

De voorgestelde Belgische trust in het licht van duurzaamheid. An essay on ‘trustainability’

Vincent Janssen

*Onder wetenschappelijke begeleiding van:
Prof.dr. V. Sagaert en S. Baeyens*

INLEIDING

1. ALGEMEEN – Dat de van oudsher bestaande ‘scherpe tweedeling’ die bestond tussen enerzijds de wilsgebondenheid van het goederenrecht en anderzijds het wilsvrije verbintenissenrecht, en waarbij slechts die laatste openheid en attractiviteit met zich bracht en die eerste geslotenheid en eentonigheid als een van zijn belangrijkste ‘verworvenheden’ beschouwde, een geloofswaarheid is die heden ten dage in zekere mate voorbijgestreefd is, ten minste – zoals alles, of toch veel, in het leven – zeer te relativeren is, lijkt steeds meer buiten kijf te komen staan.

Er kan gewag worden gemaakt van een soort functionele vervaging die medebrenkt dat de ‘*fancies*’ waarvan RUDDEN spreekt,¹ schijnbaar toch niet zo exclusief eigendom van *contract* zijn, maar ook vaak in en voor *property (law)* uitwegen bieden naar meer flexibilisering, instrumentalisering en modernisering;² een (r)evolutie waarbij de goederenrechtbeminnaar onder u alleen maar – met een aan één zijde licht druppelende vlezige mondrand – verblijd en dankbaar naar kan opkijken. Kortom, dat het eigendomsbegrip absoluut is en niet relatief, dat de *numerus clausus* is en niet *apertus* en dat een vermogen een en ondeelbaar is en niet multi en opsplitsbaar, is slechts statisch, niet gradueel, noch evolutief en zeker niet onvoorwaardelijk waar. Het tegendeel blijkt immers uit tal van zowel juridische als maatschappelijke

¹ B. RUDDEN, “Economic Theory v. Property Law: The *Numerus Clausus* Problem” in J. EEKELAAR en J. BELL (eds.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Clarendon, 1987, (239) 241-243 en 260-261. Zie ook: *Keppel v. Bailey* (1834) 2 My & K 517: “*But it must not therefore be supposed that incidents of a novel kind can be devised and attached to property, at the fancy or caprice of any owner. It is clearly inconvenient both to the science of law and the public weal [...].*”

² In dezelfde zin: K. GEENS, *De sprong naar het recht voor morgen. Hercodificatie van de basiswetgeving*, Brussel, FOD Justitie, 2016, 44-48 nrs. 119-134, i.h.b. nr. 128, <https://www.koengeens.be/policy/hercodificatie>.

evoluties – waarin anderssoortige stemmen en stromingen zich weten te onderscheiden.³

2. OPZET EN PROBLEEMSTELLING: ALGEMENE EN THEORETISCHE BENADERING – Het is in het licht van die open en innoverende onderstroom die almaar meer boventoon lijkt te worden, dat de minister van Justitie en zijn experts bij machte waren en het lef vonden om wat betreft het goederenrechtelijk aspect van de ‘*sprong naar het recht voor morgen*’ een algemene *trust*achtige rechtsfiguur te introduceren in het Belgisch recht.⁴ Ondanks het sneuvelen van de voorgestelde Belgische *trust* in een vergevorderde parlementaire fase, ligt hierin nochtans de opzet van deze tekst. Want natuurlijk, volharding in voornoemde gesloten- en wilsgebondenheid mocht dan wel als voornaamste reden doorgaan die maakte dat de introductie van zo een algemeen *trust*achtig iets, ‘*not done*’ was/is in ons recht, desalniettemin, werd de tijd rijp en soepel genoeg geacht om toch over te gaan tot een wetsontwerp met een dergelijke algemene fiduciaire beheerseigendomsfiguur – of nog: *Belgian trust*. De vragen die boven het *civil law* wateroppervlak rijzen zijn *legio*. Dit onderzoek tracht dan ook na te gaan in welke mate deze voorgestelde Belgische *trust*(achtige) figuur het tot functioneel equivalent van de *trust* in zijn ‘*true form*’ heeft geschopt.⁵ Een dergelijke zoektocht noopt tot een theoretische benadering, die de redenen van traditioneel verzet tegen een algemene *trust*figuur systematisch en op historisch gefundeerde wijze blootlegt, en die de vooralsnog partiële

³ Voornu volstaat het te wijzen op reeds één zeer interessante stem: V. SAGAERT, “Wilsautonomie in het Belgische goederenrecht”, *TPR* 2019, nrs. 1-85 (te verschijnen); V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten”, *TPR* 2005, (983) 983-1080.

⁴ Hoewel een dergelijke rechtsfiguur vaak wordt bekeken als zijnde ‘exclusieve eigendom’ van de *common law* rechtsstelsels, is vast te stellen dat ook vele *civil law* landen *trust*achtige of fiduciaire concepten in hun rechtssysteem hebben ingevoerd. Te denken valt aan Frankrijk, Italië, Luxemburg en Duitsland. Verder moet gezegd dat een algemene en geïntegreerde opvatting van fiduciaire eigendom tot beheer die toelaat een geheel van goederen op optimale wijze te ‘*managen*’ met bovendien een effectieve en functioneel goederenrechtelijke bescherming voor de begunstigde, vooralsnog ontbrak (en tot op heden: ontbreekt) in ons recht. Hoewel het Belgisch recht, om redenen die hieronder uitgebreid aan bod zullen komen (en waaronder mogelijk ook *ignorantia*) en die hierboven al subtiel zijn aangehaald, zich traditioneel verzet(te) tegen de invoering van een algemene *trust*achtige figuur, moet een dergelijke rechtsfiguur “*ook naar Belgisch recht ingang [kunnen] vinden voor zover zulks – voortbouwend op wat Professor Van Gerven vijftig jaar geleden reeds verdedigde – voldoende transparant is en beantwoordt aan een rechtmatig belang*”. Zie: K. GEENS, *De sprong naar het recht voor morgen. Hercodificatie van de basiswetgeving*, Brussel, FOD Justitie, 2016, 47-48, nr. 132, <https://www.koengeens.be/policy/hercodificatie>; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1969, 516 p., i.h.b. 245-248, nr. 89.

⁵ Met de ‘echte’ of ‘*true*’ *trust* wordt in deze tekst om redenen die nog zullen blijken, de *trust* uit de zgn. *common law* rechtsstelsels bedoeld, en meer in het bijzonder de Engelse *trust*. Deze *trust* in zijn ‘*true form*’ impliceert dan ook een klassiek ‘*split*’ of ‘*dual ownership*’ (zie *infra*). Zie daarvoor: G.S. ALEXANDER, “The dilution of the trust” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 (305) 305-306 en 312.

bestudering in de Belgische doctrine van fiduciaire figuren (*cum amico*) overstijgt, of dit ten minste poogt te doen.

Hoewel voorliggende tekst de *trust*(achtige) figuur tot voorwerp heeft, moet reeds hier expliciet worden gewezen op de interdependentie tussen het trustconcept en zijn al dan niet verregaande ‘*verkleurmannetje-agtige kwaliteit*’ enerzijds en het eigendomsbegrip, of althans de “*soepel (of pragmatiese wyse waarop die eiendomsbegrip [...] hanteer word*” anderzijds.⁶ Beiden zijn namelijk inherent gelinkt en bovendien wezenlijk voor het tot een goed en evenwichtig einde brengen van de queeste.

3. INVALSHOEK: DUURZAAMHEID – Daarnaast werd bij het aanbrengen van de *trust* ‘*sprong*’, onzes⁷ inziens één belangrijk concept een stem in het debat ontnomen; een nochtans zeer betekenisvol begrip wordt immers over het hoofd gezien, met name het begrip ‘duurzaamheid’. Want, naast springen naar het recht van morgen, wordt vaak te weinig gekeken of dat recht van morgen ook overmorgen nog, ons als gemeenschap optimaal van dienst kan zijn. Gezien de ons allen bedreigende klimaatzaak, de kortetermijnpolitiek vaak steunend op polarisatie, eigen gewin en halve waarheid, het almaar toenemende bevolkingsaantal, verdoken – koste wat kost – achter het gelijkheidsbeginsel dat paradoxaal genoeg uiteindelijk de mens zijn allerindividueelste eigenheid doet miskennen, alsook de *renaissance* van geloof, maar vooral ook van lugubere geloofstwisten; en gezien het feit dat alle voorgaanden hier *in se* eigendom – in de ruimste zin van het woord welteverstaan – betreffen, komt het duurzaamheidsvraagstuk steeds sterker naar voren en moet ook op privaatrechtelijk niveau het langetermijndebat durven worden aangegaan om verder te kijken met het oog op samen- en overleven.⁸

Het is in dat opzicht dat de *trust* interessante perspectieven biedt. Een verder opzet van de tekst bestaat er dan ook in na te gaan welke theoretische onderbouw van de voorgestelde Belgische *trust*(achtige) figuur (eigendomssplitsing of vermogenssplitsing) en welke praktische uitwerking

⁶ M.J. DE WAAL, “Die soepelheid van die eiendomsbegrip in die trustreg”, *TPR* 2017, (529) 529-561, i.h.b. 529-530, 535-536, nr. 4 en 547 e.v., nr. 20 e.v. Zie ook G. MOFFAT, “Trust Law: A Song Without End?”, *Mod.L.Rev.* 1992 (123) 126. Zie daarnaast ook: M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 137 (“*To appreciate the trust, we must appreciate why we have property at all.*”) en 181-183.

⁷ In deze tekst wordt consequent en met reden steeds verwezen naar de schrijver in de eerste persoon meervoud. Uiteraard niet omwille van enig pervers en lichtelijk boven het gewone volk verheven Caesariaanse hoogmoed; neen. De reden die hoogsteigen is, is dat dit werk in geen enkel opzicht een totstandkoming is van één gedachte, laat staan één persoon. Vandaar, zij die het verdienen – en die zijn menigvuldig – vallen onder deze uiterst dankbare gedachte-oefening.

⁸ B. AKKERMANS, “Sustainable property law?” *EPLJ* 2018, (1) 1-3: “*We are, in other words, at the beginning of an exiting new research challenge for property lawyers. How do we provide society with the building blocks it needs to develop into a sustainable 21st-century community?*”.

ervan (vrijheid en flexibiliteit of geslotenheid) kunnen bijdragen tot een meer duurzaam ‘samen leven’. Of nog, welke kenmerken de *trust* als concept zelf, inherent, tot een al dan niet duurzaam rechtsvehikel maakt.

4. PRAKTISCHE RELEVANTIE – Weliswaar belet een theoretische benadering de doelstelling van praktische relevantie echter niet. Dat de rechtswetenschap een toegepaste wetenschap is, houdt in dat oplossingen worden geboden voor vraagstukken die in de praktijk rijzen, doch evenzeer dat antwoorden noodzakelijkerwijs moeten worden gezocht in de theorie. Dat is des te meer het geval wanneer er zowel rechtshistorische als rechtsvergelijkende bezwaren zijn bij het invoeren van een aan ons recht tot nog toe vrij onbekende rechtsfiguur – in zijn algemene en ‘zakelijk’ werkende zin welteverstaan. Op juridisch-theoretisch vlak kan een onderzoek op dit gebied relevant blijken; alleen reeds omwille van het eerder evidente gegeven dat de voorgestelde *Belgian trust* gloednieuw is, en een eerste diepgaand structureel werk ter zake vooralsnog ontbreekt.

Wanneer een nieuwe rechtsfiguur zich in een rechtsstelsel poogt in te passen (thans of later) is het kruisbestuivingspel van wetgever en doctrine echter essentieel. Komend schrijven poogt dan ook een vroege en fundamentele, doch bescheiden, analyse door te voeren wat betreft deze voorgestelde goederenrechtelijke nieuwigheid. Om ondanks de uiteindelijke teloorgang ervan, toch denkbaar en eventueel van dienst te kunnen zijn op enig later moment. Wat betreft de relevantie van het duurzaamheidsvraagstuk volstaat te verwijzen naar hetgeen hoger werd geschreven.

5. ONDERZOEKSVRAAG: CENTRALE VRAAG EN SUB-VRAGEN – De centrale onderzoeksvraag van het onderzoek luidt als volgt: **Kan de voorgestelde Belgische *trust*(achtige) figuur als brug dienen naar een meer duurzaam ‘samen leven’?**

De centrale onderzoeksvraag kan worden onderverdeeld in vier sub-vragen:

1. Wat zijn de eigenschappen van de Angelsaksische *trust*?
2. Wat zijn de bezwaren tegen de Angelsaksische *trust* vanuit een *civil law* perspectief?
3. Hoe verhoudt de voorgestelde Belgische *fiducie* zich tegenover de Angelsaksische *trust*?
4. In welke mate kan de voorgestelde Belgische *fiducie* tegemoetkomen aan het duurzaamheidsvraagstuk?

- a. Is de inherente aard van de voorgestelde *fiducie* als rechtsfiguur duurzaam (in globo)?
- b. Kan de voorgestelde *fiducie* voor concrete, goederenrechtelijke en tevens duurzame doeleinden worden gebruikt (in concreto)?

6. ONDERZOEKSMETHODE: METHODOLOGIE, RECHTSVERGELIJKING EN STRUCTUUR – Zoals uit vorig randnummer blijkt, bestaat het onderzoek uit één centrale onderzoeksvraag en verschillende sub-onderzoeksvragen. Deze laatste zijn een *conditio sine qua non* om een antwoord te kunnen bieden op de centrale onderzoeksvraag. De gehanteerde onderzoeksmethode varieert echter naargelang de aard van de onderzoeksvraag in kwestie. De centrale vraag is van *evaluatieve* aard. Het voornemen is de voorgestelde Belgische *trust*(achtige) figuur als rechtsfenomeen te beoordelen in het licht van duurzaamheid. Voordat er tot een dergelijke evaluatie van de geschiktheid kan worden overgegaan, moet worden nagegaan en vergeleken in welke mate het gaat om een echte *trust*figuur dan wel enig andere afgezwakte vorm.⁹ Zie *infra* over het evaluatieobject en het evaluatiecriterium.

De eerste subonderzoeksvraag is een *beschrijvende* of *descriptieve* vraag. Daarnaast zijn subonderzoeksvragen twee en drie, naast van hoofdzakelijk *vergelijkende*, eveneens van een deels *beschrijvende* aard. De derde subonderzoeksvraag is bovendien ook licht *evaluatief*. De vierde subonderzoeksvraag tot slot, houdt in zich zowel *evaluatieve* of *evaluerende* als *aanbevelende* of *normatieve* elementen.¹⁰

Om op een heldere en gestructureerde manier te werk te gaan, wordt in het eerste deel (deel 1: Bewind/fiducie, de Belgische *trust*) van het onderzoek – na het overlopen van een aantal begrippen – op basis van de *beschrijvende* methode vooreerst een algemene omschrijving gegeven van zowel de Angelsaksische *trust*figuur (deel 1.1), als van zijn geopperd Belgisch equivalent (deel 1.4), met name de *trust*(achtige) figuur die door de Commissie goederenrecht werd geïntroduceerd (eerste en derde subonderzoeksvraag). Omdat vooral de bezwaren tegen de invoering van een dergelijke rechtsfiguur erg relevant zijn voor een praktische en theoretische evaluatie achteraf, worden ook deze extensief uiteengezet; een en ander vanuit een enigszins rechtshistorisch perspectief (deel 1.2). Voor de centrale onderzoeksvraag, is

⁹ L. KESTEMONT, P. SCHOUKENS (ed.), K. HENDRICKX (ed.) en E. TERRY (ed.), *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2017, 30-33, 51-61 en 64-66; H. TIJSEN, *De juridische dissertatie onder de loep: de verantwoording van methodologische keuzes in juridische dissertaties*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2009, 58-59.

¹⁰ L. KESTEMONT e.a., *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2017, 30-33 en 42-69.

een systematische uiteenzetting van deze rechtsfiguren (en de voor- en nadelen daarvan) immers essentieel. Interpretatie van schriftelijke documenten is bij een dergelijk klassiek bronnenonderzoek onontbeerlijk. Voor dat stuk van het onderzoek zal dan ook gebruik gemaakt worden van zowel jurisprudentiële als teleologische en juridisch-historische interpretatie; alsook van interpretatie op basis van rechtsleer.¹¹

Wanneer die twee verschillende rechtsfiguren duidelijk zijn omschreven kan op geïntegreerde wijze nagegaan en vergeleken worden hoe het in wetsontwerp voorgedragen Belgische equivalent zich verhoudt ten aanzien van de Angelsaksische *trust* en wordt gekeken naar de voor- en/of nadelen van beide concepten (deel 1.4.4). Een eigen opvatting over het *trust*-concept wordt uit de doeken gedaan. De derde subonderzoeksvraag tracht dan ook – naast deels *beschrijvend* en onvermijdbaar *vergelijkend* – licht goederenrechtelijk te *evalueren*, doch houdt in zich ook een *normatief* aspect.¹²

De vierde subonderzoeksvraag die zoals hoger beschreven, van *evaluerende* aard is,¹³ poogt in het tweede deel van het onderzoek het concept duurzaamheid op grondige wijze te behandelen (deel 2). Dit door enerzijds het begrip, dat als evaluatiecriterium geldt (zie *infra* nrs. 95 en 100), zelf uit te klaren en meetbaar te maken (deel 2.3) en anderzijds het te plaatsen in privaatrechtelijk (in het bijzonder: goederenrechtelijk) perspectief (deel 2.2).¹⁴

¹¹ L. KESTEMONT e.a., *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2017, 30 en 43-50; H. TIJSSEN, *De juridische dissertatie onder de loep: de verantwoording van methodologische keuzes in juridische dissertaties*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2009, 58. Zie ook: P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique* in *Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2008, 155-180.

¹² L. KESTEMONT e.a., *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2017, 30-33 en 42-69. Het evaluerende bestaat erin dat de Angelsaksische *trust* gedeeltelijk als norm wordt beschouwd; als evaluatiecriteria gelden openheid en flexibiliteit. Het normatieve of aanbevelende aspect ligt in het feit dat tevens wordt gepoogd een gewenste richting aan te geven wat betreft de aanpassing van een eventuele invoering van een *trust*-achtig iets (beter: *fiducie*) in het Belgische recht. Zie: A.R. MACKOR, “Legal Doctrine As a Non-Normative Discipline”, *Recht en Methode in onderzoek en onderwijs* 2012, (22) 24; H. TIJSSEN, *De juridische dissertatie onder de loep: de verantwoording van methodologische keuzes in juridische dissertaties*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2009, 58-59.

¹³ L. KESTEMONT e.a., *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2017, 32 en 64-66.

¹⁴ L. KESTEMONT e.a., *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2017, 65 e.v.; J.M. SMITS, *The Mind and Method of the Legal Academic*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, 114-116; H. TIJSSEN, *De juridische dissertatie onder de loep: de verantwoording van methodologische keuzes in juridische dissertaties*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2009, 74 e.v.

Uit een en ander blijkt vervolgens dat het onderzoek noodgedwongen en geheel vanzelfsprekend deels multi-, en zelfs interdisciplinair is.¹⁵

Verder maken de centrale onderzoeksvraag, de tweede en de derde subonderzoeksvraag dat ook de *rechtsvergelijkende* methode een cruciale rol zal spelen in deze tekst.¹⁶ Het huidige Belgische recht (inclusief de voorgestelde *Belgian trust*) wordt immers getoetst aan en vergeleken met zowel het Franse als het Engelse recht¹⁷. Daarbij zal worden gefocust op *trustachtige* fiduciaire figuren die beide vreemde rechtsstelsels kennen. Aan de hand van de extern en functioneel rechtsvergelijkende onderzoeksmethode, meer bepaald op microniveau (*i.e.* een specifieke rechtsfiguur), zal vanuit een concreet probleem of een concrete situatie worden vertrokken, om vervolgens na te gaan hoe het vreemde rechtsstelsel dit probleem aanpakt en welke oplossing geboden wordt. We kiezen ervoor om het buitenlandse recht niet losstaand van zijn context te analyseren. Zowel rechtsleer als rechtspraak zullen wezenlijk zijn voor dit rechtsvergelijkend onderzoek.¹⁸

In het bijzonder wordt onderzocht hoe zowel Frankrijk als Engeland omgaan met het *trustachtige* beheer van andermans eigendom; alsook hoe beide landen hun *trust* of *trustlike* concept linken aan het al dan niet absolute en omvattende eigendomsbegrip. Zo zouden bepaalde opvattingen die in de onderzochte landen hieromtrent bestaan, mogelijk zeer bruikbaar zijn om

¹⁵ Vooral de (rechts)economische discipline wordt in het onderzoek betrokken (zowel wat betreft *trust*, als wat betreft duurzaamheid). Zie: L. KESTEMONT e.a., *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2017, 42-43.

¹⁶ L. KESTEMONT e.a., *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2017, 31 en 51-61.

¹⁷ Uit het onderstaande zal blijken dat ook regelmatig Amerikaanse bronnen (al dan niet vanuit rechtseconomische invalshoek) zullen worden gebezigd. O.i. liggen de traditionele Engelse *trust* en zijn Amerikaans equivalent immers van nature nog behoorlijk dicht bij elkaar en is bijgevolg een gezamenlijke behandeling verantwoord.

¹⁸ G. DANNEMANN, "Comparative Law: Study of Similarities or Differences?" in M. REIMANN en R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, (383) 386, 387-388 en 407-408; W. DEVROE, *Rechtsvergelijking in een context van europeanisering en globalisering*, Leuven, Acco, 2012, 32-33, nrs. 38-39, 35, nr. 48 en 39-40, nrs. 59-61; J. HUSA, "Research Designs of Comparative Law. Methodology or Heuristics?" in M. ADAMS en D. HEIRBAUT (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law*, 2014, (53) 57 e.v.; L. KESTEMONT e.a., *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2017, 51-61; R. MICHAELS, "The Functional Method of Comparative Law" in M. REIMANN en R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, (339) 364; C. VALCKE en M. GRELLETTE, "Three Functions of Function in Comparative Legal Studies" in M. ADAMS en D. HEIRBAUT (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law*, 2014, (99) 99-111; K. ZWEIGERT en H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon, 1998, 4-5, 34-36 en 37-38. Zie ook: A. BRAUN, "The state of the art of comparative research in the area of trusts" in M. GRAZIDEI en L. SMITH (eds.), *Comparative Property Law. Global Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, (121) 131-135.

lessen te trekken inzake een (eventueel latere) re-introductie van een *trust*(achtige) figuur naar Belgisch recht.

De redenen om met Frankrijk te vergelijken zijn drieërlei. Vooreerst is een en ander opportuun vanuit rechtshistorisch oogpunt. Op de Franse *Code civil* als fundament van burgerlijk recht is immers ons Belgisch privaatrecht geheel gefundeerd. Daarnaast behoren beide landen tot de zgn. *civil law* rechtsstelsels. Ten slotte moet ook worden gewezen op het feit dat Frankrijk – in tegenstelling tot België – enkele jaren geleden overgegaan is tot de invoering van een algemene *trust*achtige figuur (*la fiducie*). Daarnaast is ook het Engelse, een rechtsstelsel dat vanzelfsprekend thuishoort in een onderzoek dat zich toelegt op beheerseigendom. Niet alleen wordt gesproken van een zgn. *common law* rechtssysteem (*vs. civil law*); er is immers ook een reden waarom men in België en op het continent spreekt van *trust*achtige en niet van *Treuhand*achtige of *fiducie*achtige figuren. De *trust* is een kathedraal op het vlak van fiduciaire beheerseigendom en zal vermoedelijk erg interessante oplossingen en inzichten aanreiken voor een eventuele introductie van een Belgische *trust*(achtige) figuur.

De rechtsvergelijking wordt deels geïntegreerd gevoerd en deels onder duidelijk afgescheiden titels. Een geïntegreerde rechtsvergelijking komt uiteraard de leesbaarheid en opbouw van een werk ten goede waar nodig (en mogelijk); maar kan daarentegen deze leesbaarheid ook schaden. Het besluit zal vanzelfsprekend wel geheel een geïntegreerd beeld trachten te schetsen van alle bevindingen.

Verder – en in uiterst subsidiare orde – wordt er incidenteel en wanneer het met het oog op de omvang van de tekst relevant en aangewezen is, zeer specifiek microrechtsvergeleken met enkele andere rechtsstelsels zoals Québec (Canada) en Zuid-Afrika.¹⁹

Eens het rechtsvergelijkende onderzoek voltooid is, kan de centrale onderzoeksvraag stilaan worden beantwoord; dit met behulp van de vier eerdergenoemde subonderzoeksvragen. Gezien de centrale onderzoeksvraag van *evaluerende* aard is, moet een duidelijk evaluatieobject en -criterium worden afgebakend.²⁰

¹⁹ Voornoemde rechtsstelsels weten immers zeer creatief en pragmatisch om te gaan met fiduciaire beheerseigendom.

²⁰ L. KESTEMONT e.a., *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2017, 32 en 64-66; A.A.R. MACKOR, “Legal Doctrine As a Non-Normative Discipline”, *Recht en Methode in onderzoek en onderwijs* 2012, (22) 23-26; J.M. SMITS, *The Mind and Method of the Legal Academic*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, 114-116; H. TIJSSSEN, *De juridische dissertatie onder*

Evaluerende onderzoeksvragen trachten een rechtsfiguur (hier: de voorgestelde *Belgian trust*) te beoordelen of te waarderen in het licht van een vooropgestelde norm. Voor de centrale onderzoeksvraag vormen zowel de *trust* als het geopperde Belgische equivalent de evaluatieobjecten en maakt het concept duurzaamheid het externe evaluatiecriterium uit (de zgn. ‘*external standard*’).²¹ In het onderzoek wordt dit evaluatiecriterium uitvoerig geoperationaliseerd (deel 2).

Tot slot wordt ook op rechtshistorisch vlak, waar nodig, zoveel als mogelijk – en mits enig nut – de rechtshistorische dimensie weergegeven met als doel de beruchte *ratio legis* te verhelderen, en zonder te vervallen in een klinkklaar rechtshistorisch onderzoek.²²

7. AFBAKENING VAN HET ONDERWERP – In het onderzoek wordt enkel fiduciaire eigendom tot beheer (*fiducia cum amico*) geanalyseerd. Er wordt niet ingegaan op de zekerheidscomponent van fiduciaire eigendom. Verder wordt hoofdzakelijk gefocust op de *trust*figuur en niet op het eigendomsrecht *an sich*. Wel moet worden benadrukt dat eigendom zonder meer een prominente plaats vervult, mede omdat de actuele evoluties die het eigendomsrecht ondergaat, erg belangrijk zullen blijken om te verantwoorden waarom een meer duurzame interpretatie van dit toch nog zeer absolute begrip zich opdringt. Alsook omdat *trust* en eigendom inherent gelinkt zijn aan elkaar.

Verder moet gezegd dat wat de fiscale en erfrechtelijke consequenties betreft, het om een goederenrechtelijke analyse gaat, en zij dus buiten het bestek van dit onderzoek vallen. Immers, hoewel de *trust*figuur veelvuldig gebruikt wordt in het kader van *tax*- en/of vermogensplanning, is en blijft het onderzoek van goederenrechtelijke aard. In dat opzicht is van belang te weten dat het ‘om niet’-verbod inzake de geopperde Belgische bewindsfiguur ongetwijfeld zeer interessante en uitdagende vraagstukken en kritieken met zich mee had kunnen brengen. Om het onderzoek beknopt en treffend te

de loep: de verantwoording van methodologische keuzes in juridische dissertaties, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2009, 58 en 74 e.v.

²¹ M. BARENDRECHT, J. VRANKEN, I. GIESEN, M. BORGERS, W. VAN DER BURG, H. TIJSSEN, B. VAN ROERMUND en W. VAN BOOM, “Methoden van rechtswetenschap: komen we verder?”, *NJB* 2004, (1419) 1422-1424; A. BOHM, R. CRYER, T.K. HERVEY en B. SOKHIBULLEY, *Research Methodologies in EU and International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, 8-10; L. KESTEMONT e.a., *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2017, 64 e.v.; H. TIJSSEN, *De juridische dissertatie onder de loep: de verantwoording van methodologische keuzes in juridische dissertaties*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2009, 73-76; B.M.J. VAN KLINK en L.M. POORT, “De normativiteit van de rechtswetenschap. Een pleidooi voor meer reflectie op de normatieve basis van het recht en de rechtswetenschap”, *RM Themis* 2013, (258) 262. Over het operationaliseren van het evaluatiecriterium zie *infra* nr. 95 en 100.

²² F. EGGERMONT, M. GEUENS, B. GINIS, F. GOWIE en E. TIMBERMONT, *Het juridisch verwerkingsproces*, Brugge, Die Keure, 2017, 137 e.v.; L. KESTEMONT e.a., *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2017, 47 en 52.

houden wordt hierop – wat de erfrechtelijke en fiscale aspecten betreft – verder niet ingegaan.

1. BEWIND/FIDUCIE, DE BELGISCHE TRUST

1.1. DE ANGELSAKSISCHE TRUST

1.1.1. Omschrijving

8. DE TRUSTFIGUUR OMSCHREVEN: EEN PENIBELE ONDERNEMING – Hoewel de *trust* een van de meest karakteristieke, veelzijdige en flexibele rechtsfiguren is van het Angelsaksische rechtstelsel,²³ bestaat er geen wettelijke bepaling die de *trust* eenduidig omschrijft, noch zijn rechtsgevolgen regelt. Omwille van de zijn typerende complexiteit²⁴ en ‘*judge made*’-aard²⁵ is een zodanig algemeen aanvaarde begripsbepaling dan ook onbestaande.²⁶ Kortom, “[*like*] an

²³ W.F. FRATCHER, *Trust in International Encyclopedia of Comparative Law*, VI/11, Tübingen, Mohr Siebeck, 1973, 3-5, nr. 1; Y. GRBICH, “Baden: Awakening the Conceptually Moribund Trust”, *Mod.L.Rev.* 1974, (643) 645 (“[The] term ‘trust’ is not clear and unchanging like a crystal, it is the skin round a living and growing concept.”); G.L. GRETTON, “Trusts Without Equity”, *Int’l & Comp.L.Q.* 2000, (599) 599; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 45-47; D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford, Clarendon, 1988, 1; P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal, et en droit international privé*, Parijs, Rousseau, 1932, 114 (“Le trust est l’ange gardien de l’Anglo-Saxon, il l’accompagne partout, impassible, depuis son berceau jusqu’à sa tombe. Il est à son école comme à son association sportive, il le suit le matin à son bureau comme le soir à son club; il est à ses côtés le dimanche à l’église ou au comité de son groupe politique; il soutiendra sa vieilleuse jusqu’à son dernier jour, puis il veillera au pied de son tombeau et étendra encore sur ses petits-enfants l’ombre légère de ses ailes.”); F.W. MAITLAND, A.H. CHAYTOR (ed.) en W.J. WHITTAKER (ed.), *Equity. Also, the Forms of Action at Common Law. Two Courses of Lectures*, Cambridge, Cambridge University Press, 1929, 23; G. MOFFAT, G. BEAN en R. PROBERT, *Trusts Law. Text and Materials in Law in Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 4-5; A.W. SCOTT, “Deviation from the Terms of a Trust”, *Harv.L.Rev.* 1930-31, (1025) 1026.

²⁴ P. LEPAULLE, “An Outsider’s View Point of the Nature of Trusts”, *Cornell L.Q.* 1928-29, (52) 52 (“If he tries to grasp it, he will confront the same disappointing experience as that of the young Prince who runs after a Fairy: when he is on the point of reaching her, she has taken another form, ceases to be a beautiful lady, but has become a white bird, or an old witch!”); M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 1.

²⁵ De regels betreffende de *trust* ontwikkelden geleidelijk vanuit de rechtspraak. Zie *infra* over de ontstaansgeschiedenis.

²⁶ Zie m.b.t. de hoge moeilijkheidsgraad van het definiëren en/of omschrijven van de *trust*figuur: J. GOLDSWORTH, “Trust Practice. A Better Definition of Trusts” *Trusts & Trustees* 2000, afl. 4, (34) 34-36; M. HALEY en L. MCMURTRY, *Equity & Trusts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2017, 26-27, nr. 1.31; D. HAYTON, “Trusts” in *Private International Law in Académie de Droit International de La Haye. Recueil des Cours*, CCCLXVI, Leiden, Nijhoff, 2013, (9) 17; S. HEPBURN, *Principles of Equity and Trusts in Principles of Law Series*, Londen, Cavendish, 2001, 263-264, nr. 25.3; F.W. MAITLAND, A.H. CHAYTOR (ed.) en W.J. WHITTAKER (ed.), *Equity. Also, the Forms of*

*elephant, a trust is difficult to describe but easy to recognize.*²⁷ Toch is een definitie, of minstens een omschrijving wenselijk en nuttig. Een goed uitgangspunt vanuit historisch oogpunt zijn de woorden waarmee *Lord Coke* de voorloper van de *trust*, met name de ‘*use*’ omschrijft:

“*A confidence reposed in some other, not issuing out of the land, but as a thing collateral annexed in privity to the estate of the land, and to the person touching the land, for which cestui que trust has no remedy but by subpoena in the Chancery.*”²⁸

In zijn proefschrift omschrijft de Franse auteur BARRIÈRE de *trust* als volgt:

“*Le trust anglo-américain est, avant tout, un instrument juridique permettant d’organiser des relations juridiques et de séparer, d’une part, la titularité et la charge de droits, d’autre part, leurs bénéfices.*”²⁹

Vanuit de Engelse rechtsleer zelf dan, schetst HAYTON de hedendaagse *trust* als volgt:

Action at Common Law. Two Courses of Lectures, Cambridge, Cambridge University Press, 1929, 43-44; C. MITCHELL, *Hayton & Mitchell: Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, Londen, Sweet & Maxwell, 2010, 5, nr. 1.16 e.v.; A.J. OAKLEY, *Parker & Mellows. The Modern Law of Trusts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 12-22; P. PARKINSON, “Reconceptualising the Express Trust”, *Cambridge L.J.* 2002, (657) 657 e.v.; A. UNDERHILL, *Law relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworth, 1912, 1-3; C. WEBB en T. AKKOUH, *Trusts law*, Londen, Palgrave Macmillan, 2015, 1, nr. 1.1. Zie verder: A. PEYROT, *Le trust de common law et l’exécution forcée en Suisse*, Genève, Schulthess, 2011, 19 e.v.; M. STORME, “De Angelsaksische trust”, *RW* 1957-58, (937) 940, nr. 9. Zie ook n.a.v. het Haagse Trustverdrag: A.E. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention, s.l.*, HCCH Publications, 1985, 378-379, nr. 36-38.

²⁷ D.J. HAYTON, “Trusts” in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN, A.J.M. NUYTINCK, A.V.M. STRUYCKEN en N.E.D. FABER (eds.), *Vertrouwd met de Trust: Trust and Trust-like Arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, (3) 3. Zie ook: M. LUPOI, “Trusts in the Civil Law. An Introduction”, *Trusts & Trustees* 1996, afl. 9, (20) 20-22: “*We do not have to try to define a trust. Most of us recognize a trust when we see one and do so without any particular definition in mind. In any event, definitions, as a Roman jurist would say, are always dangerous: this applies even more so in law.*”

²⁸ F.W. MAITLAND, A.H. CHAYTOR (ed.) en W.J. WHITTAKER (ed.), *Equity. Also, the Forms of Action at Common Law. Two Courses of Lectures*, Cambridge, Cambridge University Press, 1929, 43-44 (zie ook voor zijn eigen ‘poging’ tot definiëring: “*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.*”). Zie ook: J. GOLDSWORTH, “Trust Practice. A Better Definition of Trusts” *Trusts & Trustees* 2000, afl. 4, (34) 34; T. LEWIN en F.A. LEWIN, *A Practical Treatise on the Law of Trusts*, Londen, Maxwell, 1879, 13-17, nrs. 1-6, i.h.b. 13; D.W.M. WATERS, *The Institution of the Trust in Civil and Common Law in Académie de Droit International de La Haye. Recueil des Cours*, CCLII, Dordrecht, Nijhoff, 1995, (113) 200 e.v.

²⁹ F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie in Bibliothèque de droit de l’entreprise*, Parijs, Litec, 2004, 3-5, nr. 1 bis, i.h.b. 4.

*“A trust is an equitable obligation, binding a person (called a trustee) to deal with property owned by him (called the trust property, being distinguished from his own property) for the benefit of persons (called beneficiaries, or in old cases *cestuis que trust*), of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation.”³⁰*

THOMAS en HUDSON geven daarnaast een zeer gedetailleerde omschrijving:

“The essence of a trust is the imposition of an equitable obligation on a person who is the legal owner of property (a trustee) which requires that person to act in good conscience when dealing with that property in favour of any person (the beneficiary) who has a beneficial interest recognized by equity in the property. The trustee is said to ‘hold the property on trust’ for the beneficiary. There are four significant elements to the trust: that it is equitable, that it provides the beneficiary with rights in property, that it also imposes obligations on the trustee, and that those obligations are fiduciary in nature.”³¹

Een neutrale en vanuit *ius commune* overwegingen uitgewerkte definitie komt voor in artikel 1:201 van Boek X van de *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*:

“A trust is a legal relationship in which a trustee is obliged to administer or dispose of one or more assets (the trust fund) in accordance with the terms governing the relationship (trust terms) to benefit a beneficiary or advance public benefit purposes.”³²

³⁰ D.J. HAYTON, *Underhill and Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 3. Zie ook: D.J. HAYTON, P. MATTHEWS en C. MITCHELL, *Underhill and Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees*, Londen, LexisNexis, 2010, 2; D.J. HAYTON, *Underhill and Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 1995, 3. Zie verder: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 121, nr. 130; M. MCAULEY, “Truth and reconciliation. Notions of property in Louisiana’s Civil and Trust Codes” in L. SMITH, *Re-imagining the Trust. Trusts in Civil Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, (119) 142.

³¹ G. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 11-12, nr. 1.01.

³² C. VON BAR en E. CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, VI, München, Sellier European Law Publishers, 2009, 5679. Voor een kritische analyse en vergelijking van deze definitie met de Angelsaksische *trust* zie: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 125, nr. 136; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 203-208, nr. 181.

Verder zijn er nog talloze pogingen ondernomen om de *trust* adequaat te omschrijven.³³

Zoals hierboven reeds gezegd, focussen we in wat komen gaat op de *trust* als beheersinstrument en laten we de zekerheidscomponent ervan grotendeels achterwege. Te meer omdat, hoewel de *trust*figuur een zulk grote reikwijdte kent, het nog steeds gaat om “*primarily a device for managing rights on behalf of others.*”³⁴ Het is dan ook aan dat beheersaspect dat de *trust* zijn faam te danken heeft.

³³ Zie onder meer een van de meest algemeen aanvaarde omschrijvingen van de Engelse *trust* vanwege wijlen professor KEETON: “*All that can be said of a trust, therefore, is that it is the relationship which arises whenever a person called the trustee is compelled in equity to hold property, whether personal or real, 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 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 object of the trust.*” Zie daarvoor: G.W. KEETON en L.A. SHERIDAN, *The Law of Trusts*, Abingdon, Professional Books, 1974, 5. Zie o.a. voor enkele opmerkelijke omschrijvingen en definities: G.T. BOGERT, *Trusts in Hornbook Series*, Saint Paul, West Publishing, 1987, 1; E.H. BURN en G.J. VIRGO, *Maudsley & Burn's Trusts & Trustees. Cases & Materials*, Londen, Butterworths, 2002, 5-6; D. FOX, “Definition and classification of trusts” in J. MCGHEE (ed.), *Snell's Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 573; S. GARDNER, *An Introduction to the Law of Trusts in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 1-2 en 17-18; J. GLISTER en J. LEE, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 39-40, nr. 2.001; J. GOLDSWORTH, “Trust Practice. A Better Definition of Trusts” *Trusts & Trustees* 2000, afl. 4, (34) 35-36; W.G. HART, “What is a Trust?”, *L.Q.Rev.* 1899, (294) 294-302, i.h.b. 301, *in fine*; D.J. HAYTON, *The Law of Trusts in Fundamental Principles of Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 6-8; F.W. MAITLAND, A.H. CHAYTOR (ed.) en W.J. WHITTAKER (ed.), *Equity. Also, the Forms of Action at Common Law. Two Courses of Lectures*, Cambridge, Cambridge University Press, 1929, 44; J.E. MARTIN, *Modern Equity in Handbury & Martin*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 49-50, nr. 2.001; C. MITCHELL, *Hayton & Mitchell: Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, Londen, Sweet & Maxwell, 2010, 3, nr. 1.01; W.J. MOWBRAY, *lewin on Trusts in Property and Conveyancing Library*, Londen, Sweet & Maxwell, 1964, 3; D.B. PARKER en A.R. MELLOWS, *The Modern Law of Trusts*, Londen, Sweet & Maxwell, 1979, 4-7; P. PARKINSON, “Reconceptualising the Express Trust”, *Cambridge L.J.* 2002, (657) 682-683; G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 19; E.H.T. SNELL en J.R. GRIFFITH, *The Principles of Equity. Intended for the Use of Students and the Profession*, Londen, Stevens & Haynes, 1874, 47. Zie ook: Art. 2 verdrag van Den Haag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts van 1 juli 1985, <https://assets.hcch.net/docs/589b3e91-650a-4d18-bb97-9464ed331139.pdf>; art. 122 WIPR. Alsmede bij het Haagse Trustverdrag: A.E. VON OVERBECK, *Explanatory Report on the 1985 Hague Trust Convention, s.I.*, HCCH Publications, 1985, 378, nr. 37.

³⁴ A. BRAUN en W. SWADLING, “Management: trust, treuhand and fiducie” in S. VAN ERP en B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law in Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford, Hart, 2012, (553) 554. Zie ook: P.S. DAVIES, G. VIRGO en E.H. BURN (ed.), *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 37; F.H. LAWSON en B. RUDDEN, *The Law of Property in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 171-173; W. SWADLING, “Property: General Principles” in A. BURROWS (ed.), *English private law in Oxford principles of English law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, (219) 276, nr. 4.154; S. WILSON, *Todd & Wilson's Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 4, *in fine*. Zie verder: M.C. CUMYN, “Rapport Général” in M.C. CUMYN (ed.), *La fiducie face*

9. RECHTSECONOMISCH-FUNCTIONELE ‘CORE’ – Wanneer blijkt dat de *trust* hoofdzakelijk wordt aangewend voor het beheren van (allerlei soorten) eigendom, is het – voorafgaandelijk – van belang te weten wat precies de *trust* tot opportuun vehikel maakt voor dergelijke doeleinden. Meer bepaald, wat precies vanuit juridisch-economisch oogpunt als kernidee van de *trust* kan worden beschouwd. Interessant op dat vlak is het *trust*concept te vergelijken met en af te zetten tegen een aantal Engelse equivalente rechtsconcepten, zoals bijvoorbeeld het begrip ‘*estate*’, de figuur van de ‘*bailment*’, ‘*agency*’, ‘*contract*’ of de zgn. ‘*powers*’.³⁵ Wat nog interessanter is, is het functionele of rechtseconomische plaatje te beschouwen. In die zin kan gedacht worden aan de contractuele analyse die LANGBEIN maakte, waarbij de *trust* als ‘*deal*’ wordt beschouwd. De essentie van de *trust*figuur wordt in dat verband omschreven als: “*a deal, a bargain about how the trust assets are to be managed and distributed*”. De fiduciaire bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de *trustee* staan daarbij centraal (bijv. zorgplicht of zgn. ‘*duty of care*’; loyaliteitsplicht of zgn. ‘*duty of loyalty*’)³⁶, alsook de functionele gelijkenis met overeenkomsten (contractvrijheid en flexibiliteit).³⁷ Daarnaast is er de aanlokkelijke idee van HANSMANN, KRAAKMAN en MATTEI die de *trust* als een afzonderlijke – goederenrechtelijke – entiteit of rechtspersoon zien

au trust dans les rapports d'affaires, Brussel, Bruylant, 1999, (9) 13, nr. 3; R. DAVID, *Le droit anglais in Que sais-je?*, Parijs, PUF, 1975, 108 e.v.; I. PEETERS, “Trust, bewind en fiducie. Enkele beschouwingen vanuit de praktijk” in J. HERBOTS en D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst: praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, (109) 111-112, nrs. 8-9.

³⁵ Voor zodanige vergelijking: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 127-143, nrs. 140-163. Zie ook: J. GLISTER en J. LEE, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 39-55, nrs. 2.001-2.027.

³⁶ Zie daarover uitgebreid: R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit anglais)* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 27, nr. 49 e.v. en 71, nr. 225 e.v.

³⁷ J.H. LANGBEIN, “The Contractarian Basis of the Law of Trusts”, *Yale L.J.* 1995-96, (625) 625-675, i.h.b. 627, 640 e.v., 643 e.v., 650 e.v., 655-660. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 243-253, nrs. 322-334; J.H. LANGBEIN, “Mandatory Rules in the Law of Trusts”, *Nw.U.L.Rev.* 2003-04, (1105) 1105-1128; A.I. OGUS, “The Trust as Governance Structure”, *U. Toronto L.J.* 1986, (186) 186-220; A.-L. VERBEKE, “Trusts in België: liaisons dangereuses”, *TPR* 2012, (693) 699-700, nr. 11; D.M.W. WATERS, “Reaching for the Sky: Taking Trust Laws to the Limit” in D.J. HAYTON (ed.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag, Kluwer Law International, 2002, (243) 284-285. Voor kritiek op die visie, zie: P.S. DAVIES, G. VIRGO en E.H. BURN (ed.), *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 27-28; D.J. HAYTON, “Overview” in P. BIRKS en A. PRETTO (eds.), *Breach of Trust*, Oxford, Hart Publishing, 2002, (379) 379 e.v.; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 70-71; M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 26 e.v.; M. LUPOI, *Trusts. A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 162 e.v., i.h.b. 166-167, voetnoot 345; D.J. HAYTON, *Underhill and Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 10-11.

(*trustrecht als 'organizational law'*).³⁸ SITKOFF daarentegen tracht beide voormelde ideeën te vermengen om vervolgens de rol van de *trust*figuur aangaande het beperken van *agencykosten* te onderzoeken. Een belangrijke functie van het *trust* recht zou erin bestaan om deze kosten zoveel als mogelijk te drukken.³⁹ Tot slot is er de zeer inzichtelijke analyse van LAU die de *trust* als fonds beschouwt. De goederenrechtelijke aspecten van de *trust*, en meer bepaald de link met het eigendomsrecht worden daarbij als uitgangspunt genomen. Een bijzondere paradox die LAU opvalt, bestaat erin dat de *settlor* aan de *trustee* de *legal title* van de goederen overdraagt, maar dat de waarde van het fonds als geheel *ab initio* toekomt aan de *beneficiaries*. “*In this sense, the trust is adopting a strategy of governance-based exclusion.*” De *trust* coördineert en incentiveert. Het *trust*concept biedt evenwicht en vormt zo het archetype van het ‘*checks and balances*’ denken op vlak van eigendom.”⁴⁰

³⁸ H. HANSMANN en R. KRAAKMAN, “The Essential Role of Organizational Law”, *Yale L.J.* 2000-01, (387) 387-440, i.h.b. 416; H. HANSMANN en R. KRAAKMAN, “Organizational Law as Asset Partitioning”, *European Economic Review* 2000, (807) 810; H. HANSMANN en U. MATTEL, “The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis”, *N.Y.U.L.Rev.* 1998, (434) 434-479. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen* in *Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 253-269, nrs. 335-351; G.R. ELGUETA, “Divergences and Convergences of Common Law and Civil Law Traditions on Asset Partitioning: A Functional Analysis”, *U.Pa.J.Bus.L.* 2010, (517) 532; P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal, et en droit international privé*, Parijs, Rousseau, 1932, 23-40, i.h.b. 31; J. MORLEY, “The Common Law Corporation: The Power of the Trust in Anglo-American Business History”, *Colum.L.Rev.* 2016, (2145) 2145-2197, i.h.b. 2145 en 2153, *in fine* e.v.; M. RICKS, “Organizational Law as Commitment Device”, *Vand.L.Rev.* 2017, (1303) 1304 e.v.; R.H. SITKOFF, “Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (428) 428; J. VANANROYE, *Organisatierecht: werfzoek aan een onvoltooide piramide*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 76 p. Zie daarentegen: D. HAYTON, “Foundations and trusts contrasted”, *Trust & Trustees* 2011, (462) 462; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 350; B. SHAH, “Trustee’s indemnity and creditor’s rights”, *Trust & Trustees* 2013, (79) 79.

³⁹ *Agencykosten* zijn kosten die een opdrachtgever (zgn. *principaal*) maakt om te controleren of de opdrachtnemer (zgn. *agent*) handelt in het belang van de *principaal*; alsook de kosten die nodig zijn om in sanctiemechanismen te voorzien. Zie hieromtrent het erg pertinente artikel, ‘*Who guards the guards?*’: <https://www.economist.com/buttonwoods-notebook/2017/02/13/the-problem-that-links-business-finance-and-politics?fsrc=scn/fb/te/bl/ed/>. Zie verder: R.H. SITKOFF, “An Agency Costs Theory of Trust Law”, *Cornell L.Rev.* 2004, (621) 621-684. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen* in *Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 269-281, nrs. 352-369; R.H. SITKOFF, “Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (428) 428-453.

⁴⁰ De *trust*figuur ‘ontpopt’ zich als het ware tot functionele ‘extensie’ van het eigendomsrecht. Daarmee wordt bedoeld dat de *trust*figuur de functies die het eigendomsrecht vanuit rechtseconomisch perspectief in zich draagt, verlengt en uitbreidt. Enerzijds *incentiveert* het eigendomsrecht in die zin dat een eigenaar ertoe aangezet wordt om allerlei economische activiteiten m.b.t. zijn eigendom te ontplooien. Het rendement dat dergelijke inspanningen uiteindelijk (later pas) opbrengen, is op die manier verzekerd. Het eigendomsrecht waarborgt zo bepaalde legitieme verwachtingen en lost ze in; e.e.a. ten koste van niet-eigenaars. Anderzijds komt het eigendomsrecht ook een *coördinerende* functie toe. Op grond van een efficiënte benutting en verdeling van middelen, wordt getracht onder- en overgebruik van zaken waaromtrent

Hoewel deze rechtseconomische kant van het verhaal reeds zeer gecompliceerde tegenstellingen, alsook tegelijk mogelijke oplossingen in zich draagt, is daarmee nog maar weinig gezegd over de eigenlijke goederenrechtelijke invulling van het *trust*-concept en de theoretisch-juridische verdeling van de eventuele eigendomsaanspraken, alsook de opportuniteit daarvan. Zeker wanneer men een en ander moet gaan spiegelen aan een *civil law* eigendomsbegrip van één welbepaald rechtsstelsel; zo bijvoorbeeld het onze: want hoewel – vanuit de ‘*law and economics*’ – het ‘economische’ wel van het ‘juridische’ belang kan gescheiden zijn, kan in de Belgische rechtsorde tot nader order nog geen ‘economisch’ tegenover ‘juridisch’ eigenaarschap worden geplaatst.⁴¹

eigendom mogelijk is, tegen te gaan (*i.e. tragedy of the commons* en *tragedy of the anti-commons* voorkomen, zie daarover *infra*). Een eigenaar draagt immers zowel de na- als voordelen van het gebruik van zijn eigendom. Zie: M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 214 p., i.h.b. 16, 137-140, 140-144, 144-146 en 150-151, alsook 181-182. Zie verder ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 281-295, nrs. 370-385; H. DEMSETZ, “Towards a Theory of Property Rights”, *The American Economic Review* 1967, 347-359; T.W. MERRILL en H.E. SMITH, “What Happened to Property in Law and Economics?”, *Yale L.J.* 2001-02, (357) 357-398; R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 1977, 27 e.v., 52-54, 302, voetnoot 5 en 328-331; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid. Rechtsvergelijkende bijdrage tot een algemene theorie van bewind over andermans vermogen*, Brussel, Bruylant, 1962, 34-35.

⁴¹ E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 10-13, nrs. 9-11; P.A. FORIERS, “La fiducie en droit belge” in C. WITZ en B. OPPETIT (eds.), *Les opérations fiduciaires (pratiques, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international)*, Parijs, Feduci, 1985, (263) 280-281; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 183, nr. 209; V. SAGAERT, “Nieuwe perspectieven op het eigendomsrecht na twee eeuwen burgerlijk wetboek” in P. LECOCQ, B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Zakenrecht/Droit des biens*, Brugge, Die Keure, 2005, (43) 56-57, nr. 17, voetnoot 71; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 226-227, nr. 260 en voetnoot 832; M.E. STORME, *Handboek vermogensrecht: goederen- en insolventierecht, I, Algemeen zakenrecht. Algemene begrippen en beginselen*, Gent-Mariakerke, M.E. Storme, 2010, 47 e.v.; M.E. STORME, “Van Trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, (703) 715-716, nr. 11 en 754-755, nr. 80 en 760, nr. 85; M.E. STORME, “Overdracht van roerende goederen, vestiging van pandrecht, eigendomsvoorbehoud: een poging tot systematisatie” in H. CASMAN, E. DIRIX en R. DE CORTE (eds.), *Het zakenrecht: absoluut niet een rustig bezit*, Antwerpen, Kluwer, 1992, (403) 425; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 464-468, nr. 144, i.h.b. 465; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid. Rechtsvergelijkende bijdrage tot een algemene theorie van bewind over andermans vermogen*, Brussel, Bruylant, 1962, 29-32, nrs. 11-12; L. WAELKENS, “Enkele grondslagen van leasing in het *ius commune*” in P. BESELAERE, O. LENAERTS, B. TILLEMEN en A. VERBEKE (eds.), *Handboek Leasing*, Brugge, Die Keure, 2007, (1) 13, nr. 20. Zie ook: P. CROCOQ, *Propriété et garantie in Bibliothèque de droit privé*, 248, Parijs, LGDJ, 1995, 206, nr. 257; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit anglais)* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 4-5, nr. 5, 7, nr. 7 en 153, nr. 577; P. MARINI, “Enfin la fiducie à la française”, *D.* 2007, (1347) 1347; A. PITLO, *Het systeem van het Nederlands privaatrecht naar het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Arnhem, Gouda Quint, 1990, 295; H.J. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSCHOT,

Hier lijkt onzes inziens, gesteund op zowel redenen vanuit overwegend analytisch oogpunt als op de alsmaar toenemende vervaging die bestaat tussen het verbintnissen- en goederenrecht, een conclusie omtrent eigendom, eigendomsaanspraken en dus het goederenrechtelijk verhaal enigszins voorbarig. Wel kan reeds worden gesteld dat vanuit ‘*law and economics*’ perspectief de *trust*, naast een aantrekkelijke beheerseigendomsconstructie, minstens ook inherent een soort eigendomsevenwicht belichaamt, een soort ‘*trias politica*’ als het ware. Zou dat dan de zgn ‘*irreducible core*’⁴² van *trust* zijn waarop we allen zitten te wachten (zie *infra* nr. 11 en 102 e.v.)?

10. TALLOZE MATEN EN GEWICHTEN – Verder moet echter bij het reflecteren over de kernfunctie van het trustconcept zijn uitermate veelzijdigheid en tevens grote reikwijdte benadrukt worden. Deze veelzijdigheid blijkt uit de talloze maten en gewichten waarin de *trust* voorkomt. De Engelse *trust* kent namelijk erg veel verschillende soorten en types trustvormen. Vandaar – en om redenen die ons toelaten het toepassingsgebied en voorwerp van dit onderzoek af te bakenen – dat geopteerd wordt enkel de meest gangbare en voor dit onderzoek relevante *trust*classificatievormen aan te halen.

Naargelang hun ontstaanswijze (1) kunnen *trusts* worden onderverdeeld in enerzijds diegene die totstandkomen op grond van een vrije en uitdrukkelijke wilsuiting en anderzijds diegene die onafhankelijk zijn van de uitdrukkelijke wil van het rechtssubject in kwestie. De eerste soort betreft de zgn. *express trust* die kan worden onderverdeeld in *inter vivos trusts* en *testamentary trusts*, alsook in *bare* en *special trusts*, tot de tweede groep (geen uitdrukkelijke wilsuiting) valt de *constructive trust* die opgelegd wordt door een rechtbank, de *statutory trust* die op basis van een wet in het leven wordt geroepen en de zeer gecompliceerde *resulting trust* waarbij in een aantal bijzondere gevallen en soms automatisch de *settlor* zelf uiteindelijk als *beneficiary* wordt beschouwd. Afhankelijk van de finaliteit of het nagestreefde doel (2) kan men vervolgens een onderscheid maken tussen *private* en *public trusts*. Wat betreft de *private trust* staat het belang van een of meerdere al dan

Goederenrecht in Studiereeks Burgerlijk Recht, 2, Deventer, Kluwer, 2012 (2017), 164, nr. 204; J. WIARDA, “De relativiteit van rechtsverhoudingen in het algemeen en van den eigendom in het bijzonder”, *WPNR* 1961, n° 4701, (572) 577.

⁴² Vgl. P.S. DAVIES, G. VIRGO en E.H. BURN (ed.), *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 28-29 en 527-528; D. FOX, “Definition and classification of trusts” in J. MCGHEE (ed.), *Snell’s Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 573; D. HAYTON, “The Irreducible Core Content of Trusteeship” in A.J. OAKLEY (ed.), *Trends in Contemporary Trust Law*, Oxford, Clarendon, 1996, (47) 47 e.v.; D.W.M. WATERS, “The Trust in a Changed and Yet Changing World”, *Journal of International Tax, Trusts and Corporate Planning* 2008, 205; J.P. WEBB, “An ever-reducing core? Challenging the legal validity of offshore trusts”, *Trusts & Trustees* 2015, (476) 478-481.

niet nog nader te bepalen *beneficiaries* centraal. De *public trust* daarentegen focust niet op de *beneficiary*, doch aast op een meer (algemeen) maatschappelijk gericht doel. Deze *trust* wordt ook wel de *trust for purposes* genoemd. Van belang te weten is dat daaronder de zgn. *charitable (purpose) trusts* en de *non-charitable purposes trusts* vallen. Verder is het mogelijk *trust*constructies op te delen naargelang de beleidsvrijheid (3) van de betrokken actoren. Zo is er de *fixed trust* die de *beneficiary* een werkelijk vastgesteld recht geeft (duidelijke *equitable interest*), alsook de *discretionary trust*, waarbij de *trustee* een soms zeer verre gaande discretionaire macht heeft. Tot slot kan men *trusts* ook indelen aan de hand van hun al dan niet herroepbaar (4) karakter. In die zin onderscheidt de *revocable* of ‘*living*’ *trust* zich van de *irrevocable trust* op grond van de (on)mogelijkheid in hoofde van de *settlor* om een en ander *ex nunc* ongedaan te maken.⁴³

⁴³ P.S. DAVIES, G. VIRGO en E.H. BURN (ed.), *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 29-37, 63 e.v., 173 e.v., 327 e.v. en 360 e.v.; D. FOX, “Definition and classification of trusts” in J. MCGHEE (ed.), *Snell’s Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 573; D. FOX, “Private Express Trusts” in J. MCGHEE (ed.), *Snell’s Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 589, 591 en 611; S. GARDNER, *An Introduction to the Law of Trusts in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 3-5, 108-112, 137-148 en 272-302; J. GLISTER en J. LEE, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 56-61, nrs. 2.028-2.035, 181, nr. 8.001 e.v., 191-192, nr. 9.001 e.v., 227-228, nr. 11.001 e.v., 259-260, nr. 12.001 e.v., 360-362, nr. 15.001 e.v. en 440, nr. 16.001 e.v.; K. GRAY en S.F. GRAY, *Elements of Land Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 824-825, nr. 7.1.11 e.v.; M. HALEY en L. MCMURTRY, *Equity & Trusts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2017, 28-36, nrs. 1.33-1.46; S. HEPBURN, *Principles of Equity and Trusts in Principles of Law Series*, Londen, Cavendish, 2001, 265-267, nr. 25.6; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 48-51; F.W. MAITLAND, *Equity - Also the Forms of Action at Common Law - Two Courses of Lectures*. Cambridge, Cambridge University Press, 1929, 53 e.v., geraadpleegd via HeinOnline; J.E. MARTIN, *Modern equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 70-76, nrs. 2.028-2.035; C. MITCHELL, *Hayton & Mitchell: Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, Londen, Sweet & Maxwell, 2010, 32-40, nrs. 1.135-1.159, 214, nr. 6.01 e.v., 571, nr. 14.01 e.v. en 623, nr. 15.01 e.v.; W.J. MOWBRAY, *Iewin on Trusts in Property and Conveyancing Library*, Londen, Sweet & Maxwell, 1964, 6-8; A.J. OAKLEY, *Parker & Mellows: the modern law of trusts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 37-45; J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 14 e.v., i.h.b. 19-21, nrs. 2.13-2.15, 66, nr. 3.1 e.v., 105, nr. 4.1 e.v., 127, nr. 5.1 e.v. en 444, nr. 13.1 e.v.; J.G. RIDDALL, *The Law of Trusts*, Londen, Butterworths, 2002, 10-11; W. SWADLING, “Property: General Principles” in A. BURROWS (ed.), *English private law in Oxford principles of English law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, (219) 276-279, nrs. 4.157-4.163; G. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 12, nr. 1.02 en 19-24, nrs. 1.17-1.35; G. WATT, *Trusts and Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 73 e.v., 90-98, 99 e.v., 141 e.v., 205 e.v., 244 e.v.; S. WILSON, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 38-43, 147 e.v. Zie verder ook: P. LEPAULLE, “Civil Law Substitutes for Trusts”, *Yale L.J.* 1926-27, (1126) 1128-1132. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 151-171, nrs. 182-214, i.h.b. 171; S. DE RAEDT en M. TRAEEST, *Trust en privaat vermogensbeheer*, Antwerpen, Maklu, 2000, 27, nr. 11 e.v.; M. LUBETSKY, “Categorically different: unintended consequences of trust taxonomy” in L. SMITH (ed.), *The*

De gecompliceerdheid en onvolledigheid van een dergelijke classificatiepoging blijkt uit de boeiende, doch zeer geduchte figuur van de zgn. *Quistclose trust* (zie *infra* nr. 33). Zowel in de Engelse rechtspraak als rechtsleer heerst tot op heden verdeeldheid over de vraag in welke categorie deze *trust*vorm kan worden ondergebracht.⁴⁴

In het verdere onderzoek wordt vooral gefocust op de *private express trust*. Dit is een *trust* die tot stand komt op initiatief van een *settlor* en een of meerdere *beneficiaries* kent. Wanneer om redenen van relevantie andere *trust*vormen aan bod komen (bijv. *charitable* en/of *Quistclose trust*) gebeurt dat in uitdrukkelijke bewoordingen.

1.1.2. Rechtshistorische oorsprong van de *trust*

11. ALGEMEEN – Hoewel dé *trust* klaarblijkelijk niet bestaat,⁴⁵ is het voor een goed begrip toch zeer nuttig de inventieve en voornamelijk feodale achtergrond ervan te schetsen; alsook om op die manier meer inzicht te krijgen in de *ratio legis* (en/of ‘*irreducible core*’)⁴⁶ van deze typisch Engelse rechtsfiguur. Voor een goed begrip van het rechtsconcept in kwestie is vanzelfsprekend bijkomend ook het daaraan inherent gelinkte – tevens feodaal gebrandmerkte – Engels eigendomsconcept van belang (voor dit laatste zie evenwel *infra* nr. 38).

12. DE LEENROERIGE *USE* ALS VOORGANGER VAN DE *TRUST*: EEN KWESTIE VAN VERTROUWEN – Hoewel een en ander reeds tot volle wasdom komt in de late

Worlds of the Trust, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (340) 341-343; C.A. UNIKEN VENEMA, *Trustrecht en bewind*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1954, 118-141.

⁴⁴ Deze *trust*vorm heeft i.t.t. het voorwerp van dit onderzoek, overwegend een zekerheidsfunctie. Toch biedt de bijzondere *Quistclose trust* nuttige en innovatieve oplossingen vanuit duurzaamheidsoogpunt (zie daarover *infra*). Zie i.h.b. Lord MILLETT, “Foreword”, in W. SWADLING (ed.), *The Quistclose Trust. Critical Essays*, Londen, Hart, 2004, 189 p. Zie o.a. R. CHAMBERS, “Restrictions on the Use of Money”, in W. SWADLING (ed.), *The Quistclose Trust. Critical Essays*, Londen, Hart, 2004, (77) 77-120, i.h.b. 118-120; P.S. DAVIES, G. VIRGO en E.H. BURN (ed.), *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 410-426, i.h.b. 423-425; J.A. GLISTER, “The Nature of Quistclose Trusts: Classification and Reconciliation”, *CLJ* 2004, (632) 632-655; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 1070 e.v.; P.J. MILLETT, “The Quistclose Trust: Who Can Enforce It”, *QLR* 1985, (269) 290; C. MITCHELL, *Hayton & Mitchell: Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, Londen, Sweet & Maxwell, 2010, 193-200, nrs. 5.33-5.70; C.E.F. RICKETT, “Different Views on the Scope of the Quistclose Analysis: English and Antipodean Insights”, *L.Q.Rev.* 1991, (608) 608-648; W. SWADLING, “Orthodoxy” in W. SWADLING (ed.), *The Quistclose Trust. Critical Essays*, Londen, Hart, 2004, (9) 38-39; G. WATT, *Trusts and Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 158-166.

⁴⁵ C. WEBB en T. AKKOUH, *Trusts Law*, Londen, Palgrave Macmillan, 2017, 1 e.v. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen* in *Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 118, nr. 128 en 1161, nr. 1411 e.v.

⁴⁶ Zie *infra* voetnoot 77.

feodale middeleeuwen, is het achterhalen van de precieze roots en ware bron van de *trust* – die waarschijnlijk nog veel eerder ontspringt – helemaal geen sinecure en nog steeds niet geheel duidelijk.⁴⁷ Vaak wordt een Romeinsrechtelijke invloed aangehaald. In dat opzicht kan dan gedacht worden aan figuren zoals het *fideicommissum*, de *fiducia* of de *usus*.⁴⁸ Ook de Germaanse *Salman* wordt wel eens geopperd als oerbeeld van de *trust*.⁴⁹ Zelfs

⁴⁷ P. MATTHEWS, “The place of the trust in English law and in English life”, *Trusts & Trustees* 2013, (242) 242-243. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen* in *Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 69-79, nrs. 74-90; H. PATRICK GLENN, “The Historical Origins of the Trust” in A. MORDECHAI RABELLO (ed.), *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Jeruzalem, Hamaccabi Press, 1997, 754-755; D. PHILIPPE, “Le trust” in J. HERBOTS en D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst: praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, (21) 22; A.W.B. SIMPSON, *A History of the Land Law*, Oxford, Clarendon, 1986, 174 e.v.; C.A. UNIKEN VENEMA, *Trustrecht en bewind. Rechtsvergelijkende beschouwingen met betrekking tot het Anglo-Amerikaanse Trustrecht in verband met het bewind, de executiele en andere parallel-figuren in het Nederlandse Recht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1954, 118 e.v.

⁴⁸ Zie voor een uitgebreide analyse: D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford, Clarendon, 1988, 306 p. Zie verder: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen* in *Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 69-74, nrs. 75-82; A. AVINI, “The Origins of the Modern English Trust Revisited”, *Tul.L.Rev.* 1995-96, (1139) 1147-1149; F. BACON, *Reading upon the Statute of Uses*, Londen, E. Brook, 1785, 18-19; M.A. BADRÉ, *Le développement historique des ‘uses’ jusqu’à l’introduction du ‘trust’ en droit anglais in Collection d’études théoriques et pratiques de droit étranger, de droit comparé et de droit international*, XXXII, Parijs, Rousseau, 1932, 18 e.v.; B. BEINART, “Trusts in Roman and Roman-Dutch law” in W.A. WILSON (ed.), *Trusts and Trust-like Devices in United Kingdom Comparative Law Series*, 5, Londen, The Chameleon, 1981, 167-235 (NL); W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, II, Chicago, University of Chicago Press, 1979, 327 e.v.; W.W. BUCKLAND, *Equity in Roman Law*, Londen, University of Londen Press, 19; G. GILISSEN, *De express private trust. Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 3-13; R. HELMHOLZ en R. ZIMMERMANN, “Views of Trust and Treuhand: An Introduction” in R. HELMHOLZ en R. ZIMMERMANN, (eds.), *Itinera Fiducia. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, (27) 31 e.v.; D. JOHNSTON, “Trusts and Trust-like Devices in Roman Law” in R. HELMHOLZ en R. ZIMMERMANN (eds.), *Itinera Fiducia. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, (45) 45-56, i.h.b. 55-56; D. JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford, Clarendon, 1988, 1 e.v. en 283-286; G. MOUSOURAKIS, *Fundamentals of Roman Private Law*, Berlijn, Springer Verlag, 2012, 177, 306; B. NICHOLAS, *An Introduction to Roman Law*, Oxford, Oxford University Press, 1962 of latere Jaren, 27-28; M.E. STORME, “Van Trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, (703) 754, nr. 80; D.W.M. WATERS, *The Institution of the Trust in Civil and Common Law in Académie de Droit International de La Haye. Recueil des Cours*, CCLII, Dordrecht, Nijhoff, 1995, (113) 134 e.v. en 161. Zie daarentegen: F.W. MAITLAND en H.A.L. FISHER (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Cambridge, Cambridge University Press, 1911, 416; F.W. MAITLAND, A.H. CHAYTOR (ed.) en W.J. WHITTAKER (ed.), *Equity. Also, the Forms of Action at Common Law. Two Courses of Lectures*, Cambridge, Cambridge University Press, 1929, 13; C.H. VAN RHEE, “Trusts, trust-like concepts and ius commune” in J.M. MILO en J.M. SMITS (eds.), *Trusts in Mixed Legal Systems in Ars Aequi Cahiers Privaatrecht*, 12, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2001, 84-85.

⁴⁹ A. AVINI, “The Origins of the Modern English Trust Revisited”, *Tul.L.Rev.* 1995-96, (1139) 1149-1151; G.T. BOGERT, *Trusts in Hornbook Series*, Saint Paul, West Publishing, 1987, 5 e.v., i.h.b. 7; G. GILISSEN, *De express private trust. Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie*

het Islamitische recht (*Shari'a*) zou volgens sommigen met zijn *waqf* aanspraak maken op de *trust*stamvader-titel.⁵⁰ Geen van deze echter kan uitsluitel bieden omtrent het rechtshistorisch vraagstuk. Wat daarentegen wel geweten is, is dat er destijds nog geen sprake was van de moderne *trust* zoals we die vandaag kennen, doch wel van zijn voorloper, de – sterk vergelijkbare – *use (opus, ad opus)*.⁵¹

De rechtsfiguur van de *use* bestond uit de overdracht van land (*estate*) door een *feoffer* (bezitter of gebruiker van land) aan een *feoffee* (beheerder), om het land te onderhouden en te beheren ten gunste van een ander (de *cestui que use*).⁵² Op die manier konden tal van feodale lasten worden ontweken,

en gevolgen, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 14; W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, Londen, Methuen, 1924, 17; F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English Law*, II, Cambridge, Cambridge University Press, 1898, 230.

⁵⁰ A. AVINI, "The Origins of the Modern English Trust Revisited", *Tul.L.Rev.* 1995-96, (1139) 1152 e.v., i.h.b. 1155-1157; H. CATTAN, "The Law of Waqf" in M. KHADDURI en H.J. LIEBESNY (eds.), *Law in the Middle East: Origin and Development of Islamic Law*, I, Washington D.C., Middle East Institute, 1955, 103 e.v.; M.M. GAUDIOSI, "The Influence of the Islamic Law on Waqf on the Development of the Trust in England", *University of Pennsylvania Law Review* 1988, 1231-1261; A. HOFRI-WINOGRADOW, "Express trusts in Israel/Palestine" in L. SMITH, *Re-imagining the Trust. Trusts in Civil Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, (83) 85-92; A. LAYISH, "The Family Waqf and the Shar' I Law of Succession in Modern Times", *Islamic Law and Society*, 1997, 352; J.A. SCHOENBLUM, "The Role of Legal Doctrine in the Decline of the Islamic Waqf: A Comparison with the Trust", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1999, 1191-1227.

⁵¹ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Londen, Butterworths, 2002, 248 e.v.; D.J. HAYTON, *The Law of Trusts in Fundamental Principles of Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 12 e.v.; N.G. JONES, "Uses, trusts and a path to privacy", *CLJ* 1997, 175-200; F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English Law*, II, Cambridge, Cambridge University Press, 1968, 228-233; K.D. SCHENKEL, "Trust Law and the Title-Split: A Beneficial Perspective", *UMKC L.Rev.* 2009-10, (181) 185 e.v.; A.W.B. SIMPSON, *An introduction to the history of the land law*, Oxford, Oxford University Press, 1973, 163 e.v.; W. SWADLING, "Property: General Principles" in A. BURROWS (ed.), *English private law in Oxford principles of English law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, (219) 271-272, nrs. 4.143-4.144. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 65-79, nrs. 69-90; I. BEYNEIX, "Apport et utilité de la notion d'indisponibilité en droit patrimonial français à l'aune du trust anglo-saxon, de la fiducie et de l'EIRL", *Petites affiches* 2012, afl. 67, nrs. 2, 23-24; M.-F. DE POVER, *Trust, Fiducie. Administratiekantoor, fondation du Liechtenstein in Répertoire Notarial*, Brussel, Larcier, 2001, 51- 52, nr. 6; M.J. DE WAAL, "In Search of a Model for the Introduction of the Trust into a Civilian Context", *Stellenbosch L.Rev.* 2001, (63) 63-65; M.J. DE WAAL, "The Core Elements of the Trust: Aspects of the English, Scottish and South African Trusts Compared", *SALJ* 2000, (548) 552-554; M. GRIMALDI en F. BARRIÈRE, "Trust and Fiducie" in E.H. HONDIUS, M.W. HESSELINK en A.S. HARTKAMP (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (1085) 1093-1094; M. STORME, "De Angelsaksische trust", *RW* 1957-58, (937) 938-940, nrs. 5-8, i.h.b. nr. 6; W.J. ZWALVE, *C.Æ. Uniken Venema's Common Law & Civil Law. Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 2000, 118 e.v. en 281 e.v.

⁵² J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal history*, Londen, Butterworths, 2002, 249; J. GLISTER en J. LEE, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 8-9, nr. 1.009; A.W.B. SIMPSON, *An introduction to the history of the land law*, Oxford, Oxford University Press, 1973, 163. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale*

evenals kon men zo bij testament vrij bepalen aan wie het gebruiksrecht over de grond toekwam en bijgevolg feodaal erfrechtelijke beperkingen omzeilen.⁵³ Een sterker, nieuwerwets en minder feodaal eigendomsrecht werd also vernuftig maar kunstmatig gecreëerd.⁵⁴ Opmerkelijk was echter dat in tegenstelling tot vandaag waar de werkzaamheden van de beheerder van het *trustfund*, de zgn. *trustee*, in verregaande mate geprofessionaliseerd zijn en hem of haar doorgaans zeer hoge vergoedingen ter hand gesteld worden,⁵⁵ de

Studies, Mechelen, Kluwer, 2017, 65-66, nr. 69; M. GRIMALDI en F. BARRIÈRE, "Trust and Fiducie" in E.H. HONDIUS, M.W. HESSELINK en A.S. HARTKAMP (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, (1085) 1093.

⁵³ In het kader van dit zeer feodaal geladen maatschappijbeeld, dat onder andere ook het Engelse eigendomsbegrip danig beïnvloedde (zie *infra*), werd de *use* aangewend voor nog tal van andere doeleinden, waaronder ook om de zgn. anti-dode hand wetgeving (de zgn. *Statutes of Mortmain*) buiten werking te stellen, alsook in het kader van de kruistochten wanneer men gedurende lange tijd afwezig was. De aannemelijke idee bestond er immers in dat destijds middeleeuws (groot-) grondbezitters die hun land – en hun familie – gedurende geruime tijd achterlieten voor de kruisvaart of de beeweg, de nood zagen om de *legal rights* van hun gronden tijdelijk aan a *trusted friend* over te hevelen, en waarbij de achtergebleven familieleden als ultieme begunstigden werden aangeduid, een en ander met het oog op de onzekere wederkomst van deze godvruchtige gelukzoekers. Opmerkelijk is dat ook toen al deze *use* gebruikt werd voor veel minder legitieme doelstellingen (frauduleuze verarming ten aanzien van zowel private als publieke schuldeisers). Zie hiervoor: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 66-68, nrs. 70-71; A. AVINI, "The Origins of the Modern English Trust Revisited", *Tul.L.Rev.* 1995-96, (1139) 1143-1147 en 1159; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie in Bibliothèque de droit de l'entreprise*, Parijs, Litec, 2004, 88-90, nrs. 104-109; J. BIANCALANA, "Medieval Uses" in R. HELMHOLZ en R. ZIMMERMANN (eds.), *Itinera Fiducia. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, (111) 111-152, i.h.b. 112; H. CATTAN, "The Law of Waqf" in M. KHADDURI en H.J. LIEBESNY (eds.), *Law in the Middle East: Origin and Development of Islamic Law*, I, Washington D.C., Middle East Institute, 1955, 213-214 (UCL); J. GLISTER en J. LEE, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 9, nr. 1.010; W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, Londen, Methuen, 1945, 407 e.v.; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 45-47; F.W. MAITLAND en H.A.L. FISHER (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, II, Cambridge, Cambridge University Press, 1911, 407-408; F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English Law*, II, Cambridge, Cambridge University Press, 1898, 228 en 231; A.W.B. SIMPSON, *A History of the Land Law*, Oxford, Clarendon, 1986, 174.

⁵⁴ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Londen, Butterworths, 2002, 252 e.v.; J. BIANCALANA, "Medieval Uses" in R.H. HELMHOLZ en R. ZIMMERMANN (eds.), *Itinera Fiducia. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, (111) 111-152; G. DE GROOTH, "Uitbreiding bewind of invoering van een Nederlands trustrecht en het ontwerp-Meijers", *RMT* 1956, (241) 265 e.v.; A.W.B. SIMPSON, *A History of the Land Law*, Oxford, Clarendon, 1986, 182.

⁵⁵ P.S. DAVIES, G. VIRGO en E.H. BURN (ed.), *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 530 en 678 e.v.; S. GARDNER, *An Introduction to the Law of Trusts in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 187 e.v.; J. GLISTER en J. LEE, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 496, nr. 18.001; J. GOLDSWORTH, "Trust Practice. A Better Definition of Trusts" *Trusts & Trustees* 2000, afl. 4, (34) 35; G.W. KEETON, *Modern Developments in the Law of Trusts*, 1971, 13-14; J.H. LANGBEIN, "The Contractarian Basis of the Law of Trusts", *Yale L.J.* 1995-96, (625) 638-640 en 643 e.v.; G. MOFFAT, G. BEAN en R. PROBERT, *Trusts Law. Text and Materials in Law in Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 1-3 en 422-425; J. MORLEY, "The

trust idee oorspronkelijk gestoeld was op altruïsme en het loutere vertrouwen (*confidence*) van de overdrager (*feoffer*) in zijn kameraad-bewindvoerder (*feoffee*), daarbij steunend op de zuiver morele verplichting in hoofde van die vriend tot een zorgvuldig en loyaal beheer (*'a confidence reposed in some other'*, zie *supra* nr. 8).⁵⁶ Precair en nefast voor de rechtszekerheid was bovendien dat het erewoord van die *feoffee* dat hij de goederen – of het ‘fonds’ – in het belang van de *cestui que use* zou beheren, naar *common law* rechtspraak niet kon worden afgedwongen (wel naar *equity*, doch enkel *in personam*).⁵⁷

Het zouden volgens – de meest tot de verbeelding sprekende opvatting van – MAITLAND, de Franciscaanse broeders geweest zijn, die als eersten hun land op permanente basis in zulk een *trust* of *use*constructie lieten aanhouden. Een dergelijk vindingrijk staaltje *legal engineering* stelde hen als

Common Law Corporation: The Power of the Trust in Anglo-American Business History”, *Colum. L.Rev.* 2016, (2145) 2145-2197; I. SÁNDOR, “On the Emergence and Development of the Trust Legal Institution”, *Journal on European History of Law* 2016, (80), 96 (niet UK?); R.H. SITKOFF, “An Agency Costs Theory of Trust Law”, *Cornell L.Rev.* 2004, (621) 633-634 en 664-665; C. STEBBINGS, *The Private Trustee in Victorian England*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 30-34; S. WILSON, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 316-318. Zie i.h.b. ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 92-96, nrs. 108-111 en 193-194, nr. 247 en M. FRANKLIN, “Book Reviews”, *Tul.L.Rev.* 1933-34, (473) 475-476 (*trustees* worden omschreven als ‘*professional managers of capital*’).

⁵⁶ *Almost every well-to-do man was a trustee*, Aldus MAITLAND. Zie: F.W. MAITLAND en H.A.L. FISHER (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, III, Cambridge, Cambridge University Press, 1911, 354. Zie ook: J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Londen, Butterworths, 1990 (zie ook 2002), 283 e.v.; J. GOLDSWORTH, “Trust Practice. A Better Definition of Trusts” *Trusts & Trustees* 2000, afl. 4, (34) 34-36; G. MOFFAT, G. BEAN en R. PROBERT, *Trusts Law. Text and Materials in Law in Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 1-3 en 421-425; A.W.B. SIMPSON, *A History of the Land Law*, Oxford, Clarendon, 1986, 181. Zie verder ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 69-70, nr. 75 en 71-72, nr. 78; M.J. DE WAAL, “In Search of a Model for the Introduction of the Trust into a Civilian Context”, *Stellenbosch L.Rev.* 2001, (63) 85; P.D. FINN, *Fiduciary Obligations*, Sydney, 1977, 18; M. GRIMALDI en F. BARRIÈRE, “Trust and Fiducie” in E.H. HONDIUS, M.W. HESSELINK en A.S. HARTKAMP (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (1085) 1100; G. GILISSEN, *De express private trust. Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 3. Voor een hedendaagse weergave van deze nog altijd belangrijke vertrouwensnotie – in het licht van de zgn. *Quistclose trust* – zie: *Twinsectra Ltd v. Yardley* [2002] UKHL 12, [2002] 2 AC 164, nr. 76 (Lord Millet).

⁵⁷ De eiser in *equity* genoot destijds dan ook (nog) geen enkele zakenrechtelijke bescherming. Zie: J. GLISTER en J. LEE, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 7-8, nr. 1.008 en 16-17, nr. 1.018; A.W.B. SIMPSON, *An Introduction to the History of the Land Law*, Oxford, Oxford University Press, 1973, 165; G. WATT, *Trusts and Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 9. Zie ook: P. VINOGRADOFF, “Reason and conscience in the fifteenth and sixteenth centuries”, *LQR* 1908, 373 en 379; M.J. DE WAAL, “The core elements of the trust: aspects of the English, Scottish and South African trusts compared”, *SALJ* 2000, (548) 553.

orde namelijk in staat om heel wat landerijen in *use* te laten aanhouden en zich daarmee te ontdoen van al te veel materiële weelde om zo hun vrome en zeer rigide armoedegelofte – die zowel individueel als collectief eigenaarschap verbod – te eerbiedigen; dát, zonder evenwel hun slaap-, werk- en bedoord uit handen te moeten geven.⁵⁸

13. *JUDGE MADE LAW: TRUST IS EQUITY*⁵⁹ – Een ander aspect dat vanuit rechtshistorisch oogpunt ten gronde ligt aan het ‘*trust*’-denken is de *equity*.⁶⁰ *Sir John Trevor* duidde het – destijds ‘naast’, doch niet ‘onafhankelijk van’ elkaar – bestaan van *equity* en *common law* als volgt:

“*Now equity is no part of the law, but a moral virtue, which qualifies, moderates, and reforms the rigour, hardness, and edge of the law, and*

⁵⁸ Deze opvatting zou ook gelinkt zijn aan de kruistochten en de overlevering van de Islamitische figuur van de *waqf*. Zie hiervoor: A. AVINI, “The Origins of the Modern English Trust Revisited”, *Tul.L.Rev.* 1995-96, (1139) 1159-1162. Zie verder: F.W. MAITLAND, *Equity - Also the Forms of Action at Common Law - Two Courses of Lectures*. Cambridge, Cambridge University Press, 1929, 25 e.v., geraadpleegd via HeinOnline; J.R.H. MOORMAN, *A History of the Franciscan Order From its Origins to the Year 1517*, Oxford, Clarendon, 1968, 180 e.v. Zie ook: J. BIANCALANA, “Medieval Uses” in R. HELMHOLZ en R. ZIMMERMANN, (eds.), *Itinera Fiducia. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, 113 e.v.; M. HALEY en L. MCMURTRY, *Equity & Trusts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2017, 24-25, nr. 1.28; W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, I, Londen, Methuen, 1903, 239; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 45-47; F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English Law*, II, Cambridge, Cambridge University Press, 1898, 231 en 237-238; A.W.B. SIMPSON, *A History of the Land Law*, Oxford, Clarendon, 1986, 174.

⁵⁹ De term ‘*equity*’ wordt hier geplaatst tegenover de term ‘*common law*’, maar daarbij dient rekening gehouden te worden met het feit dat ‘*common law*’ en ‘*equity*’ beide onderdeel zijn van de *common law ‘sensu lato*’. Laatsgenoemde begrip wordt nl. gebruikt om een onderscheid te maken tussen het Engelse rechtssysteem dat gebaseerd is op precedenten (*stare decises*) en het op codes gebaseerde of ‘*civil law*’ rechtstelsel dat is afgeleid van het Romeinse model. Om de zaken nog verder te verwaren, kan de term ‘*common law*’ in een derde betekenis worden gebruikt, met name om de Engelse jurisprudentie te beschrijven, in tegenstelling tot het Engelse wettenrecht (*statutory law*).

⁶⁰ D.J. HAYTON, “Trusts” in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN, A.J.M. NUYTINCK, A.V.M. STRUYCKEN en N.E.D. FABER (eds.), *Vertrouwd met de Trust: Trust and Trust-like Arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, (3) 9 e.v.; W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, I, Londen, Methuen, 1903, 238; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 7-8 en 45; M. MACNAIR, “The Conceptual Basis of Trusts in the Later 17th and Early 18th Centuries” in R. HELMHOLZ en R. ZIMMERMANN (eds.), *Itinera Fiducia. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, (207) 207-208; F.W. MAITLAND, A.H. CHAYTOR (ed.) en W.J. WHITTAKER (ed.), *Equity. Also, the Forms of Action at Common Law. Two Courses of Lectures*, Cambridge, Cambridge University Press, 1929, 22-23; J. PENNER, *The Idea of Property in Law*, Oxford, Clarendon, 1997, 133; W. SWADLING, “Property: General Principles” in A. BURROWS (ed.), *English private law in Oxford principles of English law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, (219) 271, nr. 4.141 e.v.; G. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 12-14, nrs. 1.04-1.06; S. WILSON, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 4 e.v. en 11-25. Zie ook: M.J. DE WAAL, “The Core Elements of the Trust: Aspects of the English, Scottish and South African Trusts Compared”, *SALJ*2000, (548) 552-554. Zie echter: B. RUDDEN, “Things as Thing and Things as Wealth”, *OxJLS* 1994, (81) 89.

