerd, brengt dit stelsel mede dat ook een doelvermogen als verkrijger kan worden aangemerkt.

⁸²⁴ Hoge Raad 18 november 1998, nr. 31 756, BNB 1999/35c, r.o. 3.11; 18 november 1998, nr. 31 758, BNB 1999/36c, r.o.3.11 en 18 november 1998, nr. 31 759, BNB 1999/37c, r.o. 3.12.

⁸²⁵ Zie Hoge Raad 18 november 1998, nr. 31 759, BNB 1999/37c.

Nu het onder trustverband brengen van de goederen door de settlor uit vrijgevigheid is geschied, en hij met die goederen is verarmd, zijn alle elementen van een belastbare schenking aanwezig”.

Daarmee gaat de Hoge Raad naar mijn mening voorbij aan twee elementen die kenmerkend zijn voor het fiscale schenkingsbegrip, namelijk dat de begiftigde dient te worden verrijkt⁸²⁶ en dat de verkrijger zich van de verrijking bewust moet (kunnen) zijn. Het doelvermogen is weliswaar naar de mening van de Hoge Raad de verkrijger, terwijl de *settlor* door het uit vrijgevigheid onder *trustverband* brengen van goederen is verarmd, maar het doelvermogen als zodanig wordt naar mijn mening niet verrijkt, althans indien men rekening houdt met de intentie van de *settlor* en met de uit de *trustvorming* ontstane verplichtingen van de *trustee* en de daarmee samenhangende mogelijke (toekomstige) rechten van de groep van *beneficiaries*. Door het vereiste dat de begiftigde dient te worden verrijkt buiten beschouwing te laten en de verarming van de *settlor* centraal te stellen, komt de Hoge Raad naar mijn mening in strijd met het fiscale schenkingsbegrip⁸²⁷ en het privaatrechtelijk begrip gift. Temeer nu de *trust*, lees doelvermogen, zich middels de *trustee* bewust is geweest, dat zij als zodanig krachtens *trustrecht* nimmer verrijkt kan worden.

Het argument dat het doelvermogen bij totstandkoming en nadien is verrijkt omdat bij de vorming van het doelvermogen geen personen bestonden die aanspraak konden maken op uitkeringen ten laste van dat vermogen, is naar mijn mening onjuist. De *settlor* draagt namelijk (een deel van) zijn vermogen aan de *trustee* (lees: het doelvermogen) over uitsluitend met de bedoeling dat dit vermogen en haar inkomsten, door de *trustee* (lees: doelvermogen) ter beschikking

⁸²⁶ Niet valt uit te sluiten dat de Hoge Raad aldus tot uitdrukking brengt dat (soms) geen verrijking door enig persoon vereist is. Nobel, 1999, p. 790 is in dit verband echter van mening dat “in het stelsel van de Successiewet 1956” niet een verarming-uit-vrijgevigheid (van de schenker) maar een verrijking-uit-vrijgevigheid (van de begiftigde) een voorwaarde voor de heffing van schenkingsrecht is. In zijn visie is de *trust* slechts een tussenstation (een opslagplaats) voor het doorgeven van het vermogen door de *settlor* aan de *beneficiaries*. Hij is van mening dat uit de parlementaire behandeling die vooraf is gegaan aan de wetwijziging in 1956 duidelijk blijkt dat de wetgever een geheel andere invalshoek heeft gekozen dan de invalshoek van de Hoge Raad. Ook uit de wetsteksten blijkt de invalshoek van de wetgever, namelijk dat het Nederlandse schenkings- en successierecht is gebaseerd op het zogenaamde “buitenkansbeginsel” en daarom uitdrukkelijk een heffing is ten laste van de verkrijger. Zo bepaalt art. 1 lid 1 sub 3 van de Successiewet 1956 dat schenkingsrecht wordt geheven van de waarde van al dat wat door schenking wordt verkregen. Art. 5 lid 7 bepaalt dat het recht wordt geheven van hetgeen de begiftigde verkrijgt, eventueel na aftrek van aan de schenking verbonden lasten en verplichtingen, waardoor hetzij de schenker, hetzij een derde wordt gebaat. Tenslotte bepaalt art. 36 dat de belasting wordt geheven van de verkrijger.

⁸²⁷ In gelijke zin Sonneveldt, 2000a, p. 110.

2.1 De kwalificatie van de *discretionary trust inter vivos* voor de heffing van het schenkingsrecht vóór 1 januari 2010

2.1.3.5 *Beneficiaries* gerechtigd tot een *discretionary trust* worden financieel benadeeld

worden gesteld aan de door de *trustee* zelfstandig aan te wijzen personen (*power of appointment*) dan wel uit de door de *settlor* vastgestelde groep van *beneficiaries*. Het feit dat op het moment van de totstandkoming van het doelvermogen nog niet is vastgesteld wie (uit de groep van *beneficiaries*) wanneer, wat krijgt, doet naar mijn mening niets af aan het feit dat reeds op het moment dat het doelvermogen tot stand komt, vaststaat dat het overgedragen vermogen nimmer economisch eigendom van de *trustee* kan zijn dan wel van het doelvermogen als zodanig. Van begin af aan staat namelijk vast dat personen die deel uitmaken van de groep van *beneficiaries* het gehele vermogen en/of de opbrengsten daaruit zullen verkrijgen. Dan wel dat het vermogen en/of de opbrengsten daaruit – indien blijkt dat gedurende de *trust*periode niet het gehele *trust*vermogen en/of opbrengsten daaruit aan *beneficiaries* is of kon worden uitgekeerd – door de *trustee* als *resulting trust* zullen worden gehouden ten behoeve van de *settlor* dan wel diens nabestaanden. Ergo, zo een doelvermogen al ontstaat en verkrijgt, dan is dit in de wetenschap dat het *trust*vermogen en de inkomsten daaruit overeenkomstig de door de *trustee* dienaangaande nog te nemen besluiten, welke dienen te zijn gebaseerd op en in lijn dienen te liggen met de door de *settlor* geuite wensen, uiteindelijk geheel aan *beneficiaries* zal worden uitgekeerd. Dan wel als *resulting trust* ten behoeve van de *settlor* c.q. diens erfgenamen zal worden gehouden. Kortom, zo een doelvermogen al ontstaat, verkrijgt het nooit als entiteit voor zichzelf en kan als zodanig nimmer worden verrijkt.

Het arrest van de Hoge Raad valt naar mijn mening alleen goed te begrijpen, indien wordt aangenomen dat de Hoge Raad slechts van belang heeft geacht dat ten tijde van de totstandkoming van de *discretionary trust* het juridisch en economisch belang bij het *trust*vermogen vanwege het ontbreken van juridisch gerechtigden uitsluitend aan het doelvermogen kon worden toegerekend, de discretionaire bevoegdheid van de *trustee* ten spijt. En voorts dat deze discretionaire bevoegdheid slechts betekenis heeft voor de vaststelling van de hoogte van de belaste verkrijging.

2.1.3.5 *Beneficiaries* gerechtigd tot een *discretionary trust* worden financieel benadeeld

Doordat de Hoge Raad in het geval van een *discretionary trust* een doelvermogen als verkrijger aanmerkt en daarbij geen rekening houdt met de aan het in *trust*verband gebrachte vermogen verbonden verplichtingen van de *trustee* én (mogelijke) rechten van de groep van *beneficiaries*, is over het totale ingebrachte *trust*vermogen schenkingsrecht verschuldigd naar het voor derden-verkrijgers geldende (hoogste) tarief⁸²⁸, terwijl bij een latere uitkering uit de *trust* (lees:

⁸²⁸ Voor “andere verkrijgers” geldt tariefgroep II met een heffingspercentage dat aanvangt

het doelvermogen) aan door de *trustee* alsdan geïndividualiseerde *beneficiaries*, de *trust* niet in aanmerking komt voor vermindering van het in het verleden geheven schenkingsrecht. De *trust* is namelijk bij haar totstandkoming geen verplichting opgelegd tot het doen van uitkeringen, omdat bij de vorming van het doelvermogen niet vaststond welke personen aanspraak konden maken op uitkeringen ten laste van het vermogen. Hierdoor kunnen verschillen ontstaan die disproportioneel zijn. Zo kan de reden dat een *settlor* tot het instellen van een *discretionary trust* besluit, zijn gelegen in het feit dat er zich ten aanzien van een of meer van zijn bloedverwanten omstandigheden voordoen die noodzaken tot een grote mate van flexibiliteit in het aan hen in de toekomst toekennen van vermogen en/of inkomen⁸²⁹. Zo zou bv. een hier sinds enige jaren woonachtige, vanuit het V.K. tijdelijk uitgezonden employé om zeer ernstige gezondheidsredenen kunnen besluiten om zo snel mogelijk voor zijn twee in het V.K. wonende gehandicapte minderjarige kinderen een *discretionary trust* tot stand te brengen en voor zijn andere (gezonde) kinderen een *fixed trust*⁸³⁰. De beslissing van de Hoge Raad leidt er dan toe dat voor de gehandicapte minderjarige kinderen na heffing van het verschuldigde schenkingsrecht aanzienlijk minder vermogen resteert dan voor de wel gezonde broers en/of zusters⁸³¹. Een onbevredigende uitkomst, die niet snel zal worden begrepen. Een beter resultaat zou – in elk geval qua tarief – zijn bereikt indien de Hoge Raad ook de uiteindelijke uitkomst van het *trust*verband in aanmerking had genomen en daarbij aansluiting zou hebben gezocht⁸³².

met 30 en eindigt met 40, terwijl voor echtgenoten, kinderen en afstammelingen in de rechte lijn tariefgroep I geldt met een heffingspercentage variërend tussen de 10 en 20. Voor afstammelingen in de tweede of verdere graad bedraagt de belasting het voor afstammelingen in de rechte lijn verschuldigde percentage vermeerderd met 80% daarvan. Zie art. 24 lid 1 Successiewet 1956.

⁸²⁹ Denk bv. aan geestelijk en/of lichamelijk gehandicapte (minderjarige) kinderen of aan kinderen die vermogen ziekelijk verkwisten (*spendthrift trust*). Ik ga er hierbij van uit dat in zulke situaties het tot stand brengen van een *trust* niet is aan te merken als het voldoen aan een natuurlijke verbintenis.

⁸³⁰ Sonneveldt, 2000a, p. 110-111 geeft een ander voorbeeld, waarbij de gevolgen van een *fixed trust* worden vergeleken met die van een *discretionary trust* indien in beide *trusts* vermogen wordt gebracht waarbij de echtgenote tot *life interest beneficiary* (vergelijkbaar met een vruchtgebruiker) wordt benoemd en de kinderen tot *remaindermen* (vergelijkbaar met hoofdgerechtigden).

⁸³¹ Althans aangenomen dat de instelling van een *fixed trust* niet eveneens als een schenking aan een doelvermogen dient te worden aangemerkt.

⁸³² Aldus ook Sonneveldt, 2000a, p. 111.

2.1 De kwalificatie van de *discretionary trust inter vivos* voor de heffing van het schenkingsrecht vóór 1 januari 2010

2.1.3.7 De beslissing van de Hoge Raad nodigde uit tot verregaande tax-planning

2.1.3.6 De beslissing van de Hoge Raad vormt de facto een belemmering voor het tot stand brengen van een *discretionary trust*

De uitspraak van de Hoge Raad inzake BNB 1999/35c, 1999/36c, 1999/ 37c heeft tot gevolg dat in Nederland woonachtige (gevestigde) (rechts)personen *de facto* worden ontmoedigd, zo niet worden belemmerd om een *discretionary trust* tot stand te brengen. Daarvoor zijn de financiële gevolgen namelijk te ingrijpend indien vermogensbestanddelen waaraan een grote waarde in het economisch verkeer is toe te kennen om niet *in trust* worden overgedragen. Dit raakt de vraag of dientengevolge geen sprake is van een beperking van het vrije kapitaalverkeer als bedoeld in art. 63 van het VWEU en dat alleen al om deze reden de Nederlandse wetgever zich verplicht had moeten weten een wettelijke regeling tot stand te brengen die deze belemmering opheft. Weliswaar is van een belemmerende nationale wettelijke bepaling i.c. geen sprake, desalniettemin is van belang dat richtlijn 88/361 een volledige liberalisering van het kapitaalverkeer van persoonlijke aard, waartoe schenkingen, giften en nalatenschappen behoren, tot stand heeft gebracht⁸³³ en dat de lidstaten de verplichting is opgelegd, alle beperkingen met betrekking tot het kapitaalverkeer op te heffen. Zo ook – naar mijn mening – de beperking van het kapitaalverkeer van persoonlijke aard door een Nederlandse onderdaan op grond van zijn woonplaats, i.c. Nederland⁸³⁴.

2.1.3.7 De beslissing van de Hoge Raad nodigde uit tot verregaande tax-planning

Het feit dat vanwege de “novemberarresten” een naar buitenlands recht rechtsgeldig tot stand gebrachte *irrevocable discretionary trust* tot aan 1 januari 2010 fiscaal als een zelfstandige entiteit, zijnde een doelvermogen, diende te worden aangemerkt, bood perspectieven voor verregaande *tax-planning*, zodat ook om die reden reparatiewetgeving wenselijk was⁸³⁵. Zo was het – vanuit Nederlands fiscaal perspectief – voor naar Nederland emigrerende buitenlanders dan wel voor naar Nederland remigrerende Nederlanders die voorafgaand aan de remigratie (ten minste) langer dan 10 jaar in het buitenland hadden gewoond, interessant om voorafgaand aan de (r)emigratie (een deel van het) vermogen aan een *irrevocable discretionary trust* (lees: doelvermogen) over te dragen. Vanwege het feit dat de

⁸³³ Zie Hof van Justitie EG, 11 december 2003, zaak C-364/01.

⁸³⁴ Zie in dit verband ook I.A. Koele, “Over de familiestichting, de charitatieve “private foundation” en de trust in de toekomstige Successiewet”, *WPNR*, 2004/6576, p 337, alsmede voetnoot 2 aldaar.

⁸³⁵ Nobel, 1999, p. 792 duidt de uitkomst van de novemberarresten aan als een door de Hoge Raad aan de fiscus geschonken Phyrrius-overwinning. De arresten hebben namelijk op een aantal andere punten fiscaal-juridische onzekerheden weggenomen die tot dan toe grootschalig gebruik van de rechtsfiguur van de *trust* tegenhielden.

settlor ten tijde van de totstandkoming van de *trust* niet in Nederland woonde, kon geen Nederlands schenkingsrecht verschuldigd zijn, terwijl na (r)emigratie het *in trust* overgedragen vermogen niet meer tot zijn vermogen behoorde⁸³⁶ en derhalve ook niet meer kon vererven⁸³⁷, zodat heffing van successierecht kon worden voorkomen. Uitkeringen die vervolgens door de in het buitenland gevestigde *trust* aan in Nederland wonende *beneficiaries* plaatsvonden, konden niet met schenkingsrecht worden belast. De *trust* was immers ten tijde van het doen van een uitkering niet in Nederland gevestigd. Indien moet worden aangenomen dat een *irrevocable discretionary trust* - ingevolge de voor het schenkingsrecht gewezen “novemberarresten” - ook voor de heffing van de inkomstenbelasting als een doelvermogen moet worden gekwalificeerd, dan zou dit tot gevolg hebben gehad dat zolang de *trustee* niet tot het toekennen van uitkeringen met een periodiek karakter aan in Nederland wonende/gevestigd *beneficiaries* zou hebben besloten, deze *beneficiaries* niet met inkomstenbelasting zouden kunnen worden belast. De opbrengst van het *trust*vermogen vormt namelijk inkomen van de *trust* als zelfstandig buitenlands doelvermogen en geen (bron van) inkomen voor Nederlandse *beneficiaries*. Omdat *beneficiaries* aan de *trust* niet enig recht met een vermogenswaarde konden ontleen, kon van een vermogensrendementsheffing over forfaitair rendement als bedoeld in art. 5.2 Wet IB evenmin sprake zijn. Met betrekking tot de dividendbelasting gold dat deze bij uitkeringen door de *trust* niet kan worden geheven, ook niet indien de *trust* in Nederland haar zetel heeft, omdat een doelvermogen geen vennootschap met in aandelen verdeeld kapitaal is⁸³⁸.

Voorts gold (en geldt) dat in het buitenland gevestigde *trusts*, ingevolge het bepaalde in art 3 letter c Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en art. 7.1 Wet Inkomstenbelasting 2001, slechts met vennootschapsbelasting kunnen worden belast indien en voorzover de als een doelvermogen aan te merken *discretionary trust* Nederlands inkomen⁸³⁹ verkrijgt.

⁸³⁶ Mits de *settlor* geen dan wel zeer beperkte beschikkingsmacht ten aanzien van het in *trust* overgedragen vermogen had.

⁸³⁷ De *trust* heeft namelijk, als zelfstandig fiscale entiteit (in de visie van de Hoge Raad), het vermogen in eigendom verkregen.

⁸³⁸ Art. 1 lid 1 Wet op de dividendbelasting 1965 bepaalt namelijk dat onder de naam “dividendbelasting” een directe belasting wordt geheven van degenen, die – rechtstreeks of door middel van certificaten – gerechtigd zijn tot de opbrengst van aandelen in, en winstbewijzen van en geldleningen als bedoeld in art. 10, lid 1, onderdeel d, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 aan in Nederland gevestigde naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, open commanditaire vennootschappen en andere vennootschappen welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld.

⁸³⁹ Art. 17 lid 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 bepaalt dat het Nederlands inkomen het gezamenlijk bedrag is van de belastbare winst uit een in Nederland gedreven onderneming

2.1 De kwalificatie van de *discretionary trust inter vivos* voor de heffing van het schenkingsrecht vóór
1 januari 2010
2.1.4.1 Samenvatting

Ook het overdragen van vermogensbestanddelen voor de daaraan toe te kennen waarde in het economisch verkeer aan een als zelfstandige entiteit aan te merken doelvermogen kon tot een aanmerkelijke belastingbesparing leiden. Met name indien het vermogensbestanddelen betrof die een gereede kans liepen in de toekomst sterk in waarde te kunnen stijgen, bv. patentrechten of aanmerkelijkbelangaandelen.

Tot slot, de beslissing van de Hoge Raad leidt er zelfs ook thans nog toe dat de als zelfstandige entiteit aan te merken *discretionary trust*, indien deze – ná totstandkoming – in Nederland wordt gevestigd, over de met het *trust*vermogen gerealiseerde opbrengsten geen Nederlandse vennootschapsbelasting verschuldigd is omdat art. 2 lid 1 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 bepaalt dat als binnenlands belastingplichtigen aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen de aldaar onder letter a tot en met f genoemden, waartoe een doelvermogen echter niet behoort, tenzij door middel van een extensieve interpretatie wordt aangenomen dat een doelvermogen gerekend kan worden tot de in art. 2 lid 1 sub e Wet op de vennootschapsbelasting 1969 genoemde andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen. Daarmee kwalificeert Nederland zich als een *tax haven* voor hier te lande gevestigde *discretionary trusts*, hetgeen zich niet verhoudt tot de draconische wetgeving⁸⁴⁰ betreffende het als een afgezonderd particulier vermogen aan te merken doelvermogen, zoals de *discretionary trust*.

2.1.4 Samenvatting en conclusie

2.1.4.1 Samenvatting

De in de arresten aan de orde zijnde kernvraag was of indien een *irrevocable discretionary trust* wordt ingesteld het vermogen aan een (of meer) begiftigden kan worden toegerekend. Met andere woorden, kan (kunnen) er – ten tijde van de instelling van de *trust* (en de uitbreiding van *trust*vermogen nadien) – een (of meer) begiftigde(n) worden aangewezen, hetgeen voor de constatering van een belastbare schenking een voorwaarde is. Het hof was ten aanzien daarvan van mening dat niet aannemelijk is geworden dat belanghebbenden (of ten minste een van hen) op enig moment vóór de einddatum van de *trust* met vrucht in

en het belastbare inkomen uit een aanmerkelijk belang in de zin van hoofdstuk 4 van de Wet op de inkomstenbelasting 2001 in een in Nederland gevestigde vennootschap indien het aanmerkelijk belang niet behoort tot het vermogen van een onderneming. Wat tot een Nederlandse onderneming wordt gerekend bepaalt vervolgens art. 17a lid 1 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

⁸⁴⁰ Zie ook 2.4 hierna.

rechte enige uitkering uit het *trust*vermogen of de inkomsten daarvan konden (kon) eisen, dan wel het uitzicht van belanghebbenden op eventuele aanspraken vooralsnog te onzeker en te onbepaald was om van een verkrijging te kunnen spreken (Hof 's-Gravenhage, 30 november 1995, nr. 93/4515, vgl. nr. 93/4712). Ook bood de wet geen of onvoldoende aanknopingspunten om de *trust* als belastingplichtige in de zin van de wet te kunnen aanmerken en de afzondering van het *trust*vermogen als een verkrijging te kunnen aanmerken en belasten (Hof 's-Gravenhage, 30 november 1995, nr. 95/4513). De staatssecretaris was daarentegen van mening dat het complex van aanspraken⁸⁴¹, verbonden aan de kwaliteit van *beneficiary*, geldswaarde heeft en dat het hof onvoldoende heeft gemotiveerd waarom het aan de *equitable rights* geen geldswaarde heeft toegekend (HR 18 november 1999, nr. 31 756, BNB 1999/35c), terwijl in zijn visie de *trust* als een entiteit *sui generis* dient te worden belast⁸⁴² (HR 18 november 1999, nr. 31 758, BNB 1999/37c). De Advocaat-Generaal was van mening dat de *trusts* niet dienden te worden erkend, omdat zij in overwegende mate aanknopingspunten hadden met continentale rechtsstelsels en niet met het land van het *trust*recht, met als conclusie dat het *trust*vermogen geacht moet worden toe te behoren aan de *trust* zelf, als ware het een rechtspersoon naar Nederlands recht, waarna de in het Nederlands recht bekende stichting, wat hem betreft, in het zicht komt. Opmerkelijk is dat inspecteur, de staatssecretaris, de Advocaat-Generaal én de Hoge Raad ieder op eigen wijze tot de conclusie komen dat – kwalificerend naar Nederlands recht – de onderhavige *discretionary trust* een zelfstandig te belasten entiteit vormt, als ware het een (pseudo) rechtspersoon, terwijl het Hof van mening was dat de wet daartoe onvoldoende aanknopingspunten bood. Hetgeen de arresten duidelijk maken is dat “zwevend *trust*vermogen” naar de mening van de Hoge Raad naar Nederlands fiscaal recht niet kan bestaan en dat niet van toepassing zijn:

⁸⁴¹ Door de staatssecretaris worden echter geen argumenten genoemd waarom van een complex van *aanspraken* verbonden aan de kwaliteit van *beneficiary* sprake is en evenmin waarom het complex van aanspraken geldswaarde heeft. De *beneficiaries* zouden in zijn visie meer dan een blote verwachting zonder juridische betekenis hebben. Er zou z.i. sprake zijn van aanspraken, zij het onder de voorwaarde van het in leven zijn op een bepaald tijdstip, en voor wat betreft de uitkeringen tijdens het bestaan van de *trust*, tot bedragen als de *trustee* naar zijn redelijk inzicht zal vaststellen. Daarbij gaat hij voorbij aan het feit dat zolang de *trustee* geen besluit heeft genomen betreffende de vraag of een of meer der *beneficiaries* iets krijgt uitgekeerd en zo ja, hoeveel aan wie zal worden uitgekeerd, geen der *beneficiaries* een op geld te waarden aanspraak heeft.

⁸⁴² Een standpunt dat aansluit bij het eerder door de inspecteur in zijn vertoogschrift ingenomen subsidiaire standpunt inhoudende dat het *trust*vermogen als doelvermogen belast moet worden ter zake van de verkrijging. Een standpunt dat gelijk is aan dat van Hoge Raad nadien.

2.1 De kwalificatie van de *discretionary trust inter vivos* voor de heffing van het schenkingsrecht vóór
1 januari 2010
2.1.4.2 Conclusie

- 1) de onafhankelijkheidsleer, waarbij de *settlor* geacht wordt onherroepelijk afstand van vermogen te hebben gedaan en de *trustee* onafhankelijk van hem zijn discretionaire bevoegdheden kan uitoefenen,
- 2) de verlengstukgedachte, waarbij men de vermogensafzondering blijft bezien vanuit de *settlor* en de *trustee* als ware het een verlengstuk van de *settlor* en
- 3) de voorwaardelijke benadering, waarbij *beneficiaries* geacht worden te hebben verkregen onder (opschortende) voorwaarde van het door de *trustee* aanwenden van zijn discretionaire bevoegdheid tot uitkering van vermogen/inkomsten,⁸⁴³.

Gelet op het door de Hoge Raad gehanteerde uitgangspunt dat het in het stelsel van de Successiewet 1956 niet past dat een binnen het Rijk wonende persoon zich uit vrijgevigheid van zijn goederen ontdoet zonder dat dit tot heffing van schenkingsrecht leidt, is begrip op te brengen voor het feit dat de Hoge Raad als (*ultimum remedium?*) tot de conclusie kwam dat de totstandkoming van een *irrevocable discretionary trust* tot gevolg heeft dat:

- a. een afgescheiden vermogen tot stand komt, dat
- b. aan niemand (vermogensrechtelijk) toebehoort en dat
- c. voor een bepaald doel opzij is gezet en dat
- d. daarmee voor de heffing van het schenkingsrecht als een (fiscaal) juridisch zelfstandige entiteit is te beschouwen⁸⁴⁴.

2.1.4.2 Conclusie

Uit het feit dat volgens de Hoge Raad eerst moet worden nagegaan welke rechtsgevolgen naar het op de *trust* toepasselijke recht aan de *trust* zijn verbonden, om daarna vast te stellen hoe het Nederlandse belastingrecht op die

⁸⁴³ Zie voor een uitvoerige behandeling van de onafhankelijkheidsleer, de verlengstukgedachte en de voorwaardelijke benadering: Sonneveldt, 2000a, p. 83-89.

⁸⁴⁴ In dit verband dringt zich de parallel op met de algemeen nut beogende instellingen als bedoeld in art. 6.33 lid 1 sub b Wet inkomstenbelasting 2001. Ook deze instellingen, waarvan de bevoordeling niet is gericht op de instelling zelf maar op het door haar gekoesterde algemeen nut, worden voor de erf- en schenkbelasting geacht een juridisch zelfstandige entiteit te zijn, die voor haar verkrijgingen zouden zijn belast, ware het niet dat art. 32 lid 1 3° resp. art. 33 4° Successiewet 1956 bepaalt dat verkrijgingen door zulke instellingen zijn vrijgesteld.

rechtsgevolgen moet worden toegepast, is af te leiden dat ook de Hoge Raad de *trust* erkent. Wat echter opvalt is dat de Hoge Raad voorbij gaat aan het feit dat:

- de Successiewet 1956 het begrip doelvermogen niet kent.
- de *settlor* geen zelfstandig te belasten entiteit tot stand heeft willen brengen,
- de *settlor* het doelvermogen niet heeft willen bevoordelen,
- de *trust* naar het daarop betrekking hebbende vreemde recht geen (pseudo) rechtspersoonlijkheid bezit,
- de *trust* niet voor een onbepaalde tijd kan worden ingesteld,
- de *trust* ook niet daadwerkelijk wordt verrijkt vanwege het feit dat *trustees* het vermogen en de inkomsten daaruit aan *beneficiaries* kunnen toekennen en voorzover dat uiteindelijk niet gebeurt/niet meer kan gebeuren het *trust*vermogen als *resulting trust* voor de *settlor* c.q. diens erfgenamen wordt gehouden,
- een heffingsvacuüm geen novum in het fiscale recht is,
- het zeer hoge heffingstarief geen recht doet aan het feit dat *de facto* (weliswaar mogelijkserwijs pas op termijn) door (naaste) verwanten van de *settlor* wordt verkregen.

Voor zover is vast te stellen, is de Hoge Raad aan al deze punten voorbij gegaan, terwijl het resultaat van de arresten was dat het tot stand brengen van een *discretionary express private trust* door hier te lande woonachtige (gevestigde) (rechts) personen vanwege de daaraan verbonden financiële gevolgen in feite financieel ernstig werd belemmerd. Dientengevolge was naar mijn mening *de facto* geen sprake van een fiscale erkenning van de *discretionary trust*. De wetgever had dan ook naar mijn mening ter bevordering van de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid door middel van (reparatie)wetgeving tijdig moeten ingrijpen. Temeer omdat het Besluit d.d. 15 december 2005, nr. CPP2005/2528M⁸⁴⁵, waarin door de staatssecretaris de mogelijkheid tot (voor)overleg werd geboden, naar mijn mening bepaald geen panacee was. Echter, pas op 20 april 2009 werd door de staatssecretaris

⁸⁴⁵ Dit Besluit vormt een samenvoeging van de eerdere besluiten d.d. 8 december 2000, nr. CPP2000/2816M inzake de *trust* en 22 oktober 2002, nr. CPP2002/2773M inzake de SPF, waaraan de besluiten d.d. 10 februari 2000, nr. DB99/4199M en 22 juni 1995, nr. DB95/1771M vooraf gingen.

een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend dat o.a. betrekking heeft op het afgezonderd particulier vermogen. Deze met ingang van 1 januari 2010 geldende wettelijke regeling heeft als kenmerk dat afgezonderde particuliere vermogens als aparte entiteit worden genegeerd. Het afgezonderd particulier vermogen wordt namelijk in beginsel fiscaalrechtelijk direct aan de *settlor*, zijn *partner* of erfgenamen toegerekend, terwijl in civielrechtelijke zin het afgezonderd en afgescheiden vermogen het vermogen van de *settlor* wél heeft verlaten. Daarmee is het in beginsel niet erkennen van naar buitenlands recht tot stand gekomen *discretionary trusts* ook wettelijk vastgelegd, hetgeen valt te betreuren⁸⁴⁶.

Resteren nog twee vragen.

1) wat zou de betekenis zijn geweest van een oordeel door de Hoge Raad dat bij de totstandkoming van een *discretionary trust* wél sprake zou zijn geweest van het naar Nederlands civiel en fiscaal recht ontbreken van een verkrijger?

Indien de Hoge Raad dit standpunt zou hebben ingenomen, dan zou dit naar mijn mening hebben geïmpliceerd dat er naar Nederlands civiel en fiscaal recht geen sprake zou zijn geweest van de totstandkoming van een gift, omdat van een verkrijger die wordt verrijkt en zich daar ook van bewust kan zijn, dan geen sprake is en daarmee niet wordt voldaan aan de voorwaarden om een gift tot stand te brengen. Met als gevolg dat de *settlor* nog steeds gerechtigd zou zijn geweest tot de eigendom van het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan. Het resultaat van zulk een oordeel zou naar mijn mening zijn geweest, enerzijds dat de *discretionary trust de iure* en *de facto* niet zou zijn erkend waartoe het Haags *trust*verdrag de mogelijkheid biedt, anderzijds dat het veelvuldig ontgaan van belastingheffing door middel van het oneigenlijk gebruik van de rechtsfiguur zoals deze in latere jaren plaats vond, zou zijn voorkomen.

2) wat zou de betekenis zijn geweest van een oordeel door de Hoge Raad dat bij de totstandkoming van een *discretionary trust* wél sprake zou zijn geweest van een zelfstandige entiteit als verkrijger, zijnde het doelvermogen, maar dat gelet op de (toenmalige) wettekst er geen mogelijkheid bestond om bij de *discretionary trust* een belaste schenking aan te merken, omdat de wet het begrip doelvermogen niet kent en het bovendien niet de bedoeling van de *settlor* is geweest een schenking aan de *trust* tot stand te brengen, maar aan de daartoe nog aan te wijzen *beneficiaries*?

⁸⁴⁶ Zie voor een meer uitvoerige bespreking van de kwalificatie van de *discretionary express private trust* onder het positieve recht: § 2.4 “De kwalificatie van de *discretionary trust* na 1 januari 2010” hierna.

Het gevolg zou naar mijn mening zijn geweest dat de wetgever zich genoodzaakt had gezien om, teneinde het dan te verwachten veelvuldig oneigelijk gebruik van de rechtsfiguur in te dammen, via wetgeving in te grijpen. Bijvoorbeeld door het begrip doelvermogen in de wet te introduceren en vervolgens wettelijk te bepalen dat bij het doelvermogen (vertegenwoordigd door de *trustee*) in eerste aanleg schenkingsrecht (thans schenkbelasting) wordt geheven tegen het derdentarief, waarna dit schenkingsrecht wordt gemitigeerd als een *beneficiary* daadwerkelijk wordt bevoordeeld.

Uit overwegingen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zou het naar mijn mening te verkiezen zijn geweest indien de Hoge Raad voor voor de laatste optie zou hebben gekozen. Dit zou namelijk tot tijdig en wettelijk ingrijpen hebben genoodzaakt, waardoor veelvuldig oneigenlijk gebruik van de rechtsfiguur nadien én het daarmee op grove wijze en grote schaal onaanvaardbaar ontgaan van belastingheffing, had kunnen worden voorkomen.

2.2 De kwalificatie van de *discretionary trust mortis causa* en de heffing van successierecht vóór 1 januari 2010

2.2.1 Inleiding

Dit deel van het onderzoek beschrijft relevante fiscale aspecten van de totstandkoming van een *discretionary trust mortis causa* vóór 1 januari 2010. Aandacht wordt geschonken aan de vraag wanneer successierecht verschuldigd was en welke betekenis moest worden toegekend aan het begrip “krachtens erfrecht verkregen”, alsook aan de betekenis van de fictief erfrechtelijke verkrijgingen als bedoeld in de artikelen 8, 13 en 16 Successiewet 1956.

Voorts wordt ingegaan op vraag welke waarde aan de verkrijging van het *trust*vermogen door de *discretionary trust mortis causa* kon worden toegekend. Paragraaf 2 wordt afgerond met een samenvatting en conclusie.

2.2.2 Het Nederlandse successierecht

2.2.2.1 Inleiding

Na acht jaren parlementaire behandeling kwam de Wet van 1956 tot stand die een successiebelasting belichaamt die gebaseerd is op de verkrijging krachtens erfrecht en die gekenmerkt wordt door een verwantschapsprogressie. Deze wet is eveneens regelmatig gewijzigd vanwege veranderde opvattingen over de samenleving; aanpassingen aan overige wetgeving; een wenselijk geachte bedrijfsopvolgingsregeling en het op 1 januari 2003 van kracht geworden

nieuwe erfrecht⁸⁴⁷. Hoewel het rapport van de commissie *Molmaker* een aanzet daartoe had kunnen zijn, is een algehele herziening van de wet tot op heden uitgebleven. Wel werden op 1 januari 2010 een aantal wijzigingen van de Successiewet 1956 en enige andere belastingwetten van kracht waarbij de term successierecht is gewijzigd in erfbelasting, de tarieven en vrijstellingen zijn aangepast en het begrip *partnership* is gewijzigd. De belangrijkste wijziging, welke de kwalificatie van de *discretionary trust* betreft, is de in de tekst van art. 16 Successiewet 1956 nieuw opgenomen fictiebepaling welke in samenhang moet worden gezien met de toerekeningsbepaling van art. 2.14a van de Wet inkomstenbelasting 2001 voor een afgezonderd particulier vermogen⁸⁴⁸, waarbij als uitgangspunt geldt dat bezittingen en schulden van een afgezonderd particulier vermogen niet alleen tijdens het leven van de inbrenger maar ook op het moment van overlijden van de inbrenger tot zijn vermogen en daarmee tot zijn nalatenschap behoren, zodat de vraag of een testamentaire *discretionary trust* erfrechtelijk kan verkrijgen voor de met ingang van 1 januari 2010 te heffen erfbelasting niet meer relevant is.

2.2.2.2 Wanneer is successierecht verschuldigd?

Ingevolge het bepaalde in art. 1 lid 1, sub 1 Successiewet 1956 wordt het recht van successie geheven van de waarde van al wat krachtens erfrecht wordt verkregen door het overlijden van iemand, die ten tijde van dat overlijden in het Rijk woonde.

Analyse van deze bepaling leert dat vier elementen van belang zijn:

a. een natuurlijk persoon dan wel een rechtspersoon moet *krachtens erfrecht* civielrechtelijk een recht verkrijgen waaraan een vermogenswaarde kan worden toegekend.

⁸⁴⁷ Zie hierover Verstraaten, 2004, p. 2-6 en 7.

⁸⁴⁸ Daarnaast zijn een aantal maatregelen van kracht geworden die aan de ene kant de te ruime werking van de bedrijfsopvolgingsregeling beogen te beperken en aan de andere kant de te beperkte werking beogen te verruimen. Tevens worden de voordelen voortvloeiende uit een vergaande splitsing tussen het tijdstip van de verkoop van bv. een woning en de levering daarvan (zie HR 6 juni 2008, nr. 43.209, *NTR* 2008/1233) voortaan in de heffing van erfrecht betrokken, evenals uitkeringen van levensverzekeringen gesloten tussen de erflater en zijn echtgenote en kinderen, waarbij de erflater als verzekeraar optreedt (zie HR 11 juli 2008, nr. 43.527, *NTR* 2008/1389). Tot slot is de in art. 10 van de Successiewet 1956 gestelde eis dat er sprake moet zijn geweest van een rechtshandeling waarbij de erflater partij was, geschrapt en is de bepaling dat art. 10 niet van toepassing is indien de verkrijger vóór de erflater is overleden, vervallen. Dit in verband met werking van turbotestamenten en het ik-opa testament.

b. de verkrijging moet zijn oorzaak vinden in het overlijden⁸⁴⁹ van iemand. Met andere woorden: de oorzaak van de vermogensovergang wordt in het erfrecht gevonden⁸⁵⁰.

c. degene die overlijdt moet ten tijde van zijn overlijden *binnen het Rijk* wonen:

d. het recht van successie wordt geheven over de *waarde* die aan de verkrijging is toe te kennen.

Van vorenstaande vier elementen is ten aanzien van de totstandkoming van een testamentaire *discretionary trust* naar mijn mening het eerste element in het bijzonder van belang.

Indien namelijk moest worden vastgesteld dat een *discretionary trust* niet krachtens erfrecht maar krachtens *trustrecht* een recht verkrijgt waaraan een vermogenswaarde kan worden toegekend, dan zal de *discretionary trust* geen successierecht verschuldigd zijn. Vandaar dat het van belang is eerst na te gaan wat onder het begrip *krachtens erfrecht* moet worden begrepen.

2.2.2.3 *Krachtens erfrecht*⁸⁵¹ verkregen

Alleen verkrijgingen⁸⁵² van goederen en/of rechten krachtens erfrecht – hetzij bij versterf, hetzij bij uiterste wilsbeschikking – kunnen met successierecht worden belast, hetgeen een verwijzing naar het civiele recht inhoudt. Dit betekent dat de vraag of sprake is van een erfrechtelijke verkrijging primair haar antwoord in het privaatrecht vindt, hetgeen eveneens geldt voor de persoon van de

⁸⁴⁹ Met de huidige medische kennis valt te verdedigen dat iemand ook geacht kan worden te zijn overleden zodra zijn hersendood kan worden geconstateerd. Mocht het bestaan van een persoon onzeker zijn, terwijl het vermoeden bestaat dat hij is overleden dan kan op de voet van art. 1:413 en 1:414 BW een beschikking van de rechtbank worden gevraagd waarin het rechtsvermoeden van overlijden wordt vastgelegd. Voor de heffing van successierecht geldt dan de datum van die verklaring als de datum van overlijden. Het is deze datum die bepalend is voor de vraag wie, wat en tegen welke waarde erfrechtelijk verkrijgt. Voorts is deze datum bepalend voor de aangiftetermijn.

⁸⁵⁰ Zie A.G.F. Lindeijer, “*Hoofdlijnen Successiewetgeving*”, FED – Deventer, 1976, p. 16.

⁸⁵¹ De in de wet van 1859 gebruikte terminologie “*geefld of verkregen... uit den boedel*”, werd bij de wet van 1956 vervangen door de term “*erfrecht*”. Dit teneinde te verduidelijken dat een erfrechtelijke verkrijging aanwezig moet zijn, waarmee gerefereerd wordt aan een verkrijging ten titel van erfrecht zoals geregeld in het BW, doorgaans aangeduid als “het erfrecht” (zie: J.K. Moltmaker, “*Krachtens erfrecht*”, WFR 1981/5502, p. 661).

⁸⁵² In de betekenis van het saldo van ieders erfrechtelijke verkrijging. Derhalve na aftrek van het aandeel in schulden, legaten en lasten. Derhalve kunnen ook fictieve verkrijgingen saldoverkrijgingen zijn.

verkrijger. Derhalve komen in beginsel slechts verkrijgingen als erfgenaam, als legataris of als lastbevoordeelde⁸⁵³ voor de heffing in aanmerking. Echter, omdat er verkrijgingen zijn die zodanig samenhangen met het overlijden van de erflater dat zij naar de mening van de wetgever met successierecht zouden moeten worden belast, heeft de wetgever een aantal fictiebepalingen geïntroduceerd, zij het dat deze verkrijgingen niet als een civielrechtelijke verkrijging krachtens erfrecht kunnen worden aangemerkt⁸⁵⁴. (Zie nader omtrent de fictiebepalingen hierna § 2.2.2.4). Omdat voor de heffing van successierecht in beginsel uitsluitend verkrijgingen als erfgenaam, als legataris of als lastbevoordeelde in aanmerking komen, is het van belang om na te gaan wat dit betekende voor het vóór 1 januari 2010 tot stand brengen van een *discretionary trust*. In dit verband breng ik in herinnering⁸⁵⁵ dat naar mijn mening het bij uiterste wilsbeschikking tot stand brengen van een *discretionary trust* waarop het Nederlandse erfrecht van toepassing is, in beginsel nietig is, zodat de uiterste wilsbeschikking als zodanig voor de *trustee* geen vorderingsrecht kan opleveren. Het gevolg hiervan is dat een *discretionary trust* een uitkering niet verkrijgt uit de boedel van de erflater, maar uit die van de erfgenaam krachtens zijn liberaliteit, welke onverplichte uitkering door de erfgenaam is te zien als een schenking⁸⁵⁶. Dit levert een dubbele heffing op, althans indien de erfgenamen in Nederland wonen dan wel geacht worden daar te wonen. Enerzijds successierecht bij de erfgenamen, anderzijds schenkingsrecht vanwege de schenking aan de *discretionary trust*, hetgeen als een onbillijkheid van overwegende aard is aan te merken. Temeer nu een uiterste wilsbeschikking bij dode - welke niet in boek 4 BW is geregeld - nergens in de wet nietig wordt verklaard en het kennelijk wél de wens van de erflater was om bij overlijden vermogen ten behoeve van toekomstige *beneficiaries* via een *discretionary trust* af te zonderen en af te scheiden. Dit bracht art. 63 Algemene

⁸⁵³ Onder lastbevoordeelde dient te worden verstaan, een derde die bij de uitvoering van de last enig voordeel geniet. Dit in tegenstelling tot de onpersoonlijke lasten waarbij er geen derde is die bij uitvoering van de last enig voordeel geniet (bv. last tot grafonderhoud; tot het doen lezen van missen). Zie H. Schuttevâer, 1998, p. 67. Onder lastbevoordeling is te verstaan, een door de erflater aan de erfgenamen en/of legatarissen opgelegde verplichting om bepaalde niet tot de nalatenschap behorende zaken af te geven aan een door de erflater aangewezen persoon. Zie Verstraaten, 2004, p. 30.

⁸⁵⁴ Van een naar burgerlijk recht niet als een verkrijging krachtens erfrecht aan te merken verkrijging is bv. sprake in geval van een bij overlijden effect sorterend derdenbeding; het verblijven van een aandeel in zaken bij de dood van een mede-eigenaar; de schenking onder voorwaarde van overleving; de “en/of”-rekening en de verkrijging van niet-bovenmatig executeursloon. Deze verkrijgingen zijn contractueel en niet erfrechtelijk. Zie Schuttevâer, 1998, p. 64-65.

⁸⁵⁵ Zie hiervoor onder Deel 2, 1.6.3.2 onder “Dwingende rechtsregels die tot nietigheid van rechtswege van de totstandkoming van de trust leiden”, sub c. “Het Nederlands erfrechtelijk gesloten stelsel”.

⁸⁵⁶ Zie Schuttevâer, 1998, p. 65.

Wet inzake Rijksbelastingen in beeld en de Resolutie van 27 december 1988, PW 19 659, V-N 6 april 1989, waar in punt 10 is bepaald dat de bevoegdheid tot het verlenen van kwijtschelding is gedelegeerd aan de inspecteurs van de Registratie en Successie o.a. in het geval dat erfgenamen schenkingen doen ter uitvoering van informele wensen van de erflater. Hieraan kwam men echter naar mijn mening niet toe omdat ingevolge het bepaalde in art. 3:42 BW een niet in het gesloten systeem passende (uiterste wils)beschikking zo veel mogelijk dient te worden geconverteerd in een wel binnen het systeem passende beschikking. Betrof het de totstandkoming bij dode van een *discretionary trust* vóór 1 januari 2010 dan waren er geen *beneficiaries* aangewezen die naar Nederlands erfrecht als erfgenamen/legatarissen dan wel lastbevoordeelden waren aan te merken. Daarmee deed zich ook voor de heffing van successierecht de vraag voor wie dan wel als verkrijger diende te worden aangemerkt.

De *trustee* was weliswaar, evenals bij een *fixed trust*, de erfrechtelijke verkrijger van de *legal title* van het hem toebedeelde vermogen, waartoe hij als legataris gerechtigd was na afgifte van het desbetreffende vermogen, maar waaraan voor hem geen waarde in het economisch verkeer was toe te kennen zodat naar mijn mening heffing van successierecht bij hem niet aan de orde had mogen komen⁸⁵⁷. Omdat bij een *discretionary trust* de verwachters evenmin erfrechtelijke verkrijgers waren, was het gevolg dat bij een bij uiterste wilsbeschikking tot stand gekomen *discretionary trust* het *trust*vermogen voor de heffing van het successierecht eveneens ging “zweven”. Dat daarmee zich een parallel aandient met de problematiek zoals die gold voor de totstandkoming van een *discretionary trust inter vivos* en de heffing van het schenkingsrecht moge duidelijk zijn. Zoals hiervoor reeds bleek was de Hoge Raad blijkens de “novemberarresten” van mening, dat bij de totstandkoming van een (*irrevocable*) *discretionary inter vivos*

⁸⁵⁷ *Sonneveldt* is eveneens van mening dat de *trustee* formeel erfgenaam *casu quo* legataris van het daartoe bestemde vermogen is geworden, terwijl hij in feite slechts ten titel van beheer verkrijgt (Zie *Sonneveldt*, 1998, p. 46. Idem onder *Koppenol-Laforce/Sonneveldt*, 1999, p. 96). De *trustee* verkrijgt namelijk – conform de wens van de erflater – geen vermogensbestanddeel voor zichzelf waaraan een waarde is toe te kennen. Hij verkrijgt slechts de *legal title* met betrekking tot de *trust*goederen en daarmee bevoegdheden die hem in staat stellen de hem toebedachte taken uitsluitend in het belang van *beneficiaries* naar behoren uit te voeren. Van een heffing van successierecht bij de *trustee* vanwege de formeel-rechtelijke verkrijging als erfgenaam/legataris als bedoeld in de Successiewet 1956 zou naar mijn mening dan ook geen sprake mogen zijn. *Leemreis*, 1991, p. 46, wijst er op dat het niet ondenkbaar is dat de *trustee* niet alleen als erfrechtelijke verkrijger wordt aangemerkt, maar ook voor het successierecht wordt belast. Hij verwijst hierbij naar het arrest HR 2 maart 1966, nr. 15 479, *BNB* 1966/106 inzake een legaat onder de last om dat legaat binnen een bepaalde termijn naar eigen goeddunken uit te keren aan instellingen van weldadigheid. De Hoge Raad besliste dat, zolang de legataris niet heeft uitgekeerd, hij zelf successierecht verschuldigd is, welk recht wordt gerestitueerd zodra hij de last uitvoert.

trust een doelvermogen voor de heffing van schenkingsrecht als verkrijger dient te worden aangemerkt. In verband hiermee deed zich de vraag voor of de totstandkoming bij uiterste wilsbeschikking van een *discretionary trust* eveneens de vorming van een doelvermogen tot gevolg had, welke – naar analogie van de “novemberarresten”- als erfrechtelijke verkrijger van het *trust*vermogen diende te worden aangemerkt en te worden belast⁸⁵⁸. Hoewel de successiewetgeving sterk civielrechtelijk is georiënteerd en het civiele recht in beginsel slechts natuurlijke personen en rechtspersonen kent, zou het gelet op de jurisprudentie inzake het schenkingsrecht realiter te verwachten zijn geweest dat de Hoge Raad ook ten aanzien van een testamentaire *discretionary trust* van mening zou zijn geweest dat een doelvermogen voor de heffing van successierecht eveneens de erfrechtelijke verkrijger van het *trust*vermogen is. Het gevolg hiervan zou zijn geweest dat het doelvermogen voor de verkrijging met het hoge niet-verwantentarief zou zijn belast. Vervolgens was het de vraag wat de rechtsgevolgen waren indien de *trustee* nadien zou besluiten (een gedeelte van) het *trust*vermogen en/of (een gedeelte van) de opbrengsten van het *trust*vermogen aan de *beneficiaries* uit te keren⁸⁵⁹. Hierbij was met name van belang of de uitkeringen aan de *beneficiaries* alsdan geacht konden worden van de *settlor*/erflater afkomstig te zijn⁸⁶⁰, dan wel afkomstig te zijn van de *discretionary trust* als doelvermogen, hetgeen het vraagstuk van de transparantie raakte. Het lijkt consequent dat de uitkeringen nadien aan de *beneficiaries* niet als erfrechtelijke verkrijgingen zouden zijn aangemerkt, maar als verkrijgingen krachtens het *trust*recht. Naar analogie van de jurisprudentie betreffende het schenkingsrecht diende in deze redenering het doelvermogen als erfrechtelijk verkrijger te worden beschouwd, zonder dat sprake was van door de erflater aan *beneficiaries* toegekende vermogensrechten, terwijl zij evenmin als lastbevoordeelden waren

⁸⁵⁸ Koppenol-Laforce/Sonneveldt, 1999, p. 96 zijn van mening dat *irrevocable discretionary trusts* eenzelfde successierechtelijke behandeling ten deel zal vallen gelijk aan die voor het schenkingsrecht zoals door de Hoge Raad geformuleerd in de eerder behandelde jurisprudentie.

⁸⁵⁹ *Zwemmer* wijst er in zijn noot onder het arrest HR 18 november 1998 nr. 31 759, *BNB* 1999/37c* op dat de Hoge Raad zich formeel niet uitlaat over de rechtsgevolgen van eventuele uitkeringen aan de *beneficiaries*.

⁸⁶⁰ De Advocaat-Generaal *Molmaker* stelt zich in punt 2.5.4 van zijn conclusie in het arrest HR 18 november 1988, nr. 31 756, *BNB* 1999135c op het standpunt dat latere uitkeringen aan *beneficiaries* niet meer geacht kunnen worden van de *settlor* afkomstig te zijn. Zij zijn dan naar zijn mening afkomstig van de *trust* (als pseudo-rechtspersoon), zodat ze aan schenkingsrecht onderworpen kunnen zijn, mits de *trust* ten tijde van de uitkering hier te lande is gevestigd cq het *trust*vermogen hier te lande wordt beheerd, hetgeen doorgaans niet het geval zal zijn. Daarbij verwijst hij naar de Vakstudie Successiewet 1956, art. 1, aant. 172, waar o.m. wordt vermeld: *PW* 11 240 (1918), Rb. Amsterdam 26 juni 1925, *PW* 12 028 en HR 30 januari 1963, *NJ* 1963, 249, *BNB* 1963/97, *PW* 17 483.

aan te merken, zodat van ingevolge het bepaalde in art. 5 lid 1 Successiewet voor aftrek in aanmerking komende legaten en lasten geen sprake was. Het gevolg hiervan was dat uitkeringen door de *trust* nadien niet tot vermindering van het successierecht leidden omdat zij niet geacht konden worden krachtens erfrecht van de erflater/*settlor* afkomstig te zijn⁸⁶¹, maar van het doelvermogen krachtens *trustrecht*. Een ander standpunt dienaangaande zou wellicht denkbaar zijn geweest indien aangenomen had kunnen worden dat de *beneficiaries* in een *discretionary trust* erfrechtelijk onder opschortende voorwaarde verkregen, zodat art. 53 Successiewet 1956 van toepassing zou kunnen zijn geweest⁸⁶². Timmers⁸⁶³ is deze mening – in het kader van de heffing van schenkingsrecht – toegedaan. Hij stelt dat de instelling van de *trust* een bevoordeling van de *beneficiaries* uit vrijgevigheid inhoudt, zij het dat de *beneficiaries* verkrijgen onder opschortende voorwaarden en wel zolang er meer dan een *beneficiary* is, onder de voorwaarde dat de *trustee* iets ter beschikking stelt. De laatst overgebleven *beneficiary* verkrijgt het *trustvermogen* onder de voorwaarde van overleving van de op één na laatste *beneficiary*. Hij verwijst daarbij naar de voor de heffing van vermogensbelasting gewezen uitspraak van het Hof 's-Gravenhage, 5 oktober 1962, BNB 1963/119⁸⁶⁴. Sonneveldt is echter van mening dat uit dit arrest geen

⁸⁶¹ Een standpunt dat ook de Advocaat-Generaal Moltmaker in punt 2.5.4 van zijn conclusie in het arrest HR 18 november 1998 nr. 31 756, BNB 1999/35c* inneemt.

⁸⁶² Art. 53 Successiewet 1956 bepaalt namelijk o.a. dat, behalve in de gevallen bij deze wet voorzien, vermindering van de aanslag wordt verleend, indien en voorzover ten gevolge van de vervulling van een voorwaarde wijziging wordt gebracht in de persoon van de verkrijger of het verkregene.

⁸⁶³ Zie Timmers, 1973, p. 19.

⁸⁶⁴ In deze uitspraak was sprake van een *revocable inter vivos trust* met volledige *discretion* van de *trustee*. De *beneficiaries* waren de drie kinderen van de *settlor*. De *trust* eindigde bij het overlijden van de langstlevende van de beide ouders, waarbij het vermogen van de *trust* aan de erfgenamen van de *settlers* moest worden uitgekeerd. Door belanghebbende werd gesteld dat de aanspraken van de *beneficiaries* niet meer waren dan blote verwachtingen. Het Hof overwoog ten aanzien van de aanspraken o.m. dat de *trustee* kan besluiten uitkeringen te doen uit het inkomen van de *trust*, waarbij ook de belanghebbende tot de personen behoort die voor het ontvangen daarvan in aanmerking kunnen komen, zij het dat dit afhankelijk is van de beslissing van de *trustee*. Voorts overwoog het Hof dat de *trustee* bij het doen van uitkeringen, hoezeer hij hieromtrent geen verantwoordelijkheid hoeft af te leggen, naar redelijkheid en overeenkomstig de bedoelingen, welke bij het in leven roepen van de *trust* hebben voorgezeten, zal handelen en dat deze regeling de kinderen meer geeft dan een nog geheel onzekere verwachting zonder juridische betekenis. In tegendeel, het Hof is van mening dat hier sprake is van rechten, zij het onder voorwaarde van het in leven zijn op een bepaald tijdstip en, voor wat betreft de uitkeringen tijdens het bestaan van de *trust*, tot de bedragen als de *trustee* naar zijn redelijk inzicht zal vaststellen. Het Hof komt dan op grond van o.m. deze overwegingen tot een schatting *ex aequo ac bono* van deze voorwaardelijke rechten, op rond 80% van de waarde van het *trustvermogen*. *In casu* is sprake van een, uit het geheel der omstandigheden af te leiden, feitelijk oordeel.

2.2 De kwalificatie van de *discretionary trust mortis causa* en de heffing van successierecht vóór 1 januari 2010

2.2.2.4 De fictieve erfrechtelijke verkrijging

2.2.2.4.1 Inleiding

algemene conclusies ten aanzien van *discretionary trusts* kunnen worden getrokken⁸⁶⁵. Ook naar mijn mening was bij de totstandkoming van een *discretionary trust* vóór 1 januari 2010 geen sprake van een verkrijging van een vermogensrecht onder opschortende voorwaarde. De *settlor* kende namelijk ten aanzien van het door hem bij uiterste wilsbeschikking afgezonderde en afgescheiden vermogen geen vermogensrechten aan de *beneficiaries* toe. Hij bepaalde slechts een kring van mogelijke *beneficiaries*, waarvan de personen die daartoe kunnen behoren niet zijn geïndividualiseerd en waarvan de samenstelling doorgaans gedurende het bestaan van de *trust* kan worden gewijzigd. Voorts kende hij aan de *trustee* (discretionaire) bevoegdheden toe (van enige lastgeving is geen sprake) om – weliswaar rekening houdend met (testamentaire) aanwijzingen dienaangaande – geheel naar eigen inzicht te bepalen of *beneficiaries* gedurende het bestaan van de *trust* wel of geen vermogensrechten verkrijgen; wie van de groep van *beneficiaries* – al dan niet eenmalig – vermogensrechten verkrijgen; wanneer zij die verkrijgen; en in welke mate zij een vermogensrecht verkrijgen. Onder deze omstandigheden kon naar mijn mening geen sprake zijn van een aan *beneficiaries* bij het overlijden van de erflater/*settlor* krachtens erfrecht (onder opschortende voorwaarde) verkregen vermogensrecht, terwijl van een krachtens *trustrecht* verkregen vermogensrecht evenmin sprake is zolang zulk een recht door de *trustee* niet is toegekend. Voor de *beneficiaries* gold slechts een rechtens niet afdwingbare blote verwachting van een vermogensrecht.

2.2.2.4 De fictieve erfrechtelijke verkrijging

2.2.2.4.1 Inleiding

Naast de verkrijgingen krachtens erfrecht kent de Successiewet in de artt. 1 lid 2 en 3, en artt. 6, 8, 10 tot en met 14, 16 en 17 de zogenaamde fictieve erfrechtelijke verkrijgingen. Dat wil zeggen: verkrijgingen die niet op het erfrecht zijn gebaseerd, maar wel geacht worden erfrechtelijke verkrijgingen te zijn.

⁸⁶⁵ Hij wijst erop dat het Hof op grond van de stukken en het verhandelde in raadkamer tot de conclusie kwam dat moest worden aangenomen dat de voornaamste bedoeling van de *settlors* was het *trustvermogen* te zijner tijd aan hun kinderen te doen toekomen en dat in het licht hiervan de kwalificatie van voorwaardelijke rechten begrijpelijker wordt. Algemene conclusies ten aanzien van *discretionary trusts* kunnen hier echter niet uit worden getrokken, zodat de uitspraak niet beschouwd dient te worden als een principiële uitspraak over de rechten van *beneficiaries* van een *discretionary trust*. Zie Sonneveldt, 2000a, p. 89.

De fictieve erfrechtelijke verkrijgingen werden voor het eerst in de successiewetgeving ingevoerd in de Successiewet 1859. Met de invoering van de fictieve erfrechtelijke verkrijgingen beoogde de wetgever enerzijds het ontgaan van het successierecht te verijdelen, anderzijds verkrijgingen te belasten die economisch vergelijkbaar zijn met erfrechtelijke verkrijgingen maar die dat civielrechtelijk niet zijn. Art. 1 lid 1, 1^o van de Successiewet 1956 bepaalt namelijk dat het recht van successie wordt geheven van de waarde van al wat krachtens erfrecht wordt verkregen door het overlijden van iemand die ten tijde van dat overlijden binnen het Rijk woonde. Dit betekent dat indien iemand - krachtens een overeenkomst die alleen werking heeft bij het overlijden van een erflater - uit de boedel van de erflater verkrijgt, geen sprake is van een erfrechtelijke verkrijging ondanks het feit dat zulk een verkrijging een erfrechtelijke verkrijging dicht benadert. Ingevolge de fictiebepalingen worden verkrijgingen die de erfrechtelijke verkrijging dicht nabij komen, krachtens wetsduiding geacht toch krachtens erfrecht te zijn verkregen⁸⁶⁶. Van belang hierbij is de vraag of van een fictieve erfrechtelijke verkrijging sprake was in het geval dat een *discretionary trust* bij uiterste wilsbeschikking tot stand kwam.

In het geval dat een *discretionary trust* bij uiterste wilsbeschikking tot stand kwam, viel niet uit te sluiten dat van een erfrechtelijke verkrijging geen sprake was, omdat er in het geval van een testamentaire *discretionary trust* geen natuurlijke personen of rechtspersonen zijn die erfrechtelijk vermogensrechten verkregen, tenzij ook voor de heffing van het successierecht moest worden aangenomen dat een quasi-rechtspersoon, zoals een (nergens in het BW als rechtssubject aangeduid) doelvermogen, erfrechtelijk verkrijger kon zijn. Indien werd verondersteld dat een doelvermogen geen erfrechtelijk verkrijger kon zijn, dan deed zich de vraag voor of wellicht ingevolge de fictiebepalingen sprake zou kunnen zijn van een fictieve erfrechtelijke verkrijging.

In het kader van de *discretionary trust* diende in dit verband aandacht te worden besteed aan: art. 8, art. 13 en art. 16 van de Successiewet 1956⁸⁶⁷.

⁸⁶⁶ Zie van Vijfeijken, 2002, p. 1-2.

⁸⁶⁷ *Sonneveldt* betreft in het kader van de fictieve erfrechtelijke verkrijging en de totstandkoming van een *trust* ook nog art. 11, leden 1 en 2 Successiewet 1956. Hierin wordt bepaald (lid 1) dat indien het aandeel van een erflater in goederen, tengevolge van een overeenkomst, bij zijn overlijden hetzij verblijft of kan worden toegedeeld aan, hetzij kan worden overgenomen door de deelgenoten of één of meer van hen, wordt het verbleven, toegedeelde of overgenomen aandeel, voor de toepassing van deze wet, geacht krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen. Lid 2 bepaalt dat het in lid 1 bepaalde van overeenkomstige toepassing is op goederen, waaromtrent een overeenkomst is gesloten krachtens welke die goederen bij overlijden van de rechthebbende zullen toebehoren aan of kunnen worden overgenomen door de overige contractanten of één of meer van hen. Indien geldt dat de totstandkoming van een *trust* niet kan worden aangemerkt als de totstandkoming van een overeenkomst, maar

2.2.2.4.2 Art. 8 Successiewet 1956

Dit artikel bepaalt in lid 1 dat goederen, niet zijnde registergoederen, welke – of waarvan de daarop betrekking hebbende bewijsstukken – bij het overlijden onder de overledene berustten of voor hem door anderen werden bewaard of bezeten, voor de toepassing van deze wet, worden geacht krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen door hem, aan wie die goederen of die bewijsstukken moeten worden afgegeven⁸⁶⁸. Deze, ook wel als “pakketjesbepaling” bekend staande regeling is oorspronkelijk ingevoerd om te voorkomen dat een nalatenschap verkleind zou kunnen worden door enkel op of aan de nagelaten goederen een vermelding aan te brengen dat deze goederen aan anderen dan de erflater toebehoren. In het kader van de *trust* kan worden gedacht aan de (eenzijdige) *declaration of trust* door de erflater tengevolge waarvan de *settlor*/erflater de goederen als *trustee* gaat houden of aan het feit dat de *trustee* de *trust*goederen onder zich houdt ten behoeve van de *beneficiaries*. Een voorwaarde voor het kunnen toepassen van art. 8 lid 1 Successiewet 1956 is, dat zowel de goederen alsook de personen aan wie de goederen moeten worden afgegeven zijn geïndividualiseerd⁸⁶⁹. Dit betekent dat indien een testamentaire *discretionary trust* tot stand kwam, van een fictieve erfrechtelijke verkrijging ingevolge art. 8 lid 1 Successiewet 1956 geen sprake kon zijn omdat de *beneficiaries* van zulk een *trust* door de *settlor*/erflater niet individueel zijn bepaald. Omdat *beneficiaries* vanwege een bij uiterste wilsbeschikking tot stand gekomen *fixed trust* als legataris erfrechtelijk verkrijgen, komt art. 8 evenmin aan de orde.

2.2.2.4.3 Art. 13 Successiewet 1956

Dit artikel bepaalt o.a. dat al wat tengevolge van of na het overlijden van een erflater wordt verkregen krachtens een beding ten behoeve van een derde⁸⁷⁰, voor de toepassing van de Successiewet, geacht wordt door de bevoordeelde krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen, tenzij voor de

als een eenzijdige rechtshandeling (overeenkomstig Anglo-Amerikaans recht) dan kan art. 11 Successiewet 1956 niet van toepassing zijn. Zou men de totstandkoming van een *trust* als een overeenkomst *sui generis* zien, waarbij ook de *beneficiaries* als contractant zouden moeten worden aangemerkt, dan zou art. 11 lid 2 onder voorwaarden wellicht van toepassing kunnen zijn. Zie Sonneveldt, 1998, p. 47.

⁸⁶⁸ Van Vijfeijken wijst er op dat deze bepaling niet zozeer een fictiebepaling is als wel een bepaling die de bewijslast omkeert. Zie van Vijfeijken, 2002.

⁸⁶⁹ Zie van Vijfeijken, 2002, p. 30.

⁸⁷⁰ Een derdenbeding is een beding in een overeenkomst dat aan een derde het recht toekent een prestatie te vorderen van een der partijen bij die overeenkomst.

verkrijging niets aan het vermogen van de erflater is onttrokken.

Ingevolge art. 6:253 lid 1 BW scheidt een overeenkomst voor een derde het recht een prestatie van een der partijen te vorderen of op andere wijze jegens een van hen een beroep op de overeenkomst te doen, indien de overeenkomst een beding van die strekking inhoudt en de derde dit beding aanvaardt⁸⁷¹. Voorts bepaalt art. 6:254 lid 1 BW dat de derde nadat hij het beding heeft aanvaard, als partij bij de overeenkomst geldt. In beide artikelen staat centraal het begrip overeenkomst.

Een *testamentary trust* komt echter niet tot stand vanwege een overeenkomst. Een *trust* komt tot stand vanwege een eenzijdige rechtshandeling door de *settlor*/erflater. Van een samenwerking tussen twee of meer partijen met als doel een rechtshandeling tot stand te brengen, is geen sprake. Evenmin is sprake van een wilsovereenstemming tussen meerdere personen, zodat aan beide belangrijke kenmerken van de overeenkomst niet wordt voldaan. Voor de totstandkoming van een *trust* volstaat de eenzijdige wilsverklaring van de *settlor* dat hij een *trust* tot stand wil brengen. Daarmee realiseert hij de overdracht van de *trust*goederen aan de *trustee*, zonder dat een kennisgeving aan de *trustee* dan wel aanvaarding door de *trustee* is vereist. De conclusie dient dan ook te zijn dat de totstandkoming van een *trust* – ook naar Nederlands recht – niet kan kwalificeren als een overeenkomst. Voorts geldt nog dat in het geval dat sprake is van een derdenbeding, de derde het beding dient te aanvaarden. Echter, in het geval van een *discretionary trust* staat, zolang de *trustee* dienaangaande geen besluit heeft genomen, niet vast wie wanneer *beneficiaries* zullen zijn en/of welke rechten zij zullen hebben, zodat van aanvaarding door hen in het geheel geen sprake kan zijn. De potentiële *beneficiaries* hebben derhalve noch individueel, noch als groep enig recht om van de *trustee* een uitkering te vorderen. Kortom van een fictieve erfrechtelijke verkrijging ingevolge het bepaalde in art. 13 Successiewet 1956 kon naar mijn mening geen sprake zijn⁸⁷².

2.2.2.4.4 Art. 16 Successiewet 1956

Resteert de vraag of bij de totstandkoming van een *discretionary trust* een extensieve/teleologische interpretatie van art. 16 Successiewet 1956 een fictieve erfrechtelijke verkrijging tot gevolg kon hebben. Art. 16 bepaalt namelijk dat goederen door de erflater bij uiterste wil bestemd tot vermogen van een

⁸⁷¹ Art. 6:253 lid 4 BW bepaalt dat het beding geldt als te zijn aanvaard indien het beding onherroepelijk is, jegens de derde om niet is gemaakt, ter kennis van de derde is gekomen en door deze niet onverwijld is afgewezen.

⁸⁷² Zie Sonneveldt, 2000a, p. 91. Ook hij is van mening dat de *trust*creatie niet als een overeenkomst kan worden aangemerkt.

stichting welke overeenkomstig artikel 135, tweede en derde lid, van Boek 4 van het Burgerlijk wetboek na het overlijden van de erflater wordt opgericht, worden beschouwd als door de stichting krachtens erfrecht te zijn verkregen. Indien ook voor de heffing van successierecht kon worden aangenomen dat met de testamentaire afzondering en afscheiding van positieve vermogensbestanddelen een doelvermogen tot stand komt, waarvan de kenmerken zodanig zijn dat het de rechtsfiguur van de stichting in zulk een dichte mate benadert dat het verdedigbaar is om het bepaalde in art. 16 analoog toe te passen, dan zouden de goederen, door de erflater bij uiterste wil bestemd tot vermogen van een doelvermogen welke tengevolge van het overlijden van de erflater tot stand komt, eveneens dienen te worden beschouwd als door het doelvermogen krachtens erfrecht te zijn verkregen. Aldus benaderd kon de fictieve erfrechtelijke verkrijgingsregel ex art. 16 Successiewet 1956 ook van toepassing zijn op de als een doelvermogen aan te merken *testamentary discretionary trust*, met als gevolg een heffing van successierecht naar het tarief voor niet-verwanten. Gelet op de beslissing van de Hoge Raad in de “novemberarresten” acht ik een dergelijke benadering bepaald niet onaannemelijk, hetgeen tot een onredelijk hoge belastingheffing zou hebben geleid indien de groep van *beneficiaries* uit naaste verwanten van de *settlor*/erflater zou hebben bestaan.

2.2.2.5 De waarde van de verkrijging

Het vierde in art. 1 lid 1, 1^o Successiewet 1956 van belang zijnde element is dat successierecht wordt geheven over de waarde die kan worden toegekend aan al wat krachtens erfrecht wordt verkregen⁸⁷³. Indien vóór 1 januari 2010 een *discretionary trust* bij uiterste wilsbeschikking tot stand kwam dan deed zich de vraag voor naar de waardering van aanspraken die ten aanzien van de *trust* konden bestaan. Mocht bij uiterste wilsbeschikking een *trust* worden gevormd waarbij het afgescheiden vermogen en haar opbrengsten uitsluitend ten goede konden komen aan die tot de door de *settlor* bepaalde groep van *beneficiaries* die daartoe (telkens) *ad hoc* door de *trustee* zouden worden aangewezen, dan deden zich twee vragen voor:

- a. wie konden in het geval dat een testamentaire *discretionary trust* werd gevormd, geacht worden de verkrijgers van het *trust*vermogen te zijn?
- b. welke waarde kon aan deze verkrijgingen worden toegekend?

⁸⁷³ Hetgeen hierna wordt geschreven over de waardevaststelling van hetgeen erfrechtelijk wordt verkregen, geldt m.m. ook voor de vaststelling van de waarde van hetgeen krachtens schenking wordt verkregen.

Ad a. Zoals hiervoor reeds bleek konden potentiële *beneficiaries* niet als erfrechtelijke verkrijgers worden aangemerkt omdat zij door de instelling van de *discretionary trust* geen rechten noch voorwaardelijke rechten verkregen, doch louter een onzekere verwachting, terwijl *trustees* ten aanzien van de *trustgoederen* slechts juridische zeggenschap verkregen en geen (rechten op) goederen waaraan een waarde in het economisch verkeer was toe te kennen. Dientengevolge konden *beneficiaries* noch *trustees* als verkrijgers in economische zin van het *trustvermogen* worden aangemerkt. Het gevolg hiervan was dat van een “zwevend vermogen” sprake was, tenzij – gelet op hetgeen de Hoge Raad in de “novemberarresten” voor de heffing van het schenkingsrecht had bepaald – ook voor de heffing van successierecht moest worden aangenomen dat een doelvermogen de verkrijger van het *trustvermogen* kan zijn. Alsdan deed zich de vraag voor, welke waarde in het economisch verkeer moest worden toegekend aan hetgeen het doelvermogen verkreeg.

Ad b. Omdat de *settlor*/erflater slechts de groep van *beneficiaries* heeft bepaald en aan de *trustee* discretionaire bevoegdheid/*discretionary powers* heeft toegekend om al dan niet ter gelegener tijd (vermogens)rechten aan *beneficiaries* toe te kennen, is van een aan de *trustee* (lees: het doelvermogen) opgelegde waardeverminderende last geen sprake. Dit betekent naar mijn mening dat hetgeen het vóór 1 januari 2010 als fiscaal rechtssubject aan te merken doelvermogen erfrechtelijk verkreeg, gewaardeerd moest worden naar een waarde gelijk aan die welke aan de volle eigendom van de *trustgoederen* moest worden toegekend. Het gevolg daarvan was dat het doelvermogen als “verkrijger” van het *trustvermogen* voor de volle waarde in het economisch verkeer tegen het voor niet-verwanten geldende successierechtstarief⁸⁷⁴ zou moeten zijn belast, hetgeen prohibitief was voor het doen tot stand komen van een testamentaire *discretionary trust*. Temeer nu een latere toekenning van aanspraken door de *trustee* aan *beneficiaries* niet tot een vermindering van het eerder geheven successierecht leidde, althans indien moest worden aangenomen dat indien de *discretionary trust* als verkrijger werd belast, latere uitkeringen aan de *beneficiaries* niet meer geacht konden worden van de *settlor* afkomstig te zijn maar van de *discretionary trust* als pseudo-rechtspersoon⁸⁷⁵.

⁸⁷⁴ Het heffingspercentage over het gedeelte der belaste verkrijging bedroeg ingevolge het bepaalde in art. 24 lid 1 Successiewet 1956 (oud) 41–68%.

⁸⁷⁵ Zie punt 2.5.4. van de conclusie van de Advocaat-Generaal *Moltmaker* in HR 18 november 1998, nr. 31 756, *BNB* 1999/35c*. In zijn noot bij dit arrest wijst *Zwemmer* er op dat de A-G niet duidelijk maakt waarom noch art. 5 Successiewet 1956, noch art. 53 Successiewet 1956, noch de regeling van het fidei-commis van toepassing is. Hij vermoedt dat de vergelijkbaarheid van de *trust* met de stichting hierbij de doorslag geeft, hetgeen hij overigens

Vandaar dat naar mijn mening redelijkerwijze het standpunt verdedigbaar was dat latere verkrijgingen door daarvoor door de *trustee* aangewezen *beneficiaries* geacht moesten worden van de erflater/*settlor* afkomstig te zijn, ook al heeft eerst het doelvermogen het *trust*vermogen tijdelijk verkregen. Aldus zou namelijk recht worden gedaan aan hetgeen de erflater/*settlor* beoogde te bereiken met de totstandkoming van de *discretionary trust*. Tevens kon aldus worden voorkomen dat enerzijds sprake was van zowel heffing van successierecht alsook schenkingsrecht (althans indien de *discretionary trust* ten tijde van de uitkering aan *beneficiaries* in Nederland was gevestigd c.q. geacht moest worden in Nederland te zijn gevestigd), anderzijds een te hoog bedrag aan successierecht, vanwege het op de verkrijging door het doelvermogen van toepassing zijnde niet-verwantentariaf, blijvend werd geheven. Met andere woorden: latere uitkeringen door de *discretionary trust* aan *beneficiaries* zouden tot gedeeltelijke teruggave van het eerder geheven successierecht hebben moeten leiden. Echter, vanwege het feit dat in het geval van een *discretionary trust* er rechtens geen sprake was van een door de erflater/*settlor* aan de *trustee* opgelegde last, kon van zulk een vermindering geen sprake zijn anders dan door middel van een daartoe te treffen wettelijke voorziening.

2.2.3. Samenvatting en conclusie

2.2.3.1 Samenvatting

Omdat bij de totstandkoming van een *discretionary trust mortis causa* geen *beneficiaries* zijn aangewezen die naar Nederlands erfrecht als erfgenamen/legatarissen dan wel lastbevoordeelden zijn aan te merken, deed zich tot 1 januari 2010 de vraag voor of de totstandkoming bij uiterste wilsbeschikking van een *discretionary trust* eveneens de vorming van een doelvermogen tot gevolg had, welke – naar analogie van de “novemberarresten” – als erfrechtelijke verkrijger van het *trust*vermogen diende te worden aangemerkt en te worden belast. Gelet op de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake het schenkingsrecht zou te verwachten zijn geweest dat het doelvermogen ook voor het successierecht als een erfrechtelijk verkrijger zou zijn aangemerkt, met als gevolg dat het

niet vanzelfsprekend en overtuigend vindt. Dat ook de Hoge Raad de lijn van de A-G volgt, leidt volgens hem geen twijfel. Daarvoor acht hij de kwalificatie van de *trust* als doelvermogen een voldoende aanwijzing. *Schuttevâer* is in dit verband van mening dat het van de inhoud van de *trust*akte afhangt of de verkregen rechten uiteindelijk als een bevoordeling door de *settlor* of afkomstig van de *trustee* beschouwd dienen te worden. Naarmate de *trustee* meer autonome bevoegdheden heeft, zal er minder aanleiding zijn de bevoordeling op de *settlor* te herleiden, zo concludeert hij. Zie *Schuttevâer*, 1998, p. 154.

doelvermogen voor de verkrijging met het hoge niet-verwantentarief zou zijn belast, terwijl uitkeringen nadien door de *discretionary trust* aan alsdan aangewezen *beneficiaries* niet tot vermindering van het successierecht zou hebben geleid omdat de uitkeringen niet geacht konden worden van de erflater afkomstig te zijn, maar van het doelvermogen krachtens *trustrecht*.

Indien men echter meent te kunnen veronderstellen dat een doelvermogen geen erfrechtelijke verkrijger kon zijn omdat er bij de totstandkoming van een testamentaire *discretionary trust* geen natuurlijke of rechtspersonen zijn die erfrechtelijk vermogensrechten verkrijgen, terwijl een doelvermogen nergens in het BW als rechtsobject wordt aangeduid, dan deed zich de vraag voor of wellicht ingevolge de fictiebepalingen sprake zou kunnen zijn van een fictieve erfrechtelijke verkrijging ex art. 8, art. 13 en 16 van de Successiewet 1956. Bij het testamantair tot stand komen van een *discretionary trust* kon naar mijn mening van een fictief erfrechtelijke verkrijging ex art. 8 en 13 geen sprake zijn omdat bij een *discretionary trust* geen sprake is van individueel bepaalde *beneficiaries* én geen sprake is van een vanwege een overeenkomst tot stand gekomen *discretionary trust*, terwijl er ook geen sprake is van een derdebeding, laat staan van een aanvaarding.

Niet onaannemelijk is dat – gelet op de beslissing van de Hoge Raad in de “novemberarresten” – de fictief erfrechtelijke verkrijgingsregel ex art. 16 Successiewet 1956 wel van toepassing zou zijn geweest op de als een doelvermogen aan te merken *discretionary trust*, nu de kenmerken van deze rechtsfiguur zodanig zijn dat zij die van de stichting zo dicht benaderen dat analoge toepassing gerechtvaardigd zou zijn geweest, met als gevolg een heffing van successierecht naar het tarief voor niet-verwanten.

Omdat successierecht wordt geheven over de waarde die kan worden toegekend aan al wat krachtens erfrecht (fictief) wordt verkregen, deed zich vóór 1 januari 2010 tevens de vraag voor hoe hetgeen het als fiscaal rechtssubject aan te merken doelvermogen verkreeg, gewaardeerd moest worden. Van een aan de *trustee* opgelegde waardeverminderende last was geen sprake, met als gevolg dat de verkrijging moest worden gewaardeerd naar een waarde gelijk aan die welke aan de volle eigendom van de *trustgoederen* moest worden toegekend, waarover naar het derden-tarief had moeten worden geheven. Omdat een latere toekenning van aanspraken door de *trustee* aan *beneficiaries* niet tot een vermindering van het eerder geheven successierecht zou hebben geleid, de latere uitkeringen konden immers niet geacht worden afkomstig te zijn van de *settlor* als erflater maar van de *discretionary trust* als pseudo-rechtspersoon, zou het naar mijn mening redelijkerwijs verdedigbaar moeten zijn geweest dat de latere verkrijgingen door *beneficiaries* geacht konden worden van de *settlor*/erflater afkomstig te zijn. Ten eerste zou aldus recht zijn gedaan aan hetgeen de *settlor*/erflater beoogde te bereiken en kon dubbele heffing (succesie- én

schenkingsrecht) worden voorkomen. Voor een gedeeltelijke teruggave van het eerder geheven successierecht vanwege latere uitkeringen door de *discretionary trust* aan *beneficiaries* zou een wetsaanpassing vereist zijn geweest, rechtens was er namelijk geen sprake van een door de *settlor*/erflater aan de *trustee* opgelegde last.

2.2.3.2 Conclusie

De benadering waarvoor de Hoge Raad in het kader van de heffing van het schenkingsrecht heeft gekozen, zou – naar mijn mening – ook ten aanzien van de vorming van een testamentaire *discretionary trust* hebben gegolden, hetgeen – materieel beoordeeld – ook voor de heffing van het successierecht tot een onredelijk resultaat zou hebben geleid. Met name zou dit het geval zijn geweest indien de *settlor*/erflater de door hem aangewezen groep van potentiële *beneficiaries* zou hebben beperkt tot bv. zijn (klein)kinderen. De totstandkoming van een testamentaire *discretionary trust* zou dan namelijk – gelet op de jurisprudentie – de heffing van successierecht naar het niet-verwanten tarief tot gevolg hebben gehad, terwijl *de facto* de door de *settlor*/erflater aangewezen groep van *beneficiaries* zijn directe nakomelingen betroffen. Aldus zou het feit dat de *settlor*/erflater:

1) goede redenen kon hebben gehad om niet zelf reeds bij leven te bepalen wie van zijn tot de groep van potentiële *beneficiaries* behorende (klein)kinderen (opbrengsten uit) het *trust*vermogen zouden verkrijgen,

en hij daarom

2) de beslissing dienaangaande aan een door hem aangewezen en “geïnstreerde” *trustee* overliet,

vanwege de vereiste conversie fiscaal zodanig zwaar “bestraft” zijn, dat naar mijn mening geen sprake meer zou zijn geweest van een redelijke en evenwichtige belastingheffing.

Ook dit zou voor de wetgever voldoende reden moeten zijn geweest om een wettelijke regeling tot stand te brengen, die de gevolgen van de totstandkoming van een *discretionary trust* voor de heffing van successierecht (en het schenkingsrecht) eenduidig zou hebben geregeld en de gevolgen van de jurisprudentie van de Hoge Raad zou hebben gemitigeerd.

2.3 De kwalificatie van de *revocable discretionary trust*⁸⁷⁶ vóór 1 januari 2010⁸⁷⁷

De *settlor* van een *trust* kan zich in de *trust*akte bepaalde rechten voorbehouden, waaronder het recht om de *discretionary trust* geheel of gedeeltelijk te herroepen of te beëindigen⁸⁷⁸ (*powers of revocation*⁸⁷⁹). Deze bevoegdheid kan de *settlor* – al dan niet onder voorwaarden⁸⁸⁰ – voorbehouden voor zichzelf, voor zichzelf samen met anderen dan wel aan een derde, veelal de *trustee* of de *protector*, toekennen. Van belang hierbij is dat een *power* de *donee of the power* niet verplicht tot uitoefening van zijn bevoegdheid. Hij kan daarvan gebruik maken, doch hoeft dit niet. Indien een *settlor* bij de totstandkoming van een *trust* *powers of revocation* heeft voorbehouden, dan doet zich de vraag voor, welke gevolgen zulk een voorbehoud voor de heffing van het schenkingsrecht heeft. *Sonneveldt*⁸⁸¹ is,

⁸⁷⁶ Hetgeen in deze paragraaf wordt geschreven over de schenkingsrechtelijke gevolgen van de totstandkoming van een *revocable discretionary trust* geldt *idem dito* voor de *revocable fixed trust*.

⁸⁷⁷ Ingevolge de per 1 januari 2010 geldende wettelijke regeling inzake het afgezonderd particulier vermogen geldt dat het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan voor de heffing van de schenkbelasting (art. 17a Successiewet 1956); de erfbelasting (art. 16 Successiewet 1956) en de inkomstenbelasting (art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001) dienen te worden toegerekend aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen, zodat de problematiek van de herroeping van de *revocable discretionary trust* met ingang van 1 januari 2010 niet meer aan de orde kan komen, tenzij sprake is van een als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *revocable discretionary trust* welke voldoet aan het in art. 2.14a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001 opgenomen heffingscriterium. Overigens, alsdan doet ten aanzien van zulk een *revocable discretionary trust* de problematiek van de herroeping zich uitsluitend voor ten aanzien van de heffing van inkomstenbelasting. Voor de heffing van de schenk- en erfbelasting geldt immers dat ook dan het *trust*vermogen aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen dient te worden toegerekend. Zie voor een meer uitgebreide bespreking van de nieuwe wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen hierna: § 2.4.2. “De per 1 januari 2010 geldende wettelijke regeling betreffende afgezonderde particuliere vermogens”. De problematiek van de herroeping van de *trust* geldt overigens na 1 januari 2010 onverkort voor de *revocable fixed trust* die naar mijn mening niet als een als afgezonderd particulier vermogen te kwalificeren fiscaal zelfstandige entiteit is aan te merken. Zie hierover in 3.4 hierna: “De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de *fixed trust* na 1 januari 2010”.

⁸⁷⁸ *Van Loon* wijst erop dat de *trustee* veelal een medebeslissingsrecht heeft en dat herroeping niet leidt tot een automatische terugkeer van het vermogen (al dan niet met terugwerkende kracht) tot de *settlor*. er moet worden teruggeleverd, zie *Dyer* en *van Loon*, 1983, voetnoot 50 bij H. I..

⁸⁷⁹ Zie voor de betekenis van dit begrip: Deel 1, 2.6.2.2.2. “Bevoegdheden van de *trustee* (*powers of trustees*)”.

⁸⁸⁰ Doorgaans zal het recht om te herroepen niet ongeclausuleerd zijn. Veelal zal het recht om te herroepen afhankelijk zijn van het zich voordoen van omstandigheden die herroeping rechtvaardigen en die als zodanig in het *trustinstrument* zijn vastgelegd en/of het recht om te herroepen vereist de toestemming, bv. van de *protector*.

⁸⁸¹ *Sonneveldt*, 2000a, p. 56-57.

evenals Zwemmer⁸⁸² van mening dat het bij een *revocable trust* voor de hand ligt het *trust*vermogen aan de *settlor* toe te rekenen, indien men uitgaat van *transparence fiscale*, waarmee hij doelt op het door de *trust* heen kijken en het rechtstreeks toerekenen van het *trust*vermogen aan één of meer bij de *trust* betrokken personen. In dit verband verwijst hij naar jurisprudentie van de Hoge Raad inzake het door een belastingplichtige kunnen beschikken over een in een stichting aanwezig vermogen. Uit deze jurisprudentie⁸⁸³ blijkt dat indien vaststaat dat een belastingplichtige over het in een stichting aanwezige vermogen kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen, het in de stichting aanwezige vermogen te behandelen is als ware het vermogen van de belastingplichtige zelf. Het gevolg hiervan is dat fiscaalrechtelijk de juridische zelfstandigheid van de stichting buiten beschouwing blijft⁸⁸⁴. De vraag is echter of het wel juist is om een *transparence fiscale* te veronderstellen indien een *settlor* zich inderdaad onvoorwaardelijk een ruim geformuleerd recht tot herroeping voorbehoudt, zelfs wanneer herroeping tot gevolg zou hebben dat het *trust*vermogen weer geheel in eigendom bij de *settlor* terugkeert⁸⁸⁵. Anders dan bij een transparante stichting heeft de *settlor*, zolang hij niet heeft herroepen, geen volledige zeggenschap over het *trust*vermogen.

Indien ik het goed zie, dan is ook in het geval van een *revocable discretionary trust* civielrechtelijk sprake van een verarming van de *settlor* uit liberaliteit⁸⁸⁶ en ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad fiscaalrechtelijk van een

⁸⁸² In zijn annotatie bij “*de novemberarresten*” schrijft Zwemmer: “Zo ligt het bij een herroepelijke *trust* voor de hand inkomen en vermogen van de *trust* aan de insteller te blijven toerekenen”. Waarom dit voor hand zou liggen, wordt echter door hem niet verklaard.

⁸⁸³ HR 22 juli 1981, nr. 20 657, *BNB* 1982/42; HR 30 oktober 1985, nr. 22 175, *BNB* 1986/16; HR 8 januari 1986, nr. 23 469, *BNB* 1986/87 en HR 10 januari 1996, nr. 30 659, *BNB* 1996/94. Op deze jurisprudentie, die leert dat inkomen en vermogen afwijkend wordt toegerekend indien een ander subject dan de stichting over het in de stichting aanwezige vermogen kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen, is fundamentele kritiek geleverd door o.a. J.E.A.M. van Dijk in zijn annotaties bij HR 22 juli 1981, nr. 20657, *BNB* 1982/42 en HR 30 oktober 1985, nr. 22 175, *BNB* 1986/16.

⁸⁸⁴ Zie in dit verband de conclusie van A-G Overgaauw bij HR 26 oktober 2007, nr. 42 537, *BNB* 2008/122c waarin hij van mening is: “...” Bij het instellen tijdens leven kan er sprake zijn van een *revocable* of een *irrevocable trust*. Bij het instellen van een *trust* bij versterf is er vanzelfsprekend sprake van een *irrevocable trust*. Als een *trust revocable* is, kan de *settlor* in feite over het onder *trust* gebrachte vermogen beschikken alsof het zijn eigen vermogen is. In dat geval wordt de *trust* genegeerd en wordt het *trust*vermogen en de inkomsten daaruit bij hem in aanmerking genomen”. Jammer genoeg motiveert hij deze m.i. onjuiste gedachte niet.

⁸⁸⁵ Een *power of revocation* kan overigens ook minder omvattend zijn, bv. omdat aan de herroeping strikte voorwaarden zijn verbonden, zoals de toestemming tot herroeping van de *trustee*.

⁸⁸⁶ Van een schenking is uiteraard geen sprake indien de *revocable trust* slechts de *settlor* als *beneficiary* kent.

verrijking van de *revocable discretionary trust* als doelvermogen, zij het dat de mate van verrijking afhankelijk is van de vraag of en zo ja, wanneer de *settlor* van zijn *power of revocation* gebruik zal maken. Met andere woorden, tot aan het moment van herroeping kan de *discretionary trust* via haar *trustee* over het *trust*vermogen beschikken en is zij gerechtigd tot de opbrengsten daaruit overeenkomstig de in het *trustinstrument* opgenomen bepalingen. Zij heeft immers het juridisch en economisch belang bij de in *trust* gehouden vermogensbestanddelen. Pas op het moment dat de *settlor* zijn *power of revocation* uitoefent, worden aan de *discretionary trust* zijn rechten ontnomen en verkrijgt de *settlor* weer het beschikkingsrecht over het *trust*vermogen. Tot dan is de *discretionary trust* juridisch perfect met als gevolg dat de *legal interest* (het juridisch belang) – via de *trustee* – en de gerechtigdheid tot de *beneficial interests* (het economisch belang) aan de *discretionary trust* als zelfstandige entiteit toebehoort.⁸⁸⁷ Met andere woorden, de beschikkingsmacht van de *settlor* als zodanig – zoals die ligt opgesloten in het recht om te herroepen – is onvoldoende om tot een afwijkende toerekening van inkomen en vermogen te komen. Wil van zulk een toerekening sprake kunnen zijn, dan moet daadwerkelijk worden beschikt. Zolang daarvan geen sprake is, geldt ook fiscaalrechtelijk de civielrechtelijke werkelijkheid. Echter, wanneer de *settlor* zich niet alleen een *power of revocation* voorbehoudt, maar ook nog andere *powers*⁸⁸⁸, zoals *powers of appointment* o.a. ten aanzien van de aanwijzing van *trustees* (*power to remove and appoint new or additional trustees*) en *beneficiaries*, en hij zich ook nog bevoegd weet om *trustees* dwingende aanwijzingen te geven met betrekking tot (des)investeringen van opbrengsten uit het *trust*vermogen alsook met betrekking tot uitkeringen (van opbrengsten) uit het *trust*vermogen aan *beneficiaries* waartoe hij ook nog zelf behoort, dan zal hetgeen zich als *trust*

⁸⁸⁷ *Vegter* is echter van mening dat een herroepelijke schenkingsovereenkomst waarbij het recht op herroeping vorm is gegeven als een zuivere potestatieve voorwaarde geen overeenkomst van schenking oplevert omdat door het sluiten van de overeenkomst de schenker niet verarmt. Hij redeneert daarbij als volgt. Als er op het moment van de totstandkoming van de schenkingsovereenkomst een verplichting tot verrijking ontstaat, maar tevens door de schenker een bevoegdheid in het leven wordt geroepen om deze verrijking op ieder door de schenker gewenst moment te ongedaan te maken, dan is op het moment van het sluiten van de overeenkomst de waarde van het recht op herroeping noodzakelijkerwijs gelijk aan de waarde van het object van de schenkingsovereenkomst. Een dergelijke benadering impliceert dat er op het moment van schenken geen schenkingsrecht kan worden geheven en dat bij het uitblijven van de herroeping nadien de verkrijger wel degelijk is verrijkt, zij het zonder heffing van schenkingsrecht. Een m.i. ongerijmde uitkomst. Zie *Vegter*, 2008, § 2. Ook *Van Vijfeijken* is van mening dat het uitgangspunt dat een ongeclausuleerd herroepingsrecht geen schenking zou zijn niet moet worden gevolgd. Zie van *Vijfeijken*, 2008, § 1 Inleiding.

⁸⁸⁸ Hiertoe kunnen o.a. behoren: *power to exclude persons from benefit under the trust*, *power to change the proper law of the trust*, *power of appointment of new protector*, *power to guarantee debts*, *power to make loans to beneficiaries*.

aandient veeleer als vertegenwoordiging moeten worden aangemerkt⁸⁸⁹. Met als gevolg dat de *trustee* een agent is en geen *trustee* en de *settlor* een opdrachtgever, zodat van een vermogensoverdracht uit hoofde van een schenking geen sprake is.

De mening van Verstraaten

Verstraaten⁸⁹⁰ acht ten aanzien van de heffing van schenkingsrecht twee standpunten denkbaar. Hij acht het verdedigbaar dat zo lang de mogelijkheid tot herroeping bestaat geen schenkingsrecht kan worden geheven, omdat dan het economisch belang bij de *settlor* blijft. In die visie wordt de mogelijkheid tot herroeping benaderd als een opschortende voorwaarde, die in werking treedt op het moment waarop herroeping niet meer mogelijk is. In de tweede benadering wordt de mogelijkheid tot herroeping gezien als een soort ontbindende voorwaarde, op grond waarvan van de *trust* wordt geheven alsof de voorwaarde niet bestaat. Bij herroeping komt de *trust* in aanmerking voor teruggave van het eerder geheven schenkingsrecht op grond van art. 53 lid 1 Successiewet 1956⁸⁹¹. Op praktische gronden voelt Verstraaten het meest voor de laatste benadering, omdat de herroeping als regel slechts geconstateerd zal worden door degenen die gerechtigd zijn tot het *trust*vermogen.

Mijn mening

De standpunten van Verstraaten acht ik discutabel. Enerzijds is geen sprake van een (soort van) opschortende dan wel ontbindende voorwaarde. Ik beschouw namelijk het door de *settlor* bedongen recht om te kunnen herroepen niet als een ontbindende voorwaarde omdat het recht van herroeping niet is verbonden aan een toekomstige onzekere gebeurtenis die buiten de invloedssfeer van een der partijen ligt. Het al dan niet herroepen is

⁸⁸⁹ In het Anglo-Amerikaanse recht wordt een *trust* die in feite een andere rechtsfiguur is als een *sham trust* aangeduid.

⁸⁹⁰ Zie Verstraaten, 2004, H. I, p. 463.

⁸⁹¹ Met ingang van 1 januari 2010 geldt in gevolge het bepaalde in art. 53 lid 2 Successiewet 1956 dat de schenkbelasting niet wordt teruggegeven over het werkelijk genoten voordeel in de periode waarin het vermogen van de *beneficiaries* was, waarbij de tarieven en de vrijstelling die golden voor het jaar van schenking worden toegepast (zie Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, V-N 2009/41.2, p. 112. Hierin deelde de staatssecretaris o.a. mede dat indien in de praktijk mocht blijken dat schenkingen veelvuldig louter om fiscale redenen door de *settlor* worden herroepen, art. 53 Successiewet 1956 zal worden aangescherpt).

namelijk afhankelijk van de wil van de *settlor*⁸⁹² (wilsrecht⁸⁹³), zodat van een toekomstige onzekere gebeurtenis die buiten de invloed van partijen ligt geen sprake is. Met andere woorden: is het recht van herroeping ongeclausuleerd geformuleerd, zodat de herroeping uitsluitend afhankelijk is van de wil van de *settlor*, dan is sprake van een potestatieve voorwaarde (in de betekenis van beding). Zulks in de betekenis dat de uitoefening van het herroepingsrecht daarmee uitsluitend afhankelijk is van de wil van de schenker⁸⁹⁴. Anderzijds is een (gedeeltelijk) herroepelijke schenking naar mijn mening rechtens een onvoorwaardelijke eigendomsoverdracht van *trust*goederen aan de *trustee* (*legal title/legal interest/legal ownership/legal rights*) en aan de *discretionary trust* als zelfstandige entiteit de *equitable title/beneficial interest/beneficial ownership/beneficial rights*⁸⁹⁵, zodat van een opschorting geen sprake kan zijn. Vanaf het moment dat de goederen het *trust*vermogen vormen berust het juridisch belang (via de *trustee*) en het economisch belang bij de *discretionary express private trust* als zodanig en niet meer bij de *settlor* ondanks zijn *power of revocation*⁸⁹⁶. De begrippen juridisch belang en economisch belang worden hier gebruikt als mogelijke “vertaling” van de eerder genoemde Engels begrippen en om de

⁸⁹² Verstraaten onderkent dit zelf overigens ook in *Cursus Belastingrecht Successiebelastingen*, H IV, 4.4.2.B.f “Herroeping van schenking”, 2004, p. 55, waar hij schrijft: “Het voorbehoud van de mogelijkheid van herroeping is strikt genomen geen opschortende of ontbindende voorwaarde, aangezien het wel of niet geschieden van herroeping uitsluitend afhankelijk is van de wil van een persoon (de schenker)”.

⁸⁹³ In de betekenis van een recht om door een eenzijdige wilsverklaring een rechtsgevolg tot stand te doen komen.

⁸⁹⁴ Zie in gelijke zin: van Vijfeijken, 2008, § 1 Inleiding.

⁸⁹⁵ Zoals hiervoor reeds bleek zijn deze begrippen naar Nederlands recht lastig te duiden. In het Anglo-Amerikaans recht wordt het verschil tussen beide wel als volgt aangeduid: “*legal rights are good against all the world, equitable rights are good against all persons except a bona fide purchaser of the legal estate for value without notice (ie “equity’s darling) and those claiming under such a purchase* (ook wel aangeduid als de “*polar star of equity*”, zie Thomas/ Hudson, 2004, p. 174). Met andere woorden: vanwege een op *case law* gebaseerde eeuwenlange ontwikkeling van de begrippen *legal rights* en *beneficial rights* en de juridische betekenis die “*equity*” in de loop der eeuwen daaraan heeft gegeven, zijn *beneficiary’s rights* meer dan alleen *rights in personam* welke uitsluitend tegenover een *trustee* kunnen worden uitgeoefend: zij kunnen door *beneficiaries* vrijwel tegenover eenieder worden uitgeoefend en hebben daarmee ook kenmerken van *rights in rem*, zodat ze tenminste als hybride kunnen worden gekenschetst. (Zie ook Deel 1, hoofdstuk 2.5.1.1 en 2.5.1.2).

⁸⁹⁶ Zie voor een uitvoerige uiteenzetting over de begrippen economisch eigendom en economisch belang en de jurisprudentie dienaangaande: W. Bruins Slot, “*Leasing in de vennootschapsbelasting, een nieuwe kijk op economisch eigendom*”, Uitgeverij Zachëus, Baambrugge, 2007, p. 16–26. Zie ook zijn inleiding in “*Een nieuwe kijk op economisch eigendom in de Vennootschapsbelasting?*”, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, no. 231, Kluwer. Deventer. 2007, p. 7–13.

rechtspositie van de *trustee* en de *discretionary trust* naar Nederlands recht te duiden. Daarbij is het van belang te onderkennen dat naar Anglo-Amerikaans recht de *discretionary trust* meer verkrijgt dan hetgeen wij als economisch belang aanduiden en de *trustee* een *legal ownership* verkrijgt dat – vanwege *equity* – een meer beperkte inhoud heeft dan het juridisch belang naar Nederlands recht. De *discretionary trust* verkrijgt namelijk naast het economisch belang, ook nog *rights in rem*, terwijl de *trustee* het juridisch belang verkrijgt teneinde in staat te zijn uitsluitend in het belang van de *discretionary trust* te handelen, waaronder het beheren van en het beschikken over de *trustgoederen*. Echter, indien de *settlor* zich het recht voorbehoudt om de *trust* te herroepen, doet zich de vraag voor of de *discretionary trust* wel het economisch belang verkrijgt. Voor de heffing van het schenkingsrecht is deze vraag onder de wetgeving tot 1 januari 2010 naar mijn mening niet relevant omdat niet de kwalificatie van de verrijking voor de heffing van belang is, maar haar omvang. Anders is dit voor de heffing van inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting omdat bij deze heffingen het al dan niet houden van het economisch belang (mede) bepalend is voor het al dan niet kunnen activeren, het al dan niet kunnen afschrijven en het al dan niet kunnen genieten van investeringsfaciliteiten. Overigens ben ik van mening dat de *discretionary trust* wel degelijk het economisch belang verkrijgt, ook al heeft de *settlor* zich het recht tot herroeping voorbehouden. De *settlor* heeft namelijk het economisch belang bij de *trustgoederen* overgedragen zolang hij niet herroept. Tot dan is de *discretionary trust* bij uitsluiting van ieder ander – ook de *settlor* – volledig gerechtigd tot de (opbrengsten van de) *trustgoederen*, zij het dat het beheer en de beschikkingsbevoegheid over de *trustgoederen* uitsluitend de *trustee* aangaat. De *settlor* heeft zich slechts een op geld waardebaar recht voorbehouden. Het feit dat hij kán herroepen betekent dat zijn bevoegdheid om te herroepen is geformuleerd als een voorwaardelijke verbintenis: het herroepen heeft tot gevolg dat voor de *trustee* een verplichting ontstaat de *trustgoederen* (of het restant daarvan) aan de *settlor* terug te leveren. Tot dan bestaat die verplichting niet en houdt de *discretionary trust* daarmee naar mijn mening het economische belang bij het *trustvermogen*. Aan het op zichzelf staande (wils)recht van de *settlor* om te herroepen is echter wel een waarde in het economisch verkeer toe te kennen, welke waarde de omvang van de verrijking van de *discretionary trust* beïnvloedt. Teneinde deze waarde te kunnen benaderen zal de kans moeten worden ingeschat dat de *settlor* van zijn recht gebruik (kan en) zal maken. Maar het recht doet m.i. niets af aan het feit dat de goederen – tot aan het moment van de mogelijke herroeping – van het vermogen van de *settlor* zijn afgezonderd, afgescheiden en zijn overgedragen en wel zodanig dat het juridisch en economisch belang bij het *trustvermogen* uitsluitend de *discretionary trust* aangaat.

Hetgeen de *settlor* zich voorbehoudt is een economisch te waarderen op zich

zelf staand(wils)recht, dat echter naar mijn mening geen economisch belang in de *trust*goederen vormt. Tot aan het moment dat de *settlor* van zijn recht gebruik maakt gaan namelijk de volledige opbrengsten en de waardeontwikkeling van de *trust*goederen uitsluitend de *discretionary trust* aan. Wellicht mag de juistheid van dit standpunt ook blijken uit het feit dat in het geval de *trustee* bij een *discretionary express private trust* - vóór dat een *settlor* van zijn herroepingsrecht gebruik maakt - besluit om alle *trust*goederen aan de de *beneficiaries* over te dragen en daarmee de *trust* te beëindigen, *beneficiaries* de volle eigendom verkrijgen en het wilsrecht van de *settlor* van nul en gener waarde wordt omdat er geen *trust* meer bestaat om op te zeggen⁸⁹⁷.

Op welk moment is schenkingsrecht verschuldigd?

Indien de totstandkoming van een *revocable discretionary trust*, ondanks *the power of revocation*, een weliswaar herroepelijke maar tevens onvoorwaardelijke schenking vormt, dan doet zich de vraag voor wanneer het schenkingsrecht verschuldigd wordt. Is dit bij het tot stand komen van de *discretionary trust*? Of zodra vaststaat dat herroeping niet meer zal of kan plaatsvinden? Naar mijn mening dient het schenkingsrecht te worden geheven bij het tot stand komen van de *trust* omdat vanaf dat moment (aangenomen dat de schenking niet tevens onder opschortende voorwaarde is toegekend) de *revocable discretionary trust*⁸⁹⁸ met de (opbrengst van de) *trust*goederen wordt verrijkt. Zodra de *power of revocation* wordt uitgeoefend komt de *discretionary trust* op grond van art. 53 lid 1 Successiewet 1956 in aanmerking voor teruggave van het - achteraf bezien - te veel geheven schenkingsrecht, rekening houdend met hetgeen inmiddels is genoten. Voor een goed begrip merk ik op dat de gevolgen van de herroeping nogal verschillend kunnen zijn. Zo kan de *power of revocation* de bevoegdheid geven om bv. de discretionaire *trust*verhouding te beëindigen tengevolge waarvan de *trust*goederen weer volledig eigendom worden van de *settlor* (gehele herroeping). Met andere woorden, de bestaande *discretionary trust* wordt beëindigd zonder dat er een nieuwe *trust* tot stand komt. Maar de *power of revocation* kan b.v. ook inhouden dat aan *beneficiaries* en/of *trustees* en/of *protectors* hun rechten geheel of gedeeltelijk (*partial revocation*) worden ontnomen. Of vervolgens andere personen als *beneficiaries*, *trustees*, *protectors* kunnen worden aangewezen is afhankelijk van de vraag of en zo ja, aan wie bij de totstandkoming van de *trust* daartoe een bevoegdheid is toegekend (*power of*

⁸⁹⁷ Hetzelfde geldt overigens voor een *fixed trust* indien *beneficiaries* en *trustee* besluiten om de *trust* te beëindigen. Ook dan bestaat er geen door de *settlor* op te zeggen *trust* meer.

⁸⁹⁸ Er van uitgaande dat ingevolge de “novemberarresten” de *irrevocable discretionary trust* als een doelvermogen, zijnde fiscaalrechtelijk een zelfstandige entiteit, moet worden aangemerkt.

2.4 De kwalificatie van de *discretionary trust* na 1 januari 2010

2.4.1 Inleiding

appointment). De *power of revocation* en de *power of appointment* zijn namelijk twee gescheiden en verschillende bevoegdheden die op verschillende momenten door verschillende daartoe in het *trustinstrument* aangewezen personen kunnen worden uitgeoefend⁸⁹⁹. Zij het dat een bevoegdheid b.v. om een nieuwe *trust* tot stand te brengen (*a simple power to appoint new trusts*) de bevoegdheid om de bestaande *discretionary trust* te herroepen impliceert. Een nieuwe *trust* kan namelijk niet tot stand komen zo lang de eerdere *trust* nog bestaat. Doorgaans worden beide bevoegdheden in hetzelfde *trustinstrument* opgenomen, waarbij de gekozen bewoordingen van minder belang zijn mits de bedoeling en de gewenste gevolgen voldoende duidelijk zijn.

Conclusie

Het uitgangspunt dat het fiscale recht in beginsel bij de civiele realiteit dient aan te sluiten, heeft als gevolg dat indien een rechtsobject tot stand is gekomen waaraan daadwerkelijk vermogen is overgedragen, deze rechtstoestand de grondslag van de belastingheffing vormt, tenzij bijzondere of algemene bepalingen van het belastingrecht (zoals art. 31 AWR) anders voorschrijven dan wel dientengevolge doel en strekking van de wet zouden worden gemist⁹⁰⁰. Ten aanzien van een *revocable discretionary trust* geldt naar mijn mening⁹⁰¹ niet anders, ook al bestaat de mogelijkheid om de bestaande civielrechtelijke werkelijkheid in de toekomst vanwege herroeping te wijzigen. Althans aangenomen dat het recht om te herroepen niet kan worden aangemerkt als in strijd zijnde met het doel en strekking van de belastingwet, hetgeen fiscaal een andere beoordeling van de civielrechtelijke realiteit kan rechtvaardigen, bv. met een beroep op *fraus legis*.

2.4 De kwalificatie van de *discretionary trust* na 1 januari 2010

2.4.1 Inleiding

In dit onderdeel wordt getracht de vraag te beantwoorden hoe, ingevolge de sinds 1 januari 2010 van kracht zijnde wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen⁹⁰², de *discretionary trust* fiscaal moet worden gekwalificeerd.

⁸⁹⁹ Zie Thomas/Hudson, 2004, p. 533-534.

⁹⁰⁰ Zie A-G Van Soest in zijn conclusie bij HR 14 september 1977, nr. 18 167, BNB 1978/15.

⁹⁰¹ Ook Boer deelt deze mening. Zie Boer, 2011, 8.4.4.

⁹⁰² Bij Koninklijke boodschap werd op 20 april 2009 door de staatssecretaris bij de Tweede Kamer der Staten Generaal het wetsvoorstel tot wijziging van de Successiewet 1956 en enige andere belastingwetten ingediend. Een regeling die o.a. belastingverrijdeling door middel van het tot stand brengen zelfstandige entiteiten in “belastingparadijzen”, zoals bv. de

Na de nieuwe wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen in meer algemene zin te hebben gekenschetst, waarbij wordt geconcludeerd dat de regeling een onrechtvaardige regeling is die niet tot stand had mogen komen, wordt onderzocht of na 1 januari 2010 een *discretionary trust* als afgezonderd particulier vermogen dient te worden gekwalificeerd.

2.4.2 De per 1 januari 2010 geldende wettelijke regeling betreffende afgezonderde particuliere vermogens

2.4.2.1 Inleiding

Reeds in zijn brief d.d. 24 oktober 2008 werden door de staatssecretaris de contouren van de voorgenomen wijzigingen van de belastingheffing van doelvermogens geschetst. Uit deze brief bleek dat de voorgenomen wijzigingen tot gevolg hebben dat:

1. indien een (*discretionary*) trust tot stand wordt gebracht, zowel de juridische alsook de economische werkelijkheid wordt genegeerd,
2. ieder doelvermogen in beginsel wordt toegerekend aan degene die het doelvermogen heeft ingesteld⁹⁰³,
3. de insteller⁹⁰⁴ geacht wordt te blijven beschikken over de vermogens-

discretionary trust beoogt te bestrijden, waarbij als uitgangspunt geldt dat indien sprake is van een discretionair vermogen de juridische en economische werkelijkheid wordt genegeerd, tenzij blijkt dat aan een in de regeling opgenomen heffingscriterium wordt voldaan.

⁹⁰³ Daarmee wijkt de regeling af van de oplossingsrichtingen die de staatssecretaris tijdens zijn gastcollege op 14 april 2008 aan de Universiteit van Tilburg noemde: 1) het forfaitair rendement van begunstigen in de inkomstenbelasting brengen en 2) het gelijk behandelen van de trust en de stichting. Waarna hij de voor beide oplossingsrichtingen de pro's en contra's schetste.

⁹⁰⁴ In zijn brief van 24 oktober 2008 wordt nog de term "insteller" gebezigd. In het op 20 april 2009 ingediende wetsontwerp wordt in plaats van "insteller" de term "inbrenger" gebezigd voor de persoon die vermogen afzondert. "Deze persoon kan de insteller van het afgezonderde particulier vermogen zijn, maar dat is in de praktijk niet altijd het geval. De formele instelling of oprichting van het afgezonderde vermogen kan ook worden verricht door een financiële dienstverlener. Derhalve is de term insteller niet adequaat. Onder de inbrenger wordt mede verstaan de persoon die op enig later moment vermogen heeft ingebracht in een afgezonderd particulier vermogen". Aldus de Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3 onder de Artikelsgewijze toelichting Artikel II, onderdeel A (artikel 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001), V-N 2009/22.3, p. 84.

2.4 De kwalificatie van de *discretionary trust* na 1 januari 2010

2.4.2 De per 1 januari 2010 geldende wettelijke regeling betreffende afgezonderde particuliere vermogens

bestanddelen van het doelvermogen⁹⁰⁵,

4. de vermogensbestanddelen bij hem in de belastingheffing worden betrokken,

5. de inbreng van vermogen onbelast is, terwijl uitkeringen uit het doelvermogen als uitkeringen gedaan door de insteller worden aangemerkt.

6. indien de insteller overlijdt het doelvermogen dan tot zijn nalatenschap behoort, waarbij de erfgenamen in zijn plaats treden en geacht worden hun deel van het vermogen te hebben verkregen⁹⁰⁶.

⁹⁰⁵ Deze hoofdregel geldt niet indien in een vóór 20 april 2009 gesloten vaststellingsovereenkomst anders is bepaald, ook indien het *discretionary trusts* betreft. Dit betekent dat toerekening van bezittingen en schulden alsmede opbrengsten en uitgaven van een op 1 januari 2010 bestaand afgezonderd particulier vermogen op verzoek plaatsvindt aan de persoon of personen zoals met de inspecteur in de vaststellingsovereenkomst overeengekomen. Nieuwe overeenkomsten werden na deze datum niet gesloten teneinde onbedoeld anticipatiegedrag te voorkomen. Wel is door de staatssecretaris toegezegd dat het overgangsrecht van toepassing is in die gevallen waarin geen vaststellingsovereenkomst met de fiscus is gesloten maar waarin wel volledig is gehandeld in de geest van het transparantiebeleid. Het overgangsrecht is daarentegen niet van toepassing voor die belastingplichtigen die zich op grond van de “novemberarresten” niet hebben willen conformeren aan het transparantiebeleid van de belastingdienst, ook al hebben zij aan al hun wettelijke verplichtingen in het verleden voldaan. Dit betekent dat sprake is van materieel terugwerkende kracht tot het moment waarop het de *trust* tot stand kwam, hetgeen naar mijn mening rechtens onaanvaardbaar is. Voor wat betreft de toerekening van vermogen dat voor de inwerkingtreding van de regeling was afgezonderd geldt namelijk dat voor de waardering van het ondernemingsvermogen en het resultaatvermogen de historische kostprijs van het vermogen gehanteerd moet worden, minus een afschrijving gelijk aan die welke zou zijn toegepast als het vermogen niet zou zijn afgezonderd (zie art. 10.a 7, lid 4 Wet inkomstenbelasting 2001), terwijl voor aanmerkelijkbelangaandelen moet worden uitgegaan van de oorspronkelijke verkrijgingsprijs van de inbrenger (zie art. 10.a.7, lid 5 Wet inkomstenbelasting 2001). Heeft de afzondering van het vermogen oorspronkelijk tot belastingheffing geleid over meerwaarden op het moment van afzondering, dan kan dit tot dubbele belastingheffing over (een deel van) de winst leiden. Een *step up*-bepaling ontbreekt namelijk. De wettelijke regeling betreft derhalve *settlers* van *trusts* in de Nederlandse belastingheffing ook al is in het (verre) verleden vermogen daadwerkelijk afgescheiden en daarover tegen het derdentarief schenkingsrecht geheven en is geen sprake van enige wezenlijke invloed van de *settlor* op het vermogensbeheer. Hen wordt zelfs niet de mogelijkheid van tegenbewijs geboden. Daarmee handelt de wetgever in strijd met beginselen van behoorlijk overgangsbeleid. Zie in dit verband: J.P.Boer/A.O. Lubbers/M. Schuver-Bravenboer, “Het overgangsrecht bij de invoering van de schenk- en erfbelasting beoordeeld”, *WFR*, 2009/6815, p. 749.

⁹⁰⁶ In het persbericht wordt nog vermeld dat insteller en begunstigden voorts een keuzemogelijkheid zouden krijgen om op verzoek het doelvermogen niet langer meer aan de insteller maar aan de begunstigden toe te rekenen. Deze keuzemogelijkheid ontbrak echter in het wetsvoorstel. Zie Persbericht Ministerie van Financiën van 24 oktober 2008 onder punt 5 “*Aanpak doelvermogens*”, laatste volzin.

Het wetsvoorstel

Op 18 maart 2009 werd een wetsvoorstel met Memorie van Toelichting bij de Raad van State voor advies ingediend⁹⁰⁷. De daarin opgenomen regeling bleek inderdaad een verdere uitwerking te zijn van de eerder geschetste contouren. De in art. 2.14a lid 1 van dit wetsvoorstel opgenomen regeling houdt namelijk in dat bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven van een afgezonderd particulier vermogen geacht worden bij degene die dat vermogen bij leven of bij overlijden heeft afgezonderd tot zijn bezit te behoren, onderscheidenlijk op te komen. Na het overlijden van de inbrenger worden de bezittingen en schulden alsook de opbrengsten en uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen toegerekend aan diens erfgenamen, per erfgenaam in dezelfde verhouding als hij verkrijger krachtens erfrecht is van de overledene. Vanaf het moment dat de erfgenaam is overleden treden diens erfgenamen en de daarop volgende erfgenamen in de plaats van de overleden erfgenaam, per erfgenaam in dezelfde verhouding als hij erfgenaam is van de overleden erfgenaam waarvoor hij in de plaats treedt.

In lid 2 van art. 2.14a wordt vervolgens omschreven wat onder een afgezonderd particulier vermogen moet worden verstaan : een afgezonderd vermogen waarmee meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd, tenzij tegenover de afzondering van dit vermogen a. een uitreiking van aandelen, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten, bewijzen van deelgerechtigdheid of daarmee vergelijkbare rechten heeft plaatsgevonden, of b. een economische deelgerechtigdheid is ontstaan.

Lid 3 van art. 2.14a omschrijft vervolgens wat onder het afzonderen van vermogen moet worden verstaan.

Lid 4 van art. 2.14a (na vernummering thans lid 5⁹⁰⁸) bepaalt dat indien degene die het vermogen heeft afgezonderd, diens *partner* en diens erfgenamen niet zijn te bepalen, de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen aan de begunstigde worden toegerekend. Mochten er meerdere begunstigten zijn, dan vindt de toerekening plaats naar verhouding van de mate begunstiging.

Lid 5 van art. 2.14a (na vernummering thans lid 6) bepaalt dat toerekening aan

⁹⁰⁷ Kabinetsmissive van 18 maart 2009, no. 09.000766.

⁹⁰⁸ De uiteindelijke tekst van art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 bevat in lid 4 de bepaling dat onder een erfgenaam mede wordt verstaan een persoon die is onterfd en die rechtens dan wel in feite, direct of indirect, begunstigde is van het afgezonderd particulier vermogen of wiens *partner* of bloed- en aanverwanten in de rechte lijn in feite, direct of indirect, begunstigde is van het afgezonderd particulier vermogen. Dientengevolge is de nummering van de leden 4 t/m 6 in het oorspronkelijke wetsontwerp nadien gewijzigd in leden 5 t/m 7.

2.4 De kwalificatie van de *discretionary trust* na 1 januari 2010

2.4.2 De per 1 januari 2010 geldende wettelijke regeling betreffende afgezonderde particuliere vermogens

erfgenamen niet van toepassing is indien met betrekking tot een erfgenaam blijkt, dat deze persoon en diens *partner* niet rechtens dan wel in feite, direct of indirect, begunstigden zijn van het afgezonderd particulier vermogen en dit ook niet kunnen worden. In dat geval worden de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen toegerekend aan de overige erfgenamen in dezelfde verhouding als zij verkrijgers krachtens erfrecht zouden zijn geweest bij uitsluiting van de in vorige volzin bedoelde erfgenaam⁹⁰⁹.

Lid 6 van art. 2.14a (na vernummering thans lid 7) bepaalt dat onder bezittingen en schulden alsmede opbrengsten en uitgaven van een afgezonderd particulier vermogen niet worden begrepen de bezittingen en schulden alsmede opbrengsten en uitgaven waarvoor het afgezonderd particulier vermogen wordt betrokken in een belasting naar de winst die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst, waarbij de artikelen 12b en 12c van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 buiten toepassing blijven.

Het advies van de Raad van State

Ten aanzien van het afgezonderd particulier vermogen stelde de Raad in zijn advies van 3 april 2009 onder punt 5 vast dat hetgeen wordt voorgesteld een andere weg gaat dan hetgeen eerder door de werkgroep modernisering successiewetgeving in haar rapport “*De warme, de koude en de dode hand*” werd geadviseerd⁹¹⁰ en dat het passend werd geoordeeld dat in de toelichting door de staatssecretaris alsnog zou worden ingegaan op de redenen die tot een ander standpunt hebben geleid dan eerder is ingenomen. Voorts adviseerde de Raad het begrip “afgezonderd vermogen” in art. 2.14a, tweede lid, van de Wet inkomstenbelasting 2001 nader te omschrijven⁹¹¹. De Raad was tevens

⁹⁰⁹ Naar aanleiding van de parlementaire behandeling is aan lid 5 (thans lid 6) toegevoegd dat de toerekening niet van toepassing is ingeval blijkt dat de erfopvolging krachtens uiterste wilsbeschikking in overwegende mate is gericht op het geheel of gedeeltelijk ontgaan of uitstellen van de toerekening als bedoeld in tweede en derde volzin van lid 1 van art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001.

⁹¹⁰ Zie over dit rapport: Deel 5, 1.3.2 “*Het rapport van de werkgroep Modernisering successiewetgeving*” hierna.

⁹¹¹ De Raad is namelijk van mening dat uit de artikelsgewijze toelichting is af te leiden dat met het begrip “afgezonderd vermogen” een entiteit met of zonder rechtspersoonlijkheid is bedoeld, zonder dat sprake hoeft te zijn van een doelvermogen als bedoeld in art. 2, lid 1 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen. Hieruit lijkt te volgen, aldus de Raad, dat “afgezonderd vermogen” ziet op het ondergebracht zijn van vermogen in een rechtspersoon en dat dan toerekening van het vermogen aan natuurlijke personen niet mogelijk is. Met als gevolg dat er sprake is van zwevend vermogen waarop de regeling ziet.

van mening dat de in art. 2.14a, lid 6 (na vernummering thans lid 7) Wet Inkomstenbelasting 2001 opgenomen uitzondering dat de *transparance fiscale* niet geldt voor afgezonderde particuliere vermogens, indien de entiteit is onderworpen aan een belasting naar de winst, afbreuk doet aan het regime, omdat de toerekening van bezittingen en schulden dan achterwege blijft, terwijl in de toelichting niet is ingegaan op de redenen die deze inbreuk rechtvaardigen⁹¹². De Raad adviseerde derhalve art. 2.14a, lid 6 Wet inkomstenbelasting 2001 opnieuw te bezien. Tot slot was de Raad in het kader van het afgezonderd particulier vermogen van mening dat het toekennen van een verhaalsrecht niet alleen op de goederen van een afgezonderd particulier vermogen, maar ook op de goederen van een derde waarin het afgezonderd particulier vermogen ten minste een belang heeft van 5%, onevenredig is aan het te dienen belang⁹¹³. De Raad adviseerde derhalve om het in onderdeel b van art. 23a Invorderingswet 1990 opgenomen verhaalsrecht te schrappen. Een advies dat overigens door de staatssecretaris niet is opgevolgd.

2.4.2.2 Een kenschets van de wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen

2.4.2.2.1 Inleiding

Deze kenschets van de wettelijke regeling is gebaseerd op de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel zoals dat kracht van wet kreeg per 1 januari 2010.

2.4.2.2.2 Toerekening aan de inbrenger, diens partner of erfgenamen

Allereerst is het opmerkelijk dat de staatssecretaris in de Nota naar aanleiding van het verslag⁹¹⁴ vaststelt dat helder naar voren is gekomen dat de toerekening aan de inbrenger gedurende zijn leven logisch en redelijk is. Een toerekening die ook in internationaal verband niet ongebruikelijk zou zijn⁹¹⁵. Hij concludeert

⁹¹² Het enkele feit dat een belasting naar de winst wordt geheven is volgend de Raad niet toereikend voor rechtvaardiging van deze uitzondering, omdat dubbele belasting ook kan worden voorkomen door bij degene die het vermogen heeft afgezonderd de geheven winstbelasting te verrekenen als ware deze belasting een belasting naar het inkomen.

⁹¹³ Uit de toelichting is niet af te leiden welke belangenafweging tussen het belang van de schatkist en de belangen van de onderneming van de vennootschap en de overige aandeelhouders is gemaakt.

⁹¹⁴ Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, V-N 2009/41.1, p. 49.

⁹¹⁵ Ik neem aan dat hij hierbij refereert aan de Amerikaanse “grantor trust”-regels in IRC Sec. 671-679 (hierover meer hierna in Deel 5, hoofdstuk 1.2.1.1. “De Verenigde Staten van

vervolgens dat aan deze toerekening derhalve niet meer gesleuteld hoeft te worden en daarmee een belangrijke stap is gezet naar het in de belastingheffing betrekken van zwevend vermogen⁹¹⁶, waarmee Nederland met de voorgestelde aanpak van APV's voorop loopt.

Daarmee is de toon wel gezet.

Vervolgens geeft hij een nadere toelichting op de stelling dat geen enkele inbrenger "immers" vermogen overdraagt aan een beheerder zonder zeker te weten dat het vermogen toekomt aan de begunstigden die hij aanwijst. Volgens de staatssecretaris moet het bestuur van het afgezonderd particulier vermogen het vermogen aanwenden conform de wensen van de inbrenger ten behoeve van het particulier belang, waarbij in de praktijk aan de veelal onbekende beheerder in een belastingparadijs maar weinig discretionaire ruimte wordt overgelaten. Via – voor de inspecteur onzichtbare – instructies wordt de beheerder geïnstrueerd hoe te handelen.

Uit deze toelichting blijkt dat de staatssecretaris niet nalaat telkens opnieuw⁹¹⁷

Amerika). Hij vergeet er echter bij te vermelden dat de toerekening aan de *grantor* alleen onder voorwaarden geschiedt. Zo stelt Sec. 671 dat toerekening plaats vindt indien de *grantor* een "reversionary interest" in de *trust* behoudt van 5% of meer. Sec. 674 bepaalt dat toerekening aan de *grantor* plaatsvindt indien de *grantor* dan wel een van hem niet-onafhankelijk persoon de "power of disposition" behoudt. Sec. 675 is van toepassing indien 1) de *grantor*, dan wel een van hem niet-onafhankelijk persoon de bevoegdheid behoudt om, zonder toestemming daartoe van een onafhankelijk persoon, over het *trust*vermogen te beschikken tegen niet-marktconforme voorwaarden; 2) de *grantor* bevoegd blijft om tegen een niet-marktconforme van de *trust* te lenen; 3) de *grantor* bestuurlijke bevoegdheden blijft houden. Sec. 676 rekent (een deel van) het *trust*vermogen aan de *grantor* toe indien sprake is van een *revocable trust*. Sec. 677 bepaalt dat de *grantor* als eigenaar van het *trust*vermogen moet worden aangemerkt indien hij dan wel zijn echtgenote gerechtigd is dan wel kan zijn tot het *trust*inkomen. Sec. 678 bepaalt dat het *trust*inkomen (inclusief vermogenswinsten) wordt toegerekend aan degene die "power of appointment" houdt. Zie W.M. McGovern, Jr./S.F. Kurtz, "Will's, trusts and estates", third edition, Hornbook series, Thomson West, 2004, p. 709-712. Van een toerekening van het *trust*vermogen/opbrengsten aan de *grantor* is echter geen sprake indien niet aan de gestelde voorwaarden is voldaan!

⁹¹⁶ Zie voor een uitvoerige uiteenzetting over (de (on)bestaanbaarheid van) "zwevend vermogen": Boer, 2011, 2.7.3..

⁹¹⁷ Ook in zijn Memorie van antwoord aan de vaste Eerste Kamercommissie van Financiën constateert de staatssecretaris dat buitenlandse rechtsfiguren regelmatig worden gebruikt om belastingheffing te ontgaan en dat het in dergelijke rechtsfiguren op gekunstelde wijze inbrengen en jarenlang (veelal onbelast) aanhouden van a.b.-pakketten, ondernemingsvermogen en vermogen dat ter beschikking wordt gesteld aan verbonden personen, tot een belastingvacuüm leidt dat hij wenst op te heffen. Juist de aard van deze specifieke vermogensbestanddelen zou op een sterke verknochtheid met de inbrenger duiden en dat daarvoor eerbiedigend overgangsrecht niet opportuun is, te meer omdat dit de budgettaire dekking in gevaar zou brengen. Ten aanzien van het niet verlenen van een *step up* verwijst de staatssecretaris naar zijn eerder gemaakte opmerking dat het "stallen" van

eenzijdig te benadrukken dat bv. *discretionary trusts* synoniem zijn voor het ontduiken van belasting en het aangaan van schijnhandelingen⁹¹⁸, hetgeen de vraag oproept waarom de belastingdienst de volgens de staatssecretaris zeer aanzienlijke belastingverijdeling⁹¹⁹ niet reeds vele jaren geleden via het wapen van *fraus legis* intensief is gaan bestrijden, dan wel de wetgever niet eerder via wetswijziging heeft ingegrepen.

Het optimisme van de staatssecretaris is overigens groot. Zo is hij van mening dat de wettelijke maatregelen voor afgezonderde particuliere vermogens helder zijn, waardoor ingewikkelde juridische discussies over de toerekening van het discretionair deel van een afgezonderd particulier vermogen tot het verleden zullen gaan behoren. De heldere wetgeving, die volgens de staatssecretaris ook kan rekenen op de instemming in de vakliteratuur, zal het tevens mogelijk

vermogensbestanddelen, in het bijzonder voor a.b.-pakketten, in afgezonderde particuliere vermogens wordt aangemerkt als een belastingbesparende constructie omdat de voormalige aandeelhouder in wezen belang houdt bij de desbetreffende aandelen. Zie Memorie van antwoord, Kamerstukken I 2009/10, 31930, p. 29.

⁹¹⁸ De redactie van Vakstudie-Nieuws is in dit verband van mening dat deze benadering door de staatssecretaris een verkeerd uitgangspunt is en dat het jammer zou zijn als een ongenueanceerde benadering de wetgever ervan zou afhouden om te komen tot een consistent en evenwichtig wettelijk systeem. Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, *V-N* 2009/41.2, p. 50.

⁹¹⁹ In het onderdeel "*Budgettaire effecten, verdelingseffecten en nalevingseffecten*" van het algemeen deel van de Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, *V-N* 2009/22.3, p. 47, sub 14.1 "*Budgettaire effecten*", wordt vermeld dat thans - de belastingdienst zou reeds sinds 2001 de afgezonderde particuliere vermogens waarbij Nederlanders betrokken zijn inventariseren - het afgezonderde vermogen ruim 9 miljard euro bedraagt en dat op basis van extrapolatie van de beschikbare informatie verondersteld mag worden dat het totaal in de heffing te betrekken vermogen ongeveer 30 miljard bedraagt, waarvan 20,5 miljard aan ab-pakketten en een 9,5 miljard dat kwalificeert voor belastingheffing in box 3. Uit zijn antwoord op een door de CDA-fractie tijdens het plenaire debat van 28 oktober 2009 gestelde vraag of de staatssecretaris kan toezeggen dat er maatregelen worden genomen als de afgezonderde particuliere vermogens minder opbrengen dan geraamd, blijkt dat er geen aanleiding is om te veronderstellen dat de dekking niet wordt gehaald. Op basis van een computerapplicatie wordt geschat dat er circa 2500 trusts zijn, 2500 SPF's en 400 overige doelvermogens (*Stiftungen, Foundations, Anstalts*, stichtingen) waarbij Nederlandse heffingbelangen spelen. Gemiddeld heeft een afgezonderd particulier vermogen een vermogen van € 2,7 mio. Tevens zijn er enkele zeer grote afgezonderde particuliere vermogens in beeld waarbij het vermogen uitkomt boven € 1 miljard. Te verwachten is dat als gevolg van de nieuwe wetgeving nog verschillende zeer grote afgezonderde particuliere vermogens in beeld komen. De staatssecretaris komt op een raming van circa 30 miljard vermogen. Schattingen in rapporten uitgebracht door andere organisaties (o.a. OESO, het IMF, Boston Consulting Group e.a.) over vermogens van particulieren in belastingparadijzen en gemiste belastingopbrengsten worden door de staatssecretaris op een veelvoud van de door hem geraamde opbrengsten geschat.

maken de vereiste budgettaire dekking te realiseren, aldus de staatssecretaris⁹²⁰. Zoals hierna zal blijken is enige twijfel aan het realiteitsgehalte van deze verwachtingen gerechtvaardigd⁹²¹.

Hoofregel

Vervolgens herhaalt de staatssecretaris nog maar eens de hoofdregel van de toerekening van vermogensbestanddelen van een afgezonderd particulier vermogen⁹²². Toerekening vindt plaats naar rato van de inbreng aan de persoon die vermogen in het afgezonderd particulier vermogen heeft ingebracht⁹²³. Zolang een ander dan de inbrenger geen recht krijgt op het afgezonderd particulier vermogen blijft tijdens zijn leven het afgezonderd particulier vermogen toegerekend worden aan de inbrenger. Aan hem zal de buitenlandse bronbelasting die verschuldigd is met betrekking tot inkomsten uit het

⁹²⁰ Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, V-N 2009/41.2, p. 51.

⁹²¹ Twijfel die door meerdere auteurs is uitgesproken. Zo ook door *Cornelisse* die zich afvraagt of de voorgestelde oplossingsrichting met betrekking tot de fiscale behandeling van afgezonderde particuliere vermogens wel zo robuust is en of niet het spreekwoordelijk paard van Troje is binnengehaald waardoor de geraamde budgettaire opbrengst als sneeuw voor de zon zal verdwijnen. Ter illustratie geeft hij een voorbeeld waaruit zou moeten blijken dat de toerekeningsfictie van art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 juist ten voordele van de belastingplichtige kan uitpakken. Zie R.P.C. Cornelisse, “*Trust me !*”, *WFR* 2009/6834, p. 1392.

⁹²² Het feit dat wordt toegerekend, betekent dat het afgezonderd particulier vermogen wel een entiteit móet zijn. Immers, de wetbepaling zou overbodig zijn als sprake zou zijn van transparantie van het afgezonderd particulier vermogen als entiteit. De toerekening van inkomen en vermogen is dan een logisch gevolg van de transparantie. Ook het feit dat de regeling van het afgezonderd particulier vermogen in afdeling 2.4 (Toerekeningsregels) is geplaatst wijst niet op transparantie. Zie in gelijke zin: X.G.R. Auerbach, “*Afgezonderd Particulier Vermogen: constructiefouten*”, *WFR*, 2010/6874, p.1173. Zie over toerekening en transparantie ook: T.N. Peters van Nijenhof, “*Het Afgezonderd Particulier Vermogen en de stand van zaken anno 2012*”, *NtFR “Beschouwingen”*, mei 2012, 6^e jaargang, nr. 19, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, Amersfoort. Zij is van mening dat t.a.v. de vraag of sprake is van fiscale transparantie dan wel van fiscale toerekening een grote onduidelijkheid in de APV-regelgeving bestaat. Ik ben van mening dat het met die grote onduidelijkheid wel meevalt. Uitgangspunt is dat wil van een APV sprake zijn er sprake dient te zijn van een entiteit. De regeling houdt de toerekening in van de vermogensbestanddelen van de entiteit aan de inbrenger c.s. Hetgeen ook wel wordt aangeduid als de fiscale transparantie van de entiteit. Anders gezegd, de fiscale transparantie van de entiteit wordt d.m.v. een fiscale toerekening bereikt. Wel ben ik het met Peters van Nijenhof eens dat de wetgever (ook op dit punt) zorgvuldiger in zijn formulering had moeten zijn.

⁹²³ Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, V-N 2009/41.2, p. 51.

toegerekende afgezonderde vermogen in beginsel worden toegerekend, zij het dat het bv. van de aard van het inkomen en het al dan niet van toepassing zijn van een verdrag zal afhangen of volledige verrekening van bronbelasting mogelijk is⁹²⁴.

Verkrijgt een begunstigde jegens een afgezonderd particulier vermogen (alsnog) een juridisch afdwingbaar recht, dan wordt een schenking aan de begunstigde geconstateerd die daarvoor wordt belast. Vervolgens wordt de begunstigde voor het recht betrokken in de heffing van inkomstenbelasting (box 1, 2 of 3). Bij de inbrenger wordt in zoverre niet meer geheven: het recht van de begunstigde is een schuld van de inbrenger welke naar de mening van de staatssecretaris bij de *settlor* in box 3 zou vallen⁹²⁵.

Het is jammer dat op de kwalificatie van de door de begunstigde verkregen rechten door de Kamerleden niet is doorgevraagd. De staatssecretaris doet immers voorkomen dat de toekenning van een concreet recht slechts uit een vordering van de begunstigde op (een deel van) het afgezonderd particulier vermogen zou kunnen bestaan⁹²⁶. De *trustee* kan echter op grond van zijn discretionaire bevoegdheid besluiten het *beneficial ownership* van het afgezonderd particulier vermogen geheel dan wel gedeeltelijk aan een door hem daartoe aangewezen *beneficiary* toe te kennen. Van een schuld van de inbrenger aan de begunstigde is dan in het geheel geen sprake meer. Mocht de inbrenger overlijden, zo vervolgt

⁹²⁴ *Freudenthal* wijst er op dat het begrip bronheffing in feite niet correct is, omdat bij zelfstandige heffing in het buitenland op het niveau van de *trust* veelal geen sprake is van bronheffing op bv. dividenden en rente die in de *trust* opkomen. De verrekening die in Nederland moet plaatsvinden, moet dus ofwel plaatsvinden ten aanzien van de feitelijk op *trust*niveau geheven belasting, of een bedrag ter grootte van de fictieve bronbelasting die verrekenbaar zou zijn geweest bij (fictief) rechtstreeks bezit. Zie R.M. Freudenthal, “*Aanpassingen van het APV-regime in verdragsperspectief: We zijn er nu toch !*”, *WFR* 2009/6831, p. 1302.

⁹²⁵ Dit hoeft echter niet het geval te zijn bv. indien sprake is van een met vruchtgebruik vergelijkbaar recht op aanmerkelijk belangaandelen, welk recht bij de begunstigde in box 2 zal vallen. De daarmee overeenstemmende schuld zal bij de inbrenger eveneens in box 2 dienen te vallen opdat het systeem in evenwicht blijft. Zie ook A.E. de Leeuw/T.J.P. Folmer, “*Zwevende vermogens voldoende gevangen?*”, *WFR* 2009/6827, p. 1139.

⁹²⁶ In dit verband is ook van belang zijn reactie op het artikel van Boer/Freudenthal, 2009, waarin zij stellen dat de wetgever bij afgezonderde particuliere vermogens van een duale benadering zou uitgaan in die zin dat enerzijds van transparantie wordt uitgegaan en anderzijds van non-transparantie. De staatssecretaris zegt deze uitleg niet te delen. Art. 2.14a van de Wet inkomstenbelasting 2001 richt zich allereerst op de vraag of sprake is van een afgezonderd particulier vermogen. Als daar sprake van is wordt alleen het discretionaire deel van het afgezonderd particulier vermogen in aanmerking genomen. De verplichting van concreet juridisch afdwingbare rechten van derden (*fixed interest-deel*) wordt als schuld bij de belastingplichtige in aanmerking genomen; deze derde betreft dit in zijn eigen belastingheffing. Zie Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, *VN* 2009/42.2, p. 85.

2.4 De kwalificatie van de *discretionary trust* na 1 januari 2010
2.4.2.2.3 Toerekening aan “*ex-patriates*”

de staatssecretaris, dan worden de vermogensbestanddelen van het afgezonderd particulier vermogen, onder aftrek van de voormelde schuld aan de begunstigde, geacht tot de nalatenschap van de inbrenger te behoren, waarna de erfgenamen *pro rata* worden belast voor de fictieve verkrijging krachtens erfrecht. Voor de toerekening per erfgenaam wordt de wettelijke of de testamentaire verdeling gevolgd⁹²⁷, zodat van de feitelijke verdeling wordt uitgegaan.

2.4.2.2.3 Toerekening aan “*ex-patriates*”

Opmerkelijk is dat tijdens de parlementaire behandeling, alsook in de fiscale literatuur⁹²⁸ nauwelijks aandacht is besteed aan de gevolgen van de toerekening voor hen die zich als buitenlander voor al dan niet langere tijd metterwoon in Nederland vestigen en die bij een *discretionary trust* betrokken zijn resp. worden, dan wel zouden kunnen worden. Hetzij als *settlor*, hetzij als erfgenaam van een *settlor*, hetzij als een persoon die door een *trustee* als *beneficiary* zou kunnen worden aangewezen. Indien het bv. een naar Engels recht tot stand gekomen *discretionary trust* betreft, dan is reeds op grond van Engels belastingrecht geldend voor zulk een *trust* de belastingheffing over het *trust*vermogen en haar opbrengsten via een aan de *trustee* op te leggen aanslag voldoende gewaarborgd en bestaat er geen goede reden voor de toepassing van een “robuuste” Nederlandse regeling. Toch zal de *settlor*, zijnde een binnenlands belastingplichtige, als inbrenger in de robuuste regeling worden betrokken, terwijl voor de dubbele economische heffing die dan ontstaat geen aftrek ter voorkoming van dubbele belasting wordt verleend. Het verdrag ter voorkoming van dubbele belasting voorkomt namelijk slechts juridisch dubbele heffing en niet een economisch dubbele heffing. Hetzelfde zal zich kunnen voordoen voor de buitenlandse erfgenaam van de *settlor* die zich hier te lande vestigt. Ook deze zal *pro rata parte* voor zijn fictieve gerechtigdheid tot het *trust*vermogen en de opbrengsten worden belast. Ook indien hij niet als een begunstigde is aangewezen en slechts verwachter is. Voor het in de Nederlandse belastingheffing betrekken volstaat immers

⁹²⁷ De staatssecretaris benadrukt nog dat er voor de belastingheffing niet gemakshalve is aangeknoopt bij het erfgenaamschap, maar dat dit juist bewust is gebeurd omdat deze categorie helder is en niet of moeilijk te manipuleren. Met de redactie van Vakstudie Nieuws ben ik het eens dat het met de beste wil van de wereld niet is vol te houden dat deze categorie niet valt te manipuleren. De in de nota van wijziging voorgestelde aanpassingen van art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 maken dit wel duidelijk. Zie Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, *V-N* 2009/41.2, p. 55.

⁹²⁸ Behoudens de redactie van *V-N* die in *V-N* 2009/22.3 p. 86-87 het voorbeeld geven van een in het UK wonende *settlor* die op zijn sterfbed een *discretionary trust* op Jersey tot stand brengt, terwijl zijn zoon naar Engels wettelijk erfrecht enig erfgenaam is, welke zoon zich nadien vanwege amoureuze escapades in Amsterdam vestigt.

krachtens de tekst van art. 2.14a, lid 5 Wet inkomstenbelasting 2001 dat een erfgenaam begunstigde van een *discretionary trust* zou kunnen worden, hetgeen alleen dan niet het geval is indien hij krachtens de *trustakte* een *excluded person* is.

Onevenwichtigheden

Het valt dan ook niet uit te sluiten dat de eenzijdige “robuuste” Nederlandse regeling tot onevenwichtigheden zal leiden daar waar het bij een *discretionary trust* betrokken “*ex-patriates*” betreft uit landen die reeds jaren een uitgebalanceerd belastingheffingsstelsel van (*discretionary*) trusts kennen⁹²⁹. De in art. 2.14a, lid 6 Wet inkomstenbelasting 2001 opgenomen uitzondering dat onder de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven niet worden begrepen de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven waarvoor het afgezonderd particulier vermogen wordt betrokken in een belasting naar de winst die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst, biedt in dit verband geen oplossing. Een Engelse *discretionary trust* bv. vormt naar Engels (*trust*)recht geen zelfstandige entiteit en wordt derhalve als zodanig niet aan een belasting naar de winst onderworpen. Het is de *trustee* die voor het door de *trust* behaalde resultaat met *income tax* wordt belast. Uitgangspunt van de wettelijke regeling is echter dat ten aanzien van een afgezonderd particulier vermogen tijdens het bestaan inkomstenbelasting bij de insteller (of diens erfgenamen) wordt geheven, dan wel een belasting naar de winst van minstens 10% bij de rechtsfiguur zelf⁹³⁰. Van een

⁹²⁹ In dit verband meent de staatssecretaris te kunnen volstaan met de mededeling dat immigranten die begunstigde zijn van of inbrenger zijn in een afgezonderd particulier vermogen veelal niet te maken zullen krijgen met belastingheffing ter zake van het vermogen in het afgezonderd particulier vermogen. De fiscale faciliteiten voor (jonge) *expats* – zoals het keuzerecht voor in het buitenland geworven belastingplichtigen van art. 2.6 van de Wet inkomstenbelasting 2001 – bewerkstelligen namelijk dat ze als fictief buitenlands belastingplichtige slechts belast worden ter zake van Nederlandse (arbeids)inkomsten. Het vermogen in het afgezonderd particulier vermogen (meestal buitenlandse a.b-pakketten en box 3 vermogen) blijft dan veelal onbelast of wordt bij de ouders in het buitenland belast. Gemakshalve vergeet de staatssecretaris erbij te vermelden dat het keuzerecht slechts geldt voor in het buitenland geworven deskundigen die alhier in dienstbetrekking worden genomen en die een specifieke deskundigheid bezitten die op de Nederlandse arbeidsmarkt niet of schaars aanwezig is (zie art. 8, lid 2 sub b j° art. 9a lid 1 Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965), zodat deze uitzondering niet geldt voor overige immigranten die inbrenger, begunstigde of erfgenaam zijn. De uitzondering geldt ook niet voor *expats* indien tot het *trust*vermogen Nederlands belastbaar inkomen ex art. 7.1 Wet inkomstenbelasting 2001 behoort.

⁹³⁰ Deze tekst is letterlijk ontleend aan hetgeen de staatssecretaris heeft geantwoord op vragen van de CDA-fractie met betrekking tot de onderworpenheidstoets en hoe om te gaan met situaties van sfeerovergang. Zie Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II

2.4 De kwalificatie van de *discretionary trust* na 1 januari 2010
2.4.2.2.4 Het negeren van een door het buitenlands recht beheerste entiteit

heffing bij de rechtsfiguur zelf is in het geval van een Engelse *discretionary trust* geen sprake, hetgeen gelet op het bepaalde in art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 tot gevolg heeft dat het vermogen aan de insteller of diens erfgenaam wordt toegerekend ondanks het feit dat er in Engeland over het *trust*vermogen en haar opbrengsten substantieel belasting wordt geheven.

Een ander gevolg van de in art. 2.14a lid 1 opgenomen toerekeningsbepaling waaraan tijdens de parlementaire behandeling geen aandacht is besteed, is dat de transparantie vanwege wetsfictie niet alleen geldt voor binnenlandse *settlers*, hun *partners* of erfgenamen, maar ook voor buitenlandse *settlers*, *partners* en erfgenamen mits tot het vermogen van de *discretionary trust* vermogensbestanddelen behoren waarvan de opbrengsten te rekenen zijn tot het in art. 7.1 Wet inkomstenbelasting 2001 bedoelde Nederlands inkomen. Het gevolg hiervan is dat een inwoner van bv. Engeland met ingang van 1 januari 2010 voor het eerst als *settlor*, *partner* of erfgenaam vanwege wetsfictie met een Nederlandse belastingheffing wordt geconfronteerd, terwijl hem naar Engels recht geen vermogen en/of opbrengsten daaruit toebehoort/toekomen.

2.4.2.2.4 Het negeren van een door het buitenlands recht beheerste entiteit

Hetgeen als nieuwe wetsystematiek⁹³¹ wordt aangeduid, komt er op neer dat het juridisch en economisch tot stand brengen van een door buitenlands recht beheerste entiteit in beginsel volledig wordt genegeerd⁹³². Aldus zouden afgezonderde vermogensbestanddelen eenzelfde fiscale behandeling krijgen als niet afgezonderde vermogensbestanddelen, hetgeen zou aansluiten bij het beleid van de belastingdienst zoals dat sinds het Beleidsbesluit van 16 december 1993⁹³³ tot op heden is uitgevoerd en zou duidelijke parallellen met de fiscaal transparante behandeling van de stichting administratiekantoor vertonen⁹³⁴.

2008/09, 31930, nr. 9, *V-N* 2009/41.2, p. 116. Zie ook A.E. de Leeuw, "Sfeerovergangen bij afgezonderd particulier vermogen", *WFR*, 2012/541. Hierin beschrijft zij de fiscale gevolgen van sfeerovergangen bij afgezonderde particuliere vermogens, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen de overgang van niet belast naar belast en andersom.

⁹³¹ Een eufemisme voor een generieke "anti-misbruikbepaling".

⁹³² Tenzij blijkt dat het afgezonderd particulier vermogen in het buitenland wordt betrokken in een belasting naar de winst die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst (waarbij de artikelen 12b en 12c van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 buiten toepassing blijven).

⁹³³ DB93/4451, *V-N* 1994, p. 155.

⁹³⁴ *Auerbach* merkt m.i. terecht op dat de parallel met de transparante behandeling van een stichting administratiekantoor onjuist lijkt, omdat bij een dergelijke stichting vanwege de scheiding van zeggenschap en economisch belang gewoonlijk nu juist geen sprake is van transparantie naar de certificaathouders toe, maar dat de economische gerechtigheid

Letterlijk wordt gesteld⁹³⁵:

“De wettelijke basis bestaat hierin dat de afgezonderde particuliere vermogens als aparte entiteit worden genegeerd. Het afgezonderd particulier vermogen wordt zodoende fiscaal transparant behandeld.

De vermogensbestanddelen waarvan de juridische eigendom berust bij het afgezonderde particulier vermogen of zijn beheerder, worden in beginsel naar rato van de inbreng toegerekend aan de persoon die vermogen in het afgezonderd particulier vermogen heeft ingebracht. De inbrenger wordt geacht gedurende zijn gehele leven te blijven beschikken over de vermogensbestanddelen van het afgezonderd particulier vermogen.

De desbetreffende bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven worden onveranderd bij de inbrenger in de belastingheffing betrokken”.

De afzondering van vermogensbestanddelen vormt in de voorgestelde regeling geen belaste handeling. Voor de inkomstenbelasting noch voor het schenkbelasting is sprake van een heffingsmoment.

De inbrenger wordt geacht de gedurende zijn leven afgezonderde vermogensbestanddelen onverkort te bezitten, ongeacht de discretionaire bevoegdheden van de beheerder of het afgezonderde vermogen zelf. Mocht een begunstigde jegens een afgezonderd particulier vermogen een concreet juridisch afdwingbaar recht verkrijgen dan ontstaat een nieuwe situatie, zo wordt onderkend. Dan moet het recht (jaarlijks) door de beheerder worden gehonoreerd en kan zo nodig de begunstigde bij de rechter zijn concrete recht afdwingen. Het recht wordt dan geacht te zijn toegekend door de inbrenger en vormt voor hem een schenking. Het verkregen recht behoort vervolgens tot het inkomen van de begunstigde. Mocht de inbrenger overlijden dan wordt het afgezonderd particulier vermogen geacht tot zijn nalatenschap te behoren. Met als gevolg dat de erfgenamen op dat moment geacht worden hun deel van het afgezonderd particulier vermogen fictief krachtens erfrecht van de erflater te hebben verkregen. Na het overlijden van de inbrenger treden de erfgenamen in zijn plaats, althans dit is de visie van de staatssecretaris⁹³⁶. Daarbij redeneert hij als volgt:

van de certificaathouders zozeer overeenstemt met die van de geadministreerde aandelen dat certificaten en aandelen met elkaar kunnen worden vereenzelvigd. De stichting administratiekantoor, zo dit al als doelvermogen is te duiden, heeft geen vermogen. Bij een discretionair doelvermogen daarentegen wordt niet alleen de zeggenschap maar juist ook de economische gerechtigdheid gebundeld om op een flexibele wijze versnippering en/of verspilling tegen te gaan. Zie aldus X.G.R Auerbach, “*Doelvermogens verdienen een evenwichtige wetgeving*”, *WFR*, 2009/nr. 6797, sub 1. “*Inleiding*”, p. 123.

⁹³⁵ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/0931930, nr.3 onder 5.2 “*Nieuwe wetssystematiek*”, *V-N* 2009/22.3, p. 32.

⁹³⁶ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3 onder 5.2 “*Nieuwe*

“Bedacht moet worden dat de erfgenamen verder van het afgezonderd vermogen af kunnen staan. In beginsel doet dit niets af aan de toerekening aan hen. Het ligt in de rede dat de inbrenger heeft geregeld dat na zijn overlijden zijn erfgenamen beschikkingsmacht krijgen over het afgezonderd particulier vermogen”.

Daarmee creëert de staatssecretaris zijn eigen door hem blijkbaar gewenste realiteit. Echter, de daadwerkelijke totstandkoming van een *discretionary trust* heeft daarentegen juist als kenmerk dat een *trustee* - bij uitsluiting van anderen - de beschikkingsmacht over de onder een *trust*verband gebrachte vermogensbestanddelen houdt en dat het economisch belang bij de afgescheiden vermogensbestanddelen niet meer de *settlor* aangaat, maar - zolang door de *trustee* nog geen *beneficiaries* zijn aangewezen - de totstandgekomen entiteit. En dit wezenskenmerk van de Anglo-Amerikaanse *trust* wordt nu door de voorgestelde wettelijke regeling volledig ontkend. Elke totstandgekomen *trust* wordt - voorzover bij de totstandkoming daarvan geen juridisch afdwingbare vermogensrechten rechtstreeks aan *beneficiaries* zijn toegekend - *a priori* bij wetsfictie genegeerd met als onderliggend argument dat elke totstandgekomen *trust* per definitie het oneigenlijk ontgaan van belastingheffing tot doel heeft, tenzij het afgezonderd particulier vermogen in het buitenland in een belasting naar de winst wordt betrokken die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst. Dan is van een negeren van de totstandgekomen *trust* - althans voor zover het de heffing van inkomstenbelasting betreft - geen sprake. Uit deze benadering valt af te leiden dat de wezenlijke vragen of:

- a) sprake is van het daadwerkelijk afscheiden van vermogen, alsook
- b) welke motieven overwegend zijn geweest voor het tot stand komen van de *trust*,

worden gereduceerd tot de vraag of er sprake is van een blijkbaar naar het inzicht van de staatssecretaris voldoende heffing van belasting over het afgescheiden vermogen⁹³⁷. Zelfs indien door de staatssecretaris mocht worden

wetssystematiek”, *V-N* 2009/22.3, p. 32. Aan het feit dat hiervan civielrechtelijk in het geheel geen sprake behoeft te zijn, wordt geheel voorbij gegaan.

⁹³⁷ Waar het tarief van ten minste 10% op is gebaseerd, wordt in het wetsvoorstel nergens duidelijk gemaakt. Het ligt voor de hand te veronderstellen dat een naar de winst geheven belasting redelijk is indien deze resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste tien percent over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst. Althans dit is af te leiden uit het bepaalde in art. 10 lid 3 sub b en art. 13a lid 1 sub b Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

aangetoond⁹³⁸ dat het merendeel van de totstandgekomen buitenlandse doelvermogens in overwegende mate het ontgaan van belastingheffing tot doel hebben en dat hiermee omvangrijke bedragen aan Nederlandse belastingheffing worden gemist – hetgeen wellicht “robuuste” maatregelen zou kunnen rechtvaardigen – dan nog is een wettelijke regeling die aan belastingplichtigen de mogelijkheid van tegenbewijs (vrijwel) niet biedt⁹³⁹, een onrechtvaardige regeling welke niet tot stand had mogen komen. Het is derhalve te betreuren dat de wetgever – ondanks de sympathie die de bestrijding van het oneigenlijk ontgaan van belastingheffing verdient – niet in staat en bereid is gebleken haar verantwoordelijkheid in voldoende mate te onderkennen en te nemen. Onvoldoende kennis en inzicht in het verschijnsel *trust* enerzijds en de wens budgettair neutraal tariefverlagingen te realiseren anderzijds zijn naar mijn mening daarvan de oorzaak. De eenzijdige en onvolledige voorstelling van zaken door de staatssecretaris heeft daaraan zeker bijgedragen.

2.4.2.2.5. Indirecte toerekening

Uit de Memorie van toelichting wordt ook de visie duidelijk dat indien een afgezonderd particulier vermogen tot stand wordt gebracht doordat een lichaam als bedoeld in artikel 2 of 3 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 als *settlor* vermogensbestanddelen aan een *trustee* overdraagt teneinde daarmee een *trust* tot stand te brengen, deze vermogensbestanddelen vervolgens niet aan het lichaam worden toegerekend maar aan de aandeelhouder/natuurlijk persoon van dat lichaam. De gedachte die hieraan ten grondslag ligt is dat het lichaam ten faveure van zijn aandeelhouder/natuurlijke persoon vermogensbestanddelen heeft afgescheiden. Het bedrijfsbelang zou immers niet zijn gediend met meer

⁹³⁸ Uit zijn brief van 24 oktober 1998 alsook uit de in de Memorie van toelichting, Kamerstukken II 008/09, 31930, nr. 3, onder § 14.1 opgenomen tabel 1, *V-N* 2009/22.3, p. 47, blijkt dat dekkingsmaatregelen zijn: het belasten van doelvermogens in het successie- en schenkingsrecht (variant negeren doelvermogen) ad 60 miljoen euro en het belasten van doelvermogens in de inkomstenbelasting ad 150 miljoen euro. Auerbach berekent dat indien wordt aangenomen dat al het vermogen dat in doelvermogens is ondergebracht box 3-vermogen zou zijn en het bedrag van 150 miljoen euro derhalve een jaarlijkse heffing van 1,2 % over dit vermogen representeert, 12,5 miljard euro in doelvermogens zou zijn ondergebracht dat op die wijze aan de Nederlandse heffingssfeer zou zijn onttrokken. Zie Auerbach, 2009a, p. 123.