*is a universal truth; it does also assist the law where it is defective and weak in the constitution (which is the life of the law), and defends the law from crafty evasions, delusions and mere subtleties, invented and contrived to evade and elude the common law, whereby such as have undoubted right are made remediless; And this is the office of equity, to support and protect the common law from shifts and contrivances against the justice of the law. Equity, therefore, does not destroy the law, nor create it, but assist it.*⁶¹

De *common law* rechtspraak die zorgde voor centralisatie en eenmaking van het recht in Engeland steunde op zgn. *writs*. Een *writ* betekende toegang tot de rechtbank (*i.e. forms of action*, procedure). Aanvankelijk werden deze *writs* geval per geval uitgeschreven om de koninklijke jurisdictie uit te breiden, maar na verloop van tijd – en wegens ongenoegen van de adel over de steeds toenemende macht van de Koning – werd de uitgave van nieuwe *writs* verboden en later uiteindelijk slechts beperkt verschaft *in consimili casu*.⁶² Die verbondenheid tussen procedure en materieel recht maakte de *common law* geleidelijk aan tot een verstard vehikel

⁶¹ Vandaag de dag bestaan de twee rechtssystemen nog steeds naast elkaar theoretisch gezien, procedureel echter zijn beide gefuseerd tot één geheel. *Lord Dudley v. Lady Dudley* [1705] Prec Ch 241, 244, 24 ER 118, 119 (Ch) (Lord Cowper). Zie ook: A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 16-22, i.h.b. 19 en 22 e.v., i.h.b. 24-25; K. BARKER, K. FAIRWEATHER en R. GRANTHAM, *Private Law in the 21st Century*, Londen, Bloomsbury, 2017, 178-179; J. STORY, *Commentaries on Equity Jurisprudence as Administered in England and America*, I, Londen, Maxwell, 1846, 18-19, nr. 17. Zie ook: W. ASHBURNER, *Principles of Equity*, Londen, Butterworths, 1902, 23; J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Londen, Butterworths, 2002, 132-133; F.W. MAITLAND, A.H. CHAYTOR (ed.) en W.J. WHITTAKER (ed.), *Equity. Also, the Forms of Action at Common Law. Two Courses of Lectures*, Cambridge, Cambridge University Press, 1929, 17 (“*Equity had not come to destroy the law, but to fulfil it.*”); G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 12-19.

⁶² J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Londen, Butterworths, 2007, 15 e.v., 56 en 97; S. GARDNER, *An Introduction to the Law of Trusts in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 18-25 en 216 e.v.; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 7-9, 16-18; J. HUDSON, *The Formation of the English Common Law*, Londen, Longman, 1996, 16, 21 en 27-31; F.W. MAITLAND, A.H. CHAYTOR (ed.) en W.J. WHITTAKER (ed.), *Equity. Also, the Forms of Action at Common Law. Two Courses of Lectures*, Cambridge, Cambridge University Press, 1929, 3 en 295 e.v., i.h.b. 345-346; G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 4-7. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 54-59, nrs. 57-61; W. DEVROE, *Rechtsvergelijking in de context van europeanisering en globalisering*, Leuven, Acco, 2012, 113-114, nrs. 227-230; G. GILISSEN, *De express private trust. Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 20-21 en 23; P. STEIN, *Roman Law in European History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 63; R.C. VAN CAENEGHEM, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, 88-90 en 110 (arenberg magazijn); W.J. ZWALVE, *C.A.E. Uniken Venema's Common Law & Civil Law: Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, 29.

dat uiteindelijk niet meer in staat bleek het zich snel ontwikkelende maatschappijbeeld bij te benen.⁶³

Het is in dit opzicht dat SIMPSON stelt:

“*The use simply could not be fitted into the common law scheme of things, for the doctrine of estates and the doctrine of seisin left no place for the separation of beneficial enjoyment from legal title.*”⁶⁴

Door voormelde verstarring en bij gebrek aan vermogen om billijk en rechtvaardig recht te spreken, richtten rechtsonderhorigen zich alsmaar meer voor *ad hoc* oplossingen naar de *Lord Chancellor* die als *keeper of the King’s conscience* langzamerhand begon uit te groeien tot een op zichzelf staand afzonderlijk stelsel van rechtsregels ter correctie en ter aanvulling van de strenge en rigide *common law* rechtspraak (zgn. ‘*merciful exceptions*’).⁶⁵ Voor de *trust* en meer bepaald voor de begunstigen daarvan, betekende dat aldus een rechtvaardig en milderend antwoord op de al te starre *common law*,

⁶³ F.W. MAITLAND, A.H. CHAYTOR (ed.) en W.J. WHITTAKER (ed.), *Equity. Also, the Forms of Action at Common Law. Two Courses of Lectures*, Cambridge, Cambridge University Press, 1929, 345-346; G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 4-7; G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 4-5. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen* in *Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 57-60, nrs. 60-62; H. BATIFFOL, “The Trust Problem as Seen by a French Lawyer”, *J.Comp. Legis & Int’l L.*1951, (18) 19 e.v.; W. DEVROE, *Rechtsvergelijking in de context van europeanisering en globalisering*, Leuven, Acco, 2012, 114-115, nrs. 231-233; P. STEIN, *Roman Law in European History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 87; C.Æ. UNIKEN VENEMA, *Trustrecht en bewind. Rechtsvergelijkende beschouwingen met betrekking tot het Anglo-Amerikaanse Trustrecht in verband met het bewind, de executele en andere parallel-figures in het Nederlandse Recht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1954, 65-70.

⁶⁴ A.W.B. SIMPSON, *An Introduction to the History of the Land Law*, Oxford, Oxford University Press, 1973, 165.

⁶⁵ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Londen, Butterworths, 2007, 15 e.v., 56, 97-98 en 106-108; A. CLARKE en P. KOHLER, *Property law: Commentary and Materials in Law in context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 311; D. FOX, “The Nature, History and the Courts of Equity” in J. MCGHEE (ed.), *Snell’s Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 6-7; J. GLISTER en J. LEE, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 6, nr. 1.005 e.v.; D.J. HAYTON, *The Law of Trusts in Fundamental Principles of Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 10 e.v.; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 7-9, 16-22; F.W. MAITLAND, A.H. CHAYTOR (ed.) en W.J. WHITTAKER (ed.), *Equity. Also, the Forms of Action at Common Law. Two Courses of Lectures*, Cambridge, Cambridge University Press, 1929, 3-6 en 12 e.v.; J.E. MARTIN, *Modern Equity in Hanbury & Martin*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 7; W. SWADLING, “Property: General Principles” in A. BURROWS (ed.), *English private law in Oxford principles of English law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, (219) 271, nr. 4.142; G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 5; S. WILSON, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 11-15. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen* in *Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 59-65, nrs. 62-68; W. DEVROE, *Rechtsvergelijking in de context van europeanisering en globalisering*, Leuven, Acco, 2012, 115, nrs. 234-235.

waarin vooral de belangen van de *legal owner* (*trustee of feoffee*) werden behartigd. Die nieuwe bron van recht gaf de positie van de begunstigde (*beneficiary* of *cestui que trust*) dan ook meer draagkracht en verschafte deze uiteindelijk de hoognodige zakenrechtelijke bescherming.⁶⁶ Sindsdien en daardoor wordt de traditionele opsplitsing van het eigendomsrecht als definitieve verworvenheid van het Engelse *trustrecht* beschouwd.⁶⁷

⁶⁶ WATT beschrijft deze – blijkbaar geheimzinnige – historische conclusie als volgt: “*It is something of a mystery how and why a mere personal right against a particular defendant, based upon his possession of a thing and the corresponding burdon on his conscience, became a property right in the thing enforceable by the beneficiary against the whole world, apart from the bona fide purchaser for value of legal estate without notice.*” Zie hiervoor: G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 11. Zie verder: S. GARDNER, *An Introduction to the Law of Trusts* in *Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 18-25 en 216 e.v.; J. GLISTER en J. LEE, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 16-19, nrs. 1.018-1.019; W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, I, Londen, Methuen, 1903, 238 en 240 e.v.; F.W. MAITLAND, A.H. CHAYTOR (ed.) en W.J. WHITTAKER (ed.), *Equity. Also, the Forms of Action at Common Law. Two Courses of Lectures*, Cambridge, Cambridge University Press, 1929, 115; P. MATTHEWS, “From Obligation to Property, And Back Again? The Future of the Non-Charitable Purpose Trust” in D.J. HAYTON (ed.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag, Kluwer Law International, 2002, (203) 205-206; R.W. TURNER, *The Equity of Redemption. Its Nature, History and Connection with Equitable Estates Generally*, Cambridge, Cambridge University Press, 1931, 43 e.v. Zie ook: J.B. AMES, *Lectures on Legal History and Miscellaneous Legal Essays*, Cambridge, Harvard University Press, 1913, 233-242; M.A. BADRÉ, *Le développement historique des ‘uses’ jusqu’à l’introduction du ‘trust’ en droit anglais* in *Collection d’études théoriques et pratiques de droit étranger, de droit comparé et de droit international*, XXXII, Parijs, Rousseau, 1932, 42 e.v. en 113; H. BATIFFOL, “The Trust Problem as Seen by a French Lawyer”, *J.Comp. Legis & Int’l L.* 1951, (18) 19 e.v.; M.C. CUMYN, “Rapport Général” in M.C. CUMYN (ed.), *La fiducie face au trust dans les rapports d’affaires*, Brussel, Bruylant, 1999, (9) 14-15, nr. 6 en 26-27, nr. 24; M.J. DE WAAL, “The Core Elements of the Trust: Aspects of the English, Scottish and South African Trusts Compared”, *SALJ* 2000, (548) 552-554; D.J. HAYTON, “Trusts” in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN, A.J.M. NUYTINCK, A.V.M. STRUYCKEN en N.E.D. FABER (eds.), *Vertrouwd met de Trust: Trust and Trust-like Arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, (3) 3-4 en 9-17; R. IBARRA GARZA, “Protecting the trust fund in French and English law”, *Trust & Trustees* 2014, (421) 428-429; M.E. STORME, *Notities Rechtsvergelijking*, Gent-Mariakerke, M.E. Storme, 2014, 453-454, www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/Rechtsvergelijking9.pdf.

⁶⁷ W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, IV, Londen, Methuen, 1923, 433 e.v.; W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, I, Londen, Methuen, 1903, 240-241; F.W. MAITLAND, A.H. CHAYTOR (ed.) en W.J. WHITTAKER (ed.), *Equity. Also, the Forms of Action at Common Law. Two Courses of Lectures*, Cambridge, Cambridge University Press, 1929, 17-18; G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 11; S. WILSON, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 18-19. Zie ook: M.J. DE WAAL, “The Core Elements of the Trust: Aspects of the English, Scottish and South African Trusts Compared”, *SALJ* 2000, (548) 552-554; W. DEVROE, *Rechtsvergelijking in de context van europeanisering en globalisering*, Leuven, Acco, 2012, 140-141, nrs. 314-315; J. GLISTER en J. LEE, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 16-19, nrs. 1.018-1.019; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 201-203, nr. 180, i.h.b. 203; L. SMITH, “Transfers” in P. BIRKS en A. PRETTO (eds.), *Breach of Trust*, Oxford, Hart Publishing, 2002, (111) 122-123; M.E. STORME, *Notities Rechtsvergelijking*, Gent-Mariakerke, M.E. Storme, 2014, 453-454, www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/Rechtsvergelijking9.pdf.

14. *IN DUBIO PRO FIDE* – Een vreemde situatie stelt zich, gezien de paradoxen die de historische evolutie van de *trust* met zich meebrengt. De *trust* wordt immers sterk gekenmerkt door de daaraan gelinkte feodale eigendomsopvatting en heeft er zelfs voor een groot stuk zijn voortbestaan en ontstaan aan te danken (zie ook *infra*).⁶⁸ Niettemin was het net die *trust*constructie zelf die poogde de feodaliteit te ondermijnen door een meer volwaardig en absoluut eigendomsrecht te bewerkstelligen.⁶⁹ Daartegenover staat tot slot dat de constructie van de Franciscanen waarbij hun land permanent *ad opus* gehouden werd, precies ingegeven was vanuit de gedachte afstand te nemen van een al te sterk en absoluut eigendomsrecht, zonder daarbij het dak boven hun hoofd te verliezen.⁷⁰

Echter, deze op het eerste zicht paradoxale situatie getuigt onzes inziens niet van vaten vol tegenstellingen of ongerijmdheden. Eerder dan te compliceren, laat deze korte historische beschrijving van de oorsprong van de *trust* zien wat voor een veelzijdige en flexibele rechtsfiguur de *trust* eigenlijk is. HUDSON weet dit ‘core’-aspect van de Angelsaksische *trust* treffend onder woorden te brengen: “*These trusts were developed by practical people trying to deal with practical problems, as opposed to being created by a legislator or a judge setting out all of the appropriate principles in advance. In truth in trusts law we have always been reacting to circumstance: every case and every statute has been seeking to order and to regularise whatever has already been done in practice.*”⁷¹

Ook wat de bron van herkomst betreft moet worden genuanceerd. Hoewel vele mogelijke oervormen zich aandienen, is redelijk te stellen dat deze fiduciaire figuur in welke vorm dan ook op een gegeven moment in de geschiedenis in vele rechtsstelsels een of andere functionele variant moet

⁶⁸ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 15-19, nrs. 12-14; P. MATTHEWS, “The compatibility of the trust with the civil law notion of property” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (313) 315-316 (“*This apparently complex approach is a hangover from the medieval feudal system. But it makes it easy for ownership of the thing to be dismembered, and bits parceled out to different people.*”).

⁶⁹ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Londen, Butterworths, 2002, 252 e.v.; J. BIANCALANA, “Medieval Uses” in R.H. HELMHOLZ en R. ZIMMERMANN (eds.), *Itinera Fiducia. Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1998, (111) 111-152; G. DE GROOTH, “Uitbreiding bewind of invoering van een Nederlands trustrecht en het ontwerp-Meijers”, *RMT* 1956, (241) 265 e.v.; W. SWADLING, “Trusts and Ownership: A Common Law Perspective”, *ERPL* 2016, (951) 972, nr. 29.

⁷⁰ F.W. MAITLAND, *Equity - Also the Forms of Action at Common Law - Two Courses of Lectures*. Cambridge, Cambridge University Press, 1929, 25 e.v., geraadpleegd via HeinOnline; J.R.H. MOORMAN, *A History of the Franciscan Order From its Origins to the Year 1517*, Oxford, Clarendon, 1968, 180 e.v.

⁷¹ A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 46-47.

gekend hebben; zodoende dat de *trust* kan worden beschouwd als uitloper van een bredere pan-Europese traditie, als een soort *ius commune* als het ware.⁷²

1.1.3. Karakteristieken van de moderne trust

a. Een triangulair kruisbestuivingspel

15. ALGEMEEN – Dat de trust in en door de praktijk en geschiedenis zijn flexibiliteit en veelzijdigheid meegekregen heeft en gevormd is geworden, neemt niet weg dat onnoemelijk veel rechtstheoretici, alsook vele rechters, hebben getracht tot een theoretische karakterisering, uniformisering en vormgeving te komen wat betreft de trustfiguur. In wat volgt worden allereerst een aantal trustkenmerkende geldigheidsvereisten besproken om vervolgens de eigendomssituatie van de Angelsaksische trust in het hedendaagse recht onder de loep te nemen.

16. KENMERKEN: HOEDANIGHEID – Van belang te weten is dat een geldige Angelsaksische *private express trust* een aantal specifieke kenmerken bevat. Vooreerst dient te worden gewezen op het feit dat bij een trust sprake kan zijn van onnoemelijk veel partijen, doch dat slechts drie verschillende ‘hoedanigheden’ steeds dienen te worden vervuld.⁷³ De *settlor* of oorspronkelijke eigenaar is steeds de grondlegger van de constructie. Zijn of haar wil is wet. De *settlor* zal dan ook diegene zijn die de goederen met het oog op beheer uitkiest en vervolgens overdraagt naar het *trustfund*. In principe verdwijnt de *settlor* daarna uit het verhaal. Echter, uitzonderingen op de regel zijn talrijk en praktisch relevant gezien het feit dat de meeste *settlors* nauw betrokken willen blijven met oog op de goede voortzetting van het bewind. Zo kan de *settlor* zichzelf tot *trustee* dan wel tot *beneficiary* (of beide) promoveren. Verder kan hij/zij zichzelf bepaalde *powers* voorbehouden, een *protector* benoemen of nog een zgn. *letter of wishes* opstellen.⁷⁴

⁷² M.J. DE WAAL, “In search of a model for the introduction of the trust into a civilian context”, *Stellenbosh Law Review* 2001, (63) 65; M. LUPOLI, “Trust and Confidence”, *Law Quarterly Review* 2009, (253) 253-287; H. PATRICK GLENN, “The Historical Origins of the Trust” in A. MORDECHAI RABELLO (ed.), *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Jeruzalem, Hamaccabi Press, 1997, 754-755; C.A. UNIKEN VENEMA, *Trustrecht en bewind. Rechtsvergelijkende beschouwingen met betrekking tot het Anglo-Amerikaanse Trustrecht in verband met het bewind, de executele en andere parallel-figuren in het Nederlandse Recht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1954, 118 e.v. Ook de DCFR is een zeer recente uiting daarvan. Zie i.h.b.: C. VON BAR en E. CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, VI, Munchen, Sellier European Law Publishers, 2009, 5679.

⁷³ A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 59-60. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 189, nr. 240.

⁷⁴ P.S. DAVIES, G. VIRGO en E.H. BURN (ed.), *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 51-55, 145 e.v.; D.J. HAYTON, *Underhill and Hayton:*

Vervolgens is er de onontbeerlijke *trustee* of bewindvoerder die de in het *trustfund* ingebrachte goederen steeds in functie van het belang van een of meerdere *beneficiaries* beheert.⁷⁵ Dat beheer moet in principe gebeuren volgens de daartoe bij de oprichting opgestelde bijzondere regels van de *trustakte*, alsook volgens bepaalde meer algemene (fiduciare) verplichtingen,

Law Relating to Trusts and Trustees, Londen, Butterworths, 2003, 25, 29-30 en 61-62; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 51-52, 89-90, 247-250, en 1055; R. PEARCE en W. BARR, *Pearce & Stevens Trusts and Equitable Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 147 e.v.; J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 24, nr. 2.25 e.v. en 72-77, nrs. 3.14-3.23, i.h.b. 77, nr. 3.23; S.M. SMITH en A. HOLDEN, "Letters of Wishes and the Ongoing Role of the Settlor", *Trust & Trustees* 2014, (712) 712-724; G. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 31-33, nrs. 1.36-1.38; G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 58-59 en 73-74; S. WILSON, *Todd & Wilson's Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 8-9 en 321-322. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 189-191, nrs. 241-244; G. GILISSEN, *De express private trust. Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 107. Wel moet steeds worden gelet op het feit dat een daadwerkelijke *trust*verhouding voorligt. Is dat niet het geval, bijv. wanneer de *trustee* niet op onafhankelijke wijze zijn taak vervult, dan kan er sprake zijn van een *zgn. sham trust*. Zie hierover: M. CONAGLEN, "Sham Trusts", *CLJ* 2008 (176) 176-207; P.S. DAVIES, G. VIRGO en E.H. BURN (ed.), *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 69-73; S. GADHIA, K. RODGERS en J. HO, "Sham Trusts", *Trust & Trustees* 2016, (464) 464-478; D.J. HAYTON, *Underhill and Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 59-63; L. HO, "Breaking Bad. Settlor's Reserved Powers" in R.C. NOLAN, K.F.K. LOW en T. HANG WU (eds.), *Trusts and Modern Wealth Management*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, (34) 34-56; G. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 29-30, nr. 1.32. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 185-189, nrs. 235-239.

⁷⁵ De *trustee* kan echter ook zelf (een van de) begunstigde(n) zijn. Er zijn voorts geen bijzondere hoedanigheidsvereisten – naast de algemene rechts- en handelingsbekwaamheid – die gelden voor de hoedanigheid van *trustee*. Zie over de *trustee*: P.S. DAVIES, G. VIRGO en E.H. BURN (ed.), *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 527 e.v.; J.W. HARRIS, *Property & Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1996, 74; S. HEPBURN, *Principles of Equity and Trusts in Principles of Law Series*, Londen, Cavendish, 2001, 263-264, nr. 25.3 e.v.; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 52 e.v., 90-91 en 342 e.v.; J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 22-24, nrs. 2.18-2.24; G. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 38-42, nrs. 1.47-1.55 en 308, nrs. 10.01-10.02; G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 356-357 en 378 e.v.; J.P. WEBB, "An ever-reducing core? Challenging the legal validity of offshore trusts", *Trusts & Trustees* 2015, (476) 476 e.v.; S. WILSON, *Todd & Wilson's Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 8-9, 312 e.v. en 318-319. Zie ook: P. LEPAULLE, "An Outsider's View Point of the Nature of Trusts", *Cornell L.Q.* 1928-29, (52) 56; L. SMITH, "Trust and Patrimony", *Est.Tr. & Pensions J.* 2008-09, (332) 336-338. Bepaalde auteurs spreken over het *zgn. 'office'* van de *trustee*. Zie daarover: G.L. GRETTON, "Trusts Without Equity", *Int'l & Comp.L.Q.* 2000 (599) 617-618; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 342 e.v.; B. RUDDEN, "Things as Thing and Things as Wealth", *OxJLS* 1994, (81) 88-90; R.H. SITKOFF, "An Agency Costs Theory of Trust Law", *Cornell L.Rev.* 2004, (621) 641-643.

te denken valt aan de zgn. *duty of loyalty* en de *duty of care*.⁷⁶ Het zijn beide voornoemde richtlijnen – zowel de specifieke als de algemeen fiduciaire – die maken dat van meet af aan het zgn. ‘juridisch’ eigenaarschap (*i.e.* de *legal title*) grondig en doordacht bedwongen wordt met oog op een evenwichtig, verantwoordelijk en ordentelijk beheer.⁷⁷

⁷⁶ De *trustee* heeft, behoudens specifieke bevoegdheden en de bijzondere verplichtingen die resulteren uit de *trust*akte zelf, steeds ook de volgende algemene verplichtingen: informatie- en informeringsverplichting, verplichting inzake het afgescheiden houden van de *trust*goederen, gelijke of onpartijdige behandeling van alle *beneficiaries*, een redelijke zorg-vuldigheidsplicht, de verplichting om de waarde van het *trust*fonds te vrijwaren, een loyaliteitsplicht, een verplichting om belangenconflicten te vermijden, een zgn. *duty to invest and distribute the trust property*, etc. Zie: R.P. AUSTIN, "Moulding the Content of Fiduciary Duties" in A.J. OAKLEY (ed.), *Trends in Contemporary Trust Law*, Oxford, Clarendon, 1996, (153-176) 153 e.v.; M. CONAGLEN, "The nature and function of fiduciary loyalty", *L.Q.R.* 2005, 452, i.h.b. 454-460; J. GLISTER en J. LEE, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 497-499, nrs. 18.002-18.004, 533-534, nr. 19.001 e.v., 561-562, nr. 20.001 e.v. en 605-607, nr. 22.001 e.v.; W. GOODHART, "Trust law for the twenty-first century" in OAKLEY (ed.), *Trends in Contemporary Trust Law*, Oxford, Clarendon, 1996, 257 en 263; M. HALEY en L. MCMURTRY, *Equity & Trusts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2017, 26-27, nr. 1.31 en 473-474, nr. 12.01 e.v.; HAYTON, "The Irreducible Core Content of Trusteeship" in A.J. OAKLEY (ed.), *Trends in Contemporary Trust Law*, Oxford, Clarendon, 1996, (47) 47 e.v.; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 52-53, 340-341 en 353-392; J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 22-24, nrs. 2.18-2.24; G. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 305 e.v.; G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 326 e.v. en 355 e.v., i.h.b. 356-358. C. WEBB en T. AKKOUH, *Trusts Law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 239. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 195-201, nrs. 250-256; G. GILISSEN, *De express private trust. Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 111-119; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit anglais) in Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 27, nr. 49 e.v. en 71, nr. 225 e.v.; R. IBARRA GARZA, "Protecting the trust fund in French and English law", *Trusts & Trustees* 2014, (421) 424-427.

⁷⁷ L.J. MILLET spreekt zelfs van een 'irreducible core'. Hij ziet de fundamentele samenhang die bestaat tussen de *trustee*, de *trust*goederen en het belang van de *beneficiaries* in de vorm van allerlei bijzondere en algemene verplichtingen als de kern van het *trust*concept. Zie: *Armitage v. Nurse* [1998] Ch 241, 252-254. Zie verder: D. HAYTON, "The Irreducible Core Content of Trusteeship" in A.J. OAKLEY (ed.), *Trends in Contemporary Trust Law*, Oxford, Clarendon, 1996, (47) 47 e.v. en 57-58; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 342-343; P. PARKINSON, "Reconceptualising the Express Trust", *Cambridge L.J.* 2002, (657) 683; J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 21, nr. 2.16; J.P. WEBB, "An ever-reducing core? Challenging the legal validity of offshore trusts", *Trusts & Trustees* 2015, (476) 480 ("However, it is suggested that the beneficiary's derivative property rights in assets held by the trustee, coupled with the trustee's obligation of loyalty toward the beneficiary in respect of such assets, represents the nucleus of the common law trust."). Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 193, nr. 246, 194, nr. 248, 231-232, nr. 302 ("De keerzijde van de verplichtingen van de *trustee* om de *trust*goederen steeds te beheren in het belang van de *beneficiary* is namelijk dat hij zelf geen aanspraak kan maken op de waarde die zij vertegenwoordigen. Dit inzicht is aldus fundamenteel voor het begrip van de *trust* als juridisch concept.") en 290-292, nrs. 379-381; M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 150 e.v. en 163-164. Vgl. W.

Opmerkelijk aan het ‘office’ van *trustee* is dat naar Engels recht geen beperkingen te vinden zijn wat het personele toepassingsgebied betreft, uitgezonderd enkele herkenbare gemeenrechtelijke bekwaamheidsvereisten (zie eveneens *infra*).⁷⁸

De laatste hoedanigheid die moet worden bekleed, is de positie van de *beneficiary* of begunstigde. Hij of zij is de uiteindelijk gerechtigde met betrekking tot de waarde die het bestemmingsgebonden *trust*vermogen middels het gevoerd beheer mettertijd genereert en weet te consolideren (*i.e.* netto-aanspraak of residuaire claim).⁷⁹ De macht en rechten (*i.e.* *beneficial* en/of *equitable interests*) van die *beneficiary* bij een *private express trust* fluctueren heel sterk naargelang de al dan niet discretionaire bevoegdheden en plichten van de *trustee* (*bare, fixed, discretionary trust* etc.),⁸⁰ doch kenden een zekere *upgrade* (ten koste van de *settlor*) ingevolge de zgn. ‘flexibility of benefit’ doctrine die de rechtspraak met *Saunders v. Vautier* introduceerde (zie ook o.a. zgn. ‘power of maintenance’ en ‘advancement’).⁸¹ Dat de

VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid. Rechtsvergelijkende bijdrage tot een algemene theorie van bewind over andermans vermogen*, Brussel, Bruylant, 1962, 34-35, nr. 14.

⁷⁸ J. GLISTER en J. LEE, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 504-508, nrs. 18.008-18.016, i.h.b. 504, nr. 18.008 (“*In principle, any person who is able to hold property may be a trustee.*”); M. HALEY en L. MCMURTRY, *Equity & Trusts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2017, 474-475, nr. 12.02; G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 379-380; S. WILSON, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 318 e.v. (“*These restrictions apart, the settlor may appoint trustees as he pleases.*”).

⁷⁹ D.J. HAYTON, *Underhill and Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 2003, 63; J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 21-22, nrs. 2.16-2.17 en 25, nr. 2.27 e.v.; G. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 33-38, nrs. 1.39-1.46 en 173-174, nr. 7.01 e.v.; C. WEBB en T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 28, 317; S. WILSON, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 8-9 en 403 e.v. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 204, nr. 262; M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 166 e.v., i.h.b. 168-169 en 178-179; R.H. SITKOFF, “An Agency Costs Theory of Trust Law”, *Cornell L.Rev.* 2004, (621) 646 e.v.

⁸⁰ N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 154, nr. 186, 159-168, nrs. 196-211 en 204-210, nrs. 262-271; D. FOX, “Definition and classification of trusts” in J. MCGHEE (ed.), *Snell’s Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 579; F. SONNEVELDT, “De positie van de beneficiary in het kader van de Anglo-Amerikaanse trust” *TEP* 2006, (285) 285-309; S.S. WILSON, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 8-9 en 350 e.v.

⁸¹ Die zgn. ‘flexibility of benefit’ doctrine houdt in dat de enige *beneficiary* of – indien meerdere – alle, maar dan tezamen (unaniem en *sui iuris*), het recht heeft/hebben om de *trust*verhouding (op collectieve wijze) *ad nunc* te beëindigen of te wijzigen. De regel berust op de afweging die wordt gemaakt tussen enerzijds de belangen van de begunstigten en die van de *settlor* en opteert ervoor de voorkeur te geven aan de positie van de *beneficiaries* wanneer hun belangen onderling niet (meer) conflicteren en waardoor er dan ook geen behoefte meer zou zijn om de

belangrijkheid van de begunstigde niet te onderschatten is, blijkt ook uit het zgn. ‘*beneficiary principle*’ (zie ook *infra* ‘*certainty of object matter*’) hetwelk de algemene regel inhoudt dat *express trusts* enkel kunnen bestaan wanneer er *beneficiaries* zijn die kunnen toezien op het doen en laten van de *trustee* (zgn. ‘*trusts for people*’), hetgeen slechts anders is en uitzondering vindt ingeval sprake is van een (valabele) *purpose trust* waarbij niet de begunstigde, doch wel een of ander maatschappelijk elementair doel centraal staat.⁸²

17. KENMERKEN: GELDIGHEID – Naast enkele algemeen gemeenrechtelijke geldigheidsvereisten⁸³ is het voor de creatie van een *express trust* eveneens van belang dat de zgn. ‘*three certainties*’ voorhanden zijn. Die ‘*certainties*’ zijn van wezenlijk belang om na te gaan of een werkelijke *trust*-verhouding bestaat die

trust-constructie te laten voortbestaan. De voorwaarden die moeten worden vervuld zijn de volgende: (1) meerderjarigheid, (2) ‘*sound of mind*’ zijn en (3) (eventueel) tezamen een *beneficial interest* in de *trustassets* vertegenwoordigen dat daarenboven *absolute, vested en indefeasible* is. Zie hierover: *Saunders v. Vautier* [1841] 4 Beav 115; D.J. HAYTON, *The Law of Trusts in Fundamental Principles of Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 165 en 176 e.v.; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 91, 182-185 en 188-189; J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 80-82, nrs. 3.30-3.35; W. SWADLING, “Trusts and Ownership: A Common Law Perspective”, *ERPL* 2016, (951) 956-958, nr. 9, i.h.b. 957; G. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 35-38, nrs. 1.44-1.45 en 173-175, nrs. 7.01-7.04; G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 297-325; C. WEBB en T. AKKOUH, *Trusts law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 28, 29-30. Zie ook: A. BRAUN en W. SWADLING, “Management: trust, treuhand and fiducie” in S. VAN ERP en B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law in Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford, Hart, 2012, (553) 561; T.P. GALLANIS, “The New Direction of American Trust Law”, *Iowa Law Review* 2011, 226 e.v.; W. LOOF, “Reactie op ‘Never trust a trust’ van A.J. van Hoepen in WPNR (2014) 7008”, *WPNR* 2014, nr. 7028, (722) 724; F. SONNEVELDT, “De positie van de beneficiary in het kader van de Anglo-Amerikaanse trust” *TEP* 2006, (285) 286. In het Amerikaanse recht lijkt er meer respect te zijn voor de positie van de *settlor* en de ‘*material purpose*’ van zijn keuze om een *trust*-verhouding op poten te zetten. Zie hiervoor: T.P. GALLANIS, “The New Direction of American Trust Law”, *Iowa Law Review* 2011, 228-229; D.W.M. WATERS, “The Trust: Continual Evolution of a Centuries-Old Idea”, *Journal of International Trust and Corporate Planning* 2007, 215.

⁸² P.S. DAVIES, G. VIRGO en E.H. BURN (ed.), *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 110-112; D. HAYTON e.a., *Underhill and Hayton: The Law of Trusts and Trustees*, Londen, LexisNexis, 1995, 91; P. MATTHEWS, “The New Trust: Obligations without Rights?” in A. OAKLEY (ed.), *Trends in Contemporary Trusts Law*, Oxford, Clarendon, 1996, 2; C. MITCHELL, *Hayton & Mitchell: Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, Londen, Sweet & Maxwell, 2010, 185, nr. 5.01 e.v.; G. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 38, nr. 1.46, 39-40, nr. 1.51 en 153 e.v.; G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 99 e.v., i.h.b. 99-100; J.P. WEBB, “An ever-reducing core? Challenging the legal validity of offshore trusts”, *Trusts & Trustees* 2015, (476) 484-485. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen* in *Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 216-217, nrs. 283-284.

⁸³ D. FOX, “Private Express Trusts” in J. MCGHEE (ed.), *Snell’s Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 614; G. GILISSEN, *De express private trust. Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 56.

de beoogde rechtsgevolgen resorteert.⁸⁴ Wanneer met redelijke zekerheid kan worden aangetoond dat de *settlor* (1) de intentie had om een trust in het leven te roepen (*certainty of intention*), (2) er bepaalde goederen aanwezig zijn die in het *trustfund* worden gebracht (*certainty of subject matter*), en (3) er een of meer bepaalde of voldoende bepaalbare *beneficiaries* aanwezig zijn (*certainty of object matter*), is de trust rechtsgeldig.⁸⁵

Verder zijn er ook nog enkele bijzondere beperkingen (zgn. ‘*perpetuity rules*’) die worden opgelegd met oog op het geldig instellen van een *express trust*, met name is er (1) de *rule against remoteness of vesting*, (2) de *rule against accumulations* en (3) de *rule against inalienability*.⁸⁶

⁸⁴ J. GLISTER en J. LEE, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 79-98, nrs. 4.001-4.022, i.h.b. 79-80, nrs. 4.001-4.002; C. MITCHELL, *Hayton & Mitchell: Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, Londen, Sweet & Maxwell, 2010, 141-184, nrs. 4.01-4.181, i.h.b. 141, nrs. 4.01-4.01; J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 186-216, nrs. 7.1-7.84 i.h.b. 186, nrs. 7.1-7.3; G. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 43-44, nrs. 2.01-2.02; C. WEBB en T. AKKOUH, *Trusts Law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 38; S. WILSON, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 56-86, i.h.b. 56-58. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 173-174, nr. 217; G. GILISSEN, *De express private trust. Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 51 e.v. en 92 e.v.

⁸⁵ P.S. DAVIES, G. VIRGO en E.H. BURN (ed.), *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 67-110; C. MITCHELL, *Hayton & Mitchell: Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, Londen, Sweet & Maxwell, 2010, 141-184, nrs. 4.01-4.181; J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 186-216, nrs. 7.1-7.84; G. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 43-110, nrs. 2.01- 4.44; S. WILSON, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 56-86. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 173-179, nrs. 217-223.

⁸⁶ Deze regels hebben allen betrekking op het risico van de ‘dode hand’, en herbergen o.a. beperkingen wat betreft de duurtijd van de onder *trust*constructie gehouden goederen, alsook aangaande het accumuleren van inkomsten en het onvervreemdbaar zijn van de *trust*goederen. Zie: P.S. DAVIES, G. VIRGO en E.H. BURN (ed.), *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 112-117; T.P. GALLANIS, “The New Direction of American Trust Law”, *Iowa L.Rev.* 2011, (215) 229 e.v.; G. GILISSEN, *De express private trust. Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 51 e.v. en 99 e.v.; J. GLISTER en J. LEE, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 346-349, nrs. 14.016-14.021; C. MITCHELL, *Hayton & Mitchell: Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, Londen, Sweet & Maxwell, 2010, 318-324, nrs. 7.62-7.83; G. MOFFAT, G. BEAN en R. PROBERT, *Trusts Law. Text and Materials in Law in Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 316-322; J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 83-85, nrs. 3.36-3.42; G. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 187-230, nrs. 8.01-8.132; G. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 201-252, nrs. 8.01-8.111. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 179-182, nrs. 224-229.

Voornoemde beperkingen zijn vrij herkenbaar vanuit onze *civil law* rechtstraditie en spreken enigszins voor zich.⁸⁷

Buiten de genoemde vereisten en beperkingen is de *trust* een overwegend vormvrije rechtsfiguur.⁸⁸

18. KRUISBESTUIVINGSSPEL: *THE MAGIC TRIANGLE*⁸⁹ – Uit wat hierboven staat blijkt dat alle drie de posities intern met elkaar gelinkt en essentieel zijn om tot een performant en aan de noden van de insteller aangepast *trust* geheel te komen. De woorden van WEBB zijn duidelijk:

*“The trust’s unique characteristics stem from a fundamental tripartite relationship between settlor, trustee, and beneficiary. The available benefits (alienated assets, proprietary interests, etc.) depend on a genuine separation of ownership, control, and benefit, as well as a relationship of trust and confidence.”*⁹⁰

⁸⁷ De eerste en de tweede, m.n. de *rule against perpetuities* en de *rule against accumulations*, zijn ingegeven vanuit het risico op de zgn. ‘dode hand’; de derde, m.n. de *rule against inalienability* houdt een verbod in om de *trust* goederen onvervreemdbaar te maken. Vgl. bijvoorbeeld: A.M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Parijs, Presses Universitaires de France, 1989, 189; V. SAGAERT, A.L. VERBEKE en B. TILLEMANN, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 59-60, nr. 117; J. VANANROYE, “De parabel van het afgesneden worstje (of: het winstoogetmerk)”, *TRV* 2015, nr. 5, (482) 484-485, nr. 4; L. VANDENAMEELE, “Deus ex machina: de erosie van het kerkelijk patrimonium - Over het eigendomsrecht van de Belgische kerken”, *RW* 2016-17, (923) 924, nrs. 7 e.v.; A.L. VERBEKE en A. NIJS, *Vermogensplanning: praktisch en eenvoudig*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 162.

⁸⁸ Uitgezonderd voor *trusts* die betrekking hebben op onroerende goederen en *testamentary trusts*. Zie hiervoor *Section 53(1)(b) Law of Property Act 1925*; *Section 2 Law of Property (Miscellaneous Provisions Act 1989*; *Section 9 Wills Act 1837*. Zie verder over het vormvrije en open karakter: *Kinloch v. Secretary of State for India in Council* [1882] 7 App Cas 619, 631: “*There is no magic in the word ‘trust’*”; G.T. BOGERT, *Trusts in Hornbook Series*, Saint Paul, West Publishing, 1987, 25; P.S. DAVIES, G. VIRGO en E.H. BURN (ed.), *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 119 e.v.; J. GLISTER en J. LEE, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 129-130, nrs. 6.001-6.002 (“*The basic rule is that the settlor may create a trust by manifesting an intention to create it. No formalities are required for the creation or enforcement of a lifetime trust of personality.*”) (“*Although no formalities are required for their creation, in practice lifetime trusts of all property are created in writing and usually by deed. This is because such trusts usually have as one of their objects the saving of tax, and this can only be achieved where there is clear documentary proof of the date and terms of the trust.*”); D.J. HAYTON, “Trusts” in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN, A.J.M. NUYTINCK, A.V.M. STRUYCKEN en N.E.D. FABER (eds.), *Vertrouwd met de Trust: Trust and Trust-like Arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, (3) 29 en 32-33; G. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 44, nr. 2.03; S. WILSON, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 94-119.

⁸⁹ A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 51 (“*There are three legal capacities to bear in mind in the creation of a trust: the settlor, the trustee, and the beneficiary. These three capacities form the ‘magic triangle.’*”).

⁹⁰ J.P. WEBB, “An ever-reducing core? Challenging the legal validity of offshore trusts”, *Trusts & Trustees* 2015, (476) 476. Zie ook *infra*.

b. Het ‘dual ownership’ dilemma

19. ALGEMEEN – De goederenrechtelijke kant van de zaak daarentegen lijkt menig jurist echter tot grote discussie (en soms verwarring) te verleiden. Of überhaupt iemand, ten aanzien van wat en wie dan precies een opgesplitst deel van het eigendomsrecht in zijn vermogen heeft, is de kern van die verwarring, doch niet het eindpunt. Want naast de eigendomsvraag is ook de vermogensvraag (in de zin van ‘*patrimoine*’, ‘*patrimony*’) steeds meer prangend en vooralsnog ook zeker geen uitgemaakte zaak. Die laatste brengt nl. het functionele vraagstuk dat vooral de rechtsgevolgen benaastigt, zonder ambitie om de theorie te verafschuwen, op de voorgrond. Het zijn al deze goederenrechtelijke hamvragen die hieronder worden besproken.

20. KLASSIEK UITGANGSPUNT: HET DOGMA VAN HET *DUAL OWNERSHIP* – Traditioneel wordt de Angelsaksische *trust* opgevat en omschreven als een rechtsfiguur die leidt tot een opsplitsing van het eigendomsrecht. Het eigendomsrecht wordt daarbij gesplitst in lagen en verdeeld tussen *trustee* en *beneficiary*, waarbij de eerste als *legal owner* wordt aangeduid, de tweede respectievelijk als *equitable owner*.⁹¹ Deze opsplitsing valt te verklaren vanuit

⁹¹ *Ayerst v. C & K Construction Ltd.* [1976] AC 167, 177: “Upon the creation of trust ... the full ownership in the trust property was split into two constituent elements, which became vested in different persons: the ‘legal ownership’ in the trustee, what came to be called the ‘beneficial ownership’ in the cestui que trust.” Zie verder: *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Council of the London Borough of Islington* [1996] 2 WLR 802, [1996] 2 AC 669, 706; *Abdul Hameed Silti Kadja v. De Saram* [1946] 208 (Ceylon) 217; G.S. ALEXANDER, “The dilution of the trust” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 (305) 306; A. CLARKE en P. KOHLER, *Property law. Commentary and Materials in Law in context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 185 en 297; L. COZZANI, “Le holding, le trust, la fiducie et la fondation, comme véhicule étrangers de délocalisation patrimoniale”, *RGF*2000, (193) 198; M. DIXON, *Modern Land Law*, Londen, Routledge, 2016, 15-16; W.F. FRATCHER, *Trust in International Encyclopedia of Comparative Law*, VI/11, Tübingen, Mohr Siebeck, 1973, 3-5, nr. 1, i.h.b. 3; K. GRAY en S.F. GRAY, *Elements of Land Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 75-76, nr. 1.4.18; G.L. GRETTON, “Trusts Without Equity”, *Int’l & Comp.L.Q.* 2000, (599) 600; D. HAYTON en P. MATTHEWS, “England and Wales” in A. VERBEKE en V. SAGAERT (eds.), *International encyclopaedia of laws: Property and Trust Law*, Deventer, Kluwer, 2007, 17, nr. 17; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 7-9 en 46-48; P. JAFFEY, “The ‘Persistent Right’ and the Remedial Part”, *Jurisprudence* 2011, (181) 184-186; F.H. LASSON, *Introduction to the law of property*, Oxford, Clarendon, 1958, 10; F.H. LAWSON, *Introduction to the law of property*, Oxford, Clarendon, 1958, 9 en 59; N. MACCORMICK, *Institutions of law: an essay in legal theory*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 149; J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 21-22, nrs. 2.16-2.17; R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 1977, 53; K.D. SCHENKEL, “Trust Law and the Title-Split: A Beneficial Perspective”, *UMKC L.Rev.* 2009-10, (181) 181, voetnoot 2; S. WILSON, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 1-3 en 403. Zie ook: D.W. AERTSEN, *De Trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 65; D. PHILIPPE, “Le trust” in J. HERBOTS en D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst: praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, (21) 23-24; F. SONNEVELDT, “De positie van een beneficiary in het kader van de Anglo-Amerikaanse trust”, *TEP* 2006, (285) 292-295, nr. 341. Zie evenwel: W. SWADLING,

de reeds vermelde dualistische grondslag waarop de Engelse rechtspraak is gebouwd (nl. *common law* en *equity*).⁹²

Voormelde eigendomsplitsing leidt, naast de praktisch-economische invalshoek, ook juridisch gezien tot een gecompliceerd schaakspel tussen allerlei verschillende actoren. Zo heeft de *trustee* als *legal owner* de alleenheerschappij over de goederen in *trust* en oefent hij als formele eigenaar alle eigendomsbevoegdheden uit. Hoewel hij exclusief beheers- en beschikkingsbevoegd is, maakt dit hem volgens de Angelsaksische opvatting niet tot exclusieve eigenaar van de goederen. Van rechtswege, maar ook vaak contractueel wordt hij door de *trust*verhouding echter beperkt in zijn formeel eigenaarschap. De *trustee* treedt namelijk op voor een of meerdere *beneficiaries*, wiens belangen hij dient te behartigen, aan wie hij rekenschap verschuldigd is, en voor wie hij de nader bepaalde voorwaarden van de *trust*akte dient te eerbiedigen.⁹³ Deze oorspronkelijk contractueel vastgelegde

“Property: General Principles” in A. BURROWS (ed.), *English private law in Oxford principles of English law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, (219) 273, nr. 4.148 e.v.

⁹² Zie i.h.b. K. GRAY en S.F. GRAY, *Elements of Land Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 84-85, nrs. 1.4.38-1.4.40. Zie ook: S. GARDNER, *An Introduction to the Law of Trusts in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 18-25 en 216 e.v.; F.H. LAWSON, *Introduction to the law of property*, Oxford, Clarendon, 1958, 43 en 78; F.W. MAITLAND, *Equity - Also the Forms of Action at Common Law - Two Courses of Lectures*. Cambridge, Cambridge University Press, 1929, 1-22, geraadpleegd via HeinOnline. Zie verder: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 54-65, nrs. 57-68; H. BATIFFOL, “The Trust Problem as Seen by a French Lawyer”, *J.Comp.Legis & Int’l L.*1951, (18) 19; M.C. CUMYN, “Rapport Général” in M.C. CUMYN (ed.), *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Brussel, Bruylant, 1999, (9) 14-15, nr. 6 en 26-27, nr. 24.

⁹³ “In short, trustees do not have the freedom of an absolute owner.” Zie G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 356 e.v. Zie verder ook: *Frank Zakis Pty Ltd AT/ Frank Zakis Family Trust v Chief Commissioner for State Revenue* [2014] NSWCATAD 18; *DKLR Holding Co (No 2) Ltd. v Commissioner of Stamp Duties* [1980] 1 NSWLR 510, 519, [1982] 149 CLR 431, 474; S. GARDNER en E. MACKENZIE, *An Introduction To Land Law*, Oxford, Hart, 2012, 183-186; S. GARDNER, *An Introduction to the Law of Trusts in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 8-11, 15-17 en 124-136; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 353-407; F.H. LAWSON, *Introduction to the law of property*, Oxford, Clarendon, 1958, 76; J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 22, nr. 2.18; W. SWADLING, “Property: General Principles” in A. BURROWS (ed.), *English private law in Oxford principles of English law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, (219) 272-273, nr. 4.146, 296-299, nrs. 4.212-4.220 en 300-301, nr. 4.227; G. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 281-380, nrs. 10.01-11-115; C. WEBB en T. AKKOUH, *Trusts Law*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2011, 239 en 245. Zie ook: A. BRAUN en W. SWADLING, “Management: trust, treuhand and fiducie” in S. VAN ERP en B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law in Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford, Hart, 2012, (553) 556-557; A.J. HAWKINS, “The Trust Like Device in English Law” in W.A. WILSON (ed.), *Trusts and Trust-Like Devices*, Londen, British Institute of International and Comparative Law, 1981, 9-10; T. HONORÉ, “Ownership” in T. HONORÉ (ed.), *Making Law Bind: Essays Legal and Philosophical*, Oxford, Clarendon, 1987, (161) 188; R.W. WHITE, “The

band tussen *settlor* en *trustee* krijgt vervolgens een meer zakelijk karakter ten voordele van de zgn. *beneficiary*. Die *beneficiary* of *equitable owner* heeft als (economisch) belanghebbende principieel geen enkele beslissingsbevoegdheid met betrekking tot de goederen in het *trustfund*, doch louter een recht toezicht uit te oefenen op het beheer ervan door de *trustee*. Die toezichtbevoegdheid impliceert dat bij een zgn. ‘*breach of trust*’ de *beneficiary* een vordering tot *compensation* kan instellen en daarenboven een zeer sterke zakenrechtelijke bescherming geniet (zie daarover *infra* nr. 23).⁹⁴

Het vermelde ‘*dual ownership*’-concept dat de mogelijkheid tot interne opsplitsing van het eigendomsrecht inhoudt, kan maar volledig worden begrepen in het licht van het feodale eigendomsconcept dat de Engelse *common law* kent (zie ook *infra* nr. 38 e.v.).⁹⁵ Omdat dat eigendomsconcept

Nature of a Beneficiary’s Equitable Interest in a Trust”, *Supreme Court of NSW Annual Conference 2007*, (1) 3 e.v.

⁹⁴ S. GARDNER, *An Introduction to the Law of Trusts in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 238-259; D.J. HAYTON, *The Law of Trusts in Fundamental Principles of Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 164-180; F.H. LAWSON en B. RUDDEN, *The Law of Property in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 173 e.v.; A.J. OAKLEY, *Parker & Mellows: the modern law of trusts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 711-720 en 761 e.v.; W. SWADLING, “Property: General Principles” in A. BURROWS (ed.), *English private law in Oxford principles of English law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, (219) 272-273, nr. 4.146 en 275-276, nrs. 4.151-4.153; A. TETTENBORN, “Trust Property and Conversion: An Equitable Confusion”, *CLJ* 1996, (36) 36 e.v. Zie ook: A. BRAUN en W. SWADLING, “Management: trust, treuhand and fiducie” in S. VAN ERP en B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law in Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford, Hart, 2012, (553) 556-557; D. FOX, “Breach of Trust” in J. MCGHEE (ed.), *Snell’s Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 765-803; S. KEMPSTER, “Rights to information” in S. COLLINS, S. KEMPSTER, M. MCMILLAN, A. MEEK (eds.), *International Trust Disputes*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 191; F. SONNEVELDT, “De positie van een beneficiary in het kader van de Anglo-Amerikaanse trust”, *TEP* 2006, (285) 285-287, nr. 330 en 288-290, nr. 336.

⁹⁵ Met betrekking tot *real property* is het zo dat, anders dan in *civil law* rechtsstelsels, de kroon als enige eigenaar is van alle land en dat door deze feodale opvatting men nog steeds spreekt van houders (*tenants*) in plaats van eigenaars. De *tenant* is weliswaar geen eigenaar van de grond zelf, doch wel van een *estate in the land* (zgn. *doctrine of estates*). Door deze feodale oorsprong (*doctrine of estates*) wordt het *common law* eigendomsbegrip van nature veel minder ‘exclusief’ en ‘absoluut’ opgevat als op het continent. Zie hierover: J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Londen, Butterworths, 2002, 223 e.v.; R. MEGARRY en W. WADE, *The Law of Real Property*, Londen, Sweet & Maxwell, 2014, 22, nr. 2.001 e.v.; E.H. BURN en J. CARTWRIGHT, *Cheshire and Bunn’s Modern Law of Real Property*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 12 e.v. en 48 e.v.; S. GARDNER en E. MACKENZIE, *An Introduction To Land Law*, Oxford, Hart, 2012, 183-186; K. GRAY en S.F. GRAY, *Elements of Land Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 56-59, nrs. 1.3.2- 1.3.5 en 62-68, nrs. 1.3.14-1.3.30; D. HAYTON en P. MATTHEWS, “England and Wales” in A. VERBEKE (ed.), *Property and Trust Law in International Encyclopaedia of Laws Series*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2007, 17, nr. 16 e.v. en 19, nr. 19 e.v.; J.H. MERRYMAN, “Ownership and Estate (Variations on a Theme by Lawson)”, *Tul.L.Rev.* 1973-74, (916) 920- 923, 927-929; F. MEZZANOTTE, “The Protection of Ownership of Goods in the DCFR: An ‘Exclusion Strategy’ at the Core of European Property Law?”, *ERPL* 2013, (1009) 1016-1017 B. RUDDEN, “Things as Thing and Things as Wealth”, *OxJLS* 1994, (81) 81-82; A.W.B. SIMPSON, *An introduction to the history of the land law*, Oxford, Oxford University

van nature immers, de voor de *civil law* zo belangrijke, ‘interne exclusiviteit’ niet kent, wordt zo’n opgesplitst eigendomsrecht makkelijker aanvaard.⁹⁶

21. OVERBEDELING – Wanneer we met een *civil law* bril naar het Angelsaksische ‘*dual ownership*’-idee kijken valt op dat daarbij, hoewel aan de *trustee* de titel van *legal owner* wordt gegeven, het eigenaarschap vrijwel meteen na het ontstaan van de *trust* ingeperkt en uitgehold wordt door een aantal automatische bijkomendheden die de *trust*verhouding kenmerken. Wat hem of haar wordt gegeven, wordt met andere woorden onmiddellijk weer afgenomen.⁹⁷ Van de vrijheid van zijn zgn. principieel absoluut eigenaarschap blijft dan ook weinig effectief over. Men spreekt in dat opzicht ook wel eens van het fenomeen ‘overbedeling’. Daarmee wordt bedoeld de excessieve toebedeling van rechten en/of bevoegdheden aan de *trustee*, waardoor een

Press, 1973, 1 e.v. en 44 e.v.; W. SWADLING, “Property: General Principles” in A. BURROWS (ed.), *English private law in Oxford principles of English law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, (219) 226-227, nrs. 4.14-4.16, 234-235, nrs. 4.37-4.40 en 267, nrs. 4.129-4.131; D.A. THOMAS, “Anglo-American Land Law: Diverging Developments from a Shared History”, *Real Prop. Prob. & Tr. J.* 1999-2000, (143) 145-203 en 297-361. Zie verder: B. AKKERMANS, “Concurrence of Ownership and Limited Property Rights”, *ERPL* 2010, (259) 270-272; N. BERNARD, *Précis de droit des biens*, Limal, Anthemis, 2017, 128, nr. 274; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 13-20, nrs. 10, 12-15, 115-116, nrs. 106-107 en 195-197, nr. 176; W.J. ZWALVE, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht, I, Inleiding en Zakenrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 91.

⁹⁶ Met ‘interne exclusiviteit’ wordt bedoeld: de potentiële volheid van bevoegdheden geput uit de actieve elasticiteit van het eigendomsrecht. Aangezien het Engelse eigendomsbegrip niet getekend is door deze notie, kunnen verschillende personen op hetzelfde moment gelaagd aanspraak maken op hetzelfde goed. *Trustee* en *beneficiary* kunnen op die manier beiden als anderssoortige eigenaar worden beschouwd, en kunnen beiden van derden uitsluiten van het goed (externe exclusiviteit). Over het begrip exclusiviteit zie: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 27-31, nrs. 20-22, 296-297, nr. 237. Zie verder: A. DI ROBILANT, “Property: A Bundle of Sticks or a Tree?”, *Vand.L.Rev.* 2013, (869) 870-872; S. GARDNER, *An Introduction to the Law of Trusts in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 223 L. KATZ, “Exclusion and Exclusivity in Property Law”, *U. Toronto L.J.* 2008, (275) 279-285. Zie ook: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 13-25, nrs. 10-18, 53-62, nrs. 38-46 en 212-213, nr. 184.

⁹⁷ Zie i.h.b. VAN GERVEN die meent dat het *trust*denken van een onjuist uitgangspunt vertrekt: “Dit is nochtans wat *trust* zowel als *fiducia* van bij de aanvang doen: het eigendomsrecht (wat de *trust* betreft, minstens het *legal ownership*) valt de bewindvoerder toe waaruit, belangmatig gezien, althans principieel een overbedeling van rechten te zijnen voordele voortspruit. De ganse verdere evolutie van *trust* en *Treuhand* is dan een poging tot rechttrekken van de verwrongen belangenverhouding m.a.w. een poging tot terugnemen van wat aanvankelijk in het blinde weg teveel werd gegeven.” (onderlijning toegevoegd). Zie: W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid. Rechtsvergelijkende bijdrage tot een algemene theorie van bewind over andermans vermogen*, Brussel, Bruylant, 1962, 32-34, nr. 13. Zie verder ook: M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 148-153 (“*The contradiction lies in the fact that the settlor gives total control over the asset to the trustee but at the same time wants the trustee to be excluded from its benefits.*”); B. RUDDEN, “Things as Thing and Things as Wealth”, *OxJLS* 1994, (81) 82 (“[...] *that it is both inaccurate and unhelpful to explain the trust by calling the trustee a legal owner.*”).

onevenwicht ontstaat wat betreft de belangenbehartiging van hemzelf ten koste van die van alle andere verschillende betrokken actoren. De vraag die in deze opgaat is of aan de *trustee* een (opgesplitst deel van het) eigendomsrecht (*i.e. legal ownership*) toekennen wel onontbeerlijk is en verder niet strijdig is met de eigenlijke wil van de partijen.⁹⁸

22. BUITENGEWOON BELANGRIJKE NUANCERING: ALTERNATIEVEN – Verder is het opvallend dat er een aantal minderheidstheorieën zijn die de hogergenoemde klassieke ‘*division of ownership*’-gedachte verwerpen. Zo zijn er *common law* auteurs die de *trustee* als exclusieve eigenaar beschouwen; waarbij ze de *equitable interest* van de *beneficiary* dan kwalificeren als een bezwaring van het eigendomsrecht (een beperkt zakelijk recht), eerder dan een opgesplitst deel ervan.⁹⁹ Anderen zien dan weer de *beneficiary* als enige en

⁹⁸ Zie inzake het fenomeen van de overbedeling: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 671-673, nr. 486 en 750-753, nr. 537, i.h.b. 750; V. SAGAERT, “Het eigendomsrecht als volwaardig zekerheidsinstrument?” in *XXXIste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2003-2004 Insolventierecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, (189) 230, nr. 56; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid. Rechtsvergelijkende bijdrage tot een algemene theorie van bewind over andermans vermogen*, Brussel, Bruylant, 1962, 30-34, nrs. 12-13; A. VERBEKE en I. PEETERS, *Vijf jaar Voorrechten, Hypotheken en Andere Zekerheden*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 134, nr. 226. Zie ook C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 507-508, nr. 515; T.H.D. STRUYCKEN, *De numerus clausus in het goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 499, 527 en 613-614. Dat de exclusieve beheers- en beschikkingsbevoegdheid bij de beheerder (*trustee*) ligt, houdt niet automatisch en noodzakelijkerwijze in dat hij of zij ook als eigenaar van de goederen moet worden beschouwd. Integendeel, het strookt wat betreft de *trust*-verhouding zelfs niet met de realiteit om de *trust*-goederen in het vermogen van de beheerder te doen vallen. Zie hiervoor: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 671-673, nr. 486, i.h.b. 671 en 679-680, nr. 493; M.E. STORME, “Van Trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, (703) 764, nr. 95; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 464-468, nr. 144, i.h.b. 466-468; A.-L. VERBEKE, “Trusts in België: liaisons dangereuses”, *TPR* 2012, (693) 702-703, nr. 14. Zie ook: J.W.A. BIEMANS, “Tijd voor de trust”, *NTBR* 2011, (505) 507; E.M. MEIJERS, “De Trustee en het Burgerlijk Recht”, *WPNR* 1927, (413) 415; E.C.M. WOLFERT, *De kwaliteitsrekening*, Deventer, Kluwer, 2007, 212. Zie verder ook: G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 356 e.v. Zie ook: G.L. GRETTON, “Trusts without equity”, *ICLQ* 2000, (599) 618; A. HONORÉ, “Obstacles to the reception of trust law? The examples of South Africa and Scotland”, in A.M. RABELLO, *Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Jurisdictions*, Jerusalem, Hebrew University of Jerusalem, Sacher Institute, 1997, 793.

⁹⁹ S. GARDNER, *An Introduction to the Law of Trusts in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 210-211, voetnoot 2; F.H. LAWSON, *Introduction to the law of property*, Oxford, Clarendon, 1958, 79; P. MATTHEWS, “The compatibility of the trust with the civil law notion of property” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (313) 316 e.v.; P. MATTHEWS, “From Obligation to Property, And Back Again? The Future of the Non-Charitable Purpose Trust” in D.J. HAYTON (ed.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag, Kluwer Law International, 2002, (203) 206-207; B. MCFARLANE, “The Centrality of Constructive and Resulting Trusts” in C. MITCHELL (ed.), *Constructive and Resulting Trusts*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 183-204; B. MCFARLANE en R. STEVENS, “The Nature of Equitable Property”, *The Journal of Equity* 2010, vol. 4, nr. 1; J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 27-28, nrs. 2.31-2.32; W. SWADLING, “Trusts and Ownership: A Common Law

exclusieve eigenaar. De *trustee* wordt in die theorie tot vertegenwoordiger gedegradeerd.¹⁰⁰ Nog anderen zien zowel *trustee* als *beneficiary* als exclusieve eigenaars. De eigendoms kwestie zou volgens hen gefaseerd moeten worden beoordeeld.¹⁰¹

Vanuit Schotland en Zuid-Afrika (zgn. *mixed legal systems*)¹⁰² klinkt een alternatieve, buitengewoon pragmatische benaderingswijze van het *beneficial ownership*. Hoewel daar ook sprake is, net zoals in de *civil law* landen, van een uniform en (intern) exclusief eigendomsbegrip,¹⁰³ worden de

Perspective”, *ERPL* 2016, (951) 966-967, nrs. 20-21 en 972, nr. 29; W. SWADLING, “Property: General Principles” in A. BURROWS (ed.), *English private law in Oxford principles of English law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, (219) 274, nr. 4.150; A. TETTENBORN, “Trust Property and Conversion: An Equitable Confusion”, *CLJ* 1996, vol. 55, 36-42; R.W. WHITE, “The Nature of a Beneficiary’s Equitable Interest in a Trust”, *Supreme Court of NSW Annual Conference* 2007, (1) 9, nr. 14 en 1-38. Zie ook: R. DAVID, *Le droit anglais in Que sais-je?*, Parijs, PUF, 1975, 114; E. DIRIX, “Commentaar bij art. 8/1 Hyp.W.”, *Comm. Voor.* 2014, afl. 51, 13-14, nr. 15; E. DIRIX en V. SAGAERT, “Trusts in European civil law: on building bridges and Trojan horses” in H. MOSTERT en M.J. DE WAAL (eds.), *Essays in Honour of CG van der Merwe*, Durban, LexisNexis, 2011, (275) 289; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 172-174, nr. 197; M.E. STORME, “Vertrouwen is goed, dual ownership is beter: elf essentialia bij de invoering van een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgisch recht”, *RW* 1996-97, (137) 140, nr. 9.

¹⁰⁰ S. GARDNER, *An Introduction to the Law of Trusts in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 216-217, 219 en 223-224; K. GRAY en S.F. GRAY, *Elements of Land Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 78, nr. 1.4.23 en 81 nr. 1.4.31; F.H. LAWSON en B. RUDDEN, *The Law of Property in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 86-88; J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 14-15, nr. 2.1; B. RUDDEN, “Things as Thing and Things as Wealth”, *OxJLS* 1994, (81) 88-90; S. WILSON, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 4-5 en 6-7.

¹⁰¹ J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 25-26, nrs. 2.27-2.28 en 52-53, nr. 2.87. Zie ook: M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 154-156 en 163-164; P. MATTHEWS, “From Obligation to Property, And Back Again? The Future of the Non-Charitable Purpose Trust” in D.J. HAYTON (ed.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag, Kluwer Law International, 2002, (203) 206 e.v. Zie ook *infra* voetnoot 290.

¹⁰² E. DIRIX en V. SAGAERT, “Trusts in European civil law: on building bridges and trojan horses” in H. MOSTERT en M.J. DE WAAL (eds.), *Essays in Honour of CG van der Merwe*, Durban, LexisNexis, 2011, (275) 276; J.M. MILO en J.M. SMITS, “Trusts in Mixed Legal Systems: A challenge to comparative trust law” in J.M. MILO en J.M. SMITS (eds.), *Trusts in Mixed Legal Systems in Ars Aequi Cahiers Privaatrecht*, 12, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2001, 11-17. Zie ook: G.L. GRETTON, “Trusts Without Equity”, *ICLQ* 2000, (599) 604; R. ZHANG, “A comparative study of the introduction of trusts into civil law and its ownership of trust property”, *Trusts & Trustees* 2015, (902) 911 e.v.

¹⁰³ [Zuid-Afrika] M.J. DE WAAL, “The Uniformity of Ownership, Numerus Clausus and the Reception of the Trust into South African Law” in J.M. MILO en J.M. SMITS (eds.), *Trusts in Mixed Legal Systems in Ars Aequi Cahiers Privaatrecht*, 12, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2001, (43) 44; J.R.L. MILTON, “Ownership” in R. ZIMMERMANN en D.P. VISSER (eds.), *Southern Cross: civil law and common law in South Africa*, Oxford, Clarendon, 1996, (657) 695. Zie ook: A.J. VAN DER WALT en D.G. KLEYN, “Duplex Dominium: The History and Significance of the Concept of Divided Ownership” in D.P. VISSER (ed.), *Essays on the history of law*, Cape Town, Juta & Co, 1989, (213) 256. [Schotland] D. KLEYN en S. WORTLEY, “Co-ownership” in R.

rechten van de begunstigden toch als sterker ervaren dan louter ‘gewone’ persoonlijke rechten.¹⁰⁴ Vertrekkend vanuit de gedachte “[*trust*] is *patrimony*, *not equity*”¹⁰⁵ en dus vermogensplitsing in plaats van eigendomssplitsing wordt een functioneel equivalent bereikt dat, wat betreft de bescherming van de begunstigden bij de constructie, dezelfde rechtsgevolgen tentoonspreidt als een heuse *common law trust*.¹⁰⁶ Eigendomssplitsing of ‘*dual ownership*’ lijkt

ZIMMERMAN, D. VISSER en K. REID (eds.), *Mixed legal systems in comparative perspective: property and obligations in Scotland and South Africa*, Lansdowne, Juta, 2004, 704.

¹⁰⁴ Vgl. *infra* ‘*faux remèdes réels*’. De begunstigde heeft als het ware een persoonlijk recht op een uitzonderlijk solide zakelijk beschermd vermogen. Eerder dan te spreken van een ‘louter’ persoonlijk recht is het minder bedenkelijk en juist te spreken over een in grote mate ‘verzakelijk’ persoonlijk recht. Dat (de algemeenheid van) goederen in *trust* al dan niet deel uitmaken van het vermogen van de begunstigden is niet overtuigend om te besluiten tot een louter persoonlijk recht. Zie hiervoor: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 652-654, nr. 473, i.h.b. 653, *in fine*; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit anglais)* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 303, nr. 1078. Zie verder: [Zuid-Afrika] Men spreekt ook soms over een zgn. ‘*protected personal right*’. Zie: M.J. DE WAAL en R.R.M. PAISLEY, “Trusts” in R. ZIMMERMAN, D. VISSER en K. REID (eds.), *Mixed legal systems in comparative perspective: property and obligations in Scotland and South Africa*, Lansdowne, Juta, 2004, 837-838. Zie verder: M.J. DE WAAL, “The core elements of the trust: aspects of the English, Scottish and South African trusts compared”, *SALJ* 2000, (548) 564. Zie ook: T. HONORÉ, *On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions in Legal Research Paper Series*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 13 e.v. [Schotland] J.W.G. BLACKIE, “Trusts in the Law of Scotland” in M.C. CUMYN (ed.), *La fiducie face au trust dans les rapports d’affaires*, Brussel, Bruylant, 1999, (117) 124; G.L. GRETTON en A.J.M. STEVEN, *Property, Trusts and Succession*, West Sussex, Tottel, 2009, 335, nr. 22.57; K.G.C. REID, “Patrimony not Equity: the Trust in Scotland” in J.M. MILO en J.M. SMITS (eds.), *Trusts in Mixed Legal Systems in Ars Aequi Cahiers Privaatrecht*, 12, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2001, 22-23 en 27; M.J. DE WAAL en R.R.M. PAISLEY, “Trusts” in R. ZIMMERMAN, D. VISSER en K. REID (eds.), *Mixed legal systems in comparative perspective: property and obligations in Scotland and South Africa*, Lansdowne, Juta, 2004, 837-838; M.J. de Waal, “The core elements of the trust: aspects of the English, Scottish and South African trusts compared”, *SALJ* 2000, (548) 564. Zie ook: D.J. HAYTON, “Trusts” in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN, A.J.M. NUYTINCK, A.V.M. STRUYCKEN en N.E.D. FABER (eds.), *Vertrouwd met de Trust: Trust and Trust-like Arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, (3) 56-58.

¹⁰⁵ K.G.C. REID, “Patrimony not Equity: the Trust in Scotland” in J.M. MILO en J.M. SMITS (eds.), *Trusts in Mixed Legal Systems in Ars Aequi Cahiers Privaatrecht*, 12, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2001, 28.

¹⁰⁶ Of om het met de woorden van DE WAAL te zeggen: “[*There*] is another route that reaches the same destination.” Hij bespreekt tevens de kernelementen die nodig zijn om tot een ‘*proper trust*’ te komen. Zie: M.J. DE WAAL, “The core elements of the trust: aspects of the English, Scottish and South African trusts compared”, *SALJ* 2000, (548) 557 en 563. Zie verder ook: G.S. ALEXANDER, “The dilution of the trust” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 (305) 308-309; J.W.G. BLACKIE, “Trusts in the Law of Scotland” in M.C. CUMYN (ed.), *La fiducie face au trust dans les rapports d’affaires*, Brussel, Bruylant, 1999, (117) 134; M.J. DE WAAL, “Is the DCFR trust a ‘proper’ trust? An evaluation from a South African perspective”, *Acta Juridica* 2014, (219) 236; M.J. DE WAAL en R.R.M. PAISLEY, “Trusts” in R. ZIMMERMAN, D. VISSER en K. REID (eds.), *Mixed legal systems in comparative perspective: property and obligations in Scotland and South Africa*, Lansdowne, Juta, 2004, 835, 836 en 839; M.J. DE WAAL, “The core elements of the trust: aspects of the English, Scottish and South African trusts compared”, *SALJ* 2000, (548) 567-569, i.h.b. 569;

dan ook geen noodzakelijke, doch wel voldoende voorwaarde voor het bestaan van een *trust*. Meer noodzakelijk, maar niet steeds voldoende, lijkt daarentegen een beroep op vermogensafschieding.¹⁰⁷

Ten slotte zijn er nog enkele originele opvattingen te vinden in rechtsleer en praktijk. Vooreerst is er de opvatting die GRUYAERT in haar proefschrift verdedigt en waarbij zij zich baseert op het onderscheid dat RUDDEN maakt tussen “*things as thing and things as wealth*”. Dit alternatief verklaringmodel duidt de begunstigde (op basis van de actieve elasticiteit van het eigendomsrecht) aan als eigenaar van de *trust*goederen, uitgaande van het onderscheid tussen het object (de goederen) van de *trust* en de waarde ervan.¹⁰⁸ Een tweede bijzonder verfrissend inzicht komt vanuit het Québecse privaatrecht en is gebaseerd op de theorie van de Franse auteur LEPAULLE.¹⁰⁹

G.L. GRETTON en A.J.M. STEVEN, *Property, Trusts and Succession*, West Sussex, Tottel, 2009, 333, nr. 22.53; G.L. GRETTON, “Trusts Without Equity”, *ICLQ* 2000, (599) 613; K.G.C. REID, “Patrimony not Equity: the Trust in Scotland” in J.M. MILO en J.M. SMITS (eds.), *Trusts in Mixed Legal Systems in Ars Aequi Cahiers Privaatrecht*, 12, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2001, 22-23; R. ZHANG, “A comparative study of the introduction of trusts into civil law and its ownership of trust property”, *Trust & Trustees* 2015, (902) 916.

¹⁰⁷ Zie: G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 23. Zie ook Gruyaert in die zin: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 652-654, nr. 473, i.h.b. 653 en 682-683, nr. 495, i.h.b. 673.

¹⁰⁸ Op grond van de potentiële volheid van bevoegdheid (gekoppeld aan de actieve elasticiteit van het eigendomsrecht) wordt het eigenaarschap geacht thuis te horen bij de begunstigde. “*Het zwaartepunt wordt nu bij de begunstigde gelegd, omdat hij aan het stuurwiel zit voor het lange termijn ‘lot’ van de goederen.*” Zie: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, vii-viii, nr. 3, 673-680, nrs. 488-493, 753-754, nr. 538 en 778-780, nr. 553 en 822-823, nr. 587. Zie ook: T. HONORÉ, “Ownership” in T. HONORÉ (ed.), *Making Law Bind: Essays Legal and Philosophical*, Oxford, Clarendon, 1987, (161) 188; M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 160-163; B. RUDDEN, “Things as Thing and Things as Wealth”, *OxJLS* 1994, (81) 81-97; M.E. STORME, “Vertrouwen is goed, dual ownership is beter: elf essentialia bij de invoering van een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgisch recht”, *RW* 1996-97, (137) 140-141, nr. 11. Zie ook de definitie die STORME geeft: M.E. STORME, “Van Trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, (703) 708, nr. 3; G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 22. Opmerkelijk daarbij is wat SAGAERT schrijft over de toepassing van zaakvervanging binnen restitutieverbanden omtrent bepaalde zaken: “*Indien deze ontwikkeling zich doorzet, kan het eigendomsrecht niet langer worden gelijkgesteld met haar onderpand, maar wel met de (individualiseerbare) waarde van het onderpand.*” Daarmee lijkt aldus niet alleen de relativiteit te worden benadrukt van het verschil tussen het *civil* en *common law* eigendomsconcept en de bezwaren die vanuit het continentale recht te horen zijn op de *trust* en de ‘*dual ownership*’-gedachte, maar ook de relativiteit van het verschil tussen eigendom en vermogen zelf. Zie hiervoor: V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 117-119, nr. 137, i.h.b. 118 en 156, nr. 180. Alsook: C. ROTHERHAM, “The Metaphysics of Tracing: Substituted Title and Property Rethoric”, *O.H.L.J.* 1996, 331.

¹⁰⁹ Zie: P. LEPAULLE, “Trusts and the Civil Law”, *J.Comp.Legis & Int’l L.* 1933, (18) 18-34, i.h.b. 20; P. LEPAULLE, “An Outsider’s View Point of the Nature of Trusts”, *Cornell L.Q.* 1928-29, (52) 52-61, i.h.b. 55-56. Zie verder: C. BEUDANT en R. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, IV, *Les biens*, Parijs, Rousseau, 1938, 260, nr. 247; Y. EMERICH, “Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens”, *RIDC* 2009, (49) 61-63; B. MALLET-BRICOUT, “Le fiduciaire propriétaire?”, *JCPE* 2010, nr. 1191, (13)

In het Québecse Burgerlijk Wetboek wordt namelijk uitdrukkelijk bepaald dat het doelvermogen (de *fiducie*) aan geen enkele van de betrokken partijen toebehoort. Er is met andere woorden sprake van een soort ‘*ownerless trust*’ (vgl. *Zweckvermögen*).¹¹⁰

Tot zover over de conceptuele invulling van de *trust*.

23. FUNCTIONEEL BEKEKEN: EXTERN EXCLUSIEF – Dat de eigendomskwestie van de *common law trust* menig jurist niet onberoerd laat, is wel gebleken. Naast dat grotendeels theoretisch-conceptuele vraagstuk, bestaat echter ook een meer functionele benaderingswijze die vooral betrekking heeft op de bescherming van het doelgebonden karakter van een dergelijke *trust*-constructie.¹¹¹ Voornoemde functionele vraag die minstens even belangrijk is, handelt over de rechtsgevolgen, en meer bepaald over de externe exclusiviteit (het zgn. ‘*right to exclude others*’).¹¹² Essentieel daarbij is de

18, nr. 18; A.-L. VERBEKE, “Trusts in België: liaisons dangereuses”, *TPR* 2012, (693) 694-695, nr. 4.

¹¹⁰ De Québecse *fiducie* zou echter de *trust* zelf als eigenaar hebben. Zie hiervoor: M.J. DE WAAL, “In search of a model for the introduction of the trust into a civilian context”, *Stellenbosch Law Review* 2001, (63) 80. Zie verder: rt. 1261 Code civil van Québec: “*Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d’affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d’entre eux n’a de droit réel.*” Zie: M.C. CUMYN, “Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries” in L. SMITH, *Re-imagining the Trust. Trusts in Civil Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, (6) 20-22; M.C. CUMYN, “La fiducie en droit Québécois, dans une perspective nord-américaine” in J. HERBOTS en D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst: praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, (71) 75-76, nrs. 9-10; M.J. DE WAAL, “In Search of a Model for the Introduction of the Trust into a Civilian Context”, *Stellenbosch L.Rev.* 2001, (63) 80-81; Y. EMERICH, “La fiducie civiliste: modalité de la propriété ou intermède à la propriété?”, *McGill L.J.* 2013, (827) 827-846, i.h.b. 838; A. POPOVICI, “Trust in Quebec and Czech Law: Autonomous Patrimonies?”, *ERPL* 2016, (929) 944, nr. 30 e.v.; R. ZHANG, “A comparative study of the introduction of trusts into civil law and its ownership of trust property”, *Trusts & Trustees* 2015, (902) 919-922. Vgl. *Zweckvermögen*. C. BEUDANT en R. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, IV, *Les biens*, Parijs, Rousseau, 1938, 260, nr. 247; Y. EMERICH, “Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens”, *RIDC* 2009, (49) 62; S. GUINCHARD, *L’affectation des biens en droit privé français in Bibliothèque de droit privé*, CXLV, Parijs, LGDJ, 1976, 333, nr. 386.

¹¹¹ C. DE WULF, *The trust and corresponding institutions in the civil law in Interuniversitair centrum voor rechtsvergelijking*, Brussel, Bruylant, 1965, 30 e.v.; S. GARDNER, *An Introduction to the Law of Trusts in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 14 en 210; P. LEPAULLE, “Trusts and the Civil Law”, *J.Comp.Legis & Int’l L.* 1933, (18) 18-34, i.h.b. 19-21; J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 43-44, nrs. 2.69-2.70 en 51-52, nr. 2.86; R. ZHANG, “A comparative study of the introduction of trusts into civil law and its ownership of trust property”, *Trusts & Trustees* 2015, (902) 906-907.

¹¹² G.S. ALEXANDER, “The Social-Obligation Norm in American Property Law”, *Cornell L.Rev.* 2008-09, (745) 746-747; A. DI ROBILANT, “Property: A Bundle of Sticks or a Tree?”, *Vand.L.Rev.* 2013, (869) 889-890; K. GRAY en S.F. GRAY, *Elements of Land Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 102-103, nr. 1.5.38; L. KATZ, “Exclusion and Exclusivity in Property Law”, *U. Toronto L.J.* 2008, (275) 279-285; F.H. LAWSON en B. RUDDEN, *The Law of Property in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 90 e.v.; F.H. LAWSON, *Introduction to the law of*

bescherming van de rechten van partijen bij misbruik (*'breach of trust'*) en insolventie. Het is dan ook zo dat in beide gevallen, namelijk (1) bij een vervreemding van goederen in strijd met de bepalingen van de *trust*, en (2) wanneer de *trustee* insolvent geworden is, dat aan de *beneficiary* een zeer doeltreffende zakenrechtelijke bescherming wordt geboden. Zo is er in het eerste geval de zgn. *constructive trust* of *equitable lien*, gesteund door de zeer

property, Oxford, Clarendon, 1958, 6; J. PENNER, *The Idea of Property in Law*, Oxford, Clarendon, 1997, 71-73; J. STEVENS en R. PEARCE, *Land Law in Sweet & Maxwell's Textbook Series*, London, Sweet & Maxwell, 2005, 3 en 7. Zie ook: J.A.T. FAIRFIELD, "Virtual Property", *Boston University Law Review* 2005, (1047) 1053; L. KATZ, "Exclusion and Exclusivity in Property Law", *U. Toronto L.J.* 2008, (275) 279; T. MERRILL, "Property and the Right to Exclude", *Neb.L.Rev.* 1998, (730) 734.

ruime *tracing*- en *following*mechanismen.¹¹³ In het tweede geval vallen de *trust*goederen buiten de failliete boedel.¹¹⁴

¹¹³ “*Tracing wordt in het Angelsaksische recht algemeen omschreven als het geheel van regels waarmee de eigenaar (naar equity of common law) zijn zaak of de tegenwaarde ervan opspoort (“traceert”) in het vermogen van zijn debiteur wanneer deze zaak van vorm is veranderd of in het vermogen van een derde wanneer deze zaak in andere handen is overgegaan.*” Zie daarvoor: V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 64-65, nr. 69. Zie ook: W. RUSSCHEN, o.c., *WPNR* 1994, 710, nr. 6154. Bij een geval van onkiese verving van de *tracing* helpen rechten af te dwingen tegenover de derde-verkrijger. Is deze derde te kwader trouw dan ontstaat er een *constructive trust*, met deze derde als *trustee*. Evident is dat deze bescherming enkel geboden wordt indien de oorspronkelijke *trustee* zonder bevoegdheid handelde (en niet wanneer er sprake is van ‘overreaching’). Daarenboven, zal de te goeder trouw zijnde derde-verkrijger (*Equity’s darling*), als meer beschermenswaardig worden aanzien dan de *beneficiary* van de *trust* en dus ook voorgaan. Zie: G. FERRYS en G. BATTERSBY, “The general principles of overreaching and the reforms of 1925”, *L.Q.R.* 2002, 270-295; S. GARDNER en E. MACKENZIE, *An Introduction To Land Law*, Oxford, Hart, 2012, 183-186; S. GARDNER, *An Introduction to the Law of Trusts in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 212 en 264-266; K. GRAY en S.F. GRAY, *Elements of Land Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 80-84, nrs. 1.4.28-1.4.37; C. HARPUM, “The stranger as constructive trustee”, *L.Q.R.* 1986, 267; D. HAYTON en P. MATTHEWS, “England and Wales” in A. VERBEKE (ed.), *Property and Trust Law in International Encyclopaedia of Laws Series*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2007, 80, nr. 182; D.J. HAYTON, *The Law of Trusts in Fundamental Principles of Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 12-13, 33 en 169-172; D.J. HAYTON, “Trusts” in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN, A.J.M. NUYTINCK, A.V.M. STRUYCKEN en N.E.D. FABER (eds.), *Vertrouwd met de Trust: Trust and Trust-like Arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, (3) 13-19; F.H. LAWSON en B. RUDDEN, *The Law of Property in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 88-89 en 175 e.v.; F.W. MAITLAND, *Equity - Also the Forms of Action at Common Law - Two Courses of Lectures*. Cambridge, Cambridge University Press, 1929, 118 en 172, geraadpleegd via HeinOnline; P. MATTHEWS, “The place of the trust in English law and in English life”, *Trusts & Trustees* 2013, (242) 244; J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 36-38, nrs. 2.53-2.57 en 44-45, nr. 2.71; W. SWADLING, “Property: General Principles” in A. BURROWS (ed.), *English private law in Oxford principles of English law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, (219) 275, nr. 4.151; A. TETTENBORN, “Trust Property and Conversion: An Equitable Confusion”, *CLJ* 1996, (36) 36-42; G. WATT, *Trusts and Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 485 e.v. Zie verder ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 201-204, nrs. 257-261 en 210-216, nrs. 272-282; M.C. CUMYNN, “Rapport Général” in M.C. CUMYNN (ed.), *La fiducie face au trust dans les rapports d’affaires*, Brussel, Bruylant, 1999, (9) 19-20, nr. 15; C. DE WULF, *The trust and corresponding institutions in the civil law in Interuniversitair centrum voor rechtsvergelijking*, Brussel, Bruylant, 1965, 30-31; R. IBARRA GARZA, “Protecting the trust fund in French and English law”, *Trust & Trustees* 2014, (421) 434-436; D. PHILIPPE, “Le trust” in J. HERBOTS en D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst: praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, (21) 24-26; W. RUSSCHEN, “Volg het spoor terug”, *WPNR* 1994, (710) 710-713; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 64, nr. 68 e.v. en 227-231, nrs. 261-264; M.E. STORME, “Vertrouwen is goed, dual ownership is beter: elf essentialia bij de invoering van een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgisch recht”, *RW* 1996-97, (137) 145, nr. 26.

¹¹⁴ D. FOX, “Private Express Trusts” in J. MCGHEE (ed.), *Snell’s Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2015, 611 e.v.; S. GARDNER, *An Introduction to the Law of Trusts in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 211; K. GRAY en S.F. GRAY, *Elements of Land Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 81, nr. 1.4.31; D.J. HAYTON, *The Law of Trusts in Fundamental Principles of Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 169; F.H. LAWSON en B. RUDDEN, *The Law of Property in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2002,

Vanuit een *civil law* perspectief, en meerbepaald vanuit het Belgisch recht is hier, nu en voor de latere bespreking van de voorgestelde Belgische *fiducie* (zie *infra* nr. 58 e.v.), van belang de vergelijking te maken tussen enerzijds *tracing*, ook wel bekend als *tracing from form to form*, die zich vooral om de waarde van de goederen (of het fonds) bekommert en min of meer parallel is aan onze zakelijke subrogatie of zaakvervanging en anderzijds het *following*-concept, oftewel *tracing from hand to hand*, dat daarentegen vooral ingegeven is met de materialiteit van het specifieke goed en soortgelijk is aan het volgrecht.¹¹⁵ Het grote verschil is dat in tegenstelling tot *tracing*, de zaakvervanging steeds subsidiair is aan het volgrecht (*tracing* en *following* zijn alternatieven gebaseerd op de vrije keuze (*election*) van de begunstigde) en dat daarenboven zaakvervanging nog steeds minder ruim is wat betreft het toepassingsgebied dan zijn Angelsaksisch equivalent (*i.e.* niet-remediaal).¹¹⁶

24. SLOTSOM: VERMOGENSSPLITSING ALS CORE – Uit al wat voorafgaat blijkt dat – onder meer vanuit een verdelingsoogpunt (zie *supra* nr. 21) – *dual ownership* steeds meer, ook vanuit de *common law* zelf, aan kritiek onderhevig is. Van daaruit besluiten tot vermogensafscheiding als kern van de *trust*figuur – en verder zelfs van elke solide beheerseigendomconstructie – lijkt onzes inziens ietwat voorbarig en minstens relativeerbaar. Wel moet worden erkend dat zowel vanuit continentaal-rechtelijk perspectief als vanuit de *common law* zelf, over het *trust*concept regelmatig in termen van respectievelijk vermogensplitsing en *ring-fencing* (*pool of ring-fenced assets*) gedacht wordt.¹¹⁷ Mede omwille van het gebrek aan een uitgewerkte en uniforme

87; F.W. MAITLAND, *Equity - Also the Forms of Action at Common Law - Two Courses of Lectures*. Cambridge, Cambridge University Press, 1929, 117 e.v., geraadpleegd via HeinOnline; W. SWADLING, "Property: General Principles" in A. BURROWS (ed.), *English private law in Oxford principles of English law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, (219) 275, nr. 4.152; G. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 231, nr. 9.01 e.v. Zie ook: C. DE WULF, *The trust and corresponding institutions in the civil law in Interuniversitair centrum voor rechtsvergelijking*, Brussel, Bruylant, 1965, 59 e.v.

¹¹⁵ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 64-66, nrs. 69-70. Zie ook: E. DIRIX, "Zakelijke subrogatie", *RW* 1993-94, 277, nr. 8; P.J. MILLET, "Tracing the proceeds of fraud", *LQR* 1991, (71) 73; H. NORMAN, "Tracing the proceeds of crime: an inequitable solution?", in P. BIRKS (ed.), *Laundering and tracing*, Oxford, Clarendon, 1995, (95) 108; M.E. STORME, "Van Trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, (703) 712, nr. 8; G. VIRGO, *The Principles of the Law of Restitution*, Oxford, Clarendon, 1999, 642-643.

¹¹⁶ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 71-74, nrs. 78-82 en 376-379, nrs. 408-409. Zie ook: G. VIRGO, *The Principles of the Law of Restitution*, Oxford, Clarendon, 1999, 644-645; G. WATT, *Trusts and Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 485-486.

¹¹⁷ H. HANSMANN en U. MATTEI, "The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis", *N.Y.U.L.Rev.* 1998, (434) 479. Zie: D. HAYTON en P. MATTHEWS, "England and Wales" in A. VERBEKE (ed.), *Property and Trust Law in International Encyclopaedia of Laws Series*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2007, 77, nr. 177; D.J. HAYTON, *The Law of Trusts in Fundamental Principles of Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 1, 4 en 204; D.J. HAYTON, "Trusts" in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN, A.J.M. NUYTINCK,

vermogensleer naar Engels recht, bestaat er behoorlijk wat controverse over die *separate patrimony*-opvatting.¹¹⁸ Een en ander maakt dat ook hier de waarheid in het midden ligt. Minstens moet worden onderstreept dat er nog

A.V.M. STRUYCKEN en N.E.D. FABER (eds.), *Vertrouwd met de Trust: Trust and Trust-like Arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, (3) 3-4; F.H. LAWSON, *Introduction to the law of property*, Oxford, Clarendon, 1958, 79; P. LEPAULLE, “An Outsider’s View Point of the Nature of Trusts”, *Cornell L.Q.* 1928-29, (52) 52-61, i.h.b. 55-56; J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 40, nr. 2.54; B. RUDDEN, “Things as Thing and Things as Wealth”, *OxJLS* 1994, (81) 86-87. Zie verder: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 230-235, nrs. 300-306 en 281-295, nrs. 370-385; S.E. BARTELS, A.I.M. VAN MIERLO en H.D. PLOEGER, *Vermogensrecht algemeen in Asser-serie 3-IV*, Deventer, Kluwer, 2013, 588, nr. 577; A. BRAUN, “Trusts in the Draft Common Frame of Reference: the ‘Best Solution’ for Europe?”, *CLJ* 2011, (327) 331-333; M.J. DE WAAL, “The core elements of the trust: aspects of the English, Scottish and South African trusts compared”, *SALJ* 2000, (548) 560 en 562; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 220-226, nrs. 190-193; R. IBARRA GARZA, “Protecting the trust fund in French and English law”, *Trust & Trustees* 2014, (421) 428-430; L. KACZMAREK, “Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l’opération”, *D.* 2009, (1845) 1846, nr. 9; W. RUSSCHEN, “Volg het spoor terug”, *WPNR* 1994, (710) 710-713; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 228-229, nr. 262; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 249-254, nr. 90, i.h.b. 251; R. ZHANG, “A Comparative study of the introduction of trusts into civil law and its ownership of trust property”, *Trusts & Trustees* 2015, (902) 922. Zie evenwel: D. HAYTON en P. MATTHEWS, “England and Wales” in A. VERBEKE (ed.), *Property and Trust Law in International Encyclopaedia of Laws Series*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2007, 77, nr. 177. Zie ook GUYAERT in die zin: “De recente dogmatische polemiek toont aan dat de opsplitsing van het eigendomsrecht tussen twee verschillende eigenaars eigenlijk niet de kern uitmaakt van het concept van de trust” en “Vanuit een functionele benadering wordt de vermogensplitsing als kern van alle trusts en trustachtige figuren beschouwd.” Zie: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 220, nr. 190, 747-749, nr. 535, i.h.b. 748 en 762-764, nr. 543, i.h.b. 763.

¹¹⁸ P. MATTHEWS, “Square Peg, Round Hole? Patrimony and the Common Law Trust” in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 69; P. MATTHEWS, “The compatibility of the trust with the civil law notion of property” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (313) 327 e.v.; P. MATTHEWS, “The trust as a means of intergenerational wealth transfer in the UK and Europe in the light of the EU Regulation on Successions”, *Ricerche Giuridiche* 2013, 306; P. MATTHEWS, “From Obligation to Property, And Back Again? The Future of the Non-Charitable Purpose Trust” in D.J. HAYTON (ed.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag, Kluwer Law International, 2002, (203) 213 e.v., i.h.b. 215-216. Zie ook: D. CLARRY, “Fiduciary Ownership and Trusts in a Comparative Perspective”, *International and Comparative Law Quarterly* 2014, 907; M.J. DE WAAL, “The core elements of the trust: aspects of the English, Scottish and South African trusts compared”, *SALJ* 2000, (548) 563, noot 94; A. POPOVICI, “Trust in Quebec and Czech Law: Autonomous Patrimonies?” *ERPL* 2016, 936; A. POPOVICI en L. SMITH, “Lepaulle Appropriated” in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 16; L. SMITH, “Trust and Patrimony”, *Estates, Trusts and Pensions Journal* 2009, 335; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblo, 2014, 91. Zie evenwel: D. HAYTON en P. MATTHEWS, “England and Wales” in A. VERBEKE en V. SAGAERT (eds.), *International encyclopaedia of laws: Property and Trust Law*, Deventer, Kluwer, 2007, 77, nr. 177.

andere kernwaarden zijn die spelen.¹¹⁹ Dat de verheerlijking van denken in rechtsgevolgen niet per se geboden is en het functionele discours ook een einde kent, maakt nog niet dat terugkoppelen naar eigendom en *dual ownership* vervolgens een noodzakelijke evidentie wordt. De middenweg is relatiever, met name vermogensplitsing niet als alternatief voor, maar veeleer als aanvulling op eigendomssplitsing. Vanuit een duurzaamheidsdenken zijn twee bijkomendheden van belang. Enerzijds is nog maar de vraag of de functionele benadering kan en mag primeren op de theoretische onderbouw. Is het nog van tel te weten aan wie de eigendom toekomt, laat staan welke theoretische fundering deze eigendom schraagt?¹²⁰ Anderzijds is ook de volgende bekommernis legitiem, met name of dan vervolgens de materialiteit of het object centraal staat bij dit alles, of dat enkel de vermogenswaarde de bovenhand moet hebben (vgl. *tracing* en *following*)?¹²¹

¹¹⁹ Te denken valt aan de rechtseconomische insteek van LAU zie *supra* nr. 9 en *infra* nr. 78. Het triangulair kruisbestuivingspel dat het voorlopig doet met wat het aangereikt wordt, met name het *legal en equitable ownership*, steunt op de *checks and balances*-denken. Vandaar ook het belang van een ruime theoretische fundering (niet alleen op vlak van eigendom). De werking van de *trust* is minstens even primordiaal met oog op het doel van de *trust*, namelijk een doelmatig beheer en bestuur over goederen, gevoerd door een ander dan de bestemming. Centraal staat de volgende gedachte: “*pour qu’on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.*” Zie hiervoor: C. MONTESQUIEU, *De l’Esprit des Lois*, Paris, Didot, 1803, <http://www.gutenberg.org/files/27573/27573-h/27573-h.htm>. Zie ook: R. WESTRIK, “Boek 10 BW (IPR): Titel 11 Trustrecht”, *MvV*2010, (200) 203.

¹²⁰ Met betrekking tot de eigendomskwestie en haar al dan niet ondergeschikt karakter, zie: S.E. BARTELS, A.I.M. VAN MIERLO en H.D. PLOEGER, *Vermogensrecht algemeen in Asser-serie 3-IV*, Deventer, Kluwer, 2013, 588, nr. 577; A. CLARKE en P. KOHLER, *Property Law: commentary and materials in Law in context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 187; M.J. DE WAAL, “Is the DCFR trust a ‘proper’ trust? An evaluation from a South African perspective”, *Acta Juridica* 2014, (219) 219; G.L. GRETTON, “Trust and Patrimony” in H.L. MACQUEEN (ed.), *Scots law: into the 21st century. Essays in Honour of W.A. Wilson*, Edinburgh, Sweet & Maxwell, 1996, (182) 184; T. HONORÉ, *On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions in Legal Research Paper Series*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 7 en 10 e.v., i.h.b. 11 en 12; P. MATTHEWS, “From Obligation to Property, And Back Again? The Future of the Non-Charitable Purpose Trust” in D.J. HAYTON (ed.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag, Kluwer Law International, 2002, (203) 210-211; W. SNIJDERS, “Nog een duit in de zak van de trust” in S.C.J.J. KORTMANN, N.E.D. FABER, A.A. VAN ROSSUM en H.L.E. VERHAGEN (eds.), *Ondermeming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht in Serie onderneming en recht*, 7, Deventer, Tjeenk Willink, 1997, (87) 93; G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 29 (“*The metaphor of the trust as divided or split ownership might not be perfect, but it remains the most efficient and persuasive way to elucidate most of, and the most significant of, the trust’s practical effects [...]*”). Zie ook: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 652-654, nr. 473, i.h.b. 654, *in fine* (“*De functionele praktische aanpak maakt de eigendomsvraag overbodig.*”), 673-674, nr. 488, i.h.b. 674, 680-682, nr. 494, i.h.b. 681, noot 3153 en 757-759, nr. 540.

¹²¹ Vgl. zakelijke rechten *intuitu rei* die niet beschermd worden door zakelijke subrogatie. “*Dit zijn zakelijke rechten die enkel zien op de fysische kenmerken van het onderpand in natura, en die op geen enkele wijze verbonden zijn met de waarde van dat onderpand. Te denken valt bijvoorbeeld aan een erfdiensbaarheid. Een erfdiensbaarheid is verbonden met de ligging van de erven, zodat het zinloos is om een erfdiensbaarheid te laten overgaan, bijvoorbeeld bij ruilverkaveling, op het erf dat in de plaats is gekregen. Aangezien deze rechten niet op nuttige wijze kunnen worden uitgeoefend op een ander vermogensbestanddeel met andere fysische kenmerken, kan zakelijke*

Vanuit duurzaamheidsperspectief valt dus zeker wat te zeggen over een evenwichtige – en mogelijk zelfs op eigendom (al dan niet opgesplitst) geschraagde – verdeling van belangen met betrekking tot een goed, dan wel een geheel van goederen. Hier volstaat het om te zeggen dat een dergelijke duurzaamheidsgedachte wel minstens naast de nadruk op het *right to exclude* ook een opening moet laten voor de keerzijde van de medaille. Zie voor die keerzijde *infra* nr. 50 e.v.

1.1.4. De trust in de praktijk: doeleinden

25. ALGEMEEN – Dat de zakenrechtelijke bescherming van de *beneficiary* bij een *trust*constructie, met inbegrip van haar theoretische onderbouw, van vitaal belang is, staat buiten kijf. De vraag is echter of daarin dan uiteindelijk de *core*-functie van de *trust*figuur te vinden is. Naast dat wezenlijke inhoudelijk-functioneel en theoretisch vraagstuk, is ook de praktische kant van het verhaal onmiskenbaar van belang. Erg treffend is een passage van WATT die HOLMES citeert: “*After all, the true value of the trust, like the true value of a case-based common law system of law, is to be found, not in conformity to logical absolutes, but in flexibility and functional utility: ‘[The] life of the law has not been logic; it has been experience.’*”¹²²

26. *A MAID OF ALL WORK*¹²³ – Hoezeer ook een bondige beschouwing geenszins kan volstaan om de brede waaier aan doeleinden en aangelegenheden waarvoor en waarin de *trust*figuur kan worden aangewend te vatten, zal hieronder toch worden getracht een duidelijk overzicht aan te reiken om te tonen hoe flexibel de Angelsaksische *trust*figuur werkelijk is. In de hedendaagse maatschappij is de *trust* immers alomtegenwoordig.¹²⁴

subrogatie niet aan bod komen: het is niet mogelijk om de waarde van dit zakelijk recht te redden los van het oorspronkelijke onderpand.” en “*Dit zijn aanspraken die zo nauw verbonden zijn met de fysieke materialiteit van hun onderpand dat ze niet op een zinvolle wijze kunnen uitgeoefend worden op een andere zaak. Bijgevolg is de handhaving van de vermogenswaarde van die rechten door de wijziging van het onderpand onmogelijk.*” Zie hiervoor: V. SAGAERT, “Zakelijke subrogatie. De verkenning van een algemeen beginsel in het vermogensrecht”, *Jura Falc.* 2003-04, (415) 422; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 195-198, nrs. 230-232 en 752, nr. 795.

¹²² G. WATT, *Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 29. Zie ook: O.W.Jr. HOLMES, *The Common Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1923, 1. Zie ook het citaat, “[As] the principles of equity permeate the complications of modern life, the nature and variety of trusts ever grow.” in J. GLISTER en J. LEE, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 64-65, nr. 3.002.

¹²³ B. HERBOTS, “Can the Most Characteristic Product of the English Legal Genius Survive in a Civil Law Environment?” in *Jura Falc.* 1991-92, (61) 61.

¹²⁴ J. GLISTER en J. LEE, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 63-65, nrs. 3.001-3.002 (“*Thus the trust continues to be a form of property-holding of ever-increasing importance because of its adaptability and convenience in effecting complicated forms of settlement.*”), 205-207, nr. 10.001 e.v., 291-292, nr. 13.001 e.v., 360-362, nr. 15.001 e.v. en 467-469, nr. 17.001 e.v.; G.L. GRETTON, “Trusts Without Equity”, *Int'l & Comp.L.Q.* 2000, (599) 599 e.v.;

Bovendien is ook historisch gezien deze rechtsfiguur steeds voor verschillende en zelfs erg uiteenlopende doeleinden aangewend geweest geworden.¹²⁵

Vandaag de dag wordt de *trust* voornamelijk voor drie hoofddoelstellingen benut. Vooreerst wordt de *trust*figuur erg vaak gebruikt voor private, familie- en familiaal vermogensrechtelijke doeleinden (schenkingen onder voorbehoud van beheer, familievermogen beschermen tegen verkwisting, overdracht van bepaalde vermogensbestanddelen (voorwaardelijk, toekomstig, etc.), regelingen inzake voorzieningen ten voordele van handelingsonbekwamen ...).¹²⁶ Daarnaast is de rechtsfiguur van

D.J. HAYTON, “Trusts” in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN, A.J.M. NUYTINCK, A.V.M. STRUYCKEN en N.E.D. FABER (eds.), *Vertrouwd met de Trust: Trust and Trust-like Arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, (3) 32-33; S. HEPBURN, *Principles of Equity and Trusts in Principles of Law Series*, Londen, Cavendish, 2001, 267, nr. 25.7; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 46-47 en 66-70; J.E. MARTIN, *Modern equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 44-46, nr. 1.050; G. MOFFAT, G. BEAN en R. PROBERT, *Trusts Law. Text and Materials in Law in Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 33-34; A.J. OAKLEY, *Parker & Mellows: the modern law of trusts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 5-12; J.G. RIDDALL, *The Law of Trusts*, Londen, Butterworths, 2002, 3-9; G. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 1029 e.v.; S. WILSON, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 27-28. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 143-144, nr. 164; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie in Bibliothèque de droit de l’entreprise*, Parijs, Litec, 2004, 213-214, nr. 263 e.v.

¹²⁵ J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Londen, Butterworths, 2002, 248 e.v.; G.L. GRETTON, “Trusts Without Equity”, *Int’l & Comp.L.Q.* 2000, (599) 599 e.v.; P. LEPAULLE, “An Outsider’s View Point of the Nature of Trusts”, *Cornell L.Q.* 1928-29, (52) 52-53 (“[...], where trusts accompany the rhythm of life, from the cradle to the grave, where every one knows what it is from seeing it functioning at the home as in the office.”); F.W. MAITLAND, *Equity - Also the Forms of Action at Common Law - Two Courses of Lectures*. Cambridge, Cambridge University Press, 1929, 6 e.v. en 28 e.v., geraadpleegd via HeinOnline; J. MORLEY, “The Common Law Corporation: The Power of the Trust in Anglo-American Business History”, *Colum. L.Rev.* 2016, (2145) 2145 e.v. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 65-69, nrs. 69-73 en 79-81, nrs. 91-93; G. GILISSEN, *De express private trust. Fiscaalrechtelijke beschouwingen over kwalificatie en gevolgen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 29 e.v., i.h.b. 33.

¹²⁶ E.H. BURN en G.J. VIRGO, G. Maudley & Burn’s *Trusts & trustees. Cases & Materials*, Londen, Butterworths, LexisNexis, 2002, 3-5; S. GARDNER, *An Introduction to the Law of Trusts in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 2-3 en 11-13; J. GLISTER en J. LEE, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 63-65, nrs. 3.001-3.002 en 291-292, nr. 13.001 e.v.; D.J. HAYTON, *The Law of Trusts in Fundamental Principles of Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 49-59; S. HEPBURN, *Principles of Equity and Trusts in Principles of Law Series*, Londen, Cavendish, 2001, 267 en 270, nr. 25.7; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 60-61, 66, 68-70 en 699 e.v.; J.E. MARTIN, *Modern equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 44-46, nr. 1.050; A.J. OAKLEY, *Parker & Mellows: the modern law of trusts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 6-12; K.W. RYAN, “The Reception of the Trust”, *Int’l & Comp.L.Q.* 1961, (265) 266 e.v.; G. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 1033-1070, nrs. 34.01-39.37 en 1493-1577, nrs. 58.01-59.94; S. WILSON, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 29-32. Zie ook: S. DE RAEDT en M. TRAEST, *Trust en privaat vermogensbeheer*, Antwerpen,

onmiskkenbaar belang in de financiële en commerciële wereld (*pension trusts, mutual funds of unit trusts, voting trusts ...*).¹²⁷ Tot slot speelt de *trust* ook een grote rol bij allerlei filantropische constructies in het Angelsaksische recht (zgn. *charitable trusts*).¹²⁸

Verder zijn er nog enkele opmerkelijk inventieve en bovendien duurzame toepassingen waarvoor de *trust* kan worden aangewend. Te denken valt aan de *Community Land Trust* zoals bijv. de *Isle of Eigg Heritage Trust* of nog de Brusselse en Gentse *CLT*-platformen, de zgn. *employee owned businesses* zoals bijv. de *John Lewis Partnership* en daarnaast ook nog allerlei *charitable trust*-structuren gericht op duurzame ontwikkeling, zoals bijv. de *VIVA Trust* of de *Sambhavna Trust*.¹²⁹

Maklu, 2000, 35-39, nrs. 22-32; C. DE WITTE, “Kan Trust in België een nuttig instrument zijn voor vermogensplanning?”, *Jura Falc.* 2006-07, (539) 539 e.v.; I. SÁNDOR, “Different Types of Trust from an Ownership Aspect” *ERPL* 2016, (1189) 1189-1190, nr. 1.

¹²⁷ E.H. BURN en G.J. VIRGO, G. *Maudley & Burn’s Trusts & trustees. Cases & Materials*, Londen, Butterworths, LexisNexis, 2002, 3-5; J. GLISTER en J. LEE, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 63-64, nr. 3.001 e.v., 205-207, nr. 10.001 e.v. en 467-469, nr. 17.001 e.v.; D.J. HAYTON, *The Law of Trusts in Fundamental Principles of Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 59-72; S. HEPBURN, *Principles of Equity and Trusts in Principles of Law Series*, Londen, Cavendish, 2001, 267-270, nr. 25.7; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 66-70, 425 e.v. en 1035 e.v.; J.E. MARTIN, *Modern equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 44-46, nr. 1.050; G. MOFFAT, G. BEAN en R. PROBERT, *Trusts Law. Text and Materials in Law in Context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 33-34; A.J. OAKLEY, *Parker & Mellows: the modern law of trusts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 6-12; G. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 1263, nrs. 45.01 e.v., 1341, nrs. 49.01 e.v. en 1459, nrs. 55.01 e.v.; S. WILSON, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 31-38. Zie ook: D.W. AERTSEN, *De Trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 54-60; J.W.A.B. BIEMANS, “Tijd voor de trust”, *NTBR* 2011, geraadpleegd via Kluwer Navigator; S. DE RAEDT en M. TRAEEST, *Trust en privaaf vermogensbeheer*, Antwerpen, Maklu, 2000, 39, nr. 31; I. SÁNDOR, “Different Types of Trust from an Ownership Aspect” *ERPL* 2016, (1189) 1189-1190, nr. 1.

¹²⁸ S. GARDNER, *An Introduction to the Law of Trusts in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 108-123; J. GLISTER en J. LEE, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 63-65, nrs. 3.001-3.002, en 360-362, nr. 15.001 e.v.; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 1098 e.v.; E. MARTIN, *Modern equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2012, 494-499; W. SWADLING, “Property: General Principles” in A. BURROWS (ed.), *English private law in Oxford principles of English law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, (219) 301, nr. 4.228 e.v.; S. WILSON, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 37-38. Zie ook: S. DE RAEDT en M. TRAEEST, *Trust en privaaf vermogensbeheer*, Antwerpen, Maklu, 2000, 38-39, nr. 29; I. SÁNDOR, “Different Types of Trust from an Ownership Aspect” *ERPL* 2016, (1189) 1189-1190, nr. 1.

¹²⁹ In verband met de *Community Land Trust*, zie: K. BACHUS, *Het Community Land Trust model. Innovatief financieringsinstrument voor duurzaamheidstransities in Vlaanderen?*, Leuven, Steunpunt TRADO, 2013, 32 p.; J. BLEWITT, *Understanding Sustainable Development*, Abingdon, Routledge, 2017, 124-125; CLT GENT, *Blauwdruk Pilotproject Coöperatief Ondernemen*, Gent, s.n., 2012, 264 p.; J.F. CURTIN en L. BOCARSLY, “CLTs: A Growing Trend in Affordable Home Ownership” in J.E. DAVIS (ed.), *The Community Land Trust Reader*, Cambridge, Lincoln Institute of Land Policy, 2010, (289) 289-314; T. DAWANCE en C. LOUEY,

27. VRHIJHEID, BLIJHEID, FLEXIBILITEIT – Echter, de veelzijdigheid die uit een en ander blijkt, brengt ons ertoe te zeggen dat, zoals HERBOTS reeds aangaf, de *trust*figuur wel degelijk fungeert als “*a maid of all work*”.¹³⁰ Het aantal doeleinden waarvoor een *trust* kan worden aangewend is immers al even oneindig als de fantasie en creativiteit van het menselijke brein zelf.¹³¹ Daarbij is het ook van belang in te zien dat er een steeds actievare en meer gespecialiseerde rol toekomt aan de – vaak professionele – *trustees*, die de onder *trust* gebrachte vermogensbestanddelen werkelijk *managen* (beheren, (her)investeren...), zodanig dat, gezien voornoemde pragmatische veelzijdigheid van de *trust*, die beheers- of *management* dimensie steeds meer in belang toeneemt.¹³² Met het oog op het voorkomen van misbruiken verdient die *management core* van de *trust* dan ook de nodige aandacht te krijgen.

“L'exemple du Community Land Trust – Bruxelles. Quand l'Europe s'inspire des États-Unis”, *Les Échos du Logement* 2015, afl. 1, 17 e.v.; R.S. SWAN, S.S. GOTTSCHALK, E.S. HANSCH en E. WEBSTER, *The Community Land Trust. A guide to a New Model for Land Tenure in America*, Massachusetts, CCED, 1972, 119 p.; R. TIMMERMANS, *De community land trust of coöperatieve landmaatschappij voor uitgifte en beheer van communale grond in RNPS*, Mechelen, Kluwer, 2016, 320 p. Zie ook: V. SAGAERT, “Community Land Trust: achterhaalde hippies of moderne vastgoedontwikkelaars?” in J. BAEL, N. BERNARD, M. BLONDIA, S. BOULY en V. SAGAERT, *Opening doors: Verslagboek naar aanleiding van het nationaal notarieel congres 2017 in Gent*, Brussel, Larcier, 2017, (445) 445-471. In verband met de *John Lewis Partnership*, zie: E. O'HIGGINS en L. ZSOLNAI, *Progressive Business Models: Creating Sustainable and Pro-Social Enterprise*, Cham, Springer International Publishing, 2018, 21 en 193-220. Zie ook: J. BIRCHALL, *The governance of large co-operative businesses*, Manchester, Co-operatives UK, 2017, 120 p., i.h.b. 52-61; A. CATHCART, “Directing democracy: Competing interests and contested terrain in the John Lewis Partnership”, *JJR* 2013, (601) 601-620; A. GHOBADIAN, *Retailer makes small changes: John Lewis applies its 'logical incremental' approach to growth*, <https://www.ft.com/content/97f916fa-e3cc-11e2-91a3-00144feabdc0#comments-anchor>; O.E. WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*, New York, Free Press, 1985, 450 p. In verband met de *VIVA Trust* en de *Sambhavna Trust*, zie: J. BLEWITT, *Understanding Sustainable Development*, Abingdon, Routledge, 2017, 110; M. KELLY, *Owning Our Future: The Emerging Ownership Revolution*, San Francisco, Berrett-Koehler Publishers, 2012, 183.

¹³⁰ B. HERBOTS, “Can the Most Characteristic Product of the English Legal Genius Survive in a Civil Law Environment?” in *Jura Falc.* 1991-92, (61) 61.

¹³¹ D.J. HAYTON, “Trusts” in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN, A.J.M. NUYTINCK, A.V.M. STRUYCKEN en N.E.D. FABER (eds.), *Vertrouwd met de Trust: Trust and Trust-like Arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, (3) 33. Zie ook: P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal, et en droit international privé*, Parijs, Rousseau, 1932, 12 (“*Si l'on demande à quoi sert le trust, on peut presque répondre: 'à tout!'*”).

¹³² J. GLISTER en J. LEE, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 496, nr. 18.001 e.v.; J.H. LANGBEIN, “The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce”, *Yale L.J.* 1997-98, (165) 165 e.v.; J.H. LANGBEIN, “The Contractarian Basis of the Law of Trusts”, *Yale L.J.* 1995-96, (625) 632 en 637 e.v.; J. MORLEY, “The Common Law Corporation: The Power of the Trust in Anglo-American Business History”, *Colum. L.Rev.* 2016, (2145) 2145-2197; J.E. PENNER, “The (True) Nature of a Beneficiary’s Equitable Proprietary Interest under a Trust”, *Can.J.L. & Jurisprudence* 2014, (473) 481-843; B. RUDDEN, “Gifts and Promises. By John P. Dawson”, *Mod.L.Rev.* 1981, (610) 610 (“[...] that the normal private trust is essentially a gift, projected on the plane of time and so subjected to a management regime.”) R.H. SITKOFF, “An Agency Costs Theory of Trust Law”, *Cornell L.Rev.* 2004, (621) 633 e.v.; S. WILSON, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015,

1.1.5. Specifieke toepassingsgevallen

a. Algemeen

28. PLAN – Na een algemeen beeld te hebben geschetst van de veelzijdigheid van de *trust* in de praktijk, worden onder dit deel (deel 1.1.5) enkele praktijkgevallen geconcretiseerd die later nuttig zullen blijken met het oog op een finaal besluit. Achtereenvolgens worden besproken: (1) de *Community Land Trust* en (2) de zgn. *Quistclose trust*.

b. *Community Land Trust (CLT)*

29. ALGEMEEN – Een zeer opvallende – en mogelijks duurzame – speler in het verhaal van de *trust*, is de zgn. *Community Land Trust (CLT)*. Hoewel de idee al ruim vijftig jaar oud is en als uitspruitsel kan worden gezien van de in het collectieve geheugen gegripte Amerikaanse *civil rights movement*, lijkt de *CLT* meer dan ooit bruikbaar en innovatief. Oorspronkelijk gestoeld op de noties gelijke behandeling en economische rechtvaardigheid deed en doet de *CLT* voornamelijk dienst als financieringsinstrument inzake wonen voor de minder goegedien in de samenleving.¹³³ Echter, in het kader en onder druk van de enorme evolutie waaraan wonen onderhevig is en de vaststelling dat men steeds meer teruggaat naar kleinere individueel beschikbare woonoppervlakten,¹³⁴ (b)lijkt voornoemde vorm van communaal wonen

316-318. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen* in *Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 92-96, nrs. 108-111.

¹³³ V. SAGAERT, “Community Land Trust: achterhaalde hippies of moderne vastgoedontwikkelaars?” in J. BAEL e.a., *Opening doors. Verslagboek naar aanleiding van het nationaal notarieel congres 2017 in Gent*, Brussel, Larcier, 2017, (387) 390, nrs. 3-4 en 395, nr. 11; R. TIMMERMANS, *De community land trust of coöperatieve landmaatschappij voor uitgifte en beheer van communale grond* in *RNPS*, Mechelen, Kluwer, 2016, 33, nr. 34. Zie ook: K. BACHUS, *Het Community Land Trust model. Innovatief financieringsinstrument voor duurzaamheidstransities in Vlaanderen?*, Leuven, Steunpunt TRADO, 2013, 3-4; J.F. CURTIN en L. BOCARSLY, “CLT’s: A growing trend in affordable home ownership” in J.E. DAVIS (ed.), *The Community Land Trust Reader*, Cambridge, Lincoln Institute of Land Policy, 2008, 289; G. DE PAUW, “Community Land Trust: ei van columbus om wonen weer betaalbaar te maken?”, 2009, 1-2, <http://www.kenniscentrumvlaamsesteden.be/>.

¹³⁴ De wereldbol heeft nu eenmaal zijn vaste afmetingen en het aantal bewoners neemt gestaag toe. Grondprijzen stijgen ten gevolge van de grondschaarste die door voornoemde oppervlaktenood gecreëerd wordt. Zie o.a. A. VAN DEN BOSSCHE, “Van grot tot serviceflat. Evolutie in het wonen en de huisvestingsorganisatie” in J. BAEL e.a., *Opening doors. Verslagboek naar aanleiding van het nationaal notarieel congres 2017 in Gent*, Brussel, Larcier, 2017, (25) 40-42, nrs. 22-25. Steeds meer individualistische eigendomsrechten worden verdeeld over steeds minder bewoonbare oppervlakte. Het van allerlei feodale lasten bevrijde eigendomsrecht, dat sinds de Franse Revolutie steunt op de macht om anderen uit te sluiten (exclusiegedachte), *ergo* (gewaande?) vrijheid, wordt paradoxaal genoeg belangrijker (° grond wordt een schaars goed) én steeds meer in vraag gesteld. Een en ander (bijv. voornoemde grondschaarste) leidt namelijk tot een exponentiële toename van de zgn. *tragedy of the anti-commons*, waardoor de gedachte van exclusie vanuit rechtseconomisch oogpunt steeds meer onder druk komt te staan. Zie hiervoor: J.

enorm hip, innovatief en bovendien plurifunctioneel. Wat betreft inzetbaarheidsmogelijkheden valt vooral te denken aan projecten rond vastgoedontwikkeling met als basis meer respect voor de aarde, meer respect voor elkaar en meer *savoir vivre*. Kortom, waarbij andere accenten kunnen worden gelegd en investeren in levenskwaliteit primeert op de (al dan niet betaalbare) baksteen in de maag als allerindividueelste expressie van de allerindividueelste emotie.¹³⁵

30. BEGRIPSOMSCHRIJVING EN BOUW – Een *CLT* kan worden omschreven als een georganiseerdheid met een duurzaam en onbaatzuchtig voorwerp, gecontroleerd door een bepaalde leefgemeenschap zelf, die eigendommen ontwikkelt en/of beheert ten gunste van – vaak, maar niet noodzakelijk, behoeftige – co-operatieve gebruikers. Het doel is om zonder duurtijdbeperking grond en/of woningen te verwerven en deze te behouden in *trust* ten bate van de waarnemende gebruikers. Het gaat om een participatief bouwproject, gericht op duurzaam en solidair wonen.¹³⁶

BUCHANAN en Y.J. YOON, “Symmetric tragedies: Commons and Anticommons Property”, *Journal of Law and Economics* 2002, (453) 453-473; B. DEPOORTER, *Fragmentation of Property: the law and economics of the anticommons*, Elgar, 2006, 41 e.v.; M.A. HELLER, “The Boundaries of Private Property”, *Yale L.J.* 1999, 1197 e.v.; V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten”, *TPR* 2005, (983) 1046-1049, nrs. 64-67; V. SAGAERT, “Community Land Trust: achterhaalde hippies of moderne vastgoedontwikkelaars?” in J. BAEL e.a., *Opening doors. Verslagboek naar aanleiding van het nationaal notarieel congres 2017 in Gent*, Brussel, Larcier, 2017, (387) 389-390, nrs. 1-2.

¹³⁵ Kortom, “[*solidair*] wonen in plaats van *solitair* wonen wint [...] aan belang”. Zie: R. TIMMERMANS, *De community land trust of coöperatieve landmaatschappij voor uitgifte en beheer van communale grond in RNPS*, Mechelen, Kluwer, 2016, 23-24, nr. 23. De vaststelling van de plurifunctionaliteit die de *CLT* kan bieden is één ding, de onderliggende maatschappijstroom is een ander. Er kan als het ware gesproken worden van een soort *renaissance des communs*. De *commons* doen met andere woorden hun (her-)intrede in het goederenrecht. Zie: D. BOLLIER, O. PETITJEAN en H. LE CROSNIER, *La renaissance des communs: pour une société de coopération et de partage*, Parijs, Charles Léopold Mayer, 2014, 188 p. Geruststellend is dat er het – met een nobelprijs bekroonde – werk van OSTROM is dat de maatschappij kan behoeden voor een herleving van de zgn. *tragedy of the commons*. Zie: E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, 280 p.

¹³⁶ Zie: V. SAGAERT, “Community Land Trust: achterhaalde hippies of moderne vastgoedontwikkelaars?” in J. BAEL e.a., *Opening doors. Verslagboek naar aanleiding van het nationaal notarieel congres 2017 in Gent*, Brussel, Larcier, 2017, (387) 391-392, nr. 5. Voor andere definities en omschrijvingen zie: Section 79 Housing and Regeneration Act 2008; K. BACHUS, *Het Community Land Trust model. Innovatief financieringsinstrument voor duurzaamheidstransities in Vlaanderen?*, Leuven, Steunpunt TRADO, 2013, 2; N. BAILEY, “Building Sustainable Communities from the Grassroots: How Community Land Trusts Can Create Social Sustainability” in T. MANZI, K. LUCAS, T.L. JONES en J. ALLEN (eds.), *Social Sustainability in Urban Areas: communities, connectivity and the urban fabric*, Londen, Earthscan, 2015, (49) 50 (“*In essence, CLTs provide an opportunity to regenerate urban and rural communities from the bottom up. They build on local tacit knowledge of local community needs, engage local communities in developing innovative approaches and experiment with new forms of community governance in order to create genuinely sustainable solutions – in social, financial and environmental terms.*”); N. BERNARD, G. DE PAUW en L. GÉRONNEZ, “Coopératives de logement et *Community Land Trusts*”, *CRISP* 2010, afl. 28/2073, 25-27; S. BOULY en J. DE

Wat betreft de eigendomsfundamenten van de *CLT*, is het de *trust* die de plak zwaait. Door gebruik te maken van de *trust*structuur is het immers mogelijk een *tripartite* beheersstructuur op te zetten die een communaal belangenevenwicht schept en bewaart, en tevens macht en belang over de grond (en eventueel ook gebouwen) weet te scheiden (*legal*, resp. *equitable title*). De *CLT* heeft als *trustee* de macht over het *trust*vermogen (bijv. grond, woningen en/of andere opstallen), die ze uitoefent in het uitsluitende belang van de (toekomstige) leden van de leefgemeenschap (zgn. *ownership for the common good*).¹³⁷

Hoewel de *CLT*-constructie als hoofddoel tracht de betaalbaarheid van wonen en leven voor mensen met een modaal tot laag inkomen te incentivieren door grond (met of zonder woning) tegen sociaal gunstige voorwaarden ter beschikking te stellen, moet worden opgemerkt dat het potentiële toepassingsgebied veel ruimer is dan louter de sociale dimensie, of nog de residentiële aard van het project. Zo kan gedacht worden aan

HAESE, “Een zoektocht naar betaalbare huisvesting: huidige en toekomstige woonvormen naar Belgisch recht”, *Not.Fisc.M.* 2015, 283, nr. 12; G. DE PAUW, “Community Land Trust: ei van columbus om wonen weer betaalbaar te maken?”, 2009, 2, <http://www.kenniscentrumvlaamsestededen.be/>; C. MOSTIN e.a., *Les biens*, II, *Emphytéose et superficie* in *Rép.not.*, Brussel, Larcier, 2015, 77; E. JANSSENS, “Een eigen woning verwerven met de Vlaamse Wooncode: over sociale koopwoningen, de verkoop van sociale huurwoningen en sociale leningen” in B. HUBEAU en T. VANDROMME (ed.), *Vijftien jaar Vlaamse Wooncode. Sisyphus (on)gelukkig?*, Brugge, Die Keure, 2017, 140, nr. 9; R.S. SWAN, S.S. GOTTSCHALK, E.S. HANSCH en E. WEBSTER, *The Community Land Trust. A guide to a New Model for Land Tenure in America*, Massachusetts, CCED, 1972, 1; R. TIMMERMANS, *De community land trust of coöperatieve landmaatschappij voor uitgifte en beheer van communale grond* in *RNPS*, Mechelen, Kluwer, 2016, 29-30, nr. 33, *in fine* en 50-51, nr. 43 (“[De] *CLT* [koopt] een grond, woning of gebouw met de bedoeling dit onroerend goed onbeperkt in de tijd in bezit te hebben doch tegelijkertijd het ter beschikking te stellen aan woningzoekenden, individueel of gegroepeerd in een rechtspersoon.” (onderlijning toegevoegd)).

¹³⁷ Van belang te weten is dat de *CLT*-structuur een open lidmaatschap kent. O.a. huiseigenaars, buurtbewoners, vertegenwoordigers van het algemeen belang, etc. kunnen deel uitmaken van – en dus vertegenwoordigd worden in – het project. Zij zouden elkaars tegengewicht moeten vormen. Zie daarover: N. BERNARD, *Politiques du logement en Région bruxelloise*, Brussel, Bruylant, 2016, 434; N. BERNARD, “Mesures existantes d’aide à l’accès à la propriété” in *Politiques du logement en région bruxelloise*, Brussel, Bruylant, 2015, 433, nr. 701; N. BERNARD, D. DE PAUW en L. GÉRONNEZ, “La Community Land Trust, solution pour concilier l’accessibilité du logement, les avantages de la propriété et un foncier au service de l’intérêt général”, *Les Cahiers nouveaux* 2011, 92; G. DE PAUW, “Community Land Trust: ei van columbus om wonen weer betaalbaar te maken?”, 2009, 1-2, <http://www.kenniscentrumvlaamsestededen.be/>; R. TIMMERMANS, *De community land trust of coöperatieve landmaatschappij voor uitgifte en beheer van communale grond* in *RNPS*, Mechelen, Kluwer, 2016, 47-49, nrs. 40-41. Zie verder over de *trust*structuur e.d.m.: R.S. SWAN, S.S. GOTTSCHALK, E.S. HANSCH en E. WEBSTER, *The Community Land Trust. A guide to a New Model for Land Tenure in America*, Massachusetts, CCED, 1972, 1, 14-15 en 64-65; R. TIMMERMANS, *De community land trust of coöperatieve landmaatschappij voor uitgifte en beheer van communale grond* in *RNPS*, Mechelen, Kluwer, 2016, 37, nr. 35, 44-45, nr. 38 en 45, nr. 39 e.v.

commerciële, industriële en *retail* projectontwikkeling met als oogmerk – naast het sociale aspect – de duurzame opbouw van een bepaalde *community*, de actieve participatie van en samenwerking tussen belanghebbenden en het vergroten van sociale cohesie.¹³⁸

31. DE CLT NAAR BELGISCH RECHT – Recent heeft SAGAERT de juridische vormgeving van het *CLT*-model onder de loep genomen. Hij besluit dat niet-opzegbare zakelijke rechten met zeer uitgebreide en exclusieve gebruiksbevoegdheden, zoals bijv. zelfstandige of accessoire (°erfpacht) opstalrechten, voldoen als alternatief voor het Angelsaksische *CLT*-model. Uitgaande van een louter horizontale eigendomssplitsing (tussen het gebouw en de grond; *i.e.* objectieve opsplitsing) en geen interne opsplitsing van bevoegdheden m.b.t. hetzelfde eigendomsobject (juridisch *vs.* economisch belang; *i.e.* subjectieve opsplitsing), concludeert hij dat de *CLT* en zijn gebruikers geen concurrente bevoegdheden hebben en dus dat een beroep op de *trust* geenszins noodzakelijk is.¹³⁹

Echter, zijn er wat betreft de juridische vormgeving zowel op vlak van voornoemd theoretisch alternatief op het *trust*-aspect, als op vlak van het *community* aspect, toch wel een aantal bezwaren op te merken die bovendien niet allemaal worden verholpen met de gegeven hervorming van het goederenrecht.¹⁴⁰ Twee opmerkingen dienen te worden gemaakt. (1)

¹³⁸ J.E. DAVIS, “Common Ground: Community-Owned Land as a Platform for Equitable and Sustainable Development”, *U.S.F.L.Rev.* 2017, (1) 12-14; J.E. DAVIS, “Origins and Evolution of the Community Land Trust” in J.E. DAVIS (ed.), *The Community Land Trust Reader*, Cambridge, Lincoln Institute of Land Policy, 2010, (3) 9-10 en 36-37; G. ROSENBERG en J. YUEN, “Beyond Housing: Urban Agriculture and Commercial Development by Community Land Trusts”, *Lincoln Institute of Land Policy Working Paper* 2012, (1) 1-38; R. TIMMERMANS, *De community land trust of coöperatieve landmaatschappij voor uitgifte en beheer van communale grond* in *RNPS*, Mechelen, Kluwer, 2016, 50-51, nr. 43 (“*Het betekent wezenlijk dat de Community Land Trust niet alleen instaat voor de opbouw van een democratische gestructureerde gemeenschap, maar ook zorgt voor de instandhouding van duurzame gemeenschapsvoorzieningen en voor integratie van de participerende bewoners met de bedoeling, mede door haar vastberaden engagement en inzet, het gecreëerde vastgoedpatrimonium in optimale omstandigheden over meerdere generaties heen in stand te houden.*”); J. YUEN, “City Farms on CLTs: How Community Land Trusts Are Supporting Urban Agriculture” *Lincoln Institute of Land Policy* 2014, (2) 2-9, https://www.lincolnst.edu/sites/default/files/pubfiles/2376_1716_city_farms_on_clts_0414ll.pdf.

¹³⁹ Zie i.h.b. V. SAGAERT, “Community Land Trust: achterhaalde hippies of moderne vastgoedontwikkelaars?” in J. BAEL e.a., *Opening doors. Verslagboek naar aanleiding van het nationaal notarieel congres 2017 in Gent*, Brussel, Larcier, 2017, (387) 399-400, nrs. 19-20, 400, nr. 22 e.v. en 407, nr. 34. Zie ook: CLT GENT, *Blauwdruk Pilotproject Coöperatief Ondernemen*, Gent, s.n., 2012, 94 e.v. Zie over het onderscheid objectieve en subjectieve opsplitsing: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 695-704, nrs. 502-509.

¹⁴⁰ Zo wordt bijvoorbeeld voor een groot deel aan de heikele duurtijdsproblematiek van de *CLT* tegemoetgekomen met het Wetsontwerp Goederenrecht. Voor de duurtijdsproblematiek zie: V. SAGAERT, “Community Land Trust: achterhaalde hippies of moderne vastgoedontwikkelaars?” in J. BAEL e.a., *Opening doors. Verslagboek naar aanleiding van het nationaal notarieel congres 2017 in Gent*, Brussel, Larcier, 2017, (387) 412-413, nrs. 42-45. Voor de tegemoetkoming er-aan zie:

Vooreerst is nog maar de vraag of wat men allemaal kan bereiken met de *trust*, ook kan verkrijgen met erfpacht of opstal. In het kader van een duurzaam samenlevingsproject is misschien wel het onderscheid tussen en het uit elkaar houden van het economische waardebelang en de juridische beheerstitel met betrekking tot éénzelfde goed meer dan elders aangewezen.¹⁴¹ (2) Verder lijkt, wat betreft het zgn. *community* aspect (hetgeen wezenlijk is voor de *CLT*), het gebruik van kwalitatieve verplichtingen (eventueel met kettingbeding) of een reglement van mede-eigendom geenszins per definitie rechtszeker, noch voldoende soepel naar vigerend recht.¹⁴²

32. BESLUIT – De vraag is dan ook of de theoretische duidelijkheid op dit leerstuk zal moeten onderdoen voor meer pragmatische *civil law* functionaliteit.¹⁴³ Het weer eens gekunsteld ontwijken van het theoretische eigendoms- en/of vermogensvraagstuk wat betreft de *trust* onder de mom van

Artt. 3.184 en 3.195 Wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-3348/001, 591-592 en 594-595; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-3348/001, 339-343, i.h.b. 342-343.

¹⁴¹ D.i. een zgn. subjectieve splitsing van het eigendomsrecht. De vraag is dan ook of de horizontale eigendomssplitsing tussen het gebouw en de grond voldoet (objectieve opsplitsing). En dat niet minstens ook een belangensplitsing dient te gebeuren – in voorkomend geval – op niveau van de grond (en/of gebouwen). De eerste (objectieve) splitsing is er één die de eigendom over gronden en gebouwen van het *CLT*-project opsplijt, maar heeft echter geen betrekking op het *managementspect* ervan. De tweede (subjectieve) splitsing betreft daarentegen de essentie, m.n. de opsplitsing van belangen – in hoofdfe van het subject (*i.e.* subjectief) – aangaande eenzelfde eigendomsvoorwerp met als doel een solide *tripartite management*structuur op poten te zetten. Een en ander lijkt onontbeerlijk voor de *CLT*, zeker vanuit *community*-oogpunt. Daarnaast kan de financierbaarheid voor problemen zorgen bij erfpacht. Zie: V. SAGAERT, “Community Land Trust: achterhaalde hippies of moderne vastgoedontwikkelaars?” in J. BAEL e.a., *Opening doors. Verslagboek naar aanleiding van het nationaal notarieel congres 2017 in Gent*, Brussel, Larcier, 2017, (387) 403-404, nr. 27.

¹⁴² V. SAGAERT, “Community Land Trust: achterhaalde hippies of moderne vastgoedontwikkelaars?” in J. BAEL e.a., *Opening doors. Verslagboek naar aanleiding van het nationaal notarieel congres 2017 in Gent*, Brussel, Larcier, 2017, (387) 408-411, nrs. 35-41. Zie verder ook: N. MOONS, “De landed commons en het recht” in I. OPDEBEEK, S. RUTTEN, E. VAN ZIMMEREN en D. VERMEIR (eds.), *Voor recht, rechtvaardigheid en Camus. Liber amicorum Bernard Hubeau*, Brugge, Die Keure, 2018, (327) 335-336; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 27-31, nrs. 27-30; V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten”, *TPR* 2005, (983) 1004-1005, nr. 21 e.v.; A. VERHOEVEN, “De juridische grondslag van kwalitatieve rechten en verplichtingen”, *Jura Falc.* 1988-89, 161.

¹⁴³ Zie *infra* over de zgn. functionele benadering. Zie: V. SAGAERT, “Community Land Trust: achterhaalde hippies of moderne vastgoedontwikkelaars?” in J. BAEL e.a., *Opening doors. Verslagboek naar aanleiding van het nationaal notarieel congres 2017 in Gent*, Brussel, Larcier, 2017, (387) 407, nr. 34 (“Voor een functionele rechtsvorm als de *CLT* lijkt een meer functionele analyse [...] van belang.”). En wat wanneer de *trust* functioneler blijkt dan welke *civil law* variant ook? .

functionaliteit – hoe zeer ook gewaardeerd – doet niets meer dan deze uiterst precare moeilijkheid te verschuiven naar een later tijdstip op de tijdslijn van rechtstheorie en -ontwikkeling. Dat is nog meer het geval naar aanleiding van de voorgestelde maar teloorgegane introductie van de nieuwe Belgische fiduciaire *trust*-equivalent. Behoeft naast de magnifieke functionele aanpak die focust op de rechtsgevolgen, de jonge jurist minstens ook geen duidelijke theoretische keuzes onderricht te krijgen? En is het louter een of-of-verhaal? Onzes inziens lijkt dan ook dat de *CLT à la belge*, niet kan brengen wat zijn Anglo-Amerikaanse variant wel aanreikt, m.n. plurifunctionele flexibiliteit. Eén ding is zeker: het onderscheidend kenmerk is de *trust*, die ook hier weerom laat zien tot welke pragmatische veelzijdigheid hij in staat is. Van een functionele benadering gesproken ...

c. *Quistclose trust*

33. ALGEMEEN – Een tweede praktijkgeval waaruit zowel de veelzijdigheid van het *trust*-concept, als de moeilijkheid van conceptuele onzekerheid blijkt, is de zgn. *Quistclose trust*. De *Quistclose trust* is als een juridisch moeras. Omschreven als zijnde “*the single most important application of equitable principles in commercial life*” en tegelijk als “*an aberrant creation of common law*”,¹⁴⁴ staat zijn praktische relevantie buiten kijf, doch eveneens zijn conceptueel onbevredigende *sui generis*-positie voortdurend onder druk; en is die laatste nl. voortdurend aan theoretische herschikking onderhevig. Hieronder wordt kort en bondig ingegaan op het wankele *Quistclose* beestje.

34. *THE QUISTCLOSE TRUST, A LEGAL QUAGMIRE*¹⁴⁵ – De *Quistclose trust*, die zoals hoger aangehaald conceptueel multidisciplinair lijkt, is een *trust* die als *quasi security* kan worden gebruikt bij bepaalde financieringstransacties (*i.e.* een zekerheidsfunctie).¹⁴⁶ Bij deze *trust* wordt door de ene partij krediet verschaft aan een andere partij, en dit voor een welbepaald doel. Indien het krediet daadwerkelijk voor het vooropgestelde doel wordt gebezigd, zal de

¹⁴⁴ Lord MILLETT, “Foreword”, in W. SWADLING (ed.), *The Quistclose Trust. Critical Essays*, Londen, Hart, 2004, 189 p. Zie daarover eveneens: G. WATT, *Trusts and Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 164 (“*Doctrinal clarity yields new doctrinal questions. It may be that the real reason why we have the Quistclose trust is [...] because of its practical utility and it may be that the original case was a response not to doctrinal principle, but to policy.*”).

¹⁴⁵ N.K.J. EN, “Once More Unto the Breach: The Quistclose Trust Revisited”, *Oxford U.Undergr.L.J.* 2017, (56) 56.

¹⁴⁶ H. BEALE, M. BRIDGE, L. GULLIFER en E. LOMNICKA, *The Law of Personal Property Security*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 303, nr. 6.118 e.v.; M. BRIDGE, “The Quistclose Trust in a World of Secured Transactions”, *Oxford Journal of Legal Studies* 1992, 333-361; J.A. GLISTER, “The Nature of Quistclose Trusts: Classification and Reconciliation”, *Cambridge Law Journal* 2004, 632- 655; N.S.G.J. VERMUNT, “De trust in het zekerhedenrecht: Engelse perspectieven” in N.E.D. FABER, C.J.H. JANSEN en N.S.G.J. VERMUNT (eds.), *Fiduciaire verhoudingen: libellus amicorum prof. mr. S.C.J.F. Kortmann*, Deventer, Kluwer, 2007, (247) 253; G. WATT, *Trusts and Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 40-42.

kredietverschaffer slechts als chirografaire schuldeiser aanspraak kunnen maken op terugbetaling van de gelden. Indien de nader bepaalde bestemming niet wordt geëerbiedigd, dan wel wanneer dat niet langer mogelijk blijkt te zijn, zal de kredietverschaffer op grond van de *trust*idee als *beneficiary* aanspraak kunnen maken op de teruggave van het verstrekte krediet.¹⁴⁷ De *Quistclose* doctrine die het levenslicht zag met de zaak *Barclays Bank Ltd v. Quistclose Investments Ltd* vereist algemeen genomen (i) een overdracht van goederen van A naar B, (ii) gebaseerd op het akkoord dat de goederen uitsluitend gebruikt zullen worden voor een welomschreven bestemming en (iii) het uiteindelijke falen van die bestemming.¹⁴⁸ Daarnaast wordt echter doorgaans aangenomen dat er nog minstens twee andere elementen aanwezig moeten zijn. Vooreerst wordt beweerd dat het voorwerp van de overeenkomst in kwestie geld moet zijn en geen andere activa zoals bijv. grond. Daarnaast moet de regeling tussen partijen van commerciële aard zijn.¹⁴⁹

¹⁴⁷ H. BEALE, M. BRIDGE, L. GULLIFER en E. LOMNICKA, *The Law of Personal Property Security*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 312, nr. 6.137; P.S. DAVIES, G. VIRGO en E.H. BURN (ed.), *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 410-411; Y.K. LIEW, “The Quistclose Doctrine” in Y.K. LIEW (ed.), *Rationalising Constructive Trusts*, Londen, Bloomsbury, 2017, (285) 285-287; C. MITCHELL, *Hayton & Mitchell: Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, Londen, Sweet & Maxwell, 2010, 193, nr. 5-35 e.v.; J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 194-195, nrs. 7.21-7.25; N.S.G.J. VERMUNT, “De trust in het zekerhedenrecht: Engelse perspectieven” in N.E.D. FABER, C.J.H. JANSSEN en N.S.G.J. VERMUNT (eds.), *Fiduciaire verhoudingen: libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann*, Deventer, Kluwer, 2007, (247) 254.

¹⁴⁸ Algemeen genomen betreft het een regeling die een schuldeiser in staat stelt om een goed (bijv. gelden) dat door hem of haar aan specifieke voorwaarden – wat de aanwending ervan betreft – voorgeschoten werd, te recupereren. In de zaak *Barclays Bank Ltd v. Quistclose Investments Ltd* waren de feiten als volgt: *Quistclose Investments Ltd* (Q), een financier-ingsmaatschappij, leende gelden uit aan *Rolls Razor Ltd* (RR) opdat RR dividenden aan haar aandeelhouders zou kunnen uitkeren. De lening ging vergezeld van een brief waarin werd aangegeven dat de gelden uitsluitend voor de desbetreffende bestemming mochten worden gebruikt (*i.e.* dividenduitkering). De gelden werden op een aparte rekening bij *Barclays Bank* geplaatst, een schuldeiser van RR. Q had weet van het feit dat RR op de rand van faillissement verkeerde op het moment dat de gelden werden uitgeleend; en vóórdat de gelden voor het aangegeven doel konden worden aangewend, werd Q dan ook insolvent. De *House of Lords* oordeelde dat *Barclays Bank* de gelden in *trust* hield voor Q en bijgevolg dat Q recht had op teruggave van de gelden (en *Barclays Bank* niet aan schuldvergelijking kon doen). Zie: *Barclays Bank Ltd v. Quistclose Investment Ltd*. [1970] AC 567. Zie ook: P.S. DAVIES, G. VIRGO en E.H. BURN (ed.), *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 415-417; Y.K. LIEW, “The Quistclose Doctrine” in Y.K. LIEW (ed.), *Rationalising Constructive Trusts*, Londen, Bloomsbury, 2017, (285) 287-289; S. WILSON, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 458-460.

¹⁴⁹ R. CHAMBERS, “Restrictions on the Use of Money”, in W. SWADLING (ed.), *The Quistclose Trust. Critical Essays*, Londen, Hart, 2004, (77) 77-78, i.h.b. 77; P.S. DAVIES, G. VIRGO en E.H. BURN (ed.), *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 410 e.v.; Lord MILLETT, “Foreword”, in W. SWADLING (ed.), *The Quistclose Trust. Critical Essays*, Londen, Hart, 2004, 189 p.; J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 194-197, nrs. 7.21-7.31, i.h.b. 194, nr. 7.22; J. PENNER, “Lord Millett’s Analysis”, in W. SWADLING (ed.), *The Quistclose Trust. Critical Essays*, Londen, Hart,

Voornoemde bijkomende factoren die aanvankelijk als wezenlijk voor het gelden van de *Quistclose* doctrine werden ervaren, zijn steeds meer aan kritiek onderhevig. Een vraag heet van de naald is hoe ver het toepassingsgebied van de *Quistclose trust* reikt en waarheen het leerstuk dan wel kan worden getransponeerd;¹⁵⁰ een en ander is ingegeven vanuit een *public policy* oogpunt (gelden die ontleend worden aan ondernemingen in moeilijkheden).¹⁵¹ De idee dat een in een overeenkomst weergegeven bestemming of doel kan verzakelijken wanneer aan bepaalde voorwaarden voldaan is (bijv. een zekere mate van publiciteit, een bestemming die omstandig en specifiek blijkt en een bepaalde mate van aanwendingsgebondenheid) én een en ander te rechtvaardigen is vanuit een welbepaald maatschappelijk belang (*public policy*), is een niet zo merkwaardige gedachte.¹⁵² Vanuit het Belgische recht – en functioneel gezien – kan, onder de noemer van de steeds meer vervagende grens tussen het goederen- en verbintenissenrecht, gedacht worden aan de verruiming van de externe exclusiviteitsdimensie van principieel voornamelijk zakelijke, naar

2004, (41) 41; S. WILSON, *Todd & Wilson's Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 455, *in fine* e.v. en 460 e.v.

¹⁵⁰ Daarnaast is – zoals reeds aangehaald – ook wat de conceptuele invulling betreft geenszins zekerheid te vinden. Zowel rechtsleer als rechtspraak komen namelijk niet eenduidig uit het vraagstuk of het gaat om een *express trust*, een *resulting trust* of een *constructive trust*, of zelfs om een combinatie van bepaalde vormen. R. CHAMBERS, “Restrictions on the Use of Money”, in W. SWADLING (ed.), *The Quistclose Trust. Critical Essays*, Londen, Hart, 2004, (77) 118-120 (“*The Quistclose trust is not a particular relationship, but a range of possible relationships.*”); Lord MILLETT, “Foreword”, in W. SWADLING (ed.), *The Quistclose Trust. Critical Essays*, Londen, Hart, 2004, 189 p. (“*[...] I would say that it may be any of them [...]*”); Zie bijv. in verband met de kritiek en de gedachte van verruiming van het toepassingsgebied: Y.K. LIEW, “The Quistclose Doctrine” in Y.K. LIEW (ed.), *Rationalising Constructive Trusts*, Londen, Bloomsbury, 2017, (285) 285-300; Lord MILLETT, “Foreword”, in W. SWADLING (ed.), *The Quistclose Trust. Critical Essays*, Londen, Hart, 2004, 189 p. Zie ook: P.S. DAVIES, G. VIRGO en E.H. BURN (ed.), *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 415 en 424; G. WATT, *Trusts and Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 48-50.

¹⁵¹ “*The fact is that Quistclose trusts frequently provide an injection of capital designed to rescue a company in financial difficulties. A rescued company is a rescued trader and a rescued employer; a failed company very often results in unemployment with all the social ills that entails.*” Zie: G. WATT, *Trusts and Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 164-165. Zie ook: P.S. DAVIES, G. VIRGO en E.H. BURN (ed.), *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 415 e.v.; J. ULPH, “Equitable proprietary rights in insolvency: the ebbing tide?”, *Journal of Business Law* 1996, (482) 494 *in fine* e.v. (“*The vital restraint upon the expansion of such trusts is that there must be evidence that the parties intended that the recipient company should keep the money separate from its general funds and apply it for the specified purpose alone.*”); S. WILSON, *Todd & Wilson's Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 462 (“*The knock-on effects of this difference between survival and failure can be considerable for a business's employees and the local economy into which it is integrated.*”).

¹⁵² Een en ander doet denken aan de voorwaarden die VAN GERVEN voor vermogensplitsing voorschrijft. Zie: W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 245-248, nr. 89. Zie ook: G. WATT, *Trusts and Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 166; S. WILSON, *Todd & Wilson's Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 455-457.

eigenaardig genoeg ook – en daarenboven steeds vaker – persoonlijke rechten, zoals bijv. de huur breekt koop-regel, het zgn. *Anwartschaftsrecht* bij eigendomsvoorbehoud en het revindicatierecht van de *leasingnemer* in geval van samenloop, als ware hij een economische eigenaar.¹⁵³

35. A FOURTH PLAYER – Hoewel het dus met de theoretische-conceptuele invulling, of het gebrek eraan, van de *Quistclose trust* slecht gesteld is, is de figuur niet meer weg te denken uit het Engelse commerciële leven. In functie van praktijkbehoeften worden de *traditional principles of trust law* verlaten, of minstens in vraag gesteld.¹⁵⁴ Hoewel bescheiden moet worden toegegeven dat een en ander nieuw en dus een onvoltooid verhaal is (*to be continued*), is een ander punt iets meer zeker: de geboorte van een leerstuk waarbij *contract* en *trust (property)* steeds meer alliëren en het daaropvolgend verder leven, verruimen en herijken ervan, is enkel en alleen maar mogelijk door de aanwezigheid een vierde speler op het *trust*-toneel. Het is met name de onmisbare rechterlijke macht die maakt dat in essentie bij *trust*-verhoudingen feitelijk van een vierpartijenverhouding kan worden gesproken (*settlor, trustee, beneficiary* en de neutrale *judge*-figuur die *equity* of billijkheid brengt). Kortom, vanuit *core- en checks and balances*-denken: van *trias politica* naar *tetras politica*.¹⁵⁵

¹⁵³ Bij bijv. de zgn. huur breekt koop-regel maakt die verregaande mate van tegenwerpelijheid (volgrecht en recht van voorrang) dat gezien vanuit de passiefzijde, de nieuwe eigenaar van het verhuurde goed respectievelijk de boedel alle verbintenissen moet(en) nakomen die zijn rechtsvoorganger is aangegaan (*qualitate qua*, i.e. kwalitatieve verbintenissen. Zie: Cass. 7 juni 2013, *RW* 2013-14, 579, noot GRUYAERT, *TBO* 2015, 80, noot APPERMONT; N. APPERMONT, “Hof van Cassatie ent vordering tot revindicatie op de economische realiteit?”, *TBO* 2015, (81) 81-82; E. DIRIX, “Eigendomsvoorbehoud”, *RW* 1997-98, 483, nr. 5; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 783, nr. 555; D. GRUYAERT, “Het Hof van Cassatie geeft zeer (te?) ruime interpretatie aan de bevoegdheid tot revindicatie”, *RW* 2013-14, (579) 579-583; V. SAGAERT, “Wilsautonomie in het Belgische goederenrecht”, *TPR* 2019, nrs. 46-47, 50-51 en 71-72 (te verschijnen); V. SAGAERT en R. JANSEN, “Goederenrecht: de gestage groei naar een conventioneel vermogensrecht”, *RW* 2011-12, 68-73; V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten”, *TPR* 2005, (983) 1004, nr. 20, 1004-1016, nrs. 21-32, i.h.b. 1009-1011, nr. 27 en 1016-1022, nrs. 33-38, i.h.b. 1018-1019, nr. 35; M.E. STORME, “Van Trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, (703) 723-724, nr. 24.

¹⁵⁴ J. PENNER, “Lord Millett’s Analysis”, in W. SWADLING (ed.), *The Quistclose Trust. Critical Essays*, Londen, Hart, 2004, (41) 41; S. WILSON, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 460-461.

¹⁵⁵ J.H. HERBOTS, “Hoofdkenmerken van de Anglo-Amerikaanse trust” in J. HERBOTS en D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst: praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, (1) 18-19, nr. 28; B. HERBOTS, “Can the Most Characteristic Product of the English Legal Genius Survive in a Civil Law Environment?” in *Jura Falc.* 1991-92, (61) 77 e.v., i.h.b. 82. Zie daarvoor o.a.: L. HENDERSON, “The Role of the Courts Today in the Administration of Trusts” in R.C. NOLAN, K.F.K. LOW en T. HANG WU (eds.), *Trusts and Modern Wealth Management*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, (19) 19-33; T. HONORÉ, *On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions* in *Legal Research Paper Series*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 3-4 (“Structurally, a trust requires (i) assets which form a estate or patrimony separate from that of

1.2. BEZWAREN VANUIT DE *CIVIL LAW*-RECHTSTRADITIE

1.2.1. Inleiding

36. INLEIDEND – Over de *trust* is in de Belgische rechtsleer al menig woord gevallen.¹⁵⁶ Echter, een algemene *trust*achtige figuur die een flexibele *management* of beheersconstructie mogelijk maakt, ontbreekt vooralsnog naar Belgisch recht. Het mogelijk vormgeven of erkennen van een dergelijke algemene Angelsaksische *trust*constructie botst namelijk op een aantal regels van Belgisch privaatrecht, die de grenzen bepalen waarbinnen dit mogelijk is.¹⁵⁷ In wat volgt worden dan ook de principiële goederenrechtelijke bezwaren ontleed die gelden ten aanzien van een *trust* naar Angelsaksisch model.

the settlor or trustee, (ii) a trustee to administer the assets (iii) a defined purpose other than the benefit of the trustee, and (iv) a court or administrative authority with a supervisory jurisdiction that can be called on to intervene, at least if the beneficiaries wish it, to ensure that the trust purpose is put into effect. These structural features are matched by civil law institutions such as guardianship, curatorship and the administratorship of deceased estates. They are not matched by the German Treuhänder or the French fiducie as they stand at the moment. These institutions lack the supervisory jurisdiction of the court or a public authority that can be called upon to ensure that the purpose for which the assets have been set aside is carried out. They amount rather to special types of contract that give rise to contractual remedies.”)

¹⁵⁶ S. DE RAEDT en M. TRAEST, *Trust en privaat vermogensbeheer*, Antwerpen, Maklu, 2000, 134 p.; J.H. HERBOTS, “Pleidooi voor de invoering in België van het fiducie-contract naar het trustnabootende Franse model”, *RW*1993-94, (313) 313-319, nrs. 1-22; J.L. JEGHERS, “La difficile intégration du trust anglo-saxon en droit civil belge”, *RNB* 1991, (311) 311- 337; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 227, nr. 261 e.v.; I. SAMOY, *Middellijke Vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 501, nr. 773; M.E. STORME, “Van Trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, (703) 703-819; M.E. STORME, “Vertrouwen is goed, dual ownership is beter: elf essentialia bij de invoering van een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgisch recht”, *RW* 1996-97, (137) 137-154; H. SWENNEN, “Trustachtige rechtsfiguren in België?”, *TPR* 1992, (1097) 1097-1123, nrs. 1-23; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid. Rechtsvergelijkende bijdrage tot een algemene theorie van bewind over anderzamen vermogen*, Brussel, Bruylant, 1962, 509 p., i.h.b. 29-30, nr. 11 e.v. en 434-435, nr. 2 e.v.; A.-L. VERBEKE, “Trusts in België: liaisons dangereuses”, *TPR* 2012, (693) 693-704, nrs. 1-15.

¹⁵⁷ N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 47-48, nr. 46 en 662-744, nrs. 806-896; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 229, nr. 195 en 667-669, nr. 482; J. HANSENNE, *Les biens: précis*, I, Luik, Université de Liège. Faculté de droit, 1996, 584-586, nr. 632; J.H. HERBOTS, “Pleidooi voor de invoering in België van het fiducie- contract naar het trustnabootende Franse model”, *RW* 1993-94, (313) 315, nr. 8; B. HERBOTS, “Can the Most Characteristic Product of the English Legal Genius Survive in a Civil Law Environment?” in *Jura Falc.* 1991-92, (61) 61- 82; J.L. JEGHERS, “La difficile intégration du trust anglo-saxon en droit civil belge”, *RNB* 1991, (311) 328-329; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 172-174, nr. 197; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 236-237, nr. 270; I. SAMOY, *Middellijke Vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 501, nr. 773 e.v.; M.E. STORME, “Van Trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, (703) 708-749, nrs. 3-68.

Achtereenvolgens worden besproken: het absolute eigendomsrecht en zijn exclusieve karakter, de impact van het *numerus clausus* beginsel en het principe van eenheid en ondeelbaarheid van het vermogen.

1.2.2. Absoluut en exclusief eigendomsrecht

37. EIGENDOM ALS UITING VAN CONTINENTAAL RECHTSDENKEN: *AN ABSOLUTE POWER* – Aan voormelde uiteenzetting van het *trust*-concept moet rechtstreeks gelinkt, het eigendomsrecht zelve. Want de mate waarin een dergelijke rechtsfiguur als de *trust* zich flexibel kan ontplooiën hangt immers erg af van de eigendomsopvatting binnen een bepaald rechtstelsel. Vanuit de *civil law* rechtstraditie moet daarom worden gewezen op de traditionele opvatting van het eigendomsrecht als absoluut (alomvattend), eeuwigdurend en exclusief; en mede daardoor als steunpunt en hoeksteen van privaatrecht.¹⁵⁸ Het

¹⁵⁸ G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit civil belge*, I/2, Brussel, Bruylant, 1905, 57, nr. 3; N. BERNARD, *Précis de droit des biens*, Limal, Anthemis, 2017, 119-123, nrs. 252-263; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les principaux contrats usuels. Les biens*, Brussel, Bruylant, 1975, 795-798, nr. 893; I. DURANT, *Droit des biens*, Brussel, Larcier, 2017, 145, nr. 168 e.v.; P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, I, *Biens et propriété* in *Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2012, 98-101, nr. 6; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 163-174, nrs. 190-198; V. SAGAERT, "Nieuwe perspectieven op het eigendomsrecht na twee eeuwen burgerlijk wetboek" in P. LECOCQ, B. TILLEMANN en A. VERBEKE (eds.), *Zakenrecht/Droit des biens*, Brugge, Die Keure, 2005, (43) 45, nr. 1; V. THIRY, *Cours de droit civil professé à l'Université de Liège*, I, Luik, Vaillant-Carmanne, 1892, 691, nr. 684; F. VAN NESTE, *Zakenrecht*, I, *Goederen, bezit en eigendom* in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 271-274, nrs. 145-147; [Frankrijk] A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français* in *Bibliothèque de philosophie du droit*, Parijs, LGDJ, 1969, 189; C. ATIAS, *Droit Civil. Les biens* in *Manuel*, Parijs, LexisNexis, 2014, 91, nr. 119 e.v.; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN (ed.), *Les biens* in *Traité de droit civil*, Parijs, LGDJ, 2010, 106, nr. 92 e.v.; C. BEUDANT en R. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, IV, *Les biens*, Parijs, Rousseau, 1938, 282; W. DROSS, *Droit des biens* in *Précis Domat. Droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, 44-45, nr. 37 e.v., i.h.b. 48, nr. 41; P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, VIII, Parijs, s.n., 1927, 54, 113-115 en 155; J.-P. LÉVY, *Histoire de la propriété* in *Que sais-je?*, Parijs, PUF, 1972, 83; J.-G. LOCÉRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle ou Commentaire et complément des codes français*, IV, *Code Civil: livre deuxième*, Brussel, Tarlier, 1836, 75; G. MARTY en P. RAYNAUD, *Les biens* in *Droit civil*, Parijs, Sirey, 1980; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD en F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, II/2, *Biens: droit de propriété et ses démembrements*, Parijs, Montchrestien, 1994, 29 e.v. en 32, nr. 1305 e.v.; R.-M. NADÈGE, *Droit des biens* in *HyperCours Dalloz*, Parijs, Dalloz, 2018, 223, nr. 218 en 247-261, nrs. 261-278; M. PLANIOL, G. RIPERT en M. PICARD, *Traité pratique de droit civil français*, III, *Les biens*, Parijs, LGDJ, 1952, 220-223, nrs. 211-213; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé* in *Thémis. Droit*, Parijs, PUF, 2013, 562 p.; F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil. Les biens* in *Précis Dalloz. Droit Privé*, Parijs, Dalloz, 2010, 142, nr. 140 e.v. Voor een uiting van dit absoluut karakter: "Urban people in rich countries exercise their 'right' to take long showers, even when there are severe droughts in places such as California. They also like to keep the air-conditioning on all the time during the summer, the lights on in the skyscrapers at night, and even keep the engine on in their gas-gulping SUVs when they stop to chat with a friend or wait for their kids in front of schools. If someone objects to this practice the simple answer is, 'This is my gas!' or 'I pay for my water and energy.', so 'Mind you own business!' [...] All such behaviors are examples of a proprietary individualism that, instead of having freed us

eigendomsrecht kan in dat opzicht worden beschouwd als het hoogste en meest omvattende recht dat een persoon op een goed hebben kan. Zo blijkt ook uit het Burgerlijk Wetboek – of nog, *Code de la propriété*¹⁵⁹ – waarin het verheven eigendomsbegrip een erg centrale plaats toekomt; welke het belang van eigendom voor de juridische en maatschappelijke ordening van onze kapitaalsamenleving zou symboliseren.¹⁶⁰ Als kers op de taart lijkt een verankering van het begrip als grondrecht zowel nationaal als inter- en supranationaal, overigens ook een onmiskenbaar geworden feit.¹⁶¹

from medieval superstition, has produced an irrational idolatry for selfish entitlement.” Zie daarvoor: F. CAPRA en U. MATTEI, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland, Berret-Koehler Publishers, 2015, 136 e.v.

¹⁵⁹ D. WINDERICKX, “Aftakeling van het eigendomsrecht?”, *RW* 1952-53, (769) 769.

¹⁶⁰ Over de wijze waarop ons Burgerlijk Wetboek is opgebouwd, zie: H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les principaux contrats usuels. Les biens*, Brussel, Bruylant, 1975, 798, nr. 894; V. SAGAERT, “Nieuwe perspectieven op het eigendomsrecht na twee eeuwen burgerlijk wetboek” in P. LECOCQ, B. TILLEMANN en A. VERBEKE (eds.), *Zakenrecht/Droit des biens*, Brugge, Die Keure, 2005, (43) 45, nrs. 1-2; D. WINDERICKX, “Aftakeling van het eigendomsrecht?” *RW* 1952-53, (769) 769. Zie verder: N. BERNARD, *Précis de droit des biens*, Limal, Anthemis, 2017, 119-120, nr. 253; W. DELVA, *Overzicht van het Belgisch burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht*, I, Gent, Story-Scientia, 1971, 99; I. DURANT, *Droit des biens*, Brussel, Larcier, 2017, 145, nr. 168 e.v.; J. HANSENNE, *Les biens: précis*, I, Luik, Université de Liège. Faculté de droit, 1996, 561-563, nr. 624; A. KLUYSKENS, *Zakenrecht in Beginselen van burgerlijk recht*, Antwerpen, Standaard, 1946, 90, nr. 74; A. LE PAIGE, “Avenir de la propriété”, *JT* 1946, (545) 545, nrs. 1-7; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 161-163, nrs. 187-188 en 167-168, nr. 192; F. VAN NESTE, *Zakenrecht*, I, *Goederen, bezit en eigendom in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 269, nr. 143; H. VANDENBERGHE, *Goederenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 23-24, nrs. 104-109; [Frankrijk] C. AUBRY en C. RAU, *Cours de droit civil français: D’après l’ouvrage allemand de C.S. Zachariae*, VI/2, 151-155, nr. 190; P. JOURDAIN, M. GABRIEL (ed.) en P. RAYNAUD (ed.), *Les biens in Droit civil*, Parijs, Dalloz, 1995, 43-46, nrs. 38-39.1; C. LARROUMET, *Droit civil*, II, *Les biens. Droit réels principaux*, Parijs, Economica, 2006, 115, nr. 215 e.v.; P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Droit des biens in Collection Droit Civil*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, 125-126, nr. 400, 137, nr. 430, 139, nrs. 431-432 en 152, nr. 455 e.v.; G. RIPERT en J. BOULANGER, *Traité de droit civil d’après le traité de Planiol*, II, *Obligations: contrat – responsabilité. Droits réels: biens – propriété*, Parijs, LGDJ, 1957, 786-791, nrs. 2244-2256; F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil. Les biens in Précis Dalloz. Droit Privé*, Parijs, Dalloz, 2010, 91, nr. 75, 126-127, nr. 120 en 142, nr. 140 e.v. Dit ‘volstrekke’ karakter wordt aangeduid met de op het Romeinse recht geïnspireerde bevoegdheden waarover de eigenaar zou beschikken, met name het *ius utendi*, het *ius fruendi* en het *ius abutendi*. Zie daarvoor: N. BERNARD, *Précis de droit des biens*, Limal, Anthemis, 2017, 119-120, nr. 253; E. BRUNET, J. SERVAIS en C. RESTEAU, *RPDB*, X, *Propriété*, Brussel, Bruylant, 1951, 492, nrs. 5-8; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les principaux contrats usuels. Les biens*, Brussel, Bruylant, 1975, 800, nr. 897 e.v.; I. DURANT, *Droit des biens*, Brussel, Larcier, 2017, 154, nr. 175 e.v.; J. HANSENNE, *Les biens: précis*, I, Luik, Université de Liège. Faculté de droit, 1996, 581-582, nr. 630; P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, I, *Biens et propriété in Collection de la Faculté de droit de l’Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2012, 94-98, nr. 5; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 187-199, nrs. 213-224; [Frankrijk] R. DAVID, *Le droit anglais in Que sais-je?*, Parijs, PUF, 1975, 104-105; F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil. Les biens in Précis Dalloz. Droit Privé*, Parijs, Dalloz, 2010, 126-127, nr. 120 e.v.

¹⁶¹ De vraag is echter of men zich met deze *upgrade* niet vergaloppeerd heeft en zodoende van het eigendomsrecht een absolutisme heeft gemaakt. Zie: F. VAN NESTE, “Eigendom, toch meer

Voormeld ‘volstreckte’ en absolutistische karakter vindt zijn oorsprong in het achttiende-eeuwse Franse revolutionaire denken (en de afkeer van de feodaliteit), en zou zich pas veel later – met de opkomst van het economisch liberalisme in de negentiende eeuw – ten volle ontwikkelen.¹⁶² Het feodale denken, dat vanuit de christelijke idee – waarbij de grond aan God toebehoorde, die via de Koning het gebruik en genot ervan aan het volk had gegund (° idee van rentmeesterschap) – een gelaagd eigendomsconcept toeliet (*dominium directe – dominium utile*), had daartegenover tot gevolg dat er “*even zovele eigendomsrechten bestonden als er diverse bestemmingen aan het goed konden worden gegeven*”. Die opdeling in lagen en melange tussen verbintenissen en gronden betekenden dan ook een uitstekend instrument om vorm te geven aan het hiërarchische feodale samenlevingsmodel, alsook uiteindelijk de hoofdreden om – zoals alleen echte revolutionairen dat doen – terstond en totaal te breken met het indertijd versnipperde eigendomsconcept. Het is die afkeer, die drukkende en absolute *ratio legis*, die eigendom in de

dan een zakelijk recht” in H. CASMAN, E. DIRIX en R. DE CORTE (eds.), *Het zakenrecht: absoluut niet een rustig bezit*, Antwerpen, Kluwer, 1992, (511) 511-538, i.h.b. 516, nr. 5; V. SAGAERT en R. JANSEN, “Goederenrecht: de gestage groei naar een conventioneel vermogensrecht”, *RW* 2011-12, (68) 70, nr. 8; V. SAGAERT, “Nieuwe perspectieven op het eigendomsrecht na twee eeuwen burgerlijk wetboek” in P. LECOCQ, B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Zakenrecht/Droit des biens*, Brugge, Die Keure, 2005, (43) 73-83, nrs. 40-57; H. VANDENBERGHE, *Property and Human Rights*, Brugge, die Keure, 2006, 305 p.; H. VANDENBERGHE, “Interpretatieproblemen bij de bescherming van het eigendomsrecht” in X (ed.), *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Gent, Story-Scientia, 1991, 373-384. Zie ook: [Frankrijk] M.-L. MATHIEU, *Droit civil. Les biens in Université*, Parijs, Dalloz, 2013, 75, nr. 200; R.-M. NADÈGE, *Droit des biens in HyperCours Dalloz*, Parijs, Dalloz, 2018, 231-238, nrs. 238-242.

¹⁶² Ten onrechte is vaak gesteld dat dit ‘volstreckte’ en absolutistische karakter van eigendom zich ontwikkelde als rechtstreeks gevolg van de revolutionaire afschaffing van de feodaliteit. Echter, de opstellers van de *Code Civil* beoogden enkel het eigendomsrecht als eenheidsbegrip tegenover de feodale eigendomspluraliteit te plaatsen (*i.e.* ° exclusieve eigendom). De ‘onbeperkte’ invulling van het eigendomsbegrip zou zich pas veel later – met de opkomst van het negentiende-eeuwse economisch liberalisme – ontwikkelen en kan dus slechts gezien worden als een indirect gevolg van het revolutionaire denken. Zie: C. BEUDANT en R. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, IV, *Les biens*, Parijs, Rousseau, 1938, 278; R. DERINE, *Grenzen van het eigendomsrecht in de negentiende eeuw: bijdrage tot de geschiedenis van het moderne privaatrecht in Vlaamse rechtskundige bibliotheek*, Antwerpen, De Sikkel, 1955, 4-29, 149 e.v.; J. GORDLEY, “Myths of the French Civil Code”, *Am.J.Comp.L.* 1994, (459) 459-505; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, I, Parijs, Recueil Sirey, 1932, 760-761, nrs. 1468-1473; G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *Eigendom: grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip*, Deventer, Kluwer, 1979, 29; G.E. VAN MAANEN, *Eigendomsschijnbewegingen. Juridische, historische en politiek-filosofische opmerkingen over eigendom in huidig en komend recht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1987, 16 en 23; W.J. ZWALVE, *Simplex et perpetuum. Beschouwingen over eigendom en tijd*, Boom, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 142. Voor een uitgebreid overzicht zie: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 147-176, nrs. 136-159.

civil law tot op heden met zich meedraagt en leidt tot een anti-pluralistisch of eengemaakt eigendomsbegrip met de nadruk op het vrije beschikkingsrecht.¹⁶³

38. HET COMMON LAW EIGENDOMSCONCEPT – Dat daarentegen het Engelse eigendomsconcept – dat overigens geen eenduidig of uniform bestaan kent¹⁶⁴ – veel minder absoluut is vanuit historisch perspectief, heeft alles te maken met de feodale rechtsopvatting over grondeigendom die – in theorie althans – op Engelse bodem echter wel halsstarrig standgehouden heeft.¹⁶⁵ Gezien het feit dat aan de *Crown* van oudsher als enige alle grondeigendom toekomt, is absolute private grondeigendom principieel onbestaande in het Engelse

¹⁶³ M. BLOCH, *La société féodale: l'évolution de l'humanité*, Parijs, Editions Albin Michel, 1968, 174; P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Parijs, LGDJ, 1995, 195, nr. 241; R. FEENSTRA, "Historische aspecten van de private eigendom als rechtsinstituut", *RMT* 1976, (248) 264-265; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 122-131, nrs. 116-123 en 147-176, nrs. 136-159; D. GRUYAERT, "De exclusiviteit van het eigendomsrecht", *RW* 2016-17, (323) 324, nrs. 4 en 5 ("De revolutionaire wetgever bood zo een juridische verwoording van de politieke situatie en wenste vooral de onafhankelijkheid van de individuele eigenaar te beklemtonen door de afkondiging van een absoluut en exclusief eigendomsrecht (art. 544 CC). Het absolute karakter stond garant voor de bescherming tegen de overheid, het exclusieve karakter diende als bescherming tegen de feodale heren."); J.-P. LEVY en A. CASTALDO, *Histoire du droit civil français* in Précis Dalloz. Droit privé, Parijs, Dalloz, 2010, 406, 425 en 430 e.v.; G. MARTY en P. RAYNAUD, *Droit civil*, II/2, *Les biens*, Parijs, Sirey, 1965, 39; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD en J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, II, *Obligations (théorie générale)* – Biens (droit de propriété et ses démembrements), Parijs, Montchrestien, 1956, 1027; A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens* in *Droit fondamental. Droit civil*, Parijs, PUF, 1989, 24-25, 44, 104, 106, 107 en 145, nr. 116; M. PLANIOL, G. RIPERT en E. PICARD, *Traité pratique de droit civil français*, III, Les biens, Parijs, LGDJ, 1952, 4 en 1027; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 171-172, nr. 195 (voor het citaat zie deze tekst); V. SAGAERT, "Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten", *TPR* 2005, (983) 1016-1017, nr. 33; A.J. VAN DER WALT en D.G. KLEYN, "Duplex dominium: The History and Significance of the Concept of Divided Ownership" in D.P. VISSER (ed.), *Essays on the history of law*, Kaapstad, Juta & Co, 1989, (213) 213, 235, 240 en 245; A. VAREILLES-SOMMERES, "La définition et la notion juridique de la propriété", *Rev.trim.dr.civ.* 1905, 407, nr. 52; M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme* in *Questions*, Parijs, PUF, 1983, 76; W.J. ZWALVE, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europees Privaatrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 96.

¹⁶⁴ F.H. LAWSON, *Introduction to the law of property*, Oxford, Clarendon, 1958, 6; B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Mortsel, Intersentia, 2008, 11-12; E. RAMAEKERS, *European Union Property Law: from fragments to a system*, Cambridge, Intersentia, 2013, 30; W. SWADLING, "Trusts and Ownership: A Common Law Perspective", *ERPL* 2016, (951) 952, nr. 3 en 958-959, nr. 10 e.v.