⁹³⁹ Tegenbewijs wordt namelijk alleen gelaten aan de erfgenaam die een nalatenschap verwerpt, of expliciet en definitief is uitgesloten van de kring van begunstigden, waarbij een verzwaarde bewijslast geldt. Mocht de erfgenaam in het bewijs slagen dan worden de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en de uitgaven van het afgezonderde particuliere vermogen bij wetsfictie toegerekend aan de overige erfgenamen in dezelfde verhouding als zij verkrijgers krachtens erfrecht zouden zijn geweest bij uitsluiting van de erfgenaam.

dan bijkomstige belangen van de aandeelhouder, of van zijn *partner* of van zijn bloed- en aanverwanten in de rechte lijn en tot en met de vierde graad van de zijlijn, zodat het meer voor de hand ligt om te constateren dat het lichaam “bovenlangs” een winstuitdeling aan zijn aandeelhouder/natuurlijke persoon heeft gedaan en dat vervolgens de aandeelhouder de vermogensbestanddelen heeft afgezonderd⁹⁴⁰. Deze visie is naar mijn mening correct voor wat betreft het tot stand brengen van een doelvermogen dat niet de belangen van het lichaam dient maar uitsluitend die van bv. aandeelhouders. Enigszins slordig is het feit dat de toelichting spreekt over de lichamen van art. 2 en 3 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, hetgeen meer dan alleen naamloze of besloten vennootschappen omvat, terwijl de toelichting bij voortduring uitsluitend refereert aan de aandeelhouder/natuurlijk persoon. Voorts valt op dat niet gerefereerd wordt aan buitenlandse lichamen die geen binnenlands inkomen genieten, maar die wél een afgescheiden particulier vermogen tot stand kunnen brengen ten behoeve van hun in Nederland wonende aandeelhouder. Ook dan zou naar mijn mening in de voorgestelde wetsystematiek moeten gelden dat de afgescheiden bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven aan de aandeelhouder moeten worden toegerekend.

Tot slot wordt in § 5.2 van de Memorie van Toelichting⁹⁴¹ gesteld dat de nieuwe wetsystematiek duidelijkheid brengt over het verstrekken van informatie aan de inspecteur wie betrokken is bij een afgezonderd particulier vermogen. De betrokkenen moeten deze informatie desgevraagd aan de inspecteur verstrekken⁹⁴², waarbij de informatieverplichtingen voor eenieder zouden gelden, dus ook voor buitenlands belastingplichtigen in de zin van art. 2.1 van de wet inkomstenbelasting 2001⁹⁴³.

⁹⁴⁰ Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, *V-N* 2009/22.3, p. 33-34.

⁹⁴¹ Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3 *V-N* 2009/22.3, p. 34.

⁹⁴² Een verplichting die is gebaseerd op de artt. 6, 7, 8 en 47 Algemene wet inzake rijksbelastingen 1959.

⁹⁴³ In dit verband wordt ook nog gewezen op de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, die op 1 augustus 2008 in werking is getreden. Volgens deze wet moet - iedere - financiële dienstverlener (o.a. banken, *trust*kantoren, advocaten, belastingadviseurs, (register) accountants, notarissen en makelaars) zijn klant kennen. Zo moet een belastingadviseur van een afgezonderd particulier vermogen zowel de gehouden lichamen, de inbrenger als de uiteindelijke gerechtigden kennen. Althans in de visie van de staatssecretaris, hetgeen een onmogelijke eis is bv. indien sprake is van een *discretionary trust* en de uiteindelijk gerechtigden (nog) niet zijn aangewezen. Het niet voldoen aan het vereiste cliëntenonderzoek (en de meldingsplicht van ongebruikelijke transacties) wordt aangemerkt als een economisch delict.

2.4.3 De kwalificatie van de discretionary trust als afgezonderd particulier vermogen

2.4.3.1 Inleiding

In dit deel van het onderzoek wordt aandacht besteed aan de vraag welke gevolgen de wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen heeft voor de kwalificatie van de *discretionary trust*.

2.4.3.2 Het afgezonderd particulier vermogen dient discretionair te zijn

“Van de *trust*, maar ook van andere rechtsfiguren, is bekend dat deze vele verschijningsvormen kent. Een onderscheid in naam als “*revocable*” of “*irrevocable*”, “*discretionary*” of “*fixed*” of een ander onderscheid blijkt voor de toepassing van art. 2.14a niet van belang te zijn. Van belang zijn steeds de feiten en omstandigheden. Als het afgezonderd particulier vermogen discretionair is, is de voorgestelde toerekening aan de orde. Als het afgezonderd particulier vermogen non-discretionair is, wordt toegerekend aan de gerechtigde in plaats van aan de inbrenger of diens erfgenamen. Is de rechtsfiguur deels discretionair en deels non-discretionair dan geldt art. 2.14a alleen voor het discretionaire deel”.

Aldus de toelichting op art. 2.14a lid 1 van het wetsontwerp⁹⁴⁴.

Hetgeen aan deze toelichting voorafgaat, kan gelezen worden als een verantwoording voor het kiezen voor de toerekening van afgezonderde particulier vermogens die vanwege hun discretionaire kenmerk als een entiteit dienen te worden aangemerkt.

De toelichting vermeldt⁹⁴⁵ dat toerekening aan de inbrenger plaatsvindt omdat hij de (mede)initiatiefnemer van de afzondering is: hij weet waaraan hij begint als hij inbrengt in een afgezonderd particulier vermogen. In de praktijk houdt de inbrenger op allerlei manieren zeggenschap in het afgezonderd particulier vermogen. Samen met de dagelijkse bestuurders (de *trustee*, het stichtingsbestuur of de directie) en eventueel met toekomstige erfgenamen en andere begunstigden bepaalt hij vaak – tot zijn dood – het beleid. Achter de schermen, zo blijkt uit praktijkvoorbeelden, heeft de inbrenger nog heel vaak stevig de touwtjes in handen. In aktes, reglementen en wensbrieven geeft de inbrenger richting aan

⁹⁴⁴ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken 2008/09, 31930, nr. 3, Artikelsgewijze toelichting, onder artikel II, onderdeel A (art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001), *V-N* 2009/22.3, p 82 e.v..

⁹⁴⁵ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, Artikelsgewijze toelichting, onder artikel II, onderdeel A (art.2.14a Wet inkomstenbelasting 2001), *V-N* 2009/22.3, p. 83.

2.4 De kwalificatie van de *discretionary trust* na 1 januari 2010
2.4.3.2 Het afgezonderd particulier vermogen dient discretionair te zijn

de te varen koers wat betreft beleggen, uitkeren, *et cetera*.

De inbrenger en de begunstigden vormen een samenwerkende groep waarbij de inbrenger doorgaans de leidende rol heeft en zorgt voor de gewenste bundeling van (familie)kapitaal en zeggenschap in de structuur. De inbrenger heeft het voorts in eigen hand om liquiditeiten beschikbaar te houden voor belastingbetaling. Na het overlijden treden de erfgenamen in de plaats van de erflater/inbrenger: de aanvankelijk aan de inbrenger toegerekende bezittingen en schulden worden aan de erfgenamen toegerekend. Toekomstige begunstigden worden niet in de belastingheffing betrokken, ondanks de omstandigheid dat het afgezonderd particulier vermogen wel ten behoeve van hen is ingesteld. Dit omdat de aanspraken van de begunstigden niet concreet (genoeg) zijn en nog op vele manieren kunnen wijzigen (bijvoorbeeld als gevolg van geboorte of overlijden) zonder dat zij daar enige invloed op hebben. Het negeren van het afgezonderd particulier vermogen – de transparantie – is rechtsvormneutraal. *Trusts*, stichtingen, *Stiftungen*, *Anstalts*, *Treuhands* en alle andere rechtsfiguren die voldoen aan de regels van een afgezonderd particulier vermogen worden op dezelfde wijze behandeld en worden geacht voor de belastingheffing niet te bestaan.

Vorenstaand betoog, dat voornamelijk uit “*statements*”⁹⁴⁶ bestaat, is interessant omdat het de benadering van de staatsecretaris goed weergeeft.

Puntsgewijs samenvattend zou de praktijk van afgescheiden vermogens inhouden dat de inbrenger (en na hem zijn erfgenamen):

- op allerlei manieren zeggenschap houdt;
- samen met de dagelijkse bestuurders het beleid bepaalt;
- de leidende rol en de zeggenschap heeft in de structuur;

en dat

- toekomstige begunstigden niet in de belastingheffing worden betrokken⁹⁴⁷.

⁹⁴⁶ Het zou interessant zijn, om een cijfermatige onderbouwing te krijgen waaruit het aantal keren blijkt, dat daadwerkelijk is vastgesteld dat inbrengers de door hen afgescheiden vermogens besturen/beheren en daarover beschikken, overeenkomstig de wijze als in het betoog wordt geschetst. Nog interessanter zou het zijn, antwoord te krijgen op de vraag, waarom een dergelijke feitelijke praktijk als geschetst – in het kader van constructiebestrijding – tot op heden niet tot een vloed aan jurisprudentie heeft geleid, zulks temeer nu het financiële belang zo groot zou blijken te zijn.

⁹⁴⁷ Dit wordt als een bijzonderheid gepresenteerd die transparantie zou rechtvaardigen, terwijl het niets anders is dan een gevolg van het feit dat een *discretionary trust* juist wordt gekenmerkt door het feit dat het slechts verwachters kent zo lang de *trustee* geen *beneficiaries* heeft aangewezen.

Wat daarbij opvalt is dat nergens in de toelichting expliciet wordt gesteld - hetgeen te verwachten zou zijn - dat uit de praktijk ook is gebleken dat de inbrenger het afgescheiden vermogen en/of de opbrengsten daaruit tevens blijft genieten. Mocht dat namelijk wel het geval zijn, dan is sprake van een schijnhandeling (*sham trust*) ter bestrijding waarvan een wettelijke bestrijdingsmaatregel naar mijn mening niet nodig is.

De wezenlijke vraag is - aangenomen dat het geschetste beeld van het gebruik van afgescheiden vermogens een correcte afspiegeling van de praktijk is - of deze omstandigheden een zo vergaande regeling rechtvaardigen als het bij wetsfictie negeren van verrichte rechtshandelingen en de rechtsgevolgen daaruit. Alle genoemde omstandigheden die de toerekening zouden moeten rechtvaardigen zijn naar mijn mening terug te voeren tot: het behouden van wezenlijke zeggenschap door de inbrenger over het afgescheiden vermogen⁹⁴⁸. Echter, indien wél sprake is van een rechtsgeldige overdracht van vermogen aan een *trustee* (beheerder) en de *settlor* (inbrenger) dientengevolge niet meer tot het vermogen en/of de opbrengsten daaruit gerechtigd is - anders dan als aangewezen *beneficiary* - maar hij wel nog een zodanige wezenlijke zeggenschap met betrekking tot het beheer/bestuur heeft dat gesteld kan worden dat de naar buitenlands recht tot stand gekomen entiteit zijn feitelijke leiding in Nederland heeft, dan zou de entiteit als een binnenlands belastingplichtig lichaam in de heffing van vennootschapsbelasting dienen te worden betrokken, omdat zij geacht kan worden in Nederland te zijn gevestigd. Voorwaarde is dan wel dat de entiteit kan worden gerangschikt onder een van de lichamen genoemd in art. 2 Wet op de vennootschapsbelasting 1969, waarbij een rangschikking onder de categorie “*andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen*” van art. 2 lid 1 sub e Wet op de vennootschapsbelasting 1969 het meest in aanmerking komt. Het begrip rechtspersoon moet dan wel zo danig extensief worden geïnterpreteerd, dat daaronder - materieel beoordeeld - ook kan worden verstaan: een afgezonderd en afgescheiden - fiscaal als een zelfstandige entiteit aan te merken - doelbestemd vermogen. Voorts dient het fiscaal als een zelfstandige entiteit aan te merken afgezonderd vermogen een onderneming te drijven.

Het aan de inbrenger toerekenen van het “economisch belang” bij de afgescheiden vermogensbestanddelen, omwille van het feit dat hij de juridische “macht” ten aanzien van de afgescheiden vermogensbestanddelen zou hebben behouden, is echter naar mijn mening een brug te ver. Inkomstenbelasting

⁹⁴⁸ In dit verband maakt de redactie van *VZN* naar mijn mening terecht de opmerking dat wanneer iemand in het geheel geen “*benefit*” aan een afgezonderd particulier vermogen kan ontlenen, fiscale toerekening zich onaanvaardbaar ver van de economische realiteit verwijderd. Een vaststelling die ook dient te gelden als een *settlor* een *excluded person* is. Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, *VZN* 2009/22.3, p. 91.

2.4 De kwalificatie van de *discretionary trust* na 1 januari 2010
2.4.3.3 Art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 doelt ook op *discretionary trusts*

dient namelijk te worden geheven bij degene die de inkomsten geniet, hetgeen bij een *discretionary trust* de tot stand gekomen entiteit is en niet degene die de juridische zeggenschap heeft.

2.4.3.3 Art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 doelt ook op *discretionary trusts*

Ten aanzien van de *express private trust* wordt in de toelichting geen expliciet onderscheid gemaakt naar de te onderscheiden vormen, *fixed* en *discretionary trust*. De grondvorm waarin een afgezonderd particulier vermogen in de praktijk wordt gecreëerd, wordt als volgt geschetst:

“De inbrenger stelt het afgezonderd particulier vermogen in en brengt er vermogensbestanddelen in die worden beheerd door een beheerder in een belastingparadijs. Deze beheerder houdt het vermogen niet aan voor zichzelf maar ten behoeve van de nakomelingen, familie en relaties van de inbrenger.

De inbrenger benoemt in de akten (bijvoorbeeld de “trustdeed”, statuten of reglementen van de stichting) zijn nakomelingen -geboren en ongebornen - als begunstigden. Soms kunnen goede doelen of derden (huispersoneel, vrienden, kennissen) ook als begunstigden zijn aangewezen, maar in de praktijk komt dat nauwelijks voor. Het afgezonderde vermogen bestaat veelal uit aandelen in het familiebedrijf en courante beleggingen (aandelen, obligaties, liquiditeiten)”⁹⁴⁹.

Hoewel uit deze omschrijving zou kunnen worden afgeleid dat de grondvorm waarin een afgezonderd vermogen wordt gecreëerd de *fixed trust* is – er zijn immers begunstigden aangewezen – blijkt uit de toelichting dat het begrip “begunstigden” telkens wordt gebezigd daar waar het “verwachters” zou moeten zijn. Met andere woorden, daar waar op een *discretionary trust* wordt gedoeld. Ten aanzien van de vraag of een onderscheid tussen *fixed* en *discretionary* voor de toepassing van art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 van belang is, verschaft de artikelsgewijze toelichting op art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001 duidelijkheid⁹⁵⁰. Daarin wordt navolgende vermeld:

⁹⁴⁹ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, V-N 2009/22.3, p. 84.

⁹⁵⁰ Boer/Freudenthal zijn daarentegen van mening dat een elementair probleem binnen het wetsvoorstel wordt veroorzaakt door het feit dat volstrekt onduidelijk is op welke wijze in het voorgestelde art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 uitvoering wordt gegeven aan het fundamentele onderscheid tussen de *fixed trust* en de *discretionary trust*. Zie J.P.Boer/R.M. Freudenthal, “De identiteitscrisis van de Anglo-Amerikaanse trust”: *afgezonderd of niet?*”, WPNR 2009/6802, § 2. In deze publicatie herhalen zij hun reeds eerder geformuleerd standpunt dat de rechtspraak ook ten aanzien van *fixed trusts* uit zou gaan van een (zekere) entiteitsgedachte, waarbij de *beneficiary* geacht wordt een zelfstandig recht ten opzichte van de *trust* te hebben verkregen, doch dat het onder *trust*verband gestelde vermogen zelve niet wordt toegerekend

“Van de “trust”, maar ook van andere rechtsfiguren, is bekend dat deze vele verschijningsvormen kent. Een onderscheid in naam als “irrevocable” of “revocable”, “discretionary” of “fixed” of een ander onderscheid is voor de toepassing van artikel 2.14a van de Wet inkomstenbelasting 2001 niet van belang. Als het afgezonderd particulier vermogen discretionair is, is de voorgestelde toerekening aan de orde. Als het afgezonderd particulier vermogen non-discretionair is, wordt toegerekend aan de gerechtigde in plaats van aan de inbrenger of diens erfgenamen. Is de rechtsfiguur deels discretionair en deels non-discretionair dan geldt artikel 2.14a Wet inkomstenbelasting alleen voor het discretionaire deel”⁹⁵¹.

Uit deze passage blijkt dat indien een *settlor* een *fixed trust* tot stand brengt waarbij de *trustee* de *legal title* verkrijgt en de *beneficiaries* de *beneficial title*, tengevolge waarvan zij als deelgerechtigden rechtstreeks tot het economisch belang van de onder het *trust*verband gebrachte vermogensbestanddelen zijn gerechtigd, er geen toerekening aan de *settlor* of zijn erfgenamen plaatsvindt. De toerekening waarop art. 2.14a Wet inkomstenbelasting doelt, is van toepassing indien;

a. een *fixed trust* tot stand komt waarbij de begunstigden bv. slechts gerechtigd zijn tot een gedeelte van het onder *trust*verband gebrachte vermogen of tot uitsluitend de opbrengsten van het *trust*vermogen, bv. een periodieke uitkering, doch niet tot het *trust*vermogen als zodanig. Het resterende *trust*vermogen wordt dan aan de inbrenger toegerekend, althans aangenomen dat er geen andere *beneficiaries* door de *settlor* zijn aangewezen. Bij het aldus toerekenen, wordt met het feit dat de opbrengsten van dit vermogen *beneficiaries* aangaan rekening gehouden, door het recht van de *beneficiaries* op de opbrengsten als schuld te kwalificeren en te kwantificeren en als zodanig in mindering te brengen op de aan de inbrenger toe te rekenen bezittingen. Aldus wordt dubbele heffing voorkomen.

b. een *discretionary trust*⁹⁵² tot stand wordt gebracht, hetgeen uit navolgende blijkt.

Na de grondvorm van het creëren van een afgezonderd vermogen te hebben omschreven, vervolgt de toelichting namelijk als volgt:

aan de *beneficiaries*. Zie hierover hierna: 3.2 “De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de *fixed trust* vóór 1 januari 2010” en 3.4 “De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de *fixed trust* ná 1 januari 2010”.

⁹⁵¹ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, Artikelsgewijze toelichting, artikel II, onderdeel A (art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001), V-N 2009/22.3, p. 84 .

⁹⁵² Dan wel een daarmee vergelijkbare rechtsfiguur.

“Afgezonderde particuliere vermogens hebben gemeen dat eigendomsbewijzen (aandelen, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten, bewijzen van deelgerechtigdheid of daarmee vergelijkbare rechten) ontbreken. De bezittingen en schulden maken niet langer deel uit van het vermogen van degene die de vermogensbestanddelen heeft afgezonderd. En zij behoren nog niet tot het vermogen van een of meer begunstigden. Dat is slechts anders in de situatie waarin een begunstigde een concreet juridisch afdwingbaar recht heeft. Maar daar ontbreekt het vaak aan: de begunstigden hebben verwachtingen⁹⁵³ met betrekking tot het afgezonderde vermogen maar kunnen (nog) niets afdwingen. De beheerder heeft op papier weliswaar vergaande discretionaire bevoegdheden, maar deze persoon is niet tot het vermogen gerechtigd en wordt daarom niet in de belastingheffing betrokken. Zo creëert de inbrenger doelbewust een spagaatpositie: het geld is niet van hem en nog niet van de begunstigden, maar het is wel voor hen bedoeld, zo weet ook de beheerder. Geen inbrenger draagt immers vermogen aan een beheerder over zonder zeker te weten dat het vermogen toekomt aan de begunstigden die hij aanwijst. De inbrenger koopt zogezegd met een afgezonderd particulier vermogen “vertrouwen” (“trust”) dat de beheerder of bestuurder van het afgezonderd particulier vermogen doet wat de inbrenger wil. De bezittingen en schulden van het discretionaire deel van het afgezonderd vermogen “zweven” alsmede de daarmee samenhangende opbrengsten en uitgaven.

Met “zweven” wordt bedoeld dat het afgezonderde vermogen bij geen enkele persoon in de belastingheffing wordt betrokken: niet bij degene die het heeft afgezonderd, niet bij het afgezonderde vermogen zelf en niet bij de begunstigden”⁹⁵⁴.

Uit deze passage is af te leiden dat art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 inderdaad doelt op de *discretionary trusts*, zij het dat onder afgezonderde particuliere vermogens ook worden begrepen⁹⁵⁵ allerlei andere buitenlandse rechtsfiguren zoals *Stiftungen*, *Anstalts*, Antilliaanse stichtingen particulier fonds, *foundations*, *Treuhand*s, zonder daarbij overigens aan te geven waarom deze met een afgezonderd particulier vermogen te vergelijken zouden zijn, terwijl evenmin van al deze rechtsfiguren vaststaat dat er sprake is van een heffingsvacuüm⁹⁵⁶ waardoor de Nederlandse heffingsgrondslag wordt uitgehold. Dit ongewenst heffingsvacuüm is klaarblijkelijk de reden geweest om de regeling voor een afgezonderd particulier vermogen tot stand te brengen.

⁹⁵³ Het is opvallend dat voortdurend het begrip begunstigden wordt gebezigd daar waar het verwachters betreft.

⁹⁵⁴ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3 onder 5.1. “Huidige praktijk”, *V-N* 2009/22.3, p. 30.

⁹⁵⁵ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3 onder 5.1. “Huidige praktijk”, *V-N* 2009/22.3, p. 30.

⁹⁵⁶ Zo is in het geval van een Duitse *Treuhand* in het geheel geen sprake van een heffingsvacuüm.

2.4.3.4 De betekenis van het begrip “afgezonderd particulier vermogen”

Omdat de toerekening van art. 2.14a lid 1 van de Wet inkomstenbelasting 2001 alleen aan de orde komt indien door de *settlor* een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in art. 2.14a lid 2 tot stand wordt gebracht, is het van belang vast te stellen wanneer van zulk een afgezonderd particulier vermogen sprake is.

Uit de toelichting op lid 2 van art. 2.14a blijkt⁹⁵⁷ dat een afgezonderd particulier vermogen een entiteit is, met of zonder rechtspersoonlijkheid⁹⁵⁸, waarmee meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd, tenzij tegenover de afzondering van het vermogen 1) een uitkering van aandelen, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten, bewijzen van deelgerechtigdheid of daarmee vergelijkbare rechten heeft plaatsgevonden, of 2) een economische deelgerechtigdheid is ontstaan. Het gevolg hiervan is dat belangen in aandeelvennootschappen, fondsen voor gemene rekening en andere samenwerkingsverbanden zoals personenvennootschappen worden uitgesloten, waarbij de bepaling in lid 2 niet alleen betrekking heeft op Nederlandse situaties, maar ook ziet op andere soortgelijke (buitenlandse) rechtsfiguren⁹⁵⁹.

De term “afgezonderd particulier vermogen” is gekozen om aan te geven dat dit een andere entiteit betreft dan een doelvermogen zoals bedoeld in artikel 3, lid 1 sub b van de Algemene wet inzake Rijksbelastingen, en in art. 3, sub c van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

⁹⁵⁷ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, *V-N* 2009/22.3, p. 87.

⁹⁵⁸ Met een entiteit zonder rechtspersoonlijkheid wordt met name bedoeld op de Anglo-Amerikaanse *trust*. Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, *V-N* 2009/22.3., p. 87.

In de bijlage bij DB 2009/592 M gaat de staatssecretaris nader in op de vraag wat een afgezonderd particulier vermogen is en noemt daarbij als bekendste voorbeeld de Anglo-Amerikaanse *trust*. Ook in deze uiteenzetting laat de staatssecretaris niet na te benadrukken dat bij APV's de juridische vormgeving en de economische realiteit sterk uiteen zouden lopen en wel zodanig dat het afgezonderde vermogen economisch nog tot het privévermogen van de insteller zou behoren.

⁹⁵⁹ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, *V-N* 2009/22.3, p. 87. In de Memorie van antwoord aan de vaste Eerste Kamercommissie is de staatssecretaris van mening dat in elk geval niet ter discussie staat dat de volgende rechtsfiguren kwalificeren als afgezonderd particulier vermogen: (Anglo-Amerikaanse) *trust*, Antilliaanse stichting particulier fonds, *Stiftung* (bv. naar het recht van Zwitserland, Liechtenstein of Oostenrijk), *Anstalt* (bv. naar het recht Zwitserland of Liechtenstein, *Treuhand* (bv. naar Duits recht), stichting (bv. naar Nederlands of Antilliaans recht), vereniging (bv. naar Nederlands recht) en *foundation* (bv. naar Panamees recht). De opsomming is echter niet uitputtend en kan zo nodig worden uitgebreid. Zie Memorie van antwoord, Kamerstukken I 2009/10, 31930, p. 33.

2.4 De kwalificatie van de *discretionary trust* na 1 januari 2010
2.4.3.4 De betekenis van het begrip “afgezonderd particulier vermogen”

Hoewel het begrip afgezonderd particulier vermogen ook een doelvermogen omvat, heeft het een ruimere betekenis omdat ook andere entiteiten, zoals bv. de stichting, daartoe kunnen worden gerekend, althans indien het particulier belang met het afgezonderde vermogen meer dan bijkomstig wordt gediend. Uit de toelichting blijkt vervolgens dat met een zodanige wettelijke omschrijving wordt volstaan dat allerlei buitenlandse, bestaande en nieuwe, rechtsfiguren onder de regeling kunnen worden gebracht⁹⁶⁰. Aldus kan rekening worden gehouden met de voortdurende ontwikkelingen in het internationale recht ten aanzien van hybride rechtsfiguren welke mogelijk kwalificeren als afgezonderd particulier vermogen⁹⁶¹.

Volledigheidshalve wordt nog opgemerkt dat met entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid in het voorgestelde in art. 2.14a van de Wet inkomstenbelasting 2001 uitdrukkelijk niet wordt bedoeld op de vennootschap onder firma of de maatschap, want tegenover deze samenwerkingsverbanden staat juist wel een economische gerechtigdheid van personen zodat zich geen zwevend vermogen voordoet. Ook in dit verband wordt weer de term “zwevend vermogen” gebezigd, terwijl daarvan naar mij mening geen sprake is indien een entiteit een vermogen fiduciair verkrijgt.

Een meer dan bijkomstig particulier belang

Wil art. 2.14a van toepassing kunnen zijn dan dient een afgezonderd particulier vermogen een meer dan bijkomstig particulier belang te dienen, waarbij particulier belang inhoudt dat het belang slechts een beperkte groep van personen, meestal familie, aangaat. Het begrip “meer dan bijkomstig” in de definitie heeft als doel de praktijk de gelegenheid te bieden te anticiperen op ontwikkelingen welke qua horizon of reikwijdte invulling geven aan het criterium “particulier belang”. Als toelichting op deze nogal cryptische zin wordt als voorbeeld gegeven: een stichting die ten behoeve van de familie een octrooi houdt dat in het eerste jaar geen of nagenoeg geen waarde in het economisch

⁹⁶⁰ Uit de Memorie van antwoord aan de vaste Eerste Kamercommissie van Financiën blijkt dat voor de afgezonderde particuliere vermogens in de uitvoeringsregelingen (zowel voor de Wet inkomstenbelasting 2001 als voor de Successiewet 1956) wordt uitgewerkt welke entiteiten wel en niet als een afgezonderd particulier vermogen worden aangemerkt. Tevens zullen daarin enkele begrippen nader worden ingevuld en wordt de toerekening tussen inbrengers en erfgenamen geduid. Zie Memorie van antwoord, Kamerstukken I 2009/10, 31930, p. 31.

⁹⁶¹ In zijn bijlage bij DB 2009/592M gaat de staatssecretaris nogmaals in op het begrip afgezonderd particulier vermogen. Daarbij duidt hij de Anglo-Amerikaanse *trust* overigens ten onrechte als een overeenkomst tussen de *settlor* en de *trustee*, hetgeen een *trust* juist niet is. De *settlor* brengt namelijk de *trust* via een eenzijdige rechtshandeling tot stand. Zie voor DB 2009/592M: V:N 2009/50.5, p. 85-86.

verkeer heeft maar vermoedelijk over tien jaar wel. Het moet dan mogelijk zijn op basis van de intentie van degene die het vermogen (het octrooi) heeft afgezonderd, te spreken over een particulier belang ook al komt dit particulier belang in de eerste jaren niet pregnant naar voren. Die intentie – zo vervolgt de toelichting – is bijvoorbeeld dat hij de waardeontwikkelingen ten goede wil laten komen aan zichzelf of aan zijn nazaten. Een beperktere tijdshorizon zou voor de eerste jaren tot de conclusie kunnen leiden dat geen sprake is van een particulier belang omdat er geen enkele activiteit of vermogensvorming in het afgezonderd particulier vermogen plaats heeft. Deze beperkte reikwijdte wordt als ongewenst beschouwd en is dan ook niet bedoeld⁹⁶².

Mijn bezwaar tegen een als dynamisch bedoeld begrip “meer dan bijkomstig” is, dat het naar stellig is te verwachten in de fiscale praktijk een “*mer à boire*” voor bezwaren en gerechtsprocedures zal vormen. Hetzelfde geldt voor een amorf begrip als “particulier belang”. Voorts doet zich de vraag voor wat in zulke situaties het ijkpunt moet zijn om te kunnen vaststellen dat er sprake is van een “particulier belang” en van een “meer dan bijkomstig belang”. Is dit het moment waarop door middel van afscheiding een vermogen aan een entiteit wordt overgedragen? Of kan hiervan pas sprake zijn indien zoveel jaren later inderdaad van een aanzienlijke waardestijging blijkt? En wanneer moet worden vastgesteld dat sprake is van de intentie om waardeontwikkelingen ten goede te laten komen aan de insteller of zijn nazaten? Is het tot stand brengen van de entiteit daartoe voldoende? Of zou de intentie om te bevoordelen pas blijken op het moment dat van een daadwerkelijke (aanzienlijke) waardestijging van de (civielrechtelijk) aan de entiteit toebehorende vermogensbestanddelen sprake is? Of is het het moment waarop blijkt dat de in waarde gestegen vermogensbestanddelen daadwerkelijk ten goede komen aan de insteller of zijn nabestaanden?

Uit de toelichting⁹⁶³ blijkt verder dat het begrip “meer dan bijkomstig” zowel op de activiteiten (een activiteitentoets) als op de aard en de grootte van het vermogen (een vermogenstoets) ziet. Mocht sprake zijn van een door een entiteit incidenteel toegekend voordeel, dan is de toerekeningsregel niet van toepassing zo besluit de toelichting op lid 2. Wat daarbij onder het begrip “incidenteel” moet worden verstaan, wordt overigens niet toegelicht, zodat ook ten aanzien van dit begrip de nodige discussies zijn te verwachten.

Bij de Nota van wijziging⁹⁶⁴ is het oorspronkelijk in lid 2 opgenomen begrip “een afgezonderd particulier vermogen” vervangen door “een afgezonderd particulier vermogen, niet zijnde een instelling als bedoeld in artikel 32, lid 1,

⁹⁶² Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, *VN* 2009/22.3, p. 88.

⁹⁶³ Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, *VN* 2009/22.3, p. 88.

⁹⁶⁴ Nota van wijziging, Kamerstukken II, 2008/09, 31930, nr. 10, *VN* 2009/41.3, p. 119-145.

2.4 De kwalificatie van de discretionary trust na 1 januari 2010

2.4.3.5 Het begrip “afzonderen”

sub 8° Successiewet”. Daarmee is nadrukkelijk vastgelegd dat een SBBI niet als een afgezonderd particulier vermogen wordt aangemerkt, zodat de bezittingen en schulden van een SBBI niet aan de inbrenger of zijn erfgenamen wordt toegerekend. Ingevolge art. 6.33 Wet inkomstenbelasting geldt hetzelfde voor een ANBI.

2.4.3.5 Het begrip “afzonderen”

Het begrip “afzonderen” wordt in art. 2.14a lid 3 Wet inkomstenbelasting 2001 gedefinieerd. Het begrip is bewust ruim gedefinieerd om daarmee naast de thans bekende wijzen van afzonderen ook toekomstige ontwikkelingen te kunnen ondervangen. Er zou dan ook sprake zijn van een dynamisch begrip. Onder meer is onder afzonderen te verstaan het vervreemden, schenken, alsmede opties verlenen, afsplitsen van genotsrechten, het elders beleggen van langlevensrisico, maar ook de fictieve vervreemdingen zoals bedoeld in art. 4.16 van de Wet inkomstenbelasting 2001⁹⁶⁵.

Het derde lid maakt onderscheid tussen enerzijds het om niet of onder in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke voorwaarden rechtens dan wel in feite, direct of indirect, afzonderen van vermogensbestanddelen in een afgezonderd particulier vermogen en anderzijds het rechtens dan wel in feite, direct of indirect, vervreemden van vermogensbestanddelen aan een afgezonderd particulier vermogen. Toerekening vindt in het eerste geval altijd plaats; in het tweede geval alleen wanneer het vermogen waaraan wordt vervreemd, het particuliere belang behartigt van de vervreemder, zijn *partner* of hun bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of tot en met de vierde graad van de zijlijn.

Ter toelichting wordt vervolgens vermeld dat het onderscheid is ingegeven vanuit de veronderstelling dat men enkel om niet of onder in het maatschappelijk verkeer ongebruikelijke voorwaarden vermogensbestanddelen afzondert in een afgezonderd particulier vermogen waarbij men zelf een belang heeft of dat een familiebelang beoogt. Het is niet aannemelijk – zo vervolgt de toelichting – dat een willekeurige derde tegen onzakelijke voorwaarden vermogensbestanddelen zal vervreemden aan een afgezonderd particulier vermogen van een ander. Een derde zal niet op deze wijze handelen⁹⁶⁶.

Tot zover is de toelichting nog wel te volgen, behoudens het feit dat een definitie die onder het afzonderen van vermogen verstaat: “*het afzonderen van vermogensbestanddelen in een afgezonderd particulier vermogen*”, bepaald geen schoolvoorbeeld van heldere wetgeving is.

⁹⁶⁵ Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, *V-N* 2009/22.3, p. 89.

⁹⁶⁶ Zie memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, *V-N* 2009/22.3, p. 89.

Hetgeen echter in het geheel niet te begrijpen is, is de mededeling dat een inperking tot een bepaalde familiekring wel nodig is bij zakelijke transacties. Art. 2.14a lid 3 sub b bepaalt inderdaad dat het vervreemden – ik versta hieronder, mede gelet op het bepaalde onder sub a van het artikel, vervreemden om baat – aan een afgezonderd particulier vermogen waarmee meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd van de vervreemder, van zijn *partner* of van een of meer van zijn bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of tot en met de vierde graad van de zijlijn, het afzonderen van vermogen vormt als bedoeld in art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001.

Waarom een vermogen aan een inbrenger of zijn erfgenamen ingevolge het bepaalde in art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 moet worden toegerekend als deze vermogensbestanddelen aan de entiteit vervreemdt tegen de daaraan in het economisch verkeer toe te kennen waarde, kan alleen worden begrepen indien hieraan de gedachte ten grondslag ligt dat het aldus vervreemden per definitie een schijnhandeling vormt of louter ingegeven door fiscale motieven. Overigens zou – als het aldus vervreemden werkelijk een schijnhandeling zou zijn – een wetswijziging niet nodig zijn geweest, omdat dan normale rechtsvinding door de rechter al het gewenste resultaat hebben opgeleverd.

Vervolgens worden nog de termen “rechtens dan wel in feite” en “direct of indirect” verklaard. “Rechtens dan wel in feite” beoogt de regeling een ruime werking te geven. Niet alleen de afzondering van vermogen op basis van een (schriftelijke) overeenkomst valt onder de regeling, maar ook het feitelijk zonder overeenkomst in gebruik of bezit afstaan van vermogen⁹⁶⁷. Door de formulering “direct of indirect”⁹⁶⁸ wordt (bijvoorbeeld) voorkomen dat het tussenschakelen van een derde ertoe zou leiden dat van een afzondering van vermogen geen sprake (meer) is. Hierbij zou gedacht kunnen worden aan het afzonderen via een stroman, maar er zouden ook meer gecompliceerde indirecte vormen van afzonderen denkbaar zijn⁹⁶⁹.

⁹⁶⁷ In dit verband vermeldt de toelichting dat bij de interpretatie van deze termen een beroep kan worden gedaan op art. 10a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de artikelen 3.91 en 3.92 van de Wet inkomstenbelasting 2001, waar een soortgelijke formulering wordt gebruikt.

⁹⁶⁸ Bij de interpretatie van deze termen kan mede een beroep worden gedaan op de artikelen 4.6 en 4.7 van de Wet inkomstenbelasting 2001, waarin dezelfde terminologie wordt gebruikt bij de beoordeling van de aanwezigheid van een aanmerkelijk belang. Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, V-N 2009/22.3, p. 89.

⁹⁶⁹ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, V-N 2009/22.3, p. 89.

2.4.4 De regeling voor een afgezonderd particulier vermogen staat in het teken van de constructiebestrijding

Met de regeling voor afgezonderde particuliere vermogens is beoogd de belastingdienst toereikende middelen te geven om constructies in de uitvoerings sfeer effectief te bestrijden, waarmee tevens gehoor zou zijn gegeven aan de wens uit de praktijk om de fiscale behandeling van afgezonderde particuliere vermogens goed te regelen⁹⁷⁰. De noodzaak tot effectieve bestrijding van constructies zou moeten blijken uit hetgeen de huidige praktijk dienaangaande leert. Zo zou vooral bij de heffing van inkomstenbelasting en “schenk- en erfbelasting” bij gebruikmaking van afgezonderde particuliere vermogens een ongewenst heffingsvacuüm ontstaan, met als bekendste voorbeeld een afgezonderd particulier vermogen, de Anglo-Amerikaanse *trust*.

Een ongewenst heffingsvacuüm

Hetgeen naar mijn mening niet wordt onderkend, is dat indien al sprake is van een “heffingsvacuüm” zulks niet wordt veroorzaakt doordat een vermogen onder *trust*verband is gebracht, maar omdat de *trust* in een jurisdictie is gevestigd die een *trust*vermogen en de opbrengsten daaruit niet of nauwelijks belast. De bestrijding van oneigenlijk gebruik zou zich naar mijn mening dan ook niet moeten richten op de bestrijding van de rechtsfiguur als zodanig, maar op bestrijding van de afgezonderde particuliere vermogens die gevestigd zijn in *tax havens* en waarvan door de belanghebbende niet kan worden aangetoond – wederom bij een omgekeerde bewijslast – dat:

1. belastingbesparing niet het overwegende motief is geweest om het afgezonderd particulier vermogen te vormen⁹⁷¹ en dat
2. daadwerkelijk sprake is van een juridische en economische afscheiding.

Voorts is opmerkelijk dat de staatssecretaris nergens melding maakt van het feit dat er in diverse rechtsgebieden wel degelijk *discretionary trusts* zijn die – via een heffing bij de *trustee* – (substantieel) in de belastingheffing worden betrokken. Opmerkelijk is ook dat nergens wordt vermeld dat er in vele *trust*jurisdicties wetgeving bestaat die de heffing van belasting over *trust*opbrengsten – ook op

⁹⁷⁰ Althans, zo wordt gesteld in de Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3 onder 5.1 “Huidige praktijk”, *V-N* 2009/22.3. p. 31.

⁹⁷¹ Dit tegen de achtergrond dat vanuit Nederlands perspectief de totstandkoming van een *discretionary trust* heffing van het schenkingsrecht tegen het hoogste tarief tot gevolg heeft.

het niveau van de *trust* zelf – veilig stelt⁹⁷². Hetgeen de staatssecretaris aan feiten omtrent *trusts* in de huidige praktijk aanreikt is naar mijn mening dan ook eenzijdig, terwijl het uitgangspunt dat de *settlor* – ingeval een *trust*vermogen discretionair in een belastingparadijs wordt gehouden – het economisch belang en de feitelijke macht over het *trust*vermogen per definitie heeft behouden, te ongenueanceerd is. Weliswaar acht hij het afzonderen van particulier vermogen op zichzelf geoorloofd voor bundeling en bescherming van (familie) vermogen, maar dat mag dan geen heffingsvacuüm opleveren waardoor de Nederlandse heffingsgrondslag wordt uitgehold⁹⁷³. Dit laatste vormt kennelijk de kern voor het voortaan willen negeren van het bestaan van elders afgezonderde particuliere vermogens. Hetgeen echter uit het oog wordt verloren is dat een *settlor* bij de totstandkoming van een *trust* door middel van een fiduciaire overdracht aan een *trustee* doorgaans wel degelijk zijn vermogen juridisch en economisch aan een derde afscheidt en wel zodanig dat hij vanwege de afscheiding geen wezenlijke invloed meer op en financiële betrokkenheid bij het vermogen behoudt. Terwijl een dergelijke overdracht ingevolge de “novemberarresten” van 1998 wel een (prohibitief) hoge heffing van schenkingrecht tot gevolg heeft⁹⁷⁴. In dit verband valt dan ook op, dat ook de staatssecretaris vaststelt dat sinds de *trust*arresten van 1998 er zich (bijna) geen belaste schenkingen meer hebben voorgedaan en dat daarmee – zo lijkt mij – *discretionary trusts* nauwelijks meer tot stand zijn gekomen. Dat er desondanks toch een “robuuste”⁹⁷⁵ wettelijke basis wordt voorgesteld

⁹⁷² Zie hierna: Deel 5, 1.1.2 “Een aantal regelingen betreffende de trust elders”.

⁹⁷³ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, V-N 2009/22.3, p. 31.

⁹⁷⁴ De dubbele heffing van schenkingsrecht die optreedt zodra vanuit het afgezonderd particulier vermogen schenkingen aan derden worden gedaan die alsdan geacht worden van de *settlor* te zijn verkregen, wordt inmiddels voorkomen vanwege het feit dat het in het verleden geheven schenkingsrecht zal worden teruggegeven indien sprake is van dubbele heffing (zie art XA opgenomen in de Nota van Wijziging, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 10, V-N 2009/41.3, p. 144.). Op deze dubbele heffing werd reeds gewezen door Sonneveldt/de Kroon. Zij bevalen in verband hiermee aan in het voorgestelde art. 10.7a (bestaand afgezonderd particulier vermogen per 1 januari 2010) een voorziening op te nemen. Een van de mogelijkheden daartoe zou zijn om bestaande situaties te respecteren en de voorgestelde transparantie niet te laten gelden voor die gevallen waarbij bij totstandkoming van de *discretionary trust* schenkingsrecht is geheven. Ook zou overwogen kunnen worden het reeds betaalde schenkings- en/of successierecht te restitueren onder vergoeding van gederfde rente, waarbij aansluiting zou moeten worden gezocht bij de tarieven die destijds van toepassing waren. Het laatste voorstel is door de wetgever opgevolgd. Zie F. Sonneveldt/B.B.A. de Kroon, “Internationale aspecten van de vernieuwde Successiewet 1956”, *WFR*, Themanummer “Wet schenk- en erfbelasting”, 2009/ 6815, p. 735.

⁹⁷⁵ Aldus wordt op eufemistische wijze uitgedrukt hetgeen de voorgestelde wettelijke regeling in feite is, namelijk het bij wetsfictie veronderstellen dat elk buitenlands doelvermogen uitsluitend het oogmerk heeft belastingheffing te vermijden.

om inkomstenbelasting en “schenk- of erfbelasting” te kunnen heffen, vindt zijn oorzaak in het feit dat er kennelijk andere eenvoudige mogelijkheden zouden zijn om vermogen onbelast in een afgezonderd particulier vermogen onder te brengen. In dit verband worden genoemd⁹⁷⁶: het door niet-inwoners (Nederlanders die langer dan 10 jaar buiten Nederland wonen en niet-Nederlanders die meer dan een jaar buiten Nederland wonen) inbrengen van vermogen in een afgezonderd particulier vermogen⁹⁷⁷. Of vermogen dat reeds generaties lang in een afgezonderd particulier vermogen is ondergebracht en jaar in jaar uit rendeert. Vermogen dat wordt ingebracht dat op dat moment geen waarde heeft (bv. opties, octrooien, merkenrechten). Vermogensbestanddelen die aan een afgezonderd particulier vermogen worden verkocht waarna de latere waardestijgingen ten goede komen aan het afgezonderd particulier vermogen (bv. aandelenpakketten of lijfrenteovereenkomsten)⁹⁷⁸.

Deze in de Memorie van Toelichting genoemde voorbeelden⁹⁷⁹ zijn naar mijn mening niet voldoende overtuigend om de als “robuust” gekenschetste regeling, zijnde het bij wetsfictie negeren van een rechtsgeldig totstandgekomen buitenlandse rechtsfiguur en de overdracht van vermogen daaraan, te rechtvaardigen. Het staat namelijk niet-inwoners van Nederland geheel vrij om vermogen in een doelvermogen onder te brengen, zonder daarbij rekening te moeten houden met Nederlandse fiscale belangen. Waarom zouden ze? Voorts valt niet goed in te zien waarom vermogens die reeds jaar en dag in een buitenlands doelvermogen zijn ondergebracht en ten aanzien waarvan de fiscus wellicht reeds lang stelling had kunnen innemen, thans zonder meer aan de insteller zouden moeten worden toegerekend. Evenmin valt te begrijpen waarom buitenlandse doelvermogens waaraan vermogensbestanddelen tegen de waarde in het economisch verkeer zijn overgedragen, genegeerd zouden moeten worden. De door de staatssecretaris aangedragen argumenten zijn dan ook slechts te begrijpen door aan te nemen dat door hem schijnhandelingen worden verondersteld. Een benadering die wellicht bij een kritische houding hoort die de belastingdienst past, maar die niet het uitgangspunt mag vormen van een wettelijk regeling die een goed evenwicht tussen particulier en publiek belang beoogt. De voorgestelde regeling doet overigens vermoeden dat zij

⁹⁷⁶ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3 onder 5.1 Huidige praktijk, *VN* 2009/22.3., p. 31.

⁹⁷⁷ Waarom het door niet-inwoners van Nederland afzonderen van vermogen in een *trust* een rechtvaardiging voor de totstandkoming van de voorgestelde regeling kan zijn, ontgaat mij.

⁹⁷⁸ Het feit dat vermogensbestanddelen tegen de waarde in het economisch verkeer worden vervreemd aan een daadwerkelijk in het buitenland gevestigde entiteit, waarna de waardestijging uitsluitend de zelfstandige entiteit aangaat, kan naar mijn mening geen reden vormen om het bestaan van de entiteit bij wetsfictie te negeren.

⁹⁷⁹ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, *VN* 2009/22.3, p. 31.

niet primair beoogt een dam op te werpen tegen nieuw tot stand te brengen *discretionary trusts*, maar juist tot doel heeft om *settlers* van reeds bestaande *trusts* in de heffing van de inkomstenbelasting te betrekken. Kortom de regeling gaat niet alleen voorbij aan een juridische werkelijkheid, doch belangrijker nog, zij ontkent ook een feitelijk tot stand gekomen economische realiteit, terwijl het wapen van *fraus legis* de fiscus naar mijn mening in beginsel voldoende mogelijkheden biedt om uitwassen te bestrijden, waarvan de fiscus in het verleden naar mijn mening niet dan wel in onvoldoende mate gebruik heeft gemaakt. Indien namelijk vaststaat dat de uitkomst van de totstandkoming van een *beneficiary trust* in strijd is met doel en strekking van de wet, terwijl tevens is gebleken dat het ontgaan van de belastingheffing het uitsluitende, althans volstrekt overwegende motief voor het tot stand brengen van de *trust* is geweest, dan dient de naastbijgelegen rechtshandeling te worden opgezocht, dan wel dient de rechtshandeling te worden weggedacht. Omdat bij de totstandkoming van een *discretionary trust* (nog) niet vaststaat wie *beneficiaries* (zullen) zijn, kan een gift aan hen niet als de meest dichtbijgelegen rechtshandeling worden aangemerkt. Het gevolg hiervan is dat de gewraakte rechtshandeling moet worden weggedacht (substitutie door nihil), zodat het juridisch en economisch belang bij de *trust*goederen fiscaal aan de *settlor* dienen te worden toegerekend. Daarmee wordt alsdan eenzelfde resultaat bereikt als thans door de wettelijke regeling wordt bereikt. Maar vermoedelijk heeft het procesrisico de fiscus weerhouden om het tot stand brengen van *discretionary trusts*, waarmee de grenzen van nog toelaatbare belastingbesparing werden opgezocht, met het wapen van *fraus legis* te bestrijden.

2.4.5 De wetgever heeft onvoldoende zorgvuldigheid betracht

Gelet op vorenstaande doet de vraag zich voor of de wetgever voldoende rekening heeft gehouden met de eisen die behoorlijk overgangsbeleid stelt aan de totstandkoming van een wettelijke regeling met onmiddellijke werking met materieel terugwerkende kracht⁹⁸⁰, hetgeen betekent dat de nieuwe regel

⁹⁸⁰ De nieuwe wettelijke regeling is namelijk ook van toepassing op rechtsfeiten die vóór haar inwerkingtreding zijn opgetreden en raakt daarmee overgangsrecht, welke dient te zien niet op de gelding van de wet maar op de toepassing ervan. Van een anterieure gelding of werking is echter geen sprake. Aan het verleden verandert de nieuwe wettelijke regeling niets, maar zij verbindt slechts - na haar inwerkingtreding waardoor zij geldt - voor de toekomst rechtsgevolgen aan feiten uit het verleden, namelijk de totstandkoming van een als afgezonderd particulier vermogen aan te duiden *trust*. Zie voor wat betreft terugwerkende kracht van belastingwetgeving en fiscaal overgangsbeleid: M.R.T Pauwels, "Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen", Proefschrift U.v.T, 2009, (handelseditie in de serie Fiscaal Wetenschappelijke reeks, nr. 13, ISBN 978-90-12-38252-6); M. Schuwer-

weliswaar niet in het verleden werkt maar wel ter zake van het verleden. Dit raakt het delicate punt van de door belastingplichtigen al dan niet verkregen rechten. Dat wil zeggen, dat er onder de oude wet zodanige rechtsgevolgen zijn gekoppeld aan bepaalde rechtstoestanden en rechtsfeiten dat er verkregen rechten zijn ontstaan, die al dan niet gerespecteerd dienen te worden, hetgeen al dan niet eerbiedigende werking impliceert. Het laatste is een vraag naar wat als rechtvaardig en daarom als wenselijk wordt ervaren⁹⁸¹. De invulling daarvan is afhankelijk van de politieke en maatschappelijke opvattingen in de samenleving betreffende de vraag hoe het recht – met inachtneming van de waarden rechtsgelijkheid en rechtszekerheid – maatschappelijke waarden en normen kan realiseren. Hetgeen betekent dat rechtsregels niet louter te zien zijn als een uitwerking van rechtsbeginselen. Er kunnen ook politieke beleidsdoelen in besloten liggen⁹⁸², zij het dat de rechtsregels in overeenstemming dienen te zijn met rechtsbeginselen en de achterliggende waarden die de rechtsnormen vormen voor het opstellen van de wettelijke regelingen en waarbij de rechtsbeginselen niet alleen het noodzakelijke interpretatiekader van de rechtsregels bepalen, maar ook een brugfunctie hebben tussen de verandering van maatschappelijke waarden en normen en het positieve recht, waarbij ze de rechtsontwikkeling ondersteunen⁹⁸³. Omdat rechtsbeginselen een dimensie van gewicht of belang hebben, kunnen ze in specifieke situaties met elkaar botsen, met als gevolg dat op basis van het relatieve gewicht van het betrokken rechtsbeginsel moet worden bepaald welk beginsel het zwaarst weegt⁹⁸⁴. Zo kan het zijn dat het rechtszekerheidsbeginsel dat in beginsel eerbiedigende werking impliceert, moet wijken voor het gelijkheidsbeginsel of het doel van het recht dat in beginsel onmiddellijke werking vereist.

In het kader van de rechtsvorming betekent dit dat de wetgever rechtsbeginselen in acht dient te nemen en deze op een juiste wijze dient mee te wegen⁹⁸⁵, ook als het overgangsrechtsvorming betreft. Het op een juiste wijze meewegen van rechtsbeginselen is meer problematisch indien relatief fundamentele afwegingen tussen de betrokken beginselen moeten worden gemaakt waarbij de te maken keuze (rechts)politiek van aard is. Getwijfeld kan worden aan de zorgvuldigheid waarmee de per 1 januari 2010 van kracht zijnde regelingen betreffende een

Bravenboer, “*Fiscaal overgangsbeleid*”, Fiscale Monografie 131, Kluwer, Deventer, 2009 en Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, “*Terugwerkende kracht van belastingwetgeving*”, Kluwer, Deventer, 2012.

⁹⁸¹ Zie ook Pauwels, 2009, p. 25.

⁹⁸² Zie verder in dit verband Pauwels, 2009, p. 58 e.v.

⁹⁸³ Zie in gelijke zin: Pauwels, 2009, p. 63.

⁹⁸⁴ Zo heeft het rechtsbeginsel dat de wet moet worden toegepast een zwaar initieel gewicht. Zo ook Pauwels, 2009, p. 72.

⁹⁸⁵ Zie daarover ook Pauwels, 2009, p. 67.

afgezonderd particulier vermogen tot stand zijn gekomen. De omvang van de wettelijke regelingen en de – om politieke en budgettaire redenen – geboden haast hebben ertoe geleid dat de waarborgen welke de kwaliteit van wetgeving dienen te verzekeren in het gedrang zijn gekomen. Zo werden aanbevelingen van de Raad van State genegeerd. Werd op forse kritiek van de Raad van State en van fiscale auteurs niet of nauwelijks ingegaan en werden verstrekkende aanpassingen te elfder ure ingebracht. Het feit dat de wettelijke regelingen een groot technisch specialistisch karakter kennen en dat de Kamerleden doorgaans niet voldoende uitgerust bleken te zijn met voldoende fiscale kennis betreffende buitenlandse doelvermogens en daarmee vergelijkbare rechtsfiguren om een sturende rol te spelen in het proces van totstandkoming der regelingen, heeft bijgedragen aan de onvoldoende zorgvuldigheid bij de bewaking van de kwaliteit van het wetgevingsproces. Daarmee ook aan de totstandkoming van wettelijke regelingen die op wezenlijke onderdelen naar mijn mening de toets der rechtvaardigheid – mede vanwege *overkill*⁹⁸⁶ – niet of nauwelijks kunnen doorstaan.

Heeft een juiste afweging van rechtsbeginselen door de wetgever plaatsgevonden?

Toegespitst op de totstandkoming van de wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen en het vrijwel ontbreken van overgangsrecht dienaangaande⁹⁸⁷, doet zich de vraag voor of een juiste afweging van rechtsbeginselen door de wetgever heeft plaatsgevonden nu de wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen materieel terugwerkende kracht heeft en de belastingplichtige vanwege de toerekeningsfictie niet de mogelijkheid wordt geboden om aan te tonen dat van een oneigenlijk gebruik/misbruik geen sprake is. In dit verband is van belang hetgeen Pauwels schrijft:

“Burgers moeten hun gedrag kunnen afstemmen op het recht . Rechtszekerheid – het kunnen en mogen vertrouwen op het recht – is daarbij essentieel. Burgers moeten aan het recht kunnen ontleenen binnen welke kaders ze kunnen handelen en wat de rechtsgevolgen zijn van hun handelen. De handelings- en beslissingsvrijheid van burgers staan centraal. En ook de autonomie”⁹⁸⁸.

⁹⁸⁶ Veroorzaakt door de overfixatie op het onmogelijk maken van onbedoeld gebruik van een afgezonderd particulier vermogen.

⁹⁸⁷ Zie hierover: J.P Boer/A.O.Lubbers/M.Schuver-Bravenboer, “*Het overgangsrecht bij de invoering van de erf- en schenkbelasting beoordeeld*”, *WFR*, 2009/6815, p. 749-750. Zij wijzen op de drie in art. 10a lid 1, resp. lid 2 en resp. lid 4 en 5 opgenomen verschillende overgangsmaatregelen voor op 1 januari 2010 bestaande afgezonderde particuliere vermogens, waarbij zij het in negatieve zin opvallend vinden dat er geen eerbiedigende werking is opgenomen voor afgezonderde particulier vermogenssituaties waarin evident geen sprake is van misbruik.

⁹⁸⁸ Zie Pauwels, 2009, p. 82.

Met andere woorden: het objectieve recht moet het aan elke burger mogelijk maken zijn gedrag te regelen en in redelijke mate de rechtsgevolgen daarvan te kunnen voorzien, terwijl tevens dient te gelden dat hij er op kan vertrouwen dat rechtmatige verwachtingen, gewekt door het objectief recht of wat redelijkerwijs als objectief recht kan worden beschouwd, worden gehonoreerd⁹⁸⁹. Kern van de subjectieve rechtszekerheid is de eis van voorspelbaarheid en de vereiste kenbaarheid van het recht, waarmee materieel terugwerkende kracht op gespannen voet staat. Doch niet alleen voorspelbaarheid en kenbaarheid van het recht zijn aspecten van rechtszekerheid, ook het honoreren van gewekte⁹⁹⁰ verwachtingen vormt een belangrijk aspect van rechtszekerheid, waarbij onder een beroep op gewekte verwachtingen is te verstaan het beroep op het hebben van de verwachting over het in stand blijven of kunnen effectueren van een bestaande rechtspositie⁹⁹¹, bv. het blijven erkennen van het bestaan van een *discretionary trust* als een als doelvermogen te kwalificeren (fiscaal) juridisch zelfstandige entiteit. Daarbij geldt dat slechts verwachtingen in aanmerking komen die een persoon in redelijkheid onder de gegeven omstandigheden mocht hebben, waarbij de intensiteit van de verwachtingen kan afhangen van de bron waarop deze zijn gebaseerd⁹⁹².

Van belang hierbij is de vraag of gegeven de omstandigheden de wetswijziging voorzienbaar was en zo ja in welke mate, hetgeen een relevant gegeven is bij de vereiste belangenafweging.

Materieel terugwerkende kracht van nieuwe wetgeving is echter niet per definitie ongewenst, terwijl de noodzaak tot overgangsmaatregelen niet altijd bestaat. Er kunnen namelijk andere tegengestelde beginselen en belangen in het geding zijn die zwaarder wegen dan het rechtszekerheidsbeginsel⁹⁹³, terwijl overgangsrecht de effectiviteit van de nieuwe wetgeving kan ondermijnen. Tot

⁹⁸⁹ Ongleend aan een door Pauwels aangehaalde omschrijving van P. Populier, “*Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*” (dissertatie Antwerpen), Antwerpen: Intersentia, 1997. Zie Pauwels, 2009, p. 84.

⁹⁹⁰ Ik volg hierbij de keuze die Pauwels maakt door niet te spreken van gerechtvaardigde verwachtingen maar van gewekte verwachtingen. Een keuze vanwege het diffuse karakter dat het begrip gerechtvaardigde verwachtingen heeft. Zie Pauwels, 2009, p. 90 en H. 8, “*Gerechtvaardigde verwachtingen?*”.

⁹⁹¹ Zie Pauwels, 2009, p. 92.

⁹⁹² Bv. een uitspraak van de Hoge Raad, zoals die in de “novemberarresten” betreffende de voor de heffing van het schenkingsrecht als doelvermogen aan te merken *discretionary trust*. Een bron die naar mijn mening wat betreft rechtsvorming van meer importantie is dan bv. een persbericht van het Ministerie van Financiën.

⁹⁹³ In de betekenis dat een wettelijke regeling rechtmatig moet zijn en niet in strijd met internationale verdragen en Europees recht en dat het gebruik van open normen en niet omschreven begrippen sterk moet worden beperkt.

deze andere beginselen behoren het gelijkheidsbeginsel⁹⁹⁴ en het “doel van het recht”⁹⁹⁵, waarbij onder het gelijkheidsbeginsel is te verstaan dat rechtsfeiten die optreden in dezelfde periode op dezelfde wijze dienen te worden behandeld, hetgeen impliceert dat het gelijkheidsbeginsel pleit voor onmiddellijke werking (met exclusieve werking) en op gespannen voet staat met eerbiedigende werking. Het “doel van het recht” haakt aan bij de noodzaak tot verandering van het recht vanwege bv. nieuwe en veranderde omstandigheden, (politieke) beleidsdoelen, veranderde inzichten, preferenties én het willen beperken van ongewenste fiscale grensverkenning. Daarmee pleit het “doel van het recht” voor onmiddellijke werking en tegen eerbiedigende werking, met name als het nieuwe recht als een verbetering wordt gezien.

Het is tegen deze achtergrond dat moet worden beoordeeld of de wetgever bij het tot stand brengen van de wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen het rechtsbeginsel van de rechtszekerheid enerzijds en het gelijkheidsbeginsel en het “doel van het recht” anderzijds op een zuivere wijze ten opzichte van elkaar heeft gewogen, ook waar het de overgangsrechtsvorming betreft.

Voorzover het het rechtszekerheidsbeginsel betreft, welk beginsel eerbiedigende werking impliceert, geldt dat fiscale wetgeving met betrekking tot de fiscaal-juridische positie van een naar buitenlands recht tot stand gebrachte *discretionary trust* tot 1 januari 2010 ontbrak. Ondanks het feit dat het tot stand brengen van een *discretionary trust* tot resultaten kon leiden die vanuit de regelgeving als geheel gezien als onevenwichtig en onrechtvaardig konden worden ervaren. Dat daarmee voorzienbaar was dat de wetgever uiteindelijk zou gaan ingrijpen, mede vanwege het feit dat in de doctrine met enige regelmaat werd gewezen op de noodzaak tot regelgeving, is naar mijn mening dan ook evident. In dit verband durf ik dan ook de stelling aan dat de belastingplichtigen, doch zeker hun fiscale adviseurs, welke in (het verre) verleden *discretionary trusts* tot stand brachten, geacht konden worden rekening te houden met het feit dat de wetgever materieel terugwerkende kracht aan reparatiewetgeving zou kunnen verlenen. Dit ondanks het feit dat *discretionary trusts* in de fiscale jurisprudentie altijd zijn erkend, nooit is vastgesteld dat het *in casu* tot stand brengen van een *discretionary trust* als *fraus legis* zou zijn aan te merken en ondanks het feit dat de wetgever pas na zeer lange tijd bereid is gebleken om in te grijpen⁹⁹⁶. Het tot stand brengen van

⁹⁹⁴ In de betekenis dat afgezonderde vermogens zoveel mogelijk op dezelfde wijze worden belast als niet-afgezonderde vermogens, waarbij de civielrechtelijke en economische realiteit het uitgangspunt vormen.

⁹⁹⁵ In de betekenis dat de wettelijke regeling een beoogd doel wenst te realiseren.

⁹⁹⁶ Pauwels wijst er naar mijn mening terecht op dat het kan voorkomen dat de wetgever niet ingrijpt door middel van reparatiewetgeving terwijl belastingplichtigen via bepaalde

2.4 De kwalificatie van de *discretionary trust* na 1 januari 2010

2.4.5 De wetgever heeft onvoldoende zorgvuldigheid betracht

discretionary trusts werd immers doorgaans gekenmerkt door een hoge graad van fiscale grensverkenning⁹⁹⁷ waarvan een redelijke belastingplichtige zich terdege bewust moet zijn geweest. Kortom, ook ten aanzien van *discretionary trusts* gold: hoe gekunstelder de aard en onevenwichtiger het resultaat van de transacties gelet op doel en strekking van de wetgeving, hoe meer voorzienbaar het was dat de wetgever uiteindelijk de wetgeving in het kader van constructiebestrijding zou gaan aanpassen. Een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel en daarmee op opgewekt vertrouwen lijkt mij onder zulke omstandigheden dan ook niet erg waarachtig. Dit geldt naar mijn mening echter niet indien mocht komen vast te staan dat het tot stand brengen van een *discretionary trust* haar oorzaak niet vindt in fiscale grensverkenning met uitsluitend een fiscaal voordeel tot doel, maar in valabele persoonlijke en zakelijke omstandigheden die de totstandkoming van een *discretionary trust* om niet fiscale redenen rechtvaardigen. Een evenwichtige wetgeving zou voor het aantonen daarvan aan belastingplichtigen door middel van een tegenbewijsregeling voldoende ruimte moeten bieden.

Een tegenbewijsregeling ten behoeve van de settlor ontbreekt

In de met ingang van 1 januari 2010 geldende regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen ontbreekt echter een tegenbewijsregeling ten behoeve van de *settlor*, hetgeen vanuit het perspectief van overgangswetgeving naar mijn mening onaanvaardbaar is. Dat de tot stand gekomen wetgeving betreffende het afgezonderd particulier vermogen onmiddellijke werking heeft met materieel terugwerkende kracht, is naar mijn mening nog te billijken indien vastgesteld kan worden dat in de onderlinge afweging der rechtsbeginselen meer gewicht

transacties tot resultaten komen die op zich – gelet op doel en strekking van de regels – in zekere mate als grensverkennend kunnen worden aangemerkt. Hoe langer het ingrijpen achterwege blijft, hoe meer het grensverkennend karakter van de transacties wordt afgezwakt, met als gevolg dat burgers die normaliter niet de grenzen van de wet wensen op te zoeken, zich zullen afvragen of de desbetreffende transacties kennelijk aanvaardbaar zijn geworden. Zie Pauwels, 2009, p. 264.

⁹⁹⁷ Zie omtrent het begrip fiscale grensverkenning en de daarbij te onderkennen gradering: Pauwels, 2009, p. 256–261. Hij noemt navolgende relevante gezichtspunten voor de vraag in welke mate er sprake is van fiscale grensverkenning: 1) de mate waarin het resultaat van de transacties in strijd komt met doel en strekking van de desbetreffende regels, vooral in het licht van de regelgeving als geheel waarvan de regels deel uitmaken, 2) de mate van gekunsteldheid van de transacties; in hoeverre de transacties artificieel zijn. Relevant kan hierbij zijn of het belangrijkste voordeel van de transacties het behalen van een fiscaal voordeel is. Of vanuit een ander perspectief: als contra-indicatie kan relevant zijn in hoeverre aan de transacties naast fiscale redenen ook zakelijke redenen ten grondslag liggen, 3) in hoeverre de regelgever de mogelijkheid dat de desbetreffende transacties zouden kunnen worden uitgevoerd, heeft onderkend althans had moeten onderkennen.

moet worden toegekend aan het gelijkheidsbeginsel en het “doel van het recht”, dan aan het rechtszekerheidsbeginsel. Hetgeen een afweging betekent op basis van de geldende maatschappelijke normen en waarden dienaangaande. Wat mij betreft staat het aan de wetgever vrij om aan het gelijkheidsbeginsel meer waarde toe te kennen dan aan het rechtszekerheidsbeginsel, indien door het afzonderen van vermogen in bv. een *discretionary trust* de belastinggrondslag wordt uitgehouden. De ongelijkheid die dan ontstaat tussen hen die wél een vermogen discretionair kunnen afzonderen en hen die daartoe niet in staat zijn omdat de middelen hen daartoe ontbreken, met een onevenredige bijdrage aan de staatskas tot gevolg, rechtvaardigt zulk een afweging. Maar dan moeten de feiten die zulk een afweging rechtvaardigen helder zijn en moet sprake zijn van eerbiedigende werking voor hen die – op basis van een omgekeerde bewijlast – kunnen aantonen dat het tot stand brengen van bv. een *discretionary trust* zijn oorzaak niet vindt in een beoogde aanmerkelijke belastingbesparing, maar in valabele persoonlijke en zakelijke argumenten. Voor wat betreft het “doel van het recht” betekent dit dat indien langs democratische weg op basis van een parlementaire meerderheid is besloten om door middel van de wettelijke regeling betreffende afgezonderde particuliere vermogens financiële middelen vrij te maken teneinde daarmee een gedeeltelijke herziening van de erf- en schenbelasting te financieren, zulk een budgettair argument zwaarder kan wegen dan het rechtszekerheidsbeginsel. Althans in een democratie is het het primaat van de wetgever zulk een afweging en keuze te maken. Maar dan moeten gerechtvaardigde belangen van hen die kunnen aantonen dat van een fiscale grensverkenning niet of verhoudingsgewijs in geringe mate sprake is wel worden ontzien. En dat is wat aan de tot stand gekomen wettelijke regeling van het afgezonderd particulier vermogen juist schort. Ten aanzien van de belastingplichtigen die kunnen aantonen dat van fiscale grensverkenning niet of nauwelijks sprake is, had in de afweging van de rechtsbeginselen het zwaartepunt bij het rechtszekerheidsbeginsel moeten liggen. In de zorgplicht voor deze belastingplichtigen is de wetgever naar mijn mening dan ook ernstig tekort geschoten en heeft hij niet de nodige zorgvuldigheid betracht met betrekking tot de regelgeving⁹⁹⁸.

⁹⁹⁸ Het argument dat de staatssecretaris de plannen inzake de *trust* ruimschoots tevoren heeft aangekondigd en dat belanghebbenden derhalve in 2009 nog voldoende mogelijkheden hadden om bestaande *trust*structuren desgewenst te wijzigen, acht ik onjuist. Ten eerste zijn bestaande *trust*structuren die niet fiscaal grensverkennend zijn vanwege geldend *trust*recht niet of nauwelijks (op korte termijn) op een wijze aan te passen dat de werking van de wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen kon worden voorkomen. Ten tweede valt niet in te zien waarom niet fiscaal grensverkennende *trusts überhaupt* zouden moeten worden aangepast. Voorts gaat het argument zeker niet op ten aanzien van toekomstige erfgenamen.

Dit geldt ook voor het krachtens wetsfictie toerekenen van vermogen van een afgezonderd particulier vermogen aan erfgenamen die erfrechtelijk niets verkrijgen en die tevens geen begunstigden zijn, doch niet kunnen aantonen dat zij geen begunstigden kunnen worden. Voorts heeft het vrijwel ontbreken van overgangsrecht waardoor terugwerkende kracht wordt voorkomen tot gevolg dat dubbele heffing kan ontstaan.

Tot slot vormt de uitoefening van een ongeclausuleerd verhaalsrecht van belastingschulden, die vanwege een onweerlegbaar rechtsvermoeden van een geconstrueerd heffingsvacuüm zijn opgelegd maar die niet sporen met de juridische en economische realiteit, op het vermogen van derden, een ontoelaatbare inbreuk op het eigendomsrecht van die derden. Ook een dergelijke regeling verdient geen plaats in onze rechtsorde⁹⁹⁹.

Conclusie

Een behoedzame en systematisch verantwoorde afweging van belangen welke in een wetgevingsproces een cruciale rol dient te spelen – ook in een wetgevingsproces betreffende afgezonderde particuliere vermogens – heeft naar mijn mening in belangrijke mate ontbroken. De totstandgekomen regelingen betreffende een afgezonderd particulier vermogen vormen een voorbeeld van het feit dat een langs democratische weg tot stand gekomen belastingwet nog geen waarborg biedt dat *in concreto* aan een minderheid niet te zware lasten wordt opgelegd. Indien zulks uitsluitend om budgettaire motieven en op basis van (opgekropte) morele verontwaardiging vanwege verondersteld misbruik gebeurt, dan is geen sprake meer van “*equal concern and respect*” waar elk individu of minderheid recht op heeft¹⁰⁰⁰. Ook in het belastingrecht dient een evenwichtige afweging – een compromis zo men wil – tussen enerzijds het

⁹⁹⁹ Omwille van de beperking van de omvang van het onderzoek blijven de gevolgen van art. 23a Invorderingswet 1990 verder onbesproken. Wel wordt benadrukt dat het in art. 23a opgenomen ongeclausuleerd verhaalsrecht een onevenredig middel is dat de rechtszekerheid van burgers aantast en waarbij de vereiste rechtsbescherming zodanig ontbreekt dat niet valt uit te sluiten dat art. 23a integraal overbindend zal blijken te zijn. Overigens, omwille van dezelfde beperking wordt ook niet ingegaan op de vraag in hoeverre de door Nederland aangebrachte eenzijdige wijziging in heffingsbevoegdheid strijdigheid met de verdragstrouw oplevert. Een vraag waarover tijdens de parlementaire behandeling van het wetsontwerp wel is gediscussieerd en ten aanzien waarvan de parlementair advocaat uiteindelijk van mening was dat men niet kan stellen dat het wetsvoorstel op het punt van de toerekeningsfictie in strijd is met de goeder trouw die verdragspartners tegenover elkaar dienen te betrachten.

¹⁰⁰⁰ Zie R.H. Happé, “*Het gelijkheidsbeginsel in ethisch perspectief*”, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 178, Kluwer, Deventer, 1989, p. 8-9 en zijn verwijzing naar R. Dworkin, “*Men of Ideas*”, ed. by Bryan Magee, New York.

rechtzekerheidsbeginsel dat om eerbiedigende werking vraagt en anderzijds het gelijkheidsbeginsel en het “doel van het recht” die materieel terugwerkende kracht kunnen rechtvaardigen, plaats te vinden. Dat daarin besloten ligt dat gelijkheid nooit volledig kan worden gerealiseerd vanwege het ontoereikend zijn de fiscale techniek en de legislatieve onmacht is evident.

Indien de vraag wordt gesteld of de weging tussen het rechtzekerheidsbeginsel enerzijds en het gelijkheidsbeginsel en het “doel van het recht” anderzijds in de wettelijke regelingen betreffende het afgezonderd particulier vermogen op zodanige wijze heeft plaats gevonden dat de regelingen harmoniëren met het belastingrecht als een doelmatig functionerend onderdeel van de rechtsorde, dan kan naar mijn mening kan slechts worden geconcludeerd dat daar waar het belastingplichtigen betreft die afgezonderde particuliere vermogens om valabele persoonlijke en zakelijke argumenten tot stand hebben gebracht/brengen en waarbij fiscale grensverkenning nauwelijks of geen rol speelt, er sprake is van een onjuiste afweging van deze rechtsbeginselen en daarmee van een onaanvaardbare onevenwichtigheid in wetgeving¹⁰⁰¹. Ik wijs er in dit verband nogmaals op dat de wettelijke regelingen het wezenskenmerk van daadwerkelijk in het buitenland afgezonderde en afgescheiden particuliere vermogens ontkennen door voorbij te gaan aan de juridische en economische realiteit. Een ontkening die uitsluitend is gebaseerd op de gepreoccupeerde veronderstelling dat bij het tot stand komen van een afgezonderd particulier vermogen er immer sprake is van het behouden van beschikkingsmacht over het *trust*vermogen door de insteller of zijn erfgenamen en het doelbewust ongerechtvaardigd ontgaan van gerechtvaardigde belastingheffing.

Vanwege het geheel ontbreken van een tegenbewijsregeling ten behoeve van de *settlor* en het vrijwel ontbreken van zulk een regeling ten behoeve van diens erfgenamen is naar mijn mening de conclusie gerechtvaardigd, dat de wetgever bij het tot stand brengen van de regelingen betreffende het afgezonderd particulier vermogen – algemene beginselen van behoorlijke wetgeving in aanmerking nemend – onvoldoende zorgvuldigheid heeft betracht. Hetgeen valt te betreuren, temeer nu naar mijn mening een methodologisch en wetstechnisch beter alternatief denkbaar is¹⁰⁰².

¹⁰⁰¹ Een vraag die door Geppaart in gelijke zin werd geformuleerd in zijn voordracht gehouden op de belastingconsulentendag 1968. Zie Ch. P.A. Geppaart, “*Onevenwichtigheden in de belastingwetgeving*”, Serie Belastingconsulentendagen nr. 13, 1968, NV Uitgeverij FED, Amsterdam, p. 11.

¹⁰⁰² Zie hierna Deel 5, 1 “*Een alternatief voor de wettelijke regeling van een als discretionary trust aan te merken doelvermogen*”.

2.4.6 Overige bezwaren

2.4.6.1 Onvoldoende aandacht voor de positie van de belastingdienst en rechterlijke macht

Voorts is stellig te verwachten dat de wettelijke regelingen betreffende het afgezonderd particulier vermogen niet alleen voor de belastingdienst aanmerkelijke uitvoeringsproblemen tot gevolg zullen hebben, maar nog belangrijker, de rechterlijke macht tot een spagaat noodzaakt tussen het tonen van respect voor hetgeen de wetgever tot stand heeft willen brengen en de rechtvaardigheid waarop de burger in zijn verhouding tot de overheid fundamenteel recht heeft. Het ware zeer wenselijk geweest dat de wetgever zich tijdens het wetgevingsproces had gerealiseerd dat art. 120 van de Grondwet de rechter verbiedt te treden in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten¹⁰⁰³. Een toetsingsrecht dat node gemist gaat worden omdat het de rechter mogelijk zou maken te oordelen dat de wettelijke regelingen betreffende een afgezonderd particulier vermogen op onderdelen is strijd is met de Grondwet of een fundamenteel rechtsbeginsel, zoals rechtvaardigheid. Een beroep van de belastingplichtige op het algemene rechtsbeginsel van de (redelijkheid en) billijkheid zal naar mijn mening betekenis moeten missen omdat de strekking van de wet nu juist het onbillijke resultaat beoogt en de staatssecretaris gedurende de parlementaire behandeling bij herhaling heeft benadrukt hierover geen misverstand te willen laten bestaan, zodat ook een teleologische interpretatie geen uitkomst zal kunnen bieden. De wet gaat nu eenmaal boven de billijkheid, hoe onbillijk de wet op onderdelen ook is. De mate waarin en de manier waarop de Staten Generaal gedurende het wetgevingsproces tegenwicht hebben geboden aan de regering, heeft het vertrouwen dat zij daartoe bereid en in staat zijn bepaald niet doen toenemen¹⁰⁰⁴. Integendeel, de roep om rechterlijke toetsing van wetten aan

¹⁰⁰³ Zie HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 met noot van *Scheltema*. Het zgn. Harmonisatiewet-arrest waarin art. 120 grondwet een belangrijke rol speelde. Zie in dit verband: M.L.P.van Houten, “Meer zicht op wetgeving. Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen”, Schoordijk Instituut, 1997.

¹⁰⁰⁴ Waarmee het nadeel wordt bevestigd van een tot *duas politica* verweven uitvoerende en wetgevende macht die te zeer de belangen van de uitvoerende macht via wetgeving dient en waardoor de gerechtvaardigde belangen van de belastingplichtige in het gedrang komen (zie: D.B. Bijl/J.A.G van der Geld, “Overkill in fiscale wet- en regelgeving”, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 237, Kluwer, Deventer 2009, p. 20). De Tweede Kamer had naar mijn mening als medewetgever veel meer moeten waken voor een te dominante rol van de uitvoerende macht. Het valt dan ook te betreuren dat zij zich niet voldoende heeft weten te verzetten tegen de neiging om te zwichten voor het argument dat een doelmatige

algemene rechtsbeginselen in individuele gevallen mogelijk te maken¹⁰⁰⁵, wordt alleen maar versterkt als de wet geen recht meer is.

2.4.6.2 De wettelijke regeling belemmert de vrije rechtsvormkeuze

Ten slotte geldt dat de wettelijke regeling niet alleen bezwaarlijk is voor bestaande als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trusts*, maar de wettelijke regeling is ook prohibitief voor de vorming van nieuwe *discretionary trusts* die geen fiscale grensverkenning beogen, zodat daardoor de vrije rechtsvormkeuze wordt belemmerd.

2.5 Toetsing van de onderzoekshypothese

Toetsing van de onderzoekshypothese:

“de discretionary trust is als non-transparant aan te merken”

aan de jurisprudentie leert, dat een *discretionary trust* voor de heffing van de schenkbelasting ingevolge de “novemberarresten” inderdaad fiscaalrechtelijk als een zelfstandige entiteit moet worden aangemerkt.

Voor wat betreft de heffing van de erfbelasting ontbreekt weliswaar zulk een jurisprudentie, maar gelet op de overwegingen van de Hoge Raad in de “novemberarresten”, is het realiter aan te nemen dat ook voor de heffing van de erfbelasting de *discretionary trust* als een belastingplichtig doelvermogen moet worden aangemerkt. Ook voor de erfbelasting geldt immers dat het in het stelsel van de Successiewet 1956 niet past dat een binnen het Rijk wonend persoon bij testament over zijn vermogen beschikt zonder dat dit tot heffing van erfbelasting leidt.

uitvoering noodzaakt tot het tot stand brengen van de naar mijn mening te wraken regelingen betreffende afgezonderde particuliere vermogens. Partij-politieke belangen hebben daarbij overigens een duidelijke rol gespeeld. Nog meer valt het te betreuren dat de Eerste Kamer, in haar kwaliteit van “*Chambre de Réflexion*”, noodgedwongen (?) haar taak niet heeft opgepakt.

¹⁰⁰⁵ Belangrijke rechtsbeginselen zijn thans slechts afdwingbaar via toetsing aan internationaal recht. Bijl en van der Geld spreken in dit verband over het door de burger via de U-bocht van verdragen halen van recht. Constitutionele toetsing met onze eigen Grondwet in de hand en bij de Nederlandse rechter voorkomt deze omweg. Mocht de Hoge Raad in de invoering van constitutionele toetsing aan algemene rechtsbeginselen geen aansporing zien om aan deze toetsing reël vorm te geven, dan zou kunnen worden overwogen om deze toetsing bij een apart Constitutioneel Hof neer te leggen. Zie Bijl/ van der Geld, 2009, p.25.

2.5 Toetsing van de onderzoekshypothese

Toetsing van de onderzoekshypothese aan de wetgeving leert dat met ingang van 1 januari 2010 het bestaan van een als doelvermogen te kwalificeren *discretionary trust* voor de heffing van de schenk- erf- en inkomstenbelasting in beginsel bij fictie wordt genegeerd.

Hoofdstuk 3

De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de *fixed trust*

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat centraal de vraag hoe de *fixed trust* fiscaal dient te worden gekwalificeerd, waarbij als onderzoekshypothese geldt dat een *fixed trust* geen fiscaal-juridisch zelfstandige entiteit vormt. Getracht wordt de juistheid van de onderzoekshypothese aan te tonen. Daartoe wordt de vooronderstelling getoetst aan jurisprudentie waaruit zulks naar mijn mening is af te leiden, dit in tegenstelling tot de mening van een aantal auteurs. Zij zijn van mening dat uit dezelfde jurisprudentie wél zou zijn af te leiden dat ook een *fixed trust* fiscaal-juridisch als een entiteit dient te worden aangemerkt. In verband hiermee wordt eerst de jurisprudentie geanalyseerd, alsook de naar aanleiding daarvan in de literatuur ingenomen standpunten en gevolgtrekkingen.

Vervolgens wordt onderzocht of de *fixed trust* wellicht ingevolge de per 1 januari 2010 tot stand gekomen wettelijke regeling als een entiteit moet worden aangemerkt, zodat van een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 sprake zou zijn. Met als gevolg dat het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen dient te worden toegerekend en niet aan *beneficiaries* als rechtstreeks economisch deelgerechtigden. Omdat bij een *fixed trust* geen sprake is van het ontbreken van een directe rechtsband met subjectief gerechtigden tot het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan, vormt de *fixed trust* naar mijn mening ook na 1 januari 2010 evenmin een fiscaal-juridische entiteit. De *beneficiaries* zijn immers rechtstreeks tot het *trust*vermogen en de resultaten daaruit gerechtigd en wel zodanig dat aan hen het juridische en economisch belang bij het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan moeten worden toegerekend. Derhalve kan van een afgezonderd particulier vermogen ex art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 naar mijn mening geen sprake zijn. Dientengevolge worden de opbrengsten van de *fixed trust* uitsluitend rechtstreeks genoten door de personen die door de *settlor* bij de totstandkoming van de *fixed trust* als *beneficiaries*, als juridisch belanghebbenden en als economisch rechtstreeks deelgerechtigden tot het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan, zijn aangewezen en wel in de mate als door de *settlor* is bepaald.

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting en conclusie.

3.2 De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de *fixed trust* vóór 1 januari 2010

3.2.1 Inleiding

Voor de fiscale kwalificatie van de *fixed trust* zijn van belang de uitgangspunten welke de fiscale wetgever heeft gehanteerd voor het onderscheid tussen transparante rechtsfiguren en niet-transparante, zelfstandige subjectief belastingplichtige entiteiten¹⁰⁰⁶. Een onderscheid dat van belang is voor een mogelijk verschil in belastingdruk, de bepaling van de winst, de vermogensetikettering, de gevolgen van toetreden, uittreden en de opvolging van deelnemers, de verliesverrekening, het van toepassing zijn van de ondernemersfaciliteiten¹⁰⁰⁷ in de Wet inkomstenbelasting 2001 en in internationale verhoudingen de toepasselijkheid van belastingverdragen.

Primair uitgangspunt van de wetgever

Het primaire uitgangspunt van de wetgever bij de toekenning van subjectieve belastingplicht aan niet rechtspersoonlijkheid bezittende entiteiten is gelegen in een gelijke behandeling met rechtspersonen. Dit betekent dat entiteiten welke economisch beoordeeld een open karakter kennen, welk open karakter tot uitdrukking komt in de vrije handelbaarheid van participaties, zozeer vergelijkbaar zijn met rechtspersonen, dat ze op gelijke wijze in de heffing van vennootschapsbelasting moeten worden betrokken. Ook het niet-samenvallen van de ondernemer en de kapitaalverschaffer geldt als een kenmerk voor een

¹⁰⁰⁶ Zie in dit verband het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 18 december 2004, nr. CCP2004/2730M, BNB 2005/88 waarin beleidsregels inzake transparantie zijn neergelegd voor zover het betreft de naar buitenlands recht opgerichte samenwerkingsverbanden welke vergelijkbaar zijn met lichamen in de zin van art. 2, lid 1 sub b van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen 1959, met uitzondering van de rechtsfiguren die vergelijkbaar zijn met de vereniging, de stichting, het fonds voor gemene rekening, de *trust* en overige doelvermogens (zie onderdeel 3.2 van het Besluit). Hoewel het Besluit dus geen betrekking heeft op o.a. de *trust*, geeft het Besluit wel aan aan welke criteria getoetst moet worden of sprake is van non-transparantie: 1. het eigendoms criterium; 2. het aansprakelijkheids criterium; 3. het aandelen criterium; 4. het criterium van de vrije overdraagbaarheid, althans voor zover het entiteiten betreft die overeenkomsten vertonen met lichamen als de NV/BV, VOF, maatschap, CV e.d. (zie uitgebreid hierover N.H. de Vries/R.J. de Vries, 2005, 1.0.1.B.c.2.I – 1.0.1.B.c.2.VI, p. 38-42/56-60 en M.L.M. van Kempen, “Kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen”, WFR, 2005/6621, p. 573-582.

¹⁰⁰⁷ Zie voor een uitgebreide behandeling van deze verschillen veroorzaakt door het onderscheid tussen transparante rechtsfiguren en subjectief belastingplichtige entiteiten van Kempen, 1999a, p. 21-30.

subjectief belastingplichtige entiteit¹⁰⁰⁸. Naast deze criteria waaraan getoetst kan worden of een rechtsfiguur als een entiteit dient te worden aangemerkt, is er nog een aantal andere criteria¹⁰⁰⁹ te onderscheiden, zoals: wie is aansprakelijk voor verplichtingen die uit het beheer van het vermogen ontstaan en ten laste van wie komen de eventuele vermogensverliezen die daarvan het gevolg zijn; gelden er kapitaals-beschermingsregels ten aanzien van het gehouden vermogen; is sprake van een gescheiden vermogenspositie tussen de entiteit en de personen die tot dit vermogen gerechtigd zijn, is de gerechtigdheid van de begunstigde slechts aan te merken als een vorm van lidmaatschap en niet een rechtstreekse gerechtigdheid tot (een gedeelte van) het doelvermogen en de opbrengsten daarvan?

Wezenlijk criterium

Echter, het naar mijn mening meest wezenlijke criterium waaraan getoetst moet worden of een afgescheiden *trust*vermogen wel of niet als een als zelfstandig belastingplichtige entiteit te kwalificeren rechtsfiguur moet worden aangemerkt, is het al dan niet rechtstreeks toevallen van de resultaten van een afgescheiden *trust*vermogen aan personen welke bij het afgescheiden vermogen zijn betrokken¹⁰¹⁰. Indien moet worden vastgesteld dat de opbrengsten uit een *trust*vermogen rechtstreeks aan de tot het *trust*vermogen (economisch) deelgerechtigden personen toevallen, dan rechtvaardigt de draagkrachtgedachte¹⁰¹¹ – dat wil zeggen: een evenwichtige verdeling van lasten naar draagkracht, zoals die ten grondslag ligt aan de Wet inkomstenbelasting 2001 – om de opbrengsten van het *trust*vermogen rechtstreeks bij hen in de heffing van inkomstenbelasting te betrekken. Indien moet worden

¹⁰⁰⁸ Zie voor een uitgebreide behandeling van deze kenmerken van Kempen, 1999a, p. 43-138. Zie inzake classificatiemethode ook A.J.A. Stevens, “*Fiscale aspecten van de Commanditaire Venootschap*”, academisch proefschrift, 2002, Kluwer-Deventer, p. 187-188.

¹⁰⁰⁹ Zie Boer/de Vries, 2005, p. 957.

¹⁰¹⁰ Zie ook: van Kempen, 1999a, p. 43. Zie ook A.J.A. Stevens, “*De mythe van het uitdelingsbesluit*”, opstel opgenomen in de Juchbundel “*Over de grenzen van de venootschapsbelasting*”, 2002, Kluwer-Deventer, p. 314-318.

¹⁰¹¹ Uit de parlementaire geschiedenis valt af te leiden dat de wetgever bij draagkracht van personen doelt op de formeel, juridische en niet op de materiële betekenis daarvan. Dit betekent dat draagkracht niet moet worden opgevat in de betekenis dat individuen een zelfstandige bevoegdheid moeten hebben om afzonderlijk hun aandeel in de opbrengsten van het vermogen van een entiteit daaruit te kunnen onttrekken. Het ligt meer voor de hand te veronderstellen dat de wetgever bij draagkracht van personen heeft gedacht aan een direct opvorderbaar recht op uitkering van (een deel van) de opbrengsten van het vermogen van de entiteit. In gelijke zin van Kempen, 1999a, p. 46-48.

vastgesteld dat de opbrengsten van het *trust*vermogen niet rechtstreeks toevallen, omdat bv. natuurlijke personen niet rechtsreeks tot de opbrengsten gerechtigd zijn en zij derhalve om reden van hetzelfde draagkrachtbeginsel voor de heffing van inkomstenbelasting niet belastingplichtig zijn, dan dient in de systematiek van de wet het afgescheiden *trust*vermogen als een (mogelijk voor de heffing van vennootschapsbelasting belastingplichtig) belastingsubject te worden aangemerkt. Met andere woorden: zodra vaststaat dat personen een rechtstreeks verkregen dadelijk opvorderbaar recht op de opbrengsten van een *trust*vermogen hebben, dan worden door hen de opbrengsten van dit *trust*vermogen rechtstreeks genoten. Indien daarentegen vaststaat dat er geen personen zijn die een dadelijk opvorderbaar recht op het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan hebben verkregen dan dient de *trust* fiscaalrechtelijk als een doelvermogen te kwalificeren entiteit te worden aangemerkt hetgeen tot vennootschapsbelastingplicht zou moeten leiden. Er zijn immers (nog) geen economisch deelgerechtigden tot het *trust*vermogen en/of haar opbrengsten, terwijl een in rechte afdwingbare gerechtigdheid pas ontstaat zodra de *trustee* daartoe een besluit heeft genomen.

Betekenis vorenstaande

Vorenstaande betekent echter niet dat de scheidslijn tussen het al dan niet bestaan van een als belastingsubject aan te merken afgescheiden *trust*vermogen wordt bepaald door rechtspersoonlijkheid dan wel een uitdelingsbesluit als criterium. Ook het feit dat de *trustee* de *legal interest* van het *trust*vermogen houdt, is voor het al dan niet kwalificeren van het *trust*vermogen als entiteit niet van belang¹⁰¹². Relevant is of sprake is van een rechtstreeks juridisch belang bij en een rechtstreeks economische deelgerechtigdheid van *beneficiaries* in het *trust*vermogen en haar opbrengsten, zulks vanwege door hen van de *settlor* verkregen afdwingbare vermogensrechten, zodat het *trust*vermogen voor rekening en risico van de *beneficiaries*¹⁰¹³ in *trust*verband door de *trustee* wordt gehouden. Zodra vaststaat dat een afgescheiden vermogen een van de bij het vermogen betrokken personen zodanig afgezonderd, eigen bestaan leidt dat privaatrechtelijk sprake is van een rechtsdrager, dan kent zulk een afgescheiden vermogen een eigen juridische en economisch zelfstandigheid, waarbij de materiele werkelijkheid bepalend is en niet de rechtsvorm of het bezit van rechtspersoonlijkheid. Het gevolg is dat het alsdan als entiteit te kwalificeren

¹⁰¹² Zie Stevens, 2002, p. 38-41.

¹⁰¹³ Ik hecht eraan te benadrukken dat “voor rekening en risico van *beneficiaries*” hier wordt gebruikt in de betekenis dat vermogenstoename/vermogensafname alsook positieve en negatieve inkomsten uit dit vermogen rechtstreeks het vermogen van de *beneficiaries* raken.

afgescheiden vermogen civielrechtelijk en maatschappelijk-economisch niet langer zonder meer toerekenbaar is aan een ander subject van heffing dan de entiteit zelf¹⁰¹⁴. Echter, het vaststellen van zulk een afgezonderd, eigen bestaan van een afgescheiden vermogen is bepaald niet eenvoudig, omdat in de wetsgeschiedenis duidelijke aanwijzingen c.q. aanknopingspunten ontbreken. In dit verband stellen Boer en de Vries¹⁰¹⁵ voor dat de belastingadministratie binnen een door de wetgever opgesteld delegatiekader, ter verbetering van de rechtszekerheid – voor andere *trust*vormen dan de *discretionary trust* – een lijst met *trust*varianten opstelt met een kwalificatie op voorhand, welke kwalificatie dan tevens als uitgangspunt kan dienen voor de vaststelling van de IB-positie van de bij de *trust* betrokken personen. Mijn bezwaar tegen een dergelijke lijst is dat deze in de praktijk al te eenzijdig en al te dogmatisch zal blijken te zijn en daarmee de schijn van rechtszekerheid scheidt alsook verstarring tot gevolg heeft, terwijl het naar mijn mening niet goed mogelijk zal zijn de veelheid aan *trust*varianten voldoende onderscheidend vast te leggen. Naar mijn mening is het meer zinvol om telkens slechts aan één criterium te toetsen, te weten: hebben *beneficiaries* bij de totstandkoming van een *trust* wel of niet rechtstreeks zodanige vermogensrechten met betrekking tot het *trust*vermogen van de *settlor* verkregen dat daaruit kan worden afgeleid dat het *trust*vermogen en de opbrengsten daaruit rechtstreeks aan hen toevallen, waarmee dan tevens de kwalificatie van het door hen genoten inkomen vaststaat. Anders gezegd, hebben *beneficiaries* rechtstreeks zodanige rechten op het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan verkregen dat zij daarmee het juridisch en het economisch belang bij het *trust*vermogen houden, waarbij ik de begrippen juridisch en economisch belang definieer als hiervoor omschreven in “*Verantwoording, probleemstelling en plan van aanpak*”, paragraaf 5. Als zulks wordt vastgesteld, is er naar mijn mening geen reden om een *fixed trust* voor de heffing van inkomstenbelasting als een non-transparant doelvermogen aan te merken. Er zijn immers deelgerechtigden rechtstreeks gerechtigd tot het *trust*vermogen en de opbrengsten hiervan.

Een bevestiging van dit standpunt kan echter niet eenduidig uit – voor de heffing van vermogensbelasting gewezen – oudere jurisprudentie worden afgeleid. In dit verband is van belang dat bij *trust*zaken de complexen van rechten en verplichtingen vrijwel altijd uiteen lopen. Dientengevolge kunnen de in de rechtspraak gehanteerde kwalificaties en de daaraan gekoppelde waarderingen nooit geabstraheerd van de in de *trust*akte vervatte bepalingen worden beschouwd.¹⁰¹⁶

¹⁰¹⁴ Aldus ook Boer/de Vries, “*Anglo-Amerikaanse trusts en subjectieve vennootschapsbelastingplicht*”, *WFR*, 2005/ 6631, d.d. 7 juli 2005, p. 956.

¹⁰¹⁵ Zie Boer/de Vries, 2005, p. 959.

¹⁰¹⁶ Aldus Sonneveldt/Visser, 1992, p. 75–76. De oudere jurisprudentie betreft: RvB Amsterdam

Afwijkende visie

Er is echter een aantal auteurs die van mening zijn dat een *fixed trust* wél als een als doelvermogen aan te merken zelfstandige entiteit moet worden aangemerkt.

25 juni 1924, *PW* 12 003, waarin het een naar Engels recht opgerichte *fixed trust* betrof waarvan de opbrengst van het vermogen aan belanghebbende's echtgenote en bij opvolging aan belanghebbende resp. hun kinderen toekwam. De RvB stelde dit recht gelijk aan vruchtgebruik van het *trust*vermogen; HR 5 november 1941, B 7385, *PW* 14 629, dat een naar Engels recht opgerichte *fixed trust* betrof. In dit arrest onderschreef de Hoge Raad het oordeel van de RvB, die de rechten van de *beneficiary* vergeleek met eigendom, bezwaard met een fidei-commis en had beslist dat die rechten moesten worden gewaardeerd als volle eigendom; HR 10 juni 1953, *BNB* 1953/204 met noot van *Hellema*, *PW* 15 966, welk arrest dezelfde *trust* betrof als die van B 7385, waarbij de RvB echter had beslist, dat de *beneficiary* naar de heersende mening in Engeland slechts persoonlijke en geen zakelijke rechten jegens de *trustee* had, zodat die rechten niet als volle eigendom konden worden gewaardeerd, maar moesten worden gerekend tot "alle overige zaken" waarvan de geldswaarde moet worden geschat. In dit arrest overwoog de Hoge Raad ook dat voor de vraag onder welke rubriek de rechten moesten worden gebracht niet beslissend is hoe die rechten naar Engels recht moeten worden gekwalificeerd, maar of de inhoud die deze rechten naar Engels recht hebben, voldoet aan de vereisten waarvan de Nederlandse fiscale wet de toepasselijkheid van haar bepalingen afhankelijk stelt; HR 24 november 1954, *NJ* 1956, 325, *BNB* 1955/7 met noot van *Hellema*. Dit arrest betrof dezelfde *trust* als die van HR 10 juni 1953, nr. 11 284, *BNB* 1953/204, maar over een volgend belastingjaar. Omdat de rechten van de *beneficiary* zich beperkten tot de vruchten van het *trust*vermogen en met name niet enig beschikkingsrecht over het vermogen zelf noch het recht om over het vermogen bij uiterste wil te beschikken inhielden, vertoonden de rechten onvoldoende overeenkomst met de volle of met een fidei-commis bezwaarde eigendom en evenmin met een vruchtgebruik, zodat de rechten werden aangemerkt als "overige zaken" waarvan de geldswaarde moest worden geschat; RvB Amsterdam 4 januari 1957, *V-N* 1958, p. 351 Deze voor de heffing van vennootschapsbelasting gedane uitspraak, betrof een *trust* waarbij in leven zijnde personen als *beneficiaries* waren aangewezen. De RvB oordeelde, dat de opbrengst van het *trust*vermogen bij deze *beneficiaries* aan inkomstenbelasting was onderworpen en daarom niet als inkomsten van een in het buitenland gevestigd doelvermogen aan vennootschapsbelasting was onderworpen (de redactie van *V-N* is van mening dat de uitspraak anders had kunnen luiden indien de *beneficiaries* niet rechtstreeks het genot hadden gehad van de opbrengst, doch slechts recht hadden op een periodieke uitkering daaruit). Deze selectie van arresten en uitspraken waaruit deels blijkt dat een *fixed trust* in de jurisprudentie niet als non-transparant werd beoordeeld, is ontleend aan een overzicht opgenomen in de door de Advocaat Generaal *Moltmaker* geschreven conclusie bij het arrest HR 18 november 1998, nr. 31 756, *BNB* 1999/35c, onderdeel "Algemeen gedeelte conclusies in de zaken nrs. 31 756 tot en met 31 759 betreffende de toepassing van de Successiewet 1956 op de Anglo-Amerikaanse trust", onder: 3.2.2. Inkomstenbelasting, 3.2.3. Vermogensbelasting en 3.2.4. Vennootschapsbelasting. Zie hiervoor Hoofdstuk 2.1.2.1.5 "Conclusies van de Advocaat Generaal Moltmaker".

Verstraaten

*Verstraaten*¹⁰¹⁷ is reeds in 1999 van mening dat – overeenkomstig de visie van de Hoge Raad met betrekking tot de *irrevocable discretionary trust* – ook de als doelvermogen aan te merken *irrevocable fixed trust* als begiftigde moet worden aangemerkt, zij het dat sprake is van een schenking aan het doelvermogen onder de last uitkeringen te doen aan de daartoe aangewezen *beneficiaries*. In deze benadering wordt de afzondering en afscheiding van vermogen vanwege de vermogensoverdracht door de *settlor* aan de *trustee* eveneens gezien als het tot stand brengen van een doelvermogen, zij het dat de omvang van de verkrijging door het doelvermogen door de inhoud van het derdenbeding wordt bepaald. Het verschil tussen een *irrevocable discretionary trust* en een *irrevocable fixed trust* is in deze benadering gelegen in het feit dat in geval van een *irrevocable discretionary trust* sprake is van een doelvermogen waaraan geen last tot het doen van uitkeringen aan daartoe aangewezen personen is verbonden (derdenbeding), terwijl bij een *irrevocable fixed trust* aan het doelvermogen wél zulke lasten zouden zijn verbonden. Het gevolg van deze benadering zou zijn dat ook een *fixed trust* fiscaal als een als afgezonderd particulier vermogen aan te merken entiteit dient te worden gekwalificeerd, met tot gevolg een toerekening van het *trust*vermogen en de opbrengsten daaruit aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen ingevolge art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 en het ontbreken van een schenking ingevolge art. 17a Successiewet 1956.

Mijn bezwaar tegen deze benadering is, dat wordt verondersteld dat sprake is van een schenking aan een doelvermogen onder de last uitkeringen te doen aan de daartoe aangewezen *beneficiaries*. Echter de *beneficiaries* in een *fixed trust* zijn geen lastbevoordeelden. Zij verkrijgen van de *settlor* rechtstreeks vorderingsrechten ten aanzien van (de opbrengst uit) het *trust*vermogen welke afdwingbaar zijn, hetgeen niet voor lastbevoordeelden geldt. Deze verkrijgen geen vorderingsrecht. Voorts geldt als bezwaar dat in deze benadering een derdenbeding wordt verondersteld hetgeen het bestaan van een overeenkomst vereist. Een *fixed trust* komt echter niet vanwege een overeenkomst tot stand, maar vanwege een eenzijdige rechtshandeling. Een *fixed trust* zou overigens – conform de visie van de Hoge Raad inzake de *discretionary trust* – naar mijn mening wél als een als doelvermogen te kwalificeren afgezonderd particulier vermogen moeten worden aangemerkt indien:

¹⁰¹⁷ Zie Verstraaten, 1999, p. 458–462. Zie ook Kousen, 2003, p. 226. Ook hij is van mening dat het consequenter is om aansluiting te zoeken bij de door de Hoge Raad in de “novemberarresten” gevolgde weg om ook de *fixed trust* als zelfstandige verkrijger aan te merken. Waarom hij deze mening heeft, wordt echter door hem niet duidelijk gemaakt.

1) het door de *settlor* afgescheiden *trust*vermogen meer omvat dan hetgeen individueel aangewezen *beneficiaries* gezamenlijk aan vermogensrechten verkrijgen, en

2) voor het meerdere door de *settlor* slechts een groep van (niet-geïndividualiseerde) *beneficiaries* is benoemd,

maar dan is er voor dat deel ook geen sprake meer van een *fixed trust*.

de Vries

Ook *de Vries*¹⁰¹⁸ is in 2001 van mening dat de *trust* (zonder daarbij overigens een onderscheid tussen *fixed* en *discretionary* te maken) in beginsel geen rechtspersoon is, maar een doelvermogen dat in het economische verkeer als zelfstandige entiteit optreedt. In de benadering van de *trust* als zelfstandige entiteit, kan men naar de mening van *de Vries* stellen dat de economische eigendom van het *trust*vermogen bij de *trust* berust zolang dit niet is uitgekeerd. Ten aanzien van de *fixed trust* vraagt hij zich vervolgens af of de *beneficiaries* wel als rechtstreekse verkrijgers dienen te worden aangemerkt. Het zou immers denkbaar zijn de *fixed trust* als verkrijger aan te merken, waarbij de waarde van de verplichtingen jegens de *beneficiaries* in mindering kunnen worden gebracht op de waarde van zijn verkrijging, in welke benadering men de *beneficiaries* als lastbevoordeelden kan beschouwen. Het reeds eerder door mij geuite bezwaar tegen deze redenering is dat *beneficiaries* gerechtigd tot een *fixed trust* rechtens afdwingbare vermogensrechtelijke aanspraken hebben, hetgeen voor lastbevoordeelden niet geldt. Vervolgens gaat hij in op de vraag of een *trust* voor de heffing van inkomstenbelasting als een zelfstandige entiteit dient te worden benaderd, nu de Wet op de inkomstenbelasting 1964 en de Wet inkomstenbelasting 2001 het begrip *trust* en evenmin het begrip doelvermogen kennen. Gezien de ruime bewoordingen in de “novemberarresten” uit 1998 meent hij dat het antwoord voor de *discretionary trust* bevestigend luidt.

Na er nog op te hebben gewezen dat:

a) art. 29 a, lid 2 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 een verwijzing naar buitenlandse doelvermogens bevatte en dat dit artikel de mogelijkheid bood om buitenlandse doelvermogens te behandelen als een vennootschap, mits de *beneficiary* een vermogensrechtelijke aanspraak jegens de *trust* bezit,

¹⁰¹⁸ Zie de Vries, 2001.

b) uit het arrest HR 17 november 1971, nr. 16 614, *BNB* 1972/13 kan worden afgeleid dat een *fixed trust* in beginsel als zelfstandig doelvermogen wordt erkend omdat i.c. de uitkeringen expliciet niet geacht werden afkomstig te zijn van de *settlers*,

c) het gebruik van het begrip “lichaam” in de Wet op de inkomstenbelasting 1964 en de Wet inkomstenbelasting 2001 blijktens art. 2, lid 1 Algemene wet inzake rijksbelastingen 1959 mede het begrip doelvermogens omvat, en dus ook *trusts*,

komt hij tot de stelling dat ten aanzien van *beneficiaries* fiscale transparantie niet mogelijk lijkt te zijn¹⁰¹⁹, althans dat de stelling dat de *trust* dit wel zou zijn in de jurisprudentie steeds is verworpen, daarbij verwijzend naar o.a. Hof 's-Gravenhage 5 oktober 1962, *BNB* 1963/118; Hof 's-Hertogenbosch 24 april 1964, *BNB* 1964/265 en HR 17 november 1971, *BNB* 1972/13.

Mijn bezwaar tegen deze verwijzingen is dat *BNB* 1963/118 en *BNB* 1964/265 *discretionary trusts* betreffen en niet een *fixed trust*, terwijl uit *BNB* 1972/13 naar mijn mening niet per definitie moet worden afgeleid dat een *fixed trust* als non-transparant moet worden aangemerkt omdat de uitkeringen expliciet niet werden geacht van de *settlers* afkomstig te zijn. De Hoge Raad oordeelde namelijk in dit arrest dat sprake was van aan inkomstenbelasting onderworpen periodieke uitkeringen, waarvan de *trustee* de schuldenaar was en derhalve niet de *trust* als zodanig. In zijn noot onder dit arrest is *Den Boer* van mening dat nu het Hof, zonder tegenspraak van de Hoge Raad, besliste dat de *trustee* de schuldenaar van de uitkeringen is, men zich haast niet verder van de gedachte kan verwijderen dat de *beneficiary* nog tot op zekere hoogte eigenaar is van het *trust*vermogen, welk vermogen *in casu* volgens *Den Boer* dan ook de karaktertrekken van een doelvermogen in de zin van art. 2 lid 1 Algemene wet inzake rijksbelastingen 1959 zou krijgen. Waarom dit het geval zou zijn wordt door hem niet verklaard. Het feit dat de *trustee* geacht wordt de schuldenaar van de uitkeringen te zijn, acht ik als mogelijke verklaring voor de non-transparantie van de *trust* onvoldoende. De *trustee* is immers naar het geldende *trust*recht de *legal owner* en daarmee ook de juridische verstrekker van de uitkeringen. Uit de aan het arrest ten grondslag liggende feiten blijkt overigens dat het *trust*vermogen als zodanig, alsook de niet aan de *beneficiaries* uitgekeerde opbrengsten daaruit, in

¹⁰¹⁹ Van der Molen is daarentegen van mening dat de ten aanzien van de *beneficiaries* toe te passen transparantie het meest in overeenstemming lijkt met het karakter van de *trust*: de vermogensbestanddelen van de *trust* worden immers in de eerste plaats gehouden ten behoeve van de *beneficiaries*, zo betoogt hij. Zie: H.H.T. van der Molen, “Nederlandse fiscale aspecten van een *inter-vivos trust*, gevestigd in het buitenland”, *WFR*, 1990/5935, p. 1532.

trust worden gehouden voor de erfgenamen van de *settlor* en mochten die er niet meer zijn, voor blinden- en doofstommeninstituten in Nederland. Hetgeen naar mij mening betekent dat er gedurende het bestaan van het *trust*verband – naast de gerechtigden tot de periodieke uitkeringen – anderen zijn welke van de *settlor* bij de totstandkoming van de *trust* een rechtstreeks juridisch en economisch belang bij het *trust*vermogen hebben verkregen. Ik acht het om die reden reeds onjuist om uit dit arrest af te leiden dat ook een *fixed trust* als een als non-transparante entiteit, zijnde een doelvermogen, moet worden gekwalificeerd.

Meer recente jurisprudentie

Ook naar aanleiding van meer recente, hierna te bespreken jurisprudentie¹⁰²⁰; HR 14 juli 2006, nr. 39 201, *BNB* 2007/18*; HR 14 juli 2006, nr. 39262, *BNB* 2007/19* en HR 26 oktober 2007, nr. 42 537, *BNB* 08/122c (indirect) is de vraag betreffende het al dan niet transparant zijn van de *irrevocable fixed trust* wederom aan de orde gekomen¹⁰²¹.

In de naar aanleiding van deze jurisprudentie verschenen literatuur welke hierna wordt besproken, wordt het standpunt ingenomen dat uit deze arresten inderdaad zou zijn af te leiden dat de Hoge Raad van mening zou zijn dat een *irrevocable fixed trust* eveneens als een entiteit zou moeten worden aangemerkt. Omdat ik deze visie niet deel en omdat het antwoord op de vraag of ook een *irrevocable fixed trust* als een zelfstandige fiscale entiteit dient te worden aangemerkt, bepalend is voor de vraag

- 1) wanneer en terzake waarvan *beneficiaries* in een *irrevocable fixed trust* in de inkomstenbelasting moeten worden belast en
- 2) of toerekening van het *trust*vermogen en de opbrengsten daaruit aan de *settlor*, diens *partner* en erfgenamen ingevolge het bepaalde in art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 na 1 januari 2010 dient plaats te vinden,

schenk ik hierna eerst aandacht aan deze jurisprudentie¹⁰²².

¹⁰²⁰ Zie voor een korte bespreking van de uitspraak Raad van Beroep Amsterdam 4 januari 1957, *V-N* 1958, p. 255-256. Zie voor overige jurisprudentie: Hof Arnhem 8 juli 2005, nr. 03/02416, *V-N* 2005/49.1.1; Hof 's-Gravenhage 12 december 2002, *FED* 2003/172 en *FED* 2003/308.

¹⁰²¹ Eerder kwam het transparantievraagstuk aan de orde in HR 30 oktober 1985, nr. 22 175, *BNB* 1986/16 (het betrof een *discretionary trust*) en HR 17 november 1971, nr. 16 614, *BNB* 1972/13.

¹⁰²² Omwille van de beperking van de omvang van de dissertatie ga ik niet inhoudelijk in op Hoge Raad 14 juli 2006, nr. 39 262, *BNB* 2007/18 en *BNB* 2007/19 omdat hierin

Vervolgens zal ik mijn commentaar geven op de uitspraken en arresten alsook op de in de literatuur ingenomen standpunten en gevolgtrekkingen.

3.2.2 Jurisprudentie

3.2.2.1 Hoge Raad 26 oktober 2007, nr. 42 537, BNB 2008/122c*

Oordeel Hof

Voor het Hof¹⁰²³ was in geschil de vraag of de inkomsten uit het onder *fixed trust* verband gebracht vermogen moeten worden gerekend tot de inkomsten uit sparen en beleggen (box 3), zoals belanghebbende bepleitte, of tot de inkomsten uit werk en woning (box 1), zoals de inspecteur verdedigde¹⁰²⁴. Het Hof leidt uit de omstandigheid dat belanghebbende jegens de *trust* voor wat betreft de uitkeringen dezelfde rechten heeft als die van de insteller af, dat de insteller van de *fixed trust* zijn weduwe ook inderdaad diezelfde rechten heeft willen geven, dit is het recht op de inkomsten uit het *trust*vermogen: “*the entire net income of the qualified trust*”¹⁰²⁵.

Vervolgens overweegt het Hof dat deze inkomsten die de belanghebbende van de *trust* ontvangt naar aard en karakter zozeer gelijkend zijn op soortgelijke inkomsten die zonder “tussenschuiving” van een *trust* worden ontvangen, dat belanghebbende moet worden beschouwd – naar Nederlandse begrippen – als rechtstreeks belanghebbende op inkomsten uit vermogen, waarbij het niet van belang is dat de desbetreffende inkomsten niet onmiddellijk na ontvangst door de *trust* worden doorbetaald, doch periodiek¹⁰²⁶. Waarna het Hof belanghebbendes beroep gegrond verklaart¹⁰²⁷ en de uitspraak van de inspecteur vernietigt.

Standpunt staatssecretaris

In zijn beroepschrift in cassatie draagt de staatssecretaris als cassatiemiddel voor: schending van het Nederlandse recht, met name van art. 3.101, lid 1, letter c van de Wet inkomstenbelasting 2001 en/of art. 8:77 van de Algemene

dezelfde problematiek aan de orde was als in Hoge Raad 26 oktober 2007, nr. 42 537, BNB 2008/122c*, terwijl de Hoge Raad tot hetzelfde oordeel kwam.

¹⁰²³ Hof Arnhem, 8 juli 2005, nr. 03/2416, *VZN* 2005/49.1.1.

¹⁰²⁴ Zie voor de omschrijving van de casus: “*1. feiten en procesverloop*” zoals opgenomen in de conclusie van Advocaat-Generaal *Overgaauw* bij het arrest van de Hoge Raad 26 oktober 2007, nr. 42 537, BNB 2008/122c*.

¹⁰²⁵ Zie r.o. 4.5.

¹⁰²⁶ Zie r.o. 4.6.

¹⁰²⁷ Zie r.o. 4.7.

wet bestuursrecht, doordat het Hof heeft beslist dat geen sprake is van periodieke uitkeringen uit de *trust*, maar van inkomsten uit vermogen waarop de belanghebbende rechtstreeks recht heeft, zulks ten onrechte dan wel op gronden die de beslissing niet kunnen dragen omdat:

- 1) de door belanghebbende genoten uitkeringen voldoen aan de omschrijving van art. 3.101, lid 1, letter c van de Wet inkomstenbelasting 2001,
- 2) belanghebbende niet rechtstreeks rechthebbende is op de door de *trust* genoten inkomsten omdat de inkomsten juridisch toekomen aan de *trust* en de *trustees* voor uitkering telkenmale een besluit moeten nemen,
- 3) de rechten van belanghebbende tot de *trust* wezenlijk anders zijn dan de rechten van A tijdens zijn leven ten opzichte van de *trust*,
- 4) *trustees* en *beneficiary* verschillende rechtssubjecten zijn, zodat geen sprake kan zijn van transparantie van de *trust* en dat uitgegaan moet worden van de civielrechtelijke werkelijkheid.

Conclusie Advocaat-Generaal Overgaauw

De Advocaat Generaal stelt vast dat belanghebbende nooit eigenaar is geweest (of zal worden) van het vermogen. Zij heeft enkel recht op de inkomsten uit dat vermogen gedurende haar leven¹⁰²⁸. Voorts stelt hij vast dat de hoedanigheid van de *trustee* - naar Nederlandse begrippen - overeenkomt met die van een juridisch eigenaar zonder economisch eigendom. Een financieel belang bij het *trust*vermogen heeft de *trustee* derhalve niet, hetgeen ertoe leidt dat de *trustee* ook niet kan worden aangemerkt als de genietster van de inkomsten uit het *trust*vermogen. Daarbij verwijst de Advocaat-Generaal naar het HR 24 november 1954, nr. 11 895, *BNB* 1955/7 met noot van *Hellema*.

Omdat ook de *settlor*, behoudens de situatie van transparantie, niet de genietster van de inkomsten uit het *trust*vermogen is, blijven over de *trust* (het doelvermogen) of de *beneficiary*. Voor de vraag of de *trust* de inkomsten zelf geniet, of dat de *beneficiary* geacht moet worden de inkomsten uit het *trust*vermogen te genieten zijn de feitelijke omstandigheden doorslaggevend en niet de civielrechtelijke situatie. In het geval van de onderhavige *life interest trust* is de *trust(ee)* verplicht de (netto)opbrengst van het vermogen uit te keren aan de *beneficiary*.

Dan volgt als conclusie:

¹⁰²⁸ Zie r.o. 2.6-2.9.

“De *trust* geniet de inkomsten dan niet; het doelvermogen wordt niet gebaat. De *trust* is slechts doorgeefluik”¹⁰²⁹.

Op grond van de *trust*akte is de *beneficiary* van een *life interest trust* gerechtigd tot de inkomsten uit het *trust*vermogen, zijn positie is wat betreft de fiscaal relevante kenmerken vergelijkbaar met die van een vruchtgebruiker¹⁰³⁰. Onder de Wet op de inkomstenbelasting 1964 zouden in het geval van een *life interest trust* de inkomsten uit het *trust*vermogen dan ook bij de *beneficiary* zijn belast. De kwalificatie van de inkomsten voor de *beneficiary* als inkomsten uit vermogen, heeft tot gevolg dat deze inkomsten naar hun aard niet kwalificeren als een periodieke uitkering. Inkomsten uit een *trust*vermogen maken onderdeel uit van een complex van rechten en verplichtingen die bij voortduring tegenover elkaar staan en daarom voor de toepassing van de wet inkomstenbelasting geen periodieke uitkeringen, maar inkomsten uit vermogen vormen, waarbij de bron het *trust*vermogen is en niet het aan de *beneficiary* toegekende recht.

¹⁰²⁹ *Ergo*: afhankelijk van de feitelijke omstandigheden kan een *trust* in de visie van de Advocaat-Generaal wél de genietter van de inkomsten zijn en kan het doelvermogen wel worden gebaat, waarbij de Advocaat-Generaal naar mijn mening doelt op een *discretionary trust*, hetgeen in de lijn ligt met de “novemberarresten” van de Hoge Raad uit 1999 inzake het schenkingsrecht.

¹⁰³⁰ De stelling dat het recht op de opbrengsten uit een *trust*vermogen het recht van vruchtgebruik zo nabij komt dat dit recht hiermee gelijk moet worden gesteld, een standpunt dat het Hof ’s-Gravenhage in haar uitspraak d.d. 8 maart 1990, nr. 4655/88-M-2, V/N 1990/2164 in navolging van de belanghebbende innam, welk standpunt ook door de staatssecretaris werd ingenomen in zijn beroep in cassatie tegen de uitspraak van het ’s-Hertogenbosch d.d. 7 maart 1990, nr. 3328/1987, werd door de Hoge Raad in zijn arrest HR 18 september 1991, nr. 27 387, BNB 1992/177 niet gevolgd. Hij is met het Hof’s-Hertogenbosch van oordeel, door zich te beroepen op de parlementaire geschiedenis, dat een gelijkstelling van het recht van de *beneficiary* met het recht van vruchtgebruik niet kan plaatsvinden, daar het recht van de *beneficiary* niet valt onder de omschrijving van het recht van vruchtgebruik zoals dat voorkomt in ons Burgerlijk Wetboek. Blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van art. 6 en 9 Wet op de vermogensbelasting 1964 werd aldaar onder de term vruchtgebruik uitsluitend het vruchtgebruik in de zin van het Burgerlijk Wetboek verstaan. Het Hof ’s-Gravenhage was overigens van mening dat de verschillen in de structuur tussen de rechtsfiguur van de *living interest trust* en het recht van vruchtgebruik moeten wijken voor de functionele overeenkomsten *in casu*. Deze functionele overeenkomsten zijn het recht van de *beneficiary* op de vruchten van het *trust*vermogen en de bevoegdheid van de *beneficiary* om de uit de *trust* voortvloeiende rechten te vervreemden of te bezwaren. Het recht van de *beneficiary* stemt niet overeen met het recht van vruchtgebruik voor zover het betreft de bevoegdheden met betrekking tot het *trust*vermogen als zodanig (bezit, bestuursbevoegdheid) deze komen toe aan de *trustees*, hetgeen overigens weer overeenstemt met bewind bij vruchtgebruik, waarbij het in vruchtgebruik gegeven vermogen onder beheer wordt gesteld van een bewindvoerder. Zie: F. Sonneveldt/J.P.L. Visser, “*Trust en vermogensbelasting: laatste ontwikkelingen*”, *WFR*, 1992/5992, p. 73.

Dit betekent dat voor inkomsten uit het *trust*vermogen, de tot dit vermogen behorende vermogensbestanddelen voor de rechtstreeks tot het *trust*vermogen en/of de opbrengsten daaruit gerechtigde deelgerechtigden (*beneficiaries*) even zovele bronnen van inkomen vormen. Als de inkomsten daaruit op grond van de *trust*akte opkomen bij de *beneficiary*, geniet hij deze als zodanig, en niet als periodieke uitkering. Als er geen sprake is van een periodieke uitkering komt de vraag of een periodieke uitkering in box 1 of in box 3 is belast niet aan de orde, zo besluit de Advocaat-Generaal zijn verhandeling in onderdeel 4 over “*De trust in het fiscale recht*”¹⁰³¹. Vervolgens behandelt hij het door de staatssecretaris voorgestelde middel, dat in vier middelonderdelen uiteen valt.

Dienaangaande is de Advocaat-Generaal van mening dat het middel van de staatssecretaris in al zijn onderdelen faalt omdat belanghebbende moet worden geacht rechtstreeks tot het vermogen te zijn gerechtigd, waarna hij tot ongegrondverklaring van het beroep in cassatie concludeert.

Uitspraak Hoge Raad

In zijn arrest oordeelt de Hoge Raad dat het betoog van de staatssecretaris dat de door belanghebbende genoten uitkeringen voldoen aan de omschrijving van artikel 3.101, lid 1, letter c van de Wet inkomstenbelasting 2001, waarin als belastbare inkomsten zijn aangewezen – voor zover hier van belang – periodieke uitkeringen die in rechte vorderbaar zijn en niet de tegenwaarde van een prestatie vormen, faalt. Daarbij verwijst de Hoge Raad naar zijn arresten van 14 juli 2006, nrs. 39 201 en 39 262, *BNB* 2007/18 en 19, waarin werd beslist dat de vraag of een periodieke uitkering de tegenwaarde van een prestatie vormt, beoordeeld dient te worden vanuit de positie van de schuldenaar van de periodieke uitkering. De gedingstukken laten volgens de Hoge Raad geen andere conclusie toe dan dat het vermogen in de onderwerpelijke *trust* is ingebracht onder de verplichting om aan belanghebbende de in artikel 7 van de *trust*akte bedoelde uitkeringen te verrichten. Dit onderbrengen van het vermogen is aan te merken als een prestatie, waarin het ontstaan van de verplichting tot het doen van de uitkeringen aan belanghebbende zijn grond vindt. Aldus vormen de door de belanghebbende van de *trust* ontvangen inkomsten de tegenwaarde voor een prestatie en is voormelde bepaling reeds daarom op die inkomsten niet van toepassing. Of die inkomsten als periodieke uitkeringen zijn aan te merken, kan hierbij in het midden blijven. Dit betekent dat de onderwerpelijke inkomsten niet zijn te rekenen tot de inkomsten uit woning en werk (box 1), maar tot de inkomsten uit sparen en beleggen (box

¹⁰³¹ Daarbij tevens nog opmerkend dat art. 2.14 Wet inkomstenbelasting 2001 (= rangorderegeling) geen kwalificatievoorschrift inhoudt, maar uitgaande van een gegeven kwalificatie slechts bepaalt onder welke bepaling het voordeel in aanmerking moet worden genomen.

3), zoals belanghebbende heeft verdedigd. Nu het middel niet is gericht tegen de in 's Hof's uitspraak besloten liggende beslissing omtrent de gevolgen van indeling in box 3, behoeft het voor het overige geen behandeling, waarna de Hoge Raad het beroep van de staatssecretaris ongegrond verklaart.

3.2.3 Commentaar

3.2.3.1 Commentaar op jurisprudentie

3.2.3.1.1 Hoge Raad 26 oktober 2007, nr. 42 537, BNB 2008-122c*

Het is uit een oogpunt van rechtsvorming onbevredigend te moeten vaststellen dat de Hoge Raad ook¹⁰³² in zijn arrest van 26 oktober 2007, nr. 42 537, BNB 2008/122c* geen expliciet oordeel uitspreekt over de vraag of de rechtsfiguur van de *fixed trust* al dan niet transparant is. Hij volstaat namelijk met het vaststellen dat het betoog van de staatssecretaris dat sprake is van periodieke uitkeringen die in rechte vorderbaar zijn en niet de tegenwaarde van een prestatie vormen, faalt, omdat het onderbrengen van het vermogen in de *trust* wél een prestatie vormt, waarin het ontstaan van de verplichting tot het doen van de uitkeringen zijn grond vindt. Wie tot de prestatie is verplicht, blijft echter ongewis.

Indien we deze *casus* vergelijken met die van de arresten van de Hoge Raad 14 juli 2006, nrs. 39 201 en 39 262, BNB 2007/18 en 19 met noot van *Freudenthal*, dan valt allereerst op dat in deze *casus* het Hof Arnhem van oordeel is dat de inkomsten die de belanghebbende van de *trust* ontvangt naar aard en karakter zozeer lijken op soortgelijke inkomsten die zonder de tussenschuiving van een *trust*¹⁰³³ worden ontvangen, dat belanghebbende moet worden beschouwd – naar Nederlandse begrippen – als rechtstreeks rechthebbende op de inkomsten, zodat de inkomsten uit het *trust*vermogen moeten worden gerekend tot de inkomsten uit sparen en beleggen en niet tot periodieke uitkeringen die behoren tot de belastbare inkomsten uit werk en woning. In de uitspraken van het Hof 's-Gravenhage werd daarentegen het eensluidende standpunt van partijen dat sprake was van in rechte vorderbare periodieke uitkeringen geëerbiedigd, omdat dit standpunt – mede in het licht van de vaststaande feiten – geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting.

¹⁰³² Ook in zijn uitspraken in de arresten Hoge Raad 14 juli 2006, nr 39 201, BNB 2007/18 en nr 39 262, BNB 2007/19 spreekt de Hoge Raad zich niet expliciet uit over de essentiële vraag of het tot stand brengen van een *fixed trust* de vorming van een non-transparante entiteit tot gevolg heeft.

¹⁰³³ De woorden “tussenschuiving van een *trust*” doen vermoeden dat het Hof – onder andere omstandigheden – de *trust* als een zelfstandige entiteit zou kunnen aanmerken.

De wezenlijke vraag blijft – ondanks deze jurisprudentie – of een *trust* die wordt gekenmerkt door het feit dat:

- 1) de *settlor* bepaalde/bepaalbare, als *beneficial interests* aan te duiden rechten met betrekking tot een *trust*vermogen rechtstreeks heeft toegekend aan door hem individueel aangewezen *beneficiaries*,
- 2) waarbij een *trustee* uitsluitend de *legal interest*¹⁰³⁴ van dit *trust*vermogen verkrijgt en door de *beneficiaries* kan worden aangesproken op nakoming van zijn verplichtingen jegens hen,

voor de heffing van de inkomstenbelasting als een zelfstandige fiscale entiteit moet worden aangemerkt.

Indien ik ervan uit mag gaan dat een zelfstandige entiteit alleen dan in beeld komt, indien vaststaat dat door de *settlor* bij het tot stand brengen van de *trust* géén door hem geïndividualiseerde *beneficiaries* zijn aangewezen en door hem geen rechten van *beneficiaries* zijn bepaald en dat de besluitvorming dienaangaande geheel in handen van de *trustee* is gelegd, dan is er – mede gelet op hetgeen de Hoge Raad in zijn “novemberarresten” besliste – geen reden om te veronderstellen dat een (*fixed*) *express private trust*, die wél geïndividualiseerde *beneficiaries* met aan hen individueel rechtstreeks toegekende (bepaalde/bepaalbare) rechten kent en waarvan de *trustee* geen discretionaire bevoegdheden heeft ten aanzien van de vaststelling wie *beneficiaries* zullen zijn en wat de aard en omvang van hun rechten is, eveneens als een zelfstandige juridische entiteit is aan te merken. Van een “zwevend *trust*vermogen” of van “zwevende inkomsten” daaruit, op grond waarvan het ontstaan/bestaan van een zelfstandige juridische entiteit verdedigbaar zou zijn, is immers geen sprake¹⁰³⁵. Sterker nog, de *settlor* heeft

¹⁰³⁴ In dit verband is het goed er nogmaals op te wijzen, dat de *trustee* daarmee naar Anglo-Amerikaans recht geen recht verkrijgt dat gelijk is aan de juridische eigendom zoals dat in ons recht bekend is. De *trustee* heeft namelijk juridische eigendomsbevoegdheden die beperkt zijn, in die zin dat ze uitsluitend mogen worden aangewend in het belang van de *beneficiaries*. In zoverre is van een onbeperkt juridisch eigendomsrecht naar mijn mening dan ook geen sprake.

¹⁰³⁵ Dit is naar mijn mening evenmin het geval een *settlor* een *living trust* tot stand brengt. Dit wil zeggen, dat hij vermogen ondert *trust*verband brengt en daarbij uitsluitend *beneficiaries* aanwijst die slechts tot de opbrengsten uit het *trust*vermogen zijn gerechtigd en waarbij het *trust*vermogen – nadat de *beneficiary* is overleden – aan de erfgenamen van de *settlor* toekomt. In zulk een *trust*situatie zijn naar mijn mening tijdens het bestaan van de *trust* de erfgenamen van de *settlor* de economisch belanghebbenden bij het *trust*vermogen als zodanig, zij het dat zij over het *trust*vermogen pas kunnen beschikken en de opbrengsten uit het *trust*vermogen

zich nimmer tot doel gesteld zulk een zelfstandige entiteit tot stand te brengen, terwijl in het klassiek Anglo-Amerikaanse recht een *trust* evenmin als een entiteit wordt aangemerkt. Dat onder omstandigheden, bv. zoals die zich voordeden in de casus die tot de “novemberarresten” hebben geleid, vanuit Nederlandse fiscale optiek, de *trust* aangemerkt kan worden als een als doelvermogen aan te merken zelfstandige fiscale entiteit, laat zich denken, doch alleen dan als door het instellen van de *trust* met betrekking tot de onder *trust*verband gebrachte goederen geen der bij de *trust* betrokken personen in een positie zijn komen te verkeren dat zij naar Nederlands recht daaraan rechtstreeks zodanige rechten met een vermogenswaarde kunnen ontlelen dat zij daarmee als juridisch alsook als economisch belanghebbenden tot het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan kunnen worden aangemerkt. Echter een *fixed trust* wordt daarentegen juist gekenmerkt door het feit dat de bij de *trust* betrokken personen wél in een positie zijn komen te verkeren dat zij rechtstreeks zodanige rechten met een vermogenswaarde hebben verkregen dat zij als juridisch en economisch belanghebbenden dienen te worden aangemerkt, met als gevolg dat naar mijn mening een *fixed trust* niet als een als fiscaal-juridisch zelfstandige entiteit kan worden aangemerkt.

3.2.3.2 *Commentaar op literatuur*

3.2.3.2.1 *Freudenthal*¹⁰³⁶

In zijn noot onder het arrest *BNB 2007/18* is *Freudenthal* van mening¹⁰³⁷ dat de

pas kunnen genieten zodra de *de beneficiary* is overleden. Van een zwevend vermogen is geen sprake omdat door het instellen van de *trust* de bij de *trust* betrokken personen met betrekking tot de onder *trust*verband gebrachte goederen in een positie zijn komen te verkeren dat zij naar Nederlands recht daaraan enig rechtstreeks recht met een vermogenswaarde kunnen ontlelen, zodat van het ontbreken van een bevoordeelde geen sprake is (zie HR 18 november 1998, nr. 31 756 *BNB 1999/35c**, r.o. 3.7.).

¹⁰³⁶ Zie zijn annotaties onder de arresten HR 14 juli 2006, nrs. 39 210 en 39 262, *BNB 2007/18* en 2007/19 en HR 26 oktober 2007, nr. 42 537, *BNB 2008/112c** en zijn publicatie “(T) rust op het front”, *WPNR*, 2008/6765.

¹⁰³⁷ Een mening die met zoveel woorden ook is terug te vinden in zijn artikel in het *WPNR*, 2008/6765, p. 633-638 en in zijn annotatie het arrest HR 26 oktober 2007, nr. 42 537, *BNB 2008/122c* waarin hij van mening is: “- dat de *trust* de schuldenaar is,- dat niet valt aan te nemen dat de *trust* in casu transparant is, - dat het Hof de transparantieer ten onrechte heeft aangehangen, - dat de overweging van de Hoge Raad (r.o. 3.3.), dat sprake is van inbreng van vermogen in een *trust* als tegenwaarde voor een prestatie meteen ook het lot van de *trust* als niet-transparante entiteit bezegelt, omdat van een tegenwaarde voor een prestatie immers geen sprake kan zijn als de *trust* transparant is”. Juridisch is deze laatste stelling in het geval van een *fixed express private trust* naar mijn mening niet juist. Een *trust* wordt namelijk tot stand gebracht door een eenzijdige rechtshandeling

non-transparantie van de *trust* hier niet ter discussie kan staan. Hij baseert deze visie op de gedachte dat een periodieke uitkering alleen kan bestaan indien er een afzonderlijke debiteur en crediteur bestaan, waarbij hij er kennelijk van uit gaat dat de *trust* de verstrekker is, met als gevolg dat de *trust* fiscaal niet transparant zou zijn.

Het uitgangspunt dat het voor het bestaan van een periodieke uitkering een primaire bestaansvoorwaarde is dat er twee zelfstandige juridische entiteiten dienen te zijn, is juist. Er moeten nu eenmaal een zekere verstrekker en een zekere verkrijger zijn te onderkennen, wil van een periodieke uitkering sprake zijn. Hetgeen echter in de zoektocht naar de schuldenaar uit het oog wordt verloren, is hetgeen de *settlor* met de totstandkoming van een *fixed trust* wenst te bereiken, namelijk dat de eigendomsrechten van vermogen dat oorspronkelijk hem toebehoorde krachtens *trustrecht* voortaan is verdeeld over de *trustee* enerzijds, welke voortaan de *legal owner* van het *trustvermogen* is zonder economisch belang (*legal rights*), en over door de *settlor* aangewezen *beneficiaries* anderzijds, welke voortaan de *equitable interest* hebben bij de opbrengsten van het *trustvermogen* alsook economisch belang hebben bij het *trustvermogen* als zodanig (*beneficial rights*)¹⁰³⁸. Onder deze omstandigheden is er naar mijn

waarbij de *settlor* 1) aan de *trustee* de *legal interest* van het *trustvermogen* overdraagt, zijnde in de terminologie van de Hoge Raad: de inbreng in de *trust*, en 2) de *trustee* zich verplicht weet aan door de *settlor* bepaalde *beneficiaries*, de door de *settlor* bepaalde uitkeringen uit te betalen, omdat deze *beneficiaries* deze *beneficial interests* met betrekking tot het *trustvermogen* rechtstreeks van de *settlor* krachtens een gift hebben verkregen. Juridisch is er derhalve wel degelijk sprake van de “inbreng van vermogen in een *trust*” (lees: de overdracht door de *settlor* van vermogen aan de *trustee*) “als tegenwaarde voor een prestatie” (lees: het uitkeren van de opbrengsten van het *trustvermogen* door de *trustee* aan de *beneficiaries*). Maar ook economisch benaderd is de stelling dat bij een transparante *trust* geen sprake kan zijn van een tegenwaarde voor een prestatie onjuist. Indien door de *settlor* vermogen onder *trustverband* wordt gebracht onder de verplichting om aan de *beneficiary* die tot de opbrengsten van het *trustvermogen* gerechtigd wordt, de opbrengsten van het *trustvermogen* uit te keren, dan is het brengen van het vermogen onder *trustverband* aan te merken als een prestatie, waarin het ontstaan van de verplichting tot het doen van uitkeringen aan belanghebbende zijn grond vindt. Aldus vormen de door de *beneficiary* uit het *trustvermogen* ontvangen inkomsten ook in economische zin de tegenwaarde van een prestatie. Het bestaan van een als entiteit aan te merken doelvermogen is daarvoor naar mijn mening geen vereiste.

¹⁰³⁸ Overigens, indien een *settlor* een als *living trust* aan te duiden *fixed trust* tot stand brengt en daarbij bepaalt dat een door hem aangewezen *beneficiary* alleen tot de opbrengsten van het *trustvermogen* is gerechtigd en dat bij het overlijden van de *beneficiary* het *trustvermogen* toekomt aan de *remaindermen*, bv. conform HR 26 oktober 2007, nr. 42 537, BNB 2008/122c*, dan geldt naar mijn mening dat de gehele *equitable interests* bij het *trustvermogen* gedurende het bestaan van de *fixed trust* rechtstreeks door de *beneficiary* en de *remaindermen* worden gehouden, zij het dat de *remaindermen* pas tot de opbrengsten van het *trustvermogen* zijn gerechtigd, zodra de *beneficiary* overlijdt. Van een “zwevend vermogen”, dat het bestaan van

mening geen reden, noch noodzaak om te veronderstellen dat de *trust* een als zelfstandige entiteit aan te merken doelvermogen is. Gedurende het bestaan van de *trust* gaan het *trust*vermogen als zodanig en de opbrengsten van het *trust*vermogen uitsluitend de daarvoor door de *settlor* aangewezen *beneficiaries* aan¹⁰³⁹, zodat naar mijn mening niet kan worden gesteld dat een doelvermogen als zelfstandige entiteit een eigen economisch belang heeft op basis waarvan het als verstrekker (schuldenaar) van periodieke uitkeringen zou kunnen worden aangemerkt. Met andere woorden: van een als een zelfstandige entiteit aan te merken doelvermogen, dat tevens geacht moet worden de schuldenaar van periodieke uitkeringen te zijn, kan – in het geval van een *fixed trust* – naar mijn mening geen sprake zijn, omdat zulk een entiteit niet kan bestaan indien:

- 1) de *trustee* de *legal rights* betreffende het *trust*vermogen uitsluitend ten behoeve van de *beneficiaries* houdt en zij daarmee feitelijk de juridisch belanghebbenden zijn, terwijl
- 2) de *beneficiaries* de *beneficial rights* betreffende het *trust*vermogen als zodanig en de opbrengsten daaruit rechtstreeks houden en daarmee de economisch belanghebbenden bij het *trust*vermogen zijn, en
- 3) mochten er op enig moment geen *beneficiaries* meer zijn, terwijl het *trustinstrument* alsdan evenmin in andere *beneficiaries* voorziet, dan wordt het *trust*vermogen ingevolge *trustrecht* als *resulting trust* door de *trustee* ten behoeve van de *settlor* of diens erfgenamen gehouden.

Kortom, er kan naar mijn mening geen sprake zijn van een als zelfstandige entiteit aan te merken doelvermogen dat als verstrekker van periodieke uitkeringen moet worden aangemerkt, omdat er geen sprake is van het ontbreken van rechtstreeks deelgerechtigden tot het *trust*vermogen¹⁰⁴⁰. Noch in juridische zin,

een entiteit zou rechtvaardigen, is ook dan naar mijn mening geen sprake. Er zijn immers gedurende het bestaan van de *fixed trust* rechtstreeks deelgerechtigden tot het *trust*vermogen en haar opbrengsten.

¹⁰³⁹ Dan wel de *settlor* of zijn erfgenamen indien sprake is van een *resulting trust*.

¹⁰⁴⁰ In dit verband breng ik in herinnering dat in het Engelse *trustrecht* een *fixed trust* veelal wordt aangeduid als een *interest in possession settlement*. Een term die tot uitdrukking brengt dat het bezit van het (economisch) belang van het *trust*vermogen wordt gehouden door de door de *settlor* daartoe aangewezen *beneficiaries*, zulks vanwege de aan hen rechtstreeks door de *settlor* bij de totstandkoming van de *trust* toegekende vermogensrechten betreffende het *trust*vermogen, welke rechten al dan niet voorwaardelijk/onder tijdsbepaling zijn. In het begrip *interest in possession settlement* staat de toewijzing van de *equitable property* van het *trust*vermogen door de *settlor* aan de door hem daartoe aangewezen *beneficiaries* centraal. Tevens drukt het uit dat

noch in economische betekenis.

Uiteraard valt niet uit te sluiten dat een *fixed trust* tot stand komt waarbij het aan een of meer *beneficiaries* rechtstreeks toegekende recht als een recht op periodieke uitkeringen kwalificeert. In dat geval is naar mijn mening als schuldenaar de *trustee* (in juridische zin) aan te merken. Deze weet zich namelijk vanwege het *trustrecht* verplicht tot het (doen) uitkeren van de *trustopbrengsten* aan de daartoe gerechtigde *beneficiary*. Hij is krachtens *common law* de *legal owner* van het *trustvermogen* en weet zich krachtens het *trustinstrument* verplicht om de opbrengsten aan de door de *settlor* daartoe aangewezen *beneficiaries* uit te keren. Als houder van de *legal title* is hij de opbrengsten van het *trustvermogen* aan de *beneficiaries* verschuldigd en is daarmee ten aanzien van hen de schuldenaar. Als de *beneficiaries* hun rechtstreeks van de *settlor* verkregen rechten op periodieke uitkeringen moeten afdwingen, dan dienen ze ingevolge het *trustrecht* de *trustee* aan te spreken. Ook in die zin is hij als schuldenaar van de uitkeringen te beschouwen. Aldus benaderd is er naar mijn mening indien sprake is van een *fixed trust* reden noch ruimte een juridische abstractie, welke een doelvermogen is, als de verkrijger van het *trustvermogen* en als verstrekker van uitkeringen aan te merken.

3.2.3.2.2 Boer

Naast *Freudenthal* is ook *Boer* van mening¹⁰⁴¹ dat uit de hiervoor vermelde uitspraken en arresten zou zijn af te leiden dat ook een *fixed trust* in beginsel als een doelvermogen dient te worden aangemerkt, zodat van een fiscale transparantie geen sprake is. Ook hij baseert deze mening op het argument dat een *trust* welke periodieke uitkeringen verricht wel de kenmerken van een doelvermogen moet hebben, omdat er immers voor het bestaan van periodieke uitkeringen een schuldenaar moet zijn.

Daarnaast baseert hij (evenals *Freudenthal*) zijn mening op de gedachte dat van een fiscale transparantie van de *fixed trust* alleen dan sprake kan zijn indien de *beneficiary* over het in de *trust* aanwezige vermogen kan beschikken “als ware het zijn eigen vermogen” (daarbij verwijzend naar HR 30 oktober 1985, *BNB*

van een “zwevend vermogen” geen sprake is. De volledige eigendom bij het *trustvermogen* wordt namelijk door natuurlijke/rechtspersonen (*beneficiaries* en *trustee*) in gezamenlijkheid gehouden. Namelijk de *legal title* tot het *trustvermogen* door de *trustee* en de *beneficial title* door de *beneficiaries*. Hoe zou dan nog ruimte kunnen bestaan voor het bestaan van een entiteit als schuldenaar?

¹⁰⁴¹ Zie J.P. Boer/R.M. Freudenthal, “De behandeling van periodieke uitkeringen uit een trust in de inkomstenbelasting. Beschouwing van het Hof 's-Gravenhage 12 december 2002”, *WFR* 2003/1325 en J.P. Boer, “De inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust: een onderzoek naar fiscale (non) transparantie”, *Tijdschrift voor Fiscaal ondernemingsrecht*, 2010/1.

1986/16, r.o. 4.2), zodat de *beneficiary* over een ver reikende beschikkingsmacht ten aanzien van het in de *trust* aanwezige vermogen zou moeten beschikken. Ik ben van mening dat de stelling dat op grond van HR 30 oktober 1985, BNB 1986/16, van een fiscale transparantie ten aanzien van een *beneficiary* alleen dan sprake zou kunnen zijn indien deze over het in de *trust* aanwezige vermogen kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen, op een onjuiste zienswijze berust. Waar het om gaat is of de *beneficiaries* rechtstreeks zodanig tot het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan gerechtigd zijn dat zij juridisch en economisch belanghebbenden zijn en niet of dat zij de beschikkingsmacht over het *trust*vermogen hebben¹⁰⁴².

De visie van Boer op de “personificatie” van de trust

Aandacht verdient nog de visie welke Boer heeft ontwikkeld ten aanzien van de inpassing van de Anglo-Amerikaanse *trust* in het Nederlandse fiscale stelsel¹⁰⁴³. Zijn onderzoek naar de inpassing van de Anglo-Amerikaanse *trust* in het Nederlandse fiscale stelsel, waarbij de nadruk ligt op de fiscale kwalificatie van de *trust*figuur, spitst zich allereerst toe op het ontwikkelen van een algemeen toetsingskader voor de kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen, aan de hand waarvan wordt onderzocht of de Anglo-Amerikaanse *trust* als een transparante entiteit, dan wel een non-transparante entiteit dient te worden beschouwd. Opmerkelijk hierbij is dat hij blijkbaar de Anglo-Amerikaanse *trust* per definitie als een entiteit meent te moeten aanmerken¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴² Zie in gelijke zin: de Advocaat-Generaal Overgaauw in zijn conclusie onder 5.6. bij het arrest 26 oktober 2007, nr. 42 537, BNB 2008/122c.

¹⁰⁴³ Zie J.P. Boer, “*Inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust: een onderzoek naar fiscale (non) transparantie*”, Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht, maart 2010, nr. 107, Kluwer-Deventer. Zie ook zijn dissertatie: Boer, 2011.

¹⁰⁴⁴ Zie Boer, 2010, p. 2, par. 2.1, waarin hij stelt dat de “personificatie” van de *trust* aanleiding geeft te veronderstellen dat de *trust*figuur binnen het belastingrecht – als autonoom rechtsgebied – in voorkomende gevallen als persoon kan worden beschouwd. Boer staat in die benadering niet alleen. Ook Freudenthal is de mening toegedaan dat in het oorsprongland van de *trust* vrijwel zeker niet van transparantie wordt uitgegaan, maar dat men de *trust* als zelfstandige entiteit erkent, en dat een eventuele belastingheffing veelal ook juist op het niveau van de *trust* zelf plaatsvindt. Zie R.M. Freudenthal, “*Het nieuwe APV-regime: “Zwarte Pieten” met familie en fiscus*”, Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht, 2010/108, p. 41. Mijn bezwaar tegen dit uitgangspunt is dat in de geponeerde vooronderstellingen geen onderscheid wordt gemaakt tussen de *discretionary trust*, ten aanzien waarvan doorgaans bij de *trustee* belasting wordt geheven dan wel bij de *trust* als zodanig, en de *fixed trust* waar *beneficiaries* veelal in de heffing worden betrokken. Zie in dit verband ook: in Deel 1, hoofdstuk 3 “*De Engelse belastingheffing en de trust*” en Deel 5, hoofdstuk 1, § 2.1. “*De belastingheffing van trusts in landen die de trust als rechtsfiguur kennen*”.

Hoewel hij er terecht op wijst dat de gedachte dat een *trust* een entiteit is in de (Engelse) civielrechtelijke literatuur van oudsher stellig is verworpen, is hij van mening dat de “personificatie” van de *trust* aanleiding geeft om te veronderstellen dat de *trust*figuur binnen het belastingrecht – als autonoom rechtsgebied – in voorkomende gevallen als “persoon” kan worden beschouwd. Dit mede vanwege de in de buitenlandse civielrechtelijke literatuur ingenomen minder puriteinse standpunten. Waarom hij zulks van mening is, wordt echter niet duidelijk gemaakt, terwijl evenmin blijkt aan welke voorwaarden de “voorkomende gevallen” dienen te voldoen om van een “personificatie” te kunnen spreken.

Het toetsingskader van Boer

Globaal weergegeven komt zijn toetsingskader voor de kwalificatie van rechtsvormen erop neer dat in de eerste plaats een juridische intermediactie¹⁰⁴⁵ tot een non-transparante entiteit leidt indien als gevolg daarvan de resultaten niet voor rekening en risico van de achterliggende gerechtigden komen.

In de tweede plaats kan in de visie van Boer sprake zijn van non-transparantie van de entiteit ingeval de resultaten ondanks het bestaan van de rechtsfiguur wel voor rekening en risico van de achterliggende gerechtigden komen, maar de intermediactie een “open karakter” heeft. De resultaten komen niet voor rekening en risico van de achterliggende betrokkenen – zo vervolgt *Boer* – indien de juridische tussenkomst tot gevolg heeft dat:

1. zonder een daartoe strekkend “uitdelingsbesluit” geen enkele persoon een gerechtigdheid tot het achterliggende vermogen/inkomen heeft verkregen. Indien de achterliggende betrokkenen een gerechtigdheid hebben verkregen, dient te worden beoordeeld of de resultaten voor hun rekening en risico komen. De resultaten komen niet voor rekening en risico van de achterliggende betrokkenen, indien de intermediactie tot gevolg heeft dat:

2a. niet de achterliggende gerechtigden, maar de rechtstfiguur zelve de civielrechtelijke eigendom van de vermogensbestanddelen bezit, en

2b. de achterliggende gerechtigden vanwege hun betrokkenheid bij de rechtsvorm niet verder aansprakelijk zijn dan tot het bedrag van hun inleg. Deze beide voorwaarden zouden volgens *Boer* het idee van de “klassieke

¹⁰⁴⁵ Met dit begrip doelt *Boer* in navolging van *Haelterman* op “een juridische tussenkomst”. Zie *Boer*, 2010, p. 3, § 2.2.

rechtspersoonlijkheid” weergeven, zodat de rechtsfiguur die tot gevolg heeft dat de eigendom op naam staat van de rechtsvorm, althans niet op naam van de achterliggende gerechtigden én meebrengt dat de aansprakelijkheid wordt beperkt, een non-transparante entiteit is. Mochten de resultaten wel voor rekening en risico van de achterliggende gerechtigden komen, dan is de rechtsfiguur in beginsel fiscaal transparant¹⁰⁴⁶.

Echter, in dat geval is alsnog sprake van non-transparantie, indien:

3. vrije toe- en uittreding ten aanzien van de rechtsfiguur mogelijk is in de zin van art. 2, derde lid, onderdeel c, AWR, waarbij vrije toe- en uittreding naar stellig recht (verwezen wordt naar HR 27 februari 2009, nr. 43 388, *BNB* 2009/120) reeds aan de orde is, indien één van de participanten geen toestemming hoeft te verlenen voor de toe- of uittreding.

Toetsing aan criteria

Vervolgens toetst Boer de rechtsfiguren van de *discretionary trust* en de *fixed trust* aan deze criteria en komt ten aanzien van de *discretionary trust* tot de conclusie dat deze *trust*vorm een fiscaal autonome entiteit is en als “doelvermogen” kan worden aangemerkt. Een conclusie die ik onderschrijf.

Wel acht ik het opmerkelijk dat Boer er *a priori* van uitgaat dat de rechtsfiguur van de *trust*, ongeacht of deze als een *discretionary* danwel als een *fixed trust* kwalificeert, een fiscaal-juridische entiteit vormt, waarna de vraag aan de orde komt of sprake is van transparantie of non-transparantie van de entiteit. Naar mijn mening dient eerst op basis van de bepalingen in het *trust*instrument te worden vastgesteld of de door de *settlor* beoogde rechtsgevolgen van zijn eenzijdige rechtshandeling zodanig zijn dat daardoor inderdaad een fiscaal-juridische zelfstandige entiteit ontstaat. Dan wel dat *beneficiaries* rechtstreeks van de *settlor* zodanige juridisch afdwingbare rechten op het vermogen en/of de inkomsten daaruit hebben verkregen, dat geen sprake kan zijn van een entiteit die het *trust*vermogen als het ware voor zichzelf houdt met daarvan afgeleide rechten voor *beneficiaries*.

Hierbij is naar mijn mening van wezenlijk belang dat de klassieke Anglo-Amerikaanse *fixed trust* naar Engels recht rechtspersoon noch entiteit is, terwijl de *settlor* evenmin de totstandkoming van een dergelijke rechtsvorm beoogt. Wat de *settlor* met de *fixed trust*vorming wenst te bereiken, is de rechtstreekse overdracht van de *equitable interest* en de daarbij behorende *title* van het *trust*vermogen en de inkomsten daaruit, al dan niet onder voorwaarden en/of

¹⁰⁴⁶ Hetgeen naar mijn mening betekent dat van een entiteit geen sprake is.

tijdsbepalingen aan een of meer door hem daartoe aangewezen personen, waarbij deze personen gezamenlijk meer verkrijgen dan hetgeen naar Nederlands civiel recht als economisch belang wordt aangeduid. Dit vanwege de zakenrechtelijke kenmerken welke de *equitable title* heeft. Hetgeen de *beneficiaries* bij een *fixed trust* slechts ontbreekt is de *legal title*, welke door de *trustee* wordt gehouden en welke de *trustee* verplicht om uitsluitend in het belang van de *beneficiaries* het vermogen en de inkomsten daaruit – als ware hij een “rentmeester” – naar best vermogen te beheren en daarover te beschikken. Daarmee is het begrip “*legal title*” meer begrensd dan het Nederlands rechtelijke begrip “juridisch eigendom”. Met andere woorden, in de uitoefening van zijn rechten als houder van de *legal title* is de *trustee* gebonden aan hetgeen *trustrecht* hem dwingend oplegt en daarmee beperkt in zijn bevoegdheden¹⁰⁴⁷. Met als gevolg dat het juridisch belang bij het *trust*vermogen de *beneficiaries* eveneens aangaat, zij het formeelrechtelijk via de *trustee*. Vanuit dit perspectief bezien, is het naar mijn mening dan ook niet juist om ten aanzien van de totstandkoming van een *fixed trust a priori* het ontstaan/bestaan van een entiteit te veronderstellen, ten aanzien waarvan vervolgens de vraag aan de orde komt of de entiteit al dan niet transparant is¹⁰⁴⁸. Toch kiest *Boer* voor dit uitgangspunt. Teneinde te kunnen vaststellen of de entiteit al dan niet transparant is, op basis van zijn beoordelingschema, meent hij te moeten constateren dat de vermogensbestanddelen die onderdeel uitmaken van een *irrevocable fixed trust*verhouding niet voor rekening en risico van de achterliggende gerechtigden komen. Hij redeneert daarbij – als ik hem goed begrijp – als volgt.

In *trust*verhoudingen waarbij de *equitable interest* niet volledig “*in possession*” is, veroorzaakt de *trust*instelling een juridische intermediatie die tot gevolg heeft dat geen van de bij de *trust* betrokken personen het rechtstreekse, volledige economische belang heeft bij de *trust*goederen. Weliswaar hebben de *beneficiaries* gezamenlijk het volledige economische belang bij het onder *trust*verband geplaatste vermogen, maar – ondanks het goederenrechtelijke karakter van de aanspraken van de *beneficiaries* – is sprake van een indirecte aanspraak. De juridische beschikkingsmacht die nodig is om de inkomst te kunnen genieten ontbreekt namelijk. De *trust*goederen zijn als zodanig niet rechtstreeks toerekenbaar aan de *beneficiaries* in juridische zin, hetgeen tot de conclusie leidt – aldus *Boer* – dat de onder *trust*verband gestelde goederen in beginsel niet rechtstreeks voor rekening en risico van de *beneficiaries* komen. Weliswaar hebben de *beneficiaries* van een *fixed express private trust* het volledige economisch

¹⁰⁴⁷ Een rechtspositie die alleen goed kan worden begrepen vanuit het *trustrecht* zoals zich dat op basis van *common law* en *equity* heeft ontwikkeld.

¹⁰⁴⁸ In deze hierna nog te verduidelijken mening sta ik niet alleen. Ook *Stevens* heeft deze zienswijze. Zie *Stevens*, 2001, p. 10

belang bij het *trust*vermogen, maar deze band is – vrijwel zonder uitzondering – niet rechtstreeks van aard omdat een directe beschikkingsmacht over de goederen ontbreekt¹⁰⁴⁹. Althans zo begrijp ik Boer. De *beneficiaries* hebben slechts een recht *sui generis* ten aanzien van het onder *trust*verband gestelde vermogen dat al dan niet voorwaardelijk recht geeft op het *trust*vermogenen/ of *trust*inkomsten¹⁰⁵⁰.

Komen de onder trustverband gestelde goederen niet rechtstreeks voor rekening en risico van beneficiaries?

Ten aanzien van de op het voorgaande gebaseerde conclusie dat de onder *trust*verband gestelde goederen in beginsel niet rechtstreeks voor rekening en risico van de *beneficiaries* komen, verschil ik van mening met Boer. Indien namelijk door een *settlor* een *trust*verband wordt gecreëerd waarbij door hem het juridische en economische belang bij 1) het *trust*vermogen en 2) de inkomsten daaruit rechtstreeks aan door hem aangewezen *beneficiaries* wordt toegekend, dan geldt naar mijn mening – ook in *fixed trust*verhoudingen – dat het *trust*vermogen aan hen moet worden toegerekend en de inkomsten door de *beneficiaries* in fiscale zin geacht moeten worden te zijn genoten en daarmee voor hen belastbaar inkomen vormen. Ze verkrijgen daarmee weliswaar geen volledig eigendom van het *trust*vermogen, maar wel – zodanig juridisch afdwingbare rechten betreffende het vermogen en de inkomsten daaruit dat zij niet alleen bij uitsluiting van enig ander het volledige juridisch en economisch belang bezitten, maar daarenboven ook nog rechten met zakenrechtelijke kenmerken. Voorts weet de *trustee* zich verplicht de opbrengsten uit het *trust*vermogen uitsluitend aan de *beneficiaries* te doen toekomen, zodat de opbrengsten door hen worden ontvangen (of verrekend), aan hen ter beschikking worden gesteld, bij hen rentedragend zijn geworden of door hen vorderbaar en inbaar zijn. Het feit dat de *trustee* de *legal title* houdt en de daaruit voortvloeiende rechten (maar voornamelijk verplichtingen) uitsluitend verkrijgt teneinde zich daarmee van zijn *trust*taak ten behoeve van *beneficiaries* adequaat te kwijten, kan naar mijn mening vanuit fiscale optiek geen reden of rechtvaardiging vormen om te veronderstellen dat de *beneficiaries* fiscaal niet rechtstreeks tot het vermogen gerechtigd zijn en/of de inkomsten daaruit niet rechtstreeks genieten.