¹⁶⁵ E.H. BURN en J. CARTWRIGHT, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 1 11-12; K. GRAY en S.F. GRAY, *Elements of Land Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 56-57, nr. 1.3.2; J.H. MERRYMAN, "Ownership and Estate (Variations on a Theme by Lawson)", *Tul.L.Rev.* 1973-74, (916) 923, 927 en 929. Zie ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 99-100, nr. 113; F. MEZZANOTTE, "The Protection of Ownership of Goods in the DCFR: An 'Exclusion Strategy' at the Core of European Property Law?", *ERPL* 2013, (1009) 1016; S. VAN ERP, "Comparative property law" in M. REIMANN en R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, (1043) 1057.

recht.¹⁶⁶ In de praktijk en mettertijd vervaagde weliswaar het onderscheid tussen die Engelse prerevolutionaire opvatting en het *civil law* eigendomsconcept, zodat de toestand van een *tenant in fee simple* uiteindelijk erg dicht in de buurt komt van die van een echt absolute *owner*.¹⁶⁷

Verder is ook de invulling van het begrip *ownership* opmerkelijk. Het *common law* eigendomsbegrip wordt namelijk begrepen als een zgn. *bundle of rights*, waarbij wordt uitgegaan van een soort opeenhoping of groepering (een bundel) die varieert naargelang de concrete verdeling van de inhoud van de eigendomsaanspraken met betrekking tot eenzelfde goed (e.e.a. in functie van het soepel *ad hoc* moduleren of herverdelen van de eigendom naargelang de economisch meest optimale situatie). Wie ultieme eigenaar is, is moeilijk te

¹⁶⁶ Het hoogst haalbare waaromtrent eigenaarschap mogelijk is, is dan ook een zgn. *estate in the land*. Men is namelijk geen eigenaar van een perceel grond zelf, doch wel van de *estate* (zgn. *doctrine of estates*). Zie daarvoor: E.H. BURN en J. CARTWRIGHT, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 13; A. CLARKE en P. KOHLER, *Property law: Commentary and Materials in Law in context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 213; J. GORDLEY, *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 50; B. MCFARLANE, *The Structure of Property Law*, Oxford, Hart Publishing, 2008, 342; J.H. MERRYMAN, "Ownership and Estate (Variations on a Theme by Lawson)", *Tul.L.Rev.* 1973-74, (916) 918 en 929; F. POLLOCK en F. MAITLAND, *The history of English law before the time of Edward I*, II, Cambridge, Cambridge University Press, 1898, 11; W. SWADLING, "Property: General Principles" in A. BURROWS (ed.), *English private law in Oxford principles of English law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, (219) 234-235, nr. 4.37 e.v. Zie: R. DAVID, *Le droit anglais in Que sais-je?*, Parijs, PUF, 1975, 106. Wat betreft de Kroon aan wie als (moderne) feodale heer de grondeigendom toekomt, zie: P.V. BAKER, *Megarry's Manual of the law of real property*, London, Stevens & Sons, 1969, 9; E.H. BURN en J. CARTWRIGHT, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 12-13; F. COHEN, "Dialogue on Private Property", *Rutgers Law Review* 1954, (357) 371; K. GRAY en S.F. GRAY, *Elements of Land Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 56-57, nr. 1.3.2; D.J. HAYTON, *The Law of Trusts in Fundamental Principles of Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 10 e.v.; F. POLLOCK en F. MAITLAND, *The history of English law before the time of Edward I*, II, Cambridge, Cambridge University Press, 1898, 3. Zie voor de continentale invulling van deze idee: J.-L. BERGEL, "Aperçu comparatiste du droit de propriété" in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Parijs, Daloz, 2013, (103) 105; P. GOURDON, *L'exclusivité in Bibliothèque de droit privé*, 455, Parijs, LGDJ, 2006, 29, nr. 66.

¹⁶⁷ P.V. BAKER, *Megarry's Manual of the law of real property*, London, Stevens & Sons, 1969, 10; E.H. BURN en J. CARTWRIGHT, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 13 en 48; S. GARDNER en E. MACKENZIE, *An Introduction To Land Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 181; J. GORDLEY, *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 50; K. GRAY en S.F. GRAY, *Elements of Land Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 63, nr. 1.3.15; F.H. LAWSON, *Introduction to the law of property*, Oxford, Clarendon, 1958, 62 en 87; B. MCFARLANE, *The Structure of Property Law*, Oxford, Hart Publishing, 2008, 342; J.H. MERRYMAN, "Ownership and Estate (Variations on a Theme by Lawson)", *Tul.L.Rev.* 1973-74, (916) 929. Zie ook: W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, II, *Of the Rights of Things (1766)*, Chicago, University of Chicago Press, 1979, 2.

zeggen. De eigenaar is hooguit diegene die titularis is van de meest waardevolle of omvangrijke *bundle*, in vergelijking met alle andere gerechtigden.¹⁶⁸

Het zijn overigens beide bovenstaande opvattingen die conceptueel gezien een opgesplitst, gelaagd of duaal eigendomsbegrip – en dus een *trust* – bestaanbaar maken naar Engels recht.¹⁶⁹

39. CIVIL LAW EXCLUSIVITEIT – Uit hogervermeld ‘volstreckte’ en (al)omvattende continentale concept van eigendom vloeit verder ook de exclusiviteit of ondeelbaarheid van het eigendomsrecht voort.¹⁷⁰ Het is net dat exclusieve karakter dat traditioneel als de grootste belemmering wordt beschouwd voor het invoeren van een echte *common law trust*figuur. De

¹⁶⁸ B.A. ACKERMAN, *Private Property and the Constitution*, New Haven, Yale University Press, 1977, 26-27; A. CLARKE en P. KOHLER, *Property law: Commentary and Materials in Law in context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 193; H. DAGAN, “Pluralism and Perfectionism in Private Law”, *Columbia Law Review* 2012, (1409) 1413; A. DI ROBILANT, “Property: A Bundle of Sticks or a Tree?”, *Vanderbilt Law Review* 2013, (869) 871, 873 en 878-879; S. GARDNER en E. MACKENZIE, *An Introduction To Land Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 204; D. HAYTON en P. MATTHEWS, “England and Wales” in A. VERBEKE en V. SAGAERT (eds.), *International encyclopaedia of laws: Property and Trust Law*, Deventer, Kluwer, 2007, 17, nr. 16; W.N. HOHFELD, “Fundamental Legal Conceptions as Applies in Judicial Reasoning”, *Yale L.J.* 1917, vol. 26, 710-770; T. HONORÉ, “Ownership” in T. HONORÉ (ed.), *Making Law Bind: Essays Legal and Philosophical*, Oxford, Clarendon, 1987, (161) 161-192 (165 en 175); L. KATZ, “Exclusion and Exclusivity in Property Law”, *U. Toronto L.J.* 2008, (275) 275-276; T.W. MERRILL en H.E. SMITH, “What Happened to Property in Law and Economics?”, *Yale L.J.* 2001-02, (357) 357-358 en 360 e.v.; T. MERRILL, “Property and the Right to Exclude”, *Neb.L.Rev.* 1998, (730) 738; J.H. MERRYMAN, “Ownership and Estate (Variations on a Theme by Lawson)”, *Tul.L.Rev.* 1973-74, (916) 927. Zie evenwel over de moeilijkheid en het gebrek aan eenduidigheid m.b.t. dit eigendomsbegrip: W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, II, *Of the Rights of Things (1766)*, Chicago, University of Chicago Press, 1979, 2; A. CLARKE en P. KOHLER, *Property law: Commentary and Materials in Law in context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 183; A. DI ROBILANT, “Property: A Bundle of Sticks or a Tree?”, *Vanderbilt Law Review* 2013, (869) 877 en 889; S. GARDNER en E. MACKENZIE, *An Introduction To Land Law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 203 e.v.; L. KATZ, “Exclusion and Exclusivity in Property Law”, *U. Toronto L.J.* 2008, (275) 275; B. MCFARLANE, *The Structure of Property Law*, Oxford, Hart Publishing, 2008, 140; T.W. MERRILL en H.E. SMITH, “What Happened to Property in Law and Economics?”, *Yale L.J.* 2001-02, (357) 384; T. MERRILL, “Property and the Right to Exclude”, *Neb.L.Rev.* 1998, (730) 730; J. PENNER, *The Idea of Property in Law*, Oxford, Clarendon, 1997, 68 e.v.; H.E. SMITH, “The Thing about Exclusion”, *Brigham-Kanner Property Rights Conference Journal*, 12 juni 2014, Harvard Public Law Working Paper No. 14-26, <http://ssrn.com/abstract=2449321>, 2.

¹⁶⁹ P. MATTHEWS, “The compatibility of the trust with the civil law notion of property” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (313) 315-316; J.H. MERRYMAN, “Ownership and Estate (Variations on a Theme by Lawson)”, *Tul.L.Rev.* 1973-74, (916) 927-928. Zie *supra* nr. 13, voetnoot 67.

¹⁷⁰ H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les principaux contrats usuels, Les biens*, Brussel, Bruylant, 1975, 795, nr. 893; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, VI, Brussel, Bruylant, 1878, 136, nr. 102; P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, I, *Biens et propriété in Collection de la Faculté de droit de l’Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2012, 100, nr. 6; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 170-171, nr. 194.

trustee en *beneficiary* genieten immers beiden van verschillende soorten – doch simultane – eigendomsaanspraken (*dual ownership*) die – traditioneel gezien althans – leiden tot een inhoudelijke opsplitsing van het eigendomsrecht (zie *supra*). Het is meer bepaald de interne (en niet de externe) exclusiviteit uit de traditionele *civil law* rechtstraditie die tot gevolg heeft dat ons eigendomsrecht ondeelbaar of “*intern onsplitbaar*” is, en zich dus verzet tegen een meerlagige *dual ownership*-gedachte.¹⁷¹

40. RELATIVERING – Het absolute en exclusieve *civil law* eigendomsrecht, mag dan wel zeer allesomvattend klinken, “*pap word altyd warmer gekook as dit geëet word*”.¹⁷² We zien dan ook dat een eigenaar steeds meer beperkingen dient te ondergaan op zijn ‘volstreckte’ eigendomsrecht. Te denken valt aan socialisering, dematerialisering en instrumentalisering van eigendom.¹⁷³ Net

¹⁷¹ E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 10-11, nr. 9; E. DIRIX en V. SAGAERT, “Trusts in European civil law: on building bridges and Trojan horses” in H. MOSTERT en M.J. DE WAAL (eds.), *Essays in Honour of CG van der Merwe*, Durban, LexisNexis, 2011, (275) 276 en 278; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 40-42, nr. 29, 199-200, nr. 178 en 229-231, nrs. 195-197; J. HANSENNE, *Les biens: précis*, I, Luik, Université de Liège. Faculté de droit, 1996, 584-586, nr. 632; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 170-174, nrs. 194-198. Zie ook: D.W. AERTSEN, *De Trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 148 e.v.; B. AKKERMANS, “Concurrence of Ownership and Limited Property Rights”, *ERPL* 2010, (259) 265-266; M. GRIMALDI en F. BARRIÈRE, “Trust and Fiducie” in E.H. HONDIUS, M.W. HESSELINK en A.S. HARTKAMP (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (1085) 1094-1095; T. HONORÉ, *On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions in Legal Research Paper Series*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 10 e.v.; P. MATTHEWS, “The place of the trust in English law and in English life”, *Trusts & Trustees* 2013, (242) 246-247; J.H. MERRYMAN, “Ownership and Estate (Variations on a Theme by Lawson)”, *Tul.L.Rev.* 1973-74, (916) 940-942; R. ZHANG, “A comparative study of the introduction of trusts into civil law and its ownership of trust property”, *Trusts & Trustees* 2015, (902) 902-922.

¹⁷² F.A. STOETT, *Nederlandsche spreekwoorden, spreekwijzen, uitdrukkingen en gezegden: naar hun oorsprong en betekenis verklaard*, Zutphen, Thieme, 1923-1925, geraadpleegd via DBNL.

¹⁷³ Het is met name zo dat onder druk van een aantal maatschappelijke evoluties ook het eigendomsrecht, als hoeksteen van het privaatrecht, gedwongen wordt zich aan te passen aan bepaalde sociale en economische veranderingen. Zie: H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les principaux contrats usuels. Les biens*, Brussel, Bruylant, 1975, 793, nr. 891 e.v.; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VI, *Les biens. Les sûretés*, Brussel, Bruylant, 1953, 397, nr. 492; W. DELVA, “Naar een nieuw eigendomsrecht?”, *T.Not.* 1976, (161) 163-164; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 175, nr. 199; V. SAGAERT, “Nieuwe perspectieven op het eigendomsrecht na twee eeuwen Burgerlijk Wetboek” in P. LECOCQ, B. TILLEMEN en A.L. VERBEKE (eds.), *Zakenrecht. Droit des biens*, Brugge, Die Keure, 2005, (43) 45, nr. 2; [Frankrijk] S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, Parijs, LGDJ, 1960, 211; P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Droit des biens in Collection Droit Civil*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, 153-154, nrs. 459-460; Zie verder over dit veranderend eigendomsbegrip (socialisering, dematerialisering en instrumentalisering): E. BRUNET, J. SERVAIS en C. RESTEAU, *RPDB*, X, *Propriété*, Brussel, Bruylant, 1951, 493, nrs. 17-19; W. DELVA, “Naar een nieuw eigendomsrecht?”, *T.Not.* 1976, (161) 162-167; J. HANSENNE, *Les biens: précis*, I, Luik, Université de Liège. Faculté de droit, 1996, 581-582, nr. 630; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch*

zoals het absolute karakter, dient verder ook de rigide exclusiviteitsgedachte te worden gerelativeerd.¹⁷⁴ Dit laatste komt bijvoorbeeld tot uiting in de opmerkelijke rechtspraak van het Franse *Cour de cassation* omtrent het recht op afbeelding van een goed. Deze rechtspraak nam aanvang met de zaak *Café Gondrée* waarin het traditionele exclusiviteitsbegrip hoogtij vierde en draaide uiteindelijk uit op een ontkenning van een al te absolute invulling van zowel de interne als de externe dimensie van exclusiviteit in de zaak *hôtel de Girancourt* (verregaand gebruiksrecht verleend aan derden).¹⁷⁵ Enkel wanneer

privaatrecht, Mechelen, Kluwer, 2014, 175-178, nrs. 200-205, 179-180, nr. 207, 226-228, nrs. 259-261, 230-253, nrs. 265-294 en 531-550, nrs. 663-683; V. SAGAERT en R. JANSEN, “Goederenrecht: de gestage groei naar een conventioneel vermogensrecht” *RW* 2011-12, (68) 771, nrs. 7-10; F. VAN NESTE, *Zakenrecht, I, Goederen, bezit en eigendom in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 275, nr. 148 e.v. en 283, nr. 151 e.v.; F. VAN NESTE, “Eigendom morgen”, *TPR* 1983, (479) 480-483, nrs. 2-3; D. WINDERICKX, “Aftakeling van het eigendomsrecht?”, *RW* 1952-53, (769) 772-777.

¹⁷⁴ Zie de uitmuntende en zeer relativerende bijdrage van GRUYAERT in dit verband. Zie: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 890 p. Zij schrijft de exclusiviteit van het eigendomsrecht een suppletief karakter toe en verwijst daarvoor naar het onderscheid tussen “*things as thing*” en “*things as wealth*” dat RUDDEN maakte: “*Het is perfect mogelijk om de eigendomsbevoegdheden te verdelen over meerdere personen, die elk titularis worden van een (deel van het) eigendomsrecht. De som van bevoegdheden is met andere woorden ‘pas constitutifs, mais consécutifs’: geen voorwaarde, maar een gevolg van het eigendomsrecht. Zolang de residuaire vermogenswaarde van een goed toekomt aan één persoon, is deze de intern exclusieve eigenaar, ook al hebben andere personen een zekere zeggenschap over dat goed. Hier treedt opnieuw het onderscheid tussen ‘things as wealth’ en ‘things as thing’ op de voorgrond.*” Zie: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 777-778, nr. 552 en 787-788, nr. 558; B. RUDDEN, “Things as Thing and Things as Wealth”, *OxJLS* 1994, (81) 81-97. Zie ook A. BOISTEL, *Corus de philosophie du droit, I*, Parijs, Fontemoing, 1899, 355 en 362.

¹⁷⁵ Cass.fr. 7 mei 2004, *Bull. civ.* 2004, Ass. Plén., 21, nr. 10, *D.* 2004, 1545, noot J.-M. BRUGUIÈRE, *JCP* 2004, 1007, noot C. CARON en *RTD Civ.* 2004, 528-533, noot T. REVET (“*que le propriétaire d’une chose ne dispose pas d’un droit exclusif sur l’image de celle-ci; qu’il peut toutefois s’opposer à l’utilisation de cette image par un tiers lorsqu’elle lui cause un trouble anormal.*”); Cass.fr. 5 juni 2003, *Bull. civ.* 2003, n° 175, *Gaz.Pal.* 2004, somm., 1387, noot H. VRAY en *D.* 2003, 2461, noot E. DREYER; Cass.fr. 2 mei 2001, *D.* 2001, 1973, noot J.-P. GRIDEL en *RTD Civ.* 2001, 618, noot T. REVET; Cass.fr. 10 maart 1999, *Bull. civ.* 1999, 58, n° 87, *D.* 1999, 247, noot S. DURRANDE, *JCP G* 1999, n° 18, 857, noot P.-Y. GAUTIER, *D.* 1999, 319, concl. J. SAINTE-ROSE, noot E. AGOSTINI, *Defrénois* 1999, 897, noot C. CARON, *Gaz.Pal.* 2000, 2242, noot R. HAMOU en *RTD Civ.* 1999, 859, noot F. ZENATI; C. ATIAS, *Droit Civil. Les biens* in *Manuel*, Parijs, LexisNexis, 2014, 102-103, nr. 132; R. BOFFA, “La nature juridique du droit de jouissance exclusif sur les parties communes”, *Petites affiches* 2010, afl. 224, nr. 42; J.-M. BRUGUIÈRE, *L’exploitation de l’image des biens*, Parijs, Guide Legipresse, 2005, 70, 82 en 91; C. CARON, “Le droit à l’image des biens: le propriétaire peut s’opposer à l’utilisation de cette image par un tiers lorsqu’elle lui cause un trouble anormal” (not onder Cass.fr. 7 mei 2004), *JCP G* 2004, (1007) 1008, nr. 2; G. CORNU, *Droit civil: introduction, les personnes, les biens* in *Domat. Droit privé*, Parijs, Montchrestien, 2005, 448-449, nr. 1038; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité* in *Recherches Juridiques*, Parijs, Economica, 2007, 170-183, nrs. 157-166; W. DROSS, *Droit des biens* in *Précis Domat. Droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, 28, nr. 17 e.v., i.h.b. 31-32, nr. 21; B. EDELMAN, “L’image d’une œuvre de l’esprit tombée dans le domaine public” (noot onder Parijs 31 maart 2000), *D.* 2001, (770) 770-774, nrs. 1-19, i.h.b. 771, nr. 2; T. REVET, “Image des biens”, *RTD Civ.* 2004, geraadpleegd via Dalloz (531); F. SIIRAINEN, “Une autre image de ‘l’image des biens’ ...et de la propriété”, *Communication Commerce Électronique* 2004,

het gebruik van het recht op afbeelding door derden abnormale schade veroorzaakt, kan een eigenaar zich tegen het gebruik ervan verzetten. Door de evenwichtslaar en de aanspraken van derden – en niet het ontzeggen van een asociaal gebruik door de eigenaar (cf. het leerstuk van burenhinder) – als centraal uitgangspunt te nemen, evolueert men alsnair meer richting een inclusieve samenleving waarin de ‘absolute’ eigenaar steeds meer rekening dient te houden met de (grond)rechten van anderen (*i.e.* socialisering van eigendom) (vgl. de Zweedse *Allemansrätten*, alsook de christelijke collectiviteitsgedachte o.i.v. Thomas VAN AQUINO)^{176, 177}.

afl. 10, nrs. 1-20, geraadpleegd via JurisClasseur; B. VANBRABANT, “A propos de l’image des biens” in P. LECOCQ, B. TILLEMANN en A. VERBEKE (eds.), *Zakenrecht/Droit des biens*, Brugge, Die Keure, 2005, (87) 107-108, nr. 16 e.v., i.h.b. 112-115, nr. 18 e.v. en 127-128, nr. 29; S. VANXEM, *Les choses saisies par la propriété* in *Bibliothèque de l’Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne*, 35, Parijs, IRJS Edition, 2010, 568, nr. 280, 570, nr. 281 en 587, nr. 288; F. ZENATI-CASTAING en T. REVET, *Les biens* in *Droit fondamental. Droit classique*, Parijs, PUF, 2008, 332-334, nrs. 208-209. Zie ook: V. SAGAERT, “Verantwoordelijkheid en eigendom: het aansprakelijkheidsrecht op zijn kop?”, *Verantwoordelijkheid & Recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (72) 75, nr. 8 en 76, nrs. 9-10; V. SAGAERT, “De exclusiviteit van het eigendomsrecht aan de tand gevoeld”, NTBR 2008, geraadpleegd via Kluwer Navigator; A.J. VAN DER WALT, “The Modest Systemic Status of Property Rights”, *Journal of Law, Property and Society* 2014, 15-106; T. VAN GOCH, “Naar een gedifferentieerd eigendomsbegrip?”, *Recht & Kritiek* 1982, (82) 83.

¹⁷⁶ Wat betreft de zgn. *Allemansrätten* zie: F. CAPRA en U. MATTEI, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland, Berret-Koehler Publishers, 2015, 137; W. MCNEISH en S. OLIVIER, “Contracting the Right to Roam” in K. SPRACKLEN, B. LASHUA, E. SHARPE en S. SWAIN (eds.), *The Palgrave Handbook of Leisure Theory*, Londen, Palgrave Macmillan, 2017, (289) 289-307, i.h.b. 305 (“*This cultivation of a sense of shared ownership, and therefore shared responsibility, is surely the first step towards establishing an inclusive, fair and environmentally sustainable leisure citizenship.*”). Zie verder: R. CAMPION en J. STEPHENSON, “Recreation on private property: landowner attitudes towards allemansrätt”, *Journal of Policy Research in Tourism, Leisure and Events* 2014, (52) 52-65; R. CAMPION en J. STEPHENSON, “The ‘right to roam’: lessons for New Zealand from Sweden’s allemansrätt”, *Australasian Journal of Environmental Management* 2010, (18) 18-26. Voor het Verenigd Koninkrijk zie: J.L. ANDERSON, “Britain’s Right to Roam: Redefining the Landowner’s Bundle of Sticks”, *Geo. Int’l Envtl.L.Rev.* 2007, (375) 375-435; M. SHOARD, *A Right to Roam*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 438 p. Zie ook: H.G. ROBERTSON, “Public Access to Private Land for Walking: Environmental and Individual Responsibility as Rationale for Limiting the Right to Exclude”, *Geo. Int’l Envtl.L.Rev.* (211) 211-262; Y. SCANNELL, “A Right of Access to Nature”, *Envtl Pol’y & L.* 2010, (229) 229; F. VALGUARNERA, “Legal Ideology and the Commons: Why Are Jurists Falling Behind?”, *Philosophy and Society* 2018, (205) 213-214. Over het gedachtegoed van de christelijke traditie, waarin collectieve gebruiks- en genotsbevoegdheden een centrale plaats bekleedden, zie: J. VAN DER WALT, *Law and Sacrifice: Towards a Post-Apartheid Theory of Law*, Londen, Birbeck Law Press, 2005, 84-86; M. VILLEY, *Le droit et les droits de l’homme* in *Questions*, Parijs, PUF, 1983, 76.

¹⁷⁷ S. BOULY en D. GRUYAERT, “Actuele ontwikkelingen inzake burenhinder” in V. SAGAERT (ed.), *Themis. Vastgoedrecht*, Brugge, die Keure, 2014, (133) 156-157, nr. 25; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht* in *Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 335-336, nr. 263 en 338-342, nrs. 265-268; J. KOKELENBERG, T. VAN SINAY, V. SAGAERT en R. JANSSEN, “Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht (2000-2008)”, *TPR* 2009, (1123) 1172, nr. 35; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 186-187, nr. 212; V. SAGAERT, “Verantwoordelijkheid en eigendom: het aansprakelijkheidsrecht op zijn kop?”, *Verantwoordelijkheid & Recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (72) 75, nrs. 7-8 en 76, nr. 10. Zie ook: J.-M. BRUGUIÈRE, *L’exploitation de l’image des biens*, Parijs, Guide Legipresse, 2005,

Het lijkt dan ook dat beide dogma's, met name het absolute karakter van *civil law* eigendom én zijn exclusiviteit, aan (een relativerende) verandering onderhevig zijn. De vraag is echter of deze ontvucherende onderstroom voor de gewenste openheid kan zorgen om een antwoord te bieden op het ontbreken van een algemene *trust*figuur naar Belgisch recht, en eventueel tot het doorbreken van de mogelijke taboes daaromtrent kan leiden.

1.2.3. Numerus clausus van beperkte zakelijke rechten

41. ALGEMEEN – Wanneer men de *trust* daarentegen niet als een opsplitsing van het eigendomsrecht interpreteert, doch wel als een bezwaring die het eigendomsrecht van de *trustee* in zekere mate beperkt,¹⁷⁸ kan ook het *numerus clausus* beginsel als een obstakel worden gezien om een algemene *trust*achtige bewindsfiguur binnen te leiden in het Belgische recht.

42. EEN GESLOTEN STELSEL – Het continentaal privaatrecht kent nl. traditiegetrouw een scherpe en structurele tweedeling tussen het goederenrecht (zakelijke rechten) en het verbintenissenrecht (persoonlijke rechten), weerom – althans in beginsel – als reactie tegen het feodale stelsel dat gebouwd was op de vermenging tussen persoonlijke en zakelijke rechten.¹⁷⁹

93; J.-M. BRUGUIÈRE, “Image des biens: la troublante métamorphose” (noot onder Cass.fr. 7 mei 2004), *D.* 2004, (1545) 1549, nr. 10 en 1550, nr. 14; C. CARON, “Le droit à l’image des biens: le propriétaire peut s’opposer à l’utilisation de cette image par un tiers lorsqu’elle lui cause un trouble anormal” (noot onder Cass.fr. 7 mei 2004), *JCP G* 2004, (1007) 1010, nr. 6; E. DREYER, “L’image des biens ... et celle de la Cour de cassation” (noot onder Cass.fr. 5 juni 2003), *D.* 2003, (2461) 2464, nr. 10; F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil: Les biens in Précis Dalloz. Droit Privé*, Parijs, Dalloz, 2010, 128, nr. 121; F. SIIRIAINEN, “Une autre image de ‘l’image des biens’ ... et de la propriété”, *Communication Commerce électronique* 2004, n° 10, étude 35, nr. 16; S. VANUXEM, *Les choses saisies par la propriété in Bibliothèque de l’Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne*, 35, Parijs, IRJS Edition, 2010, 577, nr. 284.

¹⁷⁸ Zie *supra* voetnoot 99.

¹⁷⁹ E. GOESSENS, “De historische oorsprong van het numerus clausus beginsel in het goederenrecht”, *Jura Falc.* 2010-11, (153) 171; V. SAGAERT, “Wilsautonomie in het Belgische goederenrecht”, *TPR* 2019, nr. 34 (te verschijnen); V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 3, nr. 1 V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten”, *TPR* 2005, (983) 987-988, nrs. 2-3 en 1043-1045, nr. 61; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 96, nr. 34 e.v.; F. VAN NESTE, *Zakenrecht, I, Goederen, bezit en eigendom in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 46, nr. 25 e.v.; [Frankrijk] C. ATIAS, *Droit Civil. Les biens in Manuel*, Parijs, LexisNexis, 2014, 45-48, nrs. 60-63; C. LARROUMET, *Droit civil, II, Les biens. Droit réels principaux*, Parijs, Economica, 2006, 11, nr. 11 e.v.; P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Droit des biens in Collection Droit Civil, Issy-les-Moulineaux, LGDJ*, 2017, 108, nr. 351 e.v.; L. PFISTER, ‘Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels? Retour sur la controverse doctrinale du XIX^e siècle’, *Revue des contrats* 2013, 1278 e.v.; F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil. Les biens in Précis Dalloz. Droit Privé*, Parijs, Dalloz, 2006, 54, nr. 47 e.v. Zie ook: F. PARISI, “Entropy in Property”, *Am. J. Comp. L.* 2002, (595) 601-606; G. SAMUEL, “Property Notions in the Law of Obligations”, *CLJ* 1994, (524) 527.

Hoewel er nog steeds veel onzekerheid heerst over het onderscheidingscriterium,¹⁸⁰ beschrijft de klassieke leer het onderscheid tussen voornoemde categorieën van rechten als volgt: zakelijke rechten verlenen een rechtstreekse heerschappij over een goed, terwijl persoonlijke rechten een aanspraak verlenen ten aanzien van een persoon.¹⁸¹

Van belang voor de invoering van een *trust*figuur als zakelijk recht, is echter de basis voor de creatie van deze zakelijke rechten. De verhouding tussen een zakelijk recht en het eigendomsrecht wordt nl. het best verklaard vanuit de zgn. demembratieleer: de breukdelen van dat alomvattende eigendomsrecht kunnen immers worden afgezonderd (lees: afgescheiden of afgesplitst, doch niet opgesplitst)¹⁸² van het eigendomsrecht door het vestigen van allerlei (bepert) zakelijke rechten.¹⁸³ Die opvatting is dan ook volledig

¹⁸⁰ V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 4-5, nr. 3; V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten”, *TPR* 2005, (983) 990, nr. 6.

¹⁸¹ H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les principaux contrats usuels. Les biens*, Brussel, Bruylant, 1975, 727-728, nr. 820; G. GALOPIN, *Cours de droit civil. Les biens, la propriété et les servitudes*, Luik, Vaillant-Carmanne, 1943, 7-9, nrs. 3-4; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, VI, Brussel, Bruylant, 1878, 91, nr. 72 e.v., i.h.b. nr. 75; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 5, nr. 4; V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten”, *TPR* 2005, (983) 990-991, nr. 7; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 97-101, nr. 35; [Frankrijk] J. CARBONNIER, *Droit civil*, III, *Les biens in Thémis. Droit privé*, Parijs, PUF, 2000, 70-72, nr. 40; J. DABIN, *Le droit subjectif*, Parijs, Dalloz, 1952, 177; P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Droit des biens in Collection Droit Civil*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, 108, nr. 351.

¹⁸² D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 249-250, nr. 208 en 253-255, nr. 210; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 170-171, nr. 194; [Frankrijk] C. ATIAS, *Droit Civil. Les biens in Manuel*, Parijs, LexisNexis, 2014, 107-108, nr. 136; P. CROCQ, *Propriété et garantie in Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1995, 78-81, nrs. 97-98; W. DROSS, *Droit des biens in Précis Domat. Droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, 110, nr. 115 e.v.; F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil. Les biens in Précis Dalloz. Droit Privé*, Parijs, Dalloz, 2010, 144-145, nr. 143; F. ZENATI-CASTAING en T. REVET, *Les biens in Droit fondamental. Droit classique*, Parijs, PUF, 2008, 332-333, nr. 208.

¹⁸³ A. KLUYSKENS, *Zakenrecht in Beginselen van burgerlijk recht*, V, Antwerpen, Standaard, 1940, 85, nr. 74 en 162, nr. 143; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, VI, Brussel, Bruylant, 1878, 134-135, nr. 101; [Frankrijk] G. BAUDRY-LACANTINERIE en M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, VI, *Des biens*, Parijs, Larose & Forcel, 1905, 154-156, nrs. 204-205; C. BEUDANT en R. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, IV, *Les biens*, Parijs, Rousseau, 1938, 271, nr. 255 e.v.; P. CROCQ, *Propriété et garantie in Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1995, 78, nr. 97 e.v.; W. DROSS, *Droit des biens in Précis Domat. Droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, 109, nr. 114 e.v.; R. LIBCHABER, “La recodification du droit des biens” in *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Parijs, Dalloz, 2004, (297) 307-309, nr. 9. Zie daarentegen ook de kritiek op dit leerstuk: H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VI, *Les biens. Les sûretés*, Brussel, Bruylant, 1953, 163-165, nr. 205; R. JANSSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Mortsel, Intersentia, 2009, 59, nr. 59 e.v., geraadpleegd via Jurisquare; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 23, nrs. 22-23; [Frankrijk] L. RIGAUD, *Le Droit Réel: Histoire et Théories, Son Origine Institutionnelle*, Toulouse, Nauze, 1912, 104-107. Zie verder: B. AKKERMANS,

verenigbaar met een *trust* waarbij de *trustee* als exclusieve eigenaar fungeert. Echter, het gesloten karakter van het continentale goederenrecht, veroorzaakt door de *numerus clausus*, brengt met zich een serieuze haar in de boter wat betreft de zakelijke werking van een algemeen *trust*-concept naar Belgisch recht. Dat *numerus clausus* beginsel houdt immers in dat vermogensrechten slechts zakelijke werking kunnen ressorteren voor zover dat door de wet wordt erkend. Individuen kunnen dus niet naar eigen inzicht nieuwe (lees: niet bij wet erkende of *sui generis*) zakelijke rechten construeren (gesloten systeem).¹⁸⁴ Kortom, geen plaats voor de *trust* als beperkt zakelijk recht zonder duidelijke wettelijke grondslag.

43. NUMERUS APERTUS? – De vraag is echter of naar Belgisch recht (nog) wel van een strikte *numerus clausus* van zakelijke rechten kan worden gesproken. Eerst en vooral is voor dit beginsel geen onomstotelijke grondslag te vinden;

“Concurrence of Ownership and Limited Property Rights”, *ERPL* 2010, (259) 265-269; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les principaux contrats usuels. Les biens*, Brussel, Bruylant, 1975, 800-801, nr. 897-898; G. GALOPIN, *Cours de droit civil. Les biens, la propriété et les servitudes*, Luik, Vaillant-Carmanne, 1943, 94-95, nr. 93.

¹⁸⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge: principes, doctrine, jurisprudence*, I, *Introduction, théorie générale des droits et des lois, les personnes – la famille*, Brussel, Bruylant, 1962, 195, nr. 130; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 13-14, nr. 16; S. STIJNS en H. VUYE, “Zakenrecht: tweehonderd jaar oud of tweehonderd jaar jong?” in D. HEIRBAUT en G. MARTYN (eds.), *Napoleons nalatenschap. Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België*, Mechelen, Kluwer, 2005, (157) 157-158; M.E. STORME, “Van Trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, (703) 709-710, nr. 5; K. SWINNEN, “Het nutsvereiste bij erfdiensbaarheden: one of a kind?”, *TPR* 2015, (1157) 1221-1229, nrs. 84-96; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 96-97, nr. 34; F. VAN NESTE, *Zakenrecht*, I, *Goederen, bezit en eigendom in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 59-60, nr. 30; H. VANDENBERGHE, *Goederenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 4, nr. 13; [Frankrijk] J. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, I, Parijs, Recueil Sirey, 1932, 695-696, nr. 1337; C. LARROUMET, *Droit civil: Les biens et droit réels principaux*, Parijs, Economica, 2004, 12; P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Droit des biens in Collection Droit Civil*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, 109, nr. 355 e.v.; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD en F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, II/2, *Biens: droit de propriété et ses démembrements*, Parijs, Montchrestien, 1994, 4-6, nr. 1287; C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Parijs, Economica, 1981, 76-77, nr. 84; F. ZENATI-CASTAING en T. REVET, *Les biens in Droit fondamental. Droit classique*, Parijs, PUF, 2008, 458-459, nr. 296. Zie verder: B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Mortsel, Intersentia, 2008, 6-7; B.W.F. DEPOORTER, *Fragmentation of property: the law and economics of the anticommons*, Gent, Universiteit Gent, 2003, 381 p.; E. GOESSENS, “De historische oorsprong van het numerus clausus beginsel in het goederenrecht”, *Jura Falc.* 2010-11, (153) 154; T.H.D. STRUYCKEN, “The Numerus Clausus and Party Autonomy in the Law of Property” in R. WESTRIK en J. VAN DER WEIDE (eds.), *Party Autonomy in International Property Law*, München, Sliker European Law Publishers, 2011, 59; S. VAN ERP, “General issues: setting the scene” in S. VAN ERP en B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law in Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford, Hart, 2012, (37) 65 e.v.; S. VAN ERP, “A Numerus Quasi-Clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law?”, *EJCL* 2003, 2 e.v., <https://www.ejcl.org/72/art72-2.PDF>.

noch in de wet, noch in de rechtspraak (voor België: arrest *Blicek*).¹⁸⁵ Verder zijn op rechtshistorisch en rechtseconomisch vlak toch ook enkele aanzienlijke vraagtekens te plaatsen wat betreft de absolute gelding van het *numerus clausus* beginsel.¹⁸⁶ Ten slotte kan gewag worden gemaakt van een zekere

¹⁸⁵ Art. 543 BW; Cass. 16 september 1966, *Arr. Cass.* 1967, 67, *JT* 1967, 59 en *RCJB* 1968, 166, noot J. HANSENNE; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les principaux contrats usuels. Les biens*, Brussel, Bruylant, 1975, 731-732 nr. 825; F. GOTZEN, “Zakelijke rechten: plaats en aantal in het burgerlijk recht”, *RW* 1978-79, (2337) 2339, nr. 4; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 262-265, nr. 215; A. KLUYSKENS, *Zakenrecht in Beginselen van burgerlijk recht*, Antwerpen, Standaard, 1946, 50-51, nr. 44; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, VI, Brussel, Bruylant, 1878, 107-111, nr. 84; V. SAGAERT, “Wilsautonomie in het Belgische goederenrecht”, *TPR* 2019, nrs. 13-18 (te verschijnen); V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten”, *TPR* 2005, (983) 1033-1042, nrs. 51-59; [Frankrijk] art. 543 CC; Cass. fr. 13 februari 1834, *D.* 1834, I, 118; Amiens 2 december 1835, *D.* 1836, II, 198; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, VI, Des biens, Parijs, Larose et Forcel, 1905, nr. 105; P. CROCOQ, *Propriété et garantie in Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1995, 196, nrs. 243-244; C. DEMOLOMBE, *Cours*, IX, 426, nr. 511; R. LIBCHABER, “La recodification du droit des biens” in *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Parijs, Dalloz, 2004, (297) 353, nr. 51. Zie evenwel: Art. 8 Hypotheekwet en art. 2285 CC.; Cass. 19 mei 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 120, *Pas.* 1988, I, 1142, *RW* 1988-89, 572; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 13-14, nr. 16.

¹⁸⁶ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, VI, Brussel, Bruylant, 1878, 107-111, nr. 84; V. SAGAERT, “Wilsautonomie in het Belgische goederenrecht”, *TPR* 2019, nrs. 34-41 (te verschijnen); V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten”, *TPR* 2005, (983) 1042-1056, nrs. 60-75 (“Een flexibeler benadering [...] bestaat erin om minder rigide te zijn op het vlak van de vestiging van zakelijke rechten, maar toch te verhinderen dat de absolute werking van zakelijke rechten gehandhaafd blijft indien ze economisch niet meer kunnen worden verantwoord.”), 1061-1062, nr. 81 en 1078-1080, nrs. 95-97; [Frankrijk] Cass. fr. 12 december 1899, *S.* 1901, I, 497; Cass. fr. 25 oktober 1886, *S.* 1887, I, 373; Cass. fr. 5 november 1866, *D.* 1867, I, 32; Cass. fr. 20 februari 1851, *D.* 1851, I, 54; Cass. fr. 13 februari 1834, *D.* 1834, I, 118, *S.* 1834, I, 205; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, VI, Des biens, Parijs, Larose et Forcel, 1905, nr. 105; P. CROCOQ, *Propriété et garantie in Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1995, 197-199, nr. 246-247; C. DEMOLOMBE, *Cours*, IX, 426, nr. 511; R. LIBCHABER, “La recodification du droit des biens” in *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*, Parijs, Dalloz, 2004, (297) 353, nr. 51 en 364, nr. 60; Zie eveneens: J. BUCHANAN en Y.J. YOON, “Symmetric tragedies: Commons and Anticommons Property”, *Journal of Law and Economics* 2002, (453) 453-473; B.W.F. DEPOORTER, *Fragmentation of property: the law and economics of the anticommons*, Gent, Universiteit Gent, 2003, 41 e.v., 67 en 163; H.S. GORDON, “The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery”, *Journal of Political Economy* 1954, (124) 124-142; H. HANSMANN en R. KRAAKMAN, “Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights”, *The Journal of Legal Studies* 2002, 380-381; M.A. HELLER, “The Boundaries of Private Property”, *Yale L.J.* 1998-99, (1163) 1194 - 1202; U. MATTEI, *Basic Principles of Property Law: a comparative legal and economic introduction*, Westport, Greenwood, 2000, 91-92; T.W. MERRILL en H.E. SMITH, “Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle”, *Yale L.J.* 2000-01, (1) 1-70; F. PARISI, “Entropy in Property”, *Am. J. Comp. L.* 2002, (595) 624-626; B. RUDDEN, “Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem” in J. EEKELAAR en J. BELL (eds.), *Oxford essays in jurisprudence*, Oxford, Clarendon, 1987, (239) 239-263; J.M. VAN DUNNÉ, “Het zakenrecht als open systeem (van verbintenissen). Of: de natuur is sterker dan de leer” in H. SCHOORDIJK, *In het nu, wat worden zal*, Deventer, Kluwer, 1991, 54.

contractualisering van het eigendomsrecht.¹⁸⁷ Steeds meer worden door een toenemende wilsautonomie van partijen in het goederenrecht de grenzen van de vrije modulering van zakelijke rechten opgezocht en afgetast. Het onderscheid tussen het open systeem van verbintenissen en het gesloten systeem van zakelijke rechten vervaagt alsmaar meer.¹⁸⁸ Een mooie en recente uiting hiervan is de afzwakking van het gesloten systeem van zakelijke rechten in het Franse recht (*droit d'affichage, droit de cru et à croître, droits de jouissance spéciale*).¹⁸⁹

¹⁸⁷ V. SAGAERT en R. JANSEN, "Goederenrecht: de gestage groei naar een conventioneel vermogensrecht" *RW*2011- 12, (68) 70-71, nrs. 7-10; [Frankrijk] G. LARDEUX, "Qu'est-ce que la propriété? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l'histoire", *RTD Civ.* 2013, nrs. 11-12, geraadpleegd via Dalloz. Zie verder: S. VAN ERP, "European property law. A methodology for the future" in R. SCHULZE en H. SCHULTE-NÖLKE (eds.), *European Private Law – Current Status and Perspectives*, München, Sellier, 2011, (227) 231 e.v.

¹⁸⁸ N. MOONS, "De landed commons en het recht" in I. OPDEBEEK, S. RUTTEN, E. VAN ZIMMEREN en D. VERMEIR (eds.), *Voor recht, rechtvaardigheid en Camus. Liber amicorum Bernard Hubeau*, Brugge, Die Keure, 2018, (327) 332-333 ("De laatste decennia is er evenwel meer steun te vinden voor een evolutie naar een meer open systeem, wat natuurlijk mogelijkheden biedt/zou bieden om constructies te ontwikkelen die meer op maat zijn van de commons-initiatieven. Een heuse heropleving van de uitwassen van het Ancien Régime hoeven we anno 2018 toch niet meer te vrezen."); V. SAGAERT, "Party Autonomy in Belgian and French law: The Interconnection between Substantive Property Law and Private International Law" in R. WESTRIK en J. VAN DER WEIDE (eds.), *Party Autonomy in International Property Law*, München, Sellier, 2011, 119-141; V. SAGAERT, "Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten", *TPR* 2005, (983) 986, nr. 1 en 1078-1080, nrs. 95-97; [Frankrijk] L. D'AVOUT, "Démembrement de propriété, perpétuité et liberté", *D.* 2012, nr. 4, geraadpleegd via Dalloz; L. KACZMAREK, "Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération", *D.* 2009, (1845) 1845, nr. 2 en 1848, nr. 13; B. MALLET-BRICOUT en N. REBOUL-MAUPIN, "Droit des biens", *D.* 2012, geraadpleegd via Dalloz. Zie ook: B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Mortsel, Intersentia, 2008, 657 p.; J.M. VAN DUNNÉ, "Het zakenrecht als open systeem (van verbintenissen). Of: De natuur is sterker dan de leer" in H.C.F. SCHOORDIJK (ed.), *In het nu, wat worden zal*, Deventer, Kluwer, 1991, 45-64; S. VAN ERP, "A Numerus Quasi-Clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law?", *EJCL* 2003, 1-12, <https://www.ejcl.org/72/art72-2.PDF>.

¹⁸⁹ In de recente Franse rechtspraak wordt, na de aanvaarding van nieuwe tijdelijke gebruiks- en genotsrechten, nu ook de creatie van nieuwe eeuwigdurende zakelijke rechten erkend. Met betrekking tot de tijdelijke gebruik- en genotsrechten en het Franse voorontwerp tot wetswijziging *Henri Capitant* zie: L. ANDREU, "Analyse et régime des droits de jouissance spéciale" in L. ANDREU (ed.), *Liberté contractuelle et droits réels in Colloques & Essais*, Parijs, LGDJ, 2015, 133-154; C. ATIAS, *Droit Civil. Les biens in Manuel*, Parijs, LexisNexis, 2014, 51-55, nr. 70; L. D'AVOUT en B. MALLET-BRICOUT, "La liberté de création des droits réels aujourd'hui", *D.* 2013, nr. 16, geraadpleegd via Dalloz; G. BAUDRY-LACANTINERIE en M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, VI, *Des biens*, Parijs, Larose & Forcel, 1905, 147-148, nr. 193; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN (ed.), *Les biens in Traité de droit civil*, Parijs, LGDJ, 2010, 51-53, nr. 53; P. CROCQ, *Propriété et garantie in Bibliothèque de droit privé*, Parijs, LGDJ, 1995, 197-198, nr. 246, 199-201, nrs. 248-249; W. DROSS, "L'ordre public permet-il que soit créé un droit réel perpétuel?", *RTD Civ.* 2013, geraadpleegd via Dalloz; G. LARDEUX, "Qu'est-ce que la propriété? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l'histoire", *RTD Civ.* 2013, nr. 5, geraadpleegd via Dalloz; C. LARROUMET, *Droit civil*, II, *Les biens. Droit réels principaux*, Parijs, Economica, 2006, 33-35, nrs. 52-53; M. PLANIOL, G. RIPERT en M. PICARD, *Traité pratique de droit civil français*, III, *Les biens*, Parijs, LGDJ, 1952, 54-55, nr.

GRUYAERT en SAGAERT spreken in dit verband over een zgn. open systeem dat gradueel van aard is in plaats van absoluut.¹⁹⁰

48; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé* in *Thémis. Droit*, Parijs, PUF, 2013, 314; F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil. Les biens* in *Précis Dalloz. Droit Privé*, Parijs, Dalloz, 2010, 62-63 nr. 52 en 691, nr. 774 e.v.; F. ZENATI-CASTAING, “La proposition de refonte du livre II du code civil. Etude critique”, *RTD Civ.* 2009, geraadpleegd via Dalloz; F. ZENATI-CASTAING en T. REVET, *Les biens* in *Droit fondamental. Droit classique*, Parijs, PUF, 2008, 464-465, nr. 301. Met betrekking tot de nieuwe eeuwigdurende gebruiks- en genotsrechten zie: Cass. fr. 8 september 2016, *RTD Civ.* 2016, 894, noot W. DROSS, *RDI* 2016, 598, noot J.-L. BERGEL; Cass. fr. 31 oktober 2012, *D.* 2012, 2596, noot A. TADROS, *JCP* 2012, n° 1400, noot F.-X. TESTU, *D.* 2013, 53, noot L. D’AVOUT en B. MALLET- BRICOUT, *JCP G* 2013, n° 429, noot H. PÉRINET-MARQUET, *RDI* 2013, 80, noot J.-L. BERGEL, *Defrénois* 2013, 12, noot L. TRANCHANT, *RDI* 2013, 80, noot J.-L. BERGEL en *RTD Civ.* 2013, 141, noot W. DROSS; Cass. fr. 23 mei 2012, *D.* 2012, 1934, noot L. D’AVOUT, *D.* 2012, 2128, noot B. MALLET-BRICOUT en N. REBOUL-MAUPIN, *RTD Civ.* 2012, 553, noot T. REVET, *JCP* 2012, n° 930, noot W. DROSS en *JCP G* 2012, n° 1186, noot H. PÉRINET-MARQUET; Cass. fr. 18 januari 1984, *Bull. civ.* 1984, III, nr. 16, *D.* 1985, jur., 504, noot F. ZENATI en *JCP* 1986, II, nr. 20547, noot J.F. BARBIERI; L. D’AVOUT, “Démembrement de propriété, perpétuité et liberté”, *D.* 2012, nrs. 1-2, geraadpleegd via Dalloz; G. BAUDRY-LACANTINERIE en M. CHAUVÉAU, *Traité théorique et pratique de droit civil*, VI, *Des biens*, Parijs, Larose & Forcel, 1905, 513-514, nr. 789; W. DROSS, “Que reste-t-il de l’arrêt Maison de Poésie?”, *RTD Civ.* 2015, geraadpleegd via Dalloz; G. LARDEUX, “Qu’est-ce que la propriété? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l’histoire”, *RTD Civ.* 2013, nr. 9, geraadpleegd via Dalloz; P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Droit des biens* in *Collection Droit Civil*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, 111-113, nrs. 360-361. Een en ander doet een reminiscentie ontstaan aan de feodale eigendomsopvatting (met Frankrijk als voorloper *nota bene*). Zie daarvoor: C. ATIAS, *Droit Civil. Les biens* in *Manuel*, Parijs, LexisNexis, 2014, 51-55, nr. 70, i.h.b. 51; J. CARBONNIER, *Droit Civil*, 3, *Les biens: Monnaie, immeubles, meubles* in *Thémis. Droit privé*, Parijs, PUF, 2000, 77, nr. 44; P. CROCQ, *Propriété et garantie* in *Bibliothèque de droit privé*, 248, Parijs, LGDJ, 1995, 197, nr. 246 en 201, nr. 249; G. LARDEUX, “Qu’est-ce que la propriété? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l’histoire”, *RTD Civ.* 2013, (741) 744, nr. 5. Zie verder ook: I. DURANT, *Droit des biens*, Brussel, Larcier, 2017, 35-39, nr. 14; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht* in *Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 276, nr. 224 e.v.; P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVE en R. POPA, *Manuel de droit des biens*, II, p. 27-30, nr. 8; V. SAGAERT, “Wilsautonomie in het Belgische goederenrecht”, *TPR* 2019, nr. 7 e.v. (te verschijnen); V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten”, *TPR* 2005, (983) 1061-1062, nr. 81.

¹⁹⁰ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht* in *Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 783-810, nrs. 556-575; V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten”, *TPR* 2005, (983) 983-1080, i.h.b. 1078, nr. 95. Zie ook: V. SAGAERT, “Wilsautonomie in het Belgische goederenrecht”, *TPR* 2019, nrs. 12 en 19 (te verschijnen) (“*De grondslag voor de Typenzwang naar Belgisch recht lijkt dus niet zeer overtuigend. Een kritische benadering dringt zich op. De discussie is kennelijk – zowel voor de Belgische rechtspraak als rechtsleer – te ‘almachtig’ om ze in abstracto te voeren. Een concrete – en dus inductieve – benadering verdient de lege lata de voorkeur. Onderstaande discussiepunten zullen aantonen dat er belangrijke rechtsfiguren zijn waarvan de zakelijke of persoonlijke aard aanleiding geeft tot onzekerheid. Bovendien is de gedachte dat de rechtspraktijk geen behoefte heeft aan nieuwe zakelijke rechtsfiguren al te lichtzinnig: er moet immers rekening mee worden gehouden dat de algemene opvatting over de behoeften van de rechtspraktijk mede ingegeven is door de grenzen van het juridisch mogelijke. Een kritische analyse van die grenzen dringt zich dan ook op. Er zijn zelfs concrete aanduidingen dat de rechtspraktijk, bijvoorbeeld in het financieel recht, wel behoefte heeft aan een meer flexibele ontsluiting van het goederenrecht.*”).

44. **BESLUIT** – Net zoals het absolute en exclusieve karakter van het continentale eigendomsbegrip, kan ook de *numerus clausus* van zakelijke rechten die het goederenrecht tot een gesloten stelsel maakt, in verregaande mate worden gerelativeerd. De vraag kan onzes inziens dan ook worden gesteld, gelet op de relativerende ontwikkelingen ter zake, of het echt zo onmogelijk is om in het hedendaagse recht fiduciaire verhoudingen met de nodige zakelijke werking voor een Belgische rechtbank te laten honoreren. Het zou immers een dergelijke rechtbank niet aan bravoure en scherpzinnigheid ontbreken indien zij ervoor kiest in te springen op voornoemde relativerende tendens. Of beter op veilig spelen en een wettelijke ingreep omtrent een algemene *trust* afwachten?

1.2.4. Eenheid en ondeelbaarheid van het vermogen

45. **ALGEMEEN** – Het laatste bezwaar tegen de aanvaarding van een *trust* naar Belgisch recht is het principe van eenheid en ondeelbaarheid van het vermogen. Daardoor is bijv. een bestemmingsgebonden vermogen of doelvermogen in beginsel niet mogelijk, en staat een persoon onvermijdbaar met al zijn goederen in voor zijn schulden. Het beginsel vormt aldus een drempel voor de *civil law* opvatting waarbij de *trust* als vermogensplitsing – en dus niet als eigendomssplitsing – wordt begrepen.¹⁹¹ Nochtans is ook de drempel van eenheid en ondeelbaarheid niet onaantastbaar naar Belgisch recht. Ook in dit verhaal zijn versoepeling en relativering welbekende concepten en is finaal een beroep op wetgevend optreden het meest veilige antwoord.

46. **EEN EN ONDEELBAAR** – Het vermogen als kernbegrip van het continentale goederenrecht kan worden begrepen als “[...] *het geheel van in geld waardeerbare rechten en plichten dat aan een bepaalde persoon toebehoort.*”¹⁹² Volgens de klassieke leer – die de Franse auteurs AUBRY en

¹⁹¹ Y. EMERICH, “Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens”, *RIDC* 2009, (49) 50 e.v.; M. GRIMALDI en F. BARRIÈRE, “Trust and Fiducie” in E.H. HONDIUS, M.W. HESSELINK en A.S. HARTKAMP (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (1085) 1095-1096 en 1099-1100; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 249-254, nr. 90, i.h.b. 253-254. Zie verder: M.C. CUMYN, “Rapport Général” in M.C. CUMYN (ed.), *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Brussel, Bruylant, 1999, (9) 25-29, nrs. 23-27; P. LEPAULLE, “An Outsider’s View Point of the Nature of Trusts”, *Cornell L.Q.* 1928-29, (52) 52-61, i.h.b. 55; R. ZHANG, “A comparative study of the introduction of trusts into civil law and its ownership of trust property”, *Trusts & Trustees* 2015, (902) 904-907.

¹⁹² V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 52, nr. 54. Vergelijk: H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les principaux contrats usuels. Les biens*, Brussel, Bruylant, 1975, 548-550, nrs. 556-558; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 9-10, nr. 8; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 238-245, nrs. 87-88; [Frankrijk] F. BARRIÈRE, *La*

RAU bepleitten en ontwikkelden – is het vermogen zowaar “*une émanation de la personne*”. Zij gingen namelijk uit van een drievoudig vermogensbegrip waarbij (1) *elk* rechtssubject een vermogen heeft, (2) *enkel* rechtssubjecten een vermogen hebben, en (3) elk rechtssubject slechts *één* vermogen heeft dat daarenboven *ondeelbaar* is.¹⁹³

De concrete uitwerking van die klassieke vermogensleer met de eenheid en ondeelbaarheid als uitgangspunt, maakt dat een rechtssubject (de schuldenaar) in principe met zijn gehele vermogen instaat voor de schulden die hij oploopt en dat alle activa die tot dat vermogen behoren dus strekken tot gemeenschappelijke waarborg voor al zijn schuldeisers. De compartimentering of opsplitsing van een vermogen is dan ook in beginsel niet geoorloofd.¹⁹⁴

réception du trust au travers de la fiducie in Bibliothèque de droit de l'entreprise, Parijs, Litec, 2004, 338-340, nrs. 422-423; P. DUPICHOT, “L’unicité du patrimoine aujourd’hui. Observations introductives”, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* 2009, afl. 52, 1356, nrs. 1-10; C. LARROUMET en A. AYNÈS, *Introduction à l’étude du droit in Corpus. Droit privé. Traité de droit civil*, Parijs, Economica, 2013, 315-316, nr. 410; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Parijs, PUF, 2011, 354; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé in Thémis. Droit*, Parijs, PUF, 2013, 354; F. ZENATI-CASTAING en T. REVET, *Les biens in Droit fondamental. Droit classique*, Parijs, PUF, 2008, 435-436, nr. 276.

¹⁹³ H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les principaux contrats usuels. Les biens*, Brussel, Bruylant, 1975, 547-550, nrs. 555-558; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 9-10, nr. 8; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 53, nr. 55; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 238-240, nr. 87; [Frankrijk] J. CARBONNIER, *Droit civil*, 3, *Les biens: Monnaie, immeubles, meubles in Thémis. Droit privé*, Parijs, PUF, 2000, 6, nr. 4; P. DUPICHOT, “L’unicité du patrimoine aujourd’hui. Observations introductives”, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* 2009, afl. 52, 1356, nrs. 1-10; S. GUINCHARD, *L’affectation des biens en droit privé français in Bibliothèque de droit privé*, CXLV, Parijs, LGDJ, 1976, 331, nr. 383; C. LARROUMET en A. AYNÈS, *Introduction à l’étude du droit in Corpus. Droit privé. Traité de droit civil*, Parijs, Economica, 2013, 317, nr. 412 e.v.; F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil. Les biens in Précis Dalloz. Droit Privé*, Parijs, Dalloz, 2010, 25-26, nr. 19.

¹⁹⁴ Artikelen 7 en 8 Hypotheekwet 16 december 1851, *BS* 22 december 1851; Cass. 9 mei 1947, *Arr. Cass.* 1947, 148; Brussel 16 april 1987, *JT* 1987, 575; Bergen 26 juni 1984, *Pas.* 1984, 140, *RPS* 1984, 292; Brussel 9 juli 1957, *RW* 1957-58, 456; R. DE CORTE en B. DE GROOTE, *Handboek Civiel Recht*, Brussel, Larcier, 2011, 203, nr. 562; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les principaux contrats usuels. Les biens*, Brussel, Bruylant, 1975, 553-560, nrs. 564-572 en 560-568, nrs. 573-584; E. DIRIX en V. SAGAERT, “Trusts in European civil law: on building bridges and Trojan horses” in H. MOSTERT en M.J. DE WAAL (eds.), *Essays in Honour of CG van der Merwe*, Durban, LexisNexis, 2011, (275) 278; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag in APR*, Mechelen, Kluwer, 2010, 92-93, nr. 111; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 9-14, nrs. 8-12; I. DURANT, *Droit des biens*, Brussel, Larcier, 2017, 23-25, nr. 5 en 47-48, nr. 28 e.v., i.h.b. 50, nr. 33; A. KLUYSKENS, *Voorrechten en hypotheeken in Beginselen van burgerlijk recht*, Antwerpen, Standaard, 1951, 62, nr. 47; A. KLUYSKENS, *Zakenrecht in Beginselen van burgerlijk recht*, Antwerpen, Standaard, 1946, 12-14, nr. 3; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 53-54, nrs. 55 en 56; V. SAGAERT, “Beslag op een derdenrekening van een advocaat. De teloorgang van het vermogensbegrip” (noot onder Cass.

Voornoemd, en op het eerste zicht erg starre en rigide vermogensbegrip heeft recent dan ook een hele ontwikkeling ondergaan.

47. EEN SOEPEL VERMOGENSBEGRIJ – Uit recente ontwikkelingen blijkt nl. dat een absolute invulling van het principe van eenheid en ondeelbaarheid van het vermogen onhoudbaar is geworden.¹⁹⁵ Het klassieke vermogensbegrip komt immers steeds meer onder druk te staan vanuit de behoefte om rekening te houden met de bestemming of het doel van bepaalde bestanddelen ervan.¹⁹⁶ De gelijkschakeling tussen het vermogen en zijn titularis ondervindt alsmaar meer beperkingen en uitzonderingen die vervolgens leiden tot een

27 januari 2011), *RW* 2010-11, (1776) 1776-1777, nr. 2; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 238-240, nr. 87 en 245-148, nr. 89; [Frankrijk] artikel 2092 CC; P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Droit des biens* in *Collection Droit Civil*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, 23, nr. 15 e.v., i.h.b. nrs. 16 en 20; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé* in *Themis. Droit*, Parijs, PUF, 2013, 349; F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil. Les biens* in *Précis Dalloz. Droit Privé*, Parijs, Dalloz, 2006, 24-25, nr. 18.

¹⁹⁵ N. CARETTE, “Actuele ontwikkelingen zakenrecht 2016” in N. CARETTE en R. BARBAIX (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2017*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 41; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les principaux contrats usuels. Les biens*, Brussel, Bruylant, 1975, 562-568, nrs. 576-584; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Antwerpen, Intersentia, 23 e.v.; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag* in *APR*, Mechelen, Kluwer, 2010, 92-93, nrs. 111-112; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 9-10, nr. 8; I. DURANT, *Droit des biens*, Brussel, Larcier, 2017, 51, nr. 35 e.v.; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 54-58, nrs. 57-60; V. SAGAERT, “Beslag op een derdenrekening van een advocaat. De teloorgang van het vermogensbegrip” (noot onder Cass. 27 januari 2011), *RW* 2010-11, (1776) 1777, nr. 3; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 240-245, nr. 88 e.v.; [Frankrijk] F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie* in *Bibliothèque de droit de l'entreprise*, Parijs, Litec, 2004, 340-342, nr. 424 e.v.; P. CATALA, “La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne”, *RTDCiv.* 1966, 185-215; S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français* in *Bibliothèque de droit privé*, CXLV, Parijs, LGDJ, 1976, 332, nr. 383; C. LARROUMET en A. AYNÈS, *Introduction à l'étude du droit* in *Corpus. Droit privé. Traité de droit civil*, Parijs, Economica, 2013, 316, nr. 411 en 320, nr. 419 e.v.; M. PLANIOL, G. RIPERT en M. PICARD, *Traité pratique de droit civil français*, III, *Les biens*, Parijs, LGDJ, 1952, 24-27, nrs. 20-21;

¹⁹⁶ E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 9-10, nr. 8; I. DURANT, *Droit des biens*, Brussel, Larcier, 2017, 51, nr. 35 e.v.; R. FELTKAMP, “Een kredietinstelling, meerdere vermogens. Vermogensrechtelijke bedenkingen bij de regeling inzake Belgische covered bonds” in E. ALOFS, K. BYTTEBIER, A. MICHIELSEN en A.L. VERBEKE (eds.), *Liber amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (193) 198; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 55-57, nr. 59; V. SAGAERT, “De overlevingsstrijd van de fiduciaire eigendom naar Belgisch recht: de zekere crisis en de onzekere loutering”, *NTBR* 2013, nr. 5, geraadpleegd via Kluwer Navigator; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 240, nr. 88 e.v.; [Frankrijk] C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français: essai sur les biens, la propriété et la possession*, Parijs, L'Harmattan, 2009, 212, nr. 382; C. LARROUMET en A. AYNÈS, *Introduction à l'étude du droit* in *Corpus. Droit privé. Traité de droit civil*, Parijs, Economica, 2013, 316, nr. 411 en 320, nr. 419 e.v.; M. PLANIOL, G. RIPERT en M. PICARD, *Traité pratique de droit civil français*, III, *Les biens*, Parijs, LGDJ, 1952, 24-27, nrs. 20-21; F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil. Les biens* in *Précis Dalloz. Droit Privé*, Parijs, Dalloz, 2010, 27-31, nrs. 21-25.

opmerkelijke relativering, waarbij het specifieke doel van een bepaald vermogen en zijn eventueel afgescheiden karakter centraal komen te staan (doelvermogen).¹⁹⁷

Voorbeelden van doelgebonden afgescheiden vermogens in ons recht zijn o.a. gevallen van mede-eigendom (zoals de huwelijksgemeenschap), rechtspersonen, instellingen voorzien voor collectieve belegging, goederen die vallen onder de regeling van het gerechtelijk (of minnelijk) kantonnement, onbeslagbaar verklaarde goederen, de zgn. *covered bonds*, de recente wettelijke regeling omtrent de kwaliteitsrekening ingevoerd met het nieuwe artikel 8/1 Hyp.W., enz.¹⁹⁸

¹⁹⁷ R. DE CORTE en B. DE GROOTE, *Handboek Civiel Recht*, Gent, Larcier, 2011, 200, nr. 555; R. FELTKAMP, “Een kredietinstelling, meerdere vermogens. Vermogensrechtelijke bedenkingen bij de regeling inzake Belgische covered bonds” in E. ALOFS, K. BYTTEBIER, A. MICHELSEN en A.L. VERBEKE (eds.), *Liber amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (193) 199; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 54, nr. 57 en 55-57, nr. 59; M.E. STORME, “Paritas creditorum, voorrang en roerende zekerheden”, *TPR* 2006, (939) 1083, nr. 262; [Frankrijk] P. DUPICHOT, “L’unicité du patrimoine aujourd’hui. Observations introductives”, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* 2009, afl. 52, 1356, nrs. 1-10; J.J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé in Thémis. Droit*, Parijs, PUF, 2013, 357.

¹⁹⁸ Art. 8 Hyp.W.; art. 1403-1404 Ger.W.; art. 1408 e.v. Ger.W.; Cass. 19 mei 2014, *Arr. Cass.* 2014, afl. 5, 1240, *JLMB* 2015, afl. 39, 1843, *Pas.* 2014, afl. 5, 1230, *Rev.trim.dr.fam.* 2015, afl. 4, 823; Cass. 2 februari 2007, *Arr. Cass.* 2007, 263, nr. 63, *JT* 2007, 527, noot C. ALTER, *RW* 2006-07, 1679, noot V. SAGAERT, *TBH* 2007, 341, noot I. PEETERS en A. ZENNER; F. APS, “Indirecte controle/Erfstelling over de hand” in A.-L. VERBEKE, F. BUYSENS en H. DERYCKE, *Vermogensplanning met effect na overlijden: erfrecht en testament*, Brussel, Larcier, 2014, 400; R. BARBAIX en A.-L. VERBEKE, *Beginselen relatievermogensrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 36-37, nrs. 79-80; C. CLOTTENS, “Editoriaal: Bescherming van het privévermogen van de ondernemer”, *TRV* 2012, (239) 239-240; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les principaux contrats usuels. Les biens*, Brussel, Bruylant, 1975, 564 nr. 578 e.v. en 579, nr. 603 e.v.; E. DIRIX, “Commentaar bij art. 8/1 Hyp.W.”, *Comm. Voor.* 2014, afl. 51, 3, nr. 1 (24-25); E. DIRIX en V. SAGAERT, “Trusts in European civil law: on building bridges and Trojan horses” in H. MOSTERT en M.J. DE WAAL (eds.), *Essays in Honour of CG van der Merwe*, Durban, LexisNexis, 2011, (275) 279-282; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 9-13, nrs. 8-11; R. FELTKAMP, “Een kredietinstelling, meerdere vermogens. Vermogensrechtelijke bedenkingen bij de regeling inzake Belgische covered bonds” in E. ALOFS, K. BYTTEBIER, A. MICHELSEN en A.L. VERBEKE (eds.), *Liber amicorum Hélène Casman*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (193) 199-203 en 193-225; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 707-714, nrs. 513-515; D. GRUYAERT, “De nieuwe wet op de kwaliteitsrekening van notarissen, advocaten en gerechtsdeurwaarders: eindpunt van de vermogensrechtelijke controverse” in X., *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2015, (77) 81, nr. 4; R. JANSSEN en V. SAGAERT, “Overzicht van rechtspraak. Zakelijke zekerheden (2004-2010)”, *TPR* 2012, (1223) 1242, nr. 18; F. T’KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers in Précis de la Faculté de droit de l’Université catholique de Louvain*, Brussel, Larcier, 2004, 34, nrs. 48 e.v.; S. LANDUYT en L. ANCKAERT, “Nieuwe financieringstechnieken in de bancaire sector: covered bonds en de mobilisering van schuldvorderingen”, *TBH* 2013, afl. 3, (147) 164-165, nr. 72; D. LEROY, “Art. 802 BW” in M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (eds.), *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2013 (39) 39-46; I.

In dit relativerend verhaal en met het oog op eventuele latere veralgemenisering, maar ook verdere verfunctionalisering, is het denken van VAN GERVEN van belang. Volgens hem zijn er principieel geen fundamentele bezwaren aan te brengen tegen beperkingen en uitzonderingen op de klassieke eenheid en ondeelbaarheid, mits ten minste voldaan is aan twee voorwaarden; met name (1) indien een redelijk of maatschappelijk belang voorhanden is, en (2) indien er een welbepaalde mate van publiciteit of kenbaarheid wordt voorzien, zodat schuldeisers niet (kunnen) worden misleid wat betreft hun verhaalsmogelijkheden.¹⁹⁹

48. PATRIMONY– Van belang te weten is dat in het Engelse recht zelf evenwel nooit een uitgewerkte en uniforme vermogensleer ontwikkeld werd. De reden daarvoor is gewoonweg dat men minder tot niet vertrouwd is met een uitgewerkt vermogensconcept naar *civil law* normen.²⁰⁰ Functioneel gezien

PEETERS, “Eigendom tot zekerheid” in *Comm.Voor.*, 1, Antwerpen, Kluwer, 2002, (1) 54, nr. 132; K. RUYSEN, “De erfstelling over de hand”, *Jura Falc.* 2006-07, 371; V. SAGAERT en D. GRUYAERT, “Een nieuw wetgevend kader voor de kwaliteitsrekening”, *RW* 2014-15, (522) 523, nr. 6; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 53-54, nr. 56; M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht. Deel II: het vermogen, het verhaalsrecht van schuldeisers, de samenloop van schuldeisers*, Gent-Mariakerke, M.E. STORME, 2017, 422-426; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 238-240, nr. 87, i.h.b. 239; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon: Technieken van vermogensafscheiding, vermogensovergang en vermogensvereffening in het burgerlijk en ondernemingsrecht*, Antwerpen, Biblio, 2014, 360, nr. 469; A. VERBEKE en I. PEETERS, *Vijf jaar Voorrechten, Hypotheken en Andere Zekerheden*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 111, nr. 189.

¹⁹⁹ E. DIRIX, “Commentaar bij art. 8/1 Hyp.W.”, *Comm.Voor.* 2014, afl. 51, 5-7, nrs. 4-5; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 9-10, nr. 8; E. DIRIX en K. BROECKX, *Beslag in APR*, Mechelen, Kluwer, 2010, 93, nr. 112; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 55-58, nrs. 59-60; V. SAGAERT en R. JANSEN, “Goederenrecht: de gestage groei naar een conventioneel vermogensrecht” *RW* 2011-12, (68) 70-71, nr. 9; V. SAGAERT, “Beslag op een derdenrekening van een advocaat. De teloorgang van het vermogensbegrip” (noot onder Cass. 27 januari 2011), *RW* 2010-11, (1776) 1777-1778, nrs. 3-4; M.E. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht. Deel II: het vermogen, het verhaalsrecht van schuldeisers, de samenloop van schuldeisers*, Gent-Mariakerke, M.E. STORME, 2017, 422; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 245-248, nr. 89.

²⁰⁰ D. CLARRY, “Fiduciary Ownership and Trusts in a Comparative Perspective”, *International and Comparative Law Quarterly* 2014, 907; M.J. DE WAAL, “The core elements of the trust: aspects of the English, Scottish and South African trusts compared”, *SALJ* 2000, (548) 560 en 563, noot 94; D. HAYTON en P. MATTHEWS, “England and Wales” in A. VERBEKE en V. SAGAERT (eds.), *International encyclopaedia of laws: Property and Trust Law*, Deventer, Kluwer, 2007, 77, nr. 177; P. MATTHEWS, “Square Peg, Round Hole? Patrimony and the Common Law Trust” in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 69; P. MATTHEWS, “The compatibility of the trust with the civil law notion of property” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (313) 327 e.v.; P. MATTHEWS, “The trust as a means of intergenerational wealth transfer in the UK and Europe in the light of the EU Regulation on Successions”, *Ricerche Giuridiche* 2013, 306; P. MATTHEWS, “From Obligation to Property, And Back Again? The Future of the Non-Charitable Purpose Trust” in D.J. HAYTON (ed.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-*

worden bij de *trust* echter wel dezelfde rechtsgevolgen bereikt door middel van *ring-fencing* (zie *supra* nr. 24).²⁰¹

49. BESLUIT – Ondanks de rigide invulling die traditioneel wordt gegeven aan het principe van eenheid en ondeelbaarheid van het vermogen, is toch steeds meer sprake van een bestemmings-gebonden flexibilisering richting een soepeler vermogensbegrip. Hoewel die vermogensleer op het eerste zicht een bezwaar lijkt te zijn voor de algemene erkenning van een *trust* naar Belgisch recht, wordt datzelfde vermogensbegrip – maar dan soepeler ingevuld – steeds meer ervaren als een van meerdere mogelijke oplossingen voor ons ‘*trust*probleem’.²⁰² De vraag is echter, of dit – ruimere –

Fenced Funds, Den Haag, Kluwer Law International, 2002, (203) 213 e.v., i.h.b. 215-216; A. POPOVICI, “Trust in Quebec and Czech Law: Autonomous Patrimonies?” *ERPL* 2016, 936; A. POPOVICI en L. SMITH, “Lepaulle Appropriated” in R. VALSAN (ed.), *Trusts and Patrimonies*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2015, 16; L. SMITH, “Trust and Patrimony”, *Estates, Trusts and Pensions Journal* 2009, 335; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon*, Antwerpen, Biblio, 2014, 91. Zie echter: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 290-291, nr. 380 (“*Het feit dat de trustgoederen dienen te worden afgescheiden van de persoonlijke goederen van de trustee wordt op deze manier begrepen als een middel om een doel te bereiken, eerder dan een essentieel kenmerk van de trust an sich. Dit doel bestaat in het beheer van de trustgoederen door een gespecialiseerde trustee die de goederen ook zelf aanhoudt en kan of moet verdelen onder de beneficiaries.*”); M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 6 en 78-79.

²⁰¹ P.S. DAVIES, G. VIRGO en E.H. BURN (ed.), *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 37; W.F. FRATCHER, *Trust in International Encyclopedia of Comparative Law*, VI/11, Tübingen, Mohr Siebeck, 1973, 31, nr. 38 (“*Although the trustee is the owner of the trust property, it constitutes a separate fund distinct from his individual property (patrimony) for many purposes.*”); D. HAYTON en P. MATTHEWS, “England and Wales” in A. VERBEKE en V. SAGAERT (eds.), *International encyclopaedia of laws: Property and Trust Law*, Deventer, Kluwer, 2007, 77, nr. 177; F.H. LAWSON, *Introduction to the law of property*, Oxford, Clarendon, 1958, 79; M.-F. PAPANDRÉOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, Parijs, LGDJ, 2004, para 38; M. RACZYNSKA, “Parallels between the civilian separate patrimony, real subrogation and the idea of property in a trust fund” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (454) 454 e.v. In dat opzicht zou eigenlijk de *trust* als een algemene vermogenscompartimenteringsleerstuk kunnen worden gezien, en tegenover de – alsmear meer versoepelende – *numerus clausus* van afgescheiden vermogens in de *civil law* worden geplaatst. Het lijkt dus eerder een kip-en-eiverhaal dan een onderdoen van de *common law* vermogenstheorie. Zie: G.R. ELGUETA, “Divergences and Convergences of Common Law and Civil Law Traditions on Asset Partitioning: A Functional Analysis”, *U.Pa.J.Bus.L.* 2010, (517) 524 e.v. en 553 e.v. (“*The common law tradition has developed trusts law, which has turned out to be an extremely flexible device capable of granting asset partitioning for a virtually indefinite set of purposes. In contrast, civil law countries have taken an opposite path, granting specific property laws which allow asset partitioning for highly scrutinized purposes.*”); R.H. SITKOFF, “Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (428) 434 e.v.; M.E. STORME, *Handboek vermogensrecht: goederen- en insolventierecht*, I, *Algemeen zakenrecht. Algemene begrippen en beginselen*, Gent-Mariakerke, M.E. Storme, 2010, 207.

²⁰² Concrete voorstellen daaromtrent werden reeds gedaan door GRUYAERT en STORME. Zie: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 739-746, nrs. 530-534; M.E. STORME, “Vertrouwen is goed, dual ownership is beter: elf essentialia bij de invoering van een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het

vermogenssplittingsdenken (vgl. *supra* ‘ring-fenced pool of assets’) het hoofd biedt aan de vraag naar een algemene opvatting inzake *trust*achtige beheersstructuren.

1.3. VOORLOPIG SLUITSTUK

1.3.1. Van exclusiviteit naar inclusiviteit: afwisseling van de wacht?

50. Na de bespreking van de Angelsaksische *trust*figuur en de bezwaren omtrent de invoering daarvan in het Belgisch recht is meer dan duidelijk dat er wat gaande is op goederenrechtelijk gebied. Nu het feodale samenlevingsmodel en zijn welgekende valkuilen ver achter ons liggen en waarborgen tegen een terugkeer ernaartoe algemeen gevestigd zijn, lijkt de weg geëffend voor creativiteit. Het ‘angstvallig terugkijken naar’, wordt alsmaar meer vervangen door weloverwogen kritische (zelf)relativering. Er kan in dat opzicht gesproken worden van een heropleving van het creatief denken over recht en samenleving. Pessimisten (of optimisten, zo u wil) zouden zelfs durven spreken over een herrijzing van – een postmoderne variant op – de feodaliteit. De verdorvenheid die het zgn. *extractive* eigendomsdenken met zich meebrengt,²⁰³ wordt steeds vaker aan de kaak gesteld. Talmend traag, doch zeker, ontspringt een meer duurzaam collectief bewustzijn, een soort *revival of the commons*. Opdat een zulke *revival* of heropleving van wat ooit was (bijv. feodaliteit) zich niet precies en op geheel gelijke wijze voordoet, is een verantwoordelijke herijkingsoefening essentieel. Grensverleggende *checks and balances* zijn daarbij dan ook onontbeerlijk.²⁰⁴

Belgisch recht”, *RW*1996-97, (137) 137-154. Zie ook: Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 80-81: “De *personalisering van het vermogensbegrip maakt tot op zekere hoogte plaats voor een functionalisering van het vermogensbegrip. Geleidelijk heeft de ‘subjectieve’ opvatting van het vermogen – d.w.z. de koppeling van het vermogen aan het rechtssubject – plaatsgemaakt voor een ‘objectieve’ invulling. Ons recht erkende steeds meer vormen van doelvermogens, die aan een bepaalde bestemming zijn gebonden, en niet tot het verhaalsonderpand van de schuldeisers behoren. De voorgestelde invoering van een bewindsfiguur en de figuur van de kwaliteitsrekening dragen daar zeker toe bij.”*

²⁰³ Voor de termen *extractive* en *regenerative ownership*, zie de bijdrage van KELLY: M. KELLY, *Owning Our Future: The Emerging Ownership Revolution*, San Francisco, Berret-Koehler Publishers, 2012, 11 e.v.

²⁰⁴ De herijking betekent namelijk geen kort door de bocht, klakkeloos terugkeren naar een feodaal *commons* systeem, integendeel. Lessen moeten worden getrokken en verbetering gezocht. Herijking betekent bijvoorbeeld ook dat de afkeer van het op hiërarchie geënte samenlevingsmodel, wat betreft haar doorgedreven op standen gebaseerde machtsstructuur, wel moet behouden blijven en zelfs vervolledigd. Het verlichtingsdenken met gelijkwaardigheid en mensenrechten als grootste verworvenheden mogen nl. geen einde kennen. Naast dat verschil en mede daardoor blijkt er alsmaar meer draagvlak te bestaan voor evenwichtige *agency*-verhoudingen. Participatieve ondernemingszin viert hoogtij, gelijkheid staat daarbij centraal. Dat is niet altijd zo geweest. De inspraak met en van diverse actoren van binnen en buiten de gemeenschap vormt namelijk een groot punt van verschil met het feodale tijdperk. Iedereen heeft

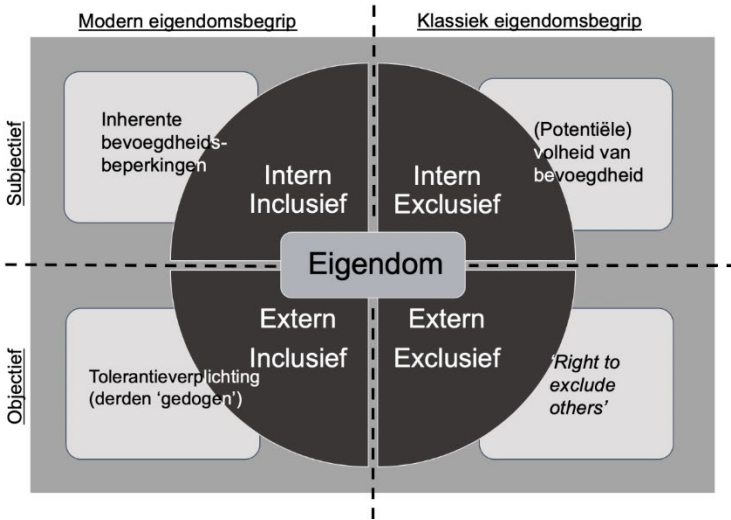
Een en ander kwam tot uiting bij het bespreken van de bezwaren die ons *civil law* rechtsdenken in zich draagt ten aanzien van een algemene *trust*figuur. Het absoluut karakter van eigendom blijkt onderhevig aan tendenzen zoals socialisering, dematerialisering en instrumentalisering. De exclusiviteit werd daarnaast ook gerelativeerd. Bovendien kan in grote mate, eerder dan van een *numerus clausus*, gesproken worden van een evolutie richting een *numerus apertus* waarbij de wilsautonomie het steeds vaker voor het zeggen heeft. Het gaat meer bepaald om een contractualisering van het goederenrecht waarbij openheid en gradatie begrippen zijn die de bovenhand nemen op de klassieke lotsgebonden beslotenheid die zich richtte op polarisatie. Tot slot wordt ook het vermogensbegrip steeds soepeler van aard. De wils- en contractsautonomie vragen immers ootmoedig om een flexibilisering waarbij het contractueel overeengekomen doel en zijn bestemmingen voorrang moeten krijgen op allerlei voorbijgestreefde

vandaag een stem, en laat ook van zich horen. Een veruitwendiging van dat *checks and balances*-denken is bijvoorbeeld de *CLT*-structuur. Zie in dat opzicht: V. SAGAERT, "Community Land Trust: achterhaalde hippies of moderne vastgoedontwikkelaars?" in J. BAEL e.a., *Opening doors. Verslagboek naar aanleiding van het nationaal notarieel congres 2017 in Gent*, Brussel, Larcier, 2017, (387) 414, nr. 47. Zie ook: B. AKKERMANS, "Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?", *TPR* 2018, (1437) 1449, nr. 19 ("Gemeenschappelijke eigendom, waarbij een eigendomsrecht wordt gedeeld door een grote groep, of zelfs door iedereen, wint in de afgelopen jaren aan populariteit. Het gaat daarbij in de 21e eeuw niet om de gemeenschappelijke eigendom van productiemiddelen zoals in een communistisch stelsel, maar om samenwerking door burgers onderling of tussen burgers en overheden om veelal duurzame doelen te bereiken." (onderlijning toegevoegd)); F. CAPRA en U. MATTEI, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland, Berret-Koehler Publishers, 2015, 131-146 e.v.; H. DAGAN en M. HELLER, "The Liberal Commons", *Yale L.J.* 2000-2001 (549) 549-623; R. DYAL-SHAND, "Sharing the Cathedral", *Connecticut Law Review* 2013, (647) 647-723; S. GUTWIRTH en I. STENGERS, "Het recht en de heropleving van de commons", *TMR* 2017, (4) 4-24; N. MOONS, "De landed commons en het recht" in I. OPDEBEEK, S. RUTTEN, E. VAN ZIMMEREN en D. VERMEIR (eds.), *Voor recht, rechtvaardigheid en Camus. Liber amicorum Bernard Hubeau*, Brugge, Die Keure, 2018, (327) 327-340; F. VAN NESTE, "Eigendom morgen", *TPR* 1983, (479) 479-491. Voornoemde *commons* zijn ook voorwerp van grootschalig trans- en interdisciplinair onderzoek. Zie daarvoor het INDIGO-onderzoeksproject, een samenwerking tussen o.a. KU Leuven en Universiteit Antwerpen. Voor meer informatie over het INDIGO-project: <http://theindigoproject.be/>. Vooral de sociale dimensie van het goederenrecht, maar ook de zgn. *tragedy of the anti-commons* is een van de hoofdoorzaken van die nieuwe tendens richting bijv. meer nieuwe collectieve eigendomsvormen (*co-housing*, *CLT*, e.d.m.). Zie: J. BUCHANAN en Y.J. YOON, "Symmetric tragedies: Commons and Anticommons Property", *Journal of Law and Economics* 2002, (453) 453-473; B. DEPOORTER, *Fragmentation of Property: the law and economics of the anticommons*, Elgar, 2006, 41 e.v., i.h.b. 67; M.A. HELLER, "The Boundaries of Private Property", *Yale L.J.* 1999, 1197 e.v.; V. SAGAERT, "Wilsautonomie in het Belgische goederenrecht", *TPR* 2019, nr. 42 (te verschijnen); V. SAGAERT, "Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten", *TPR* 2005, (983) 1046-1049, nrs. 64-67. Voornoemde *revival of the commons* is echter uitermate ruim. Zo kan ook gedacht worden aan zgn. '*digital commons*' zoals o.a. Wikipedia en Youtube. Zie daarvoor: F. STADLER, *Digital Commons: A dictionary entry*. <http://felix.openflows.com/node/137>. Dat die herijkingsoefening bij juristen niet vanzelf komt blijkt uit de bijdrage van VALGUARNERA, zie: F. VALGUARNERA, "Legal Ideology and the Commons: Why Are Jurists Falling Behind?", *Philosophy and Society* 2018, (205) 205-218.

geloofswaarheden. Echter, de relativierende onderstroom die uit dit alles blijkt, is niet zomaar relatief, doch wel inclusief. Verder dan van een relatief eigendomsbegrip en een gradueel of open goederenrecht, kan er onzes inziens dan ook gesproken worden van een inclusief eigendoms- en goederenrecht. Beiden blijken aldus niet noodzakelijk louter op exclusie gericht.²⁰⁵

51. Zo kan, wat betreft eigendom, van de volgende schematische voorstelling worden uitgegaan.

²⁰⁵ Voor een recente aanduiding van die op exclusie gerichte klassieke visie, zie: V. SAGAERT, “Community Land Trust: achterhaalde hippies of moderne vastgoedontwikkelaars?” in J. BAEL e.a., *Opening doors. Verslagboek naar aanleiding van het nationaal notarieel congres 2017 in Gent*, Brussel, Larcier, 2017, (387) 389, nr. 1. Over ‘inclusie’ zie: G. ALEXANDER, “Property’s Ends: The Publicness of Private Law Values”, *Cornell Law School Research Paper* 2014, (1) 12-13; F. CAPRA en U. MATTEI, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland, Berret-Koehler Publishers, 2015, 57-58, 135, 163 en 180; H. DAGAN, “Inside Property. Lecture and Commentary”, *U. Toronto L.J.* 2013 (1) 1-21 (“*Taking seriously the complexity and heterogeneity of property law, this article claims that a proper conception of property must account for both governance and inclusion. Neglecting governance obscures the significance of the internal life of property, which is often structured by sophisticated mechanisms aiming to facilitate various forms of interpersonal relationships in ways that no contractual arrangement can. Ignoring inclusion improperly marginalizes non-owners’ rights to entry in categories of cases where inclusion is an indispensable feature of the property institution under examination. Looking inside property in these two senses requires abandoning the conception of property as an exclusive right and substituting for it a pluralist conception.*”); H. DAGAN, *Exclusion and Inclusion in Property*, Tel-Aviv, Hanoch Dagan, 2009, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1416580, 31 p.; S. DUSOLLIER, “Inclusivity in Property”, *NYU Research Project* 2017, http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Severine%20Dusollier%20-%20Oct%2010%20forum.pdf, 14 p.; D.B. KELLY, “The Right to Include”, *Emory Law Journal* 2014, (857) 857-924. Over de relativering van de exclusiviteitsgedachte en het onderscheid tussen interne en externe exclusiviteit zie: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 890 p., i.h.b. 33-66, nrs. 23-49 en 780-783, nrs. 554-555; V. SAGAERT, “Wilsautonomie in het Belgische goederenrecht”, *TPR* 2019, nr. 43 (te verschijnen). L. KATZ, “Exclusion and Exclusivity in Property Law”, *U. Toronto L.J.* 2008, (275) 275-315.



Volgens dit schema kan eigendom worden voorgesteld als tetrapolair. Enerzijds is er het klassieke eigendomsdenken (1) waarin de absolute macht van de eigenaar centraal staat. Dit zowel op intern of subjectief vlak, als op extern of objectief vlak. Een eigenaar is nl. vrij om te beschikken over, en te genieten van zijn eigendom op de meest alomvattend mogelijke manier (a). Die *liberté*-gedachte is een verworvenheid van de Franse Revolutie en staat rechtstreeks tegenover het hiërarchische feodale samenlevingsmodel. Daarbij achtte men het bovendien nodig om verregaande afweermogelijkheden aan de eigenaar te geven (b). Die laatste blijven uitermate nuttig in geval van insolventie of bij fouten en/of bedrieglijkheden. Anderzijds is ook de erkenning – onder druk van alle voornoemde evoluties: zowel rechtstheoretisch als rechtseconomisch – van de inclusie van het eigendomsrecht (2) een onbetwistbare verworvenheid. Enerzijds zal nu en dan een eigenaar derden moeten gedogen onder druk van bepaalde maatschappelijke verwachtingen of omwille van rechtmatige aanspraken uitgaande van die derde zelf (a). Daarnaast – en op dit vlak is het recht vooralsnog vaak (te) terughoudend – vraagt eigendom zowel vanuit een *tragedy of the anti-commons* als vanuit een *tragedy of the commons*-oogpunt een inherent verantwoord (lees: duurzaam) omgaan met verkregen eigendomsbevoegdheden en dus een aanzienlijke inperking van zowel het absoluut, als het exclusief karakter van eigendom (b). Het is vooral die laatste component (2b), met name de zgn. interne of subjectieve inclusiviteit die de deur naar het vraagstuk over duurzaamheid opent, en de benaarding van een zgn. *regenerative* goederenrecht centraal plaatst (zie verder *infra*).

52. Het is bovendien onder druk van dit almaar inclusiever wordend eigendomsbegrip – en almaar gradueler worden goederenrecht – dat de vraag

naar de invoering van een algemene *trust*figuur in het Belgische recht draagvlak heeft gevonden (zie *infra*).

1.3.2. *When two worlds meet: synthese mogelijk?*

53. Daarnaast blijkt uit al voorgaand schrijven dat een werk over de *trust* (en *trust*achtige figuren) – die *nota bene* veel van de onaangename facetten van het feodalistie hielp verzachten – moeizaam onder een heldere en ondubbelzinnige noemer kan worden geplaatst. Men lijkt niet te kunnen vatten waarover het nu dan wel gaat bij deze – al te gemakkelijk te herkennen – olifant: *dual ownership*, dan wel *dual patrimony*? Wat traditioneel niet kan in onze *civil law* contreien wordt fijntjes, doch mits enige pragmatische toegeving, opgelost door middel van vermogensplitsing. Omgekeerd lijkt de *common law* klassiek dan weer meer te voelen voor eigendomsplitsing en wordt een uitgewerkte theorie over vermogen en vermogenscompartimentering op het eerste zicht links gelaten. Echter, niets is minder waar. Functioneel bekeken hebben de Engelsen immers een zeer uitgebreid, soepel en pragmatisch vermogensplitsingsleerstuk, met name de *trust* zelve. Vervolgens en daarenboven voegen zij aan voornoemde *ring-fenced pool of assets (dual patrimony)*, een evenwichtig *agency*-denken toe (*dual ownership*). Op die manier komt geruisloos een geniale *governance-based exclusion*²⁰⁶ – niet loutere *exclusion* – tot stand, waar geen van beide thema's – noch eigendom, noch vermogen – los van elkaar het voortouw nemen, doch allen samen even essentieel bestaan met het oog op een onwijs doeltreffende flexibiliteit. Beide gaan dus samen. Het functionele plaatje klopt. Te meer en net omdat men verder kijkt dan louter naar externe functionaliteit.²⁰⁷

Een en ander maakt dat bijv. de invoering van een wettelijke grondslag voor een doelvermogen in zijn algemeenheid, voor niets is geweest

²⁰⁶ Vgl. M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 150 e.v., 164 en 181-183.

²⁰⁷ In nrs. 43 en 44 werd het functionele aspect van de *trust* besproken, i.h.b. zijn resistentie tegen insolventie en moge-lijk misbruik. Dat belangrijke aspect neemt dus niet weg dat daarnaast ook de *agency*-verhouding bij de *trust* – en overigens bij elke *trust*achtige figuur – erg van belang is. De *common law trust* bereikt dit door de zgn. *legal and beneficial title split*. Minstens is een soepel, pragmatisch en niet te dogmatisch, of kortom een “*anti-conceptual*” (*civil law*?) eigendomsrecht vereist. Zie in dat opzicht de bijdrage van DE WAAL: M.J. DE WAAL, “Die soepelheid van die eiendomsbegrip in die trustreg”, *TPR* 2017, (529) 529-561, nrs. 1-26; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 890 p., i.h.b. 783-790, nrs. 556-560 en 801-810, nrs. 572-575; P. MATTHEWS, “The compatibility of the trust with the civil law notion of property” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (313) 313 (“*One of the characteristics of the common law that has facilitated the development and the growth of the trust institution has been its anti-conceptual approach to the idea of property.*”) en 316; B. MCFARLANE, “The trust and its civilian analogues”, in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (512) 522-523 (“*If, therefore, a civilian or mixed system wishes to capture the advantages of the trust, it must be prepared to accept the breach of one or more of its fundamental rules.*”).

wanneer blijkt dat het evenwichtige *checks and balances*-denken van bij de *true trust* uiteindelijk afwezig is.

1.4. LA FIDUCIE BELGE

1.4.1. Algemeen

1.4.2. Nood aan een *trust*(achtige *fiducie*)

54. ALGEMEEN: VERSNIPPERING – Ondanks bovenstaande – te relativeren – bezwaren die er zijn op de invoering van een algemeen *trustequivalent* in het Belgische recht, maakt een en ander dat *trust*achtige figuren en fiduciaire constructies allerminst afwezig zijn in ons *civil law* rechtsstelsel.²⁰⁸ Integendeel, gedacht kan worden aan de middellijke vertegenwoordiging, het *fideicommiss* (*de residuo*), het recent wetgevend ingrijpen aangaande de kwaliteitsrekening, het voorlopig bewind, de rechtspersoonstechniek (inclusief i.h.b. bijv. de private stichting), de leasing, het croupiercontract, de certificering van vennootschapseffecten, het eigendomsvoorbehoud, portageovereenkomsten, de wet betreffende de financiële zekerheden, factoring, beleggingsfondsen enz.²⁰⁹ Aan keuze tussen *trust*achtige patronen geen gebrek, zo blijkt.

²⁰⁸ E. DIRIX en V. SAGAERT, “Trusts in European civil law: on building bridges and Trojan horses” in H. MOSTERT en M.J. DE WAAL (eds.), *Essays in Honour of CG van der Merwe*, Durban, LexisNexis, 2011, (275) 279; E. DIRIX, “La propriété fiduciaire, outil de gestion. Les comptes rubriqués et qualitatifs” in J. HERBOTS en D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst: praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, (175) 175-176, nr. 1; J.H. HERBOTS, “Hoofdkenmerken van de Anglo-Amerikaanse trust” in J. HERBOTS en D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst: praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, (1) 7, nr. 12 e.v.; M.E. STORME, “Van Trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, (703) 703-819, 760, nrs. 86 e.v. en 812, nr. 183; H. SWENNEN, “Trustachtige rechtsfiguren in België?”, *TPR* 1992, (1097) 1097, nr. 1 e.v.; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 458-462, nr. 142; A. VERBEKE, “Eigendomsoverdracht tot zekerheid. Een genuanceerd beeld” in J. HERBOTS en D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst: praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, (327) 327-328, nrs. 2-4; [Frankrijk] F. BARRIÈRE, “The French fiducie, or the chaotic awakening of a sleeping beauty” in L. SMITH, *Re-imagining the Trust. Trusts in Civil Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, (222) 223 e.v.; M. GRIMALDI en F. BARRIÈRE, “La fiducie en droit français” in M.C. CUMYN (ed.), *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Brussel, Bruylant, 1999, (237) 237-263, i.h.b. 238-239, nr. 1 e.v.

²⁰⁹ A. AYDOGAN, “[Private stichting] De private stichting in vogelvlucht”, *Notariaat* 2016, afl. 5, (7) 7-14; M.-F. DE POVER, *Trust, Fiducie. Administratiekantoor, fondation du Liechtenstein in Répertoire Notarial*, Brussel, Larcier, 2001, 90, nr. 71 e.v. en 118, nr. 122 e.v.; S. DE RAEDT en M. TRAEEST, *Trust en privaate vermogensbeheer*, Antwerpen, Maklu, 2000, 40-43, nrs. 33-40; C. DE WULF, *The trust and corresponding institutions in the civil law in Interuniversitair centrum voor rechtsvergelijking*, Brussel, Bruylant, 1965, 32; L. DHAENE, “De verhouding tussen de certificaathouder en de vennootschap”, *Jura Falconis* 2000-01, (327) 327; E. DIRIX, “Commentaar bij art. 8/1 Hyp.W.”, *Comm. Voor.* 2014, afl. 51, 8, nr. 7; E. DIRIX en V. SAGAERT, “Trusts in European civil law: on building bridges and Trojan horses” in H. MOSTERT en M.J. DE WAAL (eds.), *Essays in Honour of CG van der Merwe*, Durban, LexisNexis, 2011, (275) 279-283, i.h.b. 282-283; E. DIRIX en V. SAGAERT, “De kwaliteitsrekening herbezocht”, *TPR* 2004, (263) 269,

Van dergelijke *trust*tachtigen is volgens STORME reeds sprake wanneer een rechtsverhouding voorligt “*waarbij het beheer van goederen aan één partij is toevertrouwd, doch de vermogenswaarde ervan aan één of meer anderen dient toe te komen.*”²¹⁰ Daarbij is het onzes inziens ook van belang een zekere loyaliteitsverplichting (lees: een in rechte beschermde – al dan niet zakenrechtelijke – aanspraak van de begunstigde(n) voor wiens rekening wordt gehandeld) te erkennen als wezenlijk element van een *trust*tachtige figuur.

nr. 6; K. GEENS, “Croupier, tontine en fiducia: over eigendom en controle in de familiale onderneming” in X., *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, (377) 390, nr. 17; K. GEENS en M. WYCKAERT, “Administratiekantoren, beleggingsfondsen en portage-overeenkomsten” in J. HERBOTS en D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst: praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, (129) 129, nr. 1, 131, nr. 4 e.v., 155, nr. 33 e.v. en 161, nr. 37 e.v.; D. GRUYAERT, “Fiduciaire rechtsfiguren in het notariaat” in F. BUYSSENS en A.L. VERBEKE (eds.), *Notariële actualiteit 2016-2017*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (45) 45-74, i.h.b. 53-63, nrs. 14-27 en 64-75, nrs. 28-41; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 401-407, nrs. 306-310, 409-481, nrs. 313-355 en 493-549, nrs. 366-397; A. HAELTERMAN, “Taxation of Fiduciary Relationships (and Related Structures)”, *ET* 1997, 50; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Mortsel, Intersentia, 2009, 330, nr. 386 e.v., i.h.b., nrs. 387 en 389, geraadpleegd via Jurisquare; R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 311-336, nrs. 360-392; V. SAGAERT en D. GRUYAERT, “Een nieuw wetgevend kader voor de kwaliteitsrekening”, *RW* 2014-15, (522) 522-533; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 180-186, nrs. 208-211; V. SAGAERT, “Het *fideicommissus de residuo* door de bril van het goederenrecht: mogelijkheden, beperkingen en evoluties”, in R. BARBAIX en N. CARETTE (eds.), *Tendensen Vermogensrecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2013 (145) 145-166, i.h.b. 152, nr. 10 en 166, nr. 31; V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten”, *TPR* 2005, (983) 1019-1021, nr. 36; V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, “De wet financiële zekerheden”, *RW* 2004-05, nr. 39, (1521) 1521-1550; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 237, nr. 271 e.v.; V. SAGAERT, “De derdenrekening van een advocaat: een algemene kwaliteitsrekening?” (noot onder Brussel 26 maart 2002), *TBBR* 2003, (318) 319, nr. 6; I. SAMOY, *Middellijke Vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 762 p. (zie ook: 499, nr. 770 e.v., i.h.b. 506, nr. 780); P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Meerderjarige beschermde personen*, Brugge, die Keure, 2014, 536 p.; M.E. STORME, “Paritas creditorum, voorrang en roerende zekerheden”, *TPR* 2006, (939) 1081, nr. 260; M.E. STORME, “Van Trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, (703) 755, nr. 81 en 760, nr. 87 en de nieuwe randnummers: nr. 69-157ter, 81ter en 157bis, www.law.kuleuven.be/personal/instorme/trust.pdf; M.E. STORME, “Vertrouwen is goed, dual ownership is beter: elf essentialia bij de invoering van een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgisch recht”, *RW* 1996-97, (137) 139, nr. 6; F. SWENNEN, *Het Personen- en Familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 218-239; H. SWENNEN, “Trustachtige rechtsfiguren in België?”, *TPR* 1992, (1097) 1097, nr. 1 e.v.; H. SWENNEN, “Trustachtige rechtsfiguren in België”, *TPR* 1992, (1097) 1097-1132; J. VAN DEN MEUTER, *De private stichting en het zorgenkind in R/NPS*, Mechelen, Kluwer, 2018, 15-24, nrs. 25-43; A. VERBEKE, H. DERYCKE en P. LALEMAN, *Vermogensplanning: alternatieve vormen*, Brussel, Larcier, 2010, 92; A. VERBEKE, “Certificering van effecten. Nuttig instrument voor successieplanning?”, *Not.Fisc.M.* 1999, (43) 45, nr. 2.

²¹⁰ M.E. STORME, “Van Trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, (703) 703-819, i.h.b. 708, nr. 3. Zie ook: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 778-780, nr. 553; B. RUDDEN, “Things as Thing and Things as Wealth”, *OxJLS* 1994, (81) 81-97.

Verder kunnen zowel de *trust* als alle voornoemde *trust*achtige figuren worden beschouwd als bijzondere modaliteiten van de meer algemene idee van fiduciaire eigendom,²¹¹ waarbij een persoon zijn eigendomsrecht met betrekking tot een of meerdere goederen dient uit te oefenen ten voordele van een of meer andere personen of een welbepaald doel en waarbij de bevoegdheden van deze juridische eigenaar aan banden worden gelegd ten voordele van dat doelgebonden beheer (of met het oogmerk zekerheid te verschaffen).²¹² De talrijke aanwezigheid van deze rechtsfiguren kadert in de hoger beschreven tendens tot instrumentalisering of functionalisering van het eigendomsrecht. Doelgebondenheid komt zoals gezegd steeds meer centraal te staan.²¹³

²¹¹ Voor de Engelse *trust* zie: S. GARDNER, *An Introduction to the Law of Trusts in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 15 e.v.; S. WILSON, *Todd & Wilson's Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 9 en 329 e.v. Zie ook: M.J. DE WAAL, "The Core Elements of the Trust: Aspects of the English, Scottish and South African Trusts Compared", *SALJ* 2000, (548) 557-559; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1969, 249-254, nr. 90, i.h.b. 250-251; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid. Rechtsvergelijkende bijdrage tot een algemene theorie van bewind over andermans vermogen*, Brussel, Bruylant, 1962, 29-30, nr. 11; N.S.G.J. VERMUNT, "De trust in het zekerhedenrecht: Engelse perspectieven" in N.E.D. FABER en N.S.G.J. VERMUNT (eds.), *Fiduciële verhoudingen: libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann*, Deventer, Kluwer, 2007, (247) 250; W.J. ZWALVE, *C.A.E. Uniken Venema's Common Law & Civil Law: Inleiding tot het Anglo-Amerikaanse vermogensrecht*, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, 359.

²¹² Wanneer dit fiduciair eigendomsrecht uitgeoefend wordt met het oog op een doelmatig *beheer* van het goed waarop het betrekking heeft, spreekt men van fiduciaire eigendom ten titel van beheer (*fiducia cum amico*), wanneer men het eigendomsrecht aanwendt voor *zekerheidsdoeleinden*, wordt gesproken van fiduciaire eigendom ten titel van zekerheid (*fiducia cum creditore*). Zoals hoger reeds gezegd, spitsen wij ons in deze tekst toe op de eerste variant. Zie over het begrip: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen* in *Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 15-16, nr. 10; M.-F. DE POVER, *Trust, Fiducie. Administratiekantoor, Fondation du Liechtenstein in Répertoire Notarial*, Brussel, Larcier, 2001, 85 e.v.; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 180-186, nrs. 208-211; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard, 1969, 465-466, nr. 144.

²¹³ L. DE KEYSER, "Eigendomsrecht en nieuwe contractvormen: leasing, franchising en factoring", *RW* 1983-84, (2407) 2409-2410; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 180-181, nr. 208; V. SAGAERT en R. JANSSEN, "Goederenrecht: de gestage groei naar een conventioneel vermogensrecht", *RW* 2011-12, (68) 70-71, nr. 9; V. SAGAERT, "Nieuwe perspectieven op het eigendomsrecht na twee eeuwen burgerlijk wetboek" in P. LECOCQ, B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Zakenrecht/Droit des biens*, Brugge, Die Keure, 2005, (43) 56-64, nrs. 16-29; F. VAN NESTE, "Eigendom morgen", *TPR* 1983, (479) 484-485, nr. 5, *in fine*. Zie ook: Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 "Goederen" in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 80-81: "De personalisering van het vermogensbegrip maakt tot op zekere hoogte plaats voor een functionalisering van het vermogensbegrip. Geleidelijk heeft de 'subjectieve' opvatting van het vermogen – d.w.z. de koppeling van het vermogen aan het rechtssubject – plaatsgemaakt voor een 'objectieve' invulling. Ons recht erkende steeds meer

De alomtegenwoordigheid van al die inheemse *trust*varianten of fiduciaire eigendomsvormen – met tal van zakenrechtelijke schakeringen – en de immer groeiende internationale mobiliteit, alsook het daarmee samenhangend stijgend aanbod aan buitenlandse *trusts* en *trust*achtige constructies, maken dat dergelijke structuren een zeer versnipperd bestaan leiden en dus bijdragen tot de door VAN GERVEN gewaargeworden “*verkokering van het privaatrecht*”.²¹⁴

Ergo versnippering alom...

55. IN VERGELIJKING MET ANDERE RECHTSFIGUREN – Van belang daarbij is weliswaar na te gaan hoe desondanks voornoemde varianten zich ten opzichte van elkaar verhouden; om zodoende uiteindelijk te kunnen laten gaan wat overbodig is, doch zeker ook te behouden dat wat nodig is. Beheerseigendom gaat door als gemene noemer. Wat betreft de middellijke vertegenwoordiging vallen meteen enkele verschillen op. Vooreerst worden fiduciaire beheerseigendomsconstructies zoals *trusts* vaak opgezet om te voorkomen dat goederen onmiddellijk toekomen aan de begunstigden en terstond in hun vermogen vallen.²¹⁵ Daarnaast zorgt het werken met een vertegenwoordigingsfiguur inherent voor een zeer afhankelijke verstandhouding waarbij het zich conformeren naar een mandaat centraal staat, is de overeenkomst bovendien vaak al te gemakkelijk herroepbaar, alsook in beginsel niet privaatief (de vertegenwoordigde blijft gelijktijdig beschikkingsbevoegd; dat is anders bij bijv. de kwaliteitsrekening).²¹⁶

vormen van doelvermogens, die aan een bepaalde bestemming zijn gebonden, en niet tot het verhaalsonderpand van de schuldeisers behoren. De voorgestelde invoering van een bewindsfiguur en de figuur van de kwaliteitsrekening dragen daar zeker toe bij.”

²¹⁴ E. DIRIX en V. SAGAERT, “Trusts in European civil law: on building bridges and Trojan horses” in H. MOSTERT en M.J. DE WAAL (eds.), *Essays in Honour of CG van der Merwe*, Durban, LexisNexis, 2011, (275) 282-283; W. VAN GERVEN, “Verkokering van het privaatrecht”, *TPR* 1991, (1021) 1021-1023; F. VAN NESTE, “Eigendom morgen”, *TPR* 1983, (479) 479-480, nr. 1. Zie eveneens: Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoering van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 86.

²¹⁵ Hoewel zij eigenlijk ook in eigen naam, maar voor rekening van een ander gebeuren. Zie: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 482-485, nr. 357 en 683-684, nr. 496; M.E. STORME, “Overdracht van roerende goederen, vestiging van pandrecht, eigendomsvoorbehoud: een poging tot systematisatie” in H. CASMAN, E. DIRIX en R. DE CORTE (eds.), *Het zakenrecht: absoluut niet een rustig bezit*, Antwerpen, Kluwer, 1992, (403) 426 e.v.; [Frankrijk] F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie in Bibliothèque de droit de l’entreprise*, Parijs, Litec, 2004, 227, nr. 282 e.v.; Y. EMERICH, “Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens”, *RIDC* 2009, (49) 58-59; F. ZENATI-CASTAING en T. REVET, *Les biens in Droit fondamental.Droit classique*, Parijs, PUF, 2008, 420, nr. 263.

²¹⁶ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 482-485, nr. 357 en 683-684, nr. 496; A. PEZARD, “La fiducie, un instrument juridique utile” in J. HERBOTS en D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst:*

Voorts wordt vaak de vergelijking gemaakt tussen een algemene *trust*achtige beheersconstructie en de creatie van een rechtspersoon. Dat laatste is daarentegen weliswaar wel een afzonderlijk rechtssubject met een eigen één en ondeelbaar vermogen.²¹⁷ Dat beide functioneel equivalent zijn, blijkt o.a. uit de figuur van de private stichting die haar vermogen aanwendt ter behartiging van een belangeloos voorwerp (vgl. *purpose trust*).²¹⁸ De

practische implicaties, Brussel, Bruylant, 1997, (113) 113 e.v.; I. SAMOY, *Middellijke Vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 95-103, nrs. 126-138; M.E. STORME, “Van Trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, (703) 769-770, nr. 106 e.v., alsook het nieuwe randnummer: nr. 107 e.v., www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/trust.pdf; M.E. STORME, “Vertrouwen is goed, dual ownership is beter: elf essentialia bij de invoering van een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgisch recht”, *RW* 1996-97, (137) 138-139, nr. 4; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 462-464, nr. 143; [Frankrijk] F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie in Bibliothèque de droit de l'entreprise*, Parijs, Litec, 2004, 228-230, nr. 285; Y. EMERICH, “Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens”, *RIDC* 2009, (49) 59. Zie ook: G.L. GRETTON, “Trusts Without Equity”, *JCLQ* 2000, (599) 603.

²¹⁷ P. LEPAULLE, “An Outsider’s View Point of the Nature of Trusts”, *Cornell L.Q.* 1928-29, (52) 52-61, i.h.b. 55-56; M.E. STORME, “Van Trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, (703) 750, nr. 70 e.v., i.h.b. 750-751, nr. 71; M.E. STORME, “Vertrouwen is goed, dual ownership is beter: elf essentialia bij de invoering van een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgisch recht”, *RW* 1996-97, (137) 139, nr. 6; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 238-240, nr. 87, i.h.b. 239.

²¹⁸ Wet 2 mei 2002 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen, *BS* 11 december 2002; J.-P. BONTE, “Overdracht en controle van het familiebedrijf: twee Belgische structuren: bvba of stichting”, *DAOR* 2011, vol. 98, (155) 161; P. LAVRYSEN, “De private stichting: een volwaardig alternatief voor de Nederlandse stichting-administratiekantoor?”, *TBH* 2002, (667) 672, nr. 17 en 677, nr. 28; R. VAN BOVEN, *De Belgische stichting*, Brussel, Larcier, 2011, 4 e.v. Zie ook: D. HAYTON, “Foundations and trusts contrasted”, *Trust & Trustees* 2011, (462) 462-469. In de benadering van het nieuwe recht aangaande vennootschappen en verenigingen “[...] zullen verenigingen en stichtingen, die beide ondernemingen zullen zijn overeenkomstig het WER, gelijk welke activiteit kunnen uitoefenen om in de nodige financiële middelen te voorzien voor hun belangeloos voorwerp (de nieuwe benaming voor “doel”, zoals hieronder wordt toegelicht). Het onderscheid tussen vennootschap en vereniging zal er daarentegen in bestaan dat de eerste tot doel heeft ten minste een gedeelte van haar winsten aan haar vennoten uit te keren, waar elke uitkering in de tweede zonder meer is verboden.” Zie: Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET RECHTSPERSONENRECHT o.l.v. H. DE WULF, P.A. FORIERS, J.-M. NELISSEN GRADE en M. WYCKAERT) tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3119/001, 8-9. “Benadrukt moet wel dat het niet gerechtigd zijn tot de opbrengsten van het stichtingsvermogen (er zijn zelfs geen leden aan wie vermogensvoordelen zouden kunnen toekomen), en daarenboven het feit dat het vermogen wordt aangewend voor een belangeloos doel (geen eenduidigheid omtrent de vraag welke belangen het stichtingsbelang kleuren), leiden tot een potentieel erg problematisch agencyprobleem. Regels inzake aansprakelijkheid en deugdelijk bestuur zijn aldus onontbeerlijk.” Zie: S. DE DIER en M. WYCKAERT, *De vzw herboren als onderneming in Recht in beweging 25^{te} VRG Alumni dag*, Leuven, Gompel&Svacina, 2018, 72-73, nr. 16; S. DE DIER, “Nietigheid van besluiten van een rechtspersoon: zijn outsiders vorderingsgerechtigd?”, in *De vennootschaps- en verenigingsrechter*, Brussel, Larcier, 2017, 184 e.v.; H. HANSMANN,

oprichting van een rechtspersoon is evenwel een voldoende, doch zeker geen noodzakelijke voorwaarde voor de creatie van een doelvermogen.²¹⁹ Opmerkelijke verschilpunten zijn o.a. dat vennootschappen doorgaans niet worden opgericht als een groepering van goederen (of ‘fonds’), doch wel van personen (vgl. *trustfund*). Alsook zijn er in de regel flink wat voorwaarden en formaliteiten gekoppeld aan zowel de oprichting als het voortbestaan van een rechtspersoon; een en ander als prijs voor de beperkte aansprakelijkheid en dus om *moral hazard* tegen te gaan. Het grootste punt van onderscheid echter, is dat bij vennootschappen eigendom en zeggenschap over goederen veelal geconcentreerd blijven samengaan, terwijl bij een *trust*achtig concept staathuishoudkundig gezien de *wealth* of het economische belang en de *title* of zeggenschap over de goederen (beheers- en beschikkingsbevoegdheid) precies

“Economic theories of nonprofit organization”, in *The nonprofit sector: A research handbook*, Yale University Press, 1987, 31-32; F. OSTROWER en M. STONE, “Governance: research trends, gaps and future prospects”, in *The nonprofit sector. A research handbook*, Yale University Press, 2006, 613; J. VANANROYE, “Le bel excès: een voorstel voor hervorming van het recht voor VZW’s en stichtingen met minder regels en een strengere handhaving”, *TRV* 2015, 281.

²¹⁹ K. GEENS, “De fundamente van het vennootschapsrecht doorheen geschud voor de eeuwwende” in F. BOUCKAERT, K. GEENS en F. HELLEMANS (eds.), *De nieuwe vennootschaps-wetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblio, 1995, (13) 26, nr. 16; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 721-724, nr. 517, i.h.b. 722; J. VANANROYE, “Over stille en openbare maatschappen”, *TPR* 1999, (1453) 1504, nr. 44; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 249-254, nr. 90, i.h.b. 253-254 en 255-258, nr. 92 e.v.; [Frankrijk] F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie in Bibliothèque de droit de l’entreprise*, Parijs, Litec, 2004, 328-330, nr. 416, i.h.b. 330, *in fine*. Zie ook: D.W. AERTSEN, *De Trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 74.

van elkaar losgekoppeld worden.²²⁰ Reden waarom er vaak uitdrukkelijk voor wordt gepochteerd om *trust*tachtigen niet als rechtspersoon te kwalificeren.²²¹

Wel is het zo dat bijv. de maatschap zonder rechtspersoonlijkheid, maar ook – en vooral – met (onvolkomen) rechtspersoonlijkheid én stille vennoten (*i.e.* zgn. commanditaire vennootschap), dicht in de buurt komt van

²²⁰ M.E. STORME, “Van Trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, (703) 750-751, nr. 71; M.E. STORME, “Vertrouwen is goed, dual ownership is beter: elf essentialia bij de invoering van een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgische recht”, *RW* 1996-97, (137) 139, nr. 6; [Frankrijk] F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie in Bibliothèque de droit de l'entreprise*, Parijs, Litec, 2004, 232-234, nr. 288 (“Ainsi, l’*affectio societatis*, élément qui traditionnellement caractérisait le *contract de société*, pourrait retrouver, dans une certaine mesure, le rôle qui devrait être le sien en matière de société. En outre, le recours à la fiducie et non à la société pourrait permettre de redonner plus de vigueur à l’intérêt social en matière de sociétés.”) en 328-330, nr. 416. Zie ook: R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 1977, 302, voetnoot 5 en 328-331; A. STENEKER, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen in Serie onderneming en recht*, 29, Deventer, Kluwer, 2005, 275. Met de hervorming van het vennootschaps- en verenigingsrecht zijn bepaalde overbodige formaliteiten verleden tijd. Vereenvoudiging en flexibiliteit golden dan ook als voornaamste krachtlijnen van de hervorming. Te denken valt bijvoorbeeld aan de beperking van het aantal vennootschapsvormen en de afschaffing van het kapitaalbegrip in de BV. Daar komen performantere systemen als waarborg voor in de plaats: financieel plan, netto-actief en liquiditeitstest, enz. Een en ander maakt dat ook die versoepeling kan gezien worden in de trend richting een steeds soepeler, alsook meer doelgebonden vermogensbegrip (zie *supra*). Vermogenscompartimentering ter verwezenlijking van een welbepaald doel wordt toch enigszins eenvoudiger. Zie: Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET RECHTSPERSONENRECHT o.l.v. H. DE WULF, P.A. FORIERS, J.-M. NELISSEN GRADE en M. WYCKAERT) tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3119/001, 7-15. Zie ook: J. VANANROYE, “Over de schutting. Oratie gehouden op 1 april 2019 te Leiden ter gelegenheid van de TPR Wissellestoel (1). Waarom wordt vermogensplitsing anders gewaardeerd in het burgerlijk en het ondernemingsrecht?”, *Corporate Finance Lab* 2018, <https://corporatefinancelab.org>.

²²¹ M.b.t. de *draft Directive on protected funds*, zie: S.C.J.J. KORTMANN, D.J. HAYTON, N.E.D. FABER, K.G.C. REID en J.W.A. BIEMANS (eds.), *Towards an EU Directive on Protected Funds*, Deventer, Kluwer, 2009, 14. M.b.t. de Québecse *fiducie*, zie: Y. EMERICH, “La fiducie civiliste: modalité de la propriété ou intermède à la propriété?”, *McGill Law Journal* 2013, (827) 844-845. M.b.t. de zgn. *mixed legal systems*, zie: M.J. DE WAAL, “Is the DCFR trust a ‘proper’ trust? An evaluation from a South African perspective”, *Acta Juridica* 2014, (219) 223; M.J. DE WAAL, “The core elements of the trust: aspects of the English, Scottish and South African trusts compared”, *SALJ* 2000, (548) 563; K.G.C. REID, “Patrimony not Equity: the Trust in Scotland” in J.M. MILO en J.M. SMITS (eds.), *Trusts in Mixed Legal Systems in Ars Aequi Cahiers Privaatrecht*, 12, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2001, 25; L.D. SMITH, “Trust and Patrimony”, *Revue générale de droit* 2008, (379) 380. M.b.t. de Anglo-Amerikaanse *trust*, zie: A. BRAUN en W. SWADLING, “Management: trust, *treuhand* and *fiducie*” in S. VAN ERP en B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law in Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford, Hart, 2012, (553) 555; D.J. HAYTON, *The Law of Trusts in Fundamental Principles of Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 3; D.J. HAYTON, “Trusts” in D.J. HAYTON, S.C.J.J. KORTMANN, A.J.M. NUYTINCK, A.V.M. STRUYCKEN en N.E.D. FABER (eds.), *Vertrouwd met de Trust: Trust and Trust-like Arrangements*, Deventer, Tjeenk Willink, 1996, (3) 3; B. SHAH, “Trustee’s indemnity and creditor’s rights”, *Trust & Trustees* 2013, (79) 79; G. WATT, *Trusts and Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 44-46.

een flexibele, functioneel doeltreffende en evenwichtige belangenverdeling tussen *wealth* en zeggenschap.²²²

56. LET THE BEAST GO – Het is onder meer omwille van voornoemd versnipperd fiduciair landschap van allerlei *quasi trust*achtige constructies die het juridisch toebehoren en het economische belang van een goed van elkaar scheiden, en dus vanwege het gebrek aan eenduidige en sluitende concepten, dat de vraag naar de invoering van een algemene (en functionele) *trust*(achtige bewindsfiguur) bij een aantal Belgische auteurs is geroepen.²²³ Vanuit o.a. een

²²² Ook deze vennootschappen beschikken immers over een eigen vermogen. De oprichting van een vennootschap zonder (of met onvolkomen) rechtspersoonlijkheid voert nl. eveneens een scheiding in tussen het vermogen van de vennoten en het vennootschapsvermogen. “*Het ‘vermogen’ van de maatschap moet aldus worden begrepen als een onverdeeld doelvermogen dat technisch aan haar gezamenlijke vennoten toebehoort, maar zich niet vermengt met de goederen uit hun persoonlijk vermogen.*” *Affirmative asset partitioning* (of ook: *entity shielding*) is aanwezig, *defensive asset partitioning* ontbreekt. *Cross-overs* zijn derhalve voorhanden, doch voornamelijk in de richting naar het persoonlijk vermogen van de aandeelhouders (uitz. stille of commanditaire venno(o)t(en)). Zie: Art. 4:13 van het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen (hierna: WVV); Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET RECHTSPERSONENRECHT o.l.v. H. DE WULF, P.A. FORIERS, J.-M. NELISSEN GRADE en M. WYCKAERT) tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3119/001, 121-122; C. CLOTTENS, “Editoriaal: Bescherming van het privévermogen van de ondernemer”, *TRV* 2012, (239) 239; K. GEENS, “De fundamenten van het vennootschapsrecht doorheen geschud voor de eeuwwende” in F. BOUCKAERT, K. GEENS en F. HELLEMANS (eds.), *De nieuwe vennootschaps wetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblo, 1995, (13) 28, nr. 21; H. HANSMANN en R. KRAAKMAN, “The Essential Role of Organizational Law”, *Yale L.J.* 2000-01, (387) 393-396; F. HELLEMANS en F. PARREIN, “Het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen: (ver)bouwen in vertrouwen” in M. WYCKAERT, E. DE BIE, F. HELLEMANS, F. PARREIN, R. TAS, B. VAN BAELLEN, J. VAN EETVELDE en T. VOS, *Themis 105 – Vennootschapsrecht*, Brugge, die Keure, 15-16, nrs. 24-26; V. SAGAERT, “De beëindiging van conventionele onverdeelde heden. Nee, of toch?” in R. BARBAIX en N. CARETTE (eds.), *Tendensen vermogensrecht 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (93) 99, nr. 13; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 297, nr. 353; M.E. STORME, *Handboek vermogensrecht: goederen- en insolventierecht, I, Algemeen zakenrecht. Algemene begrippen en beginselen*, Gent-Mariakerke, M.E. Storme, 2010, 218; J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon: Technieken van vermogensafschieding, vermogensovergang en vermogensvereffening in het burgerlijk en ondernemingsrecht*, Antwerpen, Biblo, 2014, 262, nr. 354; J. VANANROYE, “Vermogensstructuur, aansprakelijkheid en verhaalbaarheid in de maatschap” in *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblo, 1999, 212 e.v., nr. 7 e.v. Zie ook: L. KACZMAREK, “Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l’opération”, *D.* 2009, (1845) 1846, nr. 9.

²²³ M.-F. DE POVER, *Trust, Fiducie. Administratiekantoor, fondation du Liechtenstein in Répertoire Notarial*, Brussel, Larcier, 2001, 251 p.; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 683, nr. 496, 741, nr. 531 en 747-764, nrs. 535-543; J.H. HERBOTS, “Pleidooi voor de invoering in België van het fiduciaire contract naar het trustnabootsende Franse model”, *RW* 1993-94, (313) 313-319, nrs. 1-22; J.L. JEGHERS, “La difficile intégration du trust anglo-saxon en droit civil belge”, *RNB* 1991, (311) 332; R. PRIOUX, “L’admissibilité en Belgique de l’administratiekantoor, de la fiducie et du trust portant sur des actions d’une société de droit belge”, *JT* 1996, (449) 449-459, nrs. 1-41; M.E. STORME, “Van Trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, (703) 813-814, nr. 185; M.E. STORME, “Vertrouwen is goed, dual ownership is beter: elf essentialia bij

steeds meer verstrekkende Europese integratie, doch vooral om beweegredenen van economische en politieke aard, lijkt de vraag naar en de nood aan een Belgisch *trust*-equivalent niet langer te ontkennen.²²⁴ Daarbij komt nog dat verschillende continentale rechtsstelsels reeds een algemene *trust*-achtige figuur erkennen;²²⁵ alsook dat vanuit internationaal oogpunt –

de invoering van een *trust*-achtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgisch recht”, *RW* 1996-97, (137) 137-154; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 458-462, nr. 142 en 464-472, nrs. 144-145; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid. Rechtsvergelijkende bijdrage tot een algemene theorie van bewind over andermans vermogen*, Brussel, Bruylant, 1962, 28-40, nrs. 10-18. Zie evenwel: C. DE WITTE, “Kan Trust in België een nuttig instrument zijn voor vermogensplanning?”, *Jura Falc.* 2006-07, (539) 550. Over de mogelijkheid van een doelvermogen als algemene *trust*-achtige rechtsfiguur zie: E. DIRIX en V. SAGAERT, “Trusts in European civil law: on building bridges and Trojan horses” in H. MOSTERT en M.J. DE WAAL (eds.), *Essays in Honour of CG van der Merwe*, Durban, LexisNexis, 2011, (275) 279; J.H. HERBOTS, “Hoofdkenmerken van de Anglo-Amerikaanse trust” in J. HERBOTS en D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst: praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, (1) 17-18, nr. 26; M.E. STORME, “Vertrouwen is goed, dual ownership is beter: elf essentialia bij de invoering van een *trust*-achtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgisch recht”, *RW* 1996-97, (137) 142, nr. 18; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 458, nr. 142 e.v.; A. VERBEKE, “Eigendomsoverdracht tot zekerheid. Een genuanceerd beeld” in J. HERBOTS en D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst: praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, (327) 327-328, nrs. 2-4.

²²⁴ J.H. HERBOTS, “Pleidooi voor de invoering in België van het fiduciaire contract naar het *trust*-achtige Franse model”, *RW* 1993-94, (313) 319, nr. 22; [Frankrijk] F. BARRIÈRE, “La loi instituant la fiducie: entre équilibre et incohérence”, *JCP E* 2007, nr. 2053, (13) 13, nr. 1 e.v.; M. GRIMALDI en F. BARRIÈRE, “Trust and Fiducie” in E.H. HONDIUS, M.W. HESSELINK en A.S. HARTKAMP (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (1085) 1087-1088; P. MARINI, “Enfin la fiducie à la française”, *D.* 2007, (1347) 1348; P. MARINI, “La fiducie, enfin!”, *JCP E* 2007, nr. 2050, (5) 6, nrs. 10-11; C. WITZ, “La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au ‘trust’”, *D.* 2007, (1369) 1369; [Nederland] J.W.A.B. BIEMANS, “Tijd voor de trust”, *NTBR* 2011, geraadpleegd via Kluwer Navigator. Zie ook: I. SÁNDOR, “Different Types of Trust from an Ownership Aspect” *ERPL* 2016, (1189) 1190-1192, nrs. 4-5.

²²⁵ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoering van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 86. Zie verder: G.S. ALEXANDER, “The dilution of the trust” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 (305) 305; M.-F. DE POVER, *Trust – Fiducie, administratiekantoor, fondation du Liechtenstein*, Brussel, Larcier, 2001, 111 e.v.; M.J. DE WAAL, “In Search of a Model for the Introduction of the Trust into a Civilian Context”, *Stellenbosch L.Rev.* 2001, (63) 68 e.v.; E. DIRIX en V. SAGAERT, “Trusts in European civil law: on building bridges and Trojan horses” in H. MOSTERT en M.J. DE WAAL (eds.), *Essays in Honour of CG van der Merwe*, Durban, LexisNexis, 2011, (275) 282-285; M. GRAZIADEI, U. MATTEI en L. SMITH, *Commercial Trusts in European Private Law in The Common Core of European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 3-5; M. GRIMALDI en F. BARRIÈRE, “Trust and Fiducie” in E.H. HONDIUS, M.W. HESSELINK en A.S. HARTKAMP (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (1085) 1091-1093; P. MARINI, “La fiducie, enfin!”, *JCP E* 2007, nr. 2050, (5) 6, nr. 10; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 172-174, nr. 197; I. SÁNDOR, “Different Types of Trust from an Ownership Aspect” *ERPL* 2016, (1189) 1189-1216, nrs. 1-37; R. ZHANG, “A comparative study of the introduction of trusts into civil law and its ownership of trust property”, *Trusts & Trustees* 2015, (902) 907-913.

zowel op vlak van het internationaal privaatrecht (niet door België ondertekende Haagse Trustverdrag) als op Europees vlak (*DCFR*) – de druk op België groter wordt om mee te springen op de trein van de *trust* (en daarmee ook op die van het moderne (inclusieve) goederenrecht?).²²⁶

57. Welnu, een poos geleden hebben – onder invloed van een ontsluitende gemoedsgesteldheid veroorzaakt door wat hierboven werd beschreven – de experten van de Commissie goederenrecht²²⁷ met als voorzitters Pascale LECOCQ en Vincent SAGAERT, gepoogd op die trein te springen. Een functioneel equivalent voor de *trust*, met name het Belgisch bewind – of beter, ‘*la fiducie belge*’ – werd in een eerste fase met het wetsontwerp voorgesteld; een *trust-light* als het ware werd ontsloten.²²⁸ Doch naderhand, in het

²²⁶ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 86; A. BRAUN, “Trusts in the Draft Common Frame of Reference: the ‘Best Solution’ for Europe?”, *CLJ* 2011, (327) 327- 329; S. DERAEDT en M. TRAEEST, *Trust en privaat vermogensbeheer*, Antwerpen, Maklu, 2000, 23, nr. 6; E. DIRIX en V. SAGAERT, “Trusts in European civil law: on building bridges and Trojan horses” in H. MOSTERT en M.J. DE WAAL (eds.), *Essays in Honour of CG van der Merwe*, Durban, LexisNexis, 2011, (275) 278 e.v.; M. GRIMALDI en F. BARRIÈRE, “Trust and Fiducie” in E.H. HONDIUS, M.W. HESSELINK en A.S. HARTKAMP (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (1085) 1091-1093; D. HAYTON, “The increasing significance of conflicts of laws’ issues”, *Trusts & Trustees* 2014, (1069) 1069-1080; P. LEPAULLE, “Trusts and the Civil Law”, *J.Comp.Legis & Int’l L.* 1933, (18) 18 e.v.; I. SÁNDOR, “Different Types of Trust from an Ownership Aspect” *ERPL* 2016, (1189) 1190-1192, nrs. 4-5; V. SAGAERT, “The Trust Book in the DCFR: a civil lawyer’s perspective” in S. VAN ERP, A. SALOMONS en B. AKKERMANS (eds.), *The Future of European Property Law*, München, Sellier, 2012, (31) alles; L. WEYTS, “To trust or not to trust: het notariaat geconfronteerd met deze Angelsaksische rechtsfiguur, from the frontdoor to the backdoor”, *T.Not.* 2017, 392. Zie ook artikel 122 WIPR en het Wetsvoorstel houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, *Parl.St.* Senaat 2003-04, nr. 3-27/7, 237; A. DYER en H. VAN LOON, “Report on trusts and analogous institutions” in CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIOAL PRIVÉ, *Actes et documents de la Quinzième session (1984) – Trust, loi applicable et reconnaissance*, Den Haag, HCCH Publications, 1985, 66.

²²⁷ Voluit: Commissie tot hervorming van het goederenrecht opgericht bij ministerieel besluit van 30 september 2017. Zie: art. 2 MB van 30 september 2017 houdende oprichting van de Commissie tot hervorming van het burgerlijk wetboek, *BS* 9 oktober 2017.

²²⁸ Wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 629 p.; S. BAEYENS, “Het Wetsontwerp Goederenrecht: samenloopbestendigheid van zakelijke rechten, het vermogen, kwaliteitsrekeningen, en de fiducie”, *Corporate Finance Lab* 2018, <https://corporatefinancelab.org>; E. DIRIX en P. WÉRY, “Consultatie Nieuw Burgerlijk Wetboek”, *RW* 2017-18, (482) 482; E. DIRIX en P. WÉRY, “Consultatie Nieuw Burgerlijk Wetboek”, *TBBR/RGDC* 2017, (531) 531-532; E. DIRIX en P. WÉRY, “Le projet de réforme du Code civil entre dans une nouvelle phase: la consultation publique”, *JT* 2017, (705) 705-707, *TBBR/RGDC* 2017, (533) 534-535, nr. 7; S. GENIN, “Le droit des biens et la réforme du Code civil: bref aperçu de l’évolution législative”, *Forimmo* 2019, afl. 24, (3) 3-4; A. KEEREMAN, “Je schrijft niet om de vijf jaar een nieuw burgerlijk wetboek [interview met E. DIRIX]”, *Juristenkrant* 2018, afl. 364, (8) 9; V. LAFARQUE, “Le point sur la réforme du Code civil”, *BSJ* 2018, afl. 602, (2) 2.

uiteindelijk hervormd geworden goederenrecht, werd alsnog besloten deze meest innovatieve hervormingssprong niet te nemen.

1.4.3. De voorgestelde *fiducie belge* in het wetsontwerp nieuw Burgerlijk Wetboek

a. Inleidend

58. ALGEMEEN – Ons eigen functioneel equivalent voor de *trust*, of nog de Belgische *fiducie*, werd tot doelvermogen gedoopt. Inleidend en kort gezegd, betrof het een continentaalrechtelijk antwoord op de Angelsaksische *trust* (*a civil law trust*) waarbij op basis van vermogensplitsing – en niet eigendomssplitsing (!) – een functioneel benaderd afgescheiden doelvermogen werd gecreëerd naar het voorbeeld van de huidige regeling inzake de kwaliteitsrekening, neergelegd in artikel 8/1 Hyp.W. Aangezien het wordingsproces geschiedde met de Franse en Québecse *fiducie* indachtig, is het beter van nu af aan te spreken van de Belgische ‘*fiducie*’ (i.p.v. het Belgisch ‘bewind’, of nog de ‘*Belgian trust*’). Een en ander met het oog op klaarheid en consistentie.²²⁹ De kwestie die ontleed wordt hieronder is of en in welke mate voornoemd *trustequivalent* als equivalent in ware zin kan worden beschouwd, alsook in hoeverre de introductie ervan een ruime toepassing zou kunnen vinden.

59. KRACHTLIJNEN – De krachtlijnen die de metamorfose van het goederenrecht deden ontspringen en voortstuwen en die ook de introductie van een *trustvariant* verantwoordden zijn (1) instrumentalisering, (2) modernisering en (3) flexibilisering van dat goederenrecht; alsook (4) een doorgedreven rechtsvergelijkende en (5) een meer geïntegreerde benadering daarvan.²³⁰

²²⁹ Om begripsverwarring te vermijden en coherentie in de hand te werken zal – hoewel voor het ontstaan en voor de *ratio legis* van de voorgestelde Belgische voorgestelde rechtsfiguur erg van belang – hier verder niet meer van ‘bewind’ gesproken worden (hoewel de rechtsfiguur eerst zo werd genoemd) en zal vanaf nu verwezen worden naar het geopperde Belgische vehikel als ‘Belgische *fiducie*’. Ook wordt ervoor gekozen de benaming ‘*Belgian trust*’ te mijden, net omdat de *trust* in zijn ‘*true form*’ (Angelsaksisch) het voorwerp is waaraan het Belgische *trustachtig* vehikel wordt getoetst (maatstaf voor vergelijking). Zie over de noemer ‘*true trust*’: [common law] G.S. ALEXANDER, “The dilution of the trust” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (305) 305-306 en 312. Zie ook: Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 85-88.

²³⁰ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 5 e.v. en 85-87. Zie ook: Voorontwerp van wet (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende de invoering van Boek II “Goederenrecht” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, versie 7 december 2017, memorie van

60. PLAN VAN BEHANDELING – Komende uiteenzetting bestaat uit vier hoofdstukken: de eerste bestaat uit een analyse van de aard van de voorgestelde Belgische *fiducie*; de tweede behandelt de doelstellingen ervan; vervolgens worden de personele elementen van de voorgestelde rechtsfiguur bekeken; en tot slot wordt nagegaan in welke mate het functionele plaatje klopt. Zowel de zakelijke (rechts)gevolgen als de interne *agency*structuur wordt onder de loep genomen.

b. De aard van de Belgische *fiducie*

61. EEN FIDUCIAIRE BEWINDSFIGUUR – Zevenenvijftig jaar na de door professor VAN GERVEN in zijn proefschrift bepleitte bewindsfiguur, is het weer eens tijd voor *trust*. Geïnspireerd op artikel 2011 van de Franse en artikel 1260 van de Québecse *Code civil*, definieerde artikel 3.38 van het Wetsontwerp de Belgische *fiducie* als volgt:

“De fiducie ontstaat door een contract wanneer één of meer personen [‘settlor’] goederen, of een geheel van goederen, overdragen aan één of meer bewindvoerders [‘trustee’] die deze goederen gescheiden houden van hun persoonlijke vermogen en handelen in overeenstemming met een bepaald doel in het belang van een of meerdere begunstigden [‘beneficiary’].”²³¹

Wat opvalt is dat, net zoals bij de Franse, ook bij de voorgestelde Belgische *fiducie* een afgezonderd vermogen tot stand komt.²³² De fiduciaire

toelichting, 10: “De opstellers van het Voorontwerp zijn er zich echter van bewust dat deze Afdeling [bedoeld wordt: de introductie van een bewindsfiguur, m.n. de Belgische *fiducie*] tot de meest ‘kwetsbare’ van het gehele voorgestelde Boek behoort”

²³¹ Art. 3.38 Wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 525 (hierna: ‘Wetsontwerp’); Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 85-87.

²³² Artt. 3.38 en 3.39 Wetsontwerp; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 85-88; [Frankrijk] Artt. 2011 en 2025 CC; F. BARRIÈRE, “La fiducie-sûreté”, *JCP E* 2009, nr. 1808, (18) 20, nr. 11; C. BERGER-TARARE, *Le fiduciaire défaillant. Regards croisés en droit des biens et droit des obligations* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, 42, nr. 100 e.v., i.h.b. 104 en 85, nr. 188; G. BLANLUET en J.-P. LE GALL, “La fiducie, une œuvre inachevée. Commentaire des dispositions fiscales de la loi du 19 février 2007”, *JCP E* 2007, nr. 2059, (35) 37, nr. 9; P. CROCQ, “L’introduction de la fiducie en droit privé français” in V. SAGAERT (ed.), *La réforme du droit privé en France. Un modèle pour le droit privé européen?* in *Contrats & patrimoine*, Brussel, Larcier, 2009, (9) 12; H. DE VAUPLANE, “La fiducie avant la fiducie: le cas du droit bancaire et financier”, *JCP E* 2007, nr. 2051, (8) 9, nr. 9; Y. EMERICH, “Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens”, *RIDC* 2009, (49) 61 e.v.; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit*

goederen vallen dan ook niet in het privévermogen van de bewindvoerder of *fiduciaire*. Er ontstaat nl. een afgescheiden doelvermogen als wettelijke uitzondering op het principe van eenheid en ondeelbaarheid van het vermogen (zie *infra* nr. 74).²³³

62. EEN (PLECHTIG) CONTRACT – Naast het feit dat de *fiducie*constructie enkel en alleen op grond van een contract kan ontstaan (en niet bij wijze van een eenzijdige rechtshandeling), schreef artikel 3.45 voor de geldige

anglais) in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 13, nr. 24, 17, nr. 33 e.v., 155, nr. 581 en 165, nr. 619 e.v.; L. KACZMAREK, “Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l’opération”, *D.* 2009, (1845) 1846-1847, nrs. 8-9; C. LARROUMET, “La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques”, *D.* 2007, (1350) 1352-1353, nr. 14; R. LIBCHABER, “Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007”, *Defrénois* 2007, (1094) 1113-1114, nr. 23; C. WITZ, “La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au ‘trust’”, *D.* 2007, (1369) 1372; F. ZENATI-CASTAING en T. REVET, *Les biens in Droit fondamental. Droit classique*, Parijs, PUF, 2008, 409-411, nr. 255.

²³³ Artt. 3.38 en 3.39 Wetsontwerp; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 80-81 en 85-88; K. GEENS, *De sprong naar het recht voor morgen. Hercodificatie van de basiswetgeving*, Brussel, FOD Justitie, 2016, 47-48, nr. 132, <https://www.koengeens.be/policy/hercodificatie>; [Frankrijk] Artt. 2011 en 2025 CC; F. BARRIÈRE, “La loi instituant la fiducie: entre équilibre et incohérence”, *JCP E* 2007, nr. 2053, (13) 16, nr. 20 e.v.; L. BOUGEROL-PRUD’HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement in Bibliothèque de droit privé*, 538, Parijs, LGDJ, 2012, 224, nr. 262; M. BOUTEILLE, *Les propriétés conditionnelles, Aix-Marseille, Presses Universitaires d’Aix-Marseille*, 2008, 449, nr. 805; R. DAMMANN en G. PODEUR, “Fiducie-sûreté et droits des procédures collectives: évolution ou révolution?”, *D.* 2007, (1359) 1360; Y. EMERICH, “Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens”, *RIDC* 2009, (49) 50 en 61; M. GRIMALDI en F. BARRIÈRE, “Trust and Fiducie” in E.H. HONDIUS, M.W. HESSELINK en A.S. HARTKAMP (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (1085) 1095-1096 en 1099-1100; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit anglais)* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 168-169, nr. 626, 170, nr. 629 en 171, nr. 634; C. LARROUMET, “La loi du 19 février 2007 sur la fiducie: Propos critiques”, *D.* 2007, (1350) 1350, nr. 6; F. ROUSSEL, M.-C. LARCHER, O. HOAREAU en A. DOBIGNY, “De la fiducie à l’entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)”, *JCP E* 2008, nr. 2199, (9) 10, nr. 7. Zie ook: V. SAGAERT, “La réforme du droit privé français dans le développement du droit privé européen” in V. SAGAERT (ed.), *La réforme du droit privé en France. Un modèle pour le droit privé européen?* in *Contrats & patrimoine*, Brussel, Larcier, 2009, (115) 125, nr. 20. Opmerkelijk, onderbelicht en van belang hierbij is dat deze vermogensplitsing zich op twee verschillende niveaus afspeelt, met name ontstaat er zowel een afgescheiden vermogen ten aanzien van het vermogen van de beheerder, als ten aanzien van het vermogen van de insteller van het bewind. Zie hiervoor: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 729-735, nrs. 522-526; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 249-254, nr. 90, i.h.b. 251-252; [Frankrijk] M. GRIMALDI en F. BARRIÈRE, “Trust and Fiducie” in E.H. HONDIUS, M.W. HESSELINK en A.S. HARTKAMP (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (1085) 1095-1096; B. MALLET-BRICOUT, “Fiducie et propriété” in S. BROS en B. MALLET-BRICOUT (eds.), *Liber amicorum Christian Larroumet*, Parijs, Economica, 2009, (297) 320, nr. 28; A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L’unité du patrimoine: essai critique in Doctorat et notariat: collection de thèses*, 11, Parijs, Defrénois, 2007, 451, nr. 991.

totstandkoming ervan welbepaalde vormvereisten voor op straffe van (relatieve) nietigheid (*i.e.* een plechtig contract). Een en ander impliceert dat – in tegenstelling tot de Engelse *trust* – de insteller of *constituant* van zowel de Franse als de voorgestelde Belgische *fiducie* nooit tegelijk ook bewindvoerder kan zijn. Er zullen immers steeds en minimaal twee verschillende personen vereist zijn (daadwerkelijke overdracht).²³⁴ Het niet toestaan dat een insteller zichzelf ook tot bewindvoerder kan maken, leidt ertoe dat het potentieel gebruik van de *fiducie* afneemt (meer en hogere (*agency*)kosten, alsook minder kennis van de specifieke noden van begunstigen (bijv. bij *CLT*s)).²³⁵

²³⁴ De insteller van de *fiducie* kan wel (een van de) begunstigde(n) zijn (zie *infra*). Zie: Art. 3.44 Wetsontwerp. Zie verder: Art. 3.38 *j*^o art. 3.45 Wetsontwerp; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 91-92; R. IBARRA GARZA, “A prospective analysis of the proposed Belgian trust”, *Trust & Trustees* 2018, (849) 850-851; [Frankrijk] Naar Frans recht kan de *fiducie* zowel bij wet als bij contract ontstaan. Artt. 2012, 2016 en 2018 CC; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie in Bibliothèque de droit de l’entreprise*, Parijs, Litec, 2004, 256-257, nr. 332; P. CROCQ, “L’introduction de la fiducie en droit privé français” in V. SAGAERT (ed.), *La réforme du droit privé en France. Un modèle pour le droit privé européen?* in *Contrats & patrimoine*, Brussel, Larcier, 2009, (9) 15; C. DERGATCHEFF, “Droit comparé en matière de mécanismes fiduciaires: Pays anglo-saxons, Suisse, Luxembourg”, *JCP E* 2007, nr. 2060, (46) 46, nrs. 3-4; P. DUPICHOT, *Opération fiducie sur le sol français*, *JCP G* 2007, act. 121, 6; L. KACZMAREK, “Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l’opération”, *D.* 2009, (1845) 1846, nr. 6; R. LIBCHABER, “Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007”, *Defrénois* 2007, (1094) 1102-1103, nrs. 7 en 11; B. MALLET-BRICOUT, “The trustee: mainspring, or only a cog, in the French fiducie” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (141) 147-148, voetmoot 17; F. ZENATI-CASTAING en T. REVET, *Les biens in Droit fondamental. Droit classique*, Parijs, PUF, 2008, 409-411, nr. 255 en 414-415, nr. 259; [Verenigd Koninkrijk] S. GARDNER, *An Introduction to the Law of Trusts in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 5; F.H. LAWSON en B. RUDDEN, *The Law of Property in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 88 en 171; S. WILSON, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 9 en 136 e.v. Zie ook: E. DIRIX en V. SAGAERT, “Trusts in European civil law: on building bridges and Trojan horses” in H. MOSTERT en M.J. DE WAAL (eds.), *Essays in Honour of CG van der Merwe*, Durban, LexisNexis, 2011, (275) 284; J.H. HERBOTS, “Hoofdkenmerken van de Anglo-Amerikaanse trust” in J. HERBOTS en D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst: praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, (1) 16, nr. 23. Uitgaande van een objectivering of objectieve invulling van het vermogensconcept, moet worden gesteld dat de vereiste van daadwerkelijke overdracht geen argument is om te besluiten dat de insteller van de *fiducie* geen bewindvoerder kan zijn. Het kan immers ook gaan om een overdracht tussen (afgezonderde) vermogens (van mogelijks dezelfde persoon). Wel is het de dwingende (en plechtige) contractvereiste (er moet een overeenkomst zijn) die leidt tot de conclusie dat de positie van insteller en bewindvoerder niet kunnen samengaan. Zie bijv. Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 80-81; R. IBARRA GARZA, “A prospective analysis of the proposed Belgian trust”, *Trust & Trustees* 2018, (849) 850-851, i.h.b. 851.

²³⁵ R. IBARRA GARZA, “A prospective analysis of the proposed Belgian trust”, *Trust & Trustees* 2018, (849) 850-851, i.h.b. 851: “Excluding the possibility of constituting a trust unilaterally limits the potential use of the Belgian trust: settlors who do not want to lose control of their property will not constitute trusts because they will not want to transfer it to a trustee; the costs of administration will be higher when another person must be the trustee. This of course will be a deterrent because

In de eerste versie van het Voorontwerp werd ook in de mogelijkheid van totstandkoming bij wet voorzien (cf. artikel 2012 CC). Daardoor waren aanvankelijk – naar Engels voorbeeld – naast de *express* ook *legal trusts* denkbaar, wat (aan de wetgever) de vrijheid bood om allerlei nieuwe types *fiducie* te creëren. Daarvan is afgestapt in het huidige ontwerp.²³⁶

63. MET EEN BEPERKTE DUURTIJD – Verder is net zoals de Franse *fiducie*, ook haar voorgestelde Belgische variant beperkt qua duurtijd. Volgens artikel 3.45, 2° BW, resp. artikel 2018, 2° CC mocht/mag die duur niet meer dan negenennegentig jaar bedragen vanaf de ondertekening van het contract.²³⁷

Opmerkelijk daarbij is dat de beëindiging van rechtswege bij het verstrijken van de termijn, op zakenrechtelijk vlak ertoe leidt dat naar Belgisch recht de goederen terecht komen in het vermogen van de insteller of, in

some people will not want to pay those costs but also because the value of the trust property does not merit the costs generated. Allowing the settlor to declare himself trustee would also be positive because in some trusts it is quite valuable that the settlor is also the trustee because he knows the exact needs of each beneficiary [...].

²³⁶ Art. 2012 CC. Zie daarover: A. BRAUN en W. SWADLING, “Management: trust, treuhand and fiducie” in S. VAN ERP en B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law in Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford, Hart, 2012, (553) 573; R. IBARRA GARZA, “A prospective analysis of the proposed Belgian trust”, *Trust & Trustees* 2018, (849) 850-851; [common law] G. THOMAS en A. HUDSON, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 745 e.v. Natuurlijk maakt een en ander niet zoveel uit gezien het ontbreken van een op jurisprudentie (en niet op wetgeving) gebaseerd rechtssysteem (precedentenwerking; stare decisis). Het zal voor de wetgever altijd mogelijk zijn om nieuwe types *fiducie* in het leven te roepen o.g.v. enig later wetgevend ingrijpen. In dat opzicht was de eerste versie die ook de wet als mogelijke bron voor nieuwe *fiducie*structuren voorzag eigenlijk overbodig. Zie: Art. 38 Voorontwerp (versie 7 december 2017). Zie echter over het nut van ‘trust implied by law’ (een en ander vergt allicht wel een sterker rechtsprekend apparaat (vgl. op jurisprudentie gesteund Engels rechtssysteem)): F.A. SCHURR, “Trusts in Civil Law Environments. Can Civil Law Jurisdictions Such as Liechtenstein Deal with Core Issues of Trust Law?” in R.C. NOLAN, K.F.K. LOW en T. HANG WU (eds.), *Trusts and Modern Wealth Management*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, (510) 514-515.

²³⁷ Art. 3.45, 2° Wetsontwerp; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 92; [Frankrijk] Art. 2018, 2° CC; F. BARRIÈRE, “The French *fiducie*, or the chaotic awakening of a sleeping beauty” in L. SMITH, *Re-imagining the Trust. Trusts in Civil Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, (222) 229-230 en 237; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND en M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés in Sirey. Université*, Parijs, Sirey, 2014, 365-366, nrs. 1279-1280; W. DROSS, *Droit des biens in Précis Domat. Droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, 104-106, nr. 112; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit in Manuels*, Parijs, LGDJ, 2011, 588, nr. 780; B. MALLET-BRICOUT, “Fiducie et propriété” in S. BROS en B. MALLET-BRICOUT (eds.), *Liber amicorum Christian Larroumet*, Parijs, Economica, 2009, (297) 306; S. RAVENNE, *Les propriétés imparfaites contribution à la théorie de la structure du droit de la propriété*, onuitg., thesis Parijs – Dauphine, 2007, 96, nr. 113; Zie ook: C. WITZ, “La *fiducie* en Europe: France, Suisse, Luxembourg, Allemagne, Liechtenstein. Analyse des lois existantes et des projets en cours” in J. HERBOTS en D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst: praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, (51) 66.

voorkomend geval, van zijn nalatenschap (artikel 3.50, lid 2 BW). Naar Frans recht is daaromtrent onduidelijkheid, omdat artikel 2030 CC enkel de consequenties van de beëindiging bij gebrek aan *bénéficiaires* of bij overlijden van de *constituant* uitdrukkelijk heeft geregeld.²³⁸

64. DWINGEND RECHT – Tot slot is erg van belang te weten dat de voorgestelde doch teloorgegane Belgische *fiducie* wordt opgevat als een rechtsfiguur die in haar geheel van dwingend recht is (alle bepalingen), en waarvan partijen derhalve niet kunnen afwijken; tenzij de wet het tegendeel uitdrukkelijk bepaalt. Dat is ruwweg dezelfde opvatting die de Franse *fiducie* benaarstigt.²³⁹

De (voorgestelde) rechtsfiguur laat daarenboven zowel in België als in Frankrijk alle reeds bestaande fiduciaire figuren geheel onverlet.²⁴⁰

c. De doelstellingen van de Belgische *fiducie*

65. EEN ABSOLUUT BENEFICIARY PRINCIPLE – Uit het samenlezen van artikel 3.38 en artikel 3.45, 5° BW, blijkt dat de begunstigden of *bénéficiaires* een essentieel onderdeel uitmaken van de Belgische *fiducie* (vgl. het Angelsaksisch *beneficiary principle*). De bewindvoerder moet nl. steeds handelen “*in het belang van een of meerdere begunstigden*” en bovendien is de *fiducie* vernietigbaar indien er geen begunstigde werd aangewezen (vgl. artikelen 2011

²³⁸ Art. 3.50, lid 1, 5° j° art. 3.50, lid 2 Wetsontwerp; [Frankrijk] Artt. 2029 en 2030 CC; B. FRANÇOIS, “Fiducie” in *Répertoire de droit des sociétés* 2018, nrs. 200-202, geraadpleegd via Dalloz; A. REYGROBELLET en C. DENIZOT, *Fonds de commerce*, Parijs, Dalloz, 413, nr. 41.165, geraadpleegd via Dalloz; C. WITZ, “Art. 2011 à 2030 - Fasc. 20° Fiducie: effets et extinction”, *JurisClasseur Civil Code* 2012, nrs. 72-73 en 78, geraadpleegd via Lexis 360.

²³⁹ Art. 3.1 j° art. 3.38, lid 2 Wetsontwerp (“*De bepalingen van het huidige hoofdstuk zijn van dwingend recht.*”); Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 10-12 (“*Het eerste niveau gaat om de rechtsfiguren die in hun geheel van dwingend recht zijn, en waarvan partijen dus niet mogen afwijken (tenzij de wet anders bepaalt). Dat is bijvoorbeeld het geval voor alle bepalingen inzake fiducie (art. 3.38-3.51) [...].*”); [Frankrijk] Artikel 516 van de eerste versie (2008) van het Franse voorontwerp tot wetswijziging *Henri Capitant* (“*Les articles du présent livre sont d’ordre public, sauf disposition contraire.*”). Zie ook: S. VAN ERP, A. SALOMONS en B. AKKERMANS, *The future of European property law*, München, Sellier European Law, 2012, 33. Het Franse recht laat op bepaalde punten wel degelijk meer ruimte voor contractuele vrijheid dan het Belgische wetsontwerp. Zie o.a. artt. 2017, 2025 en 2029 CC.

²⁴⁰ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 87; [Frankrijk] L. BOUGEROL-PRUD’HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement in Bibliothèque de droit privé*, 538, Parijs, LGDJ, 2012, 224, nr. 262; P. CROCQ, “L’introduction de la fiducie en droit privé français” in V. SAGAERT (ed.), *La réforme du droit privé en France. Un modèle pour le droit privé européen?* in *Contrats & patrimoine*, Brussel, Larcier, 2009, (9) 13; V. LASBORDES-VIRVILLE, “La cession de créance à titre de garantie”, *Revue de Droit bancaire et financier* 2009, n° 1, www.lexisnexis.com; Y. PICOD, *Droit des sûretés in Thémis. Droit*, Parijs, PUF, 2011, 469, nr. 401.

en 2018, 5° CC). Het toewijzen van goederen aan een niet-persoonlijke bestemming of doel, zoals bij de Engelse *purpose trust*, lijkt dan ook zo goed als uitgesloten bij *civil law fiducie*figuren naar Frans of Belgisch model.²⁴¹

Hoewel dat op het eerste zicht onmiskenbaar nadelig lijkt voor de bruikbaarheid van de Belgische *fiducie*,²⁴² moet een en ander gerelativeerd worden. Zo kan men nog steeds beroep doen op de rechtspersoonstechniek, i.h.b. de private stichting, en is volgens het destijds voorgestelde artikel 3.45, 5° BW reeds aan het Belgische ‘*beneficiary principle*’ voldaan wanneer criteria op grond waarvan de identiteit van de begunstigde naderhand kan worden bepaald, voorhanden zijn.²⁴³

66. LA PROHIBITION DE LA FIDUCIE LIBÉRALITÉ – Een uitdrukkelijke beperking ten aanzien van de Engelse *trust* die zowel de Franse (artikel 2013 CC) als de Belgische (artikel 3.43 BW) *fiducie* kennen, is dat de beheersconstructie steeds onder bezwarende titel moet plaatsvinden. Het kan niet gaan om een overeenkomst die haar oorzaak vindt in een begiftigingsoogmerk ten voordele

²⁴¹ Art. 3.38 j° art. 3.45, 5° Wetsontwerp; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 92; R. IBARRA GARZA, “A prospective analysis of the proposed Belgian trust”, *Trust & Trustees* 2018, (849) 851-852; [Frankrijk] Art. 2011 j° art. 2018, 5° en 2019 CC; B. JADAUD, “La régime juridique de la fiducie”, *Petites Affiches* 2009, afl. 115, 4 e.v., nrs. 24 en 28.

²⁴² R. IBARRA GARZA, “A prospective analysis of the proposed Belgian trust”, *Trust & Trustees* 2018, (849) 851-852. Bovendien is het ook niet echt nodig om de begunstigde als wezenlijk bestanddeel van de *fiducie* te beschouwen, gezien de veel nauwere en meer permanente (contractuele) betrokkenheid van de *fiduciaire* bij de beheersstructuur. Dat in tegenstelling tot de Engelse *settlor* die na het oprichten van de *trust* principieel van het toneel verdwijnt, en dus niet altijd meer kan toezien op de correcte uitvoering van de *trust*. Naar Belgisch recht heeft de bewindvoerder het contractuele recht toe te zien op de behoorlijke voltrekking van de *fiducie*. Zie: R. IBARRA GARZA, “A prospective analysis of the proposed Belgian trust”, *Trust & Trustees* 2018, (849) 851-852, i.h.b. 852 (“Now, because the Belgian express trust is proposed as a contract, the existence of a beneficiary should not be an essential element for the validity of the trust, because the settlor has a contractual right to enforce the trust.”); [Frankrijk] B. JADAUD, “La régime juridique de la fiducie”, *Petites Affiches* 2009, afl. 115, 4 e.v., nr. 28. Zie ook: B. MALLET-BRICOUT, “The trustee: mainspring, or only a cog, in the French fiducie” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (141) 148-149 (“Under French law, then, the beneficiary – who indeed remains very discreet in the text of the Civil Code – is no more than a secondary and relatively passive player.”) (“Clearly, the beneficiary is not considered an essential cog in the fiducie mechanism. While the beneficiary must indeed be named by the settlor, this party has no choice but to remain passive [...].”)

²⁴³ Art. 3.45, 5° Wetsontwerp bepaalt dat het contract moet bevatten: “de identiteit van de begunstigde of, bij gebreke hieraan, de criteria op grond waarvan de identiteit van de begunstigde naderhand kan worden bepaald”. Zie eveneens daaromtrent: Advies van de Raad van State bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 467-468; [Frankrijk] M. BOURASSIN en V. BRÉMOND, *Droit des sûretés in Sirey université. Droit privé*, Parijs, Sirey, 2018, 505, nr. 760.

van de begunstigde(n) (niet om niet).²⁴⁴ Een en ander is ingegeven vanuit de bescherming van de schuldeisers van de insteller van de *fiducie*, alsook – en voornamelijk – vanuit fiscaalrechtelijke motieven.²⁴⁵ Het is nog maar de vraag of die ontkenning van een wezenlijk bestanddeel van de realiteit en praktijk van het Engelse *trust* denken, omwille van de genoemde redenen geen al te groot en onnodig beletsel zal blijken voor de veelvuldige toepassing van een dergelijke algemene fiduciaire rechtsfiguur.²⁴⁶

67. FIDUCIAIRE EIGENDOM TOT ZEKERHEID – Tot slot maakten zowel de Belgische, als – aanvankelijk ook – de Franse wettelijke (ontwerp)bepalingen geen onderscheid naargelang de goederen gehouden worden ten titel van beheer (*fiducie-gestion*), dan wel ten titel van zekerheid (*fiducie-sûreté*). Hoewel het beheerselement ook bij de Belgische *fiducie* het voortouw neemt, kan dat ook bij ons – net zoals in Frankrijk – tot verwarring en tegenstrijdigheden aanleiding geven bij toepassing van de regels op de zekerheidscomponent.²⁴⁷ Reden waarom naar Frans recht uiteindelijk concrete

²⁴⁴ De Belgische expertengroep heeft zich daarvoor dus duidelijk geïnspireerd op het Franse artikel 2013 CC. Dat een dergelijke beperking geen noodzakelijke vereiste is opdat een trustachtige rechtsfiguur kan overleven, bewijst het Engelse en Québecse recht (art. 2062 CC Québec). Zie: Art. 3.43 Wetsontwerp; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 91; R. IBARRA GARZA, “A prospective analysis of the proposed Belgian trust”, *Trust & Trustees* 2018, (849) 852; [Frankrijk] Art. 2013 CC; P. CROCQ, “L’introduction de la fiducie en droit privé français” in V. SAGAERT (ed.), *La réforme du droit privé en France. Un modèle pour le droit privé européen?* in *Contrats & patrimoine*, Brussel, Larcier, 2009, (9) 11; Y. EMERICH, “Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens”, *RIDC* 2009, (49) 51; M. GRIMALDI en F. BARRIÈRE, “Trust and Fiducie” in E.H. HONDIUS, M.W. HESSELINK en A.S. HARTKAMP (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (1085) 1099-1100; P. MARINI, “La fiducie, enfin”, *JCP E* 2007, nr. 2050, (5) 6, nr. 16. Zie daarentegen: F. ZENATI-CASTAING en T. REVET, *Les biens in Droit fondamental. Droit classique*, Parijs, PUF, 2008, 409-411, nr. 255 en 423-424, nr. 265.

²⁴⁵ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 91; [Frankrijk] C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français: essai sur les biens, la propriété et la possession*, Parijs, L’Harmattan, 2009, 213, nr. 383.

²⁴⁶ Zie ook in die zin: R. IBARRA GARZA, “A prospective analysis of the proposed Belgian trust”, *Trust & Trustees* 2018, (849) 852: (“One of the main uses of the Mexican and English trust is to provide at a given moment a free benefit to the beneficiaries, such as a transfer of property; therefore, prohibiting the trust-liberalité limits the use of the Belgian trust.”). Een oplossing bestaat erin om een beroep te doen op leerstuk van de kanscontracten. Daarvoor moet wel sprake zijn van een wezenlijk aleatoir karakter, en dus een werkelijke gelijkheid in kansen op winst of verlies voor elk van de partijen. Dat maakt intergenerationele planning moeilijk. Zie: A. VERBEKE, B. TILLEMANN en V. SAGAERT, *Vermogensrecht in kort bestek in Recht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 218, nr. 576 e.v.; R. DAMMANN en V. ROTARU, “La fiducie et le trust: une concurrence inégale”, *D.* 2018, geraadpleegd via Dalloz. Zie *supra* voor de Engelse soepelheid wat betreft het privaat, familiaal en familiaal vermogensrechtelijk gebruik van de *trust*.

²⁴⁷ Artt. 3.38-3.51 Wetsontwerp; Advies van de Raad van State bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT)

bepalingen werden opgenomen om aan dat gebrek aan duidelijkheid tegemoet te komen.²⁴⁸ Desondanks laat, middels een bijzonder korte vermelding, de memorie van toelichting uitschijnen dat de voorgestelde Belgische ontwerpbeperkingen ook kunnen worden aangewend voor zekerheidsdoeleinden.²⁴⁹

houdende invoering van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-3348/001, 466 (“*In de rechtsleer is vaak de aandacht gevestigd op twee trustvormen, namelijk enerzijds de beheerstrust en anderzijds de zekerheidstrust. De voornoemde definitie bepaalt dienaangaande niets. Zou het niet raadzaam zijn om die twee vormen uitdrukkelijk te erkennen, te meer daar het ontworpen artikel 3.46 uitvoering geeft aan de zekerheidstrust.*”); R. IBARRA GARZA, “A prospective analysis of the proposed Belgian trust”, *Trust & Trustees* 2018, (849) 852; [Frankrijk] F. BARRIÈRE, “La loi instituant la fiducie: entre équilibre et incohérence”, *JCP E* 2007, nr. 2053, (13) 17, nr. 29; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie* in *Bibliothèque de droit de l'entreprise*, Parijs, Litec, 2004, 217-218, nr. 267; G. BLANLUET en J.-P. LE GALL, “La fiducie, une oeuvre inachevée: Commentaire des dispositions fiscales de la loi du 19 février 2007”, *JCP E* 2007, nr. 2059, (35) 38, nr. 11; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND en M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, Parijs, Dalloz, 2010, 348, nr. 1295; A. CERLES, “La fiducie, nouvelle reine des sûretés?”, *JCP E* 2007, nr. 2054, (19) 20, nr. 9 e.v.; P. CROCQ, “L’introduction de la fiducie en droit privé français” in V. SAGAERT (ed.), *La réforme du droit privé en France: un modèle pour le droit privé européen?* in *Contrats et patrimoine*, 10, Brussel, Larcier, 2009, (9) 11; P. CROCQ, “Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés”, *D.* 2007, (1354) 1356, nr. 11 e.v.; C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens* in *Recherches Juridique*, Parijs, Economica, 2016, nr. 83 e.v.; M. GRIMALDI en F. BARRIÈRE, “Trust and Fiducie” in E.H. HONDIUS, M.W. HESSELINK en A.S. HARTKAMP (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, (1085) 1090; L. KACZMAREK, “Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l’opération”, *D.* 2009, (1845) 1845, nr. 4; C. LARROUMET, “La loi du 19 février 2007 sur la fiducie: Propos critiques”, *D.* 2007, (1350) 1352, nr. 12; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit* in *Manuels*, Parijs, LGDJ, 2011, 581, nr. 763; V. SAVAGE, *La fiducie sur parts et actions de sociétés: Aspects juridiques et fiscaux*, Brussel, Larcier, 2015, 21 e.v.; C. WITZ, “La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de la Haye relative au “trust””, *D.* 2007, (1369) 1370; F. ZENATI-CASTAING en T. REVET, *Les biens* in *Droit fondamental. Droit classique*, Parijs, PUF, 2008, 419, nr. 263.

²⁴⁸ Zie artt. 2372-1 e.v. CC en artt. 2488-1 e.v. CC; M. BOURASSIN en V. BRÉMOND, *Droit des sûretés* in *Sirey université. Droit privé*, Parijs, Sirey, 2017, 516, nr. 778 e.v.

²⁴⁹ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoering van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-3348/001, 87: “*In die zin laat deze bepaling zowel toe om een optimalisering van het beheer als een zekerheidsdoelstelling te realiseren.*” Wel moet erop worden gelet dat functioneel gezien de fiducie-sûreté niet meer kan opleveren dan een zakelijk zekerheidsrecht (er mag bijv. geen ongerechtvaardigde verrijking plaatsvinden n.a.v. de (eigendoms)overdracht naar het afgezonderd vermogen van de bewindvoerder; de meerwaarde moet worden vergoed). Een en ander dient dan ook uitdrukkelijk te worden geregeld. Vgl. Art. 62 Pandwet; Cass. 3 december 2010, *Arr.Cass* 2010, *Bank Fin.R.* 2011, 120, noot I. PEETERS, *Ius & Actores* 2011, 261, concl. DUBRULLE, *JT* 2018, 594, noot M. GREGOIRE, *NJW* 2010, 834, concl. DUBRULLE, noot V. SAGAERT, *Pas.* 2010, 3094, *RW* 2010-11, 727 en 1177, noot R. FRANSSIS, *TBBR* 2011, 497, noot F. GEORGES, *TBH* 2011, 866, noot M. GRÉGOIRE en L. CZUPPER. Zie ook: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht* in *Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 636-637, nr. 461, i.h.b. 637 en 669-670, nr. 484; C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 508-509, nr. 516; I. PEETERS, “Trust, bewind en fiducie. Enkele beschouwingen vanuit de praktijk” in J. HERBOTS en D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst: praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, (109) 111-112, nrs. 8-9; M.E. STORME, “Vertrouwen is goed, dual ownership is beter: elf essentialia bij de invoering van

d. Het personele plaatje van de Belgische fiducie

d.1. *Settlor – insteller – constituant*

68. VEREISTE HOEDANIGHEID – Wat de hoedanigheid van insteller van de *fiducie* (resp. *constituant*) betreft, kunnen zowel natuurlijke personen als rechtspersonen een *fiducie*constructie in het leven roepen.²⁵⁰ Ontwerpartikel 3.44 BW bepaalde daarnaast ook dat “[*degene*] die de *fiducie* instelt, [...] de *begunstigde*, of één van de *begunstigden* [*kan*] zijn van de *fiducie*” (vgl. artikel 2016 CC); wat de aantrekkelijkheid van de *fiducie* versterkt (cf. Engelse *trust*).²⁵¹

een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgisch recht”, *RW* 1996-97, (137) 140, nr. 8; A. VERBEKE, “Eigendomsoverdracht tot zekerheid. Een genuanceerd beeld” in J. HERBOTS en D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst: praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, (327) 327, nr. 2; [Frankrijk] P. CROCQ, “Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés”, *D.* 2007, (1354) 1356, nr. 10; C. MOULY, “Procédures collectives: assainir le régime des sûretés” in X, *Etudes dédiées à René Roblot: aspects actuels du droit commercial français*, Parijs, LGDJ, 1984, (529) 557, nr. 39.

²⁵⁰ Zie: Art. 3.38 Wetsontwerp. In Frankrijk konden natuurlijke personen aanvankelijk niet als fiduciaire optreden. Dit is voortaan wel het geval. [Frankrijk] F. BARRIÈRE, “La fiducie-sûreté”, *JCP E* 2009, nr. 1808, (18) 18, nr. 2; F. BARRIÈRE, “La loi instituant la fiducie: entre équilibre et incohérence”, *JCP E* 2007, nr. 2053, (13) 13-14, nr. 4; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND en M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés* in *Sirey. Université*, Parijs, Sirey, 2014, 373-374, nr. 1299; P. CROCQ, “L’introduction de la fiducie en droit privé français” in V. SAGAERT (ed.), *La réforme du droit privé en France. Un modèle pour le droit privé européen?* in *Contrats & patrimoine*, Brussel, Larcier, 2009, (9) 11; P. CROCQ, “Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés”, *D.* 2007, (1354) 1356, nr. 12; B. HOHL, “Exclusion critiquable des personnes physiques comme constituants de fiducie”, *JCP E* 2007, nr. 2052, (11) 11-12, nrs. 1-16; C. LARROUMET, “La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques”, *D.* 2007, (1350) 1352, nr. 12; R. LIBCHABER, “Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007”, *Defrénois* 2007, (1094) 1099-1100, nr. 7; P. MARINI, “Enfin la fiducie à la française”, *D.* 2007, (1347) 1348; P. MARINI, “La fiducie, enfin!”, *JCP E* 2007, nr. 2050, (5) 6, nr. 12; F. ROUSSEL, M.-C. LARCHER, O. HOAREAU en A. DOBIGNY, “De la fiducie à l’entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)”, *JCP E* 2008, nr. 2199 (9) 9-15; C. WITZ, “Art. 2011 à 2030 - Fasc. 10° Fiducie: introduction et constitution”, *JurisClasseur Civil Code* 2012, nrs. 46-48, geraadpleegd via Lexis 360.

²⁵¹ Art. 3.44 Wetsontwerp; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 91 (“*Deze regel verduidelijkt dat een fiducie ook kan worden ingesteld ten gunste van degene die het instelt zelf. De begunstigde en de insteller zijn dus niet altijd andere personen, er hoeft niet noodzakelijk een driehoeksverhouding te bestaan. Dat is een algemene regel die in fiduciaire verhoudingen geldt, en in bepaalde situaties van vermogensbeheer een belangrijke rol kan spelen.*”); R. IBARRA GARZA, “A prospective analysis of the proposed Belgian trust”, *Trust & Trustees* 2018, (849) 853. Het Franse recht vermeldt daarenboven uitdrukkelijk de mogelijkheid voor de *fiduciaire* om (een van de) *bénéficiaire(s)* te zijn (e.e.a. omwille van de goede werking van de *fiducie-sûreté*). Het Belgische ontwerpartikel is stil op dat punt. [Frankrijk] Art. 2016 CC; M. BOURASSIN en V. BRÉMOND, *Droit des sûretés in Sirey université. Droit privé*, Parijs, Sirey, 2017, 504-505, nr. 759; B. MALLET-BRICOUT, “The trustee: mainspring, or only a cog, in the French fiducie” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (141) 147; [common law] A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 89; J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford,

69. RECHTSONZEKERHEID – Anders dan bij de Engelse *trust* waar de *settlor* na het instellen ervan in beginsel uit beeld valt, blijven de Belgische insteller en de Franse *constituant* door de contractuele aard van hun verhouding met de bewindvoerder, resp. *fiduciaire*, van nature onophoudelijk en van nabij betrokken bij de opgezette structuur. Met hun aanwezigheid staat of valt de constructie. Zo bepaalde artikel 3.50, lid 1, 1° BW dat de *fiducie* een einde neemt door het overlijden van de insteller-natuurlijke persoon (vgl. artikel 2029, lid 1 CC); waardoor alle fiduciaire goederen in diens nalatenschap komen te vallen.²⁵² Een en ander brengt logischerwijze de rechtszekerheid in het gedrang (i.h.b. valt te denken aan de ondernemingswereld).²⁵³ Evident en eenvoudigweg kan daaraan worden tegemoetgekomen door een rechtspersoon (i.p.v. een natuurlijke persoon) de positie van insteller van de *fiducie* te laten waarnemen.²⁵⁴

d.2. Trustee – bewindvoerder – fiduciaire

70. VEREISTE HOEDANIGHEID – In tegenstelling tot de hoedanigheid van insteller, blijft de toepassing *ratione personae* wat betreft de hoedanigheid van bewindvoerder (resp. *fiduciaire*) wel beperkt. Dienaangaande geven zowel het Belgische ontwerp (artikel 3.41 BW) als het Franse recht (artikel 2015 CC) een exhaustieve opsomming van enkele specifieke beroepscategorieën die als

Oxford University Press, 2014, 16, nr. 2.3; G. WATT, *Trusts and Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 20.