¹⁰⁴⁹ Zie ook hetgeen hij daarover schrijft in zijn dissertatie. Boer, 2011, 8.3.

¹⁰⁵⁰ Uitsluitend in het geval de *trustee* als *bare trustee* optreedt – de situatie van *Saunders v Vautier* (1841) daaronder begrepen (zie voor de betekenis hiervan: voetnoot 1163 hierna) – en de *beneficiary* het onderliggende *trust*vermogen direct mag opeisen, kan van een rechtstreekse gerechtigdheid worden gesproken, aldus Boer. Zie Boer, 2010, p. 9, § 2.4. Zie ook Boer, 2011, 8.3 sub “*Bare trust*”.

Kortom, voor het fiscaal rechtstreeks toerekenen van vermogen aan en het rechtstreeks genieten van inkomsten daaruit door *beneficiaries*, is fiscaalrechtelijk naar mijn mening niet het kunnen beschikken over goederen vanwege de juridische beschikkingsmacht relevant, maar de rechtstreekse gerechtigdheid tot het juridische en economische belang bij het *trust*vermogen. Daarbij maakt het naar mijn mening niet uit of de gerechtigdheid tot het juridisch en economisch belang bij het *trust*vermogen één of meerdere *beneficiaries* betreft; of de gerechtigdheid al dan niet is verdeeld over meerdere *beneficiaries* en of al dan niet sprake is van ontbindende en/of opschortende voorwaarden en/of tijdsbepalingen. Waar het naar mijn mening om gaat is of de *settlor* de gehele *equitable interest* en *title* bij het *trust*vermogen bij de totstandkoming van het *fixed trust*verband rechtstreeks aan een of meer *beneficiaries* heeft overgedragen. Terwijl voorts nog geldt dat mochten er op enig moment geen *beneficiaries* meer (kunnen) zijn, het *trust*vermogen alsdan ingevolge het *trust*recht als *resulting trust* ten behoeve van de *settlor* of zijn erfgenamen wordt gehouden. Met andere woorden, gedurende het bestaan van een zuivere *fixed trust* doet zich op geen enkel moment een situatie voor dat niet het gehele *equitable interest* en *title* rechtstreeks door een of meerdere personen gezamenlijk worden gehouden. Alleen het ontbreken van zulk een gerechtigdheid zou naar mijn mening een personificatie van de *trust* tot gevolg kunnen hebben.

Ik meen in vorenstaande visie niet alleen te staan. Ook de commissie welke het rapport “*Fiscale aspecten van leasing*”¹⁰⁵¹ tot stand bracht, is van mening dat het voor de heffing van directe belastingen doorslaggevend is aan wie het (nagenoeg) volledige economisch belang moet worden toegerekend en niet wie ten aanzien van het goed beschikkingsbevoegd is¹⁰⁵². Dit in tegenstelling tot hetgeen voor de als een transactiebelasting aan te merken omzetbelasting geldt. Daar gaat het om de vraag wie de levering of de dienst heeft verricht en of er een tijdstip is te herkennen waarvan kan worden gezegd dat op dat moment de macht om als eigenaar over het goed te beschikken, overgaat van het ene rechtssubject op het andere rechtssubject¹⁰⁵³.

¹⁰⁵¹ Zie Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 217, “*Fiscale aspecten van leasing*”, rapport onder leiding van P.H.J. Essers, Kluwer.Deventer.2001, p. 197.

¹⁰⁵² In dit verband verwijs ik naar HR 12 oktober 1983, nr. 22 009, BNB 1984/87 en naar de stelling van *Bruins Slot* in het verslag van de vergadering van 26 april 2007 van de Vereniging voor Belastingwetenschap no. 231, *Bruins Slot*, 2007b. Deze stelling luidt: *Iemand die een deel heeft van het economisch belang, heeft niet 100% economisch belang bij het geheel (en kan om die reden geen economisch eigenaar van het geheel zijn). Hij kan echter als 100% economisch belanghebbende bij een deel, wel economisch eigenaar van dat deel zijn.* Een stelling die ik volledig deel en waarvan de juistheid ook naar mijn mening is af te leiden uit HR 12 oktober 1983, nr. 22 009, BNB 1984/87.

¹⁰⁵³ Aldus de commissie “*Fiscale aspecten van leasing*”, Essers, 2001, p. 197.

Gaan de economische risico's van de waardemutaties van het trustvermogen en de fluctuaties van de opbrengsten daaruit uitsluitend de beneficiaries aan?

Er van uitgaande – om redenen als hiervoor vermeld – dat de totstandkoming van een *fixed trust* géén zelfstandige fiscaal-juridische entiteit creëert welke tot het trustvermogen en de inkomsten daaruit is gerechtigd (met daarvan voor *beneficiaries* afgeleide vermogensrechten), dan kán naar mijn mening geen sprake zijn van het niet rechtstreeks voor rekening en risico van *beneficiaries* komen van de onder trustverband gestelde goederen. De *trustee* heeft immers bij het trustvermogen en de inkomsten daaruit geen enkel economisch belang, terwijl de privéaansprakelijkheid van de *trustee* voor de financiële gevolgen van zijn handelen als *trustee*, welke aansprakelijkheid nu eenmaal een kenmerkend gevolg is van geldend trustrecht, de vermogenspositie van de *beneficiaries* zelfs versterkt. De zelfstandige waardemutaties van het trustvermogen en de gevolgen daarvan voor de trustinkomsten gaan de *beneficiaries* – bij uitsluiting van anderen – dan ook wel degelijk ten volle aan. Zij zijn immers ingevolge de bepalingen van het trustinstrument rechtstreeks gerechtigd tot het volledige juridisch en economisch belang bij het trustvermogen. De juridische en dan nog geconditioneerde beschikkingsmacht vanwege de door de *trustee* verkregen *legal title* doet daar naar mijn mening niets aan af. De economische risico's van de waardemutaties van het trustvermogen en de fluctuaties van de opbrengsten daaruit gaan uitsluitend de *beneficiaries* aan, waarbij het naar mijn mening niet relevant is hoe de gerechtigdheid tot het juridisch en economisch belang door de *settlor* over de *beneficiaries* is verdeeld. Hetgeen essentieel is, is dat het gehele juridische en economische belang (de *equitable interest* en *title*) aan *beneficiaries* toebehoort. Het zou naar mijn mening een miskennis zijn van hetgeen een *fixed trust* naar het gangbare trustrecht kenmerkt, indien de rechtsfiguur als een (non-transparante) entiteit zou worden aangemerkt, alleen omdat de *trustee* de *legal title* van het trustvermogen houdt, terwijl de *legal title* niet het equivalent is van ons juridische eigendom.

Voorts is het naar mijn mening onjuist om te stellen dat de economische betrokkenheid van *beneficiaries* bij het trustvermogen en de inkomsten daaruit beperkt is omdat de *trustee* in beginsel met zijn privévermogen aansprakelijk is voor zijn handelen in zijn kwaliteit van *trustee*.

De van de *settlor* rechtstreeks verkregen gerechtigdheid tot het juridisch en economisch belang van *beneficiaries* bij het trustvermogen staat naar mijn mening los van de aansprakelijkheid van de *trustee* in zijn kwaliteit van *trustee*. Dat hij aansprakelijk gesteld kan worden voor de gevolgen van zijn handelen vloeit voort uit het trustrecht en kan zijn persoonlijk vermogen raken. Maar dit betekent naar mijn mening nog niet dat daardoor de juridische en economische betrokkenheid van de *beneficiaries* bij het trustvermogen en de inkomsten daaruit

wordt beperkt. De aansprakelijkheid van de *trustee* en de financiële gevolgen daarvan gaan namelijk in beginsel uitsluitend de *trustee* aan, hetgeen onverlet laat dat het juridisch en economisch belang nog steeds uitsluitend de *beneficiaries* betreft, zodat de voor- en nadelige (financiële) gevolgen van het handelen of nalaten van de *trustee* het juridisch en economisch belang van de *beneficiaries* rechtstreeks kunnen raken, behoudens een eventueel verhaal op de *trustee* bij onrechtmatig en schadeplichtig handelen.

De door Boer aangehaalde en besproken jurisprudentie

De interpretatie door *Boer* van de door hem aangehaalde jurisprudentie¹⁰⁵⁴, die zo onderkent ook hij slechts zijdelings het kwalificatievraagstuk raakt, kan mij niet alleen niet overtuigen van de juistheid van zijn visie, maar ik acht de conclusies die hij o.a. aan door hem aangehaalde rechtsoverwegingen¹⁰⁵⁵ meent te mogen verbinden nogal absoluut. Uit de door *Boer* aangehaalde en besproken jurisprudentie¹⁰⁵⁶ valt naar mijn mening niet met de stelligheid waarmee *Boer* dit doet, af te leiden dat hoven en Hoge Raad ook *fixed trusts* als non-transparante entiteiten hebben aangemerkt. *Boer* is van mening dat uit deze jurisprudentie kan worden afgeleid – op basis van een naar mijn mening wel zeer enge grammaticale interpretatie van de door de hoven en de Hoge Raad gebruikte bewoordingen – dat bij *trust*vormen waarbij aan de *beneficiary* slechts een gedeelte van de *equitable interest* bij het inkomen toekomt (terwijl het resterende deel van *equitable interest* aan overige *beneficiaries* toekomt !), de entiteitsgedachte wordt gehanteerd en dat de *fixed trust* dan als non-transparante entiteit wordt benaderd. Dit gaat me te ver omdat bij de door *Boer* gehanteerde enge interpretatie een aantal naar mijn mening meer wezenlijke elementen uit het oog wordt verloren.

Bij het trachten in te passen van een buitenlandse rechtsfiguur, gelijk die aan een *trust*(verhouding), binnen de Nederlandse fiscale wetgeving dient namelijk als uitgangspunt te gelden, dat de rechtsgevolgen die naar buitenlands recht tot stand komen en die de *settlor* ook bewust zo heeft gewild, zoveel mogelijk dienen te worden gerespecteerd en gerealiseerd, tenzij zulks in strijd is met

¹⁰⁵⁴ Zie *Boer*, 2010, p. 10, § 2.4.2. Zie ook *Boer*, 2011, 8.3.2.

¹⁰⁵⁵ Zo verwijst hij naar de r.o. 3.4 en 3.5 in het arrest HR 14 juli 2006, nr. 39 201, *BNB* 2007/18 en naar r.o. 3.3 in het arrest Hoge Raad 26 oktober 2007, nr. 42 537, *BNB* 2008/122c.

¹⁰⁵⁶ Hij haalt aan en commentarieert rechtsoverwegingen uit: Hoge Raad 18 september 1991, nr. 27 387, *BNB* 1992/177; Hoge Raad 18 september 1991, nr. 27 414, *BNB* 1992/286; Hof 's-Gravenhage 12 december 2002, nr. 00/0420, *FED* 2003/172; Hof Arnhem 8 juli 2005, nr. 03/02416, *V-N* 2005/9.1.1; Hoge Raad 14 juli 2006, nr. 39 201, *BNB* 2007/18 en nr. 39 262, *BNB* 2007/19; Rechtbank Haarlem 18 december 2006, nr. AWB 05/4091, *V-N* 2007/36.13; Hoge Raad 26 oktober 2007, nr. 42 537, *BNB* 2008/122c.

dwingend recht of de Nederlandse openbare orde. Dat wil zeggen, indien de rechtsfiguur van de *trust*:

1) naar buitenlands recht niet als een rechtspersoon dan wel entiteit wordt aangemerkt,

én

2) de *settlor* ook niet een zelfstandig belastingplichtig doelvermogen tot stand heeft willen brengen, én

3) het volledige economische belang (de *equitable interest*) van de onder *trust*verband gebrachte goederen uitsluitend en volledig door hem aangewezen personen aangaat, al dan niet tijdelijk of onder voorwaarde, die daaraan juridisch afdwingbare rechten ontlenu, tengevolge waarvan geen sprake is van het ontbreken van een directe rechtsband met subjectief gerechtigden, zodat er wél rechtssubjecten (de *beneficiaries*) zijn die tot het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan rechtstreeks zodanig deelgerechtigd zijn dat zij juridisch en economisch belanghebbende zijn en, terwijl

4) de gerechtigdheid van de *beneficiaries* ook nog zakenrechtelijke kenmerken heeft, én

5) de *legal title*, niet zijnde gelijk aan ons juridisch eigendom, door de *trustee* slechts wordt verkregen uitsluitend om het belang van de *beneficiaries* te dienen,

dan vormt een uitsluitend op basis van een enge grammaticale interpretatie van jurisprudentie, die overigens slechts zijdelings de kwalificatie van *fixed trusts* betreft en welke er toe leidt dat *beneficiaries* niet geacht kunnen worden rechtstreeks het *trust*vermogen en de inkomsten daaruit te genieten, een miskennis van hetgeen een *fixed trust* kenmerkt en van hetgeen de *settlor* beoogde te realiseren. Namelijk een door *common law* en *equity* beheerste bijzondere vorm van “onder bewindstelling” van door een *settlor* aan *beneficiaries* overgedragen vermogen. Gelet op vorenstaande gaat het mij te ver om louter vanwege het ontbreken van een directe juridische beschikkingsbevoegdheid door *beneficiaries* over een *trust*vermogen waarvan zij wel rechtstreeks het juridisch en economisch belang houden, fiscaalrechtelijk het bestaan van een entiteit te veronderstellen, die vervolgens ten opzichte van *beneficiaries* ook nog niet-transparant zou zijn.

3.2.3.3 Conclusie

Ik ben van mening dat van een “personificatie” en daarmee van een als doelvermogen aan te merken belastingplichtige entiteit pas sprake kan zijn indien vast staat dat geen van bij de *trust* betrokken personen in een positie is komen te verkeren dat hij naar Nederlands recht daaraan rechtstreeks enig recht met een vermogenswaarde kan ontleen. Met andere woorden, pas als het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan aan geen enkel persoon kan worden toegerekend, is sprake van het ontbreken van een bevoordeelde, zodat het in ons belastingstelsel past het *trust*vermogen als een belastingplichtig doelvermogen aan te merken¹⁰⁵⁷. Een *fixed trust* wordt echter naar mijn mening juist gekenmerkt door het feit dat er wél personen zijn aan wie het *trust*vermogen en de opbrengsten daaruit rechtstreeks kunnen worden toegerekend, omdat zij vanwege verkregen afdwingbare rechten rechtstreeks deelgerechtigd zijn tot het juridisch en economisch belang bij het *trust*vermogen.

Gelet op al hetgeen ik hiervoor ten aanzien van de kwalificatie van een *fixed trust* heb opgemerkt, ben ik van mening dat indien men tracht de *fixed trust* naar Nederlands fiscaal recht te kwalificeren, men enerzijds de kenmerken van een *fixed trust* naar buitenlands *trust*recht en anderzijds de (door de *settlor* beoogde) rechtsgevolgen naar buitenlands *trust*recht als uitgangspunt dient te nemen. Met als gevolg dat een rechtsfiguur welke:

- 1) aan een *trustee* slechts een “geconditioneerde” juridische zeggenschap (de *legal title*) toekent die,
- 2) uitsluitend ten behoeve van door de *settlor* geïndividualiseerde *beneficiaries* moet worden aangewend, terwijl
- 3) deze *beneficiaries* bij uitsluiting van anderen rechtstreeks van de *settlor* afdwingbare vermogensrechten op het *trust*vermogen en/of de inkomsten daaruit hebben verkregen en voorts,
- 4) de *settlor* geen zelfstandige entiteit heeft beoogd tot stand te brengen, terwijl
- 5) het *trust*recht een *fixed trust* in beginsel ook niet als een zelfstandige entiteit kwalificeert ,

¹⁰⁵⁷ Overeenkomstig de uitspraak van de Hoge Raad in de “novemberarresten” betreffende een *discretionary express private trust*.

naar mijn mening naar Nederlands fiscaal recht niet als een zelfstandige entiteit kan en mag worden gekwalificeerd. Het feit dat de rechten van *beneficiaries* als rechten *sui generis* zijn aan te duiden, doet naar mijn mening daar niets aan af. Deze kwalificatie duidt slechts aan dat de verkregen vermogensrechten zodanige verbintenisrechtelijke én zakenrechtelijke kenmerken hebben dat inpassing van deze rechten in het Nederlands civielrechtelijk systeem niet zonder meer mogelijk is.

Echter, om mede daarop het standpunt te baseren dat de *fixed trust* een zelfstandige entiteit is acht ik onjuist. Voorts geldt dat door de *fixed trust* naar Nederlands fiscaal recht als een zelfstandige entiteit te kwalificeren, deze buitenlandse rechtsfiguur naar haar wezenskenmerken en haar beoogde rechtsgevolgen naar mijn mening wordt miskend. Tot slot, uit de hiervoor besproken jurisprudentie is naar mijn mening niet (met de in de literatuur uitgesproken zekerheid) af te leiden dat een *fixed trust* door hoven, rechtbank en de Hoge Raad als een zelfstandige entiteit is gekwalificeerd¹⁰⁵⁸.

Gelet op vorenstaande kom ik tot de conclusie dat een *fixed trust* niet als een zelfstandig belastingplichtige entiteit kan worden aangemerkt. Een conclusie die ook betekenis heeft voor de kwalificatie van de *fixed trust* ná 1 januari 2010¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁸ Indien al uit de jurisprudentie een beeld naar voren komt, is dat een weinig helder beeld, waarbij de gebruikte terminologie niet altijd consequent, soms zelfs suggestief is. Hetgeen uit de jurisprudentie van de Hoge Raad wél met zekerheid is af te leiden, is dat zij tot op heden de *fixed trust* naar Nederlands fiscaal recht niet heeft gekwalificeerd.

¹⁰⁵⁹ Zie hierna § 3.4 “De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de *fixed trust* na 1 januari 2010”.

3.3 Het Besluit van 15 december 2005 inzake de fiscale behandeling van de trust, de SPF en “ander zwevend vermogen”¹⁰⁶⁰

3.3.1 Inleiding

Dit besluit, dat als “een voorloper” van de hierna te bespreken wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen kan worden beschouwd¹⁰⁶¹, is naar mijn mening van belang omdat in het daarin uiteengezette beleid *de facto* een ondersteuning kan worden gezien van de onderzoekshypothese dat een *fixed trust* geen fiscaal-juridische entiteit vormt.

Het Besluit bood - nadat in 1998 de “novemberarresten” waren geweest - de mogelijkheid zekerheid vooraf te verkrijgen over de fiscale behandeling van rechtsvormen zoals de *trust* en de SPF en de daarbij betrokken personen, zij het dat van geval tot geval werd beoordeeld of een situatie zich leende voor het geven van de gevraagde zekerheid over de fiscale behandeling van de voorgelegde rechtsfiguur. Hierbij vormden de “novemberarresten” het uitgangspunt. Voorts gold dat in elk geval de rechtsfiguur op grond van reële, niet fiscale motieven zou zijn ingesteld. Wat onder reële, niet-fiscale motieven voor de instelling van de rechtsfiguren moest worden verstaan, werd echter niet nader aangeduid. Hoewel het Besluit daarover niet rept, is vrijwel zeker aan te nemen dat geen zekerheid vooraf werd verstrekt indien voor de instelling van

¹⁰⁶⁰ Besluit van 15 december 2005, nr. CPP2005/2528M (samenvoeging van de besluiten van 8 december 2000, nr. CPP2000/2816M en van 22 oktober 2002, nr. CPP 2002/2773M). De titel van het besluit: “*Fiscale behandeling van de trust, de SPF en ander “zwevend vermogen”*” is onjuist. Het Besluit handelde namelijk niet over de “fiscale behandeling van de *trust*, de SPF en ander “zwevend vermogen”, maar nodigde slechts uit tot desgewenst (voor)overleg inzake de rechtsgevolgen van deze rechtsfiguren en stelde daarvoor de (rand)voorwaarden vast, met als uitgangspunt dat de rechtsfiguur voor de toepassing van de Nederlandse regelgeving met betrekking tot de heffing en invordering van belastingen, daaronder begrepen voor Nederland toepasselijke belastingverdragen en andere internationale fiscale regelingen, geacht werd niet te bestaan. Voorts is de titel en de inleiding van het Besluit misleidend omdat daarin de *trust* en de SPF worden geduid als “zwevend vermogen” (“...en ander zwevend vermogen”), terwijl in het geval van een *fixed trust* en een SPF in het geheel geen sprake is van een “zwevend vermogen”. Bij een *fixed trust* worden *beneficiaries* door de *settlor* verrijkt tengevolge van het instellen van de *trust* en niet tengevolge van een besluit door *trustees* nadien, terwijl bij een SPF een naar Antilliaans recht opgericht rechtspersoon het vermogen verkrijgt. Zelfs de instelling van een *discretionary trust* vormt - althans in de visie van de Hoge Raad - geen “zwevend vermogen”.

¹⁰⁶¹ De met ingang van 1 januari 2010 tot stand gekomen wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen vormt namelijk in feite een legalisering van het reeds aan het besluit ten grondslag liggende uitgangspunt dat het bestaan van een naar buitenlands recht tot stand gekomen als entiteit aan te merken *trust* dient te worden genegeerd. Zie ook de brief van de staatsecretaris d.d. 24 oktober 2008, 4.

3.3 Het Besluit van 15 december 2005 inzake de fiscale behandeling van de trust, de SPF en
“ander zwevend vermogen”

3.3.1 Inleiding

de rechtsfiguren overwegend fiscale motieven golden.

Het besluit bood aan belastingplichtigen ook niet de mogelijkheid om zekerheid te verkrijgen over de fiscale behandeling van *discretionary trusts* c.q. “ander zwevend vermogen” als non-transparante fiscale entiteit.

Voorwaarde voor het verschaffen van zekerheid was dat een consistent fiscaal resultaat zou worden bereikt ten aanzien van de rechtsfiguur in zijn totaliteit, inclusief de daarbij betrokken personen. Wat daaronder moest worden verstaan, werd overigens niet verduidelijkt. Het gevolg was dat uitsluitend afspraken konden worden gemaakt waarin de gevolgen voor de - bestaande en toekomstige - heffing van het schenkingsrecht, de inkomstenbelasting, de vennootschapsbelasting, de dividendbelasting, het successierecht en de invordering van voormelde belastingen in zijn totaal waren vastgelegd. De overdrachtsbelasting werd hierin echter niet betrokken¹⁰⁶². In gevallen waarin geen integrale afspraak over de totale belastingheffing en de invordering van die belasting kon worden gemaakt, werd voor een deel terrein van de fiscaliteit in beginsel geen zekerheid geboden. Ook werd geen zekerheid gegeven over de fiscale behandeling in gevallen waarin het heffingsrecht van Nederland niet in het geding was maar het heffingsrecht van andere landen mogelijk kon worden gefrustreerd. Wat onder het mogelijkst frustreeren van het heffingsrecht van andere landen diende te worden verstaan werd niet toegelicht¹⁰⁶³, terwijl het wel reden kon zijn om geen zekerheid over de fiscale behandeling te geven. De vastlegging diende te geschieden door het sluiten van een vaststellingsovereenkomst. Een voorbeeld daarvan is de transparantieovereenkomst. De kern van deze overeenkomst is dat de voorgelegde rechtsfiguur voor de toepassing van Nederlandse regelgeving¹⁰⁶⁴ met betrekking tot de heffing en invordering van belastingen geacht werd niet te bestaan. Dit betekende dat het vermogen van de rechtsfiguur en het daarmee gegenereerde inkomen in alle gevallen als vermogen of inkomen van natuurlijke personen of rechtspersonen aan hen werden toegerekend conform de in de overeenkomst opgenomen bepalingen. Met andere woorden, belastingplichtigen konden slechts zekerheid vooraf krijgen mits zij bereid waren om bij overeenkomst akkoord te gaan met de dwingend door de belastingdienst gestelde voorwaarde¹⁰⁶⁵ de naar buitenlands

¹⁰⁶² De reden daarvoor is nimmer duidelijk geworden.

¹⁰⁶³ Sonneveldt, 2000a, p. 56 is van mening dat dit niet aan de orde is indien men gebruik maakt van gangbare *estate planning*stechnieken die de verschuldigdheid van buitenlandse heffingen verminderen of te niet doen.

¹⁰⁶⁴ Hieronder begrepen de voor Nederland toepasselijke belastingverdragen en andere internationale fiscale regelingen.

¹⁰⁶⁵ Dat sprake is van een voorwaarde leid ik af uit de 2^e volzin van de 1^e alinea onder punt 6. “De transparantieovereenkomst” in het Besluit. Daarin staat: “Het vermogen van de rechtsfiguur en het daarmee gegenereerde inkomen zal daartoe in alle gevallen als vermogen of inkomen van natuurlijke

recht wél degelijk bestaande rechtsfiguur te ontkennen, hetgeen neerkwam op het bij overeenkomst *de iure* en *de facto* niet erkennen van de buitenlandse rechtsfiguur en de met haar totstandkoming ontstane rechts- en economische gevolgen¹⁰⁶⁶. Een naar mijn mening wel erg hoge prijs voor het verkrijgen van rechtszekerheid, hetgeen aanleiding geeft te denken dat het Besluit in feite in strijd was met het beginsel dat rechtsverhoudingen moeten worden beheerst door normen van redelijkheid en billijkheid¹⁰⁶⁷.

Situaties zoals die in de “novemberarresten” aan de orde waren, kwamen niet voor een transparantieovereenkomst in aanmerking. Kennelijk vanwege het feit dat de Hoge Raad de totstandkoming van een *discretionary trust* als de totstandkoming van een doelvermogen heeft aangemerkt met als gevolg heffing van schenkingsrecht naar het niet-verwantentariaf. Daarbij gold als argument dat in de situaties van de “novemberarresten” de vermogensbestanddelen immers de beschikkingsmacht van de *settlor* definitief hadden verlaten. Een argument overigens dat naar mijn mening niet goed valt te begrijpen omdat bij elke *trust*vorming¹⁰⁶⁸ vermogensbestanddelen definitief het vermogen van de *settlor* verlaten. Zij het dat een *settlor* weer tot het *trust*vermogen gerechtigd kan worden zodra hij van een door hem voorbehouden *power of revocation* gebruik maakt, dan wel het *trust*vermogen te zijner tijd door de *trustee* als *resulting trust* ten behoeve van de *settlor* wordt gehouden omdat er geen *beneficiaries* (meer) zijn, doch wel resterend *trust*vermogen.

3.3.2 De betekenis van het Besluit voor de onderzoekshypothese dat een fixed trust niet als een als doelvermogen te kwalificeren fiscaalrechtelijk zelfstandige entiteit is aan te merken

Het feit dat de Belastingdienst aan belastingplichtigen de gelegenheid bood om “hun” rechtsfiguur aan hem voor te leggen, teneinde zekerheid te verkrijgen over de fiscale behandeling mits een “transparantieovereenkomst” kon worden afgesloten, betekent naar mijn mening dat ook in de visie van de Belastingdienst ten aanzien van de in het Besluit vermelde heffingen geen sprake kon zijn van

personen of rechtspersonen aan hen worden toegerekend conform de in de overeenkomst opgenomen bepalingen”.

¹⁰⁶⁶ Het per 1 januari 2010 van kracht art. 2.14 a Wet inkomstenbelasting 2001 behelst in zijn kern in feite de legalisering van hetgeen het Besluit aan beleid inhield.

¹⁰⁶⁷ Hierbij gaat het om de geobjectiveerde redelijkheid, dat wil zeggen: datgene wat, gezien de omstandigheden van het geval en de maatschappelijke context als redelijk moet worden aangemerkt.

¹⁰⁶⁸ Ook bij de vorming van een *revocable trust* verlaten naar mijn mening vermogensbestanddelen in beginsel definitief het vermogen van de *settlor*. Zie hierover: hoofdstuk 2.3 “De kwalificatie van de revocable discretionary trust vóór 1 januari 2010” hiervoor.

3.4 De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de *fixed trust* na 1 januari 2010
3.4.1 Is de *fixed trust* als een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in art. 2.14a lid 1 Wet
inkomstenbelasting 2001 aan te merken?

een als fiscale entiteit aan te merken doelvermogen indien belanghebbenden als deelgerechtigden rechtstreeks tot het juridisch en economisch belang van het *trust*vermogen waren gerechtigd, hetgeen voor een *fixed trust* kenmerkend is. Dit standpunt van de Belastingdienst kan naar mijn mening worden gezien als een ondersteuning van de onderzoekshypothese.

3.4 De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de *fixed trust* na 1 januari 2010

3.4.1 Is de *fixed trust* als een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001 aan te merken?

Ook onder de met ingang van 1 januari 2010 tot stand gekomen wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen doet zich de vraag voor hoe een *fixed trust* dient te worden gekwalificeerd voor de heffing van schenk-, erf-, en inkomstenbelasting. Voor de beantwoording van deze vraag is van belang dat de samenhang tussen art. 2.14a lid 1 en lid 2 Wet inkomstenbelasting 2001 tot gevolg heeft dat indien een vermogen is afgezonderd en afgescheiden waar tegenover een economische deelgerechtigdheid is ontstaan, er geen sprake is van een afgezonderd vermogen als bedoeld in art. 2.14a lid 1 en dat derhalve ook geen toerekening plaatsvindt zoals bedoeld in de 1^e volzin van art. 2.14a lid 1. Toerekening van de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven van het afgezonderd vermogen vindt dan blijkens de toelichting rechtstreeks plaats aan de deelgerechtigden¹⁰⁶⁹.

Hieruit kan naar mijn mening worden afgeleid dat een als *fixed trust* te kenschetsen afgezonderd vermogen geen non-transparante entiteit geacht wordt te zijn¹⁰⁷⁰. Hoe zou anders kunnen gelden dat bezittingen en schulden

¹⁰⁶⁹ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, V-N 2009/22.3, p. 84.

¹⁰⁷⁰ Ik lijk daarin niet geheel alleen te staan. Ook *Roelofs* is namelijk van mening dat uit de opmerkingen van de staatssecretaris in de Memorie van Toelichting blijkt dat deze uitgaat van toerekening van het vermogen van de *fixed trust* aan de *beneficiaries*. Daarmee zou ten aanzien van de *fixed trust* de – ook naar zijn mening tot 1 januari 2010 in de rechtspraak gehanteerde – entiteitsgedachte gedeeltelijk zijn losgelaten en de transparantiegedachte zou zijn omarmd. Dit leidt tot de conclusie dat een *fixed trust* niet als een afgezonderd particulier vermogen kwalificeert en dat “....inbreng van vermogensbestanddelen in een *fixed trust*” niet een toerekening van vermogensbestanddelen aan de inbrenger tot gevolg heeft. Met de impliciete veronderstelling dat ten aanzien van de *fixed express private trust* ingevolge jurisprudentie tot 1 januari 2010 de entiteitsgedachte zou gelden, ben ik het – zoals hiervoor is gebleken – niet eens. Het gevolg hiervan is dat ik het evenmin eens kan zijn met zijn visie dat de voor 1 januari 2010 gebruikelijke behandeling van de *trust*, zijnde de entiteitsgedachte ook na 1 januari 2010 ten aanzien van de *fixed trust* van toepassing is, omdat de op jurisprudentie van de Hoge Raad gebaseerde entiteitsgedachte van hogere orde zou zijn dan de Memorie van Toelichting van een wettelijke bepaling die niet ziet op de heffing van enige belasting

alsmede opbrengsten en uitgaven van het afgezonderd vermogen rechtstreeks worden toegerekend aan de (deel)gerechtigden?

Dat een *fixed trust* niet als een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in art. 2.14a lid 2 Wet inkomstenbelasting 2001 kan kwalificeren, zodat ook geen sprake kan zijn van toerekening van het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen, valt ook af te leiden uit het feit dat blijkens de Memorie van toelichting op art. 2.14a lid 2 Wet inkomstenbelasting 2001 alleen sprake is van een afgezonderd particulier vermogen indien de rechtsfiguur als een entiteit kan worden aangemerkt¹⁰⁷¹. Dit noodzaakt om elke naar buitenlands recht tot stand gekomen rechtsfiguur welke als een *fixed trust* kwalificeert, te toetsen aan hetgeen naar Nederlands fiscaal recht een entiteit kenmerkt.

3.4.2 Een analyse naar kenmerken

Een analyse van de *fixed trust* leert dat er een aantal kenmerken is te onderkennen die op het bestaan van een fiscale entiteit duiden. Ook bij een *fixed trust* sprake is namelijk sprake van:

1. een door het buitenlands recht beheerst, vanwege de overdracht van de *legal title* door de *settlor* aan de *trustee* afgescheiden en afgezonderd vermogen dat naar Nederlandse rechtsbegrippen niet kan worden opgevat als vormende een rechtspersoon, een commanditaire vennootschap op aandelen of een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid,

van een *fixed trust* en de daarbij betrokkenen. Evenmin kan ik zijn mening begrijpen dat een Memorie van toelichting slechts gebruikt kan worden bij een teleologische interpretatie van de wet. Ik zou zo zeggen dat een Memorie van toelichting juist van belang is voor een wetshistorische interpretatie van hetgeen de wetgever wenste te bereiken. Zie Roelofs, 2010, § 5 “*Parlementaire geschiedenis van wetsvoorstel 31 930 ten aanzien van de fixed trust*”.

¹⁰⁷¹ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, V-N 2009/22.3 p. 87. Letterlijk wordt vermeld: “*Het tweede lid definieert het afgezonderd particulier vermogen. Een afgezonderd particulier vermogen is een entiteit, met of zonder rechtspersoonlijkheid, waarmee meer dan bijkomstig een particulier belang wordt beoogd, tenzij tegenover de afzondering van dit vermogen a) een uitreiking van aandelen, winstbewijzen, lidmaatschapsrechten, bewijzen van deelgerechtigdheid of daarmee vergelijkbare rechten heeft plaatsgevonden, of b) een economische deelgerechtigdheid is ontstaan*”. Zie ook p. 88: “*Met entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid wordt in het voorgestelde artikel 2.14a van de Wet inkomstenbelasting 2001 uitdrukkelijk niet gezien op de vennootschap onder firma of de maatschap, want tegenover deze samenwerkingsverbanden staat juist wel een economische gerechtigdheid van personen zodat zich geen zwevend vermogen voordoet*”.

2. een gerechtigdheid tot het *trust*vermogen en/of de opbrengsten daaruit welke in beginsel vrijelijk aan derden kan worden overgedragen, tenzij de *trust*akte zulks uitsluit¹⁰⁷²,

3 een eigen buitenlandse vestigingsplaats,

4. het tot het afgescheiden *trust*vermogen als zodanig kunnen behoren van vorderingen en schulden,

5. en het in beginsel kunnen failleren evenals het in *surcéance* kunnen geraken.

Echter, aan het naar mijn mening meest onderscheidende kenmerk van een fiscale entiteit wordt niet voldaan. Er is namelijk sprake van een directe rechtsband met subjectief gerechtigden, zodat de resultaten van het vermogen rechtstreeks aan deze subjectief gerechtigden toevallen. Met andere woorden, het afgezonderd en afgescheiden vermogen als zodanig geniet niet zelf het gerealiseerde Nederlands inkomen. Het Nederlandse inkomen van de *fixed trust* wordt uitsluitend genoten door de personen die door de *settlor* bij de totstandkoming van de *trust* rechtstreeks als *beneficiaries* zijn aangewezen. Daarmee is bij de totstandkoming van de *trust* de volledige eigendom door de *settlor* (gesplitst) overgedragen. Enerzijds de *legal interest* bij het *trust*vermogen aan de *trustee* die daarmee zich verplicht weet het *trust*vermogen te houden en te beheren uitsluitend in het belang van de *beneficiaries*, terwijl hijzelf geen enkel vermogensbelang bij het *trust*vermogen heeft, tenzij ook hij als *beneficiary* door de *settlor* zou zijn aangewezen. Anderzijds de volledige *equitable interest* en *equitable title*, zijnde het gehele juridisch en economisch belang bij het *trust*vermogen aan de *beneficiaries* die daarmee als deelgerechtigden rechtstreeks gerechtigd zijn – al dan niet voorwaardelijk en/of onder tijdsbepaling – tot het gehele economische belang bij het *trust*vermogen. Met andere woorden: er is in deze rechtsfiguur naar mijn mening op geen enkel moment sprake van een zwevend vermogen, die het bestaan van entiteit rechtvaardigt. Het feit dat de *trustee* de *legal title* houdt doet daar naar mijn mening niets aan af. Waar het om

¹⁰⁷² Zij het dat van een participatie in de zin van een bewijs van deelgerechtigdheid dat vrijelijk verhandelbaar is en dat een vorm van deelname veronderstelt, n.m.m. geen sprake is. Zie voor de aan het begrip economische deelgerechtigdheid volgens de staatssecretaris toe te kennen betekenis: Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, V-N 2009/50.2, p. 36. Daarin verwijst hij naar een overweging van de Hoge Raad (HR 24 januari 1947 (Rouma/Levelt) NJ 1947, 71), welke hij als volgt samenvat: “Kortom, over een economische deelgerechtigdheid kan worden beschikt en deze kan bijvoorbeeld worden vervreemd of als zekerheid dienen”. Welnu *beneficiaries* zijn vrij hun *beneficial interests* te vervreemden, tenzij dit in het *trustinstrument* wordt uitgesloten.

gaat is of er op enig moment een rechtstreekse (deel)gerechtigdheid tot het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan ontbreekt. Bij een *fixed trust* is dit naar mijn mening nimmer het geval. De *equitable interest* en de *equitable title* bij *trust*vermogen behoort krachtens het *trustinstrument* namelijk toe aan:

- een door de *settlor* daartoe aangewezen *beneficiary*, die mits deze de enige *beneficiary* is en er tevens nimmer meer andere *beneficiaries* gerechtigd kunnen worden, de *trust*verhouding op verzoek kan beëindigen, zodat hij de volle eigendom verkrijgt, of
- meerdere *beneficiaries* gezamenlijk, die mits deze de enige *beneficiaries* zijn en er tevens nimmer meer *beneficiaries* gerechtigd kunnen worden, de *trust* eveneens op verzoek kunnen beëindigen, of
- meerdere *beneficiaries* die vanwege voorwaarden of tijdsbepaling opgenomen in het *trustinstrument* na elkaar tot het *trust*vermogen en/of de opbrengsten gerechtigd zijn, of
- de *settlor* of zijn erfgenamen indien op enig moment *beneficiaries* blijvend ontbreken (*resulting trust*).

Daarbij geldt wel als vereiste dat de *settlor* ondanks de totstandkoming van de *fixed trust* niet een zodanige juridische en/of economische betrokkenheid bij het *trust*vermogen behoudt, dat hij geacht moet worden nog steeds over het vermogen te kunnen beschikken als ware het zijn eigen vermogen¹⁰⁷³.

¹⁰⁷³ Zie HR 30 oktober 1985, nr. 22 175, BNB 1986/16, daarin formuleerde de Hoge Raad namelijk een criterium dat ook met betrekking tot de *trust*verhouding van belang kan worden geacht, met name in de verhouding tussen een in Nederland woonachtige *settlor* en de buitenlandse *trustee*. In r.o. 4 overweegt de Hoge Raad: “Indien vaststaat dat een belastingplichtige over het in een stichting aanwezige vermogen kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen, behoeft niet aan (...) nadere vereisten te worden voldaan om het in de stichting aanwezige vermogen voor de heffing van inkomstenbelasting en vermogensbelasting te behandelen als ware het vermogen van de belastingplichtige zelf”. Zie in dit verband ook de uitspraken van de rechtbank in Den Haag 16 december 2009, nr. 09/021777, NTFR 2010/658; rechtbank Haarlem 17 december 2009, nr. 08/02773 en 08/02774, NTFR 2009/577 en rechtbank Haarlem, 17 december 2009, nr. 09/01750 t/m 09/01753, NTFR 2010/659. De eerste uitspraak betrof een *irrevocable discretionary Guernsey trust*. Niet aannemelijk werd geacht dat de *settlor* in feite nog de beschikkingsmacht over het *trust*vermogen had behouden, terwijl evenmin aannemelijk werd geacht dat de *settlor* als *beneficiary* een uitkering kon verwachten die zeker en bepaalbaar was en in het economische verkeer enige waarde had. In de tweede uitspraak werd bepaald dat de *settlor* van een *irrevocable discretionary trust* gelet op de feiten en omstandigheden niet uitsluitend een blote verwachting had, maar dat sprake was van overige vermogensrechten

Kortom, een *fixed trust* is naar mijn mening fiscaal niet als een entiteit te beschouwen en daarmee ook niet als een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in art. 2.14a lid 2 Wet inkomstenbelasting 2010, zodat van een toerekening van het *trust*vermogen en de opbrengsten daaruit aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen ingevolge het bepaalde in art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001 geen sprake is¹⁰⁷⁴.

3.4.3 De toelichting scheidt verwarring

De toelichting scheidt echter de nodige verwarring¹⁰⁷⁵ door op te merken dat:

1) een toegekend recht voor de gerechtigde kwalificeert, afhankelijk van de feiten en de omstandigheden, als een periodieke uitkering in de zin van art.

met waarde in het economisch verkeer. In de laatste uitspraak oordeelde de rechtbank dat de *settlor* van een Antilliaanse Stichting Particulier Fonds feitelijk kon blijven beschikken over het ingebrachte vermogen, hoewel het bestuur van het fonds formeel uit derden bestond.

¹⁰⁷⁴ Voor de argumenten van een aantal auteurs die van mening zijn dat uit een aantal arresten (HR 17 november 1971, nr 16 614, *BNB* 1972/13, HR 14 juli 2006, nrs. 39 201 en 39 262, *BNB* 2007/18 en 19 met noot van *Freudenthal*, HR 26 oktober 2007, nr. 42 537, *BNB* 2008/122 c* met noot *Freudenthal*) is af te leiden dat een *fixed express private trust* wél als een doelvermogen moet worden aangemerkt en derhalve niet transparant zou zijn, verwijst ik naar § 3.2.3.2 hiervoor. Ook *Kousen* is van mening dat de constatering dat de *trust* als schuldenaar moet worden aangemerkt, een juiste constatering is, waarbij het naar zijn mening bij de benadering van de *trust* beter past de *trust* als zelfstandige entiteit als schuldenaar aan te wijzen. Waarom dat beter zou passen, wordt echter niet duidelijk gemaakt, evenmin als het feit dat een economische benadering van het begrip schuldenaar beter op zijn plaats zou zijn. De stelling dat de uitkeringen niet op de *trustee* drukken maar op de *trust* als zelfstandige entiteit is naar mijn mening “*wishfull thinking*” en gaat voorbij aan het feit dat de uitkeringen economisch drukken op degenen die naast de uitkeringsgerechtigden gerechtigd zijn tot het (resterende) *trust*vermogen, zijnde bv. de “*remaindermen*”. Zie R.A.H.J. Kousen, “*De trust; terug van weg geweest!*”, *MBB*, 2003/7/8, p. 226.

¹⁰⁷⁵ Zie in dit verband ook de constatering door *Freudenthal* dat de wetgever op twee gedachten hinkt. Enerzijds wil men een afgezonderd vermogen niet als afgezonderd particulier vermogen (APV) in de zin van art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 beschouwen, wanneer tegenover de inbreng economische gerechtigdheden zijn ontstaan (dan belasten we immers gewoon de gerechtigdheid als vermogensbestanddeel in – waarschijnlijk – box 3), anderzijds leest men hier en daar in de wet en de parlementaire behandeling dat alsdan het afgezonderde vermogen wel een APV is, maar dat het als “*fixed interest*” vormgegeven deel een soort schuld is, dat de personen aan wie het vermogen van het APV wordt toegerekend, mogen aftrekken van hun bezittingen. Wanneer men zich realiseert dat het in *trust*rechtelijke zin volstreekte onzin is een dergelijke “*fixed interest*” te beschouwen als schuld, en men leest het zwalkende betoog in de parlementaire behandeling op dit punt, dan blijft het gevoel achter dat de wetgever het zelf ook niet meer zo goed weet. Aldus *Freudenthal*. Een conclusie die ik van harte deel! Zie *Freudenthal*, 2010, p. 42.

3.101, eerste lid, onderdeel f van de Wet inkomstenbelasting 2001 of als een bezitting in de zin van art. 5.3. van de wet en

2) dat het niet-discretionaire deel, het “fixed” deel, op grond van art. 5.3 tweede lid, onderdeel f van de Wet inkomstenbelasting 2001, rechtstreeks wordt toegerekend aan de gerechtigde tot het niet-discretionaire deel¹⁰⁷⁶.

Door de kwalificatie van het recht te beperken tot een periodieke uitkering of een bezitting in de zin van art. 5.3., alsook door de tussenzin: “wordt op grond van art. 5.3, tweede lid, onderdeel f”, wordt gesuggereerd dat het “niet-discretionaire deel”, zijnde de aan (deel)gerechtigden toe te rekenen bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven van het afgezonderd vermogen, slechts uit overige vermogensrechten met waarde in het economisch verkeer als bedoeld in art. 5.3 lid 2 sub f, dan wel als een recht op periodieke uitkeringen zouden bestaan en niet uit de rechtstreekse gerechtigdheid tot de toe te rekenen bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven zelf. Blijkbaar wordt verondersteld dat de (deel)gerechtigdheid tot een niet-discretionair vermogen uitsluitend kan bestaan uit een recht op een periodieke uitkering of een bezitting als bedoeld in art. 5.3 lid 2, sub f Wet inkomstenbelasting 2001.

3.4.4 Conclusie

Uit vorenstaande blijkt dat de wetgever uitgaat van een niet-consistent transparantiebegrip. Het zou dan ook ten zeerste aanbeveling hebben verdiend als tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel expliciet en eenduidig was vastgesteld, dat een te erkennen naar buitenlands recht fiduciair afgezonderd doelbestemd vermogen niet als een afgezonderd particulier vermogen moet worden aangemerkt indien de *beneficiaries* rechtstreeks subjectief tot het juridisch en economisch belang bij het *trust*vermogen gerechtigd zijn vanwege de door de *settlor* reeds bij de afscheiding van het vermogen aan hen toegekende afdwingbare vermogensrechten. Met als gevolg dat de in *trust*verband gehouden bronnen van inkomen voor de *beneficiaries* even zoveel rechtstreekse inkomensbronnen vormen¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁶ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, V-N 2009/22.3, p. 84. Zie ook Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, V-N 2009/41/2, p. 57.

¹⁰⁷⁷ Dit impliceert bv. dat de *beneficiary* die rechtstreeks gerechtigd is tot de *beneficial interests* van door in *fixed trust*-verband gehouden aanmerkelijk belang-aandelen, hij voor de heffing van inkomstenbelasting geacht moet worden ab-houder te zijn en als zodanig de opbrengsten daaruit te genieten. Zie hierna: Deel 4, hoofdstuk 2.4.5.2.1 sub 4 “Tot het vermogen van een

3.5 Toetsing van de onderzoekshypothese

Toetsing van de onderzoekshypothese:

“de fixed expres private trust is als transparant aan te merken”

aan de jurisprudentie leert, dat er voor de heffing van de schenk-, erf- en inkomstenbelasting geen jurisprudentie bestaat waarin expliciet wordt geoordeeld dat een *fixed trust* als transparant dient te worden aangemerkt en derhalve niet als een als doelvermogen aan te merken fiscaalrechtelijk zelfstandige entiteit. Echter uit de “novemberarresten” kan naar mijn mening wel *à contrario* worden afgeleid, dat een *fixed trust* voor de onderscheiden heffingen als transparant moet worden aangemerkt omdat deze *trust*figuur wordt gekenmerkt door het feit dat door de *settlor* bij de totstandkoming van de *trust beneficiaries* zijn geïndividualiseerd en aan hen individueel rechtstreeks zodanig (bepaalde/bepaalbare) juridisch afdwingbare rechten op het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan zijn toegekend, dat zij daarmee juridisch en economisch belanghebbenden bij het *trust*vermogen zijn geworden, terwijl tevens de *trustee* geen discretionaire bevoegdheden heeft.

Deze voor de inkomstenbelasting gewezen arresten hebben – voor zover het de kwalificatie van de *fixed trust* betreft – tot gevolg dat deze *trust*figuur ook voor de heffing van de schenk- en erfbelasting als transparant moet worden aangemerkt. De *beneficiaries* hebben immers vanwege een gift resp. een testamentaire beschikking rechtstreeks het juridisch en economisch belang tot *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan verkregen en zijn daarmee als verkrijgers in de zin van de Succesiewet 1956 aan te merken.

Toetsing van de ondezoekshypothese aan de parlementaire behandeling van de per 1 januari 2010 tot stand gekomen wetgeving leert – zij het dat de wetsgeschiedenis tot verwarring aanleiding geeft – dat een *fixed trust* voor de heffing van inkomstenbelasting en daarmee ook voor de heffing van schenk- en erfbelasting niet als een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in art. 2.14a lid 2 Wet inkomstenbelasting 2001 kwalificeert. Dit omdat blijkens de

fixed trust behoort een aanmerkelijk belang”. Zie ook: Boer/ Freudenthal, 2009. Zie eveneens art. 4a lid 1 Uitvoeringsregeling inkomstenbelasting 2001 waarin is bepaald dat degene die een juridisch afdwingbaar recht heeft ten laste van een afgezonderd particulier vermogen in zoverre in de belastingheffing wordt betrokken, welke bepaling ook ruimte laat voor belastingheffing in de boxen 1 en 2. Dientengevolge zullen juridisch afdwingbare rechten moeten worden gekwalificeerd tot de in de Wet inkomstenbelasting 2001 bekende inkomensbronnen. Zie in gelijke zin: W. Verstijnen, “Afgezonderde particuliere vermogens”, *MBB*, 2010/5, p. 192, par. 2.5 “Niet-discretionair afgezonderd particulier vermogen”.

Memorie van toelichting op art. 2.14a lid 2 alleen sprake van een afgezonderd particulier vermogen kan zijn indien de rechtsfiguur als een entiteit kan worden aangemerkt. Hetgeen noodzaakt om elke naar buitenlands recht tot stand gekomen rechtsfiguur welke zich als een *fixed trust* aandient, te toetsen aan hetgeen naar Nederlands recht een entiteit kenmerkt. Daarbij is voor de heffing van de onderscheiden belastingen cruciaal of sprake is van het al dan niet ontbreken van een directe rechtsband met subjectief gerechtigden. Bestaat er een zodanige rechtsband met subjectief gerechtigden dat het *trust*vermogen en de resultaten daarvan rechtstreeks aan deze subjectief gerechtigden toevallen, zodat zij juridisch en economisch belanghebbenden bij het *trust*vermogen zijn, dan kan er naar mijn mening geen sprake zijn van een vereenzelviging van het *trust*vermogen met een entiteit.

Omdat een *fixed trust* nu juist wordt gekenmerkt door het feit dat zulk een rechtsband met subjectief gerechtigden wél bestaat, zijnde *beneficiaries* die als deelgerechtigden juridisch en economisch het belang bij het *trust*vermogen hebben, kan zulk een *trust* geen entiteit zijn en daarmee geen afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001.

Hoofdstuk 4

Samenvatting en conclusie

4.1 Inleiding

In dit deel is allereerst onderzocht hoe de *discretionary trust* fiscaalrechtelijk kan worden gekwalificeerd. Vervolgens is aandacht besteed aan de fiscale kwalificatie van de *fixed trust*.

4.2 De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de *discretionary trust*

4.2.1 Samenvatting

Getracht is de *discretionary trust* voor de heffing van de schenk-, erf- en inkomstenbelasting te kwalificeren.

Daarbij zijn navolgende onderscheidingen gemaakt:

1. de kwalificatie van de *discretionary trust inter vivos* voor de heffing van het schenkingsrecht vóór 1 januari 2010.
2. de kwalificatie van de *discretionary trust mortis causa* voor de heffing van successierecht vóór 1 januari 2010.
3. de kwalificatie van de *revocable discretionary trust* vóór 1 januari 2010.
4. de kwalificatie van de *discretionary trust* onder het positieve recht.

De kwalificatie van de discretionary trust inter vivos voor de heffing van het schenkingsrecht vóór 1 januari 2010

Ten aanzien van de kwalificatie van de *discretionary trust inter vivos* en de heffing van schenkingsrecht vóór 1 januari 2010 is vastgesteld dat “zwevend *trust*vermogen” naar de mening van de Hoge Raad naar Nederlands fiscaal recht niet kan bestaan en dat het in het stelsel van de Successiewet 1956 niet past dat een binnen het Rijk wonende persoon zich uit vrijgevigheid van zijn goederen ontdoet zonder dat dit tot heffing van schenkingsrecht leidt. Vandaar dat de Hoge Raad tot de conclusie kwam dat de totstandkoming van een *discretionary trust inter vivos* tot gevolg heeft dat een afgescheiden vermogen wordt gevormd, dat aan niemand (vermogensrechtelijk) toebehoort, dat voor een bepaald doel opzij is gezet en dat daarmee de *discretionary trust* voor de

heffing van het schenkingsrecht als een (fiscaal) juridisch zelfstandige entiteit moet worden aangemerkt. Echter, hetgeen te betreuren valt is dat de Hoge Raad er aan voorbij is gegaan dat de *settlor* geen zelfstandig te belasten entiteit tot stand heeft willen brengen; de *settlor* het doelvermogen als zodanig niet heeft willen bevoordelen; de *trust* naar het daarop betrekking hebbende *trustrecht* geen (pseudo)rechtspersoonlijkheid bezit; de *trust* niet voor onbepaalde tijd kan worden ingesteld; de *trust* ook niet daadwerkelijk wordt verrijkt vanwege het feit dat *trustees* het vermogen en de inkomsten daaruit aan *beneficiaries* kunnen toekennen en voorzover dat niet gebeurt het *trustvermogen* als *resulting trust* voor de *settlor* c.q. diens *partner* of erfgenamen wordt gehouden en dat het zeer hoge heffingstarief geen recht doet aan het feit dat *de facto* (weliswaar mogelijk pas op termijn) door (naaste) verwanten van de *settlor* wordt verkregen.

De kwalificatie van de discretionary trust mortis causa voor de heffing van het successierecht vóór 1 januari 2010

Ten aanzien van de kwalificatie van de *discretionary trust mortis causa* en de heffing van successierecht vóór 1 januari 2010 is vastgesteld, dat het – ondanks het feit dat dienaangaande jurisprudentie van de Hoge Raad ontbreekt – gelet op zijn jurisprudentie betreffende het schenkingsrecht te verwachten zou zijn geweest dat de Hoge Raad ook een *discretionary trust mortis causa* als erfrechtelijk verkrijger van het *trustvermogen* zou hebben aangemerkt. Met als gevolg dat het doelvermogen voor de erfrechtelijke verkrijging met het hoge niet-verwantentarief zou zijn belast.

Men zou echter ook kunnen veronderstellen dat een doelvermogen geen erfrechtelijk verkrijger kan zijn. Dit omdat er bij de totstandkoming van een *discretionary trust* geen natuurlijke of rechtspersonen zijn die erfrechtelijk vermogensrechten verkrijgen, terwijl een doelvermogen in het BW nergens als rechtssubject wordt aangeduid. Dan is het niet onaannemelijk – gelet op de beslissing van de Hoge Raad in de “novemberarresten” – dat de fictief erfrechtelijke verkrijgingsregel ex art. 16 Successiewet 1956 van toepassing zou zijn geweest op de als een doelvermogen aan te merken *discretionary trust*. De kenmerken van deze rechtsfiguur zijn namelijk zodanig dat zij die van een stichting zo dicht benaderen dat analoge toepassing gerechtvaardigd is, met als gevolg een heffing van successierecht naar het tarief voor niet-verwanten.

De kwalificatie van de revocable discretionary trust vóór 1 januari 2010

Ten aanzien van de kwalificatie van de *revocable discretionary trust* vóór 1 januari 2010 ben ik van mening dat ook in het geval van zulk een *trust* sprake is van een verarming van de *settlor* uit liberaliteit en ingevolge de jurisprudentie van

de Hoge Raad een verrijking van de *revocable discretionary trust*. Zij het dat de mate van verrijking afhankelijk is van de vraag of en zo ja, wanneer de *settlor* van zijn *power of revocation* gebruik zal maken. Tot aan het moment dat de *settlor* van zijn recht tot herroeping gebruik maakt behoort de *legal interest* toe aan de *trustee*. De *discretionary trust* is als zelfstandige entiteit – bij het ontbreken van andere gerechtigden – gerechtigd tot de *beneficial interests*. Omdat het al dan niet herroepen afhankelijk is van de wil van de *settlor*, kan van een voorwaarde geen sprake zijn. Van een opschorting kan evenin sprake zijn omdat de (gedeeltelijk) herroepelijke schenking een onvoorwaardelijke eigendomsoverdracht van de *trustgoederen* inhoudt aan de *trustee* (*legal rights*) en aan de als entiteit aan te merken *discretionary trust* (*beneficial interests*). De *discretionary trust* verkrijgt de eigendom, ook al heeft de *settlor* zich het recht tot herroeping voorbehouden. De *settlor* heeft namelijk de eigendom van de *trustgoederen* overgedragen zolang hij niet herroept. Tot dan is de *discretionary express private trust* bij uitsluiting van ieder ander – ook de *settlor* – volledig gerechtigd tot de *trustgoederen* en de opbrengsten daarvan, zij het dat het beheer en de beschikkingsbevoegdheid over de *trustgoederen* uitsluitend de *trustee* aangaat. De *settlor* heeft zich slechts een op geld waardebaar recht voorbehouden. Het feit dat hij kán herroepen betekent dat zijn bevoegdheid om te herroepen is geformuleerd als een voorwaardelijke verbintenis: het herroepen heeft tot gevolg dat voor de *trustee* een verplichting ontstaat de *trustgoederen* (of het restant daarvan) aan de *settlor* terug te geven. Tot dan bestaat die verplichting niet en houdt de *discretionary trust* naar mijn mening de volle eigendom. Aan het op zich zelf staande (wils)recht van de *settlor* om te herroepen is wel een waarde in het economisch verkeer toe te kennen, welke waarde de omvang van de verrijking van de *discretionary trust* beïnvloedt. Teneinde deze waarde te kunnen benaderen moet de kans worden ingeschat dat de *settlor* van zijn recht gebruik (kan en) zal gaan maken. Maar het recht doet naar mijn mening niets af aan het feit dat de goederen – tot aan het moment van de mogelijke herroeping – van het vermogen van de *settlor* zijn afgezonderd en afgescheiden.

Het schenkingsrecht dient bij de totstandkoming van *revocable discretionary trust* te worden geheven omdat vanaf dat moment de *trust* (aangenomen dat de schenking niet tevens onder opschortende voorwaarde is toegekend) met de (opbrengst van de) *trustgoederen* wordt verrijkt.

De kwalificatie van de discretionary trust onder het positieve recht

Ten aanzien van de met ingang van 1 januari 2010 geldende wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen is vastgesteld, dat deze een legalisering vormt van het reeds aan het Besluit van 15 december 2005 inzake de fiscale behandeling van de *trust*, de SPF en “ander zwevend vermogen” ten grondslag

liggende uitgangspunt dat het bestaan van een naar buitenlands recht tot stand gekomen entiteit dient te worden genegeerd. Kern van de wettelijke regeling is dat ieder particulier doelvermogen in beginsel toegerekend dient te worden aan degenen die het doelvermogen heeft ingesteld, waarbij de insteller geacht wordt over de vermogensbestanddelen van het doelvermogen te blijven beschikken en waarbij de vermogensbestanddelen bij hem in de belastingheffing worden betrokken. Het gevolg hiervan is dat het onder discretionair *trust*verband brengen van vermogen onbelast is – er is immers geen sprake van een schenking/verkrijging – terwijl uitkeringen uit het doelvermogen geacht worden uitkeringen te zijn gedaan door de insteller.

Overlijdt de insteller dan wordt het vermogen geacht tot zijn nalatenschap te behoren, waarbij zijn erfgenamen in de plaats treden en geacht worden hun deel van het vermogen te hebben verkregen.

Verkrijgt een begunstigde jegens een afgezonderd particulier vermogen een concreet juridisch afdwingbaar recht, dan wordt een schenking aan de begunstigde geconstateerd die daarvoor wordt belast. Vervolgens wordt de begunstigde voor het verkregen recht in de inkomstenbelastingheffing betrokken.

De regeling staat in het teken van de constructiebestrijding en beoogt de belastingdienst toereikende middelen te geven om constructies in de uitvoeringssfeer effectief te bestrijden.

Bij het tot stand brengen van de nieuwe wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen heeft de wetgever naar mijn mening onvoldoende rekening gehouden met de eisen die behoorlijk overgangsbeleid stelt aan de totstandkoming van een wettelijke regeling met onmiddellijke werking met materieel terugwerkende kracht. Eerbiedigende werking voor hen – die op basis van een omgekeerde bewijslast – kunnen aantonen dat het tot stand brengen van een *discretionary trust* zijn oorzaak niet vindt in een beoogde aanmerkelijke belastingbesparing, maar in valabele persoonlijke en zakelijke argumenten ontbreekt namelijk.

Ten aanzien van de vraag wat onder een afgezonderd particulier vermogen moet worden verstaan – toerekening van (de opbrengst van) het *trust*vermogen geschiedt namelijk indien van zulk een vermogen sprake is – is de wetgever onvoldoende duidelijk geweest. Amorfe begrippen als “particulier belang” en “meer dan bijkomstig belang” worden niet gedefinieerd. Evenmin is duidelijk wat het ijkpunt moet zijn om vast te stellen dat van “een particulier belang” of “een meer dan bijkomstig belang” sprake is.

4.2.2 Conclusie

Discretionary trusts inter vivos vóór 1 januari 2010

Ten aanzien van een *trust inter vivos* welke vóór 1 januari 2010 tot stand kwam, kan

gelet op de “novemberarresten” worden geconcludeerd, dat de criteria waaraan moet worden getoetst of wel of niet sprake is van een fiscaal aan te merken entiteit, door de Hoge Raad eenduidig zijn vastgesteld. Criteria die naar mijn mening ook bepalend zijn voor de vraag of een *discretionary trust* voor de heffing van het successierecht, de inkomstenbelasting én de vennootschapsbelasting als een als doelvermogen aan te merken fiscale entiteit dient te worden gekwalificeerd. Echter, door de *discretionary trust* als een doelvermogen aan te merken was van een fiscale erkenning van de de *discretionary trust* naar mijn mening *de facto* geen sprake. Het tot stand willen brengen van zulk een *trust* werd namelijk vanwege de aan de totstandbrenging verbonden financiële gevolgen ernstig belemmerd. Het ware dan ook beter geweest indien de wetgever ter bevordering van de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid meer tijdig op evenwichtige wijze had ingegrepen, zonder het in beginsel niet erkennen van de *discretionary trust* wettelijk vast te leggen. De wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen doet dit echter wel, hetgeen valt te betreuren.

De discretionary trust mortis causa vóór 1 januari 2010

Ten aanzien van de vorming van een *discretionary trust mortis causa* zou de benadering waarvoor de Hoge Raad in het kader van de heffing van het schenkingsrecht heeft gekozen, eveneens hebben gegolden, hetgeen vanwege de toepassing van het derdetarief ook voor de heffing van successierecht tot een onredelijk resultaat zou hebben geleid. Ook dit zou voor de wetgever voldoende redenen moeten zijn geweest om een wettelijke regeling tot stand te brengen, die de gevolgen van de totstandkoming van een *discretionary trust mortis causa* voor de heffing van successierecht eenduidig zou hebben geregeld en de gevolgen van de jurisprudentie van de Hoge Raad zou hebben gemitigeerd.

De revocable discretionary trust

Wat betreft een *revocable discretionary trusts* is geconcludeerd dat de *trust* de eigendom van de *trustgoederen* verkrijgt, ook al heeft de *settlor* zich het recht herroeping voorbehouden. De *trustee* houdt immers vanaf het moment van overdracht der *trustgoederen* de *legal property* van de *trustgoederen*, terwijl de *discretionary trust* de *beneficial rights* houdt. Pas als de *settlor* van zijn *power of revocation* gebruik maakt ontstaat de verplichting van de *trustee* om de *trustgoederen* geheel of gedeeltelijk aan de *settlor* terug te geven.

De wettelijke regeling per 1 januari 2010

Tot slot kan getwijfeld worden aan de zorgvuldigheid waarmee de per 1 januari

2010 van kracht zijnde regelingen betreffende een afgezonderd particulier vermogen tot stand zijn gekomen. De omvang van de wettelijke regelingen en de – om politieke en budgettaire redenen – geboden haast hebben ertoe geleid dat de waarborgen welke de kwaliteit van wetgeving dienen te verzekeren, in het gedrang zijn gekomen. Mede vanwege *overkill* kunnen de tot stand gekomen wettelijke regelingen op wezenlijke onderdelen de toets der rechtvaardigheid niet of nauwelijks doorstaan. Een behoedzame en systematisch verantwoorde afweging van belangen welke in een wetgevingsproces een cruciale rol dienen te spelen, heeft naar mijn mening in belangrijke mate ontbroken. Ook in het belastingrecht dient een evenwichtige afweging tussen enerzijds het rechtzekerheidsbeginsel dat om eerbiedigende werking vraagt en anderzijds het gelijkheidsbeginsel en het “doel van het recht” die materieel terugwerkende kracht kunnen rechtvaardigen, plaats te vinden. De vraag kan worden gesteld of de weging tussen het rechtzekerheidsbeginsel enerzijds en het gelijkheidsbeginsel en “het doel van het recht” anderzijds in de wettelijke regelingen betreffende het afgezonderd particulier vermogen op zodanige wijze heeft plaats gevonden dat de regelingen harmoniëren met het belastingrecht als een doelmatig functionerend onderdeel van de rechtsorde. Naar mijn mening kan dienaangaande slechts worden geconcludeerd dat daar waar het belastingplichtigen betreft die afgezonderde particuliere vermogens om valabele en persoonlijke redenen tot stand hebben gebracht/brengen en waarbij fiscale grensverkenning nauwelijks of geen rol speelt, er sprake is van een onjuiste afweging van deze rechtsbeginselen en daarmee van een onaanvaardbare onevenwichtigheid in wetgeving.

Voorts heeft het vrijwel ontbreken van overgangsrecht waardoor terugwerkende kracht wordt voorkomen, tot gevolg dat dubbele belastingheffing kan ontstaan. Een wettelijke maatregel waaraan per definitie de gedachte ten grondslag ligt dat het tot stand brengen van een *discretionary trust* (vrijwel uitsluitend) belastingverijdeling tot doel heeft en dan nog op een wijze dat daarmee doel en strekking van de wet wordt miskend, gaat naar mijn mening rechtens te ver, ook al is de uitvoeringspraktijk weerbarstig. Niet goed valt in te zien waarom een *settlor* die (een deel van) zijn vermogen in een *discretionary trust* wil afzonderen en afscheiden, met de daaraan verbonden heffingsgevolgen, bij de keuze van de vestigingsplaats geen fiscale optimalisatie zou mogen nastreven, aangenomen dat de *settlor* – in het kader van de omgekeerde bewijslast – kan aantonen dat:

a) fiscale motieven geen overwegende rol hebben gespeeld, maar dat de feiten en de omstandigheden, anders dan het in het *trustland* geldende belastingregime, aanvaardbare redenen zijn die het rechtvaardigen dat vermogen in een in een *taxhaven* gevestigde *trust* is ondergebracht, en

b) het afgezonderde en afgescheiden vermogen daadwerkelijk juridisch en economisch in het buitenland wordt gehouden, waarbij van een beslissende zeggenschap en beschikkingsmacht over het vermogen door de insteller of zijn *partner* dan wel erfgenamen geen sprake is.

Van een goede afweging tussen het rechtszekerheidsbeginsel enerzijds en het gelijkheidsbeginsel en “het doel van het recht “ anderzijds is dan ook naar mijn mening geen sprake. Kortom, de voorgestelde regelingen betreffende het afgezonderd particulier vermogen hadden – algemene beginselen van behoorlijke wetgeving in aanmerking nemend – op wezenlijke onderdelen niet tot stand mogen komen, temeer nu naar mijn mening een methodologisch en wetstechnisch beter alternatief denkbaar is¹⁰⁷⁸.

4.3 De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de *fixed trust*

4.3.1 Samenvatting

Onderzocht is hoe een door een door een *settlor* hetzij bij leven, hetzij bij overlijden tot stand gebrachte *fixed trust* voor de heffing van het schenkings-, successierecht en de inkomstenbelasting dient te worden gekwalificeerd.

Daarbij is gebleken dat eerst vastgesteld dient te worden:

- 1) uit welke vermogensbestanddelen het *trust*vermogen is samengesteld,
- 2) welke rechten aan de *beneficiaries* met betrekking tot het vermogen en/of de opbrengsten daarvan door de *settlor* zijn toegekend,

teneinde te trachten op basis daarvan vast te stellen of sprake is van een rechtstreekse (gedeeltelijke) gerechtigdheid van de *beneficiaries* tot het *trust*vermogen en/of de inkomsten daaruit, dan wel dat de *trust* fiscaalrechtelijk als een entiteit moet worden beschouwd. Het belang hiervan is dat bij het ontbreken van een entiteit het juridisch en economisch belang bij het *trust*vermogen rechtstreeks aan de *beneficiaries* toebehoort zodat de inkomsten uit het *trust*vermogen rechtstreeks door de *beneficiaries* worden genoten.

Omdat in het geval van een *fixed trust* de *beneficiaries* rechtsreeks van de *settlor* bepaalde of bepaalbare rechtens afdwingbare vermogensrechten ten aanzien van het *trust*vermogen en/of de inkomsten daaruit verkrijgen, tengevolge

¹⁰⁷⁸ Zie Deel 5, 1.4. “Een voorstel voor een nieuwe wettelijke regeling betreffende doelvermogens”.

waarvan zij voortaan de juridisch en economisch belanghebbenden zijn, kan geen sprake zijn van het niet toebehoren van het *trust*vermogen en/of de opbrengsten daaruit aan een of meer (rechts)personen, hetgeen blijkens de door de Hoge Raad in de “novemberarresten” gehanteerde omschrijving van het begrip doelvermogen een van de kenmerkende elementen daarvan is. Het juridische en economische belang bij het tot een bepaald doel afgezonderd en afgescheiden vermogen behoort juist wél toe aan een of meer (rechts)personen, zijnde de door de *settlor* aangewezen *beneficiaries*. Geconcludeerd is dan ook dat een *fixed trust* geen als doelvermogen aan te duiden zelfstandige entiteit vormt, zodat het *trust*vermogen en/of de opbrengsten daaruit rechtstreeks aan *beneficiaries* dienen te worden toegerekend en de inkomsten uit de *trust* door hen rechtstreeks worden genoten, terwijl het genoten inkomen haar bronkarakter – behoudens een enkele uitzondering – behoudt. Dat *fixed trusts* niet als entiteiten moeten worden aangemerkt, is naar mijn mening ook uit de jurisprudentie af te leiden, zij het echter dat in de literatuur het standpunt wordt verdedigd dat met name uit de arresten van de Hoge Raad 14 juli 2006, nr. 39 201, *BNB* 2007/18*; 14 juli 2006, nr. 39 262, *BNB* 2007/19* en Hoge Raad 26 oktober 2007, nr. 42 537, *BNB* 08/122c zou zijn af te leiden dat *fixed trusts* wél entiteiten zouden zijn, tenzij *beneficiaries* over een ver reikende beschikkingssmacht over het *trust*vermogen zouden beschikken. Een standpunt dat door het Hof Arnhem, 8 juli 2005, nr. 03/2416, door de Advocaat-Generaal *Overgaauw* in het arrest HR 26 oktober 2007, nr. 42 537, *BNB* 2008/22c en door mij niet wordt gedeeld. Waar het om gaat is of door de *settlor* aangewezen *beneficiaries* rechtstreeks gerechtigd zijn tot het *trust*vermogen als zodanig en/of de opbrengsten daaruit en wel zodanig dat zij geacht kunnen worden de juridisch belanghebbenden bij het *trust*vermogen te zijn en niet of zij de beschikkingssmacht over het *trust*vermogen hebben. Daarbij is niet de civielrechtelijke werkelijkheid allesbepalend, maar moet worden gekeken naar de feitelijke omstandigheden. Het valt uit een oogpunt van rechtsvorming te betreuren dat de Hoge Raad in de genoemde arresten geen expliciet oordeel heeft uitgesproken over de vraag of een *fixed trust* al dan niet als een zelfstandige entiteit moet worden aangemerkt. Aangenomen dat een zelfstandige fiscale entiteit alleen dan in beeld komt, als vaststaat dat door de *settlor* bij het tot stand brengen van de *trust* door hem geen geïndividualiseerde *beneficiaries* zijn aangewezen en door hem geen rechten van individuele *beneficiaries* zijn bepaald en dat de besluitvorming dienaangaande geheel in handen van de *trustee* is gelegd, dan is er geen reden om te veronderstellen dat een *fixed trust*, die wél geïndividualiseerde *beneficiaries* kent, met wél aan hen individueel toegekende bepaalde/bepaalbare vermogensrechten en waarvan de *trustee* geen discretionaire bevoegdheden heeft ten aanzien van de vaststelling wie *beneficiaries* zullen zijn en wat de aard en omvang van hun rechten is, eveneens als een zelfstandige

entiteit zou moeten worden aangemerkt. Van een “zwevend *trust*vermogen” of van “zwevende inkomsten” daaruit, op grond waarvan het ontstaan/bestaan van een zelfstandige entiteit verdedigbaar zou zijn, is immers geen sprake. Vandaar dat is geconcludeerd dat een *fixed trust* geen entiteit is, hetgeen noodzaakt tot het vaststellen uit welke vermogensbestanddelen het *trust*vermogen is samengesteld en welke rechten aan *beneficiaries* met betrekking tot het *trust*vermogen en/of de opbrengsten daarvan door de *settlor* zijn toegekend. Het gevolg is dat de tot het *trust*vermogen behorende vermogensbestanddelen voor de *beneficiaries* evenzovele bronnen van inkomen vormen, waarvan de inkomsten door hen in beginsel als zodanig worden genoten¹⁰⁷⁹.

Omdat een *fixed trust* naar mijn mening niet als een entiteit kan worden aangemerkt, kan deze *trust*vorm ook niet als een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in art. 2.14a lid 2 Wet inkomstenbelasting 2001 kwalificeren. Met als gevolg dat ook geen sprake kan zijn van toerekening van het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen. Aan het meest onderscheidende kenmerk van een fiscaal non-transparante entiteit wordt namelijk niet voldaan. Er is bij een *fixed trust* geen sprake van het ontbreken van een directe rechtsband met subjectief gerechtigden, zodat het vermogen en de resultaten daaruit rechtstreeks aan de subjectief gerechtigden, de *beneficiaries*, rechtsreeks toevallen. Dientengevolge staat niets de vereenzelviging van het *trust*vermogen met de *beneficiaries* in de weg. Gelet op het feit dat de Hoge Raad een als *express private trust* aan te merken doelvermogen alleen dan als verkrijger aanmerkt, indien de *beneficiaries* slechts een blote verwachting ten aanzien van het *trust*vermogen en de inkomsten daaruit verkrijgen, waardoor “zwevend vermogen” zou ontstaan, is naar mijn mening te verwachten dat de Hoge Raad een *fixed trust* ook onder de nieuwe wettelijke regelingen betreffende het afgezonderd particulier vermogen niet als een doelvermogen voor de heffing van de schenk-, erf-, en inkomstenbelasting zal aanmerken. De *beneficiaries* verkrijgen bij een *fixed trust* van de *settlor* immers rechtstreeks zodanig juridisch afdwingbare rechten met betrekking tot het *trust*vermogen dat zij voortaan de juridisch en economisch belanghebbenden bij het *trust*vermogen zijn en rechtstreeks de *trust*inkomsten genieten.

De veronderstelling dat een *fixed trust* een als afgezonderd particulier vermogen aan te merken entiteit zou zijn omdat sprake zou zijn van een schenking aan een doelvermogen onder de last uitkeringen te doen aan daartoe aangewezen *beneficiaries* acht ik onjuist omdat: a) *beneficiaries* geen lastbevoordeelden zijn, maar rechtstreeks gerechtigden tot vermogensbestanddelen/vermogensopbrengsten

¹⁰⁷⁹ Zie hierover Deel 4, 2.4 “De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting nadat een *fixed trust* is ontstaan”.

zijn en b) een *fixed trust* niet tot stand komt vanwege een overeenkomst, maar vanwege een eenzijdige rechtshandeling.

4.3.2 Conclusie

Een *fixed trust* vormt geen als doelvermogen aan te merken zelfstandige fiscale entiteit. De *settlor* heeft immers bij het tot stand brengen van de *trust* bepaald wie de *beneficiaries* zijn, dat zij zodanige rechten verkrijgen ten aanzien van het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan dat zij voortaan de juridisch en economisch belanghebbenden zijn, terwijl aan de *trustee* geen discretionaire bevoegdheden toekomt. Daarmee wordt fiscaalrechtelijk niet aan een der kenmerken van een doelvermogen voldaan, namelijk het niet toebehoren van het vermogen en de opbrengsten aan een of meer (rechts)personen. Integendeel, het tot een bepaald doel afgezonderd en afgescheiden vermogen behoort juist wel toe aan een of meerdere (rechts)personen, zijnde de door de *settlor* aangewezen *beneficiaries*. Het gevolg hiervan is dat het *trust*vermogen rechtstreeks aan de *beneficiaries* dient te worden toegerekend, zodat de tot het *trust*vermogen behorende vermogensbestanddelen voor de *beneficiaries* evenzovele bronnen van inkomen vormen, waarvan de inkomsten daaruit door hen in beginsel als zodanig worden genoten.

Vorenstaande heeft tot gevolg dat een *fixed trust* ook niet als een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in art. 2.14 a Wet inkomstenbelasting 2001 kwalificeert, zodat van een toerekening van het *trust*vermogen en de opbrengsten daaruit aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen geen sprake kan zijn.

Deel 4

De fiscaalrechtelijke gevolgen van de kwalificatie

Hoofdstuk 1

De fiscaalrechtelijke gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust*

1.1 Inleiding

In dit deel van de studie wordt onderzocht wat de fiscale gevolgen onder het positieve recht zijn van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust*. Daarbij wordt het onderscheid gemaakt tussen de fiscale gevolgen voor de heffing van de schenkbelasting, de erfbelasting, de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting.

In paragraaf 2 komt ten aanzien van de schenkbelasting de vraag aan de orde hoe het bepaalde in art. 17 a Successiewet 1956 zich verhoudt tot het bepaalde in art. 2.14a lid 1 en 7 van de Wet inkomstenbelasting 2001. Met andere woorden, is schenkbelasting verschuldigd indien een afgezonderd particulier vermogen tot stand komt dat in een belasting naar de winst wordt betrokken die resulteert in een heffing naaar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven berekende winst. Voorts wordt de fictiebepaling van art. 16 Successiewet 1956 besproken ten gevolge waarvan bezittingen en schulden van een afgezonderd particulier vermogen ook op het moment van overlijden van de inbrenger dan wel zijn erfgenamen tot zijn/hun vermogen en daarmee tot zijn/hun nalatenschap geacht worden te behoren. Een veronderstelde civielrechtelijke realiteit die er niet is en die de vraag rechtvaardigt of zulk een verregaande fictie uit het oogpunt van beginselen van behoorlijke wetgeving gelegitimeerd is. Ook wordt de in art. 2.14a lid 6 Wet inkomstenbelasting 2001 opgenomen tegenbewijregeling beoordeeld, een regeling die tegenbewijs in het geval van een *discretionary trust* niet mogelijk maakt.

In paragraaf 3 worden de fiscale gevolgen onderzocht van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* voor de heffing van inkomstenbelasting onder het positieve recht. Vastgesteld wordt dat het toerekenen van bezittingen en schulden alsmede opbrengsten en uitgaven van een afgezonderd particulier vermogen aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen er toe kan leiden dat afhankelijk van de omstandigheden belasting wordt geheven van personen die in het geheel niet dan wel slechts ten dele voordeel zullen genieten uit het afgezonderd particulier vermogen. Opgemerkt wordt voorts dat het opvallend is dat tijdens de parlementaire behandeling geen enkele aandacht is besteed aan de gevolgen van de wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen voor degenen die zich als buitenlander al dan niet kortstondig metterwoon in Nederland vestigen en die bij een *discretionary trust* betrokken zijn c.q. zouden kunnen worden. Vervolgens wordt aandacht

besteed aan de in art. 2.14a lid 6 Wet inkomstenbelasting 2001 opgenomen tegenbewijsregeling. Een regeling die een verzwaarde omgekeerde bewijslast betreft. Een regeling die tot gevolg kan hebben dat vanwege wetsfictie een (deel van een) *trust*vermogen wordt toegerekend zonder dat van een civielrechtelijke gerechtigdheid tot het vermogen sprake is, met als gevolg dat inkomstenbelasting verschuldigd wordt over niet genoten inkomen. Tot slot wordt aandacht besteed aan de in art. 2.14a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001 opgenomen regeling ter voorkoming van dubbele belasting. Een regeling die inhoudt dat de toerekening ex art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001 geen toepassing vindt indien 1) een naar buitenlands fiscaal recht als zelfstandige entiteit aan te merken afgezonderd particulier vermogen in een belasting naar de winst van ten minste 10% wordt betrokken over een naar Nederlandse maatstaven te bepaalde belastbare winst; 2) een als afgezonderd particulier vermogen aan te merken buitenlandse rechtsfiguur als een buitenlands belastingplichtig lichaam als bedoeld in art. 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 kwalificeert. Een regeling die naar mijn mening voor Nederlandse belastingplichtigen een stimulans vormt om – zonder heffing van schenkingsrecht – vermogen in een *discretionary trust* onder te brengen.

In paragraaf 4 komen de fiscale gevolgen voor de heffing van vennootschapsbelasting onder het positieve recht aan de orde van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust*. Daarbij wordt onderzocht wat de gevolgen voor de heffing van vennootschapsbelasting zijn indien een als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* tot stand komt, welk doelvermogen Nederlands inkomen als bedoeld in art. 17 lid 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 geniet. Aandacht wordt besteed aan de vraag wanneer een privaatrechtelijk als rechtssubject te kwalificeren entiteit een voor de heffing van vennootschapsbelasting zelfstandig belastingssubject vormt; of de belastingplicht van buitenlandse doelvermogens niet in strijd is met non-discriminatiebepalingen in belastingverdragen of het EG-verdrag en aan het feit dat de wettelijke regeling betreffende het belastingobject fundamenteel afwijkt van die voor binnenlandse belastingplichtigen. Ten slotte komen nog enkele bijzondere vraagstukken aan de orde. Zo wordt aandacht besteed aan de vraag of uit de openingsbalans van de als doelvermogen aan te merken *discretionary trust* dient te blijken dat deze de eigendom van het *trust*vermogen slechts fiduciair houdt, zodat de entiteit het *trust*vermogen nimmer als eigen vermogen kan verkrijgen. Alsook de vraag wat de gevolgen voor het bestaan van een buitenlands doelvermogen zijn indien door een *trustee* aan *beneficiaries* afdwingbare vermogensrechten worden toegekend.

Paragraaf 5 rondt dit deel van de studie af met een samenvatting en conclusie.

1.2 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* voor de heffing van de schenk- en erfbelasting

1.2.1 De gevolgen voor de heffing van de schenkbelasting

1.2 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* voor de heffing van de schenk- en erfbelasting

1.2.1 De gevolgen voor de heffing van de schenkbelasting

Ingevolge art. 17a Successiewet 1956 vormt het afzonderen van vermogen in een (als *discretionary trust* aan te merken) afgezonderd particulier vermogen geen schenking van de inbrenger aan het desbetreffende afgezonderd particulier vermogen. De afzondering van vermogen, als bedoeld in art. 2.14a van de Wet inkomstenbelasting 2001, wordt namelijk niet als een verkrijging¹⁰⁸⁰ aangemerkt. In het licht van de toerekeningsbepalingen in de Successiewet 1956 en in de Wet inkomstenbelasting 2001 wordt de inbrenger geacht niet te zijn verarmd. Dit geldt zowel voor het afzonderen ten tijde van het instellen van het afgezonderd particulier vermogen, als voor nadien plaats gevonden hebbende afzonderingen. Ingeval na het overlijden aan een erfgenaam van de erflater wordt toegerekend, worden nadien door deze erfgenaam verrichte afzonderingen ook geacht geen schenkingen te vormen. Deze bepaling en die van art. 17 hiervoor vloeien logisch voort uit het feit dat de totstandkoming van een afgezonderd particulier vermogen wordt genegeerd.

Ten aanzien van het bepaalde in art. 17a Successiewet 1956 doet zich de vraag voor hoe deze bepaling zich verhoudt tot het bepaalde in art. 2.14a lid 1 en lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001. Ingevolge art. 17a vormt het tot stand brengen van een zelfstandige entiteit, zoals een *discretionary trust* geen belastbare schenking. De overgedragen vermogensbestanddelen worden immers ingevolge het bepaalde in art. 2.14a lid 1 fictief aan de inbrenger toegerekend. Art. 2.14a lid 7 bepaalt echter dat bezittingen en schulden alsmede opbrengsten en uitgaven, als bedoeld in het eerste lid van art. 2.14a lid 1, niet tot de aan de inbrenger toe te rekenen bezittingen en schulden alsmede opbrengsten en uitgaven worden gerekend mits de entiteit, het afgezonderd particulier vermogen, in een belasting naar de winst wordt betrokken die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven berekende winst.

Het feit dat in art. 17a geen uitzondering wordt gemaakt voor vermogensbestanddelen waarop art. 2.14a lid 7 ziet, heeft naar mijn mening tot gevolg dat het tot stand brengen van een entiteit die aan de heffingsvoorwaarden van art. 2.14a lid 7 voldoet evenmin tot heffing van schenkbelasting leidt. Met andere woorden, indien een *settlor* een *discretionary trust* tot stand brengt welke *trust* in het buitenland wordt betrokken in een belasting naar de winst die resulteert

¹⁰⁸⁰ Ook het feit dat in art. 17a Successiewet 1956 sprake is van “verkrijging” duidt erop dat het afgezonderd particulier vermogen niet geacht wordt transparant te zijn. Zie ook Auerbach, 2010, p. 1174.

in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst, waarbij de artikelen 12 b (octrooibox) en 12c (groepsrentebox) van de Wet op de vennootschapsbelasting buiten toepassing blijven, dan wordt de afzondering en afscheiding van vermogen niet als een verkrijging aangemerkt.

Tengevolge van de afzondering en afscheiding - er is namelijk sprake van een afzondering van vermogen als bedoeld in art. 2.14a lid 3 - komt een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in art. 2.14a tot stand, waarvan de daarin afgezonderde en afgescheiden vermogensbestanddelen vanwege het bepaalde in art. 2.14a lid 7 niet aan de inbrenger worden toegerekend. Uit niets blijkt dat art. 17a Successiewet 1956 niet van toepassing is op een dergelijk afgezonderd particulier vermogen. Dit betekent dat het overdragen van vermogensbestanddelen aan een buitenlandse entiteit zonder heffing van schenkingsrecht mogelijk zou zijn, zonder dat toerekening van de vermogensbestanddelen en de opbrengsten daaruit aan de insteller kan plaatsvinden. De toerekeningsregel is immers ingevolge het bepaalde in art. 2.14a lid 7 niet van toepassing¹⁰⁸¹. Dit kan met name interessant zijn indien het vermogensbestanddelen betreft die bij rechtstreekse toerekening aan de inbrenger of zijn erfgenamen tot een hogere Nederlandse belastingheffing leiden dan de heffing van ten minste 10% over de naar Nederlandse maatstaven te berekenen winst van het als zelfstandige buitenlandse entiteit aan te merken afgezonderd particulier vermogen. Gedacht kan worden aan aanmerkelijkbelang aandelen.

De in art. 17a van de Successiewet 1956 opgenomen regeling biedt daarnaast nog een ander niet voorzien gevolg. Zo wordt het aantrekkelijk om alvorens men emigreert naar een land dat *trust*vermogen niet aan de inbrenger toerekent, dan wel over de inkomsten uit en/of het bezit van het *trust*vermogen geen belasting heft, vermogen onbelast in zulk een *trust* onder te brengen.

1.2.1.1 Verkrijgingen van een afgezonderd particulier vermogen door schenkingen

De in art. 17 van de Successiewet 1956 opgenomen regeling ziet op verkrijgingen afkomstig van een afgezonderd particulier vermogen door schenkingen. Deze verkrijgingen afkomstig van een afgezonderd particulier vermogen worden geacht schenkingen te zijn afkomstig van de inbrenger, of na diens overlijden van diens erfgenamen en de daarop volgende erfgenamen. Aan deze persoon of personen worden de bezittingen en schulden van het afgezonderd particulier vermogen toegerekend. Het afgezonderd particulier vermogen, lees: de *trust*,

¹⁰⁸¹ Ook het bepaalde in art. 16 lid 1, 2^e volzin Successiewet 1956 vormt naar mijn mening een argument *à contrario* voor het standpunt dat bij een art. 2.14a lid 7-*trust* geen sprake is van een schenking.

1.2 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken discretionary trust voor de heffing van de schenk- en erfbelasting

1.2.1.2 Het toepasselijke tarief bij verkrijgingen van een afgezonderd particulier vermogen

wordt immers genegeerd. Ten overvloede wordt nog vermeld dat indien de schenker in Nederland woont, dat dan sprake is van een belastbare schenking, ongeacht de woonplaats van de begiftigde. Uit de bij de tweede nota van wijziging aan lid 1 toegevoegde volzin blijkt dat indien wordt verkregen van een afgezonderd particulier vermogen de verkrijging in de grondslag betrokken dient te worden ongeacht of het afgezonderd particulier vermogen ingevolge art. 2.14a, lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001 zelf in een naar Nederlandse maatstaven reële belasting naar de winst wordt betrokken of dat de bezittingen en schulden worden toegerekend aan de inbrenger of diens erfgenamen. Met andere woorden de fictie van art. 17 geldt ook voor vermogensbestanddelen die ingevolge art. 2.14a, lid 7 niet worden toegerekend.

Het tweede lid bevat de mogelijkheid bij ministeriële regeling nadere regels te stellen ter zake van de in dit artikel bedoelde schenkingen.

1.2.1.2 Het toepasselijke tarief bij verkrijgingen van een afgezonderd particulier vermogen

Omdat schenkingen door een afgezonderd particulier vermogen geacht worden schenkingen te zijn door de persoon of personen aan wie de bezittingen en schulden ervan worden toegerekend, is in art. 26a Successiewet 1956 een bepaling opgenomen over het in die situatie toepasselijke tarief. In de lijn van de voorgestelde systematiek van transparantie wordt ook het afgezonderd vermogen genegeerd en gekeken naar de achterliggende personen aan wie de bezittingen en schulden worden toegerekend. Dit betekent tevens dat iedere inbrenger en na zijn overlijden, zijn erfgenamen zonder heffingsgevolgen zijn deel uit het afgezonderd particulier vermogen kan halen. Voorwaarde is wel dat ieders bezittingen en schulden goed geadmistreerd zijn en de handelswijze controleerbaar is¹⁰⁸². De collectieve benadering van art. 26a Successiewet 1956 heeft derhalve niet tot gevolg dat belasting wordt geheven over uitkeringen aan personen aan wie de bezittingen en schulden van het afgezonderd particulier vermogen worden toegerekend.

¹⁰⁸² Zie Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, I-N 2009/41.2 p. 97.

1.2.2 De gevolgen voor de heffing van de erfbelasting

De in de tekst van art. 16 Successiewet 1956 nieuw opgenomen fictiebepaling¹⁰⁸³ moet volgens de Staatssecretaris in samenhang worden gezien met de toerekeningsbepaling van art. 2.14a van de Wet inkomstenbelasting 2001 voor een afgezonderd particulier vermogen. Art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001 regelt namelijk dat na het overlijden van de persoon die vermogen heeft afgezonderd, de bezittingen en schulden alsmede opbrengsten en uitgaven van een afgezonderd particulier vermogen worden toegerekend aan diens erfgenamen, en bij hun overlijden aan de opvolgende erfgenamen, waarbij het begrip erfgenaam uitgelegd wordt conform het wettelijk erfrecht of zoals bij testament is bepaald. Aldus zou ieder overlijden er toe leiden dat de opvolgende erfgenaam (van generatie op generatie) het vermogen van het afgezonderd particulier vermogen krijgt toegerekend¹⁰⁸⁴. Op deze wijze zouden bezittingen en schulden alsmede opbrengsten en uitgaven niet in een latere fase tussen wal en schip vallen. Nadat de Staatssecretaris nog heeft verklaard dat bewust is gekozen voor de term erfgenaam en niet voor de term verkrijger krachtens erfrecht omdat onder de laatste term ook legatarissen en lastbevoordeelden zouden kunnen vallen, waaraan toerekening tot onredelijke gevolgen zou kunnen leiden¹⁰⁸⁵, wordt door hem aandacht besteed aan de vraag of bij de wettelijke toerekening rekening moet worden gehouden met het feit dat in een *discretionary trust* niet alle kinderen van de inbrenger *beneficiary* zijn¹⁰⁸⁶. Omdat toerekening op basis van het al dan niet aangewezen zijn als *beneficiary* manipulaties en onduidelijkheden in de hand kan werken, vindt toerekening aan alle erfgenamen plaats. Alleen als blijkt dat een erfgenaam rechte dan wel in feite, direct of indirect, (hoe dan ook) geen begunstigde is van het particulier vermogen en dit ook niet kán worden, kan in overeenstemming met het zesde lid een andere toerekening tot stand komen.

Het bezwaar tegen deze regeling is dat afhankelijk van de omstandigheden belasting wordt geheven van personen die in het geheel niet dan wel slechts ten dele voordeel zullen genieten uit het afgezonderd particulier vermogen. Dit zal bv. het geval zijn indien de erfgenamen en de begunstigten niet

¹⁰⁸³ De fictiebepaling in art. 16 lid 1 Successiewet 1956 houdt in dat de bezittingen en schulden van een afgezonderd particulier vermogen die tot het overlijden van de erflater aan deze zijn toegerekend en met ingang van zijn overlijden aan zijn erfgenamen, geacht worden door de erfgenamen krachtens erfrecht te zijn verkregen en wel per erfgenaam voor het deel dat aan de erfgenaam wordt toegerekend.

¹⁰⁸⁴ Zie art. 2.14a lid 1, 3^e volzin Wet inkomstenbelasting 2001.

¹⁰⁸⁵ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, V-N 2009/22.3, p. 86.

¹⁰⁸⁶ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, V-N 2009/22.3, p. 86.

1.2 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken discretionary trust voor de heffing van de schenk- en erfbelasting

1.2.2 De gevolgen voor de heffing van de erfbelasting

dezelfde personen zijn en de erfgenamen niet kunnen aantonen dat zij niet tot de groep van potentiële *beneficiaries* behoren¹⁰⁸⁷. Voorts kan de uitvoering van de regeling op langere termijn – nadat meerdere fictieve verervingen over meerdere generaties hebben plaatsgevonden en het afgezonderd particulier vermogen daardoor over vele, mogelijkterwijs ook in het buitenland wonende erfgenamen is verdeeld – probleem opleveren, waarbij telkens wanneer een schenking plaatsvindt de mate van verwantschap van de erfgenamen moet worden vastgesteld.

Voorts wordt nog vermeld dat toerekening niet geschiedt op basis van de individuele vermogensbestanddelen die zijn ingebracht, maar vanuit gemeenschappelijkheid. Daarbij worden de vermogensbestanddelen geacht met elkaar te versmelten¹⁰⁸⁸, hetgeen tot heffing van belasting vanwege vervreemding aanleiding kan geven¹⁰⁸⁹. Indien een erfgenaam bij liquidatie van het afgezonderd particulier vermogen zijn evenredig en tevens goed geadmistreerd deel krijgt uitgekeerd, is geen sprake van een schenking tussen erfgenamen¹⁰⁹⁰.

Uitgangspunt van de regeling

Uitgangspunt van de regeling is dat bezittingen en schulden van een afgezonderd particulier vermogen niet alleen tijdens het leven van de inbrenger, maar ook op het moment van overlijden van de inbrenger tot zijn vermogen en daarmee tot zijn nalatenschap behoren¹⁰⁹¹. Het gevolg hiervan is – zo stelt de toelichting –

¹⁰⁸⁷ In gelijke zin *Sonneveldt/de Kroon*. Zij geven nog als voorbeeld erfgenamen die *beneficiaries* zijn doch die vanwege de discretionaire bevoegdheid van de *trustee* (*power of exclusion*) als *beneficiaries* worden afgevoerd of indien andere *beneficiaries* worden toegevoegd (*power of addition*). De in art. 2.14a lid 6 wetsvoorstel opgenomen tegenbewijsregeling voldoet in deze situaties niet. Zie F. Sonneveldt/B.B.A. de Kroon, 2009, p. 735.

¹⁰⁸⁸ In de Memorie van antwoord, Kamerstukken I 2009/10, 31930 heeft de staatssecretaris aangekondigd dat de wijze van toerekening indien er sprake is van versmelting nader wordt uitgewerkt in een ministeriële regeling.

¹⁰⁸⁹ Zie in de Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3 gegeven voorbeelden, *V-N* 2009/22.3, p. 86.

¹⁰⁹⁰ Zie Memorie van antwoord, Kamerstukken I 2009/10, 31930, p. 35.

¹⁰⁹¹ Om beter tot uitdrukking te brengen dat ook het voor de winstbelasting belastbare gedeelte van een afgezonderd particulier vermogen in de heffing van de erfbelasting kan vallen, is bij de Tweede nota van wijziging aan art. 16, lid 1 (en 17) Successiewet 1956 een tweede volzin toegevoegd, op grond waarvan zowel het niet als het wel voor de winstbelasting belastbare gedeelte van de bezittingen en de schulden van een afgezonderd particulier vermogen in de grondslag voor de erfbelasting dienen te worden betrokken ingeval de inbrenger, of na zijn overlijden diens erfgenaam, overlijdt. Daarmee is het afgezonderd particulier vermogen een hybride entiteit geworden: transparant voor de Successiewet 1956 en non-transparant voor de Wet inkomstenbelasting 2001 voorzover art. 2.14a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001 van

dat iedere erfgenaam zodoende krachtens erfrecht zijn deel van de nalatenschap verkrijgt¹⁰⁹². Deze voorstelling van zaken gaat naar mijn mening echter voorbij aan de civielrechtelijke realiteit. De erfgenaam verkrijgt namelijk zijn deel in de nalatenschap niet krachtens erfrecht, maar vanwege een toerekening die berust op een fiscale wetsfictie die aan hetgeen erfrechtelijk geldt geheel voorbij gaat. De overdracht van vermogen tijdens leven door een *settlor* aan een *trustee* teneinde daardoor een *discretionary trust* tot stand te brengen heeft, aangenomen dat aan alle vereisten voor een rechtsgeldige eigendomsoverdracht zijn voldaan, tot gevolg dat het vermogen civielrechtelijk niet meer tot het vermogen van de *settlor* behoort en daarmee evenmin tot zijn nalatenschap bij overlijden. Omdat het erfrecht bij de civielrechtelijke werkelijkheid aansluit, kunnen erfgenamen derhalve erfrechtelijk geen deel in een afgezonderd particulier vermogen verkrijgen. Het gevolg van de wetsfictie is echter wel dat de erfgenamen fiscaal geacht worden wél een deel uit het afgezonderd particulier vermogen te verkrijgen en daarover erfbelasting verschuldigd worden, terwijl zij *de facto* en *de iure* niets daaruit kunnen verkrijgen, tenzij zij uiteraard erfgenaam zijn van degene die krachtens erfrecht civielrechtelijk tot het *trust*vermogen gerechtigd werd. Het valt dan ook niet uit te sluiten dat tengevolge van de fiscale wetsfictie de *settlor* en zijn erfgenamen in financiële problemen kunnen komen, met name indien het vermogen dat in het particulier vermogen is afgezonderd omvangrijk is en de *trustee* het aan hem toevertrouwde vermogen overeenkomstig de eisen die het geldende *trustrecht* daaraan stelt beheert. In dit verband is het van belang te onderkennen dat ingevolge het algemene principe van het *trustrecht* een *trustee in breach of trust* handelt wanneer hij ten laste van het *trust*vermogen aan een *beneficiary* een uitkering doet enkel met het doel dat deze *beneficiary* zijn belastingschuld kan voldoen, terwijl er meerdere *beneficiaries* zijn¹⁰⁹³. Hetgeen opbreekt is dat bij fiscale wetsfictie een civielrechtelijke realiteit wordt verondersteld die er niet is. Zulks vanwege de aan de wetsfictie ten grondslag liggende veronderstelling dat van een daadwerkelijke afscheiding van vermogen

toepassing is. Zie: Tweede nota van wijziging, Kamerstukken II 2009/10, 31930, nr. 16, *V-N* 2009/50.3, p. 59-74.

¹⁰⁹² Auerbach heeft naar mijn mening terecht op de wenselijkheid gewezen dat tijdens de parlementaire behandeling bevestigd had dienen te worden dat erfgenamen die niet uit de nalatenschap (kunnen) verkrijgen, zijnde: zij die onwaardig zijn om te erven (art.4:3 BW), zij die uit uiterste wilsbeschikking geen voordeel kunnen genieten (artt. 4:57-61 BW) en zij die als erfgenamen verwerpen (art. 4:190 BW) van de toerekening zijn uitgezonderd. Zie Auerbach, 2009b, § 4.3..

¹⁰⁹³ Zo geldt ingevolge het bepaalde in art. 19 van de *Jersey Trust Law*: “*Subject to the terms of the trust, where there is more than one beneficiary, or more than one purpose, or at least one beneficiary and at least one purpose, a trustee shall be impartial and shall not execute the trust for the advantage of one at the expense of another*”. Zie Auerbach, 2009a, p. 127.

1.2 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken discretionary trust voor de heffing van de schenk- en erfbelasting

1.2.2 De gevolgen voor de heffing van de erfbelasting

geen sprake is én mocht dit wel zo zijn, dat dan zulk een afscheiding vanwege verondersteld *fraus legis* dient te worden genegeerd. Het moge duidelijk zijn dat een blijkbaar in het belang van de fiscus tot stand gebrachte wetsfictie, welke een realiteit veronderstelt die in strijd is met hetgeen privaatrechtelijk geldt alsook met de feitelijke werkelijkheid, de vraag rechtvaardigt of zulk een verregaande fictie uit het oogpunt van beginselen van behoorlijke wetgeving gewettigd is. Ik ben van mening dat zulks niet het geval kan zijn indien betere en meer proportionele alternatieven voor handen zijn¹⁰⁹⁴, waartoe ik ook reken het aan belastingplichtigen de mogelijkheid bieden om – op basis van een omgekeerde bewijslast – aan te tonen dat van een fiscaal oneigenlijk grensverkennend gedrag geen sprake is (geweest).

Het eerste lid van art. 16 regelt verder – zo wordt in de artikelsgewijze toelichting gesteld – dat bij overlijden van een erfgenaam die krachtens erfrecht heeft verkregen van een persoon die vermogen heeft afgezonderd, de bezittingen en de schulden, die tijdens zijn leven aan hem worden toegerekend, ook weer tot zijn nalatenschap behoren. De erfgenaam van de erfgenaam verkrijgt wederom krachtens erfrecht zijn deel van het afgezonderd particulier vermogen. Zo vererft het afgezonderd particulier vermogen van generatie op generatie en wordt bij elke overgang geheven. Ook uit deze passage blijkt dat niet wordt onderkend dat weliswaar bij fictie verondersteld kan worden dat vermogensbestanddelen fiscaal tot het vermogen van erflaters behoren, maar dat dit in het geheel niet betekent dat dit ook civielrechtelijk en daarmee erfrechtelijk het geval is.

Het tweede lid van art. 16 Successiewet 1956 verstaat – voor de toepassing van deze wet en de daarop berustende bepalingen – onder hetgeen krachtens erfrecht wordt verkregen, het ten gevolge van het overlijden van een erflater verkrijgen van een in rechte vorderbare aanspraak op een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in art. 2.14a Wet op de inkomstenbelasting 2001. Deze bepaling doelt derhalve op het door een erflater vanwege overlijden tot stand brengen van een afgezonderd particulier vermogen en het toekennen van een in rechte vorderbare aanspraak op een dergelijk afgezonderd particulier vermogen, welke aanspraak op dit vermogen verkrijgers krachtens erfrecht geacht worden te hebben verkregen. In de toelichting op dit artikel wordt echter niet alleen gesproken over hetgeen wordt verkregen ten gevolge van het overlijden, maar ook hetgeen wordt verkregen na het overlijden van een erflater¹⁰⁹⁵, hetgeen niet overeenstemt met de letterlijke tekst van art. 16 lid 2. Wellicht dat hiermee wordt bedoeld op het feit dat krachtens Nederlands erfrecht het testamentair tot stand brengen van een buitenlandse *trust* vanwege

¹⁰⁹⁴ In dit verband verwijst ik naar Deel 5, 1.4, “Een voorstel voor een nieuwe wettelijke regeling betreffende doelvermogens”.

¹⁰⁹⁵ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, V-N 2009/22.3, p. 61.

het gesloten systeem niet kan en dat het tot stand brengen van een dergelijke *trust* door erfgenamen nadien vanwege de – bij wijze van interpretatie – aan hen daartoe door de erflater opgelegde last ook als een verkrijging tengevolge van het overlijden van de erflater moet worden aangemerkt. Wat opvalt is dat uit art. 16 lid 2 Successiewet 1956 niet blijkt dat een verkrijging ex art. 16 lid 2 in mindering kan worden gebracht op de verkrijging van erfgenamen, hetgeen dubbele heffing tot gevolg zou hebben.

Onder erflater dient volgens de toelichting te worden begrepen de inbrenger en na zijn overlijden diens erfgenamen en de daarop volgende erfgenamen¹⁰⁹⁶. Voorts vermeldt de toelichting dat het eerste lid en het tweede lid van art. 16 een sluitend systeem beogen te creëren met betrekking tot rechtsfiguren die discretionair, non-discretionair en deels discretionair en deels non-discretionair zijn¹⁰⁹⁷. De portee van deze opmerking wordt echter niet verduidelijkt.

Een robuuste regeling

Als reactie op het feit dat het onder omstandigheden mogelijk is dat erfgenamen in de belastingheffing worden betrokken die geen of slechts ten dele begunstigde zijn van het afgezonderd particulier vermogen, wijst de staatssecretaris op de noodzaak van een robuuste aanpak¹⁰⁹⁸, die zoveel mogelijk aanknoopt bij de bestaande praktijksituaties. Een praktijk waarin wordt gezien dat in nagenoeg alle situaties de erfgenamen ook de begunstigten zijn van het afgezonderd particulier vermogen. Slechts in uitzonderingsituaties zal dit anders zijn¹⁰⁹⁹. Men kan zich afvragen op welke praktijksituaties de staatssecretaris zich baseert, nu van een brede aanpak in de bestrijding van afgezonderde particuliere vermogens in het verleden geen sprake is geweest. In dit licht is ook zijn stellige verklaring dat het slechts in uitzonderingsituaties anders zal zijn, opmerkelijk. “*Zelden of nooit zal iemand in de heffing worden betrokken zonder dat hij tot (een deel van) het vermogen van het afgezonderd particulier vermogen gerechtigd*

¹⁰⁹⁶ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, *V-N* 2009/22.3, p. 61.

¹⁰⁹⁷ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, *V-N* 2009/22.3, p. 61

¹⁰⁹⁸ Een aanpak die wordt gekenmerkt doordat zij de juridische en economische realiteit ontkent! Een aanpak die echter volgens de staatssecretaris wordt gerechtvaardigd omdat daardoor een robuust systeem ontstaat dat aanzienlijk moeilijker zou zijn te frustreren met behulp van fiscale constructies. Zie Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, *V-N* 2009/41.2, p. 55.

¹⁰⁹⁹ Zie Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, *V-N* 2009/41.2, p. 51.

1.2 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken discretionary trust voor de heffing van de schenk- en erfbelasting

1.2.2 De gevolgen voor de heffing van de erfbelasting

zal worden”¹¹⁰⁰, zo besluit hij¹¹⁰¹.

Daarmee maakt de staatssecretaris zich er naar mijn mening wel heel gemakkelijk van af.

Feit is namelijk dat ingevolge art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001 de erfgenamen van een inbrenger met een belastingschuld worden geconfronteerd die samenhangt met een fictieve verkrijging, tenzij zij overeenkomstig het bepaalde in art. 2.14a lid 6 (de tegenbewijsregeling¹¹⁰²) kunnen aantonen dat zij een *excluded person* zijn¹¹⁰³. Kunnen zij dat niet dan zullen ze krachtens wetsfictie worden belast voor het vermogen en het inkomen van het afgezonderd particulier vermogen waarvan zij civielrechtelijk geen begunstigde zijn¹¹⁰⁴. Vanwege het feit dat de tegenbewijsregeling uitsluitend geldt indien blijkt dat de erfgenaam of diens partner niet rechtens dan wel in feite direct of indirect begunstigde is van het afgezonderd particulier vermogen én dit ook niet kunnen worden, wordt de tegenbewijsregeling in sterke mate beperkt, juist wanneer het *discretionary trusts* betreft. Het gevolg kan derhalve zijn dat erfgenamen met

¹¹⁰⁰ De staatssecretaris wijst er overigens nog op dat de inbrenger vooraf of tussentijds rekening kan houden met de toerekening aan erfgenamen na zijn overlijden. Vooraf ziet op nieuwe APV's vanaf 2010; tussentijds op bestaande APV's.

¹¹⁰¹ Zie Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, V-N 2009/41.2, p. 51.

¹¹⁰² Zie met betrekking tot de tegenbewijsregeling ook hierna: § 3 “*De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken discretionary trust voor de heffing van inkomstenbelasting*”, § 3.2.1. “*De tegenbewijsregeling*”.

¹¹⁰³ De “*escape*” die de tegenbewijsregeling aan erfgenamen biedt, ontbreekt voor de inbrenger. Zelfs indien deze op basis van het *trustinstrument* kan aantonen dat hij een *excluded person* is en nimmer tot het *trustvermogen* gerechtigd kan worden.

¹¹⁰⁴ *Langereis* wijst er op dat het niet ondenkbaar is dat bij het overlijden van de erflater alleen het officiële vermogen bekend is waarop de erfgenaam recht heeft en dat eerst vele jaren later het bestaan van een afgezonderd particulier vermogen boven water komt. Wat betreft de daaraan voor de erfgenamen verbonden financiële gevolgen, moet rekening worden gehouden dat zij vanwege de in de regel geldende navorderingstermijn van 12 jaren aansprakelijk kunnen worden voor een aanzienlijke belastingschuld die veroorzaakt wordt door de fictieve toerekening van het ingebrachte vermogen aan de erflater over de periode waarin de erflater nog leefde alsmede over de periode na zijn overlijden. Dit zal er toe leiden dat in de toekomst erfgenamen zich moeten hoeden voor een andere dan een beneficiaire aanvaarding van de nalatenschap als bedoeld in art. 190, boek 4 BW, zij het dat beneficiaire aanvaarding slechts gedurende een beperkte periode mogelijk is, zodat de civielrechtelijke bepalingen van de beneficiaire aanvaarding onvoldoende uitkomst bieden om de erfgenamen op adequate wijze te beschermen tegen te grote claims van de fiscus. Bij een te grote onzekerheid komt slechts het verwerpen van de nalatenschap in beeld. Zie Ch.J. Langereis, “*Het nieuwe successierecht bij een afgezonderd particulier vermogen*”, *FED* 2009/82, p.2. Ook de Leeuw/Folmer wijzen op de complicaties die kunnen optreden indien erfgenamen zich niet bewust zijn van het feit dat de erflater vermogen heeft afgezonderd. Zie A.E. de Leeuw/T.J.P. Folmer, “*Zwevende vermogens voldoende gevangen*”, *WFR* 2009/6827, p. 1141.

een belastingheffing worden geconfronteerd die meer bedraagt dan hetgeen zij erfrechtelijk verkrijgen. Daarmee komt art. 1 lid 1, eerste Protocol EVRM in beeld.

Een normale belastingheffing?

Artikel 1 lid 1, eerste Protocol EVRM bepaalt dat ieder recht heeft op het ongestoord genot van zijn eigendom en dat aan niemand eigendom zal worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. Daarmee laat art.1, lid 1 normale belastingheffing toe die immers in het algemeen belang geschiedt. De vraag is echter of een belastingheffing die niet op de juridische en economische realiteit is gebaseerd, maar slechts op een wetsfictie en die dan ook nog onvoldoende tegenbewijsmogelijkheid biedt, nog wel als een normale belastingheffing kan worden gekwalificeerd. Een dergelijke belastingheffing zou naar mijn mening niet mogen bestaan¹¹⁰⁵.

Naar mijn mening is veel begrip op te brengen voor het standpunt dat het bij wetsfictie toerekenen van *trust*vermogen aan belastingplichtigen – zonder dat zij zich vanwege het ontbreken van een tegenbewijsmogelijkheid kunnen verweren tegen de aan hen opgelegde aanslagen – een regeling is die in strijd is met rechtsgeldigheidseisen ten aanzien van de aantasting van het eigendomsrecht. Eisen die ook voor de wetever dienen te gelden. De vraag of de Hoge Raad een beroep op schending van art. 1 ERVM zal honoreren is niet eenvoudig te beantwoorden. Uit bestaande jurisprudentie¹¹⁰⁶ is af te leiden dat zulk een beroep succesvol is als blijkt dat sprake is van het ontbreken van procedurele garanties die de belanghebbenden een redelijke mogelijkheid moeten bieden tot effectieve betwisting van de rechtmatigheid van de aantasting. In de arresten ging het om regelingen die procedurele bepalingen waren die die toetsing door de rechter of een beschikking – beoordeeld naar materieel recht – rechtmatig is, verhinderden. In geval van de toerekening van het *trust*vermogen wegens wetsfictie is weliswaar geen sprake van zulk een verhinderende bepaling, maar door het ontbreken van een tegenbewijsregeling

¹¹⁰⁵ Langereis, 2009, p. 4, wijst in dit verband nog op de kernachtige definitie die A-G *Wattel* in zijn conclusie bij het arrest HR 8 februari 2002, nr. 35 721, *BNB* 2002/137 hanteert voor het begrip normale belastingheffing. Van een normale belastingheffing is geen sprake als een land zich voor een dergelijke belasting zou moeten schamen. Voorts wijst *Langereis* nog op internationale jurisprudentie betreffende belastingheffing in strijd met art. 1, eerste Protocol EVRM (DBVG 22 juni 1995, BSTBL II 1995, 655 en Belgisch Arbitragehof d.d. 22 juni 2005, nr. 107/2005).

¹¹⁰⁶ Zie HR 10 juli 2009, nr. 08/01578, *BNB* 2009/246 en HR 22 oktober 2010, nr. 08/02324, *BNB* 2010/335.

1.2 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* voor de heffing van de schenk- en erfbelasting

1.2.2 De gevolgen voor de heffing van de erfbelasting

wordt het aan belanghebbenden onmogelijk gemaakt de rechtmatigheid van de aantasting van zijn vermogen te betwisten, hetgeen art. 1 EVRM toch wenst te waarborgen. Kortom dat bij wetsfictie vermogen wordt toegerekend, is bezien vanuit anti-misbruikwetgeving nog wel te billijken, maar dat vervolgens aan belanghebbenden de mogelijkheid wordt onthouden om aan te tonen dat daarmee zijn vermogen ten onrechte is aangetast, is niet te billijken. Het feit dat de aantasting van zijn vermogen is gebaseerd op een regeling die door de wetgever expliciet als zodanig gewenst werd en waarbij de totstandkoming van de regeling geacht moet worden met voldoende waarborgen te zijn omgeven te zijn geweest (hoewel n.m.m. daaraan kan worden getwijfeld), kan n.m.m. niet de rechtvaardiging vormen voor het ontbreken van een procedurele garantie die betrokkenen een redelijke mogelijkheid biedt tot effectieve betwisting van de rechtmatigheid van de aanslag, zijnde een tegenbewijsregeling. Gelet op doel en strekking van art. 1 EVRM, welke bepaling van hogere orde is dan de wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen, is n.m.m. bepaald niet uit te sluiten dat de Hoge Raad indien deze daartoe zal worden geroepen, zal oordelen dat het ontbreken van een tegenbewijsregeling in strijd is met het bepaalde in art. 1 EVRM¹¹⁰⁷. Het ontbreken van een tegenbewijsregeling is namelijk in strijd met algemene beginselen van (internationaal) recht en daarmee met het bepaalde in art. 1 EVRM.

Op vragen of het stelsel niet tot *overkill* zal leiden omdat de toerekening van het discretionair *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan niet aansluit op de juridische en economische realiteit, wordt door de staatssecretaris geantwoord dat mocht van *overkill* sprake zijn de tegenbewijsregeling dan uitkomst zal bieden. Daarbij gemakshalve maar vergetend dat deze tegenbewijsregeling slechts van toepassing is als de erfgenamen kunnen aantonen dat zij geen begunstigden zijn en ook niet kunnen worden. Echter, in het geval van een *discretionary trust* is het laatste nu juist niet aan te tonen, tenzij sprake is van het zijn van *excluded persons*. Nog bonter maakt de staatssecretaris het als hij stelt dat in de wettelijke regeling zoveel mogelijk wordt aangesloten bij het burgerlijk recht¹¹⁰⁸. Dat is nou juist hetgeen niet gebeurt. Fiscaalrechtelijk wordt het bestaan van een *discretionary trust* en haar civielrechtelijke rechtsgevolgen ontkend. Doch dat niet alleen, ook de economische werkelijkheid wordt genegeerd. Dat de staatssecretaris in dit verband meent te kunnen stellen, dat in het voor het discretionaire gedeelte van – in zijn ogen – onduidelijke (buitenlandse) rechtsfiguren geldende robuuste stelsel, de economische werkelijkheid prevaleert boven de juridische

¹¹⁰⁷ Anders: M.R.T. Pauwels in “Belastingen en mensenrechtenverdragen: kroniek 2007-2011”, MBB, 2012/02, § 3.3.

¹¹⁰⁸ Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, V-N 2009/41.2, p. 57.

vormgeving¹¹⁰⁹, valt alleen te begrijpen indien impliciet wordt verondersteld dat inbrenger of zijn erfgenamen *de facto* over het *trust*vermogen en opbrengsten kunnen beschikken als ware het hun eigen vermogen. Een veronderstelling waarop de wetsfictie naar mijn mening is gebaseerd. Bij een *discretionary trust* is er echter sprake van een door een als zelfstandige entiteit aan te merken buitenlands doelvermogen gehouden economisch en juridisch belang bij het *trust*vermogen, met de in het *trust*land daaraan verbonden (fiscaal)juridische en economische gevolgen.

1.3 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* voor de heffing van inkomstenbelasting

1.3.1 Bezittingen en schulden alsmede opbrengsten en uitgaven van een afgezonderd particulier vermogen worden aan de settlor, diens partner of erfgenamen toegerekend

Zoals hiervoor reeds bleek¹¹¹⁰ vormt de in het eerste lid van art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 opgenomen toerekeningsbepaling de kern van de per 1 januari 2010 in werking getreden wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen. Bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven van een afgezonderd particulier vermogen worden geacht te behoren tot het bezit van respectievelijk te zijn genoten door degene aan wie de toerekening plaats vindt. Volgens de toelichting op art. 2.14a lid 1 van het wetsontwerp¹¹¹¹ is dit om onduidelijkheid over zowel het object als het subject van de fiscale toerekening te voorkomen. De bepaling strekt zich qua object uit over zowel de bezittingen en schulden als de opbrengsten en uitgaven. Bezittingen en schulden worden geduid in overeenstemming met de civielrechtelijke inhoud en daarbij is onder meer gedacht aan liquiditeiten, banktegoeden, effecten, aandelen in familievennootschappen, maar ook aan onroerende zaken, octrooien en licenties. Iedere bezitting van het afgezonderd particulier vermogen wordt zo belast resp. in de fictieve rendementsheffing betrokken. Ter zake van schulden geldt hetzelfde: iedere schuld wordt in aanmerking genomen bij de inbrenger en na diens overlijden bij zijn erfgenamen. Schulden zijn bijvoorbeeld causaal met de bezittingen verband houdende

¹¹⁰⁹ Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, *V-N* 2009/41.2, p. 57.

¹¹¹⁰ Zie Deel 3, 2.4.2.2. “*Een kenschets van de wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen*”. Zie ook de in §§ 2.4.4. en 2.4.5 geuite kritiek.

¹¹¹¹ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, Artikelsgewijze toelichting, onder artikel II, onderdeel A (artikel 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001), *V-N* 2009/22.3, p. 21-100.

1.3 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* voor de heffing van inkomstenbelasting

1.3.2 Uitzonderingen op de toerekening aan de *settlor*, diens partner of erfgenamen

verplichtingen zoals hypothecaire leningen ter zake van onroerend goed of leningen voor de financiering van de aankoop van aanmerkelijkbelangaandelen. Schulden zijn ook in rechte vorderbare aanspraken op een afgezonderd particulier vermogen, bijvoorbeeld een aan iemand toegekend recht op uitkeringen tot aan zijn overlijden (“*life interest*”) ten laste van een afgezonderd particulier vermogen. Een toegekend recht kwalificeert, afhankelijk van de feiten en omstandigheden, voor de gerechtigde als periodieke uitkering in de zin van artikel 3.101, eerste lid, onderdeel c of d, van de Wet inkomstenbelasting 2001 of als een bezitting in de zin van artikel 5.3 van die wet.

Het volgen van de civielrechtelijke status van de vermogensbestanddelen zou recht doen aan het onderscheid “*discretionary*” en “*non-discretionary*”. Het discretionaire deel wordt toegerekend aan de persoon die vermogen heeft afgezonderd of, na diens overlijden, aan zijn erfgenaam. Het niet-discretionaire deel, het “*fixed*” deel, wordt op grond van artikel 5.3, tweede lid, onderdeel f, van de Wet inkomstenbelasting 2001, rechtstreeks toegerekend aan de gerechtigde tot dit niet-discretionaire deel. Per saldo verantwoordt de inbrenger alle bezittingen en schulden, waaronder de verplichting tot het doen van uitkeringen, in de inkomstenbelasting. De gerechtigde tot de uitkeringen neemt zijn recht dan wel de periodieke uitkeringen op in zijn aangifte inkomstenbelasting. Zodoende is 100% van de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven verantwoord¹¹¹². Aldus de Memorie van Toelichting¹¹¹³.

Vorenstaande heeft tot gevolg dat indien een *settlor* een als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* tot stand brengt het vermogen en de opbrengsten daarvan in beginsel aan hem worden toegerekend, met het gevolg dat hij voor de inkomsten in de heffing van inkomstenbelasting wordt betrokken. Op deze toerekening bestaan echter twee uitzonderingen.

1.3.2 Uitzonderingen op de toerekening aan de *settlor*, diens partner of erfgenamen

Ten aanzien van de toerekening van de bezittingen en schulden respectievelijk de opbrengsten en uitgaven van het *trust*vermogen aan de *settlor*, diens partner of erfgenamen gelden twee uitzonderingen.

De eerste in art. 2.14a lid 6 Wet opgenomen uitzondering is om te voorkomen dat erfgenamen die geen *trust*vermogen erfrechtelijk verkrijgen en tevens nimmer daartoe gerechtigd kunnen worden, belast worden vanwege een toerekening op grond van een wetsfictie (de tegenbewijsregeling).

De tweede in art. 2.14a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001 opgenomen

¹¹¹² Zie ook hetgeen hierover is vermeld in Deel 3, 2.4.2.2 “*Een kenschets van de wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen*”.

¹¹¹³ Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, V-N 2009/22.3, p. 83-84.

uitzondering is bedoeld om dubbele belasting te voorkomen.

1.3.2.1 De tegenbewijsregeling

Art. 2.14a lid 6 Wet inkomstenbelasting 2001 bepaalt dat het eerste lid, tweede en derde volzin, niet van toepassing is met betrekking tot een erfgenaam ingeval blijkt dat deze persoon en diens *partner* niet rechtens dan wel in feite, direct of indirect, begunstigde zijn van het afgezonderd particulier vermogen en dit ook niet kunnen worden. Ingeval de eerste volzin toepassing vindt, worden de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen toegerekend aan de overige erfgenamen in dezelfde verhouding als zij verkrijgers krachtens erfrecht zouden zijn geweest bij uitsluiting van de in de eerste volzin bedoelde erfgenaam.

Aan de erfgenaam wordt een verzwaarde bewijslast opgelegd. Dit om te voorkomen dat te lichtvaardig genoeg wordt genomen met een verklaring die niet strookt met de materiële feiten en omstandigheden, zo vervolgt de toelichting¹¹¹⁴. Een argumentatie waaruit het geringe vertrouwen in de moraliteit van de burger blijkt zodra deze bij een afgezonderd particulier vermogen is betrokken. Een vooronderstelling die een wetgever naar mijn mening niet past.

Een verzwaarde omgekeerde bewijslast

Wat verder opvalt is dat de voorgestelde wettelijke regeling een verzwaarde omgekeerde bewijslast betreft. Mocht een erfgenaam niet als begunstigde zijn aangewezen, dan worden in beginsel bezittingen en schulden alsmede opbrengsten en uitgaven desondanks aan hem toegerekend¹¹¹⁵, tenzij hij kan aantonen dat hij rechtens noch in feite, direct of indirect, een begunstigde is en dit ook niet kan worden, bv. omdat hij kan aantonen dat de aangewezen begunstigden reeds tot het gehele *trust*vermogen zijn gerechtigd (*fixed trust*),

¹¹¹⁴ Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, V-N 2009/22.3, p. 90.

¹¹¹⁵ Aan dit uitgangspunt ligt de mening van de staatssecretaris ten grondslag dat uit de praktijk naar voren zou komen dat in nagenoeg alle gevallen betrokkenen bij een afgezonderd particulier vermogen feitelijk, al dan niet tezamen met anderen (bv. inbrenger, begunstigden, beheerders en toezichthouders) meer hebben dan een blote verwachting. Dat zou, zo vervolgt de staatssecretaris, ook de uitdrukkelijke wil van de inbrenger zijn. Had hij anders gewild dan had hij zijn vermogen ook kunnen schenken aan een goed doel. Zie Memorie van antwoord, Kamerstukken I 2009/10, 31930, p. 34. Dat er echter ook afgezonderde particuliere vermogens zijn waarin vermogen wel degelijk is afgezonderd en afgescheiden en waar de beschikkingsbevoegdheid uitsluitend de *trustee* aangaat en het economisch belang bij het vermogen nog niet aan personen is toegekend, wenst de staatssecretaris categorisch niet te erkennen.

1.3 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* voor de heffing van inkomstenbelasting

1.3.2.1 De tegenbewijsregeling

maar dan is er naar mijn mening ook geen sprake van een afgezonderd particulier vermogen, dan wel dat hij niet tot de groep van verwachters behoort en daartoe ook niet kan gaan behoren (*excluded person*)¹¹¹⁶.

Indien blijkt dat een van de erfgenamen geen begunstigde is¹¹¹⁷ en dit ook niet kan worden, dan worden de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen toegerekend aan de overige erfgenamen in dezelfde verhouding als zij verkrijgers krachtens erfrecht zouden zijn geweest bij uitsluiting van de in de eerste volzin bedoelde persoon. Dit wettelijk vermoeden is opgenomen omdat het enerzijds aannemelijk is dat uitsluiting van de ene erfgenaam in economische zin leidt tot aanwas van vermogen bij de andere erfgenamen en anderzijds om een heffingslek te voorkomen.

De regeling schiet te ver door

De in art. 2.14a lid 6 opgenomen regeling is een bepaling die naar mijn mening onaanvaardbare consequenties kan hebben omdat de erfgenaam niet alleen moet aantonen dat hij rechtens en in feite geen begunstigde, direct of indirect, is, maar ook dat hij dat niet kan worden. Indien echter sprake is van een *discretionary trust* en hij tot de door de *settlor* aangewezen groep van verwachters behoort en dus door de *trustee* zou kunnen worden aangewezen als *beneficiary*, dan kan hij niet aantonen dat hij geen begunstigde kan worden. Art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 heeft dan tot gevolg dat het vereiste tegenbewijs ontbreekt zodat aan hem vanwege wetsfictie een deel van het *trust*vermogen wordt toegerekend zonder dat hij civielrechtelijk tot dit deel is gerechtigd. Dientengevolge kan hij belasting verschuldigd worden over een aan hem toegerekend vermogen en de opbrengsten daarvan zonder dat hij

¹¹¹⁶ In de Memorie van antwoord voor de vaste Eerste Kamercommissie bevestigt de staatssecretaris dat diegenen die onwaardig zijn om te erven (art. 4:3 BW) en degenen die uit een uiterste wilsbeschikking geen voordeel kunnen genieten (artt. 4:57-61 BW) van de toerekening zijn uitgezonderd. Dit geldt echter niet voor de erfgenaam die verwerpt. Deze persoon zou namelijk het in eigen hand kunnen hebben om afhankelijk van de aard en inhoud van de nalatenschap, maar ook met het oog op de aanwezigheid van een afgezonderd particulier vermogen, een ongewenste, fiscaal geïndiceerde weg te bewandelen. Het ongeclausuleerd toestaan dat een erfgenaam die verwerpt geen erfgenaam is in de zin van art. 2.14a van de Wet inkomstenbelasting 2001 zou een onbedoeld heffingslek creëren, hetgeen de robuustheid van de wettelijke bepaling niet ten goede zou komen. Zie Memorie van antwoord, Kamerstukken I, 31930, p. 35.

¹¹¹⁷ In de Memorie van toelichting wordt als praktijkvoorbeeld gegeven het “zwarte schaap” van de familie welke uitdrukkelijk buiten het afgezonderd particulier vermogen is gehouden. Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, p. 63-64.

inkomen daaruit kan hebben genoten. Een nogal bizar gevolg, waaruit blijkt dat de voorgestelde regeling ook op dit punt naar mijn mening te ver doorschiet. Tot slot vermeldt de toelichting dat rechtsbescherming onder meer wordt geboden door de mogelijkheid om bezwaar aan te tekenen tegen de aanslag inkomstenbelasting of te verzoeken om een beschikking op grond van artikel 4.36 van de Wet inkomstenbelasting 2001 (beschikking vaststelling verkrijgingsprijs van aanmerkelijkbelangaandelen¹¹¹⁸).

Bij de Nota van wijziging is aan lid 6 een volzin toegevoegd waarin is bepaald dat de in het eerste lid , tweede en derde volzin, bedoelde toerekening niet van toepassing is ingeval blijkt dat de erfopvolging krachtens uiterste wilsbeschikking in overwegende mate is gericht op het geheel of gedeeltelijk ontgaan of uitstellen van de in het eerste lid , tweede en derde volzin, bedoelde toerekening. Daarmee wordt aan de inspecteur de mogelijkheid van tegenbewijs geboden. Het gaat dan om situaties waarin de testamentaire erfopvolging in overwegende mate is gericht op het geheel of gedeeltelijk ontgaan of uitstellen van de toerekening ingevolge art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001¹¹¹⁹.

1.3.2.2 Een regeling ter voorkoming van dubbele belasting

Zoals hiervoor reeds bleek worden onder de bezittingen en de schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven, bedoeld in het eerste lid van art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001, ingevolge art. 2.14a lid 7 niet begrepen de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven waarvoor het afgezonderd particulier vermogen wordt betrokken in een belasting naar de winst die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst, waarbij de artikel 12b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 buiten toepassing blijven. Lid 7 bevat daarmee een regeling ter voorkoming van dubbele belasting. Een afgezonderd particulier vermogen kan namelijk belastingplichtig zijn voor de heffing van vennootschapsbelasting indien de buitenlandse entiteit Nederlands inkomen

¹¹¹⁸ Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, V-N 2009/22.3, p. 91.

¹¹¹⁹ De staatssecretaris geeft als voorbeeld de situatie dat de inbrenger om fiscale redenen door middel van een uiterste wilsbeschikking een in het buitenland wonende erfgenaam een aanmerkelijk groter erfdeel (bv. 99%) heeft toegekend en ter compensatie de in Nederland wonende erfgenamen (met een erfdeel van bv. 1%) een groter aandeel als begunstigde in het afgezonderd particulier vermogen heeft toebedeeld. De inspecteur heeft dan de mogelijkheid te bewijzen dat de toerekening van het afgezonderd particulier vermogen ingevolge het eerste lid van de bepaling op een andere wijze dient plaats te vinden; aansluiten bij de erfrechtelijke verdeling zou onevenwichtig zijn. Voor de toerekening wordt aangesloten bij een verhouding die op basis van de feiten en omstandigheden in wezen is overeengekomen. Zie Nota van wijziging, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 10, V-N 2009/41.3, p. 142.

1.3 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken discretionary trust voor de heffing van inkomstenbelasting

1.3.2.2 Een regeling ter voorkoming van dubbele belasting

geniet als bedoeld in art. 17 lid 3 Wet op de vennootschapsbelasting 2001. Indien in zulk een geval de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en de uitgaven ook nog zouden worden toegerekend aan bv. de inbrenger, dan zou over hetzelfde vermogen en de opbrengsten daaruit tweemaal worden geheven. Door de bepaling van art. 2.14a lid 7 worden bezittingen en schulden alsmede opbrengsten en uitgaven waarvoor de entiteit reeds in de heffing van vennootschapsbelasting wordt betrokken, gesepareerd van de toerekeningsbepaling in de inkomstenbelasting¹¹²⁰.

De bepaling van art. 2.14a lid 7 geldt echter ook voor afgezonderde particuliere vermogens die in een buitenlandse belasting naar de winst worden betrokken, die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven belastbare winst, waarbij de artikel 12b (octrooiboxbepaling) van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 buiten toepassing blijven.

Vorenstaande is af te leiden uit hetgeen de Memorie van Toelichting daarover wordt vermeld¹¹²¹:

“In de huidige wettelijke regeling is het afgezonderd particulier vermogen in bijzondere situaties al belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Ingevolge het wetsvoorstel zou onbedoeld ook een heffing over hetzelfde inkomen kunnen plaatsvinden. Dat is niet de bedoeling. Het gaat in de praktijk bijvoorbeeld om de situatie waarin een buitenlandse stichting die een particulier belang beoogt, de eigendom bezit van een Nederlandse onroerende zaak. De bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven waarvoor het afgezonderd particulier vermogen wordt betrokken in de heffing

¹¹²⁰ Verstijnen wijst er op dat weliswaar aldus dubbele heffing van inkomsten- resp. vennootschapsbelasting wordt voorkomen, maar dat de regeling in samenhang met het bepaalde in artt. 16 lid 1, tweede volzin en 17 lid 1, tweede volzin Successiewet 1956 een incongruentie tot gevolg heeft. In artt. 16 en 17 is namelijk expliciet bepaald dat toerekening van het afgezonderd particulier vermogen voor de heffing van schenk- en erfbelasting ook geldt als sprake is van een belast afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in art. 2.14a lid 7 Wet inkomstenbelasting. Afscheiding in een belast afgezonderd particulier vermogen leidt echter ingevolge de “novemberarresten” tot heffing van schenkbelasting indien sprake is van een *discretionary express private trust*. Uitkeringen door het belaste afgezonderd particulier vermogen, mits de feitelijke leiding van het afgezonderd particulier vermogen zich in Nederland bevindt, leiden tot heffing van schenkingsrecht, terwijl bij het overlijden van de inbrenger erfbelasting wordt geheven. Verstijnen stelt dan ook voor om aan art. 17a Successiewet 1956 een tweede volzin toe te voegen die als volgt zou kunnen luiden: “De eerste volzin is van overeenkomstige toepassing met betrekking tot bezittingen en schulden als bedoeld in artikel 2.14a, zevende lid van de Wet inkomstenbelasting 2001 die zonder toepassing van dat lid als afgezonderd zouden zijn aangemerkt”. Zie Verstijnen, 2010, p. 190-191, par. 2.2. “Belaste afgezonderde particuliere vermogens”.

¹¹²¹ Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, V-N 2009/22.3, p. 91.

van vennootschapsbelasting, worden door de bepaling in het zesde lid (thans lid 7) gesepareerd van de toerekeningsbepaling in de inkomstenbelasting. In het vorenstaande voorbeeld wordt de inbrenger van het afgezonderd particulier vermogen niet in de heffing van de inkomstenbelasting betrokken: alleen de stichting is zelf belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting.

Vorenstaande geldt ook ingeval het afgezonderd particulier vermogen in het buitenland wordt betrokken in een belasting naar de winst die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst, waarbij de artikelen 12b en 12c van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 buiten toepassing blijven”.

In dit verband is voorts van belang dat de staatssecretaris op een vraag gesteld door de CDA-fractie hoe een en ander zich verhoudt tot het Europese recht en waarom alleen winstbelasting als kwalificerende heffing wordt aangemerkt, erop wijst dat de regels van het VWEU eisen dat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen binnenlandse situaties en grensoverschrijdende situaties. In deze is geen onderscheid, zo stelt de staatssecretaris. Of nu Nederlandse vennootschapsbelasting of een vergelijkbare vorm van buitenlandse winstbelasting wordt geheven, art. 2.14a zesde lid (thans lid 7) Wet inkomstenbelasting 2001 is bij een belastingheffing naar de winst van ten minste 10% onverkort van toepassing¹¹²².

Vorenstaande betekent naar mijn mening dat de toerekening ingevolge het bepaalde in art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2010 geen toepassing vindt indien sprake is van:

- 1) een naar buitenlands fiscaal recht als zelfstandige entiteit aan te merken afgezonderd particulier vermogen dat in een belasting naar de winst van ten minste 10% wordt betrokken over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst
- 2) een als afgezonderd particulier vermogen aan te merken buitenlandse rechtsfiguur welke als een buitenlands belastingplichtig lichaam als bedoeld in art. 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 kwalificeert.

¹¹²² Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2009/10, 31930, nr. 13, V-N 2009/41.2, p. 16. Op de vraag waarom slechts een winstbelasting kwalificeert geeft de staatssecretaris overigens geen antwoord.

1.3 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* voor de heffing van inkomstenbelasting

1.3.2.2 Een regeling ter voorkoming van dubbele belasting

Het belang van dit onderscheid

Het belang van dit onderscheid is dat in de eerste situatie beoordeeld dient te worden of:

- a) het afgezonderd particulier vermogen als zodanig naar buitenlands fiscaal recht als een belastingsubject wordt aangemerkt en
- b) zo ja, of het afgezonderd particulier vermogen voor zijn gehele vermogen in een belasting naar de winst van ten minste 10% wordt betrokken, welke winst dient te worden berekend naar Nederlandse maatstaven.

In de tweede situatie is het naar mijn mening niet relevant of sprake is van 1) een buitenlandse rechtsfiguur die aldaar als een zelfstandig belastingobject kwalificeert en die 2) in een winstbelasting van ten minste 10% wordt betrokken. Voldoende is dat naar Nederlandse fiscale maatstaven sprake is van een buitenlands belastingplichtig lichaam ex art. 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969¹¹²³, waartoe ingevolge het bepaalde in letter c van dit artikel ook een buitenlands doelvermogen behoort dat Nederlands inkomen geniet als bedoeld in art. 17 lid 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Met andere woorden, van een toerekening van vermogensbestanddelen aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen is geen sprake indien en voorzover de *discretionary trust* naar Nederlandse fiscale maatstaven als een buitenlands belastingplichtig doelvermogen kan worden aangemerkt. Van een toerekening is evenmin sprake indien een *discretionary trust* als belastingsubject vermogen houdt waarvan het saldo van opbrengsten en uitgaven naar Nederlandse maatstaven berekend kwalificeert als winst en waarover een winstbelasting van 10% wordt geheven.

De gevolgen van verschillen in winstberekenningsmethodiek

Wat overigens opvalt is dat de toelichting geen enkele verklaring geeft voor de hoogte van het tarief van ten minste 10%, zodat het percentage nogal arbitrair

¹¹²³ Dit kan tot gevolg hebben dat indien een *discretionary trust* niet meer als een buitenlands belastingplichtig lichaam kwalificeert het *trust*vermogen en de opbrengsten daaruit ingevolge art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 aan de *settlor*, diens *partner*, of erfgenamen als afgezonderd particulier vermogen moet worden toegerekend, tenzij de *discretionary trust* naar buitenlands fiscaal recht als belastingsubject wordt aangemerkt en voor zijn gehele vermogen in een belasting naar de winst van ten minste 10% wordt betrokken, welke winst naar Nederlandse maatstaven moet worden berekend. Het gevolg hiervan is dat de Nederlandse fiscale status van de *discretionary trust* afhankelijk wordt van het door de *trustee* gevoerde beleggingsbeleid.

lijkt te zijn¹¹²⁴. Verschillen in winstberekenningsmethodiek kunnen tot gevolg hebben dat de in het buitenland geheven belasting minder bedraagt dan de naar Nederlandse maatstaven berekende uitkomst, zodat – zelfs bij een miniem verschil – toerekening van vermogensbestanddelen en opbrengsten en uitgaven aan de inbrenger of erfgenamen dient plaats te vinden. Een toerekening die ook zal gelden indien het buitenland het heffingspercentage op enig moment zodanig wijzigt dat aan het gestelde criterium niet meer wordt voldaan. Gelet op vorenstaande is bepaald niet uit te sluiten dat de voorgestelde regeling tot vele uitvoeringsproblemen aanleiding zal geven.

Vormt de toerekeningsstop een reële tegemoetkoming?

Hetgeen voorts opvalt is dat de voorgestelde regeling als voorwaarde stelt dat het afgezonderd particulier vermogen zelf betrokken dient te worden naar een belasting naar de winst, daarmee voorbijgaand aan het feit dat in een aantal *trust*landen heffingen gelden die weliswaar niet naar de winst worden berekend, maar die wel een materieel voldoende heffing tot gevolg hebben doch die niet van de entiteit als zodanig worden geheven maar van bv. de *trustee*. Ik wijs op periodieke heffingen van *capital gains tax* (Canada) en van de *generation skipping transfers tax* (het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten van Amerika)¹¹²⁵. De vraag is dan ook gerechtvaardigd of de toerekeningsstop van art. 2.14a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001 in de fiscale praktijk feitelijk een reële tegemoetkoming biedt.

Zeggenschap en bevoegdheden van de settlor

Opmerkelijk is ook dat de regeling impliceert dat van een ontgaan van belasting geen sprake meer is indien aan het 10%-tarief wordt voldaan, ook al beoogt het afgezonderd particulier vermogen een meer dan bijkomstig particulier belang

¹¹²⁴ Wellicht dat dit percentage niet alleen wordt ingegeven door hetgeen art. 10 a lid 3 sub b resp. art. 13a lid 1 sub b Wet op de vennootschapsbelasting 1969 bepaalt inzake een naar Nederlandse maatstaven naar de winst geheven redelijke belasting, maar dat keuze voor dit percentage ook wordt beïnvloed door het feit dat dit percentage tot de laagste vennootschapsbelastingpercentages behoort waarnaar binnen de EU door lidstaten wordt geheven. Heffingspercentages dienen overigens wel beoordeeld te worden in samenhang met de geldende winstberekenningsmethodiek.

¹¹²⁵ *Auerbach* stelt in dit verband voor dat aan het zesde lid een bepaling wordt toegevoegd die inhoudt dat mede kwalificeren die buitenlandse afgezonderde particuliere vermogens die zonder toepassing van een bijzonder regime zijn onderworpen aan de toepasselijke belastingheffing in een mogelijkheid die is opgenomen op een door het Ministerie van Financiën te publiceren “*white list*”. Zie *Auerbach*, 2009b, § 5.2..

1.3 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* voor de heffing van inkomstenbelasting

1.3.2.2 Een regeling ter voorkoming van dubbele belasting

en houdt de inbrenger nog vergaande zeggenschap en beschikkingsbevoegdheid ten aanzien van het afgescheiden vermogen. Zelfs indien de mate van zeggenschap en beschikkingsbevoegdheid van de inbrenger zo groot is dat de entiteit geacht moet worden in Nederland te zijn gevestigd, ook dan is van een Nederlandse belastingheffing over het afgezonderd vermogen geen sprake. Een binnen Nederland gevestigde als doelvermogen aan te merken entiteit is immers niet te rangschikken onder een van de limitatief in art. 2 lid 1 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 genoemde lichamen, tenzij zou gelden dat de entiteit gerangschikt kan worden onder het begrip “*andere dan publiekrechtelijke lichamen*” als bedoeld in art. 2 lid 1 sub e Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Dit vereist dan wel een zodanig extensieve interpretatie van het begrip “rechtspersoon” dat daaronder ook een afgezonderd vermogen kan worden gerekend¹¹²⁶.

Het gehele vermogen dient te zijn onderworpen aan een heffing die aan het heffingscriterium voldoet

Voorts is nog van belang dat mocht sprake zijn van een *discretionary trust* die in het *trustland* als een zelfstandige entiteit wordt aangemerkt en die in een belasting naar de winst wordt betrokken die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst, dat ingevolge het bepaalde in art. 2.14a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001 geen toerekening aan de insteller of diens erfgenamen plaatsvindt mits het buitenlandse afgezonderd particulier vermogen met haar gehele vermogen onderworpen is aan een heffing die aan het heffingscriterium voldoet. Oorspronkelijk leek het standpunt van de staatssecretaris overigens anders te zijn. In zijn antwoord op vragen van de CDA-fractie of het zevende lid een toets per bezitting/schuld (vermogen) dan wel opbrengst/uitgave (inkomen) bedoelt, gaf de staatssecretaris namelijk ter verduidelijking navolgend voorbeeld: stel in een *trust* (bedoeld zal zijn een *discretionary trust*) bevindt zich een aanmerkelijkbelangpakket en courante beleggingen. Tevens zijn er activiteiten op het gebied van de financiële dienstverlening ingebracht. Als de belastingheffing over financiële dienstverleningsactiviteiten voldoet aan de 10%-eis van het zevende lid, vallen de bezittingen¹¹²⁷ en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven die zijn toe

¹¹²⁶ Zie in dit verband ook onder Deel 2, 3.2 “*Vormt een verdragstrust een juridisch zelfstandige entiteit naar Nederlands privaatrecht?*”

¹¹²⁷ Waartoe overigens wel aanmerkelijkbelangpakketten - waarop de deelnemingsvrijstelling ex art. 13 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 van toepassing kan zijn - en courante beleggingen resp. liquide middelen kunnen behoren. De regeling van art. 2.14 a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001 knoopt aan bij het belastingobject met als gevolg dat een situatie

te rekenen aan deze ondernemingsactiviteiten niet onder de toerekeningsregels van art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001. De toerekening blijft dan beperkt tot het aanmerkelijk belangpakket en de courante beleggingen¹¹²⁸. Deze uitleg valt alleen te begrijpen indien moet worden aangenomen dat door de staatssecretaris wordt verondersteld dat de naar het recht van het *trustland* als zelfstandige fiscale entiteit aan te merken *discretionary trust* naar Nederlandse maatstaven als een beperkt vennootschapsbelastingplichtig lichaam is aan te merken dat slechts belastingplichtig is indien en voor zover er een onderneming wordt gedreven, waartoe de staatssecretaris het houden van een aanmerkelijkbelangpakket en het aanhouden van courante beleggingen blijkbaar niet rekent. Deze benadering van de staatssecretaris lijkt mij te zijn gebaseerd op de in art. 2.14a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001 opgenomen bepaling dat het afgezonderd particulier vermogen betrokken moet worden in een belasting naar de winst die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% “*over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst*”. Ergo, van een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst is bij een zelfstandige fiscale entiteit welke als buitenlandse rechtsfiguur vergelijkbaar dan wel gelijk is aan de Nederlandse stichting slechts sprake indien en voorzover er door het buitenlandse lichaam een onderneming wordt gedreven. Dit brengt de gedachte op dat vermogens- en inkomensbestanddelen van een *discretionary trust*, welke in het *trustland* voor haar gehele vermogen en de opbrengsten daarvan in een belasting wordt betrokken naar de winst die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10%, ingevolge het bepaalde in art. 2.14 a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001 niet aan de insteller of zijn erfgenamen behoeven te worden toegerekend indien het *trustvermogen* zodanig is samengesteld en een zodanige omvang heeft dat het beheer daarvan als een vorm van ondernemen dient te worden gekwalificeerd. Feitelijke omstandigheden die zich naar mijn mening juist bij zeer omvangrijke *trustvermogens*, welke de staatssecretaris toch in het vizier tracht te krijgen, realiter zullen kunnen voordoen, temeer als het vermogen ook grote aanmerkelijkbelangpakketten omvat met de daarbij behorende zeggenschap.

Vorenstaande oorspronkelijke uitleg van de toepassing van art. 2.14a, lid 7 Wet

zich kan voordoen waarin geen belasting wordt betaald omdat een objectvrijstelling – zoals de deelnemingsvrijstelling – van toepassing is, maar dan dient het belastingobject niet te behoren tot het vermogen waarvoor het lichaam subjectief is vrijgesteld, gelijk een met een Nederlandse stichting vergelijkbare entiteit die geen onderneming drijft en die daarmee naar Nederlandse maatstaven geen winst genereert waarover een belasting naar de winst kan worden geheven.

¹¹²⁸ Zie Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9 onder: *Artikelsgewijze toelichting; Artikel II onderdeel A* (artikel 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001), V-N 2009/ 41.2, p. 116.

1.3 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* voor de heffing van inkomstenbelasting

1.3.2.2 Een regeling ter voorkoming van dubbele belasting

inkomstenbelasting 2001 verhoudt zich echter niet met latere uitlatingen van de staatssecretaris over de betekenis van de toerekeningsstop van art. 2.14a lid 7. Gevraagd om de effectieve heffingstoets nader uit te leggen¹¹²⁹, memoreert de staatssecretaris dat de systematiek van de wettelijke regeling als hoofdlijn kent dat het discretionaire deel van een afgezonderd particulier vermogen aan een reële heffing dient te zijn onderworpen. Een naar Nederlandse begrippen reële heffing naar de winst van minimaal 10% op het niveau van het afgezonderd particulier vermogen zelf, zet de toerekening aan natuurlijke personen opzij, waarbij de inperking van art. 2 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 uiteraard buiten beschouwing blijft, aldus de staatssecretaris. Op de vraag hoe de belastingheffing verloopt in geval de vermogensbestanddelen van het afgezonderd particulier vermogen tegen een effectieve heffing van 11% worden belast, wordt geantwoord dat dan toerekening achterwege blijft. De staatssecretaris maakt daarbij geen onderscheid meer tussen een wel en een niet als onderneming aan te merken deel van het totale *trust*vermogen. Dit betekent dat alleen buitenlandse afgezonderde particuliere vermogens die als zodanig met betrekking tot hun gehele vermogen onderworpen zijn aan een heffing die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing, voor de toerekeningstop in aanmerking komen¹¹³⁰.

De regeling stimuleert het onderbrengen van grote particuliere vermogens in discretionary trusts

De vraag is of het dientengevolge niet toerekenen van het *trust*vermogen en zijn opbrengsten aan de inbrenger of zijn erfgenamen niet de deur openzet voor het alsnog onderbrengen van *trust*vermogens in *discretionary trusts* die wel aan de art. 2.14a, lid 7 gestelde criteria voldoen. Sterker nog de toerekeningstop van art. 2.14a, lid 7 vormt naar mijn mening voor Nederlandse belastingplichtigen

¹¹²⁹ Zie Nota naar aanleiding van het nader verslag, Kamerstukken II 2009/10, 31930, nr 13, *V-N* 2009/50.2, p. 43-44.

¹¹³⁰ Dit betekent overigens ook dat voor een *discretionary express private trust* die als entiteit slechts voor een deel van haar vermogen en de opbrengsten daaruit in een belasting naar de winst die resulteert in een heffing van 10% of meer wordt betrokken, de toerekeningstop niet geldt. Met als gevolg dat alsdan sprake zal zijn van een dubbele economische heffing. Zie ook de aantekening van de redactie van *V-N* 2009/57.7 op het schriftelijke antwoord van de staatssecretaris d.d. 29 oktober 2009 op de tijdens het plenair debat van 28 oktober 2009 gestelde vraag welke toerekening gaat gelden voor de toepassing van de nieuwe volzin van lid 6 van art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001. De redactie was eveneens van mening dat de reikwijdte van de toerekeningstop beperkt wordt door de toevoeging aan art. 2.14a, lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001 dat het afgezonderd particulier vermogen geacht wordt een onderneming te drijven met haar gehele vermogen.

een stimulans om – zonder heffing van schenkingsrecht – vermogen onder te brengen in *discretionary trusts* mits deze voldoen aan de in dit artikel genoemde criteria én de heffing van 10% over de door de *discretionary trust* gerealiseerde winst minder bedraagt dan de vanwege een toerekening verschuldigde Nederlandse belastingheffing over box 1-inkomen; aanmerkelijk belangwinst of box 3 vermogen¹¹³¹. Het valt dan ook te betreuren dat tijdens de parlementaire behandeling niet meer uitgebreid op de betekenis en de werking van de onderworpenheidstoets van art. 2.14a, lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001 is ingegaan. Alsdan had kunnen worden vastgesteld dat de in dit artikel opgenomen uitzondering op de toerekeningsfictie het onderbrengen van grote particuliere vermogens in *discretionary trusts* zelfs kan stimuleren. Niet valt namelijk uit te sluiten dat de creativiteit die de fiscale praktijk kenmerkt er toe zal leiden dat buitenlandse jurisdicties die thans geen of nauwelijks winstbelasting heffen over *trust*vermogens en de inkomsten daaruit, zullen besluiten *discretionary trusts* als zelfstandig belastingplichtige entiteiten te gaan aanmerken om deze lichamen alsnog in een belasting naar de winst te gaan betrekken die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst. Zolang de uitkomst daarvan (aanzienlijk) minder bedraagt dan de vanwege de toerekening verschuldigde Nederlandse heffing, blijft het onderbrengen van particulier vermogen in elders gehouden *discretionary trusts* lucratief. Alleen al om deze reden acht ik het weinig geloofwaardig dat de benodigde budgettaire dekking zal worden gerealiseerd.

1.4 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* voor de heffing van vennootschapsbelasting

1.4.1 Inleiding

In dit deel van het onderzoek wordt de aandacht gericht op de gevolgen voor de heffing van vennootschapsbelasting indien een als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* tot stand komt, welk doelvermogen Nederlands inkomen als bedoeld in art. 17 lid 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 geniet.

¹¹³¹ Boer wijst er in dit verband op dat een reële heffing op het niveau van het afgezonderd particulier vermogen, in combinatie met een naar Nederlandse maatstaven vergelijkbare deelnemingsvrijstelling, de belastingheffing ten aanzien van aanmerkelijkbelangaandelen bij de inbrenger omzet in een vrijstelling op het niveau van het afgezonderd particulier vermogen. Daardoor zou een oneigenlijke behandeling van afgezonderd en niet-afgezonderd vermogen ontstaan en zou de heffing over een aanmerkelijk belang tot een dode letter worden gemaakt. Zie Boer, 2011, 9.5.3.2. “*Toepassing deelnemingsvrijstelling*”. Ik veronderstel dat Boer impliciet aanneemt dat de aanmerkelijkbelangaandelen tot het ondernemingsvermogen van het afgezonderd particulier vermogen behoren.

1.4 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust*
voor de heffing van vennootschapsbelasting

1.4.1 Inleiding

Zoals hiervoor reeds bleek, geldt ingevolge art. 2.14a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001 dat onder de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven, als bedoeld in art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001, niet worden begrepen de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven waarvoor het afgezonderd particulier vermogen als buitenlands belastingplichtig doelvermogen in de heffing van Nederlandse vennootschapsbelasting wordt betrokken. Het gevolg hiervan is dat een toerekening van de bezittingen en schulden van een afgezonderd particulier vermogen aan de *settlor*, diens partner of erfgenamen - voor zover het de heffing van inkomstenbelasting betreft - achterwege blijft¹¹³². Voorwaarde is dan wel dat de *discretionary trust* als een doelvermogen als bedoeld in art. 3 letter c Wet op de vennootschapsbelasting 1969 kwalificeert.

Voorts worden enkele opmerkingen gemaakt over de wettelijke regeling betreffende buitenlands belastingplichtige doelvermogens, waarbij aan de orde komt de vraag of de belastingplicht van buitenlandse doelvermogens niet in strijd is met non-discriminatiebepalingen in belastingverdragen of het VWEU. Vervolgens wordt enige aandacht geschonken aan het feit dat de wettelijke regeling betreffende het belastingobject fundamenteel afwijkt van die voor binnenlandse belastingplichtigen. Tevens wordt vastgesteld dat het Nederlandse inkomen van een buitenlands belastingplichtig doelvermogen meer omvat dan waarvoor een met een doelvermogen vergelijkbare binnenlandse stichting respectievelijk rechtspersoon belastingplichtig is, hetgeen een niet aanvaardbare discriminatie van het buitenlands doelvermogen oplevert. Ook komt aan de orde de vraag of indien een buitenlands lichaam slechts de *legal title* van de Nederlandse ondernemingen/of het aanmerkelijk belang in een Nederlandse vennootschap houdt, wel Nederlands inkomen wordt genoten en of alsdan sprake kan zijn van een buitenlandse belastingplicht. Vervolgens wordt aandacht geschonken aan de vraag wat de gevolgen zijn indien aanmerkelijkbelangaandelen geen deel uitmaken van het ondernemingsvermogen van een buitenlandse *discretionary trust*.

Ten slotte komen nog enkele bijzondere vraagstukken aan de orde. Zo wordt aandacht besteed aan de vraag of uit de openingsbalans van de als doelvermogen aan te merken *discretionary trust* dient te blijken dat deze de *legal title* van het *trust*vermogen slechts fiduciair houdt, zodat de entiteit het *trust*vermogen nimmer als eigen vermogen kan verkrijgen. Voorts wordt ingegaan op de vraag welke gevolgen de toekenning door een *trustee* van afdwingbare vermogensrechten

¹¹³² Dit laat overigens onverlet dat, vanwege de in artikelen 16 en 17 Successiewet 1956 per 1 januari 2010 opgenomen bepalingen, verkrijgingen van een voor de heffing van vennootschapsbelasting als een zelfstandige entiteit aan te merken *discretionary trust* door erfgenamen geacht worden te zijn verkregen krachtens erfrecht danwel schenking.

aan *beneficiaries* heeft voor het bestaan van een buitenlands doelvermogen. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen diverse varianten aan toe te kennen vermogensrechten. Ten slotte wordt onderzocht wat de gevolgen voor de heffing van vennootschapsbelasting zijn indien de leiding van een als afgezonderd particulier vermogen kwalificerende *discretionary trust* in Nederland is gevestigd. De paragraaf wordt afgerond met een conclusie.