²⁵² Art. 3.50, lid 1, 1° *j*° art. 2.50, lid 2 Wetsontwerp; R. IBARRA GARZA, “A prospective analysis of the proposed Belgian trust”, *Trust & Trustees* 2018, (849) 853; [Frankrijk] Art. 2029, lid 1 CC *j*° art. 2030, lid 2 CC; J.-D. PELLIER, “Fasc. 3300° Fiducie”, *JurisClasseur Contrats – Distribution* 2014, nrs. 64 en 71, geraadpleegd via Lexis 360; C. WITZ, “Art. 2011 à 2030 - Fasc. 20° Fiducie: effets et extinction”, *JurisClasseur Civil Code* 2012, nrs. 65 en 72 e.v., geraadpleegd via Lexis 360; [common law] A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 52 en 89 (“The settlor *does not have any further role to play in relation to the trust, in her capacity as settlor, once a valid trust has been created.*”); G. WATT, *Trusts and Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 20-21.

²⁵³ R. IBARRA GARZA, “A prospective analysis of the proposed Belgian trust”, *Trust & Trustees* 2018, (849) 853 (“*This causes legal insecurity because at any given time the trust will be extinguished; therefore, people will be reluctant to constitute trusts with others. This is especially true with commercial trusts, which is one of the main objectives of the Belgian trust because of the prohibition of trusts with donative intents.*”). Dat is onder meer ook de reden waarom voor de *fiducie-sûreté* afwijkende bepalingen werden opgenomen. Zie: Artt. 2372-1, lid 2 en 2488-1, lid 2 CC; P. CROCQ, “La nouvelle fiducie-sûreté: une porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France?” *D.* 2009, 716 e.v., geraadpleegd via Dalloz; J.-D. PELLIER, “Fasc. 3300° Fiducie”, *JurisClasseur Contrats – Distribution* 2014, nr. 64, geraadpleegd via Lexis 360; C. WITZ, “Art. 2011 à 2030 - Fasc. 20° Fiducie: effets et extinction”, *JurisClasseur Civil Code* 2012, nr. 65, geraadpleegd via Lexis 360.

²⁵⁴ *De facto* kan worden verwacht dat het voornamelijk rechtspersonen zullen zijn die als instellers van de *fiducie* doorgaan; buiten die gevallen waarin een minimum aan betamelijk juridische dienstverlening ontbreekt. Uiteindelijk zorgt een en ander dan ook vanzelfsprekend voor de nodige – maar ook in vele gevallen overbodige – kosten (juridisch advies, oprichten rechtspersoon) en/of formaliteiten (oprichten rechtspersoon). Dat komt de reikwijdte en flexibele bruikbaarheid van de voorgestelde Belgische *fiducie* niet ten goede.

beheerder van het fonds kunnen optreden. Het gaat om kredietinstellingen, beleggingsondernemingen, verzekeringsmaatschappijen en advocaten. Het Belgische Wetsontwerp voegt daaraan toe: notarissen en gerechtsdeurwaarders.²⁵⁵ Gezien het fundamentele karakter van dat vraagstuk, mede in het licht van het doorslaggevende belang van transparantie (i.h.b. verhoging risico schijnsolvabiliteit *ergo* interen kredietverlening) en desondanks de importantie voor de reikwijdte van de voorgestelde *fiducie*figuur, werd – in tegenstelling tot de Engelse *trust* – de vraag wie als bewindvoerder mag optreden welbewust zeer beperkend beantwoord.²⁵⁶

²⁵⁵ Art. 3.41 Wetsontwerp; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 89-90; R. IBARRA GARZA, “A prospective analysis of the proposed Belgian trust”, *Trust & Trustees* 2018, (849) 853-854; [Frankrijk] Art. 2015 CC; H. ADER en A. DAMIEN (eds.), *Règles de la profession d’avocat*, Parijs, Dalloz, 2013, 146, nr. 13.251 e.v.; F. BARRIÈRE, “The French fiducie, or the chaotic awakening of a sleeping beauty” in L. SMITH, *Re-imagining the Trust: Trusts in Civil Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, (222) 231; F. BARRIÈRE, “La loi instituant la fiducie: entre équilibre et incohérence”, *JCP E* 2007, nr. 2053, (13) 14, nr. 5; K. BOUGARTCHEV en A. GAUDIN, “La fiducie à l’épreuve de la lutte contre le blanchiment de capitaux”, *JCP E* 2007, nr. 2056, (26) 27, nr. 6; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND en M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés in Sirey. Université*, Parijs, Sirey, 2014, 374-375, nr. 1300; L. DARGENT, “Activité fiduciaire des avocats: garanties financières”, *D.* 2011, (2548) 2548; R. LIBCHABER, “Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007”, *Defrénois* 2007, (1094) 1099-1100, nr. 7; P. MARINI, “Enfin la fiducie à la française”, *D.* 2007, (1347) 1348; S. TANDEAU DE MARSAC, “La déontologie de l’avocat fiduciaire”, *Droit & Patrimoine* 2011, n° 228, 40-44; C. WITZ, “La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au ‘trust’”, *D.* 2007, (1369) 1370; F. ZENATI-CASTAING en T. REVET, *Les biens in Droit fondamental. Droit classique*, Parijs, PUF, 2008, 414-415 nr. 259. Zie eveneens: H. HANSMANN en R. KRAAKMAN, “The Essential Role of Organizational Law”, *Yale L.J.* 2000-01, (387) 416.

²⁵⁶ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 89-90 (“[Indien] men aan iedereen de mogelijkheid zou geven om een fiducie in te stellen, zou het risico ontstaan dat schuldeisers op het verkeerde been zouden worden gezet.”) (“In dit ontwerp is de optie genomen om alle categorieën als bewindvoerder te laten optreden die vanuit professionele oogpunt reeds goederen of gelden van derden onder zich hebben. Schuldeisers van dergelijke personen weten of behoren te weten dat zij niet op het volledige ‘schijnbare’ vermogen van de betrokkenen mogen rekenen om hun vorderingen te verhalen. De opgesomde categorieën zijn alle onderworpen aan een prudentiële controle en/of aan deontologische verplichtingen in verband met het beheer van de goederen van derden.”). Een en ander staat in schril contrast met het vormvrije karakter dat de Engelse *trust*figuur kenmerkt. Eenieder kan in beginsel de hoedanigheid van *trustee* waarnemen. Zie: [common law] S. ATKINS, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2016, 124, nr. 4.3.2; P.S. DAVIES, G. VIRGO en E.H. BURN (ed.), *Equity & Trusts. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2016, 530-531; H. HANSMANN en R. KRAAKMAN, “The Essential Role of Organizational Law”, *Yale L.J.* 2000-01, (387) 416; S. WILSON, *Todd & Wilson’s Textbook on Trusts & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 318-319. Zie ook *supra*. Zie verder ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 191-193, nr. 245, i.h.b. 191. Wat de gevolgen van die personele beperking voor de reikwijdte van de *fiducie* zijn, verwoordt professor IBARRA GARZA treffend: “The Mexican experience (where the role is mainly limited to financial institutions) demonstrates

Opmerkelijk echter, was de opening die de Commissie in de eerste versie van het Voorontwerp liet als alternatief, met name een ruim personeel toepassingsgebied, ongeacht de hoedanigheid van bewindvoerder.²⁵⁷ De keuze die het voorgestelde Wetsontwerp in een tweede fase maakte, steunt op de wetgevende oplossing in het kader van de nieuwe regeling omtrent de kwaliteitsrekening (dewelke ook een personele beperking bevat); maar waarbij aan de kritiek op dat beperkte toepassingsgebied geheel wordt voorbijgegaan. Een en ander zowaar ondanks afdoende transparantie waarborgen.²⁵⁸

71. RECHTSONZEKERHEID – Een andere opvallende bepaling over de positie van bewindvoerder is het destijds voorgestelde artikel 3.50, lid 1, 3° BW dat stelt dat ingeval van samenloop in hoofde van de bewindvoerder, de *fiducie* een einde neemt (vgl. artikel 2029, lid 2 CC). Voornoemde ontwerpbeperking vergroot de rechtsonzekerheid alleen maar, te meer omdat aan het op elk moment uitdoven van de *fiducie* niet zomaar kan worden verholpen door afwijkende clausules in het *fiducie*contract (reden: dwingend recht).²⁵⁹ Een oplossing bestaat erin om zich te beroepen op ontwerpartikel 3.49, § 2 BW, en dus op basis van een wanprestatie van de bewindvoerder de aanstelling van

that this causes limited and expensive trustee services; it is difficult, eg to find trustees that accept movable property other than shares or money or that a trustee accepts a trust with an unknown structure for them. We can assume that this may be replicated in Belgium. This of course limits the potential use of the Belgian trust because limited trustee services will be offered and settlors may be unwilling or unable to pay expensive fees (this will happen eg when the value of the trust property does not merit the payment of the trustee fees). If anybody with legal competency can be a trustee, like in England, more trust services will be offered and at a cheaper rate, some could even be for free (eg when a family member is the trustee).” Zie: R. IBARRA GARZA, “A prospective analysis of the proposed Belgian trust”, *Trust & Trustees* 2018, (849) 853-854.

²⁵⁷ Art. 41 Voorontwerp (versie 7 december 2017), *in fine*; Voorontwerp van wet (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende de invoering van Boek II “Goederenrecht” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, versie 7 december 2017, memorie van toelichting, 106-107.

²⁵⁸ Art. 3.41 Wetsontwerp; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 83-85 en 89-90 (“Door deze keuze vindt de voorgestelde tekst ook aansluiting bij de wetgevende oplossing in verband met de kwaliteitsrekening, die – volgens de uitdrukkelijke keuze van de wetgever in 2013 – ook een personele beperking bevat en in het huidige ontwerp is overgenomen.”). Vgl. Art. 8/1 Hyp.W. (resp. art. 3.37 Wetsontwerp). Voor die kritiek zie: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 459-460, nr. 341, 737-739, nr. 529 en 741-746, nrs. 531-534.

²⁵⁹ Hoewel de regeling als *default* (suppletief recht) op zich geen slechte gedachte is, is een en ander duidelijk minder aanvaardbaar wanneer er voor een systeem van dwingend recht wordt gekozen. Dat laatste is het geval voor de Belgische *fiducie*. Zie: Art. 3.50, lid 1, 3° Wetsontwerp; R. IBARRA GARZA, “A prospective analysis of the proposed Belgian trust”, *Trust & Trustees* 2018, (849) 854. Naar Frans recht kan wel in afwijkende clausules worden voorzien. [Frankrijk] Art. 2029 CC; J.-D. PELLIER, “Fasc. 3300° Fiducie”, *JurisClasseur Contrats – Distribution* 2014, nrs. 50 en 65, geraadpleegd via Lexis 360; G. PODEUR, “La procédure collective du fiduciaire: quelles protections pour le constituant et le bénéficiaire?”, *D.* 2014, geraadpleegd via Dalloz; C. WITZ, “Art. 2011 à 2030 - Fasc. 20° Fiducie: effets et extinction”, *JurisClasseur Civil Code* 2012, nr. 66, geraadpleegd via Lexis 360.

een andere te vorderen of contractueel een vervangingsregeling te voorzien (vgl. soepeler Frans recht).²⁶⁰

d.3. Beneficiary – begunstigde – bénéficiaire

72. HET VOORWERP VAN DISCUSSIE – Als laatste – doch zeker niet onbelangrijk – is er nog de positie van begunstigde (resp. *bénéficiaire*) van de *fiducie*. Professor IBARRA GARZA schrijft daarover het volgende: “*For the Belgian trust to be widely used, the beneficiaries’ interest must be adequately protected. This is so because the beneficiary is the person for whom the trust is constituted.*”²⁶¹ Aanschouw hier de lakmoesproef van het *trust*denken.

²⁶⁰ Art. 3. 49, § 2 Wetsontwerp; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 94-95; Advies van de Raad van State bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 468-469; Naar Frans recht wordt de soepele vervanging (gerechtelijk of buitengerechtelijk) van de *fiduciaire* op grond van de samenlezing tussen artikelen 2027 en 2029, lid 2 CC sterk onderschreven. Die contractuele soepelheid ontbreekt (weliswaar gedeeltelijk) naar Belgisch recht zoals vermeld. Opdat de Belgische bewindvoerder kan worden vervangen, moet wel degelijk van enige wanprestatie sprake zijn (waarvan de gestrengheid en rigiditeit contractueel kan worden ingevuld en aan het specifieke beheersproject aangepast). Het is wel afwachten op rechtspraak omtrent de algemene (al dan niet ruime) invulling van de verbintenissen van de bewindvoerder (bijv. inspannings- of resultaatverbintenis). Zo is nog maar de vraag in welke mate het aanwezig zijn van bijv. faillissementsvoorwaarden op zichzelf, in dat geval een wanprestatie kunnen uitmaken in de zin van artikel 3.49, § 2. Zie daarover in het Franse recht: B. MALLETT-BRICOUT, “The trustee: mainspring, or only a cog, in the French fiducie” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (141) 154-157, i.h.b. 155-156. Zie verder naar Frans recht: [Frankrijk] Art. 2027 CC *j°* art. 2029 CC; J.-D. PELLIER, “Fasc. 3300° Fiducie”, *JurisClasseur Contrats – Distribution* 2014, nrs. 50 en 65, geraadpleegd via Lexis 360; G. PODEUR, “La procédure collective du fiduciaire: quelles protections pour le constituant et le bénéficiaire?”, *D.* 2014, geraadpleegd via Dalloz (“*Par ailleurs, en vertu de l’article 2029 du code civil, la liquidation judiciaire du fiduciaire entraîne, en principe, la résiliation du contrat de fiducie ‘sauf stipulations du contrat prévoyant les conditions dans lesquelles il se poursuit’. En pratique, il est évident que le constituant et le bénéficiaire ont tout intérêt à prévoir, là encore, la désignation d’un fiduciaire de remplacement.*”) (zie ook de conclusie); C. WITZ, “Art. 2011 à 2030 - Fasc. 20° Fiducie: effets et extinction”, *JurisClasseur Civil Code* 2012, nr. 66, geraadpleegd via Lexis 360.

²⁶¹ R. IBARRA GARZA, “A prospective analysis of the proposed Belgian trust”, *Trust & Trustees* 2018, (849) 854. Zie over de Franse *fiducie*: [Frankrijk] R. IBARRA GARZA, “The Protection of the Trust Fund: A Comparative Study in French and English Law” in A. APERS, S. BOULY, E. DEWITTE en D. GRUYAERT (eds.), *Property Law Perspectives III*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (173) 173-174; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit anglais)* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 13, nr. 22 e.v.; R. IBARRA GARZA, “Protecting the trust fund in French and English law”, *Trust & Trustees* 2014, (421) 422 (“*History instructs us about the importance of the interests of the beneficiaries and the need to protect them: if French law does not satisfactorily protect the beneficiaries’ interests it will most probably founder, on the other hand if the interests of the beneficiaries are adequately protected not only will the French trust survive but it will also have great possibilities to thrive.*”) (“*Therefore, the protection of the French beneficiaries’ interests commences by the protection of the trust patrimony.*”).

Voornoemde lakmoesproef bestaat uit een dubbel niveau van bescherming. Enerzijds is er het belang van de begunstigde(n) om de in *fiducie* gegeven goederen als fonds te beschermen. Het gesneuvelde Wetsontwerp doet daarvoor een beroep op de zgn. *patrimoine d'affectation*-theorie (vgl. *ring-fencing mechanism*), waardoor bepaalde schuldeisers van het fiduciaire vermogen worden uitgesloten.²⁶² Anderzijds is er de al evenzeer belangrijke interne bevoegdheidsverdeling of *agency*structuur die op grond van evenwichtige *checks and balances* op een of ander welgekozen tijdstip en op adequate wijze aan de geëigende protagonist controle-, aanvals- en afweerrechten ter beschikking stelt; waarbij weerom het doel of de bestemming die aan de goederen wordt gegeven, centraal staat.²⁶³ Zie daarover *infra*.

e. Functioneel bekeken: rechtsgevolgen²⁶⁴

e.1. Goederenrechtelijke (d)efficiëntie: nadruk op vermogen

e.1.1. Beschermen van de waarde van het fonds t.v.v. de begunstigde(n)²⁶⁵

73. FUNCTIONELE BESCHERMING VAN DE WAARDE VAN HET FONDS – Op het vlak van bescherming van (de waarde van) het fonds staat zowel bij de Franse als bij de Belgische *fiducie* de overdracht van de goederen vanuit het vermogen van de insteller naar het (afgezonderd) vermogen van de bewindvoerder als voornaamste kenmerk centraal. Daarbij en daardoor worden de onder beheer gebrachte goederen als een afzonderlijk

²⁶² Dit onderdeel betreft het zgn. extern functionele aspect. Het uitsluiten van derden van de waarde van de goederen in het fonds/de *fiducie* staat hierbij centraal. Zie: B. RUDDEN, “Things as Thing and Things as Wealth”, *OxJLS* 1994, (81) 81-97; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht* in *Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 890 p.; P. LEPAULLE, “Trusts and the Civil Law”, *J.Comp.Legis & Int’l L.*1933, (18) 18-34, i.h.b. 20; P. LEPAULLE, “An Outsider’s View Point of the Nature of Trusts”, *Cornell L.Q.* 1928-29, (52) 52-61, i.h.b. 55-56. Zie ook: M.E. STORME, “Van Trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, (703) 703-819, i.h.b. 708, nr. 3.

²⁶³ Dit onderdeel heeft voornamelijk betrekking op de interne/inwendige aspecten van een *trust*achtige beheersstructuur zoals de *fiducie*. Doch moet gezegd dat een en ander ook op dit niveau steeds gepaard zal gaan met externe gevolgen (*i.e.* met uitwerking naar derden toe). Zo zal, bijv. wanneer om rechtseconomische redenen bijv. een *title split* (‘*dual ownership*’), nuttig wordt geacht (een beroep op eigendom i.p.v. vermogen) dat zowel intern als extern gevolgen ressorteren (efficiënte bevoegdheidsverdeling resp. derden uitsluiten). Zie: M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 214 p.

²⁶⁴ Vgl. de ondervdeling die SITKOFF maakt tussen enerzijds *internal governance* of *administration* en anderzijds *asset partitioning*, *ring-fencing* of *entity shielding*. Zie: R.H. SITKOFF, “Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (428) 428 e.v.

²⁶⁵ Over het begrip fonds, zie: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen* in *Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 230, nr. 300 e.v. en 281-284, nr. 370 e.v. Zie ook: G. WATT, *Trusts and Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 22.

bestemmingsgebonden vermogen beschouwd; *i.e.* afgezonderd van het persoonlijk vermogen van de bewindvoerder (resp. *fiduciaire*).²⁶⁶ Een *conditio sine qua non* voor een efficiënt en effectief functioneren van een dergelijk doelgebonden vermogen, is zijn zakelijke werking. Artikel 2024 CC vermeldt in dat verband nog uitdrukkelijk dat een samenloopsituatie in hoofde van de *fiduciaire* het ‘*patrimoine fiduciaire*’ niet aantast (zie evenwel artikel 2029, lid 2 CC). Het Belgische equivalent daarvan was ontwerpartikel 3.39, lid 2. Echter, een paradoxale situatie ontstaat door samenlezing van de artikelen 3.39, 3.50, lid 1, 3° en 3.50, lid 2 BW. Wanneer de *fiducie* eindigt door enig geval van samenloop tussen de schuldeisers van een bewindvoerder, komen de fiduciaire goederen, ontdaan van enige zakenrechtelijke bescherming (noch eigendomsaanspraak, noch vermogensafscheiding), terecht in het vermogen van de insteller. Wat in ontwerpartikel 3.39 BW gegeven wordt, met name bescherming in geval van samenloop, wordt eenvoudigweg weer afgenomen enkele artikelen later.²⁶⁷

²⁶⁶ Artt. 3.38, 3.39 en 3.42 Wetsontwerp; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 85-88 en 90; [Frankrijk] C. BERGER-TARARE, *Le fiduciaire défaillant. Regards croisés en droit des biens et droit des obligations* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, 45, nr. 105 en 80-81, nr. 179 e.v.; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC en P. PÉTEL, *Droit des sûretés* in *Manuel*, Parijs, Litec, 2010, 397, nr. 580; A. DENIZOT, “L’étonnant destin de la théorie du patrimoine”, *RTD Civ.* 2014, geraadpleegd via Dalloz; R. IBARRA GARZA, “Protecting the trust fund in French and English law”, *Trust & Trustees* 2014, (421) 429-430; L. KACZMAREK, “Propriété fiduciaire et Droits des Intervenants à l’Opération”, *Recueil Dalloz*, 2009, 1845 e.v.; R. LIBCHABER, “Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007”, *Defrénois* 2007, (1094) 1101-1102, nr. 9; B. MALLETT-BRICOUT, “Le fiduciaire, véritable pivot ou simple rouage de l’opération de fiducie?”, *McGill L.J.* 2013, (905) 925 e.v.; B. MALLETT-BRICOUT, “The trustee: mainspring, or only a cog, in the French fiducie” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (141) 142; B. MALLETT-BRICOUT, “Fiducie et propriété” in B. MALLETT-BRICOUT en S. BROS (eds.), *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Parijs, Economica, 2009, 299; F. ZENATI-CASTAING en T. REVET, *Les biens* in *Droit fondamental. Droit classique*, Parijs, PUF, 2008, 416-422, nrs. 261-263. Zie ook: J.T.A.M. VAN MIERLO, “Bezitloze zekerheidsrechten op roerende goederen. Tegengestelde rechtsontwikkelingen in Nederland en Frankrijk”, *T.Not.* 1993, (178) 187. IBARRA GARZA spreekt van zgn. *preventive measures (protecting the trust fund from strangers, ring-fencing) (la protection préventive du patrimoine fiduciaire à l’encontre des tiers, l’indépendance du patrimoine fiduciaire)* in dit verband. Zie: R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit anglais)* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 155, nr. 578 e.v.; R. IBARRA GARZA, “Protecting the trust fund in French and English law”, *Trust & Trustees* 2014, (421) 428 e.v.

²⁶⁷ In artikel 3.50, lid 1, 3° wordt geen onderscheid gemaakt tussen de persoonlijke schuldeisers van de bewindvoerder en de schuldvorderingen die betrekking hebben op het beheer van het *patrimoine fiduciaire*. Het zou nochtans vreemd zijn dat het initiëren van enige vorm van samenloop tot gevolg heeft dat het bestemmingsgebonden afgescheiden vermogen stopt haar zakenrechtelijke bescherming te ressentoren (door de terugval naar het vermogen van de insteller). Voornoemde paradoxale situatie is natuurlijk in grote mate te danken aan (te verklaren door) de contractuele aard van de Belgische *fiducie*, die bijna krampachtig teruggrijpt naar de verhouding tussen de insteller en bewindvoerder. Zie artt. 3.39, 3.50, lid 1, 3° en 3.50, lid 2 BW. Naar Frans recht is hieromtrent wel iets meer contractuele vrijheid (ruimere afwijkingmogelijkheden en duidelijke *default*; zie *supra*). Alsook wordt de terugkeer naar het vermogen van de *constituant*

Desalniettemin is het volgens artikel 3.39, lid 1 BW wel zo dat principieel enkel schuldvorderingen die voortvloeien uit het beheer of de bewaring van het fiduciair vermogen, op dat vermogen kunnen worden tenuitvoergelegd. Het doelvermogen doet met andere woorden dienst als prioritair (niet ‘exclusief’) verhaalsonderpand voor boedelschuldeisers. Echter, ook gerechtigd tot de fiduciaire boedel, met voorrang op de aanspraken van de begunstigden, zijn de (privé)schuldeisers van de insteller (resp. *constituant*) met een aan een anterieur zakelijk recht verbonden volgrecht op (een van) de fiduciaire goederen, of bij bedrieglijke benadeling van hun rechten (vgl. artikel 2025, lid 1 CC).²⁶⁸

Wanneer daarnaast blijkt dat het fiduciaire vermogen ontoereikend is voor de aanspraken van de begunstigden, gelden krachtens de memorie van toelichting bij het voorgestelde artikel 3.39, lid 3 BW “[...] *de regels inzake vermenging en verdeling van de fiduciaire goederen [die] sporen met deze die worden vooropgesteld bij de kwaliteitsrekening en met de algemene regels inzake vermenging (art. 3.12): de ‘paritas creditorum’ [of proportionele mede-eigendom] indien goederen van verschillende begunstigden worden vermengd en een numerieke mede-eigendom voor zover het gaat om een vermenging*

ingeval van samenloop in hoofde van de bewindvoerder (i.t.t. in België) niet uitdrukkelijk voorgeschreven. Beter en logischer is een overgang naar het vermogen van (een van) de *bénéficiaire(s)*. Zie: [Frankrijk] Artt. 2024 CC, 2027 CC, 2029, lid 2 CC en 2030 CC; J.-D. PELLIER, “Fasc. 3300° Fiducie”, *JurisClasseur Contrats – Distribution* 2014, nr. 72, geraadpleegd via Lexis360; C. WITZ, “Art. 2011 à 2030 - Fasc. 20° Fiducie: effets et extinction”, *JurisClasseur Civil Code* 2012, nrs. 73 en 78, geraadpleegd via Lexis 360.

²⁶⁸ Artt. 3.38 en 3.39, lid 1 en 2 Wetsontwerp; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 87-88; [Frankrijk] Artt. 2024 en 2025, lid 1 CC; Y. EMERICH, “Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens”, *RIDC* 2009, (49) 60 en 63 e.v.; R. IBARRA GARZA, “Protecting the trust fund in French and English law”, *Trust & Trustees* 2014, (421) 430; L. KACZMAREK, “Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l’opération”, *D.* 2009, (1845) 1849, nr. 16; C. LARROUMET, “La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques”, *D.* 2007, (1350) 1353, nr. 16; J.-D. PELLIER, “Fasc. 3300° Fiducie”, *JurisClasseur Contrats – Distribution* 2014, nrs. 49 en 51 e.v., geraadpleegd via Lexis 360; G. PODEUR, “La procédure collective du fiduciaire: quelles protections pour le constituant et le bénéficiaire?”, *D.* 2014, geraadpleegd via Dalloz; C. WITZ, “Art. 2011 à 2030 - Fasc. 20° Fiducie: effets et extinction”, *JurisClasseur Civil Code* 2012, nrs. 44-45, geraadpleegd via Lexis 360. Zie ook: M.E. STORME, “Vertrouwen is goed, dual ownership is beter: elf essentialia bij de invoering van een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgisch recht”, *RW* 1996-97, (137) 143, nr. 20; M.E. STORME, “Paritas creditorum, voorrang en roerende zekerheden”, *TPR* 2006, (939) 971, nr. 48; A. ZENNER en I. PEETERS, “Tegenwerpelijkheid van samenloopvermijdende contractuele waarborgmechanismen”, *RW* 2004-05, (481) 492, nr. 19 e.v.

*tussen goederen van een begunstigde en goederen van de bewindvoerder zelf.*²⁶⁹

Overigens werd, naar voorbeeld van artikel 2025, lid 2 CC, in het Belgische ontwerpartikel 3.40 BW een residuaire verhaalsrecht op het vermogen van de insteller van de *fiducie* voorzien. Daartoe kan men zich wenden wanneer blijkt dat het vermogen ontoereikend is om het geheel van legitieme aanspraken te voldoen. Ook in die richting blijkt dus de vermogensafscheiding behoorlijk relatief. Contractuele beperkingen of uitbreidingen (bijv. naar het vermogen van de bewindvoerder) van dat residuaire verhaalsrecht werden – in tegenstelling tot het Franse recht (vgl. artikel 2025, lid 3 CC) – in het voorgestelde Wetsontwerp om transparantieredenen uiteindelijk op dwingende wijze onmogelijk gemaakt.²⁷⁰ Dergelijke absolute stok achter de

²⁶⁹ Art. 3.39, lid 3 Wetsontwerp; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 87-88 (“*Zo wordt consistentie in de gehanteerde formulering centraal gesteld.*”). Vgl. Art. 8/1, lid 3 Hyp.W. (resp. art. 3.37, lid 3 Wetsontwerp). Zie: E. DIRIX en V. SAGAERT, “De kwaliteitsrekening herbezocht”, *TPR* 2004, (263) 268; V. SAGAERT en D. GRUYAERT, “Een nieuw wetgevend kader voor de kwaliteitsrekening”, *RW* 2014-15, (522) 526, nr. 15; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 78-81, nrs. 87-88; V. SAGAERT, “Beslag op een derdenrekening van een advocaat. De teloorgang van het vermogensbegrip” (noot onder Cass. 27 januari 2011), *RW* 2010-11, (1776) 1777-1778, nr. 4; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 396, nr. 430 e.v., 414, nr. 447 en 421-425, nrs. 455-457; M.E. STORME, “Paritas creditorum, voorrang en roerende zekerheden”, *TPR* 2006, (939) 1085, nrs. 266-267. Zie verder over het onderscheid tussen over numerieke mede-eigendom of ‘*protective co-ownership*’ en proportionele mede-eigendom: S. DE WINTER, “Vermenging van vervangbare goederen”, *RW* 2017-18, (1523) 1536, nr. 42 e.v.; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 416-417, nr. 450 en 421, nr. 455 e.v.; L.P.W. VAN VLIET, *Transfer of movables in German, French, English and Dutch law*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2000, 100. Ook in de *common law* geldt het vermoeden dat bij vermenging *trust*gelden of goederen en eigen gelden of goederen van de *trustee*, dat deze laatste eerst zijn eigen gelden of goederen heeft aangesproken en verteerd. Zie hiervoor: G. DE GROOTH, “Uitbreiding bewind of invoering van een Nederlands trustrecht en het ontwerp-Meijers”, *RMT* 1956, (241) 277.

²⁷⁰ Art. 3.40 Wetsontwerp; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 88-89 (“*Deze bepaling regelt de residuaire verhaalsrechten, indien het fiduciaire vermogen ontoereikend blijkt te zijn om de aanspraken van de bestemmingen van de fiduciaire goederen te voldoen. Die verhaalsrechten kunnen niet contractueel worden beperkt of uitgebreid, precies ten einde de transparantie tussen alle schuldeisers te vrijwaren. Het residuaire verhaalsvermogen van de bestemming is niet het persoonlijke vermogen van de bewindvoerder, maar wel dat van de insteller van de fiducie.*”); [Frankrijk] Art. 2025, lid 2 en 3 CC (“*le gage commun*”); M. BOURASSIN, V. BRÉMOND en M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés in Sirey. Université*, Parijs, Sirey, 2014, 382, nrs. 1314-1315; C. LARROUMET, “La loi du 19 février 2007 sur la fiducie”, *D.* 2007, (1350) 1350 e.v., nrs. 16-17; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit in Manuels*, Parijs, LGDJ, 2011, 592, nr. 790; J.-J.-D. PELLIER, “Fasc. 3300° Fiducie”, *JurisClasseur Contrats – Distribution* 2014, nr. 52, geraadpleegd via Lexis 360 (“*Autrement dit, les ‘créanciers naturels’ de la fiducie [...] disposent d’un droit subsidiaire sur le patrimoine du constituant, voire sur celui du fiduciaire si le contrat le prévoit.*”); F. ROUSSEL, M.-

deur is zeker te begrijpen wanneer de insteller van een *fiducie*constructie ook als (een van de) begunstigde(n) doorgaat, en op die manier *de facto* zijn vermogen compartimenteert. Dat evenwel als absolute en algemeen dwingende maatregel voorstellen, is mogelijks overbodig.²⁷¹

Tot slot worden de begunstigten in beide landen beschermd wanneer bijv. de bewindvoerder (resp. *fiduciaire*) goederen – in strijd met het *fiducie*contract – overdraagt aan een derde. Vooreerst kunnen begunstigten via het leerstuk van de derde-medeplichtigheid aan contractbreuk, de nietigheid van de overdracht beijveren. Daardoor keren de overgedragen goederen terug naar het fonds als ware een en ander nooit gebeurd (retroactief) (quasi-zakelijke remedie: ‘*faux remèdes réels*’).²⁷² Verder wijzen, anders dan

C. LARCHER, O. HOAREAU en A. DOBIGNY, “De la fiducie à l’entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)”, *JCP E* 2008, nr. 2199, (9) 12, nr. 28; C. WITZ, “Art. 2011 à 2030 - Fasc. 20° Fiducie: effets et extinction”, *JurisClasseur Civil Code* 2012, nr. 46 e.v., geraadpleegd via Lexis 360. Zie ook: E. DIRIX en V. SAGAERT, “Trusts in European civil law: on building bridges and Trojan horses” in H. MOSTERT en M.J. DE WAAL (eds.), *Essays in Honour of CG van der Merwe*, Durban, LexisNexis, 2011, (275) 284.

²⁷¹ R. IBARRA GARZA, “A prospective analysis of the proposed Belgian trust”, *Trust & Trustees* 2018, (849) 854-855 (“*This of course is intended to protect third parties to the trust relationship and to avoid that the settlor, by declaring himself beneficiary, divides de facto his patrimony via trust. But Article 40 of the draft proposal does not take into consideration that the settlor may not be a beneficiary in the trust created by him and in this case no de facto division of the settlors’ patrimony exists.*”); [Frankrijk] F. BARRIÈRE, “La loi instituant la fiducie: entre équilibre et incohérence”, *JCP E* 2007, (2053) 2053 e.v., nrs. 24-25 (“*En pratique, on peut supposer que le constituant interdira, par une stipulation du contrat de fiducie, au fiduciaire de conclure un contrat avec un tiers sans que ce dernier n’ait au préalable accepté de limiter son recours aux seuls actifs du patrimoine fiduciaire. Bien sûr, cette solution ne sera pas parfaite, le fiduciaire pouvant violer son obligation, un recours contre le seul patrimoine fiduciaire ne pouvant être opposé au tiers, qui pourra agir contre le constituant. Le constituant devra ensuite agir en responsabilité contractuelle contre le fiduciaire, dont la nature d’établissement bancaire devrait impliquer qu’il sera solvable. Un autre moyen serait de créer une société écran, à qui seraient transférés les biens à mettre en fiducie, et qui agirait alors comme constituant, de manière analogue à certaines pratiques de mise en place de sociétés à responsabilité limitée en tant qu’associés de sociétés à responsabilité indéfinie. Cette solution alourdit toutefois considérablement la mise en place d’une fiducie. L’inconvénient résultant de la perméabilité du patrimoine est, en pratique, moindre en matière de fiducie-sûreté: le bénéficiaire de la sûreté conserve son droit de créancier contre le constituant et a donc un recours contre ce patrimoine à ce titre, la gestion de la sûreté par le fiduciaire ne devrait pas normalement créer un passif fiduciaire important.*”); M. GRIMALDI, “Théorie du patrimoine et fiducie”, *Revue Lamy Droit Civil* 2010, nr. 77 (ULB, zie ook: *Rev. Lamy dr. civ.* 2007, nr. 40, 75; C. WITZ, “Art. 2011 à 2030 - Fasc. 20° Fiducie: effets et extinction”, *JurisClasseur Civil Code* 2012, nr. 46 e.v., geraadpleegd via Lexis 360 (“*Quant à l’idée que le constituant, riche des avoirs de la fiducie [...], doit répondre à ce titre des dettes de la fiducie, elle n’éclaire que partiellement le régime légal, et ce dans les cas où le constituant est le bénéficiaire exclusif de la fiducie, ce qui écarte ce fondement dans l’hypothèse d’une fiducie-sûreté ou d’une fiducie-gestion au profit d’un tiers bénéficiaire.*”)).

²⁷² Ook een beroep op louter financieel herstel of vervanging van de bewindvoerder is mogelijk. Zie daarover: Art. 3.49 Wetsontwerp; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 94-95; [Frankrijk] Artt. 2026-2027 CC. Over het beroep op de nietigheid

bij de Franse *fiducie*, de Belgische ontwerpbepalingen wel uitdrukkelijk op de veralgemeende zakelijke subrogatie in dat verband (vgl. Engelse *tracing*). Door die koppeling van zaakvervangende aan de beschikkingsbevoegdheid van de bewindvoerder, wordt de zakenrechtelijk beschermde positie van de begunstigde geoptimaliseerd.²⁷³ Wat daarentegen in beide *civil law*

zie: Art. 3.48 Wetsontwerp; Artt. 1382-1383 BW; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 94; Cass. 27 april 2006, *Arr.Cass.* 2006, afl. 4, 933; *Pas.* 2006, afl. 4, 976; *RW* 2009-10, 236, noot, *TBBR* 2008, afl. 8, 507, noot J. DEWEZ; Cass. 30 januari 1965, *JT* 1965, 312, *Pas.* 1965, 538, noot, *RCJB* 1966, 77, noot J. DABIN, *Rec.gén.enr.not.* 1966, 436, *RW* 1964-65, 1553, *err. RW*, 1964-65, 1624; S. DE REY, *Herstel in natura*, Brugge, Die Keure, 2019, 698, nr. 831 e.v.; [Frankrijk] Art. 2023 CC; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit anglais)* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 301, nr. 1077 e.v., i.h.b. nr. 1080 e.v. en 307, nr. 1102 e.v. Zie ook: R. IBARRA GARZA, “The Protection of the Trust Fund: A Comparative Study in French and English Law” in A. APERS, S. BOULY, E. DEWITTE en D. GRUYAERT (eds.), *Property Law Perspectives III*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (173) 183-184; R. IBARRA GARZA, “Protecting the trust fund in French and English law”, *Trust & Trustees* 2014, (421) 435-436 (voornoemde auteur spreekt van zgn. *corrective measures*). Ook is het mogelijk voor de begunstigde een beroep te doen op de pauliaanse vordering en t.a.v. de *fiduciaire* de overdracht niet-tegenstelbaar te laten verklaren. Zie daarover: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 618, vn. 2827 en 630-632, nr. 458, *in fine*.

²⁷³ Art. 3.42 Wetsontwerp (“*Behoudens andersluidend beding omvat de fiducie de goederen die in de plaats van een aan de fiducie onderworpen goed treden, de vruchten en andere opbrengsten die een onder fiducie staand goed oplevert.*”); Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 90 (“*Ten aanzien van de bewindgoederen moeten voldoende zakenrechtelijke remedies bestaan die toelaten om de waarde van het fiduciaire vermogen te vrijwaren, doorheen het beheer van de bewindvoerder.*” (onderlijning toegevoegd)); [Frankrijk] R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit anglais)* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, *passim*, i.h.b. 171, nrs. 635-636 en 280-281, nr. 990 e.v.; L. KACZMAREK, “Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l’opération”, *D.* 2009, (1845) 1847, nr. 9; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé in Thémis. Droit*, Parijs, PUF, 2013, 354; A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L’unité du patrimoine: essai critique in Doctorat et notariat: collection de thèses*, 11, Parijs, Defrénois, 2007, 409-410, nr. 874; C. WITZ, “Art. 2011 à 2030 - Fasc. 20° Fiducie: effets et extinction”, *JurisClasser Civil Code* 2012, nr. 41, geraadpleegd via Lexis 360; F. ZENATI-CASTAING en T. REVET, *Les biens in Droit fondamental. Droit classique*, Parijs, PUF, 2008, 437-438, nr. 278; [Verenigd Koninkrijk] S. GARDNER, *An Introduction to the Law of Trusts in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 315 e.v.; G.L. GRETTON, “Trusts Without Equity”, *Int’l & Comp.L.Q.* 2000 (599) 614; M. RACZYNSKA, “Parallels between the civilian separate patrimony, real subrogation and the idea of property in a trust fund” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (454) 455; B. RUDDEN, “Things as Thing and Things as Wealth”, *OxJLS* 1994, (81) 86-87 en 91 (“*Thus in the trust regime the technique of real subrogation has two functions. The first is peaceful: in an authorized sale by an honest trustee the price replaces the thing sold. The second is more hostile, enabling the beneficiaries to trace and seize anything acquired by breach of trust and, in priority to the trustee’s creditors, to use it to satisfy their entitlement. Of course if the trustee destroys the trust property or sells it and squanders the proceeds, the beneficiaries are merely creditors of his or her private assets. But all real rights end with the destruction or disappearance of the object –*

rechtsstelsels ontbreekt, is een werkelijke zakenrechtelijke remedie in handen van de begunstigde(n) zelf, zoals naar Engels recht wel het geval is (*constructive trust of equitable lien* – zie *supra* nr. 23); een volgrecht bijv. in handen van die begunstigde(n) ontbreekt (vgl. Engelse *following*) (zie *infra* nr. 76).²⁷⁴

74. WEZENSKENMERK: EEN AFGESCHIEDEN VERMOGEN – Hoewel er een aantal vraagtekens kunnen worden geplaatst (voornamelijk wat rechtszekerheid betreft), komt door voornoemde rechtsregels aan de begunstigten van zowel de Franse als de voorgestelde Belgische *fiducie* een vrij stevige – op (in beginsel) persoonlijke en dus niet zakenrechtelijke aanspraken gebaseerde²⁷⁵

here, the fund – in which they subsist.”). Zie ook: E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 22-23, nr. 21; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 724, nr. 518 e.v.; P. LEPAULLE, “An Outsider’s View Point of the Nature of Trusts”, *Cornell L.Q.* 1928-29, (52) 58; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 36, nr. 39 e.v., 64, nr. 68 e.v. en 228-229, nr. 262; M.E. STORME, *Notities Rechtsvergelijking*, Gent-Mariakerke, M.E. Storme, 2014, 499, www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/Rechtsvergelijking9.pdf; M.E. STORME, “Van Trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, (703) 714, nr. 9; M.E. STORME, “Overdracht van roerende goederen, vestiging van pandrecht, eigendomsvoorbehoud: een poging tot systematisatie” in H. CASMAN, E. DIRIX en R. DE CORTE (eds.), *Het zakenrecht: absoluut niet een rustig bezit*, Antwerpen, Kluwer, 1992, (403) 425-426; A. VERBEKE, “Trusts in België: liaisons dangereuses”, *TPR* 2012, (693) 694-695, nr. 4, *in fine*.

²⁷⁴ Noch in het Belgische wetsontwerp, noch in de memorie van toelichting zijn er verwijzingen te vinden naar enig volgrecht in handen van de begunstigde. Daaruit blijkt ook dat bij *civil law trusts* (zoals de Franse en Belgische *fiducie*) – meer nog dan bij de Engelse *trust* – niet de “*things as thing*”, doch wel de “*things as wealth*” een centrale plaats innemen (zie *supra* nr. 22 over die begrippen). De begunstigde is dan ook een louter persoonlijke gerechtigde. [Frankrijk] F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie in Bibliothèque de droit de l’entreprise*, Parijs, Litec, 2004, 484-485, nr. 629; P. CROCQ, “Propriété fiduciaire, propriété unitaire” in X., *La fiducie dans tous ses états*, 2010, www.dalloz-bibliothèque.fr, (9) 12; C. DERGATCHEFF, “Droit comparé en matière de mécanismes fiduciaires: Pays anglo-saxons, Suisse, Luxembourg”, *JCP E* 2007, nr. 2060, (46) 46, nr. 4; W. DROSS, *Droit des biens in Précis Domat. Droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, 103-103, nr. 110 e.v.; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit anglais) in Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 117, nr. 420, 277, nr. 980 en 303, nr. 1077 e.v.; L. KACZMAREK, “Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l’opération”, *D.* 2009, (1845) 1851, nr. 25; B. MALLET-BRICOUT, “Le fiduciaire, véritable pivot ou simple rouage de l’opération de fiducie?”, *McGill Law Journal* 2013, (905) 916. Zie ook: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 617-619, nr. 449, i.h.b. 619. Ook in het Schotse recht (*mixed legal system*) dat zowel een veralgemeende zakelijke subrogatie als een *constructive trust*-figuur bij *breach of trust* kent, wordt de positie van de begunstigde als louter van persoonlijke aard beschouwd. Een en ander is weliswaar voor discussie vatbaar. Zie: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 646-649, nr. 469 en 652-654, nr. 473. Zie echter BERGER-TARARE die wel spreekt van een ‘*droit de suite*’: C. BERGER-TARARE, *Le fiduciaire défaillant. Regards croisés en droit des biens et droit des obligations in Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, 462, nr. 1059 (“*À son issue, le bénéficiaire, titulaire d’un droit réel, peut mettre en œuvre son droit de suite au moyen de l’action confessoire de jus ad rem pour obtenir le retour des biens indûment sortis du patrimoine fiduciaire.*” (onderlijning toegevoegd)).

²⁷⁵ Zie voetnoot 313.

– positie toe. De wezenlijke dragende as van die bescherming ligt ook bij de voorgestelde Belgische *fiducie* in de creatie van een afgezonderd vermogen (in het Franse recht het zgn. ‘*patrimoine fiduciaire*’). De rechten van de begunstigen worden beschermd door het fiduciair vermogen afgescheiden te houden van het persoonlijk vermogen van de bewindvoerder (resp. *fiduciaire*).²⁷⁶ Men voorziet daarvoor in een wettelijke uitzondering op het beginsel van eenheid en ondeelbaarheid van het vermogen.²⁷⁷ Een en ander

²⁷⁶ Artt. 3.38, 3.39 en 3.42 Wetsontwerp; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-3348/001, 85-88 en 90; [Frankrijk] Artt. 2011, 2024 en 2025 CC; F. BARRIÈRE, “La fiducie-sûreté”, *JCP E* 2009, nr. 1808, (18) 20, nr. 11; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie in Bibliothèque de droit de l’entreprise*, Parijs, Litec, 2004, 265-267, nr. 341, 340, nr. 423 e.v. en 382, nr. 474 e.v.; C. BERGER-TARARE, *Le fiduciaire défaillant. Regards croisés en droit des biens et droit des obligations in Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, 85, nr. 188 en 125, nr. 269; I. BEYNEIX, “Apport et utilité de la notion d’indisponibilité en droit patrimonial français à l’aune du trust anglo-saxon, de la fiducie et de l’EIRL”, *Petites affiches* 2012, afl. 67, nr. 24; G. BLANLUET en J.-P. LE GALL, “La fiducie, une œuvre inachevée. Commentaire des dispositions fiscales de la loi du 19 février 2007”, *JCP E* 2007, nr. 2059, (35) 37, nr. 9; V. BOCCARA, “La fiducie fait son entrée dans le droit français”, *Petites affiches* 2007, afl. 54, (3) 3; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND en M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés in Sirey. Université*, Parijs, Sirey, 2014, 365, nr. 1279; M. BOUTEILLE, *Les propriétés conditionnelles*, Aix-Marseille, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2008, 459, nr. 817; P. CROCO, “L’introduction de la fiducie en droit privé français” in V. SAGAERT (ed.), *La réforme du droit privé en France. Un modèle pour le droit privé européen?* in *Contrats & patrimoine*, Brussel, Larcier, 2009, (9) 12; H. DE VAUPLANE, “La fiducie avant la fiducie: le cas du droit bancaire et financier”, *JCP E* 2007, nr. 2051, (8) 9, nr. 9; A. DENIZOT, “L’étonnant destin de la théorie du patrimoine”, *RTD Civ.* 2014, geraadpleegd via Dalloz; W. DROSS, *Droit des biens in Précis Domat Droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, 106-107, nr. 113; Y. EMERICH, “Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens”, *RIDC* 2009, (49) 63 e.v.; R. IBARRA GARZA, “Protecting the trust fund in French and English law”, *Trust & Trustees* 2014, (421) 428-430; L. KACZMAREK, “Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l’opération”, *D.* 2009, (1845) 1846-1847, nrs. 8-9; C. LARROUMET, “La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques”, *D.* 2007, (1350) 1352-1353, nr. 14; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit in Manuels*, Parijs, LGDJ, 2011, 590, nr. 784 e.v.; R. LIBCHABER, “Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007”, *Defrénois* 2007, (1094) 1101-1102, nr. 9 en 1113-1114, nr. 23; B. MALLET-BRICOUT, “The trustee: mainspring, or only a cog, in the French fiducie” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (141) 142; G. PODEUR, “La procédure collective du fiduciaire: quelles protections pour le constituant et le bénéficiaire?”, *D.* 2014, geraadpleegd via Dalloz; C. WITZ, “La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au ‘trust’”, *D.* 2007, (1369) 1372; C. WITZ, “La fiducie en Europe: France, Suisse, Luxembourg, Allemagne, Liechtenstein. Analyse des lois existantes et des projets en cours” in J. HERBOTS en D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst: praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, (51) 67; F. ZENATI-CASTAING en T. REVET, *Les biens in Droit fondamental. Droit classique*, Parijs, PUF, 2008, 409-411, nr. 255 en 417-419, nr. 262.

²⁷⁷ Artt. 3.35, 3.38 en 3.39 Wetsontwerp; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-3348/001, 80-81 en 85-88; [Frankrijk] Art. 2011 en 2025 CC; Artikel 519 van het Franse voorontwerp tot wetswijziging *Henri Capitant*, F. BARRIÈRE, “La loi instituant la fiducie: entre équilibre et incohérence”, *JCP E* 2007, nr. 2053, (13) 16, nr. 20 e.v.; C. BERGER-

wordt bevorderd door de bewindvoerder onbevoegd te maken om over de in *fiducie* gegeven goederen te beschikken op een wijze strijdig met de fiduciaire bestemming van het fonds.²⁷⁸ Alles tezamen maakt dat, naar voorbeeld van het merendeel van de Franse doctrine, ook de voorgestelde Belgische *fiducie* als doelvermogen kan worden beschouwd.²⁷⁹

Wel is het fiduciaire vermogen – zowel in Frankrijk als in het Belgische Wetsontwerp – niet volledig zelfstandig; de vermogensafscheiding is niet

TARARE, *Le fiduciaire défaillant. Regards croisés en droit des biens et droit des obligations* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, 42, nr. 100 e.v. en 79-80, nr. 177; L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement* in *Bibliothèque de droit privé*, 538, Parijs, LGDJ, 2012, 224, nr. 262; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND en M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés* in *Sirey. Université*, Parijs, Sirey, 2014, 365, nr. 1279; R. DAMMANN en G. PODEUR, "Fiducie-sûreté et droits des procédures collectives: évolution ou révolution?", *D.* 2007, (1359) 1360; H. DE VAUPLANE, "La fiducie avant la fiducie: le cas du droit bancaire et financier", *JCP E* 2007, nr. 2051, (8) 9, nr. 7; Y. EMERICH, "Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens", *RIDC* 2009, (49) 50 en 61; M. GRIMALDI en F. BARRIÈRE, "Trust and Fiducie" in E.H. HONDIUS, M.W. HESSELINK en A.S. HARTKAMP (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (1085) 1095-1096; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit anglais)* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 168-169, nr. 626, 170, nr. 629 en 171, nr. 634; L. KACKZMAERK, "Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération", *D.* 2009, (1845) 1847, nr. 11; C. LARROUMET en A. AYNÈS, *Introduction à l'étude du droit in Corpus. Droit privé. Traité de droit civil*, Parijs, Economica, 2013, 322-323, nr. 420; C. LARROUMET, "La loi du 19 février 2007 sur la fiducie: Propos critiques", *D.* 2007, (1350) 1350, nr. 6; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit* in *Manuels*, Parijs, LGDJ, 2011, 592, nr. 788; B. MALLET-BRICOUT, "Fiducie et propriété" in S. BROS en B. MALLET-BRICOUT (eds.), *Liber amicorum Christian Larroumet*, Parijs, Economica, 2009, (297) 320, nr. 28; G. PODEUR, "La procédure collective du fiduciaire: quelles protections pour le constituant et le bénéficiaire?", *D.* 2014, geraadpleegd via Dalloz; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé* in *Thémis. Droit*, Parijs, PUF, 2013, 363; F. ROUSSEL, M.-C. LARCHER, O. HOAREAU en A. DOBIGNY, "De la fiducie à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)", *JCP E* 2008, nr. 2199, (9) 10, nr. 7 en 13, nr. 38; F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil. Les biens* in *Précis Dalloz. Droit Privé*, Parijs, Dalloz, 2010, 30-31, nr. 25. Zie ook V. SAGAERT, "La réforme du droit privé français dans le développement du droit privé européen" in V. SAGAERT (ed.), *La réforme du droit privé en France. Un modèle pour le droit privé européen?* in *Contrats & patrimoine*, Brussel, Larcier, 2009, (115) 125, nr. 20.

²⁷⁸ Zie daarover in het bijzonder: I. BEYNEIX, "Rapport et utilité de la notion d'indisponibilité en droit patrimonial français à l'aune du trust anglo-saxon, de la fiducie et de l'EIRL", *Petites affiches* 2012, afl. 67, nr. 24.

²⁷⁹ M. GRIMALDI en F. BARRIÈRE, "Trust and Fiducie" in E.H. HONDIUS, M.W. HESSELINK en A.S. HARTKAMP (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (1085) 1095-1096. Zie ook: F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie* in *Bibliothèque de droit de l'entreprise*, Parijs, Litec, 2004, 265-267, nr. 341, 340, nr. 423 e.v. en 382, nr. 474 e.v.; L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement* in *Bibliothèque de droit privé*, 538, Parijs, LGDJ, 2012, 224, nr. 262; M. BOUTEILLE, *Les propriétés conditionnelles*, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, 449, nr. 805; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit anglais)* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 169, nr. 627 e.v., i.h.b. 170, nrs. 629-630; C. WITZ, "Art. 2011 à 2030 - Fasc. 20" *Fiducie: effets et extinction*, *JurisClasseur Civil Code* 2012, nr. 40, geraadpleegd via Lexis 360.

absoluut. Er zijn namelijk zgn. ‘cross-overs’ denkbaar zowel vanwege de schuldeisers van de insteller naar het fiduciaire vermogen (artikel 2025, lid 1 CC; artikel 3.39, lid 1 BW), als omgekeerd vanwege de boedelschuldeisers naar het vermogen van de insteller (artikel 2025, lid 2 CC; artikel 3.40 BW).²⁸⁰ Dat de insteller of de bewindvoerder daarenboven kunnen worden aangesproken in hun persoonlijke hoedanigheid – bijv. wat de bewindvoerder betreft voor fouten aangaande het gevoerde beheer (artikel 2026 CC en artikel 3.49 BW) – doet geen afbreuk aan de theorie van vermogensplitsing.²⁸¹

75. KENBAARHEIDSEIS: PUBLICITEIT – Verder is, zoals VAN GERVEN reeds vroegtijdig doorhad, een kenbaarheidseis – en dus een zekere mate van publiciteit – een belangrijke voorwaarde voor zowel de tegenwerpelijke als

²⁸⁰ Een (bedongen) ‘cross-over’ naar het privévermogen van de bewindvoerder is – in tegenstelling tot het Franse recht – naar eventueel toekomstig Belgisch recht niet mogelijk. De memorie van toelichting bepaalt daaromtrent: “*Het residuaire verhaalsvermogen van de bestemming is niet het persoonlijke vermogen van de bewindvoerder, maar wel dat van de insteller van de fiducie.*” Artt. 3.39, lid 1 en 3.40 Wetsontwerp; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-3348/001, 87-89; [Frankrijk] Art. 2025 CC; F. BARRIÈRE, “La fiducie-sûreté”, *JCP E* 2009, nr. 1808, (18) 20-21, nr. 15; P. CROCQ, “L’introduction de la fiducie en droit privé français” in V. SAGAERT (ed.), *La réforme du droit privé en France. Un modèle pour le droit privé européen?* in *Contrats & patrimoine*, Brussel, Larcier, 2009, (9) 13-14; P. DUPICHOT, “L’unicité du patrimoine aujourd’hui. Observations introductives”, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* 2009, afl. 52, 1356, nrs. 1-10; Y. EMERICH, “Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens”, *RIDC* 2009, (49) 64-65; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit anglais)* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 175-176, nrs. 646-655; L. KACZMAREK, “Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l’opération”, *D.* 2009, (1845) 1849, nr. 16; C. LARROUMET, “La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques”, *D.* 2007, (1350) 1353, nr. 16; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit* in *Manuels*, Parijs, LGDJ, 2011, 592, nr. 790; B. MALLET-BRICOUT, “Fiducie et propriété” in S. BROS en B. MALLET-BRICOUT (eds.), *Liber amicorum Christian Larroumet*, Parijs, Economica, 2009, (297) 326, nr. 31; G. PODEUR, “La procédure collective du fiduciaire: quelles protections pour le constituant et le bénéficiaire?”, *D.* 2014, (1653) 1654; F. ROUSSEL, M.- C. LARCHER, O. HOAREAU en A. DOBIGNY, “De la fiducie à l’entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)”, *JCP E* 2008, nr. 2199, (9) 12, nr. 28. Zie verder ook: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 715-720, nr. 516, i.h.b. 719-720, 728-729, nr. 521 en 747-749, nr. 535, i.h.b. 749, *in fine*; M. RACZYNSKA, “Parallels between the civilian separate patrimony, real subrogation and the idea of property in a trust fund” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (454) 460 en 464-465.

²⁸¹ De insteller bijv. zou kunnen worden aangesproken indien hij de fiducie herroept nadat de begunstigde heeft aanvaard. Artt. 3.49 en 3.51 Wetsontwerp; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-3348/001, 94-96; [Frankrijk] Artt. 2026 en 2028 CC; R. IBARRA GARZA, “The Protection of the Trust Fund: A Comparative Study in French and English Law” in A. APERS, S. BOULY, E. DEWITTE en D. GRUYAERT (eds.), *Property Law Perspectives III*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (173) 181 e.v.

de aantrekkelijkheid van een dergelijk afgezonderd doelvermogen.²⁸² Wat de Franse *fiducie* betreft, wordt tot op zekere hoogte aan publiciteit gedacht.²⁸³ Naar voorgesteld (maar teloorgegaan) Belgisch recht daarentegen, wordt de tegenwerpelijheid van het doelvermogen sterker verantwoord. Het zijn namelijk niet alleen – voor onroerende goederen – de registers van het bevoegde kantoor van de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie (voormalige hypothecaire registers), maar ook – voor roerende goederen – het nationaal pandregister (subsidiar ook buitenbezitstelling), die de nodige publiciteit voorzien en op die manier de raadpleegbaarheid of kenbaarheid van de *fiducie* stevig onderschrijven.²⁸⁴ Ook moet de bewindvoerder volgens ontwerpartikel 3.47 BW steeds uitdrukkelijk kenbaar maken wanneer hij handelt in uitvoering van zijn fiduciaire opdracht (vgl. artikel 2021 CC).²⁸⁵ Hoewel kenbaarheid betreffende

²⁸² W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 245-148, nr. 89. Zie ook: Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-3348/001, 85-87, i.h.b. 86 en 91-94. Zie verder: Wetsvoorstel (K. VAN VAERENBERGH e.a.) tot wijziging van de Hypotheekwet van 16 december 1851 wat de derdenrekening betreft, *Parl.St. Kamer* 2010-11, nr. 53-1764/001, 11; E. DIRIX en V. SAGAERT, “Trusts in European civil law: on building bridges and Trojan horses” in H. MOSTERT en M.J. DE WAAL (eds.), *Essays in Honour of CG van der Merwe*, Durban, LexisNexis, 2011, (275) 290-291; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 634-635, nr. 460, 737-739, nr. 529 en 742-743, nr. 533; I. SAMOY, *Middellijke Vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 44, nr. 52 e.v., 321-322, nr. 491 en 629, nr. 987 e.v.; [Frankrijk] M. BOURASSIN, V. BRÉMOND en M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés in Sirey. Université*, Parijs, Sirey, 2014, 381, nr. 1310; L. KACZMAREK, “Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l’opération”, *D.* 2009, (1845) 1849, nr. 17.

²⁸³ Art. 2018-2 jo. art. 1690 en artt. 2019-2021 CC; F. BARRIÈRE, “La fiducie-sûreté et droit français”, *McGill Law Journal* 2013, (869) 890; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND en M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés in Sirey. Université*, Parijs, Sirey, 2014, 378, nr. 1306 en 389-399, nr. 1335; Y. EMERICH, “Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens”, *RIDC* 2009, (49) 55; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit anglais)* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 93 nr. 340, 267-268, nr. 957 en 325, nrs. 1174-1175; L. KACZMAREK, “Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l’opération”, *D.* 2009, (1845) 1849, nr. 17; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit in Manuels*, Parijs, LGDJ, 2011, 591, nrs. 786-787; F. ZENATI-CASTAING en T. REVET, *Les biens in Droit fondamental. Droit classique*, Parijs, PUF, 2008, 427-428, nr. 268.

²⁸⁴ Art. 3.46 Wetsontwerp; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-3348/001, 85-87, i.h.b. 86 en 91-94 (“De tegenwerpelijheid van de fiducie aan derden heeft zowel betrekking op het feit dat derde-verkrijgers van een concurrent recht zich de fiducie moeten laten tegenwerpen als op het feit dat schuldeisers geen verhaalsrechten op het fiduciaire vermogen kunnen laten gelden. Deze dubbele tegenwerpelijheid vergt dat derden op de hoogte kunnen zijn van de fiducie. Anders riskeren de derden op het verkeerde been te worden gezet.”).

²⁸⁵ Art. 3.47 Wetsontwerp; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St. Kamer*

doelvermogens meer dan wenselijk is, staat een dergelijke formalistische publiciteitseis – zoals bij beide *fiducie*-concepten het geval is – haaks op hoe de *trust* naar Engelse recht opgevat wordt, nl. vormvrij en flexibel.²⁸⁶

e.1.2. Tracing and following: met aandacht voor het specifieke goed?

76. ZAKENRECHTELIJKE POSITIE VAN DE BEGUNSTIGDE – Los van de vraag wie eigenaar is (zie *infra* nr. 77 e.v.), is van belang te weten welke positie de begunstigde van de *fiducie* heeft; maar ook vooral welke soort aanspraken hij/zij wanneer kan laten gelden. De begunstigde zou volgens het merendeel van de Franse doctrine over een louter persoonlijk recht (op afgifte van een goed) beschikken (t.a.v. de bewindvoerder).²⁸⁷ Andere auteurs menen op grond van artikel 2023 CC een volgrecht te kunnen toekennen aan de begunstigde (t.a.v. derden te kwader trouw) (vgl. ontwerpartikel 3.48 BW).²⁸⁸

2018-19, nr. 54-3348/001, 93-94 (“*Deze bepaling sluit aan bij de vorige en versterkt de dimensie van transparantie die noodzakelijk gepaard gaat met de instelling van een fiducie.*”); [Frankrijk] Art. 2021 CC; J.-D. PELLIER, “Fasc. 3300° Fiducie”, *JurisClasseur Contrats – Distribution* 2014, nr. 36, geraadpleegd via Lexis 360; C. WITZ, “Art. 2011 à 2030 - Fasc. 20° Fiducie: effets et extinction”, *JurisClasseur Civil Code* 2012, nrs. 19 en 26-27, geraadpleegd via Lexis 360.

²⁸⁶ Y. EMERICH, “Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens”, *RIDC* 2009, (49) 55. Zie: [common law] D.J. HAYTON, *Underhill and Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees*, Londen, Butterworths, 1995, 57-59 e.v.; G. WATT, *Trusts and Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 170.

²⁸⁷ F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie in Bibliothèque de droit de l'entreprise*, Parijs, Litec, 2004, 482-485, nrs. 626-629; P. CROCQ, “Propriété fiduciaire, propriété unitaire” in X., *La fiducie dans tous ses états*, 2010, www.dalloz-bibliothèque.fr, (9) 12; P. CROCQ, *Propriété et garantie in Bibliothèque de droit privé*, 248, Parijs, LGDJ, 1995, 85, nr. 106; C. DERGATCHEFF, “Droit comparé en matière de mécanismes fiduciaires: Pays anglo-saxons, Suisse, Luxembourg”, *JCP E* 2007, nr. 2060, (46) 46, nr. 4; W. DROSS, *Droit des biens in Précis Domat. Droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, 103-104, nr. 110 e.v.; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit anglais) in Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 117, nr. 420, 277, nr. 980 en 303, nr. 1077 e.v.; L. KACZMAREK, “Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l’opération”, *D.* 2009, (1845) 1851, nr. 25; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit in Manuels*, Parijs, LGDJ, 2011, 587, nr. 775; B. MALLET-BRICOUT, “The trustee: mainspring, or only a cog, in the French fiducie” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (141) 149 e.v. Zie echter BERGER-TARARE, zich baserend op de herwonnen ‘authentieke’ interpretatie van het oude civielrechtelijke concept ‘*ius ad rem*’: C. BERGER-TARARE, *Le fiduciaire défaillant. Regards croisés en droit des biens et droit des obligations in Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, 106-107, nr. 234 e.v., 124, nrs. 267-268 en 461, nr. 1057.

²⁸⁸ Art. 3.48 Wetsontwerp; [Frankrijk] Art. 2023 CC; B. MALLET-BRICOUT, “Le fiduciaire, véritable pivot ou simple rouage de l’opération de fiducie?”, *McGill L.J.* 2013, (905) 916-917, i.h.b. voetnoot 44; F. DANOS, “La qualification des droits des différentes parties à une opération de fiducie” in D. BUREAU en F. DRUMMOND (eds.), *Liber amicorum. Mélanges en l’honneur de Philippe Merle*, Parijs, Dalloz, 2013, (137) 148, nr. 10 en 159, nr. 21 e.v. (“*Le droit réel octroyé au bénéficiaire qui viendrait restreindre la propriété fiduciaire serait un droit réel sui generis, ce qui ne pose pas de difficultés majeures dans la mesure où le principe du numerus clausus des droits réels n’a jamais été reconnu en droit français. [...] L’apparition d’un nouveau droit réel en droit français ne poserait donc aucun problème.*”) (“*Mais il n’est pas inutile de préciser la nature de ce droit réel sur la chose d’autrui qui serait ainsi conféré au bénéficiaire. Ne pouvant être rangé parmi*

Opmerkelijk daarbij is dat een en ander elkaar niet per definitie uitsluit. In het licht van de voorgestelde *fiducie*figuur naar Belgisch recht is het, omwille van de eraan verbonden algemene zakelijke subrogatie (ontwerpartikel 3.42 BW), vreemd om uit te gaan van een louter persoonlijk recht in hoofde van de begunstigde. “Eerder zou er sprake moeten zijn van een recht dat zakenrechtelijke bescherming geniet zodra de trustbepalingen niet worden nageleefd of de trustee insolvelabel wordt [*corrective measures*]. Dat de goederen geen deel uitmaken van het vermogen van de begunstigten is niet overtuigend om te besluiten tot een louter persoonlijk recht.”²⁸⁹ Dat doet

*les droits réels de jouissance ou les droits réels de garantie, ce droit réel confère des prérogatives spécifiques. Le droit réel d'expectative traduit, par une affectation immédiate de la chose, la vocation du bénéficiaire à se voir attribuer la propriété des biens et droits en fiducie. Plus précisément, ce droit réel sur la chose d'autrui semble correspondre au droit réel d'expectative ('Anwartschaftsrecht') que connaît le droit allemand et qu'il applique notamment à l'acquéreur sous réserve de propriété ainsi qu'au bénéficiaire d'une fiducie.”; M. GRIMALDI, “La fiducie: réflexions sur l’institution et sur l’avant-projet de loi qui la consacre”, *Répertoire du Notariat Défrénois* 1991, art. 35085, (897) 984-985 en 961, nr. 58. Zie ook: F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie* in *Bibliothèque de droit de l’entreprise*, Parijs, Litec, 2004, 482-484, nrs. 627-628; G. BELLARGENT, “L’introduction de la fiducie en droit français par la loi du 19 février 2007”, *Revue Juridique de l’Economie Publique* 2007, afl. 647, nr. 65, www.lexisnexis.com; C. BERGER-TARARE, *Le fiduciaire défaillant. Regards croisés en droit des biens et droit des obligations* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, 461, nr. 1057 en 462-463, nr. 1059. Zie daarnaast: C. WITZ, “Art. 2011 à 2030 - Fasc. 20° Fiducie: effets et extinction”, *JurisClasseur Civil Code* 2012, nrs. 28-29, geraadpleegd via Lexis 360.*

²⁸⁹ Dit is wat GRUYAERT schrijft m.b.t. de Schotse *trust*, waarbij ook een ruimere toepassing van zakelijke subrogatie uitwerking vindt. Een verschil met de voorgestelde Belgische *fiducie* echter, is dat de begunstigde naar Schots recht een beroep kan doen op een zgn. *constructive trust* bij *breach of trust* en zodoende bijkomende bescherming geniet. Desondanks is een en ander toch erg vergelijkbaar. Zie: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 646-649, nr. 469 en 652-654, nr. 473. De memorie van toelichting heeft het m.b.t. artikel 3.39 Wetsontwerp immers uitdrukkelijk over zgn. zakenrechtelijke aanspraken van de begunstigten: “Deze bepaling geeft uitdrukking aan het afgescheiden karakter van het fiduciaire vermogen, en dus aan de zakelijke werking van de aanspraken van de begunstigde. De bewindsfiguur situeert zich weliswaar op het snijvlak van goederenrecht en verbintenissenrecht, maar het specifieke van de figuur is wel gelegen in de zakenrechtelijke bescherming van de aanspraken van de begunstigde.” Zie Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 87-88. Zie ook: [Frankrijk] C. BERGER-TARARE, *Le fiduciaire défaillant. Regards croisés en droit des biens et droit des obligations* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, 106-107, nr. 234 e.v., 124, nrs. 267-268 (“Néanmoins, il faut noter qu’un bénéficiaire a vocation à acquérir un droit de propriété sur tout ou quote-part des biens fiduciaires. Le second transfert de propriété étant inéluctable, qualifier le droit du bénéficiaire de droit simplement personnel sonne faux. Comment pourrait-on en effet affirmer que le bénéficiaire acceptant de la fiducie est un simple créancier du fiduciaire? Cet appel à devenir, un jour futur, propriétaire ordinaire de tout ou partie du capital de la fiducie ou de ses fruits, peut permettre de justifier que lui soit octroyé un droit réel sui generis. Il ne s’agit nullement ici d’accorder au bénéficiaire un droit d’un genre nouveau, mais bien plutôt de redonner à un concept ancien du droit civil, le jus ad rem, aujourd’hui trop souvent synonyme de simple droit de créance, sa véritable signification.”) en 461, nr. 1057; Y. EMERICH, “Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens”, *RIDC* 2009, (49) 59; G. PODEUR, “La procédure collective du

enigszins denken aan temporeel opgesplitste of gefaseerd zakenrechtelijke (eigendoms)bevoegdheidsverdeling.²⁹⁰

Dat laatste is eigenlijk exact wat het Engelse recht ter bescherming van de positie van *beneficiary* naar voren schuift. Met name, dat vanaf een welbepaald tijdstip – wanneer het *trust fund* schade lijdt als gevolg van een *breach of trust* – aan de begunstigten corrigerende zakenrechtelijke remedies worden toegereikt (*constructive trust* en *equitable lien*) die zij mogen gebruiken en waaromtrent zij mogen kiezen (*'election'*) of een beroep wordt gedaan op het redden van de *'wealth'* (door *tracing*), dan wel op het terughalen van het specifieke goed (door *following*). *'Das ding an sich'* blijft aldus 'waardevol', en niet alleen de *'things as wealth'* primeren.²⁹¹

fiduciaire: quelles protections pour le constituant et le bénéficiaire?”, *D.* 2014, geraadpleegd via Dalloz. Zie ook: D. HAYTON en P. MATTHEWS, “England and Wales” in A. VERBEKE en V. SAGAERT (eds.), *International encyclopaedia of laws: Property and Trust Law*, Deventer, Kluwer, 2007, 71, nr. 171; R. IBARRA GARZA, “Protecting the trust fund in French and English law”, *Trust & Trustees* 2014, (421) 430 e.v. (voornoemde auteur spreekt van zgn. *corrective measures*); M. RACZYNSKA, “Parallels between the civilian separate patrimony, real subrogation and the idea of property in a trust fund” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (454) 475. Zie ook: [common law] M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 155; J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 27, nr. 2.31 e.v. (“A trust beneficiary has the personal right that the trustee comply with his duties as set out under the terms of the trust to apply the trust property to the beneficiary’s benefit. Obviously, the net result of the trustee’s compliance with his duties is that the beneficiary will receive whatever benefit the terms of the trust dictate. If he is an income beneficiary, for example, he has the right to receive payments when the trust investments generate income. He holds this right against the trustee, who has the correlative duty to pay the beneficiary that income. In this respect, the beneficiary has a right that the trustee pay him an amount of property at a particular time, and therefore he has a right that is very much like the right to be paid a debt, and he can transfer his right by assigning it to a party. Assignable personal rights of this kind, like debts, are kind of property right in the law.”).

²⁹⁰ Vgl. J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 25-28, nrs. 2.27-2.35 en 52-53, nr. 2.87. Zie ook: M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 154-156, 163-164, 168-169 en 177-179; P. MATTHEWS, “From Obligation to Property, And Back Again? The Future of the Non-Charitable Purpose Trust” in D.J. HAYTON (ed.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag, Kluwer Law International, 2002, (203) 206 e.v. Zie ook: [Frankrijk] C. BERGER-TARARE, *Le fiduciaire défaillant. Regards croisés en droit des biens et droit des obligations in Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, 107-108, nr. 235 (“Les droits de propriété du fiduciaire et du bénéficiaire ne sont donc pas concurrents mais alternatifs. Ils ne s’exercent pas en même temps, mais l’un après l’autre.”); F. DANOS, “La qualification des droits des différentes parties à une opération de fiducie” in D. BUREAU en F. DRUMMOND (eds.), *Liber amicorum. Mélanges en l’honneur de Philippe Merle*, Parijs, Dalloz, 2013, (137) 148, nr. 10 en 159, nr. 21 e.v.

²⁹¹ Zie *supra*. Zie: R. IBARRA GARZA, “The Protection of the Trust Fund: A Comparative Study in French and English Law” in A. APERS, S. BOULY, E. DEWITTE en D. GRUYAERT (eds.), *Property Law Perspectives III*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (173) 183; R. IBARRA GARZA, “Protecting the trust fund in French and English law”, *Trust & Trustees* 2014, (421) 435; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 71, nr. 78 e.v., i.h.b. 72, nr. 80, 376-379, nrs. 408-409 en 683, nr. 718 e.v.; J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*,

e.2. *Interne ‘governance’ optimalisatie: nadruk op bevoegdheidsverdeling*

e.2.1. De eigendomssituatie: een triangulair kruisbestuivingsspel?

77. ‘*DUALITÉ DE PROPRIÉTÉ*’ – Net zoals bij de Engelse *trust* is er bij de Franse *fiducie* erg veel te doen om wie nu als (exclusieve) eigenaar van de onder beheer gebrachte goederen kan worden beschouwd. Een minderheidsopvatting gaat bijvoorbeeld uit van ‘*dual ownership*’-gedachte; en daarmee dus een opsplitsing van het eigendomsrecht. De *bénéficiaire* beschikt zodoende over een wettelijke economische eigendomsaanspraak.²⁹² De vrees voor een terugkeer naar een feodale gedeelde eigendom is volgens deze strekking onterecht.²⁹³

78. MEERDERHEID: DE *FIDUCIAIRE* ALS EIGENAAR – De meerderheid van de Franse doctrine echter, ziet de bewindvoerder of *fiduciaire* als exclusieve eigenaar, onder meer omdat er op grond van artikel 2011 CC een volle eigendomsoverdracht zou plaatsvinden.²⁹⁴ Bovendien maakt dat de zo

Oxford, Oxford University Press, 2014, 25-28, nrs. 2.27-2.35 en 52-53, nr. 2.87; G. WATT, *Trusts and Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 463 e.v. en 485 e.v. Zie ook: I. KANT en R. SCHMIDT, *Kritik der reinen Vernunft*, Leipzig, Reclam, s.d., 998 p.; B. RUDDEN, “Things as Thing and Things as Wealth”, *OxJLS* 1994, (81) 81-97.

²⁹² C. BERGER-TARARE, *Le fiduciaire défaillant. Regards croisés en droit des biens et droit des obligations* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, 61, nr. 141; I. BEYNEIX, “Apport et utilité de la notion d’indisponibilité en droit patrimonial français à l’aune du trust anglo-saxon, de la fiducie et de l’EIRL”, *Petites affiches* 2012, afl. 67, nr. 23; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit* in *Manuels*, Parijs, LGDJ, 2011, 558-559, nr. 738; A. LIENHARD, “Fiducie et finance islamique: censure formelle du Conseil constitutionnel”, *D.* 2009, (2421) 2412-2413; B. MALLET-BRICOUT, “Le fiduciaire, véritable pivot ou simple rouage de l’opération de fiducie?”, *McGill L.J.* 2013, (905) 932; B. MALLET-BRICOUT, “Le fiduciaire propriétaire?”, *JCP E* 2010, nr. 1191, (13) 17-18, nrs. 16-17 en 18, nr. 18; Zie ook: E. DIRIX en V. SAGAERT, “Trusts in European civil law: on building bridges and Trojan horses” in H. MOSTERT en M.J. DE WAAL (eds.), *Essays in Honour of CG van der Merwe*, Durban, LexisNexis, 2011, (275) 285.

²⁹³ G. BLANLUET, “Brèves réflexions sur la propriété économique”, *Droit & Patrimoine* 2001, (80) 83; W. DROSS, *Droit des biens* in *Précis Domat. Droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, 104, nr. 111; C. GOYET, *Le louage et la propriété à l’épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire* in *Bibliothèque de droit privé*, CLXXX, Parijs, LGDJ, 1983, 192, nr. 355; M. LAROCHE, *Revendication et propriété: Du droit des procédures collectives au droit des biens*, Parijs, Defrénois, 2007, 107, nr. 161; C. MOULY, “Procédures collectives: assainir le régime des sûretés” in X., *Etudes dédiées à René Roblot: aspects actuels du droit commercial français*, Parijs, LGDJ, 1984, (529) 551, nr. 35.

²⁹⁴ B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d’autrui*, Lyon, Université Jean Moulin, 2004, 189-191, nr. 252; F. BARRIÈRE, “The French fiducie, or the chaotic awakening of a sleeping beauty” in L. SMITH, *Re-imagining the Trust. Trusts in Civil Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, (222) 234-238; F. BARRIÈRE, “La loi instituant la fiducie: entre équilibre et incohérence”, *JCP E* 2007, nr. 2053, (13) 15-16, nr. 19; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie* in *Bibliothèque de droit de l’entreprise*, Parijs, Litec, 2004, 333-335, nr. 419, i.h.b. 334; C. BERGER-TARARE, *Le fiduciaire défaillant. Regards croisés en droit des biens et droit des obligations* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, 66-67, nr. 152; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND en M.- N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés* in

noodzakelijke, verregaande beheersbevoegdheid mogelijk in hoofde van de beheerder. Kortom, de *fiduciaire* krijgt met het oog op een doeltreffend beheer de exclusieve macht om derden van het ‘*patrimoine fiduciaire*’ te weren (externe dimensie). Hij/zij is degene die – als alles goed gaat – het beheer waarneemt en daarvoor derden (inclusief de *constituant*) moet kunnen uitsluiten.²⁹⁵ Op vlak van de zgn. volheid van eigendomsbevoegdheid daarentegen (interne dimensie), wordt een en ander vervolgens even

Sirey. Université, Parijs, Sirey, 2014, 365-367, nrs. 1280-1281; P. CROCQ, “Propriété fiduciaire, propriété unitaire” in ASSOCIATION HENRI CAPITANT (ed.), *La fiducie dans tous ses états*, 2011, (9) 9-13, geraadpleegd via Bibliothèque Dalloz; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit anglais)* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 111-112, nr. 397, 153, nr. 577; R. IBARRA-GARZA, “Protecting the trust fund in French and English Law”, *Trusts & Trustees* 2014, 435; L. KACZMAREK, “Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l’opération”, *D.* 2009, (1845) 1846, nr. 6 en 1847, nr. 11; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit* in *Manuels*, Parijs, LGDJ, 2011, 590-591, nr. 785; D. LOUIS-CAPORAL, “La fiducie-libéralité. Réflexion sur une opération prohibée”, *RTD Civ* 2016, geraadpleegd via Dalloz; B. MALLET-BRICOUT, “The trustee: mainspring, or only a cog, in the French fiducie” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (141) 157-159; B. MALLET-BRICOUT, “Le fiduciaire propriétaire?”, *JCP E* 2010, nr. 1191, (13) 13, nr. 2; P. MARINI, “Enfin la fiducie à la française”, *D.* 2007, (1347) 1347; G. PODEUR, “La procédure collective du fiduciaire: quelles protections pour le constituant et le bénéficiaire?”, *D.* 2014, geraadpleegd via Dalloz. F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil. Les biens* in *Précis Dalloz. Droit Privé*, Parijs, Dalloz, 2010, 30-31, nr. 25; C. WITZ, “La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au ‘trust’”, *D.* 2007, (1369) 1369; F. ZENATI-CASTAING en T. REVET, *Les biens* in *Droit fondamental. Droit classique*, Parijs, PUF, 2008, 417, nr. 261. Vgl. daarmee artikel 3.38 Wetsontwerp en artikel 1260 CC Québec (“*La fiducie résulte d’un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu’il constitue, des biens qu’il affecte à une fin particulière et qu’un fiduciaire s’oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer.*”). Steunende op de Québecse *fiducie* en de bewindsfiguur van VAN GERVEN, verkliest de memorie van toelichting uitdrukkelijk om de bewindvoerder niet tot eigenaar te maken. Een en ander wordt niet noodzakelijk geacht. Zie: Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St. Kamer* 2018-19, nr. 54-3348/001, 85-86. Zie ook *infra*.

²⁹⁵ B. BALIVET, *Les techniques de gestion des biens d’autrui*, Lyon, Université Jean Moulin, 2004, 189, nr. 251; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie* in *Bibliothèque de droit de l’entreprise*, Parijs, Litec, 2004, 314, nr. 399 (“*Comme le propriétaire absolu, le fiduciaire est le seul titulaire de prérogatives sur les droits mis en fiducie. Il y a là une exclusivité qui permet au fiduciaire de ne pas être en concurrence avec d’autres sur ces droits. Cette situation de monopole permet à la fiducie de réaliser sa raison d’être: permettre au fiduciaire de gérer, ou de détenir en garantie, comme un propriétaire ordinaire, en excluant tout autre que lui.*”); L. BOUGEROL-PRUD’HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement* in *Bibliothèque de droit privé*, 538, Parijs, LGDJ, 2012, 207, nr. 243; Y. EMERICH, “La fiducie civiliste: modalité de la propriété ou intermède à la propriété?”, *McGill Law Journal* 2013, (827) 833; M. GRIMALDI, “La propriété fiduciaire” in X., *La fiducie dans tous ses états*, 2010, www.dalloz-bibliothèque.fr, (5) 7-8; M. GRIMALDI en F. BARRIÈRE, “La fiducie en droit français” in M.C. CUMYN (ed.), *La fiducie face au trust dans les rapports d’affaires*, Brussel, Bruylant, 1999, (237) 246-248, nr. 14, i.h.b. 248; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit anglais)* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 133, nr. 492 e.v. en 153, nr. 577; M. LAROCHE, *Revendication et propriété: Du droit des procédures collectives au droit des biens*, Parijs, Defrénois, 2007, 110, nr. 166; B. MALLET-BRICOUT, “Le fiduciaire propriétaire?”, *JCP E* 2010, nr. 1191, (13) 14, nr. 5.

verregaand weer teruggenomen. De ruime beheers- en beschikkingsbevoegdheden mogen namelijk slechts doelgebonden en voor rekening van een ander (*i.e.* de begunstigde) worden uitgeoefend. Het eigendomsrecht lijkt alzo fiduciair geaffecteerd te zijn; met name in functie van een welbepaalde bestemming.²⁹⁶

Dat laatste doet terugdenken aan en is erg vergelijkbaar met de paradoxale rechtseconomische ‘*governance-based exclusion*’ idee aangaande de Engelse *trust* die LAU ter sprake brengt (uitgaande van een ‘*title split*’). Het paradoxale bestaat er volgens hem in dat de *trustee* van begin af aan de *legal title* toekomt, maar dat tegelijk van bij aanvang aan de *beneficiaries* de waarde toevalt die het fonds als geheel vertegenwoordigt. Het vervolgens uitsluiten van die *trustee* van voornoemde waardeclaim ondanks zijn ‘*legal ownership*’ blijkt wezenlijk voor de goede werking van een flexibele beheersstructuur. LAU stelt het als volgt: “*As will be seen, the dual existence of legal and beneficial titles underscores the paradoxical features of the trust but at the same time provides a solution to them. One paradox relates to the trustee’s holding legal title to the trust asset. He apparently has complete and unfettered control over the asset yet he is effectively excluded from it. To restate, the settlor does not intend the trustee to benefit from the trust asset but, for various reasons, it is best that the trustee holds the legal title. So to the extent that the settlor had a choice of not transferring title to the trustee and thereby excluding him from the asset, the settlor refrains from exercising his right to exclude and grants access to the trustee – completely and permanently – by way of transferring legal title to him. At the same time, the trust instrument and trust law generally impose on the trustee a tremendous amount of duties and obligations. These include the*

²⁹⁶ F. BARRIÈRE, “The French fiducie, or the chaotic awakening of a sleeping beauty” in L. SMITH, *Re-imagining the Trust. Trusts in Civil Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, (222) 236-238; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie in Bibliothèque de droit de l’entreprise*, Parijs, Litec, 2004, 303-304, nr. 387 e.v.; G. BELLARGENT, “L’introduction de la fiducie en droit français par la loi du 19 février 2007”, *Revue Juridique de l’Economie Publique* 2007, n° 647, nr. 48, www.lexisnexis.com; C. BERGER-TARARE, *Le fiduciaire défaillant. Regards croisés en droit des biens et droit des obligations in Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, 85, nr. 189 e.v. en 89-90, nrs. 195-197; M. GRIMALDI en F. BARRIÈRE, “Trust and Fiducie” in E.H. HONDIUS, M.W. HESSELINK en A.S. HARTKAMP (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, (1085) 1094 en 1097; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit anglais) in Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 115, nr. 412 e.v., i.h.b. 116, nr. 415 e.v. en 137, nr. 510, alsook 153, nr. 577; L. KACZMAREK, “Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l’opération”, *D.* 2009, (1845) 1847, nr. 11, 1848, nr. 13 en 1851, nr. 26; R. LIBCHABER, “Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1re partie)”, *Defrénois* 2007, art. 38631, (1094) 1097, nr. 2; B. MALLET-BRICOUT, “The trustee: mainspring, or only a cog, in the French fiducie” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (141) 159 e.v.; F. ZENATI-CASTAING en T. REVET, *Les biens in Droit fondamental. Droit classique*, Parijs, PUF, 2008, 428, nr. 270 e.v. en 430, nr. 271.

duties of loyalty, care, investment, and to be ready with accounts. These duties form the core of the trust's governance strategy but, ironically, their net effect is to exclude the trustee from the benefits of the asset. In this sense, the trust is adopting a strategy of governance-based exclusion."²⁹⁷

Inzonderheid wat betreft de profylactische zgn. *duty of loyalty* en *duty of care*, is opmerkelijk dat zij specifiek genoeg zijn om duidelijke gedragsrichtlijnen aan de bewindvoerder op te leggen, en tegelijk voldoende ambigu of ruim zijn om flexibiliteit toe te laten opdat de rechtspraak billijk, doch adequaat kan interveniëren wanneer nodig.²⁹⁸ Het is dan ook daar waar

²⁹⁷ Zie ook *supra*. Zie i.h.b. M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 137, 147, 148-149, 150-151, 153, 159 en 163-164. Zie verder ook: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 195-199, nrs. 250-252, 230-232, nrs. 300-302 en 285-286, nr. 374 e.v., i.h.b. 290-292, nrs. 379-381; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 753-754, nr. 538, 765, nr. 544 e.v. en 778-780, nr. 553 ("Voor de continentale stelsels is het onderscheid tussen zeggenschap en vermogenswaarde conceptueel duidelijker dan de opsplitsing in een juridische eigendom en een economische eigendom, hoewel het functioneel tot hetzelfde resultaat leidt."); P. MATTHEWS, "The compatibility of the trust with the civil law notion of property" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (313) 317 e.v. ("The common law trust is enhanced by this Janus-like approach of looking out as full owner but inwards as a limited owner."); R. NOLAN, "Equitable property", *Law Quarterly Review* 2006, (232) 233; M. RACZYNSKA, "Parallels between the civilian separate patrimony, real subrogation and the idea of property in a trust fund" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (454) 472 e.v., i.h.b. 474 ("Suffice it to say that Nolan's view is that the beneficiaries' proprietary rights consist in their negative rights to exclude non-beneficiaries from the unencumbered enjoyment of trust property."); B. RUDDEN, "Things as Thing and Things as Wealth", *OxJLS* 1994, (81) 81-97; R.H. SITKOFF, "Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning" in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (428) 428-453; M.E. STORME, "Vertrouwen is goed, dual ownership is beter: elf essentialia bij de invoering van een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgisch recht", *RW* 1996-97, (137) 140, nr. 9 e.v.