1.4.2 Het afgezonderd particulier vermogen dat als buitenlands belastingplichtig doelvermogen kwalificeert

Artikel. 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 bepaalt dat als buitenlandse belastingplichtigen aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen de niet in Nederland gevestigde:

- a. verenigingen en andere rechtspersonen;
- b. open commanditaire vennootschappen en andere niet rechtspersoonlijkheid bezittende vennootschappen welke kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld;
- c. doelvermogens¹¹³³;

¹¹³³ Door het opnemen in art. 3 sub c Wet vennootschapsbelasting 1969 van het begrip “doelvermogens” beoogde de fiscale wetgever een sluitpost aan te brengen om gevallen waarin een door buitenlands recht beheerst, afgezonderd en afgescheiden vermogen optreedt dat naar Nederlandse rechtsbegrippen niet kan worden opgevat als vormende, onderscheidenlijk toebehorende aan, een rechtspersoon dan wel aan een commanditaire vennootschap op aandelen of een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid, fiscaal op dezelfde wijze te kunnen behandelen als ten aanzien van de evengenoemde lichamen geschiedt, mits Nederlands inkomen wordt genoten. Zie Memorie van toelichting, Handelingen II 1959/60, 6000, nr. 3 p. 17 r.k.. Tijdens de parlementaire behandeling werd nog gesteld dat de mogelijkheid van een nauwkeuriger aanduiding uitgesloten moet worden geacht, gelet op de velerlei vormen en gedaanten waarin doelvermogens kunnen optreden. Uit de inmiddels ingetrokken Leidraad AWR bij artikel 2 lid 1 sub b (§ 6) blijkt dat bij het begrip doelvermogen moet worden gedacht aan een vermogen dat bijeen is gebracht voor een bepaald doel, zonder dat voor het beheer daarvan een statuut of reglement is vastgesteld, bv. de figuur die in het maatschappelijk verkeer feitelijk als stichting wordt beschouwd, maar die niet aan de formeel juridische eisen daarvoor voldoet (zie W.G. van Vliet, “*Vennootschapsbelasting*”, Fiscaal commentaar, onder redactie van P.H.J. Essers/S.A Stevens, 2^e druk, 2008. Kluwer-Deventer, p.96). Mok is overigens van mening dat een imperfecte stichting niet als een doelvermogen kan worden aangemerkt. Leidt de imperfectie tot ontbindbaarheid, dan is sprake van een rechtspersoon en dus niet van een doelvermogen in de zin van de wet. Leidt de imperfectie tot nietigheid, dan zijn alleen natuurlijke personen, nl. degenen die als bestuurder zijn opgetreden of anderszins feitelijk gehandeld hebben, aansprakelijk (zie M.R. Mok, “*Doelvermogens*”, opgenomen in de Verburgbundel, Kluwer-Deventer, 1994, p. 172).

1.4 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* voor de heffing van vennootschapsbelasting

1.4.2 Het afgezonderd particulier vermogen dat als buitenlands belastingplichtig doelvermogen kwalificeert

die Nederlands inkomen genieten,

waarbij onder Nederlands inkomen ingevolge het bepaalde in art. 17 lid 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 dient te worden verstaan:

1. de belastbare winst¹¹³⁴ uit een in Nederland gedreven onderneming (inclusief hetgeen art. 17a Wet op de vennootschapsbelasting daaronder begrijpt, zijnde het bedrag van de gezamenlijke voordelen die worden verkregen uit een onderneming die, of een gedeelte van een onderneming dat wordt gedreven met behulp van een vaste inrichting in Nederland of van een vaste vertegenwoordiger in Nederland (Nederlandse onderneming));

2. het belastbare inkomen¹¹³⁵ uit een aanmerkelijk belang in de zin van hoofdstuk 4 van de Wet inkomstenbelasting 2001 in een in Nederland gevestigde vennootschap, niet zijnde een vrijgestelde beleggingsinstelling, indien het aanmerkelijk belang niet behoort tot het vermogen van een onderneming. Wil een tot het begrip doelvermogen te rekenen *discretionary trust*¹¹³⁶ als een doelvermogen als bedoeld in art. 3 sub c wet vennootschapsbelasting 1969 kunnen worden aangemerkt, dan dient sprake te zijn van een :

a) door het buitenlands recht beheerst, afgezonderd en afgescheiden vermogen,

¹¹³⁴ Ingevolge het bepaalde in art. 18 lid 1 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 dient de belastbare winst uit onderneming te worden opgevat en bepaald op de voet van artikel 8 lid 1 tot en met 8, 11 en 13, alsmede de artikelen 8b tot en met 15a en de artikelen. 15d en 15^e. Artikel 3.66 van de wet inkomstenbelasting 2001 is hierbij van overeenkomstige toepassing. Zie voor een beschrijving van de gevolgen van deze bepaling: van Vliet, 2008, p. 935-936.

¹¹³⁵ Ingevolge het bepaalde in art. 18 lid 2 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 dient het belastbare inkomen uit aanmerkelijk belang te worden opgevat en berekend volgens de regels van hoofdstuk 4 van de Wet inkomstenbelasting 2001, zodat de winstbepalingsregels van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 niet van toepassing zijn. Dit heeft o.a. tot gevolg dat voor een vennootschapsbelastingplichtige *discretionary trust* de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing kan zijn op het belastbare inkomen uit een aanmerkelijk belang als bedoeld in art. 17 lid 3 sub Wet op de vennootschapsbelasting 1969, tenzij de aanmerkelijk belang aandelen tot het ondernemingsvermogen van de *discretionary trust* behoren.

¹¹³⁶ Dat een *trust* onder het begrip doelvermogen is te rekenen blijkt ook uit de literatuur. Zie o.a. Mok, 1994, p. 157-175. Hij wijst er op dat ook het strafrecht in art. 51 lid 3 Wetboek van Strafrecht het begrip doelvermogen kent en dat voor de toepassing van dit artikel een doelvermogen met een rechtspersoon gelijk wordt gesteld. Voorheen bepaalde art. 86 Algemene wet inzake rijksbelastingen 1959 dat lichamen als bedoeld in art. 2 lid 1 aanhef onder c, daders van strafbare feiten konden zijn. Deze bepaling is bij de wet tot invoering van art. 51 WvS geschrapt. Zie Mok, 1994, p. 162.

- b) dat naar Nederlandse rechtsbegrippen niet kan worden opgevat als vormende een rechtspersoon, een commanditaire vennootschap op aandelen of een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid, terwijl,
- c) door dat afgescheiden en afgezonderd vermogen Nederlands inkomen wordt genoten.

De vraag is of een als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* welke aan deze criteria voldoet, daarmee als een non-transparant doelvermogen als bedoeld in art. 3 letter c Wet op de vennootschapsbelasting 1969 moet worden gekwalificeerd. De kenmerken van de *trust*figuur zijn daarvoor bepalend.

Voor wat een *discretionary trust* betreft, wordt deze als rechtsfiguur gekenmerkt door het feit dat het enerzijds civielrechtelijk de entiteit-kenmerken heeft als hiervoor omschreven¹¹³⁷, anderzijds dat bij de totstandkoming van de *discretionary trust* door de *settlor* geen *beneficiaries* zijn geïndividualiseerd en geen rechten op het *trust*vermogen en/of de opbrengsten daaruit aan individuen zijn toegekend. Een directe rechtsband met subjectief gerechtigden ontbreekt derhalve, zodat de te kwalificeren juridisch zelfstandige entiteit zowel de *legal title* alsook (voorshands) de *beneficial title* houdt. Daarmee wordt voldaan aan het naar mijn mening meest onderscheidende kenmerk van een fiscaal non-transparante entiteit¹¹³⁸, zodat een als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* als een buitenlands belastingplichtig doelvermogen als bedoeld in art. 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 dient te worden aangemerkt mits het Nederlands inkomen geniet. Door het ontbreken van een directe rechtsband met subjectief gerechtigden kent de *discretionary trust* namelijk slechts “verwachters” die (nog) geen vermogensrechten hebben. Pas nadat de *trustee* een uitdelingsbesluit heeft genomen, ontstaat er een rechtsband met de dan pas door de *trustee* geïndividualiseerde subjectief gerechtigden, de *beneficiaries*. Pas dan kunnen vermogen en/of opbrengsten van de *trust* rechtstreeks toevallen aan de door de *trustee* daarvoor aangewezen personen omdat zij economisch mede-deelgerechtigd worden tot het *trust*vermogen en/of haar opbrengsten. Althans indien de door de *trustee* aan *beneficiaries* toegekende afdwingbare vermogensrechten zulk een gerechtigdheid inhouden.

Teneinde als een buitenlands vennootschapsbelastingplichtig doelvermogen

¹¹³⁷ Zie Deel 2, 3.2 “Vormt de verdragstrust een zelfstandige juridische entiteit naar Nederlands privaatrecht?”.

¹¹³⁸ Zie Deel 3, 2.1 “De kwalificatie van de *discretionary trust inter vivos* voor de heffing van het schenkingsrecht vóór 1 januari 2010” en 2.4 “De kwalificatie van de *discretionary trust ná* 1 januari 2010”.

1.4 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* voor de heffing van vennootschapsbelasting

1.4.2 Het afgezonderd particulier vermogen dat als buitenlands belastingplichtig doelvermogen kwalificeert

te kunnen worden aangemerkt, geldt als voorwaarde dat een naar buitenlands recht tot stand gekomen en te erkennen *discretionary trust* Nederlands inkomen geniet in de zin van art. 17 lid 3 (en art. 17a) Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Uit de in art. 17 a geduide onderdelen valt af te leiden dat als Nederlands inkomen wordt aangemerkt, inkomen dat binnen Nederland wordt behaald en dat opkomt in het verlengde van een fysieke band met Nederland als bronland, hetgeen overeenstemt met het in internationale fiscale verhoudingen algemeen geldend uitgangspunt. Hoewel een naar buitenlands recht tot stand gekomen, als doelvermogen te kwalificeren afgezonderd particulier vermogen voor de heffing van vennootschapsbelasting subjectief belastingplichtig is indien het buitenlandse doelvermogen Nederlands inkomen geniet¹¹³⁹, betekent dit niet dat een dergelijk doelvermogen ook daadwerkelijk Nederlandse vennootschapsbelasting verschuldigd wordt. Indien een *discretionary trust* in een verdragsland¹¹⁴⁰ is gevestigd¹¹⁴¹ en belastbare winst uit een in Nederland gedreven onderneming geniet, zal Nederland ook krachtens het verdrag gerechtigd zijn tot heffing van vennootschapsbelasting over gerealiseerde winst uit de door middel van een vaste inrichting of vaste vertegenwoordiger in Nederland gedreven onderneming. Mocht het Nederlandse inkomen belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belangaandelen als bedoeld in art. 17 lid 3 sub b Wet op de vennootschapsbelasting 1969 omvatten dan zal Nederland op grond van veel verdragen geheel of gedeeltelijk moeten terugtreden. Uitgaande dividenden zullen doorgaans met een lager tarief worden belast¹¹⁴², terwijl de heffing over vervreemdingswinsten zal zijn toegewezen aan de vestigingsstaat van de vervreemder¹¹⁴³, zijnde de *discretionary trust*. Ten aanzien van de in art. 17 a lid 1

¹¹³⁹ De belastingheffing van buitenlandse doelvermogens is gebaseerd op het bronstaatprincipe. Zie P. Kavelaars, "Voorkoming van dubbele belasting", 2^e druk, Fiscale Brochures, 2002, Fed, Deventer, p. 24.

¹¹⁴⁰ *Discretionary trusts* zijn veelal gevestigd in zgn. *tax-havens* waarmee Nederland geen verdrag heeft gesloten, zodat economisch dubbele heffing zich kan voordoen. Althans indien de buitenlandse jurisdictie feitelijk belasting heft, hetgeen doorgaans niet/nauwelijks het geval is. *Discretionary trusts* kunnen echter ook in verdragslanden zijn gevestigd zoals bv. Argentinië (1996), Australië (1976), Canada (1986), India (1988), Israël (1973), Maleisië (1988), Nieuw Zeeland (1980), Sri Lanka (1982), het Verenigd Koninkrijk (1980), de Verenigde Staten van Amerika (1992), Zuid Afrika (1971). Landen die alle de *trust* als rechtsfiguur kennen. Zie voor een korte beschrijving van de in deze landen geldende *trust*regeling, de in de door de *International Fiscal Association* uitgegeven *Cahiers de droit fiscal international Volume 92b, subject 2*, Joanna C. Wheeler, *General Reporter*, "Conflicts in the attribution of income to a person", 2007 *Kyoto Congress*, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers Amersfoort, *The Netherlands*.

¹¹⁴¹ Zie voor woonplaatscriteria art. 4 lid 2 OESO-modelverdrag. Zie ook Deel 5, H1.2.1 "De belastingheffing van trusts in landen die de trust als rechtsfiguur kennen", hierna.

¹¹⁴² Art. 10 lid 2 OESO-modelverdrag.

¹¹⁴³ Art. 13 lid 4 OESO-modelverdrag.

Wet op de vennootschapsbelasting 1969 opgenomen rechten, vorderingen en werkzaamheden welke tot een Nederlandse onderneming worden gerekend, geldt dat zij volgens het verdrag deze laatste kwalificatie niet zullen hebben, zodat de toewijzing van de heffingsbevoegdheid geschiedt op basis van de voor deze rechten, vorderingen en werkzaamheden afzonderlijk geldende verdragsregels. Dit betekent dat reguliere opbrengsten en vervreemdingsvoordelen ter zake van onroerend goed zullen zijn toegewezen aan het land waar de goederen zich bevinden, zijnde Nederland. Rechten op winstaandelen en medegerechtigdheid tot het vermogen van een onderneming waarvan de leiding in Nederland is gevestigd voorzover zij niet opkomen uit effectenbezit zullen door Nederland kunnen worden belast, mits sprake is van een Nederlandse onderneming en de bedrijfsuitoefening aan de deelnemer toerekenbaar is. Is daar geen sprake van dan zal de woonstaat heffingsbevoegd zijn, afgezien van een beperkte bronheffing door Nederland. De belastingheffing op interesten van schuldvorderingen alsook de vervreemdingsvoordelen zijn doorgaans toegewezen aan de woonstaat, zij het dat Nederland onder een aantal verdragen nog een beperkt heffingsrecht over uitgaande interesten kent¹¹⁴⁴. Het heffingsrecht over bestuurders- en commissarissenbeloningen is meestal toegewezen aan de staat waar het bestuurde lichaam is gevestigd¹¹⁴⁵, zijnde Nederland, zij het dat indien de feitelijke leiding van de Nederlandse onderneming zich in het buitenland bevindt Nederland niet kan heffen¹¹⁴⁶. Ten aanzien van werkzaamheden op het Noordzeewinningsgebied geldt dat Nederland verdragsrechtelijk alleen kan heffen indien sprake is van een vaste inrichting in Nederland. Er moet dan wel sprake zijn van duurzame werkzaamheden.

1.4.3 Enkele kritische kanttekeningen bij de wettelijke regeling betreffende buitenlands vennootschapsbelastingplichtige doelvermogens

1.4.3.1 Strijdigheid met non-discriminatiebepalingen

Wat allereerst opvalt is dat het begrip doelvermogen wel voorkomt in art. 3 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 doch niet in art. 2 van deze wet, hetgeen de vraag rechtvaardigt of de belastingplicht van buitenlandse doelvermogens niet strijdig is met non-discriminatiebepalingen in belastingverdragen of het EG-Verdrag¹¹⁴⁷. De Nederlandse belastingwetgeving behandelt doelvermogens

¹¹⁴⁴ Zie HR 11 oktober 1978, nr. 18 759, BNB 1978/300 en HR 15 november 2000, nr. 35 195, BNB 2001/189.

¹¹⁴⁵ Art. 16 OESO-modelverdrag.

¹¹⁴⁶ Art. 4 lid 3 OESO-modelverdrag.

¹¹⁴⁷ Zie in dit verband M.W.C. Feteris, "Franse belastingwetgeving voor de bijl. En nu de Nederlandse?",

1.4 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken discretionary trust voor de heffing van vennootschapsbelasting

1.4.3.1 Strijdigheid met non-discriminatiebepalingen

namelijk in zekere mate als afzonderlijke rechtssubjecten zodat het verdedigbaar lijkt dat deze vermogens de bescherming kunnen genieten die art 58 VWEU aan rechtspersonen biedt, hetgeen betekent dat deze doelvermogens dezelfde fiscale behandeling moeten krijgen als in Nederland gevestigde doelvermogens, met als gevolg geen vennootschapsbelastingplicht.

Hetgeen voorts opvalt is dat van een buitenlandse vereniging en stichting, maar ook van een met een stichting vergelijkbaar doelvermogen, niet alleen vennootschapsbelasting wordt geheven naar de belastbare winst uit een in Nederland gedreven onderneming, maar ook over het belastbare inkomen uit een aanmerkelijk belang in een in Nederland gevestigde vennootschap, terwijl ingevolge het bepaalde in art 17 a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 het begrip onderneming veel meer omvat dan het begrip onderneming in enge zin. Daarmee omvat het object van heffing meer dan hetgeen ingevolge het bepaalde in art. 2 lid 1 sub e Wet op de vennootschapsbelasting 1969 geldt voor een binnenlandse vereniging of stichting die slechts belastingplichtig is indien en voor zover deze een onderneming drijft. Dit verschil in behandeling tussen de in Nederland gevestigde verenigingen en stichtingen en de niet in Nederland gevestigde naar buitenlandse recht tot stand gekomen verenigingen en stichtingen – alsmede buitenlandse doelvermogens die naar mijn mening een zodanig sterke functionele gelijkenis met naar Nederlands recht opgerichte stichtingen vertonen dat zij daarmee als “imperfecte stichting” gelijk zijn te stellen – is in principe in strijd met art. 43 en/of 56 van het VWEU¹¹⁴⁸. In verband hiermee heeft de staatssecretaris van Financiën met ingang van 5 januari 2006 het besluit¹¹⁴⁹ genomen dat buitenlandse verenigingen, stichtingen of kerkgenootschappen die in Nederland uitsluitend over onroerende zaken beschikken die niet als ondernemingsvermogen kwalificeren, niet meer belastingplichtig zijn. Voorwaarde is wel dat de buitenlandse entiteit een rechtsvorm heeft die gelijk is aan die van een Nederlandse vereniging, stichting of kerkgenootschap en dat het onroerend goed niet tot een ondernemingsvermogen behoort. Voorts geldt dat de entiteit bij de inspecteur eenmalig een kopie van de oprichtingsstukken

WFR 1986/5741 p. 1121 e.v. In dit artikel bespreekt hij de gevolgen van HvJ EG 28 januari 1986, zaak 270/83, *FED* 1990, 3, inzake de Franse wetgeving met betrekking tot het *avoir fiscal*. Bij dit op basis van art. 52 EG-verdrag (oud)/art. 43 VWEU gewezen arrest is het Frankrijk verboden aan Franse inrichtingen van buitenlandse lichamen een faciliteit te onthouden die wel werd toegekend aan in Frankrijk gevestigde juridische zelfstandige lichamen. Zie ook Bouwman/de Jong, 2005, p. 803.

¹¹⁴⁸ Alsmede art. 25 lid 1 nsv; art. 26 ivbpr; art. 14 evrm en art. 1 Eerste Protocol evrm. In gelijke zin van Vliet, 2008, p. 901. Zie ook de aldaar opgenomen verwijzing naar jurisprudentie en literatuur.

¹¹⁴⁹ Zie Besluit staatssecretaris van financiën van 5 januari 2006, nr. IFZ2005/784M, *BNB* 2006/141.

en jaarlijks een kopie van de jaarstukken moet inleveren en melding moet doen zodra de activiteiten een ondernemingskarakter krijgen (men kan zich afvragen of deze extra administratieve eisen wel verenigbaar zijn met EU-recht). Omdat het besluit uitsluitend geldt voor onroerend goed blijft er een strijdigheid met EU-recht bestaan voor zover het andere bronnen betreft, zoals inkomsten uit aanmerkelijk belang in en schuldvorderingen op een in Nederland gevestigde vennootschap indien de gerechtigde tot de schuldvordering een aanmerkelijk belang in de vennootschap heeft als bedoeld in art. 17 lid 3, sub b Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Voorts blijft er strijdigheid met het EU-recht bestaan omdat de uitzondering uitsluitend geldt voor verenigingen, stichtingen en kerkgenootschappen en niet voor doelvermogens die als quasi-rechtspersoon naar mijn mening een grote overeenkomst met de stichting vertonen en daarmee eveneens voor de uitzondering in aanmerking zouden moeten kunnen komen.

1.4.3.2 De wettelijke regeling betreffende het belastingobject wijkt voor buitenlandse belastingplichtigen af van die voor binnenlandse belastingplichtigen

Voor de buitenlandse belastingplichtigen wordt het bronbeginsel gehanteerd. Dit betekent dat zij slechts belastingplichtig kunnen zijn indien en voor zover inkomen wordt genoten uit de in art. 17 lid 3 j° art. 17a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 genoemde bronnen van inkomen. Daarmee wijkt de voor buitenlandse belastingplichtigen geldende wettelijke regeling af van de regeling zoals die ex art. 2 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 voor binnenlandse belastingplichtigen geldt. Alle in art. 2 genoemde lichamen zijn namelijk belastingplichtig vanwege hun rechtsvorm ongeacht de samenstelling van hun vermogen – dus ook bij het ontbreken van een object van heffing¹¹⁵⁰ – behoudens de niet in lid 1 a tot en met d genoemde verenigingen en stichtingen alsmede andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen. Zij zijn slechts vennootschapsbelastingplichtig indien en voorzover ze een onderneming drijven.

1.4.3.3 De wettelijke regeling biedt een mogelijkheid tot “taxplanning”

Tot 1 januari 2012 gold – ingevolge het bepaalde in art. 17 lid 3 sub b Wet op de vennootschapsbelasting 1969 – dat indien aanmerkelijkbelangaandelen niet tot het ondernemingsvermogen van een als een afgezonderd particulier vermogen te kwalificeren buitenlandse *discretionary trust* behoorden, de *trust* onverkort buitenlands belastingplichtig was voor voordelen welke uit deze

¹¹⁵⁰ Bij gebrek aan object zullen ze ook geen belastbare winst hebben.

1.4 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* voor de heffing van vennootschapsbelasting
1.4.3.3 De wettelijke regeling biedt een mogelijkheid tot “taxplanning”

aandelen werden verkregen. Omdat in puur Nederlandse verhoudingen veelal niet wordt geheven, bijvoorbeeld omdat de deelnemingsvrijstelling kan worden toegepast, rezen er vragen over de verenigbaarheid van de buitenlandse aanmerkelijkbelangregeling met het EU-recht.

Naar aanleiding hiervan is met ingang van 1 januari 2012 de regeling gewijzigd¹¹⁵¹ in die zin, dat voor toepassing van de regeling voortaan als aanvullende (beperkende) voorwaarde geldt dat (bijvoorbeeld) het belastingplichtige – als fiscale entiteit aan te merken – doelvermogen het aanmerkelijk belang houdt met als voornaamste doel of een van de voornaamste doelen, het ontgaan van de heffing van Nederlandse inkomsten- of dividendbelasting bij een ander¹¹⁵². Voor de invulling van dit criterium kan aansluiting worden gezocht¹¹⁵³ bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU over de verenigbaarheid van anti-ontgaansbepalingen met het EU-recht, waarin wordt gesproken over “volstrekt kunstmatige constructies”¹¹⁵⁴. Waartoe de fiscus (en de EU-rechter?) buitenlandse *discretionaire trust*verbanden ongetwijfeld zal rekenen¹¹⁵⁵.

Indien mocht blijken dat het tot stand brengen van een *discretionair trust*verband als een kunstmatige constructie moet worden aangemerkt, dan is de *discretionary trust*, zijnde een als zelfstandige fiscale entiteit te kwalificeren doelvermogen, buitenlands belastingplichtig terzake het belastbare inkomen uit dit aanmerkelijk belang.

Ingevolge art. 18 lid 2 Wet vennootschapsbelasting 1969 wordt de omvang van het inkomen bepaald op grond van de regels zoals die voor de inkomstenbelasting gelden.

Het gevolg hiervan is dat de deelnemingsvrijstelling ex art.13 Wet op de

¹¹⁵¹ Oorzaak hiervan was o.a. een verzoek hierom van de Europese Commissie in een met redenen omkleed advies (IP/10/1252). Het geheel afschaffen van de buitenlandse aanmerkelijkbelangregeling achtte het kabinet niet wenselijk omdat de regeling in de praktijk een belangrijke rol speelde bij het tegengaan van kunstmatige constructies met als doel de heffing van inkomsten- of dividendbelasting te ontgaan.

¹¹⁵² Wordt het aanmerkelijk belang door de buitense *discretionary trust*, buiten ondernemingsverband, alleen gehouden om om heffing van dividendbelasting te ontgaan (en dus niet mede om inkomstenbelasting te ontgaan), dan wordt de vennootschapsbelasting gesteld op 15 % over de ontvangen dividenduitkeringen (zie art. 17 lid 5 Wet op de vennootschapsbelasting 1969).

¹¹⁵³ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2011/2012, nr. 33003.

¹¹⁵⁴ Zie arrest van het Hof van Justitie EU van 16 juli 1998, zaak C-264/96 (ICI), BNB 1998/420, en het arrest van het Hof van Justitie EU van 12 september 2006, zaak C-196/04 (*Cadbury Schweppes*), BNB 2007/54.

¹¹⁵⁵ Om te bepalen of er sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie moet echter volgens de mededeling van de Europese Commissie van 19 december 2006 een vergelijkende analyse worden gemaakt of de economische realiteit overeenkomt met juridische vorm. Objectieve elementen voor het beoordelen van de economische realiteit zijn onder meer de plaats van de werkelijke leiding, de tastbare aanwezigheid van de vestiging (*substance*) en het reële commerciële risico dat de entiteit draagt.

vennootschapsbelasting 1969 niet van toepassing is op de dividenden die het buitenlandse belastingplichtige lichaam ontvangt resp. de waardemutaties welke zij ten aanzien van de aanmerkelijk belangaandelen realiseert. Het belastbare inkomen uit aanmerkelijk belang wordt immers ingevolge het bepaalde in art. 18 lid 2 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 opgevat en berekend volgens de regels van hoofdstuk 4 van de Wet inkomstenbelasting 2001, welke de deelnemingsvrijstelling niet kent.

Het gevolg hiervan is dat de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* als buitenlands belastingplichtig doelvermogen voor het inkomen uit de aanmerkelijk belangaandelen met vennootschapsbelasting wordt belast, zodat ook na 1 januari 2012 ingevolge het bepaalde in art. 2.14a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001 van een toerekening aan *settlor*, diens *partner* of erfgenamen geen sprake is.

Mocht echter kunnen worden aangetoond dat het tot stand brengen van de *discretionary trust* niet als een kunstmatige constructie kan worden aangemerkt, dan geldt de regeling van art. 17 lid 3 sub b niet en dienen het *trust*vermogen en haar resultaten aan de *settlor*, diens partner of erfgenamen te worden toegerekend, tenzij aan het heffingscriterium van art. 2.14a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2010 wordt voldaan. Hiervan is naar mijn mening sprake indien de aandelen in de in Nederland gevestigde vennootschap tot het ondernemingsvermogen van het als doelvermogen aan te merken buitenlandse *discretionary trust* behoren en de aandelen kunnen worden toegerekend aan een door de entiteit gedreven Nederlandse vaste inrichting. Dan is het inkomen afkomstig van de in Nederland gevestigde vennootschap op grond van art. 17 lid 3 sub a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 belast, zij het dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing kan zijn¹¹⁵⁶. Indien (mede) hierdoor de te belasten winst nihil bedraagt wordt effectief geen belasting geheven.

De vraag doet zich dan voor of alsdan van een toerekening ingevolge art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 aan de *settlor*, diens partner of erfgenamen toch sprake kan zijn. De *discretionary trust* wordt immers geen vennootschapsbelasting verschuldigd.

Ik ben van mening dat van toerekening geen sprake mag zijn. De als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* wordt immers voor zijn bezitting, zijnde de aanmerkelijk belangaandelen die tot het vermogen van zijn Nederlandse vaste inrichting behoren, in een belasting naar de winst wordt betrokken die resulteert in een heffing naar het Nederlandse vennootschapsbelastingtarief. Dat over de aanmerkelijk belangwinst *de*

¹¹⁵⁶ Zie van Vliet, 2008, p 915-916. N.m.m. is het in dit verband van belang te onderkennen dat mocht een buitenlandse deelnemingsvrijstelling van toepassing zijn, deze inhoudelijk niet ruimer mag zijn dan die ex art. 13 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

1.4 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* voor de heffing van vennootschapsbelasting

1.4.3.3 De wettelijke regeling biedt een mogelijkheid tot “taxplanning”

facto geen belasting verschuldigd wordt, vindt zijn oorzaak in het feit dat de winst naar Nederlandse maatstaven wordt berekend met als gevolg dat de deelnemingsvrijstelling – die dubbele belastingheffing beoogt te voorkomen – van toepassing is. Voorwaarde is uiteraard wel dat de *discretionary trust* een onderneming drijft met behulp van zijn gehele vermogen¹¹⁵⁷.

Indien mijn visie juist mocht blijken te zijn, dan zou het voor een als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* fiscaal wel eens lucratief kunnen zijn om omvangrijke aanmerkelijk belangpakketten in Nederlandse vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal te houden via een door de *trust* gedreven Nederlandse vaste inrichting. Temeer nu ingevolge het bepaalde in art 17a Successiewet 1956 het onder discretionair *trust*verband brengen van aanmerkelijk belang-aandelen niet is belast met schenkbelasting¹¹⁵⁸. De vraag is of de staatsecretaris zich zulks heeft gerealiseerd toen hij in de Memorie van Toelichting¹¹⁵⁹ de werking van art. 2.14a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001 verklaarde.

Ten aanzien van de mogelijke tegenwerping dat een en ander in strijd zou zijn met doel en strekking van de wettelijke regeling, ben ik van mening dat de “*trust*wetgeving” zoveel *overkill* bevat dat belastingplichtigen in die gevallen dat de tekst van de wet niet duidelijk is, deze in het voordeel van de belastingplichtigen dient te worden uitgelegd.

In dit verband is van belang dat art. 2.14a lid 7 spreekt van: “*betrokken in een belasting naar de winst die resulteert in een naar Nederlandse begrippen reële heffing*”, terwijl in de parlementaire stukken nergens blijkt dat van een toerekeningsstop alleen sprake kan zijn als blijkt dat daadwerkelijk belasting verschuldigd wordt¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁷ De Leeuw wijst er op dat de tijdens de parlementaire behandeling van het apv-wetsvoorstel toegevoegde eis dat de *discretionary trust* een onderneming drijft met zijn gehele vermogen niet voldoende is toegelicht. Zo rijst de vraag of de onderworpenheidstoets een activiteitentoets of een vermogenstoets is, dan wel dat beide toetsen kunnen worden aangelegd. Zie A.E. de Leeuw, “Toerekening bij het afgezonderd particulier vermogen”, *WFR* 2012/396.

¹¹⁵⁸ Zie ook de aantekening van de redactie van Vakstudie Nieuws op de Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, *V-N* 2009/22.3, p. 92.

¹¹⁵⁹ Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, *V-N*/22.3, p. 91.

¹¹⁶⁰ Zie in dit verband ook de in art. 10a lid 3 sub b Wet op de vennootschapsbelasting 1969 opgenomen tegenbewijsregeling betreffende niet-afrekbare rente. Daarin is op vergelijkbare wijze bepaald dat een naar de winst geheven belasting naar Nederlandse maatstaven redelijk is indien deze resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst, waarbij de artikelen 12b en 12c buiten toepassing blijven. Ook hier is niet bepaald dat sprake dient te zijn van daadwerkelijk verschuldigde belasting, tenzij geen heffing naar bedoelde redelijke maatstaven verschuldigd is vanwege de verrekening van verliezen of van andersoortige aanspraken uit jaren voorafgaande aan het jaar waarin de schuld is aangegaan (art. 10 a lid 3 sub b, 1^e volzin Wet vennootschapsbelasting 1969). Ook hier geldt de bepaalde belastbare winst als maatstaf van heffing, welke winst nihil kan zijn, bijvoorbeeld vanwege de deelnemingsvrijstelling ex art. 13 Wet op de vennootschapsbelasting.

Waar het naar mijn mening om gaat is dat er sprake is van het onderworpen zijn aan een belastingheffing van ten minste 10% over de (naar Nederlandse maatstaven te berekenen) winst, hetgeen de toepassing van een objectieve winstvrijstelling tot gevolg kan hebben, en daarmee het niet verschuldigd worden van (vennootschaps)belasting. Het gaat mij te ver om vanwege de toepassing van een door de wetgever gewenste objectieve vrijstelling, vermogen en de opbrengsten daarvan door middel van een extensieve grammaticale interpretatie fictief aan derden toe te rekenen. Dan had de wetgever maar voldoende helder moeten zijn geweest.

1.4.4 Enkele bijzondere vraagstukken

1.4.4.1 Inleiding

Indien een *settlor* een te erkennen *discretionary trust* naar buitenlands recht tot stand brengt en daartoe een Nederlandse onderneming in de ruime betekenis van art. 17 en 17 a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en/of aanmerkelijk belang aandelen in een Nederlandse vennootschap aan een *trustee* overdraagt, dan doet zich een aantal vragen voor. Allereerst of, en zo ja in hoeverre bij het opmaken van de beginbalans van de *discretionary trust* voor de waardering van de activa rekening mag worden gehouden met de bijzondere kenmerken die aan de rechtsfiguur van de *discretionary trust* eigen zijn. Voorts doet zich de vraag voor welke gevolgen het door de *trustee* toekennen van afdwingbare vermogensrechten aan *beneficiaries* heeft voor (het voortbestaan van) de *discretionary trust* als buitenlands belastingplichtige entiteit en voor het ingevolge het bepaalde in art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001 al dan niet toerekenen van bezittingen en schulden resp. opbrengsten en uitgaven aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen.

Ten slotte is van belang de vraag wat voor een naar buitenlands recht tot stand gebrachte buitenlands belastingplichtige *discretionary trust* de gevolgen voor de heffing van vennootschapsbelasting zijn indien de feitelijke leiding van de *trust* naar Nederland wordt verplaatst. Een daarmee samenhangende vraag is of en zo ja, welke gevolgen daaraan voor de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen zijn verbonden.

1.4.4.1.1 De openingsbalans van een als buitenlands belastingplichtig doelvermogen aan te merken discretionary trust

Bij de aanvang van de buitenlandse belastingplicht van een als *discretionary trust* aan te merken afgezonderd particulier vermogen dienen de door de *settlor* aan de *trustee* overgedragen activa en passiva van een in Nederland gedreven

1.4 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* voor de heffing van vennootschapsbelasting

1.4.4.1.1 De openingsbalans van een als buitenlands belastingplichtig doelvermogen aan te merken

onderneming resp. de aanmerkelijkbelangaandelen in een Nederlandse vennootschap op de openingsbalans te worden gewaardeerd tegen de daaraan toe te kennen waarde in het economische verkeer. De vraag die zich daarbij voordoet is of en zo ja, in hoeverre rekening moet worden gehouden met de bijzondere kenmerken die aan de rechtsfiguur van de *discretionary* eigen zijn. Ik doel hierbij op het feit dat het onder *trust*verband afgezonderde en afgescheiden vermogen 1) door de *settlor* nimmer bedoeld is eigen vermogen van de entiteit te vormen en 2) dat zulks vanwege *trustrecht* zelfs niet kan. Kenmerkend voor de *discretionary trust* is namelijk dat de entiteit het *trust*vermogen tijdelijk fiduciair houdt. Het vermogen en de opbrengsten daarvan komen namelijk krachtens geldend *trustrecht* uiteindelijk altijd bij derden-rechthebbenden terecht. Vroeg of laat bij hetzij de daartoe door de *trustee* aangewezen *beneficiaries*¹¹⁶¹, hetzij bij de *settlor* of zijn erfgenamen vanwege een *resulting trust*, dan wel bij de *settlor* of diens erfgenamen indien de *discretionary trust* van rechtswege ophoudt te bestaan. (zie: “*the rule against perpetuities*”¹¹⁶²).

De vraag die zich hierbij voordoet is of bij het opmaken van de openingsbalans rekening dient te worden gehouden met het feit:

- a. dat het afgezonderde vermogen en/of haar opbrengsten in beginsel op enig moment – naar het inzicht van de *trustee* – ten goede dient te komen aan door de *settlor* niet geïndividualiseerde personen welke behoren tot een wel door hem vastgestelde groep van mogelijke *beneficiaries*, zijnde de “verwachters” en,
- b. dat de *settlor* in verband daarmee (doorgaans) in een zogenaamde “*letter of wishes*” aan de *trustee* kenbaar maakt, welke feiten en omstandigheden aanleiding kunnen/dienen te zijn om afdwingbare rechten terzake het vermogen en/of haar opbrengsten aan door de *trustee* aan te wijzen personen toe te kennen, zonder
- c. daarbij de discretionaire bevoegdheden van de *trustee* te beperken, terwyl
- d. de *trustee* noch het doelvermogen als zodanig – naar geldend *trustrecht* – ooit *beneficial owner* van het *trust*vermogen zullen (kunnen) zijn¹¹⁶³.

¹¹⁶¹ Vaak zijn in het *trustinstrument* opeenvolgende *beneficiaries* aangewezen. Meestal betreft het de echtgenotes, kinderen, kleinkinderen in verschillende volgordes en subsidiaire reeksen waarbij *beneficial interests* overgaan van de ene tak van een familie naar een andere tak, met name indien een *remainder interest* niet blijkt te kunnen worden verwezenlijkt. Zie Zwolve, 2008, p. 371.

¹¹⁶² Zie hiervoor onder Deel 1, 2.6.1.1.2, sub b.1 “*The rule against perpetuities*”.

¹¹⁶³ Behoudens de situatie dat de *trustee* zelf tot de door de *settlor* vastgestelde groep van personen

Kortom, dient uit de openingsbalans van de als buitenlands belastingplichtig doelvermogen te kwalificeren *discretionary trust* te blijken dat deze de eigendom van het *trust*vermogen slechts fiduciair houdt, zodat nimmer van de verkrijging van een eigen vermogen sprake kan zijn?

Deze vraag zou eenvoudig zijn te beantwoorden als er op balansdatum een juridische schuld van het doelvermogen aan een derde zou zijn die daarmee jegens het doelvermogen een afdwingbaar recht bezit ter grootte van het onder *trust*verband gebrachte vermogen.

Dit is echter niet het geval. Van een bestaande verplichting is (nog) geen sprake. Pas als de *trustee* op grond van zijn discretionaire bevoegdheid besluit om aan door hem aan te wijzen personen afdwingbare vermogensrechten toe te kennen, ontstaat er een juridisch afdwingbare vordering op het doelvermogen en daarmee een schuld jegens *beneficiaries*. Mocht blijken dat de *trustee* geen vermogensrechten heeft toegekend, terwijl tevens voor aanwijzing als *beneficiary* in aanmerking komende personen niet meer bestaan, dan houdt – vanwege een *resulting trust* – de *trustee* het *trust*vermogen voor door de *trust*akte resp. het *trust*recht aangewezen derden en bij het ontbreken daarvan voor de *settlor* of diens erfgenamen. Zij verkrijgen dan een jegens de *trust* afdwingbaar vermogensrecht, welke vordering pas dan als schuld op de balans verschijnt. Uiteindelijk zal de *trust* van rechtswege haar einde vinden nadat de wettelijke einddatum van haar bestaan is bereikt en kunnen de dan gerechtigden vanaf dat moment vrijelijk over het vermogen beschikken of zoveel eerder als *beneficiaries* gezamenlijk besluiten de *trust* te beëindigen¹¹⁶⁴. Het gevolg van vorenstaande is dat er op de openingsbalans van het (naar Nederlands recht) als een entiteit aan te merken doelvermogen geen juridische schuld kan worden opgenomen, zodat uit de balans een eigen vermogen blijkt gelijk aan de waarde die in het economisch verkeer is toe te kennen aan de onder het *trust*verband gebrachte onderneming resp. de aanmerkelijk belangaandelen in de Nederlandse vennootschap.

Echter, aldus wordt geen rekening wordt gehouden met het feit dat er op balansdatum gedragsregelverplichtingen¹¹⁶⁵ van de *trustee* jegens een door de

behoort die door de *trustee* als *beneficiary* kunnen worden aangewezen.

¹¹⁶⁴ Naar Engels *trust*recht kunnen *beneficiaries*, mits alle *beneficiaries* meerderjarig en handelingsbevoegd zijn en zij met uitsluiting van anderen gerechtigd zijn tot het *trust*vermogen, gezamenlijk besluiten de *trust* te beëindigen door overdracht van het *trust*vermogen aan henzelf, aan derden of aan een andere *trust*. Zij hebben deze bevoegdheid zelfs indien het besluit indruist tegen de wensen van de *settlor* of de *trustee*. Dit grondbeginsel is bevestigd in *Saunders v Vautier* (1841) 4 Beav 115; affirmed (1841) Cr & Ph 240. Zie Thomas/Hudson, 2004, p. 661.

¹¹⁶⁵ Onder gedragsregelverplichtingen versta ik in navolging van *Goes* een uit het recht of een andere gedragsregel voortvloeiende betrekking tussen twee of meer personen op basis waarvan de ene partij, de plichtige, tot het verrichten van een prestatie is gehouden, op

1.4 De gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* voor de heffing van vennootschapsbelasting

1.4.4.1.1 De openingsbalans van een als buitenlands belastingplichtig doelvermogen aan te merken

settlor vastgestelde groep van personen – de potentiële *beneficiaries* – bestaan.

Te weten:

1. de verplichting van de *trustee* om tijdelijk het *trust*vermogen/vermogensopbrengsten uitsluitend ten behoeve van nog niet door hem geïdentificeerde derden fiduciair te houden en te beheren en

2. de verplichting om telkens te overwegen of feiten en omstandigheden het al dan niet noodzaken *trust*vermogen resp. opbrengsten daaruit aan door de *trustee* daartoe aan te wijzen *beneficiaries* uit te keren, daarbij rekening houdend met hetgeen de *settlor* dienaangaande eventueel kenbaar heeft gemaakt.

Ondanks deze op *equity* gebaseerde specifiek voor een *discretionary trust* geldende gedragsregelverplichtingen – ten gevolge waarvan een behoorlijke kans bestaat dat daaruit een verbintenis tussen de *discretionary trust* en de door de *trustee* alsdan geïndividualiseerde *beneficiaries* ontstaat – kan bij het tot stand komen van een *discretionary trust* naar mijn mening geen als waardecorrectie bedoelde fiscale voorziening op de openingsbalans worden opgenomen¹¹⁶⁶. Hoewel voor de vorming van een voorziening sinds het zgn. “baksteenarrest”¹¹⁶⁷ het bestaan van een rechtsverhouding geen vereiste meer vormt, kan naar mijn mening bij het tot stand komen van een *discretionary trust* geen voorziening worden gevormd omdat niet wordt voldaan aan de door de Hoge Raad in dit arrest omschreven voorwaarden. Zo is van een kostenveroorzakend feit dat zich voor balansdatum moet hebben voorgedaan bij de totstandkoming van een *discretionary trust* geen sprake, evenmin als van een toerekening van toekomstige uitkeringen (aan nog aan te wijzen *beneficiaries*) aan een periode tot en met balansdatum. Voorts bestaat er op balansdatum geen redelijke mate van zekerheid dat de toekomstige uitkeringen zich daadwerkelijk zullen voordoen¹¹⁶⁸. De omstandigheid dat een *discretionary trust* wordt gekenmerkt door het feit dat de *trustee* onder omstandigheden kan repectievelijk moet

welke prestatie de andere partij, de derde, een zekere aanspraak heeft. Zie P.F. Goes, “*De fiscaal aftrekbare passiva*”, academisch proefschrift, Erasmus Universiteit Rotterdam, juni 2000, p. 13-14.

¹¹⁶⁶ De vraag of een voorziening kan worden getroffen, waardoor tevens de waarde van de verkrijging wordt beïnvloed, is voor de heffing van de schenkbelasting niet meer van belang omdat het onder discretionair *trust*verband brengen van vermogen door de *settlor* ingevolge art. 17 a Successiewet 1956 niet als een schenking wordt aangemerkt.

¹¹⁶⁷ HR 26 augustus 1998, nr. 33 417, *BNB* 1998/409.

¹¹⁶⁸ Deze drie voorwaarden zijn door de Hoge Raad nadien bevestigd in HR 23 december 1998, nr. 34 191, *BNB* 1999/79 en HR 26 april 2002, nr. 36 955, *BNB* 2002/214.

besluiten tot het toekennen van juridisch afdwingbare vermogensrechten aan door hem aangewezen *beneficiaries*, vormt slechts een aan de rechtsfiguur gekoppeld algemeen kenmerk, maar rechtvaardigt als zodanig niet het vormen van een voorziening op de (openings)balans. Daarvoor is het toekennen van juridisch afdwingbare vermogensrechten door de *trustee* aan *beneficiaries* op balansdatum te ongewis.

Wel zal het mogelijk zijn om in een toelichting bij de commerciële balans het bestaan van de *discretionary trust* kenmerkende gedragsregelverplichtingen kenbaar te maken.

1.4.4.1.2 De aanwijzing van beneficiaries door de trustee en de toekenning aan hen van afdwingbare vermogensrechten

Indien een *trustee* op enig moment - vanwege feiten en omstandigheden die gelet op het doel van de *discretionary trust* (tot) de aanwijzing van *beneficiaries* rechtvaardigen (resp. noodzaken) - *beneficial rights* toekent, tengevolge waarvan de door hem aangewezen *beneficiaries* afdwingbare vermogensrechten verkrijgen, dan doet zich de vraag voor:

- a. of en zo ja, welke gevolgen dit voor (het voortbestaan van) de *discretionary trust* als buitenlandse vennootschapsbelastingplichtige entiteit heeft. Een buitenlands doelvermogen bestaat immers als buitenlands vennootschapsbelastingplichtig lichaam bij de gratie van het feit dat vermogen zodanig is afgezonderd dat er geen directe rechtsband met subjectief gerechtigden bestaat, tengevolge waarvan het doelvermogen Nederlands inkomen geniet in de zin van art. 17 lid 3 j° art. 17a Wet op de vennootschapsbelasting 1969, en
- b. of en zo ja, welke betekenis dit heeft voor het ingeval het bepaalde in art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001 al dan niet toerekenen van bezittingen en schulden resp. opbrengsten en uitgaven aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen.

In verband hiermee is het in het geval van een buitenlands belastingplichtige *discretionary trust* van belang om telkens als een *trustee* besluit om *beneficial rights* aan *beneficiaries* toe te kennen, vast te stellen welke afdwingbare vermogensrechten worden toegekend en waarop zij betrekking hebben. Dienaangaande is navolgend onderscheid van belang.

1 De trustee kent aan beneficiaries beneficiaire rechten toe betreffende het gehele trustvermogen alsook de opbrengsten daarvan

1.4.4.1.2 De aanwijzing van *beneficiaries* door de trustee en de toekenning aan hen van afdwingbare vermogensrechten

Indien een *trustee* op enig moment besluit, dat de door hem daartoe aan te wijzen personen als *beneficiaries* voortaan beneficiair gerechtigd zijn tot het gehele *trustvermogen* en alle opbrengsten daaruit, dan houdt de *discretionary trust* naar mijn mening op een vennootschapsbelastingplichtige entiteit te zijn¹¹⁶⁹. Het gehele *trustvermogen*, de opbrengsten en waardeveranderingen daarvan gaan namelijk voortaan uitsluitend nog de *beneficiaries* aan. Kortom er zijn voortaan rechtssubjecten, de *beneficiaries*, die met uitsluiting van anderen rechtstreeks en volledig economisch deelgerechtigd zijn tot het gehele *trustvermogen* en haar opbrengsten. Het gevolg hiervan is dat er geen sprake meer is van een doelvermogen dat Nederlands inkomen geniet, hetgeen ingevolge het bepaalde in art. 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 dé voorwaarde vormt voor het kunnen zijn van binnenlands belastingplichtige. Dientengevolge houdt de *discretionary trust* op als buitenlands vennootschapsbelastingplichtige entiteit te bestaan, hetgeen fiscale eindafrekening tot gevolg heeft met alle daaraan verbonden ingrijpende financiële consequenties (die doorgaans in het buitenland niet zullen zijn voorzien).

Toerekening ingevolge art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001 aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen komt naar mijn mening niet meer aan de orde omdat er geen sprake meer is van een discretionair afgezonderd *trustvermogen*, maar van een niet als een entiteit aan te merken *fixed trust* waarop art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001 naar mijn mening niet ziet.

2 De trustee kent aan *beneficiaries* beneficiaire rechten toe met betrekking tot de gehele opbrengst van het *trustvermogen* incl. vervreemdingswinst, doch niet met betrekking tot het *trustvermogen* als zodanig

Indien een *trustee* besluit om aan de door hem daartoe aangewezen *beneficiaries* *beneficial interests* toe te kennen betreffende de gehele opbrengst van het *trustvermogen* incl. vervreemdingswinst, zodat de *discretionary trust* daarna slechts een naar Nederlands privaatrecht als “bloot eigendom¹¹⁷⁰” aan te duiden recht op het *trustvermogen* houdt, dan is hiervan naar mijn mening het gevolg dat de *discretionary trust* eveneens geen belastbare winst meer uit een in Nederland gedreven onderneming resp. belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang kan genieten. Ook dan gaan alle opbrengsten incl. vervreemdingswinst voortaan uitsluitend de *beneficiaries* aan. Het gevolg hiervan is dat gelet op het bepaalde in art 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 het doelvermogen niet meer als een

¹¹⁶⁹ Voor een goed begrip benadruk ik dat de *trust* als zodanig niet ophoudt te bestaan.

¹¹⁷⁰ Ik breng in herinnering dat het Nederlandse begrip ‘bloot eigendom’ in juridische zin niet geheel overeenstemt met het Engelse begrip “*legal title*”. Zie ook Deel 1, 2.5 “*Kenmerken van de trust*”, voetnoot 177.

buitenlands belastingplichtig lichaam aan Nederlandse vennootschapsbelasting is onderworpen, zodat de *trust* ook dan als vennootschapsbelastingplichtig lichaam ophoudt te bestaan, hetgeen naar mijn mening tot gevolg heeft dat, op het moment dat rechten aan *beneficiaries* worden toegekend, voor de heffing van vennootschapsbelasting dient te worden afgerekend over de aan de onderneming resp. de aanmerkelijkbelangaandelen toe te kennen meerwaarde ten tijde van de toekenning van de rechten.

Mocht het *trust*vermogen uitsluitend een aanmerkelijk belang in een Nederlandse vennootschap omvatten als bedoeld in art. 17 lid 3 sub b Wet op de vennootschapsbelasting 2001 dan blijft de *discretionary trust*, ondanks het feit dat de *beneficiaries* vanwege de verkregen *beneficial interests* voortaan rechtstreeks tot de (vervreemdings)opbrengsten uit het aanmerkelijk belang zijn gerechtigd en daarmee aanmerkelijk belanghouders zijn geworden, nog steeds als aanmerkelijkbelanghouder aan te merken¹¹⁷¹. De *discretionary trust* houdt immers nog de “bloot eigendom” van de aanmerkelijk aandelen, hetgeen voldoende is om als aanmerkelijk belanghouder te kwalificeren. Van een buitenlandse belastingplicht is echter naar mijn mening ook dan geen sprake meer omdat de *trust* geen inkomen uit aanmerkelijk belang meer kan genieten. Mocht tengevolge van de vervreemding van een deel van de bloot eigendom de omvang van de resterende bloot eigendom niet meer voldoen aan het voor aanmerkelijk belangaandelen geldende kwantitatieve bezitscriterium, dan is sprake van een fictieve vervreemding van het geheel hetgeen naar mijn mening tot een eindafrekening over de meerwaarde bij de *beneficiaries* noodzaakt. Zij zijn immers als aanmerkelijk belanghouders tot de meerwaarde gerechtigd.

De vraag die zich voordoet is hoe vorenstaande zich verhoudt tot de toerekeningsfictie ex art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001. Ingevolge art. 2.14a lid 1 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 dienen de bezittingen en schuldsen alsmede de opbrengsten en uitgaven van een als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* aan de *settlor*, diens *partner*

¹¹⁷¹ Een aandeel kan namelijk tweemaal in aanmerking worden genomen voor de vraag of sprake is van een aanmerkelijk belang, een keer bij de genotsgerechtigde en een keer bij de bloot eigenaar. Zie Kamerstukken II 1995/1996, 24 761, nr. 3, p. 51. Zie ook art. 4.3 Wet inkomstenbelasting 2001. Hierin wordt bepaald dat met een aandeelhouder gelijk wordt gesteld degene die slechts gerechtigd is tot de voordelen uit aandelen en wordt zijn gerechtigdheid aangemerkt als aandeel. Mits voldaan wordt aan het kwantitatieve bezitspercentage kan derhalve ook een genotsgerechtigde een aanmerkelijk belang bezitten. Door deze gelijkstelling heeft het arrest HR 21 december 1966, nr. 15 635, *BNB* 1967/69 geen betekenis meer. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat een vruchtgebruiker geen aandeelhouder is in de zin van de aanmerkelijk belangregeling. De bloot eigenaar is en was zonder meer een aanmerkelijk belanghouder, mits ook hij voldoet aan het bezitscriterium van 5%. Zie ook Heithuis/ Kavelaars/Schuver, 2008, p. 453-454.

1.4.4.1.2 *De aanwijzing van beneficiaries door de trustee en de toekenning aan hen van afdwingbare vermogensrechten*

of erfgenamen te worden toegerekend, tenzij de *discretionary trust* voldoet aan het heffingscriterium van art. 2.14a lid 7 Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Vanwege de toekenning van alle opbrengsten van het *trust*vermogen aan *beneficiaries* door de *settlor*, welke toekenning ingevolge art 17 Successiewet 1956 als een te belasten schenking van de *settlor* of zijn erfgenamen aan de *beneficiaries* dient te worden aangemerkt, geniet de *discretionary trust* voortaan geen Nederlands inkomen meer. Dientengevolge is naar mijn mening geen sprake meer van een buitenlands belastingplichtig doelvermogen als bedoeld in art. 3 letter c Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en derhalve ook niet meer wordt voldaan aan het heffingscriterium. Het gevolg daarvan is dat bezittingen en schulden en de opbrengsten en uitgaven van de *discretionary trust* voortaan aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen zouden moeten worden toegerekend. Echter, omdat de *discretionary trust*, vanwege de aan *beneficiaries* toegekende *beneficial interests* niet meer gerechtigd is tot deze opbrengsten respectievelijk vervreemdingswinsten van de aanmerkelijk belang aandelen, kunnen deze opbrengsten respectievelijk vervreemdingswinsten niet meer aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen worden toegerekend, hetgeen ook logisch is nu de eerdere toekenning van de *beneficial interests* door de *trustee* aan *beneficiaries* ingevolge de fictie van art. 17 Successiewet 1956 als een schenking door de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen aan *beneficiaries* is aangemerkt.

3 *De trustee kent aan beneficiaries beneficiaire rechten toe uitsluitend met betrekking tot het vermogen als zodanig*

Indien de *trustee* mocht besluiten om aan *beneficiaries* uitsluitend de bloot eigendom van het *trust*vermogen toe te kennen, dan blijft de *discretionary trust* – bij gebrek aan rechtssubjecten die rechtstreeks tot de opbrengsten van het *trust*vermogen zijn gerechtigd – het inkomen uit het *trust*vermogen genieten. Dientengevolge blijft de *discretionary trust* buitenlands belastingplichtig omdat zij nog steeds Nederlands inkomen geniet en is van een toerekening aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen geen sprake. De als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* blijft immers een buitenlands belastingplichtig doelvermogen als bedoeld in art. 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969, tengevolge waarvan nog steeds aan het heffingscriterium van art. 2.14a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001 wordt voldaan.

4 *De trustee kent aan beneficiaries beneficiaire rechten toe deels betreffende het trustvermogen als zodanig en deels betreffende de opbrengsten van het trustvermogen*

Mocht de *trustee* besluiten beperkte rechten aan *beneficiaries* toe te kennen, zodat zij niet beneficiair gerechtigd worden tot het gehele *trust*vermogen en

haar opbrengsten maar tot slechts een deel daarvan, dan resteert nog steeds een afgezonderd vermogen ten aanzien waarvan geen directe rechtsband met subjectief gerechtigden bestaat en waarvan de opbrengsten niet rechtstreeks toevallen aan door de *trustee* daartoe aangewezen subjectief gerechtigden. Daarmee is dit resterend vermogen nog steeds als een zelfstandige entiteit te kwalificeren en blijft het als buitenlands vennootschapsbelastingplichtig doelvermogen bestaan, zij het - vanwege de gedeeltelijke staking - in afgenomen omvang. Of de *trust* na toekenning van afdwingbare vermogensrechten aan *beneficiaries* ook binnenlands vennootschapsbelastingplichtig blijft, hangt af van de vraag of na toekenning de *trust* binnenlands inkomen blijft genieten als bedoeld in art. 17 lid 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

5 De trustee kent aan beneficiaries onder ontbindende tijdsbepaling of voorwaarde beneficiaire rechten toe betreffende de gehele opbrengst van het trustvermogen

Een bijzondere situatie doet zich voor indien de *trustee* besluit om aan *beneficiaries* afdwingbare rechten op de gehele opbrengst van het *trustvermogen* onder ontbindende voorwaarde of tijdsbepaling toe te kennen. De *beneficiaries* verkrijgen dan vermogensrechten welke vervallen na het verstrijken van een bepaalde tijd, dan wel nadat een onzekere toekomstige gebeurtenis zich voordoet. De vraag daarbij is welke fiscale gevolgen zulk een toekenning van rechten voor de als een zelfstandige fiscale entiteit aan te merken *discretionary trust* heeft en of de toerekeningsfictie ex art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001 van toepassing is. Omdat de *beneficiaries* het beneficiaire recht op de gehele opbrengst van het *trustvermogen* - onder ontbindende tijdsbepaling/voorwaarde - verkrijgen, dient dit recht naar mijn mening als de verkrijging van een tijdelijk vruchtgebruik door *beneficiaries* te worden gekwalificeerd. Het gevolg hiervan is dat de *discretionary trust* voortaan de bloot eigendom houdt en daarmee de status van een zelfstandige juridische entiteit, zijnde een doelvermogen behoudt. Het houdt immers een vermogensrecht ten aanzien waarvan geen directe rechtsband met subjectief gerechtigden bestaat. Echter gedurende de periode dat de *beneficiaries* gerechtigd zijn, geniet de *trust* geen Nederlands inkomen. Het gevolg daarvan is dat van een vennootschapsbelastingplichtig lichaam tijdelijk resp. voorwaardelijk geen sprake meer is. Het gevolg hiervan is dat de *discretionary express private trust* niet meer aan het heffingscriterium van art. 2.14a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001 voldoet, zodat de bloot eigendom van de aanmerkelijkbelangaandelen aan de de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen moet worden toegerekend. Pas nadat de gestelde periode is verstreken of de gestelde voorwaarde is vervuld, "herleeft" naar mijn mening de buitenlandse vennootschapsbelastingplicht van de *discretionary express private trust*. De *discretionary trust* geniet vanaf dat moment immers weer Nederlands inkomen.

1.4.4.1.2 De aanwijzing van *beneficiaries* door de trustee en de toekenning aan hen van afdwingbare vermogensrechten

6 De trustee kent aan *beneficiaries* eenmalig een vermogensrecht toe

Een *trustee* kan aan een binnenlandse *beneficiary* eenmalig een vermogensrecht toekennen, welk vermogensrecht voor de *beneficiary* tot de rendementsgrondslag ex art. 5.3 Wet inkomstenbelasting 2001 gaat behoren. Van een economische deelgerechtigdheid van de *beneficiary* tot het *trust*vermogen en haar opbrengsten is dan geen sprake, zodat de toekenning van zulk een recht geen invloed heeft op de buitenlandse vennootschapsbelastingplicht van de *discretionary trust*, mits de *discretionary trust* - na de toekenning van het vermogensrecht - binnenlands inkomen blijft genieten. Het is overigens denkbaar dat de *trustee* met tussenpozen een besluit neemt om aan dezelfde *beneficiary* een eenmalige uitkering toe te kennen. Van een periodieke uitkering is dan geen sprake. Voor elke toekenning is immers een besluit nodig, zodat van een verkregen recht op periodieke uitkeringen geen sprake kan zijn. Het periodiciteitskarakter ontbreekt omdat geen sprake is van een serie van uitkeringen waarvan het bestaan reeds bij de eerste toekenning vaststaat¹¹⁷². Voorts ontbreekt de voor het bestaan van een periodieke uitkering vereiste onzekerheidsfactor¹¹⁷³.

Omdat de als een afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* Nederlands inkomen blijft genieten, is het nog steeds een buitenlands belastingplichtig doelvermogen, zodat aan het heffingscriterium van art. 2.14a lid 7 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 wordt voldaan en de toerekening van bezittingen en schulden resp. opbrengsten en uitgaven van het *trust*vermogen aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen niet van toepassing is.

7 De trustee kent aan *beneficiaries* een recht op periodieke uitkeringen toe

Een *trustee* kan aan *beneficiaries* ook een recht op periodiek vervallende uitkeringen toekennen, waarbij het onzeker is welk bedrag in totaal zal worden uitgekeerd. De als doelvermogen aan te merken *discretionary trust* vormt daarbij als zelfstandige fiscaal-juridische entiteit - fiscaalrechtelijk beoordeeld - de schuldenaar, die zich rechtens verplicht weet periodiek bedragen ten laste van het *trust*vermogen aan *beneficiaries* uit te keren, terwijl civielrechtelijk de *trustee* als schuldenaar moet worden aangemerkt. Van een deelgerechtigdheid van *beneficiaries* tot het *trust*vermogen als zodanig of tot de opbrengsten daarvan is echter geen sprake, zodat de toekenning van periodieke uitkeringen geen invloed heeft op de subjectieve vennootschapsbelastingplicht van de *discretionary trust* en derhalve ook geen sprake is van een toerekening aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen

¹¹⁷² Zie HR 22 maart 1961, nr. 14 514, BNB 1961/149.

¹¹⁷³ Zie HR 28 mei 1986, nr. 23 082, BNB 1986/246.

ingevolge het bepaalde in art. 2.14a lid 7 Wet op de vennootschapsbelasting 1969, althans aangenomen dat de *discretionary trust* nog steeds Nederlands inkomen blijft genieten ondanks de toegekende periodieke uitkeringen.

De door de *beneficiaries* van de *discretionary trust* te ontvangen periodieke uitkeringen dienen overigens naar mijn mening bij hen in box 1 te worden belast. De door de *beneficiaries* van de als een juridische zelfstandige entiteit te kwalificeren *discretionary trust* te ontvangen uitkeringen vormen namelijk niet de tegenwaarde van een prestatie, maar zijn een gevolg van een door de *trustee* daartoe zelfstandig genomen besluit, waaraan als zodanig geen prestatie ten grondslag ligt. Daarmee wijkt de fiscale behandeling van een door een *discretionary trust* – middels haar *trustee* – aan *beneficiaries* toegekend recht op periodieke uitkeringen naar mijn mening af van eenzelfde door een *settlor* bij de totstandkoming van een *fixed trust* aan *beneficiaries* toegekend recht op periodieke uitkeringen¹¹⁷⁴. In dat geval is namelijk sprake van een prestatie door de *settlor* waarin de verplichting tot het doen van periodieke uitkeringen haar grond vindt, namelijk het onder *fixed trust* verband brengen door de *settlor* van vermogen. In het geval van een *discretionary trust* vindt daarentegen de verplichting tot het doen van periodieke uitkeringen haar grond niet in het onderbrengen van het vermogen in de *trust* door de *settlor*, maar in een zelfstandig door de *trustee* – mogelijkkerwijs lange tijd nadat de *trust* tot stand kwam – genomen besluit. Dat ingevolge art. 17 Successiewet 1956 de verkrijging door de *beneficiaries* geacht wordt een belaste schenking aan hen door de *settlor* te zijn, doet hieraan naar mijn mening niets af. Wel geldt dat indien de *beneficiaries* bloed- of aanverwanten in de rechte linie of tweede graad zijlinie van de *settlor* zijn, de periodieke uitkeringen bij hen in box 3 moeten worden belast¹¹⁷⁵.

1.4.4.1.3 Het als buitenlands belastingplichtig doelvermogen aan te merken afgezonderd particulier vermogen dat feitelijk vanuit Nederland wordt geleid

Indien een *settlor* een als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary express private trust* tot stand brengt welke als een buitenlands belastingplichtig doelvermogen kwalificeert én de feitelijke leiding van de *discretionary trust* nadien naar Nederland wordt verplaatst, bv. omdat voortaan de *trustees* in Nederland zijn gevestigd, dan doet zich de vraag voor welke gevolgen dit voor de heffing van vennootschapsbelasting voor het doelvermogen heeft en of en zo ja, welke gevolgen daaraan voor de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen zijn verbonden.

¹¹⁷⁴ Zie HR 26 oktober 2007, nr. 42 537, BNB 2008-122c* waarin de Hoge Raad van mening was – in tegenstelling tot de staatssecretaris – dat het onderbrengen van vermogen in een *trust* wél een prestatie vormt, waarin het ontstaan van de verplichting tot het doen van de uitkeringen haar grond vindt.

¹¹⁷⁵ Zie art. 3.101, lid 1 sub c Wet inkomstenbelasting 2001.

1.4.4.1.3 *Het als buitenlands belastingplichtig doelvermogen aan te merken afgezonderd particulier vermogen dat feitelijk vanuit Nederland wordt geleid*

Indien het doelvermogen geacht moet worden in Nederland te zijn gevestigd omdat het feitelijk in Nederland wordt geleid, dan eindigt de buitenlandse vennootschapsbelastingplicht. Het doelvermogen is immers niet meer in het buitenland gevestigd. De vraag is dan vervolgens of voor het doelvermogen een binnenlandse vennootschapsbelastingplicht ontstaat. Van belang daarbij is dat in art. 2 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 de binnenlandse belastingplichtigen limitatief worden opgesomd. Echter onder de limitatieve opsomming in art. 2 komt het begrip doelvermogen noch het begrip *trust* voor. Het gevolg hiervan is dat in beginsel een naar buitenlands recht tot stand gekomen, als entiteit aan te merken *discretionary trust*, welke *trust* in Nederland is gevestigd¹¹⁷⁶, niet als een binnenlands vennootschapsbelastingplichtig subject is aan te merken ongeacht de samenstelling van het *trust*vermogen. Dientengevolge is heffing van vennootschapsbelasting over het *trust*vermogen en de opbrengsten daaruit niet mogelijk, tenzij de in Nederland gevestigde *discretionary trust* naar Nederlands fiscaal recht zodanige kenmerken vertoont dat de rechtsfiguur is te rangschikken onder een van de in art. 2.1. Wet op de vennootschapsbelasting 1969 omschreven rechtsfiguren. Toetsing leert dat geen van de in dit artikel omschreven rechtsfiguren zodanige kenmerken heeft dat deze in aanmerking komt om zonder meer te worden gelijkgesteld met een *discretionary trust*. Niet de in art. 2 lid 1 sub a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 genoemde vennootschappen met een geheel of ten dele in aandelen verdeeld kapitaal. Er is namelijk noch sprake van een rechtsassociatie, niet zijnde een rechtspersoon, noch van een in aandelen verdeeld kapitaal. Evenmin als het in art. 2 lid 1 sub f Wet op de vennootschapsbelasting 1969 genoemde onder het begrip beleggingsfonds te rangschikken fonds voor gemene rekening. Een fonds voor gemene rekening wordt namelijk gekenmerkt door het feit dat het een niet in een rechtspersoon ondergebracht vermogen betreft waarin ter collectieve belegging gevraagde of verkregen gelden of andere goederen zijn of worden opgenomen teneinde de deelnemers in de opbrengst van de beleggingen te doen deelnemen¹¹⁷⁷. Een *discretionary trust* wordt echter gekenmerkt door het feit dat er (nog) geen rechtssubjecten zijn die (economisch) deelgerechtigd zijn tot het *trust*vermogen en/of de opbrengsten daarvan, zodat er dus ook geen “deelnemers” zijn. Een rechtsfiguur die de als quasi-rechtspersoon te kenschetsen non-transparante *trust* wél dicht benadert, is de stichting die rechtens en feitelijk niet anders kan en mag doen dan het uitvoeren van de haar krachtens de *fiducia cum amico* opgedragen beheerstaken¹¹⁷⁸. Overigens kan

¹¹⁷⁶ Zie voor vier criteria die voor de vaststelling van de vestigingsplaats van een *trust* van belang zijn: art. 7 van het Haags *trust*verdrag.

¹¹⁷⁷ Zie art. 1 Wet toezicht beleggingsinstellingen.

¹¹⁷⁸ Een dergelijke stichting duidt men ook wel aan als een *very special purpose vehicle*. Zie

ingevolge het bepaalde in art. 2, lid 1 sub e Wet op de vennootschapsbelasting 1969 een stichting slechts vennootschapsbelastingplichtig zijn, indien en voor zover door haar een onderneming wordt gedreven. Het juridische verschil tussen zulk een stichting en een *discretionary trust* bestaat naar mijn mening uitsluitend in het ontbreken van een juridische huls welke het stichtingsvermogen omvat. Daarbij moet worden bedacht dat de stichting reeds geruime tijd voor dat zij in de Wet op de Stichtingen werd geregeld (als “voortrein” van het NBW¹¹⁷⁹) als rechtspersoon werd erkend. Ook hieruit kan worden afgeleid dat het zijn van rechtspersoon civielrechtelijk niet dwingend afhangt van een wettelijke aanwijzing dienaangaande. Het is tegen deze achtergrond dat het naar mijn mening verdedigbaar is te stellen dat – weliswaar via een extensieve interpretatie – een als entiteit te kwalificeren doelvermogen gerangschikt kan worden onder de in art. 2 lid letter e genoemde “andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen”. Mocht echter moeten worden aangenomen dat een in Nederland gevestigde als zelfstandige entiteit aan te merken *discretionary trust* niet tot de in art. 2 Wet op de vennootschapsbelasting genoemde lichamen kan worden gerekend, dan heeft dit tot gevolg dat Nederlandse vennootschapsbelastingheffing ten aanzien van het *trust*vermogen – ongeacht de samenstelling daarvan – en haar opbrengsten niet mogelijk lijkt te zijn. Een uit een oogpunt van rechtsgelijkheid ongewenst gevolg dat Nobel¹¹⁸⁰ reeds eerder signaleerde en dat tot wetwijziging noodzaakt in die zin dat art. 2 lid 1 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 dient te bepalen dat als binnenlandse belastingplichtigen ook aan vennootschapsbelasting zijn onderworpen de binnen het Rijk gevestigde doelvermogens¹¹⁸¹.

De toerekeningsfictie

Vorenstaande is ook van belang in verband met de toepassing van de toerekeningsfictie ex art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001. Indien namelijk de feitelijke leiding van een als buitenlands belastingplichtig doelvermogen te kwalificeren *discretionary trust* naar Nederland wordt verplaatst, eindigt de buitenlandse vennootschapsbelastingplicht van het als afgezonderd particulier vermogen te kenschetsen doelvermogen, zodat niet meer wordt voldaan aan het heffingscriterium van art. 2.14a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001. Van een in het buitenland gevestigd doelvermogen dat Nederlands

Raaijmakers, 2000, p. 391. Een wezenlijk verschil tussen zulk een stichting en een als entiteit te kwalificeren *discretionary trust* is dat de laatste veel meer flexibel is.

¹¹⁷⁹ Zie Raaijmakers, 2000, p. 26.

¹¹⁸⁰ Zie Nobel, 1999, p. 791.

¹¹⁸¹ Zie ook hierna Deel 5, 1.4.4 “*De fictief binnenlandse discretionary trust dient een subjectief vennootschapsbelastingplichtig lichaam te zijn*”.

1.4.4.1.3 *Het als buitenlands belastingplichtig doelvermogen aan te merken afgezonderd particulier vermogen dat feitelijk vanuit Nederland wordt geleid*

inkomen geniet is immers geen sprake meer, terwijl evenmin een binnenlandse vennootschapsbelastingplicht ontstaat. Met als gevolg dat de bezittingen en schulden alsook de opbrengsten en uitgaven voortaan rechtstreeks aan de *settlor*, diens partner of erfgenamen dienen te worden toegerekend, hetgeen tot heffing van Nederlandse inkomstenbelasting leidt indien zij in Nederland wonen. Mochten zij in het buitenland wonen dan worden zij ingevolge het bepaalde in art. 2.1 letter b Wet inkomstenbelasting 2001 buitenlands inkomstenbelastingplichtig voor het door het doelvermogen genoten Nederlands inkomen als bedoeld in art. 7.1 Wet inkomstenbelasting 2001. Dit inkomen wordt hen namelijk toegerekend omdat de toerekeningsstop van art. 2.14a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001 niet van toepassing kan zijn. Het hier te lande gevestigde doelvermogen wordt immers niet betrokken in een belasting naar de winst die resulteert in een heffing van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst. Dit heeft tot gevolg dat de in het buitenland wonende *settlor*, diens *partner* of erfgenamen voor de heffing van inkomstenbelasting buitenlands belastingplichtig worden voor het door het doelvermogen genoten Nederlands inkomen dat blijkens art. 7.1 belastbaar inkomen uit werk en woning in Nederland; uit aanmerkelijk belang in een in Nederland gevestigde vennootschap en uit sparen en beleggen in Nederland omvat. Het valt naar mijn mening te betwijfelen of de buitenlandse *settlors*, diens *partners* of erfgenamen zich bewust zijn van het feit dat zij ingevolge het bepaalde in art. 2.14a lid 1 j° lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001 met ingang van 1 januari 2010 buitenlands belastingplichtig zijn voor door een *discretionary trust* - waarvan de leiding in Nederland is gevestigd - genoten Nederlands inkomen. Dit effect van de per 1 januari 2010 van kracht geworden wettelijke regeling betreffende afgezonderde particuliere vermogens voorkomt overigens niet dat Nederland naar mijn mening, vanuit een internationaal fiscaal perspectief, nog steeds als een fiscale vrijhaven is aan te merken voor de als een afgezonderd particulier vermogen aan te merken naar buitenlands recht tot stand gekomen *discretionary trusts* die feitelijk in Nederland zijn gevestigd en die géén Nederlands inkomen genieten. Immers, vanwege het feit dat een doelvermogen niet behoort tot de in art. 2 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 limitatief opgesomde lichamen kan van een binnenlandse vennootschapsbelasting lichaam in beginsel geen sprake zijn, terwijl - voor de heffing van inkomstenbelasting - toerekening van inkomen aan een buitenlandse *settlor*, diens *partner* of erfgenamen niet aan de orde komt indien het doelvermogen geen Nederlands inkomen geniet. Het nog langer laten voortbestaan van dit heffingsvacuüm door een wetgever die ter bescherming van het eigen financieel belang de vorming van afgezonderde particuliere vermogens op draconische wijze meent te moeten bestrijden, terwijl op het bestaan van dit "heffingslek" in de literatuur reeds jaren wordt gewezen, is naar mijn mening hypocriet en niet aanvaardbaar.

1.5. De kwalificatie van het broninkomen

Een met de onderzoekshypothesen samenhangende vervolgvraag is of tengevolge van het tot stand brengen van een *discretionary trust* de kwalificatie van het broninkomen zich wijzigt.

Daarbij is verondersteld dat het tot stand brengen van een *discretionary trust* zelfstandige fiscale gevolgen voor de kwalificatie van het inkomen heeft¹¹⁸². Vanwege de in art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001 opgenomen wetsfictie, dient deze veronderstelling te worden bijgesteld. Het *trust*vermogen dient namelijk voor de heffing van schenk- erf- en inkomstenbelasting aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen te worden toegerekend zodat van een kwalificatiewijziging van het broninkomen geen sprake kan zijn. Dit geldt echter - voor zover het de heffing van inkomstenbelasting betreft - niet indien wordt voldaan aan het heffingscriterium van art. 2.14a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001. Alsdan wijzigt de kwalificatie van het broninkomen wel. Het doelvermogen vormt dan immers een vennootschapsbelastingplichtige entiteit, mits het bepaalde in art. 3 j° art.17 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 van toepassing is.

¹¹⁸² Zie “Verantwoording, probleemstelling en plan van aanpak”, onder 5 sub “Onderzoekshypothesen”.

Hoofdstuk 2

De fiscaalrechtelijke gevolgen van de *fixed trust*

2.1 Inleiding

In dit deel van het onderzoek worden de fiscale gevolgen onderzocht van het ontstaan/bestaan van een *fixed trust*. Daarbij wordt het onderscheid gemaakt tussen:

- 1) de gevolgen van het ontstaan van een *fixed trust inter vivos* voor de heffing van schenkbelasting,
- 2) de gevolgen van het ontstaan van een *fixed trust mortis causa* voor de heffing van erfbelasting, alsook
- 3) de gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting zodra een *fixed trust* bestaat.

Ten aanzien van de *fixed trust inter vivos* wordt in paragraaf 2 onderzocht of het tot stand brengen van zulk een *trust* vorm een schenking als bedoeld in art. 1 lid 3 Successiewet 1956 tot gevolg heeft, zulks vanwege het feit dat de rechten van elke *beneficiary* (afzonderlijk) bepaalbaar zijn zodat van een voltooide verrijking jegens hem sprake is, terwijl de *settlor* uit liberaliteit blijvend is verarmd. Voorts wordt onderzocht of de toerekening van het *trust* vermogen aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen ingevolge art. 17a Successiewet 1956 van toepassing is. Vervolgens komen aan de orde de schenkingsrechtelijke gevolgen van de totstandkoming van een *irrevocable fixed trust inter vivos* waarbij aan *beneficiaries* vermogensrechten onder tijdsbepaling en/of voorwaarde worden toegekend. Onderscheid wordt daarbij gemaakt tussen de verkrijging van eenmalige en periodieke uitkeringen onder opschortende/ontbindende tijdsbepaling en de verkrijging van eenmalige en periodieke uitkeringen onder opschortende/ontbindende voorwaarde.

In paragraaf 3 wordt onderzocht wat de gevolgen voor de heffing van de erfbelasting zijn indien een *fixed trust mortis causa* onder het positieve recht ontstaat. Daarbij wordt aandacht besteed aan de conversie van een uiterste wilsbeschikking waarbij de totstandkoming van een *fixed trust* wordt beoogd in een wilsbeschikking waarbij de erflater zowel aan de *trustee* alsook aan de *beneficiaries* een legaat toekent. Voorts komt aan de orde de vraag hoe erfachtelijk verkregen aanspraken op een *fixed trust* vermogen en de opbrengsten daaruit moeten worden gewaardeerd, waarbij in beginsel voor de vaststelling van

de waarde der (erfrechtelijk) verkregen *trust*rechten de dwingend rechtelijke waarderingsvoorschriften van art. 21 Successiewet 1956 gelden. Zulks vanwege het feit dat de Successiewet 1956 niet voorziet in waarderingsvoorschriften die zich volledig richten op fiduciaire eigendomsverhoudingen of daarmee vergelijkbare rechtsverhoudingen die beheerst worden door buitenlands recht, zoals de *fixed trust*.

In paragraaf 4 wordt onderzocht wat de zelfstandige gevolgen voor de heffing van de inkomstenbelasting zijn indien een binnenlandse *settlor* een *fixed trust* ten behoeve van binnenlandse *beneficiaries* tot stand brengt, waarbij als uitgangspunt geldt dat de *fixed trust* fiscaal niet als een entiteit is aan te merken en daarmee evenmin als een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in art. 2.14a lid 1 van de Wet inkomstenbelasting 2001. Aandacht wordt besteed aan de vraag of de beneficiaire gerechtigdheid van een binnenlands belastingplichtige tot een *fixed trust*vermogen en hetgeen hij daaruit verkrijgt, voor hem belastbaar inkomen vormt en zo ja, hoe dit inkomen voor de heffing van inkomstenbelasting dient te worden gekwalificeerd. Voor het beantwoorden van deze vraag is het begrip “genieten” van belang. Voorts komt de fiscale positie van de binnenlandse *settlor* aan de orde indien deze hem toebehorend vermogen onder *fixed trust*verband brengt. Aansluitend wordt ingegaan op de onder *fixed trust*verband te houden verschillende bronnen van inkomen en de fiscale gevolgen die daaraan voor de *beneficiary* zijn verbonden. Tevens wordt nog aandacht geschonken aan de gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting van het toekennen van *beneficial rights* onder opschortende tijdsbepaling en/of voorwaarde.

Tot slot komt in paragraaf 5 aan de orde de met de onderzoekshypthesen samenhangende vervolgvraag of tengevolge van het tot stand komen van een *fixed trust* de kwalificatie van het broninkomen zich wijzigt. Dienaangaande is verondersteld dat van een wijziging geen sprake is¹¹⁸³.

2.2 De gevolgen voor de heffing van de schenkbelasting indien een *fixed trust inter vivos* ontstaat

2.2.1 Inleiding

Zoals hiervoor reeds bleek is van een *fixed trust* sprake indien de *trustee* *trust*vermogen houdt voor een bepaalde, precies omschreven groep van door de *settlor* geïndividualiseerde *beneficiaries* welke van de *settlor* bij de totstandkoming van de *fixed trust* rechtstreeks afdwingbare vermogensrechten hebben verkregen. Het begrip *fixed* ziet hier op de vastgelegde lijst van personen die voordelen uit

¹¹⁸³ Zie “Verantwoording, probleemstelling en plan van aanpak”, onder 5 sub “Onderzoekshypthesen”.

de *trust* (zullen kunnen) genieten, zoals bv.: “*in trust voor mijn kleinkinderen Beau en Kane Verplancke*”.

De *trustee* heeft discretionaire bevoegdheid noch met betrekking tot de (groep van) *beneficiaries*, noch met betrekking tot de belangen die de *beneficiaries* bij het *trust*vermogen hebben. De taak van de *trustee* bij een *fixed trust* is het min of meer “slaafs” uitvoeren van de *trust*voorwaarden. Dit betekent dat hij de aanwijzingen zoals die in het *trustinstrument* zijn vastgelegd moet opvolgen en uitvoeren, tenzij de *trustakte*, wetgeving of de rechter anders bepaalt. Hij kan hiervan niet afwijken en kan zich evenmin bevoegdheden toeëigenen die hem niet zijn toegekend, ook niet als dit ten voordele van de *beneficiaries* zou zijn. In zijn meest simpele vorm omvat de *fixed trust* een aanwijzing aan een *trustee* om vermogen (en/of de inkomsten uit het vermogen) fiduciair te houden ten behoeve van met namen genoemde individuen, zijnde de *beneficiaries*. Voorts omvat het een aanwijzing hoe het vermogen (en/of inkomsten daaruit) in gelijke of (nader omschreven) ongelijke delen aan deze *beneficiaries* dient te worden uitgekeerd. Zulk een uitkering van het vermogen en/of inkomsten uit het vermogen kan overigens pas plaatsvinden zodra het mogelijk is om alle met naam genoemde individuen, dan wel alle leden van de aangewezen groep te identificeren, b.v. door het kunnen opmaken van een complete lijst van in aanmerking komende *beneficiaries*¹¹⁸⁴. Vaak zal zulk een lijst pas kunnen worden vastgesteld (lang) nadat de *fixed trust* tot stand is gekomen, met name indien bepaalde voorwaarden vervuld dienen te zijn of onzekere gebeurtenissen zich moeten hebben voorgedaan¹¹⁸⁵. Het gevolg hiervan is dat het juiste aantal en de specifieke identiteit van de *beneficiaries* (en daarmee de omvang van hun beneficiair belang) op het moment dat de *fixed trust* tot stand komt, (nog) niet kunnen worden vastgesteld. Desondanks is sprake van een *fixed trust* omdat de *settlor* reeds bij de totstandkoming van de *trust* zowel heeft bepaald wie *beneficiaries* zullen zijn, alsook tot welke bedragen zij gerechtigd zullen zijn, al dan niet na vervulling van voorwaarden of het intreden van onzekere gebeurtenissen. Wie *beneficiaries* zullen zijn en tot welke bedragen ze gerechtigd zullen zijn, is dus niet afhankelijk van een discretionaire bevoegdheid van een (daartoe aangewezen) persoon, de *trustee*, maar is reeds door de *settlor* in het *trustinstrument* vastgelegd¹¹⁸⁶. Echter, wil een *fixed trust* effectief zijn, dan dient “definitieve”

¹¹⁸⁴ (There)... “*can be no division in equal shares amongst a class of persons unless all the members of the class are known*”. *IRC v Broadway Cottages Trust* (1955) CH 20, 29.

¹¹⁸⁵ Mocht uiteindelijk de gestelde voorwaarde niet worden vervuld of de onzekere gebeurtenis zich niet voordoen dan kan dit tot gevolg hebben dat er geen *beneficiaries* blijken te zijn met als gevolg dat er sprake is van een *resulting trust* ten behoeve van de *settlor* (of zijn erfgenamen).

¹¹⁸⁶ En dus niet afhankelijk van de wil van de *trustee(s)* zoals bij een *discretionary trust* het geval is. Zie *Re Saxone Shoe Co Ltd's Trust Deed* (1962) 2 All ER 904, 912 en *Re Eden* (1957) 2 All ER 430, 433.

zekerheid te bestaan wie *beneficiaries* zijn. Dat wil (pragmatisch) zeggen, dat met een hoge mate van waarschijnlijkheid, althans een mate van waarschijnlijkheid die redelijkerwijs kan worden bereikt, al degenen die *beneficiary* zouden kunnen zijn, zijn vastgesteld. Een absolute zekerheid wordt echter niet vereist. Mocht een Nederlandse *settlor* een *fixed trust inter vivos* tot stand brengen tengevolge waarvan door hem uit vrijgevigheid vermogen in de *trust* wordt afgezonderd en afgescheiden, waarbij de gerechtigdheid van de groep van *beneficiaries* tot het *trust*vermogen op grond van de *trust*voorwaarden bepaalbaar is, alsook die van elke *beneficiary* daarin afzonderlijk, en de *beneficiaries* hebben niet van hun rechten afgezien, dan is sprake van een schenking als bedoeld in art. 1 lid 7 Successiewet 1956. De rechten van elke *beneficiary* (afzonderlijk) zijn namelijk bepaalbaar, zodat van een voltooide verrijking jegens hem sprake is¹¹⁸⁷, terwijl de *settlor* uit liberaliteit blijvend is verarmd. Ergo, er is sprake van een te belasten schenking door de *settlor* aan de *beneficiaries*. Art. 17a Successiewet 1956 is niet van toepassing omdat de totstandgekomen *fixed trust* naar mijn mening om redenen als eerder vermeld¹¹⁸⁸ niet als een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001 kan worden aangemerkt. De *fixed trust* kwalificeert immers niet als een entiteit. Dit heeft tot gevolg dat mocht een Nederlandse *settlor* een niet als een afgezonderd particulier vermogen aan te merken *fixed trust* tot stand brengen, de *beneficiaries* rechtstreeks rechten met een vermogenswaarde van de *settlor* verkrijgen. Dientengevolge worden ze verrijkt terwijl de *settlor* uit liberaliteit verarmt, zodat ook onder de huidige fiscale wetgeving van een te belasten schenking sprake is. Teneinde de maatstaf van heffing te kunnen bepalen dient eerst te worden vastgesteld met welke naar Nederlands recht bekende rechtsfiguren de inhoud van de toegekende rechten het meest overeenstemmen, om daarna de toegekende rechten te waarderen rekening houdend met de voor bepaalde rechtsfiguren in de Successiewet 1956 geldende waarderingsvoorschriften.

2.2.2 De schenkingsrechtelijke gevolgen van de totstandkoming van een *fixed trust inter vivos* waarbij aan *beneficiaries* vermogensrechten onder tijdsbepaling en/of voorwaarde worden toegekend

Een *settlor* kan bij het tot stand brengen van een *fixed trust* besluiten om aan *beneficiaries* vermogensrechten toe te kennen die al dan niet voorwaardelijk en al dan niet onder tijdsbepaling zijn. Daarbij kunnen *beneficiaries* gerechtigd worden

¹¹⁸⁷ Een verrijking die tot uitdrukking kan komen doordat hij in staat is zijn beneficiaire rechten te vervreemden of doordat zijn rechten vatbaar zijn voor verhaal door crediteuren. Zie van Mens, 1985, p. 332.

¹¹⁸⁸ Zie Deel 4, 3.2.3. "Conclusie".

2.2 De gevolgen voor de heffing van de schenkbelasting indien een *fixed trust inter vivos* ontstaat
2.2.2.1.1 Eenmalige en periodieke uitkeringen onder opschortende tijdsbepaling

tot een eenmalige uitkering dan wel een periodieke uitkering, waarbij onderscheid kan worden gemaakt tussen een directe verkrijging van hetgeen wordt geschonken en de verkrijging daarvan onder opschortende dan wel ontbindende tijdsbepaling enerzijds en onder opschortende voorwaarde dan wel ontbindende voorwaarde anderzijds. Het verschil is dat verkrijgingen onder voorwaarde onzeker zijn, dit in tegenstelling tot verkrijgingen onder tijdsbepaling.

2.2.2.1 De verkrijging onder tijdsbepaling

2.2.2.1.1 Eenmalige en periodieke uitkeringen onder opschortende tijdsbepaling

Indien een binnenlandse *settlor* een *fixed trust* tot stand brengt en daarbij aan *beneficiaries* een eenmalige uitkering dan wel een periodieke uitkering onder opschortende tijdsbepaling toekent, dan dienen de *beneficiaries* vanwege een verkrijging op dat moment in de heffing van de schenkbelasting te worden betrokken. De schenking komt namelijk tot stand op het moment dat de *fixed trust* wordt gevormd en niet op het moment dat de gestelde termijn verstrijkt. Omdat bij een schenking onder opschortende tijdsbepaling, in tegenstelling tot een schenking onder opschortende voorwaarde, geen onzekerheid bestaat of de verbintenis uit de schenking wel werking zal hebben, ontstaat de belastingschuld vanwege de schenking op het moment dat de *fixed trust* tot stand komt mits de *settlor* op dat moment in Nederland woont dan wel geacht wordt in Nederland te wonen. De vraag is vervolgens wat de *beneficiaries* op het moment van schenking verkrijgen en welke waarde daaraan kan worden toegekend. Als we voor de beantwoording van deze vraag aansluiting zoeken bij art. 3:85 lid 2 BW dan wordt een verbintenis strekkende tot overdracht van een goed onder opschortende tijdsbepaling aangemerkt als een verbintenis tot onmiddellijke overdracht van het goed met gelijktijdige vestiging van een vruchtgebruik van de vervreemder (lees: *settlor*) op het goed voor de gestelde tijd. De aan dit vruchtgebruik toe te kennen waarde bepaalt tevens de waarde van de waarde van de bloot eigendom die de *beneficiaries* verkrijgen.

Het gevolg hiervan is dat weliswaar vermogen onvoorwaardelijk onder *trust*verband is gebracht en dat *beneficiaries beneficial rights* met betrekking tot de bloot eigendom hebben verkregen, terwijl de *trustee* voortaan de *legal rights* met betrekking tot het *trust*vermogen houdt, maar dat de opbrengsten van het *trust*vermogen tot aan het moment dat de gestelde termijn is verstreken rechtstreeks door de *settlor* worden genoten en daarvoor dient te worden belast. Pas als de gestelde termijn is verstreken verkrijgen de *beneficiaries beneficial rights* op de volle eigendom van het *trust*vermogen. Tot dan vormt de bloot eigendom een bezitting die de rendementsgrondslag als bedoeld in art. 5.3 Wet inkomstenbelasting 2001 verhoogt.

2.2.2.1.2 Eenmalige en periodieke uitkeringen onder ontbindende tijdsbepaling

Mocht de *settlor* bij de totstandkoming van de *irrevocable fixed trust* aan *beneficiaries* een recht op eenmalige uitkering dan wel een recht op periodieke uitkeringen onder ontbindende tijdsbepaling hebben geschonken, dan vervalt het recht op het moment waarop de periode is verstreken, waarna het vermogen als *resulting trust* ten behoeve van de *settlor* of diens erfgenamen wordt gehouden. Tot aan het moment waarop de ontbinding vanwege het verstrijken van de tijd intreedt, hebben de *beneficiaries* ingevolge het bepaalde in art. 3:85 lid 1 BW het vruchtgenot van het aan hen geschonken bedrag voor de gestelde tijd, zodat bij totstandkoming van de *trust* schenkingsrecht van de *beneficiaries* wordt geheven over de aan het recht van vruchtgebruik toe te kennen waarde.

2.2.2.2 De verkrijging onder voorwaarde

2.2.2.2.1 Eenmalige en periodieke uitkeringen onder opschortende voorwaarde

Indien een binnenlandse *settlor* een *fixed trust* tot stand brengt en *beneficiaries* daarbij een eenmalige resp. periodieke uitkering onder opschortende voorwaarde verkrijgen, dan was tot 1 januari 2010 op het moment van het tot stand brengen van de *trust* sprake van een schenking aan de *beneficiaries* en niet op het moment van het in vervulling gaan van de opschortende voorwaarde¹¹⁸⁹. Het moment waarop de schenking tot stand kwam was bepalend voor de vraag of de *settlor* al dan niet in Nederland woonde en daarmee of sprake was van een in Nederland belastbare schenking. Totdat de voorwaarde daadwerkelijk in vervulling ging was het echter nog onzeker of de verbintenis uit de schenking werking zou hebben, met als gevolg dat een belastingschuld pas ontstond op het moment dat de voorwaarde werd vervuld, hetgeen werd afgeleid uit het feit dat art. 46 lid 2 Successiewet 1956 bepaalt dat de aangiftetermijn bij een schenking onder opschortende voorwaarde begint te lopen op het moment waarop dat de voorwaarde wordt vervuld. Vorenstaande had tot gevolg dat het enerzijds mogelijk was dat er vanwege het in vervulling gaan van de voorwaarde sprake was van een te belasten schenking terwijl de *settlor* reeds meer dan tien jaren uit Nederland was vertrokken, anderzijds dat de *settlor* bij het tot stand komen van de *fixed trust* in het buitenland woonde, maar ten tijde van het in vervulling gaan van de voorwaarde in Nederland, met als gevolg dat er dan geen sprake was van een te belasten schenking aan *beneficiaries*.

¹¹⁸⁹ HR 30 maart 2007, BNB 2007/181.

2.2 De gevolgen voor de heffing van de schenkbelasting indien een *fixed trust inter vivos* ontstaat
2.2.2.1 Eenmalige en periodieke uitkeringen onder opschortende voorwaarde

Een regeling die daarmee als onbevredigend werd ervaren¹¹⁹⁰. Vandaar dat met ingang van 1 januari 2010 aan art. 1 lid 9 Successiewet 1956 een volzin is toegevoegd waarin is bepaald dat voor de toepassing van de Successiewet 1956 een schenking onder opschortende voorwaarde geacht wordt pas tot stand te komen bij het in vervulling gaan van de voorwaarde. Het gevolg hiervan is dat de woonplaats van de *settlor*, welke van belang is voor de vraag of er wel of niet sprake is van een belastbare schenking, voortaan wordt bepaald door het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat. Woont hij op dat moment in Nederland of wordt hij geacht op dat moment in Nederland te wonen dan wordt schenkbelasting geheven over de waarde van de schenking op dat tijdstip en naar de tarieven en vrijstellingen die dan gelden. Teneinde een in de literatuur gesignaleerde lacune¹¹⁹¹ op te vullen welke kon ontstaan mocht ten tijde van het in vervulling gaan van de voorwaarde de *settlor* inmiddels zijn overleden, zodat de schenking pas tot stand zou komen na zijn overlijden, is art. 12 Successiewet 1956 zodanig aangepast dat voortaan alles wat wordt verkregen door een schenking die na het overlijden van de erflater tot stand komt, geacht wordt krachtens erfrecht te zijn verkregen.

Bezwaren

Aan de nieuwe wettelijke regeling betreffende schenkingen onder opschortende voorwaarde is een aantal bezwaren verbonden. Ten eerste kan zich dubbele heffing van schenkbelasting zonder verekeningsmogelijkheden voordoen. Denk aan een buitenlandse *settlor* die een *fixed trust* tot stand brengt waarbij aan *beneficiaries* onder opschortende voorwaarde rechten op het *trust*vermogen worden toegekend én het buitenland zulk een toekenning civielrechtelijk als een schenking aanmerkt waarover alsdan schenkbelasting is verschuldigd. Indien de *settlor* vervolgens naar Nederland (r)emigreert en de voorwaarde daarna wordt vervuld, zal eveneens schenkbelasting over de dan geldende waarde van de verkregen rechten worden geheven. De voorwaarde wordt immers vervuld op het moment dat de *settlor* in Nederland woont. Ten tweede ontbreekt overgangsrecht dat voorkomt dat schenkingen die voorheen niet belast waren vanwege de nieuwe regeling wél worden belast¹¹⁹²,

¹¹⁹⁰ Zie in dit verband ook Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, *V-N* 2009/22.3, p. 52.

¹¹⁹¹ Zie Sonneveldt/de Kroon, "Internationale aspecten van de vernieuwde Successiewet 1956", *WFR* 2009/6815, p. 732-734. Hierin worden twee voorbeelden gegeven van ongewenste postume effecten van schenkingen.

¹¹⁹² Blijkens zijn antwoord op vragen van de VVD betreffende het overgangsrecht is de staatssecretaris van mening dat daar geen aanleiding voor is. Voor voorwaardelijke schenkingen

waarbij gedacht kan worden aan het hiervoor gegeven voorbeeld. De nieuwe wettelijke regeling heeft tot gevolg dat indien een Nederlandse *settlor* een *fixed trust* tot stand brengt en daarbij onder opschortende voorwaarde rechten op het *trust*vermogen aan *beneficiaries* toekent, het *trust*vermogen en de opbrengsten de *settlor* tot aan het moment van het in vervulling gaan van de voorwaarde blijven toebehoren, zij het dat de *legal title* met betrekking tot het vermogen aan de *trustee* is overgedragen, tengevolge waarvan het vermogen voortaan onder *fixed trust*verband wordt gehouden. Indien de *settlor* heeft bepaald dat het vermogen zo lang de opschortende voorwaarde niet is vervuld aan andere door hem aangewezen *beneficiaries* toebehoort en wel in de mate als in het *trustinstrument* bepaald, dan is naar mijn mening sprake van een voltooide schenking onder ontbindende voorwaarde aan deze *beneficiaries*. Mocht de voorwaarde zich voordoen dan verkrijgt de *beneficiary* die onder opschortende voorwaarde heeft verkregen. Tot dan zijn de andere *beneficiaries* als verkrijgers aan te merken en is sprake van een belaste schenking aan hen. Van een *trust*vermogen dat aan niemand toebehoort is derhalve geen sprake. Echter, mocht de *settlor* onder opschortende voorwaarde hebben geschonken zonder daarbij andere *beneficiaries* als verkrijger aan te wijzen, dan houdt de *trustee* naar mijn mening het *trust*vermogen in *resulting trust* ten behoeve van de *settlor*. Van een belaste schenking van het *trust*vermogen is dan evenmin sprake. De gestelde opschortende voorwaarde is immers niet vervuld, zodat de *settlor* nog steeds de *beneficial title* van dit vermogen houdt. Voorzover al sprake is van een verarming

waarvan de voorwaarde nog niet is vervuld komt er weliswaar een verandering in het moment waarop de schenking geacht wordt tot stand te komen, maar die verandering leidt op zich niet tot een hogere of dubbele heffing, aldus de staatssecretaris (zie Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, *V-N* 2009/41.2, p. 17). De redactie van *V-N* is naar mijn mening terecht van oordeel dat er wel degelijk een dubbele heffing kan ontstaan en dat het in dit verband dan ook opmerkelijk is dat de staatssecretaris aangeeft te zullen bezien of het besluit 2001 en het Nederlandse verdragsbeleid moeten worden aangepast (zie ook Nota naar aanleiding van het nader verslag, Kamerstukken II 2009/10, 31930, nr. 13, Artikelsgewijs commentaar, art. I, onderdeel A (art. 1 van de successiewet 1956) waarin naar aanleiding van vragen van het CDA door de staatssecretaris wordt gezegd dat de gedachtevorming omtrent de noodzaak tot aanpassing van het besluit en het verdragsbeleid zo spoedig mogelijk na de inwerkingtreding van de nieuwe wettelijke regeling zal plaatsvinden). In zijn schriftelijke antwoorden naar aanleiding van het wetgevend overleg 12 oktober 2009, Kamerstukken II 2009/10, 31930, nr. 38, *V-N* 2009/50.6, p. 87 gaat de staatssecretaris in op de brief van de NOB waarin deze nogmaals om aandacht voor overgangsrecht vraagt ten aanzien van de schenking onder opschortende voorwaarde en houdt daarbij (m.i. terecht) vast aan de gedachte dat het aansluiten bij het moment waarop de voorwaarde in vervulling gaat beter bij de realiteit past dan het aansluiten bij het tijdstip waarop de schenking tot stand komt. Voorts wijst hij er op dat onder de nieuwe regeling situaties denkbaar zijn die ten nadele maar ook ten voordele van belastingplichtigen zullen uitwerken.

2.2 De gevolgen voor de heffing van de schenkbelasting indien een *fixed trust inter vivos* ontstaat
2.2.2.2.2 Eenmalige en periodieke uitkeringen onder ontbindende voorwaarde

dan is dat uitsluitend vanwege het aan de *beneficiary* toegekende voorwaardelijke recht, welk voorwaardelijk recht voor de *beneficiary* een vermogensrecht met waarde in het economisch verkeer vormt.

Kortom, zo lang de voorwaarde niet intreedt, is uitsluitend de *settlor* tot het vermogen en de opbrengsten daarvan gerechtigd. Het gevolg hiervan is naar mijn mening dat van een als zelfstandige entiteit aan te merken doelvermogen geen sprake kan zijn. De *settlor* verkeert namelijk met betrekking tot het onder *trust*verband gebrachte vermogen – zo lang de voorwaarde nog niet is vervuld – in een positie dat hij als enige tot dit vermogen als *beneficial owner* is gerechtigd.

2.2.2.2.2 Eenmalige en periodieke uitkeringen onder ontbindende voorwaarde

Een verkrijging door *beneficiaries* van een eenmalige uitkering dan wel periodieke uitkering onder ontbindende voorwaarde¹¹⁹³ wordt belast op het moment dat de schenking plaatsvindt, dus op het moment dat de *irrevocable fixed trust* tot stand komt. Dit moment is ook bepalend voor de vraag wat de heffingsmaatstaf voor de schenkbelasting omvat, zijnde de waarde op dat moment van het onder *fixed trust*verband gebracht vermogen. Op het moment dat de ontbindende voorwaarde in werking treedt, vindt op de voet van art. 53 Successiewett 1956¹¹⁹⁴ een herrekening plaats¹¹⁹⁵. Is sprake van een ontbindende voorwaarde dan hebben waardeinstijgingen resp. waardedalingen vanaf het moment van schenking geen invloed meer op de heffingsmaatstaf.

¹¹⁹³ Dat het niet altijd eenvoudig is vast te stellen of sprake is van een opschortende dan wel ontbindende voorwaarde mag blijken uit het door Zwemmer aan de jurisprudentie (HR 15 januari 1992, nr. 27 836, *BNB* 1992/120) ontleende voorbeeld van de benoeming van iemand tot erfgenaam onder de voorwaarde dat hij 30 dagen na de dag van het overlijden van de erflater nog in leven is. Deze voorwaarde kan worden uitgelegd als een opschortende voorwaarde, in die zin dat de verkrijger 30 dagen na het overlijden van de erflater nog in leven is, maar ook als een ontbindende voorwaarde in die zin dat de verkrijger binnen 30 dagen na het overlijden van de erflater zelf overlijdt. Na verwijzing door de Hoge Raad was Hof 's-Gravenhage, 9 juni 1992, *PW* 20 151, van oordeel dat i.c. sprake was van een opschortende voorwaarde. Zie Zwemmer, 1997, p. 69-70.

¹¹⁹⁴ Art. 53 Successiewett 1956 bepaalt o.a. dat, behalve in gevallen bij deze wet voorzien, vermindering wordt verleend van de aanslag indien en voorzover, tengevolge van de vervulling van een voorwaarde, wijziging wordt gebracht in de persoon van de verkrijger of in het verkregene.

¹¹⁹⁵ Zie ook HR 23 maart 1966, nr. 15 555, *BNB* 1966/149.

2.3 De gevolgen voor de heffing van de erfbelasting indien een *fixed trust mortis causa* ontstaat

2.3.1 Inleiding

Indien en voor zover de totstandkoming van een *trust mortis causa* (mede) dient te worden beoordeeld naar Nederlands recht geldt ingevolge het bepaalde in art. 3:42 BW een niet in het gesloten systeem passende uiterste wilsbeschikking zoveel mogelijk dient te worden geconverteerd in een wel binnen het systeem passende beschikking¹¹⁹⁶. Voorzover het een *fixed trust* betreft leidt dit er toe dat de uiterste wilsbeschikking waarbij naar buitenlands recht een *fixed trust* tot stand komt naar Nederlands erfrecht dient te worden geconverteerd in een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater zowel aan de *trustee* alsook aan de *beneficiaries* een vorderingsrecht toekent, zijnde een legaat. Zij het dat aan de *trustee* een vorderingsrecht wordt toegekend waaraan geen waarde in het economisch verkeer is toe te kennen. Dit in tegenstelling tot het aan de *beneficiaries* toegekende recht¹¹⁹⁷. Voorwaarde is daarbij dat de *beneficiaries* reeds bij het overlijden van de erflater/*settlor* bestaan. Afhankelijk van de *trust*bepalingen kunnen de aan de *beneficiaries* toegekende legaten al dan niet onder opschortende/ ontbindende tijdsbepaling en/of opschortende/ontbindende voorwaarde zijn, hetgeen voor de heffing van de erfbelasting zowel van belang is voor de kwalificatie van de verkrijging als ook voor de omvang en het tijdstip van de heffing. Bestaan de *beneficiaries* bij het overlijden van de erflater/*settlor* nog niet dan verkrijgen zij geen legaat (behoudens fidei-commissaire makingen aan bloedverwanten). Het door de erflater/*settlor* aan hen toegekende recht dient dan bij conversie te worden aangemerkt als een aan erfgenamen testamentair opgelegde last, hetgeen voor de *beneficiaries* geen vorderingsrecht oplevert. Het moge duidelijk zijn dat daarmee een spanningsveld ontstaat tussen de rechtspositie die deze *beneficiaries* naar Nederlands recht hebben en die welke zij hebben naar het voor de *trust* geldende buitenlandse recht.

¹¹⁹⁶ Zie hierover hetgeen is geschreven in Deel 2, hoofdstuk 3 onder “*Dwingende rechtsregels die tot nietigheid van rechtswege van de totstandkoming van de trust leiden*” sub c. “*Het Nederlands erfrechtelijk gesloten stelsel*”.

¹¹⁹⁷ De fictiebepaling ex art. 13 Successiewet 1956 komt naar mijn mening niet aan de orde omdat *beneficiaries* in een *fixed trust* bij het overlijden van de *settlor*/erflater vanwege zijn overlijden bepaalbare (vorderings)rechten verkrijgen die als legaat kunnen worden aangemerkt, zodat sprake is van een erfrechtelijke verkrijging.

2.3 De gevolgen voor de heffing van de erfbelasting indien een *fixed trust mortis causa* ontstaat
2.3.2 De waardering van erfrechtelijk verkregen aanspraken op een *fixed trust*vermogen en de opbrengsten daaruit

2.3.2 De waardering van erfrechtelijk verkregen aanspraken op een *fixed trust*vermogen en de opbrengsten daaruit

Art. 1 lid 1, 1° Successiewet 1956 bepaalt onder meer dat erfbelasting wordt geheven over de waarde die kan worden toegekend aan al wat krachtens erfrecht wordt verkregen¹¹⁹⁸.

Voor de waardering van erfrechtelijk verkregen – al dan niet voorwaardelijke – aanspraken in een *fixed trust*¹¹⁹⁹ is het allereerst noodzakelijk om het complex van rechten dat door de *settlor*/erflater in de *trust*akte aan *beneficiaries* wordt toegekend in haar samenstellende delen te analyseren. Daarbij dienen niet de verkregen rechten naar buitenlands recht te worden gekwalificeerd, maar dient te worden gezien of de inhoud van de rechten voldoet aan de eisen waarvan de belastingwet, *in casu* de Successiewet 1956, de toepasselijkheid van haar bepalingen afhankelijk stelt¹²⁰⁰. Het is derhalve van belang de inhoud van de verkregen rechten vast te stellen. Daarbij kunnen de verkregen rechten worden onderscheiden in vermogensrechten waaraan een waarde in het economisch verkeer is toe te kennen¹²⁰¹ en rechten die niet bijdragen aan een vermogensvermeerdering van de gerechtigden. Tot deze laatste categorie kunnen bv. worden gerekend de bevoegdheid van de *beneficiary* om bij testament een of meer personen aan te wijzen aan wie de *trustee* *trust*vermogen – na het overlijden van de *beneficiary* – dient af te geven en de bevoegdheid van de *beneficiary* om zelf te bepalen in welke waarden de tot het *trust*vermogen behorende gelden worden belegd en herbelegd¹²⁰². Hoewel aan zulke rechten als zodanig geen vermogenswaarde is

¹¹⁹⁸ Hetgeen hierna wordt geschreven over de waardevaststelling van hetgeen erfrechtelijk wordt verkregen, geldt m.m. ook voor de vaststelling van de waarde van hetgeen krachtens schenking wordt verkregen.

¹¹⁹⁹ Hetgeen hierna volgt heeft betrekking op een *fixed trust* waarbij de *settlor* de *beneficiaries* heeft aangewezen die bij zijn overlijden reeds bestaan, dan wel rechten heeft toegekend aan niet-bestaande *beneficiaries*, zijnde bloedverwanten, via fidei-commissaire makingen. De toekenning van rechten aan ten tijde van het overlijden nog niet bestaande *beneficiaries* niet-zijnde bloedverwanten vormt geen making en kan naar Nederlands erfrecht slechts als een aan erfgenamen opgelegde last worden gerealiseerd. Dit impliceert dat hetgeen door de *settlor* aan *beneficiaries* wordt toegekend bij erfgenamen voor de waarde in het economisch verkeer wordt belast onder aftrek van de aan de opgelegde last toe te kennen waarde.

¹²⁰⁰ Zie, aldus geparafraseerd, HR 10 juni 1953, nr. 11 284, *BNB* 1953/204, p. 533, r. 41-52 en p. 354, r. 1-2.

¹²⁰¹ Art. 21 lid 1 Successiewet 1956 bepaalt namelijk dat het verkregene in aanmerking wordt genomen naar de waarde welke daaraan op het tijdstip van de verkrijging in het economisch verkeer kan worden toegekend.

¹²⁰² Deze voorbeelden zijn ontleend aan het enige arrest dat de waardering van *trust*rechten betreft in het kader van de Successiewet 1956: HR 1 november 1961, nr. 14 599, *BNB* 1962/87 met noot van *Van Duyn*.

toe te kennen, kunnen zij naar mijn mening wel een waardeverhogend effect hebben, zodat de waarde van het complex aan rechten meer bedraagt dan de optelsom der delen daarvan¹²⁰³. Voorts kunnen deze rechten medebepalend zijn voor de juridische en fiscale kwalificatie van de vermogensrechten waaraan wel een waarde in het economisch verkeer kan worden toegekend. Zo zal bv. een aan een *beneficiary* toegekend voorwaardelijk beschikkingsrecht met betrekking tot (een deel van) het *trust*vermogen een beletsel vormen om de toegekende vermogensrechten als een recht van vruchtgebruik als bedoeld in art. 18 lid 1 Successiewet te kwalificeren. Door toekenning van zulk een recht ontstaat namelijk een bundeling van rechten die meer omvat dan een vruchtgebruik. De benadering waarvoor de Hoge Raad kiest¹²⁰⁴ komt er op neer dat het complex van de door *beneficiaries* erfrechtelijk verkregen rechten naar de volle eigendom dient te worden gewaardeerd, tenzij de inbreuk die het *trust*verband daarop maakt zodanig is dat het complex van verkregen rechten in onvoldoende mate nog het recht van volle eigendom of met fidei-commis belaste eigendom benadert¹²⁰⁵. Daarbij moet volgens de Hoge Raad rekening worden gehouden met alle elementen in de rechtsverhouding tussen *beneficiaries* en *trustee*, welke voor de waardering van het recht van de *beneficiaries* ten aanzien

¹²⁰³ In het in noot 1202 genoemde arrest meen ik een bevestiging van deze visie te vinden, nu de Hoge Raad in het onderhavige geval van mening is dat bij de waardering niet slechts dient te worden gelet op de aanspraak van de belanghebbende op de vruchten van het onder *trust*verband gestelde vermogen gedurende haar leven en op haar voorwaardelijk recht om bij haar leven over een deel van het vermogen te beschikken, maar dat enerzijds tevens moet worden gelet op haar bevoegdheid om bij testament een of meer personen aan te wijzen aan wie de *trustee* na haar overlijden het vermogen zal afdragen, en op die om alleen te bepalen in welke waarden tot het *trust*vermogen behorende gelden zullen worden belegd of herbelegd, welke bevoegdheden krachtens de *trust*overeenkomst aan belanghebbende toekomen. Anderzijds, zo vervolgt de Hoge Raad, moet ook worden gelet op de rechten die mogelijkerwijze schuldeisers van de *trustee* op het onder *trust*verband gestelde vermogen naar het vreemde recht dat de *trust*overeenkomst beheerst, zouden kunnen doen gelden, en in het algemeen op alle elementen in de rechtsverhouding tussen belanghebbende en de *trustee*, die voor de waardering van het recht van belanghebbende ten aanzien van de tot het *trust*vermogen behorende effecten van belang zijn. De vraag of en in hoeverre de door de verkrijger verworven vermogensbestanddelen zijn draagkracht vermeerderen is in dit verband niet van belang.

¹²⁰⁴ Zie het in noot 1202 genoemde arrest.

¹²⁰⁵ Van zulk een inbreuk is geen sprake indien het eigendom met een fidei-commis is belast (zie art. 21 lid 2 Successiewet 1956) of wanneer sprake is van een onder bewind gesteld vermogen. Overigens, het is niet zo voor de hand liggend dat met fidei-commis bezwaarde goederen in aanmerking worden genomen naar de waarde van onbezwaarde goederen. De uit het fidei-commis voortvloeiende bewaarplicht vormt namelijk een waardeverminderende last (zie Schuttevâer, 1998, p. 173; zie ook Sonneveldt, 2000a, p. 128), tenzij sprake is van een fidei-commis *de residuo*.

2.3 De gevolgen voor de heffing van de erfbelasting indien een *fixed trust mortis causa* ontstaat
2.3.2 De waardering van erfrechtelijk verkregen aanspraken op een *fixed trust*vermogen en de opbrengsten daaruit

van het *trust*vermogen van belang zijn. Het moge duidelijk zijn dat het lang niet altijd eenvoudig is om vast te stellen of de inbreuk die het *trust*verband op de volle eigendom van het *trust*vermogen maakt van zodanige aard en omvang is dat de aan *beneficiaries* toegekende rechten niet meer als “volle eigendom” kwalificeren¹²⁰⁶.

Alsdan kan sprake zijn van:

1) een recht van vruchtgebruik, waaronder ingevolge het bepaalde in art. 18 Successiewet, voor de toepassing van deze wet ook dient te worden verstaan vruchtgenot, gebruik en bewoning, vruchten en inkomsten, jaarlijkse opbrengst en soortgelijke uitkeringen uit daartoe aangewezen goederen. De vraag hierbij is of het begrip vruchtgebruik moet worden opgevat overeenkomstig de betekenis die het BW daaraan geeft, dan wel dat het begrip vruchtgebruik voor de heffing van successierecht een ruimer begrip is. Voor de heffing van de vermogensbelasting heeft de Hoge Raad beslist¹²⁰⁷ dat indien er geen

¹²⁰⁶ Zie in dit verband het arrest HR 10 juni 1953, nr. 11 284, *BNB* 1953/204. Uit dit arrest blijkt welke verschillen in benadering mogelijk zijn. De belanghebbende nam in de aangifte het standpunt in dat de waarde van hetgeen zij verkreeg gesteld kon worden op 80% van de waarde van de aan het *trust*verband onderworpen vermogensbestanddelen, waarna zij in het bezwaarschrift een meer voorzichtige benadering koos door het verkregen recht als een niet-overdraagbaar vruchtgebruik aan te merken met een daaraan ingevolge de geldende waarderingsvoorschriften toe te kennen waarde van 32%. In het beroepschrift werd een waarde aangenomen van 50% vanwege het feit dat er meer rechten waren toegekend dan het vruchtgebruik. De *beneficiary* was namelijk krachtens de *trust*akte ook bevoegd om bij testament een of meer personen aan te wijzen, aan wie de *trustee* na het overlijden van de *beneficiary* het vermogen diende af te geven. Voorts was zij zelfstandig bevoegd om te bepalen in welke waarden de tot het *trust*vermogen behorende gelden werden belegd en herbelegd. Tenslotte kon zij in noodgevallen, weliswaar uitsluitend tezamen met een advocaat te New York, besluiten het *trust*verband geheel of gedeeltelijk te beëindigen. De inspecteur (en later de staatssecretaris) was van mening dat het complex aan verkregen rechten als volle eigendom diende te worden gewaardeerd. Het Hof Arnhem was van mening dat aan de door de *beneficiary* verkregen rechten een waarde kon worden toegekend van 50%, zijnde 32% vanwege het recht van vruchtgebruik en 18% vanwege het voorwaardelijk beschikkingsrecht. De Hoge Raad casseerde vervolgens deze uitspraak en verwees het geding naar Hof Amsterdam waarbij de Hoge Raad met zoveel woorden opmerkte dat indien de inbreuk die het *trust*verband maakt gering is, het *trust*verband kan worden genegeerd. Uiteindelijk was het Hof Amsterdam (Hof Amsterdam 12 februari 1962, *PW* 17 385, *BNB* 1963/118) van mening dat het recht van de *beneficiary* op de aan het *trust*verband onderworpen zaken de volle eigendom van die zaken meer benaderde dan dat van de eigenaar van een naar Nederlands recht onder bewind gesteld vermogen (die in het algemeen over de wijze van belegging niets te zeggen heeft) en ook meer dan dat van de eigenaar van een naar Nederlands recht met fidei-commis bezwaard vermogen (die tijdens zijn leven deze last onvoorwaardelijk moet erbijbieden en niet bij testament over dit vermogen kan beschikken), met als gevolg dat het complex van verkregen rechten werd gewaardeerd naar de waarde geldend voor de volle eigendom.

¹²⁰⁷ Zie HR 24 november 1954, nr. 11 895, *BNB* 1955/7, p. 20, ro. 14-22.

volkomen overeenstemming bestaat tussen de rechtspositie van de *beneficiary* en die van een vruchtgebruiker, zoals omschreven in het BW, er geen sprake kan zijn van een vruchtgebruik. Met andere woorden: (voor de heffing van de vermogensbelasting) kunnen onder het vruchtgebruik niet worden begrepen functioneel daarmee overeenkomende rechten, zoals *trustrechten* die op enige wijze met het recht van vruchtgebruik een overeenstemming vertonen. Echter, in tegenstelling tot de zuiver civielrechtelijke benadering van de Wet op de vermogensbelasting kent de Successiewet 1956 een zeer ruim geformuleerd vruchtgebruikbegrip dat in voorkomende gevallen bij de waardering van beneficiaire rechten gehanteerd zal worden¹²⁰⁸,

2) een recht op periodieke uitkeringen, waaronder ingevolge het bepaalde in art. 18 lid 2 Successiewet, voor de toepassing van deze wet, behalve de uitkering in geld, mede dient te worden verstaan elke andere, voortdurende, of op vastgestelde tijdstippen terugkerende, prestatie,

3) dan wel een combinatie van deze rechten, zoals bv. opvolgende vruchtgebruiken en periodieke uitkeringen, vruchtgebruik van vruchtgebruik, vruchtgebruik van lijfrenten.

De waardering van trustrechten die afwijken van Nederlandse civielrechtelijke rechtsfiguren

Voorts valt niet uit te sluiten dat *trustrechten* worden toegekend waarvan moet worden vastgesteld dat zij zodanig afwijken van een der Nederlandse civielrechtelijke rechtsfiguren, dat zij tot geen daarvan kunnen worden gerekend. Ook de waardering van dergelijke *trustrechten* zal dan naar mijn mening dienen te geschieden door het complex van rechten als zodanig te waarderen en niet door de afzonderlijke samenstellende delen daarvan te waarderen en deze waarderingen vervolgens te salderen. Tot de samenstellende delen van het complex aan rechten kunnen namelijk rechten behoren waaraan als zodanig geen waarde in het economisch verkeer is toe te kennen, maar die in samenhang met de overige toegekende rechten wel waardevermeerderend zijn. Te denken valt aan de bevoegdheid van de *beneficiary* om bij testament een of meer personen aan te wijzen, aan wie de *trustee* na het overlijden van de *beneficiary* het *trustvermogen* dient af te geven; de bevoegdheid van de *beneficiary* om zelfstandig te bepalen in welke waarden de tot het *trustvermogen* behorende gelden moeten worden belegd of herbelegd; de al dan niet uitsluitende bevoegdheid van de *beneficiary*

¹²⁰⁸ Zie in gelijke zin Sonneveldt, 2000a, p. 125. Zie ook HR 5 november 1941, B nr. 7385, *PW* 14 269, p. 362.

2.3 De gevolgen voor de heffing van de erfbelasting indien een *fixed trust mortis causa* ontstaat
2.3.2 De waardering van erfrechtelijk verkregen aanspraken op een *fixed trust*vermogen en de opbrengsten daaruit

om het *trust*verband geheel of gedeeltelijk te beëindigen. Omdat de Successiewet 1956 niet voorziet in waarderingsvoorschriften die zich volledig richten op fiduciare eigendomsverhoudingen of daarmee vergelijkbare rechtsverhoudingen die beheerst worden door buitenlands recht, zoals een (*testamentary*) *trust*, gelden in beginsel¹²⁰⁹ voor de vaststelling van de waarde der (erfrechtelijk) verkregen *trust*rechten de dwingend rechtelijke waarderingsvoorschriften van artt. 21 Successiewet 1956¹²¹⁰. Dit betekent dat op grond van art. 21 lid 1 Successiewet 1956 het verkregene in aanmerking moet worden genomen naar de waarde welke daaraan op het tijdstip van de verkrijging in het economische verkeer kan worden toegekend (*lex generalis*), terwijl in de leden 2 tot en met 14 van art. 21 regels worden gesteld (*lex specialis*) voor de waardering van:

- 1) goederen verkregen onder de ontbindende voorwaarde van overlijden waarbij zich een opschortende voorwaarde ten gunste van een verwachter aansluit, m.a.w.: een fidei-commis (lid 2)
- 2) de verkrijging van in de prijscourant voorkomende effecten (lid 3),
- 3) de verkrijging door de vervulling van een opschortende voorwaarde welke zich aansluit bij de ontbindende voorwaarde van het overlijden van een eerdere verkrijger (lid 4)
- 4) de verkrijging van een zelfbewoonde woning (lid 5, 6 en 7),

¹²⁰⁹ Soms bieden minnelijke waarderungen een oplossing, soms laten ministeriële resoluties een waardering toe die van de waarderingsvoorschriften afwijkt, soms zal een waarde slechts kunnen worden vastgesteld door middel van een gerechtelijke waardering *ex aequo ac bono*, hetgeen het begrip *equity* in herinnering roept.

¹²¹⁰ Zie voor een beschouwing over de waardering van de te onderscheiden verkrijgingen: Schuttevâer, 1998, p. 182-207. Daarin gaat hij in op – ook voor de waardering van een complex van *trust*rechten van belang zijnde – begrippen als: de “verkoopwaarde”, algemeen; de waardering van de “eigen woning”; de verkoopwaarde; verhuurde huizen; de bestemmingswaarde (landgoederen); de waardering van effecten: algemeen; de waarde van incurante aandelen; de waarde van schuldvorderingen; de gedwongen schuldverrekening; de latere wijziging in de factoren die voor de waarde van belang (kunnen) zijn; periodieke uitkeringen: begrip; periodieke uitkeringen: casuïstiek; andere periodieke uitkeringen (Uitv.besluit art. 6-9); wat in het economisch verkeer als eenheid wordt beschouwd; de *goodwill*; vruchtgebruik: algemeen; blooteigendom; elkander opvolgende vruchtgebruiken en periodieke uitkeringen; “opvolgend vruchtgebruik”: afhankelijk van twee voorwaarden; vruchtgebruik bezwaard met lijfrente e.d.: casuïstiek; vruchtgebruik van een lijfrente; vruchtgebruik van vruchtgebruik; gezamenlijke vruchtgebruiken e.d.; waardering van schulden.

- 5) de verkrijging van een verhuurde woning (lid 8)
 - 6) een recht van erfpacht op een onroerende zaak die als woning in gebruik is (lid 9),
 - 7) hetgeen onder de last van een vruchtgebruik, een beperkt recht of van een periodieke uitkering wordt verkregen (lid 10),
 - 8) een ondernemingsvermogen (lid 12),
 - 9) een geldvordering (lid 14),
- terwijl,
- 10) lid 11 bepaalt dat wat onder een economische eenheid pleegt te worden beschouwd, met inachtneming van die omstandigheid in aanmerking wordt genomen,
 - 11) lid 13 bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur regels kunnen worden gegeven voor de bepaling van de waarde van een vruchtgebruik, van beperkte rechten en van rechten op en verplichtingen tot periodieke uitkeringen en voor het daarbij te gebruiken percentage.

Uit de voor het successierecht en de vermogensbelasting met betrekking tot *trusts* gewezen jurisprudentie blijkt, dat afhankelijk van het complex aan verkregen rechten er sprake is van met volle eigendom gelijk te stellen rechten¹²¹¹; van het recht van vruchtgebruik¹²¹²; van het recht op een lijfrente¹²¹³; van het recht op periodieke uitkeringen¹²¹⁴. Maar in het merendeel der uitspraken¹²¹⁵ werd geoordeeld dat de verkregen rechten niet als volle eigendom konden worden gewaardeerd, maar moesten worden gerekend tot “alle overige zaken”¹²¹⁶ waarvan de geldswaarde¹²¹⁷ moest worden geschat.

¹²¹¹ Zie HR 1 november 1961, nr. 14 599, *BNB* 1962/87, *PW* 17 328 en hierover *H.A. Drielsma* in *WPNR*, 1963/4767-4769, “*Anglo-Amerikaans trustrecht en Nederlands Successierecht*”.

¹²¹² RvB Amsterdam 25 juni 1924, *PW* 12 003.

¹²¹³ Hof Amsterdam 2 december 1958, *BNB* 1959/332.

¹²¹⁴ HR 18 september 1991, nr. 27 387, *BNB* 1992/177.

¹²¹⁵ HR 21 december 1938, B 6828, *PW* 14 239; HR 10 juni 1953, nr. 11 284, *BNB* 1953/204* met noot van *Hellema*, *PW* 15 966; Hof ʼs Gravenhage 5 oktober 1962, nr. 73/1962, *BNB* 1963/119; Hof Arnhem 20 december 1963, nr. 105/63, *BNB* 1964/117.

¹²¹⁶ Met het begrip “alle overige zaken” werd bedoeld op het bepaalde in het toenmalige art. 21, onder I letter f Successiewet 1956 “alle bepaaldelijk niet in dit artikel genoemde zaken”.

¹²¹⁷ Tot 1 januari 1985 werden voor de vaststelling van de waarde verschillende begrippen

2.4 De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting nadat een *fixed trust* is ontstaan

2.4.1 Inleiding

In deel van de studie wordt onderzocht wat de zelfstandige gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting zijn indien een *settlor* een *fixed trust* tot stand brengt¹²¹⁸, welke wordt gekenmerkt door het feit dat de *settlor* hem toebehorend vermogen door middel van een eenzijdige rechtshandeling heeft afgezonderd en afgescheiden vanwege de overdracht van de *legal ownership* op basis van *common law* aan een *trustee*, terwijl de door hem aangewezen *beneficiaries* de *beneficial ownership* van het *trust*vermogen en/of de opbrengsten daarvan krachtens *equity* verkrijgen. Daarbij geldt als uitgangspunt – om redenen als eerder vermeld¹²¹⁹ – dat de *fixed trust* fiscaal niet als een non-transparante entiteit is aan te merken en daarmee evenmin als een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001, zodat van een toerekening van het *trust*vermogen en de opbrengsten en uitgaven daaruit aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen ingevolge het bepaalde in art. 2.14a lid 2 Wet inkomstenbelasting 2001 geen sprake kan zijn.

Vanwege de noodzakelijke begrenzing beperk ik me hierna tot de aan de totstandkoming van de *fixed trust* verbonden gevolgen voor een binnenlands belastingplichtige *settlor* en *beneficiary*. Derhalve wordt niet onderzocht welke de zelfstandige fiscale gevolgen zijn indien een buitenlandse belastingplichtige als *settlor* een *fixed trust* tot stand brengt danwel een buitenlandse belastingplichtige als *beneficiary* tot een *fixed trust*vermogen en/of de opbrengsten daarvan is gerechtigd, voorzover het de door de *fixed trust* gehouden Nederlandse “bronnen van inkomen” en de opbrengsten daarvan betreft¹²²⁰.

gehanteerd. Zo werden onroerende goederen naar de verkoopwaarde gewaardeerd, landgoederen naar de bestemmingswaarde, effecten naar de prijscourantwaarde of geldswaarde, schuldvorderingen naar de geldswaarde, vaartuigen naar de verkoopwaarde, periodieke uitkeringen naar de formulewaarde en overige zaken naar de verkoopwaarde of, zo verkoop niet mogelijk was, naar de geldswaarde. Zie Lindeijer, 1976, p. 70. Daarvan waren de verkoopwaarde en de geldswaarde de belangrijkste. Per 1 januari 1985 werd art. 21 opnieuw gereedigeerd en werd o.a. het begrip “waarde in het economisch verkeer” geïntroduceerd.

¹²¹⁸ Voor de omschrijving van het door mij gehanteerde begrip *fixed trust* verwijs ik naar de in de “Verantwoording, probleemstelling en plan van aanpak” opgenomen omschrijving in § 5 “Omschrijving van de *discretionary* en de *fixed trust* en de daaraan ontleende onderzoekshypothesen”.

¹²¹⁹ Zie Deel 3, hoofdstuk 3, “De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de *fixed trust*”.

¹²²⁰ Zie: H. 7, Afdeling 7.1, Nederlands inkomen; Afdeling 7.2, Belastbaar inkomen uit werk en woning en Afdeling 7.3, Belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang, Wet inkomstenbelasting 2001

Indien een binnenlands¹²²¹ belastingplichtige *beneficiaire* rechten verkrijgt, dan doet zich de vraag voor of hetgeen hij uit de *trust* verkrijgt voor hem belastbaar inkomen vormt en zo ja, hoe voor de heffing van de Nederlandse inkomstenbelasting de te ontvangen inkomsten uit de *trust* dienen te worden gekwalificeerd.

Alvorens in te gaan op de zelfstandige gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting indien sprake is van een *fixed trust* welke naar buitenlands recht is gevormd en waarvan een binnenlands belastingplichtige de *beneficiary* is, wordt hierna eerst aandacht besteed aan het begrip “genieten”. Wil namelijk sprake kunnen zijn van de heffing van inkomstenbelasting dan moet inkomen zijn genoten, hetgeen enerzijds de vraag oproept wat onder genieten moet worden verstaan, anderzijds wie een inkomst geacht moet worden te hebben genoten.

Vervolgens komen aan de orde de verschillende vermogensbestanddelen welke een binnenlandse *settlor* onder een *trust*verband kan brengen, waarbij aandacht wordt besteed aan de fiscale positie van de binnenlandse *settlor* indien hij hem toebehorend vermogen onder *fixed trust*verband brengt. Daarbij wordt nagegaan of doorschuif Faciliteiten van toepassing kunnen zijn.

Aansluitend komt de fiscale positie aan de orde van de binnenlandse *beneficiary* die tot het vermogen van een als transparant aan te merken *fixed trust* en/of de opbrengsten daarvan is gerechtigd, waarbij wordt ingegaan op de door de *fixed trust* te houden verschillende bronnen van inkomen en de fiscale gevolgen die daaraan voor de *beneficiary* zijn verbonden. Tevens wordt ingegaan op de *fixed trust* en *beneficial rights* onder opschortende tijdsbepaling en/of voorwaarde.

Ten slotte wordt nog aandacht geschonken aan de binnenlandse *beneficiary* indien deze gerechtigd is tot een *fixed trust* waarvan wordt verondersteld dat deze non-transparant is.

Aan de fiscale positie van de *trustee* wordt geen aandacht besteed omdat deze a) doorgaans in het buitenland woonachtig zal zijn en diens gevolge niet in Nederland belastingplichtig en b) deze op geen enkele wijze tot het *trust*vermogen en/of de opbrengsten daarvan is gerechtigd. Wel kan hij, afhankelijk van hetgeen daarover in het *trustinstrument* is bepaald, een vergoeding voor zijn *trust*werkzaamheden krijgen, waarvoor hij normaliter alsdan in zijn woonland belastingplichtig zal zijn.

2.4.2 Het genieten van inkomsten

Het begrip genieten komt op vele plaatsen in de tekst van de Wet inkomsten-

¹²²¹ Zie voor de woonplaatsfictie: art. 2.2 Wet inkomstenbelasting 2001.

2.4 De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting nadat een fixed trust is ontstaan
2.4.2 Het genieten van inkomsten

belasting 2001 voor¹²²² en werd reeds in de Wet inkomstenbelasting 1914 gebruikt¹²²³, zij het dat deze wet – evenmin als de huidige wet – een omschrijving van de betekenis bevatte.

Uitgangspunt van de Wet inkomstenbelasting 1914 was dat een opbrengst uit een bron¹²²⁴ in aanmerking werd genomen – dat wil zeggen: geacht te zijn genoten – op het moment dat het recht op de opbrengst ontstond¹²²⁵. Dit betekende dat genieten niet per definitie gelijk was aan ontvangen, maar dat in de zin van de toenmalige wet genieten ook de betekenis had van het verkrijgen van een recht¹²²⁶, waarbij op het moment dat het recht ontstond schattenderwijs rekening werd gehouden met onzekere factoren als gevolg van opschortende en ontbindende voorwaarden.

Het Besluit Inkomstenbelasting 1941 brak met dit systeem doordat niet meer het recht op een prestatie als een opbrengst werd beschouwd maar de prestatie zelf¹²²⁷. Art. 15 van het Besluit bepaalde namelijk dat inkomsten¹²²⁸ worden beschouwd te zijn genoten, zodra zij 1) ontvangen of verrekend zijn, of 2) vorderbaar en tevens inbaar zijn, of 3) ter beschikking van de belastingplichtige gesteld

¹²²² Ik verwijs naar de tekst van art. 2.3; art. 3.2; art. 3.3.1 sub a en b; art. 3.82 sub a; art. 3.144; art. 3.146; art. 4.43. 1 en 2; 4.46 1 t/m 5 en 8; art. 7.1; art. 7.7.1; art.7.7.4 Wet inkomstenbelasting 2001, zonder daarbij volledig te willen zijn.

¹²²³ Art. 4.2 Wet inkomstenbelasting 1914 bepaalde : “Onder inkomen wordt verstaan de som van hetgeen, in geld of geldswaarde, zuiver wordt genoten als opbrengst van 1^e onroerende goederen, 2^e roerend kapitaal, 3^e onderneming en arbeid, 4^e recht op periodieke uitkeringen van het leven afhankelijk”.

¹²²⁴ Van een bron is in traditionele zin sprake indien aan het economisch verkeer wordt deelgenomen, waarbij met de activiteit in beginsel een voordeel wordt beoogd dat tevens redelijkerwijs behaald kan worden.

¹²²⁵ Zie J.E.A.M. van Dijck, “Genieten van inkomsten”, 4^e druk 1998, FED, Deventer, p. 19 en 129. Hij schenkt o.a. aandacht aan de historische ontwikkeling van hetgeen onder genieten werd verstaan onder de Wet Inkomstenbelasting 1914, Besluit Inkomstenbelasting 1941, Wet op de inkomstenbelasting 1964 en de Wet Loonbelasting 1964.

¹²²⁶ A.J. van Soest, “Inleiding tot de kennis van de wetten op de inkomsten-, vermogens-, en dividend- en tantiënebelasting: (in het bijzonder ten behoeve van het notarieel examen)”, 2^e herz. druk, 1935, Gouda Quint, Haarlem, p. 12.

¹²²⁷ Dit systeem duidt men ook wel aan met het begrip “kastelsel”, waarmee wordt bedoeld dat het gaat om het tijdstip waarop in geld of natura wordt gepresteerd en dat er geen causaal verband is met de oorzaak van de inkomst. In gelijke zin van Dijck, 1998, p. 32. Hij is van mening dat de wetgever – met de voordelen van een eenvoudig stelsel voor ogen – bewust heeft aanvaard dat inkomensmanipulaties mogelijk zijn en dat derhalve – onder verwijzing naar H.R. 11 december 1991, nr. 27 796, BNB 1992/99 – het vertragen van inkomsten (en het vervroegen van kosten) niet met *fraus legis* is te bestrijden. Zie van Dijck, 1998, p. 25.

¹²²⁸ Van Dijck wijst er op dat het woord inkomst aanzienlijk beter is dan het woord opbrengst. Van een inkomst kan namelijk alleen sprake zijn indien er een persoon is bij wie een opbrengst is ingekomen (lees: genoten), hetgeen tevens een prestatie van een ander impliceert. Zie van Dijck, 1998, p. 33-34.

zijn, of 4) rentedragend zijn geworden¹²²⁹. Daarmee kreeg het begrip genieten een feitelijk karakter. Een gevolg van het feitelijk karakter is dat een inkomst onder opschortende voorwaarde pas wordt genoten zodra de voorwaarde is vervuld, hetgeen bij een *trust* van belang kan zijn. De tekst van art. 33 lid 1 Wet op de inkomstenbelasting 1964 was vrijwel identiek aan hetgeen art. 15 van het Besluit bepaalde. Ook de huidige Wet inkomstenbelasting 2001 bepaalt in art. 3.146 dat als het tijdstip van genieten geldt het tijdstip waarop a) wordt ontvangen; b) wordt verrekend; c) ter beschikking wordt gesteld; d) een vordering rentedragend wordt of e) een vordering vorderbaar en inbaar wordt, zij het dat in tegenstelling tot het bepaalde in art. 33 lid 1 Wet inkomstenbelasting 1964 in art. 3.146 niet meer is opgenomen het (niet gedefinieerde) begrip inkomsten, maar een aantal limitatief opgesomde vermogensbestanddelen, te weten: loon; aangewezen periodieke uitkeringen en verstrekkingen; termijnen van lijfrenten en andere periodieke uitkeringen en verstrekkingen uit een inkomensvoorziening; uitkeringen op grond van een buitenlandse voorziening die naar aard en strekking overeenkomt met een inkomensvoorziening; voordelen uit eigen woning; voordelen uit kapitaalverzekering eigen woning; voordelen uit spaarrekening eigen woning en negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen, voor zover niet anders is bepaald.

Andere regels gelden voor de winstsfeer¹²³⁰ en het resultaat uit een werkzaamheid¹²³¹

¹²²⁹ Slechts het tijdstip van genieten wordt door deze regel bepaald, doch het geeft geen antwoord op de primaire vraag óf er sprake is van een inkomst. Deze vraag wordt beantwoord op basis van de voor elke bron van inkomen geldende criteria. De vragen of een inkomst wordt genoten en zo ja, wanneer die dan wordt genoten, kunnen overigens wel samenvallen.

¹²³⁰ Ingevolge art. 3.25 Wet inkomstenbelasting 2001 wordt de in een kalenderjaar genoten winst bepaald volgens goed koopmansgebruik, met inachtneming van een bestendige gedragslijn die onafhankelijk is van de vermoedelijke uitkomst. De bestendige gedragslijn kan alleen worden gewijzigd indien goed koopmansgebruik dit rechtvaardigt. *Essers* is van mening dat een heroriëntatie op het voor het fiscale winstbepaling cruciale begrip goed koopmansgebruik noodzakelijk is. Het zou, mede vanwege de invoering van de *International Accounting Standards* in 2005, de discussie omtrent de grondslagverbetering in ruil voor tariefsverlaging in de vennootschapsbelasting en de EU-ontwikkelingen in de richting van een *Common Consolidated Tax Base*, tijd zijn voor de introductie van een nieuw interactief dynamisch fiscaal jaarwinstbegrip, waarbij de hoofdlijnen van goed koopmansgebruik worden gecodificeerd (zie P.H.J. Essers, “*Het verbondenheids criterium en het wrencriterium*”, opgenomen in de bundel “*Vijf jaar Wet IB 2001*”, onder redactie van A.C. Rijkers en H. Vording, Kluwer, Deventer, 2006, p. 347-348. Zie ook zijn praeadvies voor de Vereniging voor Belastingwetenschap, “*De toekomst van Goed Koopmansgebruik na de invoering van International Financial Reporting Standards in 2005*”, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, no. 224, Kluwer, 2005).

¹²³¹ Ingevolge art. 3.95 Wet inkomstenbelasting 2001 zijn bij de bepaling van het resultaat de artikelen 3.10, 3.13 tot en met 3.21, 3.25 tot en met 3.30a, eerste tot en met elfde lid, 3.55 tot en met 3.58, 3.59, eerste en tweede lid, en 3.60 tot en met 3.62 van overeenkomstige toepassing, alsof de werkzaamheid een onderneming vormt. Zie voor een uitvoerige

2.4 De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting nadat een fixed trust is ontstaan
2.4.3 De te onderscheiden tot het fixed trustvermogen behorende bronnen van inkomen

(onder de Wet op de inkomstenbelasting 1964: andere opbrengst van arbeid). Voor beide geldt dat het tijdstip van genieten door goed koopmansgebruik wordt bepaald¹²³². Dit betekent dat inkomsten worden toegerekend aan het jaar waarop zij economisch betrekking hebben (vorderingenstelsel), behoudens die (uitzonderings)situaties waarvoor toepassing van het kasstelsel is toegestaan, en dat uitgaven dienen te worden geactiveerd indien zij in de voorraad half- of eindproducten dan wel in de in eigen beheer geproduceerde bedrijfsmiddelen zijn verwerkt. Vervreemdingsvoordelen uit aanmerkelijk belang worden belast op het tijdstip van vervreemding¹²³³. Reguliere voordelen uit een aanmerkelijk belang als bedoeld in art. 4.13 Wet inkomstenbelasting 2001 worden daarentegen geacht te zijn genoten op het tijdstip waarop zij zijn ontvangen, verrekend, ter beschikking gesteld, rentedragend zijn geworden of vorderbaar en inbaar zijn en volgen daarmee het systeem van art. 3.146 Wet inkomstenbelasting 2001 (kaststelsel).

Omdat het inkomen uit sparen en beleggen onder de Wet inkomstenbelasting 2001 forfaitair wordt bepaald, is in Hoofdstuk 5 “*Heffingsgrondslag bij sparen en beleggen*” van de wet geen bepaling betreffende het tijdstip van genieten opgenomen.

Vragen of een inkomst uit vermogen aanwezig is of aan welk jaar een inkomst uit vermogen moet worden toegerekend, zijn derhalve niet meer relevant, zij het dat het jaar van de forfaitaire inkomst wel van belang blijft.

2.4.3 De te onderscheiden tot het fixed trustvermogen behorende bronnen van inkomen

Een *settlor*¹²³⁴ kan verschillende vermogensbestanddelen onder een *trust*verband

behandeling van de belastingheffing over het actief rendabel maken van vermogen: G.T.K. Meusen, “*Genieten*”, opgenomen in de bundel “*Vijf jaar Wet IB 2001*”, redactie A.C.Rijkers en H.Vording, Kluwer, Deventer, 2006, p. 187.

¹²³² Het is opmerkelijk dat het resultaat van “andere opbrengst van arbeid” als bedoeld in art. 22, lid , sub b Wet inkomstenbelasting 1964 en waarvoor het kasstelsel gold, thans bepaald moet worden naar de regels die voor ondernemers gelden. Zie voor de kritiek op deze wijziging: J.E.A.M. van Dijk/I.J.F.A. van Vijfeijken, “*Het kasstelsel in de Wet IB 2001*”, 2^e geheel herziene druk 2006, bijgewerkt tot 1 mei 2006, *FED*, Kluwer, Deventer 2006, p. 3.

¹²³³ Art. 4.46 Wet inkomstenbelasting 2001 regelt het genietingstijdstip voor vervreemdingsvoordelen.

¹²³⁴ Van de tot nu toe gepubliceerde jurisprudentie heeft het merendeel betrekking op *trusts* die in het buitenland tot stand werden gebracht door personen die daar op dat moment verbleven en van welke *trusts* de *beneficiaries* ofwel al in Nederland woonden ofwel later kwamen wonen (zie: HR 10 juni 1953, nr. 11 284, *BNB* 1953/204; HR 16 december 1954, nr. 11 540, *BNB* 1954/30; HR 24 november 1954, nr. 11 895, *BNB* 1955/7; HR 1 november 1961, nr. 14 599, *BNB* 1962/87; Hof 's-Gravenhage 5 oktober 1962, nr. 70/1962, *BNB* 1963/118; Hof 's-Gravenhage 5 oktober 1962, nr. 73/1962, *BNB* 1963/119; Hof Arnhem 20 december 1963, nr. 105/63, *BNB* 1964/117; Hof 's-Hertogenbosch 24 april 1964, nr. 196/1963, *BNB*

brenge. Daarbij is het voor de heffing van Nederlandse inkomstenbelasting van belang welke vermogensbestanddelen vanwege het tot stand brengen van de *trust* aan de *trustee* zijn overgedragen.

Daarbij kan ten aanzien van de “bronnen van inkomen”¹²³⁵ en de opbrengsten daarvan welke ten aanzien van in Nederland woonachtige *beneficiaries* van belang zijn onderscheid worden gemaakt tussen:

- a. een tot een *trust*vermogen behorende onderneming en de belastbare winst daaruit¹²³⁶ ;
- b. de tot een *trust*vermogen behorende vermogensbestanddelen die aan een onderneming of werkzaamheid ter beschikking worden gesteld (= overige werkzaamheden) en het belastbaar resultaat uit deze overige werkzaamheden¹²³⁷;
- c. de tot een *trust*vermogen behorende vermogensbestanddelen en/of de opbrengsten daarvan welke dienen te worden aangewend voor het doen van

1964/265; Hof Arnhem 17 juni 1965, nr. 113/65, *BNB* 1966/10; Hof Amsterdam 7 oktober 1965, nr. 296/1964, *BNB* 1966/144 en HR 17 november 1971, nr. 16 614, *BNB* 1972/13. In deze jurisprudentie nam de rechter een geldig motief aan omdat het land waar de creatie plaatsvond de *trust* een volkomen legaal en aanvaardbaar middel was om het nagestreefde doel te verwezenlijken. HR 18 november 1998, nr. 31 756, *BNB* 99/35c had daarentegen betrekking op een door een in het Rijk wonende *settlor* die twee *irrevocable discretionary express private trusts* overeenkomstig het recht van Jersey tot stand bracht.

¹²³⁵ Bron in de betekenis van al hetgeen een belastingplichtige voordelen kan opleveren die, krachtens de aan de wet ten grondslag liggende inkomensconceptie, inkomensbestanddelen zijn (zie ook: L.G.M. Stevens, “*Inkomstenbelasting*”, eerste druk, Kluwer Deventer, 2001, p. 72). In deze betekenis is het n.m.m. niet van belang dat de Wet inkomstenbelasting 2001 van het bronnenstelsel is afgestapt en een boxstelsel kent. Vereist is een causale relatie tussen bron en inkomsten. Dat wil zeggen dat er zich eerst bepaalde feiten en omstandigheden moeten hebben voorgedaan tengevolge waarvan een zekere gebeurtenis zich voordoet. Zonder oorzaken geen gevolg. Kenmerkend voor alle bronnen van inkomen is dat er sprake moet zijn van deelname aan het economisch verkeer. Is tengevolge van de deelname aan het economisch verkeer een voordeel verkregen, dan dient te worden vastgesteld of het voordeel is gerealiseerd vanwege arbeid, vermogen of onderneming in de zin van de wet. Wanneer echter van een deelname aan het economisch verkeer nog niet blijkt door uiterlijk waarneembare feiten en omstandigheden, dan is beslissend het voornemen van de belastingplichtige om met zijn activiteiten te zijner tijd in het maatschappelijk verkeer voordelen te behalen, mits er een redelijke kans op (netto)voordeel bestaat (voordeel beogen/verwachten) (Zie ook: Th. Groeneveld/R.E.C.M. Niessen, “*Het ondernemerschap in de inkomstenbelasting*”, 2^e druk, 1999, Kluwer-Deventer, p. 16-22).

¹²³⁶ H. 3, Afdeling 3.2, *Belastbare winst uit onderneming*, Wet inkomstenbelasting 2001.

¹²³⁷ H. 3, Afdeling 3.4, *Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden*, Wet inkomstenbelasting 2001.

2.4 De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting nadat een *fixed trust* is ontstaan
2.4.3 De te onderscheiden tot het *fixed trust*vermogen behorende bronnen van inkomen

periodieke uitkeringen en verstrekkingen¹²³⁸;

d. de tot een *trust*vermogen behorende aanmerkelijkbelangaandelen en het inkomen daaruit¹²³⁹;

e. de tot een *trust*vermogen behorende:

1. onroerende zaken;
2. rechten die direct of indirect op onroerende zaken betrekking hebben;
3. rechten op roerende zaken;
4. rechten die niet op zaken betrekking hebben, waaronder geld; en
5. overige vermogensrechten, met waarde in het economisch verkeer,

waarvan de gezamenlijke waarde verminderd met de waarde van de gezamenlijke schulden die daarop betrekking hebben, de rendementsgrondslag voor de forfaitaire heffing vormen¹²⁴⁰.

Daarbij kan een binnenlandse belastingplichtige als *beneficiary* in een *fixed trust* gerechtigd zijn tot:

- het *trust*vermogen zelf, alsook de gehele of gedeeltelijke opbrengsten van het *trust*vermogen,
- de tot het *trust*vermogen behorende vermogensbestanddelen zonder daarbij rechten te kunnen doen gelden ten aanzien van de opbrengsten uit het *trust*vermogen,
- uitsluitend de gehele/gedeeltelijke opbrengsten uit het *trust*vermogen,

al dan niet onder voorwaarden en/of tijdsbepaling, waarbij het *trust*vermogen de hiervoor onder a tot en met e genoemde vermogensbestanddelen kan omvatten.

¹²³⁸ H. 3, Afdeling 3.5, *Belastbare periodieke uitkeringen en verstrekkingen*, Wet inkomstenbelasting 2001.

¹²³⁹ H. 4, Afdeling 4.3/4.4, *Aanmerkelijk belang/Inkomen uit aanmerkelijk belang* en Afdeling 4.1/4.2, *Belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang/Gelijkstellingen*, Wet inkomstenbelasting 2001.

¹²⁴⁰ H. 5, Afdeling 5.1, *Belastbaar inkomen uit sparen en beleggen* en 5.3, *Rendementsgrondslag*.

2.4.4 De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting voor de binnenlandse settlor

2.4.4.1 Inleiding

Indien een *settlor* hem toebehorend vermogen *inter vivos* aan een *trustee* overdraagt teneinde daarmee een *fixed trust* tot stand te brengen dan zal hij doorgaans het juridisch en economisch belang bij het onder *trust*verband gebrachte vermogen verliezen. In beginsel is er dan voor de *settlor* geen sprake meer van een belastingplicht terzake van dit vermogen en zijn opbrengsten. De *settlor* heeft immers het vermogen overgedragen. Daarvoor is het overigens wel noodzakelijk dat er naar Nederlands civielrecht een geldige levering aan de *trustee* heeft plaatsgevonden. Een eenzijdige afstandsverklaring kan de eigendom niet doen overgaan, zodat de *settlor* dan nog wel als genietter moet worden aangemerkt. Voorts is vereist dat de *settlor* ondanks de totstandkoming van de *trust* niet een zodanige juridische en economische betrokkenheid bij het *trust*vermogen behoudt, dat hij geacht moet worden nog steeds over het vermogen te kunnen beschikken als ware het zijn eigen vermogen¹²⁴¹. In dat geval wordt als het ware door de *trust* heengekeken en wordt het vermogen rechtstreeks aan de *settlor* toegerekend. Tevens geldt sinds 1 januari 2010 dat geen sprake mag zijn van een als een afgezonderd particulier vermogen aan te merken discretionair vermogen waarop de toerekeningsregel van art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001 van toepassing is. Een *fixed trust* is echter om redenen als hiervoor vermeld naar mijn mening niet als een afgezonderd particulier vermogen aan te merken¹²⁴², zodat van een toerekening als bedoeld in art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001 geen sprake kan zijn, hetgeen dan ook als uitgangspunt voor navolgende geldt.

2.4.4.2 Doorschuiffaciliteiten

2.4.4.2.1 Inleiding

Zodra een *settlor* hem toebehorend vermogen aan een *trustee* overdraagt dient hij in beginsel over de in de overgedragen vermogensbestanddelen begrepen stille reserves af te rekenen, althans indien sprake is van de overdracht van 1) een onderneming, 2) vermogensbestanddelen die aan een onderneming of werkzaamheid ter beschikking worden gesteld (overige werkzaamheden), 3) aanmerkelijkbelangaandelen, tenzij doorschuiffaciliteiten van toepassing zijn.

¹²⁴¹ Zie HR 30 oktober 1985, nr. 27 215, BNB 1986/16.

¹²⁴² Zie Deel 3, hoofdstuk 3.4. "De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de fixed trust na 1 januari 2010".

2.4 De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting nadat een *fixed trust* is ontstaan
2.4.4.2.3. De overdracht van vermogensbestanddelen die aan een onderneming of werkzaamheid ter beschikking worden gesteld

Hierna wordt onderzocht of ten aanzien van deze overdrachten doorschuif-faciliteiten van toepassing zijn.

2.4.4.2.2 De overdracht van een onderneming

Nadat een binnen het Rijk woonachtige *settlor* zijn ondernemingsvermogen onder *trust*verband heeft gebracht, zal hij fiscaal gesproken geen inkomsten daaruit meer genieten omdat hij zijn ondernemerschap heeft gestaakt, hetgeen belastingheffing over de stakingswinst (*goodwill* en stille reserves) tot gevolg heeft. Normaliter zullen de doorschuif-faciliteiten van artt. 3.62 (doorschuifregeling bij staking door overlijden), 3.63 (doorschuiving in de familiesfeer), en 3.64 (doorschuiven naar andere ondernemer) Wet inkomstenbelasting 2001 bij de totstandkoming van een *fixed trust* niet van toepassing zijn omdat 1) de bestanddelen van de onderneming niet aan de *beneficiaries* krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht toekomen maar krachtens *trust*recht én omdat zij de onderneming niet rechtstreeks voortzetten of mede voortzetten (zie art. 3.63 Wet inkomstenbelasting 2001, 2) omdat doorgaans geen sprake zal zijn van de overdracht van de onderneming aan een *beneficiary* die gedurende 36 maanden voorafgaand aan de overdracht deel uitmaakte van een samenwerkingsverband met degene die de onderneming overdraagt (*settlor*) en daaruit gedurende die 36 maanden als ondernemer winst uit onderneming genoot (zie art. 3.64 lid 1, j° lid 4 Wet inkomstenbelasting 2001) dan wel gedurende 36 maanden voorafgaand aan de overdracht als werknemer in de onderneming werkzaam is geweest (zie art. 3.64 lid 1, j° lid 5 Wet inkomstenbelasting 2001) en 3) er geen sprake is van de herinvestering van de gerealiseerde winst, die is toe te rekenen aan de overgedragen bedrijfsmiddelen en herinvesteringsreserves, in een onderneming waaruit de *settlor* winst geniet (zie art. 3.64 lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001).

2.4.4.2.3 De overdracht van vermogensbestanddelen die aan een onderneming of werkzaamheid ter beschikking worden gesteld

Art. 3.95 Wet inkomstenbelasting 2001 verklaart een groot aantal bepalingen uit het winstregime van overeenkomstige toepassing op de vaststelling van het resultaat uit een werkzaamheid. Dit geldt o.a. voor de doorschuifregelingen. In relatie tot de terbeschikkingstellingsregeling betreffen dit in het bijzonder: art. 3.56 (splitsing), art. 3.57 (juridische fusie), art. 3.59 (ontbinding van de huwelijksgemeenschap en art. 3.62 (overlijden). Omdat de economische verkrijger bij een *trust* hetzij een *beneficiary* is (*fixed trust*), hetzij de *trust* als zodanig, zijnde het doelvermogen (*discretionary trust*), welke de ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen niet verkrijgt krachtens erfrecht of huwelijksgoederenrecht kan van een gefacilieerde doorschuiving geen sprake

zijn, zodat over de in deze vermogensbestanddelen begrepen stille reserves dient te worden afgerekend.

2.4.4.2.4. De overdracht van aanmerkelijkbelangaandelen

De doorschuifregelingen opgenomen in afd. 4.8 van de Wet inkomstenbelasting 2001 zijn ten aanzien van de totstandkoming van een *trust* niet van toepassing omdat zij slechts zien op de overgang van aanmerkelijkbelangaandelen krachtens erfrecht of huwelijksvermogensrecht, het niet langer aanwezig zijn van een aanmerkelijk belang, de aandelenfusie, de (juridische) splitsing en de juridische fusie, en niet op een overgang vanwege de *trust*vorming. Omdat de totstandkoming van een *trust* een schenking vormt, kan ingevolge art. 4.17c Wet inkomstenbelasting 2001 onder de in lid 1 gestelde voorwaarden¹²⁴³ op verzoek van de gezamenlijk belanghebbenden de overdracht niet als vervreemding worden aangemerkt voor het in lid 2 omschreven deel van de overdrachtprijs die ingevolge het bepaalde in art. 4.22 Wet inkomstenbelasting 2001 wordt vastgesteld op de waarde in het economisch verkeer die ten tijde van de *trust*vorming aan de aandelen kan worden toegekend.

2.4.5 De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting voor de binnenlandse beneficiary

2.4.5.1 Inleiding

Ten aanzien van een binnenlandse *beneficiary* kan onderscheid worden gemaakt tussen:

a. een persoon die in Nederland woont en die vanwege de totstandkoming van een *fixed trust* als *beneficiary* rechten verkrijgt met betrekking tot het vermogen en de opbrengsten van de *fixed trust*.

¹²⁴³ Als voorwaarden gelden: 1) de vennootschap waarop de aandelen of winstbewijzen betrekking hebben, drijft een onderneming als bedoeld in art. 3.2 Wet inkomstenbelasting 2001 of houdt een medegerechtigdheid als bedoeld in art. 3.3, lid 1 sub a Wet inkomstenbelasting 2001, 2) de aandelen of winstbewijzen behoren bij de vervreemder niet tot een aanmerkelijk belang op grond van art. 4.10 Wet inkomstenbelasting 2001, 3) de verkrijger is een binnenlandse belastingplichtige en de verkregen aandelen of winstbewijzen maken geen deel uit van het vermogen van een voor zijn rekening gedreven onderneming en behoren niet tot het resultaat uit een werkzaamheid van hem, en 4) de vervreemder is reeds gedurende 36 maanden die onmiddellijk voorafgaan aan het tijdstip van de vervreemding in dienstbetrekking van de vennootschap waarop de aandelen of winstbewijzen betrekking hebben.

2.4 De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting nadat een *fixed trust* is ontstaan
2.4.5.2.1 De *fixed trust* en de te onderscheiden bronnen van inkomen

b. een persoon die zich metterwoon in Nederland vestigt en alsdan reeds rechten als *beneficiary* bezit met betrekking tot een *fixed trust*.
Beiden worden hierna aangeduid als een binnenlandse *beneficiary*.

Nagegaan¹²⁴⁴ zal worden wat de gevolgen voor de heffing van de inkomstenbelasting zijn indien een binnenlandse *beneficiary* gerechtigd is tot een door een *settlor* hetzij bij leven, hetzij bij overlijden tot stand te brengen *fixed trust*.

2.4.5.2 Een binnenlandse *beneficiary* is gerechtigd tot een niet als entiteit aan te merken *fixed trust*

Nadat een *settlor* een niet als entiteit aan te merken *fixed trust* tot stand heeft gebracht, is het van belang om vast te stellen welke bronnen van inkomen tot het *trust*vermogen behoren en in welke mate en wanneer de *beneficiaries* tot deze vermogensbestanddelen en/of de opbrengsten daarvan zijn gerechtigd.

2.4.5.2.1 De *fixed trust* en de te onderscheiden bronnen van inkomen

Hierna worden achtereenvolgens behandeld de situatie dat tot een *fixed trust* behoren:

- een onderneming,
- vermogensbestanddelen die aan een onderneming of werkzaamheid ter beschikking worden gesteld,
- vermogensbestanddelen welke dienen te worden aangewend voor het doen van periodieke uitkeringen of verstrekkingen,
- een aanmerkelijk belang,
- a. onroerende zaken,

¹²⁴⁴ Alvorens de rechten, aanspraken of verplichtingen van *beneficiaries* en *trustees* en de daaraan voor de Nederlandse belastingwet te verbinden gevolgen worden vastgesteld, dient eerst nog te worden onderzocht of de *trust*creatie in overeenstemming is met het vreemde recht en of de rechtsgeldige *trust* in strijd is met de Nederlandse openbare orde. Daarbij zal met het oog op de toepassing van bijzondere rechtsmiddelen ook dienen te worden onderzocht of met de *trust*creatie een reëel doel wordt nagestreefd of gediend, dan wel dat er aan de *trust*creatie (overwegend) fiscale motieven ten grondslag liggen. Voorts dient te worden vastgesteld dat de *trust*goederen het vermogen van de *settlor* hebben verlaten.

- b. rechten die direct of indirect op onroerende zaken betrekking hebben,
- c. rechten op roerende zaken,
- d. rechten die op zaken betrekking hebben, waaronder geld en
- e. overige vermogensrechten, met waarde in het economisch verkeer.

1 Tot het vermogen van een *fixed trust* behoort een onderneming

Indien een binnenlandse of buitenlandse *settlor* - vanwege de totstandkoming van een door hem gewenste *fixed trust* - (een deel van) een hem toebehorende binnenlandse of buitenlandse onderneming¹²⁴⁵ (hierna te noemen “onderneming”) aan een *trustee* overdraagt¹²⁴⁶ en daarbij aan een binnenlandse

¹²⁴⁵ Een wettelijke definitie van het begrip onderneming ontbreekt, ondanks het feit dat het begrip een belangrijke rol speelt bij de vaststelling van de belastbare winst uit onderneming (art. 3.2), wat onder een ondernemer moet worden verstaan (art. 3.4) en voor de kwalificatie als medegerechtigde (art.3.3). Een klassieke omschrijving die uit de fiscale jurisprudentie kan worden afgeleid is, dat een onderneming (in objectieve zin) een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid is, waarmee beoogd wordt door deelname aan het maatschappelijk productieproces winst te behalen. Bepalende elementen zijn: 1. de organisatie van kapitaal en arbeid (met de nadruk op arbeid), 2. het vereiste van duurzaamheid (continuïteit in de uitoefening der onderneming) en 3. regelmatige deelname aan het economisch verkeer. Het begrip onderneming kan ook ruimer worden omschreven als “zelfstandige duurzaam bedoelde activiteiten, gericht op een risicodragende deelneming aan het economisch verkeer” (zie P.H.J. Essers, in: “*Personenvennootschappen en aanverwante rechtsvormen*”, Kluwer Deventer 2004, Algemeen deel, onderdeel 2.1.2.2). Civielrechtelijk kan een onderneming worden geduid als een doelgebonden algemeenheid van goederen en schulden en het recht daarop een goed in de zin van art. 3:6 BW. De onderneming vormt in het vermogen van de ondernemer een doelbestemde, zelfstandige en argezonderde eenheid. De rechtsbetrekking van de ondernemer tot zijn onderneming moet worden geduid als een recht op de algemeenheid (onderneming) hetgeen als goed in het vermogen van de ondernemer kwalificeert. Aldus M.J.G.C. Raaijmakers in “*Bewind over (het recht op) een onderneming in het nieuwe erfrecht*”, als opstel opgenomen in de bundel “*Trust en onderneming*”, Schoordijk Instituut, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2003, p. 37.

¹²⁴⁶ Verondersteld wordt dat de overdracht van het *trust*goed op een zodanige wijze geschiedt dat het aan de *trustee* overgedragen vermogen definitief is afgescheiden van het vermogen van de *settlor*. Dit laat m.i. onverlet de mogelijkheid voor de *settlor* om de *trust* - op grond van een door de *settlor* bij de totstandkoming van de *trust* bedongen recht - te herroepen (*revocable trust*). Zie in dit verband Hof 's-Hertogenbosch 24 april 1964, nr. 196/1963, BNB 1964/265. Dit arrest handelde over een *revocable trust* opgericht naar het recht van Connecticut ten aanzien waarvan het Hof voorts overwoog: “dat het aan het Hof uit eigen wetenschap bekend is, dat bij trusts als onderhavige, welke naar Amerikaans recht zijn opgericht, niet de “beneficiaries” en evenmin de “donors”, de instellers, van het onder trustverband gestelde vermogen naar Amerikaans burgerlijk recht de eigenaren of vruchtgebruikers zijn, hetgeen niet alleen voor de onherroepelijke trust maar evenzeer voor de herroepelijke, doch niet herroepen trust geldt”. Sonneveldt wijst er overigens op dat iets dergelijks als Amerikaans *trust*recht niet bestaat, omdat elke staat zijn eigen afzonderlijk *trust*recht heeft

2.4 De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting nadat een *fixed trust* is ontstaan
2.4.5.2.1 De *fixed trust* en de te onderscheiden bronnen van inkomen

beneficiary rechten toekent, dan doet zich de vraag voor of de *beneficiary* voor de heffing van de inkomstenbelasting als ondernemer kan worden aangemerkt en dientengevolge voor de belastbare winst uit onderneming progressief moet worden belast.

Belastbare winst uit onderneming

Daarvoor dient hij belastbare winst uit onderneming te genieten. Art. 3.2 bepaalt dat de belastbare winst uit onderneming het gezamenlijke bedrag van de winst is die de belastingplichtige als ondernemer geniet uit een of meer ondernemingen verminderd met de ondernemersaftrek en de MKB-winstvrijstelling. Daarbij is ingevolge het bepaalde in art. 3.8 onder winst uit onderneming te verstaan het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm, worden verkregen uit een onderneming, terwijl art. 3.4 de belastingplichtige voor wiens rekening een onderneming wordt gedreven¹²⁴⁷ en die rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende die onderneming¹²⁴⁸, als ondernemer aanduidt. Daarbij geldt als uitgangspunt dat er zonder een objectieve onderneming geen subjectief ondernemerschap kan bestaan¹²⁴⁹. Kenmerkende elementen van ondernemerschap zijn: 1. het geven van leiding (zeggenschap), 2. een ongewisse beloning, zijnde een nettoresultaat, 3. het lopen van risico voor het ingebrachte vermogen en 4. het rechtstreeks verbonden worden voor verbintenissen betreffende de onderneming. Als fiscaalrechtelijke centrale criteria gelden het gerechtigd zijn tot het vermogen van de onderneming (anders dan als aandeelhouder) en het voor verbintenissen verbonden worden. Het aspect van het leiding geven, is fiscaalrechtelijk niet bepalend. Dit betekent dat de ondernemer niet zelf bij de uitvoering van de activiteiten betrokken hoeft te zijn.

(zie Sonneveldt, 1998, p. 100). Echter, indien de *settlor* zich bij de totstandkoming van de *trust* - naast de *power of revocation* - ook nog andere *powers* toekent (bv. *powers of appointment*) en hij zich tevens bevoegd weet om de *trustee* dwingende aanwijzingen te geven met betrekking tot (des)investeringen van de opbrengsten uit het *trust*vermogen alsook met betrekking tot uitkeringen (van opbrengsten) uit het *trust*vermogen aan *beneficiaries*, dan zal door de *trust* moeten worden heengekeken (*transparance fiscale*) en zal het *trust*vermogen en de opbrengsten daaruit rechtstreeks aan de *settlor* moeten worden toegerekend.

¹²⁴⁷ Dit deel van de definitie kwam ook reeds voor in de Wet inkomstenbelasting 1964 (art. 6) en vormde toen het enige criterium.

¹²⁴⁸ Dit deel van de definitie is met ingang van 2001 toegevoegd. Uit de Memorie van toelichting, Kamerstukken II 1998/1999, 26 727, nr. 3, p. 97-98 blijkt dat dit criterium is toegevoegd om tot uitdrukking te brengen dat ondernemerschap meer betekent dan het ter beschikking stellen van kapitaal aan een onderneming. Vereist is dat de belastingplichtige tegenover zakelijke crediteuren aansprakelijk is voor de schulden betreffende de onderneming.

¹²⁴⁹ HR 3 november 1982, nr. 21 310, *BNB* 1982/329; HR 2 november 1983, nr. 22 063, *BNB* 1983/330; HR 18 juni 1986, nr. 23 632, *BNB* 1986/242 met noot van *Den Boer*

Omdat de *beneficiary* niet rechtstreeks kan worden verbonden voor verbintenissen, het is immers de *trustee* die verbintenissen tot stand brengt, kan de *beneficiary* fiscaalrechtelijk niet als een ondernemer worden gekwalificeerd. De *trustee* is echter evenmin ondernemer omdat hij niet gerechtigd is tot het tot het *trust*vermogen behorend ondernemingsvermogen. Gerechtigdheid tot het ondernemingsvermogen impliceert overigens niet dat sprake moet zijn van gerechtigdheid tot de stille reserves¹²⁵⁰ dan wel tot een aandeel in het liquidatiesaldo¹²⁵¹. Evenmin is vereist dat de belastingplichtige moet kunnen delen in het verliesrisico¹²⁵².

De uitbreiding van het begrip belastbare winst uit onderneming

Art. 3.3 breidt het begrip belastbare winst uit onderneming uit door daar mede onder te begrijpen:

a. de winst die de belastingplichtige, anders dan als ondernemer of aandeelhouder, als medegerechtigde tot het vermogen van een onderneming geniet uit een of meer ondernemingen. Ingevolge lid 2 van art. 3.3 hoeft de medegerechtigdheid zich niet uit te strekken tot een eventueel liquidatiesaldo.

b. het bedrag van de gezamenlijke voordelen die de belastingplichtige geniet uit hoofde van een schuldvordering op een ondernemer ten behoeve van een voor zijn rekening gedreven onderneming, indien zich een in het derde lid van art. 3.3. genoemde omstandigheid zich voordoet.

Deze omstandigheden zijn:

1. de schuldvordering is onder zodanige voorwaarde aangegaan dat deze in feite functioneert als vermogen van de onderneming of

2. de vergoeding over de schuldvordering is op het tijdstip van het aangaan van de schuldvordering zodanig vastgesteld dat deze rechtens – dan wel in feite – bezien over de gehele looptijd grotendeels afhankelijk is van de winst van de onderneming.

Het is tegen deze wettelijke achtergrond dat de positie van een binnenlandse *beneficiary* die rechten heeft verkregen met betrekking tot een tot het

¹²⁵⁰ Zie HR 12 februari 1997, nr. 30 752, BNB 1997/173-176 met noot van *Essers*

¹²⁵¹ Zie HR 16 december 1998, nr. 34 172, BNB 1999/147 met noot van *Essers*. Zie ook art. 3.3.lid 2 Wet inkomstenbelasting 2001.

¹²⁵² zie HR 17 november 1948, B nr. 8552, HR 6 november 1957, nr. 13 348, BNB 1957/320 met noot van *Peeters*, HR 11 mei 1960, nr. 14 255, BNB 1960/171 met noot van *Den Boer*

2.4 De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting nadat een *fixed trust* is ontstaan
2.4.5.2.1 De *fixed trust* en de te onderscheiden bronnen van inkomen

*trust*vermogen behorende onderneming, moet worden beoordeeld. Daarbij is het van wezenlijk belang vast te stellen of de binnenlandse *beneficiary*:

a. zowel gerechtigd is tot (een deel van) het tot het *trust*vermogen behorende ondernemingsvermogen, alsook tot (een deel van) de met de onderneming jaarlijks te behalen winst, dan wel

b. uitsluitend gerechtigd is tot (een deel van) de jaarlijks te realiseren winst en niet tot (een deel van) het tot het *trust*vermogen behorende ondernemingsvermogen,

c. uitsluitend gerechtigd is tot (een deel van) het tot het *trust*vermogen behorende ondernemingsvermogen en niet tot (een deel van) de jaarlijks te realiseren winst.

a. De binnenlandse beneficiary is (deels) gerechtigd tot het ondernemingsvermogen alsmede ook (deels) tot de jaarwinst

Indien een binnenlandse *beneficiary* (deels) gerechtigd is tot het vermogen van een tot een *trust*vermogen behorende onderneming¹²⁵³ en tevens (deels) tot de jaarwinst¹²⁵⁴, dan is de *beneficiary* desondanks geen ondernemer in de zin van art. 3.4 Wet inkomstenbelasting 2001.

Hoewel de in *trust*verband gehouden onderneming voor rekening van de binnenlandse *beneficiary* wordt gedreven, wordt hij niet rechtstreeks verbonden voor verbintenissen betreffende de onderneming, tengevolge waarvan niet wordt voldaan aan het tweede in art 3.4 gestelde criterium. Het gevolg hiervan is dat de *beneficiary* niet als een ondernemer kan worden aangemerkt en derhalve beperkt aanspraak kan maken op ondernemersfaciliteiten¹²⁵⁵.

Het criterium dat sprake moet zijn van een rechtstreekse verbondenheid voor verbintenissen betreffende de onderneming is in de Wet inkomstenbelasting 2001 ingevoerd teneinde “misbruik” van fiscale ondernemingsfaciliteiten en “progressiematiging” zoals die onder de Wet inkomstenbelasting 1964

¹²⁵³ Daarbij kan het bv. gaan om gerechtigdheid tot een binnenlandse eenmanszaak of medegerechtigdheid tot een vennootschap onder firma of een commanditaire vennootschap dan wel tot een buitenlandse (*limited partnership*).

¹²⁵⁴ Het complex aan rechten is dan in hoge mate vergelijkbaar met de (gedeeltelijke) economische eigendom van de tot het *trust*vermogen behorende onderneming.

¹²⁵⁵ Onder meer de oudedagsreserve (art. 3.67 e.v.), de ondernemersaftrek (art. 3.74 e.v.) omvattende zelfstandigenaftrek, de aftrek spur- en ontwikkelingswerk, de meewerkaftrek en de stakingsaftrek. Doordat in de aanhef van de desbetreffende wetsartikelen telkens wordt vermeld dat de faciliteit toekomt aan de ondernemer, wordt de uitsluiting van deze faciliteiten bereikt.

voorkwamen¹²⁵⁶, te voorkomen. Het begrip “rechtstreeks¹²⁵⁷ verbonden voor verbintenissen betreffende de onderneming” dient te worden uitgelegd naar de regels van het privaatrecht¹²⁵⁸. Dit houdt in dat een aanspraak bestaat tot nakoming van in het kader van de onderneming aangegane (nieuwe) verplichtingen, hetgeen betaling van ondernemingsschulden kan inhouden¹²⁵⁹. Kenmerkend voor een *fixed trust* is echter, dat niet *beneficiaries* verplichtingen ten behoeve van de in *trust*verband gehouden onderneming (kunnen) aangaan, maar uitsluitend de *trustee*. Hij is bij uitsluiting van anderen bevoegd (en verplicht) tot het beheer van het *trust*vermogen. Dientengevolge wordt hij rechtstreeks verbonden voor verbintenissen uit de onderneming en is hij in beginsel met zijn eigen vermogen aansprakelijk jegens derden met wie hij ten behoeve van de *trust* zaken doet.

Echter, ook de *trustee* is geen ondernemer in de zin van art. 3.4. Hij wordt weliswaar rechtstreeks verbonden voor verbintenissen betreffende de tot het *trust*vermogen behorende (gedeelte van een) onderneming, maar de tot het *trust*vermogen behorende (gedeelte van de) onderneming wordt niet voor zijn rekening gedreven maar voor rekening van de binnenlandse *beneficiary*, tenzij de *trustee* eveneens een *beneficiary* zou zijn. Het gevolg hiervan zou zijn dat de door de onderneming gerealiseerde winst, waartoe de binnenlandse *beneficiary* is gerechtigd, niet als belastbare winst uit onderneming door de *trustee* noch de *beneficiary* wordt genoten, met als gevolg dat de belastbare winst niet naar het progressieve tarief van art. 2.10 zou worden belast.

¹²⁵⁶ Onder de Wet inkomstenbelasting 1964 gold als beslissend criterium voor het ondernemerschap dat de onderneming voor rekening van de belastingplichtige werd gedreven (zie: art. 6 Wet inkomstenbelasting 1964). Het gevolg hiervan was dat bv. commanditaire vennoten in aanmerking konden komen voor ondernemingsfaciliteiten (investeringsaftrek, willekeurige afschrijving, stakingswinstvrijstelling), terwijl zij feitelijk beleggers waren. Oorzaak hiervan was dat een geringe gerechtigdheid in het liquidatiesaldo van de onderneming volstond om als ondernemer te worden aangemerkt (zie: HR 9 december 1992, nr. 27 408, *BNB* 1993/94, noot Hoogendoorn). Ook konden ondernemingsfaciliteiten (en een tariefsvoordeel) worden gerealiseerd door ondervennootschappen aan te gaan, veelal tussen vrije beroepers en hun echtgenoten.

¹²⁵⁷ Het woord “rechtstreeks” duidt op het zichzelf binden dan wel als deelnemer aan een samenwerkingsverband wegens vertegenwoordiging gebonden worden (bv. in het geval van een vennootschap onder firma).

¹²⁵⁸ HR 14 juli 2006, nr. 42 125, *BNB* 2006/321, noot *Zwemmer*.

¹²⁵⁹ Het is overigens niet vereist dat de belastingplichtige voor alle toekomstige verbintenissen betreffende de onderneming wordt verbonden. Voor de verbintenissen waarvoor hij wél wordt verbonden, geldt voorts dat hij daarvoor niet volledig dan wel hoofdelijk aansprakelijk wordt. Ook het feit dat de verbondenheid relatief gering is, vormt geen beletsel voor het verbondenheidscriterium (zie Essers, 2006, “*Het verbondenheidscriterium en het urencriterium*”, p. 332).

2.4 De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting nadat een fixed trust is ontstaan
2.4.5.2.1 De fixed trust en de te onderscheiden bronnen van inkomen

Echter, art. 3.3 bepaalt dat belastbare winst uit onderneming mede de winst is die de belastingplichtige, anders dan als ondernemer of aandeelhouder, als medegerechtigde¹²⁶⁰ tot het vermogen van een onderneming¹²⁶¹ geniet uit een

¹²⁶⁰ Een zuiver grammaticale interpretatie van het in art. 3.3 lid 1 sub a gebezigde woord “medegerechtigde” zou m.i. het ongerijmde gevolg hebben, dat hetgeen een 100%-winstgerechtigde *beneficiary* aan winst uit onderneming geniet, niet als belastbare winst als bedoeld in art. 3.3 lid 1 sub a zou kunnen worden aangemerkt en derhalve niet als belastbaar inkomen uit werk en woning progressief zou kunnen worden belast, omdat hij als enige tot het tot een *trust*vermogen behorend ondernemingsvermogen is gerechtigd en derhalve niet als medegerechtigde (tot een samenwerkingsverband) daarin, terwijl een medegerechtigdheid toch minder rechten geeft dan een gerechtigdheid bij uitsluiting van anderen. Een teleologische interpretatie zal naar mijn mening dan ook dienen te prevaleren. De bepaling die medegerechtigden verplicht tot winstgenieters kwalificeert, werd in de wet opgenomen om te voorkomen dat degenen die in zekere mate gerechtigd zijn tot het vermogen van een onderneming, maar die niet aansprakelijk zijn voor ondernemingschulden, een tariefvoordeel zouden genieten (progressieve heffing vs forfaitaire rendementsheffing). Voorts wilde de wetgever met het aanbrengen van een scheiding tussen ondernemers en medegerechtigden bereiken dat medegerechtigden van de ondernemersfaciliteiten zijn uitgesloten (Memorie van toelichting, Kamerstukken II 1998/99, 26 727). Zie ook A.J.A. Stevens, “Belastingheffing van medegerechtigden”, opgenomen in de bundel “Vijf jaar Wet IB 2001”, onder redactie van A.C. Rijkers/H. Vording, Kluwer, Deventer, 2006, p. 317. Hij is van mening dat de formulering van de tweedeling bepaald geen gelukkige keuze van de wetgever genoemd kan worden (p. 320). Hij wijst in dit verband op een aanzienlijke *overkill*, zulks vanwege het feit dat aan echte ondernemers (nijvere stille maten) de ondernemersfaciliteiten worden ontnomen, terwijl een aantal investeringsgerelateerde faciliteiten aan medegerechtigden worden onthouden, hoewel de wetgever dergelijke faciliteiten voor alle winstgenieters open wenste te houden (p. 322). Bovendien is misbruik ook op andere wijze reeds ondervangen (aanscherping urencriterium en samentellingsregeling per samenwerkingsverband). Voorts is hij van mening dat de definitie van “medegerechtigdheid” niet los kan worden gezien van de definitie van “verbondenheid voor verbintenissen betreffende de onderneming” van art. 3.4 Wet inkomstenbelasting 2001 (p. 318). Hij baseert deze mening op de veronderstelling dat uit de parlementaire geschiedenis en de wettekst kan worden afgeleid dat de wetgever bedoeld heeft een restcategorie te scheppen voor alle winstgenieters die niet als ondernemers in de zin van art. 3.4 Wet inkomstenbelasting 2001 kwalificeren en dat daaruit de intentie van de wetgever kan worden afgeleid dat vennoten in (fiscaal transparante) personenvennootschappen die een objectieve onderneming drijven altijd op grond van 3.3 Wet inkomstenbelasting 2001 kunnen worden belast, voor zover zij niet als ondernemer in de zin van art. 3.4 Wet inkomstenbelasting 2001 worden belast. Ik acht de mening dat er om deze reden sprake moet zijn van een “koppeling” tussen “medegerechtigdheid zijn” en “het verbonden zijn” onjuist. Naar mijn mening heeft de wetgever juist bedoeld om medegerechtigden tot het vermogen van de onderneming die niet worden verbonden voor verbintenissen betreffende de onderneming, toch als winstgenieters te kwalificeren.

¹²⁶¹ Ingevolge het bepaalde in art. 3.3 lid 2 Wet inkomstenbelasting 2001 behoeft de medegerechtigdheid zich niet uit te strekken tot een eventueel liquidatiesaldo. Deze bepaling voorkomt dat een commanditaire vennoot die civielrechtelijk is uitgesloten van een eventueel liquidatiesaldo naar het tarief voor belastbaar inkomen uit sparen en beleggen wordt belast (box 3-inkomen).

of meer ondernemingen¹²⁶². Het begrip “medegerechtigde” (tot het vermogen van een onderneming) wordt echter in de Wet inkomstenbelasting 2001 niet gedefinieerd¹²⁶³. Gelet op het feit dat art. 3.3 bepaalt dat belastbare winst, de winst is die de belastingplichtige geniet, ben ik van mening dat bedoeld wordt een medegerechtigdheid in economische zin en niet in juridische zin, met als gevolg dat een *trustee* niet als een medegerechtigde in de zin van art. 3.3 kan worden aangemerkt. Hij is weliswaar juridisch gerechtigd tot het vermogen, maar niet in economische zin (tenzij hij tevens een der *beneficiaries* is). De conclusie dient derhalve te zijn dat een binnenlandse *beneficiary* die vanwege de *trust*bepalingen (deels) gerechtigd is tot het vermogen van een tot het *trust*vermogen behorende onderneming en tevens (deels) gerechtigd is tot jaarlijks te realiseren winst, belastbare winst uit onderneming geniet (en daarmee belastbaar inkomen uit woning en werk). Niet omdat hij geacht wordt subjectief een ondernemer te zijn, maar omdat hij de jaarwinst alsook de stille reserves als (mede)gerechtigde tot de onderneming geniet¹²⁶⁴.

Het gevolg hiervan is dat de door de binnenlandse *beneficiary* genoten belastbare winst als belastbaar inkomen uit woning en werk ingevolge het bepaalde in art. 2.10 Wet inkomstenbelasting progressief wordt belast, hetgeen naar mijn mening niet anders is indien de *beneficiary* vanwege een ontbindende voorwaarde en/of ontbindende tijdsbepaling slechts tijdelijk tot het ondernemingsvermogen en de winst daaruit is gerechtigd. Een situatie die in het kader van een *fixed trust* goed denkbaar is.

Het gevolg is echter ook dat nu de *beneficiary* niet als een art. 3.4-ondernemer kwalificeert, maar als een art. 3.3-ondernemer moet worden beschouwd, de

¹²⁶² Deze bepaling werd opgenomen teneinde te voorkomen dat commanditaire vennoten gebruik zouden kunnen gaan maken van het tarief geldend voor belastbaar inkomen uit sparen en beleggen (art. 2.13 Wet inkomstenbelasting 2001). Ingevolge art. 3.3 Wet inkomstenbelasting 2001 geniet een commandiet wel winst uit onderneming, maar is hij geen ondernemer.

¹²⁶³ Van medegerechtigdheid is sprake indien de belastingplichtige deel uitmaakt van een samenwerkingsverband en hij bij beëindiging daarvan aanspraak heeft op teruggave van vermogensbestanddelen die destijds zijn ingebracht (zie: E.J.W. Heithuis/P. Kavelaars/B.F. Schuwer, “*Inkomstenbelasting*”, 4^e herziene druk, Kluwer, Deventer-2008, p. 70-71). Daarbij kan in binnenlandse verhoudingen worden gedacht aan bv. vennootschappen onder firma of besloten commanditaire vennootschappen en in buitenlandse verhoudingen aan *partnerships* en *limited partnership*, zij het dat het recht op een aandeel in de stille reserves werkelijke betekenis moet hebben, waartoe moet worden onderzocht of op het moment waarop het (*limited*) *partnership* contractueel tot stand komt, er voor de (*limited*) *partners* al dan niet een reële kans bestaat dat stille reserves ontstaan (zie HR 27 april 1988, nr. 24 648, BNB 1988/253 met noot van Hofstra en HR 22 april 1998, BNB 1998/231 met noot van Essers).

¹²⁶⁴ Het onder de Wet inkomstenbelasting 1964 gemaakte onderscheid tussen afgeleid ondernemerschap en indirect ondernemerschap is dientengevolge onder de Wet inkomstenbelasting 2001 naar mijn mening niet meer relevant.

2.4 De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting nadat een *fixed trust* is ontstaan
2.4.5.2.1 De *fixed trust* en de te onderscheiden bronnen van inkomen

beneficiary minder ondernemingsfaciliteiten kan claimen dan in het geval hij wel een art. 3.4-ondernemer zou zijn. Dit betekent dat het tot stand brengen van een *fixed trust* wél zelfstandige gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting heeft, zulks in tegenstelling tot hetgeen als vooronderstelling gold (zie hiervoor: “Verantwoording, problemstelling, plan van aanpak”, sub 5. “Omschrijving van de *discretionary* en *fixed trust* en de daaraan ontleende onderzoekshypothese”).

In verband met vorenstaande doet zich de vraag voor wat de fiscale positie van een binnenlandse *beneficiary* is, indien hij niet (deels) medegerechtigd is tot het vermogen van een tot het *trust*vermogen behorende onderneming en haar waardemutaties, maar uitsluitend (deels) gerechtigd is – al dan niet tijdelijk – tot de te realiseren winst.

b. De binnenlandse beneficiary is (deels) gerechtigd tot de jaarlijks te realiseren winst uit onderneming doch niet (deels) tot het ondernemingsvermogen en haar waardemutaties.

Indien een binnenlandse *beneficiary* vanwege de *trust*bepalingen – al dan niet tijdelijk – gerechtigd is tot de winst van een tot het *trust*vermogen behorende onderneming en derhalve niet tot het ondernemingsvermogen zelf en haar waardemutaties¹²⁶⁵, dan geniet de *beneficiary* naar mijn mening geen belastbare winst uit onderneming ex art. 3.2 Wet inkomstenbelasting 2001. Indien al moet worden aangenomen dat de onderneming voor rekening van de binnenlandse *beneficiary* wordt gedreven¹²⁶⁶ zodat aan het eerste criterium in art. 3.4 wordt

¹²⁶⁵ Zijn recht heeft dan naar Nederlands civiel recht – mits het recht overeenkomstig de civielrechtelijke bepalingen is gevestigd – de kenmerken van een als een als goederenrechtelijk recht aan te merken genotsrecht, waaronder moet worden verstaan alle rechten die de daartoe gerechtigde het genot verschaffen van een bepaald vermogensbestanddeel, daaronder begrepen een recht op de vruchten van een vermogensbestanddeel. Binnen deze omschrijving vallen zowel de tot het gesloten systeem behorende beperkte goederenrechtelijke rechten van erfdienstbaarheid, opstal, erfpacht, vruchtgebruik, gebruik en bewoning en appartementsrecht, alsook de als persoonlijke genotsrechten aan te merken huur, pacht en (ver)bruikleen. Zie K.M.L.L. van de Ven, “Genotsrechten”, *FED*, Deventer, 1998, p. 16.

¹²⁶⁶ Uit Hof Arnhem 17 juli 1969, nr. 503/1968, *BNB* 1970/172 is af te leiden dat een onderneming pas voor rekening van iemand wordt gedreven, indien in het algemeen risico wordt gelopen ten aanzien van de onderneming of wanneer men gerechtigd is tot de stille reserves in het vermogen van de onderneming. Het lopen van risico is het dragen van de goede en de kwade kansen als gevolg van de onzekere toekomst voor zover betrekking hebbend op de onderneming, waarbij het risico kan worden gelopen ten aanzien van de onderneming en/of de opbrengsten van de bron (zie: J. Spaanstra, “Het ondernemersbegrip in de inkomstenbelasting”, *Fiscale Monografieën* 12, Kluwer, Deventer, 1958, p. 19). Met andere woorden: degene voor wiens rekening een onderneming wordt uitgeoefend is hij, die het risico voor de bedrijfsuitoefening draagt, welke risico zowel bestaat in het behalen van winst als in het leiden van verlies. Aldus omschreven komt voor rekening van een belastingplichtige

voldaan, dan wordt de binnenlandse *beneficiary* niet rechtstreeks verbonden voor verbintenissen betreffende de onderneming, zijnde het tweede criterium in art. 3.4. Het gevolg hiervan is dat de binnenlandse *beneficiary* niet als een ondernemer ex art. 3.4 Wet inkomstenbelasting kwalificeert. Voorts geniet hij de winst niet als medegerechtigde tot het vermogen van de onderneming, hetgeen een voorwaarde is in art. 3.3 lid 1 sub a Wet inkomstenbelasting 2001. Het gevolg is dat hetgeen zich objectief bezien als winst uit onderneming aandient, toch niet progressief kan worden belast omdat subjectief geen sprake is van een ondernemer. Het tarief van art. 2.10 Wet inkomstenbelasting is namelijk slechts van toepassing op belastbaar inkomen uit werk en woning, waartoe *in casu* de door de binnenlandse *beneficiary* (in economische zin) genoten winst niet behoort. De enige uitzondering hierop is het voordeel dat een binnenlandse *beneficiary* geniet uit hoofde van een tot het *trust*vermogen behorende schuldvordering op een (IB¹²⁶⁷-)ondernemer ten behoeve van een voor zijn rekening gedreven onderneming, indien *a.* de schuldvordering onder zodanige omstandigheden is aangegaan dat deze in feite functioneert als vermogen van de onderneming, of *b.* de vergoeding over de schuldvordering is op het tijdstip van het aangaan van de schuldvordering zodanig vastgesteld dat deze rechtens – dan wel in feite – bezien over de gehele looptijd grotendeels afhankelijk is van de

de onderneming in het algemeen eerst indien hij ook deelt in de kwade kansen, hetgeen het geval zal zijn indien hij ook in de verliezen deelt en mocht dit laatste niet het geval zijn, indien hij gerechtigd is in de stille reserves en dienaangaande risico loopt (zie: A.J. van Soest/J.C.K.W.Bartel, “Belastingen: inkomstenbelasting, vermogensbelasting, vennootschapsbelasting, besluit voorkoming van dubbele belasting 1989; Nederlands Standaardverdrag”, 20^e druk, Gouda/Quint, Deventer, 1999, p. 32). Nobel is eveneens van mening dat het verliesrisico (onbeperkte aansprakelijkheid voor schulden) het fundamentele criterium voor het ondernemerschap is (zie: N. Nobel, “Winstrechten”, Fiscale Monografieën nr. 24, Kluwer, Deventer, 1970, p. 17 en 27). Zwemmer daarentegen is van mening dat het lopen van kwade kansen en het delen in het verlies geen doorslaggevend criterium is. Ook een privé-belegger loopt kwade kansen. Degene die zelf vermogensbestanddelen in ondernemingsverband exploiteert dient als ondernemer te worden aangemerkt. (zie: J. W. Zwemmer, “De fiscale gevolgen van de vervreemding van genotsrechten”, FED, Deventer, 1975, p. 20 en 18). Het feit dat een ondernemer geen verlies kan lijden omdat zulks contractueel is uitgesloten behoeft, gelet op de jurisprudentie, op zichzelf geen beletsel te zijn (zie o.a.: HR 17 november 1948, B. nr. 8552, HR 11 mei 1960, nr. 14 255, BNB 1960/171, Hof Arnhem 21 maart 1973, nr. 314/1972, BNB 1974/85). Naar mijn mening kan alleen van een *ib*-ondernemerschap sprake zijn indien er een gerechtigdheid tot het eigen vermogen bestaat, ongeacht een eventuele uitsluiting van deelname in verliezen en ongeacht eventuele niet-gerechtigdheid tot stille reserves en *goodwill*. Voldoende is dat er een kans op vermogenswinst bestaat of een recht op stille reserves bij liquidatie aanwezig is. Echter, voor een commandiet geldt wél als eis dat hij hetzij tot stille reserves is gerechtigd, hetzij tot *goodwill*.

¹²⁶⁷ Voor geldleningen aan lichamen geldt deze bepaling niet. Correctie terzake van geldleningen aan lichamen geschiedt namelijk via art. 10, lid 1, sub d Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

2.4 De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting nadat een *fixed trust* is ontstaan
2.4.5.2.1 De *fixed trust* en de te onderscheiden bronnen van inkomen

winst van de onderneming. Het gevolg van vorenstaande is dat indien een *settlor* bv. zijn (deel)gerechtigdheid in een buitenlandse dan wel Nederlandse onderneming vanwege de totstandkoming van een *fixed trust* aan een *trustee* overdraagt en daarbij door middel van de in het *trustinstrument* opgenomen *trustvoorwaarden* bepaalt dat de te realiseren winst zal toekomen aan uitsluitend een of meer door hem geïndividualiseerde binnenlandse *beneficiaries*, terwijl de gerechtigdheid tot het vermogen van de onder het *trustverband* gebrachte onderneming uitsluitend een of meer andere door hem geïndividualiseerde *beneficiaries* aangaat¹²⁶⁸, dan heeft dat voor de heffing van de inkomstenbelasting voor de binnenlandse winstgerechtigde *beneficiary* tot gevolg dat deze voor de te genieten winst niet progressief wordt belast, maar naar het proportionele tarief geldend voor belastbaar inkomen uit sparen en

¹²⁶⁸ Een complex van rechten dat doet denken aan het recht van vruchtgebruik van een onderneming en de blote eigendom daarvan. In de fiscale literatuur – geschreven onder de Wet inkomstenbelasting 1964 – werd met betrekking tot het ondernemerschap van de vruchtgebruiker verschillend geoordeeld. Zo is *Schendstok* van mening dat de vruchtgebruiker als zodanig geen afgeleid ondernemerschap kan ontlenen aan zijn recht op bepaalde activa, ook al is er een echte ondernemer die ze krachtens zakelijk recht of krachtens gedogen in zijn onderneming gebruikt. Mocht de vruchtgebruiker zelf echt, actief ondernemer worden door de zaken waarvan hij het vruchtgebruik heeft daarvoor te gebruiken, dan kwalificeert hij wel als ondernemer en vormen de vruchten winst uit onderneming (B. Schendstok, *Fiscale winstbegrippen in Nederland*, Kluwer, Deventer-Antwerpen, 1959, p. 69). Ook *Zwemmer* is van mening dat een genotsgerechtigde alleen ondernemer is indien hij de onderneming zelf exploiteert, dan wel heeft geëxploiteerd (Zwemmer, 1975, p. 22). *Hofstra/Stevens* zijn daarentegen van mening dat de vruchtgebruiker van een gehele onderneming haar voor zijn rekening drijft, ook indien hij de feitelijke leiding aan een ander overlaat. Hij zou dus ondernemer zijn in de zin van art. 6 Wet inkomstenbelasting 1964. Waarom dit zo zou zijn wordt door hen echter niet verklaard (H.J. Hofstra/L.G.M. Stevens, “*Inkomstenbelasting*”, 5^e druk, Kluwer, Deventer, 1998, p. 143). *Stevens* handhaaft deze mening ook voor de onder de Wet inkomstenbelasting 2001 geldende regeling, hetgeen alleen te begrijpen valt als wordt aangenomen dat de onderneming niet alleen voor rekening van de vruchtgebruiker wordt gedreven, maar hij tevens rechtstreeks wordt verbonden voor verbintenissen betreffende de onderneming (zie art. 3.4 Wet inkomstenbelasting 2001). Wellicht dat het standpunt van *Stevens* is gebaseerd op HR 28 mei 1958, nr. 13 521, *BNB* 1958/218 met noot van *Den Boer*. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de vruchtgebruiker op het recht van vruchtgebruik mocht afschrijven. Onder de huidige wetgeving geldt dat een vruchtgebruiker alleen dan als ondernemer is aan te merken, indien de onderneming voor zijn rekening wordt gedreven én hij tevens voor verbintenissen betreffende de onderneming wordt gebonden, hetgeen overigens naar mijn mening niet een actief bij de exploitatie betrokken zijn vereist. Indien wordt aangenomen dat de vruchtgebruiker medegerechtigd is tot het vermogen van de onderneming dan is hij daarmee niet als een ondernemer aan te merken, maar geniet hij ingevolge het bepaalde in art. 3.3 lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001 wel winst uit onderneming. De bloot eigenaar geniet winst uit onderneming hetzij omdat hij ondernemer is als bedoeld in art. 3.4 Wet inkomstenbelasting 2001, dan wel omdat hij medegerechtigd is tot het ondernemingsvermogen.

beleggen. Het gevolg hiervan is dat voor de heffing van de inkomstenbelasting een aanmerkelijk tariefvoordeel kan worden gerealiseerd indien een *settlor* een (gedeelte van een) onderneming vanwege de totstandkoming van een *fixed trust* overdraagt en daarbij het recht op de ondernemingswinst aan een door hem aangewezen *beneficiary* toekent die niet tevens medegerechtigd is tot het ondernemingsvermogen als zodanig. Dit betekent dat het tot stand brengen van een *fixed trust* voor de kwalificatie van het door *beneficiaries* rechtstreeks te genieten inkomen uit het *trust*vermogen wél zelfstandige gevolgen heeft, zodat ook op dit punt de eerdere vooronderstelling dat zulks in het geval van een *fixed trust* niet het geval zou zijn, dient te worden bijgesteld.

c. De binnenlandse beneficiary is (deels) gerechtigd tot het ondernemingsvermogen en haar waardemutaties, doch niet (deels) tot de jaarlijks te realiseren winst

Indien een binnenlandse *beneficiary* vanwege de *trust*bepalingen – al dan niet tijdelijk – (deels) gerechtigd is tot het tot een *trust*vermogen behorend ondernemingsvermogen en de waardemutaties daarvan, doch niet tot de jaarlijks te realiseren winst, dan geniet de *beneficiary* naar mijn mening belastbare winst ex art. 3.2 Wet inkomstenbelasting 2001.

Niet omdat hij is aan te merken als een ondernemer als bedoeld in art. 3.4 Wet inkomstenbelasting – de onderneming wordt weliswaar voor zijn rekening gedreven, maar hij wordt niet rechtstreeks verbonden voor verbintenissen betreffende de onderneming – maar omdat hij, anders dan als ondernemer of als aandeelhouder, winst geniet als medegerechtigde¹²⁶⁹ tot het vermogen van de onderneming¹²⁷⁰ (art. 3.3 lid 1 sub a Wet inkomstenbelasting 2001).

2 Tot het vermogen van een *fixed trust* behoren vermogensbestanddelen die aan een onderneming of werkzaamheid ter beschikking worden gesteld

Een binnenlandse of buitenlandse *settlor* zou bij het tot stand brengen van een *fixed*

¹²⁶⁹ In de fiscale literatuur geschreven onder de Wet inkomstenbelasting 1964 is wel het standpunt ingenomen dat het begrip “medegerechtigdheid” synoniem is met het “voor rekening van de belastingplichtige uitoefenen van een bedrijf” en dat het begrip daarmee overbodig is (zie o.a. O.H Nijman, “*Het ondernemersbegrip in art. 17, lid 1 van het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941 (I)*”, *WFR* 1964/4697, p. 309 e.v.). Onder de Wet inkomstenbelasting 2001 heeft het begrip “medegerechtigdheid” naar mijn mening vanwege de wetsystematiek een eigen zelfstandige betekenis.

¹²⁷⁰ Het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941 voegde daar nog aan toe: “*ook al nemen zij niet deel aan de feitelijke uitoefening van het bedrijf*”. Deze zinsnede werd bij de totstandkoming van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 weggelaten, niet vanwege een beoogde materiële wijziging, maar vanwege het feit dat ze overbodig werd geacht te zijn.

2.4 De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting nadat een *fixed trust* is ontstaan
2.4.5.2.1 De *fixed trust* en de te onderscheiden bronnen van inkomen

trust een vermogensbestanddeel aan de *trustee* kunnen overdragen welke door de *settlor* ter beschikking is gesteld aan een met hem verbonden persoon die het vermogensbestanddeel aanwendt voor het behalen van winst uit onderneming of resultaat uit overige werkzaamheid, dan wel aan een vennootschap waarin de *settlor* of een met hem verbonden persoon een aanmerkelijk belang heeft. Indien hij daarbij bepaalt dat de binnenlandse *beneficiary* gerechtigd is tot hetzij het vermogensbestanddeel én haar opbrengsten, hetzij het vermogensbestanddeel als zodanig, hetzij uitsluitend de opbrengsten van het vermogensbestanddeel, dan doet zich de vraag voor op welke wijze de *beneficiary* voor de heffing van inkomstenbelasting moet worden belast. Normaliter wordt het rendabel maken van vermogensbestanddelen in de forfaitaire rendementsgrondslag van box 3 betrokken. Zo niet indien sprake is van het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen als bedoeld in Afdeling 3.4, *Belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden*, Wet inkomstenbelasting 2001. Art. 3.90 Wet inkomstenbelasting 2001 duidt het gezamenlijke bedrag van het resultaat uit een of meer werkzaamheden die geen belastbare winst of belastbaar loon genereren aan als het belastbaar resultaat¹²⁷¹ uit overige werkzaamheden¹²⁷², waarbij onder werkzaamheid mede wordt verstaan het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen¹²⁷³.

¹²⁷¹ Vanwege de verwijzing in art. 3.95 Wet inkomstenbelasting 2001 zijn voor de bepaling van het resultaat uit overige werkzaamheden de winstbepalingsregels van toepassing, zodat niet alleen de reguliere voordelen uit de ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen progressief worden belast, maar ook de met deze vermogensbestanddelen te behalen vermogenswinsten. Het gevolg is ook dat de kosten met betrekking tot de reguliere voordelen en de vermogenswinsten aftrekbaar zijn, evenals vermogensverliezen. Een geruisloze doorschuiffaciliteit (analoog aan die voor een fictief aanmerkelijk belang) ontbreekt echter, hetgeen niet redelijk is indien de hoofdonderneming wel geruisloos wordt ingebracht. Voorts zijn een aantal voor de winstfeer geldende faciliteiten niet van toepassing, zoals bv. de bosbouwvrijstelling (art. 3.11), de landbouwvrijstelling (art. 3.12) en de herinvesteringsreserve (art. 3.54 jo. 3.64 Wet inkomstenbelasting 2001). Zie voor een meer volledige opsomming van niet overeenkomstige toepassing zijnde winstbepalingen: L.W. Sillevius/M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, Gouda Quint, Deventer, 2008, 3.4.4.B.d.

¹²⁷² Onder de Wet inkomstenbelasting 1964 (art. 22 lid 2) werden deze inkomsten aangeduid als andere inkomsten uit arbeid, zijnde een vergaarbak van allerlei inkomsten die een relatie hadden met verrichte arbeid maar die vanwege hun eenmalige en vluchtige karakter niet konden worden ondergebracht onder de winst uit onderneming of loon uit dienstbetrekking (zie Heithuis/Kavelaars/Schuver, 2008, p. 299). Art. 3.90 Wet inkomstenbelasting 2001 omvat echter niet alleen andere arbeidsinkomsten, maar ook de zgn. terbeschikkingstellingsregelingen van art. 3.91 en 3.92 die met het begrip “werkzaamheid” als zodanig niets van doen hebben en uitsluitend in Afd. 3.4 Wet inkomstenbelasting 2001 zijn opgenomen teneinde belastingheffing volgens het regime van box 1 en daarmee de toepassing van het progressieve ib-tarief mogelijk te maken.

¹²⁷³ Uitgangspunt hierbij is dat de resultaatbepaling per werkzaamheid dient te geschieden (zie

Daarbij maakt de wet onderscheid tussen twee terbeschikkingsstellingsregelingen¹²⁷⁴.

1. De in art. 3.91 Wet inkomstenbelasting 2001 opgenomen regeling voor aan de onderneming of werkzaamheid van een verbonden persoon ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen.
2. De in art. 3.92 Wet inkomstenbelasting 2001 opgenomen regeling voor aan de aanmerkelijk belangvennootschap van de belastingplichtige of een verbonden persoon ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen.

Opmerkelijk is dat al de in art. 3.91 en 3.92 genoemde vermogensbestanddelen doorgaans ter belegging worden aangehouden en derhalve normaliter onderdeel zouden moeten uitmaken van de rendementsgrondslag van box 3. Echter, de wetgever achtte de belastingheffing ingevolge het regime van box 3 te kort schieten indien sprake is van situaties van terbeschikkingstelling als hiervoor

de tekst van art. 3.94 Wet inkomstenbelasting 2001). Alle terbeschikkingstellingen van een belastingplichtige vormen dus gezamenlijk niet één werkzaamheid, tenzij sprake is van werkzaamheden van dezelfde aard (zie art. 3.93 lid 2 Wet inkomstenbelasting 2001).

¹²⁷⁴ Zie art. 3.91 en 3.92 Wet inkomstenbelasting 2001. De in artt. 3.91 en 3.92 Wet inkomstenbelasting opgenomen terbeschikkingsregelingen zijn bedoeld om boxdrainage te voorkomen. Zie voor een uitvoerig commentaar op deze regelingen: Stevens, 2001, p. 685-688 en zijn kritiek op de wetgever vanwege het ontbreken van een generieke regeling en de grammaticale en systematisch slordige verwoording. Nogal opmerkelijk is dat het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen aan de eigen onderneming vanuit privé geen heffing in box 3 tot gevolg heeft, terwijl het ter beschikking stellen aan de onderneming van een verbonden persoon of aan de eigen B.V. wel dit gevolg heeft. Kenmerkende elementen van de terbeschikkingsregelingen zijn: a. er moet sprake zijn van het rendabel maken van vermogensbestanddelen. b. Er moet sprake zijn van het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen. Een vraag hierbij is of ook na overdracht van ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen aan een niet verbonden persoon, voor de toepassing van art. 3.91, lid 2 Wet inkomstenbelasting 2001 nog sprake blijft van de terbeschikkingstelling van een vermogensbestanddeel die een werkzaamheid vormt. Een zuiver grammaticale interpretatie van art. 3.91, lid 2 leidt tot de conclusie dat zulks het geval is. Art. 3.91 spreekt namelijk over het aangaan, sluiten, vestigen, overeenkomen en verkrijgen, hetgeen op eenmalige gebeurtenissen duidt die nadien niet meer zouden zijn te veranderen. Een dergelijk standpunt kan van belang zijn indien door een *settlor* een door hem aan een verbonden persoon ter beschikking gesteld vermogensbestanddeel vanwege de totstandkoming van een *trust* aan een *trustee* wordt overgedragen. c. de terbeschikkingstelling kan zijn rechtens dan wel in feite, direct of indirect zijn. Wil geen sprake zijn van een indirecte terbeschikkingstelling dan dienen er twee geheel verschillende economische relaties te bestaan, waarbij de derde een eigen economisch belang heeft, een voorwaarde die in het geval van een *fixed trust* relevant kan zijn.

2.4 De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting nadat een *fixed trust* is ontstaan
2.4.5.2.1 De *fixed trust* en de te onderscheiden bronnen van inkomen

bedoeld. Hieraan ligt de (nogal gekunstelde) gedachte ten grondslag dat hetgeen via de terbeschikkingstelling van vermogensbestanddelen aan de winst van een onderneming (dan wel aan de winst van een aanmerkelijkbelangvennootschap, zie hierna) wordt onttrokken of onthouden, als resultaat uit overige werkzaamheid progressief in de box “*voor woning en werk*” dient te worden belast (antiboxdrainagebepaling). De wetgever wilde aldus voorkomen dat belastingplichtigen constructies zouden kunnen opzetten waarbij oneigenlijk gebruik zou kunnen worden gemaakt van de eenvoud van box 3, zoals het creëren van grote aftrekkosten in box 1 of een B.V. en het forfaitair belasten van de baten op basis van de waarde van het onderliggende vermogensbestanddeel¹²⁷⁵. Een groot bezwaar tegen de thans geldende terbeschikkingstellingsregelingen in artt. 3.91 en 3.92 Wet inkomstenbelasting 2001 is naar mijn mening, dat aan de anti-misbruikregelingen de veronderstelling ten grondslag ligt dat bij het ontbreken van de regelingen *a priori* misbruik wordt verondersteld en dat in een tegenbewijsregeling niet is voorzien, hetgeen met name in internationale verhoudingen als een gemis moet worden beschouwd.

- De binnenlandse *beneficiary* die resultaat uit overige werkzaamheden geniet

Ten aanzien van een binnenlandse *beneficiary* is het van belang na te gaan wat de fiscale positie is, indien de *beneficiary* vanwege het ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen als bedoeld in art. 3.91 en 3.92 Wet inkomstenbelasting 2001 gerechtigd is tot:

- a. zowel de waardemutaties van de in *fixed trust*verband gehouden en ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen, alsook het rendement daarvan,
- b. uitsluitend de waardemutaties van de in *fixed trust*verband gehouden en ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen,
- c. uitsluitend het rendement behaalt met de in *fixed trust*verband gehouden en ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen.

¹²⁷⁵ Dit verschijnsel wordt ook wel aangeduid als belastingarbitrage. Zie hierover: R.E.C.M. Niessen, “De terbeschikkingstellingsregeling in de inkomstenbelasting”, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, no. 226, Kluwer, Deventer, 2005, p. 9-10.

- De binnenlandse beneficiary is (deels) gerechtigd tot de in fixed trustverband gehouden en ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen én de opbrengsten daarvan

Wil ten aanzien van een binnenlandse beneficiary, die gerechtigd is tot de door een fixed trust gehouden vermogensbestanddelen én de opbrengsten daarvan, sprake zijn van een belastbaar resultaat uit een overige werkzaamheid ex art. 3.90 Wet inkomstenbelasting 2001, dan dienen de vermogensbestanddelen als bedoeld in art. 3.91 en 3.92 Wet inkomstenbelasting 2001 rendabel te worden gemaakt vanwege een terbeschikkingstelling. De vraag die zich daarbij voordoet is of het van belang is wié de vermogensbestanddelen ter beschikking stelt, dan wel dat het voldoende is om vast te stellen dát er vermogensbestanddelen ter beschikking worden gesteld. Met andere woorden, is ten aanzien van een beneficiary van een terbeschikkingstelling sprake indien de beneficiary weliswaar tot de waardemutaties van het vermogensbestanddeel en de opbrengsten daaruit is gerechtigd, maar het besluit om de vermogensbestanddelen ter beschikking te stellen niet door hem maar (ooit) door de settlor of de trustee is genomen? Indien men er van uitgaat dat de kern van de regeling is dat de resultaatgenieter het ter beschikking gestelde vermogensbestanddeel bezit en het genot daarvan aan een ander afstaat¹²⁷⁶, dan kan de beneficiary niet als een resultaatgenieter worden aangemerkt. Hij bezit het vermogensbestanddeel namelijk niet en is evenmin beschikkingsbevoegd ten aanzien van het vermogensbestanddeel. Derhalve kan hij geen macht over het vermogensbestanddeel uitoefenen, zodat hij een ander niet het genot van een vermogensbestanddeel kan verschaffen. Echter, uit de wettelijke regeling moet naar mijn mening worden afgeleid dat niet van belang is wié het vermogensbestanddeel ter beschikking stelt, maar dát er een vermogensbestanddeel ter beschikking is gesteld, waarna het relevant is vast te stellen bij wie het economisch belang bij het vermogensbestanddeel berust. Art. 2.3 Wet inkomstenbelasting 2001 bepaalt immers dat inkomstenbelasting wordt geheven over het door de belastingplichtige in het kalenderjaar genoten inkomen uit werk en woning, waartoe ingevolge het bepaalde in art. 3.1 lid 2, sub c het belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden behoort, waarbij art. 3.91 en 3.92 bepalen wat mede onder werkzaamheid moet worden verstaan. Nergens blijkt uit de wettekst dat de belastingplichtige die belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden geniet tevens degene moet zijn die het vermogensbestanddeel ter beschikking heeft gesteld. De conclusie moet naar mijn mening dan ook zijn, dat indien een binnenlandse beneficiary tot de waardemutaties van een ter beschikking gestelde vermogensbestanddeel en tevens tot de opbrengsten daarvan is gerechtigd, hij als resultaatgenieter dient te worden aangemerkt zodat hij voor de geregelde opbrengsten en eventuele

¹²⁷⁶ Zie Niessen, 2005, p. 16.

2.4 De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting nadat een *fixed trust* is ontstaan
2.4.5.2.1 De *fixed trust* en de te onderscheiden bronnen van inkomen

boekwinsten bij beëindiging van de terbeschikkingstelling progressief wordt belast, mits degene aan wie ter beschikking wordt gesteld voor hem als een verbonden persoon geldt¹²⁷⁷. Het gevolg daarvan is bv. dat een *beneficiary* die zich metterwoon in Nederland vestigt, het vermogensbestanddeel op zijn resultaatopeningsbalans moet activeren tegen de waarde in het economisch verkeer en dat hij bij remigratie zal moeten afrekenen over de dan geldende meerwaarde.

- De binnenlandse *beneficiary* is uitsluitend gerechtigd tot de waardemutaties van de in *fixed trust*verband gehouden en ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen en niet tot de opbrengsten daarvan

In het geval dat een binnenlandse *beneficiary* uitsluitend gerechtigd is tot de waardemutaties van de in *fixed trust*verband gehouden vermogensbestanddelen welke ter beschikking worden gesteld, dan hebben de terbeschikkingstellingsregelingen tot gevolg dat de *beneficiary* progressief wordt belast voor de winst bij verkoop van het vermogensbestanddeel dan wel de boekwinst bij beëindiging van de terbeschikkingstelling. Het laatste betekent o.a. dat bij emigratie over het verschil tussen de waarde in het economisch verkeer en de boekwaarde moet worden afgerekend, ook al wordt feitelijk niets gerealiseerd. Indien de fiscale positie van een binnenlandse *beneficiary* - die resultaatgenieter is vanwege gerealiseerde (ongerealiseerde) (boek)winst - wordt vergeleken met die van een *beneficiary* die winst uit onderneming geniet omdat hij, anders dan als ondernemer of als aandeelhouder, winst geniet als medegerechtigde tot het vermogen van de onderneming, dan blijkt dat beiden voor hun inkomen progressief worden belast. Een parallel die echter - zoals hierna zal blijken - niet geldt indien een *beneficiary* uitsluitend gerechtigd is tot de opbrengsten van de via een *fixed trust* ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen en niet tot de waardemutaties ervan.

- De binnenlandse *beneficiary* is uitsluitend (deels) gerechtigd tot de opbrengsten van de in *fixed trust*verband gehouden en ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen en niet tot de waardemutaties daarvan

Indien een binnenlandse *beneficiary* wel gerechtigd is tot de opbrengsten van door de in *fixed trust*verband gehouden en ter beschikking gestelde

¹²⁷⁷ Dit kan naar mijn mening tot gevolg hebben dat een door de *settlor* ter beschikking gesteld vermogensbestanddeel niet onder de terbeschikkingstellingsregeling valt omdat de persoon aan wie ter beschikking wordt gesteld niet met hem verbonden is, terwijl bij overdracht aan de *trustee* ten behoeve van de *beneficiary* wél een belaste terbeschikkingstelling ontstaat omdat de *beneficiary* wel een met de gebruiker verbonden persoon is. Een omgekeerde situatie is uiteraard ook denkbaar.

vermogensbestanddelen, doch niet tot de vermogensmutaties daarvan, dan zal de *beneficiary* voor de inkomsten als resultaatgenieter progressief worden belast. Hij geniet immers belastbaar inkomen uit overige werkzaamheden, zijnde het rendabel maken van vermogensbestanddelen door het ter beschikking stellen als bedoeld in de artt. 3.91 en 3.92 Wet inkomstenbelasting 2001. Opmerkelijk daarbij is dat de *beneficiary* die als resultaatgenieter uitsluitend tot (gedeeltelijk) de opbrengsten van de ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen gerechtigd is wél progressief wordt belast voor de inkomsten uit de ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen, doch de binnenlandse *beneficiary* die uitsluitend gerechtigd is tot (gedeeltelijk) de winst behaald door een in *fixed trust*verband gehouden onderneming niet progressief wordt belast. De laatste geniet immers geen winst uit onderneming omdat hij niet kan worden aangemerkt als een ondernemer. Ook hieruit blijkt dat de regeling inzake het ter beschikking stellen van vermogen niet voldoende evenwichtig is en onvoldoende doordacht.

3 Periodieke uitkeringen en vertrekkingen

Een binnenlandse of buitenlandse *settlor* kan bij het tot stand brengen van een *fixed trust* bepalen dat door hem bij de totstandkoming van de *trust* aangewezen *beneficiaries* een recht krijgen op de opbrengsten van (een deel van) het *trust*vermogen. De vraag die zich hierbij voordoet is of deze door *beneficiaries* in rechte vorderbare opbrengsten van het *trust*vermogen voor hen periodieke uitkeringen¹²⁷⁸ vormen, al dan niet onder voorwaarde(n) en/of tijdsbepaling, dan wel dat sprake is van een door hen verkregen vermogensrecht, zodat de verkregen *trust*opbrengsten rechtstreeks door de *beneficiaries* worden genoten. Dit onderscheid is van belang voor de vaststelling van de box waarbinnen de genoten opbrengst dient te worden belast. Zo dienen inkomsten uit een *trust* die als periodieke inkomsten dienen te worden aangemerkt en voor de totstandkoming waarvan geen

¹²⁷⁸ Art. 3.100 Wet inkomstenbelasting 2001 spreekt van periodieke uitkeringen en verstrekkingen, waarbij het woord verstrekking betrekking heeft op een uitkering anders dan in de vorm van geld, waaronder diensten. Of periodieke kwijtscheldingen onder het begrip periodieke uitkering of verstrekking moeten worden verstaan is onzeker. Uit HR 7 februari 1962, nr. 14 706, *BNB* 1962/105 met noot van *Van Soest* blijkt dat periodieke kwijtscheldingen daartoe niet behoren, zij het dat uit HR 7 oktober 2005, nr. 39 687, *BNB* 2006/5 met noot van *Zwemmer* het tegendeel zou kunnen worden geconcludeerd. Zie : *Cursus Belastingrecht*, L.W. Sillevius/M.L.M. van Kempen, “*Inkomstenbelasting*”, 2008, onder 3.5.1.C.c.c. Korthedshalve hanteer ik uitsluitend het woord periodieke uitkering, waaronder tevens moet worden begrepen de periodieke verstrekking (zie: HR 13 juni 1962, nr. 14 801, *BNB* 1963/36).

2.4 De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting nadat een *fixed trust* is ontstaan
2.4.5.2.1 De *fixed trust* en de te onderscheiden bronnen van inkomen

prestatie is geleverd, progressief in box 1 te worden belast, terwijl inkomsten uit een *trust*vermogen welke als periodieke uitkeringen dienen te worden aangemerkt en waarvoor wél een prestatie is geleverd, in box 3 dienen te worden belast, hetgeen ook geldt voor inkomsten uit een *trust*vermogen die geacht moeten worden rechtstreeks door de *beneficiary* te zijn genoten en welke als belastbaar inkomen uit sparen en beleggen als bedoeld in artt. 5.1 en 5.2 Wet inkomstenbelasting 2001 kwalificeren.

Uit de hiervoor besproken jurisprudentie betreffende de aard van de inkomsten uit een *trust*vermogen¹²⁷⁹ blijkt dat ten aanzien van dezelfde inkomsten uit een *trust*vermogen meerdere standpunten kunnen worden ingenomen. Zo kunnen partijen van mening zijn dat het recht op de *trust*opbrengsten als een recht op periodieke uitkeringen moet worden aangemerkt, hetgeen het standpunt van partijen was alsook de mening van het Hof in de uitspraken van het Hof 's Gravenhage , MK II, 12 december 2002, nr. 00/0420 en Hof 's Gravenhage , MK II, 12 december 2002, nr. 00/1738. Daarentegen kan het recht op de *trust*opbrengsten naar aard en karakter zo zeer gelijken op inkomsten die zonder “tussenschuiving” van een *trust* worden ontvangen, dat de *beneficiary* geacht moet worden rechtstreeks belang te hebben bij de inkomsten uit vermogen, waarbij het niet van belang is dat de desbetreffende inkomsten niet onmiddellijk na ontvangst door de *trust* worden doorbetaald, doch periodiek. Een standpunt dat door Hof Arnhem, 8 juli 2005, nr. 03/2416 werd ingenomen. Ook de Advocaat-Generaal *Overgaauw* is in zijn conclusie bij het arrest HR 26 oktober 2007, nr. 42 537, *BNB* 2008/122c van mening dat indien de *trust*akte bepaalt dat de gehele (netto)opbrengst aan de *beneficiary* dient te worden uitgekeerd, het doelvermogen niet kan zijn gebaat. De *trust* is dan slechts “doorgeefluik”. De *beneficiary* is de rechtstreeks rechthebbende op de inkomsten. Voor de vraag of de *trust* als entiteit de inkomsten zelf geniet, of dat de *beneficiary* geacht moet worden de inkomsten uit het *trust*vermogen rechtstreeks te genieten, zijn de feitelijke omstandigheden doorslaggevend en niet de civielrechtelijke situatie. Het is derhalve van belang - teneinde te kunnen bepalen wat de aard van de inkomsten uit het *trust*vermogen is - eerst vast te stellen wat de feitelijke en *trust*rechtelijke omstandigheden zijn. Wil sprake zijn van een verkregen recht op periodieke uitkeringen dan zal op basis van feitelijke omstandigheden moeten vast staan dat er sprake is van:

¹²⁷⁹ Zie Deel 3, 3.2.1 “Inleiding”.

a. een in rechte vorderbaar recht¹²⁸⁰ op een reeks periodiek vervallende uitkeringen, waarbij het onzeker is welk bedrag totaal zal worden uitgekeerd. Daarmee onderscheidt het stamrecht zich van het recht op een kapitaalsom welke in termijnen wordt uitgekeerd.

b. een recht waaruit redelijkerwijs bezien meer dan één uitkering kan voortvloeien, die niet alle even groot behoeven te zijn, noch elkaar met dezelfde tussenpozen behoeven op te volgen¹²⁸¹. Er moet dus sprake zijn van periodiciteit, dat wil zeggen: een reeks van uitkeringen, zij het dat ook het achteraf in één keer betalen van een aantal termijnen van een uitkering die als voortzetting van een reeks zijn toegerekend daaronder is te begrijpen¹²⁸².

c. een onzekerheid ten aanzien van het tot uitkering komen van elke termijn, met als gevolg dat bij aanvang der uitkeringen niet vast staat hoeveel in totaal zal worden uitgekeerd. Met andere woorden: elke uitkering moet op zichzelf afhankelijk zijn van een toekomstige onzekere gebeurtenis, bv. het overlijden van een *beneficiary*. De kans dat de vervulling van de onzekere factor het in totaal verschuldigde bedrag zal beïnvloeden mag niet praktisch verwaarloosbaar klein zijn.

De onzekerheid kan betrekking hebben op de duur van de uitkeringen of op de omvang van de uitkeringen, zoals bv. winstaandelen. Staat van tevoren vast dat een bepaald bedrag in elk geval wordt ontvangen dan is geen sprake van periodieke uitkeringen.

¹²⁸⁰ Indien de termijnen niet rechtens afdwingbaar zijn van de schuldenaar, is geen sprake van een vermogensrecht en zijn de uitkeringen onbelast. Niet in rechte vorderbare periodieke uitkeringen zijn ingevolge art. 3.101, lid 1 sub d Wet inkomstenbelasting 2001 overigens wel belast indien zij worden ontvangen van een rechtspersoon. Dit betekent dat niet in rechte vorderbare periodieke uitkeringen die van een *trust* worden ontvangen niet in box 1 kunnen worden belast omdat de *trust* – beoordeeld naar Nederlands privaatrecht – geen rechtspersoon vormt. Omdat juridisch niet afdwingbare periodieke uitkeringen geen vermogensrecht vormen zal evenmin sprake kunnen zijn van een overig vermogensrecht als bedoeld in art. 5.3 lid 2 sub f Wet inkomstenbelasting 2001. In het geval dat een binnenlandse belastingplichtige slechts een blote verwachting heeft ten aanzien van (de opbrengst van) een *trust*goed beschikt hij namelijk niet over een bezitting.

¹²⁸¹ Echter, wil sprake zijn van een lijfrente ex art. 7. lid 1 sub a Wet inkomstenbelasting 2001 dan dienen de termijnen wel vast en gelijkmatig te zijn, terwijl tevens het bedrag der termijnen reeds bij het tot stand komen van de aanspraak te zijn vastgesteld.

¹²⁸² Zie HR 25 februari 1981, nr. 20 371, *BNB* 1981/93, HR 23 juni 1982, nr. 21 188, *BNB* 1983/32 met noot van *Van Dijck* en HR 22 juni 1983, nr. 21 661, *BNB* 1983/239 met noot van *Van Dijck*.

2.4 De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting nadat een *fixed trust* is ontstaan
2.4.5.2.1 De *fixed trust* en de te onderscheiden bronnen van inkomen

d. een onzekerheid bezien vanuit de schuldenaar, welke onzekerheid beoordeeld moet worden op het moment waarop het recht op de uitkeringen ontstaat en niet op het moment van het sluiten van de overeenkomst.

e. een mate van onzekerheid die voor de reeks als geheel¹²⁸³ wezenlijke betekenis heeft¹²⁸⁴. Indien de onzekere factor voor de betalingsverplichting verwaarloosbaar klein is, is sprake van het aflossen van een hoofdsom in termijnen.

Wil een periodieke uitkering die uit een stamrecht voortvloeit in box 1 belastbaar zijn, dan dient de periodieke en niet als winst uit onderneming aan te merken uitkering in rechte vorderbaar te zijn en niet de tegenwaarde voor een prestatie te vormen¹²⁸⁵, tenzij de uitkeringen of verstrekkingen worden ontvangen van bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of in de tweede graad van de zijlijn¹²⁸⁶.

Vormt een periodieke uitkering wel een onderdeel van een complex van rechten en verplichtingen die bij voortdurende tegenover elkaar staan, dan is zulk een periodieke uitkering niet belast in box 1 maar in box 3 gesaldeerd met verplichtingen uit het complex. Hiervan is bv. sprake indien de verplichting tot het doen van periodieke uitkeringen als last is verbonden aan een gift of een legaat of indien het stamrecht is verkregen als opbrengst van een bron. Voor het bestaan van een recht op periodieke uitkeringen is echter cruciaal dat er sprake is van een schuldenaar. In het kader van een *trust* wil dit zeggen dat er een (rechts)persoon dient te zijn die zich rechtens verplicht weet periodiek de inkomsten uit het *trust*vermogen uit te keren aan de daartoe gerechtigde *beneficiary*. Dit betekent dat wil een door de *settlor* van een *fixed trust* aan een *beneficiary* toegekend recht op inkomsten uit het *trust*vermogen als een recht

¹²⁸³ Zie: HR 2 oktober 1957, nr. 13 287, *BNB* 1957/291, HR 10 september 1975, nr. 17 634, *BNB* 1976/38 met noot van Van Dijck, HR 3 november 1982, nr. 21 492, *BNB* 1983/39 met noot van Van Dijck, HR 28 mei 1986, nr. 23 082 en nr. 23 266, *BNB* 1986/246 en 247 met noot van Van Dijck.

¹²⁸⁴ Zie: HR 10 april 1957, nr. 13 135, *BNB* 1957/177, HR 21 juni 1978, nr. 18 682, *BNB* 1978/227, HR 30 oktober 1991, nr. 27 215, *BNB* 1992/5 met een conclusie van Van Soest en een noot van Van Dijck.

¹²⁸⁵ Zie voor een uitvoerige uiteenzetting over het begrip “tegenwaarde voor een prestatie”: Boer/Freudenthal, 2003, paragraaf 7.5. Zie ook de aldaar in noot 59 opgenomen jurisprudentie: HR 17 maart 1954, nr. 11 703, *BNB* 1954/141 (met noot van Hofstra), Hof ’s-Hertogenbosch 26 januari 1973, nr. 410/1972, *BNB* 1973/228; Hof ’s-Hertogenbosch 18 juni 1976, nr. 654/1975, *BNB* 1977/220; Hof ’s-Gravenhage 8 juni 1979, nr. 15/1977, *BNB* 1979/301; HR 3 november 1982, nr. 21 492, *BNB* 1983/39 (met noot van Van Dijck). Zie ook HR 26 oktober 2007, nr. 42 537, *BNB* 2008/122c.

¹²⁸⁶ Zie: art. 3.101, lid 1 sub c Wet inkomstenbelasting 2001.

op periodieke uitkeringen kwalificeren, er sprake moet zijn van een persoon welke de periodieke uitkeringen verschuldigd is, de schuldenaar, zijnde een natuurlijk persoon dan wel een rechtspersoon. Om redenen die reeds zijn vermeld, ben ik van mening dat indien het begrip schuldenaar in juridische zin wordt opgevat de *trustee* als schuldenaar dient te worden aangemerkt¹²⁸⁷. Het gevolg hiervan is dat indien *beneficiaries* vanwege een tot stand gekomen *fixed trust* tot periodieke uitkeringen zijn gerechtigd, het verkregen recht als box-3 inkomen wordt belast, omdat ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad de verkregen periodieke uitkeringen geacht moeten worden de tegenwaarde voor een prestatie te vormen. Worden dezelfde rechten op periodieke uitkeringen echter aan de gerechtigden toegekend niet via een *fixed trust*verband, zodat van een tegenwaarde voor een prestatie geen sprake is, dan vormt het recht op de periodieke uitkeringen progressief te belasten inkomen, tenzij de uitkeringen of verstrekkingen worden ontvangen van bloed- en aanverwanten in de rechte lijn of de in de tweede graad van de zijlijn. Daaruit blijkt dat het tot stand brengen van een *fixed trust* wel degelijk zelfstandige gevolgen voor de kwalificatie van het inkomen heeft.

4 Tot het vermogen van een *fixed trust* behoort een aanmerkelijk belang

Het vermogen van een *fixed trust* kan vermogensbestanddelen omvatten die als een aanmerkelijk belang kwalificeren als bedoeld in art. 4.6 Wet inkomstenbelasting 2001.

De *trust* kan deze vermogensbestanddelen hebben verkregen vanwege het feit dat:

a) een binnenlandse of buitenlandse *settlor* bij leven door middel van een schenking, dan wel bij overlijden via een testament, een *fixed trust* tot stand brengt en daarbij de *legal title* bij het door hem gehouden aanmerkelijk belang aan een *trustee* overdraagt¹²⁸⁸ en aan de door hem bij de totstandkoming van

¹²⁸⁷ Zie in dit verband ook Deel 3, hoofdstuk 3.2.3.2.1. “*Freudenthal*”.

¹²⁸⁸ Deze overdracht vormt een vervreemding van het aanmerkelijk belang in de zin van art. 4.12, onderdeel b van de Wet inkomstenbelasting 2001 (zie HR 10 februari 1960, nr. 14 178, *BNB* 1960/123) zodat op grond van art. 4.22 lid 1 Wet op de inkomstenbelasting 2001 een correctie plaats moet vinden naar de waarde in het economisch verkeer die ten tijde van de vervreemding aan de aandelen is toe te kennen teneinde de te belasten vervreemdingswinst te kunnen vaststellen. *Boer* signaleert dienaangaande dat het onder *trust*verband stellen van vermogen een eenzijdige rechtshandeling van de zijde van de *settlor* is en derhalve geen overeenkomst als bedoeld in art. 4.22 lid 1 inhoudt, zodat bij strikte lezing van de wettekst geen correctie naar de waarde in het economisch verkeer kan plaatsvinden, in het geval een te hoge of te lage tegenprestatie is bedongen. Een knelpunt dat zou ontstaan, doordat

2.4 De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting nadat een *fixed trust* is ontstaan
2.4.5.2.1 De *fixed trust* en de te onderscheiden bronnen van inkomen

de *trust* aangewezen *beneficiaries* de *beneficial interest* en *beneficial title* van het aanmerkelijk belang, dan wel

b) een *trustee* van een reeds bestaande *fixed trust* besluit om *trust*vermogen aan te wenden voor de aankoop van vermogensbestanddelen die als een aanmerkelijk belang kwalificeren, dan wel het reeds door de *trust* gehouden belang zodanig uit te breiden, dat daardoor een aanmerkelijk belang ontstaat¹²⁸⁹.

Omvat een *fixed trust* vermogensbestanddelen die als een aanmerkelijk belang kwalificeren, dan doet de vraag zich voor wie geacht moet worden het aanmerkelijk belang in de zin van art. 4.6 Wet inkomstenbelasting te bezitten: de *trustee* of de *beneficiaries*, waarbij wordt verondersteld dat de *settlor* het *trust*vermogen op een zodanige wijze onder *trust*verband heeft gebracht dat van een toerekening van het vermogen aan hemzelf geen sprake kan zijn.

Wie zijn de houders van een tot een fixed trust behorend aanmerkelijk belang?

De *trustee* houdt slechts de *legal title* van het *trust*vermogen, hetgeen betekent dat hij als *legal owner* naar *common law* de juridische macht met betrekking tot het *trust*vermogen houdt, welke macht hij uitsluitend ten behoeve van het economisch belang van de *beneficiaries* moet aanwenden. Dientengevolge is hij in formele zin aan te merken als houder van de vermogensbestanddelen die een

de tekst van de wet onvoldoende rekening houdt met het karakter van de *trust*instelling als eenzijdige rechtshandeling. (zie Boer, 2011, 9.3.1. onder “*Aanmerkelijkbelangaandelen*”). Ik ben van mening dat een grammaticale interpretatie van dit artikel leert dat een waardecorrectie dient tegeschieden: 1) indien bij een vervreemding of een verkrijging een tegenprestatie ontbreekt, 2) indien bij een vervreemding of verkrijging een tegenprestatie is bedongen bij een niet onder normale omstandigheden gesloten overeenkomst. Alleen in het tweede geval doet zich dan het door Boer geschetste knelpunt voor. *Trusts* komen echter (vrijwel) altijd om niet tot stand, zodat een tegenprestatie ontbreekt en daarmee het gesignaleerde knelpunt zich niet voordoet. Vervolgens vraagt Boer zich af of de “*declaration of trust*” wel als een vervreemding van aanmerkelijkbelangaandelen kan worden aangemerkt omdat de aandelen – in strikt juridische zin – niet naar het vermogen van een ander overgaan. Ik ben met Boer van mening dat art. 4.16 lid 1, onderdeel g Wet inkomstenbelasting 2001 hier uitkomst biedt.

¹²⁸⁹ Het is overigens ook denkbaar dat de *trustee* besluit om tot een aanmerkelijk belang behorende vermogensbestanddelen van de *trust* te verkopen, tengevolge waarvan het bezit onder 5%-grens daalt en een zgn. aflopend aanmerkelijk belang ontstaat, hetgeen tot gevolg heeft dat niet alleen over de verkochte vermogensbestanddelen dient te worden afgerekend, maar ook op grond van art. 4.16, lid 1 sub g Wet inkomstenbelasting 2001 over al het andere onder het aanmerkelijk belang vallende bezit. Het verlies van de status van aanmerkelijk belang wordt namelijk als een fictieve vervreemding aangemerkt. Omdat het dientengevolge moeten afrekenen bezwaarlijk kan zijn, biedt art. 4.40 Wet inkomstenbelasting 2001 de mogelijkheid om op verzoek het voordeel bij de vervreemding vanwege het niet langer aanwezig zijn van een aanmerkelijk belang niet in aanmerking te nemen.

aanmerkelijk belang vormen¹²⁹⁰. Voor het begrip aanmerkelijkbelanghouder is echter alleen het (economisch) belang van betekenis en niet de zeggenschap¹²⁹¹. Uit de wetsgeschiedenis van de oude aanmerkelijkbelangregeling en de jurisprudentie is namelijk af te leiden dat het economisch belang bij het bezit van de aandelen doorslaggevend is. Zo besliste de Hoge Raad in HR 30 juni 1999, *BNB 1999/301* dat voor het antwoord op de vraag of belanghebbende als houder van een aanmerkelijk belang in de zin van art. 39, lid 3 Wet op de inkomstenbelasting 1964 moest worden aangemerkt, het van belang is of de belanghebbende het economisch belang bij de aandelen had. Dat het aandeelhouderschap economisch benaderd dient te worden, blijkt ook uit feit dat ook koopopties tot verwerving van ten minste 5% van het geplaatste kapitaal expliciet tot een aanmerkelijk belang worden gerekend (zie art. 4.6 sub b Wet inkomstenbelasting 2001), evenals winstbewijzen die betrekking hebben op ten minste 5% van de jaarwinst van een vennootschap, dan wel op ten minste 5% van wat bij liquidatie wordt uitgekeerd (zie art. 4.6 sub c Wet inkomstenbelasting 2001). Omdat uitsluitend *beneficiaries* het economisch belang van het door een *fixed trust* gehouden aanmerkelijk belang bezitten, zijn zij degenen die als onmiddellijk aandeelhouder¹²⁹² dienen te worden aangemerkt.

De opbrengsten uit en de waardeveranderingen van het door de *trust* gehouden aanmerkelijk belang gaan namelijk uitsluitend hen aan. De conclusie dient derhalve te zijn dat de *trustee* niet als de houder van het aanmerkelijk belang kan worden aangemerkt, doch dat uitsluitend de *beneficiaries* daarvoor kwalificeren, mits het economisch belang, bv. in de vorm van bloot eigendom,

¹²⁹⁰ Hoewel het aanmerkelijk belang primair betrekking heeft op aandelen in en winstbewijzen van een vennootschap, is de regeling daar niet toe beperkt. Ook vermogensbestanddelen die daarmee gelijkens vertonen behoren er toe, zoals genotsrechten op aandelen en winstbewijzen (zie art. 4.3), koopopties op aandelen en winstbewijzen (zie art. 4.4), bewijzen van deelgerechtigdheid in een fonds voor gemene rekening (zie art. 4.) en lidmaatschapsrechten in een coöperatie of vereniging op coöperatieve grondslag (art. 4.5a Wet inkomstenbelasting 2001).

¹²⁹¹ Zie A.C. Rijkers/J.E.A.M. van Dijk, “*De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*”, *FED fiscale brochures*, 7^e druk 2000, Deventer, p. 59–61. Zij wijzen erop dat in de parlementaire geschiedenis van de huidige aanmerkelijk belangregeling nauwelijks aandacht is besteed aan de vraag of de economische dan wel de juridische dimensie van het aandelenbezit doorslaggevend is.

¹²⁹² In de betekenis van houder van aandelen, winstbewijzen, genotsrechten op aandelen en winstbewijzen, koopopties op aandelen en winstbewijzen, bewijzen van deelgerechtigdheid in een fonds voor gemene rekening en lidmaatschapsrechten in een coöperatie of vereniging op coöperatieve grondslag.

2.4 De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting nadat een *fixed trust* is ontstaan
2.4.5.2.1 De *fixed trust* en de te onderscheiden bronnen van inkomen

van vruchtgebruik¹²⁹³, een al dan niet tijdelijk genotsrecht¹²⁹⁴ van zodanige omvang is dat wordt voldaan aan de kwantitatieve bezitsei. Het gevolg hiervan kan overigens zijn dat bv. een aandeel, voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van aanmerkelijk belang, twee maal in aanmerking wordt genomen. Eenmaal bij de bloot eigenaar en andermaal bij de genotsgerechtigde, zij het telkens voor een andere waarde.

Wat zijn voor binnenlandse beneficiaries de Nederlandse fiscale gevolgen van het houden van een aanmerkelijk belang?

De volgende vraag die zich voordoet is, wat de gevolgen zijn voor de heffing van Nederlandse inkomstenbelasting zijn indien de *fixed trust* een aanmerkelijk belang in een binnenlandse of buitenlandse vennootschap houdt en binnenlandse *beneficiaries*¹²⁹⁵ reguliere voordelen als bedoeld in Afdeling 4.5. dan wel vervreemdingsvoordelen als bedoeld in Afdeling 4.6 Wet inkomstenbelasting 2001 hieruit genieten, waarbij ingevolge het bepaalde in art. 4.43 reguliere voordelen geacht worden te zijn genoten op het tijdstip waarop ze zijn ontvangen; zijn verrekend; ter beschikking zijn gesteld; rente dragend zijn geworden of vorderbaar en inbaar zijn geworden, terwijl vervreemdingsvoordelen ingevolge het bepaalde in art. 4.46 Wet inkomstenbelasting 2001 geacht worden te zijn genoten op het tijdstip van de vervreemding. Omdat de *fixed trust* naar mijn mening geen entiteit vormt, dienen de door de *trust* gerealiseerde resultaten behaald vanwege een aanmerkelijk belang in beginsel als door de binnenlandse *beneficiaries* rechtstreeks genoten reguliere inkomsten/verliezen en/of vervreemdingswinsten/verliezen uit aanmerkelijk belang te worden aangemerkt. Met als gevolg voor hen dat de resultaten tot het in box 2 te belasten inkomen dienen te worden gerekend, mits de omvang van de *beneficial rights* van elke *beneficiary* afzonderlijk zodanig is dat zijn belang¹²⁹⁶ als een aanmerkelijk belang

¹²⁹³ Onder de ab-regeling van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 gold nog dat het vruchtgebruik niet onder het aanmerkelijk belang viel (zie HR 21 december 1966, nr. 15 635, BNB 1967/69 en HR 25 februari 1976, nr. 17 869, BNB 1976/131).

¹²⁹⁴ Art. 4.3 Wet inkomstenbelasting bepaalt dat met een aandeelhouder gelijk wordt gesteld degene die slechts gerechtigd is tot voordelen uit aandelen en wordt zijn gerechtigdheid aangemerkt als aandeel en dat met de houder van winstbewijzen gelijk wordt gesteld degene die slechts gerechtigd is tot voordelen uit winstbewijzen en wordt zijn gerechtigdheid aangemerkt als winstbewijs.

¹²⁹⁵ Omwille van de noodzakelijke begrenzing van de vraagstelling wordt geen aandacht besteed aan de gevolgen voor een buitenlandse *beneficiary* die *beneficial rights* bezit betreffende aanmerkelijk belang aandelen in een in Nederland gevestigde vennootschap (zie art. 7.1 sub b Wet inkomstenbelasting 2001).

¹²⁹⁶ De omvang van het belang wordt mede bepaald door de in art. 10 Wet inkomstenbelasting

in de zin van art. 4.6 Wet inkomstenbelasting kwalificeert.

5 Het vermogen van de *fixed trust* omvat vermogensbestanddelen die tot box 3 behoren

Indien tot het vermogen van een als transparant aan te merken *fixed trust* vermogensbestanddelen behoren waarvan de waardemutaties en/of de opbrengsten daarvan niet in box 1 of box 2 worden belast¹²⁹⁷, dan worden de als voordeel uit sparen en beleggen aan te merken opbrengsten van deze vermogensbestanddelen bij de binnenlandse *beneficiary* ingevolge het bepaalde in art. 5.2 Wet inkomstenbelasting 2001 forfaitair belast¹²⁹⁸. Daarbij wordt het voordeel gesteld op een forfaitair rendement van 4% van het gemiddelde van de rendementsgrondslag aan het begin van het kalenderjaar (begindatum) en de rendementsgrondslag aan het einde van het kalenderjaar (einddatum), voorzover het gemiddelde meer bedraagt dan het heffingvrije vermogen. Daarbij maakt het in beginsel niet uit of de *beneficiary beneficial rights* met betrekking tot de vermogensbestanddelen, alsmede de opbrengsten daarvan heeft, of vanwege de *trust*bepalingen slechts gerechtigd is tot de vermogensbestanddelen als zodanig dan wel uitsluitend tot de opbrengsten daarvan. In alle gevallen zal de vermogensrendementsheffing van toepassing zijn. Hij is immers vanwege de hem toegekende *beneficial rights* rechtstreeks gerechtigd tot een bezitting als omschreven in art. 5.3 Wet inkomstenbelasting 2001¹²⁹⁹.

opgenomen meetrekregeling, welke inhoudt dat de tot het vermogen van de belastingplichtige behorende aandelen in of winstbewijzen van een vennootschap waarin hij geen, maar zijn *partner* of een van de bloed- of aanverwanten in de rechte lijn van de belastingplichtige of zijn *partner* wel een aanmerkelijk belang heeft, voor de belastingplichtige tot een aanmerkelijk belang behoren.

¹²⁹⁷ Zie voor de rangorderegeling art. 2.14 Wet inkomstenbelasting 2001.

¹²⁹⁸ Zie voor de kritiek dat de vermogensrendementsheffing voorbij gaat aan het risicoprofiel van de beleggingen en voorts geen onderscheid maakt naar eigen of vreemd vermogen: Stevens, 2001, p. 780-781.

¹²⁹⁹ Opmerkelijk is dat *Heithuis/Kavelaars/Schuver* belangen bij doelvermogens als voorbeeld noemen van rechten die niet op zaken betrekking hebben, terwijl zij tevens als voorbeeld van overige vermogensrechten *trust*rechten en *trust*vermogens noemen, waarbij zij opmerken dat de *trust*rechten en *trust*vermogens onder art. 5.3 lid 2 sub f Wet inkomstenbelasting 2001 kwalificeren omdat deze rechten/vermogens niet onder de eerder genoemde categorieën van art. 5.3 zouden vallen. Zie *Heithuis/Kavelaars/Schuver*, 2008, p. 556-562. Voorts valt naar mijn mening uit de tekst af te leiden dat zij - zonder overigens onderscheid te maken tussen de *fixed* en de *discretionary trust* - een *fixed trust* als niet transparant aanmerken, ondanks het feit dat *beneficiaries* bij de totstandkoming van een *fixed trust* rechtstreeks juridisch afdwingbare rechten verkrijgen. Uit het feit dat *Stevens* van mening is dat door het opnemen van de categorie "overige vermogensrechten" wordt voorkomen dat vermogen dat in een *trust* is

2.4 De gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting nadat een *fixed trust* is ontstaan
2.4.6 De *fixed trust* en *beneficial rights* onder opschortende tijdsbepaling en/of voorwaarde

Echter, willen de box 3 vermogensbestanddelen als zodanig aan de *beneficiaries* worden toegerekend, dan dienen de *beneficiaries* zodanige vermogensrechten te hebben verkregen dat zij ten aanzien van de box 3 vermogensbestanddelen als rechtstreeks economisch belanghebbenden kunnen worden aangemerkt. Voorts is nog van belang, dat voor de toepassing van de in afdeling 5.2 Wet inkomstenbelasting 2001 opgenomen algemene vrijstellingen onderscheid moet worden gemaakt tussen het krachtens *beneficial rights* gerechtigd zijn tot de volle (economische¹³⁰⁰) eigendom van de in deze afdeling genoemde zaken en het daarentegen slechts hebben van beperkte rechten tot diezelfde zaken. Zo geldt dat de vrijstelling voor binnenlandse en buitenlandse bos- en natuurterreinen¹³⁰¹ en voor onroerende zaken die deel uitmaken van een ingevolge de Natuurschoonwet 1928 aangewezen landgoed¹³⁰² slechts van toepassing is als de *beneficiary* de volle (economische) eigendom van de zaken bezit. Hetzelfde geldt voor voorwerpen van kunst en wetenschappen¹³⁰³. Vanwege de flexibiliteit die de *trust* ten aanzien van het toekennen van *beneficial rights* kent, zullen *beneficiaries* veelal geen als economisch aan te duiden eigendom van de box 3 goederen verkrijgen, zodat alsdan de genoemde vrijstellingen niet van toepassing zullen kunnen zijn.

2.4.6 De *fixed trust* en *beneficial rights* onder opschortende tijdsbepaling en/of voorwaarde

Een *settlor* kan bij het tot stand brengen van een *trust* niet alleen bepalen wie tot welke *beneficial rights* ten aanzien van de door hem onder *trust*verband gebrachte vermogensbestanddelen zijn gerechtigd, maar ook wanneer deze *beneficial rights* door de *beneficiaries* zullen worden genoten en/of voor hoe lang, zonder dat dit

ondergebracht buiten de grondslag van de forfaitaire rendementsheffing zou vallen, is af te leiden dat ook hij een *trust* als niet transparant beschouwd, zij het dat hij daarbij geen onderscheid maakt tussen de *fixed* en de *discretionary trust*. Zie Stevens, 2001, p. 789.

¹³⁰⁰ Ik ga er hierbij van uit dat het voor *beneficiaries* ontbreken van de *legal title* van de onder *trust*verband gebrachte zaken geen beletsel vormt.

¹³⁰¹ Art 17 Uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting 2001 bepaalt wat onder natuurterreinen als bedoeld in art. 5.7 Wet inkomstenbelasting 2001 dient te worden verstaan.

¹³⁰² Zie art. 5.7 Wet inkomstenbelasting 2001.

¹³⁰³ Uit onderdeel 3.1 van het Besluit van 31 oktober 2005, nr. 2005/1272, BNB 2005/385 blijkt dat van de volle (economisch) eigendom van het voorwerp alleen dan sprake is indien de *beneficiary* het volledige gebruiks- en genotsrecht heeft én het gehele belang bij de waardemutaties van het voorwerp. Eenzelfde standpunt wordt ingenomen in onderdeel 4.1 met betrekking tot groene beleggingen. De vrijstelling daarvoor geldt ook slechts indien het volledige gebruiks- en genotsrecht én het recht op de waardeveranderingen van het recht de binnenlandse *beneficiary* (economisch) volledig aangaan.

afbreuk doet aan de kwalificatie van de *trust* als zijnde een *fixed trust*. Van een discretionaire bevoegdheid van de *trustee* is immers geen sprake.

Zo kan een *settlor* van een *fixed trust* bepalen dat de door hem aangewezen *beneficiaries* pas *beneficial rights* betreffende (een gedeelte van) het *trust*vermogen en/of de opbrengsten daarvan verkrijgen nadat een bepaalde tijdsperiode is verstreken (opschortende tijdsbepaling¹³⁰⁴) of nadat aan een bepaalde voorwaarde is voldaan (opschortende voorwaarde¹³⁰⁵). Voor de binnenlandse *beneficiary* betekent dit dat zolang de gestelde termijn niet is verstreken of aan de gestelde voorwaarde niet is voldaan, hij geen *beneficial rights* betreffende het *trust*vermogen en/of de opbrengsten daarvan verkrijgt en dientengevolge ook geen opbrengsten van het *trust*vermogen kan genieten. Daarbij is het niet van belang uit welke inkomensbronnen het *trust*vermogen is samengesteld. Pas op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat, dan wel de gestelde termijn is verstreken, verkrijgt hij de *beneficial rights* en wordt door hem het voordeel genoten en in de belastingheffing betrokken. Dit betekent naar mijn mening echter niet dat de *beneficiary* tot dan toe in het geheel niet wordt belast. Hij heeft immers een recht op *beneficial rights* onder opschortende voorwaarde verkregen dan wel een recht op verkrijging van *beneficial rights* onder opschortende tijdsbepaling, welk recht naar mijn mening een bezitting vormt als bedoeld in art. 5.3 lid 2 sub f Wet inkomstenbelasting 2001 waaraan een waarde in het economisch verkeer kan worden toegekend, daarbij de kans inschattend dat de voorwaarde wordt vervuld c.q. de termijn wordt gerealiseerd. Met andere woorden: het verkregen voorwaardelijk recht/recht onder tijdsbepaling maakt onderdeel uit van de rendementsgrondslag waarover het forfaitair rendement wordt berekend. Met als gevolg dat de *beneficiary* belasting verschuldigd kan worden, zonder dat hij (ooit) daadwerkelijk inkomen geniet.

De *settlor* kan bij de totstandkoming van de *fixed trust* ook bepalen dat de door hem aangewezen *beneficiaries* onvoorwaardelijk *beneficial rights* met betrekking tot de vermogensbestanddelen van het *trust*vermogen als zodanig en haar waardemutaties verkrijgen, maar dat het recht op de opbrengsten uit deze vermogensbestanddelen pas ontstaat nadat een door de *settlor* gestelde voorwaarde is vervuld resp. de door de *settlor* gestelde termijn is verstreken. Zo zou een *settlor* bij de totstandkoming van een *trust* kunnen bepalen wie in welke mate *beneficial rights* met betrekking tot een tot het *trust*vermogen

¹³⁰⁴ De tijdsbepaling moet een toekomstige zekere gebeurtenis zijn, maar het hoeft niet zeker te zijn wanneer zij zal plaatsvinden (*certum an, incertum quando*).

¹³⁰⁵ Zolang de opschortende voorwaarde niet is gerealiseerd is er geen verbintenis, zij het dat er wel enig recht voor de *beneficiary* ontstaat. Een voorwaardelijke vordering kan worden gecedeerd, zij kan vererven en zij kan in geval van faillissement geldend worden gemaakt voor haar waarde op dat moment.

behorend aanmerkelijk belang heeft, maar tevens dat de *trustee* de gerealiseerde reguliere aanmerkelijkbelangvoordelen pas aan de *beneficiaries* ten goede kan doen komen nadat 1) een door de *settlor* bij de totstandkoming van de *fixed trust* gestelde opschortende voorwaarde is vervuld dan wel 2) een door de *settlor* bij de totstandkoming van de *fixed trust* gestelde tijdsbepaling is verstreken. Met andere woorden: door *beneficiaries* worden *beneficial rights* met betrekking tot de reguliere voordelen uit een aanmerkelijk belang onder opschortende voorwaarde dan wel tijdsbepaling verkregen, waaraan een waarde in het economisch verkeer kan worden toegekend, terwijl zij in economische zin onvoorwaardelijk tot het aanmerkelijk belang als zodanig zijn gerechtigd en derhalve eventuele vervreemdingsvoordelen wel direct genieten. Van enige discretionaire bevoegdheid van de *trustee* met betrekking tot de uitkering van reguliere voordelen aan de *beneficiaries* is echter geen sprake. Hij dient er vanwege de *trust*bepaling op toe te zien dat de *beneficiaries* hun regulier voordeel uit aanmerkelijk belang pas krijgen zodra de gestelde voorwaarde is vervuld dan wel de gestelde tijd is verstreken. Zolang de gestelde voorwaarde danwel de tijdsperiode niet is vervuld resp. verstreken, worden de wel gerealiseerde reguliere voordelen niet door de *beneficiaries* genoten. Zij ontvangen de voordelen namelijk niet, noch worden deze ten behoeve van hen verrekend dan wel aan hen ter beschikking gesteld. Vanwege het ontbreken van een vordering kan evenmin sprake zijn van het rentedragend worden of van het vorderbaar en inbaar zijn van een vordering.

Voor wat de inkomstenbelastingpositie van de *settlor* betreft, dient naar mijn mening een onderscheid te worden gemaakt tussen het onder opschortende tijdsbepaling resp. opschortende voorwaarde onder *fixed trust*verband brengen van het vermogen. Zoals hiervoor¹³⁰⁶ reeds bleek verkrijgen de *beneficiaries* bij het onder opschortende tijdsbepaling onder *trust*verband brengen van vermogen ingevolge het bepaalde in art. 3:85 lid 2 BW de bloot eigendom van het *trust*vermogen, terwijl de onmiddellijke overdracht van het vermogen gelijktijdig leidt tot de vestiging van een vruchtgebruik ten behoeve van de *settlor*. Het gevolg hiervan is dat de opbrengsten van het door de *trustee* gehouden *trust*vermogen tot aan het moment dat de gestelde termijn is verstreken rechtstreeks door de *settlor* worden genoten en deze daarvoor dient te worden belast. Verkrijgen de *beneficiaries* *beneficial rights* met betrekking tot het *trust*vermogen onder opschortende voorwaarde dan geldt ingevolge art. 1 lid 3 Succesiewet 1956 dat fiscaal – althans voor de heffing van de schenkbelasting – geen schenking, waaronder te begrijpen een gift, tot stand is gekomen. Indien moet worden aangenomen dat hetgeen voor de schenkbelasting geldt ook

¹³⁰⁶ Zie 2.2.2.2.1. “Eenmalige en periodieke uitkeringen onder opschortende voorwaarde”.

doorwerkt voor de heffing van de inkomstenbelasting dan is de *settlor* uit dien hoofde als *beneficial owner* te beschouwen. Indien zou gelden dat hetgeen voor de heffing van schenkbelasting geldt, geen betekenis voor de heffing van inkomstenbelasting heeft, maar dat voor de heffing van inkomstenbelasting moet worden aangesloten bij hetgeen civielrechtelijk voor een schenking onder opschortende voorwaarde geldt, dan is de *settlor* eveneens degene die tot de opbrengsten van het *trust*vermogen is gerechtigd. Het *trust*vermogen wordt dan namelijk naar mijn mening door de *trustee* onder ontbindende voorwaarde in *resulting trust* voor de *settlor* gehouden, althans indien niet anders is bepaald.

2.5 De kwalificatie van het broninkomen

Ten aanzien van de met de onderzoekshypothesen samenhangende vervolgvraag of tengevolge van het tot stand brengen van een *fixed trust* de kwalificatie van het broninkomen zich wijzigt, is verondersteld dat het tot stand brengen van een *fixed trust* geen zelfstandige fiscale gevolgen voor de kwalificatie van het inkomen heeft¹³⁰⁷. Gebleken is dat deze veronderstelling niet juist is. Zo geldt dat een *beneficiary* welke als een art. 3.3-ondernemer moet worden beschouwd, minder ondernemingsfaciliteiten kan claimen dan in het geval hij als een art. 3.4-ondernemer zou zijn aan te merken. Voorts wordt een binnenlandse *beneficiary* die (deels) gerechtigd is tot de jaarlijks te realiseren winst uit onderneming, maar niet (deels) tot het ondernemingsvermogen en haar waardemutaties, voor de door hem te genieten winst niet progressief belast, maar naar het proportionele tarief geldend voor belastbaar inkomen uit sparen en beleggen. Tot slot geldt dat *beneficiaries* die vanwege een tot stand gekomen *fixed trust* tot periodieke inkomsten zijn gerechtigd, dit inkomen als box 3-inkomen dienen aan te geven. Zouden dezelfde rechten op periodieke uitkeringen zijn toegekend niet via een *trust*verband, zodat van een tegenwaarde voor een prestatie geen sprake is, dan zou het inkomen progressief zijn belast, tenzij de uitkeringen of verstrekkingen worden ontvangen van bloed- en aanverwanten in de rechte lijn of de tweede graad van de zijlijn.

¹³⁰⁷ Zie “Verantwoording, probleemstelling en plan van aanpak”, onder 5 “Onderzoekshypothesen”.

Hoofdstuk 3

Samenvatting en conclusie

3.1 Inleiding

In dit deel van het onderzoek zijn de fiscale gevolgen van de als een entiteit en daarmee als een afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* vastgesteld. Vervolgens is nagegaan welke de fiscale gevolgen zijn van de niet als een entiteit aan te merken *fixed trust*.

3.2 De fiscaalrechtelijke gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust*

3.2.1 Samenvatting

In hoofdstuk 1 is aandacht besteed aan de fiscaalrechtelijke gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust*. Daarbij is onderscheid gemaakt tussen de gevolgen voor de heffing van de schenk-, erf-, inkomsten- en vennootschapsbelasting onder het positieve recht.

3.2.1.1 De schenkbelasting

Ten aanzien van de gevolgen voor de heffing van de schenkbelasting is onderzocht hoe het bepaalde in art. 17a Successiewet 1956 zich verhoudt tot het bepaalde in art. 2.14a lid 1 en 7 van de Wet inkomstenbelasting 2001, hetgeen tot de conclusie leidt dat het tot stand brengen van een *discretionary trust* geen heffing van schenkingsrecht tot gevolg heeft en dat van een toerekening van het *trust*vermogen en de opbrengsten daaruit aan de *settlor*, diens partner of erfgenamen geen sprake is mits de *trust* in een belasting naar de winst wordt betrokken die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven berekende winst. Een gevolg dat voor belastingplichtigen die fiscale grensverkenning ambiëren naar mijn mening een ontgaansmogelijkheid biedt die niet strookt met de ratio van de met ingang van 1 januari 2010 tot standgekomen wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen.

3.2.1.2 De erfbelasting

Voor wat betreft de gevolgen voor de heffing van de erfbelasting is vastgesteld dat de fictiebepaling in art. 16 lid 1 Successiewet 1956 een realiteit veronderstelt

die in strijd is met hetgeen privaatrechtelijk geldt alsook met de realiteit, terwijl een adequate tegenbewijsregeling vrijwel geheel ontbreekt, hetgeen uit een oogpunt van beginselen van behoorlijke wetgeving naar mijn mening niet legitiem is. De vraag is dan ook gewettigd of een belastingheffing die niet op de juridische en economische realiteit is gebaseerd maar slechts op een wetsfictie en die dan ook nog onvoldoende tegenbewijsmogelijkheid biedt, nog wel als een normale belastingheffing kan worden aangemerkt. Naar mijn mening dient een dergelijke wetgeving onverbindend te worden verklaard.

Voorts is vastgesteld dat uit art. 16 lid 2 Successiewet 1956 niet blijkt dat een verkrijging ex art. 16 lid 2 in mindering kan worden gebracht op de verkrijging van erfgenamen, hetgeen dubbele heffing tot gevolg zou kunnen hebben.

3.2.1.3 De inkomstenbelasting

Ten aanzien van de fiscale gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting geldt dat bezittingen en schulden alsmede opbrengsten en uitgaven van een afgezonderd particulier vermogen aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen worden toegerekend en geacht worden hun bezit respectievelijk genoten inkomen te vormen. Hierop bestaan twee uitzonderingen.

De tegenbewijsregeling

In de eerste uitzondering wordt het *trust*vermogen en de opbrengsten daaruit niet aan erfgenamen van de *settlor* toegerekend indien zij kunnen aantonen dat zij, noch hun *partner* rechtens dan wel in feite, direct of indirect, begunstigde zijn van het afgezonderd particulier vermogen en dit als *excluded persons* ook niet kunnen worden (de tegenbewijsregeling ex art. 2.14a lid 6 Wet inkomstenbelasting 2001). Een tegenbewijsregeling – met verzwaarde omgekeerde bewijslast – die echter niet voor de *settlor* of diens *partner* geldt. De tegenbewijsregeling kan onaanvaardbare consequenties hebben omdat de erfgenaam niet alleen moet aantonen dat hij geen begunstigde, direct of indirect, is, maar ook dat hij dat niet kan worden. Indien echter sprake is van een *discretionary trust* en hij tot de door de *settlor* aangewezen groep van mogelijke *beneficiaries* (verwachters) behoort en dus door de *trustee* zou kunnen worden aangewezen als *beneficiary*, dan kan hij niet aantonen dat hij geen begunstigde kan worden. Het bepaalde in art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 heeft dan tot gevolg dat het vereiste tegenbewijs ontbreekt zodat aan hem vanwege wetsfictie een deel van het *trust*vermogen wordt toegerekend zonder dat hij civielrechtelijk tot dit deel gerechtigd is. Dit heeft weer tot gevolg dat hij belasting verschuldigd wordt over over een aan hem toegerekend vermogen en de opbrengsten daarvan zonder dat hij daaruit inkomen *de iure* en *de facto* kan hebben genoten. Ook op dit punt schiet de wettelijke regeling te ver door.

Toerekeningsstop

In de tweede uitzondering worden - ter voorkoming van dubbele belastingheffing - onder bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven als bedoeld in art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001 niet begrepen bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven waarvoor het afgezonderd particulier vermogen wordt betrokken in een belasting naar de winst die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst (de toerekeningsstop ex art. 2.14a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001). Dit betekent dat toerekening aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen niet alleen niet plaats vindt indien sprake is van een naar buitenlands fiscaal recht als zelfstandige entiteit aan te merken afgezonderd particulier vermogen dat in een belasting naar de winst van ten minste 10% wordt betrokken over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst, maar ook indien een als afgezonderd particulier vermogen aan te merken buitenlandse rechtsfiguur als een buitenlands belastingplichtig lichaam als bedoeld in art. 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 kwalificeert. Voorwaarde voor de toerekeningsstop is dat het afgezonderd vermogen zelf betrokken dient te worden naar een heffing naar de winst, daarmee voorbijgaand aan het feit dat in een aantal *trust*landen heffingen gelden die weliswaar niet naar de winst worden berekend, maar die wel een materieel voldoende heffing tot gevolg hebben, weliswaar niet van de entiteit als zodanig maar van de *trustee*. De regeling impliceert ook dat van een ontgaan van belastingheffing geen sprake is ook al beoogt het afgezonderd particulier vermogen een meer dan bijkomstig particulier belang en houdt de *settlor* nog verregaande zeggenschap en bevoegdheid ten aanzien van het afgescheiden vermogen. Zelfs als de zeggenschap en beschikkingsbevoegdheid van de *settlor* zo groot is dat de entiteit geacht moet worden in Nederland te zijn gevestigd, is van een Nederlandse belastingheffing over het afgezonderd particulier vermogen geen sprake, omdat een binnen het Rijk als doelvermogen aan te merken entiteit onder de huidige wetgeving niet gerangschikt kan worden onder een van de limitatief in art. 2 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 genoemde lichamen. Tenzij zou kunnen worden aangenomen dat de entiteit gerangschikt kan worden onder het begrip “andere dan publiekrechtelijke lichamen” als bedoeld in art. 2 lid 1 sub e Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

De vraag is of de toerekeningsstop aldus niet een stimulans vormt om -zonder heffing van schenkbelasting - vermogen onder te brengen in *discretionary trusts* mits deze voldoen aan de gestelde criteria en de heffing van buitenlandse winstbelasting van ten minste 10% minder bedraagt dan de bij toerekening verschuldigde Nederlandse inkomstenbelastingheffing.

3.2.1.4 De vennootschapsbelasting

Voor wat betreft de gevolgen voor de heffing van vennootschapsbelasting van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* geldt, dat ingevolge het bepaalde in art. 3 van de Wet vennootschapsbelasting 1969, ook het doelvermogen tot de lichamen als bedoeld in art. 1 van deze wet behoort. Zij het dat dit begrip niet wordt gedefinieerd, terwijl regels betreffende de vraag wanneer en onder welke voorwaarden doelvermogens rechtens ontstaan en bestaan eveneens ontbreken, zodat aan de hand van een aantal kenmerken dient te worden vastgesteld of sprake is van een rechtssubject. Voor de zelfstandige vennootschapsbelastingplicht van een doelvermogen is daarbij doorslaggevend dat er (nog) geen deelgerechtigden zijn aangewezen, welke het juridisch en economisch belang bij het tot het *trust*vermogen en/of de opbrengsten hebben verkregen. Het gevolg hiervan is dat het vermogen van de entiteit fiscaal (nog) niet toerekenbaar is aan een ander heffingssubject dan de entiteit zelf. De aansprakelijkheid voor verplichtingen die uit het beheer van het vermogen van de entiteit ontstaan en het dragen van de eventuele vermogensverliezen die daarvan het gevolg zijn, vormen - naast de kapitaalsbeschermingsregels ten aanzien van het door de entiteit gehouden vermogen - overige criteria waaraan getoetst kan worden.

Omdat een *discretionary trust* wordt gekenmerkt door het feit dat het als juridisch zelfstandige entiteit zowel de *legal interest* alsook de *beneficial interest* bij het *trust*vermogen houdt, is hij aan te merken als een buitenlands belastingplichtig doelvermogen als bedoeld in art. 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969, althans indien en voorzover hij Nederlands inkomen geniet. Een directe rechtsband met subjectief gerechtigden tot het *trust*vermogen ontbreekt immers. Of een als buitenlands belastingplichtig lichaam aan te merken *discretionary trust* ook feitelijk Nederlandse vennootschapsbelasting over zijn Nederlands inkomen verschuldigd is, hangt enerzijds af van de samenstelling van zijn *trust*vermogen en anderzijds van de vraag of de *discretionary trust* in een verdragsland is gevestigd en welke toewijzingsregels dientengevolge ten aanzien van de diverse te onderscheiden bronnen van Nederlands inkomen gelden.

De bestaande wettelijke regeling roept een aantal vragen op.

Zo is de vraag aan de orde gesteld of er geen sprake is van strijdigheid met non-discriminatiebepalingen in belastingverdragen of het EG-Verdrag, nu het begrip doelvermogen wel voorkomt in art. 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 doch niet in art. 2 van deze wet. Tevens is gebleken dat het object van heffing van een buitenlands doelvermogen meer omvat dan hetgeen voor een binnenlandse vereniging of stichting geldt, welke slechts belastingplichtig zijn

indien en voorzover zij een onderneming drijven, terwijl een doelvermogen als “imperfecte stichting” toch sterke gelijkenis met een stichting vertoont. Voorts wijkt de voor buitenlandse belastingplichtigen geldende wettelijke regeling fundamenteel af van de regeling zoals die ingevolge art. 2 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 geldt voor binnenlandse belastingplichtigen, niet zijnde de in art. 2 lid e genoemde verenigingen en stichtingen.

De in art 2 genoemde binnenlands belastingplichtige lichamen zijn namelijk belastingplichtig vanwege hun rechtsvorm ongeacht de samenstelling van hun vermogen, terwijl de buitenlands belastingplichtige lichamen slechts belastingplichtig zijn indien en voorzover Nederlands inkomen wordt genoten. Verder is vastgesteld dat op voordelen uit aanmerkelijk belangaandelen die geen deel uitmaken van het ondernemingsvermogen van een *discretionary trust* de deelnemingsvrijstelling ex art. 13 Wet op de vennootschapsbelasting niet van toepassing is. Het belastbare inkomen wordt immers ingevolge het bepaalde in art. 18 lid 2 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 opgevat en berekend volgens de regels van hoofdstuk 4 van de Wet inkomstenbelasting 2001, welke de deelnemingsvrijstelling niet kent. De deelnemingsvrijstelling kan echter wel van toepassing zijn indien de aandelen tot het ondernemingsvermogen van de *trust* behoren en de aandelen kunnen worden toegerekend aan een door de *trust* gedreven Nederlandse vaste inrichting.

Een aantal bijzondere vraagstukken

Ten slotte is nog aandacht besteed aan een aantal bijzondere vraagstukken. Zo doet zich de vraag voor of zodra een *discretionary trust* ontstaat, deze een voorziening kan vormen voor verplichtingen ten aanzien waarvan een redelijke mate van zekerheid bestaat dat die in de toekomst zullen ontstaan. Bijzonder kenmerk van een *discretionary trust* is namelijk dat het door de *settlor* afgezonderd en afgescheiden vermogen nimmer bedoeld is eigen vermogen van de entiteit te vormen. De *trust* houdt het vermogen immers tijdelijk fiduciair en kan naar geldend *trustrecht* nimmer *beneficial owner* van het *trustvermogen* zijn. Van een juridische verplichting is op balansdatum echter geen sprake zodat in de openingsbalans van de *discretionary trust* geen schuld kan worden opgenomen. Echter een openingsbalans met een eigen vermogen gelijk aan de waarde in het economische verkeer toe te kennen aan het overgedragen vermogen geeft een niet getrouw beeld van het vermogen, omdat aldus geen rekening wordt gehouden met de gedragsregelverplichtingen van de *trustee* jegens een door de *settlor* vastgestelde groep van personen, de verwachters. Jegens hen weet de *trustee* zich verplicht om tijdelijk het *trustvermogen* resp. de vermogensopbrengsten uitsluitend ten behoeve van nog niet door hem geïdentificeerde derden fiduciair te houden en te beheren én de verplichting om telkens te overwegen

of feiten en omstandigheden het al dan niet noodzaken *trust*vermogen resp. opbrengsten daaruit aan door de *trustee* daartoe aan te wijzen *beneficiaries* uit te keren, daarbij rekening houdend met hetgeen de *settlor* dienaangaande eventueel kenbaar heeft gemaakt. Het zijn deze op *equity* gebaseerde specifiek voor een *discretionary trust* geldende gedragsregelverplichtingen – tengevolge waarvan een behoorlijke kans bestaat dat daaruit een verbintenis tussen de *discretionary trust* en de door de *trustee* alsdan geïndividualiseerde *beneficiaries* ontstaat – die naar mijn mening de vraag rechtvaardigen of er op balansdatum sprake is van een zodanige rechtsverhouding tussen het doelvermogen en de door de *settlor* vastgestelde groep van personen welke door de *trustee* als *beneficiaries* kunnen worden geïndividualiseerd, dat bij het tot stand komen van een *discretionary trust* op de openingsbalans een als waardecorrectie bedoelde voorziening kan worden opgenomen. Hoewel voor de vorming van een voorziening sinds het zogenaamde “baksteenarrest”¹³⁰⁸ het bestaan van een rechtsverhouding geen vereiste meer vormt, kan bij het tot stand brengen van een *discretionary trust* geen voorziening worden gevormd omdat niet wordt voldaan aan de door de Hoge Raad in dit arrest omschreven voorwaarden. De omstandigheid dat een *discretionary trust* wordt gekenmerkt door het feit dat de *trustee* onder omstandigheden kan respectievelijk moet besluiten tot het toekennen van juridisch afdwingbare vermogensrechten aan door hem aangewezen *beneficiaries*, vormt slechts een aan de rechtsfiguur gekoppeld algemeen kenmerk. Het rechtvaardigt echter als zodanig niet het vormen van een voorziening op de (openings)balans. Het gevolg hiervan is dat uit de balans als zodanig niet blijkt dat het vermogen slechts fudiciair wordt gehouden.

Voorts is aandacht besteed aan de vraag welke gevolgen de toekenning door de *trustee* voor het voortbestaan van de *discretionary trust* als vennootschapsbelastingplichtige entiteit heeft, mocht deze op enig moment – vanwege feiten en omstandigheden die gelet op het doel van de *discretionary trust* de aanwijzing van *beneficiaries* rechtvaardigen – *beneficial interests* toekennen, tengevolge waarvan de door hem aangewezen *beneficiaries* afdwingbare vermogensrechten verkrijgen. Een doelvermogen bestaat immers als zelfstandige juridische vennootschapsbelastingplichtige entiteit bij de gratie van het feit dat vermogen zodanig is afgezonderd dat er geen directe rechtsband met subjectief gerechtigden bestaat, tengevolge waarvan de entiteit Nederlands inkomen geniet in de zin van art. 17 lid 3 j° art. 17a Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Het gevolg hiervan is dat indien de *trustee* aan *beneficiaries* beneficiare rechten toekent betreffende het gehele *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan en wel zodanig dat zij voortaan de juridische en economische belanghebbenden zijn bij het

¹³⁰⁸ HR 26 augustus 1998, nr. 33 417, BNB 1998/409.

*trust*vermogen, de vennootschapsbelastingplicht van de *discretionary express private trust* eindigt. De *discretionary trust* vormt namelijk vanaf het moment dat zulke beneficiaire rechten zijn toegekend niet meer een entiteit en is dientengevolge niet meer aan te merken als een buitenlandse belastingplichtige. Het gehele *trust*vermogen en haar waardeveranderingen gaan immers voortaan uitsluitend de *beneficiaries* als (juridisch en) economisch belanghebbenden aan, terwijl ook de opbrengsten hen voortaan rechtstreeks toevallen. Van een doelvermogen dat Nederlands inkomen geniet, hetgeen ingevolge het bepaalde in art. 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 dé voorwaarde vormt voor het kunnen zijn van binnenlands belastingplichtige, is dan geen sprake meer. Het gevolg is dat de *discretionary trust* als vennootschapsbelastingplichtige entiteit ophoudt te bestaan, hetgeen fiscale eindafrekening tot gevolg heeft. Tenslotte is nog onderzocht wat de gevolgen zijn indien de *trustee* aan *beneficiaries* beneficiaire rechten toekent op: 1) de gehele opbrengst van het *trust*vermogen waardoor deze opbrengsten voortaan de *beneficiaries* rechtstreeks toevallen, 2) uitsluitend het vermogen als zodanig, 3) deels het *trust*vermogen als zodanig en deels de opbrengsten daarvan, 4) de gehele opbrengst van het *trust*vermogen onder ontbindende tijdsbepaling of voorwaarde, 5) een eenmalig vermogensrecht en 6) een recht op periodieke uitkeringen.

3.2.2 Conclusie

De wettelijke regeling betreffende de als een afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust* is in haar fiscale gevolgen te kenschetsen als onevenwichtig en zodanig in strijd met beginselen van behoorlijke wetgeving, dat zij niet tot stand had mogen komen. Ten eerste is van een heffing van schenkbelasting geen sprake indien een *discretionary trust* tot stand wordt gebracht die aan het heffingscriterium voldoet, ook al houdt de *settlor* een doorslaggevende zeggenschap ten aanzien van het *trust*vermogen. Ten tweede is de regeling gebaseerd op een wetsfictie die aan de *settlor* geen tegenbewijs toelaat. Ten derde kent de regeling een verzwaarde omgekeerde “duivelse” bewijslast voor erfgenamen indien zij verwachter zijn bij een *discretionary trust*. Ten vierde is sprake van een strijdigheid met non-discriminatiebepalingen in belastingverdragen of het EU-recht, nu het begrip doelvermogen wel voorkomt in art. 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 doch niet in art. 2 van deze wet. Voorts omvat het object van heffing van een buitenlands doelvermogen meer dan hetgeen voor een binnenlandse vereniging of stichting geldt, welke slechts belastingplichtig zijn indien en voorzover zij een onderneming drijven, terwijl een doelvermogen als “imperfect stichting” tocht sterke gelijkenis met een stichting vertoont.

Kortom de nieuwe wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen:

- 1) vormt geen goed evenwicht tussen doelmatigheid en rechtvaardigheid;
- 2) past niet in het systeem van de wet, sterker nog, het vormt daarop een inbreuk;
- 3) wordt gekenmerkt door het feit dat de juridische en economische realiteit worden ontkend;
- 4) belemmert de vrijheid van kapitaalverkeer en
- 5) laat de burger onvoldoende ruimte zijn particuliere belangen zodanig in te richten dat ook zijn fiscale belangen daarmee het best worden gediend.

Het zou dan ook een goede zaak zijn indien de vigerende wettelijke regeling van het als doelvermogen kwalificerend afgezonderd particulier vermogen, waaronder te begrijpen de *discretionary express private trust*, zo spoedig mogelijk wordt herzien.

3.3 De fiscaalrechtelijke gevolgen van de *fixed trust*

In hoofdstuk 2 is onderzocht wat de fiscale gevolgen onder het positieve recht zijn van de niet als een entiteit aan te merken *fixed trust*. Ook daarbij is onderscheid gemaakt tussen de gevolgen voor de heffing van schenk-, erf- en inkomstenbelasting.

3.3.1 Samenvatting

3.3.1.1 De schenkbelasting

Onderzocht zijn de gevolgen voor de heffing van de schenkbelasting indien een *fixed trust inter vivos* onder het positieve recht ontstaat. Daarbij is vastgesteld dat zulk een afzondering en afscheiding als een schenking als bedoeld in art.1 lid 3 Successiewet 1956 kwalificeert en dat de toerekeningsregel niet van toepassing is omdat van een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001 geen sprake is.

Voorts zijn de schenkingsrechtelijke gevolgen van de totstandkoming van een *fixed trust inter vivos* onderzocht indien aan *beneficiaries* vermogensrechten onder opschortende/ontbindende tijdsbepaling dan wel opschortende/ontbindende voorwaarde zijn toegekend. Daarbij is gebleken dat in het geval eenmalige en

3.3 De fiscaalrechtelijke gevolgen van de *fixed trust*

3.3.1.2 De erfbelasting

periodieke uitkeringen onder opschortende tijdsbepaling zijn toegekend, er sprake is van een schenking ten tijde van het tot stand komen van de *fixed trust* - mits de *settlor* op dat moment in Nederland woont dan wel geacht wordt in Nederland te wonen - en niet op het moment waarop de gestelde termijn verstrijkt.

Verkrijgen *beneficiaries* een recht op een eenmalige dan wel periodieke uitkeringen onder ontbindende voorwaarde, dan hebben de *beneficiaries* het vruchtgenot van het aan hen geschonken bedrag voor de gestelde tijd, zodat bij de totstandkoming van de *fixed trust* schenkingsrecht van de *beneficiaries* wordt geheven over de aan het recht van vruchtgebruik tot te kennen waarde.

Verkrijgen de *beneficiaries* een eenmalige dan wel periodieke uitkering onder opschortende voorwaarde dan geldt sinds 1 januari 2010 - teneinde te voorkomen dat van een te belasten schenking aan *beneficiaries* geen sprake is - dat op het moment waarop de voorwaarde in vervulling gaat een schenking ontstaat. Aan de nieuwe wettelijke regeling betreffende schenkingen onder opschortende voorwaarde is een aantal bezwaren verbonden. Zo kan zich dubbele heffing van schenkbelasting voordoen zonder verrekeningsmogelijkheden en ontbreekt overgangsrecht dat voorkomt dat schenkingen die voorheen niet belast waren vanwege de nieuwe regeling wél belast worden.

Van een *trust*vermogen dat niemand toebehoort kan bij een *fixed trust* onder opschortende voorwaarde geen sprake zijn, omdat zolang de voorwaarde niet is vervuld de *settlor* tot het vermogen en de opbrengsten daaruit gerechtigd is, zodat van een als zelfstandige entiteit aan te merken afgezonderd particulier vermogen geen sprake is.

Verkrijgt een *beneficiary* een eenmalige dan wel periodieke uitkering onder ontbindende voorwaarde dan is sprake van een belaste schenking op het moment dat de *fixed trust* tot stand komt, welk moment ook bepalend is voor de vraag wat de heffingsmaatstaf voor de schenkbelasting omvat. Mocht de voorwaarde in werking treden dan vindt op de voet van art. 53 Successiewet 1956 een herrekening plaats.

3.3.1.2 De erfbelasting

Vervolgens zijn de gevolgen voor de heffing van de erfbelasting onderzocht indien een *fixed trust mortis causa* onder het positieve recht ontstaat. Daarbij is gebleken dat een uiterste wilsbeschikking waarbij naar buitenlands recht een *fixed trust* tot stand komt, naar Nederlands erfrecht dient te worden geconverteerd in een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater zowel aan de *trustee* alsook aan de *beneficiaries* een legaat toekent. Afhankelijk van de *trust*bepalingen kunnen de aan de *beneficiaries* toegekende legaten al dan niet onder opschortende/ontbindende tijdsbepaling en/of opschortende/ontbindende voorwaarde zijn, hetgeen voor

de heffing van schenkbelasting zowel van belang is voor de kwalificatie van de verkrijging als ook voor de omvang en het tijdstip van heffing. Teneinde erfrechtelijk verkregen - al dan niet voorwaardelijke - aanspraken in een *fixed trust* te kunnen waarderen, is het allereerst noodzakelijk om het complex van verkregen rechten in haar samenstellende delen te analyseren. Vervolgens dient het complex van erfrechtelijk verkregen rechten naar de volle eigendom te worden gewaardeerd, tenzij de inbreuk die het *trust*verband daarop maakt zodanig is dat het complex van verkregen rechten in onvoldoende mate nog het recht van volle eigendom of met fideïcommis belaste eigendom benadert. Mocht dit het geval zijn dan kan sprake zijn van een erfrechtelijk verkregen recht van vruchtgebruik; een recht op periodieke uitkeringen; dan wel een combinatie van deze rechten. Omdat de Successiewet 1956 niet voorziet in waarderingsvoorschriften die zich volledig richten op fiduciaire eigendomsverhoudingen of daarmee vergelijkbare rechtsverhoudingen die beheerst worden door buitenlands recht, zoals (*testamentary*) *trusts*, gelden in beginsel voor de vaststelling van de waarde der erfrechtelijk verkregen *trust*rechten de dwingend rechtelijke waarderingsvoorschriften van art. 21 Successiewet 1956.

3.3.1.3 De inkomstenbelasting

Voorts is onderzocht wat de zelfstandige gevolgen voor de heffing van de inkomstenbelasting onder het positieve recht zijn indien een *settlor* een *fixed trust* tot stand brengt.

3.3.1.3.1 Geen entiteit

Uitgangspunt is dat de *fixed trust* fiscaal niet als een entiteit is aan te merken en daarmee evenmin als een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001, zodat van een toerekening van het *trust*vermogen en de opbrengsten en uitgaven daaruit aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen ingevolge het bepaalde in art. 2.14a lid 2 Wet inkomstenbelasting 2001 geen sprake kan zijn.

3.3.1.3.2 Het begrip “genieten”

Alvorens in te gaan op de zelfstandige gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting indien sprake is van een *fixed trust* welke naar buitenlands recht is gevormd en waarvan een binnenlandse belastingplichtige de *beneficiary* is, is aandacht besteed aan het begrip “genieten”. Wil namelijk sprake zijn van het belasten van inkomen dan moet het inkomen zijn genoten, hetgeen enerzijds

3.3 De fiscaalrechtelijke gevolgen van de fixed trust
3.3.1.3.4 Gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting voor de settlor

de vraag oproept wat onder genieten moet worden verstaan, anderzijds wie een inkomst geacht moet worden te hebben genoten.

3.3.1.3.3 Bronnen van inkomen

Voorts is vastgesteld dat de “bronnen van inkomen” en de opbrengsten daarvan welke ten aanzien van in Nederland wonende *beneficiaries* normaliter van belang zijn, kunnen worden onderscheiden in:

- 1) een onderneming en de belastbare winst daaruit,
- 2) vermogensbestanddelen die aan een onderneming of werkzaamheid ter beschikking worden gesteld en het belastbare resultaat uit deze overige werkzaamheden,
- 3) vermogensbestanddelen en/of de opbrengsten daarvan welke dienen te worden aangewend voor het doen van periodieke uitkeringen en verstrekkingen,
- 4) aanmerkelijk belandaandelen en het inkomen daaruit,
- 5) onroerende zaken/rechten die direct of indirect op onroerende zaken betrekking hebben/rechten op roerende zaken/rechten die niet op zaken betrekking hebben, waaronder geld/overige vermogensrechten, met waarde in het economisch verkeer, waarvan de gezamenlijk waarde verminderd met de waarde van de gezamenlijke schulden die daarop betrekking hebben, de rendementsgrondslag voor de forfaitaire heffing vormen.

3.3.1.3.4 Gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting voor de settlor

Ten aanzien van de rechtspositie van de *settlor* is vastgesteld dat indien een *settlor* hem toebehorend vermogen *inter vivos* aan een *trustee* overdraagt teneinde aldus een *trust* tot stand te brengen, hij doorgaans het juridisch en economisch belang bij het *trust*vermogen verliest, zodat hij niet meer voor dit vermogen en de inkomsten daaruit kan worden belast. Deze vermogensoverdracht heeft afrekening over de in het vermogen begrepen stille reserves tot gevolg indien en voor zover het de overdracht betreft van:

- 1) een onderneming,
- 2) vermogensbestanddelen die aan een onderneming of werkzaamheid ter beschikking worden gesteld,

3) aanmerkelijk belangaandelen. Vastgesteld is dat ten aanzien van de overdracht van deze vermogensbestanddelen geen doorschuiffaciliteiten van toepassing zijn. Wel kan een beroep worden gedaan op de toepassing van art. 4.17c Wet inkomstenbelasting 2001 mits aan de in lid 1 van dit artikel gestelde voorwaarden wordt voldaan.

3.3.1.3.5 Gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting voor de beneficiary

Vervolgens is onderzocht wat de gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting zijn indien een binnenlandse *beneficiary* gerechtigd is tot een door de *settlor* hetzij bij leven, hetzij bij overlijden tot stand gebrachte *fixed trust*. Daarbij is gebleken dat eerst vastgesteld dient te worden:

- 1) uit welke vermogensbestanddelen het *trust*vermogen is samengesteld en,
- 2) welke rechten aan de *beneficiary* met betrekking tot het vermogen en/of de opbrengsten daarvan door de *settlor* zijn toegekend,

teneinde te trachten op basis daarvan vast te stellen of sprake is van een rechtstreekse (gedeeltelijke) gerechtigdheid van de *beneficiary* tot het *trust*vermogen en/of de inkomsten daaruit, dan wel dat de *express private trust* fiscaalrechtelijk als een zelfstandige entiteit moet worden beschouwd.

Het belang hiervan is dat indien geen sprake is van een entiteit, het *trust*vermogen (in economische zin) rechtstreeks aan de *beneficiary* toebehoort en de inkomsten uit het *trust*vermogen rechtstreeks door de *beneficiaries* worden genoten, terwijl bij een als entiteit aan te merken *trust* het doelvermogen moet worden geacht tot het *trust*vermogen te zijn gerechtigd en de inkomsten daaruit geacht te hebben genoten.

Omdat in het geval van een *fixed trust* de *beneficiaries* rechtsreeks van de *settlor* bepaalde of bepaalde rechten afdwingbare vermogensrechten ten aanzien van het *trust*vermogen en/of de inkomsten daaruit verkrijgen en wel zodanig dat zij juridisch en economisch belanghebbenden bij het *trust*vermogen zijn, kan geen sprake zijn van het niet toebehoren van het *trust*vermogen en/of de opbrengsten daaruit aan een of meer (rechts)personen, hetgeen blijkens de door de Hoge Raad in de “novemberarresten” gehanteerde omschrijving van het begrip doelvermogen een van de kenmerkende elementen daarvan is. Het tot een bepaald doel afgezonderd en afgescheiden vermogen behoort juist wél toe aan een of meer (rechts)personen, zijnde de door de *settlor* aangewezen *beneficiaries*. Dat dientengevolge een *fixed trust* niet als entiteit kan worden aangemerkt, noodzaakt tot het vaststellen uit welke vermogensbestanddelen het *trust*vermogen is samengesteld en welke rechten rechtstreeks aan *beneficiaries* met

3.3 De fiscaalrechtelijke gevolgen van de *fixed trust*
3.3.1.3.5 Gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting voor de *beneficiary*

betrekking tot het *trust*vermogen en/of de opbrengsten daarvan door de *settlor* zijn toegekend. Het gevolg van het ontbreken van een entiteit is tevens dat de tot het *trust*vermogen behorende vermogensbestanddelen daarmee voor de *beneficiaries* evenzovele bronnen van inkomen vormen, waarvan de inkomsten door hen - op enkele uitzonderingen na - als zodanig worden genoten. Vandaar dat vervolgens is onderzocht wat de gevolgen voor de heffing van de inkomstenbelasting zijn indien tot het *trust*vermogen van een niet als entiteit aan te merken *fixed trust* de hiervoor onderscheiden bronnen van inkomen behoren.

1 Tot het fixed trustvermogen behoort een onderneming

Gebleken is dat indien een binnenlandse *beneficiary* vanwege de *trust*bepalingen (deels) gerechtigd is tot het vermogen van een tot het *trust*vermogen behorende onderneming én hij tevens (deels) gerechtigd is tot de jaarlijks te realiseren winst, hij dan progressief belastbare winst uit onderneming geniet. Niet omdat hij geacht wordt subjectief een ondernemer te zijn, maar omdat hij de jaarwinst alsook de stille reserves als (mede)gerechtigde tot de onderneming geniet.

Mocht een binnenlandse *beneficiary* daarentegen slechts gerechtigd zijn tot de jaarlijks te realiseren winst uit onderneming en niet (deels) tot het ondernemingsvermogen en haar waardemutaties, dan geniet de *beneficiary* geen winst uit onderneming. Hij wordt namelijk niet rechtstreeks gebonden voor verbintenissen betreffende de onderneming, hetgeen een der criteria is in de in art. 3.4 Wet inkomstenbelasting 2001 gebezigde definitie van het begrip ondernemer, terwijl hij tevens de winst niet geniet als medegerechtigde tot het vermogen van de onderneming. Het gevolg hiervan is dat hetgeen zich objectief bezien als winst uit onderneming aandient, toch niet progressief kan worden belast omdat subjectief geen sprake is van een ondernemer. Voor de binnenlandse *beneficiary* betekent dit dat hij een aanmerkelijk tariefvoordeel geniet omdat hetgeen *de facto* winst uit onderneming is naar het proportionele tarief wordt belast geldend voor belastbaar inkomen uit sparen en beleggen. Een uitkomst die tot een wetsaanpassing noodzaakt.

Mocht de binnenlandse *beneficiary* vanwege de *trust*bepalingen - al dan niet tijdelijk - slechts (deels) gerechtigd zijn tot het tot een *trust*vermogen behorend ondernemingsvermogen en de waardemutaties daarvan, doch niet tot de jaarlijks te realiseren winst, dan geniet de *beneficiary* progressief belastbare winst. Niet omdat hij is aan te merken als een ondernemer - de onderneming wordt weliswaar voor zijn rekening gedreven, maar hij wordt niet rechtstreeks gebonden voor verbintenissen betreffende de onderneming - maar omdat hij, anders dan als ondernemer of als aandeelhouder, winst geniet als medegerechtigde tot het vermogen van de onderneming.

2 Tot het *fixed trust* vermogen behoren vermogensbestanddelen die ter beschikking worden gesteld

Nagegaan is wat de gevolgen voor de heffing van de inkomstenbelasting zijn indien een binnenlandse *beneficiary* (deels) gerechtigd is tot vermogensbestanddelen én de opbrengsten daarvan welke door een *fixed trust* ter beschikking worden gesteld als bedoeld in artt. 3.91 en 3.92 van Wet inkomstenbelasting 2001. De *beneficiary* dient dan als resultaatgenieter te worden aangemerkt, zodat hij voor de geregelde opbrengsten en eventuele boekwinsten bij de beëindiging van de terbeschikkingstelling progressief wordt belast, waarbij de hoofdregel van toepassing is dat belastingheffing dient te geschieden naar het wereldinkomen. Dit betekent dat ook het rendabel maken van vermogensbestanddelen die aan een verbonden persoon ter beschikking worden gesteld die deze vermogensbestanddelen aanwendt voor het in het buitenland behalen van belastbare winst uit onderneming of belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden, onder de terbeschikkingstellingsregelingen valt. Daarbij kan zich een aantal vragen voordoen, zoals naar welk recht moet worden vastgesteld of de door de verbonden persoon, dan wel door het samenwerkingsverband waarvan hij deel uitmaakt, in het buitenland verrichte activiteiten, ten behoeve waarvan de vermogensbestanddelen ter beschikking worden gesteld, als winst uit onderneming/resultaat uit overige werkzaamheden kwalificeren.

Een ander kwalificatieverschil kan zich ook voordoen ten aanzien van de vraag of sprake is van een maatschappelijk ongebruikelijke terbeschikkingstelling en zo ja op welk moment zulks moet worden beoordeeld. Voorts is nog van belang de vraag of bij grensoverschrijdende terbeschikkingstelling verdragsbepalingen het recht van Nederland om te heffen, beperken dan wel uitsluiten.

Mocht de binnenlandse *beneficiary* uitsluitend gerechtigd zijn tot de waardemutaties van de door een *fixed trust* gehouden vermogensbestanddelen welke ter beschikking worden gesteld en niet tot de opbrengsten daarvan, dan hebben de terbeschikkingstellingsregelingen tot gevolg dat de binnenlandse *beneficiary* progressief wordt belast voor de winst bij verkoop van het vermogensbestanddeel dan wel de boekwinst bij de beëindiging van de terbeschikkingstelling. Daarmee wordt de *beneficiary* die resultaatgenieter is vanwege (on)gerealiseerde (boek)winst op dezelfde wijze belast als de *beneficiary* die winst uit onderneming geniet omdat hij, anders dan als ondernemer of als aandeelhouder, winst geniet als medegerechtigde tot het vermogen van de onderneming. Een parallel die echter niet geldt indien de fiscale positie van de *beneficiary* die uitsluitend gerechtigd is tot de opbrengsten van de via een *fixed trust* ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen wordt vergeleken met die van de *beneficiary* die uitsluitend gerechtigd is tot de resultaten van de door de *fixed trust* gehouden onderneming. De laatste wordt namelijk niet progressief

3.3 De fiscaalrechtelijke gevolgen van de *fixed trust*
3.3.1.3.5 Gevolgen voor de heffing van inkomstenbelasting voor de *beneficiary*

belast omdat hij geen winst uit onderneming geniet omdat hij niet kan worden aangemerkt als ondernemer, terwijl de eerste wel progressief wordt belast. Hij geniet immers belastbaar inkomen uit overige werkzaamheden, zijnde het rendabel maken van vermogensbestanddelen door het ter beschikking stellen als bedoeld in art. 3.91 en 3.92 Wet inkomstenbelasting 2001.

3 De aan beneficiaries toegekende rechten met betrekking tot aan het fixed trustvermogen behorende vermogensbestanddelen vormen bij hen belastbaar inkomen uit sparen en beleggen dan wel periodieke inkomsten

Vervolgens is de vraag aan de orde gesteld of de bij de totstandkoming van een *fixed trust* aan *beneficiaries* toegekende rechten voor hen overige vermogensrechten met waarde in het economisch verkeer vormen als bedoeld in art. 5.3 lid 2 sub f Wet inkomstenbelasting 2001, welke bij hen als belastbaar inkomen uit sparen en beleggen dienen te worden belast, dan wel dat deze rechten ook als periodieke uitkeringen aan te merken inkomsten uit het *trust*vermogen kunnen worden gekwalificeerd. Het belang van deze vraag is gelegen in het feit dat indien sprake is van een verkregen in rechte vorderbaar recht op periodieke uitkeringen, welk recht niet de tegenwaarde voor een prestatie vormt, de uitkeringen in box 1 progressief worden belast, tenzij de uitkeringen worden ontvangen van bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of in de tweede graad van de zijlijn. Vormt een periodieke uitkering wel een onderdeel van een complex van rechten en verplichtingen die bij voortduring tegenover elkaar staan, dan is zulk een periodieke uitkering niet belast in box 1 maar in box 3. Wil echter sprake kunnen zijn van een periodieke uitkering dan is het bestaan van een schuldenaar een eerste vereiste. Dat wil zeggen dat er een (rechts)persoon dient te zijn die als schuldenaar kan worden aangemerkt. Daarvoor komt naar mijn mening in juridische zin de *trustee* als *legal owner* van het *trust*vermogen in aanmerking. Hij is juridisch beoordeeld de verstrekker van de uitkeringen. Geconcludeerd is dat van een als een zelfstandige entiteit aan te merken doelvermogen, welke entiteit als schuldenaar zou dienen te gelden, dan ook geen sprake is.

4 Tot het fixed trustvermogen behoren aanmerkelijk belangaandelen

Voorts is aandacht geschonken aan de inkomstenbelastingevolgen indien aanmerkelijk belangaandelen tot het vermogen van een *fixed express private trust* behoren. Hoewel de *trustee* als *legal owner* naar *common law* de juridische macht met betrekking tot het vermogen van een *fixed trust* houdt, is hij niet als aanmerkelijk belanghouder van een tot het *trust*vermogen behorend aanmerkelijk belang aan te merken. Hij bezit immers niet het economisch belang bij het

aanmerkelijk belang. Uitsluitend de *beneficiaries* bezitten het economisch belang van het door de *fixed trust* gehouden aanmerkelijk belang en zijn daarmee aan te merken als aanmerkelijk belanghouder mits aan de daarvoor geldende kwantitatieve bezitsei wordt voldaan. De door de niet als entiteit aan te merken *fixed trust* gerealiseerde resultaten, behaald vanwege een aanmerkelijk belang in een vennootschap, dienen als rechtstreeks door de binnenlandse *beneficiaries* genoten reguliere inkomsten/verliezen en/of vervreemdingswinsten/verliezen uit aanmerkelijk belang te worden aangemerkt. Het gevolg hiervan is dat de resultaten tot hun in box 2 te belasten inkomen dienen te worden gerekend, mits de omvang van de *beneficial rights* van elke *beneficiary* afzonderlijk zodanig zijn dat zijn belang als een aanmerkelijk belang kwalificeert.

5 Tot het vermogen van de fixed trust behoren vermogensbestanddelen die tot box 3 behoren

Ten slotte is gebleken dat indien de *beneficiaries beneficial rights* bezitten met betrekking tot vermogensbestanddelen van een *fixed trust* waarvan de waardemutaties en/of de opbrengsten daarvan niet in box 1 of 2 worden belast, dat dan de als voordeel uit sparen en beleggen aan te merken opbrengsten van deze vermogensbestanddelen bij de binnenlandse *beneficiary* forfaitair worden belast. Vanwege de toegekende *beneficial rights* zijn de *beneficiaries* rechtstreeks gerechtigd tot bezittingen als bedoeld in art. 5.3 Wet inkomstenbelasting 2001, waarbij het onderscheid tussen een gerechtigdheid tot de volle economische eigendom en het slechts gerechtigd zijn tot het economisch belang bij het *trust*vermogen en haar opbrengsten, van belang is voor de toepassing van de geldende algemene vrijstellingen.

3.3.1.4 De settlor heeft ten aanzien van de toekenning van beneficial rights aan beneficiaries een grote mate van vrijheid

Vastgesteld is dat de *settlor* van een *fixed trust* ten aanzien van de toekenning van *beneficial interests* aan *beneficiaries* een zeer grote mate van vrijheid kent. Zo kan hij niet alleen bij de totstandkoming van een *fixed trust* bepalen wie tot welke *beneficial rights* ten aanzien van de door hem onder *trust*verband gebrachte vermogensbestanddelen is gerechtigd, maar ook wanneer deze *beneficial interests* door de *beneficiaries* zullen worden genoten en/of voor hoe lang, zonder dat dit afbreuk doet aan de kwalificatie van de *trust* als zijnde een *fixed trust*. Zo zou de *settlor* bij de totstandkoming van de *fixed trust* kunnen bepalen dat de door hem aangewezen *beneficiaries* pas *beneficial rights* betreffende (een gedeelte van) het *trust*vermogen verkrijgen nadat een bepaalde periode is verstreken (opschortende tijdsbepaling) en/of nadat aan een door hem bepaalde

voorwaarde is voldaan (opschortende voorwaarde). Dergelijke voorwaardelijke rechten/rechten onder tijdsbepaling vormen echter wel vermogensrechten waaraan een waarde in het economisch verkeer valt toe te kennen, zodat deze vermogensrechten onderdeel uitmaken van de rendementsgrondslag waarover het forfaitair rendement wordt berekend.

Zolang de opschortende tijdsbepaling niet is ingetreden dan wel de opschortende voorwaarde niet is vervuld, dient het *trust*vermogen en de opbrengsten daaruit aan de *settlor* te worden toegerekend.

3.3.2 Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat:

1) indien een *settlor* hem toebehorend vermogen *inter vivos* aan een *trustee* overdraagt teneinde aldus een *fixed trust* tot stand te brengen, hij doorgaans het juridische en economische belang bij het *trust*vermogen verliest, zodat hij niet meer voor dit vermogen en de inkomsten daaruit kan worden belast. Deze vermogensoverdracht heeft afrekening over de in het vermogen begrepen stille reserves tot gevolg indien en voorzover het de overdracht betreft,

2) een *fixed trust* geen als doelvermogen aan te duiden zelfstandige entiteit vormt, zodat het *trust*vermogen en/of de opbrengsten daaruit rechtstreeks aan *beneficiaries* dienen te worden toegerekend en de inkomsten uit de *fixed express private trust* door hen rechtstreeks worden genoten, terwijl het genoten inkomen in beginsel haar oorspronkelijke bronkarakter behoudt.

Dat *fixed trusts* niet als een entiteit moeten worden aangemerkt, is ook uit de jurisprudentie af te leiden, zij het echter dat in de literatuur het standpunt wordt verdedigd dat met name uit de arresten van de Hoge Raad 14 juli 2006, nr. 39 201, *BNB* 2007/18*; 14 juli 2006, nr. 39 262, *BNB* 2007/19* en Hoge Raad 26 oktober 2007, nr. 42 537, *BNB* 08/122c zou zijn af te leiden dat ook een *fixed trust* een zelfstandige entiteit zou zijn, tenzij de *beneficiary* over het in de *fixed trust* aanwezige vermogen kan beschikken als ware het zijn eigen vermogen. Een standpunt dat door het Hof Arnhem, 8 juli 2005, nr. 03/2416, door de Advocaat-Generaal *Overgaauw* in het arrest HR 26 oktober 2007, nr. 42 537, *BNB* 2008/122c en door mij niet wordt gedeeld.

Waar het om gaat is of door de *settlor* aangewezen *beneficiary* rechtstreeks (deel) gerechtigd is tot het *trust*vermogen als zodanig en/of de opbrengsten daaruit en wel zodanig dat hij juridisch en economisch belanghebbende is en niet of hij de beschikkingsmacht over het *trust*vermogen heeft, waarbij niet de civielrechtelijke werkelijkheid allesbepalend is, maar waarbij gekeken moet

worden naar de feitelijke omstandigheden.

3) het uit een oogpunt van rechtsvorming te betreuren valt dat de Hoge Raad in de genoemde arresten geen expliciet oordeel heeft uitgesproken over de vraag of een *fixed trust* al dan niet als een zelfstandige entiteit moet worden aangemerkt. Aangenomen dat een zelfstandige fiscale entiteit alleen dan in beeld komt, als vaststaat dat door de *settlor* bij het tot stand brengen van de *trust* door hem geen geïndividualiseerde *beneficiaries* zijn aangewezen en door hem geen rechten van individuele *beneficiaries* zijn bepaald en dat de besluitvorming dienaangaande geheel in handen van de *trustee* is gelegd, dan is er geen reden om te veronderstellen dat een *fixed trust*, die wél geïndividualiseerde *beneficiaries* kent, met wél aan hen individueel toegekende bepaalde/bepaalbare vermogensrechten die hen tot juridisch en economische belanghebbenden bij het *trust*vermogen maken, en waarvan de *trustee* geen discretionaire bevoegdheden heeft ten aanzien van de vaststelling wie *beneficiaries* zullen zijn en wat de aard en omvang van hun rechten is, eveneens als een zelfstandige entiteit zou moeten worden aangemerkt. Van een “zwevend *trust*vermogen” of van “zwevende inkomsten” daaruit, op grond waarvan het ontstaan/bestaan van een zelfstandige entiteit verdedigbaar zou zijn, is immers geen sprake.

4) het tot stand brengen van een *fixed trust* wél zelfstandige gevolgen voor de omvang en de kwalificatie van het inkomen heeft, zulks in tegenstelling hetgeen werd verondersteld. Zo kan een als art. 3.3-ondernemer aan te merken *beneficiary* minder ondernemingsfaciliteiten claimen dan indien hij wel als art. 3.4-ondernemer zou worden aangemerkt; wordt een binnenlands belastingplichtige *beneficiary* die tot de winst uit onderneming is gerechtigd, maar niet tot het ondernemingsvermogen en haar waardemutaties, niet progressief belast en worden de door *beneficiaries* via een als *fixed trust* te kenschetsen *trust*figuur ontvangen periodieke uitkeringen niet progressief belast omdat zij krachtens jurisprudentie geacht worden de tegenwaarde voor een prestatie te zijn.

Deel 5

Wenselijk fiscaal recht

Hoofdstuk 1

Een alternatief voor de wettelijke regeling van een als *discretionary trust* aan te merken doelvermogen

1.1 Inleiding

Ten aanzien van de tot stand gekomen wettelijke regelingen betreffende een afgezonderd particulier vermogen werd hiervoor vastgesteld dat de wettelijke regelingen naar mijn mening niet tot stand hadden mogen komen omdat zij op wezenlijke onderdelen onrechtvaardig en daarmee onbillijk zijn (zie Deel 3, H. 2.4.4, 2.4.5, 2.4.6).

In dit deel van het onderzoek wordt getracht een antwoord te vinden op de vraag welke wettelijke fiscale regelingen betreffende *discretionary* en *fixed trusts* wel gewenst zijn, waarbij de wettelijke regelingen:

- zodanig evenwichtig dienen te zijn dat de belangen van de fiscus en die van de burger beide worden gediend, uitgaande van de tot stand gekomen juridische en economische realiteit;
- niet alleen fiscale erkenning van *trusts* dienen in te houden als naar buitenlands recht tot stand gekomen rechtsfiguren¹³⁰⁹, maar ook voldoende zekerheid dienen te bieden dat *trusts* niet kunnen worden aangewend met het overwegende motief om heffing van belasting te ontgaan door gebruik te maken van een heffingsvacuüm waardoor de Nederlandse belastinggrondslag wordt aangetast;
- gerechtvaardigde Nederlandse heffingsbelangen veilig dienen te stellen, maar tevens een goed evenwicht tussen rechtvaardigheid en doelmatigheid dienen te waarborgen;
- dienen uit te gaan van de vrijheid van kapitaalverkeer en de burger voldoende ruimte dienen te laten om zijn particuliere belangen zodanig in te richten dat ook zijn fiscale belangen daarmee het best zijn gediend. Tenzij sprake is van het evident ontgaan van belastingheffing en wel op een wijze die niet kan worden aanvaard omdat met het tot stand brengen van een *trust* geen ander doel, anders dan bijkomstig, wordt gediend dan het ontgaan van Nederlandse belastingheffing.

¹³⁰⁹ Temeer nu Nederland het Haags trustverdrag heeft geratificeerd en daarmee de rechtsfiguur van de *trust* in beginsel erkent.

Een wettelijke regeling betreffende de *discretionary trust* die aan deze uitgangspunten voldoet, vereist van de wetgever niet alleen voldoende kennis van de *trust* als buitenlandse rechtsfiguur, maar ook een niet vooringenomen houding ten aanzien van de *trust* en het aanwenden daarvan. Uiteraard dient een wettelijke regeling te voorkomen dat het afzonderen en afscheiden van vermogen, via een daartoe tot stand te brengen als doelvermogen aan te duiden zelfstandige buitenlandse entiteit, het op niet aanvaardbare wijze ontgaan van belastingheffing tot gevolg heeft. Met name als deze entiteit is gevestigd in een als “belastingparadijs”¹³¹⁰ aan te duiden jurisdictie.

Het feit dat de belastingdienst zich hiertegen met alle hem ten dienste staande middelen verzet is begrijpelijk. Het is echter onjuist om telkens een al te eenzijdig en negatief beeld van de *trust* als rechtsfiguur te presenteren. Daarmee wordt het beeld van de in de “klassieke”¹³¹¹ *trust*landen gevestigde *trusts*, die vele en verscheidene respectabele doelen dienen, onterecht vertekend. Wenselijk zou dan ook zijn dat ook de wetgever en uitvoerder niet bij voortduring het beeld schetst dat *trusts* kenmerkend zijn voor het doorgaan op gekunstelde wijze eroderen van de Nederlandse belastinggrondslag vanwege het onderbrengen van oorspronkelijk in Nederland renderend vermogen in buitenlandse zelfstandige entiteiten, waardoor er een heffingsvacuüm ontstaat, terwijl er *de facto* van een echte afzondering van vermogen geen sprake is. Dat het uitsluitend zou gaan over het via doelvermogens onbelast inbrengen, aanhouden en uitkeren van vermogensbestanddelen, waarbij allerlei ingewikkelde en ondoorzichtige structuren via belastingparadijzen situaties worden bewerkstelligd waarin op papier het doelvermogen niet meer van de *settlor* is, maar het vermogen evenmin bij de *beneficiaries* is aangekomen¹³¹².

Het is dit eenzijdige beeld dat in de beoordeling van de *trust* de grondhouding van de uitvoerder is. Een grondhouding die gelet op het resultaat van het wetgevingsproces - naar is te betreuren - ook voor de wetgever heeft gegolden. Het zou naar mijn mening een goede zaak zijn geweest indien het wetgevingsproces zich had gericht op het door middel van een vestigingsplaatsfictie creëren van een binnenlandse belastingplicht voor buitenlandse - als entiteiten aan te merken - afgezonderde particuliere vermogens. Een wettelijke regeling die hierna

¹³¹⁰ Zie inzake Nederland en belastingparadijzen: E. Bunders, “Nederland en “belastingparadijzen”, *MBB*, 2006/5. In zijn conclusie (p. 223) stelt hij dat een gezond Nederlands pragmatisme scherpe anti-misbruikregels voorkomt, waarbij *overkill* telkens een gevolg kan zijn.

¹³¹¹ Gedoeld wordt op landen zoals de Verenigde Staten van Amerika, het Verenigd Koninkrijk, Canada, Nieuw Zeeland, Australië en Zuid Afrika.

¹³¹² Aldus de staatssecretaris van financiën in zijn brief d.d. 24 oktober 2008, *VN* 2008/54.127 waarin hij een nader overzicht geeft van de voorgestelde wijzigingen in de Successiewet 1956 (zie onder punt 5 van de brief).

op hoofdpunten wordt uitgewerkt. Echter, alvorens hierop in te gaan wordt eerst een aantal regelingen elders betreffende *trusts* globaal beschreven. Deze beschrijving pretendeert niet het verslag van een rechtsvergelijkend onderzoek te zijn. Het beoogt slechts enig inzicht te bieden in de verschillende regelingen die verschillende *trust*landen kennen en de verschillende wijzen waarop het fenomeen van de “*trust*” door niet-*trust*landen wordt benaderd/bestreden.

Vervolgens komen eerder gedane voorstellen betreffende een wettelijke regeling van doelvermogens aan de orde, waarbij allereerst aandacht wordt geschonken aan het rapport van de werkgroep “Modernisering successiewetgeving” en het kabinetsstandpunt betreffende de herziening van de Succesiewet 1956. Aansluitend worden enkele kritische kanttekeningen bij de voorstellen van de werkgroep geplaatst en overige bezwaren dienaangaande geuit. Tevens wordt een aantal andere in de fiscale literatuur gesuggereerde alternatieven behandeld, alsmede voorstellen welke tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel betreffende het afgezonderd particulier vermogen aan de orde zijn gekomen.

Na op hoofdpunten een nieuwe wettelijke regeling betreffende doelvermogens te hebben uitgewerkt, worden tenslotte voorstellen gedaan om knelpunten, welke zich tijdens het ontstaan en bestaan van een *fixed trust* voordoen, op te heffen.

Dit deel van het onderzoek wordt eveneens afgerond met een samenvatting en conclusie.

1.2 Een aantal regelingen betreffende de *trust* elders

Alvorens te trachten antwoord te geven op de vraag waaraan een evenwichtige wettelijke fiscale regeling betreffende doelvermogens naar mijn mening dient te voldoen, is enig inzicht in de fiscale regelingen elders betreffende de *trust* wenselijk, daarbij onderscheid makend tussen landen die een rechtssysteem hebben waarvan de *trust* als rechtsfiguur deel uitmaakt en landen die de *trust* als zodanig niet kennen¹³¹³.