²⁹⁸ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 151 e.v. ("What these duties have in common is that they are clear enough to guide the trustee towards proper performance but at the same time ambiguous enough to give the courts flexibility to interpret the right result.") ("Very few areas of private law give the courts an inherent jurisdiction to supervise the administration of private arrangements and intervene if necessary. And when they do intervene, the courts are not shy about imposing proprietary remedies or stretching logic a bit to achieve the desired results.") en 167. Zie uitgebreid daarover: M. CONAGLEN, *Fiduciary Loyalty: Protecting the Due Performance of Non-Fiduciary Duties*, London, Hart Publishing, 2011, 287 p.; J. GETZLER, "Duty of Care" in P. BIRKS en A. PRETTO (eds.), *Breach of Trust*, Oxford, Hart Publishing, 2002, (41) 41-74. Zie ook: R. COOTER en B.J. FREEDMAN, "The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences", *New York University Law Review* 1991, (1045) 1047; R. IBARRA GARZA, "The Protection of the Trust Fund: A Comparative Study in French and English Law" in A. APERS, S. BOULY, E. DEWITTE en D. GRUYAERT (eds.), *Property Law Perspectives III*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (173) 175-177; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit anglais) in Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 27, nr. 49 e.v., 60, nr. 187 e.v. en 71, nr. 225 e.v. (alsook de talrijke verwijzingen aldaar); R. IBARRA GARZA, "Protecting the trust fund in French and English law", *Trust & Trustees* 2014, (421) 424-

mogelijks het plaatje schort wat betreft de voorgestelde Belgische *fiducie*. Net zoals in het Franse recht zal wat de *duty of loyalty* aangaat, ook in de voorgestelde Belgische ontwerpartikelen moeten worden voorzien in afdoende ‘*default*’ regelgeving (bijv. een uitgewerkte belangenconflictenregeling, een periodieke rekenings- en verantwoordingsplicht, alsook eventueel een ‘*no profit rule*’). Wat daarentegen de *duty of care* betreft, lijkt de geconcretiseerde *bonus pater familias*-standaard voldoende functioneel equivalente bescherming te bieden (vgl. *bon père de famille (bon professionnel)*).²⁹⁹ Dat

427; J.H. LANGBEIN, “The Contractarian Basis of the Law of Trusts”, *Yale L.J.* 1995-96, (625) 642 en 656-657; R.H. SITKOFF, “Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (428) 429-434; G. WATT, *Trusts and Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 326 e.v. en 358 e.v.

²⁹⁹ Aangaande de zgn. *duty of loyalty*. De bepalingen uit het Belgische Wetsontwerp die voornoemde loyaliteitsplicht betreffen zijn helaas gering. Zie: Artt. 3.38, 3.47 en 3.49 Wetsontwerp. Wel kan bijv. inspiratie worden gehaald bij de figuur van de lastgeving, alsook bij de aanvullende en interpretatieve werking van de goede trouw tijdens het uitvoeren van overeenkomsten. Zie: Artt. 1134, lid 3 en 1135 BW; F. BAERT, “De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten”, *RW* 1956-57, (489) 489-516; I. SAMOY en S. VAN LOOCK, “Actuele ontwikkelingen inzake uitvoering en beëindiging van contracten” in A. DE BOECK, E. DEWITTE, S. JANSSEN, V. SAGAERT, I. SAMOY, S. STIJNS, S. VAN LOOCK en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Themis 75 – Verbintissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, (101) 107-108, nrs. 16-18; I. SAMOY, “Proloog” in I. SAMOY (eds.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nr. 4; I. SAMOY, *Middellijke Vertegenwoordiging*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 70, nr. 86 en 383-384, nrs. 584-585; P. WÉRY, *Le mandat*, Brussel, Larcier, 2000, 143-159. Zie ook: M.W. HESSELINK, “De opmars van de goede trouw in het Franse contractenrecht”, *WPNR* 1994, (694) 694-698. Vgl. de ontwerpbevestigingen die STORME voorstelde, i.h.b. artt. 710-21 t.e.m. 710-30: M.E. STORME, “Vertrouwen is goed, dual ownership is beter: elf essentialia bij de invoering van een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgisch recht”, *RW* 1996-97, (137) 152. Vgl. ook de loyaliteitsplicht en de belangenconflictenregeling die bestaan in het vennootschapsrecht, zie: N. HALLEMESCH, “Loyaliteitsplicht van meerderheidsaandeelhouders. Aard en misbruik van stemrecht herbekeken”, *TPR* 2018, (323) 332, nr. 8 e.v. Net zoals het Belgische recht zou ook het Franse recht inspiratie kunnen halen uit de figuur van de lastgeving. Doch, moet wel worden benadrukt dat de Franse *fiducie* reeds verder staat. Zie: [Frankrijk] Artt. 2011, 2017, 2021, 2022, 2027 en 2028 CC; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie in Bibliothèque de droit de l’entreprise*, Parijs, Litec, 2004, 441-442, nr. 556 e.v., i.h.b. 445-446, nr. 560 e.v.; B. GOUTHIERE, C. LOPATER en A.-L. BLANDIN, *La fiducie. Mode d’emploi. Régime juridique, fiscal, comptable. Aspects internationaux*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2007, 35, nrs. 800-802 en 121-124, nrs. 3650-3685; R. IBARRA GARZA, “The Protection of the Trust Fund: A Comparative Study in French and English Law” in A. APERS, S. BOULY, E. DEWITTE en D. GRUYAERT (eds.), *Property Law Perspectives III*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (173) 175-176; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit anglais) in Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 27-28, nrs. 51-53 en 28-69, nrs. 55-224; R. IBARRA GARZA, “Protecting the trust fund in French and English law”, *Trust & Trustees* 2014, (421) 424-425. Aangaande de zgn. *duty of care*. Artt. 3.49 Wetsontwerp; Artt. 1382-1383 BW; M.E. STORME, “Vertrouwen is goed, dual ownership is beter: elf essentialia bij de invoering van een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgisch recht”, *RW* 1996-97, (137) 152, i.h.b. artt. 710-21 t.e.m. 710-30; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 127, nr. 176 e.v.; [Frankrijk] Artt. 1240-1341 en 2026 CC; F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie in Bibliothèque de droit de l’entreprise*, Parijs, Litec, 2004, 449, nr. 565 e.v.; R. IBARRA GARZA, “The Protection of the Trust Fund: A Comparative Study in French and English Law” in A. APERS, S. BOULY, E.

de ontwikkeling van een dergelijk fiduciair plichtenapparaat een taak is voor doctrine en rechtspraak (als belangrijke *fourth player*, zie *supra* nr. 35), maar ook voor diegenen die de pen houden bij het opstellen van het *fiducie*contract, is waarschijnlijk het meest aangewezen;³⁰⁰ en maakt ook dat op grond daarvan de voorgestelde Belgische *fiducie* op dit moment althans niet kan worden afgeschreven (*i.e.* al te voorbarig). Een gewaarschuwd man is er weliswaar twee waard.

79. DE CONSTITUANT ALS EIGENAAR – Gesteund op en door de gedachte dat de bewindvoerder niet over de volheid van eigendomsbevoegdheden beschikt en dat hij integendeel zélf uitgesloten kan worden door toedoen van de insteller van de *fiducie* of finaal door de begunstigde (*governance-based exclusion*), beschouwt een minderheid van de Franse rechtsleer de *constituant* dan weer als eigenaar. Omwille van de contractuele aard, is de *fiduciaire* zelfs verplicht – naarmate het contract voorschrijft – inmenging te dulden vanwege die *constituant*.³⁰¹ Bovendien wordt nergens expliciet vermeld dat de

DEWITTE en D. GRUYAERT (eds.), *Property Law Perspectives III*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (173) 176-177; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit anglais)* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 71, nr. 225 e.v., i.h.b. 73, nr. 231, 77-78, nrs. 257-258, 86, nr. 304 e.v. en 103 nr. 382; R. IBARRA GARZA, “Protecting the trust fund in French and English law”, *Trust & Trustees* 2014, (421) 425-427. Zie ook: E. DIRIX, “De maat van de Maatman”, *RW* 2014-15, (882) 882; L. WAELKENS, “Geen goede huisvaders meer in het Franse recht”, *RW* 2014-15, (282) 282.

³⁰⁰ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 151 e.v. en 167 (zie de citaten bij voetnoot 341); R. IBARRA GARZA, “Protecting the trust fund in French and English law”, *Trust & Trustees* 2014, (421) 424-425 (“If duty of loyalty applies in trust law of both jurisdictions, there is still a big difference between them; the difference resides on the fact that in England fiduciary law (therefore the duty of loyalty) are default rules, while in France the duty of loyalty is not (except for article 1596 of the Civil Code which forbids the trustee from buying at auction trust property). For this [reason,] until the French court begins to develop duty of loyalty as a default rule, trust law practitioners will have to incorporate contractual terms that protect the trust fund from the trustee.”); G. WATT, *Trusts and Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 359 (“The extent to which a trustee’s duty of care applies to the exercise of his powers is determined by the terms of the trust instrument, but in so far as the trust instrument does not exclude or modify it, [...]”). De ontwerpbepalen (i.h.b. artt. 710-21 t.e.m. 710-30) die STORME voorstelde, bepalen een en ander wel uitdrukkelijk. Zie: M.E. STORME, “Vertrouwen is goed, dual ownership is beter: elf essentialia bij de invoering van een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgisch recht”, *RW* 1996-97, (137) 152.

³⁰¹ Op grond van artikel 2028 CC (resp. artikel 3.51 Wetsontwerp) kan de *fiducie* bijv. worden herroepen door de *constituant* (zolang de *bénéficiaire* niet aanvaard heeft). Zie ook artikel 2018-1 CC. Zie verder: C. BERGER-TARARE, *Le fiduciaire défaillant. Regards croisés en droit des biens et droit des obligations* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, 56, nr. 132; W. DROSS, *Droit des biens* in *Précis Domat. Droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, 103-104, nr. 110 e.v.; Y. EMERICH, “La fiducie civiliste: modalité de la propriété ou intermédiaire à la propriété?”, *McGill Law Journal* 2013, (827) 836; L. KACZMAREK, “Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l’opération”, *D.* 2009, (1845) 1847, nr. 12; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit* in *Manuels*, Parijs, LGDJ, 2011, 558, nr. 738; R. LIBCHABER, “Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1re partie)”, *Defrénois* 2007, art. 38631, (1094) 1109-1110, nr. 19, 1112, nr. 22 en 1115, nr. 25 e.v.; B. MALLETT-BRICOUT, “Le fiduciaire, véritable pivot ou simple rouage de l’opération de fiducie?”, *McGill Law Journal* 2013, (905) 919-

bewindvoerder tot eigenaar is geworden (*idem* voor het Belgische Wetsontwerp).³⁰²

80. DE BEGUNSTIGDE ALS EIGENAAR – Tot slot kan ook waarheid worden gevonden in de stelling die de *bénéficiaire* als werkelijke eigenaar beschouwt. *Ab initio* beschikt die begunstigde immers over een soort economische gerechtigdheid, een waarde-aanspraak als het ware, en bovendien over de door zgn. potentiële volheid van bevoegdheid op grond van de actieve elasticiteit van het eigendomsrecht.³⁰³

920 en 928-930; B. MALLET-BRICOUT, “Le fiduciaire propriétaire?”, *JCP E* 2010, nr. 1191, (13) 16, nr. 10 en 18, nr. 18; B. MALLET-BRICOUT, “Fiducie et propriété” in S. BROS en B. MALLET-BRICOUT (eds.), *Liber amicorum Christian Larroumet*, Parijs, Economica, 2009, (297) 308, nr. 12 en 311, nr. 16; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Parijs, PUF, 2011, 310; F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil: Les biens in Précis Dalloz. Droit Privé*, Parijs, Dalloz, 2010, 31, nr. 25.

³⁰² A. AYNÈS en P. CROCQ, “La fiducie préservée des audaces du législateur”, *D.* 2009, (2559) 2560, nr. 7 e.v.; R. LIBCHABER, “Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1re partie)”, *Defrénois* 2007, art. 38631, (1094) 1110, nr. 19 en 1115, nr. 25; G. PODEUR, “La procédure collective du fiduciaire: quelles protections pour le constituant et le bénéficiaire?”, *D.* 2014, geraadpleegd via Dalloz; S. RAVENNE, *Les propriétés imparfaites: contribution à la théorie de la structure du droit de la propriété*, onuitg., Parijs, Dauphine, 2007, 112, nr. 135. Zie ook: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 636-637, nr. 461, *in fine* (“Bovendien spreekt de Franse wetgever in artikel 2011 CC enkel van een overdracht van de goederen naar het vermogen van de fiduciaire en wordt niet uitdrukkelijk bepaald dat de fiduciaire eigenaar zou worden.”). Vgl. daarmee ook artikel 3.38 Wetsontwerp en artikel 1260 CC Québec (“La fiducie résulte d’un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu’il constitue, des biens qu’il affecte à une fin particulière et qu’un fiduciaire s’oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer.”). Steunende op de Québecse *fiducie* en de bewindsfiguur van VAN GERVEN, verkiest de memorie van toelichting uitdrukkelijk om de bewindvoerder niet tot eigenaar te maken. Een en ander wordt niet noodzakelijk geacht. Zie: Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 85-86. Zie ook *supra*.

³⁰³ C. BERGER-TARARE, *Le fiduciaire défaillant. Regards croisés en droit des biens et droit des obligations in Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, 58-59, nr. 136; F. DANOS, “La qualification des droits des différentes parties à une opération de fiducie” in D. BUREAU en F. DRUMMOND (eds.), *Liber amicorum. Mélanges en l’honneur de Philippe Merle*, Parijs, Dalloz, 2013, (137) 148, nr. 10 en 159, nr. 21 e.v.; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit in Manuels*, Parijs, LGDJ, 2011, 587, nr. 775; L. KACZMAREK, “Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l’opération”, *D.* 2009, (1845) 1848, nr. 13; R. LIBCHABER, “Une fiducie française, inutile et incertaine...” in P. MALAURIE en A. DECOCQ (eds.), *Mélanges Philippe Malaurie. Liber amicorum*, Parijs, Defrénois, 2005, 330 e.v.; S. RAVENNE, *Les propriétés imparfaites: contribution à la théorie de la structure du droit de la propriété*, onuitg., Parijs – Dauphine, 2007, 226, nrs. 289-290 en 318, nr. 409. Zie ook: A. AYNÈS en P. CROCQ, “La fiducie préservée des audaces du législateur”, *D.* 2009, (2559) 2560, nr. 7 e.v.; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 298, nr. 239, 629-630, nr. 457, 675-679, nrs. 490-491, 753-754, nr. 538, 765, nr. 544 e.v. en 778-780, nr. 553, i.h.b. 780; T. HONORÉ, “Ownership” in T. HONORÉ (ed.), *Making Law Bind: Essays Legal and Philosophical*, Oxford, Clarendon, 1987, (161) 188. Vgl. het *trustrecht* in de *mixed legal systems*. M.J. WAAL, “The core elements of the trust: aspects of the English, Scottish and South African trusts compared”, *SALJ* 2000, (548) 560; G.L. GRETTON, “Trust and Patrimony” in H.L.

81. SLOTSOM – Zoals uit het bovenstaande blijkt, is de eigendomskwestie een heikel punt van discussie doorheen de Franse doctrine. Een en ander is verstaanbaar vanuit continentaalrechtelijk oogpunt. Doch, de meest kenmerkende constatering die uit die doctrinaire onenigheid volgt, heeft echter weinig met dogmatisch absolute en exclusieve *civil law* eigendom te maken. Wat namelijk eveneens uit voornoemd eigendomsgetwist tevoorschijn komt, is het vakkundig en haarfijn geassembleerde bevoegdheidsverdelingsvraagstuk,³⁰⁴ dat geabstraheerd – of continentaalrechtelijk – bekeken tot chaos en verdeeldheid leidt, maar gekristalliseerd en tezamen beschouwd logisch is: elke *trustachtige* figuur draagt in zich een te coördineren en te incentiveren *agency*probleem. Daarvoor een beroep doen op (gesplitste) eigendom (*true trust*), om vervolgens weer een en ander af te nemen middels tal van fiduciaire plichten, lijkt vanuit pragmatisch oogpunt een mogelijke en bovendien zeer efficiënte manier om tot een dergelijke *governance-based exclusion* te komen; doch is geen noodzakelijke vereiste om een *civil law trust* probaat te laten werken.

e.2.2. De onopgeloste eigendomsqueeste: wie is eigenaar?

82. HET AUTONOOM VERMOGEN ALS EIGENAAR? – Dat het ook anders kan (*i.e.* zonder klemtoon op (gesplitste) eigendom), bewijst het voorgestelde Wetsontwerp. Wat de geopperde Belgische *fiducie* betreft, werd er namelijk naar gestreefd om eerder dan te conceptualiseren, op het resultaat te focussen. De voorgestelde (en thans verlaten) figuur, en meer bepaald de periculouse eigendomskwestie, wordt functioneel benaderd en neutraal opgevat. Uit de voorbereidende werken naar aanleiding van het Wetsontwerp blijkt immers dat werd gepoogd tot een evenwicht te komen tussen het Franse en Québecse *fiduciedenken*, en zich daarvoor wel uitdrukkelijk op een bewindsfiguur *à la* van VAN GERVEN te baseren; “[Een zulke bewindsfiguur] is [immers] meer dan een trust aangepast aan de noden van de rechtspraktijk in de zin dat het niet nodig is om de beheerder tot eigenaar te promoveren.”³⁰⁵

MACQUEEN (ed.), *Scots law: into the 21 st century. Essays in Honour of W.A. Wilson*, Edinburgh, Sweet & Maxwell, 1996, (182) 189.

³⁰⁴ We gingen namelijk uit van het onderscheid dat SITKOFF maakt vanuit ‘*organizational law*’-oogpunt, tussen enerzijds *internal governance of administration* en anderzijds *asset partitioning, ring-fencing of entity shielding*. Zie: R.H. SITKOFF, “Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (428) 428 e.v.

³⁰⁵ Een en ander neemt niet weg dat de positie van de begunstigde actieve zakenrechtelijke bescherming kan genieten (zie *supra*). Zie over de evenwichtige Belgische benadering: Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoering van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 6-7, 85-88 (“De term ‘instrumentalisering’ geeft aan dat het goederenrecht een recht is dat functioneel, en niet louter conceptueel, moet zijn. [...] Een meer geïnstrumentaliseerde benadering van het goederenrecht zou bijvoorbeeld kunnen leiden tot de invoering van de fiducie in ons recht.”), (“Deze Afdeling [Hoofdstuk 3. Fiducie] is bewust in het algemeen deel over het ‘vermogen’

Subtiel zou op die manier mogelijks ingang worden verschaft in ons recht aan een algemene – doch getemperde – theorie van doelvermogen zonder eigenaar (*i.e.* autonoom) (naar voorbeeld van de rechtstheoretici BRINZ, BEKKER en LEPAULLE).³⁰⁶ Het afgezonderd vermogen, eerder dan

ingevoerd, ten einde de heikele discussies te vermijden over de impact van een fiduciaire figuur op de aard van het eigendomsrecht. Op die manier is het betrokken ontwerp ook neutraal ten aanzien van de vraag in welke mate de trust hiermee zijn intrede doet in het Belgische recht. Eerder dan te conceptualiseren, wil deze Afdeling focussen op het resultaat.”), (“De bewindsfiguur situeert zich weliswaar op het snijvlak van goederenrecht en verbintenissenrecht, maar het specifieke van de figuur is wel gelegen in de zakenrechtelijke bescherming van de aanspraken van de begunstigde.”); W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 456-458, nr. 141 e.v.; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid. Rechtsvergelijkende bijdrage tot een algemene theorie van bewind over anderzamen vermogen*, Brussel, Bruylant, 1962, 509 p., i.h.b. 32 e.v. Zie ook: C. BERGER-TARARE, *Le fiduciaire défaillant. Regards croisés en droit des biens et droit des obligations in Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, 543 p., i.h.b. 106-107, nr. 234 e.v., 124, nrs. 267-268 en 461, nr. 1057. Vgl. Art. 8/1 Hyp.W. Zie verder: J. BAECK, “Achtergrond en krachtlijnen van de hervorming” in J. BAECK en M. KRUITHOF, *Het nieuwe zekerheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 8; E. DIRIX, “Functionele analyse van zekerheidsrechten” in W. PINTENS, E. DIRIX, A. ALEN en P. SENAEVE (eds.), *Vigilantibus Ius Scriptum: Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Brugge, die Keure, 2007, 119-128; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2006, 9-13, nrs. 8-11; E. DIRIX en M.E. STORME, “Eigendomsvoorbehoud in het Ontwerp van Faillissementswet: hopeloos onsamenhangend”, *RW* 1995-96, (1421) 1422, nr. 3 e.v.; V. SAGAERT en D. GRUYAERT, “Een nieuw wetgevend kader voor de kwaliteitsrekening”, *RW* 2014-15, (522) 533, nr. 38; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 55-57, nr. 59; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 245-248, nr. 89. Zie daarnaast: Y. CHANG en H.E. SMITH, “An economic analysis of civil versus common law property”, *Notre Dame L.Rev.* 2012-13, 1-56; T. HONORÉ, *On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions in Legal Research Paper Series*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 7 (“To locate it in the trustee, as in Anglo-American trust law, is convenient but not essential [...]”); P. LEPAULLE, “Civil Law Substitutes for Trusts”, *Yale L.J.* 1926-27, (1126) 1127-1128 en 1147; P. MATTHEWS, “From Obligation to Property, And Back Again? The Future of the Non-Charitable Purpose Trust” in D.J. HAYTON (ed.), *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, Den Haag, Kluwer Law International, 2002, (203) 210-211; J.H. MERRYMAN, “Ownership and Estate (Variations on a Theme by Lawson)”, *Tul.L.Rev.* 1973-74, (916) 918; C. MOULY, “Procédures collectives: assainir le régime des sûretés” in X, *Etudes dédiées à René Roblot: aspects actuels du droit commercial français*, Parijs, LGDJ, 1984, (529) 561, nr. 47; R.M. WIBIER, “Reactie op “Covered bonds en het fiduciaverbod” van prof.mr. A.F. Salomons en mw. Mr. M.G. van ‘t Westeinde in WPNR (2008) 6758”, *WPNR* 2008, (715) 716.

³⁰⁶ Die theorie ziet het doelvermogen als ‘ownerless’; dat wil zeggen dat er geen eigenaar is en dus geen persoon, doch wel een bepaald doel aan de basis ligt van het vermogen (objectieve invulling vermogensbegrip). Zie: D.W. AERTSEN, *De Trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht*, Deventer, Kluwer, 2004, 66-67; C. BEUDANT en R. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, IV, *Les biens*, Parijs, Rousseau, 1938, 260, nr. 247; M.J. DE WAAL, “In search of a model for the introduction of the trust into a civilian context”, *Stellenbosch Law Review* 2001, (63) 80; P. DUPICHOT, “L’unicité du patrimoine aujourd’hui. Observations introductives”, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* 2009, n° 52, 1356, www.lexisnexis.com; Y. EMERICH, “Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens”, *RIDC* 2009, (49) 61-63; S. GUINCHARD, *L’affectation des biens en droit privé français in Bibliothèque de droit privé*, CXLV, Parijs, LGDJ, 1976, 333, nr. 386; G.L. GRETTON, “Trusts Without Equity”, *Int’l & Comp.L.Q.* 2000, (599) 615-617; P. LEPAULLE, “Trusts and the Civil Law”, *J.Comp.Legis & Int’l L.* 1933, (18) 18-34, i.h.b. 20; P.

de eigendomssituatie, lijkt het zwaartepunt te vormen van de voorgestelde Belgische regeling (vgl. de Québecse *fiducie*).³⁰⁷ Het is precies een dergelijke relativisering van eigendom, die paradoxaal genoeg ontsluiting zou kunnen bieden voor een functioneel en gradueel of open eigendomsbegrip (vgl. ‘*bundle of rights*’-model); waarbij niet zozeer op strikt wetgevend ingrijpen gebaseerde alomvattende eigendomstheorieën (*ex ante*), doch wel op polijstende jurisprudentie gegronde zakenrechtelijke posities van partijen

LEPAULLE, “An Outsider’s View Point of the Nature of Trusts”, *Cornell L.Q.* 1928-29, (52) 52-61, i.h.b. 55-56 en 57-58; B. MALLET-BRICOUT, “Le fiduciaire propriétaire?”, *JCP E* 2010, nr. 1191, (13) 18, nr. 18; B. MALLET-BRICOUT, “Fiducie et propriété” in S. BROS en B. MALLET-BRICOUT (eds.), *Liber amicorum Christian Larroumet*, Parijs, Economica, 2009, (297) 326, nr. 31; Th. RIEHM, “Le patrimoine d’affectation en droit allemand, notamment en droit des sûretés”, Dossier: La théorie du patrimoine: unité ou affectation, *Revue Lamy droit civil*, no 77, décembre 2010, 66; L.D. SMITH, “Trust and Patrimony”, *Revue Générale de droit* 2008, (379) 382, nr. 4; W. VAN GERVEN, *Beginselen van Privaatrecht, Algemeen deel*, I, Brussel, Story-Scientia, 1987, 240, nr. 88; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Tome IV, Brussel, Bruylant, 1965, 31, nr. 26; A. VERBEKE, “Trusts in België: liaisons dangereuses”, *TPR* 2012, (693) 694-695, nr. 4.

³⁰⁷ Ook bij de Québecse *fiducie* die als inspiratie gold bij het opstellen van de voorgestelde Belgische bewindsfiguur, wordt de eigendomskwestie gerelativeerd opgevat. Het doelvermogen behoort aan geen enkele van de betrokken partijen toe; de *trust* zelf wordt tot eigenaar verheven. Daarmee wordt nog een stap verder gegaan dan bij voormelde theorie van LEPAULLE, BRINZ en BEKKER. Zie hiervoor: Artt. 1260-1261 CC Québec; M.C. CUMYN, “La fiducie en droit Québécois, dans une perspective nord-américaine” in J. HERBOTS en D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst: praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, (71) 71-81, nrs. 1-22; M.J. DE WAAL, “In Search of a Model for the Introduction of the Trust into a Civilian Context”, *Stellenbosch L.Rev.* 2001, (63) 80-81; Y. EMERICH, “La fiducie civiliste: modalité de la propriété ou intermède à la propriété?”, *McGill L.J.* 2013, (827) 827-846, i.h.b. 838 en 845-846; F. FRENETTE, “La propriété fiduciaire”, *Les Cahiers de Droit* 1985, 727-737; T. HONORÉ, *On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions in Legal Research Paper Series*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 12; L.D. SMITH, “Trust and Patrimony”, *Revue générale de droit* 2008, (379) 382, nr. 4; S. VAN ERP, “European property law: A methodology for the future” in R. SCHULZE en H. SCHULTE-NOLKE (eds.), *European Private Law – Current status and Perspectives*, München, Sellier, 2011, (227) 239; R. ZHANG, “A comparative study of the introduction of trusts into civil law and its ownership of trust property”, *Trusts & Trustees* 2015, (902) 905-907 en 919-922. Zie verder: E. DIRIX, “Commentaar bij art. 8/1 Hyp.W.”, *Comm. Voor.* 2014, afl. 51, 12, nr. 14; M.E. STORME, “Van Trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, (703) 781-783, nr. 126, i.h.b. 783; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid. Rechtsvergelijkende bijdrage tot een algemene theorie van bewind over andermans vermogen*, Brussel, Bruylant, 1962, 509 p.

prevaleren (*ex post*).³⁰⁸ ³⁰⁹ Een dergelijke – vnl. extern – functionele benadering doet namelijk de vraag opwellen hoezeer wie als ‘(intern)

³⁰⁸ Gezien ons *civil law* rechtssysteem dient de wetgever nog wel in algemene – en eventueel vage – principes te voorzien; om zo vervolgens voldoende ruimte te kunnen laten aan de rechtspraktijk en de rechtspraak. Zie aangaande de Franse *fiducie*: R. LIBCHABER, “Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1re partie)”, *Defrénois* 2007, art. 38631, 1094, nr. 28 (“*Il appartiendra à la jurisprudence de sortir de l’indécision en analysant strictement les droits du fiduciaire, pour les classer dans les catégories du droit français. Dans cette perspective, il lui reviendra de bâtir le régime juridique de cette singulière propriété fiduciaire, dont la clef ne devrait pas se trouver du côté de la propriété, mais d’avantage dans la spécificité des droits réels ainsi évoqués. La pusillanimité du législateur l’obligera ainsi à un travail qui ne lui revenait pas: dans l’articulation légitime entre la loi et la jurisprudence, c’est à la première de fixer les principes juridiques, la seconde n’avant qu’à les affiner.*” (onderlijning toegevoegd)).

³⁰⁹ Vgl. bijv. de *Quistclose* doctrine, *supra*. Zie ook *supra* over het zgn. ‘*bundle of rights*’-model, met name bij de bespreking van het *common law* eigendomsconcept. Zie daarover uitgebreid: A. DI ROBILANT, “Property: A Bundle of Sticks or a Tree?”, *Vanderbilt Law Review* 2013, (869) 869-932; J.E. PENNER, “The Bundle of Rights Picture of Property”, *UCLA L.Rev.* 1996, (711) 711-820. Zie ook: W. DROSS, “Que l’article 544 du code civil nous dit-il de la propriété?”, *RTDCiv.* 2015, 27-44; P. GOURDON, *L’exclusivité* in *Bibliothèque de droit privé*, 455, Parijs, LGDJ, 2006, 29, nr. 68 en 36, nr. 84; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 783, nr. 556 e.v. en 801, nr. 572 e.v. (“*Er is een evolutie merkbaar naar een beoordeling van de rechtsverhoudingen vanuit de rechtsgevolgen, waarbij de vraag wordt gesteld wie betere rechten heeft in een concrete situatie, bijvoorbeeld ingeval van samenloop, zonder dat de aanduiding van een exclusieve eigenaar aan de orde is.*”); S. GUTWIRTH en I. STENGERS, “Het recht en de heropleving van de commons”, *TMR* 2017, (4) 16; J.H. MERRYMAN, “Ownership and Estate (Variations on a Theme by Lawson)”, *Tul.L.Rev.* 1973-74, (916) 944; F. ORSI, “Réhabiliter la propriété comme *bundle of rights*: des origines à Elinor Ostrom, et au-delà”, *Revue Internationale de Droit Economique*, 2014, 371-385; A. ROSS, “Tūtū”, *Harvard Law Review* 1956-57, 812-825; E. SCHLAGER en E. OSTROM, “Property-rights. Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis”, *Land economics*, Vol. 68/3, 1992, 249-262; G.H.A. SCHUT, “Naar een meer pluriforme regeling van het eigendomsrecht”, *RMT* 1981, (329) 329 en 331; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 93-94, nr. 32; J. WIARDA, “De relativiteit van rechtsverhouding in het algemeen en van den eigendom in het bijzonder”, *WPNR* 1961, nr. 4701, 572-586. De idee dat een en ander – ook wat betreft eigendom – meer gebaat is bij een *ex post* benadering, werd gehaald uit de doctrine die het alsmaar meer tanende onderscheid tussen het goederen- en verbintenissenrecht opmerkt en beschrijft. Zie: V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten”, *TPR* 2005, (983) 983-1086, i.h.b. 983 e.v., 985, nr. 1, 989, nr. 5 en 1079-1080, nr. 97 (“*Het is de vraag of in dit licht ook het gesloten karakter van het goederenrecht niet vatbaar is voor een modernere invulling. Het huidige goederenrecht hanteert een ex ante model, wat betekent dat er beperkingen worden opgelegd aan de mogelijke afsplitsingen van het eigendomsrecht op het ogenblik van de vestiging van het zakelijk recht. Een tijdelijke benadering leidt tot een ex post model, waarin een grotere vrijheid bestaat om beperkt zakelijke rechten in het leven te roepen op voorwaarde dat zij vanuit economisch oogpunt niet schadelijk zijn. Indien naderhand blijkt dat zij wel schadelijk zijn, moet dit model voldoende gravitatiekracht bieden om de afgesplitste beperkt zakelijke rechten terug te integreren in het eigendomsrecht. Die gravitatiekracht kan bv. geboden worden door de uitdoving van het zakelijk recht indien het kennelijk onnuttig is geworden, indien het lange tijd niet meer is uitgeoefend (bevrijdende verjaring), indien het niet meer kan worden uitgeoefend, indien een beroep op het beperkt zakelijk recht kennelijk onredelijk zou worden (rechtsmisbruik), enz. Het lijkt erop dat het positieve Belgische recht voldoende remedies biedt om dergelijke ex post benadering mogelijk te maken.*”); V. SAGAERT, “Wilsautonomie in het Belgische goederenrecht”, *TPR* 2019, nr. 85 (te verschijnen) (“*In het kader van een abstracte argumentatie – los van het Belgische positieve recht en de rechtstraditie – zou een nieuwe benadering kunnen*

exclusieve' eigenaar wordt aangeduid er nog toe doet.³¹⁰ Onzes inziens is het antwoord daarop duidelijk binair: vanuit de elasticiteit van eigendom bekeken en wat de volheid van bevoegdheden betreft, kan een bewindvoerder nooit als eigenaar doorgaan; daaruit concluderen dat de begunstigde over revolutionaire absolute eigendom beschikt, gaat ook vrij ver.³¹¹ Een

worden voorgesteld: in plaats van een centrifugaal model, waarbij de beperkingen worden opgelegd op het niveau van de afsplitsing van het eigendomsrecht, pleiten we voor een centripetaal model, waarbij afsplitsingen terug bij het eigendomsrecht worden gevoegd op het ogenblik dat ze economisch schadelijk zouden worden. Er wordt dus voor gepleit om minder rigide te zijn op het vlak van de vestiging van de zakelijke rechten. Indien de zakelijke rechten echter economisch niet meer kunnen worden verantwoord, zouden de afsplitsingen van het eigendomsrecht vanuit de natuur der dingen ongedaan moeten worden gemaakt. De herintegratie van het volle eigendomsrecht zou moeten worden gefaciliteerd. Met andere woorden: de ex ante benadering verdient te worden vervangen door een ex post benadering. Een dergelijke benadering zou aansluiten bij een 'touch and concern' benadering, die men bijvoorbeeld in het Amerikaanse recht al aantreft bij erfdienstbaarheden: een open mogelijkheid tot vestiging van zakelijke rechten, die evenwel wordt gecompenseerd door talrijke checks and balances die tot de opheffing of wijziging kunnen leiden van erfdienstbaarheden die hun maatschappelijk nut hebben verloren. Ook in het Voorontwerp Goederenrecht komen die ruimere beëindigingsmogelijkheden duidelijk naar voren. [Zie artikel 3.15 en 3.16 Wetsontwerp.] De rechtseconomie wijst ons daartoe, doorheen alle mist die ze zaait, de weg." Vgl. L. KACZMAREK, "Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération", *D.* 2009, (1845) 1845, nr. 2; J.M. VAN DUNNÉ, "Het zakenrecht als open systeem (van verbintenissen), Of: De natuur is sterker dan de leer" in H.C.F. SCHOORDIJK (ed.), *In het nu, wat worden zal*, Deventer, Kluwer, 1991, 45-64; J.M. SMITS, "Van partijen en derden; over interpretaties van de numerus clausus van zakelijke rechten", *Groninger Opmerkingen en mededelingen* 1996, XIII, (41) 41.

³¹⁰ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 757-759, nr. 540 ("De verschillende rechtsposities en de afdwingbaarheid ervan naar derden toe vloeien voort uit het afgescheiden doelvermogen, los van de rechtsfiguur die aan de basis ervan ligt. [...] De vraag waar de eigendom moet worden gesitueerd, kan als 'secundair' worden beschouwd."), 787-789, nr. 558 en 559 en 804-806, nr. 574; M.E. STORME, "De kwaliteitsrekening, zakenrechtelijk bekeken" in E. DIRIX, F. BOUCKAERT, M.E. STORME, L. LANOYE, J. ERAUW, I. PEETERS en A. VERBEKE, *Voorrechten en hypotheeken. Grondige studies*, 5, *Kwaliteitsrekeningen*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 57; M.E. STORME, "Van Trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht", *TPR* 1998, (703) 781-783, nr. 126, i.h.b. 783; M.E. STORME, "Vertrouwen is goed, dual ownership is beter: elf essentialia bij de invoering van een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgisch recht", *RW* 1996-97, (137) 139, nr. 7 en 140, nr. 10. Zie ook: S.E. BARTELS, A.I.M. VAN MIERLO en H.D. PLOEGER, *Vermogensrecht algemeen in Asser-serie 3-IV*, Deventer, Kluwer, 2013, 588, nr. 577; E. CAMERON (ed.), *Honoré's South African Law of Trusts*, Cape Town, Juta, 2002, 7; A. CLARKE en P. KOHLER, *Property law. Commentary and Materials in Law in context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 187; M.J. DE WAAL en R.R.M. PAISLEY, "Trusts" in R. ZIMMERMANN, D. VISSER en K. REID (eds.), *Mixed legal systems in comparative perspective: property and obligations in Scotland and South Africa*, Lansdowne, Juta, 2004, 835; T. HONORÉ, *On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions in Legal Research Paper Series*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 7 en 10 e.v., i.h.b. 11 en 12; K.G.C. REID, "Patrimony not Equity: the Trust in Scotland" in J.M. MILO en J.M. SMITS (eds.), *Trusts in Mixed Legal Systems in Ars Aequi Cahiers Privaatrecht*, 12, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2001, 27; W. SNIJDDERS, "Nog een duit in de zak van de trust" in S.C.J.J. KORTMANN, N.E.D. FABER, A.A. VAN ROSSUM en H.L.E. VERHAGEN (eds.), *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht in Serie onderneming en recht*, 7, Deventer, Tjeenk Willink, 1997, (87) 93.

³¹¹ Die beschikt immers slechts over een potentiële volheid van bevoegdheid geput uit de waarde van het goed. Zie *supra*.

relativering van de eigendomsvraag dringt zich als het ware sierlijk, doch onontwikkbaar op. Wel zal, zoals reeds benadrukt, een zodanige relativering steeds gepaard dienen te gaan met een efficiënte verdeling en duidelijke toewijzing van alle (zowel interne als externe; zowel *preventive* als *corrective*) daarmee samengaande onderlinge – al dan niet zakenrechtelijke – aanspraken. Kortom, de uit de *fiducie-trust* rechtsverhouding ontspruitende (rechts)gevolgen dienen zowel voor partijen als naar derden toe duidelijk(er) te zijn,³¹² bovenal om de zo nu en dan vergeten, doch zeer elementaire en finale “*bridge from wealth to things*” – waarbij het temporele aspect als demarcatie criterium geldt, en het volgrecht een toch niet zo onbelangrijke plaats inneemt – te bouwen, alsook afdoende te vrijwaren.³¹³

³¹² M.E. STORME, “Vertrouwen is goed, dual ownership is beter: elf essentialia bij de invoering van een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgisch recht”, *RW* 1996-97, (137) 139, nr. 7 en 140, nr. 10 (“*Ongeacht of men de ‘eigendom’ bij de bewindvoerder laat rusten of bij de begunstigde, de andere partij moet per definitie een zakelijke rechtspositie hebben om ze konkursfest (faillissementsvast) te maken.*”), (“*Het belangrijkste is dat beide zakelijke rechtsposities duidelijk worden aangegeven, ongeacht wie van beiden men eigenaar noemt. Wie van beiden dat is, wordt dan veel minder belangrijk.*”). Een performant publiciteitsregime is daarbij onontbeerlijk. Zie ook: A. CLARKE en P. KOHLER, *Property law. Commentary and Materials in Law in context*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 187; C. DE WULF, *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law*, Brussel, Bruylant, 1965, 30 e.v.; G.L. GRETTON, “Trust and Patrimony” in H.L. MACQUEEN (ed.), *Scots law: into the 21st century. Essays in Honour of W.A. Wilson*, Edinburgh, Sweet & Maxwell, 1996, (182) 184; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 674-675, nr. 489, 757-759, nr. 540, 787-788, nr. 558 en 789-790, nr. 560. Zo vermeldt de memorie van toelichting bij het wetsontwerp uitdrukkelijk: “[*Het*] specifieke van de [fiducie]figuur is [...] gelegen in de zakenrechtelijke bescherming van de aanspraken van de begunstigde.” Zie: Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoering van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 87-88.

³¹³ Die transitie van een waarde-aanspraak (waarde- of beleggings-eigendom) naar een aanspraak op de specificiteit van een welbepaald goed (“*things as thing*”) is na een zekere tijd of gebeurtenis onontkoombaar. Een dergelijke transitie overbruggen met een efficiënte verdeling van zakenrechtelijke aanspraken lijkt dan ook aangewezen. Zie: M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 155-156 (“*To appreciate the beauty of the beneficial interest, one must consider it from the beneficiary’s perspective. As long as the beneficiary accepts the role and powers of the trustee and that his interest is one in a fund and not in the assets in specie, everything that the trustee does in accordance with the trust instrument and trust law ought to be within his expectations. On matters that should be of the beneficiary’s concern, such as trustee negligence and fraud, the beneficiary has a range of personal (and sometimes proprietary) rights against the trustee and against certain third parties. Viewed in this way, the beneficiary’s personal and quasi-multital rights that make up his interest in a fund are essentially reified into what appears to be an in rem right in the underlying asset.*”), 160-164, i.h.b. 163-164 (“*The bona fide purchaser exception, the law of tracing, the rule against perpetuities, and the rule in Saunders v Vautier all seek to protect the beneficiary’s wealth in the trust fund or help him make the transition from wealth to things.*”), 166-169 (“*In a trust where the trustee has full discretion to choose among objects for distribution, it is extremely difficult to argue – even under the most charitable interpretation of what ownership means – that any particular object has property rights over the trust fund, let alone assets in specie.*”) (“*Within a trust in which the trustee has full discretionary authority with respect to investment and distribution, it is safe to say that until*

“De reis is nog niet ten einde als men kerk en toren herkent.”⁸¹⁴

1.4.4. Sluittuk: een functioneel trustequivalent in de maak?

83. ALGEMEEN – De hierboven besproken voorgestelde Belgische *fiducie* die een bestemmingsgebonden afgescheiden vermogen vormt leunt sterk aan bij de kenmerken van een echte *trust*.³¹⁵ De wijze waarop de voorgestelde

assets are fully distributed, one cannot know what specific assets will be distributed to which specific objects.”) en 177-179. Zie ook: J.E. PENNER, *The Law of Trusts in Core Text Series*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 52-53, nr. 2.87 (“*While the trust is up and running fine, with the trustee properly carrying out his duties, the trustee has all the rights of ownership, the beneficiaries none; all they have is the right to their defined benefits under the trust. Thus it is the trustee who is entitled to bring an action against, say, a trespasser on trust land. When, however, the trust property goes walkabout, i.e. leaves the ownership of the trustee because it was transferred in breach of trust, the beneficiaries take their interest public, and enforce the trust against all recipients save bona fide purchasers. But when this happens, one must notice that the trustee has lost his ownership interest in the trust property.”*); F.A. SCHURR, “Trusts in Civil Law Environments. Can Civil Law Jurisdictions Such as Liechtenstein Deal with Core Issues of Trust Law?” in R.C. NOLAN, K.F.K. LOW en T. HANG WU (eds.), *Trusts and Modern Wealth Management*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, (510) 514-515 (“*It goes without saying that also the so-called right to follow the trust property (Spurfolgerecht) is the second essential indicator for the categorization of fiduciary relationship in civil law jurisdictions. Only those jurisdictions that contain this fundamental characteristic can be labelled as authentic trust jurisdictions.”*).

³¹⁴ Pieter BREUGEL DE OUDE, *Nederlandse Spreekwoorden*, 1559, <http://bruegel.analog.is>.

³¹⁵ Vgl. met de Franse *fiducie*: [Frankrijk] M. GRIMALDI en F. BARRIÈRE, “Trust and Fiducie” in E.H. HONDIUS, M.W. HESSELINK en A.S. HARTKAMP (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (1085) 1095-1099; P. MARINI, “La fiducie, enfin!”, *JCP E* 2007, nr. 2050, (5) 5, nr. 6. Zie voor een doelvermogen als functioneel equivalent voor de *trust* de bijdragen van de Franse auteur LEPAULLE: P. LEPAULLE, “Trusts and the Civil Law”, *J.Comp.Legis & Int’l L.* 1933, (18) 18-34; P. LEPAULLE, “An Outsider’s View Point of the Nature of Trusts”, *Cornell L.Q.* 1928-29, (52) 52-61; P. LEPAULLE, “Civil Law Substitutes for Trusts”, *Yale L.J.* 1926-27, (1126) 1126-1147. Zie in dezelfde zin: M.J. DE WAAL, “The Core Elements of the Trust: Aspects of the English, Scottish and South African Trusts Compared”, *SALJ* 2000, (548) 559 e.v.; G.L. GRETTON, “Trust and Patrimony” in H.L. MACQUEEN (ed.), *Scots law: into the 21st century. Essays in Honour of W.A. Wilson*, Edinburgh, Sweet & Maxwell, 1996, (182) 188; J.H. HERBOTS, “Hoofdkenmerken van de Anglo-Amerikaanse trust” in J.H. HERBOTS en D. PHILIPPE (eds.), *De trust en de fiduciaire overeenkomst: praktische implicaties*, Brussel, Bruylant, 1997, (1) 5-6, nr. 10; M. RACZYNSKA, “Parallels between the civilian separate patrimony, real subrogation and the idea of property in a trust fund” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (454) 460; K.G.C. REID, “Patrimony not Equity: the Trust in Scotland” in J.M. MILO en J.M. SMITS (eds.), *Trusts in Mixed Legal Systems in Ars Aequi Cahiers Privaatrecht*, 12, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2001, 23. Zie verder: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 704, nr. 844; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 747-754, nrs. 535-538; J.H. HERBOTS, “Pleidooi voor de invoering in België van het fiducie-contract naar het trustabootsende Franse model”, *RW* 1993-94, (313) 319, nr. 21; S. VAN ERP, “La fiducie du point de vue du droit néerlandais. Réplique au professeur Pierre Crocq du point de vue du droit néerlandais” in V. SAGAERT (ed.), *La réforme du droit privé en France. Un modèle pour le droit privé européen?* in *Contrats & patrimoine*, Brussel, Larcier, 2009, (21) 21-22; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 249-254, nr. 90, i.h.b. 253-254; W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*.

rechtsfiguur wordt geregeld, maakt dat – niettegenstaande het gebrek aan sluitend antwoord op de eigendoms kwestie – de begunstigde op zakenrechtelijk vlak principieel een vrij sterke bescherming geniet. Meer nog dan in het Franse recht, gaat de Belgische variant op zoek naar een functionele benadering waarbij de extern zakenrechtelijke positie van de begunstigde prevaleert.³¹⁶

84. EEN EQUIVALENT VOOR DE TRUST – Hoewel de voorgestelde Belgische *fiducie* zich op de wilsautonomie van partijen en de contractsvrijheid tracht te funderen, brengt zij – omwille van de overwegend dwingendrechtelijke regeling ter zake – toch slechts gedeeltelijk een *trustequivalent* tot stand.³¹⁷ De vele vormvereisten en de verregaande inperking van de mogelijkheid om contractueel in afwijkende bepalingen te voorzien, alsook het verbeteren vasthouden aan de contractuele band tussen insteller en bewindvoerder, maken de geopperde rechtsfiguur tot zeer stug, rigoureuus en inflexibel rechtsvoorwerp.³¹⁸ Het beperken van de toepassing *ratione personae* wat betreft de positie van bewindvoerder, het gegeven dat een schenkingsoogmerk

Rechtsvergelijkende bijdrage tot een algemene theorie van bewind over andermans vermogen, Brussel, Bruylant, 1962, 509 p.

³¹⁶ Minstens moet worden gesproken van een persoonlijke bescherming met verregaande *in rem* reach. De zakelijke subrogatie wordt namelijk uitdrukkelijk geregeld en ook wordt voorzien in een duidelijke regeling voor het geval vermenging plaatsvindt (vgl. de regeling van art. 8/1 Hyp.W. inzake de kwaliteitsrekening). Ook de nader uitgewerkte publiciteitsvereiste biedt inzake de tegenwerpelijheid van *de fiducie* (en dus de zakenrechtelijke status van de onder beheer gehouden goederen) de vereiste helderheid. Zie: Memorie van toelichting bij het wetsontwerp (COMMISSIE TOT HERVORMING VAN HET GOEDERENRECHT o.l.v. P. LECOCQ en V. SAGAERT) houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/001, 85-96, i.h.b. 87-88. Zie voor de meer troebele opvatting van de Franse *fiducie*: de hoger besproken kwestie wat betreft het eigendomsvraagstuk (zie *supra*), alsook de (onbedoelde?) discussie en onzekerheid omtrent de eigendomsoverdracht *ex art.* 2011 CC. Voor dit laatste zie: [Frankrijk] A. AYNÈS en P. CROCQ, “La fiducie préservée des audaces du législateur”, *D.* 2009, (2559) 2560, nr. 7 e.v.; Y. EMERICH, “Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens”, *RIDC* 2009, (49) 59; R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund (étude comparée: droit français-droit anglais)* in *Bibliothèque de droit privé*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2014, 303, nr. 1077 e.v.; R. LIBCHABER, “Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007”, *Defrénois* 2007, (1094) 1115, nr. 25 e.v.; G. PODEUR, “La procédure collective du fiduciaire: quelles protections pour le constituant et le bénéficiaire?”, *D.* 2014, geraadpleegd via Dalloz. Zie ook: P. LEPAULLE, “An Outsider’s View Point of the Nature of Trusts”, *Cornell L.Q.* 1928-29, (52) 53-54 en 58.

³¹⁷ Vgl. met de Franse *fiducie*: [Frankrijk] F. BARRIÈRE, “La loi instituant la fiducie: entre équilibre et incohérence”, *JCP E* 2007, nr. 2053, (13) 14, nr. 10 e.v. en 16, nr. 21 e.v.; M. GRIMALDI en F. BARRIÈRE, “Trust and Fiducie” in E.H. HONDIUS, M.W. HESSELINK en A.S. HARTKAMP (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (1085) 1088-1089; P. SIMLER en P. DELEBECQUE, *Droit civil: Les sûretés, la publicité foncière* in *Précis Dalloz. Droit Privé*, Paris, Dalloz, 2009, 599, nr. 682. Zie ook: S. VAN ERP, “La fiducie du point de vue du droit néerlandais. Réplique au professeur Pierre Crocq du point de vue du droit néerlandais” in V. SAGAERT (ed.), *La réforme du droit privé en France. Un modèle pour le droit privé européen?* in *Contrats & patrimoine*, Brussel, Larcier, 2009, (21) 21-22.

³¹⁸ Artt. 3.38, lid 2, 3.40, 3.45, 3.50 en 3.51 Wetsontwerp.

niet als geldige ‘*causa*’ kan dienen van de *fiducie*-overeenkomst en de tot slot essentiële strikt gescheiden posities van insteller en bewindvoerder (omwille van de contractuele aard), maken verder dat het maatschappelijk nut van het eventueel toekomstige Belgische *fiducie*leerstuk erin bestaat om voornamelijk in de ondernemingswereld een rol van betekenis te spelen; met als vermoedelijk penibele gevolg: hogere beheersvergoedingen, geringe acclimatisatie aan lokale of bijzondere noden en moeilijkheden om roerende goederen, andere dan geld en aandelen, te laten beheren.³¹⁹ Bovendien zal ook de erg hachelijke positie van de begunstigde bij beëindiging van de constructie (door terugkeer naar het vermogen van de insteller), bijv. door samenloop in hoofdfe van de bewindvoerder of ingeval de insteller het loodje legt, alleen maar tot meer rechtsonzekerheid leiden (bij gebrek aan een degelijke ‘*default*’).³²⁰ Tot slot zal – enigszins vanzelfsprekend – de rol van het rechterlijke apparaat (als *fourth player*) beduidend kleiner zijn dan bij de *true trust*.³²¹

³¹⁹ Artt. 3.39, 3.41, 3.43 en 3.44 Wetsontwerp. Ook het residuair verhaalsrecht op het vermogen van de insteller (art. 3.40) dat gegrond is op de contractuele aard van de *fiducie*, kan ertoe leiden dat voornamelijk rechtspersonen als insteller van de voorgestelde Belgische figuur dienstdoen; en dus zorgen voor een bijkomende beperking van de mogelijke toepassingsfeer (ondernemingswereld). Zie ook: R. IBARRA GARZA, “A prospective analysis of the proposed Belgian trust”, *Trust & Trustees* 2018, (849) 849-855, i.h.b. 851, 852, 853-854 en 855. Vgl. met de Franse *fiducie*: [Frankrijk] F. BARRIÈRE, “La loi instituant la fiducie: entre équilibre et incohérence”, *JCPE* 2007, nr. 2053, (13) 14, nr. 5; S. CATOIRE en A. BERTON, “Cas pratiques fiduciaires”, *Droit & Patrimoine* 2013, 34-37; L. CHAMBAZ, “Is France adopting trusts wholesale? The answer is no, but...”, *Trusts & Trustees* 2007, (255) 258; R. DAMMANN en V. ROTARU, “La fiducie et le trust: une concurrence inégale”, *D.* 2018, geraadpleegd via Dalloz; D. LOUIS-CAPORAL, “La fiducie-libéralité”, *RTD civ.* 2016, 49; P. MARINI, “Enfin la fiducie à la française”, *D.* 2007, (1347) 1349; V. SAVAGE, *La fiducie sur parts et actions de sociétés. Aspects juridiques et fiscaux*, Brussel, Larcier, 2015, 101 p. Met betrekking tot de hoedanigheid van de bewindvoerder of *fiduciaire* is het noemenswaardig dat oorspronkelijk, de *trustee* als een vertrouwenspersoon dienstdeed zonder daarvoor enige tegenprestatie te ontvangen. Het is één zaak dat deze taak evolueert en daardoor wel een volledig professionele bezigheid is geworden, het is een andere dat daarom het personeel toepassingsgebied van een *trust*achtige bewindsfiguur zodanig wordt beperkt. Zie: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, 92-94, nrs. 108-109 en 193-194, nr. 247; [common law] M. HALEY en L. MCMURTRY, *Equity & Trusts*, Londen, Sweet & Maxwell, 2017, 474-476, nrs. 12.02-12.05; H. HANSMANN en R. KRAAKMAN, “The Essential Role of Organizational Law”, *Yale L.J.* 2000-01, (387) 416. Zie eveneens *supra*. Zie ook de conclusie van GRUYAERT aangaande het al dan niet beperkt personeel toepassingsgebied: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 683-684, nr. 496.

³²⁰ Men zal voor zover als mogelijk contractueel in vervanging van de bewindvoerder moeten voorzien (art. 3.49, §2). Zie: Art. 3.50, lid 2 *j*° artt. 3.50, lid 1, 1° en 2° Wetsontwerp. Zie ook: R. IBARRA GARZA, “A prospective analysis of the proposed Belgian trust”, *Trust & Trustees* 2018, (849) 853-854.

³²¹ Vgl. met de Franse *fiducie*: [Frankrijk] T. HONORÉ, *On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions in Legal Research Paper Series*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 3-4. Zie ook *supra* voetnoot 193. Zie echter de ontwerpbepalingen die STORME voorstelde, i.h.b. art. 710-5: “*Bewindsrecht kan worden gevestigd door een rechtshandeling of door de rechter of door de wet.*” (onderlijning toegevoegd). Zie: M.E. STORME, “Vertrouwen is goed, dual ownership is beter: elf

Net zoals de Franse *fiducie*, zal ook de Belgische variant vermoedelijk dus niet dezelfde creatieve en flexibele maatschappelijke draagwijdte als de Angelsaksische *trust* tentoonspreiden.³²²

Dat daarnaast – wat het bevoegdheidsverdelingsverhaal betreft – de zogenoemde goederenrechtelijke functionele opvatting zeer veel pragmatisme en theoretische eenvoud in zich draagt, is ontegensprekelijk juist. En dat als gevolg van die voornamelijk extern functionele benadering dan vervolgens een Angelsaksisch ‘*bundle of rights*’-model (met ‘*ex post*’ in plaats van ‘*ex ante*’ benadering) speelruimte krijgt, is wellicht welgekomen. Niemand hoeft tot

essentialia bij de invoering van een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgisch recht”, *RW* 1996-97, (137) 151, i.h.b. art. 710-5.

³²² R. IBARRA GARZA, “A prospective analysis of the proposed Belgian trust”, *Trust & Trustees* 2018, (849) 855 (“Therefore, it is recommended that a third draft proposal is created which provides for the validity of trusts without beneficiaries, the validity of security trusts, and trusts with a donative intent. The third draft proposal should also eliminate the death of the settlor and the bankruptcy of the trustee as causes for extinction of the Belgian trust. It should also permit the settlor to declare himself trustee and open the role of the trustee to any competent person. Finally, it would be positive for the third draft to limit the access of trust creditors to the trust property.”). Vgl. met de Franse *fiducie*. [Frankrijk] R. DAMMANN en V. ROTARU, “La fiducie et le trust: une concurrence inégale”, *D.* 2018, geraadpleegd via Dalloz (“Une véritable réforme de la fiducie est souhaitable pour plusieurs raisons. À l’heure du Brexit, le gouvernement s’est fixé comme objectif d’améliorer l’attractivité du droit français et de la place financière de Paris. Or les talents de la City ont l’habitude de recourir au trust pour gérer leurs affaires patrimoniales, de sorte qu’il serait opportun de leur offrir un instrument juridique équivalent. De plus, la réforme envisagée est l’occasion de revenir sur l’actuel rejet de la fiducie-libéralité. Son introduction permettrait de fluidifier la transmission d’entreprises intergénérationnelles et d’éviter, là encore, les actuels montages complexes, qui passent par la constitution de trusts étrangers et sont source d’insécurité juridique et de longs et coûteux contentieux. Enfin, le vieillissement de la population exige de réfléchir à la prise en charge des personnes en grande fragilité, qui souhaiteraient rester maîtresses de leur destin, plutôt que dépendre des membres de leur famille. Le recours à la fiducie à but non lucratif permettrait de répondre à leurs besoins. Le respect des règles impératives du droit des successions français serait ainsi garanti en toute transparence, le recours aux institutions étrangères n’étant plus nécessaire. Cette finalité était d’ailleurs explicitement envisagée par les députés eux-mêmes lors de la discussion ayant conduit à la loi de 2007. Or, pour permettre à la fiducie de remplir ces missions sans être abandonnée au profit du trust, il est nécessaire de la rendre plus attractive en assouplissant son régime, notamment en abrogeant les lourdes et coûteuses formalités qui s’y attachent. Ainsi accomplie, la refonte de la fiducie lui permettrait de faire face à son concurrent anglais à armes égales. Renouant avec l’esprit de la bataille d’Hastings, le droit continental pourrait de nouveau l’emporter.”); M. GRIMALDI en F. BARRIÈRE, “Trust and Fiducie” in E.H. HONDIUS, M.W. HESSELINK en A.S. HARTKAMP (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (1085) 1088-1089; R. LIBCHABER, “Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007”, *Defrénois* 2007, (1094) 1114-1115, nr. 24. Zie ook: T. HONORÉ, *On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions* in *Legal Research Paper Series*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 4-5; C. LARROUMET en A. AYNÈS, *Introduction à l’étude du droit in Corpus. Droit privé. Traité de droit civil*, Parijs, Economica, 2013, 322-323, nr. 420. Zie ook: J. DOUGLAS, “Trusts and Their Equivalents in Civil Law Systems: Why Did the French Introduce the Fiducie into the Civil Code in 2007? What Might Its Effects Be?”, *QUTL.Rev.* 2013, (19) 29; G. WATT, *Trusts and Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 27 (“[The] tendency of Civil jurisdictions is to employ distinct laws to fulfil different functions, each of which is performed automatically by the English trust.”).

eigenaar te worden verheven. Zolang duidelijke fiduciaire rechten en verplichtingen intern vastliggen is dat immers helemaal niet nodig. Naar derden toe, en dus extern exclusief wordt door vermogensscheiding de nodige waarborgen geboden. Of daarover dan gesproken wordt in termen van ‘spherical cubes’, dan wel ‘cube-shaped spheres’ (resp. een persoonlijke aanspraak met (passieve) ‘*in rem reach*’,³²³ dan wel een (actieve) zakenrechtelijke aanspraak met een contractueel kantje) is bijzaak, zo lijkt ons. Een doelgerichte (rechts)economische kijk, met focus op de rechtsgevolgen is aldus degelijk; doch dient zowel naar derden toe (*i.e.* vermogensplitsing; ‘*right to exclude others*’-denken en trendy ‘*things as wealth*’-gedachte³²⁴) als wat de interne bevoegdheidsverdeling betreft (actiemogelijkheden bij *breach of trust* en een interne *agency*structuur met adequate *checks and balances*) te gebeuren. Vooral die intern functionele benadering ontbreekt vooralsnog bij de voorgestelde *Belgian trust*. Enerzijds (1) is er nood aan heldere en meer uitgewerkte fiduciaire plichten (*duty of loyalty*; *duty of care*) die de verhoudingen tussen de *fiducie*-actoren evenwichtig regisseren. Anderzijds (2) is ook een doeltreffende overgang van *wealth* naar *things*, wanneer de *fiducie* ten einde komt of dreigt te komen (*i.e.* adequate al dan niet (*quasi*-)zakenrechtelijke remedies voor de begunstigde(n) (bijv. volgrecht bij *breach of trust*)), onmiskenbaar onontbeerlijk.³²⁵

³²³ Zie: M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 155 e.v. en 169.

³²⁴ Men zou zelfs de discussie kunnen verleggen naar een vraagstuk omtrent het eigendomsvoorwerp (of -object). Dat betekent in plaats van een subjectieve, een objectieve eigendomsplitsing. In plaats van een splitsing op het niveau van het recht, wordt gekeken naar het niveau van een concreet eigendomsvoorwerp. Zo kan men zich afvragen of de waarde van een bepaald goed (ten aanzien van het ding zelf) niet een afzonderlijk voorwerp kan zijn waarover ook – naast het ding zelf – een aparte eigendomstitel kan bestaan. Onzes inziens verdient een dergelijke idee nader onderzoek. Zie daarover: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 290-291, nr. 233 en 695-704, mrs. 502-509, i.h.b. 700-702, nr. 506.

³²⁵ M.b.t. het eerste element van die zgn. intern functionele governancebenadering, m.n. bepalingen die de *agency*verhoudingen tussen alle actoren *checks and balances*-gewijs verdelen, voorziet STORME een volledig hoofdstuk. Er wordt uitdrukkelijk voorzien in een standaard *duty of care* (*bonus pater familias*); alsook in een boekhoudings- en rekenschapsplicht; tot slot wordt ook aan een uitgewerkte belangenconflictregering gedacht. Zie: M.E. STORME, “Vertrouwen is goed, dual ownership is beter: elf essentialia bij de invoering van een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgisch recht”, *RW* 1996-97, (137) 152, i.h.b. artt. 710-21 t.e.m. 710-30. Zie ook: M.J. DE WAAL, “The core elements of the trust: aspects of the English, Scottish and South African trusts compared”, *SALJ* 2000, (548) 557 e.v. en 565 e.v.; M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 151 e.v. en 157 e.v.; R.H. SITKOFF, “Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (428) 429-434. M.b.t. het tweede element, m.n. de – wat IBARRA GARZA noemt: *faux remèdes réels*, zie *supra*, of zelfs heuse zakenrechtelijke remedies – de aanspraken die de begunstigten kunnen stellen bij misbruik of onzorgvuldigheden in hoofde van de bewindvoerder om zo de brug te slaan tussen de waarde en de specifieke goederen, past het om de begunstigten efficiënte corrigerende ‘najaagmiddelen’ te

Een en ander opdat het functioneel *fiducie*-equivalent in de toekomst mag slagen, opdat de belangen van de begunstigden afdoende worden beschermd én behartigd, alsook met het oog op duurzaamheid (zie *infra* nr. 85 e.v. voor dat laatste).

Één ding is zeker: de (eventueel latere) introductie van een *trust*achtig *fiducie*concept doet de doctrinaire discussie over eigendom en vermogen ongetwijfeld alleen maar toenemen, en dus vanzelfsprekend ook weerom een aantal met roest beklede, doch scherpe, *civil law* randpunten meer dan ooit verder vervagen.³²⁶

2. DUURZAAMHEID

2.1. ALGEMEEN

85. POWER TENDS TO CORRUPT, ABSOLUTE POWER CORRUPTS ABSOLUTELY – Nadat de reeds eerder gerelativeerde externe exclusiviteit werd besproken (vnl. opgelost door vermogensplitsing), en daarna ook de interne exclusiviteit genuanceerd werd benadrukt (verdelen van eigendomsbevoegdheden bij de *trust/fiducie* m.o.o. adequate *checks and balances*), is het inclusief karakter van *trust*achtige figuren – en in het verlengde daarvan: eigendom – nog niet belicht geworden. Voornoemd inclusief karakter heeft – eigenaardig genoeg – net zoveel te maken met de alom bekende IKEA-gehaktballetjes,³²⁷ als met

geven. Wat betreft beide elementen en de sublieme verbindende werking van de ‘true’ *trust*, zie het citaat van WATT *supra* voetnoot 326. Zie: G. WATT, *Trusts and Equity*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 27.

³²⁶ De discussie zal zeker ook eigendom betreffen. Zo blijkt maar weer eens dat eigendom (al dan niet als *bundle of rights* opgevat) altijd een essentieel onderdeel van *trust*achtige constructies zal blijven uitmaken. Zie ook het besluit dat LAU trekt: “*In modern times, the key contribution of the trust is that it extends property’s coordination function. It is the trust’s role in enabling fluctuating interests in a fund of fluctuating assets – at relatively low information processing costs – that makes it a unique legal institution. For sure, some of these functions can indeed be fulfilled by contracts, agencies, and entities. But, ultimately, the trust is a derivative form of property and the beneficial interest is a derivative form of ownership. No matter how default or how anti-agency costs trust rules are or how much asset-partitioning features trusts have, one cannot escape from the fact that trusts are about property and ownership.*” Zie: M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 181. Over het vervagen van bepaalde continentaalrechtelijke grenzen, zie: L. KACZMAREK, “Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l’opération”, *D.* 2009 (1845) 1845, nr. 2 en 1848, nr. 13.

³²⁷ “*Volgens het Zweedse ‘Allemansrätten’ hebben alle Zweden het recht om vrij van de natuur te genieten. Dat is ook de naam die we kozen voor onze gehaktballetjes, puree en roomsaus - de Zweedse klassieker bij uitstek. Wij vinden dat iedereen er altijd van moet kunnen genieten, net als de bessen en paddenstoelen in het bos. Voor ons is ALLEMANSRÄTTEN ieders recht op bossen, velden en een bord heerlijke gehaktballetjes.*” Zie *supra* over de Zweedse *Allemansrätten*. Zie ook: <https://www.ikea.com/be/nl/collecties/allemanstratten/>.

vermeend onafwendbare ecologische (en sociale) catastrofes die de mensheid dreigen parten te spelen,³²⁸ doch ook met zoveel meer.³²⁹

Nochtans lijkt op het eerste zicht en alles tezamen genomen, het eigendomsrecht net, i.t.t. een inclusief, een eerder individualistisch, prominent en helaas ook geïsoleerd bestaan te leiden. In zekere zin – en gesteund door de stimulans van het kapitalistische en neoliberal gedachtegoed,³³⁰ alsook de afkeer van de feodale *commons*³³¹ – toont de hedendaagse eigenaar zich steeds meer als despotisch soeverein. Absolute eigendom floreert als nooit tevoren.

Wat ooit exclusief, absoluut en alomvattend diende te zijn om mensenrechten te beschermen en meer gelijkheid te creëren tussen de macht van de adel en de geestelijkheid enerzijds, en de ondergeschiktheid van het proletariaat anderzijds, wordt steeds meer – om redenen waar velen zich niet bewust van zijn – oncontroleerbaar. Eigendom, als doel *an sich*, dreigt een dogmatisch zwaargewicht te worden dat onoverkomelijk lijkt. En toch wordt vanuit theoretisch-juridisch en praktisch oogpunt tegenstem geboden.³³² Het is dan ook vanuit die tegenstem – die inclusief is – dat moet worden gewezen op de idee, “*power tends to corrupt, absolute power corrupts absolutely.*”³³³

³²⁸ S. GUTWIRTH en I. STENGERS, “Het recht en de heropleving van de commons”, *TMR* 2017, (4) 4-6 en 18: “Maar zoals we reeds stelden, is de ware inzet dat we ons moeten voorbereiden op de veranderingen die door de ecologische en sociale catastrofes onafwendbaar zijn geworden. In het bijzonder moeten we leren ons voor te stellen wat we moeten gaan doen opdat die veranderingen niet de weg zouden opgaan van een nog grotere barbaarsheid, waarin het ieder voor zich is, en wee de verliezer.” Zie ook: B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1437-1470, i.h.b. 1437, 1439-1440, nr. 3, 1447, nr. 15, 1448, nr. 16 en 1458-1459, nrs. 39-41; R. CASALE en C. MARGOTTINI, *Natural Disasters and Sustainable Development*, Berlijn, Springer, 2004, 397 p.; A. GORE en D. GUGGENHEIM, *An Inconvenient Truth. Global Warming, s.l.*, Paramount Home Entertainment, 2007, documentaire; N. KLEIN, *This Changes Everything. Capitalism vs. The Climate*, Londen, Allen Lane, 2014, 566 p.; P. LAWN, *Resolving the Climate Change Crisis. The Ecological Economics of Climate Change*, Dordrecht, Springer, 2016, 646 p.; E. TORQUEBLAU, *Climate Change and Agriculture Worldwide*, Dordrecht, Springer, 2016, 355 p.

³²⁹ Het heeft verder ook betrekking op de financiële crisis (o.a. ontstaan door zgn. derivaten), op de deeleconomie, op de circulaire economie, op democratie en demografie; *in se* gaat het natuurlijk vooral over eigendom en goederenrecht.

³³⁰ B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1437, 1440-1441, nrs. 4 en 6, 1448-1449, nr. 18 en 1461, nr. 47; J. BLEWITT, *Understanding Sustainable Development*, Abingdon, Routledge, 2017, 418 p., i.h.b. 210 e.v.; F. CAPRA en U. MATTEI, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland, Berret-Koehler Publishers, 2015, 216 p.

³³¹ S. GUTWIRTH en I. STENGERS, “Het recht en de heropleving van de commons”, *TMR* 2017, (4) 6-10; G. HARDIN, “The Tragedy of the Commons”, *Science* 1968, (1234) 1234-1248; F. VALGUARNERA, “Legal Ideology and the Commons: Why Are Jurists Falling Behind?”, *Philosophy and Society* 2018, (205) 205-218.

³³² Zie *infra* en *supra* over de relativiserende evolutie die het eigendomsrecht doormaakt.

³³³ J.E.E. DALBERG, “Letter to archbishop Mandell Creighton, April 5, 1887” in *Lectures on Modern History*, Londen, Macmillan, 1906, <http://oll.libertyfund.org/titles/acton-acton-creighton>

86. DUURZAAMHEID – Maar niet getreurd; een dergelijke bedreigende idee roept immers niet op tot paniek, doch wel tot fundamenteel overdachte oplossingen en verzachtingen.³³⁴ Daarbij komt een duurzaamheidsgedachte op de voorgrond en te hulp gesneld. Steeds meer komt nl. de idee naar voren om het goederenrecht te “herijken, d.w.z. van nieuwe waarden te voorzien.”³³⁵ In dat opzicht is de voordracht van professor MATTEI, over de zgn. *transformative power of the commons* erg vermeldenswaardig. Volgens hem is het door toedoen van mens en recht – of meer precies, “the mentality [of] individualism and private property” – dat ‘freedom of having’ steeds verward wordt met ‘freedom of being’. Zo zegt hij:

“This is a typical example of the mentality that individualism and private property has introduced in all of us by making us [confuse] the notion of the ‘is’ with the notion of the ‘have’. Freedom is freedom of being, not freedom of having. We have to consider and construct institutions that are capable to build communities within which each one of us is free of being but is not free of having; taking away from the others.”³³⁶

correspondence#lf1.524_label_010. Reden te meer waarom: “Pour qu’on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.” Zie: C. MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois avec des notes de Voltaire, de Crevier, de Mably, de La Harpe, etc.*, Parijs, Garnier, 1869, 141-142.

³³⁴ S. GUTWIRTH en I. STENGERS, “Het recht en de heropleving van de commons”, *TMR* 2017, (4) 18: “Vanuit dit perspectief kan de heropleving van de commons gezien worden als het wijdverspreide weven van praktische, bewuste en ethische relaties die het verschil kunnen maken tussen paniekreacties en de capaciteit tot ontwikkeling van een collectieve intelligentie op maat van de bedreigingen.”

³³⁵ B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1437-1470, i.h.b. 1437, 1452, nr. 27 en 1457-1458, nr. 38. De vragen die daarbij komen zijn: waarom goederenrecht, en waarom eigendom? Welnu, de reden wordt helder veruitwendigd door Marjorie KELLY: “What is the relationship we have to the earth? What is the relationship we have to each other? What is the relationship we have to our economy? All of that is about ownership. That is the most fundamental economic relationship there is: who holds the assets, who controls the property.” Eigendom is met andere woorden waar alles om draait. Zie: M. KELLY, *The Business Ownership Revolution*, https://www.youtube.com/watch?v=_HtTn5UX0HI. Zie ook: M. KELLY, *Owning Our Future: The Emerging Ownership Revolution*, San Francisco, Berret-Koehler Publishers, 2012, 1-18, i.h.b. 4 e.v. Zie verder: F. CAPRA en U. MATTEI, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland, Berret-Koehler Publishers, 2015, 45 e.v.

³³⁶ Voor de volledige stelling tijdens de uiteenzetting, zie: U. MATTEI, *The Transformative Power of the Commons*, https://www.youtube.com/watch?time_continue=388&v=b-LZA6gHWg8. “The rhetoric of corporate capitalism celebrates behaviors of this kind by the one percent of the population of the world as something that needs to be admired. The rhetoric of neo-liberalism and the dominant discourse celebrates the rich, the powerful, the tycoon, those that go around skiing on helicopters, those that drive very expensive cars, those that consume much more resources than their fair share, as if they were doing so out of their own right. ‘It is my right, I am paying for it.’ This are the classic things that someone that is leaving his gas-gulping SUV switched on while waiting for his kids in front of a high school in an expensive area of the United States, will answer to anyone else who says: ‘Would you please switch of the engine’. They are saying: ‘I am paying

Dus als een en ander te wijten is aan het al te absoluut en individueel omgaan met eigendom dan moet worden nagedacht hoe te transformeren van een al te absolute en exclusieve interpretatie naar één waarin duurzaamheid de overhand neemt en inclusiviteit meer wordt benadrukt.³³⁷

In dat opzicht sluiten de woorden van Bram AKKERMANS naadloos aan op wat gezegd werd:

*“Doing so does not mean the end of ownership, but the beginning of a new chapter. It means incorporating sustainability into the very core of our legal system by agreeing that owning something does not only mean being entitled to take away everything that object represents, but also comes with a responsibility to maintain, protect and preserve it for future generations.”*³³⁸

Waarom dan wel? Wel omdat:

for the gas. Therefor the gas is mine. Therefor I can do whatever I want.’ This is a typical example of the mentality that individualism and private property has introduced in all of us by making us [confuse] the notion of the ‘is’ with the notion of the ‘have’. Freedom is freedom of being, not freedom of having. We have to consider and construct institutions that are capable to build communities within which each one of us is free of being but is not free of having; taking away from the others. This is going to be an economy of sharing. This is going to be an economy of responsibility. This is going to be an economy based on an idea of life and an idea of living together that certainly will limit us in some of our consumptions habits but that we cannot postpone much longer. It is a very challenging task that goes through thinking again the basis of our fundamental organization from the legal, political, economic and scientific perspective. It is a long way to go, but the conditions will not be planned at the table. They will be probably happening sooner than we expect. And we’ll better be ready thinking differently and with some fantasy [on] how to put together a new better world.” Zie ook: F.H. LAWSON en B. RUDDEN, *The Law of Property in Clarendon Law Series*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 90; M.C. MIROW, “The Social-Obligation Norm of Property: Duguit, Hayem, and Others”, *Fla.J. Int’l L.* 2010, (191) 193: “*In principle, owners can do anything they like with what they own: use it, use it up, neglect it, destroy it, give it away entirely or for a time, lend it, sell or lease it, pledge it, leave it by will, and so on. Furthermore, the owner is perfectly free to do nothing at all with the thing: in principle, the law of property imposes no positive duties on an owner.*”

³³⁷ Zie i.h.b. ook het verhaal van Donald Lamp: G. ALEXANDER, “Property’s Ends: The Publicness of Private Law Values”, *Cornell Law School Research Paper* 2014, (1) 1 e.v. en 12 e.v. Zie ook: B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1437-1470; B. AKKERMANS, “Sustainable property law?”, *EPLJ* 2018, (1) 1-3; H. DAGAN, “Inside Property. Lecture and Commentary”, *U. Toronto L.J.* 2013 (1) 1-21; S. DUSOLLIER, “Inclusivity in Property”, *NYU Research Project* 2017, http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Severine%20Dusollier%20-%20Oct%2010%20forum.pdf, 14 p., i.h.b. 14; M.C. MIROW, “The Social-Obligation Norm of Property: Duguit, Hayem, and Others”, *Fla.J. Int’l L.* 2010, (191) 226 i.h.b. 193.

³³⁸ B. AKKERMANS, “Sustainable property law?” *EPLJ* 2018, (1) 3. Zie ook: B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1437 (“*Er is voor de ontwikkeling van een duurzaam goederenrecht, een set regels nodig op basis waarvan problemen kunnen worden opgelost (een algoritme), waarbij een positieve duurzaamheidsverplichting in het eigendomsrecht wordt gelezen en waarbij publiekrecht en privaatrecht samen gezien worden om het recht verder te ontwikkelen.*”).

“Property is not a right: it is a social function.”³³⁹

87. Het institutionaliseren van die duurzaamheidscomponent zal gebeuren aan de hand van de *trust*. Enerzijds omdat *trust*-achtigen (*common law* én *civil law trusts*) inherent die duurzaamheid in zich dragen (zie *infra* nr. 102), en anderzijds omdat *trust*-achtigen mogelijks concrete en flexibele mogelijkheden aanbrenge ter verwezenlijking van bepaalde duurzaamheidsdoeleinden (vnl. *common law trust*). Dat blijkt onder meer uit de vele uiteenlopende en flexibele toepassingen waarvoor de Angelsaksische *trust*-figuur openstaat. Vooreerst is het aangewezen om in te gaan op de prominente rol van het goederenrecht in deze.

2.2. ROL VAN HET GOEDERENRECHT

2.2.1. De soevereiniteit van de eigenaar

88. UTILITARISME – In ons hedendaagse stelsel staat eigendom voornamelijk als middel ten dienste van elk individu. De eerder beschreven afkeer van het feodale stelsel, alsook het juridisch liberalisme, maakten eigendom uiteindelijk tot absolute vrijheid van eenieder. Elkeen kon plots tot eigenaar worden en was vrij om zoveel als mogelijk welvaart te verzamelen; om naar believen te beschikken over wat hem eigen is. Een dergelijk absoluut liberalisme, dat berust op denkers als LOCKE en POTHIER, draagt een erg instrumenteel denkbeeld in zich, waarbij eigendom over een zaak, op de allerindividueelste wijze – en dus erg utilitaristisch – kan worden ingevuld.³⁴⁰ Bovendien, en alsof

³³⁹ M.C. MIROW, “The Social-Obligation Norm of Property: Duguit, Hayem, and Others”, *Fla.J. Int’l L.* 2010, (191) 191. Zie ook: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht* in *Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 793-794, nr. 563; G.H.A. SCHUT, “Naar een meer pluriforme regeling van het eigendomsrecht”, *RMT* 1981, (329) 330; M. THEWIS, “Het eeuwigdurende karakter van het eigendomsrecht getoetst, acta est fabula?”, *Jura Falc.* 2012-13, (581) 592-593; F. VAN NESTE, *Zakenrecht, I, Goederen, bezit en eigendom in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 261-287, i.h.b. 275-276, nr. 148 en 283, nr. 151 e.v.; F. VAN NESTE, “Eigendom morgen”, *TPR* 1983, (479) 479-491.

³⁴⁰ B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1444, nrs. 9-10; B. AKKERMANS en W. SWADLING, “Types of property rights – immovables and movables (goods)” in S. VAN ERP en B. AKKERMANS (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law in Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford, Hart, 2012, (211) 217 e.v.; G.S. ALEXANDER en E. PENALVER, *An Introduction to Property Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 35 e.v.; F. CAPRA en U. MATTEL, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland, Berret-Koehler Publishers, 2015, 6 en 45-68, i.h.b. 64-65; C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l’usufruit, de l’usage et de l’habitation*, I, Parijs, Durand, 1870, nrs. 544-545; R. FEENSTRA, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden, Brill Uitgevers, 1990, 40; S. GUTWIRTH en I. STENGERS, “Het recht en de heropleving van de commons”, *TMR* 2017, (4) 6 e.v.; F. VAN NESTE, *Zakenrecht, I, Goederen, bezit en eigendom in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 276-278, nr. 149 e.v. Zie echter: J. VAN DER

dat nog niet voldoet, beschikt de soevereine eigenaar over een recht dat ook extern exclusief is, en bijgevolg over de macht om anderen naar heug en meug te weren (zie ook *supra* nr. 37 e.v.).³⁴¹

89. KAPITALISME – Daarbij komt vervolgens nog het negentiende-eeuwse economisch neoliberalisme en *laissez-faire* denken. Onophoudelijke economische groei en vrije markt-geloof worden aanzien als voornaamste graadmeters van welvaart en ontwikkeling. Overheidsingrijpen wordt in dat opzicht – te meer wat eigendom betreft – tot een minimum herleid. Winst, winstoochmerk en extractie (van bijv. fossiele brandstoffen) staan daarbij centraal als doel.³⁴² Die individualistische vrijheid heeft echter ook zijn nadelen: klimaatverandering, luchtpollutie, maar ook de financiële crisis van 2008 zijn onmiddellijke gevolgen van de manier waarop de liberaal-kapitalistische eigenaar met zijn absolute eigendomsrecht wenst om te gaan.³⁴³

WALT, *Law and Sacrifice: Towards a Post-Apartheid Theory of Law*, Abingdon, Routledge, 2014, 90 e.v.

³⁴¹ Voor een relativering van het exclusieve karakter van eigendom zie: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 890 p. Zie ook: H. DAGAN, *Exclusion and Inclusion in Property*, Tel-Aviv, Hanoch Dagan, 2009, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1416580, 1 en 4-7; S. DUSOLLIER, “Inclusivity in Property”, *NYU Research Project* 2017, http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Severine%20Dusollier%20-%20Oct%2010%20forum.pdf, 2 e.v.; R. DYAL-SHAND, “Sharing the Cathedral”, *Connecticut Law Review* 2013, (647) 647 (“In both theory and doctrinal manifestations, sharing is overshadowed by the iconic property right of exclusion.”).

³⁴² B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1440-1442, nrs. 4-6 en 1444-1445, nr. 10; J. BLEWITT, *Understanding Sustainable Development*, Abingdon, Routledge, 2017, 418 p.; F. CAPRA en U. MATTEI, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland, Berret-Koehler Publishers, 2015, 115-117; K. RAWORTH, *Doughnut Economics. Seven Ways to Think Like a 21st Century Economist*, Londen, Random House Business Books, 2017, 58 e.v., 62-63 en 68 e.v. Zie ook: G.S. ALEXANDER en E. PENALVER, *An Introduction to Property Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 11 e.v.; R.H. COASE, “The Problem of Social Cost”, *J. Law & Economics* 1960, 7 R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown, 1977, 52 e.v.; H. SMITH, “Property as the Law of Things”, *Harvard Law Review* 2012, 1692 e.v.