¹³¹³ Niet alleen de fiscale aspecten van de *trust* worden summier vermeld, maar ook het geldende *trust*recht zelf wordt kort beschreven. Voor een vergelijkende studie van het *trust*recht in verschillende landen wordt voorts verwezen naar Lupoi, 2000 die de *trust*wetgeving in landen met een *civil law-system* resp. een *mixed legal-system* vergelijkt. Voorts bevat “*Trusts in Prime Jurisdictions*” verschillende bijdragen waarin het *trust*recht in een aantal *trust*landen (Australië, de Bahamas, de Britse Maagdeneilanden, Canada, de Kaaimaneilanden, Gibraltar, Guernsey, India, Israël) wordt beschreven, evenals de in die landen geldende fiscale regeling met betrekking tot *trusts*. Zie: Kaplan, 2000. De fiscale informatie is voornamelijk ontleend aan de in het Volume 92b, “*Conflicts in the attribution of income to a person*” opgenomen landenrapporten. Een eerder onderzoek naar de internationale fiscale behandeling van

1.2.1 De belastingheffing van trusts in landen die de trust als rechtsfiguur kennen

Voor wat betreft de landen die de *trust* als rechtsfiguur kennen beperk ik mij tot een aantal belangrijke verdragslanden, zijnde: de Verenigde Staten van Amerika, het Verenigd Koninkrijk, Australië, Nieuw Zeeland, Canada en Zuid Afrika¹³¹⁴.

1.2.1.1 De Verenigde Staten van Amerika¹³¹⁵

In de Verenigde Staten van Amerika onderscheidt men verschillende soorten van *trusts*. Zo is er de tweedeling in *grantor trusts* en *non-grantor trusts*, waarbij de *grantor trust* wordt gekenmerkt door het feit dat de *grantor* als *owner* van het *trust*vermogen wordt aangemerkt. Daarnaast kent men de *ordinary trusts*¹³¹⁶ die worden onderscheiden in *simple trusts* en *accumulation trusts*, waarbij een *simple trust* wordt gekenmerkt door het feit dat alle opbrengsten van het *trust*vermogen door de *trust* worden uitgekeerd en dat niets daarvan mag worden aangewend voor charitatieve doeleinden. Alle andere *ordinary trusts*, die de opbrengsten wel kunnen oppotten ten behoeve van uitkeringen later, worden aangeduid als *accumulation trusts*. Beide vormen van *trust* kunnen *revocable*¹³¹⁷ of *irrevocable* zijn.

common law trusts deed de *International Fiscal Association* reeds in 1986 tijdens haar 40e congres te New York, zie H.T. Ault, “*International Tax treatment of Common Law Trusts*”, Volume 11b, *Kluwer Law and Taxation Publishers*, Deventer- Antwerp, 1988. Het betreft landenrapporten van Australië, Frankrijk, de Duitse Bondsrepubliek, Zwitserland en de Verenigde Staten van Amerika waarin een aantal specifieke vragen de basis van de rapporten vormen. Zie ook Ch. M. Bruce, “*United States Taxation Of Foreign Trusts*”, *Kluwer Law International, The Hague – London – Boston*, 2000. Alsook de (gedateerde) landenrapporten welke zijn opgenomen in D.J. Hayton/S.C.J.J. Kortmann/H.L.E. Verhagen, “*Principles of European Trust Law*”, *Kluwer Law International*, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, alsmede die in Lupoi, 2000 en Hayton, 2002. Deze laatste landenrapporten gaan veelal op het *trust*recht als zodanig in en besteden niet of nauwelijks aandacht aan de fiscale regelingen in de onderscheiden landen.

¹³¹⁴ Geen aandacht wordt besteed aan de overige landen waarmee Nederland een verdrag heeft en die de *trust* als rechtsfiguur eveneens kennen, te weten: Argentinië, Brazilië, India, Japan, Korea, Maleisië, Mexico, Sri Lanka en Venezuela en Rusland. Evenmin wordt ingegaan op de fiscale regelingen die in de meer exotische *trust*gebieden gelden zoals Anguilla, Antigua en Barbado, de Bahamas, Barbados, Belize, Bermuda, de Britse Maagdeneilanden, de Kaaiman eilanden, Cyprus, de Cook eilanden, Gibraltar, Guernsey, Hong Kong, het eiland Man, Jersey, Malta, Mauritius, Nauru, Nevis, Niue, St. Vincent, Seychelles, Turks en Caicos, Vanuatu en Wets Samoa. Zie voor een beschrijving van de aldaar geldende *trust*regeling Lupoi, 2000. Rechtsgebieden die veelal als *tax havens* worden aangeduid en die betreurenswaardig genoeg de oorzaak zijn van het feit dat de *trust* bij velen, zelfs bij Nederlandse bewindslieden, vrijwel uitsluitend negatieve beelden oproept.

¹³¹⁵ Zie Bruce, 2000.

¹³¹⁶ *Ordinary trusts* worden ook wel aangeduid als *pure trusts*.

¹³¹⁷ De *revocable trust* is thans in de Verenigde Staten van Amerika de *trust*vorm die het meest

1.2.1 De belastingheffing van trusts in landen die de trust als rechtsfiguur kennen
1.2.1.1 De Verenigde Staten van Amerika

Voorts onderscheidt men de *domestic* en *foreign trusts*¹³¹⁸, die weer *irrevocable* of *revocable* en *simple* of *accumulation trusts* kunnen zijn. De *foreign trusts* worden doorgaans onderscheiden in *international family trusts* die als een *foreign grantor trust* kan worden aangemerkt indien de *trust revocable* is en tot stand is gebracht door een nog in leven zijnde non-V.S. persoon. Is dit niet het geval dan wordt de *trust* aangemerkt als *foreign non-grantor trust* en belast als een *accumulation trust*; de *pre-immigration trust* die door de *settlor* tot stand is gebracht meer dan vijf jaren voorafgaand aan de emigratie naar de Verenigde Staten van Amerika wordt als een *non-grantor trust* aangemerkt. Is de *trust* binnen 5 jaren voorafgaand aan de emigratie gevormd dan wordt de *trust* als een *grantor-trust* aangemerkt zodat het *trust*inkomen bij de *grantor* wordt belast; de *foreign protection of assets trust* welke tot stand wordt gebracht door een V.S.-persoon wordt als een *grantor-trust* belast; tenslotte is de door een V.S.-persoon tot stand gebrachte *foreign trust* welke tot doel heeft het doen van giften aan non-V.S.-personen als *non-grantor trust* niet U.S.-belastingplichtig.

Uitgangspunt van de wettelijke regeling in de Verenigde Staten van Amerika is dat een *trust* zelfstandig belastingplichtig is en dat de *trustee* de belasting voldoet op basis van een progressief *income tax* tarief, tenzij het *trust*inkomen direct aan *beneficiaries* wordt uitgekeerd. Ingehouden opbrengsten worden derhalve op het niveau van de *trust* met *income tax* belast. De aard van het door *beneficiaries* van de *trust* ontvangen inkomen is doorgaans gelijk aan dat welke het bij ontvangst door de *trust* had. Indien het *trustinstrument* niet voorziet in een allocatie van de verschillende inkomensbronnen bij verschillende *beneficiaries* en het recht daartoe evenmin dwingt, dan worden de *beneficiaries* geacht ieder een *pro rata parte*-deel van het inkomen uit elke inkomensbron te ontvangen. Aldus wordt voorkomen dat een *trustee* belastingvrij inkomen toewijst aan *beneficiaries* met een hoog belast inkomen en belastbaar inkomen aan hen die laag worden belast.

tot stand wordt gebracht en vormt in belangrijke mate een substituut voor het testament. Zie D.M. English, "The American Uniform Trustcode", bijdrage in D.J. Hayton, "Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds", Kluwer Law International, 2002, The Hague/London/New York, p. 326. Kaplan, 2000, p. 128-130.

¹³¹⁸ Van een *foreign trust* is geen sprake indien aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan: 1) een V.S.-rechtbank (of meerdere) kan toezicht uitoefenen op het beheer en bestuur van de *trust* (*courttest*) en 2) een of meer US-trustees (*fiduciaries* in de Amerikaanse terminologie) hebben de bevoegdheid om alle relevante beslissingen van de *trust* te controleren (*controltest*). Zie voor een uiteenzetting over deze voorwaarden: J.R. Duke, "Use of trusts by US Citizens in International Tax Planning", bijdrage in Kaplan, 2000, p. 128/130. Zie voor een opsomming van onderwerpen waarover een rechtbank competent is: R. Whitman, "Estate Planning with Trusts in the United States", bijdrage in Kaplan, 2000, p. 38. Hij gaat nader op de *courttest* en de *controltest* in.

Een *pro rata parte*-regel geldt ook indien een *accumulation trust*¹³¹⁹ naast de *trust*opbrengsten een deel van het *trust*vermogen aan *beneficiaries* uitkeert. Het *distributable net income* vormt de heffingsmaatstaf voor de *beneficiaries* en bepaalt tevens de omvang van de aftrek bij de *trust*.

De zgn. “*throwback-rules*” welke van toepassing zijn op van *foreign trusts*¹³²⁰ ontvangen opgepotte winstreserves komen er op neer, dat uitkeringen uit opgepotte winstreserves alsnog worden belast in eerdere belastingjaren alsof de ontvanger de uitkeringen in die jaren heeft ontvangen¹³²¹. In essentie vormt de *throwback-rule* een formule welke een voorziening tot middeling van inkomen omvat.

Bijzondere aandacht vraagt de *foreign grantor trust*. Onder *grantor trust-rules* wordt de *settlor* van de *trust* beschouwd als de *owner* van het gehele *trust*vermogen of een gedeelte daarvan en dient hij tot zijn inkomen te rekenen alle opbrengsten van het *trust*vermogen of een gedeelte daarvan, alsook alle verminderingen en *credits* die daarmee samenhangen. Dit geldt ook als in het geheel geen inkomen wordt uitgekeerd of anderszins aan de *settlor* ter beschikking staat. Het gevolg hiervan kan zijn dat de *trust* en de *beneficiaries* in het geheel niet worden belast. Mocht de *trust* tot uitkering aan een *beneficiary* overgaan dan wordt dit als een gift van de *grantor* aan de *beneficiary* aangemerkt¹³²².

Deze *foreign grantor-rules* zijn van toepassing als uit het *trustinstrument* blijkt dat de *grantor* nog geheel of gedeeltelijk wezenlijke zeggenschap heeft/ kan hebben ten aanzien van de *trust*, bv. vanwege het recht om de *trust* geheel of gedeeltelijk te herroepen. In feite bepalen de aard en omvang van de door de *settlor* voorbehouden zeggenschap, alsook de door hem

¹³¹⁹ Ook wel aangeduid als *complex trust*.

¹³²⁰ Sinds de *Taxpayer Relief Act* van 1997 zijn de gecompliceerde “*throwback-rules*” niet meer van toepassing op de meeste *domestic trusts*.

¹³²¹ Zie voor een voor uitwerking van deze “*throwback-rules*”: Bruce, 2000, p. 75-91.

¹³²² Naast deze meer algemene *grantor trust rules* zijn er nog speciale regels welke in 1976 en 1996 werden ingevoerd en welke tot doel hebben het ontgaan van belastingheffing tegen te gaan en om “*loopholes*” te dichten. Zie hiervoor Bruce, 2000, p. 116-167. In 2000 werd de *Uniform Trust Code* aangenomen welke de eerste codificatie van Amerikaans *trustrecht* omvat. De redenen voor de totstandkoming was het steeds meer toenemende gebruik van de *trust* in recente jaren, zowel van *family trusts* alsook van *trusts* ten behoeve van commerciële transacties, zowel binnen de Verenigde Staten van Amerika als daarbuiten, terwijl de *trustwetgeving* in vele staten nogal mager was, de bestaande *uniform acts* met betrekking tot *trusts* nogal fragmentarisch en gepubliceerde *trustrecht-uitspraken* gering. Andere *Uniform Acts* zijn: de *Uniform Trustee Powers Act*, de *Uniform Prudent Investor Act*, de *Uniform Principal and Income Act*, de *Uniform Management of Institutional Funds Act*, de *Uniform Custodial Trust Act*, de *Uniform Probate Code, article VII*, de *Uniform Common Trust Fund Act*, de *Uniform Trusts Act*, de *Uniform Supervision of Trustees for Charitable Purposes Act*, de *Uniform Testamentary Additions to Trusts Act*. Zie voor een korte uiteenzetting van deze *Uniform Acts*: Whitman, 2000, p. 33-34.

1.2.1 De belastingheffing van trusts in landen die de trust als rechtsfiguur kennen
1.2.1.1 De Verenigde Staten van Amerika

voorbehouden inkomensrechten¹³²³ of het gehele *trust*vermogen en al haar opbrengsten aan de *settlor* dienen te worden toegerekend of dat de *trust* als het ware “gesplitst” dient te worden. Bijvoorbeeld dat slechts een bepaald vermogensbestanddeel en de opbrengsten daaruit rechtstreeks aan de *grantor* moeten worden toegerekend, dan wel een bepaald buitengewoon inkomen of slechts uitkeringen uit het *trust*vermogen als zodanig. De bevoegdheden en de belangen die de *settlor* zich voorbehoudt en die tot toepassing van de *throw back-rules* leiden, zijn wettelijk vastgelegd en omvatten o.a.¹³²⁴ het houden van een belang bij (een gedeelte van) het *trust*vermogen en/of de opbrengsten daaruit; het houden van het beschikkingsrecht over het beneficiaire genot van (een gedeelte van) het *trust*vermogen en/of de opbrengsten daarvan¹³²⁵; het houden van bepaalde administratieve bevoegdheden, bv. de bevoegdheid om tegen niet-marktconforme voorwaarden met de *trust* te handelen of geld van de *trust* te kunnen lenen tegen een te lage rente of het onvoldoende stellen van zekerheden; het recht om de *trust* geheel of gedeeltelijk te herroepen, te beëindigen of te wijzigen dan wel het recht om andere *beneficiaries* te kunnen benoemen. Teneinde te voorkomen dat veel kapitaal naar *off shore trusts* vloeit, hebben in recente jaren een aantal staten¹³²⁶ de wetgeving met betrekking tot *trusts* zodanig veranderd dat de in deze staten gevestigde *trusts* meer voordelen lijken¹³²⁷ te bieden dan *offshore trusts*. Deze veranderingen betreffen met name de *spendthrift trusts* en de afschaffing van de *rule against perpetuities* dan wel een extreme verlenging van de termijn¹³²⁸. Afschaffing van de *rule against perpetuities* maakt het mogelijk de werking van de *generation-skipping transfer tax (GST)* te vermijden. De *GST* kwam tot stand in 1986 en heeft tot doel

¹³²³ Bv. een recht op het bruto inkomen van de *trust*, het belastbaar inkomen van de *trust*, het *distributable net income* van de *trust* of het *tax exempt income* van de *trust*.

¹³²⁴ Zie voor een volledige samenvatting van bevoegdheden en belangen die tot een behandeling als *grantor trust* leiden: Bruce, 2000, p. 106-115.

¹³²⁵ Op deze regel bestaan een aantal uitzonderingen, zoals bv. het voorbehoud om over *trust*vermogen en/of opbrengsten te kunnen blijven beschikken ten behoeve van personen die voor hun levensonderhoud afhankelijk zijn van de *settlor*. Zie voor meer uitzonderingen: Bruce, 2000, p. 106-109.

¹³²⁶ Alaska, Delaware, Florida, Idaho, Illinois, Maine, Maryland, Nevada, New Jersey, Ohio, Rhode Island, South Dakota, Virginia, Washington en Wisconsin.

¹³²⁷ Schoenblum is van mening dat deze veranderingen op de lange termijn van minimale betekenis zullen blijken te zijn, vanwege te verwachten gerechtelijke uitspraken. Zie J.A. Schoenblum, “*Reaching for the Sky – Or Pie in the Sky*”, bijdrage in “*Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*”, 2002, p. 310.

¹³²⁸ Zoals in Florida waar voor *trusts* tot stand gekomen na 31 december 2000 een *perpetuity*-periode geldt van 360 jaar in plaats van de oorspronkelijk geldende termijn van 90 jaar, tenzij het *trustinstrument* een kortere periode bepaalt.

een einde te maken aan het voorkomen van *estate tax*¹³²⁹ door middel van *discretionary trusts* of *income-only trusts*.

1.2.1.2 Het Verenigd Koninkrijk

Voor een beschrijving van het Engelse *trustrecht* en de Engelse belastingheffing ten aanzien van *trusts* wordt verwezen naar hetgeen daarover in Deel I. “*Inleiding tot de trust*” in hoofdstuk 2 “*Een trust naar Engels recht*” en in hoofdstuk 3 “*De Engelse belastingheffing en de express private trust*” is vermeld.

1.2.1.3 Australië¹³³⁰

In Australië wordt de belasting over *trust*inkomen geheven of van de *trustee* of van de *beneficiary* indien deze tot *trust*inkomen is gerechtigd. Nadat de *trust* door de *settlor* tot stand is gebracht, eindigt zijn betrokkenheid bij de *trust*. Hij mag doorgaans geen *beneficiary* zijn en heeft dientengevolge geen recht of aanspraak meer op het *trust*vermogen. De *trust* als zodanig is geen belastingplichtige entiteit¹³³¹, zij het dat een denkbeeldig belastbaar inkomen voor de *trust* wordt vastgesteld alsof het een afzonderlijke entiteit is, teneinde aldus de door de *trustee* verschuldigde belasting te kunnen vaststellen. *Beneficiaries* worden belast voor het *trust*inkomen waartoe ze krachtens *trustrecht* zijn gerechtigd. De *trustee* wordt belast indien de *beneficiary* minderjarig is, of indien de *beneficiaries* niet in Australië wonen, of wanneer *trust*inkomen wordt gerealiseerd waartoe (nog) geen *beneficiaries* zijn gerechtigd. Australië kent als fiscaal jaar het gebroken boekjaar eindigend op 30 juni.

Beneficiaries worden belast in het jaar dat het *trust*inkomen waarop zij recht kunnen doen gelden, is gerealiseerd en niet in het jaar dat *trust*inkomen door hen wordt ontvangen. De belasting wordt geheven over het in een bepaald jaar genoten netto *trust*inkomen. Dit netto *trust*inkomen wordt berekend als

¹³²⁹ Tot 1986 was het voor vermogenden mogelijk om *estate tax* te ontgaan door bij overdracht van vermogen een generatie over te slaan. Grootouders konden rechtstreeks vermogen aan kleinkinderen overdragen/nalaten. De kinderen waren reeds vermogend zodat er geen reden was vermogen op hen te doen overgaan met hoge heffing tot gevolg. Zie uitgebreider hierover: D.K. Roskies, “*Estate Planning for US Citizens Residing Outside of the US*”, bijdrage in Kaplan, “*Trusts in Prime Jurisdictions*”, 2000, p. 152.

¹³³⁰ Zie T. Johansson, “*Trusts in Australia*”, bijdrage in “*Trusts in Prime Jurisdictions*”, 200, p. 157-186.

¹³³¹ Het *trust*inkomen waartoe *beneficiaries* niet gerechtigd zijn, wordt dus niet met *corporation tax* belast. In 2002 werd besloten om een eerder voorgestelde wijziging van de belastingheffing van *trusts*, die o.a. voorzag in de belastingheffing van *trusts* als ware het *corporations*, niet door te voeren.

ware de *trust* een afzonderlijke binnenlandse belastingplichtige en omvat tevens belastbare vermogenswinsten en toegestane aftrekken. Het *trust*inkomen waartoe de *beneficiary* gerechtigd is, behoudt het inkomens karakter (normaal inkomen/vermogenswinsten) dat het inkomen reeds had bij ontvangst door de *trustee*, zodat de *beneficiary* het tarief verschuldigd is geldend voor vermogenswinsten indien deze deel uitmaken van het door hem te ontvangen *trust*inkomen en hij *carry forward*-vermogensverliezen mag verrekenen¹³³². De *trustee* dient jaarlijks een aangifte in te dienen, ook indien geen belasting van de *trust* wordt geheven. In deze aangifte dienen alle personen die tot het *trust*inkomen zijn gerechtigd en ieders deel daarin te worden vermeld. De *beneficiaries* dienen voor het deel waartoe zij zijn gerechtigd eveneens een aangifte in te dienen. Buitenlandse *beneficiaries* worden geacht niet tot het *trust*inkomen te zijn gerechtigd, dat wil zeggen: de *trustee* is aansprakelijk voor de over dit inkomen verschuldigde belasting. Ontvangt een buitenlandse *beneficiary* dividenden, interest of *royalties* welke in het *trust*inkomen zijn begrepen, dan is de *trustee* tevens aansprakelijk voor de inhouding en afdracht van de bronbelasting, waarbij een verschil wordt gemaakt tussen verdragslanden en niet-verdragslanden. Hoewel natuurlijke personen *trustee* van een *discretionary trust* kunnen zijn, hebben deze *trusts* doorgaans een vennootschap als *trustee* vanwege de voor een *trustee* geldende aansprakelijkheid voor de schulden van de *trust*. De *trustee* is niet tot het *trust*vermogen gerechtigd tenzij ook hij een *beneficiary* is, hetgeen gebruikelijk is als sprake is van een *discretionary trust*. Is dit het geval dan beschikt de *trustee* over zodanige bevoegdheden dat doorgaans een ouder lid van de familie de bevoegdheden van een *appointer* krijgt, dit om de *trustee* adequaat te kunnen controleren. Bij de meeste *family-trusts* is vaak eenzelfde familielid en/of zijn echtgenote bestuurslid en aandeelhouder van de vennootschap die als *trustee* fungeert. Doorgaans hebben ze tevens de bevoegdheid van *appointer*, hetgeen een belangrijke bevoegdheid is in het kader van een *trust*. De *appointer* kan namelijk *trustees* vervangen, hetgeen bij *discretionary trusts* van groot belang kan zijn. Vaak is de *appointer* tevens *beneficiary*, hetgeen hem nog meer invloed geeft. Tenslotte is er nog de functie van *guardian*. Bij *discretionary trusts* is het gebruikelijk dat de *trustee* de voorafgaande toestemming dient te krijgen van de *guardian* indien hij *trust*inkomen of *trust*vermogen aan bepaalde *beneficiaries* wil uitkeren. Met name indien het een eerste uitkering is en in het bijzonder indien de *beneficiaries* geen directe familieleden zijn.

¹³³² Ten aanzien van verliesverrekening door de *trust* gelden (effectief sinds 9 mei 1995) bijzondere regels die de verrekening van verliezen door de *trust* beperken (*Trust Loss Tests*). Zie voor een korte verhandeling over deze beperkingen: Johansson, 2000, p. 174-177.

1.2.1.4 Nieuw Zeeland¹³³³

In beginsel wordt het door een *trust* gerealiseerde inkomen belast op het niveau van de *trust*, welke belasting door de *trust* wordt voldaan. Wordt het inkomen aan *beneficiaries* uitgekeerd dan wordt het inkomen bij de *beneficiaries* belast tegen het voor de *beneficiaries* geldende marginale tarief en kan de door de *trust* betaalde belasting door hen worden verrekend. Als bij *beneficiaries* belast inkomen wordt in het algemeen aangemerkt het door de *trust* in een bepaald jaar gerealiseerde inkomen waartoe de *beneficiary* krachtens *trustrecht* gerechtigd is, dan wel het door de *trust* in een bepaald jaar gerealiseerde inkomen dat door de *trustee* aan de *beneficiary* binnen zes maanden na afloop van het jaar wordt uitgekeerd of toegekend. Men duidt deze opbrengsten aan als het *beneficiary income*.

Uitkeringen van opgepotte *trustopbrengsten* zijn al dan niet belast afhankelijk van de status die de *trust* heeft in het jaar dat de uitkeringen geschieden. Onder opgepotte opbrengsten moet worden verstaan de bij de *trust* wel belaste jaaropbrengsten die niet zijn uitgekeerd. Er worden drie soorten van *trust* onderscheiden die ieder verschillende gevolgen voor de heffing over uitgekeerde *trustopbrengsten* hebben, zij het dat in alle gevallen hetzij de *trust* hetzij de *beneficiaries* worden belast:

1) *Qualifying trusts*, zijn in het algemeen *trusts* die door in Nieuw Zeeland wonende *settlers* tot stand zijn gebracht met in Nieuw Zeeland wonende *trustees* en waarvan de uitkeringen - niet zijnde *beneficiary income* - niet worden belast.

2) *Foreign trusts*, zijnde *trusts* waarvan de *settlers* niet in Nieuw Zeeland wonen en waarvan alle uitkeringen - niet zijnde het *beneficiary income* - waaronder ook te begrijpen bepaalde vermogenswinsten en uitkeringen van het *trustkapitaal*, bij *beneficiaries* zijn belast tegen het voor hen geldende marginale tarief.

3) *Non-qualifying trusts*, zijnde *trusts* die niet als *qualifying trust* noch als *foreign trust* worden aangemerkt en waarvan alle uitkeringen - anders dan *beneficiary income* - tegen een vast tarief van 45% worden belast. De regeling met betrekking tot *non-qualifying trusts* werd ingevoerd als een anti-ontgaanmaatregel en richt zich op *foreign trusts* waarvan de *settlers* inwoners van Nieuw Zeeland zijn.

Alle uitkeringen door een *trust* - niet zijnde *beneficiary income* - welke bij *beneficiaries* zijn belast duidt men aan als *taxable distributions*. Ontvangt een in Nieuw Zeeland wonende *trustee* (lees: de *trust*) inkomen uit het buitenland

¹³³³ Zie B. Ashwell/K. Holmes, *branch reporters* Nieuw Zeeland, 2007, p. 478-482.

dan zal het buitenland naar alle waarschijnlijkheid het inkomen aan hem toerekenen en hem daarvoor middels een bronbelasting belasten. Teneinde economische dubbele belasting te vermijden, mogen de *beneficiaries* in hun inkomstenbelastingaangifte deze bronbelasting - evenals de van de *trust* over het *beneficiary income* geheven belasting - verrekenen, ondanks het feit dat die niet formeel van hen maar van de *trustee* is geheven. Deze tegemoetkoming is gebaseerd op de gedachte dat de *trustee* weliswaar het inkomen ontvangt maar slechts als ware hij een vertegenwoordiger van de *beneficiaries* en dat de van de *trust* geheven belasting feitelijk gezien moet worden als van hen geheven belasting. Teneinde problemen terzake de (hoogte van de) inhouding van bronbelasting te voorkomen is in een aantal verdragen¹³³⁴ bepaald dat de *trustee* voor de toepassing van de inhouding van bronbelasting op dividenden, interest en royalties als de *beneficial owner* van deze inkomsten wordt aangemerkt, ook al is hij dit rechtens niet. Het gevolg hiervan is dat degenen die de dividenden uitkeren of de interest en de royalties betalen niet meer genoodzaakt zijn om vast te stellen wie de werkelijke *beneficial owners* van het inkomen zijn teneinde daarop de hoogte van de bronheffing af te stemmen.

1.2.1.5 Canada¹³³⁵

Het uitgangspunt dat de *trust* wordt behandeld als ware het een zelfstandige juridische entiteit en daarmee een belastingplichtig lichaam, vormt ook in Canada de basis voor de belastingheffing van trusts. Het gevolg hiervan is dat het wereldinkomen in beginsel aan de *trust* wordt toegerekend, zij het dat daarvan onder bepaalde omstandigheden kan worden afgeweken. Zo zijn de door de *trust* uit de jaaropbrengsten aan *beneficiaries* uitgekeerde dan wel toegekende bedragen belastbaar bij de *beneficiaries* en aftrekbaar bij de *trust*. Het belastbaar inkomen van de *trust* omvat derhalve de netto jaaropbrengst en de gerealiseerde netto vermogenswinsten. Een in Canada gevestigde *trust* kan daarbij overigens kiezen of zij de gehele aan *beneficiaries* toekomende opbrengst dan wel een deel daarvan tot haar belastbaar inkomen wil rekenen, zodat dit inkomen bij haar en niet bij de *beneficiaries* wordt belast. Dit kan interessant zijn indien de *trust* compensabele verliezen heeft of voor de *beneficiary* een hoger marginaal belastingtarief geldt dan voor de *trust*. Het inkomen dat door de *beneficiaries*

¹³³⁴ Australië, België, Canada, Chili, Denemarken, Fiji, Finland, Duitsland, Korea, Maleisië, Nederland (art. 6 verdrag), Noorwegen, Singapore, Zuid Afrika, Zweden, Zwitserland, Taiwan, Thailand en de Verenigde Arabische Emiraten.

¹³³⁵ Zie H. Holmes, *branche reporter* Canada, 2007, p. 161-163. Zie voor een meer uitgebreide verhandeling over de belastingheffing van Canadese trusts: M. J. Rochweg/ M. T. Cass, "Taxation of Trusts in Canada", bijdrage in "Trusts in Prime Jurisdictions", 2000, p. 221-237.

van een *trust* wordt ontvangen en door hen wordt aangegeven, behoudt in een bepaald aantal gevallen het inkomens karakter zoals dat bij ontvangst voor de *trust* gold. Zo geldt voor belastbare dividenden welke door belastingplichtige Canadese vennootschappen aan een binnenlandse *trust* worden uitgekeerd dat, indien redelijkerwijs kan worden aangenomen dat deze dividenden in het door de *beneficiaries* aangegeven inkomen zijn opgenomen, ingevolge *trustrecht* de *trust* niet geacht wordt het dividend te hebben genoten maar de *beneficiaries*. Deze regel geldt overigens niet voor *beneficiaries* die buiten Canada wonen. Uitkeringen door de *trust* aan hen worden niet als dividenden aangemerkt.

Ingevolge het *trustrecht* kunnen *beneficiaries* een *credit* claimen voor de door de binnenlandse *trust* betaalde buitenlandse heffing op buitenlands broninkomen. Dienaangaande zijn er twee regelingen. De eerste is gelijk aan die welke voor dividenden geldt. Het acht inkomen dat een binnenlandse *trust* van een buitenlandse bron ontvangt broninkomen te zijn van de *beneficiary*, althans voorzover redelijkerwijs kan worden aangenomen dat dit inkomen overeenkomstig het *trustrecht* is begrepen in het door de *beneficiary* aangegeven inkomen en de *trust* tevens het inkomen als inkomen van de *beneficiary* heeft aangemerkt. In de tweede regeling wordt verondersteld dat een evenredig deel van de buitenlandse bronbelasting welke door de *trust* is voldaan, door de *beneficiary* is voldaan.

Onder bepaalde omstandigheden rekenen bepalingen betreffende de toerekening van *trust*-opbrengsten het *trust*inkomen toe aan de *settlor* of aan degene van wie de *trust* het vermogen ontving¹³³⁶. Dit is bv. het geval indien de *trust* een bepaald van de *settlor* verkregen vermogensbestanddeel houdt dat, vanwege een daartoe gestelde voorwaarde, wederom tot het vermogen van de *settlor*, dan wel van een door de *settlor* aan te wijzen persoon, kan gaan behoren. Een regel die ook geldt voor het substituut-vermogen en welke vergelijkbaar is met het herroepen van een gedeelte van de *trust*. *Trust*inkomen wordt ook rechtstreeks aan de *settlor* toegerekend indien door de *settlor* als voorwaarde is gesteld dat de *trust* het vermogen slechts met toestemming van de *settlor* kan vervreemden, dan wel slechts op basis van diens instructies.

¹³³⁶ De toewijzingsregels gelden zowel voor binnenlandse alsook buitenlandse *trusts*, doch zijn slechts van toepassing op personen woonachtig in Canada.

1.2.1.6 Zuid Afrika¹³³⁷

Hoewel ook in Zuid Afrika een *trust* geen rechtspersoon is, vormt het fiscaal wel een zelfstandig belastingplichtige entiteit, zij het dat het *trust*inkomen - afhankelijk van de omstandigheden - hetzij inkomen van de *settlor*, hetzij inkomen van de *trust*, dan wel inkomen van de *beneficiaries* vormt, terwijl het karakter van het inkomen zich in het algemeen niet wijzigt ongeacht wie geacht wordt het *trust*inkomen te genieten. Opbrengsten welke de *trust* ontvangt, worden aan de nog in leven zijnde *settlor* toegerekend indien sprake is van een aan *beneficiaries* onder opschortende tijdsbepaling of voorwaarde toegekend recht, dan wel indien sprake is van een *discretionary trust* en de *trustees* nog geen opbrengsten aan *beneficiaries* hebben toegekend. Heeft de *settlor* zich het recht voorbehouden om toegekende rechten op het *trust*inkomen te herroepen, dan wordt het *trust*inkomen eveneens aan hem toegerekend, ook al heeft herroeping nog niet plaatsgevonden en hebben de *beneficiaries* een verworven recht op het *trust*inkomen. Het feit dat de *settlor* zich dit recht heeft voorbehouden, is reeds voldoende. Indien buitenlandse *beneficiaries* tot *trust*inkomen uit een in Zuid Afrika gevestigde *trust* zijn gerechtigd, welke opbrengsten in Zuid Afrika zouden zijn belast indien ze door een binnenlandse *beneficiary* zouden zijn verkregen, worden ze aan de binnenlandse *settlor* toegerekend. Deze mag dan wel uitgaven en verliezen geleden, alsook vrijstellingen genoten door de buitenlandse *beneficiary* - als ware het door hem geleden of genoten - in aanmerking nemen. De door de *trust* in een bepaald jaar gerealiseerde opbrengsten worden bij de *trust* belast indien er nog geen *beneficiaries* zijn die tot de opbrengsten zijn gerechtigd en het *trust*inkomen evenmin aan de *settlor* kan worden toegerekend. Zijn *beneficiaries* wel tot de in een bepaald jaar gerealiseerde opbrengsten gerechtigd, bv. omdat zij door de *trustee* daartoe vanwege zijn discretionaire bevoegdheid zijn aangewezen, dan worden de *trust*opbrengsten fiscaal rechtstreeks aan de *beneficiaries* toegerekend. Mocht een binnenlandse *beneficiary* in een bepaald jaar een recht verkrijgen op een *trust*vermogen dat door een buitenlandse *trust* in voorgaande jaren uit inkomen is verkregen en welke verkrijging als

¹³³⁷ Zie M. Badenhorst/M. Kruger, *branche reporters* Zuid Afrika, 2007, p. 562-563. Zuid Afrika behoort samen met Schotland tot de twee landen wier rechtssysteem niet uitsluitend op *common law* en *equity* is gebaseerd. In Zuid Afrika is het recht gebaseerd op de op het Romeinse recht gebaseerde *civil law*. Bij de komst van Engelsen naar Zuid Afrika bestonden er reeds de *donatio cum modo* en de *Stigting*, beide gebaseerd op Nederlands recht, evenals de bewindhebber, te vergelijken met de *guardian*. De Engelsen brachten het land de *trust*. Het verschil tussen beide is dat de bewindhebber eigendom beheert dat toebehoort aan een ander (de *beneficiary*), terwijl de *trustee* goederen beheert die krachtens *common law* zijn eigendom zijn (*legal ownership*). Beide vormen bestaan als sub-types. Zie voor een uiteenzetting over de Zuid Afrikaanse *trust*: Lupoi, 2000, p. 297-301.

*trust*inkomen zou zijn aangemerkt indien de *trust* ten tijde van de verkrijging binnen Zuid Afrika zou zijn gevestigd, dan wordt dit inkomen alsnog aan de *beneficiary* toegerekend in het jaar dat hij zijn beneficiair recht verkrijgt, tenzij het inkomen reeds eerder in Zuid Afrika werd belast, bv. bij de *settlor* of bij de *trust* omdat Zuid Afrikaanse bronbelasting werd ingehouden. Inkomen door een buitenlandse *trust* gerealiseerd waartoe de binnenlandse *beneficiary* is gerechtigd in het jaar waarin het inkomen ontstaat, vormt *trust*inkomen van de *beneficiary* in datzelfde jaar.

Aanspraak op verdragsvoordelen heeft vanuit Zuid Afrikaanse perspectief degene die het *trust*inkomen ontvangt, zijnde de *trust*, ongeacht of Zuid Afrika bronland of woonland is.

Indien het *trust*inkomen aan de *settlor* dient te worden toegerekend dan kan hij de buitenlandse belasting welke ten laste kwam van de ontvanger van het *trust*inkomen (de *trust* dan wel de *beneficiary*) verrekenen, mits het *trust*inkomen tot zijn belastbaar inkomen behoort en het geen inkomen is uit een Zuid Afrikaanse bron. Eenzelfde regeling geldt voor de binnenlandse *beneficiary* die *trust*inkomen tot zijn belastbaar inkomen dient te rekenen.

1.2.2 De belastingheffing van trusts in landen die de *trust* als rechtsfiguur niet kennen

Voor wat betreft de landen die de *trust* niet als rechtsfiguur kennen beperk ik me tot drie landen, zijnde: Duitsland, Frankrijk en Italië¹³³⁸.

1.2.2.1 Duitsland¹³³⁹

Duitsland kent geen rechtsfiguur gelijk aan die van de Anglo-Amerikaanse *trust*¹³⁴⁰. Duitsland kent wel rechtsfiguren die functionele tegenhangers van de *trust* vormen waarbij goederen fiduciair worden overgedragen¹³⁴¹. Zo kent

¹³³⁸ De keuze van deze landen is gebaseerd op het feit dat Duitsland de fiduciaire rechtsfiguur van de *Treuhand* kent en een nogal strikte regelgeving inzake buitenlandse trusts, Frankrijk inmiddels de *fiducie* als *trust*vorm kent en nauwelijks regelgeving met betrekking tot buitenlandse trusts, terwijl Italië anti-ontgaan wetgeving ten aanzien van trusts kent en desondanks een nogal lankmoedige houding ten opzichte van buitenlandse trusts inneemt.

¹³³⁹ Zie H. Kötz, "National Report for Germany", 1999 en U. Kinzl, *branchereporter* Duitsland, 2007, p. 281-282.

¹³⁴⁰ Het begrip *trust* wordt in het Duits aangeduid als een *Vermögensmasse ausländischen Rechts*.

¹³⁴¹ Ook voor het Duitse recht is kenmerkend dat gesplitst eigendom (*legal ownership vs beneficial ownership*) niet bestaat en dat voor beperkt zakelijke rechten een *numerus clausus* geldt.

Duitsland de *Treuhand*¹³⁴² als *inter vivos* trustfiguur¹³⁴³ en de *Nacherbfolge* die overeenkomsten heeft met de *testamentary trust*¹³⁴⁴.

De wijze waarop trusts fiscaal worden behandeld hangt af van de kwalificatie van de trust naar Duits recht. Indien de trust geacht moet worden een *Treuhandverhältnis* te zijn, dan wordt het trustinkomen bij de *settlor* belast, omdat de *settlor* geacht wordt *beneficial owner* van het trustvermogen te zijn gebleven. Dit is met name het geval indien de *trustee* gehouden is de instructies van de *settlor* op te volgen; wanneer de *settlor* een onvoorwaardelijk recht heeft om de overeenkomst met de *trustee* op elk door hem gewenst moment te beëindigen en wanneer de *settlor* verregaande invloed kan uitoefenen op de beslissingen van de *trustee* betreffende (her)investeringen van het trustvermogen. Het *Treugut* blijft voor het schenkings- en successierecht deel uitmaken van het vermogen van de *Treugeber*. Een trust kan echter ook geacht worden een *selbständige Vermögensmasse* te zijn, een rechtsfiguur vergelijkbaar met ons doelvermogen. Van een *selbständige Vermögensmasse* wordt verondersteld sprake te zijn indien noch de *settlor*, noch de *trustee*, noch *beneficiaries* als *beneficial owner* tot het trustvermogen zijn gerechtigd. Indien de *trustee* van zulk een *selbständige Vermögensmasse* een binnenlandse belastingplichtige is, tengevolge waarvan de feitelijke leiding van de trust in Duitsland is gevestigd, dan is de trust voor haar wereldinkomen binnenlands belastingplichtig. Een trust kan ook worden aangemerkt als een *Familientrust*¹³⁴⁵

¹³⁴² Duitsland kent twee soorten *Treuhand*: 1) de *Deutsch-rechtliche* of Germaanse *Treuhand* en de *Römisch-rechtliche fiduziarische Treuhand*. De Germaanse *Treuhand* wordt in de praktijk nauwelijks gebruikt. Naast de *Treuhand* kent het Duitse recht als tegenhanger van de *testamentary trust* een combinatie van drie erfrechtelijke regelingen: de *Nacherbfolge*, het *gemeinschaftliches Testament* en de *Testamentvollstreckung*. Zie voor een beschrijving van deze regelingen in hun samenhang: Kötz, 1999, p. 86-87. Zie ook Sonneveldt, 2000a, p. 209-227.

¹³⁴³ De *Treuhand* heeft weliswaar een aantal kenmerken gelijk aan die van de trust, maar wijkt daarvan af vanwege zijn beperkte toepassingsmogelijkheden en vanwege het feit dat het Duitse recht geen opsplitsing kent van het eigendomsrecht in *legal title* en *beneficial title*. Getoetst aan de in art. 2 van het Haags *Trustverdrag* opgenomen kenmerken van het begrip trust, blijkt de *Verwaltungstreuhand* aan de omschrijving van het begrip trust in zodanige mate te voldoen, dat gesteld kan worden dat de *Verwaltungstreuhand* als een Duitse trustvorm kan worden aangemerkt. Het *Treugut* vormt namelijk een afgezonderd vermogen, de rechtstitel met betrekking tot het *Treugut* staat ten name van de *Treuhänder*, terwijl deze zich verplicht en bevoegd weet het *Treugut* te beheren/besturen en er tevens over kan beschikken. Zie in gelijke zin: Sonneveldt, 2000a, p. 211.

¹³⁴⁴ De *Nacherbfolge* is weliswaar op een aantal punten vergelijkbaar met een *testamentary trust*, maar het meest kenmerkende element van de trust, de splitsing in *legal title* en *beneficial title*, ontbreekt.

¹³⁴⁵ *BFH-Urteil* 5 november 1992, *BSI* Bl. II, 1993 S.388. In deze procedure kwam het Hof tot de conclusie dat de trust kon worden aangemerkt als een doelvermogen in de zin van art. 2 *Körperschaftsteuergesetz*. Zie meer uitgebreid hierover Sonneveldt, 2000a, p. 223. Art. 15 *Aussensteuergesetz* is niet van toepassing indien de *settlor* de controle over het trustvermogen heeft behouden.

als bedoeld in § 15¹³⁴⁶ van het *Aussensteuergesetz*¹³⁴⁷. Van een *Familientrust* is sprake indien de *settlor*, zijn directe verwanten of hun nakomelingen voor ten minste 50 % beneficiair gerechtigd zijn tot het *trust*vermogen. Toepassing van § 15 leidt er toe dat het inkomen en het vermogen van de in het buitenland gevestigde *trust* aan de *settlor* wordt toegerekend¹³⁴⁸ en zodra deze is overleden, aan de *beneficiaries* naar rato van hun gerechtigdheid tot de inkomsten van de *trust* en/of het vermogen bij beëindiging van de *trust*. De *settlor* of de *beneficiary* moet dan wel in Duitsland binnenlands belastingplichtig zijn of Duits broninkomen

¹³⁴⁶ § 15 AstG dat handelt over: *Steuerpflicht von Stiftern, Bezugsberechtigten und Anfallsberechtigten* bepaalt in lid 1: “*Vermögen und Einkommen einer Familienstiftung, die Geschäftsleitung und Sitz ausserhalb des geltungsbereich dieses Gesetzes hat, werden dem Stifter, wenn er unbedingt steuerpflichtig ist, sonst den unbeschränkt steurepflichtigen Personen, die bezugsberechtigt oder anfallsberechtigt sind, entsprechend ihrem Anteil zugerechnet. Dies gilt nicht für die Erbschaftsteuer.* Lid 2 bepaalt: *Familienstiftungen sind Stiftungen, bei denen der Stifter, seine Angehörigen und deren Abkömmlinge zu mehr als die Hälfte bezugsberechtigt oder anfallsberechtigt sind.* Lid 3 bepaalt: *Hat ein Unternehmer im Rahmen seines Unternehmens oder als Mitunternehmer oder eine Körperschaft, eine Personenvereinigung oder eine Vermögensmasse eine Stiftung errichtet, die Geschäftsleitung oder Sitz ausserhalb des Geltungsbereich dieses Gesetzes hat, so wird die Stiftung wie ein Familienstiftung behandelt, wenn der Stifter, seine Gesellschafter, vom ihm abhängige Gesellschaften, Mitglieder, Vorstandsmitglieder, leitende Angestellte und Angehörige dieser Personen zu mehr als die Hälfte bezugsberechtigt oder anfallsberechtigt sind.* Lid 4 bepaalt: *Den Stiftungen stehen sonstige Zweckvermögen, Vermögensmassen und rechtsfähige oder nichtrechtsfähige Personenvereinigungen gleich.* Lid 5 bepaalt: *Die §§ 5 und 12 sind entsprechend anzuwenden. Im übrigen finden, soweit Absatz 1 anzuwenden ist, die Vorschriften des Vierten Teils dieses Gesetzes keine Anwendung.* Zie voor een commentaar op deze bepalingen: F.Wassermeyer, “*Handbuch des Aussensteuerrechts 2007*”, Verlag des wissenschaftlichen Instituts der Steuerberater GmbH Berlin, Verlag C.H. Beck oHG München, 2007. Wassermeyer wijst er in zijn commentaar op dat de Europese Commissie een procedure tegen de BRD heeft gestart vanwege het feit dat het bepaalde in § 15 AstG in strijd zou zijn met de vrijheid van kapitaalverkeer omdat deze toerekening niet geldt voor Duitse familiestichtingen. Met ingang van 1 januari 2009 geldt om deze reden de regeling van § 15 AstG niet meer voor doelvermogens gevestigd in een EU-staat.

¹³⁴⁷ Het *Aussensteuergesetz* (AstG) is te beschouwen als een anti-ontgaan wetgeving en heeft tot doel Duitse belastinginkomsten zo adequaat mogelijk veilig te stellen door o.a. te voorkomen dat in Duitsland te belasten inkomen/winsten worden verschoven naar landen waarin deze inkomsten laag worden belast. Het AstG geeft de Duitse fiscus de mogelijkheid tot 1) verlengde belastingplicht in Duitsland bij emigratie door een inwoner van Duitsland, 2) verplichte afrekening van stille reserves van een in Duitsland gevestigde kapitaalvennootschap vanwege een emigratie door een Duitse aandeelhouder, 3) heffingsmogelijkheden bij buiten Duitsland gevestigde familiestichtingen en daarmee gelijk te stellen entiteiten, 4) aanpassen van winstverschuivingen naar het buitenland, 5) toerekening van de inkomsten van niet in Duitsland gevestigde tussenholdings of laag belaste vennootschappen met passieve inkomsten, 6) verhoogde informatieplicht. Zie: Berger, 2008, p. 47.

¹³⁴⁸ De nieuwe wettelijke regelingen betreffende het afgezonderd particulier vermogen kent eenzelfde aanpak. Het toerekenen van *trust*inkomen en vermogen aan de binnenlandse *settlor*, diens *partner* of erfgenamen.

genieten. Daarbij is het niet van belang of het *trust*inkomen wordt uitgedeeld of opgepot. Heeft de *settlor* geen fiscaal domicilie in Duitsland, dan wordt de in Duitsland wonende *beneficiary* belast, ook al wordt aan hem *de facto* niets uitgekeerd. De overdracht van vermogen vanwege de totstandkoming van een (*common law*) *trust* is belast met erf- of schenkingsbelasting¹³⁴⁹, ondanks het feit dat de *trust* geen rechtspersoonlijkheid bezit¹³⁵⁰ en wel tegen het hoge 50%-tarief¹³⁵¹. Van een heffing is echter geen sprake indien de *settlor* controle houdt over de overgedragen vermogensbestanddelen. Hiervan is sprake indien de *settlor* gerechtigd is de *trust*akte op elk moment te wijzigen; hij het recht heeft de *trust* te herroepen en hij het recht heeft om de *trustee* bindende aanwijzingen te geven met betrekking tot het bestuur van het *trust*vermogen en de uitkering aan *beneficiaries*¹³⁵².

Uitkeringen uit een buitenlands *trust* worden met schenkingsrecht belast¹³⁵³, waarbij de verwantschap tussen de *settlor* en de *beneficiary* bepalend is voor het van toepassing zijnde tarief¹³⁵⁴.

1.2.2.2 Frankrijk¹³⁵⁵

De Franse belastingwetgeving wordt gekenmerkt door het vrijwel geheel ontbreken van wettelijke bepalingen betreffende de belastingheffing van

¹³⁴⁹ Zie voor een uitgebreide behandeling van het Duitse schenkings- en successierecht en de Anglo-Amerikaanse *trust*: Sonneveldt, 2000a, p. 218-226.

¹³⁵⁰ Als basisregel geldt dat van een overdracht van vermogen als bedoeld in de *Erbschaft-* en *Schenkungssteuer* geen sprake kan zijn indien de verkrijger geen natuurlijk- of rechtspersoon is. In 1999 werd daarvan ten aanzien van *trusts*, die geen rechtspersoonlijkheid hebben, afgeweken door in § 7, *Section* 1, Nr. 8, *Satz* 2 *Erbschaft- und Schenkungssteuergesetz* te bepalen dat de overdracht van vermogensbestanddelen aan een *trust* belast zijn ongeacht of de *trust* een rechtspersoon is of niet.

¹³⁵¹ Dit is een gevolg van wetgeving uit 1992 (*Steuerentlastungsgesetz*) welke tot stand kwam teneinde het ontgaan van belastingheffing door middel van het tot stand brengen van een *trust* te voorkomen. Voor 3 maart 1992 was het ontgaan van belastingheffing mogelijk doordat er bij het ontstaan van een buitenlandse *trust* geen heffingsmoment was, terwijl heffing pas aan de orde kwam zodra vermogen werd uitgekeerd. Door voor het moment van uitkering te emigreren kon belastingheffing worden voorkomen. Zie ook Sonneveldt, 1998, p. 224.

¹³⁵² BFH, 28 juni 2007, *BStBl.* II R 21/05.

¹³⁵³ § 7, *Abs.* 1, Nr. 9 *Satz* 2 *Erbschaft-* en *Schenkungssteuer*.

¹³⁵⁴ § 15, *Abs.* 2, *Satz* 2 *Erbschaft-* en *Schenkungssteuer*.

¹³⁵⁵ Zie: N. Merlot/ F. Le Mentec, *branchereporters* Frankrijk, 2007, p. 253; Ph. Rémy, "National Report for France", 1999, p. 131-147, zij het gedateerd vanwege Franse regelgeving betreffende *la fiducie*; M. Tripet, Landenrapport Frankrijk in "International Tax treatment of Common Law Trusts", 1986, p. 15-28; Th. Bernard, "The Fiducie: the Concept of the "Trust" is Finally Incorporated Into French Law", 23 juli 2007, International Legal News; B.B.A. de Kroon/M. de L. Monteiro, "Wijzigingen in de Franse estateplanningspraktijk", www.kluwer.nl/financiedienstverleners, maart 2008.

trusts. Behalve dat de *Code général des impôts* bepaalt dat inkomen uit een *trust* beleggingsinkomsten vormen en dat een administratieve aanschrijving van 25 maart 1981¹³⁵⁶ negenenveertig regels commentaar op het Frans-Amerikaanse belastingverdrag van 28 juli 1967¹³⁵⁷ omvat, zijn er geen specifieke fiscale bepalingen betreffende de belastingheffing van inkomsten uit een *trust*vermogen. Voorts zijn er slechts twee arresten geweest die de fiscaliteit raken. Het gevolg hiervan is dat het lastig is om te bepalen aan wie *trust*inkomen dient te worden toegerekend. Allereerst dient onderscheid te worden gemaakt naar aard en kenmerken van de *trust*. Indien de *trust* herroepbaar is en de *settlor* is de *beneficiary* dan wordt door de fiscus naar alle waarschijnlijkheid het standpunt ingenomen dat het *trust*vermogen nog steeds de *settlor* toebehoort, zodat het *trust*inkomen rechtstreeks aan hem wordt toegerekend¹³⁵⁸. Dit kan tot dubbele belastingheffing leiden indien het *trust*land het *trust*inkomen aan de *trustee* toerekent. Is de *trust* herroepbaar en een ander dan de *settlor* is de *beneficiary* dan valt aan te nemen dat de *beneficiary* voor het *trust*inkomen worden belast, tenzij kan worden aangetoond dat de totstandkoming van de *trust* haar oorzaak vindt in nauwe verwantschap tussen de *settlor* en de *beneficiary* en de *beneficiary* tevens een aanmerkelijk lager marginaal belastingtarief dan de *settlor* kent. Is sprake van een *fixed trust* welke haar *trust*inkomen onmiddellijk aan *beneficiaries* uitkeert, dan kan worden aangenomen dat de *beneficiaries* – vanwege transparantie – het *trust*inkomen genieten¹³⁵⁹. Ook dan kan van dubbele belastingheffing sprake zijn indien het *trust*land de *trustee* als de genietter van het *trust*inkomen aanmerkt. Indien sprake is van een onherroepelijke *discretionary trust*, zodat het *trust*vermogen noch de *settlor*, noch de *trustee*, noch een *beneficiary* aangaat en het *trust*vermogen omvat roerende zaken, dan zou door de fiscus het standpunt kunnen worden ingenomen dat sprake is van verondersteld eigendom (*apparent ownership*) van het *trust*vermogen van de *trustee*. Hij houdt immers het bezit van het *trust*vermogen¹³⁶⁰. Ten aanzien van de vraag hoe de uitkeringen door de *trust* dienen te worden gekwalificeerd, lijkt ook de aanschrijving van 25 maart 1981 een aanwijzing te geven. Op grond van deze aanschrijving kan namelijk in beginsel worden aangenomen dat het door een *fixed trust* gerealiseerde

¹³⁵⁶ BODGI No. 59 van 25 maart 1981, 14 B-2-81.

¹³⁵⁷ Laatstelijk gewijzigd op 24 november 1978.

¹³⁵⁸ Vergelijk met de *grantor-trust*. Deze benadering kan worden afgeleid uit de administratieve aanschrijving d.d. 25 maart 1981.

¹³⁵⁹ Uit een uitspraak door het Hof te Nanterre op 5 mei 2004 inzake een Amerikaanse *irrevocable* en *discretionary trust* blijkt dat een tot een dergelijke *trust* gerechtigde *beneficiary* niet geacht kan worden tot het *trust*vermogen te zijn gerechtigd en derhalve ook geen vermogensbelasting over het *trust*vermogen verschuldigd kan zijn. De Franse fiscus is tegen deze uitspraak niet in cassatie gegaan.

¹³⁶⁰ Art. 2279 *Code Civil* bepaalt dat de houder van roerende zaken geacht wordt eigenaar te zijn.

inkomen bij uitkering aan *beneficiaries* het oorspronkelijke inkomens karakter behoudt, omdat de *trust* nu eenmaal geen rechtspersoonlijkheid bezit. Meer gecompliceerd wordt het als sprake is van een *accumulation trust* die bv. pas vele jaren later bedragen uitkeert waarvan vanwege een beperkte administratie niet meer is vast te stellen uit welke componenten (dividenden, interest, royalties, bedrijfswinsten, vermogenswinsten of het *trust*kapitaal zelf) het is samengesteld. Uit de aanschrijving van 25 maart 1981 kan ook worden afgeleid dat een *beneficiary* moet worden belast in het jaar dat hij het hem toegekende *trust*inkomen ontvangt en niet in het jaar dat de *trust* het *trust*inkomen heeft gerealiseerd, tenzij de *trust* om fiscale redenen geacht moet worden niet te bestaan.

Art. 123 van de *Code général des impôts* bepaalt overigens dat inkomstenbelasting ook wordt geheven over de door o.a. een *trust* niet uitgekeerde *trust*opbrengsten indien sprake is van een *trust* gevestigd in een land met een fiscaal aantrekkelijk belastingstelsel en ten minste 10 % van het financieel belang of de zeggenschap door de *beneficiary* wordt gehouden.

Ten aanzien van de fiscale vestigingsplaats van een buitenlandse *trust* geldt op grond van Franse jurisprudentie dat de *trust* gevestigd is in het land van het voor de *trust* geldende *trust*recht, zijnde doorgaans het recht waartoe bij totstandkoming van de *trust* werd besloten. Een benadering die geen recht doet aan hetgeen art. 7 van het Haags *trust*verdrag bepaalt en die zeker niet voldoet indien de *trust* wordt beheerst door het recht van een *taxhaven*.

1.2.2.3 Italië¹³⁶¹

In het Italiaanse belastingrecht bestaat er vrijwel geen anti-ontgaan wetgeving betreffende de toerekening van inkomsten aan personen. Ingevolge art. 37 lid van een Presidentieel Besluit 600/1973 geldt dat inkomen kan worden toegerekend aan een persoon anders dan degene die daartoe (ogenschijnlijk) gerechtigd is, indien kan worden aangetoond dat degene aan wie het inkomen moet worden toegerekend dit inkomen via een stroman afschermt. Het in meer algemene bewoordingen opgesteld besluit doet dan ook veronderstellen dat inkomen dient te worden toegerekend aan degene die daartoe economisch is gerechtigd. Uit vaste rechtspraak door het *Corte di Cassazione* blijkt echter dat deze bepaling alleen van toepassing kan zijn indien sprake is van schijnhandelingen¹³⁶². Dit betekent dat de bepaling niet van toepassing is indien inkomsten worden omgeleid door middel van een rechtsgeldige overdracht

¹³⁶¹ Zie A. Bavila, branchereporter Italië, 2007, p. 340-343.

¹³⁶² *Corte di Cassazione*, 26 januari 2000, no. 3979; 14 november 2005, no. 22932. Deze jurisprudentie is ontleend aan Bavila, 2007, p. 344 onder noot 46.

van de juridische titel. Tot 1 januari 2007¹³⁶³ ontbrak vrijwel ook fiscale regelgeving met betrekking tot *trusts*. Met als gevolg dat feitelijk geen of zeer weinig belasting over *trust*inkomen werd geheven. De met ingang van 1 januari 2007 geldende regels met betrekking tot de heffing van belasting over het inkomen van *trusts* zijn echter niet geheel duidelijk en evenmin veelomvattend, zodat interpretatie van sporadische jurisprudentie en van de meer algemene beginselen van het Italiaanse fiscale recht geboden blijven. Het gevolg hiervan is dat de fiscale behandeling van *trusts* nog steeds verre van helder is, zodat eerder door fiscale autoriteiten en fiscale adviseurs ontwikkelde en van elkaar afwijkende heffingstheorieën blijven gelden. Uitgangspunt voor de Italiaanse belastingheffing van *trust*inkomen is dat belast dient te worden degene die *de facto* tot het *trust*vermogen en haar opbrengsten is gerechtigd, dat wil zeggen feitelijk de economische beschikkingsmacht over het vermogen en haar opbrengsten heeft¹³⁶⁴. Het gevolg daarvan is dat in het geval van een *discretionary trust*, waarbij de *trustee* weliswaar ultieme zeggenschap heeft ten aanzien van het bestuur van de *trust*, doch waarbij niemand nog economisch tot het *trust*inkomen is gerechtigd, het *trust*inkomen aan de *trust*, als zijnde een zelfstandige belastbare entiteit, wordt toegerekend. Dit is ook het geval indien de *settlor* bevoegd blijft om de *trustee* aanwijzingen te geven, tenzij de aard en de omvang van deze bevoegdheden zo wezenlijk en omvangrijk zijn dat hij daarmee in belangrijke mate de controle over het *trust*vermogen en de opbrengsten daaruit behoudt en daarenboven de feitelijke macht heeft te bepalen wie *trust*inkomsten kan genieten, hemzelf inclusief. In dat geval wordt de *settlor* geacht het *trust*inkomen te hebben genoten. Hierbij speelt ook een belangrijke rol of sprake is van een onherroepelijke of herroepelijke *trust* en of de *settlor* tevens tot de *beneficiaries* behoort. Indien echter moet worden vastgesteld dat de *settlor* geen *beneficiary* is en dit tevens nimmer kan worden, dan wel evenmin op een andere wijze tot het *trust*inkomen kan worden gerechtigd, dan wordt het *trust*inkomen niet aan hem toegerekend. Is sprake van een *fixed trust* dan worden de *beneficiaries* voor het *trust*inkomen waartoe zij gerechtigd zijn, belast. Daarmee wijkt de

¹³⁶³ Wet N. 296 van 27 december 2006.

¹³⁶⁴ Daarmee wordt aangesloten bij de economische realiteit en niet bij hetgeen formeel-juridisch geldt. Deze benadering is gebaseerd op het feit dat art. 53 van de Grondwet bepaalt dat belasting dient te worden geheven op basis van iemands draagkracht (*ability to pay*), dat wil zeggen dat de toename van beschikbare middelen de draagkracht vergroot. Deze grondwettelijke bepaling is van een hogere orde dan het bepaalde in art. 1 van de *Consolidated Taxes Act* waarin is bepaald dat inkomen moet worden toegerekend aan degene die “*ownership of income*” heeft, hetgeen een meer formele benadering is. Desondanks wordt deze laatste benadering door de rechtspraak gevolgd, dit in tegenstelling tot het door de fiscus ingenomen standpunt dat het materieel over het inkomen kunnen beschikken en de mogelijkheid om het inkomen te kunnen genieten bepalend zijn.

toerekening van *trust*inkomen ook in Italië niet af van hetgeen in het algemeen elders gebruikelijk is. De sinds 1 januari 2007 geldende wetgeving betreffende de belastingheffing van *trusts* heeft zowel betrekking op in het binnenland alsook op in het buitenland gevestigde *trusts*, zonder daarbij enig onderscheid te maken naar *trust*vorm. Algemeen uitgangspunt is dat een *trust* voor de heffing van vennootschapsbelasting wordt aangemerkt als een zelfstandig belastingplichtige entiteit, afgescheiden van *settlor*, *trustee* en *beneficiary*. Zij het dat een *trust* met geïndividualiseerde *beneficiaries* als fiscaal transparant wordt aangemerkt, ongeacht of sprake is van een (*revocable*) *fixed trust* dan wel een (*revocable*) *discretionary trust*. Dit betekent dat *beneficiaries* rechtstreeks voor het *trust*inkomen waartoe zij zijn gerechtigd worden belast, ook al hebben zij *de facto* nog niets ontvangen.

Indien een *trust* is gevestigd in een jurisdictie die niet op de zgn. “witte lijst”¹³⁶⁵ voorkomt en de *settlor* een inwoner van Italië is¹³⁶⁶, terwijl een of meer van de *beneficiaries* eveneens inwoners van Italië zijn, dan wordt aangenomen dat de *trust* binnen Italië is gevestigd zodat zij daarmee binnenlands belastingplichtig is, zij het dat tegenbewijs mogelijk is. Is een *trust* gevestigd in een “niet-witte lijst” jurisdictie en de *trust* houdt in Italië gelegen onroerend goed, dan wordt de *trust* eveneens verondersteld in Italië te zijn gevestigd en daarmee binnenlands belastingplichtig te zijn, ook al heeft de *trust* *beneficiaries* die niet woonachtig in Italië en niet van Italiaanse nationaliteit zijn. Of in zulke een situatie tegenbewijs mogelijk is, is overigens niet duidelijk. Voorts geldt ingevolge de nieuwe wetgeving dat de overdracht van vermogen aan *trusts* met het opnieuw ingevoerde schenkings- en successierecht wordt belast. Vanwege een aantal onduidelijkheden in de nieuwe wettelijke regeling publiceerde de Italiaanse belastingdienst op 6 augustus 2007 een aantal richtlijnen. Richtlijnen die tevens tot doel hebben het ontgaan van belastingheffing te voorkomen. Een ontgaan vanwege de fictieve vestiging van “binnenlandse *trusts*” in landen waarmee Italië geen uitwisseling van informatie is overeengekomen. Allereerst maken deze richtlijnen duidelijk dat schenkings- en successierecht alleen verschuldigd is vanwege de overdracht van vermogen door de *settlor* aan de *trustee* en niet, zoals eerder door de fiscus gesuggereerd, ook vanwege de overdracht van de *trust* aan

¹³⁶⁵ Dat wil zeggen een jurisdictie die niet voldoet aan de door het ministerieel besluit van 4 september 1996 vastgestelde eisen van informatieuitwisseling.

¹³⁶⁶ In het kader van de anti-ontgaanwetgeving dient de vraag of een *settlor* een inwoner van Italië is, te worden beantwoord op het moment dat de *trust* wordt gevormd. Dit betekent dat de anti-ontgaan wetgeving niet van toepassing is als een niet in Italië wonende *settlor* een *trust* tot stand brengt en vervolgens naar Italië emigreert. Daarentegen dient de woonplaats van *beneficiaries* van jaar tot jaar te worden beoordeeld, hetgeen interessante vragen oplevert indien de *settlor* tevens *beneficiary* is.

de *beneficiaries*. Voorts bevestigen de richtlijnen dat het van toepassing zijnde heffingstarief dient te worden berekend op basis van de graad van verwantschap tussen de *settlor* en de *beneficiaries* en niet op basis van de verwantschap tussen de *settlor* en de *trustee*. Niet duidelijk is hoe de berekening dient plaats te vinden indien sprake is van een *discretionary trust*. Verder geldt dat een *trust* geacht wordt in Italië te zijn gevestigd indien de zetel van de *trust* of de plaats van waaruit de *trust* wordt bestuurd in Italië is gelegen dan wel de belangrijkste doeleinden van de *trust* in Italië worden verwezenlijkt. Een benadering die aansluit bij het meer algemene uitgangspunt dat een *trust* is gevestigd in het land waarmee zij het nauwst is verbonden. Een gevolg hiervan is overigens dat een *off shore trust* die uitsluitend niet-Italiaanse vermogensbestanddelen houdt, niet geacht wordt in Italië te zijn gevestigd.

De richtlijnen zijn overigens niet duidelijk ten aanzien van de vraag welke factor bepalend is voor de vestigingsplaats van een *trust*. In beginsel komen de volgende factoren daarvoor in aanmerking: het land waar de *trustee* is gevestigd, het land van waaruit de *trust* wordt bestuurd, het land waar de *trust*akte werd opgemaakt en het *trust*vermogen wordt gehouden, het land wier *trust*recht van toepassing is. Voor het kunnen toepassen van de anti-ontgaan wetgeving is echter essentieel dat de *trust* formeel gevestigd dient te zijn in een land dat niet op de “witte lijst” voorkomt. Hieruit valt af te leiden dat de Italiaanse belastingdienst zich primair zal richten op de vraag waar de *trustee* is gevestigd en/of waar het bestuur van de *trust* plaats vindt, zijnde de plaatsen waar relevante informatie met betrekking tot de *trust* wordt gehouden. Voorts maken de richtlijnen duidelijk dat indien sprake is van een *discretionary trust* de aanwijzing als *beneficiary* als zodanig niet voldoende is, maar dat tevens vastgesteld moet zijn tot welk inkomen uit de *trust* de *beneficiary* is gerechtigd, wil deze belastingplichtig zijn.

1.3 Eerdere voorstellen betreffende een wettelijke regeling van doelvermogens

1.3.1 Inleiding

In het verleden is meerdere malen aandacht besteed aan de wijzen waarop de ontgaansmogelijkheden welke *discretionary trusts* bieden, aan banden zouden kunnen worden gelegd. Ontgaansmogelijkheden die bestonden vanwege het feit dat buitenlandse doelvermogens, waaronder de *trusts*, volgens de Hoge Raad (“novemberarresten”) als een zelfstandige fiscale entiteit moesten worden aangemerkt waardoor weliswaar bij de totstandkoming van de *trust* over de inbreng (om niet) door een (fictief) binnenlandse belastingplichtige schenkingsrecht was verschuldigd, maar waarna geen successierecht kan worden geheven over het overgedragen vermogen, terwijl voorts de (eenmalige)

1.3 Eerdere voorstellen betreffende een wettelijke regeling van doelvermogens
1.3.2 Het rapport van de werkgroep “Modernisering successiewetgeving”

uitkeringen uit de *trust* onbelast konden zijn en de waardestijging van het vermogen eveneens buiten de heffing bleef.

De thans geldende wettelijke regelingen betreffende het afgezonderd particulier vermogen beoogt deze ontgaansmogelijkheden te voorkomen. Een regeling die naar mijn mening – algemene beginselen van behoorlijke wetgeving in aanmerking nemend – op wezenlijke onderdelen niet tot stand had mogen komen¹³⁶⁷, temeer nu er naar mijn mening een methodologisch en wetstechnisch beter alternatief denkbaar is

Alvorens dit alternatief voor de thans geldende wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen te schetsen¹³⁶⁸, wordt hierna eerst enige aandacht geschonken aan in het verleden voorgestelde alternatieven.

1.3.2 Het rapport van de werkgroep “Modernisering successiewetgeving”

1.3.2.1 Inleiding

Naar aanleiding van het regeerakkoord uit 1998 werd op 23 maart 1999 door de toenmalige staatssecretaris van financiën bij beschikking¹³⁶⁹ een werkgroep ingesteld, met als opdracht de mogelijkheden tot modernisering van de successiewetgeving binnen een budgettair neutraal kader te onderzoeken en voorstellen dienaangaande te doen. De werkgroep, waarvan vertegenwoordigers uit de wetenschap, de rechterlijke macht, de adviespraktijk, het bedrijfsleven, de belastingdienst en het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en van Financiën deel uitmaakten, stond onder het voorzitterschap van *Prof. Mr. J.K. Moltmaker*. De werkgroep werd uitdrukkelijk verzocht om te onderzoeken of de successiewetgeving nog wel aansloot bij de geldende maatschappelijke opvattingen met betrekking tot moderne relatievormen, de bedrijfsopvolging, de algemeen nut beogende instellingen, familiestichtingen en doelvermogens, vrijstellingen, fictiebepalingen, waardering van ondernemingsvermogen en waardering van de eigen woning. Gegeven de opdracht werd door de werkgroep het bestaan van het successierecht als een gegeven aanvaard. Bijna een jaar later bracht de werkgroep op 13 maart 2000 haar rapport onder de titel “*De warme, de koude en de dode hand*” uit aan de staatssecretaris. Op 5 juni 2001 publiceerde¹³⁷⁰ het kabinet een standpunt over de voorstellen van de werkgroep *Moltmaker*.

¹³⁶⁷ Zie Deel 3, 2.4.4 “*De regeling voor een afgezonderd particulier vermogen staat in het teken van de constructiebestrijding*” en 2.4.5 “*De wetgever heeft onvoldoende zorgvuldigheid betracht*”.

¹³⁶⁸ Zie 1.4 hierna.

¹³⁶⁹ Instelling Werkgroep modernisering successiewetgeving, 23 maart 1999, WDB 99/57M.

¹³⁷⁰ Persbericht Ministerie van Financiën, 5 juni 2001, nr. 2001/164.

1.3.2.2 Conclusie werkgroep

De werkgroep kwam tot de conclusie dat de bestaande Successiewet 1956 op een groot aantal punten aanpassing behoeft. Aanpassingen die primair verband houden met maatschappelijke ontwikkelingen sinds 1956. Hiertoe behoren de ontwikkelingen van de relatievormen, het in toenemende mate gebruik maken van constructies om successiebelasting¹³⁷¹ te ontgaan of te verlichten, o.a. door middel van (super)turbotestamenten of het gebruik maken van buitenlandse rechtsfiguren zoals de *trust*, de sterk toegenomen activiteiten en diversiteit van instellingen van algemeen nut en de problematiek van de bedrijfsopvolging. Voorts was de werkgroep van oordeel dat de wet systematisch te verbeteren en te vereenvoudigen is. Op de onderscheiden hoofdpunten (relatievormen, ondernemingsvermogen en doelvermogens) heeft de werkgroep er naar gestreefd te komen tot regelingen die voldoen aan de maatschappelijke behoeften, evenwichtig zijn, geschikt zijn om voor langere tijd te gelden en uit een oogpunt van uitvoering zo eenvoudig mogelijk zijn. Wat de doelvermogens betreft werd enerzijds de heffing wegens de inbreng in en de uitkering door stichtingen en buitenlandse doelvermogens zoals *trusts* verscherpt, anderzijds werd de familiestichting geïntroduceerd, waarin met een drempelheffing van 10% familievermogen kon worden ingebracht. Na inbreng zou het vermogen fiscaal behandeld moeten worden als ware het nog vermogen van de inbrenger, met als gevolg dat de inbrenger via de statuten van de stichting de uitkeringen naar eigen inzicht kon regelen¹³⁷². De uitkeringen werden met schenkingsbelasting belast naar het tarief dat zou gelden indien de verkrijger rechtstreeks van de inbrenger zou hebben verkregen. De werkgroep verwachtte niet alleen dat aldus kapitaalvlucht kon worden voorkomen en dat grotere vermogens voor de Nederlandse economie behouden konden blijven, maar ook dat tal van constructies die de besparing van successiebelasting beoogden overbodig zouden worden (zoals de zogenaamde “ik opa-testamenten” of “turbo-testamenten”, waarbij zoveel mogelijk een generatie wordt overgeslagen). Aan het rapport

¹³⁷¹ Omdat de werkgroep het wenselijk vond de verouderde term “recht” te vervangen door “belasting”, wordt in het rapport van successiebelasting, schenkingsbelasting en overgangsbelaasting gesproken.

¹³⁷² Teneinde deze uitkeringen aan verwanten van de inbrenger civielrechtelijk mogelijk te maken stelde de werkgroep in § 12.1.1 Bijlage 3; “*Wijzigingen van andere wetten met toelichting*” van het rapport voor om art. 2:285 BW te wijzigen door daaraan een lid 4 toe te voegen inhoudende dat het 3^e lid van dit artikel niet van toepassing is op stichtingen als bedoeld in art. 4.2 tweede tot en met zesde lid van de Successiewet 2001. Aldus zou worden bereikt dat het civielrechtelijke uitkeringsverbod van art. 2. 285 lid 3 BW niet op de familiestichting van toepassing zou worden.

1.3 Eerdere voorstellen betreffende een wettelijke regeling van doelvermogens
1.3.2.3 Doelvermogens (stichtingen, trusts, instellingen van algemeen nut)

werd als bijlage 2 toegevoegd een proeve van een Successiewet 2001, die niet als een voldragen wetsvoorstel kon worden gezien, maar meer het karakter van een aanzet voor nieuwe wetgeving had. Vervolgens merkte de werkgroep nog op dat zij de rechtsgronden van de heffing van successie- en schenkingsbelasting niet principieel ter discussie heeft gesteld, maar het bestaan van de heffingen als een gegeven aanvaardde. De werkgroep was namelijk van mening dat een voortzetting van de discussie over dit onderwerp geen concrete bijdrage zou leveren aan de taak waarvoor zij zich gesteld zag. Ten slotte bestond er naar de mening van de werkgroep geen aanleiding voor een stelselherziening in de successiewet, omdat het huidige stelsel goed zou voldoen en omdat bij de mogelijke alternatieven de nadelen overheersen. Het huidige stelsel zou goed aansluiten bij internationaal aanvaarde beginselen en bij de stelsels zoals die toen in Europees (continentaal) verband bestonden, terwijl de individuele positie van de verkrijger daarin goed tot zijn recht kwam¹³⁷³, aldus de werkgroep.

1.3.2.3 Doelvermogens (stichtingen, trusts, instellingen van algemeen nut)

In § 5 van het rapport kwamen de zgn. doelvermogens (stichtingen, trusts, instellingen van algemeen nut) aan de orde. De werkgroep formuleerde het begrip stichting zodanig ruim, dat daar ook buitenlandse doelvermogens, zoals de *trust*, onder vielen. Voorts had de werkgroep er naar gestreefd om met betrekking tot inbreng en uitkering door stichtingen – en daarmee gelijk te stellen doelvermogens zoals *trusts* en andere buitenlandse doelvermogens – tot een eenvoudig heffingssysteem te komen, zonder het civielrechtelijke schenkingsbegrip geweld aan te doen. Elke making of inbreng in een dergelijke stichting en elke uitkering door een dergelijke stichting zou moeten worden belast naar het tarief geldend voor niet-verwanten. Geen enkele stichting zou als transparant moeten worden beschouwd,

¹³⁷³ De werkgroep kwam tot deze conclusies na eerst te hebben gezien of het wenselijk zou zijn het stelsel te herzien. Daartoe heeft ze eerst overwogen of niet langer bij het domicilie van de erflater zou kunnen worden aangesloten, maar bij dat van de verkrijger, die immers de belastingplichtige is. Nadeel hiervan zou zijn dat een dergelijk stelsel moeilijk te controleren is, met name als het gaat om buitenlandse erflaters of schenkers, waarvan het vermogen zich veelal in het buitenland bevindt. Ook zou een dergelijk stelsel niet goed bij de internationale beginselen aansluiten zoals die o.a. zijn neergelegd in het successiemodelverdrag van de OESO. Terwijl tevens aansluiting bij het domicilie van de verkrijger geen bijzondere voordelen leek te bieden. Voorts heeft de werkgroep nog overwogen of het wenselijk zou zijn de belasting niet langer per verkrijger te bepalen maar over te gaan tot een zuivere nalatenschapsbelasting, hetgeen tot een vereenvoudiging van de successiewetgeving zou leiden. Het nadeel hiervan was echter dat de individuele positie van de verkrijger, b.v. de verwantschap met de erflater, niet tot zijn recht komt. Een stelsel waarin niet per verkrijger wordt gedifferentieerd, was naar het oordeel van de werkgroep niet in overeenstemming met de huidige maatschappelijke opvattingen.

ongeacht de statuten of de aan de inbreng verbonden voorwaarden. Dit gold ook indien het vermogen (onder voorwaarden) naar de inbrenger terugkeerde of indien ten tijde van de inbreng al vaststond, dat het vermogen uitsluitend kon worden verkregen door afstammelingen in de rechte lijn van de inbrenger. Zou een erfflater of schenker deze heffingen willen voorkomen, dan kon hij gebruik maken van de faciliteiten voor de als familiestichting aangeduide doelvermogens. Vorenstaande gold evenzeer voor *trusts* en andere daarmee vergelijkbare buitenlandse doelvermogens. Zo werd b.v. geen rekening gehouden met de herroepelijkheid van een *trust*. De werkgroep vervolgde met de stelling dat *trust*bepalingen in een groot aantal varianten voorkomen en veelal zodanig ondoorzichtig zijn dat het uitvoeringstechnisch niet doenlijk zou zijn om via een uitleg van die bepalingen tot een daaraan aangepaste heffing te komen. In verband met het feit dat uitkeringen door buitenlandse doelvermogens niet in Nederland belast konden worden, zou de zgn. tien-jarenregeling van art 3 Successiewet 1956 tot deze buitenlandse doelvermogens moeten worden uitgebreid, zodat een uitkering door een aanvankelijk in Nederland (feitelijk) gevestigde rechtspersoon of buitenlands doelvermogen nog tien jaren nadat de vestigingsplaats daarvan naar het buitenland is overgebracht, hier te lande met schenkingsrecht moest worden belast. De werkgroep was voorts van mening dat er grote behoefte bestond aan een regeling, welke Nederlandse ingezetenen ervan kan weerhouden – op een civielrechtelijk rechtsgeldige en fiscaal aantrekkelijke wijze – naar het buitenland te vertrekken of hun vermogen over te brengen naar door buitenlands recht geregeerde rechtsfiguren, zoals de *trusts* of de Nederlands-Antilliaanse Stichting Particulier Fonds. In verband daarmee stelde de werkgroep voor om het mogelijk te maken – zowel civielrechtelijk alsook fiscaalrechtelijk – een zgn. familiestichting¹³⁷⁴ op te richten. Kenmerken van zo'n familiestichting zouden zijn:

1) over het ingebrachte vermogen zou de successie- of schenkingsbelasting buiten invordering, blijven voorzover deze meer bedraagt dan 10% van de waarde van het verkregene,

¹³⁷⁴ Dat de werkgroep voor het beheer van familievermogen voor de rechtspersoon van de stichting koos, is te begrijpen vanuit het feit dat de *trust* op vele punten gelijkenis met een stichting als rechtspersoon vertoont, terwijl de rechtsfiguur van de stichting dicht aansluit bij de quasi-rechtsfiguur van het doelvermogen zoals de Hoge Raad die in de “novemberarresten” introduceerde. Door te kiezen voor de stichting “omzijlde” de werkgroep het vraagstuk van het “afgescheiden vermogen” (*separate patrimony*) dat als een zekere eenheid van actieve vermogensbestanddelen opereert, maar niet de status van rechtspersoon heeft (zie voor een nadere uitwerking: Aertsen, 2004, p. 74–78). Omdat de *trust*goederen een afgescheiden vermogen vormen, blijven zij buiten het faillissement, de huwelijksgoederengemeenschap en de nalatenschap van de *trustee*. Daardoor wordt de status van rechtspersoon weliswaar dicht benaderd, maar de *trustee* is formeel rechthebbende (*legal owner*) van de *trust*goederen.

1.3 Eerdere voorstellen betreffende een wettelijke regeling van doelvermogens
1.3.2.3 Doelvermogens (stichtingen, trusts, instellingen van algemeen nut)

2) op basis van een door de stichting gedane jaarlijkse aangifte van het vermogen per 1 januari zou dat vermogen onderworpen moeten worden aan een heffing die overeenkomt met hetgeen de stichting aan inkomstenbelasting verschuldigd zou zijn indien zij belastingplichtig zou zijn op grond van de Wet inkomstenbelasting 2001 (een belasting gelijk aan de vermogensrendementsheffing en /of de aanmerkelijk belangheffing),

3) inbreng van een aanmerkelijk belang zou kunnen geschieden zonder afrekening voor de inkomstenbelasting. Op een door de stichting gehouden aanmerkelijk belang zouden de bepalingen van de Wet inkomstenbelasting 2001 van overeenkomstige toepassing zijn. Een van de stellen voorwaarden zou zijn, dat als verkrijgingsprijs van de stichting dient te gelden die van de inbrenger,

4) de stichting zou jaarlijks aangifte van de gedane uitkeringen moeten doen. Voor de toepassing van het tarief en de cumulatiebepalingen zouden deze uitkeringen beschouwd dienen te worden als schenkingen door de oorspronkelijke inbrenger of erfflater aan de verkrijger en dientengevolge met schenkingsbelasting dienen te worden belast. De schenkingsvrijstellingen voor kinderen, de algemene schenkingsvrijstelling en de vrijstelling voor natuurlijke verbintenissen zouden niet van toepassing zijn,

5) de stichting zou na 60 jaar van rechtswege ophouden te bestaan. Dit zou in boek 2 BW dienen te worden geregeld,

6) het vermogen van de stichting zou geacht moeten worden in zijn geheel te zijn uitgekeerd aan een niet-verwant: a) na het verstrijken van de onder 5 bedoelde termijn, zonder dat de stichting wordt geliquideerd en b) indien de stichting niet langer voldoet aan de bij of krachtens de wet gestelde voorwaarden.

Voorts had de werkgroep een aantal voorwaarden geformuleerd waaraan de stichting zou moeten voldoen om onder het bijzondere regime voor familiestichtingen te vallen:

a) de stichting diende zowel statutair als feitelijk in Nederland te zijn gevestigd.

b) de stichting zou als doel het beleggen van vermogen moeten hebben. Zij zou derhalve geen bedrijf of een vrij beroep mogen uitoefenen of daarmee verband houdende activiteiten zoals het verschaffen van service of management. Wel zou de stichting een aanmerkelijk belang mogen hebben, mits noch de inbrenger noch het bestuur van de stichting enige activiteit in de feitelijke leiding van het bedrijf of vrij beroep ontplooit,

c) per schenker of erfflater zou, al dan niet tezamen met diens partner, slechts één stichting kunnen worden opgericht waarin slechts door de oprichter(s) vermogen zou kunnen worden ingebracht.

d) het buiten invordering gelaten bedrag aan schenkingsbelasting of successiebelasting zou buiten invordering moeten blijven zolang de stichting aan de bij de wet of algemene maatregelen van bestuur gestelde eisen en voorwaarden bleef voldoen. Voor het buiten invordering gelaten bedrag zou zekerheid dienen te worden gesteld.

e) de stichting zou jaarlijks aangifte van haar vermogen en inkomsten en uitgaven moeten doen.

f) indien de termijn van 60 jaren zou zijn verstreken én de stichting daarna niet zou zijn geliquideerd dan wel de stichting niet langer voldoet aan de bij of krachtens de wet gestelde voorwaarden, zou de verschuldigde schenkingsbelasting verrekend dienen te worden met het buiten invordering gebleven bedrag.

1.3.2.4 Kabinetsstandpunt herziening Successiewet 1956¹³⁷⁵

Het kabinet steunde in hoofdlijnen de voorstellen die in het rapport werden gedaan, zij het dat onverkorte invoering van de voorstellen, zo dat al wenselijk zou zijn, niet budgettair neutraal kon geschieden, hetgeen wel een van de randvoorwaarden bij de werkgroepopdracht was. Daarnaast verdienden bepaalde voorstellen naar de mening van het kabinet nog nadere bestudering en/of uitwerking. Het betrof hier in het bijzonder de voorstellen voor de algemeen nut bogende instellingen, de familiestichting en trusts.

Na een korte beschrijving van de successierechten te hebben gegeven en het belangrijkste motief voor de heffing te hebben vermeld (het zgn. buitenkansbeginsel), werden de voorstellen van de werkgroep geanalyseerd en beoordeeld. In § 2.5 “Doelvermogens en Familiestichting” werd o.a. allereerst vermeld dat om de heffing van Nederlandse successie- of schenkingsbelasting te ontgaan, wel toevlucht wordt gezocht in het onderbrengen van vermogen in door buitenlands recht geregelde rechtsfiguren en dat om de druk op successie- en schenkingsbelasting te verminderen en vermogen bijeen te houden testamenten worden gemaakt die over meerdere generaties werken.

Vervolgens werd aandacht besteed aan de betekenis van de trust en de behandeling

¹³⁷⁵ Het kabinetsstandpunt herziening Successiewet 1956 werd bij brief d.d. 5 juni 2001, WDB 2001/370 kenbaar gemaakt.

1.3 Eerdere voorstellen betreffende een wettelijke regeling van doelvermogens
1.3.2.5 (Kritische) kanttekeningen

van de *trust* in de huidige successiewet (de “novemberarresten” en andere *trust*vormen) en trok het kabinet de voorlopige conclusie dat het hele terrein van de *trust* goed in kaart moest worden gebracht. Tevens werd door het kabinet positief geoordeeld over het voorstel van de werkgroep om de *trust* niet transparant te houden en dus een eigen fiscale identiteit te geven, hetgeen wel moest worden bezien in relatie tot de familiestichting. Ten aanzien van deze familiestichting werd opgemerkt dat het Nederlands recht op dat moment geen adequate mogelijkheden bood om successierechtelijk vermogen gunstig bijeen te houden.

Na nog de kenmerken van het fiscaal regime voor de familiestichting te hebben gememoreerd, stelde het kabinet zich op het standpunt dat er met betrekking tot de familiestichting nader onderzoek verricht moest worden, welk onderzoek zich met name diende te richten op de wenselijkheid van de familiestichting en het toenmalige gebruik van *trusts* in *estate-planning*. Daarbij moest niet uit het oog worden verloren dat de familiestichting een veelomvattende materie is, o.a. vanwege haar raakvlak met het burgerlijk recht ¹³⁷⁶.

1.3.2.5 (Kritische) kanttekeningen

In de inleiding van het rapport (§ 1.1.2) concludeerde de werkgroep dat de bestaande Successiewet 1956 op een groot aantal punten aanpassing behoefde. Aanpassingen die verband hielden met maatschappelijke ontwikkelingen, waaronder het in toenemende mate gebruiken van constructies om de successiebelasting te ontgaan of te verlichten. Tot deze constructies rekende de werkgroep de (super)turbo-testamenten en het gebruik van buitenlandse rechtsfiguren als de *trust*. Deze laatste conclusie nodigt uit tot het maken van enige kritische kanttekeningen.

Opmerkelijk is dat de werkgroep heeft gemeend geen onderscheid te hoeven maken tussen:

1) de *trust* waarbij door de *settlor* aan bepaalde/bepaalbare *beneficiaries* vaststaande (vermogens)rechten op de *trust*goederen zijn toegekend (*fixed trust*), zodat van een schenking door de *settlor* aan de *beneficiaries* sprake is

¹³⁷⁶ Vragen die zich hierbij voordeden waren: welke onderdelen van de regeling dienen te worden ondergebracht in boek 2 van het BW en welke onderdelen van de regeling in de Successiewet 1956; hoe verhoudt de familiestichting zich tot de legitieme portie en tot testamentair bewind en hoe verhoudt zich het vereiste dat de stichting maximaal 60 jaar mag bestaan tot de fidei-commissaire making? Tenslotte hoe verhoudt zich de familiestichting zich tot ondermeer het wettelijk verzorgingsrecht van de langstlevende?

en

2) de *trust* waarbij door de *settlor* slechts de groep van *beneficiaries* is bepaald, doch het aan de *trustee* overlaat om op grond van diens discretionaire bevoegdheid (te zijner tijd) te bepalen wie uit de groep van *beneficiaries*, wanneer, wat uit het *trust*vermogen verkrijgt (*discretionary trust*).

De werkgroep onderkende derhalve niet, althans zij heeft er geen blijk van gegeven, dat in het geval van een *fixed trust* geen sprake is van een doelvermogen¹³⁷⁷. Een begrip dat zij overigens niet definieerde. Alle *trusts* werden tot het begrip doelvermogen gerekend, terwijl voorts het begrip “stichting” zodanig ruim werd geformuleerd dat daar ook doelvermogens onder vielen, ergo alle *trusts*. Door vervolgens elke making aan of inbreng in een dergelijke “stichting” en tevens elke uitkering door een dergelijke “stichting” te belasten naar het tarief geldend voor niet-verwanten, zou worden bereikt dat het voor inwoners van Nederland zodanig onaantrekkelijk werd een buitenlandse *trust* tot stand te brengen, dat van een belemmering sprake zou zijn geweest die naar mijn mening strijdig zou zijn geweest met de EU vrijheid van kapitaalverkeer van persoonlijke aard¹³⁷⁸. *Trusts* worden namelijk normaliter niet tot stand gebracht om belastingen te ontgaan of te ontwijken, maar om andere specifieke doelen

¹³⁷⁷ Althans indien men – conform de Hoge Raad (HR 18 november 1998, nr. 31 759, BNB 1999/37c) – een doelvermogen omschrijft als een tot een bepaald doel afgezonderd vermogen dat niet kan worden opgevat als vormende, onderscheidenlijk toebehorende aan, een (rechts) persoon en dat als een zelfstandige entiteit wordt behandeld.

¹³⁷⁸ Van een belemmering in strijd met de vrijheid van kapitaal is sprake indien de met het gemeenschapsrecht onverenigbare maatregel niet op grond van een “*rule of reason*”-excectie kan worden gerechtvaardigd. Het Europese Hof van Justitie heeft met betrekking tot de directe belastingen de volgende “*rule of reason*” – excepties aanvaardt: de doeltreffendheid van de fiscale controles, de bestrijding van belastingfraude of ontwijking, het fiscale territorialiteitsbeginsel en de verstoring van het evenwicht en de wederkerigheid van de tussen een lidstaat en een derde land gesloten internationale overeenkomst. Zie voor een uiteenzetting over deze rechtvaardigingsgronden: A.C.G.A.C. de Graaf, “*De invloed van het EG-recht op het internationaal belastingrecht: beleids- en marktintegratie*”, Kluwer, Deventer-2004, p. 122-125 en de aldaar op p. 124 onder voetnoten 68-70 vermelde jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie. Een maatregel die in strijd is met een bij het EG-verdrag beschermde fundamentele vrijheid – zoals de vrijheid van kapitaal van persoonlijke aard – is slechts gerechtvaardigd, indien de noodzaak bestaat om bv. belastingfraude of –ontwijking te bestrijden. Alleen dan is sprake van een dwingende reden van algemeen belang die een met een fundamentele vrijheid strijdige maatregel kan rechtvaardigen. Echter wanneer sprake is van slechts een algemeen vermoeden van belastingfraude of –ontwijking, dan kan aldus het Europese Hof van Justitie de bestrijding van de belastingfraude of –ontwijking niet als een dwingende reden van algemeen belang worden ingeroepen ter rechtvaardiging van de inbreuk. Zie de Graaf, 2004, p. 124 onder voetnoot 68.

1.3 Eerdere voorstellen betreffende een wettelijke regeling van doelvermogens
1.3.2.5 (Kritische) kanttekeningen

die meer doorslaggevend zijn te realiseren¹³⁷⁹, zodat een beroep op een *rule of reason*-exceptie naar mijn mening niet opgaat.

Mocht overigens wel sprake zijn van kennelijk misbruik van de rechtsvorm van de *trust* omdat:

1) aan de *trust* geen andere praktische betekenis¹³⁸⁰ is toe te kennen dan de beoogde belastingbesparing

en

2) vanwege de rechtsgevolgen van de rechtsgeldig tot stand gekomen (en erkende) *trust* doel en strekking van de Successiewet 1956 worden miskend,

dan staat de fiscus nog altijd de toepassing van het leerstuk van *fraus legis* ter beschikking.

De door de werkgroep voorgestelde prohibatieve regeling, die kennelijk bedoeld was om kapitaalvlucht te voorkomen en grotere vermogens voor de Nederlandse economie te behouden, doet niet alleen sterk denken aan protectionisme, maar was tevens gebaseerd op het naar mijn mening onjuiste uitgangspunt dat *trusts* als een entiteit moeten worden aangemerkt. De stelling dat de *trust*bepalingen in een groot aantal varianten voorkomen en veelal zodanig ondoorzichtig zijn dat het uitvoeringstechnisch niet doenlijk zou zijn om via een uitleg van deze bepalingen tot een daaraan gepaste heffing te komen, werd nergens onderbouwd en was overigens weinig overtuigend, temeer nu er *de facto* twee hoofdtypen *trusts* zijn: de *discretionary trust* en de *fixed trust*, ten aanzien waarvan de onderscheiden gevolgen voor de heffing van het schenkingsrecht bij totstandkoming van de *trusts*

¹³⁷⁹ Bv. in de privé sfeer: *spendthrift trusts*, *trusts* die de financiële belangen van geestelijk of lichamelijk gehandicapten dienen, *trusts* in het kader van de financiële afwikkeling van echtscheidingen, *trusts* om gezamenlijk eigendom van onroerend goed te houden, *trusts* om in de toekomst schenkingen te kunnen doen, rekening houdende met de dan geldende omstandigheden. In de zakelijke sfeer: b.v. *investment trusts*, *trusts to secure creditors*, *personal insurance trusts*, *voting trust*, *landtrusts*, *source code trusts*, *subordination trusts*.

¹³⁸⁰ Omdat de flexibele toepassingsmogelijkheden van de *trust* zowel in de privé sfeer, de zakelijke sfeer alsook charitatief veelvuldig zijn, zal niet snel gelden dat aan de *trust* geen reële, praktische betekenis is toe te kennen. Het is wellicht daarom dat in de Nederlandse fiscale jurisprudentie tot op heden het leerstuk van *fraus legis* ten aanzien van de *trust* niet is toegepast, zij het dat AG *Molmaker* in zijn conclusie bij het arrest *BNB 1999/35* van mening is dat op grond van dezelfde argumenten die hem ertoe brachten te verdedigen dat i.c. de *trust* niet zou moeten worden erkend, de door het hof in haar arrest genoemde omstandigheden onvoldoende zijn om aan te nemen dat belastingbesparing niet het doorslaggevende motief is geweest.

naar mijn mening voldoende duidelijk zijn. Maar zelfs indien al sprake zou zijn van sterk variërende *trust*bepalingen die – zo stelde de werkgroep – tevens veelal ondoorzichtig zouden zijn, dan nog rechtvaardigde dit naar mijn mening niet om de heffing wegens de inbreng in en de uitkeringen door “een *trust*” zodanig te verscherpen dat daarmee de totstandkoming van elke buitenlandse *trust* door inwoners van Nederland *de facto* werd voorkomen. Temeer niet indien de verscherping – zo komt het mij voor – uitsluitend haar oorzaak vond in de wens daarmee de toepassing van een met buitenlandse doelvermogens concurrerende Nederlandse fiscale faciliteit te vergemakkelijken, te weten: de door de werkgroep voorgestelde familiestichting.

Voorts geldt dat door de met betrekking tot het ingebrachte vermogen verschuldigde successie- of schenkingsbelasting buiten invordering te laten voor zover deze meer bedraagt dan 10% van de waarde van hetgeen wordt verkregen, mits de stichting feitelijk en statutair in Nederland is gevestigd, naar nationaliteit en woonplaats (verkapt) werd gediscrimineerd. Een inbreng in een buitenlandse stichting of doelvermogen met vergelijkbare kenmerken werd namelijk de indirecte faciliteit van het buiten invordering blijven van een formeel opgelegde aanslag onthouden. Daarmee kwam de voorgestelde regeling voor familiestichtingen in strijd met het Europese fiscale recht en wel in het bijzonder met art. 56VWEU dat alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling én tussen lidstaten en derde landen verbiedt¹³⁸¹. De vrijheid van kapitaal (een der EU vrijheden¹³⁸²) beschermt de inwoners van de EU tegen belemmering met onderscheid naar woonplaats in het nationale recht van de EU staten. Vrij verkeer van kapitaal behoort tot de fundamentele rechten met directe werking. Voor de inbreuk op dit recht is het niet nodig dat discriminatie wordt vastgesteld. Een belemmering is reeds voldoende¹³⁸³. Met *Koele*¹³⁸⁴ ben ik dan ook van mening dat de werkgroep – ook naar de stand van het Europese recht in 2000 – zich niet voldoende rekenschap heeft

¹³⁸¹ De uitzondering die art 57 lid 1 EU Verdrag op dit uitgangpunt maakt, geldt slechts voor op 31 december 1993 bestaande beperkingen inzake het kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen, vestiging, het verrichten van financiële diensten of de toelating van waardepapieren tot de kapitaalmarkten en niet voor schenkingen, giften en nalatenschappen. Deze behoren namelijk tot de rubriek “kapitaalverkeer van persoonlijke aard” (rubriek XI).

¹³⁸² Tot de EU vrijheden behoren: vrij verkeer van goederen, van personen, van diensten en van kapitaal. Ten aanzien van het begrip vrijheid als bedoeld in art. 14 EU Verdrag gelden verschillende interpretaties, variërend van ruim tot beperkt. Zie voor een uitwerking hiervan: H.T.P.M. van den Hurk, “*Europees Gemeenschapsrecht en directe belastingen*”, 2001, Kluwer-Deventer, p. 44-45.

¹³⁸³ Zie: van den Hurk, 2001, p. 152.

¹³⁸⁴ Koele, 2004, p. 337.

1.3 Eerdere voorstellen betreffende een wettelijke regeling van doelvermogens
1.3.2.6 Overige bezwaren

gegeven van de internationale implicaties van de voorstellen. Het was gelet op de bescherming die het EG verdrag toen reeds bood en op jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie¹³⁸⁵ te verwachten, dat een wettelijke regeling die uitsluitend een naar Nederlands recht opgerichte en in Nederland gevestigde stichting faciliteerde, door het Europees Hof van Justitie als discriminerend zou worden aangemerkt. Het gevolg hiervan zou zijn geweest dat de voorgestelde regeling averechts zou zijn uitgewerkt omdat de nieuw gecreëerde faciliteit, in de zin van een buiten invordering blijven van een formeel opgelegde aanslag, door binnenlands belastingplichtigen had kunnen worden aangewend om meer gebruik te kunnen maken van vergelijkbare buitenlandse rechtsfiguren, zoals de *trust* en de Antilliaanse Stichting Particulier Fonds. En dat is juist niet hetgeen de werkgroep met de voorgestelde regeling voor ogen stond.

1.3.2.6 Overige bezwaren

Als bezwaren tegen de door de werkgroep voorgestelde regeling kunnen voorts nog worden aangevoerd:

1. de regeling had kunnen leiden tot dubbele heffing, omdat zij geen rekening hield met het feit dat de *trust* en andere buitenlandse doelvermogens naar het fiscale recht van andere betrokken landen veelal transparant zijn.
2. de regeling had tot gevolg gehad dat voor *trusts* en andere buitenlandse doelvermogens die zich tijdelijk in Nederland vestigden na remigratie de 10-jaarstermijn zou hebben gegolden, in plaats van de 1-jaarstermijn zoals die voor overige remigrerende buitenlandse natuurlijke- en rechtspersonen geldt.
3. de regeling sloot transparantie van *trusts* en andere buitenlandse doelvermogens uit.
4. de regeling had tot gevolg dat geen rekening werd gehouden met concrete lasten opgelegd aan de *trust* of andere buitenlandse doelvermogens, dan wel aan de (familie)stichting krachtens statuten of reglementen. Daarmee week de regeling af van geldend recht.

¹³⁸⁵ HvJ EG, 11 december 2003, zaak C-364/01, HvJ EG Sanz de Lera, 14 december 1995, C-163/94, C-165/94 en C-250/94, Jurispr. 1995, I 4821.

Het gevolg zou zijn geweest dat het geven van instructies aan de stichting - als ware het een *trustee* - door middel van lastbevoordelingen of derdenbedingen¹³⁸⁶ niet mogelijk zou zijn geweest. Hetgeen de stichting zou hebben verkregen zou met het niet-verwantentariaf zijn belast, zonder met last of beding rekening te houden. Met andere woorden: de voorgestelde regeling merkte elke vermogensoverheveling om niet aan een *trust* of buitenlands doelvermogen, dan wel aan een (familie)stichting aan als een verkrijging krachtens erfrecht of schenking tegen het niet-verwantentariaf zonder dat daarbij rekening werd gehouden met de aard en omvang van de rechten die derden verkregen. Rechten die konden variëren van reeds bepaalde/bepaalbare en daarmee afdwingbare rechten tot slechts blote verwachtingen¹³⁸⁷.

1.3.3 Andere alternatieven

Naar aanleiding van hetgeen door de werkgroep werd voorgesteld is een aantal alternatieven voor de gefacilieerde familiestichting gesuggereerd.

1.3.3.1 De stichting is een “geïstitutionaliseerde uitvoerder” van een derdenbeding

*Koele*¹³⁸⁸ was van mening dat een alternatief zou kunnen zijn een regeling waarbij de stichting geacht kon worden - als een “geïstitutionaliseerde uitvoerder van een derdenbeding”¹³⁸⁹ - een doorgeefluik te zijn richting

¹³⁸⁶ *Koele* wijst erop dat het niet noodzakelijk is dat de derde reeds is aangewezen op het moment dat het moment dat het derdenbeding wordt overeengekomen, noch is het nodig dat de derde reeds bestaat bij het sluiten van het derdenbeding. Aldus kan via een derdenbeding een zekere post-mortale autonomie worden uitgeoefend, waarbij de lasthebber naar de geest van de stipulator zal handelen. Zie *Koele*, 2004, p. 341.

¹³⁸⁷ *Sonneveldt* is in dit verband van mening dat een zuiverder resultaat zou zijn bereikt indien de fiscale behandeling afhankelijk zou zijn van het onderscheid bepaald/bepaalbaar enerzijds en blote verwachtingen anderzijds. Anders door hem gezegd, slechts in geval van zwevend vermogen zou men zijn toevlucht moeten nemen tot de strikte benadering van art. 2.8 ten aanzien van niet-gefacilieerde binnen- en buitenlandse doelvermogens en die van art. 4.2. derde lid, onder c, met betrekking tot de gefacilieerde familiestichting. Zie *Sonneveldt*, 2000b, p. 781.

¹³⁸⁸ Zie *Koele*, 2004, p. 342.

¹³⁸⁹ Ook *Nobel* zocht de juiste oplossing van de problematiek in het - met enige extensieve interpretatie - op één lijn stellen van de inbreng in een *trust* met een gecompliceerd en verfijnd derdenbeding van de *settlor* ten behoeve van de *beneficiaries*. De heffing is dan weliswaar verzekerd op het tijdstip van verrijking, zijnde het moment waarop de *trust* aan de *beneficiaries* uitkeert, maar het *trust*vermogen blijft dan wel fiscaal “zwevend” en onbelast. Zie *Nobel*, 1999, p. 790.

1.3 Eerdere voorstellen betreffende een wettelijke regeling van doelvermogens
1.3.3.1 De stichting is een “geïstitutionaliseerde uitvoerder” van een derdenbeding

familieleden van de oprichter/inbrenger. Het vermogen van de stichting zou dan – zolang er geen uitkeringen zouden zijn gedaan door de stichting – voor de toepassing van de wet op de inkomstenbelasting 2001 op een transparante basis kunnen worden toegerekend aan de overdrager van het vermogen (de “*stipulator*”) dan wel zijn erfgenamen voor gelijke delen. Hiervoor zou wel een wettelijke bepaling zijn vereist, die dan tevens van toepassing zou moeten zijn op buitenlandse doelvermogens waarbij gerechtigden geen bepaalbare of bepaalde gerechtigdheid hebben (vgl. *discretionary trust*). De uitkeringen door de stichting zouden niet als periodieke uitkeringen belastbaar moeten zijn geweest, omdat bij een stichting die als doorgeefluik fungeert geen dubbele heffing past.

Bij inbreng van vermogen door de oprichter/inbrenger zou een instapheffing gerechtvaardigd zijn vanwege het feit dat zolang een derde een begunstiging niet heeft aanvaard, niet kan worden vastgesteld wie de verkrijger is. Het tarief voor deze voorlopige verkrijging door de stichting had max. 7% moeten zijn opdat de regeling concurrerend zou zijn geweest met b.v. het tarief van 7% elders (bv. België). De instapheffing had wel als *credit* moeten kunnen worden verrekend met de uiteindelijk verschuldigde schenkings- of successiebelasting, berekend naar de verwantschap tussen de *stipulator* en de derde-verkrijger. Teneinde recht te doen aan het karakter van een doorgeefluik zouden opeenvolgende verkrijgingen door hetzelfde familielid, voor de toepassing van de progressieve tariefstructuur en de eventuele vrijstellingen, bijeen geteld dienen te worden.

*Koele*¹³⁹⁰ was overigens niet overtuigd van de noodzaak van een beperkte levensduur van de familiestichting. Zij pleitte veel meer voor een actiever toezicht op “dode” vermogensfondsen, waarbij in het geval van strijdigheid met de statuten van de stichting (waarbij passiviteit van het bestuur ook tot een dergelijke strijdigheid zou kunnen leiden) de stichting zou moeten worden ontbonden op last van bv. de rechtbank. Dat de *stipulator* nog een belang zou houden bij een ingebrachte onderneming, met name als dit zowel het doel van de onderneming als ook het doel van de familiestichting zou dienen (continuïteit), werd door haar evenmin als een bezwaar gezien. Het bezwaar tegen dit alternatief is naar mijn mening dat het vermogen van de stichting – zolang er geen uitkeringen zijn gedaan – voor de toepassing van de Wet op de inkomstenbelasting 2001 aan de *stipulator* dan wel zijn erfgenamen voor gelijke delen worden toegerekend, terwijl geen van hen, vanwege de eigendomsoverdracht aan de stichting, over het vermogen en/of haar vermogensopbrengsten beschikt resp. kan beschikken.

¹³⁹⁰ Zie Koele, 2004, p. 343.

Het heffen van een vermogensrendementsheffing wordt dan niet alleen artificieel, maar benadeelt tevens degenen die uiteindelijk niets blijken te verkrijgen.

1.3.3.2 De algemeen nut stichting met private elementen

Een tweede alternatief voor de gefacilieerde familiestichting vormde de algemeen nut stichting met private elementen. Dit alternatief wordt gekenmerkt door het feit dat ingevolge jurisprudentie van de Hoge Raad de status van “algemeen nut stichting” ook wordt verkregen indien met de werkzaamheden ongeveer in gelijke mate het algemene belang en het particuliere belang van de leden worden gediend. Althans dit is af te leiden uit het zogenaamde Brassband I-arrest¹³⁹¹. Uit het zogenaamde Brassband II-arrest¹³⁹² blijkt overigens dat voor de bepaling van de 50%-verhouding een eenvoudige rekenkundige uitsplitsing van bestede tijd geen juiste maatstaf is en dat activiteiten voor niet-leden altijd het algemeen belang dienen. Omdat de verkrijging van vermogen door een “algemeen nut stichting” sinds 1 januari 2006¹³⁹³ ingevolge het bepaalde in art. 32 lid 1, onderdeel 3 Successiewet 1956 geheel was vrijgesteld¹³⁹⁴, terwijl art. 33 lid 1 sub 10 van dezelfde wet een ongeclausuleerde vrijstelling kende van schenkingsrecht met betrekking tot hetgeen wordt verkregen van een algemeen nut instelling voor zover deze op grond van haar statuten e.d. wordt voldaan, kon onbelast max. 50% van het ingebrachte vermogen aan familieleden worden uitgekeerd¹³⁹⁵. Een dergelijke

¹³⁹¹ HR 13 juli 1994, nr. 29 936, *BNB* 1994/280, *V-N* 1994/2711 (Brassband I).

¹³⁹² HR 8 januari 1997, nr. 31 591, *FED* 1997/106, noot van *Van Dijk*.

¹³⁹³ Tot 1 januari 2006 gold voor verkrijgingen door een dergelijke instelling een drempelvrijstelling en bij overschrijding van die vrijstelling een gematigd vast tarief.

¹³⁹⁴ Aan de verkrijging moet niet een opdracht zijn verbonden, welke aan de verkrijging het karakter ontnemt te zijn geschied in het algemeen belang. Deze voorwaarde verbiedt echter niet de verkrijging onder de verplichting tot uitkering van legaten of lasten in de zin van art. 5 lid 1 Successiewet 1956, omdat dit een verplichting is die aan de making voor de instelling is verbonden. Het gevolg hiervan is dat een “algemeen nut”-stichting onbelast vermogen kan verkrijgen, ook al weet zij zich vanwege lastgeving verplicht om bepaalde tot de nalatenschap of de schenking behorende vermogensbestanddelen ten behoeve van familieleden van de erflater-schenker onder *trust*verband te brengen.

¹³⁹⁵ De werkgroep heeft overigens voorgesteld om de bestaande regelingen inzake verlaagd proportioneel tarief (art. 24 lid 4 Successiewet 1956), inzake vrijstellingen (art. 32 lid 1, 3° Successiewet 1956/art. 33 lid 1, 4° en art. 32 lid 1, 11°/art. 33 lid 1, 13°), inzake kwijtscheldingen (art. 67 lid 2, letter a en b /art. 67 lid 1, 3°/art. 67 lid 2, letter c/art. 67 lid 2, letter d/art. 67 lid 1, 4° Successiewet 1956/Resolutie d.d 27 december 1988, *PW* 19659, ptn. 5-6-7) te vervangen door een algehele vrijstelling voor verkrijgingen door in Nederland gevestigde kerkelijke, levensbeschouwelijke, charitatieve, culturele, wetenschappelijke of algemeen nut

1.3 Eerdere voorstellen betreffende een wettelijke regeling van doelvermogens
1.3.3.3 De familiestichting vormt een verlengstuk van de erflater/schenker

regeling bestaat bv. in Duitsland¹³⁹⁶.

Sinds de wijziging van art. 32 van de Successiewet 1956 per 1 januari 2010 is vorenomschreven alternatief niet meer mogelijk omdat wil een stichting onder de ANBI-faciliteit vallen, deze voortaan het algemeen belang voor 90% of meer moet dienen in plaats van 50%.

1.3.3.3 De familiestichting vormt een verlengstuk van de erflater/schenker

Een derde alternatieve regeling voor de familiestichting had kunnen zijn om het regime van de familiestichting uitsluitend te baseren op de verlengstukgedachte¹³⁹⁷ tussen erflater en begunstigden. Dit door *Zwemmer*¹³⁹⁸ voorgestelde alternatief ging ervan uit dat alle uitkeringen door de familiestichting aan een bepaalde verkrijger niet als verkrijgingen van de erflater krachtens schenking, doch als verkrijgingen krachtens erfrecht zouden moeten worden aangemerkt, waarbij elke volgende verkrijging voor de toepassing van tarief en vrijstellingen als aanvullende verkrijging gold. Het gevolg hiervan zou zijn geweest dat elke verkrijger voor het totaal der verkrijgingen als één verkrijging zou zijn belast. De verlengstukgedachte bracht voorts met zich dat het vermogen van de familiestichting aan de vermogensrendementsheffing zou zijn onderworpen en dat uitkeringen door de stichting niet als aan heffing van inkomstenbelasting onderworpen periodieke uitkeringen zouden zijn

beogende instellingen. Bij het toepassen van een algehele vrijstelling past naar de mening van de werkgroep een aantal stringente voorwaarden, met name dat de statutaire en feitelijke werkzaamheden van de instelling geheel of nagenoeg geheel zijn gericht op het algemeen belang. Daarmee keert de werkgroep terug naar een eis zoals die bij de totstandkoming van de Successiewet 1956 in art. 24 lid 4 reeds gold, namelijk dat de rechtspersoon uitsluitend of nagenoeg uitsluitend een algemeen maatschappelijk belang beoogt. Indien dit voorstel door de wetgever zou zijn overgenomen zou de algemeen nut stichting met private elementen in praktische zin geen alternatief meer zijn geweest.

¹³⁹⁶ Zij het dat aldaar een “algemeen nut”-stichting max. 1/3 deel van haar inkomsten ter verzorging en onderhoud van haar oprichter en de beperkte kring van naaste familieleden, alsook van de nagedachtenis en het graf van deze beperkte kring, mag aanwenden. De gedachte hierbij is dat een belastingheffing over een relatief gering “eigen belang” niet past, indien 2/3 van een vermogen of meer, alsook de inkomsten daaruit ten behoeve van het “algemeen belang” zijn aangewend (“*Selbsteignung*”).

¹³⁹⁷ De verlengstukgedachte werd door *Van Mens*, 1985, gepropageerd. Bij de verlengstukgedachte ligt de nadruk op het vertegenwoordigingselement. Dat wil zeggen dat de *trustee* als een intermediair wordt gezien die handelt als een verlengstuk van de *settlor*, zodat een door een *trustee* gedane uitkering een van de *settlor* afkomstige schenking/making vormt. Zie in dit verband ook *Sonneveldt*, 2000a, p. 85-87 en de aldaar tegen de verlengstukgedachte aangevoerde bezwaren.

¹³⁹⁸ *Zwemmer*, 2000, p. 613.

aangemerkt. Een andere consequentie van de verlengstukgedachte zou ten slotte zijn geweest dat de familiestichting voor hetgeen ze verkrijgt niet zou zijn belast en dat heffing van successierecht bij het overlijden van de *settlor* achterwege zou zijn gebleven. Heffing van successierecht zou namelijk pas aan de orde zijn gekomen zodra de stichting bedragen aan begunstigden zou hebben uitgekeerd. Het gevolg hiervan zou zijn geweest dat de heffing van successierecht zou zijn uitgebleven zolang de stichting niet tot een uitkering aan begunstigden zou hebben besloten, hetgeen tot een wel zeer langdurig uitstel zou hebben kunnen leiden.

*1.3.3.4 Voorstellen die tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel betreffende het afgezonderd particulier vermogen aan de orde zijn gekomen*¹³⁹⁹

Ook tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel betreffende het afgezonderd particulier vermogen werd aandacht besteed aan mogelijkheden om – naast het negeren van het afgezonderd particulier vermogen – misbruik of oneigenlijk gebruik van afgezonderde particuliere vermogens aan te pakken¹⁴⁰⁰. Zo kwamen aan de orde:

1. een fiscale transparantie richting de begunstigden,
2. de mogelijkheid om alleen het inbrengen in en het uitkeren uit een afgezonderd particulier vermogen te belasten¹⁴⁰¹, alsook
3. een door *PwC* voorgestelde “*Proeve van een familiestichting*”.

¹³⁹⁹ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, *V-N* 2009/22.3, p. 37-38.

¹⁴⁰⁰ De Memorie van toelichting blijft ook in deze paragraaf het beeld uitdragen van doelvermogens welke fiscaal worden misbruikt of oneigenlijk gebruikt.

¹⁴⁰¹ Er zijn ook andere alternatieven denkbaar. Zo stelt *Auerbach* voor een inkomstenbelastingplicht voor het doelvermogen en een jaarlijkse additionele heffing van schenkings- c.q. successierecht ter voorkoming van ongelimiteerd uitstel van heffing. Zie *Auerbach*, 2009a, p. 130. Ook *Stevens* en *Olde Bijvank* zijn van mening dat bij voorkeur de *trust* fictief zou kunnen worden aan gemerkt als belastingplichtig voor de inkomstenbelasting. De *trust* neemt dan fiscaal de positie over van de inbrenger van het vermogen. Het voordeel van de benadering zou volgens hen zijn dat de fiscale claims eenvoudig kunnen worden behouden. Zie S.A. Stevens/S. Olde Bijvank, “*De contouren van een Nederlandse trust*”, *Fiscaal Tijdschrift Vermogen*, 2007/47, p. 15. *Stevens* en *Auerbach* stellen in hun proeve een introductie van een voor de heffing van inkomstenbelasting fictief belastingplichtige familiestichting voor.

1.3 Eerdere voorstellen betreffende een wettelijke regeling van doelvermogens
1.3.3.4.2 Belasten bij het inbrengen in en het uitkeren uit een afgezonderd particulier vermogen

1.3.3.4.1 Fiscale transparantie

Bij een fiscale transparantie wordt het volledige afgezonderd particulier vermogen aan de begunstigden toegerekend, zodat de inbrenger buiten beeld blijft. Het gevolg hiervan is dat direct “schenkbelasting” verschuldigd is bij het instellen van het afgezonderd particulier vermogen, terwijl de aanspraak op het afgezonderd particulier vermogen tot de rendementsgrondslag van box 3 van de begunstigden wordt gerekend. Deze oplossing van toerekening aan de begunstigden zou volgens de staatssecretaris stuiten op het bezwaar dat de begunstigden de structuur niet hebben opgezet, er vaak niets van af weten, de onbelemmerde beschikkingsmacht over het afgezonderde particulier vermogen missen en verder van het vermogen afstaan dan de inbrenger¹⁴⁰².

Wat van deze bezwaren ook moge zijn, hét bezwaar dient naar mijn mening te zijn dat ook in deze benadering de voor een afgescheiden discretionair vermogen geldende juridische en economische realiteit wordt genegeerd. Verwachters van een *discretionary express private trust* zijn namelijk geen begunstigden en hebben derhalve geen afdwingbare rechten.

Het omwille van de constructiebestrijding fictief toerekenen van discretionair *trust*vermogen en opbrengsten daaruit aan verwachters, is dan ook net zo onaanvaardbaar als het krachtens wetsfictie toerekenen van *trust*vermogen en/of opbrengsten daaruit aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen.

1.3.3.4.2 Belasten bij het inbrengen in en het uitkeren uit een afgezonderd particulier vermogen

Een tweede alternatief, is een meer beperkte aanpak, zoals destijds door de werkgroep *Moltmaker* voor de familiestichting is gesuggereerd. Entiteiten als stichtingen en *trusts* zijn dan niet transparant en hebben geheel in lijn met de hoofdregel, een eigen fiscale identiteit. De afgezonderde particuliere vermogens zouden echter een uitzondering op die hoofdregel vormen. Deze uitzondering zou noodzakelijk zijn om, zeker in grensoverschrijdende situaties, het vermogen in die entiteiten dat direct of indirect dienstbaar is aan de particuliere belangen, in de belastingheffing te kunnen betrekken. Ook de werkgroep *Moltmaker* wilde dergelijke vermogens in de belastingheffing betrekken, maar de methode die de werkgroep daarbij voor ogen stond zou niet werkbaar zijn, aldus de toelichting¹⁴⁰³. Zij stelde namelijk in haar rapport voor de familiestichting zelf te onderwerpen aan een heffing die overeenkomt

¹⁴⁰² Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, V-N 2009/22.3, p. 37.

¹⁴⁰³ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, V-N 2009/22.3, p. 37.

met hetgeen de stichting aan inkomstenbelasting verschuldigd zou zijn indien zij belastingplichtig zou zijn op grond van de Wet inkomstenbelasting 2001. Hieruit vloeit noodzakelijkerwijs voort dat de stichting volgens het voorstel van de werkgroep verplicht in Nederland gevestigd moet zijn, hetgeen echter in strijd lijkt te zijn met de Europese regels met betrekking tot de vrijheid van kapitaalverkeer. Los nog van het feit dat de Wet inkomstenbelasting 2001 zou moeten worden toegepast op een rechtspersoon, wat op zich al aanleiding geeft tot allerlei complicaties. Het voorstel voor een familiestichting bood verder de mogelijkheid vermogen gedurende een periode van 60 jaar buiten de heffing van “schenk- en erfbelasting” te houden, ook als de inbrenger gedurende die periode komt te overlijden. Een dergelijke mogelijkheid moet worden gezien als een instrument voor *estateplanning* waarmee een niet te rechtvaardigen belastingbesparing zou worden behaald, zo vervolgt de toelichting. Ten slotte – zo werd in de toelichting opgemerkt – zou het verder werken langs de lijnen van de voorgestelde familiestichting er niet toe kunnen leiden dat vermogens in buitenlandse entiteiten in de belastingheffing kunnen worden betrokken, ook niet als dat dienstbaar is aan in Nederland woonachtige natuurlijke personen. Het gedane wetsvoorstel heeft ondanks alle verschillen ook belangrijke overeenkomsten met de familiestichting, zo besloot de toelichting¹⁴⁰⁴. Zo wordt zowel bij de familiestichting als in het wetsvoorstel het vermogen in de entiteit met inkomstenbelasting belast. Verder worden uitkeringen uit de entiteit zowel bij de familiestichting als in het wetsvoorstel voor de “schenk- en erfbelasting” belast naar de familierelatie met de inbrenger of, in het wetsvoorstel, zijn erfgenamen. Maar daarmee houden de overeenkomsten dan wel op.

1.3.3.4.3 De door PwC voorgestelde “Proeve van een familiestichting”

In de Memorie van antwoord aan de vaste Eerste Kamercommissie van Financiën werd vanwege vragen gesteld door leden van de CDA-fractie ook nog ingegaan op een door *PricewaterhouseCoopers* gedaan voorstel tot introductie van een familiestichting als Nederlands alternatief voor de Angelsaksische *trust*. In deze “*Proeve van een familiestichting*” van 5 november 2009 wordt een systeem voorgesteld dat uitgaat van een entiteitsbenadering waarbij het doelvermogen als belastingplichtige voor de Wet inkomstenbelasting 2011 wordt aangemerkt¹⁴⁰⁵ en dat de navolgende kenmerken heeft:

¹⁴⁰⁴ Zie Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, V-N 2009/22.3, p. 38.

¹⁴⁰⁵ Een voordeel van het aansluiten bij de positie van de inbrenger – de entiteit neemt immers de positie van de inbrenger van het vermogen in – is dat ten aanzien van het afzonderen van vermogen doorschuif Faciliteiten kunnen worden toegepast. Een belangrijk nadeel acht ik het feit dat het in de inkomstenbelasting belasten van fiscaalrechtelijke entiteiten niet binnen ons fiscaal systeem past.

1.3 Eerdere voorstellen betreffende een wettelijke regeling van doelvermogens
1.3.3.4.3 De door PwC voorgestelde "Proeve van een familiestichting"

- voor de stichting zou geen uitkeringsverbod mogen gelden;
- de activiteiten van de stichting zouden zich moeten beperken tot beheer van vermogen, zijnde beleggingsactiviteiten, houdster- en financieringsactiviteiten en het doen van uitkeringen aan begunstigden (familieleden en algemeen en sociaal nuttige doelen);
- de familiestichting is niet verplicht een jaarrekening te publiceren. Publicatie van de namen van de bevoegde bestuursleden in de Kamer van Koophandel zou voldoende moeten zijn;
- in een afgezonderd register, slechts toegankelijk voor bepaalde overheid instanties, dient een door een registeraccountant goedgekeurde jaarrekening van de familiestichting te worden geponeerd;
- de inbreng van vermogen in de stichting dient te zijn vrijgesteld;
- de familiestichting wordt fictief belastingplichtig voor de inkomstenbelasting. Dat wil zeggen, beleggingen zijn belast conform de huidige systematiek van box 3;
- (1,2% van het vermogen) en inkomsten uit aanmerkelijk belang zijn belast tegen 25%;
- uitkeringen uit de familiestichting zijn belast tegen het bestaande familieattribution voor ouder-kind (max. 27%, voorgesteld is het tarief naar 20% te verlagen);
- jaarlijks moet een vermogensheffing worden betaald, waarop de belastingen op uitkeringen in mindering kunnen worden gebracht;
- er moeten maatregelen worden genomen om emigratie van de stichting te voorkomen, bv. via een verlengde vestigingsplaatsfictie;
- de regeling van de legitieme portie dient te worden gemaximeerd tot nalatenschappen met een waarde van max. € 10 miljoen¹⁴⁰⁶.

¹⁴⁰⁶ Zie conclusie en samenvatting van de Proeve van een familiestichting op 5 november 2009 gepubliceerd door S. Stevens/X. Auerbach, PricewaterhouseCoopers, Amsterdam/Utrecht.

De staatssecretaris gaf navolgende reactie op de proeve¹⁴⁰⁷.

Eerst stelde hij vast dat het initiatief van PwC zeer door hem werd gewaardeerd en dat belangrijke onderdelen van de proeve in het nieuwe afgezonderd particulier vermogen-regime zitten. De proeve en het wetsvoorstel lopen echter vooral uiteen in de fase van het aanhouden van vermogen in een doelvermogen, terwijl de proeve tevens goed laat zien welke moeilijkheden opduiken en welke lastige keuzes moeten worden gemaakt als wordt gekozen voor een systeem van heffen bij een familiestichting zelf. Het voorstel zou op navolgende bezwaren stuiten:

- aanzienlijk complexere wetgeving; er is een aparte winstbox nodig, bestaande vrijstellingen (bv. in box 3) voor natuurlijke personen moeten worden omgevormd zodat ze ook voor de familiestichting gelden, hetgeen evenzeer nodig is voor bepaalde faciliteiten (bv. de giftenaftrek en de bedrijfsopvolgingsregeling); ook stuit het belasten van een familiestichting in de inkomstenbelasting op allerlei andere problemen;
- er blijven mogelijkheden van zwevend vermogen en belastingarbitrage bestaan (bv. het ontgaan van de terbeschikkingsregeling en gebruikelijk loon);
- er wordt geen of onvoldoende rekening gehouden met meerdere inbrengers en met inbrengers en erfgenamen die in het buitenland wonen; het gaat erg ver om ook dan de familiestichting volledig in Nederland te belasten;
- bepaalde vermogensbestanddelen mogen niet worden ingebracht in de familiestichting; deze voorwaarde lijkt onnodig belemmerend en wordt niet gesteld in het wetsvoorstel;
- er wordt geen rekening gehouden met de mogelijkheden die DGA's worden geboden in het wetsvoorstel. Overige fiscale maatregelen 2010 (bv. de onbelaste doorschuiving van een ab-pakket);
- waarborgen voor invordering ontbreken: het direct verplaatsen van de vestigingsplaats van een familiestichting naar een niet-verdragsland of een niet-coöperatief land stelt de ontvanger voor een onmogelijke opgave te kunnen innen.

¹⁴⁰⁷ Zie Memorie van antwoord, Kamerstukken I 2009/10, 31930, nr. D.

Om deze redenen was de staatssecretaris van oordeel dat het wetsvoorstel een aanzienlijk beter systeem is¹⁴⁰⁸. Het wetsvoorstel plaatst een afgezonderd particulier vermogen juist niet op een “fiscaal eiland” met een geheel eigen fiscaal regime, maar integreert het afgezonderd particulier vermogen in het bestaande wettelijk stelsel, aldus de staatssecretaris. Fiscale transparantie plaatst de inbrenger in dezelfde positie als vóór de inbreng: alle vrijstellingen en faciliteiten blijven onverkort van toepassing. Daarmee zou het wetsvoorstel veel begrijpelijker zijn, vereist het geen complexe aanvullende wetgeving in verschillende wetten en behandelt het materieel gelijke gevallen op gelijke wijze. Tot slot was de staatssecretaris van mening dat het vrije verkeer van personen, goederen, diensten, kapitaal en vestiging onnodig zou worden beperkt in het alternatief van *PwC*. Kortom de staatssecretaris wenste categorisch vast te houden aan de door hem voorgestelde regeling. Na deze beantwoording door de staatssecretaris zijn de Eerste Kamerleden niet verder meer op het in de proeve aan de orde gestelde alternatief ingegaan.

1.3.3.5 Het voorstel van Boer

In zijn dissertatie werkt Boer een voorstel uit dat in grote lijnen erop neer komt dat een separate heffing ten aanzien van doelvermogens wordt geïntroduceerd die zijn rechtvaardiging vindt in het ontbreken van een kanaal tussen entiteit en de daarbij betrokken (rechts)personen en waarbij de afzonderlijke heffing naar het principe van een subjectieve heffing over de inkomsten vorm moet worden gegeven. Voor wat betreft de heffing zou dan in grote lijnen kunnen worden aangesloten bij de systematiek van de vermogensrendementsheffing, waarbij wat betreft de hoogte van het forfaitaire rendement (4%) en het tarief (30%) box 3 als uitgangspunt kan gelden. Het doelvermogen wordt daarbij aangemerkt als een lichaam voor de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, waarbij de grondslagen overeenkomstig de Wet inkomstenbelasting 2001 worden bepaald. Het voordeel van een dergelijk regime voor particuliere doelvermogens binnen de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 is volgens Boer dat ten aanzien van doelvermogens “fiscaal maatwerk” kan worden geleverd om de gelijkheid tussen afgezonderd vermogen en niet-afgezonderd vermogen zo veel mogelijk te waarborgen en te begeleiden (doorschuif Faciliteiten en bepalingen die claimbehoud op het niveau van het doelvermogen waarborgen). De belaste sfeerovergang vanwege de overdracht van vermogensbestanddelen afkomstig

¹⁴⁰⁸ Voor mijn kritiek op de per 1 januari 2010 tot stand gekomen wettelijke regelingen betreffende het afgezonderd particulier vermogen verwijs ik naar Deel 3, 2.4.4 “*De regeling van een afgezonderd particulier vermogen staat in het teken van de constructiebetrijding*” en 2.4.5 “*De wetgever heeft onvoldoende zorgvuldigheid betracht*”.

uit de winst- of resultaatssfeer van box 1, dan wel een aanmerkelijk belang behorend tot box 2 kan worden voorkomen door het onder *trust*verband stellen van deze vermogensbestanddelen onder nader te stellen voorwaarden te faciliteren, waarbij het doelvermogen in de plaats treedt van de inbrenger ten aanzien van deze vermogensbestanddelen en het doelvermogen geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd. Wordt voor een doorschuifregeling gekozen, dan wordt bij overlijden van de inbrenger als gevolg van de in de plaatstreding een vervreemding van het afgezonderde vermogen door het doelvermogen aan zichzelf aangenomen, waarbij in beginsel over de meerwaarde moet worden afgerekend. Het doelvermogen dient als het ware als een verkrijger krachtens erfrecht te worden aangemerkt.

Teneinde afbakeningsproblemen te voorkomen met o.a. niet-particuliere, nijvere stichtingen, zou moeten worden bepaald dat dat het regime uitsluitend van toepassing is op doelvermogens waarmee grotendeels het behartigen van een particulier belang wordt beoogd, met als criterium dat het particulier belang voor ten minste 50% wordt gediend.

In het voorgestelde systeem worden rechten *sui generis* van *beneficiaries* van een *fixed trust* aangemerkt als verplichtingen van het doelvermogen en komen in mindering op de rendementsgrondslag van box 3 van het doelvermogen. Is sprake van een *discretionary trust* dan kan geen verplichting in aanmerking worden genomen tot het moment waarop een juridisch afdwingbare verplichting is ontstaan. Worden vermogensbestanddelen overgedragen aan de *beneficiaries* dan vindt een reguliere sfeerovergang plaats en kan aanleiding bestaan tot afrekening in box 1 of box 2. Een fictieve uitkering uit het doelvermogen kan worden aangenomen op het moment dat de vestigingsplaats niet langer in Nederland is gelegen, waarbij alle claims op latente meerwaarden worden afgerekend, inclusief de claims die zijn ontstaan vanwege een gefaciliteerde overgang. Voor de heffing van schenkingsrecht zou, teneinde een heffingslek te voorkomen, bij deze fictieve uitkering kunnen worden aangesloten¹⁴⁰⁹.

De voorgestelde entiteitsbenadering vereist een vestigingsplaatsfictie¹⁴¹⁰. Boer¹⁴¹¹

¹⁴⁰⁹ Zie Boer, 2011, 9.4.4. "*Inpassingsvoorstel op basis van een entiteitsbenadering*".

¹⁴¹⁰ De rechtvaardiging in het hanteren van een vestigingsplaatsfictie is gelegen in het feit dat vermogen is afgezonderd ten laste van de Nederlandse belastinggrondslag.

¹⁴¹¹ Ook *Auerbach* heeft een vestigingsplaatsfictie voorgesteld. Deze vestigingsplaatsfictie omvatte als regels om een doelvermogen als binnenlandsbelastingplichtig aan te merken: 1) woont de inbrenger ten tijde van de inbreng in Nederland, dan wordt het doelvermogen geacht in Nederland gevestigd te zijn, zo lang de inbrenger leeft en in Nederland woont, 2) woont de inbrenger ten tijde van de inbreng niet in Nederland, dan wordt het doelvermogen geacht in Nederland te zijn gevestigd, zo lang de inbrenger leeft en in Nederland woont, 3) na emigratie van de inbrenger wordt het doelvermogen geacht in Nederland te zijn gevestigd zo lang de inbrenger leeft en art. 3 Successiewet 1956 op de inbrenger van toepassing is, 4) overlijdt de

stelt voor om in eerste instantie aan te sluiten bij de woonplaats van de inbrenger, waarbij het gaat om degene die daadwerkelijk vermogen heeft afgezonderd in het doelvermogen, terwijl vervreemding tegen zakelijke voorwaarden in beginsel niet leidt tot het aannemen van een inbreng. Als vestigingsficties stelt hij voor: 1) woont de inbrenger ten tijde van het afzonderen van vermogen in Nederland dan wordt het doelvermogen geacht in Nederland te zijn gevestigd, 2) vanaf het moment dat de inbrenger in Nederland woont wordt het doelvermogen geacht in Nederland te zijn gevestigd, 3) verlaat de inbrenger Nederland metterwoon, dan wordt het doelvermogen geacht niet langer in Nederland te zijn gevestigd, 4) indien de inbrenger voorafgaande aan het moment van overlijden in Nederland woont, wordt het doelvermogen geacht nog dertig jaar in Nederland te zijn gevestigd, 5) vindt geen der heffingsplaatsficties plaats, dan wordt het doelvermogen geacht in Nederland te zijn gevestigd indien de inbrenger is overleden en ten minste de helft van de potentiële begunstigten, die tevens erfgenamen zijn van de inbrenger, in Nederland woonachtig zijn of in geen andere individuele mogendheid een groter gedeelte van hen woont dan in Nederland.

Houdt het doelvermogen op (fictief) binnenlands belastingplichtig te zijn, dan vindt eindafrekening plaats. Teneinde dubbele belastingheffing te voorkomen zouden de vestigingsplaatsficties niet van toepassing moeten zijn indien in het buitenland een belasting wordt geheven die naar Nederlandse maatstaven reëel is, dan wel Nederland zou een volledige *credit* moeten verlenen voor de in het buitenland geheven belasting¹⁴¹².

Voor wat betreft de gevolgen voor de schenkbelasting is *Boer* van mening dat – gelet op de “novemberarresten” – de overdracht door de *settlor* als een belaste verkrijging door het doelvermogen tegen het derdentarief dient te worden gezien en dat ter mitigering van deze heffing de verschuldigde heffing zou moeten kunnen worden “afgewacht” en dat pas wordt geheven bij uiteindelijke uitkering aan de begunstigten. Voor de erfbelasting zou een periodieke heffing moeten worden ingevoerd ter vervanging van de gederfde erfbelasting, waarbij het overweging zou verdienen om de periodieke heffing jaarlijks van het doelvermogen te innen.

Mocht sprake zijn van het onderbrengen van vermogen in een *fixed trust* dan

inbrenger als feitelijk of fictief inwoner van Nederland dan wordt het doelvermogen geacht tot 30 jaren na diens overlijden in Nederland gevestigd te zijn voor de toepassing van het jaarlijkse schenkingsrecht, 5) indien geen van bovenstaande regels van toepassing is dan wordt het doelvermogen geacht in Nederland te zijn gevestigd wanneer ten minste 50% van de begunstigten in Nederland woont of in geen andere individuele mogendheid een groter deel van de begunstigten woont dan in Nederland. Zie Auerbach, 2009b, p. 129-130.

¹⁴¹² Zie Boer, 2011, 9.4.2.4.

zou moeten gelden – ondanks de fiscale non-transparantie van de *fixed trust* – dat kan worden aangesloten bij de rechten *sui generis* die de *beneficiaries* ten tijde van *trust*instelling ten opzichte van de *fixed trust* verkrijgen, waarbij de verkrijging van rechten *sui generis* door de *beneficiary* voor wat betreft de tarieven en de vrijstellingen wordt gezien als een verkrijging van de *settlor*¹⁴¹³.

Bezwaren tegen het voorstel van Boer.

Het belangrijkste bezwaar tegen het voorstel van *Boer*, welk bezwaar ook geldt voor dat van *Auerbach*, is dat een complexe wetgeving tot stand moet worden gebracht, waarbij een aparte *winstbox* nodig is, bestaande vrijstellingen voor natuurlijke personen moeten worden omgevormd zodat ze ook voor het doelvermogen als entiteit gelden, hetgeen evenzeer nodig is voor bepaalde faciliteiten. Voorts doorbreekt de voorgestelde regeling de bestaande wetssystematiek in die zin dat een vennootschapsbelastingplichtig lichaam in de belastingheffing wordt betrokken als ware het een natuurlijk persoon, met als argument dat afgezonderde vermogens zoveel mogelijk gelijk dienen te worden behandeld als niet-afgezonderde vermogens. En daar zit naar mijn mening nu juist de *crux*. Het is naar mijn mening onjuist om met veel wetgevend “gewring” te trachten een fiscaalrechtelijke hybride benadering te realiseren met alle gecompliceerde wetgeving, mogelijke omissies en niet uit te sluiten oneigenlijk gebruik van dien. Indien een *settlor* van mening is dat hij om persoonlijke en zakelijke motieven meent te moeten besluiten een *discretionary trust* tot stand te brengen in de wetenschap dat zulks 1) tot gevolg heeft dat schenkbelasting wordt geheven tegen (in eerste aanleg) het derdentarief omdat de *discretionary trust* wettelijk als een fiscaal zelfstandige entiteit wordt aangemerkt, 2) dat sprake kan zijn van het afrekenen over stille reserves in de overgedragen *trust*goederen en dat 3) tevens het ingebrachte vermogen en de opbrengsten daaruit voortaan onverkort worden belast overeenkomstig de bepalingen die gelden voor vennootschapsbelastingplichtige lichamen, dan is zulks een gevolg van – wat toch mag worden aangenomen – een bewuste keuze. Temeer als daar als – weliswaar niet gelijkwaardig – alternatief tegenover staat, het onder *fixed trust*verband brengen van vermogen hetgeen naar mijn mening niet leidt tot het tot stand komen van een fiscaaljuridisch zelfstandige entiteit. Vorenstaande doet overigens niets af aan de gerechtvaardigde wens om te trachten onereuze gevolgen te mitigeren. Het hierna in § 1.4 te beschrijven voorstel voor een nieuwe wettelijke regeling betreffende doelvermogens is op vorenstaande uitgangspunt gebaseerd.

¹⁴¹³ Zie Boer, 2011, 9.4.2.5. “Relatie tot de SW 1956”.

Naast vorenstaand meer principiële bezwaar kunnen nog een aantal andere bezwaren van meer praktische aard worden genoemd :

1) de vestigingsplaatsfictie die tot gevolg heeft dat een doelvermogen nog dertig jaar lang na het overlijden van de *settlor* geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd indien de *settlor* voorafgaand aan het overlijden in Nederland woonachtig is, is naar mijn mening niet te rechtvaardigen indien het een buitenlandse *settlor* betreft die sinds kort in Nederland woont en na relatief korte tijd Nederland weer metterwoon verlaat dan wel plotseling overlijdt. Een min of meer kort verblijf in Nederland kan en mag naar mijn mening niet tot gevolg hebben dat gedurende zulk een lange periode Nederland ten aanzien van het afgezonderde vermogen heffingsbevoegd blijft. Temeer niet omdat het afgezonderde vermogen niet ten laste van de Nederlandse belastinggrondslag is gekomen, hetgeen toch de rechtvaardiging voor het hanteren van een vestigingsplaatsfictie is. Indien men al een vestigingsplaatsfictie wenst die ziet op het feitelijk (of fictief) in Nederland wonen van de inbrenger, dan zou de termijn dat het doelvermogen geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd gelijk moeten zijn aan de termijn gedurende welke de *settlor* inwoner van Nederland was, met een maximum van bv. 30 jaar.

2) de vestigingsplaatsfictie die tot gevolg heeft dat indien geen andere vestigingsplaatsfictie toepassing vindt, het doelvermogen geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd indien de *settlor* is overleden en ten minste de helft van de potentiële begunstigen, die tevens erfgenamen van de *settlor* zijn, in Nederland wonen of in geen andere individuele mogendheid een groter gedeelte van hen woont dan in Nederland, kan tot ongewenste gevolgen leiden. Het enkel emigreren respectievelijk immigreren van een van de *beneficiaries* dan wel het overlijden van een *beneficiary* ongeacht zijn woonplaats, kan leiden tot de fictieve vestiging van of het fictieve vertrek van een doelvermogen met alle onbillijke heffingsgevolgen van dien, waarbij o.a. kan worden gedacht aan het verplicht afrekenen over stille reserves van het doelvermogen. Voorts acht ik de praktische uitvoerbaarheid van de fictie twijfelachtig, met name op lange termijn.

1.3.4 Conclusie

De hiervoor omschreven alternatieve regelingen betreffende de fiscale behandeling van doelvermogens voldoen om een veelheid van redenen niet.

De door de commissie *Molmaker* voorgestelde regeling voor een gefacilieerde familiestichting niet omdat de regeling o.a. prohibitief was voor het tot stand brengen van een doelvermogen en tot dubbele belastingheffing had kunnen leiden.

De stichting als “geïstitutionaliseerde uitvoerder” van een derdenbeding niet omdat het vermogen van de stichting – zolang er geen uitkeringen zouden zijn gedaan – voor de toepassing van de Wet op de inkomstenbelasting 2001 aan de stipulator dan wel zijn erfgenamen voor gelijke delen zou zijn toegerekend, terwijl geen van hen, vanwege de eigendomsoverdracht aan de stichting, over het vermogen en/of haar opbrengsten zou hebben kunnen beschikken. Hierdoor zou het heffen van een vermogensrendementsheffing niet alleen artificieel zijn geworden, maar het zou tevens degenen benadeeld hebben die uiteindelijk niets zouden blijken te hebben verkregen.

De door *PwC* voorgestelde “*Proeve van een familiestichting*” niet vanwege de terecht naar mijn mening door de staatssecretaris daartegen ingebrachte bezwaren, waarvan de belangrijkste wat mij betreft is de aanzienlijk complexere wetgeving.

Ten slotte voldoet naar mijn mening ook het door *Boer* beschreven inpassingsvoorstel op basis van een entiteitsgedachte niet vanwege het feit dat het enerzijds niet aansluit bij de bestaande wetssystematiek anderzijds een (te) complexe wetgeving vereist, waarbij “*overkill*” in heffing dan wel het oneigenlijk ontgaan van heffing niet valt uit sluiten.

Vandaar dat ik hierna een andere wettelijke regeling betreffende doelvermogens voorstel.

1.4 Een voorstel voor een nieuwe wettelijke regeling betreffende doelvermogens

1.4.1 Inleiding

Hierna wordt een alternatief beschreven voor de per 1 januari 2010 tot stand gekomen regeling voor een afgezonderd particulier vermogen. Een alternatief dat naar mijn mening wordt gekenmerkt door het feit dat een als afgezonderd particulier vermogen aan te merken doelvermogen¹⁴¹⁴ geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd indien de *settlor*, zijn *partner* of zijn erfgenamen in Nederland wonen (vestigingsplaatsfictie), zij het dat tegenbewijs wordt toegelaten.

¹⁴¹⁴ Een alternatief zou zijn om niet alleen de als een fiscale entiteit te kwalificeren *discretionary trust* als een vennootschapsbelastingplichtig doelvermogen aan te merken, maar ook de rechtsfiguur van de *fixed trust* als een non-transparante vennootschapsbelastingplichtige entiteit te duiden. Zie hierna 1.5.

Een alternatief dat naar mijn mening:

- a. een goed evenwicht tussen doelmatigheid en rechtvaardigheid vormt;
- b. goed past binnen het systeem van de wet,
- c. gekenmerkt wordt door het feit dat de juridische en economische realiteit niet worden ontkend en,
- d. geen al te complexe wetgeving oplevert, en
- e. dat wél aan een aantal wezenlijke voorwaarden voldoet, dit in tegenstelling tot de wettelijke regeling zoals die per 1 januari 2010 tot stand is gekomen. Tot deze voorwaarden reken ik dat:
 - 1) de belangen van de Staat en die van de burger beide zo evenwichtig mogelijk worden gediend;
 - 2) een tot stand gekomen juridische en economische realiteit als uitgangspunt wordt genomen en deze wordt gerespecteerd;
 - 3) voldoende zekerheid wordt geboden dat doelvermogens niet kunnen worden aangewend met het overwegende motief om heffing van belasting te ontgaan;
 - 4) een zo goed mogelijk evenwicht tussen rechtvaardigheid en doelmatigheid wordt gewaarborgd;
 - 5) wordt uitgegaan van de vrijheid van kapitaalverkeer;
 - 6) de burger voldoende ruimte wordt gelaten om zijn particuliere belangen zodanig in te richten dat ook zijn fiscale belangen daarmee het best zijn gediend;
 - 7) niet zodanig van de bestaande wetsystematiek wordt afgeweken dat zij daarop een inbreuk vormt.

Een wettelijke regeling die aan deze kenmerken voldoet, dient als uitgangspunt te hebben dat een *discretionary trust* welke naar buitenlands *trustrecht* tot stand komt voor het Nederlandse fiscale recht als een zelfstandige entiteit dient te worden erkend. Van het bij wetsfictie fiscaal negeren van zulk een entiteit mag derhalve geen sprake zijn. De hieraan ten grondslag liggende gedachte is dat de rechtsgevolgen van rechtshandelingen dienen te worden gerespecteerd.

Ook als de rechtshandelingen rechtsgevolgen naar buitenlands recht hebben. Het fiscaal niet erkennen kan slechts aan de orde zijn indien hetgeen als werkelijkheid wordt gepresenteerd in feite slechts schijn is of indien hetgeen de rechtshandelingen bewerkstelligen *fraus legis* vormt. Het fiscaal *a priori* negeren van rechtsgeldig tot stand gekomen gevolgen van rechtshandelingen en het dientengevolge negeren van een tot stand gebrachte juridische en economische realiteit is echter onrechtvaardig en mag dan ook naar mijn mening niet de basis voor de heffing van een belasting zijn.

1.4.2 De kenmerken van het voorstel

De kenmerken van het voorstel voor een nieuwe wettelijke regeling betreffende doelvermogens zijn:

1. De regeling kent een vestigingsplaatsfictie

Teneinde het oneigenlijk ontgaan van belastingheffing en daarop betrekking hebbende constructies te bestrijden, zou bij wetsfictie moeten worden vastgelegd dat een naar buitenlands recht tot stand gekomen *discretionary trust* geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd, indien de *settlor*, diens *partner* dan wel zijn erfgenamen in Nederland wonen. Een vestigingsplaatsfictie zoals ook het Verenigd Koninkrijk, Canada en Nieuw-Zeeland kent. De aan zulk een fictie ten grondslag liggende gedachte is, dat aan het afscheiden van familievermogen in een juridisch zelfstandige entiteit een sterke betrokkenheid van de *settlor* bij dit vermogen inherent is en wel zodanig dat de entiteit geacht moet worden te zijn gevestigd daar waar de *settlor*, diens *partner* of zijn erfgenamen wonen. De vestigingsplaatsfictie ten aanzien van naar buitenlands recht tot stand gekomen doelvermogens zou in een nieuw art. 2 lid 2 sub b Wet op de vennootschapsbelasting 1969 kunnen worden opgenomen. De strekking hiervan zou kunnen zijn:

“Voor de toepassing van deze wet en de daarop berustende bepalingen worden naar buitenlands recht tot stand gebrachte doelvermogens als bedoeld in art. 2 lid 2 sub a¹⁴¹⁵ geacht in Nederland te zijn gevestigd indien en zodra de inbrenger van het doelvermogen dan wel diens partner, in Nederland woont of is gevestigd.

Het doelvermogen wordt eveneens geacht in Nederland te zijn gevestigd indien een of meer erfgenamen van de inbrenger na het overlijden van de inbrenger in Nederland wonen”.

¹⁴¹⁵ Zie hierna § 1.4.4 voor een omschrijving van het door mij voorgestelde begrip doelvermogen.

2. Tegenbewijs wordt toegelaten

Opdat het vereiste evenwicht tussen doelmatigheid en rechtvaardigheid wordt gewaarborgd, dient daarbij aan de *settlor*, zijn *partner* en erfgenamen de mogelijkheid te worden geboden aan te tonen dat van een feitelijke leiding in Nederland geen sprake is en dat de *trust* daadwerkelijk elders feitelijk wordt geleid¹⁴¹⁶. De tegenbewijsregeling zou kunnen worden opgenomen in een nieuw art. 2 lid 2 sub c en zou kunnen luiden:

“Een naar buitenlands recht tot stand gekomen doelvermogen wordt ingevolge het bepaalde in lid 2 geacht in Nederland te zijn gevestigd, tenzij kan worden aangetoond dat de feitelijke leiding van het doelvermogen zich elders bevindt”.

Het gevolg van vorenstaande regeling is dat indien een *settlor* in Nederland woont en een *discretionary trust* tot stand brengt, de *trust* bij wetsfictie geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd, tenzij het tegendeel wordt bewezen.

3. Het doelvermogen wordt geacht bij haar totstandkoming het vermogen te hebben verkregen

Het tot stand brengen van de *discretionary trust* leidt tot heffing van schenkingsrecht naar het derdentarief indien de *trust* als entiteit geacht moet worden de verkrijger te zijn. De *settlor* c.q. diens partner woont immers ten tijde van de totstandkoming van de *trust* in Nederland, terwijl gerechtigden tot het afgezonderde vermogen nog ontbreken¹⁴¹⁷. In dit verband is van belang vast te stellen dat een rechtssubject dat bevoorreed kan worden pas bestaat nadat een

¹⁴¹⁶ Het feit dat, indien de *settlor* onvoldoende kan aantonen dat de feitelijke leiding van de entiteit daadwerkelijk elders wordt uitgeoefend, de opbrengsten van het onder *trust*verband gebracht vermogen met Nederlandse vennootschapsbelasting worden belast in plaats van het van toepassing zijn van bv. de vermogensrendementsheffing, zal eveneens een rem vormen op het lichtvaardig tot stand brengen van een *discretionary trust*.

¹⁴¹⁷ Het zou overigens naar mijn mening verdedigbaar zijn om bij de totstandkoming van een *discretionary trust* rekening te houden met de samenstelling van de door de *settlor* bepaalde groep van *beneficiaries* en de mate waarin die in bloed- of aanverwantschap staan tot de *settlor*. Het tarief wordt dan bepaald door de mate van bloed- of aanverwantschap van hen die tot de door de *settlor* aangewezen groep van *beneficiaries* behoren, waarbij de meest verre bloed- of aanverwantschap bepalend zou moeten zijn. In dit verband dringt zich de vergelijking op met algemeen nut beogende instellingen ex art. 6.33, lid 1 sub b Wet inkomstenbelasting 2001 die krachtens wettelijke regeling van de heffing van schenkbelasting zijn vrijgesteld vanwege het feit dat het afgescheiden vermogen en de opbrengsten daarvan het algemeen nut dienen. Aldus houdt de wetgever ook rekening met de achterliggende belanghebbenden.

doelvermogen tot stand is gekomen. Dientengevolge kan bij de totstandkoming van het doelvermogen als zodanig geen sprake zijn van de overdracht van een vermogen aan een rechtssubject. Het gevolg hiervan is dat tengevolge van de totstandkoming van een doelvermogen geen schenkingsrecht of successierecht verschuldigd kan zijn. Alleen door impliciet aan te nemen dat het bepaalde in art. 16 resp. art. 17 lid 1 Successiewet 1956 ook van toepassing is ten aanzien van de totstandkoming van een doelvermogen, kan het bij totstandkoming van een doelvermogen overgedragen vermogen worden beschouwd als door het doelvermogen bij schenking resp. bij uiterste wilsbeschikking te zijn verkregen. Het verdient dan ook aanbeveling art. 16 en art. 17 lid 1 Successiewet 1956 aan te passen door daarin ook het woord “doelvermogen” op te nemen. De wetstekst van art 16 zou dan kunnen luiden:

“De goederen, door de erflater bij uiterste wil bestemd tot een doelvermogen dat na het overlijden van de erflater tot stand komt, worden beschouwd als door het doelvermogen krachtens erfrecht te zijn verkregen”

De wetstekst van art. 17 lid 1 zou kunnen luiden:

“De goederen, op andere wijze dan bij uiterste wil bestemd om daarmee een stichting dan wel een doelvermogen in het leven te roepen, worden, voor de toepassing van deze wet, beschouwd als door de stichting dan wel het doelvermogen bij schenking te zijn verkregen”.

4. Toekenning van rechten aan *beneficiaries*

Het gevolg van de overdracht van het vermogen is dat het *trust*vermogen niet meer tot het vermogen van de *settlor* behoort en derhalve bij zijn overlijden niet kan vererven. Het vermogen vormt immers vermogen van de als zelfstandige entiteit aan te merken *discretionary trust*. Mocht de *trust* nadien rechten aan *beneficiaries* toe kennen dan is de krachtens wetsfictie in Nederland gevestigde *trust* terzake van de toekenning van deze rechten schenkingsrecht verschuldigd naar een tarief dat van toepassing zou zijn geweest indien *beneficiaries* rechtstreeks van de *settlor* zouden hebben verkregen.

5. Verrekening van schenkbelasting is mogelijk

De verschuldigde schenkbelasting zou verrekend moeten kunnen worden met het bij de totstandkoming van de *trust* naar het derdentarief geheven bedrag aan schenkbelasting, zodat restitutie van het meerdere aan het doelvermogen plaatsvindt. Daarmee vormt de eerder bij de totstandkoming van de *trust*

geheven schenkbelasting als het ware een voorheffing welke wordt verrekend indien en voor zover er latere belastbare schenkingen vanuit de bij wijze van fictie hier te lande gevestigde *trust* worden gedaan. Deze verrekening is te rechtvaardigen enerzijds vanuit de gedachte dat de rechtsverhouding welke de *trust*vorming tot stand brengt een recht *sui generis* is, anderzijds is de functie van de *discretionary trust* in essentie: het zijn van verlengstuk van de *settlor*. Teneinde in de voorgestelde verrekening te voorzien, zou in art. 53 lid 1 Successiewet 1956 een bepaling met navolgende strekking kunnen worden opgenomen:

“vermindering pro rata parte van een bij de totstandkoming van een doelvermogen als bedoeld in deze wet, opgelegde aanslag, wordt op verzoek van het doelvermogen verleend, indien en voorzover derden nadien geheel of gedeeltelijk tot het doelvermogen worden gerechtigd. De over de belaste verkrijging alsdan verschuldigde belasting wordt berekend op basis van de tussen de verkrijger en de insteller van het doelvermogen geldende verwantschap”.

Door bij de totstandkoming van de *discretionary trust* schenkbelasting tegen het derdentarief te heffen, waarna restitutie plaatsvindt zodra door de *trust* aan *beneficiaries* rechten worden toegekend, wordt voorkomen dat *settlors* “lichtzinnig” tot het tot stand brengen van een buitenlandse *discretionary trust* besluiten. Voorts vormt het pas restitueren van eerder geheven schenkbelasting zodra rechten aan *beneficiaries* worden toegekend, een financiële prikkel die het onnodig langdurig onderbrengen van vermogen in een buitenlandse entiteit voorkomt.

6. Herwaardering is verplicht

Opdat belastingheffing over het in de *discretionary trust* aanwezige vermogen niet langdurig uitblijft, zou een verplichte herwaardering bv. om de tien jaren dienen plaats te vinden, dan wel een regeling moeten gelden op grond waarvan opgepotte winstreserves, bv. 20 jaar na de totstandkoming van de *trust* of na het overlijden van de *settlor*, geacht worden te zijn uitgekeerd aan de *settlor*, zijn *partner* of erfgenamen.

7. Het vermogen wordt gewaardeerd naar de waarde in het economisch verkeer

Teneinde te voorkomen dat bij de totstandkoming van de *discretionary trust* discussies kunnen worden gevoerd omtrent de hoogte van de belaste verkrijging door de *trust*, zou moeten worden bepaald dat de waarde waarover het schenkbelasting wordt geheven gelijk is aan de waarde in het economisch

verkeer van het overgedragen vermogen ten tijde van de overdracht, zodat met de kans dat verwachters rechten uit de *discretionary trust* verkrijgen geen rekening wordt gehouden.

Mocht de *trust* tot stand zijn gebracht door een *settlor* die op dat moment niet in Nederland woonde, doch die nadien naar Nederland emigreert, dan wordt de *trust* (fictief) geacht in Nederland te zijn gevestigd zodra de *settlor* zich in Nederland metterwoon vestigt, tenzij wederom kan worden bewezen dat van een feitelijke leiding vanuit Nederland geen sprake is.

Zodra de *settlor* Nederland metterwoon verlaat, wordt de *trust* geacht eveneens uit Nederland te emigreren. Deze regeling heeft tot gevolg dat zowel bij “binnenkomst” in Nederland alsook bij “vertrek” uit Nederland, de waarde in het economisch verkeer van het *trust*vermogen dient te worden vastgesteld opdat over de in de Nederlandse periode van “vestiging” ontstane waardeaan groei fiscaal kan worden afgerekend.

8. Bestaande doelvermogens krijgen een “step up”

Teneinde terugwerkende kracht bij invoering van de alternatieve regeling te voorkomen zou moeten worden bepaald dat bestaande *discretionary trusts* een *step up* kunnen verkrijgen, zodat in de op te stellen openingsbalans de bestanddelen van het *trust*vermogen worden gewaardeerd tegen de daaraan toe te kennen waarde in het economisch verkeer. Voorwaarde dient dan wel te zijn dat kan worden aangetoond dat het doelvermogen tot stand is gekomen wegens zakelijke en/of persoonlijke valabele motieven en dat van fiscale grensverkenning geen sprake is.

9. Heffing van dubbele belasting wordt voorkomen

Vanwege de vestigingsplaatsfictie is heffing van dubbele belasting over de winst van de entiteit niet uit te sluiten. Omdat vanuit Nederlandse optiek de entiteit geacht wordt een binnenlandse vennootschapsbelastingplichtig lichaam te zijn, kan een beroep worden gedaan op het van toepassing zijnde verdrag mits de entiteit in een verdragsland is gevestigd, hetzij op het Besluit ter voorkoming van dubbele belasting. Aldus kan elders daadwerkelijk bij de *trust* (*trustee*) naar de winst geheven belasting met de in Nederland verschuldigde vennootschapsbelasting worden verrekend.

10. De woonplaatsfictie geldt uitsluitend voor “besmette jurisdicties”

De hiervoor voorgestelde regeling maakt geen onderscheid naar buitenlandse jurisdicties.

Elk tot stand gekomen als zelfstandige entiteit aan te merken doelvermogen wordt krachtens wetsfictie geacht in Nederland te zijn gevestigd indien de *settlor*, diens *partner* of zijn erfgenamen in Nederland wonen, tenzij kan worden aangetoond dat de feitelijke leiding van de entiteit zich elders bevindt. Er is echter een aantal *trust*landen¹⁴¹⁸ die een zodanig evenwichtige fiscale en civielrechtelijke wetgeving met betrekking tot *trusts* kennen, dat de vrees voor oneigenlijk gebruik en het ontgaan van belastingheffing ongegrond is. Het ontstaan en bestaan van *trusts* is in deze landen aan zodanige wetgeving gebonden en het voorkomen van belastingontwijking is dusdanig geregeld, dat er geen goede reden is om ten aanzien van aldaar gevestigde *discretionary trusts* de woonplaatsfictie toe te passen. Vandaar dat de regeling zou kunnen worden aangepast in die zin dat de woonplaatsfictie alleen van toepassing is, indien het doelvermogen tot stand is gekomen naar het *trustrecht* van jurisdicties die het ontgaan van belastingheffing mogelijk maken en/of die geen informatie aan andere landen verstrekken¹⁴¹⁹. De aanpassing zou dan inhouden dat de woonplaatsfictie van toepassing is indien de *settlor* een *discretionary trust* tot stand brengt in een jurisdictie welke in een ministeriële beschikking als “besmet” is aangewezen. Het voordeel van zulk een lijst van “besmette jurisdicties” is dat deze, al naar gelang de feiten en omstandigheden zich wijzigen, eenvoudig kan worden aangepast en dat belastingplichtigen vooraf weten waar zij aan toe zullen zijn indien zij toch zouden besluiten een *discretionary trust* in een dergelijke jurisdictie tot stand te brengen. Voorts geldt, dat het te leveren bewijs dat de *trust* daadwerkelijk in een dergelijk jurisdictie is gevestigd, wel erg overtuigend zal moeten zijn. Wordt een doelvermogen naar het *trustrecht* van een niet als besmet aangewezen land tot stand gebracht, dan geldt de woonplaatsfictie niet. Dit laat overigens onverlet dat uit feiten en omstandigheden zou kunnen blijken dat ook dan het doelvermogen geacht moet worden feitelijk in Nederland te zijn gevestigd, zij het dat zulks dan door de fiscus dient te worden aangetoond.

11. De invordering van de belastingen wordt gewaarborgd

Opdat de invordering van de aan de krachtens vestigingsplaatsfictie in Nederland gevestigde doelvermogens opgelegde aanslagen wordt gewaarborgd, dient een regeling te worden getroffen die voorziet in een verhaal op het vermogen van de zelfstandige entiteit. Indien het vermogen van de entiteit daartoe ontoereikend is of anderszins verhaal onmogelijk is dan dient de regeling erin te voorzien dat

¹⁴¹⁸ Te denken valt aan bv. het Verenigd Koninkrijk, de Verenigde Staten van Amerika, Canada, Australië, Nieuw Zeeland en Zuid Afrika.

¹⁴¹⁹ In dit verband is het overigens wel de vraag of binnen de EU wel een onderscheid tussen niet-besmette lidstaten en besmette lidstaten kan worden gemaakt.

de belastingschuld verhaald kan worden op de *settlor* dan wel diens erfgenamen. Zij geven namelijk feitelijk leiding aan de entiteit, althans zij kunnen blijkbaar niet aantonen dat de feitelijke leiding van de entiteit elders is gevestigd.

12. De voorgestelde regeling behoeft geen heffingscriterium

De voorgestelde regeling behoeft geen eenzijdig heffingscriterium zoals de met ingang van 1 januari 2010 geldende regeling kent¹⁴²⁰. Een heffingscriterium dat arbitrair is en dat vanwege wijzigingen in heffingspercentages plotselinge onredelijke gevolgen kan hebben. De voorgestelde regeling wordt namelijk gekenmerkt door het uitgangspunt dat een rechtsgeldig gevormde *discretionary trust* welke in een land is gevestigd dat niet als besmet is aangewezen en waarin een *settlor* vermogen daadwerkelijk onder discretionair *trust*verband heeft afgescheiden, tengevolge waarvan schenkingsrecht naar het derdentarief verschuldigd is, feitelijk aldaar is gevestigd.

1.4.3 De voorgestelde regeling kent ook bezwaren

1.4.3.1 De tegenbewijsregeling

Een bezwaar tegen de vorenomschreven alternatieve regeling is, dat de tegenbewijsregeling – die bedoeld is om de rechtspositie van de burger te waarborgen – twee nadelige gevolgen kent.

a. De tegenbewijsregeling is budgettair nadelig

De tegenbewijsregeling is budgettair nadeliger dan de thans geldende wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen welke ten aanzien van inbrengers en diens *partner* een tegenbewijs uitsluit, zodat het doelvermogen en de opbrengsten daarvan altijd aan de inbrenger en diens *partner* worden toegerekend en daarmee in Nederland belast.

b. De tegenbewijsregeling vormt een procesrisico

De tegenbewijsregeling houdt (ook) voor de fiscus een procesrisico in, hetgeen voor zeer vermogende belastingplichtigen die fiscale grensverkenning niet schuwen reden kan zijn de grenzen van hetgeen fiscaal wel en niet meer oirbaar is, op te zoeken. In dit verband verdient het dan ook aanbeveling – gelet op

¹⁴²⁰ Zie art. 2.14a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001.

1.4 Een voorstel voor een nieuwe wettelijke regeling betreffende doelvermogens
1.4.3.2 Langdurig uitstel van de heffing over winst uit aanmerkelijk belang

het belang van de gemeenschap – de positie van de fiscus te versterken door aan belastingplichtigen een omgekeerde bewijslast op te leggen, zodat deze dienen aan te tonen dat:

1. de kenmerkende elementen van de *discretionary trust* – afgezien van de keuze van het toepasselijke recht, de plaats van het bestuur en de gewone verblijfplaats van de *trustee* – nauwer verbonden zijn met het *trustland* dan met Nederland, zodat de *trust* dient te worden erkend, en
2. ten aanzien van de totstandkoming van de *discretionary trust* geen sprake is van *fraus legis*.

1.4.3.2 Langdurig uitstel van de heffing over winst uit aanmerkelijk belang

Een ander bezwaar tegen de voorgestelde regeling is dat het de mogelijkheid biedt om langdurig de heffing over winst uit aanmerkelijkbelangaandelen uit te stellen. Indien namelijk aanmerkelijkbelangaandelen onder een discretionair *trust*verband worden gebracht – hetgeen overigens voor de *settlor* een afrekening over de gerealiseerde aanmerkelijkbelangwinst tot gevolg kan hebben – en welk aandelenpakket onder de deelnemingsvrijstelling ex art. 13 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 valt, dan worden dividenden behaald met en transactieresultaten uit deze aandelen op het niveau van de *trust* vanwege de deelnemingsvrijstelling niet belast. Hetgeen vanwege langdurige uitstel van heffing een aanmerkelijk financieel voordeel kan opleveren.

Mocht de *beneficiary* (welke de *settlor* kan zijn) vanwege de door de *trustee* toegekende rechten gerechtigd zijn tot het jaarlijkse inkomen uit de aandelen, dan is aan te nemen dat de *beneficiary* een genotsrecht heeft in de zin van art. 4.3 Wet inkomstenbelasting 2001 en vormen de uitkeringen bij de *beneficiary* inkomen uit aanmerkelijk belang¹⁴²¹.

Vorenstaande, overigens te repareren¹⁴²² nadelen van de alternatieve regeling staan echter naar mijn mening niet in verhouding tot de nadelen van de per 1 januari 2010 tot stand gekomen wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen die wordt gekenmerkt door het feit dat van een goede afweging tussen het rechtzekerheidsbeginsel enerzijds en het gelijkheidsbeginsel en “het doel van het recht” anderzijds geen sprake is.

¹⁴²¹ Zie in dit verband ook Boer, 2011, 9.3.3.1.2. “Genotsrechten in de zin van art. 4.3. Wet IB 2001”.

¹⁴²² Zo kan het nadeel van langdurig uitstel van heffing over winst uit aanmerkelijk belang door verplichte herwaardering, telkens na bv. 10 jaar, worden voorkomen.

1.4.4 De fictief binnenlandse *discretionary trust* dient een subjectief vennootschapsbelastingplichtig lichaam te zijn

Vorenomschreven alternatieve regeling impliceert dat de fictief binnenlandse *discretionary trust* voor de heffing van vennootschapsbelasting een subjectief belastingplichtig lichaam moet zijn. Echter, onder de limitatieve opsomming van de binnenlandse belastingplichtige lichamen in art. 2 komt het begrip doelvermogen en daarmee de *discretionary trust*, niet voor zodat het gevolg hiervan is dat een *discretionary trust* waarvan de feitelijke leiding vanwege wetsfictie geacht wordt zich in Nederland te bevinden in beginsel geen binnenlands belastingplichtig lichaam is¹⁴²³, tenzij men van mening is dat via een extensieve interpretatie een *discretionary trust* als een quasi-rechtpersoon onder de in art. 2 lid 1 letter e genoemde “andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen” is te rangschikken¹⁴²⁴. De wettelijke regeling is daarmee discriminerend ten aanzien van de wél in art 2 genoemde binnenlands belastingplichtige lichamen die volledig¹⁴²⁵ dan wel beperkt¹⁴²⁶ belastingplichtig zijn. Voorts is de wettelijke regeling in beginsel in strijd met non-discriminatiebepalingen in belastingverdragen of het VWEU. Teneinde elke discussie over de al dan niet vennootschapsbelastingplicht van (fictief) binnenlandse *discretionary trusts* uit te sluiten dient in de alternatieve wettelijke regeling in een nieuw art. 2 lid 1 sub f Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (eindelijk) het begrip “doelvermogen”

¹⁴²³ Een dergelijke omissie zou de wetgever naar mijn mening niet langer mogen gedogen, al was het maar omdat daarmee - vanuit een buitenlands perspectief - Nederland belastingvrijdom biedt voor buitenlandse vermogens welke in Nederland gevestigde doelvermogens worden ondergebracht. Daarmee biedt Nederland een mogelijkheid tot het ontgaan van buitenlandse belastingheffing over afgezonderd vermogen vergelijkbaar met die welke door buitenlandse *tax-havens* mogelijk wordt gemaakt, hetgeen nogal hypocriet is gelet op het feit dat de per 1 januari 2010 tot stand gekomen wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen de in het buitenland gevestigde *discretionary trust* als entiteit aanmerkt en het *trust*vermogen en haar opbrengsten zonder tegenbewijsregeling voor de *settlor* in de heffing van Nederlandse inkomstenbelasting betreft. Alleen al om die reden zouden naar mijn mening de binnen het Rijk gevestigde doelvermogens eveneens als belastingplichtig lichaam in art. 2 lid 1 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 moeten worden opgenomen.

¹⁴²⁴ Wil een aldus onder het begrip “andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen” te begrijpen *discretionary trust* binnenlands vennootschapsbelastingplichtig zijn, dan dient voorts te worden voldaan aan de in art. 2 lid 1 sub e Wet vennootschapsbelasting 1969 gestelde voorwaarde dat de *discretionary trust* een onderneming dient te drijven, waartoe normaal vermogensbeheer niet wordt gerekend.

¹⁴²⁵ De in art. 2 lid 1 onder sub a tot en met d en e Wet op de vennootschapsbelasting 1969 genoemde lichamen.

¹⁴²⁶ De in art. 2 lid 1 sub e Wet op de vennootschapsbelasting 1969 genoemde lichamen. Beperkt belastingplichtig zijn ingevolge art. 2 lid 1 sub g ook de in lid 3 van deze wet genoemde bedrijven van publiekrechtelijke lichamen.

1.4 Een voorstel voor een nieuwe wettelijke regeling betreffende doelvermogens

1.4.4 De fictief binnenlandse discretionary trust dient een subjectief vennootschapsbelastingplichtig lichaam te zijn

te worden opgenomen, waarbij tevens in een nieuw art. 2 lid 2 sub a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 als omschrijving van een doelvermogen zou kunnen gelden:

“Onder een doelvermogen wordt verstaan een afgezonderd en afgescheiden vermogen dat fiscaalrechtelijk als een zelfstandige entiteit wordt erkend, niet zijnde een rechtspersoon, waarbij een directe rechtsband met subjectief gerechtigden ontbreekt tengevolge waarvan er geen rechtssubjecten zijn die tot het vermogen en/of de opbrengsten daarvan rechtstreeks economisch deelgerechtigd zijn¹⁴²⁷. Een doelvermogen wordt als een onderneming aangemerkt”.

Een tweede onevenwichtigheid ligt besloten in het bepaalde in art. 2 lid 1 sub e Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Deze bepaling houdt in dat verenigingen en stichtingen alsmede andere dan publiekrechtelijke rechtspersonen die niet eerder in art. 2 zijn genoemd, slechts vennootschapsbelastingplichtig zijn indien en voorzover zij een onderneming drijven¹⁴²⁸.

Teneinde discriminatie met een buitenlands doelvermogen te voorkomen, zou de Nederlandse stichting, nu deze rechtsfiguur in essentie vergelijkbaar is met die van een buitenlands doelvermogen, ten minste vennootschapsbelastingplichtig moeten zijn voor een genoten inkomen gelijk aan dat ingevolge art. 17 j^o art. 17a Wet op de vennootschapsbelasting 1969 voor buitenlandse belastingplichtigen geldt. Aldus kan ook worden voorkomen dat vermogen door buiten het Rijk wonende/gevestigde personen¹⁴²⁹ zonder heffing van schenkbelasting in een door hen opgerichte Nederlandse stichting worden gebracht, welke stichting vervolgens niet vennootschapsbelastingplichtig is omdat niet wordt voldaan aan het in art. 2 lid 1 letter 2 gestelde criterium dat sprake moet zijn van het met het vermogen drijven van een onderneming.

¹⁴²⁷ Deze omschrijving zou onder vernummering ook in art. 1 lid 4 Successiewet 1956 kunnen worden opgenomen.

¹⁴²⁸ Art. 4 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 verstaat onder het drijven van een onderneming mede een uiterlijk daarmee overeenstemmende werkzaamheid waardoor in concurrentie wordt getreden met onbepaald belastingplichtigen. Terwijl art. 5 van deze wet van belastingheffing vrijstelt de aldaar expliciet genoemde lichamen die doorgaans als instellingen van algemeen nut of weldadigheid gelden.

¹⁴²⁹ Niet zijnde Nederlanders die Nederland metterwoon hebben verlaten en binnen tien jaren na emigratie vermogen in de stichting inbrengen (art. 3 lid 1 Successiewet 1956), danwel degenen ten aanzien van wie de zgn. één-jaarregeling van art. 3 lid 2 Successiewet 1956 van toepassing is, hetgeen inhoudt dat eenieder (de nationaliteit speelt hierbij geen rol) die binnen een jaar nadat hij Nederland (fiscaal) metterwoon heeft verlaten een schenking doet, geacht wordt ten tijde van de schenking nog in Nederland te wonen (woonplaatsfictie). Dan is wel schenkbelasting verschuldigd ook al woonde de schenker ten tijde van de schenking niet in Nederland.

Art. 2 lid 1 sub e Wet op de vennootschapsbelasting 1969 zou dan ook moeten worden gewijzigd in die zin, dat stichtingen welke niet gerangschikt worden onder de instellingen als bedoeld in art. 6.33 lid 1 sub b Wet inkomstenbelasting 2001 volledig in de vennootschapsbelasting worden betrokken omdat zij geacht worden met hun gehele vermogen een onderneming te drijven¹⁴³⁰. Daarmee wordt de discriminatoire discrepantie tussen (buitenlandse) doelvermogens en (binnenlandse) stichtingen die geen nut-stichtingen zijn opgeheven¹⁴³¹ en wordt voorkomen dat buiten het Rijk wonende/gevestigde personen de stichtingsvorm voor belastingbesparing kunnen blijven gebruiken. Teneinde dit te bereiken zou aan het bepaalde in art. 2 lid 1 sub f Wet op de vennootschapsbelasting 1969 dienen te worden toegevoegd:

“stichtingen, niet zijnde instellingen als bedoeld in art. 6.33 sub b Wet inkomstenbelasting 2001, welke geacht worden met hun gehele vermogen een onderneming te drijven”.

Gelet op vorenstaande is naar mijn mening de conclusie gerechtvaardigd dat spoedige wetwijziging dringend noodzakelijk is. Zowel ten aanzien van

¹⁴³⁰ Ook de commissie ter bestudering van fiscale aspecten van stichtingen heeft bepleit een onderscheid te maken tussen enerzijds de stichtingen in de zin van art. 6.33 lid 1 sub b Wet inkomstenbelasting 2001 en anderzijds de overige stichtingen, zijnde niet-nut-stichtingen. Deze laatste stichtingen zouden volledig in de vennootschapsbelasting moeten worden betrokken en wel in die zin dat zij geacht worden een onderneming te drijven met hun gehele vermogen. Zie het Rapport “*Stichtingen*”, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 180, Kluwer, Deventer 1989. Stevens is overigens van mening dat wetgeving en jurisprudentie de belastingdienst voldoende ruimte bieden om oneigenlijk gebruik van de stichtingsvorm te bestrijden. Zie L.G.M. Stevens, “*Belastingplicht van stichtingen*”, opstel in de Giele-bundel, 1990, Kluwer, Deventer, onder 6. *Conclusies*, p. 642–643. Een andere benadering zou kunnen zijn om alle stichtingen onbeperkt vennootschapsbelastingplichtig te doen zijn, onder gelijktijdige uitbreiding van de subjectieve vrijstellingen ten behoeve van stichtingen welke een charitatieve of ideële doelstelling hebben. Een benadering waarvoor *Te Niet* pleit. Zie H.A.J.P. *te Niet*, “*Het ondernemerschap van concernstichtingen*”, *TFO*, 2003, p. 81 e.v. Aan het vennootschapsbelastingplichtig maken van alle stichtingen, niet zijnde art. 6.33 sub b-stichtingen, is als nadeel verbonden de extra administratieve last die dit met zich meebrengt.

¹⁴³¹ Overigens, een alternatief zou kunnen zijn om art. 17 lid 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 aan te passen en wel in die zin dat het Nederlands inkomen voortaan uitsluitend belastbare winst van een in Nederland gedreven onderneming omvat en niet meer het belastbaar inkomen uit een aanmerkelijk belang in de zin van hoofdstuk 4 van de Wet inkomstenbelasting 2001 in een in Nederland gevestigde vennootschap. Een dergelijke wijziging heft weliswaar de discrepantie op die thans bestaat tussen de wettelijke regeling voor het voorwerp van de belasting bij buitenlandse doelvermogens en binnenlandse belastingplichtigen als bedoeld in art. 2 lid 1 sub c Wet op de vennootschapsbelasting 1969, maar laat de discrepantie tussen laatstgenoemde belastingplichtigen en hier te lande gevestigde doelvermogens bestaan.

de belastingplicht van binnen het Rijk gevestigde doelvermogens alsook de belastingplicht van stichtingen.

1.5 Een ander alternatief?

De hiervoor beschreven regeling betreft de als doelvermogen te kwalificeren fiscaal-juridische entiteiten, waartoe een *discretionary trust* behoort. Zij is derhalve niet van toepassing op op *fixed trusts*, zodat zolang er nog een eenduidige uitspraak van de Hoge Raad respectievelijk een ondubbelzinnige wettelijke regeling ontbreekt, rechtsonzekerheid betreffende de kwalificatie van de *fixed trust* blijft bestaan. Vanuit dit perspectief zou het alternatief kunnen zijn om voortaan niet alleen de *discretionary trust* maar ook de de rechtsfiguur van de *fixed trust* krachtens wetsbepaling als een als doelvermogen te kwalificeren fiscaal-juridische entiteit aan te merken. Aldus zijn discussies omtrent de fiscaalrechtelijke kwalificatie van de *fixed trust* uitgesloten, zodat de rechtszekerheid hiermee is gediend.

Toch zou ik een dergelijk alternatief niet willen bepleiten.

De bezwaren tegen een dergelijke regeling zijn naar mijn mening namelijk, dat:

- 1) bij fictie wordt verondersteld dat een *fixed trust* fiscaalrechtelijk niet-transparant is, zodat het juridisch en het economisch belang bij het *trust*vermogen – fiscaalrechtelijk beoordeeld – geacht worden, te worden gehouden door de *trust* als veronderstelde entiteit, terwijl civielrechtelijk de *beneficiaries* rechtstreeks het juridisch en economisch belang houden,
- 2) de *trust* eerst als doelvermogen in de heffing van vennootschapsbelasting wordt betrokken voor het gerealiseerde resultaat, waarna vervolgens de *beneficiaries* inkomstenbelastingplichtig worden voor de door hen genoten inkomsten, hetgeen een wijziging van de aard van de inkomensbron voor hen tot gevolg heeft en daarmee mogelijk een wijziging van het heffingspercentage,
- 3) er ook voor *fixed trust*-verhoudingen de noodzaak ontstaat om dubbele heffing van schenkbelasting te voorkomen, hetgeen tot uitvoeringsproblemen kan leiden.

Vanwege deze bezwaren ben ik geen voorstander van een dergelijke, ogenschijnlijk vereenvoudigende regeling, ook al wordt hiermee de rechtszekerheid en doelmatigheid gediend. In de afweging tussen deze twee beginselen én het recht doen aan de civielrechtelijke realiteit, dient het laatste naar mijn mening en daarmee het belang van belastingplichtige *beneficiaries* het zwaarst te wegen.

Hoofdstuk 2

Voorstellen om knelpunten welke zich tijdens het ontstaan en bestaan van een *fixed trust* voordoen, op te heffen

2.1 Knelpunten¹⁴³² tijdens het ontstaan van een *fixed trust*

2.1.1 Onzekerheid omtrent de fiscale kwalificatie van de rechtsfiguur

Hoewel ik van mening ben dat een *fixed trust* waarbij door de *settlor* aan de *trustee* de *legal title* van een vermogen is overgedragen en de door de *settlor* daartoe aangewezen *beneficiaries* overeenkomstig de bepalingen in het *trustinstrument* rechtstreeks de *beneficial title* en *interest* van het vermogen hebben verkegen, omvattende het gehele juridische en economische belang bij het vermogen, geen fiscaal-juridische entiteit vormt en daarmee ook niet als een afgezonderd particulier vermogen is aan te merken, is zulks niet eenduidig uit legis- en jurisprudentie af te leiden. Ook uit de parlementaire behandeling van de wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen komt een dubbelzinnig beeld naar voren, terwijl in de doctrine de meningen daarover verdeeld zijn. Het gevolg hiervan is dat belastingplichtigen – ondanks de totstandkoming van wetgeving betreffende afgezonderde particuliere vermogens – nog steeds geen zekerheid hebben ten aanzien van de fiscale gevolgen van de vorming van een *fixed trust*. Hetgeen uiteraard is te betreuren. Het zou dan ook wenselijk zijn als de wetgever alsnog eenduidig helderheid verschaft over de kwalificatie naar Nederlands fiscaal recht van deze rechtsfiguur naar buitenlands *trustrecht*. Het behoeft geen verder betoog dat ik daarbij voorstel om deze vorm van *fixed trust* niet als een entiteit aan te merken en daarmee ook niet als een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in art. 2.14a lid 2 Wet inkomstenbelasting 2001.

¹⁴³² Tot de knelpunten behoren naar mijn mening niet het niet van toepassing zijn van doorschuiffaciliteiten indien een binnen het Rijk woonachtige *settlor* zijn onderneming, zijn vermogensbestanddelen die aan een onderneming of werkzaamheid ter beschikking heeft gesteld of zijn aanmerkelijkbelangaandelen onder *fixed trust*verband brengt en dientengevolge over de daarin begrepen meerwaarde dient af te rekenen. De wetgever heeft deze faciliteiten slechts willen toestaan voor specifieke situaties waartoe het onder *trust*verband brengen van vermogen niet behoort, terwijl er tevens naar mijn mening ook geen goede reden bestaat die ervoor zou kunnen pleiten dat de doorschuiffaciliteiten wél van toepassing zouden moeten zijn. Het onder *trust*verband brengen van vermogen is namelijk niet anders dan een overdracht aan derden, welke overdracht evenmin is gefacilieerd.

2.2 Knelpunten tijdens het bestaan van een *fixed trust*

Hiervoor¹⁴³³ is gebleken dat een aantal knelpunten zich voordoen tijdens bestaan van een *fixed trust*. Deze knelpunten betreffen onevenwichtige heffingsgevolgen.

2.2.1 Beperkte aanspraak op ondernemersfaciliteiten

Een *beneficiary* welke (deels) is gerechtigd tot een onder *fixed trust* verband gebracht ondernemingsvermogen alsmede ook (deels) tot de jaarwinst, kan niet worden aangemerkt als een ondernemer in de zin van art. 3.4 Wet inkomstenbelasting 2001, zodat hij slechts beperkt aanspraak kan maken op ondernemersfaciliteiten, terwijl de door hem genoten belastbare winst wel als belastbaar inkomen en werk ingevolge het bepaalde in art. 2.10 Wet inkomstenbelasting 2001 progressief wordt belast. Bezien vanuit het draagkrachtbeginsel is er naar mijn mening geen verschil tussen degene die als een art. 3.4.-ondernemer de winst uit onderneming geniet en degene die dezelfde winst geniet als een art. 3.3.-ondernemer, terwijl het verschil tussen beiden zijn oorzaak vindt in de eigenheid van de buitenlandse rechtsfiguur. Het zou naar mijn mening dan ook redelijker zijn indien de *beneficiary* – (deels) gerechtigd zijnde tot het gehele juridische en economische belang bij het ondernemingsvermogen – wel tot alle ondernemersfaciliteiten gerechtigd zou zijn, hetgeen echter wel een wetswijziging vereist. Aldus zou een naar mijn mening niet te rechtvaardigen verschil in belastingheffing over eenzelfde winst uit eenzelfde onderneming kunnen worden voorkomen.

2.2.2 De binnenlandse beneficiary die (deels) gerechtigd is tot de jaarlijks te realiseren winst uit onderneming doch niet (deels) tot het ondernemingsvermogen en haar waardemutaties wordt belast naar het proportionele tarief geldend voor belastbaar inkomen uit sparen en beleggen

Een andere onevenwichtigheid vanwege het bestaan van een *fixed trust* is het gevolg dat een binnenlandse *beneficiary* die (deels) is gerechtigd tot de jaarlijks te realiseren winst uit onderneming, doch die niet (deels) is gerechtigd tot het ondernemingsvermogen, slechts naar het proportionele tarief geldend voor belastbaar inkomen uit sparen en beleggen wordt belast en niet progressief, terwijl hetgeen hij geniet objectief beoordeeld niets anders is dan winst uit onderneming. De ongelijkheid die daardoor ontstaat met hen die wel

¹⁴³³ Zie Deel 4, 2.

2.2.2 De binnenlandse beneficiary die (deels) gerechtigd is tot de jaarlijks te realiseren winst uit onderneming doch niet (deels) tot het ondernemingsvermogen en haar waardemutaties wordt belast naar het proportionele tarief geldend voor belastbaar inkomen uit sparen en beleggen

progressief voor winst uit eenzelfde onderneming worden belast¹⁴³⁴, vindt ook hier zijn oorzaak in het feit dat de naar buitenlands recht tot stand gekomen rechtsfiguur een tweedeling tot gevolg heeft in de door de *trustee* gehouden *legal title* bij het ondernemingsvermogen en de door *beneficiaries* gehouden *beneficial title* en *interest* bij het onder *trust*verband gebrachte ondernemingsvermogen. Het gevolg zou naar mijn mening dan ook moeten zijn, dat in een regeling wordt voorzien inhoudende dat inkomen genoten door *beneficiaries* welke (gezamenlijk) tot het gehele juridische en economische belang van een onder *trust*verband gebrachte onderneming zijn gerechtigd als winst uit onderneming bij hen dient te worden belast, ongeacht of zij dat inkomen genieten vanwege een beneficiaire gerechtigdheid tot 1) het ondernemingsvermogen en de opbrengsten daaruit, 2) slechts de opbrengsten daaruit, dan wel 3) slechts tot het ondernemingsvermogen en de waardemutaties daarvan.

¹⁴³⁴ Een ongelijkheid die overigens ook bestaat ten opzichte van *beneficiaries* die slechts gerechtigd zijn tot de opbrengsten van de via een *fixed trust* ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen en niet tot de vermogensbestanddelen zelf, en die eveneens progressief worden belast.

Hoofdstuk 3

Samenvatting en conclusie

3.1 Samenvatting

In Deel 5 is in hoofdstuk 1 allereerst in paragraaf 2 getracht enig inzicht te verschaffen in een aantal regelingen betreffende de *trust* elders, daarbij onderscheid makend tussen landen die een rechtssysteem hebben waarvan de *express private trust* als rechtsfiguur deel uitmaakt en landen die de *trust* als zodanig niet kennen. Voor wat betreft de landen die de *trust*figuur kennen, is gekozen – naast (de reeds eerder besproken regelingen in) het Verenigd Koninkrijk – voor een aantal belangrijke verdragslanden: de Verenigde Staten van Amerika, Australië, Nieuw Zeeland, Canada en Zuid Afrika. Voor wat betreft de landen die de *trust*figuur niet kennen is gekozen voor Duitsland, Frankrijk en Italië. De landen die de *trust* als rechtsfiguur wel kennen hebben doorgaans complexe regelgeving met betrekking tot *trusts*, terwijl in de landen die de *trust* niet als rechtsfiguur kennen veelal onzekerheid bestaat hoe het *trust*concept dient te worden behandeld. Zij het dat er ten aanzien van de toerekening van *trust*inkomen ten behoeve van de heffing van belastingen geen systematisch onderscheid is vast te stellen tussen landen die de *trust* wel kennen en landen die de *trust* niet als rechtsfiguur kennen. Een in alle landen telkens terugkerend vraagstuk is de toerekening van *trust*inkomen aan hetzij de *settlor*, hetzij de *beneficiary*, waarbij de omstandigheden die voor toerekening van belang zijn telkens variëren. Zo rekenen veel landen het inkomen van een *revocable trust* toe aan de *settlor*, hetzij vanwege geldende *trust*regels, hetzij vanwege het feit dat de overdracht van vermogensbestanddelen aan een *revocable trust* te weinig afstand tussen de *settlor* en het overgedragen vermogen laat, zodat niet wordt voldaan aan meer algemene regels betreffende het ontgaan van belastingheffing. Andere redenen om het *trust*inkomen aan de *settlor* toe te rekenen, ongeacht of sprake is van een *revocable* of *irrevocable trust*, kunnen zijn dat het *trust*vermogen naar de *settlor* kan terugkeren of naar personen die verwant zijn aan de *settlor* of door hem daarvoor kunnen worden aangewezen (bv. Canada, de Verenigde Staten van Amerika); of omdat de *trust* wordt gelijkgesteld met een familie-*trust* (Duitsland); of omdat er geen *beneficiaries* zijn geïndividualiseerd (Japan) of omdat de gerechtigdheid tot het *trust*inkomen afhankelijk is van een nog niet vervulde voorwaarde (Zuid Afrika); dan wel de *settlor* kan, breed opgevat, voordelen uit de *trust* genieten (het Verenigd Koninkrijk, de Verenigde Staten van Amerika). Indien een *beneficiary* gerechtigd is tot het *trust*inkomen zodra dat ontstaat, dan wel een uitkering uit de opbrengsten ontvangt in het jaar dat de opbrengsten ontstaan, dan wordt in vele landen het *trust*inkomen rechtstreeks aan de *beneficiary* toegerekend.

Nieuwe Italiaanse wetgeving gaat zelfs een stap verder en rekt *trust*inkomen reeds toe zodra vaststaat wie *beneficiary* is, ongeacht of deze tot het *trust*inkomen is gerechtigd. Andere landen, met name die welke in hun rechtssysteem de *trust* als rechtsfiguur kennen, rekenen het *trust*inkomen eerst toe aan de *trustee*, dan wel de *trust* zelf. Ontvangt de *beneficiary* daarna een uitkering uit de *trust* dan wordt veelal een *tax-credit* verleend voor de van de *trustee* of de *trust* geheven belasting (Canada, Nieuw Zeeland, het Verenigd Koninkrijk). Problematischer is het als het *trust*inkomen noch aan de *settlor*, noch aan een *beneficiary* is toe te rekenen. Landen tot wier rechtssysteem de *express private trust* als rechtsfiguur wel behoort, merken dan de *trust* als een belastingplichtig lichaam aan, ook al heeft de *trust* geen rechtspersoonlijkheid (Canada, Zuid Afrika en de Verenigde Staten van Amerika). Landen zonder *trust*wetgeving, kennen weliswaar zulk een wettelijke toerekeningbepaling niet, maar beschouwen de *trust* als een belastingplichtig lichaam vanwege rangschikking onder een van de lichamen die krachtens eigen wetgeving belastingplichtig zijn (Denemarken, Finland, Duitsland, Italië, Nederland, Zweden en Zwitserland). In sommige landen geldt dat een *trustee* niet kan worden belast omdat deze niet tot het *trust*inkomen beneficiair is gerechtigd (Denemarken, Frankrijk, Zwitserland). Landen die de *trustee* wel belasten zijn o.a India, Israël, Japan, Maleisië, Nieuw Zeeland, Sri Lanka en het Verenigd Koninkrijk. Sommige landen hebben in hun verdragen betreffende *trusts* bijzondere bepalingen met betrekking tot het *beneficial ownership* (bv. verdragen door Nieuw Zeeland gesloten met meerdere landen; het verdrag tussen Korea en Fiji; het verdrag tussen Noorwegen en het Verenigd Koninkrijk; verdragen die de Verenigde Staten van Amerika sluit). Waar het de toerekening van inkomen betreft, spitsen de vraagstukken zich doorgaans toe op het al dan niet aanwezig zijn van een fiscaal-juridische zelfstandige entiteit, de vestigingsplaats van zulk een entiteit, de aard van het uitgekeerde *trust*inkomen, de basis waarop belastingheffing bij *beneficiaries* kan plaatsvinden en het al dan niet van toepassing zijn van belastingverdragen.

In paragraaf 3 is een aantal voorgestelde alternatieven geschetst, zijnde:

- 1) het door de werkgroep “Modernisering successiewetgeving” in 2000 uitgebrachte voorstel betreffende de introductie van een familiestichting, waarin met een drempelheffing van 10% familievermogen kon worden ingebracht,
- 2) de stichting als geïnstitutionaliseerd uitvoerder van een derdenbeding,
- 3) de algemeen nut stichting met private elementen,
- 4) de familiestichting als verlengstuk van de erflater/schenker,

5) de tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel betreffende het afgezonderd particulier vermogen aan de orde gekomen voorstellen, zijnde:

- een fiscale transparantie richting begunstigten,
- het alleen inbrengen en uitkeren uit een afgezonderd particulier vermogen belasten,
- de door *PwC* voorgestelde “*Proeve van een familiestichting*”.

6) een door Boer beschreven inpassingsvoorstel op basis van een entiteitsgedachte.

Ten aanzien van al deze alternatieve regelingen betreffende de fiscale behandeling van doelvermogens is vastgesteld dat zij om een veelheid van redenen niet voldoen.

De door de commissie *Molmaker* voorgestelde regeling niet omdat de regeling o.a. prohibitief voor het tot stand brengen van een doelvermogen én tot dubbele belastingheffing had kunnen leiden. Een stichting als “geïstitutionaliseerde uitvoerder” van een derdenbeding niet omdat het vermogen van de stichting – zolang er geen uitkeringen zouden zijn gedaan – voor de toepassing van de Wet inkomstenbelasting 2001 aan de stipulator dan wel zijn erfgenamen voor gelijke delen zouden zijn toegerekend, terwijl geen van hen, vanwege de eigendomsoverdracht aan de stichting, over het vermogen en/of haar opbrengsten zou hebben kunnen beschikken. Hierdoor zou het heffen van een vermogensrendementsheffing niet alleen artificieel zijn geworden, maar het zou tevens degenen benadeeld hebben die uiteindelijk niets zouden blijken te hebben verkregen.

De door *PwC* voorgestelde “*Proeve van een familiestichting*” niet vanwege de terecht naar mijn mening door de staatssecretaris daartegen ingebrachte bezwaren, waarvan als belangrijkste de aanzienlijk complexere wetgeving. En ook het door Boer voorgestelde inpassingsvoorstel op basis van een entiteitsgedachte voldoet niet vanwege het feit dat het enerzijds niet aansluit bij de bestaande wetssystematiek en anderzijds een (te) complexe wetgeving vereist, waarbij “*overkill*” in heffing dan wel het oneigenlijk ontgaan van heffing niet valt uit te sluiten.

Vandaar dat in paragraaf 4 is getracht een alternatief te schetsen dat wél een goed evenwicht tussen doelmatigheid en rechtvaardigheid vormt; goed past binnen het systeem van de wet; geen al te complexe wetgeving vergt; gekenmerkt wordt door het feit dat de juridische en economische realiteit niet wordt ontkend en dat wél aan een aantal wezenlijke voorwaarden voldoet, dit in tegenstelling tot de wettelijke regeling zoals die per 1 januari 2010 tot stand is gekomen.

Dit alternatief van een wettelijke regeling betreffende doelvermogens heeft als uitgangspunt dat een *discretionary trust* welke naar buitenlands recht tot stand komt voor het Nederlandse fiscale recht als een zelfstandige entiteit dient te worden erkend. Hieraan ligt de gedachte ten grondslag dat rechtsgevolgen van rechtshandelingen dienen te worden gerespecteerd.

Teneinde het oneigenlijk ontgaan van belastingheffing en daarop betrekking hebbende constructies te bestrijden, zou bij wetsfictie moeten worden vastgelegd dat een tot stand gekomen buitenlandse *discretionary trust* geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd indien de *settlor*, diens *partner* dan wel zijn erfgenamen in Nederland wonen. Opdat de vereiste rechtszekerheid en rechtvaardigheid worden gewaarborgd, dient daarbij de mogelijkheid te worden geboden aan te tonen dat van een feitelijke leiding in Nederland geen sprake is en dat de *discretionary trust* daadwerkelijk elders wordt geleid. Het tot stand brengen van de *discretionary trust* leidt bij het doelvermogen als verkrijger tot heffing van schenkbelasting tegen het derdentarief, zij het dat de schenkbelasting gedeeltelijk dient te worden gerestitueerd indien en voorzover nadien rechten aan *beneficiaries* mochten worden toegekend waarvoor een lager tarief geldt. De waarde waarover de schenkbelasting wordt geheven, zou gelijk moeten zijn aan de waarde in het economisch verkeer van het onder *trust*verband gebrachte vermogen.

Door in aanvang de schenkbelasting tegen het hoge tarief te heffen, wordt het “lichtzinnig” tot stand brengen van een *discretionary trust* voorkomen. De restitutie van de schenkbelasting vormt een prikkel om aan *beneficiaries* rechten toe te kennen.

Zodra een *settlor* zich metterwoon in Nederland vestigt, wordt de *discretionary trust* geacht in Nederland te zijn gevestigd, tenzij kan worden aangetoond dat van een feitelijke leiding vanuit Nederland geen sprake is. Zodra de *settlor* Nederland metterwoon verlaat, wordt de *discretionary trust* geacht te emigreren. Dit heeft tot gevolg dat bij “binnenkomst” van de *discretionary trust* in Nederland en bij “vertrek” de waarde van het vermogen in het economisch verkeer dient te worden vastgesteld opdat over de in de Nederlandse periode van “vestiging” ontstane waardeaan groei fiscaal kan worden afgerekend.

Terugwerkende kracht bij de totstandkoming van de alternatieve wettelijke regeling kan worden voorkomen door een *step up* te verlenen, mits kan worden aangetoond dat van fiscale grensverkenning geen sprake is.

Opdat de fictiefin Nederland gevestigde *discretionary express private trust* kan worden belast met vennootschapsbelasting dient het begrip doelvermogen (eindelijk) in art. 2 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 te worden opgenomen. Aldus wordt tevens voorkomen dat in Nederland gevestigde doelvermogens nog langer niet vennootschapsbelastingplichtig zijn. Het feit dat, indien de *settlor* onvoldoende kan aantonen dat de feitelijke leiding van de entiteit daadwerkelijk

3.1 Samenvatting

elders wordt uitgeoefend, de opbrengsten van het onder *trust*verband gebrachte vermogen met Nederlandse vennootschapsbelasting worden belast in plaats van het van toepassing zijn van bv. de vermogensrendementsheffing, zal eveneens een rem vormen op het lichtvaardig tot stand brengen van een *discretionary trust*. Voorts is voorgesteld om ook in art 16 en 17 Successiewet 1956 het begrip “doelvermogen” op te nemen, zodat het bij totstandkoming van het doelvermogen overgedragen vermogen geacht wordt als door het doelvermogen bij schenking resp. bij uiterste wilsbeschikking te zijn verkregen. Dubbele heffing vanwege de vestigingsplaatsfictie kan worden voorkomen door een beroep te doen op een van toepassing zijnd verdrag dan wel de eenzijdige regeling ter voorkoming van dubbele belasting. Vorenstaande regeling kan worden gemitigeerd door te bepalen dat de woonplaatsfictie alleen van toepassing is indien het doelvermogen tot stand is gebracht naar het recht van jurisdicties die het ontgaan van belastingheffing mogelijk maken en/of geen informatie aan andere landen verstrekken. Een ministeriële beschikking zou deze jurisdicties kunnen aanwijzen. Wordt een doelvermogen naar het *trust*recht van een niet als besmet aangewezen land tot stand gebracht, dan dient de woonplaatsfictie niet te gelden. Dit laat overigens onverlet dat uit feiten en omstandigheden zou kunnen blijken dat ook dan het doelvermogen geacht moet worden in Nederland te zijn gevestigd, zij het dat zulks dan door de fiscus dient te worden aangetoond.

Opdat de invordering van de aan de krachtens vestigingsplaatsfictie in Nederland gevestigde doelvermogens opgelegde aanslagen wordt gewaarborgd, dient een regeling te worden getroffen die voorziet in een verhaal op het vermogen van de *settlor*, diens *partner* of diens erfgenamen indien het vermogen van de zelfstandige entiteit daartoe onvoldoende blijkt te zijn.

De voorgestelde regeling behoeft geen heffingscriterium omdat de regeling als uitgangspunt kent dat een rechtsgeldig tot stand gekomen *discretionary trust* welke in een land is gevestigd dat niet als besmet is aangewezen en waarin een *settlor* vermogen daadwerkelijk onder discretionair verband heeft afgescheiden (tengevolge waarvan schenkingsrecht naar het derdentarief verschuldigd werd) feitelijk aldaar is gevestigd.

Tenslotte past de voorgestelde regeling in de systematiek van ons wettelijk systeem.

Een ander alternatief zou kunnen zijn om voortaan niet alleen de *discretionary trust* maar ook de rechtsfiguur van de *fixed trust* krachtens wetsbepaling als een als doelvermogen te kwalificeren fiscaal-juridische entiteit aan te merken. Vanwege de daaraan verbonden bezwaren: 1) de fiscaal-juridische “gefingeerde werkelijkheid” wijkt af van de civielrechtelijke realiteit; 2) de aard van de inkomensbron wijzigt en daarmee voor *beneficiaries* mogelijk het heffingspercentage voor inkomstenbelasting; 3) er ontstaat de

noodzaak om dubbele heffing van schenkbelasting te voorkomen, hetgeen tot uitvoeringsproblemen kan leiden, is geconcludeerd dat dit alternatief niet de voorkeur geniet, ook al wordt hiermee de rechtszekerheid en doelmatigheid gediend. Het belang van *beneficiaries* – welke civielrechtelijk het juridisch en economisch belang bij het *trust*vermogen houden – dient zwaarder te wegen. In hoofdstuk 2 zijn voorstellen gedaan om knelpunten welke zich tijdens het ontstaan en bestaan van een *fixed trust* voordoen, op te heffen.

Teneinde de bestaande onzekerheid omtrent de kwalificatie van de *fixed trust* op te heffen – legis- en jurisprudentie bieden evenals de doctrine daarover onvoldoende zekerheid – zou de wetgever alsnog eenduidig helderheid moeten verschaffen omtrent de vraag of een *fixed trust* waarbij *beneficiaries* tot het gehele juridische en economische belang bij het *trust*vermogen zijn gerechtigd wel of niet een als entiteit aan te merken afgezonderd particulier vermogen vormt.

Voorts is vastgesteld dat er zich een aantal knelpunten voordoen tijdens het bestaan van een *fixed trust* welke onevenwichtige heffingsgevolgen veroorzaken. Ten eerste is er een beperkte aanspraak op ondernemersfaciliteiten indien een *beneficiary* (deels) is gerechtigd tot een onder *fixed trust*verband gebracht ondernemingsvermogen, alsmede ook (deels) tot de jaarwinst omdat hij niet kan worden aangemerkt als een art. 3.4-ondernemer, terwijl de door hem genoten belastbare winst wel als belastbaar inkomen uit werk en woning ingevolge het bepaalde in art. 2.10 Wet inkomstenbelasting 2001 progressief wordt belast. Een ongelijkheid die zijn oorzaak vindt in de eigenheid van de *fixed trust* als rechtsfiguur naar buitenlands *trustrecht*.

Ten tweede geldt dat een *beneficiary* die (deels) is gerechtigd tot de jaarlijks te realiseren winst uit onderneming, maar niet (deels) tot het ondernemingsvermogen en de waardemutaties daarvan, slechts naar het proportionele tarief geldend voor inkomen uit sparen en beleggen wordt belast, terwijl hetgeen hij geniet *de facto* niets anders is dan winst uit onderneming. Dit in tegenstelling tot *beneficiaries* die slechts zijn gerechtigd tot de opbrengsten van de via een *fixed trust* ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen en niet tot de vermogensbestanddelen zelf, die wél progressief worden belast. Een discrepantie die, naar mij voorkomt, onredelijk is.

Een wettelijke regeling zou er dan ook in moeten voorzien dat inkomen genoten door *beneficiaries* welke tot het gehele juridische en economische belang van een onder *trust*verband gebrachte onderneming zijn gerechtigd progressief als winst uit onderneming wordt belast, ongeacht of zij dat inkomen genieten vanwege beneficiaire gerechtigdheid tot 1) het ondernemingsvermogen en de opbrengsten daaruit, 2) slechts de opbrengsten daaruit, dan wel 3) slechts tot het ondernemingsvermogen en de waardemutaties daarvan.

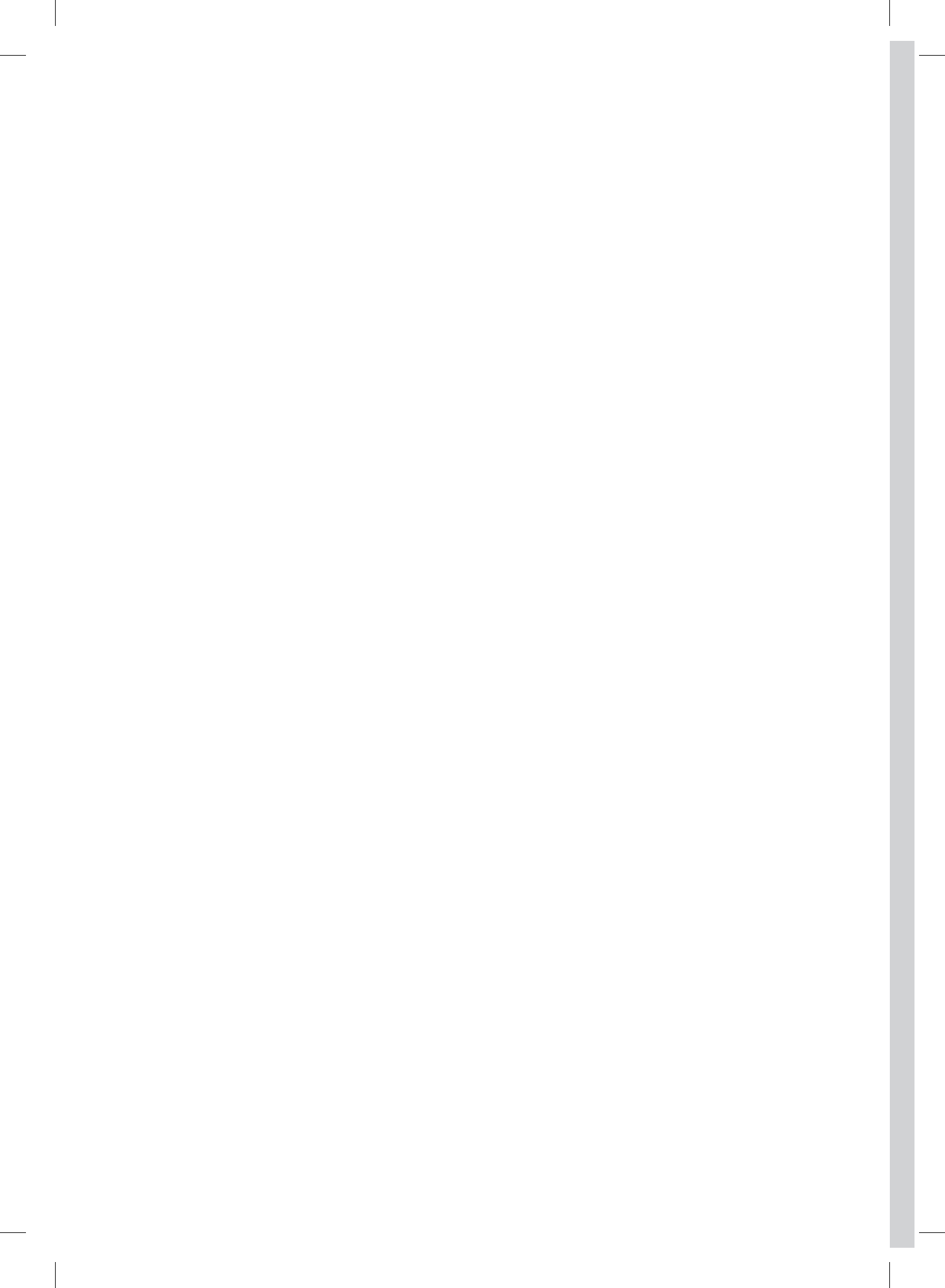
3.2 Conclusie

De sinds 1 januari 2010 geldende wettelijke regeling betreffende het als afgezonderd particulier vermogen is – algemene beginselen van behoorlijke wetgeving in aanmerking nemend – een regeling die naar mijn mening zo spoedig mogelijk vervangen dient te worden door een regeling die wél blijk geeft van een goede afweging tussen het rechtzekerheidsbeginsel enerzijds en het gelijkheidsbeginsel en “het doel van het recht” anderzijds.

Daarbij dient het alternatief aan een aantal voorwaarden te voldoen. Het moet:

- 1) de belangen van de staat en die van de burger beide evenwichtig dienen,
- 2) de tot stand te brengen juridische en economische realiteit als uitgangspunt nemen en respecteren,
- 3) voldoende zekerheid bieden dat doelvermogens niet kunnen worden aangewend met het overwegende motief om heffing van belasting te ontgaan,
- 4) een goed evenwicht tussen rechtvaardigheid en rechtszekerheid waarborgen,
- 5) uitgaan van de vrijheid van kapitaalverkeer,
- 6) de burger voldoende ruimte laten om zijn particuliere belangen zodanig in te richten dat ook zijn fiscale belangen daarmee het best gediend zijn,
- 7) niet zodanig van de bestaande wetsystematiek afwijken dat zij daarop een inbreuk vormt.
- 8) een niet te complexe wetgeving tot gevolg hebben.

Het voorgestelde alternatief voor een wettelijke regeling betreffende een als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary express private trust* voldoet naar mijn mening aan deze voorwaarden. Het zou mooi zijn als ook de wetgever daar op korte termijn van overtuigd zou kunnen worden. Wellicht dat deze studie daaraan een bijdrage kan leveren.



Deel 6

Samenvatting en slotconclusie

Hoofdstuk 1

Samenvatting

1.1 Inleiding

Fiduciare eigendomsoverdrachten bestaan reeds eeuwen lang. Ze waren reeds bekend in de klassieke oudheid en in de Middeleeuwen. Telkens weliswaar met een andere juridische vormgeving, maar in essentie gelijk aan elkaar: de overdracht van goederen aan een vertrouwd persoon opdat deze als goed huisvader deze goederen in het belang van en ten behoeve van derden beheert overeenkomstig de daartoe gegeven aanwijzingen.

In Engeland ontwikkelde zich een vorm van fiduciaire eigendomsoverdracht welke op *common law* en *equity* is gebaseerd en daarmee zodanig specifieke kenmerken verkreeg dat die rechtsfiguur in juridische zin wezenlijk afwijkt van de op het continentaal recht gebaseerde vormen van fiduciaire eigendomsoverdracht. De Engelse rechtsfiguur van de *express private trust* wordt namelijk gekenmerkt door het feit dat een *settlor* via een eenzijdige rechtshandeling goederen aan een *trustee* overdraagt, die daardoor de *legal ownership* verkrijgt, met als opdracht deze eigendom, overeenkomstig de (eventueel) dienaangaande in het *trustinstrument* gestelde *trustvoorwaarden* te beheren ten behoeve van een of meer al dan niet door de *settlor* aangewezen *beneficiaries*, die daarmee *equitable owner* (zouden kunnen) worden. Het aldus afgescheiden vermogen maakt geen deel uit van het persoonlijk vermogen van de *trustee*, zodat het *trustvermogen* niet vererft, geen verhaal biedt voor de privé-schuldeisers van de *trustee* en evenmin verhaal biedt bij echtscheiding en faillissement van de *trustee*. Het *trustvermogen* vormt een afgezonderd vermogen dat uitsluitend beschikbaar is voor de (toekomstige) *beneficiaries* of een charitatief doel. De *beneficiaries* verkrijgen rechtens afdwingbare rechten, ondanks het feit dat zij geen partij zijn bij de totstandkoming van de *trust* en zij evenmin een prestatie verschuldigd zijn. Een voor deze studie belangrijk onderscheid in het Engels recht is die tussen de *discretionary trust* en de *fixed trust*, ook wel als een “*interest in possession settlement*” aangeduid. Waarbij ik onder een *discretionary trust* versta de naar Anglo-Amerikaans recht tot stand gekomen rechtsfiguur welke wordt gekenmerkt door het feit dat de *settlor* hem toebehorend vermogen door middel van een eenzijdige rechtshandeling heeft afgezonderd en ter afscheiding de *legal ownership* daarvan op basis van *common law* aan een *trustee* heeft overgedragen. Waarbij door hem geen individueel gerechtigde *beneficiaries* zijn aangewezen, doch slechts een groep van (rechts)personen. Terwijl de *trustee* de verplichting/bevoegdheid op zich neemt/verkiijgt om te bepalen wie van deze groep, wanneer, welke rechten met betrekking tot het *trustvermogen* verkrijgt. Onder een *fixed trust* versta ik de naar Anglo-Amerikaans recht tot stand

gekomen rechtsfiguur welke wordt gekenmerkt door het feit dat de *settlor* hem toebehorend vermogen door middel van een eenzijdige rechtshandeling heeft afgezonderd en ter afscheiding de *legal ownership* daarvan op basis van *common law* aan de *trustee* heeft overgedragen. Terwijl hij tevens heeft bepaald wanneer de door hem daartoe aangewezen *beneficiaries*, de door hem naar aard en omvang vastgestelde beneficiaire rechten op het *trust*vermogen en/of de opbrengsten daarvan, het *beneficial ownership*, krachtens *equity* verkrijgen. Het voor deze studie van belang zijnde grote verschil tussen deze beide rechtsfiguren is dat bij een *discretionary trust*, zolang de *trustee* van zijn discretionaire bevoegdheid tot aanwijzing van *beneficiaries* en vaststelling van de hen toekomende vermogensrechten geen gebruik heeft gemaakt, er geen (rechts)personen zijn die rechtstreeks tot het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan zijn gerechtigd, zodat ogenschijnlijk aan niemand het *beneficial interest* bij het *trust*vermogen kan worden toegerekend. Het gevolg hiervan is dat deze *trust*figuur (reeds eeuwenlang) een grote aantrekkingskracht uitoefende op de meer vermogenden. De rechtsfiguur bood en biedt namelijk mogelijkheden om schenk-, erf- en inkomstenbelasting, dan wel de equivalenten daarvan, te besparen.

Vandaar dat reeds vroeg in het Engelse recht wordt getracht (fiscaal) misbruik van deze rechtsfiguur uit te bannen. Wat overigens telkens slechts ten dele is gelukt.

Vanwege het Engelse koloniale verleden gaat de rechtsfiguur van de *trust* ook deel uitmaken van veel rechtsgebieden elders, waaronder de Verenigde Staten en landen die tot het Gemenebest behoren/behoorden. Uiteindelijk leidt de rechtsfiguur van de *discretionary trust* er toe dat in doorgaans nogal exotische rechtsgebieden *trust*wetgeving wordt ontwikkeld die het zeer vermogenden mogelijk maakt om (meer dan) fiscaal vriendelijk hun vermogen of delen daarvan onder discretionair *trust*verband te brengen, tengevolge waarvan in grote mate een veelal oneigenlijk gebruik van deze rechtsfiguur wordt gemaakt. Dit vormt niet alleen de oorzaak van de sterk negatieve publieke beeldvorming van de *trust* als rechtsfiguur, maar heeft ook tot (over)reacties van fiscale wetgevers geleid en daarmee tot robuuste fiscale maatregelen teneinde het gebruik (en zeker ook soms misbruik) van *trusts* in *taxhavens* te beperken dan wel uit te sluiten. Uiteraard wordt ook de Nederlandse rechtsorde met het bestaan van *trusts* geconfronteerd. De oorzaken daarvan kunnen bijvoorbeeld zijn: het tot stand brengen van een *trust* door een Nederlandse *settlor*; het door een Nederlandse *beneficiary* gerechtigd zijn of worden tot een *trust*vermogen en/of de opbrengsten daarvan; het zich metterwoon vestigen van een *settlor* of *beneficiaries* in Nederland; het in Nederland woonachtig/gevestigd zijn van *trustees*. Daarbij doen zich vragen voor die niet eenvoudig zijn te beantwoorden, enerzijds omdat het Nederlandse privaat- en fiscaal recht een rechtsfiguur gelijk

aan die van de *trust* niet kent, anderzijds omdat het Nederlandse recht - in tegenstelling tot het Engelse recht - een absoluut eigendomsbegrip hanteert.

1.2 Probleemstelling

De vragen die fiscaalrechtelijk van belang zijn en die dan ook de probleemstelling voor dit onderzoek vormden, zijn:

1. hoe dient de als *express private trust* te kenmerken rechtsfiguur, in haar onderscheiding naar de *discretionary* en *fixed trust*, fiscaalrechtelijk te worden gekwalificeerd, en
2. wat zijn de (zelfstandige) fiscale gevolgen van de kwalificatie.

Daarbij is onderscheid gemaakt tussen de fiscale gevolgen van de totstandkoming en bestaan van beide *trust*vormen onder het positieve recht en het wenselijke recht zoals dit als alternatief is beschreven.

Aan het onderzoek liggen twee onderzoekshypothesen ten grondslag:

- 1 De *discretionary trust* is non-transparant.

Dat wil zeggen dat een *discretionary trust* - ten aanzien van de onderscheiden heffingen - als een als doelvermogen aan te merken fiscaalrechtelijk zelfstandige entiteit is aan te merken. Dit omdat de *discretionary trust* ingevolge het *trust*recht via de *trustee* het juridisch belang, alsook vanwege het ontbreken van door de *settlor* individueel aangewezen *beneficiaries* het economisch belang bij de *trust*goederen houdt. Met als gevolg dat deze uitsluitend aan de *trust* als zodanig dienen te worden toegerekend.

- 2 De *fixed trust* is transparant

Dat wil zeggen dat een *fixed trust* - ten aanzien van de onderscheiden heffingen - niet als een doelvermogen aan te merken fiscaalrechtelijk zelfstandige entiteit is te kwalificeren. Bij de totstandkoming van de *fixed trust* zijn immers door de *settlor* wél *beneficiaries* individueel aangewezen die ingevolge de bepalingen in het *trustinstrument* zodanige juridische afdwingbare rechen betreffende het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan hebben verkregen, dat zij het juridisch en economisch belang bij het *trust*vermogen houden. Met als gevolg dat dit vermogen en de opbrengsten daarvan rechtstreeks aan hen dienen te worden toegerekend. Dientengevolge wordt het inkomen rechtstreeks door hen

genoten (en verliezen rechtstreeks bij hen in aanmerking genomen) terwijl de aard en omvang van het inkomen doorgaans ongewijzigd blijven. Mochten er op enig moment *beneficiaries* ontbreken, dan worden ingevolge het *trustrecht* het in *fixed trust* gehouden vermogen en de opbrengsten daarvan als *resulting trust* voor de *settlor* of diens erfgenamen gehouden. Met als gevolg dat zij tot het economisch en juridisch belang bij het *trustvermogen* zodanig zijn gerechtigd dat het *trustvermogen* en de opbrengsten daarvan alsdan rechtstreeks aan hen fiscaalrechtelijk moeten worden toegerekend.

In het kader van dit onderzoek is het begrip fiscale transparantie gedefinieerd als de situatie waarin (rechts) personen het juridische en het economisch belang bij het *trustvermogen* rechtstreeks houden.

Zulks vanwege het feit dat deze (rechts)personen ingevolge het *trustinstrument* dan wel het *trustrecht* :

- juridisch afdwingbare rechten hebben verkregen betreffende de verkrijging van de juridische eigendom van het *trustvermogen* en de opbrengsten daarvan, alsook
- rechtstreeks tot het economisch belang bij het *trustvermogen* zijn gerechtigd.

Het begrip (mede)gerechtigdheid is daarbij opgevat als bedoeld in art. 3.3, lid 1, letter a Wet inkomstenbelasting 2001, zodat de criteria waaraan is getoetst of een *trust* voor de heffing van de onderscheiden belastingen al dan niet als transparant moet worden aangemerkt zijn:

hebben (rechts)personen vanwege de bepalingen in het *trustinstrument* dan wel het *trustrecht*:

- 1) zodanige juridische afdwingbare rechten verkregen dat het juridisch belang bij het *trustvermogen* en de opbrengsten daarvan uitsluitend hen aangaan. Waarbij onder het juridisch belang bij het *trustvermogen* en de opbrengsten daarvan wordt verstaan de toezegging dat zij de juridische eigendom van de *trustgoederen* zullen verkrijgen.
- 2) een zodanige gerechtigdheid tot het economisch belang bij het *trustvermogen* verkregen dat het economisch belang uitsluitend aan hen rechtstreeks kan worden toegerekend. Daarbij wordt onder het rechtstreeks economisch gerechtigd zijn, verstaan :

1.3 De kwalificatie van de trust
1.3.1 De privaatrechtelijke kwalificatie van de trust

het ten minste aanspraak kunnen maken op de door de *settlor* onder *trust*verband gebrachte vermogensbestanddelen; dan wel op de vermogensbestanddelendie daarvoor in de plaats zijn gekomen; dan wel op een vermogenswaarde die daarmee geheel of gedeeltelijk overeenkomt; dan wel het hebben van een aanspraak op (een gedeelte van) het liquidatiesaldo van de vermogensbestanddelen in de *trust*; dan wel op de reserve in een of meer vermogensbestanddelen via de jaarwinst. Daarbij gaat het niet om het zijn van economisch eigenaar, maar om het hebben van een (voldoende) economisch belang als hiervoor omschreven.

Voorts is de met de onderzoekshypothesen samenhangende vraag onderzocht of door het tot stand brengen van een *trust*, de kwalificatie van het broninkomen zich kan wijzigen. Zulks afhankelijk van de aard van de tot stand te brengen *trust*. Daarbij is verondersteld dat de totstandkoming en het bestaan van een *fixed trust* voor de kwalificatie van het inkomen geen zelfstandige gevolgen voor de *settlor* en de *beneficiaries* hebben. Met als gevolg dat de *trust* voor fiscale doeleinden kan worden genegeerd, terwijl het ontstaan en bestaan van een *discretionary trust* daarentegen wél zelfstandige fiscale gevolgen heeft voor de kwalificatie van het inkomen. Dit omdat de *discretionary trust* wél als een als doelvermogen aan te merken juridisch zelfstandige entiteit moet worden gekwalificeerd, waaraan het juridisch en economisch belang bij het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan moeten worden toegerekend.

1.3 De kwalificatie van de trust

1.3.1 De privaatrechtelijke kwalificatie van de trust

Nadat eerst in deel 1 van dit proefschrift aandacht is besteed aan de *trust* in historisch perspectief; de *trust* naar Engels recht; de de Engelse belastingheffing en de *trust* alsook aan *trusts* in rechtsgebieden buiten het VK en de VS, is vervolgens – vanwege de leer van de rechtseenheid – in deel 2 onderzocht, hoe een als een verdrag*trust* te kwalificeren rechtsfiguur naar Nederlands privaatrecht kan worden gekwalificeerd. Daartoe is eerst aandacht besteed aan het belang en de werking van het Haags *trust*verdrag. Daarbij is onderzocht welke materiële kenmerken een *trust* dient te hebben om ingevolge het Haags *trust*verdrag als verdrag*trust* te worden erkend. Indien de rechtsfiguren van de *fixed* en *discretionary trust* aan de kenmerken van een verdrag*trust* worden getoetst, dan blijkt dat deze rechtsfiguren door Nederland als een verdrag*trust* dienen te worden erkend omdat deze rechtsfiguren aan de vereiste kenmerken voldoen. Het verdrag geeft echter geen antwoord op de vraag hoe de totstandgekomen rechtsfiguur van de verdrag*trust* privaatrechtelijk dient te worden gekwalificeerd. Het schetst slechts de kenmerken van een verdrag*trust* en de privaatrechtelijke

gevolgen daarvan, zij het dat de kenmerken van de verdragstrust de vorming van een juridisch zelfstandige entiteit naar Nederlands privaatrecht niet uitsluiten. Gebleken is dat de verdragstrust geen equivalent heeft in het Nederlands privaatrecht. Een toetsing van hetgeen een verdragstrust kenmerkt aan de kenmerken van een aantal *trust*-achtige figuren naar Nederlands privaatrecht leert dat de rechtsfiguren van het testamentair bewind en het bewind bij schenking de verdragstrust nog het dichtst benaderen. Dit geldt ook voor eigendom ten titel van beheer in combinatie met een stichting.

Ten aanzien van de vraag of de verdragstrust een juridisch zelfstandige entiteit naar Nederlands privaatrecht vormt, is vastgesteld dat zulks niet het geval is. Een als een verdragstrust aan te merken afgezonderd en afgescheiden doelbestemd vermogen vormt namelijk privaatrechtelijk pas een entiteit die rechtssubjectiviteit heeft, indien de vermogenseenheid eigen rechten en verplichtingen heeft en daarmee een eigen identiteit onafhankelijk zowel van de samenstelling van het vermogen, alsook van mogelijk gerechtigden tot het vermogen. Terwijl de vermogenseenheid tot stand is gekomen vanwege de wil van een rechthebbende tot het vermogen tot enkelvoudige afscheiding ten behoeve van en in het belang van anderen.

Geconcludeerd is dat teneinde de verdragstrust in te passen, privaatrechtelijk niet moet worden gezocht naar vormen van juridische zelfstandigheid, maar in de richting van bewind en beheer. Een benadering die aansluiting geeft bij het fiscaalrechtelijk begrip “doelvermogen” en daarmee een (eigen) privaatrechtelijke onderbouwing. Aldus biedt het privaatrecht een handreiking aan het fiscale recht om tot een fiscaalrechtelijke inpassing van de verdragstrust te komen.

1.3.2 De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de trust

1.3.2.1 Inleiding

In deel 3 is onderzocht hoe de *discretionary* respectievelijk *fixed trust* fiscaalrechtelijk dienen te worden gekwalificeerd.

1.3.2.1.1 De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de *discretionary trust*

Ten aanzien van de kwalificatie van de *discretionary trust* voor de heffing van schenk-, erf- en inkomstenbelasting is een aantal onderscheidingen aangebracht:

- de kwalificatie van de irrevocable *discretionary trust inter vivos* respectievelijk *mortis causa* voor de heffing van het schenkingsrecht respectievelijk het successierecht vóór 1 januari 2010.

1.3 De kwalificatie van de trust
1.3.2.1.1 De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de *discretionary trust*

- de kwalificatie van de *revocable discretionary trust* vóór 1 januari 2010
- de kwalificatie van de *discretionary trust* ná 1 januari 2010.

De kwalificatie van de irrevocable discretionary trust inter vivos voor het schenkingsrecht vóór 1 januari 2010

Vastgesteld is dat naar de mening van de Hoge Raad een “zwevend *trust*vermogen” naar Nederlands fiscaal recht niet kan bestaan en dat het in het stelsel van de Successiewet 1956 niet past dat een binnen het Rijk wonende persoon zich tijdens zijn leven uit vrijgevigheid van zijn goederen ontdoet zonder dat dit tot heffing van schenkingsrecht leidt. Vandaar dat de Hoge Raad tot de conclusie kwam dat de totstandkoming van een *discretionary trust inter vivos* tot gevolg heeft dat een afgescheiden vermogen tot stand komt dat aan niemand (vermogensrechtelijk) toebehoort; dat voor een bepaald doel opzij is gezet en dat daarmee de *discretionary trust* voor de heffing van het schenkingsrecht als een als (fiscaal) juridisch zelfstandige entiteit te kwalificeren doelvermogen moet worden aangemerkt. Met als gevolg een heffing van schenkingsrecht naar het tarief voor niet-verwanten.

Hoewel ten aanzien van het oordeel door de Hoge Raad begrip is op te brengen, met name vanwege het feit dat het niet in het stelsel van de Successiewet 1956 past dat een binnen het Rijk wonende persoon zich uit vrijgevigheid van zijn goederen ontdoet zonder dat dit tot heffing van schenkingsrecht leidt, is er ook een aantal kritische opmerkingen te maken.

Zo kent de Successiewet 1956 het begrip doelvermogen niet en heeft de *settlor* niet de intentie gehad om een zelfstandig belastingplichtige entiteit tot stand te brengen, laat staan haar te bevoordelen. Voorts kan tengevolge van de totstandkoming van het doelvermogen geen schenkingsrecht verschuldigd zijn en wordt het doelvermogen niet verrijkt. Tevens worden *beneficiaries* gerechtigd tot een *discretionary trust* financieel benadeeld en vormde de beslissing van de Hoge Raad *de facto* een belemmering voor het tot stand brengen van een *discretionary trust*. Tot slot nodigde de beslissing van de Hoge Raad uit tot verregaande *tax-planning*, hetgeen tot een aanmerkelijke besparing van schenkingsrecht, successierecht en inkomstenbelasting kon leiden mits de *discretionary trust* tijdig voor (r)emigratie tot stand kwam.

Het resultaat van het oordeel van de Hoge Raad was dat *de facto* geen sprake was van het erkennen van de *discretionary trust*, zodat de wetgever ter bevordering van de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid door middel van (reparatie) wetgeving tijdig had moeten ingrijpen.

De kwalificatie van de discretionary trust mortis causa voor het successierecht vóór 1 januari 2010

Voorts is vastgesteld dat het – gelet op de jurisprudentie betreffende het schenkingsrecht – te verwachten zou zijn geweest dat de Hoge Raad ook een *discretionary trust mortis causa* als erfrechtelijk verkrijger van het *trust*vermogen zou hebben aangemerkt. Met als gevolg dat het doelvermogen voor de erfrechtelijke verkrijging met het hoge niet-verwantentarium zou zijn belast. Zou daarentegen een doelvermogen niet als een erfrechtelijk verkrijger zijn aangemerkt, omdat er bij de totstandkoming van een *discretionary trust* geen natuurlijke of rechtspersonen zijn die erfrechtelijk vermogensrechten verkrijgen – terwijl een doelvermogen in het BW nergens als rechtssubject wordt aangeduid – dan is het niet onaannemelijk, gelet op de beslissing van de Hoge Raad in de “novemberarresten”, te veronderstellen dat de fictief erfrechtelijke verkrijgingsregel ex art. 16 Successiewet 1956 van toepassing zou zijn geweest op de als een doelvermogen aan te merken *discretionary trust mortis causa*. De kenmerken van deze rechtsfiguur zijn namelijk zodanig dat zij die van een stichting zo dicht benaderen dat analoge toepassing van de fictief erfrechtelijke verkrijgingsregel gerechtvaardigd zou zijn geweest. Met als gevolg een heffing van successierecht naar het tarief voor niet-verwanten, hetgeen – gelet op het belang van *beneficiaries* – tot een zodanig onredelijk resultaat zou hebben geleid, dat ook ten aanzien van de gevolgen van een *discretionary trust mortis causa* de wetgever tijdig had moeten ingrijpen.

De kwalificatie van de revocable discretionary trust vóór 1 januari 2010

Ten aanzien van de *revocable discretionary trust* is het standpunt ingenomen dat sprake is van een verarming van de *settlor* uit liberaliteit en ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad van een verrijking van de *revocable discretionary trust*, zij het dat de mate van verrijking afhankelijk is van de vraag of en zo ja, wanneer de *settlor* van zijn *power of revocation* gebruik zal maken. Tot aan het moment dat de *settlor* van zijn recht tot herroeping gebruik maakt, behoort de *legal interest* aan de *trustee* toe en is de *discretionary trust* als zelfstandige entiteit – bij het ontbreken van andere gerechtigden – gerechtigd tot de *beneficial interests*. Daarmee houdt zij het gehele juridische en economische belang bij de *trust*goederen. Met als gevolg dat de *discretionary trust* bij uitsluiting van ieder ander – ook de *settlor* – juridisch en economisch gerechtigd is tot het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan. De *settlor* heeft zich slechts een op geld waardeerbaar recht voorbehouden. Vorenstaande geldt *mutatis mutandis* ook voor de *revocable fixed trust*.

De kwalificatie van de discretionary trust ná 1 januari 2010

Ten aanzien van de kwalificatie van de *discretionary trust* ná 1 januari 2010 is vastgesteld dat de kern van de wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen inhoudt dat ieder particulier doelvermogen in beginsel toegerekend dient te worden aan degene die het doelvermogen heeft ingesteld. Daarbij wordt de insteller geacht over de vermogensbestanddelen van het doelvermogen te blijven beschikken, waarbij de vermogensbestanddelen bij hem in de belasting worden betrokken. Het gevolg hiervan is dat het onder discretionair *trust*verband brengen van vermogen voor de heffing van schenk-, erf- en inkomstenbelasting met ingang van 1 januari 2010 onbelast is. Er is immers krachtens wetsfictie geen sprake van een schenking/verkrijging, terwijl de uitkeringen uit het doelvermogen geacht worden uitkeringen te zijn, gedaan door de insteller. Overlijdt de insteller dan wordt het vermogen geacht tot zijn nalatenschap te behoren, waarbij zijn erfgenamen in de plaats treden en geacht worden hun deel van het vermogen te hebben verkregen. Verkrijgt een begunstigde jegens een afgezonderd particulier vermogen een concreet juridisch afdwingbaar recht, dan wordt een schenking aan de begunstigde geconstateerd die daarvoor wordt belast. Vervolgens wordt de begunstigde voor het verkregen recht in de inkomstenbelasting betrokken.

Voorts is gebleken dat de wetgever ten aanzien van de vraag wat onder een afgezonderd particulier vermogen moet worden verstaan onvoldoende duidelijk is geweest. Amorfe begrippen als “particulier belang” en “meer dan bijkomstig belang” worden niet gedefinieerd. Evenmin is duidelijk wat het ijkpunt moet zijn om vast te stellen dat van “een particulier belang” of “een meer dan bijkomstig belang” sprake is.

Mocht de *discretionary express private trust* voldoen aan het heffingscriterium ex art. 2.14a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001 dan wordt ze voor zover het de heffing van inkomstenbelasting betreft wél als een als entiteit aan te merken doelvermogen aangemerkt, zodat geen toerekening aan de insteller plaatsvindt.

Onzorgvuldige wetgeving betreffende het afgezonderd particulier vermogen

Geconcludeerd is dat de wetgever onvoldoende rekening heeft gehouden met de eisen die behoorlijk overgangsbeleid stelt aan de totstandkoming van een wettelijke regeling met onmiddellijke werking met materieel terugwerkende kracht. Eerbiedigende werking zou namelijk moeten gelden voor hen die – op basis van een omgekeerde bewijslast – kunnen aantonen dat het tot stand brengen van een *trust* zijn oorzaak niet vindt in een beoogde aanmerkelijke belastingbesparing, maar in valabele persoonlijk en zakelijke argumenten. Voor de *settlor* en diens partner is een tegenbewijs dienaangaande niet mogelijk,

terwijl voor erfgenamen een “duivelse bewijslast” geldt. Zij immers moeten aantonen dat zij *excluded persons* zijn, hetgeen niet is aan te tonen indien zij – in het geval van een *discretionary trust* – tot de groep van verwachters behoren. Derhalve kan getwijfeld worden aan de zorgvuldigheid waarmee de per 1 januari 2010 tot stand gekomen wettelijke regelingen betreffende het afgezonderd particulier vermogen tot stand zijn gekomen. De omvang van de wettelijke regelingen en de – om politieke en budgettaire redenen – geboden haast hebben ertoe geleid dat de waarborgen welke de kwaliteit van wetgeving dienen te verzekeren, in het gedrang zijn gekomen. Mede vanwege *overkill* kunnen de tot stand gekomen wettelijke regelingen op wezenlijke onderdelen de toets der rechtvaardigheid niet of nauwelijks doorstaan. Zo heeft een behoedzame en systematisch verantwoorde afweging van belangen welke in een wetgevingsproces een cruciale rol speelt in belangrijke mate ontbroken. Ook in het belastingrecht dient een evenwichtige afweging tussen enerzijds het rechtzekerheidsbeginsel dat om eerbiedigende werking vraagt en anderzijds het rechtsgelijkheidsbeginsel en het “doel van het recht” die materieel terugwerkende kracht kunnen rechtvaardigen, plaats te vinden. In dit verband is de vraag gesteld of de weging tussen het rechtvaardigheidsbeginsel enerzijds en het gelijkheidsbeginsel en “het doel van het recht” anderzijds in de wettelijke regelingen betreffende het afgezonderd particulier vermogen op zodanige wijze heeft plaatsgevonden dat de regelingen harmoniëren met het belastingrecht als een doelmatig functionerend onderdeel van de rechtsorde. Dienaangaande is geconcludeerd dat daar waar het belastingplichtigen betreft die afgezonderde particuliere vermogens om valabele en persoonlijke redenen tot stand brengen en waarbij fiscale grensverkenning niet dan wel nauwelijks een rol speelt, er sprake is van een onjuiste afweging van deze rechtsbeginselen en daarmee van een onaanvaardbare onevenwichtigheid in de wetgeving. Deze onevenwichtigheid wordt ook veroorzaakt door het feit dat art. 3 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 wél het begrip doelvermogen kent, doch art. 2 van deze wet niet, hetgeen strijdigheid met non-discriminatiebepalingen in belastingverdrage of het EU-recht oplevert.

1.3.2.1.2 De fiscaalrechtelijke kwalificatie van de *fixed trust*

Ten aanzien van de *fixed trust* is vastgesteld – dat getoetst aan de door de Hoge Raad in de “novemberarresten” gehanteerde omschrijving van het begrip doelvermogen – daarvan bij een *fixed trust* geen sprake is. Het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan behoren immers rechtstreeks toe aan een of meer (rechts) personen. De door de *settlor* bij de totstandkoming van de *fixed trust* individueel aangewezen *beneficiaries* hebben namelijk als economisch deelgerechtigden rechtstreeks juridisch afdwingbare vermogensrechten met betrekking tot het

1.4 De fiscaalrechtelijke gevolgen van de trust

1.4.1 Inleiding

*trust*vermogen en/of de opbrengsten daarvan verkregen. En wel zodanig dat zij daamee (gezamenlijk) tot het gehele juridische en economische belang bij het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan zijn gerechtigd. Het gevolg hiervan is dat een *fixed trust* niet als een als doelvermogen aan te merken entiteit kwalificeert. Van een toerekening aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen krachtens art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 kan derhalve geen sprake zijn. Het *trust*vermogen en/of de opbrengsten daaruit dienen rechtstreeks aan de *beneficiaries* te worden toegerekend en worden door hen rechtstreeks genoten, terwijl het genoten inkomen voor hen – behoudens een enkele uitzondering – zijn bronkarakter behoudt.

Vastgesteld is dat deze visie, welke overigens niet eenduidig door bestaande jurisprudentie wordt bevestigd, door verschillende auteurs niet wordt gedeeld. Zij zijn van mening dat uit dezelfde jurisprudentie is af te leiden dat *fixed trusts* fiscaalrechtelijk wél entiteiten zijn, tenzij *beneficiaries* over een ver gaande beschikkingsmacht over het *trust*vermogen zouden beschikken. Geconcludeerd is dat een zelfstandige entiteit voor de heffing van de onderscheiden belastingen daarentegen pas in beeld komt, als vaststaat dat door de *settlor* bij het tot stand brengen van de *trust* geen geïndividualiseerde *beneficiaries* zijn aangewezen; door hem geen rechten van individuele *beneficiaries* zijn bepaald zodat geen sprake is van een directe rechtsband met subjectief gerechtigden en de besluitvorming dienaangaande geheel in handen van de *trustee* is gelegd. Bij een *fixed trust* zijn echter door de *settlor* wél *beneficiaries* geïndividualiseerd, welke van hem wél rechtstreeks juridisch afdwingbare vermogensrechten hebben verkregen. Tengevolge waarvan zij het gehele juridische en economische belang bij de *trust*goederen hebben verkregen en zij dientengevolge rechtstreeks economisch deelgerechtigd zijn geworden in het *trust*vermogen en/of de opbrengsten daarvan, terwijl de *trustee* geen discretionaire bevoegdheden heeft verkregen. Omdat sprake is van het rechtstreeks gerechtigd zijn tot het *trust*vermogen en/of de opbrengsten daaruit, vormen de te onderscheiden vermogensbestanddelen van de *trust* voor de *beneficiaries* in beginsel evenzovele bronnen van inkomen, waarvan de inkomsten door hen (in beginsel) als zodanig rechtstreeks worden genoten.

1.4 De fiscaalrechtelijke gevolgen van de trust

1.4.1 Inleiding

Ten aanzien van de fiscaalrechtelijke gevolgen van de *trust* is in deel 4 eveneens een onderscheid gemaakt tussen de *discretionary trust* en de *fixed trust*.

1.4.2 De fiscaalrechtelijke gevolgen van de *discretionary trust* met ingang van 1 januari 2010

Ten aanzien van de fiscaalrechtelijke gevolgen van de *discretionary trust* onder de wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen is een onderscheid gemaakt tussen de gevolgen voor de schenk-, erf-, inkomsten- en vennootschapsbelasting.

De schenkbelasting

Omdat voor de heffing van de schenkbelasting het *trust*vermogen wordt toegerekend aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen, leidt de totstandkoming van een *discretionary trust* niet tot heffing van schenkbelasting. Gelet op het feit dat voor de heffing van inkomstenbelasting de toerekening aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen niet plaats vindt indien aan het heffingscriterium van art. 2.14a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001 wordt voldaan, vormt het onder de nieuwe regelgeving tot stand brengen van een als entiteit aan te merken doelvermogen een fiscaal aantrekkelijke constructie. Van heffing van inkomstenbelasting bij de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen is immers geen sprake, terwijl de totstandkoming van de *discretionary trust* evenmin tot heffing van schenkbelasting leidt. De aantrekkelijkheid om een *discretionary trust* tot stand te brengen die aan het heffingscriterium voldoet, wordt nog groter indien tot het vermogen van de *trust* (uitsluitend) aanmerkelijkbelangaandelen behoren waarop de Nederlandse deelnemingsvrijstelling ex art. 13 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 van toepassing is.

De erfbelasting

Ten aanzien van de gevolgen voor de heffing van de erfbelasting is geconcludeerd dat deze wettelijke regeling niet tot stand had mogen komen nu de fictiebepaling van art. 16 lid 1 successiewet 1956 een fiscale werkelijkheid creëert die volkomen afwijkt van de privaatrechtelijke/ economische realiteit, terwijl een adequate tegenbewijsregeling vrijwel geheel ontbreekt, hetgeen uit een oogpunt van beginselen van behoorlijke wetgeving onbehoorlijk is. Voorts kan de regeling tot dubbele heffing leiden. Art 16 lid 2 Successiewet 1956 voorziet er namelijk niet in dat een verkrijging ex art. 16 lid 2 in mindering kan worden gebracht op de verkrijging van erfgenamen.

De inkomstenbelasting

Op de gevolgen van de hiervoor beschreven toerekeningsfictie voor de heffing van inkomstenbelasting bestaan twee uitzonderingen.

1 Trustvermogen en de opbrengsten daarvan worden niet aan de erfgenamen van de *settlor* toegerekend indien zij kunnen aantonen dat zij, noch hun *partner* rechtens dan wel in feite, direct of indirect, begunstigden zijn van het afgezonderd particulier vermogen en dit als *excluded persons* ook niet kunnen worden (de tegenbewijsregeling van art. 2.14a lid 6 Wet inkomstenbelasting 2001). Een tegenbewijsregeling – met verzwaarde omgekeerde bewijslast – die niet voor de *settlor* en diens *partner* geldt. Omdat erfgenamen welke tot de door de *settlor* aangewezen groep van potentiële *beneficiaries* behoren nimmer kunnen aantonen dat zij geen *beneficiary* kunnen worden, zij zijn immers niet *excluded* maar zouden vanwege een daartoe door de *trustee* te nemen besluit vermogensrechten kunnen verkrijgen, ontbreekt hen het vereiste tegenbewijs. Dientengevolge wordt vanwege wetsfictie een deel van het trustvermogen en van de opbrengsten daaruit aan hen toegerekend zonder civielrechtelijk tot dit deel te zijn gerechtigd. Het gevolg hiervan is dat *beneficiaries* inkomstenbelasting verschuldigd worden over aan hen toegerekend vermogen en de opbrengsten daarvan, zonder dit inkomen *de iure* en *de facto* te hebben genoten. Dienaangaande is geconcludeerd dat een blijkbaar in het belang van de fiscus tot stand gebrachte wetsfictie, welke een realiteit veronderstelt die in strijd is met hetgeen privaatrechtelijk geldt alsook met feitelijke werkelijkheid, uit een oogpunt van beginselen van behoorlijke wetgeving niet had mogen worden ingevoerd. Juist omdat betere en meer proportionele alternatieven voorhanden zijn, waartoe is te rekenen het aan belastingplichtigen bieden van de mogelijkheid om – op basis van een omgekeerde bewijslast – aan te tonen dat van een fiscaal oneigenlijk gensverkenkend gedrag geen sprake is (geweest).

2 Een tweede uitzondering is de toerekeningsstop ex art. 2.14a lid 7 Wet inkomstenbelasting 2001. Indien het afgezonderd particulier vermogen in een belasting naar de winst wordt betrokken die resulteert in een heffing naar een tarief van ten minste 10% over een naar Nederlandse maatstaven bepaalde belastbare winst, dan worden de bezittingen en schulden alsmede de opbrengsten en uitgaven van het afgezonderd particulier vermogen niet begrepen onder de bezittingen en schulden alsmede opbrengsten en uitgaven als bedoeld in art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001. Een ter voorkoming van dubbele belasting bedoelde regeling die niet alleen voorbij gaat aan het feit dat in een aantal trustlanden 10% of meer over de trustinkomsten wordt geheven, zij het niet als heffingen berekend naar de winst. Voorts nodigt de regeling uit om vermogen – zonder heffing van schenkbelasting – in een *discretionary trust* onder te brengen mits deze aan de gestelde criteria voldoet en de heffing van de buitenlandse winstbelasting ten minste 10% bedraagt. Een heffing die minder bedraagt dan bv. de Nederlandse 25%-aanmerkelijkbelangheffing.

De vennootschapsbelasting

Omdat bij een als entiteit te kwalificeren *discretionary trust* een directe rechtsband met subjectief gerechtigden tot het *trust*vermogen ontbreekt, is deze *trust*vorm aan te merken als een buitenlands belastingplichtig doelvermogen als bedoeld in art. 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969, althans indien en voorzover zij Nederlands inkomen geniet. Of een als buitenlands belastingplichtig lichaam aan te merken *discretionary trust* ook feitelijk Nederlandse vennootschapsbelasting over haar Nederlands inkomen verschuldigd is, hangt enerzijds af van de samenstelling van haar *trust*vermogen en anderzijds van de vraag of de *discretionary trust* in een verdragsland is gevestigd en welke toewijzingsregels diensgevolge ten aanzien van de diverse te onderscheiden bronnen van Nederlands inkomen gelden.

De bestaande wettelijke regeling roept een aantal vragen op

Ten eerste is het de vraag of geen sprake is van strijdigheid met non-discriminatiebepalingen in belastingverdragen of het VWEU, nu het begrip doelvermogen wel voorkomt in art. 3 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 doch niet in art. 2 van deze wet, hetgeen betekent dat een binnen het Rijk gevestigde *discretionary trust* geen belastingsubject is, doch een buiten het Rijk gevestigde *discretionary trust* wel.

Ten tweede geldt dat het object van heffing van een buitenlands doelvermogen meer behelst dan hetgeen voor een binnenlandse vereniging of stichting geldt, welke slechts belastingplichtig zijn indien en voor zover zij een onderneming drijven, terwijl een doelvermogen toch een sterke functionele gelijkenis met een stichting vertoont.

Ten derde wijkt de voor buitenlands belastingplichtigen geldende wettelijk regeling fundamenteel af van de regeling zoals die ingevolge art. 2 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 geldt voor binnenlandse belastingplichtigen, niet zijnde de in art. 2 lid 1, onderdeel e genoemde verenigingen en stichtingen. De in art. 2 genoemde binnenlandse belastingplichtige lichamen zijn namelijk belastingplichtig vanwege hun rechtsvorm ongeacht de samenstelling van hun vermogen, terwijl de buitenlands belastingplichtige lichamen slechts belastingplichtig zijn indien en voor zover Nederlands inkomen wordt genoten.

Bijzondere vraagstukken

Voorts is aandacht besteed aan een aantal bijzondere vraagstukken.

Omdat het een bijzonder kenmerk van de *discretionary trust* is dat het door de *settlor* afgescheiden vermogen nimmer bedoeld is eigen vermogen van de

1.4 De fiscaalrechtelijke gevolgen van de trust
1.4.3 De fiscaalrechtelijke gevolgen van de fixed trust

entiteit te vormen, doet zich de vraag voor of op de openingsbalans van de *discretionary trust* een als waardecorrectie bedoelde voorziening kan worden opgenomen. De *trust* houdt het vermogen immers tijdelijk fiduciair en kan naar geldend *trustrecht* nimmer *beneficial owner* van het *trustvermogen* zijn, terwijl het *trustrecht* aan de totstandkoming van een *discretionary trust* rechtsgevolgen verbindt en gedragsregelverplichtingen aan de *trustee* oplegt betreffende het al dan niet toekennen van afdwingbare vermogensrechten. Dienaangaande is geconcludeerd dat van de vorming van een fiscale voorziening geen sprake kan zijn, omdat op balansdatum niet wordt voldaan aan de door de Hoge Raad in het zogenaamde “baksteenarrest” omschreven voorwaarden waaronder een voorziening kan worden getroffen. De omstandigheid dat een *discretionary trust* wordt gekenmerkt door het feit dat de *trustee* onder omstandigheden kan respectievelijk moet besluiten tot het toekennen van juridisch afdwingbare vermogensrechten aan door hem aangewezen *beneficiaries*, vormt slechts een aan de rechtsfiguur gekoppeld algemeen kenmerk, maar rechtvaardigt niet het vormen van een voorziening op de (openings)balans. Daarvoor is het toekennen van juridisch afdwingbare vermogensrechten door de *trustee* op balansdatum te ongewis. Ook is aan de orde gekomen de vraag welke gevolgen de toekenning door de *trustee* van *beneficial interests* aan *beneficiaries* heeft voor het voortbestaan van de *trust* als vennootschapsbelastingplichtige entiteit. Een doelvermogen bestaat immers als zelfstandige vennootschapsbelastingplichtige entiteit bij de gratie van het feit dat vermogen zodanig is afgezonderd dat er geen directe rechtsband met subjectief gerechtigden bestaat. Toekenning van beneficiaire rechten betreffende het gehele *trustvermogen* en de opbrengsten daarvan heeft derhalve tot gevolg dat het buitenlands doelvermogen als vennootschapsbelastingplichtig lichaam ophoudt te bestaan, hetgeen fiscale eindafrekening tot gevolg heeft.

Ten slotte is nog onderzocht wat de gevolgen zijn indien de *trustee* aan *beneficiaries* beneficiaire rechten toekent op: 1) de gehele opbrengst van het *trustvermogen* waardoor deze voortaan de *beneficiaries* rechtstreeks toevallen; 2) uitsluitend het vermogen als zodanig; 3) deels het *trustvermogen* als zodanig en deels de opbrengsten daarvan; 4) de gehele opbrengst van het *trustvermogen* onder ontbindende tijdsbepaling of voorwaarde; 5) een eenmalig vermogensrecht en 6) een recht op periodieke uitkeringen.

1.4.3 De fiscaalrechtelijke gevolgen van de fixed trust

Ten aanzien van de gevolgen van de niet als een entiteit aan te merken *fixed trust* is onderscheid gemaakt tussen de gevolgen voor de heffing van schenk-, erf- en inkomstenbelasting.

De schenkbelasting

Vastgesteld is dat het tot stand brengen van een *fixed trust* als een schenking aan *beneficiaries* kwalificeert en dat de toerekeningsregel niet van toepassing is omdat van een afgezonderd particulier vermogen geen sprake is. De *fixed trust* is immers fiscaalrechtelijk niet als een entiteit aan te merken. Voorts zijn de schenkingsrechtelijke gevolgen onderzocht indien aan *beneficiaries* vermogensrechten onder opschortende/ontbindende voorwaarde worden toegekend. Daarbij is gebleken dat in het geval eenmalige en periodieke uitkeringen onder opschortende tijdsbepaling zijn toegekend, er sprake is van een schenking ten tijde van het tot stand komen van de *fixed trust* - mits de *settlor* op dat moment in Nederland woont dan wel geacht wordt in Nederland te wonen – en niet op het moment waarop de gestelde termijn verstrijkt.

Verkrijgen *beneficiaries* een recht op een eenmalige dan wel periodieke uitkeringen onder ontbindende voorwaarde, dan hebben de *beneficiaries* het vruchtgenot van het aan hen geschonken bedrag voor de gestelde tijd, zodat bij de totstandkoming van de *fixed trust* schenkingsrecht van de *beneficiaries* wordt geheven over de aan het recht van vruchtgebruik tot te kennen waarde.

Verkrijgen de *beneficiaries* een eenmalige dan wel periodieke uitkering onder opschortende voorwaarde dan geldt sinds 1 januari 2010 – teneinde te voorkomen dat van een te belasten schenking aan *beneficiaries* geen sprake is – dat op het moment waarop de voorwaarde in vervulling gaat een schenking ontstaat.

De erfbelasting

Voor wat betreft de gevolgen voor de erfbelasting is vastgesteld dat indien op een nalatenschap Nederlands erfrecht van toepassing is, een bij uiterste wilsbeschikking naar buitenlands recht tot stand gekomen *fixed trust* dient te worden geconverteerd in een uiterste wilsbeschikking waarbij zowel aan de *trustee* alsook aan de *beneficiaries* een legaat is toegekend. Daarbij is het voor de kwalificatie van de verkrijging alsook voor de omvang en het tijdstip van heffing van belang vast te stellen of de toegekende legaten al dan niet onder opschortende/ontbindende tijdsbepaling en/of opschortende/ontbindende voorwaarde zijn toegekend. Teneinde erfrechtelijk verkregen aanspraken in een *fixed trust* te kunnen waarderen, is het allereerst noodzakelijk om het complex van erfrechtelijk verkregen rechten in zijn samenstellende delen te analyseren. Vervolgens dient het complex van erfrechtelijk verkregen rechten naar de volle eigendom te worden gewaardeerd, tenzij de inbreuk die het *trust*verband daarop maakt, zodanig is dat het complex van verkregen rechten in onvoldoende mate nog het recht van volle eigendom of met fideïcommis belaste eigendom

1.4 De fiscaalrechtelijke gevolgen van de trust
1.4.3 De fiscaalrechtelijke gevolgen van de fixed trust

benadert. Mocht dit het geval zijn, dan kan sprake zijn van een erfrechtelijk verkregen recht van vruchtgebruik; een recht op periodieke uitkeringen; dan wel een combinatie van deze rechten.

De inkomstenbelasting

Ten aanzien van de gevolgen voor de inkomstenbelasting is geconcludeerd dat van een toerekening van het *trust*vermogen en de opbrengsten en uitgaven aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen ingevolge het bepaalde in art. 2.14a lid 2 Wet inkomstenbelasting 2001 geen sprake kan zijn.

De *fixed trust* is immers fiscaal niet als een entiteit aan te merken en daarmee evenmin als een afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in art. 2.14a lid 1 Wet inkomstenbelasting 2001. Het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan worden vanwege de door hen verkregen vermogensrechten rechtstreeks toegerekend respectievelijk genoten door de door de *settlor* daartoe aangewezen *beneficiaries* en wel op het tijdstip en in de mate als door de *settlor* in het *trust*instrument is bepaald. Daarbij zijn als bronnen van inkomen en de opbrengsten daarvan ten aanzien van in Nederland wonende *beneficiaries* van belang: een onderneming en de belastbare winst daaruit; vermogensbestanddelen die aan een onderneming of werkzaamheid ter beschikking worden gesteld en het belastbare resultaat uit deze overige werkzaamheden; vermogensbestanddelen en/of de opbrengsten daarvan welke dienen te worden aangewend voor het doen van periodieke uitkeringen en verstrekkingen; aanmerkelijkbelangaandelen en het inkomen daaruit en box 3-inkomen.

Voor de *settlor* geldt dat hij vanwege de *trust*vorming de juridische en economische eigendom van de *trust*goederen verliest, zodat hij niet meer voor dit vermogen en de inkomsten daaruit kan worden belast. Het gevolg van de overdracht is dat hij over de in de onderneming, de in de vermogensbestanddelen die aan een onderneming of werkzaamheid ter beschikking zijn gesteld begrepen stille reserves en over de meerwaarde van aanmerkelijkbelangaandelen moet afrekenen, omdat ten aanzien van de overdracht van deze vermogensbestanddelen geen doorschuif Faciliteiten van toepassing zijn, behoudens de in art. 4.17c Wet inkomstenbelasting 2001 opgenomen doorschuifmogelijkheid.

Het fixed trustvermogen omvat een onderneming

Is een binnenlandse *beneficiary* gerechtigd tot een tot een *trust*vermogen behorende onderneming dan dient onderscheid te worden gemaakt tussen: 1) het (deels) gerechtigd zijn tot het ondernemingsvermogen én het deels gerechtigd zijn tot de jaarlijks te realiseren winst; 2) het niet (deels) gerechtigd zijn tot het ondernemingsvermogen en haar waardemutaties maar wél (deels)

tot de jaarwinst; 3) het (deels) gerechtigd zijn tot het ondernemingsvermogen en de waardemutaties daarvan maar niet (deels) tot de jaarwinst.

In het eerste geval geniet hij progressief belastbare winst uit onderneming. Niet omdat hij geacht wordt subjectief een ondernemer te zijn, maar omdat hij de jaarwinst alsook de stille reserves als (mede)gerechtigde tot de onderneming geniet. Dientengevolge kan de *beneficiary* als art. 3.3-ondernemer minder ondernemingsfaciliteiten claimen. In het tweede geval geniet de *beneficiary* daarentegen géén winst uit onderneming. Hij wordt namelijk niet rechtstreeks gebonden voor verbintenissen betreffende de onderneming, hetgeen een der criteria is in de in art. 3.4 Wet inkomstenbelasting 2001 gebezigde definitie van het begrip ondernemer, terwijl hij tevens de winst niet geniet als medegerechtigde tot het vermogen van de onderneming. Het opmerkelijke gevolg hiervan is dat hetgeen zich objectief bezien als winst uit onderneming aandient, toch niet progressief kan worden belast, omdat subjectief bezien geen sprake is van een ondernemer. Een ongewild gevolg waarvoor de wetgever aandacht zou moeten hebben. Een gevolg waaruit tevens blijkt dat de veronderstelling dat de totstandkoming van een *fixed trust* geen zelfstandige gevolgen heeft voor de kwalificatie van het inkomen, dient te worden genuanceerd.

In het derde geval geniet de *beneficiary* weer wél progressief te belasten winst uit onderneming. Niet omdat hij is aan te merken als een ondernemer – de onderneming wordt weliswaar voor zijn rekening gedreven, maar hij wordt niet rechtstreeks gebonden voor verbintenissen betreffende de onderneming – maar omdat hij, anders dan als ondernemer of als aandeelhouder, winst geniet als medegerechtigde tot het vermogen van de onderneming.

Het fixed trustvermogen omvat vermogen dat ter beschikking wordt gesteld

Mochten tot het *trust*vermogen vermogensbestanddelen behoren die ter beschikking worden gesteld en de *beneficiary* is (deels) tot de vermogensbestanddelen én de opbrengsten daarvan gerechtigd, dan wordt hij als resultaatgenieter aangemerkt, zodat hij voor de geregelde opbrengsten en de eventuele boekwinsten bij de beeïndiging van de terbeschikkingstelling progressief wordt belast, waarbij als hoofdregel geldt dat hij naar zijn wereldinkomen wordt belast. Derhalve ook voor vermogensbestanddelen die aan een verbonden persoon ter beschikking worden gesteld die deze aanwendt voor het in het buitenland behalen van belastbare winst uit onderneming of belastbaar resultaat uit overige werkzaamheden. Vragen die zich hierbij kunnen voordoen zijn: 1) naar welk recht moet worden vastgesteld of de in het buitenland verrichte activiteiten waaraan de *trust*goederen ter beschikking worden gesteld als winst uit onderneming kwalificeren; 2) wannmer is sprake van een maatschappelijk ongebruikelijke terbeschikkingstelling en op welk

1.4 De fiscaalrechtelijke gevolgen van de trust
1.4.3 De fiscaalrechtelijke gevolgen van de fixed trust

moment moet zulks worden beoordeeld; 3) beperken dan wel sluiten bij grensoverschrijdende terbeschikkingstelling verdragsbepalingen het recht van Nederland uit om te heffen.

Indien een *beneficiary* slechts gerechtigd is tot de opbrengsten van de via een *fixed trust* ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen en niet tot de waardemutaties van deze vermogensbestanddelen, dan geniet de *beneficiary* progressief te belasten inkomen uit overige werkzaamheden, zulks in tegenstelling tot de *beneficiary* die eveneens slechts tot de opbrengsten van een tot het *trust*vermogen behorende onderneming is gerechtigd. Een niet goed te begrijpen discrepantie die om wetswijziging vraagt.

Mocht de *beneficiary* slechts gerechtigd zijn tot de waardemutaties van de door de *fixed trust* gehouden vermogensbestanddelen welke ter beschikking worden gesteld en niet tot de opbrengsten daarvan, dan wordt de *beneficiary* progressief belast voor de winst bij verkoop van vermogensbestanddelen dan wel de boekwinst bij beëindiging van de terbeschikkingstelling,

Het fixed trustvermogen betreft vermogen dat bij beneficiaries belastbaar inkomen uit sparen en beleggen dan wel periodieke inkomsten vormt

De door de *settlor* aan de *beneficiaries* toegekende vermogensrechten kunnen ook vermogensrechten betreffen die bij hen belastbaar inkomen uit sparen en beleggen dan wel periodieke inkomsten vormen.

Dit onderscheid is van belang omdat indien het verkregen in rechte opvorderbaar recht op periodieke uitkeringen niet de tegenwaarde voor een prestatie vormt, de uitkeringen progressief worden belast, tenzij de uitkeringen worden ontvangen van bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of tweede graad van de zijlijn. Vormt een periodieke uitkering wel een tegenwaarde voor een prestatie, dan wordt zulk een periodieke uitkering niet progressief belast, maar is sprake van box 3-inkomen. Wil sprake zijn van een periodieke uitkering dan is het bestaan van een schuldenaar een eerste vereiste. Daarvoor komt in het geval van een *fixed trust* als juridisch schuldenaar in aanmerking: de *trustee*. Hij is immers de *legal owner* van het *trust*vermogen. Ingevolge jurisprudentie van de Hoge Raad dienen de via een *fixed trust*verband aan *beneficiaries* toegekende rechten op periodieke uitkeringen te worden aangemerkt als te zijn verkregen als tegenwaarde voor een prestatie, zodat sprake is van box 3-inkomen. Omdat bij het ontbreken van de *fixed trust*figuur dezelfde toegekende rechten wél progressief zouden zijn belast, tenzij de uitkeringen zouden worden ontvangen van bloed- en aanverwanten in de rechte lijn en tweede graad van de zijlijn, moet wederom worden geconcludeerd dat het tot stand brengen van een *fixed trust* – anders dan voorondersteld – wel degelijk zelfstandige gevolgen voor de kwalificatie van het inkomen heeft.

Tot het fixed trustvermogen behoren aanmerkelijkbelangaandelen

Indien tot het *trust*vermogen aanmerkelijkbelangaandelen behoren dan zijn de *beneficiaries* als aanmerkelijkbelanghouders aan te merken, mits ieder van hen - vanwege de omvang van zijn deelgerechtigdheid - aan de daarvoor gestelde kwantitatieve eis voldoet. Zij bezitten namelijk het *beneficial interest* bij de tot het *trust*vermogen behorende aanmerkelijkbelangaandelen. Dientengevolge dienen de door de niet als entiteit aan te merken *fixed trust* gerealiseerde resultaten als rechtstreeks door de binnenlandse *beneficiaries* genoten reguliere inkomsten/verliezen en/of vervreemdingswinsten/verliezen uit aanmerkelijk belang te worden aangemerkt en bij hen als zodanig te worden belast.

Het fixed trustvermogen vormt voor beneficiaries geen box 1 of box 2 vermogen

Mochten *beneficiaries beneficial rights* bezitten met betrekking tot vermogensbestanddelen van een *fixed trust* waarvan de waardemutaties en/of de opbrengsten daarvan niet in box 1 of 2 dienen te worden belast, dan worden deze vermogensbestanddelen bij de binnenlandse *beneficiaries* ingevolge de vermogensrendementsheffing forfaitair belast.

1.5 Wenselijk recht

1.5.1 Een alternatief voor de wettelijke regeling van een als afgezonderd particulier vermogen aan te merken discretionary trust

Na eerst in deel 5 aandacht te hebben besteed aan een aantal regelingen betreffende de *trust* elders, daarbij onderscheid makend tussen landen die een rechtssysteem hebben waarvan de *trust* als rechtsfiguur deel uitmaakt en landen die de *trust* als zodanig niet kennen, is - alvorens een alternatief voor de tot stand gekomen wettelijke regeling betreffende het afgezonderd particulier vermogen te schetsen - nagegaan welke alternatieven eerder zijn voorgesteld, zijnde: 1) het door de werkgroep Modernisering successiewetgeving in 2000 uitgebrachte voorstel betreffende de introductie van een familiestichting, waarin met een drempelheffing van 10% familievermogen kon worden ingebracht; 2) de stichting als geïnstitutionaliseerd uitvoerder van een derdenbeding; 3) de algemeen nut stichting met private elementen; 4) de familiestichting als verlengstuk van de erflater en 5) de tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel betreffende het afgezonderd particulier vermogen aan de orde gekomen voorstellen, zijnde: een fiscale transparantie richting begunstigen; het alleen inbrengen en uitkeren uit een afgezonderd particulier vermogen belasten; de door *PwC* voorgestelde “*Proeve van een familiestichting*”. Ten slotte is

1.5 Wenselijk recht

1.5.1 Een alternatief voor de wettelijke regeling van een als afgezonderd particulier vermogen aan te merken *discretionary trust*

het inpassingsvoorstel van Boer op basis van een entiteitsgedachte beoordeeld. Ten aanzien van al deze alternatieve regelingen betreffende de fiscale behandeling van doelvermogens is vastgesteld dat zij om een veelheid van redenen niet voldoen.

Het door mij voorgestelde alternatief voor een wettelijke regeling betreffende doelvermogens heeft als uitgangspunt dat een *discretionary trust* welke naar buitenlands recht tot stand komt voor het Nederlands fiscale recht als een zelfstandige entiteit dient te worden erkend. Hieraan ligt de gedachte ten grondslag dat rechtsgevolgen van rechtshandelingen dienen te worden gerespecteerd.

Oneigenlijk ontgaan van belastingheffing en bestrijding van daarop betrekking hebbende constructies zou kunnen worden voorkomen door bij wetsfictie vast te leggen dat een tot stand gekomen buitenlandse *discretionary trust* geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd indien de *settlor*, diens *partner* dan wel zijn erfgenamen in Nederland wonen. Zij worden immers - bij wege van fictie - geacht feitelijk leiding te geven aan de *trust*. Teneinde de rechtszekerheid en rechtvaardigheid te waarborgen, dient de mogelijkheid te worden geboden aan te tonen dat van een feitelijke leiding in Nederland geen sprake is. Het tot stand brengen van de *trust* leidt bij het doelvermogen als verkrijger tot heffing van schenkbelasting tegen het derden-tarief, zij het dat de schenkbelasting gedeeltelijk wordt gerestitueerd indien en voor zover er nadien rechten aan *beneficiaries* worden toegekend waarvoor een lager tarief geldt. De waarde waarover de schenkbelasting wordt geheven, zou gelijk moeten zijn aan de waarde in het economisch verkeer van het overgedragen vermogen op het moment dat de *trust* tot stand komt mits de *settlor* alsdan in Nederland woont. Dan wel de waarde op het moment van emigratie naar Nederland door de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen. Terugwerkende kracht bij de totstandkoming van de alternatieve wettelijke regeling kan worden voorkomen door een *step up* te verlenen, mits kan worden aangetoond dat van fiscale grensverkenning geen sprake is (geweest). Een voorwaarde voor het van toepassing kunnen zijn van de alternatieve regeling is dat het begrip doelvermogen (eindelijk) in art. 2 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 wordt opgenomen.

Ook in art. 16 en 17 van de Successiewet 1956 dient het begrip “doelvermogen” te worden opgenomen, zodat het bij de totstandkoming van het doelvermogen overgedragen vermogen geacht wordt als door het doelvermogen bij schenking respectievelijk bij uiterste wilsbeschikking te zijn verkregen. Dubbele heffing vanwege de vestigingsplaatsfictie kan worden voorkomen door een beroep te doen op een van toepassing zijnd verdrag dan wel de eenzijdige regeling ter voorkoming van dubbele belasting. De regeling kan worden gemitigeerd door te bepalen dat de woonplaatsfictie alleen van toepassing is indien het doelvermogen tot stand is gebracht naar het recht van jurisdicties die het

ontgaan van belastingheffing mogelijk maken en/of geen informatie aan andere landen verstrekken. Wordt een doelvermogen naar het *trustrecht* van een niet als besmet land aangewezen land tot stand gebracht, dan dient de woonplaatsfictie niet te gelden. Hetgeen overigens onverlet laat dat uit feiten en omstandigheden zou kunnen blijken dat ook dan het doelvermogen geacht moet worden in Nederland te zijn gevestigd. Dit moet dan wel door de fiscus worden aangetoond. Invordering van de aan de krachtens vestigingsplaats in Nederland gevestigde doelvermogens opgelegde aanslagen kan worden gewaarborgd door in een verhaal te voorzien op de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen, mocht blijken dat het vermogen van de zelfstandige entiteit daartoe te gering is.

Ten slotte is nog een ander alternatief besproken, waarbij ook de *fixed trust* bij wetsfictie als een als doelvermogen aan te merken fiscaal-juridische entiteit wordt aangemerkt en daarmee als non-transparant. Hoewel de rechtszekerheid en doelmatigheid hiermee gediend zijn, is toch geconcludeerd dat dit alternatief niet de voorkeur verdient omdat het belang van belastingplichtige *beneficiaries* die civielrechtelijk het juridisch en economisch belang bij het *trustvermogen* houden zwaarder dient te wegen.

1.5.2 Voorstellen om knelpunten welke zich tijdens het ontstaan en het bestaan van een *fixed trust* voordoen, op te heffen

Teneinde de bestaande onzekerheid omtrent de kwalificatie van de *fixed trust* op te heffen, legis- en jurisprudentie bieden evenals de doctrine daarover onvoldoende zekerheid, zou de wetgever alsnog eenduidig helderheid moeten verschaffen omtrent de vraag of een *fixed trust* waarbij *beneficiaries* rechtstreeks tot het gehele juridische en fiscale belang bij het *trustvermogen* zijn gerechtigd wel of niet een als entiteit aan te merken afgezonderd particulier vermogen vormt. Zulks zal de rechtszekerheid ten goede komen en aldus kunnen onnodige procedures worden voorkomen.

Voorts dient een aantal onevenwichtige heffingsgevolgen welke zich tijdens het bestaan van de *fixed trust* voordoen, te worden opgeheven. Zo is er een beperkte aanspraak op ondernemersfaciliteiten indien een *beneficiary* (deels) is gerechtigd tot een onder *fixed trust*verband gebracht ondernemingsvermogen, alsmede ook (deels) tot de jaarwinst, omdat hij niet kan worden aangemerkt als een art. 3.4-ondernemer, terwijl de door hem genoten belastbare winst wel als belastbaar inkomen uit werk en woning wordt belast.

Ten slotte geldt dat een *beneficiary* die (deels) is gerechtigd tot de jaarlijks te realiseren winst uit onderneming, maar niet (deels) tot het ondernemingsvermogen en de waardemutaties daarvan, slechts naar het proportionele tarief geldend voor inkomen uit sparen en beleggen wordt belast, terwijl hetgeen hij geniet feitelijk winst uit onderneming is. Een wettelijke regeling zou er dan ook enerzijds in

1.5 Wenselijk recht

1.5.2 Voorstellen om knelpunten welke zich tijdens het ontstaan en het bestaan van een *fixed trust* voordoen, op te heffen

moeten voorzien dat *beneficiaries* welke rechtstreeks (deels) tot een onder *fixed trust* verband gebracht ondernemingsvermogen en de opbrengsten daarvan zijn gerechtigd onbepaald aanspraak kunnen maken op de ondernemersfaciliteiten. Anderzijds, dat inkomen genoten door *beneficiaries* – welke rechtstreeks (deels) tot het gehele juridische en economische belang van een onder *trust* verband gebrachte onderneming zijn gerechtigd – als winst uit onderneming progressief wordt belast, ongeacht of deze winst wordt genoten vanwege beneficiaire gerechtigdheid tot 1) het ondernemingsvermogen en de opbrengsten daaruit, 2) slechts de opbrengsten daaruit, dan wel 3) slechts het ondernemingsvermogen en de waardemutaties daarvan.

Hoofdstuk 2

Slotconclusie

De probleemstelling in dit onderzoek omvat twee kernvragen:

- hoe dient de *discretionary* resp. de *fixed trust* fiscaalrechtelijk te worden gekwalificeerd?
- wat zijn de fiscale gevolgen van de kwalificatie?"

Vastgesteld is dat de *discretionary trust* fiscaalrechtelijk als een als doelvermogen te kwalificeren zelfstandige entiteit dient te worden aangemerkt.

Een *fixed trust* vormt daarentegen fiscaalrechtelijk niet een zelfstandige entiteit. Deze rechtsfiguur wordt immers gekenmerkt door het feit dat er rechtssubjecten zijn die rechtstreeks subjectieve rechten met betrekking tot het *trust*vermogen kunnen doen gelden en wel zodanig dat zij dientengevolge rechtstreeks het gehele juridische en economische belang bij het *trust*vermogen houden. De *settlor* heeft immers bij het tot stand brengen van de *trust* reeds bepaald wie de *beneficiaries* zijn, welke rechten zij wanneer kunnen doen gelden ten aanzien van het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan, terwijl aan de *trustee* geen discretionaire bevoegdheid toekomt. Het gevolg hiervan is dat het *trust*vermogen rechtstreeks aan de *beneficiaries* - als zijnde deelgerechtigden tot dit *trust*vermogen en/of de opbrengsten - dient te worden toegerekend, zodat de tot het *trust*vermogen behorende vermogensbestanddelen voor de *beneficiaries* evenzovele bronnen van inkomen vormen, waarvan de inkomsten daaruit door hen in beginsel als zodanig worden genoten. Vorenstaande heeft tot gevolg dat een *fixed trust* niet als een als afgezonderd particulier vermogen als bedoeld in art. 2.14a Wet inkomstenbelasting 2001 kwalificeert, zodat van een toerekening van het *trust*vermogen en de opbrengsten daarvan aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen geen sprake kan zijn. Een visie waar een aantal auteurs anders over denkt.

Beoordeling van de wettelijke regeling per 1 januari 2010

Ingevolge de per 1 januari 2010 geldende wettelijke regeling betreffende een afgezonderd particulier vermogen geldt ten aanzien van een als entiteit te kwalificeren *discretionary trust* dat het *trust*vermogen en de opbrengsten en uitgaven daarvan bij wijze van fictie wél aan de *settlor*, diens *partner* of erfgenamen moeten worden toegerekend. Voor de *settlor* en diens *partner* is een tegenbewijs dienaangaande niet mogelijk, terwijl voor erfgenamen een "duivelse bewijslast"

geldt. Zij immers moeten aantonen dat zij *excluded persons* zijn, hetgeen niet is aan te tonen indien zij – in het geval van een *discretionary trust* – tot de groep van verwachters behoren. Gesteld kan dan ook worden dat de wetgever onvoldoende rekening heeft gehouden met de eisen die behoorlijk overgangsbeleid stelt aan de totstandkoming van een wettelijke regeling met onmiddellijke werking met materieel terugwerkende kracht. Eerbiedigende werking zou namelijk moeten gelden voor hen die – op basis van een omgekeerde bewijslast – kunnen aantonen dat het tot stand brengen van een *discretionary trust* zijn oorzaak niet vindt in een beoogde aanmerkelijke belastingbesparing, maar in valabele persoonlijk en zakelijke argumenten. Getwijfeld kan worden aan de zorgvuldigheid waarmee de per 1 januari 2010 tot stand gekomen wettelijke regelingen betreffende het afgezonderd particulier vermogen tot stand zijn gekomen. De omvang van de wettelijke regelingen en de – om politieke en budgettaire redenen – geboden haast hebben ertoe geleid dat de waarborgen welke de kwaliteit van wetgeving dienen te verzekeren, in het gedrang zijn gekomen. Mede vanwege *overkill* kunnen de tot stand gekomen wettelijke regelingen op wezenlijke onderdelen de toets der rechtvaardigheid niet of nauwelijks doorstaan. Zo heeft een behoedzame en systematisch verantwoorde afweging van belangen welke in een wetgevingsproces een cruciale rol speelt in belangrijke mate ontbroken. Ook in het belastingrecht dient een evenwichtige afweging tussen enerzijds het rechtszekerheidsbeginsel dat om eerbiedigende werking vraagt en anderzijds het rechtsgelijkheidsbeginsel en het “doel van het recht” die materieel terugwerkende kracht kunnen rechtvaardigen, plaats te vinden. Indien de vraag wordt gesteld of de weging tussen het rechtszekerheidsbeginsel enerzijds en het gelijkheidsbeginsel en “het doel van het recht” anderzijds in de wettelijke regelingen betreffende het afgezonderd particulier vermogen op zodanige wijze heeft plaatsgevonden dat de regelingen harmoniëren met het belastingrecht als een doelmatig functionerend onderdeel van de rechtsorde, dan moet worden geconcludeerd dat daar waar het belastingplichtigen betreft die afgezonderde particuliere vermogens om valabele en persoonlijke redenen tot stand brengen en waarbij fiscale grensverkenning niet dan wel nauwelijks een rol speelt, er sprake is van een onjuiste afweging van deze rechtsbeginselen en daarmee van een onaanvaardbare onevenwichtigheid in de wetgeving. Deze onevenwichtigheid wordt ook veroorzaakt door het feit dat art. 3 van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 wél het begrip doelvermogen kent, doch art. 2 van deze wet niet, hetgeen strijdigheid met non-discriminatiebepalingen in belastingverdrage of het EU-recht oplevert. Sterker nog, het vormt de oorzaak van het feit dat Nederland als een *taxhaven* voor in Nederland gevestigde doelvermogens moet worden beschouwd. Hoe hypocriet mag een wetgever zijn?

Samenvattend dient te worden geconcludeerd dat de nieuwe wettelijke regelingen betreffende het afgezonderd particulier vermogen:

- geen goed evenwicht tussen doelmatigheid en rechtvaardigheid vormen;
- niet in het systeem van de wet passen, sterker nog, daarop een inbreuk vormen;
- worden gekenmerkt door het feit dat de juridische en economische realiteit worden ontkend;
- de vrijheid van kapitaalverkeer wordt belemmerd en
- de burger onvoldoende ruimte laat zijn particulier belangen zodanig in te richten dat ook zijn fiscale belangen daarmee het best worden gediend.

De regelingen zijn zodanig in strijd met beginselen van behoorlijke wetgeving dat zij vervangen zouden moeten worden door een regeling die wél blijk geeft van een goede afweging tussen het rechtszekerheidsbeginsel enerzijds en het rechtsgelijkheidsbeginsel en “het doel van het recht” anderzijds. Een regeling die aan een aantal voorwaarden dient te voldoen. Zij moet:

- de belangen van de staat en die van de burger beide evenwichtig dienen;
- de tot stand te brengen juridische en economische realiteit als uitgangspunt nemen en respecteren;
- voldoende zekerheid bieden dat doelvermogens niet kunnen worden aangewend met het overwegende motief om heffing van belasting te ontgaan;
- een goed evenwicht tussen rechtvaardigheid en rechtszekerheid waarborgen;
- uitgaan van de vrijheid van kapitaalverkeer;
- de burger voldoende ruimte laten om zijn particuliere belangen zodanig in te richten dat ook zijn fiscale belangen daarmee het beste zijn gediend:
- niet zodanig van de bestaande wetsystematiek af te wijken dat zij daarop een inbreuk vormt en
- niet al te complex zijn.

Het door mij voorgestelde alternatief voor een wettelijke regeling betreffende een als *discretionary trust* aan te merken doelvermogen voldoet naar mijn mening aan deze voorwaarden. Het zou mooi zijn als ook de wetgever op korte termijn daarvan zou kunnen worden overtuigd.

Wellicht dat deze studie daaraan een bijdrage kan leveren.

Conclusie betreffende de onderzoekshypothesen

Ten aanzien van de onderzoekshypothesen dient ten slotte te worden geconcludeerd dat de onderzoekshypothese dat een *discretionary trust* als een als doelvermogen te kwalificeren juridische entiteit moet worden gekwalificeerd, juist is.

Dit geldt ook voor de onderzoekshypothese dat de *fixed trust* daarentegen niet zulk een entiteit vormt.

De met de onderzoekshypothesen samenhangende veronderstelling dat de vorming en het bestaan van een *fixed trust* geen zelfstandige gevolgen voor de kwalificatie van het door *beneficiaries* te genieten inkomen heeft, is niet geheel juist gebleken. De vorming van zulk een *trust* heeft namelijk wél invloed op de kwalificatie van het inkomen.

Summary and final conclusion

Chapter 1

Summary

1.1 Introduction

Fiduciary transfers of assets have existed for a very long time. There is evidence of such transfers in the Middle Ages and even in Antiquity, albeit in different legal forms, but essentially very similar to what we see today: The transfer of assets to a trusted person to administer them on behalf of and for the benefit of a third party in accordance with instructions given.

In England a form of asset transfer developed based on common law and equity and thus acquiring very specific characteristics, so that this form, from a legal point of view, became quite distinct from forms of fiduciary asset transfer based on continental law. For the English express private trust is characterized by the fact that a settlor transfers assets to a trustee by means of a unilateral legal action giving the trustee legal title and instructing him to administer the assets in accordance with the trust conditions mentioned in the trust instrument on behalf of one or more beneficiaries whom the settlor might have appointed and who (could) become equitable owners in this way. The assets set aside in this way cease to be part of the trustee's individual capital, consequently, the trust capital is unaffected by bequest, by possible private creditors, divorce, and bankruptcy of the trustee. The trust capital consists of a separated capital solely at the disposal of the (future) beneficiaries or of a charity. The beneficiaries obtain rights enforceable in law, in spite of the fact that they are no party in the creation of the trust, nor are they under any obligation of having to take any action. An, for this investigation important, distinction in English law, is the one between a discretionary trust and a fixed trust, also known as "an interest in possession settlement". By the term discretionary trust I mean a legal concept according to Anglo-American law and characterized by the fact that the settlor has unilaterally separated a part of his patrimony, and, on the basis of common law, has transferred the legal ownership to a trustee, without appointing beneficiaries with an individual title, but appointing only a group of (legal) persons. The trustee takes upon himself the obligation/is given the power to decide which one of this group, and when, gets what title to the trust capital.

By a fixed trust I understand a legal concept under Anglo-American law, characterized by the fact that the settlor has, by means of a unilateral juristic act, set aside separated assets belonging to him and, based on common law, transferred the legal title to the trustee, at the same time stipulating when the beneficiaries appointed by him, will get the beneficiary rights, as laid down by him, to the trust capital and/or its proceeds - the beneficial title - by virtue of

equity. The big difference between these two legal concepts, which is important for this investigation, is that in the case of a discretionary trust, for so long as the trustee has not used his discretionary power to appoint beneficiaries and laid down their capital rights, there are no (legal) persons with a direct title to the trust capital and its proceeds, so that, as it seems, nobody can claim the beneficial interest in the trust capital. The result is that for a very long time indeed, this kind of trust has been exercising an enormous attraction on the well-to-do. This legal concept offered, and still offers, possibilities to save on income – and inheritance tax.

For this reason we see that already early in English law attempts were made to banish (fiscal) abuse of this legal concept, which, however, repeatedly proved only partly successful.

Because of England's colonial past, the trust became popular in quite a few other countries and especially in its former colonies, amongst others the United States. In usually rather exotic jurisdictions the discretionary trust eventually led to trust laws enabling the very wealthy to transfer (parts of) their wealth to discretionary trusts in ways, to put it euphemistically, that are very tax friendly, quite often resulting in improper use of this legal concept. This not only is the reason for the strongly negative reputation of the trust among the general public, but it also led to (over) reaction on the part of fiscal law makers, and thus to robust fiscal measures to limit or eliminate the use (and indeed also abuse) of trusts in tax havens.

Of course, the Dutch legal system too, is confronted with the existence of trusts, e.g. by the forming of a trust by a Dutch settlor; a Dutch beneficiary entitled to trust capital or its proceeds; a settlor or beneficiaries taking up residence in the Netherlands; trustees living in the Netherlands. This can lead to problems for which there are no simple answers, for one reason, because Dutch private nor fiscal law knows the legal concept of a trust, and also because Dutch law recognizes, as opposed to English law, absolute ownership.

1.2 Stating the Problem

The questions, interesting from the point of view of fiscal law, and that thus state the problem of this thesis are:

1. how should the legal concept known as express private trust, i.e. different to the discretionary and fixed trusts, be qualified in fiscal law, and
2. what are the (independent) fiscal consequences of such a qualification.

Here we distinguish between the fiscal consequences of the setting up and

existence of the two forms of trusts under positive law and desirable law, as the latter is outlined as an alternative to be described later on.

Two hypotheses form the basis of this thesis:

1. *The discretionary trust is non-transparent.*

i.e. a discretionary trust can – with regard to the various kinds of levies – be seen as an independent entity viz. a special purpose fund – under fiscal law. This is so, because as the result of trust law the discretionary trust retains not only the legal interest in the trust capital, through the trustee, but also the economic interest in the trust assets; also, because of the absence of individually appointed beneficiaries by the settlor. Therefore, the trust assets are to be allocated to the trust only.

2. *The fixed trust is transparent.*

The fixed trust is transparent, i.e. the capital of a fixed trust cannot be qualified – with regard to the various levies – as a special purpose fund, considered an independent entity in fiscal law. For at the creation of the fixed trust the settlor did appoint beneficiaries individually who, as the result of the conditions in the trust instrument, obtained such legally enforceable rights to the trust capital and its proceeds, so that they retained the legal and economic interest in the trust capital. Consequently, this capital and its proceeds are to be allocated directly to them. So the income goes directly to them (as do the losses, for that matter), while the kind and the amount of the income usually remain unchanged. Should there at any moment be no beneficiaries, then the capital of a fixed trust and its proceeds are, according to trust law, kept in a resulting trust for the settlor or his heirs. So they have both legal and economic title to the trust capital and its proceeds for which they then also are fiscally answerable.

In the scope of this thesis the idea of fiscal transparency has been defined as the situation in which (legal) persons retain a direct interest in the trust capital. This because these (legal) persons have, under the conditions of the trust instrument or under trust law:

- legally enforceable rights to the legal title of the trust capital and its proceeds, and also
- hold direct title to an interest in the trust capital.

The notion (co) entitlement is understood as mentioned in article 3.3 section 1,

a, of the Law on Income Tax 2001, so that the criteria used to establish whether a trust is to be considered transparent or not with regard to the levying of the various taxes are:

Do (legal) persons have obtained, on the basis of the terms of the trust instrument or under trust law:

1) such enforceable legal rights so that the legal interest in the trust capital and its proceeds are solely theirs. Where legal interest in the trust capital and its proceeds are to be understood as the certainty that they will obtain the legal ownership of the trust assets.

2) such a title to the economic interest in the trust capital so that this economic interest is solely theirs. Where having a direct economic interest is to be understood as:

Holding at least title to the assets given in trust by the settlor, or to the assets that replace them; or to the value equivalent, or partially equivalent to them; or to (part of) the balance after liquidation of the assets of the trust; or to the reserve in one or more assets through the annual profits. In this situation having economic ownership is not important, but having a (sufficient) economic interest is, as explained above.

Furthermore, the question, related to the hypotheses of this thesis, has been looked into whether by setting up a trust, the qualification of its source income changes. This depends of course on the kind of trust to be created, and always assuming that the setting up and the existence of a fixed trust do not have independent consequences for the settlor and the beneficiaries as to the qualification of their income, with as result that fiscally the trust can be ignored, whereas the setting up and existence of a discretionary trust does have fiscal consequences for the qualification of the income derived from it. The reason for this difference is that a discretionary trust must be qualified as a legally independent entity with the trust capital and its proceeds possessing the legal and economic interest.

1.3 The Qualification of the Trust

1.3.1 The Qualification of the Trust under Private Law

Part 1 of this thesis having first paid attention to the trust from an historical perspective, to the trust under English private law, to English taxation of the

1.3.2 The Trust's Qualification under Fiscal Law

1.3.2.1 Introduction

trust, to the trust in jurisdictions outside of the UK and the USA, it subsequently investigated – because of the uniformity in law in principal – in Part 2 how under Dutch private law the legal construction of a treaty trust could be qualified. To this end attention was first paid to the importance and effects of the The Hague trust treaty: What are the characteristics a trust should possess in order to be recognized as a treaty trust under the The Hague trust treaty. When the legal concepts of the fixed and discretionary trusts are compared to the characteristics of a treaty trust, it appears that these legal concepts should be recognized as treaty trusts, because they answer to the characteristics recognition demands. However, the treaty does not answer the question how the treaty trust that was created should be qualified under private law. It only outlines the characteristics of a treaty trust and its consequences under private law, but the characteristics of such a trust do not exclude the creation of a legally independent entity under Dutch private law. It has become apparent that the treaty trust has no equivalent in Dutch private law. Comparing what characterizes a treaty trust with the characteristics of a number of trust-like constructions under Dutch private law, shows that the legal concepts of testamentary- and gift conduct, come closest to the treaty trust. This also goes for ownership under title of conduct of capital combined with a foundation.

As to the question whether a treaty trust is a legal entity under Dutch private law, it has been established that such is not the case. A special purpose fund, considered to be a treaty trust can only be considered an entity with legal subjectivity under private law, when this capital has rights and obligations of its own, and thus an identity of its own, independent of both the form of the capital and those potentially entitled to the capital, while the special purpose fund was created by the authority of a person or persons with title to single separation for the benefit of, and in the interest of, others.

The conclusion reached was that, in order to fit in the treaty trust, one should not try to find, under private law, forms of legal independence, but forms of conduct and control, an approach concurring with the fiscal law notion of special purpose fund, and thus creating a firm foundation under private law. In this way private law reaches out to fiscal law to find a way of fitting in the treaty trust into fiscal law.

1.3.2 The Trust's Qualification under Fiscal Law

1.3.2.1 Introduction

Part 3 investigated how the discretionary and fixed trusts respectively, should be qualified under fiscal law.

1.3.2.1.1 The Qualification of the Discretionary Trust under Fiscal Law

As to the qualification of the discretionary trust with regard to the levying of gift- inheritance- and income taxes, a number of distinctions has been introduced:

- The qualification of the discretionary trust *inter vivos* and *mortis causa* respectively, for the levying of gift tax and inheritance tax respectively, before January 1, 2010
- The qualification of the revocable discretionary trust before January 1, 2010
- The qualification of the discretionary trust after January 1, 2010.

The qualification of the irrevocable discretionary trust inter vivos with regard to gift tax before January 1, 2010

It has been established that, in the opinion of the Supreme Court (= *Hoge Raad*), a floating trust capital cannot exist under Dutch fiscal law, and that under the Inheritance Tax Law of 1956 a person living within the borders of the realm cannot, out of generosity part with his assets without being subjected to paying gift tax. Thus the conclusion of the *Hoge Raad* that the creation of a discretionary trust *inter vivos* results in the creation of a special purpose fund belonging (from the point of view of property right) to nobody, and is set aside for a particular end, so that for the levying of gift tax the discretionary trust, as an independent entity under fiscal law, must be considered a special purpose fund, resulting in the gift tax rate for non-relatives.

Even if the opinion of the *Hoge Raad* can be appreciated, especially because under the Inheritance Tax Law of 1956 a person living within the borders of the realm cannot, out of generosity, part with his assets without having to pay gift tax, a number of critical remarks could be made.

To start with, the Inheritance Tax Law of 1956 does not know the notion of a special purpose fund, nor did the settlor have the intention to create an entity subject to taxation, let alone to favour it. Also, the creation of the special purpose fund cannot lead to gift tax, and the special purpose fund is not augmented. Furthermore, beneficiaries holding title to a discretionary trust, are financially prejudiced and the decision of the *Hoge Raad* formed a *de facto* impediment for the creation of a discretionary trust. Finally, the decision of the *Hoge Raad* invited an excessive manner of tax planning, which could lead to significant savings of gift -, inheritance -, and income taxes, but only when the discretionary trust was created in good time before (r)emigration.

1.3.2 *The Trust's Qualification under Fiscal Law*
1.3.2.1.1 *The Qualification of the Discretionary Trust under Fiscal Law*

The consequence of the decision of the *Hoge Raad* was that there was no *de facto* recognition of the discretionary trust, so that the legislator should have acted in good time to further the principle of legal certainty and equality under the law by means of amending the law(s) in question.

The Qualification of the Discretionary Trust Mortis Causa before the Inheritance Act as it was before January 1, 2010

Also, it has been established that - in view of the jurisprudence regarding gift law - it was to be expected that the *Hoge Raad* would have considered a discretionary trust *mortis causa* as the acquirer under inheritance law of the trust capital, resulting in a special purpose fund, when inherited, being taxed under the high non-relatives rate.

Should, on the other hand, a special purpose fund not be considered as acquirer under inheritance law, because at the creation of a discretionary trust there were no natural or legal persons obtaining, under inheritance law title to the capital, whereas the Dutch civil code nowhere refers to a special purpose fund as a legal subject - then it is not unreasonable to assume - in view of the decision of the *Hoge Raad* regarding the “*novemberarresten*”- that the fictive acquisition principle of inheritance ex art. 16 “*Successiewet 1956*” would have been applicable to a discretionary trust *mortis causa* being considered a special purpose fund. The characteristics of this legal concept resemble those of a foundation to such a degree that analogous application of the fictive acquisition principle of inheritance would have been justifiable, resulting in the non-relatives inheritance tax rate, which - with a view to the interest of the beneficiaries - would have led to an unreasonable result to such an extent that also here, the legislator should have shown timely action.

The Qualification of the Revocable Discretionary Trust before January 1, 2010

With regard to the revocable discretionary trust the line has been taken that there is impoverishment of the settlor because of his generosity, but - as the result of jurisprudence of the *Hoge Raad* - enrichment of the revocable discretionary trust, albeit that the measure of enrichment depends on the question if, and if so when, the settlor will use his power of revocation. Until the moment the settlor uses his right of revocation, the legal interest belongs to the trustee, and the discretionary trust as independent entity - in the absence of other title holders - holds title to the beneficial interests. In this way all the legal and economic interests remain with the special purpose fund. The result is that the discretionary trust, while excluding all other persons, the settlor included, holds legal and economic title to the trust capital and its proceeds. The settlor

has reserved for himself a right that can only be expressed in (a sum of) money. *Mutatis mutandis* the above also holds good for the revocable fixed trust.

The Qualification of the Discretionary Trust after January 1, 2010

As to the qualification of the discretionary trust after January 1, 2010, it has been established that the gist of the legal ruling regarding separated private capital/patrimony (= *afgezonderd particulier vermogen*) is, that every single private special purpose fund should in principle be allocated to the person who created this special purpose fund. It is assumed that the creator has the disposal of the assets of the special purpose fund, and these are taxable to him. The result of this is that capital in a discretionary trust is exempt from taxation (gift-, inheritance-, and income taxes) as of January 1, 2010, because no gift or obtaining of moneys is involved, whereas the payments out of the fund are considered payments by the creator.

In case the creator dies, then the trust capital is considered to belong to his estate, and his heirs take his place and are considered to have obtained their part of the trust capital. When a beneficiary of an *afgezonderd particulier vermogen* acquires a concrete, legally enforceable title, then a gift to the beneficiary is ascertained, who consequently is taxed, then, too; the beneficiary has to pay income tax on the title acquired.

It has also become apparent that, with regard to the question what is to be understood under an *afgezonderd particulier vermogen*, the legislator has not been sufficiently clear. Amorphous notions such as “private interest” and “more than secondary interest”, are not properly defined. Nor is it clear how it can be ascertained when a “private interest” or a “more than secondary interest” is involved.

Should the discretionary express private trust comply with the tax levying criterion ex art 2.14a section 7 “*Wet inkomstenbelasting 2001*”, then it is considered, as far as income tax is concerned, an independent special purpose fund, and the creator remains tax exempt.

Negligent Legislation with regard to an afgezonderd particulier vermogen

It has been established that the legislator has insufficiently taken into account the demands decent temporary laws make on passing a legal provision with immediate and retrospective effect.

Those who can show, on the basis of reversed onus of proof, that the reasons for setting up a trust were not to realise significant savings on tax, but valid reasons of personal and business matters, should get the benefit of a grandfathering clause. For the settlor and his partner evidence in rebuttal is impossible here, while

1.3.2 *The Trust's Qualification under Fiscal Law*
1.3.2.1.2 *The Qualification of the Fixed Trust under Fiscal Law*

the heirs suffer under a devilish burden of proof, for they have to prove that they are excluded persons, which is impossible when they – in the case of a discretionary trust – belong to the group of beneficiaries/expectants. Therefore, there is some doubt whether the legal provisions of January 1, 2010 with regard to *afgezonderd particulier vermogen*, were made with due carefulness. The extent of the legal provisions and the necessary –for political and budgetary reasons– haste, meant that the guarantees needed for the quality of lawgiving, suffered. Also because of overkill the legal provisions that appeared could, in essential parts, barely stand up to the test of fairness. A careful and systematic responsible weighing of interests that should play a role of crucial importance in the process of lawgiving, has to a great extent been lacking. In tax law, too, a well-balanced weighing of the principle of legal certainty should take place, asking for a grandfathering clause on the one hand, and the principles of legal equality and “the intention of the law” that can justify a retroactive effect in a material way, on the other. In connection with this, the question was raised if the weighing of the principle of fairness on the one hand, and principles of equality and “the intention of the law “ on the other, has taken place, in the legal provisions regarding a separated individual capital, in such a way that these provisions are in harmony with the tax laws as an efficiently functioning part of the legal system. Here the conclusion was drawn that in the case of taxpayers who create a *afgezonderd particulier vermogen* for valid and personal reasons and (usually) without the intention of looking for ways to evade taxation, these general principles of fairness were not honoured and thus an unacceptable imbalance in legislation was created. This imbalance was also caused by article 3 of the Law on Corporate Income Tax 1969 recognising the notion of special purpose fund, whereas article 2 of this law does not, which results in a conflict with non-discrimination rules in tax treaties and EU law.

1.3.2.1.2 *The Qualification of the Fixed Trust under Fiscal Law*

With regard to the fixed trust, it has been established, that – compared to the definition of a special purpose fund as used by the *Hoge Raad* in its “*novemberarresten*” – there is no special purpose fund as legal entity: The trust capital and its proceeds belong directly to one or more (legal) persons. The beneficiaries, individually appointed by the settlor at the setting of the trust, have obtained, as economic co-title holders, immediate, legally enforceable capital rights on the trust capital and/or its proceeds. To such a degree that they (together) hold title to the entire legal and economic interest in the trust capital and its proceeds. The result of this is that a fixed trust is not an entity and can not be qualified as a special purpose fund. As a consequence it cannot be allocated to the settlor, his partner or his heirs on the basis of article 2.14a

of the Law on Income Tax 2001. The trust capital and/or its proceeds must be considered as directly belonging to the beneficiaries, who have the direct benefit of them, while the income they enjoy retains – bar a few exceptions – its source character.

It has been established, that this view, which is, however, not unequivocally confirmed in existing jurisprudence, is not shared by a number of authors. They are of the opinion that the same jurisprudence should show fixed trusts to be entities under fiscal law, unless beneficiaries have far-reaching power of disposal of the trust capital. The conclusion was drawn that, with regard to the levying of the various taxes, one can only speak of an independent entity, when it is certain that at the creation of the trust the settlor did not appoint individual beneficiaries, did not lay down any rights for individual beneficiaries, so that there is no direct legal connection with subjective title holders, and all relevant decision making was entrusted to the trustee. In a fixed trust, however, the settlor has indeed appointed individualized beneficiaries, who did get from him direct legally enforceable capital rights resulting in their obtaining the entire legal and economic interest in the trust capital and consequently becoming entitled to an economic share of the trust capital and/or its proceeds, whereas the trustee did not obtain discretionary power. Because a direct title to the trust capital and/or its proceeds is involved, the various assets of the trust form, in principle, as many sources of income for the beneficiaries, sources the proceeds of which are directly enjoyed by them.

1.4 The Consequences of the Trust under Fiscal Law

1.4.1 Introduction

With regard to the consequences for the trust under fiscal law, also Part 4 distinguishes between the discretionary trust and the fixed trust.

1.4.2 The Consequences for the Discretionary Trust under Fiscal Law as from January 1, 2010

With regard to the fiscal consequences for the discretionary trust and the statutory regulations with regard to *afgezonderd particulier vermogen*, a distinction has been made between the consequences for gift-, inheritance-, income-, and corporate income taxes.

Gift Tax

Since for the levying of gift tax the trust capital is considered to belong to the settlor, his partner, or his heirs, the setting up of a discretionary trust does not lead to gift tax being levied. Due to the fact that for income tax purposes, the settlor, his partner, or his heirs are not considered to own the trust capital, so, when article 2.14a section 7 of the Law on Income Tax 2001 is complied with, the new regulations make a special purpose fund that is considered an entity, a fiscally attractive construction. The settlor, nor his partner or his heirs are subject to income tax, and the setting up of the discretionary trust does not lead to the levying of gift tax. The attractiveness of setting up a discretionary trust complying with the applicable tax criteria, becomes even bigger if the trust capital (exclusively) consists of shares of substantial interest, which are exempt of tax under article 13 of the Corporate Tax Law of 1969.

Inheritance Tax

With regard to the consequences for the levying of inheritance tax, it has been concluded that this statutory regulation should not have come into being now that the fiction definition of article 16 paragraph 1 Inheritance Law 1956 creates a fiscal reality completely deviating from private law/economic reality, while adequate proof to the contrary is almost wholly absent, which, from the point of view of proper lawgiving, is contrary to the principles of this. Furthermore, the regulation could lead to double taxation, for article 16 paragraph 2, Inheritance Tax Law 1956 does not provide for a benefit obtained ex article 16, paragraph 2 being deducted from the benefit the heirs obtain.

Income Tax

The consequences of the inclusion fiction for income tax purposes described above, know two exceptions:

1 Trust capital and its proceeds are not included in the income of the settlor's heirs, if they can show that neither they, nor their partners are, de iure or de facto, direct or indirect, beneficiaries of the *afgezonderd particulier vermogen*, and that, as excluded persons, they cannot become such either (the proof-to-the-contrary rule of article 2.14a, paragraph 6 Income Tax Law 2001). A proof-to-the-contrary rule - with augmented reversed onus of proof - which does not apply to the settlor or his partner. Since heirs belonging to the group of potential beneficiaries appointed by the settlor can never prove that they cannot become beneficiaries - for they are not excluded, but could obtain title to

the capital should the trustee decide so – they lack the necessary proof to the contrary. Consequently, because of the legal fiction, a part of the trust capital and its proceeds are included in their income without their holding, under civil law, title to this part. The consequence is that beneficiaries have to pay income tax on the capital and its proceeds allocated to them, without their having enjoyed it *de iure* or *de facto*. Therefore, the conclusion has been reached that the concept of legal fiction, created for the benefit of the treasury, which supposes a reality both conflicting with private law and the actual situation, ought not, with a view to proper legislation, to have been introduced. The more so, because there are better and more proportional alternatives, such as offering the taxpayers the possibility to prove, – on the basis of reversed onus of proof – that they are not looking for ways of improper use of fiscal possibilities.

2 A second exception is the stop on allocating capital ex article 2.14 paragraph 7 Income Tax Law 2001. When a *afgezonderd particulier vermogen* is subjected to a tax on its profits, resulting in a tax rate of at least 10% of the profits as defined according to Dutch tax-standards, the assets and debts and also the proceeds and costs of the separated capital are not considered assets and debts, proceeds and costs as understood in article 21.4 paragraph 7 Income Tax La 2001. This rule to avoid double taxation not only ignores the fact that a number of trust countries levy a tax of 10% or even more on trust income, albeit not as tax on profits, but it also invites to place capital – without paying gift tax – in a discretionary trust, provided that this trust conforms with the criteria stated, and the foreign tax on profit is at least 10%. A tax which is lower than e.g. the Dutch tax on substantial interest (= *aanmerkelijk belang*).

Corporate Income Tax

Since a discretionary trust that can be qualified as an entity, lacks a direct legal connection with people with subjective title to the trust capital, this kind of trust can be considered a foreign special purpose fund liable to taxation as understood in article 3, Corporate Tax Law 1969, at least if it enjoys an income in the Netherlands. Whether a discretionary trust that can be considered a foreign entity liable to taxation, is in fact liable to Dutch corporate tax on its income in the Netherlands, depends on the way the capital of the trust is composed on the one hand and on the other on the fact if the discretionary trust is established in a treaty country, and what rules of allocation regarding the various sources of income in the Netherlands apply.

The Prevailing Statutory Regulation poses a Number of Questions

First there is the question of a possibility of conflict with non-discrimination definitions in tax treaties of the VWEU, since the notion special purpose fund features in article 3 Corporate Income Tax Law 1969, but not in article 2 of the same law, which means that a discretionary trust established in the Netherlands is not a taxable subject, as opposed to a discretionary trust established in an other country.

Secondly, there is more to the object of taxation of a foreign special purpose fund than to what applies to Dutch associations or foundations (= *stichtingen*), which are only liable to taxation when they conduct a business, while a special purpose fund does show a strong functional likeness to a foundation.

Thirdly, the statutory regulation for foreigners liable to taxation differs fundamentally from the regulation based on article 2, Corporate Tax Law, for resident taxpayers, not being the associations and foundations mentioned in article 2, paragraph 1, part e. The resident entities that are liable to taxation mentioned in article 2, are liable to taxation because of their legal form, irrespective of the Way their capital is composed, whereas foreign entities are only liable to taxation if they enjoy an income in the Netherlands.

Some Particular Problems

A few particular problems have been dealt with, too.

As it is a particular characteristic of the discretionary trust that its capital, separated by the settlor, was never intended to create the entity's capital, the question offers itself whether a value adjustment measure could be included in the opening balance sheet. After all, the trust is only the temporary fiduciary owner, and under the prevailing trust laws it can never be the trust capital's beneficiary owner, while trust law attaches legal consequences to the creation of a discretionary trust and imposes obligations of behaviour on the trustee concerning whether or not assigning enforceable capital rights.

Regarding this, the conclusion was reached that there is no creation of a fiscal provision whatsoever, because on balance sheet date the conditions of the Supreme Court (= *Hoge Raad*) as described in the so-called "*Baksteenarrest*" under which a provision can be created, are not complied with. The situation in which a discretionary trust can be characterized by the fact that in certain circumstances a trustee can, or has to, decide to allocate legally enforceable capital rights to beneficiaries appointed by him, is only a general characteristic belonging to this legal concept, but does not justify the creation of a particular provision on the opening balance sheet. To this end the allocation by the trustee of enforceable capital rights on balance sheet date is too uncertain.

The question what consequences the trustee's allocation of beneficial interests to beneficiaries has for the continuation of the trust as an entity liable to corporate tax, was also dealt with. For a special purpose fund only exists as an independent entity liable to corporate income tax thanks to the fact that this capital was separated in such a way that no direct legal connection exists with subjective title holders. So assigning beneficiary rights to the entire fund capital and its proceeds results in the foreign fund ceasing to exist as an entity liable to corporate tax, which leads to a final fiscal statement.

Finally, it has been investigated what the consequences would be if the trustee allocates to beneficiaries beneficiary rights to: 1) the entire proceeds of the trust capital by which measure these proceeds directly accrue to the beneficiaries; 2) only the capital as such; 3) partly the trust capital as such, and partly its proceeds; 4) all the proceeds of the trust capital under resolutive conditions; 5) a non-recurring capital right, and 6) entitlement to periodical benefits.

1.4.3 The Fixed Trust and Its Consequences under Fiscal Law

With regard to the consequences of the fixed trust not being an entity, a distinction has been made between the consequences re the levying of gift-, inheritance, and income taxes.

Gift Tax

The conclusion was reached that creating a fixed trust qualifies as a gift to beneficiaries, and that the allocation rule does not apply, because there is no *afgezonderd particulier vermogen*: The fixed trust cannot be considered an entity under fiscal law. Also, the legal consequences have been investigated of a gift to beneficiaries of capital rights with suspended conditions (=contingent interests). Here it appeared that where non-recurrent and recurrent contingent interests were allocated, a gift is assumed to have occurred at the time of the creation of the fixed trust - assuming the settlor resides, or is supposed to reside in the Netherlands at that time - and not at the time the term stated expires. Do beneficiaries obtain the right to a non-recurrent or recurrent contingent interests, then the beneficiaries enjoy the usufruct of the amount given to them for the time stated, so that at the creation of the fixed trust the beneficiaries will have to pay gift tax on the value assigned to this usufruct.

Do the beneficiaries obtain a non-recurrent or recurrent contingent interests then, - in order to prevent it being considered a gift - since January 1, 2010, the rule has been in effect, that the benefit becomes a gift at the very the moment the condition is fulfilled.

Inheritance Tax

With regard to the consequences for inheritance tax, it has been established that when Dutch inheritance tax applies to an estate, a fixed trust created under foreign law by last will and testament, must be converted into a last will and testament that bequeaths a legacy both to the trustee and the beneficiaries. In this case it is important for the qualification of the monies obtained, and also for the amount and the date of taxation, to ascertain whether the legacies allocated were allocated under a deferred/suspended time clause and/or deferred/suspended conditions. In order to ascertain the value of an inherited title to a fixed trust, it is necessary first and foremost to break down the complex of inherited rights into its composing parts. Then it is important to value this complex according to absolute interest, unless the infringement made by the trust deed is such, that the complex of rights obtained approaches the right of absolute interest or the beneficial interest in an insufficient way. Should this be the case then there is the possibility of inherited usufruct, a right to recurrent benefits, or a combination of these two.

Income Tax

With regard to the consequences for income tax, it has been concluded that there is no possibility of allocating the trust capital, its proceeds and expenditure to the settlor, his partner or heirs, according to article 2.14a, paragraph 1 Income Tax Law 2001.

The fixed trust cannot be considered a fiscal entity, nor as a *afgezonderd particulier vermogen* as understood in article 2.14a paragraph 1 Income Tax Law 2001. The trust capital and its proceeds are directly allocated to, or enjoyed by – because of the capital rights obtained by them – the beneficiaries appointed by the settlor, according to the conditions of the trust deed as stipulated by the settlor. Of interest for beneficiaries living in the Netherlands are the following sources of income: a business and its taxable profits; capital, put at the disposal of a company or undertaking and the taxable result of these undertakings; capital and/or its result which are/is to be used to pay out recurring benefits; substantial interest shares and the resulting income, and tax box 3 income.

Because of the trust deed, the settlor loses the legal and economic ownership of the trust capital, so that he is not taxable anymore for this capital and its proceeds. The result of this transfer is that he has to pay tax on the company, the hidden reserves in the capital put at the disposal of a company or undertaking, and on the added value of substantial interest shares, because no roll-over facilities can be applied to these assets, except for the roll-over facilities included in article 4.17c Income Tax Law.

The Fixed Trust Capital Comprises a Company

When a beneficiary residing in the Netherlands holds title to an enterprise comprised in a trust capital, then one should distinguish between: 1) holding (partial) title to the company's capital and holding a (partial) title to the annual profits; 2) not holding a (partial) title to the company's capital and its changing value, but holding a (partial) title to the annual profits; 3) holding a (partial) title to the company's capital and its changing value, but not holding a (partial) title to the annual profits.

In the first situation he enjoys progressively taxable profits from the enterprise. Not because he is subjectively supposed to be an entrepreneur, but because he enjoys, as co-title holder to the enterprise, the annual profits and the hidden reserves. Consequently, the beneficiary, as entrepreneur ex article 3.3, can claim fewer business facilities. In the second situation, the beneficiary does not enjoy profits from the enterprise, because he is not directly responsible for matters concerning the enterprise, which is one of the criteria of the definition of the notion of entrepreneur in article 3.4 Income Tax Law 2001, neither does he enjoy the profits as a co-title holder to the company's capital. The remarkable consequence of this is that, what can be objectively considered operating profits, cannot be progressively taxed because subjectively considered he is not an entrepreneur. This is an undesirable consequence, which should receive the legislator's attention. It is a consequence from which appears, too, that the supposition that creating a fixed trust has no independent consequences for the qualification of the income derived, needs some nuancing.

In the third situation the beneficiary does enjoy progressively taxable operating profits. Not because he can be considered an entrepreneur - the enterprise is operated at his expense, but he is not directly responsible for commitments of the enterprise - but because he enjoys profits as co-title holder to the capital of the enterprise, and not as entrepreneur or shareholder.

The Fixed Trust Capital Comprises Capital that Is Made Available

Should the trust capital comprise assets that are made available, and the beneficiary holds (partial) title to these assets and their proceeds, then he is considered "enjoying the fruits", so that he is taxed progressively for the regular profits and the potential capital gain when the availability comes to an end, with the principal rule that he is taxed on the basis of his worldwide income. So also for assets made available to a person associated with him who uses them to gain taxable operating profits abroad, or taxable gains from other activities. Possible problems here are: 1) according to what law should one ascertain if activities conducted abroad that could dispose of trust assets, should be qualified

1.4 *The Consequences of the Trust under Fiscal Law*
1.4.3 *The Fixed Trust and Its Consequences under Fiscal Law*

as business profit; 2) when can one speak of a socially unusual allocation, and at what particular moment is to be decided if this is the case; 3) do treaties restrict and or exclude the Dutch right to levy tax in case of cross-border allocation.

When a beneficiary only holds title to the proceeds of assets put at his disposal by way of a fixed trust, and not to the mutation of the assets' value, then the beneficiary enjoys progressively taxed income from other activities, this as opposed to the beneficiary who also only holds title to the profits of an enterprise belonging to the trust assets. A discrepancy hard to understand, which makes a change in the law necessary.

Should the beneficiary only hold title to the change in value of the assets put at his disposal held in the fixed trust and not to their proceeds, then the beneficiary is progressively taxed on the profit of the sale of assets, or the book profit when the allocation comes to an end.

The Fixed Trust Capital Concerns Capital that Forms Taxable Income from Savings and Investments or Periodic Income for Beneficiaries.

The capital rights allocated by the settlor to the beneficiaries can also be capital rights which form for them taxable income from savings and investments or periodic income.

This distinction is important, because, if the acquired, legally claimable title to periodic payments, does not have the counter value of the activity, then the payments are progressively taxed, unless the payments come from relations by blood and affinity in the direct line or in the collateral line to the second remove. Is, on the other hand, a periodic payment the counter value of an activity, then this payment is not subjected to progressive taxation, but considered a box 3 income. For a payment to be considered periodic, the existence of a debtor is required. In the case of a fixed trust, the juristic debtor is the trustee, for he is the legal owner of the trust capital. According to jurisprudence of the *Hoge Raad* (Supreme Court) the rights to periodic payments, through a fixed trust allocated to beneficiaries have to be considered as acquired as counter value for an activity, so that it is box 3 income. Since, in the absence of the fixed trust concept, these same allocated rights are progressively taxed – unless the payments are acquired from relations by blood and affinity in the direct line or in the collateral line to the second remove – one will again have to come to the conclusion that setting up a fixed trust does have – contrary to what one supposes – independent consequences for the qualification of the income.