³⁴³ Zie uitgebreid: N. KLEIN, *This Changes Everything. Capitalism vs. The Climate*, Londen, Allen Lane, 2014, 566 p.; N. ORESKES en E.M. CONWAY, *The Collapse of Western Civilization. A View From the Future*, New York, Columbia University Press, 2014, 89 p.; R.A. POSNER, *A Failure of Capitalism. The Crisis of 08' and the Descent Into Depression*, Cambridge, Harvard University, 2009, 346 p. Zie ook: F. CAPRA en U. MATTEI, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland, Berret-Koehler Publishers, 2015, 82-84, 115-117 en 121-128; R. CASALE en C. MARGOTTINI, *Natural Disasters and Sustainable Development*, Berlijn, Springer, 2004, 397 p.; S. GUTWIRTH en I. STENGERS, “Het recht en de heropleving van de commons”, *TMR* 2017, (4) 4-6 (“Nooit is er ernstig gedebatteerd over de vraag of de ‘wetten van de markt’ in staat zijn het hoofd te bieden aan de problemen van de klimaatverandering en op welke wijze ze dat zouden kunnen.”) (“Het lijkt wel alsof de liberalisering van de handel en de expansie van de globale economie beschermd moet worden tegen de bedreiging die uitgaat van het klimaat, en niet omgekeerd.”) (“Misschien moest het tot die bedreiging van de planeet komen eer het rotsvaste geloof in economische vrijheid als motor van menselijke vooruitgang aan het wankelen ging.”); M. KELLY, *Owning Our Future: The Emerging*

Het hedendaagse dominante eigendomsontwerp reikt, met andere woorden, de eigenaar bevoegdheden aan om zaken waarop het eigendomsrecht rust, uit te putten; de klemtoon ligt op maximale materiële en financiële extractie. Denk bijvoorbeeld aan het gedrag van bepaalde beursgenoteerde Amerikaanse grootbanken voorafgaand aan de financiële crisis van 2008. Om het al te ambitieuze groei- en winstoogmerk te vervullen, werden leningen verstrekt aan vaak onvermogen personen. Die kwalitatief minderwaardige leningen werden vervolgens versnipperd en hervormd om als derivaat product aan andere beleggers te verkopen (vaak andere banken). Losgekoppeld van materiële en reële objecten, werd winst en waardevermeerdering nagestreefd, zonder de daardoor mogelijk desastreuze consequenties te willen inschatten, en vaak ook zonder daarover rekenschap af te hoeven leggen. Het resultaat is gekend, de bubbel implodeerde ten koste van verschillende miljoenen – vaak relatief onbemiddelde en vooral onschuldige – personen.³⁴⁴

90. TRAGEDY OF THE COMMONS – Als kers op de taart moesten ook de zgn. *commons* eraan geloven. De absolute en exclusieve eigendom die LOCKE en de *Code Napoléon* voorstonden, werd in 1968 immers helemaal op een piëdestal geplaatst. Garrett HARDIN vond het namelijk alsnog nodig om met zijn *tragedy of the commons*-doctrine – over de op het gemene weiland grazende koeien³⁴⁵ – op mathematische wijze de schijnbaar binaire keuze tussen enerzijds de zichtbare hand van de staat en anderzijds de onzichtbare hand van de vrije markt, nog meer richting die laatste te verdrukken – en

Ownership Revolution, San Francisco, Berret-Koehler Publishers, 2012, 12 en 47 e.v.; C. ROSE, “Big Roads, Big Rights. Varieties of Public Infrastructure and Their Impact on Environmental Resources”, *Arizona Law Review* 2008, 443.

³⁴⁴ L. CORNELIS, *Finance and Law. Twins in Trouble*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 327 p.; M. KELLY, *Owning Our Future: The Emerging Ownership Revolution*, San Francisco, Berret-Koehler Publishers, 2012, 47-83, i.h.b. 67-70 en 78-82 en 85 e.v.; R.A. POSNER, *A Failure of Capitalism. The Crisis of 08' and the Descent Into Depression*, Cambridge, Harvard University, 2009, 346 p., i.h.b. 41-74. Zie ook: S. GUTWIRTH en I. STENGERS, “Het recht en de heropleving van de commons”, *TMR* 2017, (4) 8: “Wat vastgelegd wordt als natuurlijk recht op eigendom is veeleer het recht van de ondernemer (of eerder, de onderneming-rechtspersoon) om zijn bedrijf te laten floreren zonder rekenschap af te hoeven leggen voor de sociale of ecologische schade die hij daarmee veroorzaakt.”

³⁴⁵ De redenering van HARDIN is van een ontwapenende eenvoud. Wanneer op een weiland een groep individuen hun koeien vrij kunnen laten grazen, ontstaat de drang tot een maximale en inefficiënte uitputting van het weiland (of eender-welk ander gemeenschappelijk gebruikt goed). Elk individu wil nl. zijn opbrengsten maximaliseren en zoveel mogelijk dieren op het weiland te eten geven. Het risico op uitputting en vernieling van het weiland is immers een risico waarvan de kost gedragen wordt door de gemeenschap en niet door het individu. Het prioriteitsprincipe geldt: wie het eerst komt, het eerst maakt. Zie: G. HARDIN, “The Tragedy of the Commons”, *Science* 1968, (1234) 1243-1248. Zie ook: H.S. GORDON, “The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery”, *Journal of Political Economy* 1954, (124) 124-142; V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten”, *TPR* 2005, (983) 1047-1048 nr. 65.

daarmee volledig de geschiedenis van de staat als allesoverheersend soeverein zoals dat o.a. het geval was in de USSR, en bijgevolg het communisme, af te wijzen. “*De commons waren voor hem [...] het schoolvoorbeeld van een niet-duurzame exploitatie die gedoemd is te vernielen wat zij bewerkt of uitbaat.*”³⁴⁶ De vrije markt, en meer bepaald de rationele *homo oeconomicus* – slechts gemotiveerd door een drang naar optimale allocatie van goederen ter behartiging van eigen profijt – zouden dat niet zijn. De absolute soevereineigenaar bleek een algemeen aanvaard en verworven feit.³⁴⁷

2.2.2. De terugkeer van de commons

91. EEN REVIVAL VAN DE COMMONS – Recent echter, wijzen steeds meer economische, politieke en filosofisch-juridische elementen op een soort van *revival* van voornoemd – voor dood achtergelaten – *commons*idee. Gemeenschappelijke eigendom, waarbij participatie en delen centraal staan, wint de laatste jaren enorm aan populariteit.³⁴⁸ Te denken valt aan coöperatieve woongemeenschappen (bijv. *CLT's*), aan zgn. *employee* of *community owned businesses*, aan het zgn. *right to roam* (bijv.

³⁴⁶ S. GUTWIRTH en I. STENGERS, “Het recht en de heropleving van de commons”, *TMR* 2017, (4) 8.

³⁴⁷ S. GUTWIRTH en I. STENGERS, “Het recht en de heropleving van de commons”, *TMR* 2017, (4) 7-9. Zie ook: F.A. FRIEDMAN, “The Economics of the Common Pool: Property Rights in Exhaustible Resources”, *UCLA Law Review* 1971, (855) 855-873; H.S. GORDON, “The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery”, *Journal of Political Economy* 1954, (124) 124-142; G. HARDIN, “The Tragedy of the Commons”, *Science* 1968, (1234) 1243-1248; F. LOCHER, “Les pâturages de la Guerre froide: Garrett Hardin et la ‘Tragédie des commons’”, *Revue d'histoire moderne & contemporaine* 2013, (7) 7-36; E. OSTROM, “Private and Common Property Rights” in B. BOUCKAERT en G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Aldershot, Edward Elgar Publishing, 2001, (322) 322-379; V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten”, *TPR* 2005, (983) 1047-1048 nr. 65.

³⁴⁸ B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1442-1443, nr. 7 en 1148-1450, nrs. 17-20, i.h.b. 1449 nr. 19; D. BOLLIER en S. HELFRICH, *The Wealth of the Commons: A World Beyond Market and State*, Amherst, Levellers Press, 2012, 462 p.; J. BUCHANAN en Y.J. YOON, “Symmetric tragedies: Commons and Anticommons Property”, *Journal of Law and Economics* 2002, (453) 453-473; S. COGOLATI en J. WOUTERS, *The Commons and a New Global Governance*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, 384 p.; B. CORIAT (ed.), *Le retour des commons. La crise de l'idéologie propriétaire*, Parijs, Les Liens qui Libèrent, 2015, 297 p.; P. DARDOT en C. LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XXIe siècle*, Parijs, La Découverte, 2014, 593 p.; T. DE MOOR, “From Common Pastures to Global Commons: a Historical Perspective on Interdisciplinary Approaches to Commons”, *Natures Sciences Sociétés* 4/2011 (Vol. 19), 422-431, vn. 2, 423; S. GUTWIRTH en I. STENGERS, “Het recht en de heropleving van de commons”, *TMR* 2017, (4) 10-17; M.A. HELLER, “The Boundaries of Private Property”, *Yale L.J.* 1998-99, (1163) 1163-1222; N. KLEIN, “Reclaiming the Commons”, *New Left Review* 2001, (81) 81-89; E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, 280 p.; F. VAN NESTE, “Eigendom morgen”, *TPR* 1983, (479) 479, nr. 1 e.v.; B.H. WESTON en D. BOLLIER, *Green Governance. Ecological Survival, Human Rights, and the Law of the Commons*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 363 p.

Allemansrätten), of nog aan bepaalde burgerinitiatieven zoals gemeenschappelijke windmolenparken; maar ook aan *open source software* en aan de zgn. *digital commons* (o.a. Facebook, Wikipedia, YouTube, etc.).³⁴⁹ Een ‘niet-tragisch’ *commons*denken lijkt aldus mogelijk te zijn zonder dat daar ook een terugkeer naar of hervallen in verouderde feodale of zelfs communistische wereldbeelden voor nodig zijn, en mits aan een aantal voorwaarden is voldaan (zie *infra* nr. 93).³⁵⁰

De terugkeer of heropleving van dergelijke *commons*, moet nl. worden gezien als een welgekomen alternatief voor de binaire keuze tussen staats- en private eigendom. De moraal van HARDIN’s verhaal dat het weiland enkel nuttig kan blijven bestaan indien het gebruik ervan geregeld wordt door één bepalende instantie (lees: óf de staat, óf een absolute eigenaar) die zich bekommert om zijn behoud, blijkt met het bekroonde werk van Elinor OSTROM niet alleen een erg misleidende en ideologische vereenvoudiging, maar wordt bovendien ook nog ontkracht door een hele resem *casestudies*. Met haar werk toonde zij namelijk aan dat, wanneer in zekere mate

³⁴⁹ B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1448-1450, nrs. 18-20; J. BIRCHALL, *The governance of large co-operative businesses*, Manchester, Co-operatives UK, 2017, 119 p.; D. BOLLIER, *Think Like a Commoner. A Short Introduction to the Life of the Commons*, Gabriola Island, New Society Publishers, 2014, 113 e.v.; F. CAPRA en U. MATTEL, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland, Berret-Koehler Publishers, 2015, 131 e.v., i.h.b. 136-142 en 145-146; J.F. CURTIN en L. BOCARSLY, “CLTs: A Growing Trend in Affordable Home Ownership” in J.E. DAVIS (ed.), *The Community Land Trust Reader*, Cambridge, Lincoln Institute of Land Policy, 2010, (289) 289-314; S. GUTWIRTH en I. STENGERS, “Het recht en de heropleving van de commons”, *TMR* 2017, (4) 10 e.v.; M. KELLY, *Owning Our Future: The Emerging Ownership Revolution*, San Francisco, Berret-Koehler Publishers, 2012, 246 p., i.h.b. 1-4, 31 e.v., 108 e.v. en 147 e.v.; E. O’HIGGINS en L. ZSOLNAI, *Progressive Business Models: Creating Sustainable and Pro-Social Enterprise*, Cham, Springer International Publishing, 2018, 21 en 193-220; R.S. SWAN, S.S. GOTTSCHALK, E.S. HANSCH en E. WEBSTER, *The Community Land Trust. A guide to a New Model for Land Tenure in America*, Massachusetts, CCED, 1972, 119 p.; R. TIMMERMANS, *De community land trust of coöperatieve landmaatschappij voor uitgifte en beheer van communale grond in RNPS*, Mechelen, Kluwer, 2016, 320 p.

³⁵⁰ B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1449, nr. 19 (“*Het gaat daarbij in de 21e eeuw niet om de gemeenschappelijke eigendom van productiemiddelen zoals in een communistisch stelsel, maar om samenwerking door burgers onderling of tussen burgers en overheden om veelal duurzame doelen te bereiken.*”); S. GUTWIRTH en I. STENGERS, “Het recht en de heropleving van de commons”, *TMR* 2017, (4) 16 (“*[Z]e tonen het ondenkbare aan, met name dat een ‘niet-tragisch’ regime van commons mogelijk is dankzij het vermogen van georganiseerde, solidaire groepen om natuurlijke bronnen op een redelijke en rationele manier te beheren.*”) en 17 (“*Het zal dan ook niet verbazen dat, in het geval van de ‘resurgente’ commons, de eis voor een recht op commoning, de dubbele soevereiniteit van eigenaar en staat in vraag en aan de kaak stelt.*”); V. SAGAERT, “Community Land Trust: achterhaalde hippies of moderne vastgoedontwikkelaars?” in J. BAEL e.a., *Opening doors. Verslagboek naar aanleiding van het nationaal notarieel congres 2017 in Gent*, Brussel, Larcier, 2017, (387) 414, nr. 47 (“*Hiermee hebben we niet gezegd dat de CLT een feodaal concept is. De inspraak met en van diverse actoren van binnen en buiten de gemeenschap vormt een groot punt van verschil met het feodale tijdperk.*”). Zie *supra* voetnoot 207.

geïnstitutionaliseerd, individuen – ook wat betreft gemeenschappelijke goederen – in staat zijn om samen het hoofd te bieden aan uitdagingen die zich stellen, wars van de tweekeuze tussen vrije markt of staat.³⁵¹

92. (RE)GENERATIEVE INCLUSIVITEIT – Meer nog dan louter ‘terug van weggeeweest’ zou voornoemd *commons*denken wel eens een wezenlijk element kunnen uitmaken voor de opbouw naar een herijkt goederenrecht. “*Omdat de commons praktijken veronderstellen die duurzaamheid kunnen heruitvinden, kondigt hun heropleving (of ‘resurgentie’) mogelijk een gedragswijziging aan die in deze tijden van klimaatverandering, en de daarmee gepaard gaande ongekende bedreigingen, als hoogst wenselijk en dringend ervaren moeten worden.*”³⁵² De vraag is echter hoe het goederenrecht tot dat (re)generatief *commons*denken moet komen; hoe het met andere woorden de gedachte van duurzaamheid weet te internaliseren. Een aantal ‘vooruitstrevende’

³⁵¹ F. CAPRA en U. MATTEI, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland, Berret-Koehler Publishers, 2015, 163 (“*Some people, especially in the United States, fear community and communitarian-ism because they perceive it as a threat to their freedom, or even as a danger of oppressive state communism. However, putting the commons at the center of ecolaw, in order to make it in tune with nature and community, does not require a return to closed medieval communitarianism, nor to some communist autocracy such as the one often portrayed by the American media.*”); T. DIETZ, E. OSTROM en P.C. STERN, “The Struggle to Govern the Commons”, *Science* 2003, (1907) 1907-1912; S. GUTWIRTH en I. STENGERS, “Het recht en de heropleving van de commons”, *TMR* 2017, (4) 9-11; M. KELLY, *Owning Our Future: The Emerging Ownership Revolution*, San Francisco, Berret-Koehler Publishers, 2012, 12 (“*What’s under way is an ownership revolution. It’s about broadening economic power from the few to the many and about changing the mindset from social indifference to social benefit. We’re schooled to fear this shift, to think there are only two choices for the design of an economy: capitalism and communism, private ownership and state ownership. But the alternatives being grown today defy those dusty 19th-century categories. They represent a new option of private ownership for the common good. This economic revolution is different from a political one. It’s not about tearing down but about building up. It’s about reconstructing the foundation of ownership on which the economy rests.*”) en 139; E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, 280 p., o.a. 58 e.v., 90 e.v. en 183-184; E. SCHLAGER en E. OSTROM, “Property-rights. Regimes and Natural Resources: a Conceptual Analysis”, *Land economics*, Vol. 68/3, 1992, 249-262.

³⁵² S. GUTWIRTH en I. STENGERS, “Het recht en de heropleving van de commons”, *TMR* 2017, (4) 4, 10-11 (“*Daarnaast, en ten tweede, heeft het wetenschappelijk werk van Elinor OSTROM (en in haar kielzog, vele anderen) rond de economische rationaliteit en de vitaliteit van sommige commons bijgedragen tot de beweging die van hen een essentieel element maakt voor de conceptie en opbouw van een betere en duurzamere wereld.*”), 12 en 17-18. Zie ook: B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1448, nr. 17 e.v.; N. MOONS, “De landed commons en het recht” in I. OPDEBEEK, S. RUTTEN, E. VAN ZIMMEREN en D. VERMEIR (eds.), *Voor recht, rechtvaardigheid en Camus. Liber amicorum Bernard Hubeau*, Brugge, Die Keure, 2018, (327) 330 (“*De huidige maatschappelijke context revitaliseert echter de relevantie van het concept. De commons zijn namelijk een manier om het hoofd te bieden aan de sociaal-culturele en ecologische bekommernissen inzake de duurzaamheid van ons grondgebruik.*”) en 340 (“*Gestuurd vanuit een bezorgdheid omtrent de ecologische en sociale duurzaamheid van ons grondgebruik kennen de commons een 21ste-eeuwse renaissance.*”).

goederenrechtelijke juristen zoals bijv. Gregory ALEXANDER, Hanoch DAGAN, Rashmi DYAL-SHAND en Joseph SINGER lijken in dat opzicht grensverleggend werk te verrichten en zich namelijk steeds meer op rechtsfilosofische – en niet (rechts)economische – fundamenten te baseren. Anders dan louter verklarend of descriptief te werk te gaan, pogen zij het nut en opzet van eigendom en goederenrecht in de hedendaagse maatschappij te achterhalen, en meer normatief te opereren.³⁵³ Zo wordt door de eerste, uitgaande van *property's real end*, met name *human flourishing*, de nadruk gelegd op de talloze positieve verplichtingen die het eigendomsrecht zou behelzen. Geïnspireerd door de sociale functie van eigendom en gesteund op theorieën van o.a. Aristoteles en Thomas VAN AQUINO, wordt naast eigendom als exclusief en gericht op economische weelde, vooral het belang van de gemeenschap onderstreept.³⁵⁴ Daarnaast is er DAGAN die eigendom van binnenuit bekijkt en het belang van governance en inclusion sterk benadrukt.³⁵⁵ DYAL-SHAND ziet dan weer sharing als een verborgen doch onmisbaar element van – en tevens als oplossing op – het hedendaagse eigendomsdenken.³⁵⁶ Tot slot is er ook SINGER die de aandacht vestigt op constitutionele begrippen zoals gelijkheid en democratie, en van daaruit het belang van context (en dus gemeenschapszin) en (her)verdeling van eigendom onder de aandacht weet te brengen.³⁵⁷

De inclusieve weg naar een herijkt goederenrecht dat *generative* eerder dan *extractive* eigendomsdenken toelaat, door ons stelsel te verrijken met op gemeenschapszin of collectiviteit (*i.e. commons*) gesteunde graduele openheid, lijkt aldus reeds genoeg theoretisch gefundeerde intellectuele steun te hebben vergaard. De weg lijkt open om het goederenrechtelijk systeem van

³⁵³ Vgl. G.S. ALEXANDER en E. PENALVER, *An Introduction to Property Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 1-7, 11 en 18; G. ALEXANDER, E. PENALVER, J. SINGER en L. UNDERKUFFLER, “A Statement of Progressive Property”, *Cornell L.Rev.* 2009, (743) 743, nr. 1 e.v.

³⁵⁴ G.S. ALEXANDER, *Property and Human Flourishing*, New York, Oxford University Press, 2018, 366 p.; G. ALEXANDER, “Property’s Ends: The Publicness of Private Law Values”, *Cornell Law School Research Paper* 2014, (1) 1-32; G.S. ALEXANDER, “Governance Property”, *U.Pa.L.Rev.* 2012, (1853) 1853-1887; G.S. ALEXANDER en E. PENALVER, *An Introduction to Property Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 234 p.; G.S. ALEXANDER, “Dilemmas of Group Autonomy: Residential Associations and Community”, *Cornell L.Rev.* 1989-90, (1) 1-61. Zie ook: M.C. MIROW, “The Social-Obligation Norm of Property: Duguit, Hayem, and Others”, *Fla.J. Int’l L.* 2010, (191) 191 e.v.

³⁵⁵ H. DAGAN, “Inside Property. Lecture and Commentary”, *U. Toronto L.J.* 2013 (1) 1-21; H. DAGAN, *Property. Values and Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 352 p.; H. DAGAN, *Exclusion and Inclusion in Property*, Tel-Aviv, Hanoch Dagan, 2009, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1416580, 31 p.

³⁵⁶ R. DYAL-SHAND, “Sharing the Cathedral”, *Connecticut Law Review* 2013, (647) 647-723.

³⁵⁷ J. SINGER, “Property as the Law of Democracy”, *Duke L.J.* 2013-14, (1287) 1287-1335.

nieuwe waarden te voorzien; het internaliseren van duurzaamheid lijkt daarvoor de geëigende weg.³⁵⁸

93. STOK ACHTER DE DEUR: *CONDITIO SINE QUA NON* – Echter, voornoemd op herijking gestoeld internaliseren is behoorlijk ingrijpend en veronderstelt een grondig en doordacht institutioneel uitgewerkte aanpak die aan bepaalde voorschriften voldoet. OSTROM zelf ontwaarde een aantal generische componenten die het welslagen van inclusieve gemeenschapsmodellen (zgn. *CPR institutions*) bevorderen, en die er aldus de grondslagen van vormen. Samengevat en tot de essentie herleidt, gaat het om de nood aan participatieve en *bottom-up*-regulering en -zelforganisatie (of -bestuur), waarbij de gezamenlijke bevoegdheid om procedure- en gedragsregels op te leggen en die vervolgens ook af te dwingen (a.d.h.v. controle- en sanctiemechanismen) tot de kern ervan behoren.³⁵⁹ Organisatie en bijgevolg *governance* staan centraal:

³⁵⁸ Marjorie KELLY maakt het onderscheid tussen ‘*generative*’ en ‘*extractive*’ eigendomsdenken. Zie: M. KELLY, *Owning Our Future: The Emerging Ownership Revolution*, San Francisco, Berret-Koehler Publishers, 2012, 11-12. Over de link tussen inclusive en *commons*, zie: S. DUSOLLIER, “Inclusivity in Property”, *NYU Research Project* 2017, http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Severine%20Dusollier%20-%20Oct%2010%20forum.pdf, 4-6 (“*Inclusivity rather characterizes situations where many persons enjoy some entitlement to use a resource, in a collective and shared manner and without a possibility to exclude others from such benefit.*”) (“*More precisely, inclusivity characterises situations in which the benefit of a resource, whether tangible or intangible, is being shared by a number of legal subjects, in a symmetrical and collective way, without any person having the power to exclude the others from such benefit.*”), zie ook het citaat van BENKLER en 14. Zie verder: B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1437, 1447, nr. 15, 1452, nr. 27, 1454, nr. 30 e.v., i.h.b. nr. 32 en 1462, nr. 49; G. ALEXANDER, “Property’s Ends: The Publicness of Private Law Values”, *Cornell Law School Research Paper* 2014, (1) 12-15; F. CAPRA en U. MATTEI, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland, Berret-Koehler Publishers, 2015, 163 (“*The strengthening of communal ties is essential for developing a political organization capable of restoring the quality of human relationships, a network of collective purposes where sharing and inclusion prevails over individualism and the brutish profit motive.*”); H. DAGAN, “Inside Property. Lecture and Commentary”, *U. Toronto L.J.* 2013 (1) 1-21; H. DAGAN, *Exclusion and Inclusion in Property*, Tel-Aviv, Hanoch Dagan, 2009, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1416580, 31 p.

³⁵⁹ T. DIETZ, E. OSTROM en P.C. STERN, “The Struggle to Govern the Commons”, *Science* 2003, (1907) 1908-1910; S. GUTWIRTH en I. STENGERS, “Het recht en de heropleving van de commons”, *TMR* 2017, (4) 9, 10-11, 15 e.v. en 17 e.v. (“*WESTON en BOLLIER omschrijven de commons met verwijzing naar een kenschetsende cultuur van samenwerkingsverbanden, vertrouwen en wederkerigheid, en naar de deelname van iedereen aan de onderhandelingen over de inhoud en het behoud van de lokale of ‘vernaculaire’ regels, die vanzelfsprekend zijn opgesteld met aandacht voor de duurzaamheid van dat proces.*”); E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, 90 e.v. en 182 e.v. Zie ook: F. CAPRA en U. MATTEI, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland, Berret-Koehler Publishers, 2015, 149 e.v. (“*Its utility is created by shared community access and diffuse decision making. These commons institutions, through face-to-face reciprocal monitoring, mentoring, and support, tend to counteract the profit motive, inequality, and shortsightedness. Commons institutions function through the direct legal empowerment of their members in common pursuit of a generative meaning or task,*

*“The commons, then, is a paradigm that embodies its own logic and patterns of behavior, functioning as a different kind of operating system for society.”*³⁶⁰

*“When individuals have lived in such situations for a substantial time and have developed shared norms and patterns of reciprocity, they possess social capital with which they can build institutional arrangements for resolving CPR dilemmas.”*³⁶¹

In dat opzicht is een – naar de denkpiste van CAPRA en MATTEI, resp. natuurdeskundige en jurist, uitgetekend – zgn. ‘generatief’ *checks and balances*-denken onontbeerlijk; met name een systeem dat zichzelf voortdurend weet heruit te vinden (‘in wording verkerend’) en open, inductief en topisch – veeleer dan gesloten, deductief en axiomatisch – genererend werk verricht om identiteit en sociale cohesie in een gemeenschap te laten gedijen, alsook om dilemma’s efficiënt te bedwingen. De duurzaamheid van een dergelijke gemeenschap komt dan ook tot uiting door het vlechtwerk aan verhoudingen van onderling afhankelijke betrokkenheid.³⁶²

and they respond to real human needs for participation, security, and sociability. Working from the bottom up, such institutions have the potential to take over the core of the legal system, representing a network that can conquer the world not through violence and brutality but through cooperation and partnerships.”) en 165 (“*In the world of the commons, the market cannot be used as a measure of success, because here the logic of success, coherent with ecolaw, is qualitative. Instead of the market, success is measured by stakeholder participation in governance.*”); T. DE MOOR, “From Common Pastures to Global Commons: a Historical Perspective on Interdisciplinary Approaches to Commons”, *Natures Sciences Sociétés* 4/2011 (Vol. 19), 422-431; C.M. ROSE, “The Comedy of the Commons: Commerce, Custom and Inherently Public Property”, *University of Chicago Law Review*, vol. 53/3, 1986, 739-749 en i.h.b. 749; B.H. WESTON en D. BOLLIER, *Green Governance. Ecological Survival, Human Rights, and the Law of the Commons*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 179 e.v., o.a. 199 (“*From this perspective, we also believe the Partner State could work with a fledgling Commons Sector to develop a now constellation of self-organized, bottom-up governance systems that can evolve their own locally appropriate expertise, rules, and relationship-driven solutions.*”). Met betrekking tot het (vnl. inclusief) eigendomsrecht, zie: H. DAGAN, “Inside Property. Lecture and Commentary”, *U. Toronto L.J.* 2013 (1) 1 en 3-10.

³⁶⁰ D. BOLLIER en S. HELFRICH, *The Wealth of the Commons: A World Beyond Market and State*, Amherst, Levellers Press, 2012, xi.

³⁶¹ E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, 184.

³⁶² F. CAPRA en U. MATTEI, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland, Berret-Koehler Publishers, 2015, 145-146, 149 e.v. en 169 e.v. Zie ook: S. GUTWIRTH en I. STENGERS, “Het recht en de heropleving van de commons”, *TMR* 2017, (4) 20 e.v. (“*Analoog hiermee zou men kunnen stellen dat de commons een ‘aards’ recht vereisen dat in staat zou zijn de wijze te vatten waarop die commons praktijken, gevoeligheden, samenwerkingsmodi en gebruiken op sterk onderlinge afhankelijke wijze met elkaar verstrengelen. Dat roept meer het beeld op van een inductief, ‘topisch’ en steeds ‘in wording’ verkerend recht, dan van een gevestigd, deductief, axiomatisch en abstract recht; van een recht getekend door rechtspraak en juridisch werk, eerder dan door de wet en de ‘doctrine.’*”) (“*In de moderne wereld,*

Ook een gradueel of open, maar voornamelijk *ex post* eigendoms- en goederenrecht (i.e. een *bundle of rights*-model) (zie *supra* nr. 82 e.v.) is onzes inziens evenzo een voorwaarde die onontbeerlijk is om tot een noodzakelijk flexibel en plurifunctioneel – doch ook consequent – generatief herijkt goederenrechtssysteem, dat het bestaan van *commons* kan verdragen, te komen.³⁶³ Een en ander in beginsel om het spiegelbeeld, met name een zgn. *tragedy of the anticommons*, te vermijden.³⁶⁴

2.3. PRIVAATRECHTELIJKE DUURZAAMHEID CENTRAAL

2.3.1. Algemeen

94. SIC MUNDUS CREATUS EST – Dat duurzaamheid de oplossing bij uitstek is die de heropleving van collectief en inclusief *commons*denken ons biedt,³⁶⁵ mag dan wel wezen; de gekozen norm (m.n. duurzaamheid) verdient ook duidelijk theoretische fundering.

waar het individu verondersteld wordt zijn eigen belang na te streven en waar de wet bepaalt wat geoorloofd en ongeoorloofd is, vergen de commons, als generatieve instellingen die hun eigen organisatie- en functioneringsregels voortbrengen en zelf bepalen welke verplichtingen het zich gedragen als een commoner inhoudt, en dat ook, indien nodig, zelf zullen aanpassen, een engagement dat waarschijnlijk zeer verschillend is van het engagement dat van toepassing was in de oude commons. De ‘resurgente’ commons eisen de gedeelde kennis van het feit dat een herverbinding noodzakelijk is van wat losgekoppeld werd in afzonderlijke en gescheiden domeinen zoals de wet, de politiek, het recht en de economie. Al evenzeer vragen zij een bewustwording van hun fragiliteit die maakt dat elke nalatigheid dramatische gevolgen kan hebben. Een commons is vervolgens geen (af)gesloten wereld, maar heeft tot doel een generatief karakter te geven aan zijn ervaring, door het opwekken van de verbeelding en de zin voor het mogelijke die noodzakelijk zijn voor het creëren van andere commons.”). Zie ook het voorstel van Bram AKKERMANS dat gebaseerd is op het algoritme van André VAN DER WALT: B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1456-1457, nr. 37.

³⁶³ Voor het zgn. *bundle of rights*-model, zie *supra*. Zie ook: F. ORSI, “Réhabiliter la propriété comme *bundle of rights*: des origines à Elinor Ostrom, et au-delà?”, *Revue Internationale de Droit Economique* 2014, (371) 371-385; E. SCHLAGER en E. OSTROM, “Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis”, *Land Economics* 1992, (249-249-262).

³⁶⁴ J. BUCHANAN en Y.J. YOON, “Symmetric tragedies: Commons and Anticommons Property”, *Journal of Law and Economics* 2002, (453) 453-473; B. DEPOORTER, *Fragmentation of Property: the law and economics of the anticommons*, Elgar, 2006, 41 e.v., i.h.b. 67; M.A. HELLER, “The Boundaries of Private Property”, *Yale L.J.* 1999, 1197 e.v.; V. SAGAERT, “Wilsautonomie in het Belgische goederenrecht”, *TPR* 2019, nr. 42 (te verschijnen). Zie ook: V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten”, *TPR* 2005, (983) 1046-1049, nrs. 64-67.

³⁶⁵ Zie ook: K. RAWORTH, *Doughnut Economics. Seven Ways to Think Like a 21st Century Economist*, Londen, Random House Business Books 2017, 53-60; F. VALGUARNERA, “Legal Ideology and the Commons: Why Are Jurists Falling Behind?”, *Philosophy and Society* 2018, (205) 217 (“*Other promising areas are those where property rights interact with obvious public interest, such as environmental law. It is clear, for instance, that the notion of sustainable development, which since the Rio Declaration on Environment and Development of 1992 has become a central concept in environmental law, has strong ties to the commons, insofar both require that attention is paid to the preservation of the resource for future generations.*”).

Want problemen zien en ze vervolgens duiden is een eerste stap, een volgende doch veel meer gecompliceerde tweede stap is om vervolgens tot oplossingen te komen. Het probleem werd reeds onthuld: er is maar één aarde en de mensheid lijkt er vanuit een vnl. extractief en bezitterig standpunt naar te kijken. Private én publieke actoren exploiteren op belastende wijze de aardse rijkdommen. Te veel wordt genomen en te weinig teruggegeven, onder het mom van voornoemde dogmatische ‘*freedom of having*’. Sprekend zijn bijvoorbeeld de aardbevingen veroorzaakt door gaswinning in Noord-Nederland. Het welzijn en de eigendom van plaatselijke landeigenaren moet onderdoen voor het extractief gebruikt eigendomsrecht van de NAM³⁶⁶ en de Nederlandse Staat die zeer veel winst halen uit het ontginnen van aardgas.³⁶⁷ Te denken valt bijv. ook aan de retoriek van bepaalde populistische ‘*trendsetters*’ en leiders die de bevolking tegen elkaar opzetten en al te vaak polariseren (goed vs. slecht, vrouw vs. man, arm vs. rijk, natie vs. natie, etc.), ook vaak louter voor eigen – politiek – gewin,³⁶⁸ aan het uitstellen van de ‘kernuitstap’ in bepaalde Europese landen ondanks het bestaan van innoverende en op technologie en wetenschap steunende alternatieven,³⁶⁹ aan politici die ronduit liegen of zaken verkeerd voorstellen – zoals bijv. in de ‘Brexit’-debatten – of aan referenda waar directe democratie hoogtij viert, maar jonge Britten omwille van hun leeftijd niet over stemrecht beschikken.³⁷⁰ Uiteraard is er ruimte voor discussie; doch kan niet worden ontkend dat voornoemde zaken in essentie allen eigendoms- en duurzaamheidsgerelateerd zijn.

Kortom, de manier waarop de mensheid omgaat met de planeet, wordt een probleem. Het ontginnen van fossiele brandstoffen die van nature eindig zijn, brengt het leven van mensen, landeigenaren en het milieu in zijn geheel, ernstig in gevaar. Eigendom heeft nood aan de erkenning en ontwikkeling van zijn inclusieve component. Een overkoepelende,

³⁶⁶ Voluit: Nederlandse Aardolie Maatschappij

³⁶⁷ Zie daaromtrent: B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1437, 1439-1440, nr. 3, *in fine* en 1458, nr. 39 e.v. Zie verder: <https://www.knmi.nl/kennis-en-datacentrum/uitleg/aardbevingen-door-gaswinning>; <https://npofocus.nl/artikel/7463/waarom-zijn-er-aardbevingen-in-groningen>; <http://www.co2ntramine.nl/hoe-nam-macht-kreeg-nederlandse-aardgas/>.

³⁶⁸ <https://npofocus.nl/artikel/7527/wat-is-populisme>, <https://www.vpro.nl/programmas/tegenlicht/kijk/afleveringen/2016-2017/uitdaggers-van-de-democratie.html>; <https://www.vrt.be/vrtnews/nl/2019/04/11/de-stand-van-de-democratie-volgens-christina-tillmann/>; <https://www.vrt.be/vrtnews/nl/2017/10/17/populisme-in-west-europa/>.

³⁶⁹ Over kernenergie zie: <https://npofocus.nl/artikel/7501/is-kernenergie-eeen-optie>, <https://www.vrt.be/vrtnews/nl/2019/01/30/kernenergie-de-oplossing-voor-het-klimaatprobleem/>.

³⁷⁰ <https://npofocus.nl/artikel/7854/waarom-hebben-de-britten-voor-brexit-gekozen>, <https://npofocus.nl/artikel/7893/hoe-belangrijk-was-churchill-voor-de-europese-eeenheid>, <https://www.vrt.be/vrtnews/nl/dossiers/2017/09/brexit/>.

geïnstitutionaliseerde en theoretische dialoog (of grondslag) ontbreekt om tot een duurzaam goederenrecht te komen.³⁷¹

95. PLAUDITE, AMICI, COMEDIA FINITA EST – Hieronder zal dan ook de duurzaamheidskwestie grondig aan bod komen; meer bepaald wordt het begrip duurzaamheid, dat de centrale onderzoeksvraag (m.n. **Kan de voorgestelde Belgische *trust*(achtige) figuur als brug dienen naar een meer duurzaam ‘samen leven’?**) schraagt, geoperationaliseerd.

Het gekozen evaluatiecriterium (m.n. duurzaamheid) wordt toegelicht en vervolgens wordt via een eigen definitie of omschrijving gepoogd meetbare indicatoren of wegingsfactoren aan te bieden op basis waarvan de uiteindelijke evaluatie kan gebeuren.³⁷²

2.3.2. Duurzaamheid eco-neutraal geconceptualiseerd: *sensu lato*

96. INLEIDEND – Hieronder wordt toegelicht wat het concept ‘duurzaamheid’ inhoudt. Het belang van enkele gewichtige internationale akkoorden en de recente bekendmaking van de zgn. *sustainable development goals* (SDG’s) staan hierbij centraal. Daarnaast wordt gepoogd een eigen definitie of omschrijving van het begrip ‘duurzaamheid’ aan te reiken en vervolgens de meetbaarheid van het concept nader verduidelijkt. Van belang daarbij is in het achterhoofd te houden de overweging die BLEWITT maakt, m.n. “*that sustainable development is perhaps best understood as a ‘dialogue of values’ – a way of encouraging people to learn, to discover and to evaluate.*”³⁷³

97. WAT IS DUURZAAMHEID?³⁷⁴ – Vooreerst valt op te merken dat ‘duurzaamheid’ van oudsher reeds mensen beroerd heeft en tot nadenken

³⁷¹ B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1461-1462, nrs. 46-49, i.h.b. 48 en 49.

³⁷² L. KESTEMONT e.a., *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2017, 65-66. Zie ook: N. HOEK, K. VANHOVE en A. VERBEKE, “Yes we care! Bedenkingen over de (methode der) rechtswetenschap”, *RW* 2008-09, (1785) 1786; H. TIJSSEN, *De juridische dissertatie onder de loep: de verantwoording van methodologische keuzes in juridische dissertaties*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2009, 75-76.

³⁷³ J. BLEWITT, *Understanding Sustainable Development*, Abingdon, Routledge, 2017, 7 en 34 e.v. Zie hierover meer uitgebreid: B.D. RATNER, “‘Sustainability’ as a Dialogue of Values: Challenges to the Sociology of Development”, *Sociological Inquiry* 2004, (50) 50-69.

³⁷⁴ Eerst en vooral valt op te merken dat er onenigheid is over de normatieve waarde of status die de concepten ‘duurzaamheid’ en ‘duurzame ontwikkeling’ hebben in het recht. Hoewel alle (internationale) werkzaamheden met betrekking tot deze concepten omschreven worden als *soft law*, zou de universele aanvaarding ervan – of in ieder geval de universele verwijzing ernaar – kunnen wijzen op het ontstaan van internationaal gewoonterecht (zgn. *customary international law*). Hoewel dit paradigma door sommige geleerden wordt aanvaard, kan men zich de vraag stellen of het een weerspiegeling is van de *de facto* en *de iure* werkelijkheid zoals die door de staten wordt gepercipieerd (en zoals het zou moeten zijn) of slechts een streven van ‘milieuactivisten’ om de concepten een hoger bindend gehalte te geven. Zie hiervoor: IGH 25 september 1997, Hongarije/Slovakije (Gabčíkovo-Nagymaros project), ICJ GL No 92, [1997] ICJ

heeft aangezet. De geschiedenis en het ontstaan ervan zijn dan ook allesbehalve eentoonig.³⁷⁵ Er zijn immers verschillende definities en omschrijvingen te

Rep 7, [1997] ICJ Rep 88, (1998) 37 ILM 162, ICGJ 66 (ICJ 1997), Separate opinion of vice-president C.G. WEERAMANTRY, 88-119, i.h.b. 88 en 95; V. BARRAL, “Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm”, *EJIL* 2012, (377) 388-390; U. BEYERLIN, “Sustainable Development” in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, nrs. 15-19, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1609>, U. BEYERLIN en T. MARAUHN, *International Environmental Law*, Oxford, Hart, 2011, 79-82; C. DAHLMAN, “The Function of Opinio Iuris in Customary International Law”, *Nordic J. Int'l L.* 2012, (327) 327-339; V. LOWE “Sustainable Development and Unsustainable Arguments” in A. BOYLE en D. FREESTONE, *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 1999 (19) 19-37; P. SANDS, J. PEEL en A. FABRA, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 217 e.v. en 236-237; P. SANDS, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 252-256; C. VOIGT, *Sustainable Development as a Principle of International Law: Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, 423 p.

³⁷⁵ Zie hierover uitgebreid: J. BLEWITT, *Understanding Sustainable Development*, Abingdon, Routledge, 2017, 7 e.v. Zie ook: U. BEYERLIN, “Sustainable Development” in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, nrs. 2-8, <http://opil.ouplaw.com/kuleuven.ezproxy.kuleuven.be/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1609>, U. BEYERLIN en T. MARAUHN, *International environmental law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, 452 p.; X. FUENTES, “International law making in the field of sustainable development: the unequal competition between development and the environment” in N. SCHRIJVER en F. WEISS (eds.), *International law and sustainable development: principles and practice*, Leiden, Brill, 2004, (7) 7-37; INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT (IISD), *Sustainable Development Timeline*, 2012, https://www.iisd.org/pdf/2012/sd_timelne_2012.pdf; J. MCCORMICK, “The Origins of the World Conservation Strategy”, *ER* 1986, (177) 177-187; M. REDCLIFT, *Sustainable development: exploring the contradictions*, Londen, Routledge, 2000, 221 p. Enkele belangwekkende verworvenheden worden hierna opgesomd. In 1972 werd in Stockholm de eerste grote internationale VN-conferentie gehouden over ‘*Human Environment*’. De opvolger van die eerste betekenisvolle conferentie was de zgn. ‘*Earth Summit*’ in Rio de Janeiro twintig jaar later. Daarna volgden er nog enkele andere belangrijke conferenties en internationale akkoorden zoals het Kyoto-protocol, de klimaatconferenties in Doha, Parijs en Bonn, de wereldtop van de VN over duurzame ontwikkeling in Johannesburg (2002) en Rio de Janeiro (2012), de ‘*International Conference on Financing for Development*’, de zgn. ‘*Aalborg Commitments*’, alsook de door de VN aangenomen *Millennial Development Goals (MDGs)* en de tevens door hen vernieuwde *Sustainable Development Goals (SDGs)*. Over de zgn. ‘*Stockholm Conference*’ zie: Report of the United Nations Conference on the Human Environment (5-16 juni 1972), *UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1* (2012), http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.48/14/Rev.1. Zie eveneens een videofragment hierover: <https://www.youtube.com/watch?v=h3-TqHFky8>. Tijdens de zgn. ‘*Earth Summit*’ werden een aantal akkoorden gesloten, zoals onder meer de zgn. ‘*Rio Declaration on Environment and Development*’ (http://www.unesco.org/education/pdf/RIO_E.PDF), de ‘*United Nations Framework Convention on Climate Change*’ (<https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf>), de ‘*Convention on Biological Diversity*’ (<https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>), de ‘*Non-legally Binding Authoritative Statement of Principles for a Global Consensus on the management, Conservation and Sustainable Development of All Types of Forests*’ (<http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-3annex3.htm>) en het ‘*Agenda 21*’-akkoord (<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>). Over het Kyoto-protocol: UNITED NATIONS (UN), *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change*, 1998, <https://unfccc.int/ites/default/files/kpeng.pdf>. Voor de tekst

vinden die allerlei internationale akkoorden en conferenties ons aanreiken.³⁷⁶ Enkele zijn erg *ad rem* en daarom zeker vermeldenswaardig. Een voorbeeld is

van het Klimaatakkoord van Parijs: UNITED NATIONS (UN), *Paris Agreement*, 2015, https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf. Zie met betrekking tot de top in Johannesburg (2002): L. HENS en B. NATH, *The World Summit on Sustainable Development: The Johannesburg Conference*, Dordrecht, Springer, 2005, 421 p.; Report of the World Summit on Sustainable Development (26 augustus tot 4 september 2002), *UN Doc. A/CONF.199/20* (2002), http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.199/20. Zie met betrekking tot de top in Rio de Janeiro (2012): Resolutie 66/288 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (27 juli 2012), *UN Doc. A/RES/66/288* (2012), http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/288&Lang=E. Zie ook het rapport van de *International Conference on Financing for Development: Report of the International Conference on Financing for Development* (18-22 maart 2002), *UN Doc. A/CONF.198/11* (2002), http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/Conf.198/11. Met betrekking tot de *Millennial Development Goals* zie: Resolutie 55/2 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (8 september 2000), *UN Doc. A/RES/55/2* (2000), http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/55/2. Voor meer informatie hierover zie: <http://www.un.org/millenniumgoals/bkgd.shtml>. Met betrekking tot de *Sustainable Development Goals* zie: Resolutie 70/1 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (25 september 2015), *UN Doc. A/RES/70/1* (2015), http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E. Voor meer informatie hierover zie: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>. Zie voor een artikel hieromtrent: <http://deredactie.be/cm/vrtnieuws/buitenland/1.2406384>.

³⁷⁶ Van belang om te weten is dat de begrippen ‘duurzaamheid’ en ‘duurzame ontwikkeling’ niet geheel samenvallen. ‘Duurzaamheid’ betreft namelijk een doel of voorwaarde; ‘duurzame ontwikkeling’ daarentegen gaat over een proces, verloop of methodologie. Zie hiervoor: B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1439-1440, nr. 3; J. BLEWITT, *Understanding Sustainable Development*, Abingdon, Routledge, 2017, 2 en 4. Zie voor enkele opmerkelijke definities en omschrijvingen: W. BRANDT, *North-South: a programme for survival*, Londen, Pan, 1980, 23; INTERNATIONAL FOUNDATION FOR DEVELOPMENT ALTERNATI-VEs (IFDA), *Dossier n° 17, Building Blocks for Alternative Development Strategies*, 10, 1980, http://www.burmalibrary.org/docs/19/ifda_dossier-17.pdf; INTERNATIONAL UNION FOR THE CONSERVATION OF NATURE AND NATURAL RESOURCES (IUCN), *World Conservation Strategy – Living Resource Conservation for Sustainable Development*, Gland, IUCN, 1980, 1, nrs. 3-4, <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/WCS-004.pdf>; INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, “ILA New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development, 2 April 2002”, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 2002, (211) 211-216; Zie ook: U. BEYERLIN, “Sustainable Development” in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, nrs. 9-11, <http://opil.ouplaw.com/kuleuven.ezproxy.kuleuven.be/view/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e1609>, P.S. ELDER, “Sustainability”, *McGill L.J.* 1991, (831) 833-836; G. MAYEDA, “Where Should Johannesburg Take Us? Ethical and Legal Approaches to Sustainable Development in the Context of International Environmental Law”, *Colo. J. Int’l Envtl. L. & Pol’y* 2004, (29) 31-34; N. MUNIER, *Introduction to Sustainability: Road to a Better Future*, Dordrecht, Springer, 2005, 10-15; P. SANDS, J. PEEL en A. FABRA, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 252 e.v.; M. SANWAL, “Sustainable Development, the Rio Declaration and Multilateral Cooperation”, *Colo. J. Int’l Envtl. L. & Pol’y* 1993 (45) 45-68; T.W. WÄLDE, “Natural resources and sustainable development from ‘good intentions’ to ‘good consequences’” in N. SCHRIJVER en F. WEISS (eds.), *International law and sustainable development: principles and practice*, Leiden, Brill, 2004, (119) 119-157. Zie ook: G. BÁNDI, M. SZABO en A. SZALAI, *Sustainability, Law and Public Choice*, Groningen, Europa Law, 2014, 205 p.; P. BIRNIE, A. BOYLE en C. REDGEWELL, *International Law & the*

de poging tot definiëring van het concept ‘duurzame ontwikkeling’ ondernomen in het *Brundland*-rapport *d.d.* 1987:

“*Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs.*”³⁷⁷

Volgens CAPRA en MATTEI kan het begrip ‘duurzaamheid’ worden omschreven als:

“*The characteristic of a community designed in such a way that its ways of life do not interfere with nature’s inherent ability to sustain life.*”³⁷⁸

Daarnaast is ook het verhaal dat David CAMERON in een toespraak op een partijcongres van de *Conserative and Unionist Party* vertelde erg illustratief wat betreft het concept ‘duurzaamheid’. Het verhaal ging over de reusachtige massief eiken balken in de grote hal van *New College, Oxford*. Deze hadden nood aan vervanging. Bijgevolg dienden nieuwe eiken balken te worden aangeschaft; ware het niet dat men vijfhonderd jaar eerder eraan had gedacht om een eikenboomgaard aan te planten met het oog op een eventuele toekomstige vervanging van de houten dakconstructie. Erg duurzaam dus.³⁷⁹

98. Ten slotte is het belangrijk te vermelden dat ‘duurzaamheid’ zeker niet kan worden gelijkgesteld met, noch gereduceerd tot milieuaangelegenheden. Duurzaamheid is immers alomvattend en inclusief; het gaat over de wijze waarop wij – als mensen – met de aarde in zijn geheel omgaan. De zgn. *sustainable development goals (SDG’s)* zijn in dat opzicht tekenend. De zeventien doelstellingen die de Verenigde Naties in 2015 overeenkwamen hebben immers niet enkel betrekking op ecologische aspecten zoals gezond

Environment, Oxford, Oxford University Press, 2009, 53 e.v.; P.-M. DUPUY en J.E. VINALES, *International Environmental Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 79-82.

³⁷⁷ WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT (WCED), *Our Common Future (the Brundtland Report)*, 20 maart 1987, 41, nr. 1, <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>. Zie ook: G.H. BRUNDTLAND, *Our Common Future*, Oxford, Oxford University Press, 1987, 400 p.

³⁷⁸ F. CAPRA en U. MATTEI, *The Ecology of Law: Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland, Berret-Koehler Publishers, 2015, 194-195.

³⁷⁹ Voor de volledige speech zie: <https://www.youtube.com/watch?v=ZdtzLsaQSI>, <https://www.telegraph.co.uk/news/politics/david-cameron/10349831/David-Camersons-speech-in-full.html>. Zie verder: T. RAU, *Tegenlicht Lab met Thomas Rau – einde van bezit (VPRO)*, <https://www.vpro.nl/programmas/tegenlicht/kijk/alleveringen/2015-2016/einde-van-bezit.html>. Zie verder ook: B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1439, nr. 1; S.M. WHEELER en T. BEATLEY, *The sustainable urban development reader*, Londen, Routledge, 2014, 185. Vgl. de heroupbouw van de *Notre-Dame*: <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2019/04/17/plan-macron/>.

drinkwater, schone energie, *climate action*, het onderwaterleven en leven op het land, doch ook op allerlei andere domeinen zoals economische groei, industrie, onderwijs en *governance*aspecten waarbij democratie, recht, vrede en gelijkheid voorop staan.³⁸⁰



Bron: *UN Sustainable Development Goals-website*

Aldus Bram AKKERMANS:

“De VN duurzaamheidsafspraken houden in dat wij allemaal bijdragen aan deze doelen: als overheid, als private sector, maatschappelijke organisaties en zelfs als burgers. Het uitgangspunt daarbij is dat we het niet van overheidswege moeten laten komen maar dat we het alleen samen kunnen doen. Het goederenrecht zal hiervoor een groot deel van de bouwstenen moeten leveren. Immers,

³⁸⁰ In 2015 hebben de Verenigde Naties in het kader van ‘*the 2030 Agenda for Sustainable Development*’ zeventien doelstellingen opgesteld en aangenomen om een einde te maken aan armoede, de planeet te beschermen en de welvaart voor iedereen te waarborgen. Om die doelstellingen te bereiken, moeten zowel overheden als burgers, en tevens ondernemingen hun steentje bijdragen. Zie: Resolutie 70/1 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (25 september 2015), *UN Doc. A/RES/70/1* (2015), http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E. Voor meer informatie hierover zie: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>. Zie ook: J. BLEWITT, *Understanding Sustainable Development*, Abingdon, Routledge, 2017, 2017, 16-20; P.D. LALAGUNA, C.M.D. BARRADO en C.R. FERNÁNDEZ LIESA, *International Society and Sustainable Development Goals*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2016, 35-48, https://www.sdgfund.org/sites/default/files/book_international_society_and_sustainable_development_goals.pdf; J. SERVAES, “Introduction: From MDGs to SDGs” in J. SERVAES (ed.), *Sustainable Development Goals in the Asian Context*, Singapore, Springer, 2017, (1) 1-23; WORLD BANK, *Atlas of Sustainable Development Goals 2017: From World Development Indicators*, Washington D.C., World Bank Publications, 2017, 131 p. Zie ook: B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1439-1440, nr. 3 en 1448, nr. 16; M. GROFF en S. KARLSSON-VINKHUYZEN, “The rule of law and accountability: exploring trajectories for democratizing governance of global public goods and global commons” in S. COGOLATI en J. WOUTERS (eds.), *The Commons and a New Global Governance*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, (130) 133-134.

ons begrip van eigendom – van grond, maar ook bijvoorbeeld de eigendom van bedrijven door aandeelhouders – is cruciaal in de wijze waarop wij onze maatschappij hebben ingericht. Dat geldt voor zowel de civielrechtelijke als de common law systemen.”³⁸¹

2.3.3. Duurzaamheid gekwantificeerd: een werkdefinitie

99. WERKDEFINITIE DUURZAAMHEID – Na verschillende omschrijvingen en definities uit de doctrine te hebben nagegaan, lijkt een adequate omschrijving onzes inziens de volgende: *“Een concept is duurzaam wanneer het is ontworpen om onophoudelijk de instandhouding van het in gemeenschap leven te bestendigen en te garanderen; dit door diversiteit, dialoog, stabiliteit, integriteit, en schoonheid te waarborgen. Duurzaamheid is noodzakelijkerwijze regenererend en inclusief.”*

100. EEN MEETBAAR CONCEPT – Om het concept meetbaar of kwantificeerbaar te maken met het oog op een besluit, kan worden teruggegrepen naar het inzicht van BLEWITT die schrijft dat duurzame ontwikkeling het best te begrijpen is als *‘a dialogue of values’*,³⁸² of nog, naar de ideeën van WESTON en BOLLIER, en hun *‘commoning’*-begrip: *“the social practices by which commoners manage their shared resources”*.³⁸³ Duurzaamheid, en duurzame ontwikkeling als methode, kunnen met andere woorden maar bestaan wanneer een gemeenschap in staat is om op efficiënte wijze beslissingsmacht te (her)(ver)delen; met name in staat om onderling en geïnstitutionaliseerd te bekijken wat ‘divers’, ‘schoon’, ‘stabiel’, ‘integer’ is, en – vooral – wat niet; om tot een probaat systeem van besluitvorming (*governance* of *procedure*) te komen waarbij beredeneerde (*i.e.* met *checks and balances*) en onophoudelijk geconserveerde dialoog op evenwichtige wijze mogelijk wordt gemaakt.

³⁸¹ B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1448, nr. 16. Voornoemde auteur komt tot een systematisch voorstel dat uit twaalf stappen bestaat om tot een duurzaam goederenrecht te komen. Voor de verschillende stappen zie pg. 1456-1457, nr. 37, alsook 1461, nr. 46 e.v.

³⁸² J. BLEWITT, *Understanding Sustainable Development*, Abingdon, Routledge, 2017, 7 en 34 e.v. Zie hierover meer uitgebreid: B.D. RATNER, “‘Sustainability’ as a Dialogue of Values: Challenges to the Sociology of Development”, *Sociological Inquiry* 2004, (50) 50-69, i.h.b. 62 (“*The sustainability concept is meaningful, therefore, not because it provides an encompassing solution to different notions of what is good, but for the way it brings such differences into a common field of dispute, dialogue, and potential agreement as the basis of collective action.*”).

³⁸³ B.H. WESTON en D. BOLLIER, *Green Governance. Ecological Survival, Human Rights, and the Law of the Commons*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 131 (“*In any case, ‘commoning’ – the social practices by which commoners manage their shared resources – has been a pervasive and durable governance system for assuring judicious and equitable access to and use of Nature.*”). Zie ook: S. GUTWIRTH en I. STENGERS, “Het recht en de heropleving van de commons”, *TMR* 2017, (4) 20-22, i.h.b. 21 (“*[Geen] commoning, en dus geen commons.*”).

Welnu, daarin ligt de meetbaarheid van duurzaamheid, daarin ligt de methode.³⁸⁴

2.4. NAAR EEN DUURZAAM GOEDERENRECHT: *TRUSTAINABILITY*

101. INCLUSIEVE EN (RE)GENERATIEVE EIGENDOM – Een dergelijke methode stemt overeen met de vaststellingen van Marjorie KELLY, die een ‘*generative*’ eerder dan een ‘*extractive*’ eigendomsrecht voorstaat, en Elinor OSTROM, die vertrouwen en communicatie als wezenlijk naar voren schuift.³⁸⁵ In een voornoemd procedure- of *checks and balances*-denken zijn immers (re)generativiteit en responsabiliteit absolute vereisten. Het noest en duurzaam functioneren van het goederenrecht – met daarin centraal begrepen: eigendom – vereist aldus onzes inziens een soort van geïnternaliseerde vertegenwoordigingsgedachte. Naar de woorden van Thomas RAU:

*“Eigenaar zijn betekent [namelijk] niet [alleen] iets hebben; eigenaar zijn betekent [ook] voor iets verantwoordelijkheid te nemen. Zeg maar rentmeester te willen zijn [...]”*³⁸⁶

³⁸⁴ Het instellen van een evenwichtig en op *checks and balances* gesteund *agency*verhouding-denken, en dus procedure staat daarbij centraal. Om duurzaamheid te internaliseren in het goederenrecht en/of in het eigendomsrecht is dus meer dan ooit van belang om een dergelijk performant systeem van bestuur te integreren in het eigendomsdenken. D.i. onzes inziens wat MATTEI bedoelt wanneer hij het heeft over het installeren van instellingen die in staat zijn om ons te leiden tot een maatschappij waarin ‘*freedom of being*’ hoger gewaardeerd wordt dan ‘*freedom of having*’ (zie *supra*). Zie ook over duurzaamheid vermengd met voornoemd *governance*-aspect: B.D. RATNER, “Sustainability’ as a Dialogue of Values: Challenges to the Sociology of Development”, *Sociological Inquiry* 2004, (50) 50-69, i.h.b. 62-66.

³⁸⁵ Een dergelijk (re)generatief denken over eigendom veronderstelt nl. ook een verantwoordelijkheidsgedachte. Zie: M. KELLY, *Owning Our Future: The Emerging Ownership Revolution*, San Francisco, Berret-Koehler Publishers, 2012, 11-12, 82-83 (‘*Attempts at governance, from the 1930s onward, have been in the form of regulations applied externally. Yet you can’t change a system effectively with rules applied from the outside. Adding rules that are fundamentally at odds with a system’s own internal guidance system is like putting a picket fence in front of a speeding locomotive. The fence doesn’t change the nature of the machine. From a systems perspective, the principle is simple: Locate responsibility within the system. This is what CDFIs, credit unions, cooperative banks, and genuine community banks do. These models tend to encourage more responsible behavior by employees, because the notion of serving the community is designed into their fundamental structure. Working to promote and spread these generative alternatives is a very different approach to change. It’s about moving, over the long term, toward an economy where responsibility is located within the system.*’). Zie ook: E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, 280 p., i.h.b. 183-184. Vgl. B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) *passim*; S. GUTWIRTH en I. STENGERS, “Het recht en de heropleving van de commons”, *TMR* 2017, (4) *passim*; B.H. WESTON en D. BOLLIER, *Green Governance. Ecological Survival, Human Rights, and the Law of the Commons*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 3 e.v. en 179 e.v.

³⁸⁶ T. RAU, *Tegenlicht Lab met Thomas Rau – einde van bezit (VPRO)*, https://www.vpro.nl/programmas/tegenlicht/kijk/afle_veringen/2015-2016/einde-van-bezit.html. Zie

Dat is een uitstekende verwoording van wat interne of subjectieve inclusiviteit precies betekent.

102. *TRUST + SUSTAINABILITY = TRUSTAINABILITY* – Het is de combinatie van alle in dit deel vermelde handvaten (*i.e.* inclusiviteit, *commons* en duurzaamheid) die de weg openen naar een herijkt goederenrechtstelsel. Een combinatie van individueel welvaren en groepsprosperiteit, gegrond op duurzaamheid en verantwoordelijkheid als nieuwe waarden, staat daarbij centraal. Het internaliseren van die waarden via een geïnstitutionaliseerde dialoog kan onzes inziens – minstens gedeeltelijk – privaatrechtelijk gebeuren: het goederenrecht, en – in het bijzonder – eigendom gelden als middel; de Angelsaksische *trust* als voorbeeld.

*“He [Paul LEPAULLE] contrasts trusts with private (absolute) ownership and argues that the latter is the consecration of individualism. With private ownership, owners can do whatever they want with their properties, including neglecting, wasting, or even destroying them. As he says, ‘ownership means freedom: even anti-social freedom, it does not involve in itself the idea of effort, of care of efficiency.’ On the other hand, ‘in a village where all property would be held in trust, fields must be well ploughed, carefully cultivated, houses must be kept in good repair, and trees must be pruned. Trusts involve the duty of preservation, of good management, of production: it has a social value by which it opposes itself to ownership.”*³⁸⁷

ook: H. DAGAN, *Exclusion and Inclusion in Property*, Tel-Aviv, Hanoch Dagan, 2009, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1416580, 11 en 13-14; H. DAGAN, “The Social Responsibility of Ownership”, *Cornell L.Rev.* 2006-07, (1255) 1255-1273; M. KELLY, *Owning Our Future: The Emerging Ownership Revolution*, San Francisco, Berret-Koehler Publishers, 2012, 61-62: “As I’d seen it in my father’s life, and the lives of my grandfather and uncles, owning a company meant nursing it through good times and bad, being responsible for it and for the people who worked there.” Zie verder de voordracht van Ugo MATTEI over de *transformative power* van de *commons* over hoe ver zo’n geïnstitutionaliseerde verantwoordelijkheidsverplichting zou kunnen gaan: U. MATTEI, *The Transformative Power of the Commons*, https://www.youtube.com/watch?time_continue=388&v=b-IZA6gHWg8 (“We have to create property structures in the interest of future generations [and] in the interest of ecology, that are stronger than elected governments.”). Vgl. M.A.B. CHAO-DUIVIS, “Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel II)”, *TBR* 2017, (1032) 1041 (“En principieel: het hebben van eigendom is lange tijd wezenlijk geacht voor de maatschappij, zoals wij die kennen. Het geeft vrijheid, status, wordt beschouwd als prikkel om te handelen en wordt geacht om op bepaalde manieren verantwoordelijker te handelen etc. Gaat dat radicaal veranderen.”); M. VILLEY, *Le droit et les droits de l’homme in Questions*, Parijs, PUF, 1983, 76. Zie ook *supra*.

³⁸⁷ Zie: M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 157. Zie voor de bron: P. LEPAULLE, “An Outsider’s View Point of the Nature of Trusts”, *Cornell L.Q.* 1928-29, (52) 58 (“Moreover, private ownership is the consecration of individualism: in a

Vanuit procedureel oogpunt: de trust volbrengt en veroorzaakt “a *highly sophisticated mechanism of governance*.”³⁸⁸

De truststructuur draagt immers een bijzonder flexibel leerstuk aan van wat performant management kan betekenen (°geïstitutionaliseerde dialoog); in dat opzicht lijkt de trust niet alleen zich tegenover absolute eigendom te plaatsen (nl. als alternatief op), doch ook als verlengstuk (‘functionele extensie’, *supra* nr. 9), en zelfs als mogelijke oplossing (inherente duurzaamheidsplicht) te fungeren.³⁸⁹

village, in which all property would be subjected to private ownership, the fields may be full of weeds and uncultivated, the houses may fall into decay, the trees may be covered with ivy. Ownership means freedom: even anti-social freedom, it does not involve in itself the idea of effort, of care, of efficiency. But in a village where all property would be held in trust, fields must be well ploughed, carefully cultivated, houses must be kept in good repair, and trees must be pruned. Trusts involve the duty of preservation, of good management, of production: it has a social value by which it opposes itself to ownership. The two legal institutions have back of them two profoundly different and even opposed philosophies. It is indeed significant to see them both flourish side by side in Anglo-Saxon countries where individualism and social spirit are at the same time developed to a high degree. We may therefore conclude on this point in saying that Anglo-Saxon countries have two different regimes for property: individual ownership and trusts.”

³⁸⁸ H. DAGAN, “Inside Property. Lecture and Commentary”, *U. Toronto L.J.* 2013 (1) 1 en 3-10, i.h.b. 4 (“As Gregory Alexander explains, trust law includes a ‘coordinating norm’ aimed at accommodating ‘conflicting investment goals among interest holders whose enjoyment rights are successive.’ Since this governance regime assigns to trustees considerable management powers over the assets of the trust beneficiaries, trust law also addresses the entailed risks of opportunism by imposing on trustees duties of care and loyalty. The trust, then, is typified by its governance regime, which is best understood by exploring how the specific shape of the trustee’s managerial authority responds to the need to accommodate the potentially conflicting interests of the settlor, the trustee, and the beneficiaries.”) (onderlijning toegevoegd) (“These institutions regulate the relationship inside property among members of local communities, neighbours, co-owners, partners, and family members.”). Zie ook: G.S. ALEXANDER, “Governance Property”, *U.Pa.L.Rev.* 2012, (1853) 1853-1887, i.h.b. 1863 (“[Their] common features include divided and multiple ownership, potentially conflicting interests, and fluid portfolios requiring sophisticated management.”), 1871 e.v. en 1881; M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 150-151, 156 (“What is so special about trusts is that through the use of in personam governance rules, it has achieved exclusion by denying the title holder the benefits of the assets and funneling them instead to the beneficiary.”) en 157 (“The economic structure of trust law is premised on the idea of efficiently managing and using trust assets.”); R.H. SITKOFF, “Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (428) 429 e.v.; J.P. WEBB, “An ever-reducing core? Challenging the legal validity of offshore trusts”, *Trusts & Trustees* 2015, (476) 476. Ook LANGBEIN volgde een min of meer gelijkende redenering (“In truth, the trust is a deal, a bargain about how the trust assets are to be managed and distributed.”). Zijn besluit daarentegen (“Trusts are contracts”), was op juridisch-technisch vlak althans, niet volkomen feilloos. Zie: J.H. LANGBEIN, “The Contractarian Basis of the Law of Trusts”, *Yale L.J.* 1995-96, (625) 625-675, i.h.b. 627.

³⁸⁹ M.W. LAU, *The Economic Structure of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 138-142, 143, in fine-144, 163-164 en 181 e.v. (zie citaat in voetnoot 39 en 327) (“What is the implication of failing to see the important role of property in trusts? Put simply, by doing so, one ignores the very thing upon which the trust is based, for the trust is intended to extend property. What the trust essentially does is that it takes property in an asset and temporarily divides up control and

In globo, of theoretisch (*in abstracto*) beschouwd, lijkt de trust als verlengde van eigendom immers een op dialoog gebaseerde – en dus mogelijk duurzame – methode aan te brengen om tot een algoritme te komen voor een herijkt duurzaam eigendomsrecht:

1. De *trust* weet vooreerst op sublieme wijze zeggenschap van vermogenswaarde te scheiden. De wealth, wordt geabstraheerd van de title of de things; om op die manier een evenwichtig management toe te staan. De *trust* coördineert en incentiveert (zie *supra* nr. 9).
2. Als derivaat van eigendom en om de waarde van het eigendomsobject te scheiden wordt een op loyauteit en zorgvuldigheid gebaseerde machtsdeling geïnstitueerd. Democratie en daarmee checks and balances worden vooropgesteld. De *trust* coördineert en incentiveert.
3. De *trust* laat – en dat is grotendeels te danken aan het *common law* systeem – in plaats van drie, immers vier spelers toe (zie *supra* nr. 35) en stelt daarmee geen gewone trias politicas, doch wel een tetras politicas-denken in. Een *ex post* model aldus, waarbij de ‘economisch meest optimale’ (beter, en in ons model: de ‘meest duurzame’) situatie dient te worden gefaciliteerd.³⁹⁰

ownership rights among different parties. This is a very unnatural act that, without trust law, would probably be struck down as against public policy. Ironically, the law allows and encourages trusts because it mimics and extends the effects of property. In addition, despite the separation of ownership and control, trust assets remain well managed and productively used. Trust law allows and encourages the settling of trusts because, when done properly, it extends the incentivizing and coordinating functions of property. It is hazardous to split up ownership and control rights to an asset without appreciating why it is being done. Any approach that does not appreciate the role of property in trusts risks wandering off the wrong path.” Over de zgn. functionele extensie zie voetnoot 42. Zie ook: R.H. SITKOFF, “Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (428) 428-453, i.h.b. 452-453.

³⁹⁰ Zie voetnoot 119 en 333 (“*pour qu’on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.*”). Zie ook en vergelijk: V. SAGAERT, “Wilsautonomie in het Belgische goederenrecht”, *TPR* 2019, nr. 85 (te verschijnen); V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten”, *TPR* 2005, (983) 983-1086, i.h.b. 1079-1080, nr. 97. Voor dezelfde gedachte: S. GUTWIRTH en I. STENGERS, “Het recht en de heropleving van de commons”, *TMR* 2017, (4) 20, 21-22 (“*De vraag is dan niet meer wat generativiteit is, maar wel wat de situatie vereist – steeds weer die situatie.*”) en 23-24 (“*Maar hier, met de commons, is het de twijfel die de overhand heeft. Niet de twijfel van de rechter die overweegt hoe de tegenstrijdige argumenten die hem zijn voorgelegd moeten worden geordend, maar de twijfel die vereist wordt door een ordening waarin elke component en zijn milieu – waartoe het recht behoort – een niet-veralgemeenbare betekenis toegekend krijgt.*”). Zie ook: R.H. SITKOFF, “Trust law as fiduciary governance plus asset partitioning” in L. SMITH (ed.), *The Worlds of the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, (428) 430-434, i.h.b. 430-431.

Voornoemde eigenschappen lijken dan ook als toonvoorbeeld door te gaan voor het institutionaliseren en internaliseren van een op verantwoording gesteunde dialooggedachte in het eigendomsrecht zelf; en dus naast exclusief, absoluut en individualistisch, ook als inherent (intern inclusief) behept met een verplichting om de goederen waarvan men eigenaar is duurzaam en verantwoord te beheren met het oog op het onderhoud, de bescherming en de instandhouding ervan, voor alle aankomende generaties.³⁹¹

De voorgestelde Belgische *fiducie* echter, hoewel zij eveneens een weldoordachte scheiding tussen de waarde van het geheel van in fonds beheerde zaken, en de zeggenschap erover doorvoert, komt zowel op vlak van *checks and balances*-denken (vnl. loyaliteit, zie *supra* nr. 78), als op vlak van het *ex post* optreden (vier- (en niet drie-) machtsdenken) veeleer tekort (eerder gaat het Belgische goederenrecht nog steeds uit van een voornamelijk *ex ante* benadering). Bovendien zal de voorgestelde Belgische *fiducie* (eens vigerend recht) vermoedelijk een vrij beperkte reikwijdte genieten om redenen die reeds werden vermeld (zie *supra*). De kritiek op de Belgische *fiducie*, neemt niet weg dat het Angelsaksische *trust*-denken (zie stelling 1. tot 3. hierboven) uiteindelijk alsnog tot voorbeeld kan dienen voor een hervormd, herijkt en dus meer duurzaam eigendomsrecht. Het één sluit het ander vanzelfsprekend niet uit.

Meer specifiek dan, of *in concreto*³⁹² – omwille van het thema van de tekst – goederenrechtelijk toegepast is bijv. een goede referentie, de vraag of

³⁹¹ Vgl. B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1456-1457, nr. 37, 12de stelling (“Goederenrechtelijke rechten, in het bijzonder de eigendom, worden niet alleen als een individualistisch recht gezien, maar ook als een recht met de verplichting om de zaak waarop het recht rust te bewaren voor de toekomst, d.w.z. generatieve eigendom in plaats van extractieve eigendom.”); B. AKKERMANS, “Sustainable property law?” *EPLJ* 2018, (1) 1-3, i.h.b. 3 (“It means incorporating sustainability into the very core of our legal system by agreeing that owning something does not only mean being entitled to take away everything that object represents, but also comes with a responsibility to maintain, protect and preserve it for future generations.”); F. VALGUARNERA, “Legal Ideology and the Commons: Why Are Jurists Falling Behind?”, *Philosophy and Society* 2018, (205) 217 (“Other promising areas are those where property rights interact with obvious public interest, such as environmental law. It is clear, for instance, that the notion of sustainable development, which since the Rio Declaration on Environment and Development of 1992 has become a central concept in environmental law, has strong ties to the commons, insofar both require that attention is paid to the preservation of the resource for future generations.”).

³⁹² Een concrete benadering van recht en rechtsfiguren verzekert de morele toepassing of bedoeling ervan geenszins. Dat is ook zo wat betreft duurzaamheid m.b.t. *trust*-achtige structuren of *commons*. Alles kan worden misbruikt. Het is dan ook niet de taak van het recht om moreel gedrag op te leggen, doch wel om een mogelijkheid tot waarden en deugdelijke oplossingen aan te reiken. Ook in die zin, doch enkel wat betreft de *commons*, zie: S. GUTWIRTH en I. STENGENS, “Het recht en de heropleving van de commons”, *TMR* 2017, (4) 19. Zie verder bijv. G. COOPER, “Book Review. Trusts and Modern Wealth Management”, *Trust & Trustees* 2019, (271) 271-274, i.h.b. 272 (“A structure that was set up to protect the wives of medieval crusaders has ended up being used by the sort of businesspeople who greet the Russian leader as

commons, gericht op het vergroten van sociale cohesie, het instellen van actieve participatie, zelfbestuur en -controle, alsook op de opbouw van een bepaalde duurzame gemeenschap, zoals bijv. *Community Land Trusts* – in de meest ruime zin weliswaar, zie *supra* nr. 29 – op *trust*achtige structuren kunnen worden gefundeerd. Om redenen die duidelijk werden gemaakt is een en ander allerm minst problematisch voor de zeer flexibele en plurifunctionele Angelsaksische *trust*figuur. Wat de voorgestelde Belgische *fiducie* betreft is dat echter gevoelig anders. Het beperkte toepassingsgebied *ratione personae*, de voornamelijk dwingendrechtelijke regeling, alsook de principiële onmogelijkheid om als insteller én tegelijk als bewindvoerder een *fiducie*beheer op poten te zetten, leiden er immers toe dat naar een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid hogere (*agency*)kosten en een minder persoonlijk en op de bijzondere noden van de begunstigten afgesteld beheer, de toepassing van bepaalde performante concrete initiatieven (zoals o.a. *CLT*'s) zullen fnuiken. Concreet aldus, betekent dit dat *commons* mogelijk zullen zijn op basis van *the Belgian trust*, doch ook dat de aanwezigheid van menig hinderpaal de inzetbaarheid ervan sterk zullen ondergraven. Ook hier weer kan als toonbeeld gelden: de Angelsaksische ‘*true*’ *trust*. Een en ander neemt natuurlijk ook hier niet weg dat voornoemd toonbeeld op zich kan dienen voor verandering; niet op niveau van het eigendomsrecht ditmaal, doch wel ter herijking van het goederenrechtelijk stelsel.

103. Op naar een evenwichtig goederenrecht dat zoals HUDSON beschrijft (vgl. met *equity*), meer als ‘*cool jazz*’ is:

‘*Vladimir*’); J. GLISTER en J. LEE, *Hanbury & Martin. Modern Equity*, Londen, Sweet & Maxwell, 2018, 63-67, nrs. 3.001-3.003 (verwijzend naar R. SNOWDEN) (“[Many] of the original ideas of the trust ‘still hold good, albeit that in today’s world, the tenant and medieval crusader has been replaced by the oligarch, the international businessman and the celebrity, and increasingly the trust is employed in jurisdictions with low rates of taxation or low standards of regulation to keep assets and income away from the attention of creditors and authorities.”), 68-71, nrs. 3.005-3.007 en 205-207, nr. 10.001 e.v.; D.J. HAYTON, *The Law of Trusts in Fundamental Principles of Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 3; L. SMITH, “Massively Discretionary Trusts” in R.C. NOLAN, K.F.K. LOW en T. HANG WU (eds.), *Trusts and Modern Wealth Management*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, (130) 149, vn. 53. Zie ook wat betreft belastingontwijking en -ontduiking: N. APPERMONT, *De trust. Een juridisch kader voor de (internationaal) privaatrechtelijke inpassing en fiscale gevolgen in Fiscale Praktijkstudies. Fiscale Studies*, Mechelen, Kluwer, 2017, *passim*. Zie ook: K.F.K. LOW, “Non-Charitable Purpose Trusts. The Missing Right to Forego Enforcement” in R.C. NOLAN, K.F.K. LOW en T. HANG WU (eds.), *Trusts and Modern Wealth Management*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, (486) 504-505; T. MOLLOY, “High-Net-Worth Trusts in the Twenty-First Century. Confiscatory Taxes and Duties?” in R.C. NOLAN, K.F.K. LOW en T. HANG WU (eds.), *Trusts and Modern Wealth Management*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, (529) 529-575. De link tussen eigendom en *trust* werd reeds van begin af aan benadrukt, de *trust* als vervanging en oplossing voor absolute eigendom is daarvan het logisch gevolg. Zie *supra* nr. 2 over de zgn. ‘*verkleurmanneetje-achtige kwaliteit*’ van het *trust*concept en de link met het eigendomsbegrip de DE WAAL aanhaalt.

*“It is tremendously complex, but free. It flows along, improvising constantly, and yet it is held together by a firm pattern. [...] As always in jazz, its essence is the tension between improvisation and order; between freedom and discipline.”*³⁹³

Opdat juristen duurzaam tot creativiteit en verbeelding kunnen overgaan.³⁹⁴

Opdat er terug fraaie en monumentale gebouwen zouden verrijzen.³⁹⁵

Opdat er terug touwtjes uit de brievenbus mogen hangen.³⁹⁶

Mihi cura futuri.

BESLUIT

104. HERHALING ONDERZOEKSOPZET – Deze tekst onderzocht in welke mate de *trust*, en meer bepaald de voorgestelde doch (voor nu) teloorgegangene Belgische *fiducie* (als *trustequivalent*) kan leiden tot een meer duurzaam samen in gemeenschap leven. De centrale onderzoeksvraag luidde dan ook als volgt: **Kan de voorgestelde Belgische *trust*(achtige) figuur als brug dienen naar een meer duurzaam ‘samen leven’?** Op twee punten werd gepoogd tot een algemeen besluit te komen: vooreerst, was er het theoretisch-conceptuele (*in*

³⁹³ Zie: <http://content.time.com/time/subscriber/article/0,33009,857657-3,00.html>. Zie ook de vergelijking tussen *jazz* en *equity* die HUDSON maakt: A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Abingdon, Routledge, 2015, 24 e.v.

³⁹⁴ S. GUTWIRTH en I. STENGERS, “Het recht en de heropleving van de commons”, *TMR* 2017, (4) 6 (“*En dit houdt in dat we onze verbeelding nieuw leven dienen in te blazen, dat we moeten leren nieuwe verhalen te vertellen, nieuwe mogelijkheden op te roepen en die daadwerkelijk te verkennen. Ook in het recht.*”), 18 (“*De verbeelding van juristen is hier doorslaggevend, gezien het uit de moderniteit geboren wetgevende kader integraal deel uitmaakt van het probleem.*”), 19, 20-21 en 24, *in fine* (“*Natuurlijk zijn de juristen en het recht niet als enigen verantwoordelijk, verre van. Alle moderne instellingen die, op een of andere wijze de erfenis meedragen van de uitroeiing die ze aanvaard hebben als prijs voor de vooruitgang, zijn dat evengoed. Het gaat hier ook niet om schuld – schuld kan het nageslacht, inclusief het nageslacht dat voornoemde instellingen vandaag aan het vormen zijn, niet helpen. Waar het wel om te doen is, is te leren nieuwe verhalen te vertellen, verhalen die de verbeelding voeden in plaats van ze op te sluiten in het register van de aanklacht of denunciatie. Verhalen die het denken helpen om zich los te rukken van de evidenties waardoor het wordt gemobiliseerd en die zichzelf opwerpen als enige dam tegen het arbitraire en het irrationele. Twee voorstellen kunnen ons hier de weg tonen: Hannah ARENDT stelde voor om zo’n dam links te laten liggen en ‘onze verbeelding te trainen om op bezoek te gaan’. Donna HARAWAY stelt voor om te leren ‘to stay with the trouble’, om onszelf toe te laten gedwongen te worden te denken door wat ons in de war brengt, eerder dan aan te sluiten bij een oplossing die dat zou doen verdwijnen.*”)

³⁹⁵ Zou het kunnen dat een heropleving van (sociale) cohesie en gezamenlijk denken, vroeg of laat leidt tot een wedergeboorte van ontzagwekkend grootse gebouwen? De imposante architectuur van bijv. de Romeinse tijd – en zelfs later – is immers al lang niet meer. Inspiratie: TPR-wisselleerstoel, lezing Bram AKKERMANS, slotrede Eric DIRX.

³⁹⁶ Vertrouwen is in deze het sleutelwoord. Zie voor het wonderbaarlijke pleidooi van schrijver en oud-politicus, Jan TERLOUW: <https://dewerelddraaitdoor.bnnvara.nl/media/367395>. Over een nadere uitleg daarover: <https://www.youtube.com/watch?v=iyeH1k9AEgw>.

globo) vraagstuk naar de aard van het geopperde *fiducie*concept; daarnaast werd *in concreto* getoetst of deze *fiducie*figuur openingen kan bieden voor op praktisch vlak (*'on the field'*) duurzame initiatieven.

105. DE ANGELSAKSISCHE TRUST – Deel 1.1 bracht ons in die zin vooreerst tot bij de Angelsaksische – of nog, *'true'* – *trust*. Opgemerkt moet worden dat omwille van de theoretische openheid wat eigendom betreft, vnl. gesteund op een nog steeds feodaal gedachtegoed, het *trust*concept naar voren komt als open, flexibele en functioneel-pragmatisch *management*vehikel. Om die *'plurifunctionaliteit'* te bereiken, moet vaak zelfs eerder *property* wijken voor andere belangen, dan omgekeerd. Hoewel ook bepaalde drempels, alsook nadelen ondervonden werden met betrekking tot die zeer flexibele *trust*idee, lijken de voordelen te overheersen. Het op *good governance* gebaseerd *management*denken rust op twee pijlers: (1) het scheiden en verdelen van belangen (interne *trias politica*) en (2) het weren van externe partijen (externe exclusiviteit).

106. DE BEZWAREN DAAROMTRENT VANUIT DE CIVIL LAW – Dat vervolgens in deel 1.2 de bezwaren vanuit de *civil law*-rechtstraditie op die *common law trust* in grote getalen en zeer rigide de kop op steken, is een heikel punt. Doch, steeds meer – onder invloed van allerlei factoren – een punt dat zeer te relativeren is. Het gesloten en rigide goederenrecht moet steeds meer onderdoen voor contractuele wilsautonomie en inclusiviteit. Eigendom volgt. De heropleving van de *commons* die merkbaar is, en de nood aan tegelijk meer lokale én meer globale structuren en ideeën, zorgen ervoor dat grenzen alsmear meer vervagen en graduele openheid in aanzien stijgt. Opgemerkt werd dat eigendom in zich steeds ook een inclusieve component draagt. Die inclusieve component is noodzakelijk minder absoluut en minder onnipotent dan het revolutionaire eigendomsbegrip; en biedt daarop een tegenstem. Een tegenstem die gebaseerd is op *ex post*denken en die de deur naar het duurzaamheidsvraagstuk wagenwijd opent (zie deel 1.3).

107. EEN AFDOENDE ALTERNATIEF? – In deel 1.4 werd nagegaan hoe de zeer open figuur die de *trust* is, zich verhoudt ten aanzien van zijn (thans teloorgedane) nieuwe Belgische equivalent: *la fiducie belge*. Hoewel een en ander als eerste poging en als opening van de debatten zeker kan tellen, moet ook de realiteit onder ogen worden gezien. De Belgische *fiducie* brengt slechts gedeeltelijk wat ze hoort te brengen (met het oog op duurzaamheid): een performant én creatief beheerseigendomssysteem. De algemene indruk is dat ze slechts beperkt bruikbaar zal zijn en dan nog voornamelijk voor financiële en ondernemingsdoeleinden. Duurzaamheid primeert niet. Ook wat de *governance* betreft werden vraagtekens gezet. Evenwel moet benadrukt dat een genuanceerde rechtsfiguur op poten werd gezet, die zeker niet moet onderdoen voor de Franse *fiducie*. De eigendomsvraag wordt wat de voorgestelde Belgische *fiducie* betreft namelijk welbewust gerelativeerd en

open benaderd. De vraag is of een relativerende ontsluiting, zowel in praktijk als in rechtspraak, het gevolg daarvan zou geworden zijn.

108. ANTWOORD: *BELGIAN TRUSTEN DUURZAAMHEID, QUID?* – Algemeen en tezamen beschouwd maakt het voor duurzaamheid niet erg veel uit of men op basis van vermogens- dan wel eigendomssplitsing een *trust*achtig concept het levenslicht schenkt. Wat het institutionaliseren van een doeltreffend *trust*achtig concept betreft staan nl. veel mogelijkheden open. Een doelvermogen (al dan niet Québecs of ‘*ownerless*’), een sterke zakenrechtelijke positie (beperkt zakelijk recht), dan wel een *dual ownership*-idee (gesplitste eigendom), ... Allen zijn mogelijk, voor zover althans de concrete zakenrechtelijke positie van de betrokken partijen op de geëigende tijdstippen gewaarborgd wordt. Een *ex post* model dat rekening houdt met het temporeel aspect lijkt welgekomen. Ook fiduciaire *defaults* zijn daarbij onontbeerlijk. In dat opzicht staat de Angelsaksische *trust* een heel stuk verder. Door een zeer performante figuur wordt aan adequaat en efficiënt *governance*denken gedaan. Participatief zelfbestuur en collectieve controlemechanismen worden daardoor mogelijk. Dat is wat telt voor duurzaamheid: geïnstitutionaliseerde dialoog. Dat is ook wat *trust* aanbrengt.

Theoretisch conceptueel betekent een dergelijke ‘*true*’ *trust* immers een zeer goed voorbeeld van hoe eigendom duurzaam (in *commons*-vorm) kan worden gehouden. Een zeer efficiënte verdeling van zeggenschap en vermogenswaarde, gebaseerd op een zeer doelmatige *checks and balances*-dialoog. De Angelsaksische *trust* plaatst zich als het ware lijnrecht tegenover absolute en individualistische eigendom; er wordt een duurzame en inclusieve opvatting van omgaan met goederen en in gemeenschap ‘samen leven’ bewerkstelligt. Een alternatief voor revolutionaire eigendom. De geopperde Belgische *fiducie* kan daaraan in veel mindere mate tegemoetkomen.

Concreet – en van belang voor de praktijk – lijkt weerom aldus de Belgische *fiducie* het onderspit te moeten delven wat betreft de toepassing van duurzame initiatieven. Hoewel een en ander mogelijk is, zal omwille van de dwingendrechtelijke en rigide regeling ter zake, vnl. veelal creativiteit – wat duurzaamheid betreft dan – gefnuikt worden. De vraag is en blijft dan ook in welke mate flexibele *commons* kunnen worden geschapen, en of aan ‘*commoning*’ kan worden gedaan.

Kortom, de Angelsaksische *trust* biedt wat zijn geopperde Belgische broertje niet kan bieden: zowel *in globo* als *in concreto* het pad naar een herijkt en duurzaam goederenrecht openen.