The Fixed Trust Comprises Shares of Substantial Interest

When the trust capital comprises shares of substantial interest, the beneficiaries

are to be considered persons with substantial interest, assuming each of them – on the basis of the size of their partial title – fulfills the qualitative condition stated, since they own the beneficial interest in the shares of substantial interest belonging to the trust capital. For this reason the results realized by a fixed trust which is not considered an entity, have to be considered direct, regular income/losses and/or transfer profits enjoyed by the resident beneficiaries from substantial interest, and therefore taxed as such.

For Beneficiaries, the Fixed Trust Capital does not consist of Capital as understood in Box 1 or Box 2

Should beneficiaries own beneficial rights to capital assets of a fixed trust of which the changes in value and/or their proceeds are not to be taxed in Boxes 1 or 2, for resident beneficiaries these assets are then subjected to a fixed tax in accordance with the tax on imputed return on investment.

1.5 A Desirable Law

1.5.1 An Alternative for the Statutory Regulation for a Discretionary Trust considered to consist of a afgezonderd particulier vermogen

After having paid attention in part 5 to a number of regulations concerning the trust in other countries, and having made a distinction between countries that know the legal concept of the trust and countries that do not, the previously suggested alternatives have – before outlining an alternative for the present statutory regulation regarding a *afgezonderd particulier vermogen* – been investigated. These are: 1) the proposal put forward in 2000 by the *Study Committee Modernising Inheritance Laws* concerning the introduction of a family foundation for family capital to be put in with a threshold levy of 10%; 2) the foundation as institutionalized executor of a third party clause; 3) the foundation of public utility with individual elements; 4) the family foundation as extension of the testator, and 5) the proposals that came up during the discussions in parliament on the bills concerning *afgezonderd particulier vermogen*, e.g. fiscal transparency towards the beneficiaries; taxation of putting in capital and paying out from a separated capital only; the PwC proposal “*Proeve van een familiestichting*”. Last but not least, *Boer’s* proposal based on the concept of entity was evaluated. With regard to all these alternative regulations concerning the fiscal treatment of special purpose funds, it has been established that for a plethora of reasons they are not satisfactory.

The alternative for a statutory regulation concerning special purpose funds as put forward by me, has as its basic principle that a discretionary trust set

1.5 A Desirable Law

1.5.1 An Alternative for the Atatutory Regulation for a Discretionary Trust considered to consist of a *afgezonderd particulier vermogen*

up under foreign law should be acknowledged under Dutch fiscal law as an independent entity, according to the principle that juridical effects of juristic acts should be respected.

Improper evasion of tax and discouraging evasive constructions could be prevented by laying down in a legal fiction that a foreign discretionary trust is supposed to be established in the Netherlands when the settlor, his partner or his heirs reside in the Netherlands, for they are considered – on the basis of the fiction – to manage the trust *de facto*.

In order to guarantee legal certainty and justice, the possibility has to be offered of proving that the trust has no virtual management in the Netherlands.

Creating a trust leads to a special purpose funds as acquirer being levied gift tax at third party rate, but the gift tax is partially returned if later the beneficiaries acquire rights that are taxed at a lower rate. The value taxed with gift tax ought to be equivalent to the value of the transferred capital in commerce at the time when the trust is created, provided the settlor resides in the Netherlands at that particular time, or to the value at the moment of the settlor, his partner, or his heirs' emigration to the Netherlands. A retrospective effect of the alternative statutory regulation becoming effective, can be prevented by granting a step up, provided it can be shown that finding fiscal loop holes is/was not a subject under discussion. A condition for the alternative regulation being possibly applicable, is that (finally) the concept of a special purpose fund will be introduced in article 2, Corporate Income Tax Law 1969.

The concept of special purpose fund ought to be introduced, too, in articles 16 and 17 of the Inheritance Tax Law 1956, so that the capital transferred at the creation of the fund can be considered acquired by the fund through gift or last will and testament respectively. Double levies because of residence fiction can be prevented by appealing to one of the treaties applicable, or to the unilateral regulation for the prevention of double taxation. The regulation can be mitigated by stipulating that the domicile fiction only applies if the special purpose fund was set up according to the laws of jurisdictions that enable evading taxation and/or refuse to give relevant information to other countries. Is a special purpose fund set up according to trust laws of a country not marked as contaminated, then the domicile fiction should not apply, which, however, does not affect the possibility that facts and circumstances should indicate that then, too, special purpose fund is supposed to be established in the Netherlands. This to be shown by the Inland Revenue. Collecting the levies imposed on the special purpose funds pursuant to having domicile in the Netherlands, can be secured by providing for recovery from the settlor, his partner or his heirs, should the capital of the independent entity appear too small to meet the levies. Finally, another alternative was discussed, where by means of legal fiction the fixed trust, too, is considered an entity under tax law regarded as a special

purpose fund, and consequently non-transparent. Although this serves legal certainty and effectiveness well, the conclusion has been that this alternative does not deserve preference, because the interest of the beneficiaries subject to tax who, under civil law, hold legal and economic interest in the trust capital should be deemed more important.

1.5.2 Propositions to Eliminate Problems arising at the Setting up and the Existence of a Fixed Trust

In order to eliminate the current uncertainty concerning the qualification of the fixed trust - neither legis- and jurisprudence, nor the relevant doctrine offer sufficient certainty - the legislator should supply unequivocal clarity on the question whether a fixed trust where the beneficiaries hold direct title to the entire legal and fiscal interest in the trust capital can be considered a special purpose fund regarded as an entity. This would benefit legal certainty, and prevent unnecessary legal proceedings. Furthermore, a number of unbalanced consequences of taxation, which occur during the existence of the fixed trust must be removed. A beneficiary e.g. has limited business facilities, when he holds (part) title to business capital placed in a fixed trust, and also to the annual profits or part thereof, because he cannot be considered an article 3.4 entrepreneur, whereas the taxable profits enjoyed by him are subjected to tax as taxable income from work and home ownership.

The last reason that applies is that a beneficiary who holds (partial) title to the annual business profits to be realized, but not to the business capital and its changing values, is only taxed with the proportional rate for income from savings and investments, whereas what he enjoys is actually business profit.

On the one hand, a statutory regulation should make a provision so that beneficiaries who hold direct (partial) title to the business capital and its proceeds placed in a trust, can lay unlimited claim to the business facilities, on the other hand, that income enjoyed by beneficiaries who hold direct (partial) title to the entire legal and economic interest in an enterprise placed in a trust, is progressively taxed as business profit, irrespective whether this profit is enjoyed because of holding beneficiary title to 1) the business capital and its proceeds, 2) only its proceeds, or 3) only the business capital and its changing value.

Chapter 2

Final Conclusion

The problem in this investigation/dissertation comprises two key questions:

- How should the discretionary and fixed trusts be qualified under fiscal law?
- What are the fiscal consequences of the qualification?

It has been established that under fiscal law the discretionary trust should be considered an independent entity to be qualified as a special purpose fund.

A fixed trust, on the other hand, is not an independent entity under fiscal law, for this legal concept is characterized by the fact that there are legal subjects holding direct subjective title to the trust capital, in such a way that as a result they directly retain the entire legal and economic interest in the trust capital, since the settlor stipulated already at the creation of the trust who are to be the beneficiaries, what rights they can exercise on the trust capital and its proceeds and when, whereas the trustee has no discretionary rights. The consequence of this is that the trust capital should be directly allocated to the beneficiaries – these being partial title holders to this trust capital and/or its proceeds – so that the assets belonging to the trust capital form as many sources of income for the beneficiaries, sources whose income in principle as such is enjoyed. The consequence of the above mentioned is that a fixed trust does not qualify as a *afgezonderd particulier vermogen* as understood in article 2.14a Income Tax Law 2001, so that there is no allocation of the trust capital and its proceeds to the settlor, his partner or his heirs; a view a number of authors disagree with.

Evaluation of the Statutory Regulation in effect from January 1, 2010

Pursuant the statutory regulation in effect from January 1, 2010, concerning a *afgezonderd particulier vermogen*, the situation applies regarding a discretionary trust to be qualified as an entity, that the trust capital, its proceeds and expenditure must be allocated, by way of fiction, to the settlor, his partner or his heirs. In this case the settlor and his partner do not have the possibility to offer evidence to the contrary, while the heirs see themselves confronted with a “devilish onus of proof”. For they have to prove themselves excluded persons, which is impossible for them when they – in the case of a discretionary trust – belong to the group of expecters. The conclusion can therefore be drawn that the legislator has insufficiently taken into account the demands decent transitional policies require for the realization of a statutory regulation with immediate effect with

material retrospective effect. A grandfather clause should apply for those who can show – by way of reversed onus of proof – that setting up a trust was not to gain substantial savings on tax, but prevailing valid personal and business reasons were. The care with which the statutory regulations regarding *afgezonderd particulier vermogen* and taking effect on January 1, 2010, were established, is open to sincere doubt. The number of statutory regulations and the – for political and budgetary reasons – haste, made the guarantees needed to ensure the quality of law making, suffer. Also because of “overkill” the statutory regulations that were devised can hardly or not at all stand the test of justice. A careful and systematic well-considered weighing of interests has to a great extent been lacking. In tax law, too, a well-balanced weighing should take place between the principle of legal justice asking for a grandfather clause on the one hand, and the principle of legal equality and the “intention of the law” which can justify material retrospective effect, on the other. When asked if in the statutory regulations regarding *afgezonderd particulier vermogen*, weighing legal certainty on the one hand, and the principle of equality and the “intention of the law” on the other, has taken place in such a way so that these regulations are in accord with the tax laws as a efficiently functioning part of the legal order, then one will have to conclude that in the case of taxpayers who set up *afgezonderd particulier vermogen* for valid and personal reasons without the intention of finding ways to evade or lower taxation, the weighing of these legal principles is incorrect, and causes an unacceptable imbalance in legislation. This imbalance is also caused by the fact that article 3, Corporate Income Tax 1969, does know the concept of special purpose funds, but article 2 of the same law does not, which results in a conflict with non/discrimination rules in tax treaties of EU laws. Even more serious, it is the reason why the Netherlands has to be considered a tax haven for special purpose funds established in this country. There is apparently no end to the hypocrisy of the legislator!

Summarising, one will have to conclude that the new statutory regulations concerning separated individual capital:

- Do not show a proper balance between efficiency and justice
- Do not fit in with the legal system
- Are characterized by the fact that the legal and economic reality is not acknowledged
- Impede the freedom of capital transaction

Final Conclusion

- Do not allow a private person enough space to organize his individual interests in such a way that his fiscal interests, too, are served best.

The regulations are in conflict with the principles of decent legislation to the extent that they should be replaced by a regulation that does show a proper weighing of the principles of legal certainty on the one hand, and legal equality and the 'intention of the law' on the other. Such a regulation should meet a number of conditions. It should

- Serve both the interests of the state and of the private person in a balanced way

- Take as starting point and respect the legal and economic reality

- Offer adequate certainty that special purpose funds cannot be used as a medium to evade taxation

- Guarantee a proper balance between justice and legal certainty

- Start from the idea of free capital transaction

- Give the private person enough space to organize his individual interests in such a way that his fiscal interests, too, are served best

- Not deviate from existing law systems in ways that should be an infringement on them

and

- Not be too complicated.

The alternative for a statutory regulation concerning a special purpose fund regarded a discretionary trust as proposed by me fulfills, in my opinion, the conditions. It would be a good thing if the legislator could be convinced of this, too, preferably in the short term.

Conclusion concerning the hypotheses

Finally, with regard to the hypotheses of this research, it has to be concluded that the hypothesis that a discretionary trust should be qualified as a legal entity in the form of a target capital, is correct.

The same holds good for the hypothesis that, on the other hand, a fixed trust is not such an entity.

The supposition connected with the hypotheses of this investigation, that the setting up and the existence of a fixed trust has no independent consequences for the qualification of the income to be enjoyed by the beneficiaries, has proved not entirely correct. Setting up such a trust does influence the qualification of the income.

Registers

Artikelenregister¹

Internal Revenue Code

Subtitle A: Income taxes

Chapter 1: Normal taxes and Surtaxes

Subchapter J: Estate trusts, Beneficiaries and Descendents

Sec. 671	III, 2.4.2.2.2
Sec. 674	III, 2.4.2.2.2
Sec. 675	III, 2.4.2.2.2
Sec. 676	III, 2.4.2.2.2
Sec. 677	III, 2.4.2.2.2
Sec. 678	III, 2.4.2.2.2

Restatement (Second) of trusts

§ 156 (1959)	I, 2.6.2.4
--------------	------------

Charities Act 2006

Part. 1.1	I, 2.6.4.2
-----------	------------

Aussensteuergesetz (AStG)

§ 15	V, 1.2.2.1
------	------------

Erbschaft- und Schenkungssteuergesetz

§ 7, Section 1, Nr. 8	V, 1.2.2.1
§ 7, Section 1, Nr. 9	V, 1.2.2.1
§ 15	V, 1.2.2.1

Code Civil

Art. 2279	V, 1.2.2.1
-----------	------------

Nederlandse Standaardverdrag zoals opgenomen in de notitie Algemeen Fiscaal Verdragsbeleid (TK 20 365, 1978/88, nrs. 1 en 2)

Art. 25 lid 1	IV, 1.4.3.1
---------------	-------------

Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, gesloten op 16 december 1966 te New York (IVBPR)

¹ De Romeinse cijfers verwijzen naar de delen 1 t/m 6, de Arabische cijfers verwijzen naar paragrafen.

Art. 26 IV, 1.4.3.1

Verdrag tot Bescherming van de rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, gesloten te Rome op 4 november 1950, zoals gewijzigd door de Protocollen 11 en 14 (EVRM)

Art. 1 lid 1, eerste Protocol IV, 1.2.2, 1.4.3.1

Art. 14 IV, 1.4.3.1, V, 1.3.2.5

EEX Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, gesloten op 27 september 1988 te Brussel

- Verordening betreffende de internationale bevoegdheid in verzoekschrift-procedures

Art. 3 I, 1.4

- Verordening betreffende de rechtsmacht van de Nederlandse rechter ten aanzien van nalatenschappen

Art. 6 sub f II, 1.4

- Verordening betreffende expliciete en impliciete forumkeuze

Art. 8 II, 1.4

Art. 9 II, 1.4

Verdrag betreffende de werking van de Europese gemeenschap gesloten op 1 januari 1958 (VWEU, v/h EEG-verdrag)

Art. 43 IV, 1.4.3.1

Art. 56 IV, 1.4.3.1

Art. 57 lid 1 V, 1.3.2.1

Art. 58 IV, 1.4.3.1

Art. 63 II, 2.1.3.6

Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op trusts en inzake de erkenning van trusts, gesloten op 1 juli 1985 te 's-Gravenhage (Haags trustverdrag)

Art. 2 II, 2.1, 2.2

Art. 3 II, 1.3

Art. 4 II, 1.3, 1.5, 1.6.3.2, 2.4

Art. 6 II, 1.4

Art. 7 II, 1.4

Art. 8 II, 1.5

Art. 11 II, 2.2

Art. 12 II, 2.2

Art. 13 II, 2.2, 2.4, 2.5

Artikelenregister

Art. 15 lid 1	II, 1.6.1, 2.2, 2.4
Art. 15 lid 2	II, 1.6.1, 2.7
Art. 16	II, 2.2, 2.4
Art. 18	II, 1.7, 2.4
Art. 19	II, 2.5; III 2.12
Art. 20	II, 1.3
Art. 21	II, 2.2

Wet van 4 oktober 1995, houdende wettelijke bepalingen in verband met de aanvaarding van het op 1 juli 1985 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op trusts en inzake de erkenning van trusts (Wet conflictenrecht trusts)

Art. 4	II, 1.6.1, 1.6.3.2, 2.2
--------	-------------------------

Wet van 4 september 1996, houdende regeling van het conflictenrecht inzake de erfopvolging alsmede de vereffening en de verdeling van de nalatenschap, mede in verband met de bekrachtiging van het op 1 augustus 1989 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op erfopvolging (Wet conflictenrecht erfopvolging)

Art. 1	II, 1.6.3.2
--------	-------------

Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op erfopvolging, gesloten op 1 augustus 1989 te 's-Gravenhage (HVE)

Art. 3 lid 1	II, 1.6.3.2
Art. 3 lid 2	II, 1.6.3.2
Art. 3 lid 3	II, 1.6.3.2, 1.6.3.3
Art. 5 lid 1	II, 1.6.3.3
Art. 6	II, 1.6.3.3

Wetboek van Strafrecht

Art. 51 lid 3	IV, 1.4.2
---------------	-----------

Burgerlijk Wetboek 1992

Boek 2	II, 2.2
Art. 1:409	II, 3.1
Art. 1:413	II, 2.2.2.2
Art. 1:414	II, 2.2.2.2
Art. 1:420	II, 3.1
Art. 1:431-449	II, 3.1
Art. 2:22	II, 3.1
Art. 2:285	V, 1.3.2.2
Art. 2:285 lid 3	II, 3.1

Registers

Art. 3:6	IV, 2.4.5.2.1
Art. 3.8	IV, 2.4.5.2.1
Art. 3:32 lid 2	II, 1.6.3.2
Art. 3:38 lid 1	II, 3.1
Art. 3:42	II, 1.6.3.2; IV 2.3.1
Art. 3;45-48	II, 1.6.3.3
Art. 3:74	II, 3.1
Art. 3:84 lid 3	II, 1.6.3.2
Art. 3:85 lid 1	IV, 2.2.2.1.1
Art. 3:85 lid 2	IV, 2.2.2.1.1
Art. 3:259 lid 2	II, 3.1
Art. 3:276	II, 1.6.1
Art. 4:3	IV, 1.2.2, 1.3.2.1
Art. 4:12	II, 2.1
Art. 4:42 lid 1	II, 1.6.3.2
Art. 4:54-61	IV 1.2, 1.3.2.1
Art. 4:63 lid 1	II, 1.6.3.3
Art. 4:63 lid 2	II, 1.6.3.3
Art. 4:64 lid 1	II, 1.6.3.3
Art. 4:67	II, 1.6.3.3
Art. 4:70	II, 1.6.3.3
Art. 4:79	II, 1.6.3.3
Art. 4:81 lid 1	II, 1.6.3.3
Art. 4:85 lid 2	II, 1.6.3.3; IV, 2.4.6
Art. 4:87	II, 1.6.3.3
Art. 4:135 lid 2	II, 2.2.2.4.4
Art. 4:135 lid 3	II, 2.2.2.4.4
Art. 4:153	II, 3.1
Art. 4:180 lid 1	II, 1.6.3.3
Art. 4:190	IV, 1.2.2
Art. 4:205	II, 1.6.3.3
Art. 6:253 lid 1	III, 2.2.2.4.3
Art. 6:253 lid 4	III, 2.2.2.4.3
Art. 6:254 lid 1	III, 2.2.2.4.3
Art. 7: 175 lid 1	II, 1.6.3.2, 2.1.1
Art. 7:182	II, 3.1
Art. 7:186 lid 1	II, 1.6.3.2
Art. 7:186 lid 2	II, 1.6.3.2; III, 2.1.1
Art. 7:420	II, 3.1
Art. 7:423 lid 2	II, 3.1

Wet van 30 september 1893, op het faillissement en de surséance van betaling (Faillissementswet)

Art. 42-51	II, 1.6.3.3
Art. 47	II, 1.6.3.3

Wet van 4 juni 1992 houdende algemene regels van bestuursrecht (Algemene wet bestuursrecht)

Art. 8:77 III, 3.2.2.1

Wet van 22 juni 1950, houdende vaststelling van regelen voor de opsporing, de vervolging en de berechting van economische delicten

Art. 15 lid 1 IV, 2.1.3.1

Wet Toezicht Beleggingsinstellingen (Wtb)²

Art. 1 IV, 1.4.4.1.3

Bilateraal Modelverdrag voor Belastingen naar Inkomen en Vermogen (OESO-modelverdrag)

Art. 4 lid 2 IV, 1.4.2

Art. 4 lid 3 IV, 1.4.2, 1.4.3.1

Art. 10 lid 2 IV, 1.4.2

Art. 13 lid 4 IV, 1.4.2

Art. 16 IV, 1.4.2

Wet inkomstenbelasting 1914

Art. 4.2 IV, 2.4.2

Wet op de inkomstenbelasting 1969

Art. 6 IV, 2.4.5.2.1

Art. 22 lid 2 IV, 2.4.5.2.1

Art. 33 lid 1 IV, 2.4.2

Art. 39 lid 3 IV, 2.4.5.2.1

Wet van 11 mei 2000 tot vaststelling van de Wet inkomstenbelasting 2001 (Belastingherziening 2001)

Art. 2.3 IV, 2.4.1, 2.4.5.2.1

Art. 2.10 IV, 2.4.5.2.1; V, 2.2.1

Art. 2.13 IV, 2.4.5.2.1

Art. 2.14 III, 3.2.1; IV, 1.2.1, 2.4.5.2.1

Art. 2.14a III, 2.2.2.1, 2.4.2.2.2, 2.4.3.3, 2.4.3.4, 3.1, 3.2.1, 4.3.2, 1.3.1, 1.3.2.2; VI, 1.3.2.1.2, 2

Art. 2.14a lid 1 III, 2.4.2.1, 2.4.2.2.3, 3.4.1, 3.4.2; IV, 1.2.2, 1.2.2, 1.3.1, 1.3.2.2, 1.4.4.1.2, 1.4.4.1.3, 2.1, 2.2.1, 2.4.4, 3.2.1.3, 3.3.1.1, 3.3.1.3.1; VI, 1.4.2

² Vervallen per 1 januari 2007 en vervangen door de Wet van 28 september 2006, houdende regels m.b.t. de financiële markten en het toezicht daarop (Wft).

Art. 2.14a lid 2	III, 2.4.2.1, 2.4.2, 3.4.1, 3.4.2, 3.5, 4.3.1, 3.3.1.3.1, V, 2.1.1; VI, 1.4.2
Art. 2.14a lid 3	III, 2.4.2.1, 2.4.3.5, 2.3; IV, 1.2.1
Art. 2.14a lid 4	III, 2.4.2.1
Art. 2.14a lid 6	III, 2.4.2.1; IV, 1.2.2, 1.3.2, 1.3.2.1, 1.3.2.2, 3.2.1.3; VI, 1111.4.2
Art. 2.14a lid 7	III, 2.4.2.1, 2.3; IV, 1.2.1, 1.3.2, 1.3.2.2, 1.4.1, 1.4.4.3, 1.4.4.1.2, 1.4.4.1, 3.2.1.3, 1.4.2; VI, 1.3.2.1.1; VI, 1.4.2
Art. 3.2	IV, 2.4.1, 2.4.5.2.1; VI, 1.4.2
Art. 3.3	IV, 2.4.5.2.1
Art. 3.3 lid 1 sub a	IV, 2.4.1, 2.4.5.2.1; VI, 1.2
Art. 3.3 lid 1 sub b	IV, 2.4.1
Art. 3.3 lid 2	IV, 2.4.5.2.1
Art. 3.4	IV, 2.4.5.2.1, 3.3.1.3.5; V, 2.2.1; VI, 1.4.2
Art. 3.11	IV, 2.4.5.2.1
Art. 3.12	IV, 3.4.5.2.1
Art. 3.13 t/m 3.21	IV, 2.4.2
Art. 3.25	IV, 2.4.2
Art. 3.25 t/m 3.30a lid 1 t/m 11	IV, 2.4.2
Art. 3.54	IV, 2.4.5.2.1
Art. 3.55 t/m 3.58	IV, 2.4.2
Art. 3.56	IV, 2.4.4.2.3
Art. 3.57	IV, 2.4.4.2.3
Art. 3.59	IV, 2.4.4.2.3
Art. 3.59 lid 1 en 2	IV, 2.4.2
Art. 3.60 t/m 3.62	IV, 2.4.2
Art. 3.62	IV, 2.4.4.2.2, 2.4.4.2.3
Art. 3.63	IV, 2.4.4.2.2
Art. 3.64	IV, 2.4.4.2.2, 2.4.5.2.1
Art. 3.67	IV, 2.4.5.2.1
Art. 3.74	IV, 2.4.5.2.1
Art. 3.82 sub a	IV, 2.4.1
Art. 3.90	IV, 2.4.5.2.1
Art. 3.91	IV, 2.4.5.2.1, 3.3.1.3.5
Art. 3.92	IV, 2.4.5.2.1, 3.3.1.3.5
Art. 3.93 lid 2	IV, 2.4.5.2.1
Art. 3.94	IV, 2.4.5.2.1
Art. 3.95	IV, 2.4.2, 2.4.4.2.3, 2.4.5.2.1
Art. 3.100	IV, 2.4.5.2.1
Art. 3.101 lid 1 sub c	III, 3.2.2.1; IV 1.4.4.1.3, 2.4.5.2.1
Art. 3.101 lid 1 sub d	IV, 2.4.5.2.1
Art. 3.144	IV, 2.4.1
Art. 3.146	IV, 2.4.1, 2.4.2
Art. 4.3	IV 1.4.4.1.2, 2.4.5.2.1
Art. 4.4	IV, 2.4.5.2.1
Art. 4.5a	IV, 2.4.5.2.1
Art. 4.6	IV, 2.4.5.2.1
Art. 4.6 sub b	IV, 2.4.5.2.1

Art. 4.6 sub c	IV, 2.4.5.2.1
Art. 4.8	IV, 2.4.4.2.4
Art. 4.13	IV, 2.4.2
Art. 4.16	III, 2.4.3.5
Art. 4.17c	IV, 2.4.4.2.4, 3.3.1.3.4; VI, 1.4.2
Art. 4.22	IV, 2.4.4.2.4
Art. 4.43	IV, 2.4.5.2.1
Art. 4.43 lid 1	IV, 2.4.1
Art. 4.43 lid 2	IV, 2.4.1
Art. 4.46	IV, 2.4.2, 2.4.5.2.1
Art. 4.46 lid 1 t/m 5	IV, 2.4.1
Art. 4.46 lid 8	IV, 2.4.1
Art. 5.1	IV, 2.4.5.2.1
Art. 5.2	III, 2.1.3.7; IV, 2.4.5.2.1
Art. 5.3	IV, 1.3.1, 2.2.2.1.1, 2.4.5.2.1
Art. 5.3 lid 2 sub f	IV, 1.3.1, 2.4.5.2.1, 2.4.6, 3.3.1.3.5
Art. 5.7	IV, 2.4.5.2.1
Art. 6.33 lid 1	III, 2.1.4.2, V, 1.4.2
Art. 6.33 lid 1 sub b	V, 1.4.4
Art. 7.1	III, 2.1.3.7, 2.4.2.2.3; IV, 2.4.1
Art. 7 lid 1 sub a	IV, 2.4.5.2.1
Art. 7 lid 1 sub b	IV, 2.4.5.2.1
Art. 7.7 lid 1	IV, 2.4.1
Art. 7.7 lid 4	IV, 2.4.1

Uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting 2001

Art. 17	IV, 2.4.5.2.1
---------	---------------

Besluit van 17 mei 1965, houdende uitvoering van de Wet op de loonbelasting 1964 (Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965)

Art. 8 lid 2 sub b	III, 2.4.2.2.3
Art. 9a lid 1	III, 2.4.2.2.3
Art. 10	IV, 2.4.5.2.1

Wet van 28 juni 1956, inzake de heffing van de rechten van successie en van schenking (Successiewet 1956)

Art. 1 lid 1	III, 2.1.1, 2.2.2.5
Art. 1 lid 1 sub 1°	III, 2.2.2.2; IV, 2.3.2
Art. 1 lid 1 sub 3°	III, 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3.4
Art. 1 lid 3	IV, 2.1, 2.4.6, 3.3.1.1
Art. 1 lid 7	IV, 2.2.1
Art. 1 lid 9	IV, 2.2.2.2.1
Art. 3	V, 1.3.3.5
Art. 3 lid 1	V, 1.4.4
Art. 3 lid 2	V, 1.4.4
Art. 5 lid 1	III, 2.2.2.3

Registers

Art. 5 lid 7	III, 2.1.3.4
Art. 8	III, 2.2.1, 2.2.2.4.1, 2.2.2.4.2
Art. 10	III, 2.2.2.4.1
Art. 11 lid 1	III, 2.2.2.4.1
Art. 11 lid 2	III, 2.2.2.4.1; IV, 1.2.2
Art. 12	IV, 2.2.2.2.1
Art. 13	III, 2.2.1, 2.2.2.4.3; IV, 2.3.2
Art. 16	III, 2.2.1, 2.2.2.1, 2.2.2.4.1, 2.2.2.4.2; IV, 1.2.2, 1.2.2, 1.4.2; V, 3.1; VI 1.5.1
Art. 16 lid 1	IV, 3.2.1.2; VI 1.4.2
Art. 16 lid 1, 2e volzin	IV, 1.2.1.1, 1.2.2, 1.3.2.2
Art. 16 lid 2	IV, 3.2.1.2; VI, 1.4.2
Art. 17	IV, 1.2.1.1, 1.2.2, 1.4.4.1.2, V, 1.4.4, 3.1; VI, 1.5.1
Art. 17 lid 1	III, 2.1.2, 2.1.3.3, 2.2.2.4.1; IV, 1.3.2.2, 1.4.2
Art. 17 lid 3 sub b	IV, 1.4.3.3
Art. 17a	III, 2.3, IV, 1.2.1, 1.4.3.3, 2.1, 2.2.1, 3.2.1.1, V, 1.4.4
Art. 18 lid 1	IV, 2.3.2
Art. 21	IV, 2.3.2, 3.3.1.2
Art. 21 lid 1	IV, 2.3.2
Art. 21 lid 1 sub f (oud)	IV, 2.3.2
Art. 24 lid 1	III, 2.1.3.5
Art. 24 lid 4	V, 1.3.3.2
Art. 26a	IV, 1.2.1.2
Art. 29 lid 1	III, 2.1.3.1
Art. 32	V, 1.3.3.2
Art. 32 lid 1 3°	III, 2.1.4.2; V, 1.3.3.2
Art. 32 lid 1 11°	V, 1.3.3.2
Art. 32 lid 1 13°	V, 1.3.3.2
Art. 33 lid 1 4°	III, 2.1.4.2, V, 1.3.3.2
Art. 33 lid 1 10°	V, 1.3.3.2
Art. 36	III, 2.1.3.4
Art. 46 lid 2	IV, 2.2.2.2.1
Art. 53	III, 2.2.2.3; IV 2.2.2.2.2, 3.3.1.1
Art. 53 lid 1	V, 1.4.2
Art. 67 lid 1 3°	V, 1.3.3.2
Art. 67 lid 1 4°	V, 1.3.3.2
Art. 67 lid 2 letter a	V, 1.3.3.2
Art. 67 lid 2 letter b	V, 1.3.3.2
Art. 67 lid 2 letter c	V, 1.3.3.2
Art. 67 lid 2 letter d	V, 1.3.3.2

Wet van 24 december 1970, houdende vervanging van de wetgeving betreffende de registratie- en de zegelbelasting door een nieuwe wettelijke regeling (Wet op belastingen van rechtsverkeer)

Art. 32. lid 2	III, 2.1.3.1
----------------	--------------

Wet op de vermogensbelasting 1964

Art. 6	III, 3.2.2.1
Art. 9	III, 3.2.2.1

Wet van 8 oktober 1969, houdende vervanging van het Besluit op de vennootschapsbelasting 1942 door een nieuwe wettelijke regeling (Wet op de vennootschapsbelasting 1969)

Art. 2	III, 2.4.2.2.5; IV, 1.4.3.1, 3.2.1.3; VI, 1.5.1, 2
Art. 2 lid 1	III, 2.1.3.7; IV 1.4.4.1.3; V, 1.4.4
Art. 2 lid 1 sub a	IV, 1.4.4.1.3, V, 1.4.4
Art. 2 lid 1 sub c	V, 1.4.4
Art. 2 lid 1 sub e	III, 2.1.3.7, 2.4.2.3; IV, 1.3.2.2, 1.4.3.1, 1.4.4.1.3, 3.2.1.3; V, 1.4.4; VI, 1.4.2
Art. 2 lid 1 sub f	IV, 1.4.4.1.3, V, 1.4.4
Art. 2 lid 1 sub g	V, 1.4.4
Art. 3	III, 2.4.2.2.5; IV, 1.4.2., 1.4.3.1, 1.4.4.1.2, 3.2.13, 3.2.1.4; VI, 1.4.2, 2
Art. 3 c	III, 2.1.3.7; IV 1.4.2
Art. 4	V, 1.4.4
Art. 10 lid 1 sub d	III, 2.1.3.7; IV, 2.4.5.2.1
Art. 10 lid 3 sub b	III, 2.4.2.2.4; IV, 1.3.2.2
Art. 10a	III, 2.4.3.5
Art. 10a lid 3 sub b	IV, 1.4.3.3
Art. 12 b	III, 2.4.2.1, 2.4.2.2.4
Art. 12 c	III, 2.4.2.1, 2.4.2.2.4
Art. 13	IV, 1.4.3.3; V, 1.4.2; VI, 1.4.2
Art. 13a lid 1 sub b	III, 2.4.2.2.4; IV 1.3.2.2
Art. 17 lid 3	III, 2.1.3.7; IV, 1.3.2.2, 1.4.1. 1.4.2, 1.4.3.1, 3.2.1.4
Art. 17 lid 3 sub b	IV, 1.4.3.2, 1.4.3.3
Art. 17 lid 5	IV, 1.4.4.3
Art. 17a	IV, 3.2.1.4
Art. 17a lid 1	III, 2.1.3.7; IV 1.4.2, 1.4.2, 1.4.3.1, 1.4.3.2
Art. 18 lid 2	IV, 1.4.2, 1.4.3.3

Wet van 23 december 1965, houdende vervanging van het Besluit op de Dividendbelasting 1941 door een nieuwe wettelijke regeling (Wet op de dividendbelasting 1965)

Art.1 lid 1	III, 2.1.3.7
-------------	--------------

Wet van 30 mei 1990, inzake invordering van rijksbelastingen, andere dan invoerrechten en accijnzen (Invorderingswet 1990)

Art. 23a	III, 2.4.5
----------	------------

Wet van 2 juli 1959, houdende regelingen, welke aan een aantal rijksbelastingen gemeen zijn (Algemene wet inzake rijksbelastingen 1959)

Art. 1 lid 1	III, 2.2.2.5
Art. 2 lid 1	III, 2.1.3.2, 2.4.2.1, 3.2.1
Art. 2 lid 1 sub b	III, 2.13.1, 3.2.1
Art. 2 lid 3 sub c	III, 3.2.3.2.2
Art. 5	III, 2.2.2.5
Art. 17a	III, 3.2.1
Art. 31	III, 2.3
Art. 32 lid 1 8°	III, 2.4.3.4
Art. 53	III, 2.2.2.5
Art. 53 lid 1	III, 2.3
Art. 53 lid 2	III, 2.3

Leidraad Algemene wet inzake rijksbelastingen 1959 (ingetrokken)

Art. 2 lid 1 sub b	IV, 1.4.2
--------------------	-----------

Jurisprudentieregister³

1. Engelse jurisprudentie

<i>Robinson v Pett</i> (1734)	379
<i>Thelluson v Woodford</i> (1798)	Deel 1 § 2.6.1.1.2 sub b3
<i>Knight v Knight</i> (1840) per Lord Langdale	243
<i>Saunders v Vautier</i> (1841)	1050, 1164
<i>Robson v Flight</i> (1865) per Lord Westbury	342
<i>Re Tempest</i> (1866) per Turner	334
<i>Barret v Hardley</i> (1866)	381
<i>Ex parte Lloyd</i> (1882) per Lord Jessel	350
<i>Re Barker</i> (1886)	379
<i>Re Thorpe</i> (1891)	379
<i>Baker v Archer Shee</i> (1927)	482
<i>Re Gates</i> (1933)	382
<i>IRC v Duke of Westminster</i> (1936) per Lord Tomlin	458
<i>IRC v Broadway Cottages Trust</i> (1955)	1184
<i>Re Eden</i> (1957)	1186
<i>Re Cole</i> (1958)	444
<i>Re Saxone Shoe Co Ltd's Trust Deed</i> (1962)	1186
<i>Re Weston's Settlements</i> (1969) per Lord Denning	458
<i>Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington</i> (1996) per Lord Brown-Wilkinson	140

2. Jurisprudentie Hof van Justitie EU

28 januari 1986, zaak 270/83, FED 1990, 3	1147
Sanz de Lera, 14 december 1995, C-163/94, C-165/94 en C-250/94, Jurispr. 1995, I 4821	1385
16 juli 1998, zaak 264/96 (ICI), BNB 1998/420	1154
11 december 2003, C-364/01, BNB 2004/178	833, 1385
12 september 2006, zaak C-196/04 (<i>Cadbury Schweppes</i>), BNB 2007/54	1154

³ Cijfers verwijzen naar de voetnoten respectievelijk paragrafen in de hoofdtekst

3. Jurisprudentie *Bundesverfassungshof*

<i>BFH-Urteil</i> , 5 november 1992, BStBl. II, 1993	1345
<i>BFH-Urteil</i> , 28 juni 2007, BStBl II, R 21/05	1352

4. Jurisprudentie *Corte di Cassazione*

<i>Corte di Cassazione</i> , 26 januari 2000, no. 3979, 14 november 2005, no. 22 932	1362
---	------

5. Nederlandse jurisprudentie

Hoge Raad

21 december 1938, B nr. 6828, PW 14 239	1215
5 november 1941, B nr. 7385, PW 14 629	1016, 1208
24 januari 1974, NJ 1947, 71	1072
17 november 1948, B nr. 8552	1252, 1266
10 juni 1953, nr. 11 284, BNB 1953/204, PW 15 966	541, 1016, 1200, 1206, 1215, 1234
16 december 1954, nr. 11 540, BNB 1954/30	1234
17 maart 1954, nr. 11 703, BNB 1954/141	1285
24 november 1954, nr. 11 895, BNB 1955/7	541, 1016, 1207, 1234, Deel 3 § 3.2.2.1.3
10 april 1957, nr. 13 135, BNB 1957/177	1284
2 oktober 1957, nr. 13 287, BNB 1957/291	1283
6 november 1957, nr. 13 348, BNB 1957/320	1252
28 mei 1958, nr. 13 521, BNB 1958/218	1268
10 februari 1960, nr. 14 178, BNB 1960/123	1288
11 mei 1960, nr. 14 255, BNB 1960/171	1252, 1266
22 maart 1961, nr. 14 514, BNB/ 1961/141	1172
1 november 1961, nr. 14 599, BNB 1962/87	1202, 1211, 1234
7 februari 1962, nr. 14 706, BNB 1962/105	1278
13 juni 1962, nr. 14 801, BNB 1963/36	1278
30 januari 1963, nr. 14 825, BNB 1963/97	860
2 maart 1966, nr. 15 479, BNB 1966/106	773, 857
23 maart 1966, nr. 15 555, BNB 1966/149	1195
21 december 1966, nr. 15 635, BNB 1967/69	1293
17 november 1971, nr. 16 614, BNB 1972/13	1021, 1234, Deel 3 § 3.2.1
10 september 1975, nr. 17 634, BNB 1976/38	1283
25 februari 1976, nr. 17 869, BNB 1976/131	1293
14 september 1977, nr. 18 167, BNB 1978/15	900
21 juni 1978, nr. 18 682, BNB 1978/227	1284
11 oktober 1978, nr. 18 759, BNB 1978/300	1144
25 februari 1981, nr. 20 371, BNB 1981/93	1282
22 juli 1981, nr. 20 657, BNB 1982/42	883
23 juni 1982, nr. 21 188, BNB1983/32	1282

<i>3 november 1982, nr. 21 310, BNB 1982/329</i>	1249,
<i>22 juni 1983, nr. 21 661, BNB 1983/239</i>	1282
<i>12 oktober 1983, nr. 22 009, BNB 1984/87</i>	1052
<i>3 november 1983, nr. 21 492, BNB 1983/39</i>	1283
<i>2 november 1983, nr. 22 063, BNB 1983/330</i>	1249
<i>30 oktober 1985, nr. 22 175, BNB 1986/16</i>	882, 1019, 1071, 1237, Deel 3 § 3.2.3.2.2
<i>8 januari 1986, nr. 23 469, BNB 1986/87</i>	883
<i>28 mei 1986, nr. 23 082, BNB 1986/246</i>	1173, 1283, Deel 4, § 1.4.4.1.3
<i>28 mei 1986, nr. 23 266, BNB 1986/247</i>	1283
<i>18 juni 1986, nr. 23 632, BNB 1986/242</i>	1249
<i>27 augustus 1986, nr. 23 490, BNB 1987/2</i>	821
<i>27 april 1988, nr. 24 648, BNB 1988/253</i>	1263
<i>14 april 1989, NJ 1989, 469</i>	1003
<i>18 september 1991, nr. 27 387, BNB 1992/177</i>	1030, 1056, 1214, Deel 3 § 3.2.3.2.2,
<i>18 september 1991, nr. 27 414, BNB 1992/286</i>	1056
<i>30 oktober 1991, nr. 27 215, BNB 1992/5</i>	1284
<i>11 december 1991, nr. 27 796, BNB 1992/99</i>	1227
<i>15 januari 1992, nr. 27 836, BNB 1992/120</i>	1193
<i>9 december 1992, nr. 27 408, BNB 1993/94</i>	1256
<i>15 juni 1994, nr. 36 902, BNB 1994/261</i>	Deel 3 § 2.1.1
<i>13 juli 1994, nr. 29 936, BNB 1994/280</i>	1391
<i>19 mei 1995, NJ 1996/119, AA 1995/11</i>	726
<i>10 januari 1996, nr. 30 659, BNB 1996/94</i>	883
<i>8 januari 1997, nr. 31 591, FED 1997/106</i>	1392
<i>10 januari 1996, BNB 1996/94</i>	883
<i>12 februari 1997, nr. 30 752, BNB 1997/173</i>	1250
<i>22 april 1998, nr. 33 329, BNB 1998/231</i>	1263
<i>26 augustus 1998, nr. 33 417, BNB 1998/409</i>	1167
<i>18 november 1998, nr.31 756, BNB 1999/35c</i>	780, 800, 801, 802, 804, 807, 808, 817, 822, 824, 861, 875, 1016, 1035 XXXII, Deel 3.1, Deel 3 § 2.1.2, Deel 3 § 1.2.1.1, Deel 3 § 2.1.2.1.6, Deel 3 § 2.1.2.1.9, Deel 3 § 2.1.3.6, Deel 3 § 2.1.4.1,
<i>18 november 1998, nr. 31 758, BNB 1999/36c</i>	780, XXXII, Deel 3 § 2.1.2, Deel 3 § 2.1.2.1, Deel 3 § 2.1.2.1.9,

<i>18 november 1998, nr. 31 759, BNB 1999/37c</i>	Deel 3 § 2.1.3.6, Deel 3 § 2.1.4.1 780, 859, 1377 Deel 3 § 2.1.3.6, XXXII, Deel 3 § 2.1.2, 1251 1168
<i>16 december 1998, nr. 34 172, BNB 1999/147</i>	§ 2.4.5.2.1 sub 4 531
<i>23 december 1998, nr. 34 191, BNB 1999/79</i>	1144
<i>30 juni 1999, nr. 34 579, BNB 1999/301</i>	1105
<i>15 december 1999, nr. 33 830, BNB 2000/126</i>	1168
<i>15 november 2000, nr. 35 195, BNB 2001/189</i>	Deel 2 § 3.1 sub 4 1278
<i>8 februari 2002, 35 721, BNB 2002/137</i>	1022, 1032, 1036, 1055, 1056, Deel 3 § 3.2.2.1.4, Deel 4 § 3.3.2
<i>26 april 2002, nr. 36 955, BNB 2002/214</i>	1022, 1032, 1036, 1056, Deel 3 § 3.2.2.1.4, 884, 1022, 1024, 1036, 1037, 1038, 1042, 1055, 1056,
<i>13 juni 2003, C01/227 HR, NJ 2004, 196</i>	Deel 3 § 3.2.3.1.1, 1174, 1189, 1285
<i>7 oktober 2005, nr. 39 687, BNB 2006/5</i>	Deel 3 § 3.2.3.2.2, Deel 4 § 2.4.5.2.1 sub 3, Deel 4 § 3.3.2
<i>14 juli 2006, nr. 39 201, BNB 2007/18*</i>	848 848
<i>14 juli 2006, nr. 39 262, BNB 2007/19*</i>	Deel 3, § 3.2.3.2.2 1106 1106
<i>26 oktober 2007, nr. 42 537, BNB 2008/122c</i>	
<i>6 juni 2008, nr. 43 209, NTFR 2008/1233</i>	
<i>11 juli 2008, nr. 43 257, NTFR 2008/1389</i>	
<i>27 februari 2009, nr. 43 388, BNB 2009/120</i>	
<i>10 juli 2009, nr. 08/01578, BNB 2009/246</i>	
<i>22 oktober 2010, nr. 08/02324, BNB 2010/335</i>	
Gerechtshoven	
<i>Amsterdam, 25 juni 1924, PW 12 003</i>	1016, 1212
<i>Amsterdam, 26 juni 1925, PW 12 028</i>	860
<i>RvB Amsterdam, 4 januari 1957, V-N 1958</i>	1016, 1020
<i>Amsterdam, 2 december 1958, nr. 719/1958, BNB 1959/332</i>	1213
<i>Amsterdam, 12 februari 1962, PW 17 385, BNB 1966/10</i>	1206
<i>'s-Gravenhage, 5 oktober 1962, nr. 70/1962, BNB 1963/118</i>	Deel 3 § 3.2.1,

's-Gravenhage, 5 oktober 1962, nr. 73/1962, BNB 1963/119	775, 1215, 1234, Deel 3 § 2.2.2.3,
Arnhem, 20 december 1963, nr. 105/63, BNB 1964/117	775, 1215, 1234
's-Hertogenbosch, 24 april 1964, nr. 196/1963, BNB 1964/265	1234, 1246, Deel 3 § 3.2.1
Arnhem, 17 juni 1965, nr. 113/65, BNB 1966/10	1234
Amsterdam 7 oktober 1965, nr. 296/1964, BNB 1966/144	1234
Arnhem, 17 juli 1969, nr. 503/1968, BNB 1970/172	1266
's-Hertogenbosch 26 januari 1973, nr. 410/1972, BNB 1973/228	1285
Arnhem, 21 maart 1973, nr. 314/1972, BNB 1974/85	1266
's-Gravenhage, 8 maart 1990, nr. 4655/88-M-2, V-N 1990/2164	1030
's-Hertogenbosch 7 maart 1990, nr. 3328/1987, V-N 1990/2599	1030
's-Gravenhage, 9 juni 1992, PW 20 151	1193
's-Gravenhage, 30 november 1995, nr. 93 4515, BNB1999/35c	783, 785, Deel 3 § 2.1.4.1
's-Gravenhage, 30 november 1995, nr. 95 4513, BNB 1999/36c	Deel 3 § 2.1.4.1
's-Gravenhage, 12 december 2002, nr. 00/420. FED, 2003/172	1020, 1056, Deel 4 § 2.4.5.2.1 sub 3
's-Gravenhage, 12 december 2002, nr. 00/1738, FED 2003/308	1020, Deel 4 § 2.4.5.2.1. sub 3
Arnhem, 8 juli 2005, nr. 03/2416, VN 2005/49.1.1	1020, 1023, 1056, Deel 3 § 3.2.3.2.2, Deel 4 § 2.4.5.2.1. sub 3, Deel 4 § 3.3.2
Haarlem, 18 december 2006, nr. AWB 05/4091, VN 207/36.13	1056, Deel 3 § 3.2.3.2.2
's Gravenhage, 3 november 2010, nrs.10/00138 en 10/00139, NTFR 2011/11	779
Rechtbanken	
Haarlem, 19 januari 2009, nr. AWB 08/02773 en 08/02774, FED, 8/37	775
's Gravenhage, 16 december 2009, nr. 09/021777, NTFR 2010/658	1073
Haarlem, 17 december 2009, nr. 08/02773 en 08/02774, NTFR 2009/577	1073
Haarlem, 17 december 2009, nr. 09/01750 en 09/01753, NTFR 2010/659	1073

Literatuurregister¹⁾

- Aertsen, D.W.
2004 “De trust, beschouwingen over de invoering van de trust in het Nederlandse recht”, Kluwer, Deventer, 2004
- Arendonk, H.P.A.M./
e.a.
2005 “Wegwijs in de inkomstenbelasting”, 6^e gewijzigde druk, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort, 2005
- Ashwell, B./Holmes, K.
2007 “Conflicts in the attribution of income to a person”, Landenrapport Nieuw Zeeland, International Fiscal Association, 2007 Kyoto Congress, Cahiers de droit fiscal international, Volume 92b, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort, 2007
- Asser, C.
2002 “Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, erfrecht en schenking”, bewerkt door Mr. S. Perrick, 13^e druk, Kluwer, Deventer, 2002
- Atherton, R.F.
2001 “The International Academy of Estate and Trust Law”, Selected Papers 1997-1999, Kluwer Law International, London/The Hague/Boston, 2001
- Auerbach, X.G.R.
2008 “Familievermogen en het recht van successie”, WFR, nr. 6782, 2 oktober 2008, 137^e jaargang, Kluwer, Deventer
- Auerbach, X.G.R.
2009a “Doelvermogens verdienen evenwichtige wetgeving”, WFR, nr. 6797, 29 januari 2009, 138^e jaargang, Kluwer, Deventer
- Auerbach, X.G.R.
2009b “Afgezonderd Particulier Vermogen, naar een dual stelsel”, WPNR, nr. 6802, 6 juni 2009
- Auerbach, X.G.R.
2010 “Afgezonderd Particulier Vermogen: constructiefouten”, WFR, nr. 6874, 23 september 2010, 139^e jaargang, Kluwer, Deventer
- Ault, H. T.
1988 “International Tax Treatment of Common Law Trusts”, Volume 11b, International Fiscal Association, Kluwer Law And Taxation Publishers, Deventer- Antwerp, 1988
- Aumann, F.R.
1969 “The changing American Legal system”, Da Capo Press, New York, 1969
- Avezaat, R.M.
2002 “De kwaliteitsrekening”, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 2002

¹⁾ “A man will turn over half a library to make one book”. S. Johnson by Boswell, *Life of Johnson* 2, 322 (ed. 1824).

- Badenhorst, M/
Kruger, M.
2007 “Conflicts in the attribution of Income to a Person”, Landenrapport Zuid Afrika, *Cahiers de droit fiscal International*, Volume 92b, International Fiscal Association, 2007, Kyoto Congress, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort
- Baker, J.H.
1990 “An Introduction to English Legal History“, Butterworths, 3e druk 1990
- Baker, Sir John.
2003 “The Oxford history of the Laws of England”, Oxford University Press, 2003
- Bavila, A.
2007 “Conflicts in the attribution of Income to a Person”, Landenrapport Italië, *Cahiers de droit fiscal International*, Volume 92b, International Fiscal Association, 2007, Kyoto Congress, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort
- Bergamin, R.J.B.
2000 “De persoon in het recht”, Ars Aequi Libri, 2000, Nijmegen
- Berger, I.
2008 “Hoofdlijnen van het Duitse belastingrecht”, bijdrage in “Zaken doen met Duitsland”, onder redactie van G.A.M.J. Mulder, Kluwer/Deventer, 2008
- Bergervoet, M.
2012 “De Curaçaose Trust in de praktijk”, *WPNR*, 2012/6926
- Bernard, Th.
2007 “The Fiducie: the Concept of the “Trust” is Finally Incorporated in French Law”, 23 juli 2007, *International Legal News*
- Bijl, D.B./Geld van der,
J.A.G.
2009 “Overkill in fiscale wet- en regelgeving”, *Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap* no’s. 237 en 238, Kluwer, Deventer, 2009
- Blackstone, W.
1766 “Commentaries on the Laws of England“, (in four books), II, Clarendon Press, Oxford, 1766
- Blécourt, de A.S./
Fischer, H.F.W.D.
1967 “Kort begrip van het Oud-Vaderlands burgerlijk recht”, 1967, J.B. Wolters, Groningen
- Blieck de, L.A/
Amersfoort van, P.J./
Blieck de, J./
Ouderaa van der, E.A.G/
Koopman, R.J.
2004 “Algemene wet inzake rijksbelastingen”, 2004, Kluwer Deventer

- Bogert, G.T
1987 “Trusts”. 6th edition, Hornbook Series, Student Edition, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1987, 1st reprint
- Boer, J.P.
2010 Themanummer Trust, “*Inpassing van de Anglo-Amerikaanse trust: een onderzoek naar fiscale (non)transparantie*”, Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht, maart 2010, nr. 107, Kluwer-Deventer
- Boer, J.P.
2011 “*De Anglo-Amerikaanse trust in de inkomsten- en vennootschapsbelasting*”, Fiscaal Wetenschappelijke Reeks, Deel 17, Sdu-Uitgevers, Den Haag, 2011
- Boer, J.P./Freudenthal,
2003 “*De behandeling van periodieke uitkeringen uit een trust in de inkomstenbelasting. Beschouwing van Hof ’s Gravenhage 12 december 2002*”, WFR, nr. 1325, 12 december 2003, 132^e jaargang, Kluwer, Deventer
- Boer, J.P./Vries de, R.J.
2005 “*Anglo-Amerikaanse trusts en subjectieve vennootschapsbelastingplicht*”, WFR, no. 6631, 7 juli 2005, 134^e jaargang, Kluwer, Deventer
- Boer, J.P./Freudenthal
R.M.
2009 “*De identiteitscrisis van de Anglo-Amerikaanse trust: afgezonderd of niet?*”, WPNR, nr. 6802, 6 juni 2009
- Boer, J.P./Lubbers, A.O./
Schuiver-Bravenboer, M.
2009 “*Het overgangsrecht bij de invoering van de schenk- en erfbelasting beoordeeld*”, WFR, nr. 6815, 5 juni 2009, 138^e jaargang, Kluwer-Deventer
- Boer de, J.
2012 “*De trust naar Curaçaos recht*”, WPNR, 2012/6926
- Boeschoten van, C.D.
1994 “*Het Haagse Trustverdrag in Nederlands perspectief*”, Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht, 1994, Koninklijke Vermande BV, Lelystad
- Booy, P.M.
1935 “*Trustee’s bij geldleeningen*”, (diss. Leiden), Jacop van Kampen, Amsterdam, 1935
- Bouwman, J.N./
de Jong, M.G.
2005 “*Wegwijs in de vennootschapsbelasting*”, 9^e druk, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort, 2005
- Bruce, Ch. B.
2000 “*United Taxation of Foreign Trusts*”, Kluwer Law International, The Hague – London – Boston, 2000

- Bruins Slot, W.
2007a “Leasing in de vennootschapsbelasting, een nieuwe kijk op economisch eigendom”, Uitgeverij Zacheüs, Baambrugge, 2007
- Bruins Slot, W.
2007b “Een nieuwe kijk op economisch eigendom in de vennootschapsbelasting?”, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, no. 231, Kluwer, Deventer, 2007
- Buijn, F.K.
2000 “Privaatrechtelijke rechtspersonen: rechtspersoonlijkheid en rechtsvorm” in “De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht”, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 130^e jaargang/2000-I, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 2000
- Burn, E.H./Virgo, G.J.
2004 “Maudsley and Burn’s Trusts and Trustees: Cases and materials”, Oxford University Press, 6th edition, New York, 2004
- Bunders, E.
2006 “Nederland en “belastingparadijzen”, MBB, 75^e jaargang, 5, mei 2006, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort
- Chick, A.F.
1968 “An outline of the law of trusts”, Heinemann, London, 1968
- Citron, R.
2000 “The UK Tax Treatment of Offshore Trusts” in Kaplan’s “Trusts in Prime Jurisdictions”, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000.
- Cornelisse, R.P.C.
2009 “Trust me !”, WFR, nr. 6834, 5 november 2009, 138 jaargang, Kluwer, Deventer
- Dyer, A./Loon van, J.H.A.
1983 “Anglo-Amerikaanse trusts en het Nederlandse recht. The trust as a paradigm for the management of property separate and apart from its beneficial ownership. Aanrakingspunten met het Nederlandse recht”. Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht. No. 87 juni 1983
- Digby, K.F.
1875 “History of the Law of Real Property”, Oxford at the Clarendon Press Classics in Legal History, volume 12, 1875
- Dijck van, J.E.A.M.
1970 “Uitkeringen in de Wét IB 1964 (I)”, WFR, 1970, nr. 4994
- Dijck van, J.E.A.M.
1996 “Vervanging van inkomsten”, 5^e druk, FED, Uitgeverij FED b.v., Deventer, 1996

- Dijck van, J.E.A.M.
1998 “*Het genieten van inkomsten*”, FED, 4^e druk, Deventer, 1998
- Dijck van, J.E. A.M./
Vijfeijken van, I.J.F.A.
2005 “*Instellingen van algemeen nut*”, Fed Fiscale Brochures, 3^e druk 2005, Kluwer, Deventer
- Dijck van, J.E.A.M./
Vijfeijken van
2006 “*Het kasstelsel in de wet IB 2001*”, 2^e geheel herziene druk 2006, FED, Kluwer, Deventer 2006
- Drielsma, H.A.
1963 “*Anglo-Amerikaans trustrecht en Nederlands successierecht*”, WPNR, 94^e jaargang, nrs. 4767-4769, mei 1963
- Drielsma, H.A.
1972a “*Nogmaals: Anglo-Amerikaans trustrecht en Nederlands successierecht*”, WPNR, 103^e jaargang, nr. 5169, 1972
- Drielsma, H.A.
1972b “*Nogmaals: Anglo-Amerikaans trustrecht en Nederlands successierecht*”, WPNR, 103^e jaargang, nr. 5170, 1972
- Duke, J.R.
2000 “*Use of Trusts by US Citizens in International Tax Planning*”, bijdrage in A. Kaplan, “*Trusts in Prime Jurisdictions*”, 2000, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston
- Duynstee, F.F.A.
1993 “*Het Trustverdrag: een paasei of een lege dop?*”, WPNR, 8 mei 1993, jaargang 124, nummer 6092
- English, D.M./
D.J. Hayton,
2002 “*The American Uniform Trust Code*”, bijdrage in “*Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-fenced Funds*”, 2002, Kluwer Law International, The Hague/London/New York
- Essers, P.H.J.
1989 “*Fiscale aspecten van de voorperiode van de B.V.*”, 1989, Kluwer-Deventer
- Essers, P.H.J.
2001 “*Fiscale aspecten van leasing*”, Kluwer-Deventer.2001
- Essers, P.H.J.
2004 “*Personenvennootschappen en aanverwante Rechtsvormen*”, Kluwer, Deventer, 2004
- Essers, P.H.J.
2005 “*De toekomst van Goed Koopmansgebruik na de invoering van International Financial Reporting Standards in 2005*”, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, no. 224, Kluwer , 2005

- Essers, P.H.J.
2006 “*Het verbondenheidscriterium en het urencriterium*”, opgenomen in de bundel “*Vijf jaar Wet IB 2001*”, onder redactie van A.C. Rijkers en H. Vording, Kluwer, Deventer, 2006
- Feteris, M.W.C.
1986 “*Franse wetgeving voor de bijl. En nu de Nederlandse?*”, *WFR*, nr. 5741, 11 september 1986, 115^e jaargang, Kluwer-Deventer
- Freudenthal, R.M.
2003 “*Wanneer vangt de terbeschikkingstelling aan?*”, *WFR*, nr. 6520, 13 maart 2003, 132^e jaargang, Kluwer, Deventer
- Freudenthal, R.M.
2008 “*(T)rust op het front?*”, *WPNR*, nr. 6765, jaargang 139, 2008
- Freudenthal, R.M.
2009 “*Aanpassingen van het APV-regime in verdragsperspectief We zijn er nu toch !*”, *WFR*, no. 6831, 15 oktober 2009, 138^e jaargang, Kluwer, Deventer
- Freudenthal, R.M.
2010 “*Het nieuwe APV-regime: “Zwarte Pieten” met familie en fiscus*”, *Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht*, april 2010, nr. 108, Kluwer-Deventer
- Fung, W.S.
2004 “*Het recht van overgang op de helling?*”, *WFR*, nr. 6573, 22 april 2004, 133^e jaargang
- Gardner, S.
2003 “*An Introduction to the Law of Trusts*”, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2003
- Geppart, Ch. P.A.
1968 “*Onevenwichtigheden in de belastingwetgeving*”, Serie Belasting-consulentendagen nr. 13, 1968, N.V. Uitgeverij FED, Amsterdam
- Goes, P.F.
2000 “*De fiscaal aftrekbare passiva*”, academisch proefschrift, Universiteit van Rotterdam, juni 2000
- Gorren, A.C.
1958 “*Boekbespreking Successierecht 1956*” (auteur Mr. T.J.B. Van der Meijden), *Weekblad voor Fiscaal Recht*, 87^e jaargang, 1958/4407, N.V. Uitgeversmaatschappij Æ.E. Kluwer-Deventer
- Graaf de, A.C.G.A.C.
2004 “*De invloed van het EG-recht op het internationaal Belastingrecht: beleid- en marktintegratie*”, Kluwer, Deventer, 2004
- Graaf de, A.C.G.A.C./
Kavelaars, P./
Stevens, A.J.A.
2008 “*Internationaal belastingrecht*”, FED Fiscale Studieresie nr. 39, 2^e herziene druk, Deventer-2008

- Gray, J.C.
1915 “The rule against perpetuities”, 3rd edition, 1915, Appendix H
- Graziadei, M.
1998 “The development of Fiducia in Italian and French Law from the 14th Century to the End of the Ancient Regime” in “Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in Historical Perspective”, *Comparative studies in Continental and Anglo-American Legal History*”, band 19, Duncker & Humblot, Berlin, 1998
- Gribnau, J.L.M.
1998 “Rechtsbetrekking en rechtsbeginselen in het belastingrecht”, Sanders Instituut, Gouda Quint, 1998
- Gribnau, J.L.M./
Happé, R.H. “Convergentie en divergentie”, in: P.H.J. Essers (red.), “Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht”, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000
- Grinten van der, W.C.L.
1941 “De trustee naar Nederlandsch recht”, *WPNR*, 3737-3741, 1941
- Groeneveld, Th./
Niessen, R.E.C.M.
1999 “Het ondernemerschap in de inkomstenbelasting”, 2^e druk, 1999, Kluwer-Deventer
- Groot de, J.J.A.
1995 “Privatieve last en economisch eigendom”, *WPNR*, nummers 6180-6181, jaargang 126, 13 en 20 mei 1995, Koninklijke Notariële Broederschap
- Gubbels, N.C.G.
2001 “Turbo- en superturbotestament”, *WPNR*, nr. 6433, jaargang 132, 17 februari 2001
- Haan de, A./Idsinga N.
2002 “Het recht van overgang EG-proof”, *WFR*, nr. 6482, 23 mei 2002, 131^e jaargang, Kluwer, Deventer
- Hall van, A.F.
1896 “Trust”, (diss. Amsterdam UvA), J.H. de Bussy, Amsterdam, 1896
- Happé, R.H.
1989 “Het gelijkheidsbeginsel in ethisch perspectief”, *Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap* no. 178, Kluwer, Deventer, 1989
- Happé, R.H.
1996 “Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming”, *Fiscale Monografieën* nr. 77, 1996, Kluwer, Deventer
- Harris, J.
2002 “The Hague Trust Convention, Scope, Application and Preliminary Issues”, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002

- Hayton, D.J.
1986 Hayton and Marshall (formerly Nathan and Marshall), “*Cases and commentary on the Law of Trusts*”, 8th edition, London, Stevens & Sons, 1986
- Hayton, D.J.
1987 Underhill and Hayton, “*Law Relating to Trusts and Trustees*”, 14th edition, Butterworths, London, 1987
- Hayton, D.J.
1989 “*The Law of Trusts*”, 1st edition, London, Sweet Maxwell, 1989
- Hayton, D.J.
1996 “*Vertrouwd met de trust, Trust and Trustlike arrangements*”, Serie Onderneming en Recht, deel 5, “*Anglo-Amerikaanse Trust*”, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996
- Hayton, D.J.
2002 “*Extending the boundaries of trusts and similar ring fenced funds*”, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2002
- Hayton, D.J.
2003a “*The Law of Trusts*”, 4th edition, London, Sweet & Maxwell, 2003
- Hayton, D.J.
2003b Underhill and Hayton, “*Law Relating to Trusts and Trustees*”, 16th edition, Butterworths, London, 2003
- Hayton, D.J./
Kortmann, S.C.J.J./
Verhagen, H.L.E.
1999 “*Principles of European Trust Law*”, Kluwer Law International, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999
- Heithuis, E.J.W./
Dool van den, R.P.
2008 “*Compendium van de vennootschapsbelasting*”, 7^e druk, Kluwer, Deventer – 2008
- Heithuis E.J.W./
Kavelaars P./
Schuier B.F.
2008 “*Inkomstenbelasting*”, Fed fiscale studieserie, 4^e herziene druk, Kluwer, Deventer, 2008
- Heithuis E.J.W./
Ruijschop M.H.C.
2006 “*De terbeschikkingstellingsregelingen*”, opgenomen in “*Vijf jaar Wet IB 2001*”, onder redactie van A.C. Rijkers/H. Vording, Kluwer, Deventer, 2006
- Hellema, H.J.
1960 “*De rechtszekerheid in het fiscale recht*”, Serie Belastingconsulentendagen no. 5, 1960, N.V. Uitgeverij FED, Amsterdam
- Helmholtz, R.H.
1998 “*Trusts in English Ecclesiastical Courts 1300-1640*” in “*Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in Historical Perspective, Comparative studies in Continental and Anglo American Legal History*”, band 19, Duncker & Humblot, Berlin, 1998

- Helmholtz, R.H.
2004 “The Oxford history of the laws of England“, Oxford University Press, 2004
- Henderson, E.F.
1896 “Historical developments of the Middle ages“, London, George Bell and Sons, 1896
- Hendriks, R.W.F.
1994 “De stichting in concernverband. Enkele privaatrechtelijke en fiscaalrechtelijke beschouwingen“, W.E.J. Tjeenk Willink B.V., Zwolle, 1994
- Herman, S.
1998 “The Canonical Concept of the Trust” in “Itinera Fiducia, Trust and Treuhand in Historical Perspective, Comparative studies in Continental and Anglo-American Legal History“, band 19, Duncker & Humblot, Berlin, 1998
- Hofstra, H.J./
Niessen, R.E.C.M.
2002 “Inleiding tot het Nederlands belastingrecht“, 8^e druk, 2002, Kluwer, Deventer
- Hofstra, H.J./
Stevens, L.G.M.
1998 “Inkomstenbelasting“, 5e druk, Kluwer/Deventer, 1998
- Hogue, A.R.
1986 “Origins of common law“, Liberty Fund, Indianapolis, 1986
- Holmes, O.W.
1885 “Early English Equity“, Law Quarterly Review (LQR), vol. 1, Sweet & Maxwell Ltd., Oxford, England, 1885
- Holmes, H.
2007 “Conflicts in the attribution of income to a person“, landenrapport Canada, Cahiers de droit fiscal international, Volume 92b, International Fiscal Association, 2007 Kyoto Congress, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort
- Hoppenreijns, R.Th.R./
Vriesendorp, R.D.
2000 “De fiscale- en civielrechtelijke benadering van de trust in Nederland” in “Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht“, Schoordijk Instituut, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2000
- Horst van der, D.
2004 “Geschiedenis van Engeland“, Uitgeverij De Arbeiderspers, Amsterdam-Antwerpen, 2004
- Houte van, C.P.M.
2003 “Fiscale kijk op testamenten“, 2^e geheel herziene druk, Kluwer, Deventer, 2003

- Houten van, M.L.P.
1997 “Meer zicht op wetgeving. Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen”, Schoordijk Instituut, 1997
- Houwer, F./
Bruggink, H.R.
2009 “De herroepelijke schenking, civiel- en fiscaalrechtelijk nader bezien”, *WFR*, nr. 6799, 12 februari 2009, 138^e jaargang, Kluwer-Deventer
- Hurk van den, H.T.P.M.
2001 “Europees Gemeenschapsrecht en directe belastingen”, 2001, Kluwer, Deventer
- Huissoon, W.-J,
1994 “De ontwikkeling van het begrip “vaste inrichting” in modelverdragen sinds 1925”, Stichting Moret Fonds, Rotterdam, 1994
- Huussen-de Groot, F.M.
1976 “Rechtspersonen in de 19^e eeuw”, Universitaire Pers Leiden, W.C.J. Tjeenk Willink B.V., Zwolle, 1976
- Johansson, T.
2000 “Trusts in Australia”, bijdrage in A. Kaplan, “Trusts in Prime Jurisdictions”, 2000, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston
- Johnston, D.
1998a “The Roman Law of Trusts”, Oxford University Press, 1998
- Johnston, D.
1998b “Trusts and Trust-like Devices in Roman Law” in “Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in Historical Perspective, Comparative studies in Continental and Anglo-American Legal History”, band 19, Duncker & Humblot, Berlin, 1998
- Jones, N.
1998 “Trusts in England after the Statute of Uses” in “Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in Historical Perspective, Comparative studies in Continental and Anglo-American Legal History”, band 19, Duncker & Humblot, Berlin, 1998
- Joppe, I.S.
1980 *Ars Notarius XIX*, “Vademecum internationaal erfrecht”, 1980, Stichting tot bevordering der notariële wetenschap Amsterdam, Kluwer-Deventer
- Kam de, C.A. e.a.
2008 “Belastingrecht in Hoofdlijnen”, Fiscale studieserie 38, 2^e herziene druk, Kluwer, Deventer-2008
- Kaplan, A.
2000 “Trusts in Prime Jurisdictions”, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000
- Kaser, M. / Wubbe, F.E.J.
1971 “Romeins Privaatrecht”, Tjeenk Willink, Zwolle 1971, 2^e herz. en bijgew. dr.

- Kavelaars, P.
2002 “Voorkoming van dubbele belasting”, 2e druk, Fiscale Brochures, Fed, 2002, Deventer
- Kavelaars, P.
2003 “Toewijzingsregels in het internationaal fiscaal en sociaalverzekeringsrecht”, 2003, Kluwer, Deventer
- Keeton, G.W.
1955 “The British Commonwealth, The development of its law and constitutions”, Volume I, The United Kingdom, London, 1955
- Keeton, G.W./
Sheridan, L.A.
1976 “Equity”, second edition, Professional books limited, 1976
- Kempen van, M.L.M.
1999a “Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen”, Schoordijk Instituut, Tilburg, 1999
- Kempen van, M.L.M.
1999b “Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen”, Fiscaal Ondernemingsrecht, nr. 45, oktober 1999, Kluwer-Deventer
- Kempen van, M.L.M.
2005 “Kwalificatie van buitenlandse rechtsvormen”, WFR, No. 6621, 28 april 2005, 134^e jaargang, Kluwer-Deventer
- Kinzl, U-P.
2007 “Conflicts in the attribution of income to a person”, Landenrapport Duitsland, Volume 92b, Cahiers de droit fiscal international, 2007 Kyoto Congress, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort
- Klein Sprockelhorst,
A.K.H.
1999 “Overeenkomsten met de fiscus”, 1999, Kluwer-Deventer
- Koele, I.A.
2004 “Over de familiestichting, de charitatieve private foundation en de trust in de toekomstige Successiewet”, WPNR, nr. 6576, jaargang 135, 1 mei 2004
- Koele, I.A.
2009 “Fears and Fantasies met betrekking tot trusts en andere doelvermogens”, FTV: Fiscaal Tijdschrift Vermogen, jaargang 10, 1 juni 2009, no. 6, Sdu Uitgevers, Den Haag
- Koninck de, C.
1997 “Glossarium van Latijnse en Romeinse Rechtstermen”, MAKLU Uitgevers, 2^e druk, 1997
- Kooiman, W.R.
2009 “Ontgaansmogelijkheden met behulp van een discretionaire trust en de wijziging van de Successiewet 1956”, Forfaitair 2009/198, Fiscaal studenten maandblad, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, Den Haag

- Kopinsky, M./
de Wijkerslooth-Lhoëst, S.
2009 “APV: Aanval op Particuliere Vermogens?”, VP Bulletin voor vermogende particulieren, jaargang 16, juli/augustus 2009, nr’s 7/8, Kluwer, Deventer
- Koppenol-Laforce, M.E.
1997 “Het Haagse Trustverdrag”, Kluwer, Deventer, 1997
- Koppenol-Laforce, M.E.
1997a “Inbreng van Nederlandse goederen in een trust”, in Themanummer “De Trust in Nederland”, WPNR, nummer 6281, jaargang 128, 20 september 1997, Koninklijke Notariële Broederschap
- Koppenol-Laforce, M.E.
Sonneveldt, F.
1999 “De inpassing van de familietrust in het Nederlandse civiele en fiscale recht”, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, no. 210, Kluwer, Deventer, 1999
- Kottenhagen, R.P.J.
1997 “De trust in de Nederlandse rechtsliteratuur”, WPNR, jaargang 128, nummer 6281, 20 september 1997
- Kötz, H.
1999 “National Report for Germany”, bijdrage in D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann, H.L.E. Verhagen, “Principles of European Trust Law”, Kluwer Law International – W.E.J. Tjeenk Willink – 1999
- Kousen, R.A.H.J.
2003 “De trust; terug van weggeweest!”, MBB, 72^e jaargang, nr. 7/8, juli/augustus 2003
- Kroon, B.B.A./
Monteiro, M. de L.
2008 “Wijzigingen in de Franse estateplanningspraktijk”, www.kluwer.nl/financieledienstverleners, maart 2008
- Kunkel, W.
1965 “Geschiedenis van het Romeinse recht”, Aula-boeken, 1965
- Langereis, CH. J.
1996 “Redelijkheid en billijkheid in het belastingrecht”, bijdrage in de “Geppartbundel, beschouwingen over grondslagen”, Kluwer, Deventer, 1996
- Langereis, Ch.J.
2009 “Het nieuwe successierecht bij een afgezonderd vermogen”, FED, aflevering 16, september 2009, nr. 82, 69^e jaargang, Kluwer, Deventer
- Lawrence III, R.C.
2001 “An Historic Overview of the Evolution of Trusts”, “The International Academy of Estate and Trust Law”, selected papers 1997-1999, Kluwer Law International, 2001

- Leemreis, A.G.
1991 “Trustrecht en schenkingsrecht”, in “De Anglo-Amerikaanse trust, civielrechtelijke en fiscale aspecten”, Kluwer, Deventer, 1991
- Leeuw de, A.E.
2012a “Toerekening bij het afgezonderd particulier vermogen”, *WFR*, 2012/ 396 , 141^e jaargang, Kluwer, Deventer
- Leeuw de, A.E.
2012b “Sfeerovergangen bij het afgezonderd particulier vermogen”, *WFR*, 2012/541, 141^e jaargang, Kluwer, Deventer
- Leeuw de, A.E./
Folmer, T.J.P.
2009 “Zwevende vermogens voldoende gevangen?”, *WFR*, no. 6827, 17 september 2009, 138^e jaargang, Kluwer, Deventer
- Le Goff, J.
1987 “*La Civilisation de l’Occident Médiéval*”, Les Editions Arthaud, Paris, 1984. Nederlandse vertaling: “*De cultuur van Middeleeuws Europa*”, Uitgeverij Wereldbibliotheek B.V., Amsterdam, 1987, uitgave Rainbow Paperbacks, 2003
- Lindeijer, A.G.F.
1976 “*Hooflijnen Successiewetgeving*”, Fiscale Studiereserie, nr. 13, 1976, Uitgeverij FED b.v., Deventer
- Loon van, J.H.A.
1983 “*Aanrakingspunten met het Nederlands recht*”, deel 2 van “*Anglo-Amerikaanse trusts en het Nederlands recht*”, mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal recht, no. 87, juni 1983, Libresso B.V., Deventer
- Lupoi, M.
2000 “*TRUSTS: A comparative study*”, 1st edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2000. (Originally published in Italian as “*Trusts*” by Giuffrè Editore 1997)
- Lupoi, M./Arrigo, T.
1999 “*National Report for Italy*”, bijdrage in D.J. Hayton/S.C.J.J.Kortmann/H.L.E. Verhagen, “*Principles of European Trust Law*”, Kluwer Law International – W.E.J. Tjeenk Willink, 1999
- Macnair, M.
1998 “*The Conceptual Basis of Trusts in the 17th and 18th Centuries*” in “*Itinera Fiducia, Trust and Treuhand in Historical Perspective, Comparative studies in Continental and Anglo-American Legal History*”, band 19, Duncker & Humblot, Berlin, 1998
- McGovern, Jr., W.M./
Kurtz, S.F.
2004 “*Wills, trusts and estates*”, Hornbookseries, Thomson West, St. Paul, U.S.A., 2004

- Maitland, F.W.
1909 “*Equity, a course of lectures*”, Cambridge at the university press, 1909, reprinted 1969
- Maitland, F.W.
1936 “*Collected Papers*”, Cambridge University Press, 1911, 3 vols. Ed. H.A.L. Fisher, repr. 1936
- Martens, C.J.M./
Straaten, J.C. van
2004 “*Wegwijs in de Successiewet en de Wet op belastingen van rechtsverkeer*”, Negende, gewijzigde druk, 2004, Sdu , Fiscale en Financiële Uitgevers, Amersfoort
- Martin, J.E.
1985 Hanbury and Maudsley’s “*Modern Equity*”, 15th edition, London, Stevens & Sons, 1985
- Martin, J.E.
2001 Hanbury and Martin’s “*Modern Equity*”, 16th edition, London, Sweet & Maxwell Ltd, 2001
- Maudsley, R.H./
Burn, E.H.
1978 “*Trusts and Trustees: Cases and materials*”, second edition, London, Butterworths, 1978
- Meade, J.E.
1978 “*The Structure and Reform of Direct Taxation*”, IFS, London, George Allen & Unwin, 1978
- Meagher, R.P. qc/
Gummow, W.M.C./
Lehane, J.R.F.
1984 “*Equity, doctrines and remedies*”, Butterworths, 1984
- Meijers, E.M.
1948 “*Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*”, Leiden, 1948
- Mellema, T.J /
Ven van de, K.M.L.L.
2001 “*Schenking onder voorbehoud van macht, civiel en fiscaal gezien*”, in Themanummer “*Estate Planning*”, WPNR, nummer 6433, jaargang 132, 17 februari 2001, Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
- Mens, K.L.H. van
1985 “*Civilrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip*”, 1985, Kluwer, Deventer
- Mens, K.L.H. van
1991 “*Trust en legitieme*”, in “*De Anglo-Amerikaanse trust. civilrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten*”, Kluwer, Deventer, 1991
- Mens van, K.L.H.
1996 “*Redelijke rechtsvinding in belastingrecht*”, opstel opgenomen in de “*Geppartbundel, beschouwingen over grondslagen*”, Kluwer, Deventer, 1996

- Merlot, N./Le Mentec, F. 2007 “Conflicts in the attribution of income to a person”, Landenrapport Frankrijk, Volume 92b, Cahiers de droit fiscal international, 2007, Kyoto Congress, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort
- Meusen, G.T.K. / Vording, H. 2006 “Genieten”, opgenomen in de bundel “Vijf jaar Wet IB 2001”, redactie: A.C. Rijkers en H. Vording, Kluwer, Deventer, 2006
- Mok, M.R. 1994 “Doelvermogens”, opgenomen in de Verburgbundel Kluwer-Deventer, 1994
- Molen van der, G.H.T. 1990 “Nederlandse fiscale aspecten van een inter-vivos trust, gevestigd in het buitenland”, WFR, nr. 5935, 25 oktober 1990, 119^e jaargang, Kluwer-Deventer
- Moltnaker, J.K. 1981 “Krachtens erfrecht”, WFR, nr. 5502, 4 juni 1981, 110^e jaargang, Kluwer-Deventer
- Moltnaker, J.K. 2000 “De warme, de koude en de dode hand”, Rapport van de Werkgroep modernisering Successiewetgeving, Ministerie van Financiën, 13 maart 2000
- Monteiro de L, M. 2009 “Het recht van overgang en de EU”, Nederlands tijdschrift voor fiscaal recht, NTFR, “Beschouwingen”, mei 2009, 3^e jaargang, nr. 5, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort
- Morris, R.B. 1930 “Studies in the history of American law”, Columbia University Press, New York, 1930
- Morse, G./Williams, D.W. 2008 “Davies: Principles of Tax Law”, sixth edition, London, Sweet & Maxwell, 2008
- Mourik van, M.J.A. 2002 “Erfrecht”, studiepockets privaatrecht 37, 7^e druk, Kluwer - Deventer, 2002
- Mowbray, W.J. 1964 “Lewin on Trusts”, 16th edition, Sweet & Maxwell, London, 1964
- Mowbray, J./Tucker, L./ Poidevin le, N./Simpson, E. 2000 “Lewin on Trusts”, 17th edition, Sweet & Maxwell, London, 2000
- Niessen, R.E.C.M. 2005 “Achtergrond en overzicht van de tbs-regeling”, H. I van “De terbeschikkingregeling in de inkomstenbelasting”, Geschriften van Vereniging voor Belastingwetenschap, no. 226, Kluwer, Deventer 2005

- Nieuwenhuizen, J.H.M.
2010 “*Rechtsvinding en fiscale werkelijkheid*”, Deventer Kluwer 2010
- Nijman, O.H.
1964 “*Het ondernemersbegrip in art. 17, lid 1 van het Besluit op de inkomstenbelasting 1941 (I)*”, *WFR*, 2 april 1964, nr. 4697
- Nobel, N.
1970 “*Winstrechten*”, Fiscale Monografieën nr. 24, Kluwer, Deventer, 1970
- Nobel, N.
1999 “*De fiscale trustarresten. Een Phyrusoverwinning voor de fiscus*”, *WPNR*, nr. 6376, jaargang 130, 30 oktober 1999
- Oakley, A.J.
1994 Parker and Mellows, “*The modern law of trusts*”, 6th edition, Sweet & Maxwell, London, 1994
- Oakley, A.J.
2003 Parker & Mellows, “*The modern Law of Trusts*”, 8th edition, Sweet & Maxwell, London, 2003
- Overbeck von, A.E.
1984 “*Rapport explicatif/ Explanatory Report*”, Convention Relative à la loi applicable au trust et sa reconnaissance/ Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition, La Haye/The Hague, signé le 20 octobre 1984/ Signed on the 20th of October 1984, Conférence de La Haye de droit international privé/ Hague Conference on private international law, Actes et Documents de la Quinzième session/proceedings of the Fifteenth Session, Tome II
- Pallandt, M.C.J.
1992 “*Constructive trust*”, *FED*, Gouda Quint/Noorduijn, Kluwer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1992
- Pauwels, M.R. T.
2009 “*Terugwerkende kracht van belastingwetgeving: gewikt en gewogen*”, Proefschrift, Universiteit van Tilburg, 2009
- Pauwels, M.R. T.
2012 a “*Terugwerkende kracht van belastingwetgeving*”, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, no. 246, Kluwer.Deventer, 2012
- Pauwels, M.R. T.
2012b “*Belastingen en mensenrechtenverdragen: kroniek 2007-2011*”, *MBB*, 81^e jaargang, 2012/02, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, Amersfoort
- Peters, F.G.F.
2007 “*De aanmerkelijk belangregeling in internationaal perspectief*”, 2007, Kluwer, Deventer

- Peters van Neijenhof, T.N. “*De voorgestelde nieuwe regeling voor trusts en aanverwante rechtsfiguren*”, *Forfaitair*, 2009/198, Fiscaal Studenten Maandblad, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, Den Haag
- Peters van Nijenhof, T.N. “*Het Afgezonderd Particulier vermogen: de stand van zaken anno 2012*”, *NTFR “Beschouwingen”*, mei 2012, 6^e jaargang, nr. 19, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, Amersfoort
- Pettit, Ph. H. 1997 “*Equity and the Law of Trusts*”, London, Butterworths, 8e druk, 1997
- Pettit, Ph. H. 2006 “*Equity and the Law of Trusts*”, 10th edition, Oxford University Press, 2006
- Plas van der, C.G. 2005 “*De taak van de rechter en het IPR, een verkenning van de grenzen van de taak van de Nederlandse rechter bij de toepassing van vreemd privaats- en publiekrecht*”, Kluwer, Deventer, 2005
- Pot, M. 2005a “*De verbonden persoon*”, H.2 van “*De terbeschikkingstelling-regeling in de inkomstenbelasting*”, *Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap*, no. 226, Kluwer, Deventer, 2005
- Pot, M. 2005b “*Internationale aspecten*”, H. 6 van “*De terbeschikkingstelling-regeling in de inkomstenbelasting*”, *Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap*, no. 226, Kluwer, Deventer, 2005
- Pound, R. 1921 “*The spirit of the common law*”, Marshall Jones, Francetown, New Hampshire, 1921
- Raaijmakers, M.J.G.C. 1987 “*Rechtspersonen tussen contract en instituut*”, inaugurale rede, Kluwer-Deventer-1987
- Raaijmakers, M.J.G.C. 2000 “*Vennootschaps- en rechtspersonenrecht*”, 4^e geheel herziene druk, Gouda Quint, Deventer, 2000
- Raaijmakers, M.J.G.C. 2003 “*Bewind over (het recht op) een onderneming in het Nieuwe erfrecht*”, opstel in de bundel “*Trust en onderneming*”, Schoordijk Instituut, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2003
- Raaijmakers, M.J.G.C. 2006 “*Ondernemingsrecht*”, Kluwer, Deventer, 2006.

- Reid, K.G.C.
1999 “National Report for Scotland” , bijdrage in D.J. Hayton/S.C.J.J.Kortmann/H.L.E. Verhagen “Principles of European Trust Law”, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999
- Reinsch, P.S.
1970 “Englisch Common Law in the Early American Colonies”, Madison, Wisconsin, 1899, herdruk Da Capo Press, New York, 1970
- Rémy, Ph.
1999 “National Report for France”, bijdrage in D.J. Hayton/ S.C.J.J. Kortmann/H.L.E. Verhagen, “Principles of European Trust Law”, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999
- Reuvers, M.R.
1997 “Het inkomen van buitenlands belastingplichtigen”, Fiscale Brochures, 8^e druk, 1997, FED, Deventer
- Riddal, J.G.
1996 “The Law of Trusts”, 5th edition, Butterworths, London, 1996
- Rijkers, A.C.
2006 “Aanmerkelijkbelangregime”, opgenomen in “Vijf jaar Wét IB 2001”, onder redactie van A.C. Rijkers en H. Vording, Kluwer, Deventer, 2006.
- Rijkers, A.C./
Dijck van, J.E.A.M.
2000 “De aanmerkelijk belangregeling in de Wét IB 1964 en de Wét IB 2001”, Fiscale Bochures, 7^e druk, 2000, FED, Deventer
- Rijn van Alkemade van, J.
1998 “Yes, the dutch can tame the trust ! (I)”, WPNR, 6 –13 juni, 1998, jaargang 129, nr. 6317
- Rochweg, J./Cass M.T.
2000 “Taxation of Trusts in Canada”, bijdrage in A. Kaplan, “Trusts in Prime Jurisdictions”, 2000, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston.
- Roelofs, E.R.
2010 “Niets is zeker, ook de fiscale behandeling van de fixed trust niet”, WFR, nr. 6887, 23 december 2010, 139^e jaargang, Kluwer, Deventer
- Roks, E.C.N.
2000 “De Antilliaanse Stichting Particulier Fonds (enkele Nederlandse fiscale aspecten”, MBB, november 2000, nummer 11, 69^e jaargang
- Romyn, M.
1998 “Internationaal Belastingrecht”, 6^e druk, Boekhandel Gianotten, Tilburg, 1998.
- Roskies, D.K.
2000 “Estate Planning for US Citizens Residing Outside of the US”, bijdrage in A. Kaplan, “Trusts in Prime Jurisdictions”, 2000, Kluwer Law international, The Hague-London-Boston

- Rothschild, G.
2000 “*Asset Protection Trust*” in A. Kaplan’s “*Trusts in Prime Jurisdictions*”, Kluwer Law International., The Hague-London-Boston, The Hague, 2000
- Sauveplanne, J.G.
1981 “*Rechtstelsels in vogelvlucht, een inleiding tot de privaatrechtsvergelijking*”, Deventer, Kluwer, 1981
- Schendstok, B.
1959 “*Fiscale Winstbegrippen in Nederland*”, Kluwer, Deventer-Antwerpen, 1959
- Schilfgaarde van, P.
1979 “*Rechtspersonen*”, Algemeen deel, 2^e druk, Kluwer-Deventer-1979
- Schoenblum, J.A.
2002 “*Reaching for the Sky – Or Pie in the Sky*”, bijdrage in D. J. Hayton, “*Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*”, Kluwer Law International, 2002, The Hague/London/New York
- Schols, B.M.E.M.
2006 “*Executele*”, Handboek Erfrecht, Publicaties vanwege het centrum voor notarieel recht onder redactie van M.J.A. van Mourik, 4^e druk, Kluwer-Deventer, 2006
- Schols, F.W.M.J.
2006 “*Uiterste wilsbeschikking in het algemeen*”, Handboek Erfrecht, Publicaties vanwege het centrum voor notarieel recht onder redactie van M.J.A. van Mourik, 4^e druk, Kluwer-Deventer, 2006
- Schoordijk, H.C.F.
2003 “*De Notariële en andere derdenrekeningen*”, Kluwer-Deventer, 2003
- Schoordijk, H.C.F.
2006 “*De Antilliaanse Stichting Particulier Fonds, de trust en het erfrecht*” in “*Emeritaal werk van Prof. mr. H. C. F. Schoordijk*”, Wolf Legal Publishers (WLP), Nijmegen, 2006
- Schuttevâer, H.
1972 “*Privaatrecht en belastingrecht, betrekkingen en wisselwerkingen*”, Fiscale monografieën, 1972, Kluwer, Deventer
- Schuttevâer, H.
1998 “*De Nederlandse successiewetgeving*”, bewerkt door J. W. Zwemmer, 5^e druk, 1998, Kluwer, Deventer
- Schuver-Bravenboer, M.
2009 “*Fiscaal overgangsbeleid*”, Fiscale Monografieën nr. 131, Kluwer, Deventer, 2009
- Scott, A.W.
1939 “*The Law of Trusts*”, volume 1, Boston, Little, Brown and Company, 1939

- Scott, A.W./
Fratcher, W.F./
Ascher, M.L.
/Rigney, M.T.
2003
- “*The Law of Trusts*”, 2003 Cumulative Supplement, 4th edition, Aspen Publishers, New York, 2003
- Severens, P.J.H.
1989
- “*De vaststelling van de vestigingsplaats van lichamen*”, *WFR*, nr. 5875, 29 juni 1989, 118e jaargang, Kluwer, Deventer
- Sheridan, L.A.
1993
- “*The law of trusts*“, 12th edition, Barry Rose Law Publishers Ltd., Chichester, 1993
- Sillevis, L.W./
Kempen van, M.L.M.
2008
- “*Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*”, Gouda-Quint, Deventer, 2008
- Siems, H.
1998
- “*Von den Piae Causae zu den Xenodochien*” in “*Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in Historical Perspective, Comparative studies in Continental and Anglo-American Legal History*”, band 19, Duncker & Humblot, Berlin, 1998
- Soest van, A.J.
1935
- “*Inleiding tot de kennis van de wetten op de inkomstenbelasting, vermogens-, en dividend- en tantiemebelasting: (in het bijzonder ten behoeve van het notarieel examen)*”, 2^e herziene druk, Gouda Quint, Haarlem, 1935
- Soest van, A.J./
Bartel, J.C.K.W.
1999
- “*Belastingen, inkomstenbelasting, vermogensbelasting vennootschapsbelasting, besluit ter voorkoming van dubbele belasting 1989, Nederlandse Standaardverdragen*”, 20e druk, Gouda/Quint, Deventer, 1999
- Sonneveldt, F./
Mens van, H.L.
1992
- “*The Trust, Bridge or Abyss Between Common and Civil Law Jurisdictions?*”, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1992
- Sonneveldt, F.
1993
- “*Het Haags trustverdrag en zijn consequenties voor het Nederlandse belastingrecht*”, *WPNR*, 8 mei 1993, jaargang 124, nummer 6092
- Sonneveldt, F.
1998
- “*De Anglo-Amerikaanse trust in het Nederlandse civiele en fiscale recht*”, Fiscale brochures, 1998, *FED*, Deventer
- Sonneveldt, F.
2000a
- “*De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet* 1956, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort, 2000

- Sonneveldt F.
2000b “Doelvermogens in de Successiewet 2001”, *WFR*, nr. 6387, 18 mei 2000, 129^e jaargang, Kluwer, Deventer
- Sonneveldt, F.
2009a “L’histoire ce répète: van Hendrik VIII en Jan Kees de Jager”, *Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht*, 10^e jaargang, 22 januari 2009, nr. 4, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort
- Sonneveldt, F.
2009b “Internationale aspecten van de vernieuwde Successiewet 1956”, *FBN, Fiscale Berichten voor het Notariaat*, november 2009, 21^e jaargang, Sdu Uitgevers, Den Haag
- Sonneveldt, F./
Visser, J.P.L.
1992 “Trust en vermogensbelasting: laatste ontwikkelingen”, *WFR*, nr. 5992, 121^e jaargang, 1992, Kluwer-Deventer
- Sonneveldt, F./
Zuiderwijk, J.C.L.
2005 “Internationale aspecten van schenkings- en successierecht”, 2^e geheel herziene druk, Kluwer, Deventer, 2005
- Sonneveldt, F./
Monteiro de L., M.
2008 “Internationale suggesties voor de nieuwe Wet schenken en erfbelasting”, *WPNR*, nr. 6757, 2008
- Sonneveldt, F./
de Kroon, B.B.A.
2009 “Internationale aspecten van de vernieuwde Successiewet 1956”, *WFR*, nr. 6815, 5 juni 2009, 138^e jaargang, Kluwer Deventer
- Spaanstra, J.
1958 “Het ondernemersbegrip in de inkomstenbelasting”, *Fiscale Monografieën nr. 12*, Kluwer, Deventer, 1958
- Spigt, L.C.J.M./Frielink, K.
1999 “Fiscaal gestuurd personenrecht”, *WPNR*, 1 mei 1999, Nummer 6356, jaargang 130
- Spruit, J.E.
1994 “Enchiridium. Een geschiedenis van het Romeinse Privaatrecht”, Kluwer – Deventer – 1994, vierde druk
- Steimetz, B.J.
1937 “De trustverhouding naar Nederlands burgerlijk recht”, *WPNR*, nrs. 3497-3500, 1937
- Stevens, A.J.A.
2002a “De mythe van het uitdelingsbesluit”, opstel opgenomen in de Juchbundel “Over de grenzen van de vennootschapsbelasting”, 2002, Kluwer-Deventer
- Stevens A.J.A.
2002b “Fiscale aspecten van de Commanditaire Vennootschap. Een knelpuntenoplossing vanuit een rechtsvergelijkend perspectief”, proefschrift, 2002, Kluwer

- Stevens, A.J.A.
2006 “Belastingheffing van medegerechtigden”, opgenomen in de bundel “*Vijf jaar Wet IB 2001*”, onder redactie van A.C. Rijkers en H. Vording, Kluwer, Deventer, 2006
- Stevens, L.G.M.
1990 “Belastingplicht van stichtingen”, opstel in de Giele-bundel, Kluwer, Deventer, 1990
- Stevens, L.G.M.
2001 “Inkomstenbelasting”, 1^e druk, Kluwer, Deventer-2001
- Stevens, S.A.
2003 “De belaste overheid”, Kluwer, Deventer- 2003.
- Stevens, S.A./
Olde Bijvank S.
2007 “De contouren van een Nederlandse trust”, Fiscaal tijdschrift Vermogen, nr. 47, december 2007, Sdu Uitgevers B.V., Den Haag
- Strikwerda, L.
2005 “Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht”, 8^e druk, Kluwer, Deventer, 2005
- te Niet, H. A.J.P.
2003 “Het ondernemerschap van concernstichtingen”, TFO, 2003
- te Niet, H.A.J.P.
2007 “Het beleggingsbegrip in de directe belastingen”, Fiscale monografie 125, Kluwer, Deventer, 2007
- te Winkel, D.
1914 “Trust-verhoudingen”, Drukkerij Mouton & Co., ‘s- Gravenhage, 1914
- Thesseling, J.W.M.
1999 “De Antilliaanse trust”, WPNR, 1 mei 1999, nummer 6356, jaargang 130
- Thomas, G.W.
1981 “Taxation and Trusts”, London, Sweet & Maxwell, 1981
- Thomas, G./Hudson, A.
2004 “The Law of Trusts”, 1st edition, Oxford University Press, 2004
- Tiley, J.
2005 “Revenue Law”, fifth edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005
- Timmers, L.
1973 “De Anglo-Amerikaans trust in het Nederlands fiscaal recht”, Fed’s Fiscale Brochures, eerste druk 1973, Uitgeverij FED, B.V. – Deventer

- Timmerman, L.
2000 “Onderstromen in het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht”, in “De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht”, Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging, 130^e jaargang/2000-I, W.C.J. Tjeenk Willink, Deventer, 2000
- Tripet, M.
1986 “International Tax Treatment of Common Law Trusts”, Landenrapport Frankrijk, Volume 11b, International Fiscal Association, New-York Congress, 1986, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Antwerp
- Uniken Venema, C.A./E.
1954 “Trustrecht en bewind”, N.V. Uitgeversmaatschappij W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1954
- Uniken Venema, C.A./E.
1971 “Van common law en civil law, inleiding tot het Anglo-Amerikaanse recht, in vergelijking met het Nederlandse”, N.V. Uitgeversmaatschappij Tjeenk Willink, Deventer 1971
- Uniken Venema, C.A./E.
1985a “Anglo-Amerikaanse trusts in het Nederlandse recht (I)”, *WPNR*, 2 februari 1985, jaargang 116, nummer 5727
- Uniken Venema, C.A./E.
1985b “Anglo-Amerikaanse trusts in het Nederlandse recht (II)”, *WPNR*, 9 februari 1985, jaargang 116, nummer 5278
- Uniken Venema, C.A./E.
1990 “Law en equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht” W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1990
- Uniken Venema, C. A./E.
1993 “Het Haagse Trustverdrag: de in het verdrag voorziene “externe werking” van Anglo-amerikaanse trusts”, *WPNR*, 8 mei 1993, Jaargang 124, nummer 6092
- Uniken Venema, C. A./E.
/Eisma, S.E.
1990 “Eigendom ten titel van beheer naar komend recht” Preadvies van de vereniging van “handelsrecht”, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1990
- Vegter, J.B.
2008 “Het civielrechtelijke kader van de herroepelijke schenking”, *WPNR*, jaargang 139, nr. 6744, 1 maart 2008
- Ven van de, K.M.L.L.
1998 “Genotsrechten”, 1998, *FED*, Deventer
- Verbeke, A.L.P.G./
Vijfeijken van, I.J.F.A.
2000 “Het begrip “krachtens erfrecht” in civiel- en fiscaalrechtelijke zin” in “Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht”, Schoordijk Instituut, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2000

- Verburg, J.
2000 “*Vennootschapsbelasting*”, 2^e geheel herziene druk, 2000, Kluwer-Deventer.
- Verhagen, H.L.E.
1996 “*Consequenties van het Haagse Trustverdrag voor Nederland*” in “*Vertrouwd met de trust, Trust and trustlike arrangements*”, Serie onderneming en recht, deel 5, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996
- Verstappen, L.C.A.
2006 “*Makingen onder tijdsbepaling en voorwaarde*”, Handboek Erfrecht, Publicaties vanwege het centrum voor notarieel recht onder redactie van M.J.A. van Mourik, 4^e druk, Kluwer-Deventer, 2006
- Verstijnen, W.
2010 “*Afgezonderde particuliere vermogens*”, *MBB*, 79^e jaargang, nummer 5, mei 2010, Sdu uitgevers, Den Haag
- Verstraaten, R.T.G.
1999 “*De Nederlandse successiebelastingen*”, Zevende geheel herziene druk Gouda Quint bv, (S. Gouda Quint – D. Brouwer en Zoon), Arnhem, 1999
- Verstraaten, R.T.G.
2000 “*De voorstellen van de commissie-Moltmaker op het punt van de fictiebepalingen voor het successierecht*”, *WPNR*, nr. 6415, jaargang 131, 30 september 2000
- Verstraaten, R.T.G.
2004 “*Cursus Belastingrecht Successiebelastingen*”, Studenteneditie 2004–2005, Kluwer, Deventer, 2004
- Vinken, T.J.
2009 “*De Jager heeft het jachtseizoen geopend*”, *VP Bulletin voor de vermogende particulieren*, jaargang 16, oktober 2009, no. 10, Kluwer, Deventer
- Vliet van, W.G.
2008 “*Vennootschapsbelasting*”, Fiscaal commentaar, onder redactie van P.H.J. Essers/S.A. Stevens, 2^e druk, Kluwer-Deventer, 2008
- Vriesendorp, R.D.
1994 “*Het Nederlands goederenrecht en het Haagse Trustverdrag*”, Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor burgerlijk recht, 1994, Koninklijke Vermande
- Vriesendorp, R.D.
2003 “*De Nederlandse trust, het vertrouwen waard!*”, opstel in de bundel “*Trust en onderneming*”, Schoordijk Instituut, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2003
- Vries de, K.R.
2001 “*Inkomsten uit een trust onder de Wet inkomstenbelasting 2001*”, *WFR* 2001/1631
- Vries, N.H./de Vries, R.J.
2005 “*Cursus Belastingrecht*”, Studenteneditie 2005–2006, “*Vennootschapsbelasting*”, Kluwer, Deventer, 2005

- Vijfeijken van, I.J.F.A.
2001 “Belastingheffing bij erven en schenken”, Sdu Fiscale & Financiële uitgevers, Amersfoort, 2001, Stichting Fiscaal Wetenschappelijk College, Rotterdam
- Vijfeijken van, I.J.F.A.
2001 “Fictieve erfrechtelijke verkrijgingen in de successiewet 1956”, Fiscale Monografieën, 2002, Kluwer-Deventer.
- Vijfeijken van, I.J.F.A.
2004 “Contouren van een nieuwe Successiewet”, *WPNR*, nr. 6576, jaargang 135, 1 mei 2004, Themanummer Successiewet
- Vijfeijken van, I.J.F.A.
2008 “De fiscale behandeling van de herroepelijke schenking”, *WPNR*, nr. 6744. Jaargang 139, 1 maart 2008
- Vijfeijken van, I.J.F.A.
2009a “De nieuwe tariefstructuur en andere wijzigingen”, *WPNR*, nr. 6802, 6 juni 2009, Kluwer – Deventer
- Vijfeijken van, I.J.F.A.
2009b “Wetsvoorstel 31 930: gebrek aan visie”, *WFR*, nr. 6829, 1 oktober 2009, 138^e jaargang, Kluwer, Deventer
- Vijfeijken van, I.J.F.A.
2009c “De beperkte schuldenaftrek voor het recht van overgang”, *WFR*, nr. 6840, 138^e jaargang, 2009, Kluwer, Deventer
- Waaier, B.C.M.
2006a “De legitieme portie”, Handboek erfrecht, Publicaties vanwege het centrum voor notarieel recht onder redactie van M.J.A. van Mourik, 4^e druk, Kluwer-Deventer, 2006
- Waaier, B.C.M.
2006b “Uiterste wilsbeschikking, algemeen”, Handboek erfrecht, Publicaties vanwege het centrum voor notarieel recht onder redactie van M.J.A. van Mourik, 4^e druk, Kluwer-Deventer, 2006
- Wassermeyer, F.
2007 “Handbuch des Aussensteuerrechts 2007”, Verlag des Wissenschaftlichen Instituts der Steuerberater GmbH Berlin, Verlag C.H. Beck oHG München, 2007
- Waters, D.
2002 “Reaching for the sky: taking trust laws to the limit”, in D. Hayton’s “Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds”, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, The Hague, 2002
- Watt, G.
2006 “Trusts and Equity”, second edition, Oxford University Press, Oxford, 2006

- Weerd van der –
Van Joolingen, H.F.
2009
- “De verkrijger in de nieuwe Successiewet”, *WFR*, nr. 6818, 25 juni 2009, 138^e jaargang, Kluwer-Deventer
- Wheeler, J.C.
2007
- “Conflicts in the attribution of income to a person”, *Cahiers de droit fiscal international*, Volume 92b, International Fiscal Association, 2007 Kyoto Congress, Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, The Netherlands
- Whitman, R.
2000
- “Estate Planning with Trusts in the United States”, bijdrage in A. Kaplan, “Trusts in Prime Jurisdictions”, 2000, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston
- Zaman, D.F.M.M.
2007
- “Een nieuwe rechtsvormgeving”, inaugurale rede, Sdu Uitgevers bv, Den Haag, 2007
- Zwalve, W.J.
2000
- “C. A/E Uniken Venema’s Common & Civil Law, inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht”, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer – 2000
- Zwalve, W.J.
2008
- “C. AE. Uniken venema’s Common Law en Civil Law”, Tweede herziene druk, 2008, Leiden/Boom Juridische Uitgevers
- Zwemmer, J.W.
1975
- “De fiscale gevolgen van de vervreemding van genotsrechten”, *FED*, Deventer, 1975
- Zwemmer, J.W.
1997
- “Fiscaal/en civielrechtelijke aspecten van voorwaarde en tijdsbepaling”, *FED*, Deventer, 1997
- Zwemmer, J.W.
2000
- “Doelvermogens”, *WPNR*, nr. 6415, jaargang 131, 30 september 2000

Trefwoordenregister⁴

A

aanmerkelijkbelang	IV, 2.4.5.2.1
aansprakelijkheid van de <i>trustee</i>	I, 2.6.2.3
aard van de bij de <i>express private trust</i> betrokken belangen	I, 2.6.4
aard van het <i>trustfund</i>	I, 2.6.3
<i>accumulation trust</i>	V, 1.2.2.1
<i>acceptance</i>	II, 2.6.1.1
<i>Accursius</i>	I, 1.3.1
<i>act of a party</i>	I, 2.6.1
<i>act of law</i>	I, 2.6.1
<i>actio fiduciae</i>	I, 1.2.3
<i>actio Pauliana</i>	II, 1.6.3.3
<i>active use</i>	I, 1.7.1; 1.7.2
administratief hanteerbaar	II, 2.6.1.1.2
<i>ad opus suum</i>	I, 1.6.1
<i>advancement of education</i>	I, 2.6.4.2
<i>advancement of religion</i>	II, 2.6.4.2
<i>aediles curules</i>	I, 1.2.1
<i>aequitas</i>	I, 1.4.3
<i>aequus</i>	I, 1.4.3
<i>Aethelberth I</i>	I, 1.4.1
afbakening van het onderzoeksterrein	Verantwoording, etc.
affatomie	I, 1.3.1
afgezonderd particulier vermogen	Verantwoording, etc.; III, 2.4.2, 2.4.3.4; IV, 1.4.2
af(ge)scheiden van vermogen	Verantwoording, etc. II, 3.2.2
afzonderen van vermogen	Verantwoording, etc.; III, 2.4.3.5
<i>agency</i>	II, 2.1, 2.5.2.3
<i>agreements (in equity)</i>	II, 2.6.1.1.1
<i>album</i>	I, 1.4.2
<i>Alfred of Wessex</i>	I, 1.4.1
algemeen nut stichting met private elementen	V, 1.3.3.2
algemene kenmerken van rechtssubjectiviteit	II, 3.2.2
Amerikaans rechtssysteem	I, 1.9.1
<i>amicitia</i>	I, 1.2.1
Anglikanen	I, 1.9.1
<i>Anglo-Saxons</i>	I, 1.4.1
<i>animus recipiendi</i>	III, 2.1.1
<i>anomalous testamentary trust</i>	II, 2.6.4

⁴ De Romeinse cijfers verwijzen naar de delen 1 t/m 6, de arabische cijfers naar de hoofdstukken/paragrafen daarin.

Antilliaanse Stichting Particulier Fonds (<i>private foundation</i>)	I, 4.1.4
<i>apparent ownership</i>	V, 1.2.2.2
<i>attorney general</i>	I, 4.1.2; II, 2.3
<i>Augustus</i>	I, 1.2.2
<i>Aussensteuergesetz</i>	V, 1.2.2.1
Australië	V, 1.2.1.3
<i>automatic resulting trust</i>	II, 2.6.1, 2.6.1.2
<i>auxilium</i>	I, 1.4.1
B	
<i>Bacon, F.</i>	I, 1.4.3
<i>Bailiff</i>	I, 1.6.2
<i>bailments</i>	I, 1.6.2; II, 2.1, 2.5.2.2
“Baksteen”-arrest	IV, 1.4.4.1.1
<i>Baldus</i>	I, 1.3.1
<i>Ballou, H.</i>	I, 1.8
<i>Bankruptcy (Insolvency) Act</i>	II, 2.6.1
<i>bare trust</i>	II, 2.1, 2.5.1.2, 2.6.2.2.2
<i>barristers</i>	II, 2.6.1.1.2
<i>Bartolus</i>	I, 1.3.1
begrip afgezonderd particulier vermogen	III, 2.4.3.4
begrip afzonderen	III, 2.4.3.5
begrip schenking	III, 2.1.1
belang transparantie	III, 1
belang van het verdrag	II, 1.2
<i>beneficial interest</i>	II, 2.3
<i>beneficiary</i>	I 1.4.3, 1.6.5
<i>beneficium</i>	I, 1.4.1
bereik van het verdrag	II, 1.3
beschikkingsbevoegdheid	II, 2.6.1.1.2
bestuur van de trust	II, 1.5
bevoegdheden van de trustee	II, 2.6.2.2.2
Besluit “Fiscale behandeling van de trust, de SPF en ander “zwevend vermogen” (Besluit van 15 december 2005, nr. CPP2005/2528 M)	Verantwoording, etc.; III, 3.3
bewind	II, 3.1
bezwaren voorgestelde regeling	V, 1.4.3
bijzondere vraagstukken	IV 1.4.4
<i>blackacre</i>	I, 1.9.1
<i>bodies of persons</i>	I, 3.2.2
<i>Boer J.P.</i>	III, 3.2.3.2.2
<i>bona fide purchase for value without notice</i>	II, 2.5.1.2, 2.6.2.3
box-3 vermogensbestanddelen	IV, 2.4.5.2.1
Brassband I-arrest	V, 1.3.3.1
Brassband II-arrest	V, 1.3.3.1
<i>breach of trust</i>	II, 2.6.2.2.1, 2.6.2.3

<i>breve</i>	I, 1.4.2
bronnen van inkomen <i>fixed trust</i>	IV, 2.4.3
<i>business trusts</i>	Verantwoording, etc.; II, 2.1 2.6.3.2.2
C	
Canada	V, 1.2.1.5
<i>canones</i>	I, 1.3.3
canonieke recht	I, 1.3.3
<i>Capital Gains Tax</i>	I, 3.1
<i>Capital Transfer Tax</i>	I, 3.2.3
<i>capitularia</i>	I, 1.3.1
<i>Carter, J.</i>	I, 1.93
<i>case law</i>	I, 1.2.1
<i>cases</i>	I, 1.4.2
<i>Cayman Islands' Special Trusts (Alternative Regime) Law 1997</i>	I, 4.1.3
<i>certainty of words</i>	I, 2.1
<i>certainty of subject matter</i>	I, 2.1
<i>certainty of objects</i>	I, 2.1
certificering van aandelen	I, 2.3.1
<i>cestui(s) que use</i>	I, 1.4.3, 1.6.1, 1.6.5
<i>chancellor</i>	I, 1.4.3
<i>Chancellor of the Exchequer</i>	I, 3.1
<i>Chancery (Devision)</i>	I, 1.2.2, I, 2.6.1.1.2
<i>chargeable life time transfer</i>	I, 3.2.3
<i>charitable purpose trust</i>	II, 2.6.4
<i>charitable trust</i>	II, 2.1, 2.6.4, 2.6.4.2
<i>Charities Act 1993</i>	II, 2.6.4.2
<i>Charities Act 2006</i>	II, 2.6.4.2
<i>charity commissioners</i>	II, 2.3, 2.6.4.2
classificatie van de <i>trust</i>	I, 1.2.1, 2.6
<i>Claudius</i>	I, 1.2.2
<i>Cnut</i>	I, 1.4.1
<i>Code général des impôts</i>	V, 1.2.2.2
<i>Codex</i>	I, 1.3.1
<i>cognitio extra ordinem</i>	I, 1.2.2
<i>Coke, E.</i>	I, 1.9.2
commentaar op literatuur	III, 3.2.3.2
Commentatoren	I, 1.2.3
<i>commercium</i>	I, 1.2.2
<i>common law</i>	I, 1.1, 1.4.1, 1.4.2
<i>common law in de VS</i>	I, 1.9
<i>Commons</i>	I, 1.7.1
<i>complex trust</i>	V, 1.2.1.1
<i>consideration</i>	II, 2.6.1.1.1
<i>consilium</i>	I, 1.4.1
<i>Constantijn de Grote</i>	I, 1.3.1

constructiebestrijding	III, 2.4.4
<i>constructive trust</i>	I, 2.4, 2.6.1; II, 1.3
<i>constructive notice</i>	I, 2.6.2.3
<i>contigent future interests</i>	II, 2.6.1.1.2, 2.6.3.1
<i>contract</i>	I, 2.1, 2.5.2.1, 2.6.1.1.1
<i>contracts under seal</i>	I, 2.6.1.1.1
<i>Cooley, T.M.</i>	I, 1.9.3
<i>county courts</i>	I, 1.4.1
<i>Corpus Iuris Canonici</i>	I, 1.3.3
<i>Corpus Iuris Civilis</i>	I, 1.2.3
costumen	I, 1.4.1
<i>Corte di Cassazione</i>	V, 1.2.2.3
<i>Court of Cancery</i>	I, 1.4.2, 1.6.6
<i>Court of Common Pleas</i>	I, 1.4.1
<i>Court of Conscience</i>	I, 1.4.3
<i>Court of Equity</i>	I, 1.4.3
<i>Court of Exchequer</i>	I, 1.4.1
<i>Court of King's Bench</i>	I, 1.4.1
<i>Courts of Westminster</i>	I, 1.4.1, 1.4.2
criteria verbondenheid	II, 1.4
<i>Cromwell</i>	I, 1.7.1
<i>culpa</i>	I, 1.2.2
Curaçaoose trust	I, 4.2
<i>curia regis</i>	I, 1.4.1, 1.4.3
<i>custos</i>	I, 1.3.3
<i>custodia</i>	I, 1.3.3
<i>cy près doctrine</i>	II, 2.6.4.2
D	
<i>decree</i>	I, 1.4.3
<i>decree for carrying out the trust</i>	I, 2.6.2.3
<i>deed</i>	III, 2.6.1.1.1
<i>declaration of trust</i>	Verantwoording, etc.; III, 2.2.2.4.2, 2.6.1, 2.6.1.1.1
<i>Delaware Statutory (Business) Trust (Act)</i>	II, 2.3
derdenbeding	III, 2.2.2.4.3
<i>Deutsch-rechtliche Treuhand</i>	V, 1.2.2.1
de stichting als geïnstitutionaliseerde uitvoerder van een derdenbeding	V, 1.3.31
de trust in historisch perspectief	I, 1
de trust is equitable van aard	I, 2.2
de trust naar Engels recht	I, 2
de trust vs andere rechtsverhoudingen	I, 2.5.2
Digesten	I, 1.3.1
<i>Diocletianus</i>	I, 1.3.1
<i>direct trusts</i>	II, 2.6.1
<i>disclaimer</i>	II, 2.6.1.1.1
<i>discretionary powers</i>	II, 2.6.2.2.2

<i>discretionary trust</i>	Verantwoording, etc.; II, 2.1, 2.51.2,2.6.2.2.2
<i>discretionary trust inter vivos</i>	III, 2.1
<i>discretionary trust mortis causa</i>	Verantwoording, etc.; III, 2.2
<i>dispensator</i>	I, 1.3.3
<i>dispositive discretions</i>	II, 2.6.2.2.2
doeleinden van de <i>trust</i>	II, 2.3
doel van het recht	III, 2.4.5
<i>domestic trust</i>	V, 1.2.1.1
Dominaat	I, 1.2.1
<i>dominium</i>	I, 1.4.1
<i>dominus</i>	I, 1.4.1
<i>dolus</i>	I, 1.2.2
<i>domicile</i>	I, 3.1, 3.2.3
<i>domicile of choice</i>	I, 3.2.3
<i>domicile of origins</i>	I, 3.2.3
<i>donatio cum modo</i>	V, 1.2.1.6
<i>donee of the power</i>	II, 2.6.2.2.2
doorschuiffaciliteiten	IV, 2.4.4.2
duale eigendom	I, 1.7.3
<i>dual ownership</i>	II, 2.5.1.1, 2.5.1.2
Duitsland	V, 1.2.2.1
<i>duty of care</i>	II, 2.6.2.2.1
<i>duties on the acceptance of the trust</i>	II, 2.6.2.2.1
<i>duties van trustees</i>	II, 2.6.2.2.1
dwingende rechtsregels	II; 1.6
dwingende Nederlandse rechtsregels	II, 1.6.3
E	
<i>ecclesiastical courts</i>	II, 2.6.1.1.2
economisch belang	Verantwoording, etc., III, 1
economisch gerechtigd	Verantwoording, etc.
<i>edicta magistratim</i>	I, 1.2.1
Edward I	I, 1.4.2
Edward III	I, 1.6.1
Edward “de Belijder”	I, 1.4.1
een zo ruim mogelijke erkenning	II, 2.6
een nieuwe wettelijke regeling	V, 1.4
betreffende doelvermogens	II, 1.4
eigendom ten titel van beheer	II, 3.1
einde van de <i>trust</i>	II, 2.6.3.2
<i>enforcer</i>	I, 4.1.2, 4.1.3
Engelse belastingheffing	I, 3
Engelse puriteinen	I, 1.9.1
Engels privaatrecht	I, 2
Engels recht in de (vroeg) middeleeuwen	I, 1.4
<i>English common law</i>	I, 1.9.1
entiteitsbenadering	V, 1.3.3.5

<i>Erbschaft- und Schenkungsgesetz</i>	V, 1.2.2
<i>equitable obligations in rem</i>	II, 2.6.2.2.1
<i>equitable owner</i>	II, 2.2, 2.5.1.2
<i>equitable rights</i>	II, 2.2
<i>equitable title</i>	II, 2.5.1.1
<i>equity</i>	I, 1.1, 1.4.3
<i>“equity acts in personam”</i>	I, 1.4.3
<i>“equity follows the law”</i>	I, 1.4.3
<i>equity prevails</i>	I, 1.4.3
<i>equity’s darling</i>	I, 1.7.3
<i>escheat</i>	I, 1.4.1, 1.6.1
<i>estate at will</i>	I, 1.6.1
<i>estate for life</i>	I, 1.6.1
<i>estate for years</i>	I, 1.6.1
<i>estate in fee simple</i>	I, 1.6.1, 2.6.3,
<i>estate in fee tail</i>	I, 1.61, 2.6.3
<i>estates</i>	I, 1.6.1
<i>Exchequer</i>	I, 1.8
<i>Exchequer Chamber</i>	I, 1.8
<i>executorship</i>	I, 2.1, 2.5.2.4
<i>express private trust</i>	Verantwoording, etc., II, 2.1, 2.6.4.1
<i>excluded person</i>	IV, 1.3.2.1
<i>exhaustive trust</i>	I, 3.2.1.2
<i>ex-patriates</i>	III, 2.4.2.2.3
<i>Explanatory Report</i>	II, 1.6.2
<i>express powers</i>	II, 2.6.2.2
<i>extraordinary jurisdiction</i>	I, 1.4.3
F	
<i>familiestichting als verlengstuk</i>	
<i>erflater/schenker</i>	V, 1.3.3.3
<i>Familientrust</i>	V, 1.2.2.1
<i>Family Law Reform Act 1969</i>	II, 2.6.1.1.2, 2.6.2.2
<i>family trusts</i>	II, 2.1, 2.6.2.2., 2.6.3.1
<i>fee</i>	I, 1.4.1
<i>feodale leenstelsel</i>	I, 1.4.1
<i>feodalisme</i>	I, 1.4.1
<i>feodum</i>	I, 1.4.1
<i>feoffee to uses</i>	I, 1.3.1, 1.6.1
<i>feoffer</i>	I, 1.4.3
<i>feoffments to use</i>	I, 1.1, 1.4.3, 1.5
<i>fictieve erfachtelijke verkrijging</i>	III, 2.2.4
<i>fideicommissaire substituties</i>	I, 1.2.2
<i>fideicommissarius</i>	I, 1.2.2
<i>fideicommissum</i>	I, 1.1, 1.2.2
<i>fideicommissum hereditatis (testamenti factio)</i>	I, 1.2.
<i>fideicommissum quod familiae relinquitur</i>	I, 1.2.2

<i>fideicommitto</i>	I, 1.2.2
<i>fides</i>	I, 1.2.1
<i>fiducia</i>	I, 1.1
<i>fiducia cum amico contracta</i>	I, 1.2.3
<i>fiducia cum creditore</i>	I, 1.2.3
fiduciaire eigendomsoverdrachten	Verantwoording, etc.
fiduciaire verplichting	I, 1.6.4
fiduciant	I, 1.2.3
<i>fiduciarius/fiduciaris</i>	I, 1.2.2, 1.2.3
<i>fiduciary powers</i>	II, 2.6.2.2.2
<i>fiduciary relationship</i>	II, 2.6.1
fiducia verbod	II, 1.6.3.2
fiducie	V, 1.2.2.2
<i>Field, D.D.</i>	I, 1.9.3
<i>Fiemes, F.</i>	I, 1.7.1
<i>Fiennes, Thomas (Lord Dacre of the South)</i>	I, 1.7.1
<i>Finance Act 2008</i>	I, 3.2.2
<i>Finch, H. (Lord Nottingham)</i>	I, 1.8
fiscaalrechtelijke gevolgen van de kwalificatie	Verantwoording, etc.
fiscaalrechtelijke kwalificatie van de <i>trust</i>	Verantwoording, etc.
fiscale transparantie	Verantwoording, etc.
<i>flat rate</i>	I, 3.2.2
<i>fixed trust</i>	Verantwoording, etc., II, 2.1, 2.1.5.1
<i>foreign grantor trust</i>	V, 1.2.1.1
<i>foreign protector asset trust</i>	V, 1.2.1.1
<i>foreign trust</i>	V, 1.2.1.1, 1.2.1.4
<i>formulas/formulae</i>	I, 1.2.2, 1.3.1
forum	II, 2.2
“for the love of God and by way of charity”	I, 1.4.3
<i>Frances, R.</i>	I, 1.8
Franciscaanse broeders	I, 1.6.1
Frankisch-Germaans recht	I, 1.3.1
Frankrijk	V, 1.2.2.2
<i>freehold estates</i>	I, 2.6.3
<i>Freudenthal, R.M.</i>	III, 3.2.3.2.1
<i>fully secret trusts</i>	II, 2.6.1.1.1

G

geldigheid van de <i>trust</i>	II, 1.5
gelijkheidsbeginsel	III, 2.4.5
<i>gemeinschaftliches Testament</i>	V, 1.2.2.1
<i>general power</i>	II, 2.6.2.2.2
<i>generation-skipping capital settlements</i>	I, 3.2.1
genieten van inkomsten	IV, 2.4.2
gesloten stelsel	II, 1.6.3.2
gevolgen van de erkenning	II, 2.2
gevolgen van de kwalificatie	Verantwoording, etc.

gevolgen van de als afgezonderd particulier vermogen aan te merken	
<i>discretionary trust</i> :	IV, 1
- voor de heffing van schenkbelasting	IV, 1.2.1
- voor de heffing van erfbelasting	IV, 1.2.2
- voor de heffing van inkomstenbelasting	IV, 1.3
- voor de heffing van vennootschapsbelasting	IV, 1.4
gevolgen van de <i>fixed trust</i> :	IV, 2
- voor de heffing van schenkbelasting	IV, 2.2
- voor de heffing van erfbelasting	IV, 2.3
- voor de heffing van inkomstenbelasting	IV, 2.4
gift	I, 2.1
<i>Gilbert, J.</i>	I, 1.8
<i>glossa (ordinaria)</i>	I, 1.3.1
Glossatoren	I, 1.2.3., 1.3.1
<i>Goebel, J.</i>	I, 1.9.2
<i>good conscience</i>	I, 1.4.3
<i>grantee</i>	I, 1.4.3
<i>grantor</i>	I, 1.4.3
<i>grantor trust</i> regels	II, 2.4.2.2.2, V, 1.2.1.1
<i>guardian</i>	V, 1.2.1.6
<i>guardianship</i>	I, 2.1, 2.5.2.5
H	
Haags <i>trust</i> verdrag	Verantwoording, etc., II, 2.4
<i>Hadrianus</i>	I, 1.2.2
<i>half-secret trusts</i>	II, 2.6.1.1.1
handelingsbekwaamheid	II, 2.6.1.1.2
handelingsbevoegdheid	II, 2.6.1.1.2
<i>Harold</i>	I, 1.4.1
heffingscriteria	IV, 1.3.2.2; V, 1.4.2
heffingsvacuüm	III, 2.4.4
<i>Hendrik II</i>	I, 1.4.1
<i>Hendrik III</i>	I, 1.6.5
<i>Hendrik VIII</i>	I, 1.7.1
<i>Herman, S.</i>	I, 1.3.3
<i>High Court (of Justice)</i>	I, 1.8
historisch perspectief	I, 1
<i>hommagium</i>	I, 1.4.1
<i>hold over</i>	I, 3.2.2.1
<i>Holmes, O.W.</i>	I, 1.2.2
<i>honoray trusts</i>	II, 2.1, 2.3, 2.6.4.3
hoofdkenmerken Romeins privaatrecht	I, 1.2.1
hoofdlijnen van de Engelse belastingheffing van <i>trusts</i>	Verantwoording, etc., I, 3
hoofdregel toerekening vermogens- bestanddelen afgezonderd particulier vermogen	III, 2.4.2.2.2

<i>House of Lords</i>	I, 1.4.3
Hugenoten	I, 1.9.1
I	
<i>immediate post-death interest trust</i>	I, 3.2.3
<i>imperative power</i>	I, 2.6.2.2.2
<i>imperfect obligation</i>	I, II, 2.6.4
<i>implied powers</i>	I, 2.6.2.2.2
<i>implied trust</i>	II, 2.4, 2.6.1
<i>indirecte toerekening</i>	III, 2.4.2.2.5
<i>incertae personae</i>	I, 1.2.2
<i>income tax</i>	I, 3.1
<i>in consimili casu-formule</i>	I, 1.4.2
<i>Inheritance Family Provisions Act 1938</i>	II, 1.6.3.3
<i>Inheritance Provisions for Family and Dependants Act</i>	II, 1.6.3.3
<i>Inheritance Tax Act</i>	I, 3.2.2., 3.2.3
<i>injunction</i>	I, 1.4.3
<i>inpassing verdragstrust</i>	II, 3
<i>in socage</i>	I, 1.4.1
<i>Insolvency Act 1986</i>	II, 2.6.2.4
<i>internationaal (dwingende) voorrangregels</i>	II, 1.6.2
<i>intentio</i>	I, 1.2.2
<i>itinerant justices</i>	I, 1.4.1
Instituten	I, 1.3.1
<i>interdict</i>	I, 1.4.
<i>interest in possession (trust)</i>	I, 2.6.2.2.2, 3.2.1.1; II, 3.2.1, 3.2.1.1
<i>interest in reversion</i>	I, 3.2.1.1
<i>international family trust</i>	V, 1.2.1.1
<i>inter vivos trust</i>	II, 2.6.1.1.1
<i>investment trusts</i>	II, 2.1, 2.2, 2.6.3.2.1
<i>involuntary trust</i>	II, 2.6.1
Italië	V, 1.2.23
<i>iures prudentes</i>	I, 1.2.1
<i>ius</i>	
- <i>aequum</i>	I, 1.4.3
- <i>civile</i>	I, 1.2.1
- <i>commune</i>	I, 1.2.3
- <i>divinium</i>	I, 1.3.3
- <i>gentium</i>	I, 1.2.1
- <i>honorarium</i>	I, 1.2.1
- <i>in personam</i>	II, 2.5.1.2
- <i>in rem</i>	II, 2.5.1.2
- <i>positivum (humanum)</i>	I, 1.3.3
- <i>publicere respondendi</i>	I, 1.2.3
- <i>standi in iudicio</i>	V, 1.2.1
- <i>strictum</i>	I, 1.4.3
<i>iusticiarii in itinere</i>	I, 1.4.1

J

<i>Jager de, J.K.</i>	I, 1.7.1
Jamestown	I, 1.9.1
Jersey-arresten	III, 2.1.2
Jersey-trust	I, 1.3.1
<i>judicial review</i>	I, 1.9.3
juridisch belang	Verantwoording, etc.; III, 1
<i>Justinianus</i>	I, 1.2., 1.3.1, 1.3.2
<i>juridical discretion</i>	I, 1.4.1
juridisch zelfstandige entiteit	II, 3.2
<i>justices in eyre</i>	I, 1.4.1
<i>Johnson, S</i>	Literatuurregister
<i>Johnston, D</i>	I, 1.2.1

K

Karolingers	I, 1.3.1
Karolingische periode	I, 1.4.1
Karolingische Rijk	I, 1.3.1
<i>Kaser, M.</i>	I, 1.2.1
kasstelsel	IV, 4.2.4
katholieken	I, 1.9.1
<i>Keeper of the King's Conscience</i>	I, 1.4.3
<i>Keeper of the Great Seal</i>	I, 1.4.3
keizerlijk recht	I, 1.2.1
kenmerken rechtssubjectiviteit	II, 3.2.2
kenmerken nieuwe wettelijke regeling doelvermogens	V, 1.4.2
kenmerken van de <i>trust</i>	Verantwoording, etc.; I, 2.5
kenmerken van de <i>fixed trust</i>	III, 3.4.2
kenschets van de <i>trust</i>	I, 2.2
kenmerken van de <i>use</i>	I, 1.6.2
kenschets wettelijke regeling afgezonderd particulier vermogen	III, 2.4.2.2
kerkelijke gerechten	I, 1.6.5
klassieke periode	I, 1.2.1
knelpunten	Verantwoording, etc.
knelpunten <i>fixed trust</i> :	V, 2
- tijdens ontstaan	V, 2.1
- tijdens bestaan	V, 2.2
<i>knight's service</i>	I, 1.6.1
koloniaal recht	I, 1.1, 1.91
<i>Körperschaftssteuergesetz</i>	V, 1.2.2.1
Krachtens erfrecht verkregen	III, 2.2.2.3
kritische kanttekeningen	Verantwoording, etc.; III, 2.1.3
kwalificatie van de <i>discretionary trust</i>	III, 2
kwalificatie van de <i>discretionary trust inter vivos</i> (schenkingsrecht)	III, 2.1

kwalificatie van de <i>discretionary trust mortis causa</i> (successierecht)	III, 2.2
kwalificatie van de <i>discretionary trust</i> ná 1 januari 2010	III, 2.4
kwalificatie van de <i>fixed trust</i>	III, 3
kwalificatie van de <i>fixed trust</i> vóór 1 januari 2010	III, 3.2
kwalificatie van de <i>fixed trust</i> ná 1 januari 2010	III, 3.4
kwalificatie van de <i>revocable discretionary trust</i>	III, 2.3
kwalificatie van de verdragstrust	II, 3.2.2
kwalificatie van het broninkomen	IV, 1.5, 2.5
L	
landen die de <i>trust</i> niet kennen	V, 1.2.2
<i>landtrust</i>	II, 2.3
Landsverordening op stichtingen	I, 4.1.4
Langobarden	I, 1.2.1
<i>law french</i>	I, 1.4.1, 1.6.5
<i>Law of Property Act</i> 1925	I, 1.4.1, 2.3, 2.6.1
<i>leasehold estate</i>	I, 2.6.3
leenheerlijke jurisdictie	I, 1.4.1
<i>legal estate</i>	I, 1.7.1
<i>legal ownership</i>	I, 2.5.1.1
<i>legal title</i>	I, 2.5.1.1
<i>legatum</i>	I, 1.2.2
<i>legis actionis</i>	I, 1.2.2
<i>legis Iulia</i>	I, 1.2.2
<i>legis barbarorum</i>	I, 1.3.1
legitieme portie	II, 1.6.3.3
<i>lessee</i>	I, 1.6.2
<i>letter of wishes</i>	I, 2.6.2.1
<i>lex:</i>	
- <i>barbara Visigothorum</i>	I, 1.3.1
- <i>Burgundionem</i>	I, 1.3.1
- <i>fori</i>	II, 1.2
- <i>rei sitae</i> -regel	II, 6.1.6
- <i>Romana Visigothorum</i>	I, 1.3.1
- <i>Ribuaria</i>	I, 1.3.1
lichaam	II, 3.2.1
<i>life estate</i>	I, 2.6.3
<i>life interest</i>	IV, 1.3.1
<i>life interest beneficiary</i>	III, 2.1.3.5
<i>Limitation Act</i> 1980	I, 2.6.2.4
<i>limited power</i>	I, 2.6.2.2.2
<i>lives in being</i>	I, 2.6.1.1.2
<i>living trust</i>	I, 2.6.1; III, 3.2.3.2.1

<i>Lord:</i>	
- <i>Chancellor</i>	I, 1.4.3
- <i>Browne-Wilkinson</i>	I, 2.2, 2.4
- <i>Coke</i>	I, 2.4
- <i>Eldon</i>	I, 1.8
- <i>Hartwicke</i>	I, 1.8
- <i>Langdale</i>	I, 2.6.1.1.2
- <i>Thurlow</i>	I, 1.8
M	
<i>Magna Carta</i>	I, 1.4.1
<i>managing trustee</i>	II, 2.1
<i>mancipatio</i>	I, 1.2.3
<i>mandatory powers</i>	I, 2.6.2.2.2
<i>marriage</i>	I, 1.6.1
<i>Maryland</i>	I, 1.9.1
<i>Massachusetts</i>	I, 1.9.1
<i>materiële beperkingen (aan de totstandkoming van de trust)</i>	I, 2.1, 2.6.1.1.2
<i>materiële kenmerken van de verdragstrust</i>	II, 2.1
<i>Meade Committee</i>	I, 3.1
<i>medegerechtigdheid</i>	Verantwoording, etc.
<i>Merovingers</i>	I, 1.3.1
<i>Middeleeuwse feoffments to use</i>	I, 1.6
<i>Model Parliament</i>	I, 1.4.1
<i>Mutual funds</i>	I, 2.3
N	
<i>Nacherbfolge</i>	V, 1.2.2.1
<i>na-klassieke periode</i>	I, 1.2.1
<i>National Savings Certificates</i>	I, 3.2.1.2
<i>Nederlands-Antilliaanse Stichting</i>	
<i>Particulier Fonds</i>	I, 4.1.4; V, 1.3.2.3
<i>Nederlands successierecht</i>	III, 2.2.2
<i>Negeren van een door buitenlands recht beheerste entiteit</i>	III, 2.4.2.2.4
<i>new model constructive trust</i>	I, 2.6.1
<i>Nieuw-Zeeland</i>	V, 1.2.1.4
<i>nil-rate band</i>	I, 3.2.3
<i>no-fixed interest trust</i>	I, 2.6.2.2.2
<i>non:</i>	
- <i>charitable purpose trust</i>	I, 2.3, 2.6.4
- <i>exhaustive discretionary trust</i>	I, 2.6.2.2.1, 3.2.1.2
- <i>qualifying trusts</i>	V, 1.2.1.4
- <i>resident trust</i>	I, 3.1
- <i>vested future interests</i>	I, 2.6.1.1.2
<i>normale belastingheffing</i>	IV, 1.2.2

<i>notary public</i>	I, 2.6.1.1.2
Novellen	I, 1.3.1
novemberarresten	III, 1, 2.1.2
“ <i>nulle terre sans seigneur</i> ”	I, 1.4.1
<i>nutus</i>	I, 1.2.2
O	
<i>obligations in personam</i>	I, 2.6.2.2.1
obligatoire aspecten van de <i>trust</i> verhouding	I, 2.6.2
<i>oes/oeps</i>	I, 1.6.1
<i>off shore</i> :	
- <i>asset protection trust</i>	I, 4.1.1
- <i>financial centres</i>	I, 4.1
- <i>jurisdicties</i>	I, 4.1.2
- <i>non-charitable purpose trust</i>	I, 4.1.2
- <i>trust</i>	I, 3.1, 4.1
omschrijving van de <i>trust</i>	I, 2.4
- <i>discretionary trust</i>	Verantwoording, etc.
- <i>fixed trust</i>	Verantwoording, etc.
onafhankelijkheidsverklaring	I, 1.9.2
<i>on circuit</i>	I, 1.4.1
onderneming	IV, 2.4.5.2.1
ondernemingsgerichte <i>trusts</i>	I, 2.1, 2.6.3.2
onderzoekshypothesen	Verantwoording, etc.
onvoldoende zorgvuldigheid wetgever	III, 2.4.5
openbare orde	II, 2.7
<i>opus</i>	I, 1.6.1
<i>oral trust</i>	II, 2.1
<i>ordinary trust</i>	V, 1.2.1.1
<i>other purposes beneficial to the community</i>	I, 2.6.4.2
<i>owner</i>	I, 1.6.7
<i>ownership</i>	I, 2.5.1.1
P	
<i>pactum fiduciae</i>	I, 1.2.3
pakketjesbepaling	III, 2.2.2.4.2
Pandekten	I, 1.3.1
<i>Parliamentum</i>	I, 1.4.2
Partijen bij het verdrag	II, 1.2
<i>passive uses</i>	I, 1.7.1
paulianeuze handelingen	II, 1.6.3.3
<i>Peers</i>	I, 1.7.1
Pennsylvania	I, 1.9.1
<i>pension fund trust</i>	I, 2.1, 2.6.3.2.3
<i>peregrini</i>	I, 1.2.1
periodieke uitkeringen en verstrekkingen	IV, 2.4.5.2.1

<i>Perpetuities and Accumulations</i>	
<i>Act 1964</i>	I, 2.6.1.1.2
<i>perpetuities-periode</i>	I, 2.6.1.1.2
<i>personal discretion</i>	I, 1.4.3
<i>personal insurance trust</i>	I, 2.3
<i>personal powers</i>	I, 2.6.2.2.2
<i>personal representative</i>	I, 2.6.1.1.1; II, 1.6.3.2
<i>personaliteitsbeginsel</i>	I, 1.3.1
<i>personificatie van het vermogen</i>	Verantwoording, etc.
<i>personificatie van de trust</i>	Verantwoording, etc., 3.2.3.2.2
<i>personification</i>	I, 3.1
<i>peto</i>	I, 1.2.2
<i>Piae Causae</i>	I, 1.3.2
<i>placed under control</i>	II, 2.1
<i>plan van aanpak</i>	Verantwoording, etc.
<i>Plymouth-kolonie</i>	I, 1.9.1
<i>potentially chargeable transfers</i>	I, 3.2.3,
<i>potentially exempt transfer</i>	I, 3.2.2
<i>power of:</i>	
- addition	III, 1.2.2
- advancement	I, 2.6.2.2.2
- appointment	I, 2.6.2.2.2
- appropriation	I, 2.6.2..2.2
- exclusion	III, 1.2.2
- maintenance	I, 2.6.2.2.2
- revocation	I, 3.2.1; III, 2.3
<i>power relating to sales</i>	I, 2.6.2.2.2
<i>power to:</i>	
- accumulate	I, 3.2.1.2
- borrow money	I. 2.6.2.2.2
- compromise or compound liabilities	I, 2.6.2.2.2
- give receipts	I, 2.6.2.2.2
- insure trust property	I, 2.6.2.2.2
- lend trust money	I, 2.6.2.2.2
- pay statute-barre debts	I, 2.6.2.2.2
- revoke, modify or control	I, 2.6.2.1
<i>Practise Acts</i>	I, 1.9.3
<i>praeses</i>	I, 1.2.1
<i>praetoren</i>	I, 1.2.1
<i>praetors fideicommissarii</i>	I, 1.2.2
<i>precatory expressions</i>	I, 2.6.1.1.2
<i>presumed resulting trust</i>	I, 2.6.1.2
<i>primogenituur</i>	I, 1.6.3
<i>Principaat</i>	I, 1.2.1, 1.2.2, 1.3.1
<i>Principal charge</i>	I, 3.2.3
<i>principles of trustlaw</i>	I, 2.4
<i>prior interest</i>	I, 2.6.1.1.2
<i>privaatrechtelijke kwalificatie van de trust</i>	Verantwoording, etc.

<i>private individuals</i>	I, 3.2.2
<i>private (purpose) trust</i>	Verantwoording, etc.; I, 2.6.4
privatieve lastgeving	II, 3.1
<i>probate court</i>	I, 2.6.1.1.1
probleemstelling	Verantwoording, etc.
<i>pro debtor</i>	I, 4.1.1
<i>professional trustee</i>	I, 2.6.2.2.1
<i>property interests</i>	I, 2.5.1.1
<i>proprietas</i>	I, 1.4.1
<i>prorogative courts</i>	I, 1.4.3
<i>protector</i>	I, 2.6.2.1, 4.1.2
<i>public trust</i>	I, 2.6.4
<i>prudent man rule</i>	I, 2.6.2.2.1
<i>purchase price resulting trust</i>	I, 2.6.1
<i>pure trusts</i>	V, 1.2.1.1
Puriteinen	I, 1.9.1
PwC's "Proeve van een Familiestichting"	V, 1.3.3.4.3
Q	
Quakers	I, 1.9.1
<i>qualifying trusts</i>	V 1.2.1.4
quasi-rechtspersonen	I, 2.2
<i>Queen Victoria</i>	I, 2.6.1.1.2
R	
Raad van State	III, 2.4.2.1
Rapport Modernisering Successiewetgeving	Verantwoording, etc., V, 1.3.2
<i>real estate investment trust</i>	I, 2.6.3.2.1
<i>receivership</i>	I, 1.6.2
rechtsbeginselen	III, 2.4.5
rechtseenheid, leer van de	Verantwoording, etc.
rechtsgeldige gift	II, 1.6.3.2
rechtsgevolgen van de <i>trust</i>	II, 1.5
rechtskeuze	II, 1.6.3.2, 1.4,
recht om erkenning te beperken	II. 2.3
recht om erkenning te weigeren	II. 2.4
rechtsonzekerheid	I, 1.6.7
rechtspositie van:	
- de <i>beneficiary</i>	I, 2.6.2.3
- <i>cestui que use</i>	I, 1.6.5
- crediteuren	I, 2.6.2.4
- de <i>settlor</i>	I, 2.6.2.1
- de <i>trustee</i>	I, 2.6.2.2
rechtszekerheidsbeginsel	III, 2.4.5
<i>Recreational Charities Act 1958</i>	I, 2.6.4.2
Regeling ter voorkoming van dubbele belasting	IV, 1.3.2.2

regelingen betreffende trusts elders	V, 1.2
<i>register brevium</i>	I, 1.4.2
reikwijdte van het toepasselijk recht	II, 1.5
<i>relief</i>	I, 1.6.1
<i>relief of poverty</i>	I, 2.6.4.2
<i>relief of the impotent</i>	I, 2.6.4.2
<i>remainder interest</i>	I, 2.6.3
<i>remaindermen</i>	IV, 2.1.3.5
<i>residence</i>	I, 3.1, 3.2.3
<i>residence of trustees</i>	I, 3.1
<i>residence test</i>	I, 3.1
<i>res mancipi</i>	I, 1.2.3
<i>restatement of trust</i>	I, 2.4
<i>resulting trust</i>	I, 2.6.1, 2.6.2.1; II, 1.3
<i>reversionary interest</i>	I, 2.6.3, 3.2.1
<i>revocable discretionary trust</i>	Verantwoording, etc.; III, 2.3
Rhode Island	I, 1.9.1
<i>rights in property</i>	I, 2.2
<i>rigor iuris</i>	I, 1.4.2
<i>rogo</i>	I, 1.2.2
Romeins recht	I, 1.2
<i>revocable trust</i>	I, 2.6.2.1, 3.2.2.1
<i>Richard III</i>	I, 1.6.7
<i>right to:</i>	
- remuneration	I, 2.1
- reimbursement and indemnity	I, 2.1, 2.6.2.2.2, 2.6.2.2.3
- seek directions from the court	I, 2.1, 2.6.2.2.3
<i>rights in property</i>	I, 2.2
<i>rights of trustees</i>	I, 2.6.2.2.3
robuuste regeling	IV, 1.2.2
Romeis recht	I, 1.2
<i>Römisch-rechtliche fiduciarische Treuhand</i>	V, 1.2.2.1
Ruim mogelijke erkenning	II, 2.6
<i>rule of reason</i>	V, 1.3.2.5

S

Saalman	I, 1.3.1
Salische Franken	I, 1.3.1
Saxon	I, 1.4
<i>Second Statute of Westminster</i>	I, 1.4.2
<i>secret trusts</i>	I, 2.6.1.1.1
<i>seisin</i>	I, 1.6.4
<i>Selbstenteignung</i>	V, 1.3.3.3
<i>self settled trust</i>	I, 2.6.2.1, 2.6.2.4
<i>senatus consulta</i>	I, 1.2.1, 1.2.2
<i>separate patrimony</i>	V, 1.3.2.3
separatisten	I, 1.9.1
settlement	I, 3.1

<i>settlor</i>	I, 2.1, 2.2
<i>settlor-interested settlements</i>	I, 3.1
<i>settlor interested trust</i>	I, 3.1
<i>simple trust</i>	V, 1.2.1.1
Sogelease arrest	II, 2.4
<i>sollicitors</i>	I, 2.6.1.1.2
<i>source code trust</i>	I, 2.3
South Carolina	I, 1.9.1
<i>special power</i>	I, 2.6.2.2.2
<i>specified class of beneficiaries</i>	I, 2.6.2.2.2
<i>spendthrift trust</i>	I, 1.2.3; III, 2.1.3.5
<i>stamp duty</i>	I, 3.2.2.2
<i>standard investment criteria</i>	I, 2.6.2.2.1
<i>Standard Oil Company of Ohio</i>	I, 2.6.3.2
<i>Star Chamber</i>	I, 2.4
STAR trust	I, 4.1.3
<i>status</i>	I, 1.6.1
<i>Statute of Charitable Uses 1601</i>	I, 2.6.4.2
<i>Statute of Limitation</i>	I, 2.6.2.4
<i>Statute of Mortmain</i>	I, 1.6.1
<i>Statute Religiosis</i>	I, 1.6.1
<i>Statute of Uses</i>	I, 1.7
<i>Statute of Wills</i>	I, 1.7.1, 2.6.1.1.1
<i>statutory trust</i>	I, 2.6.1
<i>step up</i>	V, 1.4.2
<i>stipulator</i>	V, 1.3.3
<i>Story, J.</i>	I, 1.9.2
strijdigheid met non-discriminatiebepalingen	IV, 1.4.3.1
<i>subordination trust</i>	I, 2.3
<i>suitable investments</i>	I, 2.6.2.2.1
<i>supra legal power</i>	I, 1.6.5
<i>Supreme Court</i>	I, 1.9.3, 4.1.2
<i>Supreme Court of Judicature</i>	I, 1.8, 2.6.1.1.2
T	
<i>taper relief</i>	I, 3.2.2
<i>taxable distribution</i>	V, 1.2.1.4
<i>Taxation of Chargeable Gains Tax 1992</i>	I, 3.2.2
<i>Taxpayer Relief Act 1997</i>	V, 1.2.1
<i>taxplanning</i>	IV, 1.4.3.3
taken en verplichtingen van de trustee	I, 2.6.2.2.1
tegenbewijsregeling	III, 2.4.5; III, 2.4.5; IV, 1.2.2, 1.3.2.1; V, 1.4.2
<i>tenant (in):</i>	I, 1.4.1
- <i>capite</i>	I, 1.4.1
- <i>in fee simple</i>	I, 2.6.3
- <i>in tail</i>	I, 2.6.3
<i>tenures</i>	I, 1.4.1

ter beschikking gestelde vermogensbestanddelen	IV, 2.4.5.2.1
territorialiteitsbeginsel	I, 1.3.1
testamentary trust	I, 2.6.1.1.1; III, 2.2.2.4.3
testamenti factio	I, 1.2.2
Testamentvollstreckung	V, 1.2.2.1
Teutonicus	I, 1.3.1
Thelluson Act 1800	I, 2.6.1.1.2
The trusted environmental fund	I, 2.3
Three certainties (the rule against):	I, 2.1, 2.6.1.1.2
- accumulation	I, 2.1, 2.6.1.1.2
- inalienability	I, 2.1, 2.6.1.1.2
- perpetuities	I, 2.1, 2.6.1.1.2
throwback-rule	V, 1.2.1
title to the property	II, 2.1
toepasselijk erfrecht	II, 1.6.3.2
toerekening	Verantwoording, etc.; III, 2.4.2.2.2; IV, 1.3.1
toerekening <i>ex-patriates</i>	III, 2.4.2.2.3
toetsingscriteria	Verantwoording, etc.
toerekeningstop	IV, 1.3.2.2
toetsingskader van Boer	III, 3.2.3.2.2
toetsing van de onderzoeks-hypothesen	Verantwoording, etc.; III, 2.5, 3.5
tracing	I, 1.2.2, 2.5.1.2, 2.6.2.3; II, 2.2
tort	I, 2.2
toetsingscriterium	III, 1
transaction at undervalue	I, 2.6.2.4
transfer in trust	I, 2.6.1, 2.6.1.1.1
transfer of property	I, 2.6.1.1.1
transparency	I, 1.3.1
transparance fiscal	III, 2.3
transparent	Verantwoording, etc.
Treugeber	V, 1.2.2.1
Treugut	V, 1.2.2.1
Treuhand	I, 1.3.1; II, 2.1; V, 1.2.2.1
Treuhandverhältnis	V, 1.2.2.1
trust	I, 3.2.2, 2.6
trust for sale	I, 2.6.1
trustakte	Verantwoording, etc.
trustcompany	I, 2.6.2.2, 2.6.3.2.3
Trustee Act 1925	I, 2.6.2.2
Trustee Act 2000	I, 2.6.2.2
trustees	I, 2.1
trustfund	I, 2.5.1.2
trustinstrument	I, 2.6.2.2.
trustpowers	I, 2.6.2.2.2
trust in higher sense	I, 2.6.1
trust in lower sense	I, 2.6.1
trust implied by fact	I, 2.6.1

<i>trust implied by law</i>	I, 2.6.1
<i>trustlaw</i>	I, 2.1, 2.2
<i>trusts in de VS</i>	I, 1.10
<i>trusts in exotische rechtsgebieden</i>	Verantwoording, etc., I, 4
<i>trusts mortis causa</i>	I, 2.3
<i>trusts inter vivos</i>	I, 2.3
<i>trusts of imperfect obligation</i>	I, 2.4, 2.6.4.3
<i>trust to secure creditors</i>	I, 2.3
<i>trusts voorzover het de wijze van ontstaan betreft</i>	I, 2.6.1.1.1
<i>trust vs contract</i>	I, 2.5.2.1
<i>trust vs bailment</i>	I, 2.5.2.2
<i>trust vs agency</i>	I, 2.5.2.3
<i>trust vs executorship</i>	I, 2.5.2.4
<i>trust vs guardianship</i>	I, 2.5.2.5
U	
<i>uiterste wilsbeschikking</i>	II, 1.6.3.2
<i>uitgangspunt van het onderzoek</i>	Verantwoording, etc.
<i>uitlegging van de trustbepalingen</i>	II, 1.5
<i>uitsluiting van fiscale zaken</i>	II, 2.5
<i>uitzonderingen op de toerekening</i>	IV, 1.3.2
<i>UK dividend rate</i>	I, 3.2.1.2
<i>Ultramontani</i>	I, 1.3.1
<i>undue influence</i>	I, 2.6.1
<i>Uniform Acts</i>	V, 1.2.1.1
<i>Uniform Trust Code 2000</i>	V, 1.2.1.1
<i>unittrusts</i>	I, 2.3, 2.6.3.2.1
<i>use</i>	I, 1.2.2
<i>use upon a use</i>	I, 1.7.3
<i>usuarius</i>	I, 1.3.3
<i>usus</i>	I, 1.6.1
V	
<i>vazal</i>	I, 1.4.1
<i>vazaliteit</i>	I, 1.4.1
<i>verbintenisrechtelijke middelen</i>	I, 2.6.2.3
<i>Verenigde Staten van Amerika</i>	V, 1.2.1.1
<i>vererving door middel van testament</i>	I, 1.6.3
<i>Vermögensmasse ausländischen Rechts</i>	V, 1.2.2.1
<i>vermogensrechten onder opschor- tende tijdsbepaling</i>	IV, 2.2.2.1
<i>vermogensrechten onder opschor- tende voorwaarde</i>	IV, 2.2.2.2
<i>verrekening schenkelasting</i>	V, 1.4.2
<i>vervolgvraag</i>	Verantwoording, etc.
<i>Verwaltungstreuhand</i>	V, 1.2.2.1

verzorgingsrechten	II, 1.6.3.3
<i>vested in possession</i>	I, 2.6.1.1.2, 2.6.3.1
<i>vested in interest</i>	I, 2.6.1.1.2, 2.6.3.1
<i>vested interest in remainder</i>	I, 3.2.1
vestigingsplaatsfictie	V, 1.3.3.5, 1.4.2
<i>vesting</i>	I, 2.6.1.1.2
<i>very special purpose vehicle</i>	IV, 1.4.4.1.3
Virginia	I, 1.9.1
<i>volo</i>	I, 1.2.2
voor-klassieke periode	I, 1.2.1
voorkoming dubbele belasting	V, 1.4.2
voorstel Boer	V, 1.3.3.5
voorwaarden totstandkoming <i>trusts</i>	I, 2.6.1.1.2
(vroeg) continentaal middeleeuws recht	I, 1.3
vormen van <i>trusts</i>	I, 2.6
vroeg-naklassiek periode	I, 1.2.1
Vrijheidsoorlog	I, 1.9.2
W	
waarborg belastingheffing	V, 1.4.2
waarde van de verkrijging	III, 2.2.5
<i>“wait and see”-principle</i>	I, 2.6.1.1.2
<i>wardship</i>	I, 1.6.1
wenselijk fiscaal recht	Verantwoording, etc., V, 1
werkgroep Moltmaker	V, 1.3.2
wettelijke regeling per 1 januari 2010	III, 2.4.2
wetssystematiek	Verantwoording, etc.
<i>Willem de Veroveraar</i>	I, 1.4.1
<i>Willem van Normandië</i>	I, 1.4.1
<i>William “the Conqueror”</i>	I, 1.4.1
<i>Wills Act 1837</i>	I, 2.6.1.1.1
<i>will-trust</i>	I, 3.2.2.1
weigering van de erkenning	II, 2.4
wijze waarop <i>trusts</i> ontstaan	I, 2.6.1
woonplaatsfictie	V, 1.4.2
<i>Woodrow Wilson</i>	I, 2.6.1.1.2
<i>writ of subpoena</i>	I, 1.4.3
<i>writs</i>	I, 1.4.1
X	
XII Tafelen	I, 1.1
<i>xenodochia</i>	I, 1.2.1
Y	
<i>Yearbooks</i>	I, 1.4.2

Trefwoordenregister

Z

zwevend vermogen
Zuid-Afrika

III, 2.1.3.2
V, 1.2.1.6

Curriculum vitae

Gerard (D.L.M.) Gilissen werd geboren op 7 juni 1948 te Tilburg. Gedurende de periode 1960-1966 volgde hij middelbaar onderwijs aan het Van der Puttlyceum te Eindhoven. Aansluitend studeerde hij fiscaal recht aan de R.U. Leiden. In 1972 studeerde hij af en trad vervolgens in dienst bij de Rijksbelastingdienst. Vanaf 1972 liep hij gedurende drie jaar stage in de Directie Limburg. In 1975 werd hij benoemd tot inspecteur van 's Rijksbelastingen te Eindhoven (inspectie der vennootschapsbelasting).

In 1981 trad hij in dienst bij de maatschap van Dien+co/Kammer Luhrman+co.

In 1983 werd hij lid van de maatschap.

In 2003 werd het *partnership* met *PricewaterhouseCoopers (PwC)* op zijn verzoek beëindigd. Sindsdien hield hij zich deels bezig met een promotieonderzoek.

Hij is sinds 1970 getrouwd, heeft twee kinderen en twee kleinzonen.

ities of the trustee~duties on the acceptance of the trust~duty
by the directions of the trust~duty to safeguard trust assets~d
exercise reasonable care ~duty to earmark the property~duty
even-handedly as between beneficiaries~duty to distribute prop
the right persons~duty to act jointly~duty to act gratuitously~c
t to profit from the trust~duty not to delegate~duty to con- sid
the exercise of a power or discretion~duty to exercise an active
discretion~duty to take account of relevant considerations and
ignore irrelevant ones~duty to exercise the power in such way th
the intended result is achieved(or an unintended one avoided)~du
t to act capriciously~trust powers~power of appointment~pow
maintenance~power of advancementpower of sale~power to gi
receipts~power to insure~power to compound liabilities~power
in regard to reversionary interests~power to delegate~r of
appropriation~power relating to sales~applications to the court
ver to pay statute barre-debts~power to lend trustmoneys~pow
to borrow money ~right to reimbursement for costs and expens
right to remuneration~right to indemnity~right to seek directio
from the court~right to have trust administred by the court~rig
to pay money into the court~discharge on termination of the tru
~fideicommissum~amiticia~equity~common law~case law~ius
civilis~ius honora -rium~legatum~use~tracing~capitularia~form
ulae~Corpu Iuris Civilis~piae causae~xenodochia~custos~count
courts~curia regis~Court of Exchequer~ Chan- cellor~feoffments
use~feoffer~cestui que use~feoffee~feoffments to use~Statute c
to remain~estate for life~estate in fee simple~wardship~bailiff~es
in fee tail~estate at will~free hold estate~estate for life~estate
for years~Statute of Uses~legal interest~beneficial interest~acti
ons~use upon a use~equitable ownership~Judicature Acts~Court
of Common Pleas~King's Bench~Supreme Court of Judicature~Cou
rt of Chancery~lex fori~trustinstrument~implicit hierarchy~ settlo
r~grantor~trustee~protector~lex rei sitae~right of election~electiv
share~ placed under control~Treuhand~nominee~beneficiary
income~taxable distributions ~Nacherbfolge~Treuhandverhält
nis~Testamentvollstreckung~Treugut~Treugeber~Familiendus
~fiducie~Corte di Cassazione~throwback-rules~controltest~tax
avoidance~transparancy~private foundation~Isle of Man~pro-
tector~probate~donee of the power~dispositive discretions~conf
lict of interest~fair balance~vested in interest~"wait and see"