

ARTIKELEN

Rol en aansprakelijkheid van de trustee

Mr. K. Frielink*

1. Inleiding

De regeling inzake de Curaçaose trust is op 1 januari 2012 in werking getreden. Vanuit de praktijk is de vraag opgekomen naar de aansprakelijkheid van de trustee. In deze bijdrage wordt op de wettelijke regeling en op mogelijke interpretatievraagstukken ingegaan.

2. Soorten aansprakelijkheid

Waar het aansprakelijkheid betreft kan een drieledig onderscheid worden gemaakt. Het eerste onderscheid betreft de grondslag van de aansprakelijkheid: aansprakelijkheid op grond van een contractuele relatie (het verwijtbaar tekortschieten daarin) en aansprakelijkheid op grond van een onrechtmatige daad.

Een ander onderscheid betreft de persoonlijke aansprakelijkheid (dus voor het eigen doen en laten) en risicoaansprakelijkheid (aansprakelijkheid voor het doen en laten van anderen of voor bepaalde gebeurtenissen).

Een derde onderscheid is dat tussen interne en externe aansprakelijkheid. Ik zou dit onderscheid in het kader van de trust zo willen gebruiken dat bij benadeling van het trustvermogen door de trustee sprake is van interne aansprakelijkheid en bij benadeling van derden sprake is van externe aansprakelijkheid (onrechtmatige daad).

3. De trustee (art. 3:127 BW)

Doorgaans gebruikt een trustkantoor een eigen nv of bv om diensten te verlenen. Die eigen nv of bv is dan bijvoorbeeld bestuurder van de cliëntvennootschap. Een trustkantoor dat diensten als trustee aanbiedt zal dat doorgaans evenzeer doen in de vorm van een eigen nv of bv die als trustee gaat optreden. De trustee kan die rol vervullen ten aanzien van meerdere trustvermogens.

Voor derden is het van belang dat de hoedanigheid waarin de trustee optreedt bekend is en ten aanzien van welk trustvermogen de trustee een rechtshandeling aangaat. Als die hoedanigheid bekend is, kan de derde zich in geval van wanprestatie dan ook alleen verhalen op het betreffende trustvermogen en niet op het eigen vermogen van de trustee. Anders gezegd, de trustee is in een dergelijk geval in beginsel alleen *qualitate qua* en niet *pro se* aan-

* Mr. K. Frielink is advocaat/partner bij Spigt Dutch Caribbean.

sprakelijk.¹ Hier kan een vergelijking worden getrokken met een bestuurder van een nv of bv en met de curator in een faillissement.

Als de trustee echter bij het aangaan van de rechtshandeling zijn verplichtingen uit de trust (voortvloeiende uit de wet en/of de trustakte) heeft geschonden (een zogeheten 'breach of trust'), dan is de trustee die jegens de derde wanprestatie pleegt met zijn eigen vermogen aansprakelijk. Of de derde zich in dat geval eveneens op het trustvermogen kan verhalen, is afhankelijk van de vraag of de derde bekend was met de *breach of trust*. Was de derde daarmee bij het aangaan van de rechtshandeling bekend, dan kan hij zich niet op het trustvermogen verhalen en mogelijk ook niet op het eigen vermogen van de trustee. Was de derde daarmee niet bekend, dan kan hij zich op zowel het eigen vermogen van de trustee als op het trustvermogen verhalen. De trustee die zich aan een *breach of trust* schuldig maakt en dus de hierna te bespreken zorgvuldigheidsnorm schendt, is daarvoor aansprakelijk, en voor zover verhaal door de derde op het trustvermogen heeft plaatsgevonden, rust op de trustee de verplichting de daardoor ontstane schade te redresseren.

4. Bevoegdheden en verplichtingen trustee

Alvorens nader op het onderwerp 'aansprakelijkheid van de trustee' naar het recht van Curaçao in te gaan, is het goed eerst een samenvatting van enkele van diens bevoegdheden en verplichtingen te geven:

- De trustee heeft de bevoegdheid en de plicht, ter zake waarvan hij rekening en verantwoording schuldig is, om het trustvermogen te besturen (art. 3:127 lid 2 onder c BW).
- De trustee is verplicht het trustvermogen in overeenstemming met de wet en de bepalingen van de trustakte te besturen en zijn bevoegdheden in overeenstemming met de aard van het trustvermogen en met de zorgvuldigheid die uit zijn vertrouwenspositie voortvloeit uit te oefenen (art. 3:135 lid 1 BW).
- De trustee is verplicht het trustvermogen te verzekeren tegen gevaren waartegen het gebruikelijk is een verzekering te sluiten (art. 3:135 lid 2 BW).
- Tenzij in de trustakte anders is bepaald, moet de trustee het bestaan van het trustverband doen inschrijven in de registers bedoeld in artikel 3:16 e.v. BW (inschrijvingen betreffende registergoederen), het handelsregister en het aandeelhoudersregister (art. 3:136 lid 2 BW).
- Tenzij in de trustakte anders is bepaald of zulks naar verkeersopvattingen niet van de trustee kan worden gevegd, dan wel naar het toepasselijke recht onmogelijk of verboden is, moet de trustee aan zijn wederpartij kenbaar maken dat hij handelt in zijn hoedanigheid van trustee (art. 3:136 lid 3 BW).
- De trustee is verplicht het trustvermogen afgescheiden te houden van een ander trustvermogen en van zijn niet aan een trust onderworpen vermogen (art. 3:137 lid 1 BW).

1 Artikel 3:136 lid 3 BW bepaalt: 'Tenzij in de trustakte anders is bepaald of zulks naar verkeersopvattingen niet van de Trustee kan worden gevegd, dan wel naar het toepasselijke recht onmogelijk of verboden is, moet de Trustee aan zijn wederpartij kenbaar maken dat hij handelt in zijn hoedanigheid van Trustee. Is aan de wederpartij kenbaar dat de Trustee handelt in zijn hoedanigheid, dan is geen verhaal mogelijk op het niet aan de trust onderworpen vermogen van de Trustee, tenzij de Trustee de verplichtingen die voor hem uit de trust voortvloeien heeft geschonden.'

- De trustee heeft een administratieplicht ten aanzien van elk trustvermogen (art. 3:137 lid 2 BW).
- Tenzij in de trustakte anders is bepaald, is de trustee verplicht jaarlijks, alsmede bij het einde van de trust, aan de begunstigde rekening en verantwoording af te leggen over zijn bestuur. Daarbij wordt uitdrukkelijk melding gemaakt van rechtshandelingen waarbij een trustee of protector een tegenstrijdig eigenbelang had (art. 3:137 lid 3 BW).
- De trustee kan, wanneer sprake is van een tegenstrijdig belang, slechts rechtshandelingen met betrekking tot het trustvermogen aangaan met medewerking van alle overige trustees en met toestemming van alle protectors. Bij ontbreken van een protector is toestemming van de rechter in eerste aanleg vereist. In de trustakte kan van deze bepaling worden afgeweken (art. 3:139 lid 3 BW).

Ik heb hier alleen de verplichtingen uit Boek 3 BW genoemd en wijs erop dat voor trustkantoren ook de Landsverordening toezicht trustkantoren van toepassing is.

5. Wettelijke norm

Een zorgplicht is gerechtvaardigd in die gevallen waarin iemand zijn geldelijke of andere belangen aan een ander toevertrouwt, of met behulp van die ander zelf behartigt, juist omdat die ander op dat vlak meer kennis en ervaring heeft. Als algemene norm formuleert de wet dat de trustee aansprakelijk is indien hij in de zorg van een goed trustee tekortschiet, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend (art. 3:143 lid 1 BW).² Het betreft hier een verbintenis uit de wet. De omvang van de zorgplicht wordt mede bepaald door het feit dat aan de trustee het beheer van een vermogen wordt toevertrouwd en hij dus een vertrouwenspositie heeft (art. 3:135 lid 1 BW).

Als er meerdere trustees zijn, dan zijn zij hoofdelijk (dus elk voor het geheel) aansprakelijk.³ Echter, de trustee die bewijst dat het desbetreffende feit niet aan hem te wijten is én dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden, is niet aansprakelijk (art. 3:143 lid 2 BW). Het gaat hier om een dubbele maatstaf waaraan moet zijn voldaan: geen schuld hebben aan het feit en niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen. Stilzitten terwijl de andere trustee fouten maakt is dus geen optie.

Aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van opzet of bewuste roekeloosheid kan noch in de trustakte, noch op enige andere wijze worden beperkt of uitgesloten (art. 3:143 lid 3 BW). De trustee die moedwillig schade toebrengt of bewust het vermijdbare risico aanvaardt dat schade ontstaat, is aansprakelijk en die aansprakelijkheid kan ook niet worden beperkt of uitgesloten. Aansprakelijkheid voor schade die niet het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid kan in beginsel wel worden beperkt of uitgesloten. Het ligt voor de

2 Zie voor de aansprakelijkheid van de protector: artikel 3:151 BW. Zijn rol is enigszins te vergelijken met die van een commissaris bij een nv of bv.

3 Indien meerdere trustees in functie zijn, richten hun bevoegdheden zich naar hetgeen in Titel 7 van Boek 3 BW (gemeenschap) voor deelgenoten is bepaald, tenzij uit de trustakte anders voortvloeit (art. 3:138 BW).

Mr. K. Frieling

hand een dergelijke exoneratiebepaling in de trustakte op te nemen, maar noodzakelijk is dat niet.

6. Gedachten over de invulling van de wettelijke norm

De trust vindt zijn oorsprong in het Angelsaksische recht. Bij het ontwerpen van de regeling van de Curaçaose trust is uiteraard gekeken naar de regelingen in andere jurisdicties. De Curaçaose trust is echter een *'civil law'*- en geen *'common law'*-trust. Bij het beantwoorden van de vraag naar de (mogelijke) omvang van de aansprakelijkheid zoals deze in Boek 3 BW is vormgegeven, moet dan ook aansluiting worden gezocht bij het recht van Curaçao (en elders in het Koninkrijk) en niet bij buitenlandse rechtsstelsels.

Dat de trustee, zoals wettelijk is vastgelegd, een vertrouwenspositie heeft, betekent naar ons recht niet zonder meer dat voor de trustee een zwaarder aansprakelijkheidsregime geldt dan voor een trustkantoor dat bestuurder is van een buitengaatsse nv of bv. Die bestuurder van een nv of bv heeft vanzelfsprekend ook een vertrouwenspositie. In alle gevallen geldt dat in de omstandigheden van het concrete geval moet worden beoordeeld wat de gevolgen van die vertrouwenspositie zijn. Daarbij kan mede een rol spelen welke verwachtingen de trustee zelf heeft gewekt, bijvoorbeeld ten aanzien van de bij hem aanwezige ervaring en expertise.

De taak van een trustee heeft voor een belangrijk deel het karakter van een inspanningsverbintenis: de trustee moet zich inzetten voor een behoorlijke uitoefening van zijn taak. De plichtverzaking moet in die gevallen van een zekere ernst zijn wil een trustee aansprakelijk kunnen worden gesteld voor door het trustvermogen geleden schade. In die zin is een trustee te vergelijken met een bestuurder van een nv of bv.⁴

In economische zin is het optreden als trustee ook te vergelijken met het zijn van bestuurder van een cliëntvennootschap. Maakt het dan voor de aansprakelijkheid uit of een buitenlandse partij zijn effectenportefeuille in Curaçao in een trust inbrengt (hij is dan de insteller) of in een nv of bv (waarbij hij doorgaans de UBO is)? Volgens mij niet en dus is er reden om ten aanzien van de vraag naar de aansprakelijkheid van de trustee aansluiting te zoeken bij de in het kader van Boek 2 BW ontwikkelde normen.

Bij zijn toetsing zal de rechter de vraag moeten beantwoorden of een redelijk handelend en redelijk bekwame trustee, die dus berekend is op zijn taak en die nauwgezet vervult, onder de gegeven omstandigheden hetzelfde had kunnen doen. Ik noem dat de *'maatman-trustee'*. De maatman-trustee is uiteraard tot op zekere hoogte een abstractie, maar deze staat niet geheel los van de trustee van wie het gedrag ter beoordeling aan de rechter is voorgelegd. De maatman-trustee wordt geacht over minimaal die kwaliteiten te beschikken die objectief gezien nodig zijn om als trustee te kunnen optreden. De trustee moet daarover zelf ook beschikken en loopt anders een verhoogd risico op aansprakelijkheid. Maar als in een concreet geval de trustee over bijzondere kwaliteiten beschikt (of heeft gesuggereerd

4 Zie voor een fundamentele discussie over bestuurdersaansprakelijkheid D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010.

daarover te beschikken en daarmee verwachtingen heeft gewekt), dan zullen die kwaliteiten ook bij de maatman-trustee aanwezig worden geacht, en gaat het om de vraag hoe deze maatman-trustee in het gegeven geval zou hebben gehandeld.

Met een door de rechter aldus te operationaliseren zorgplicht mag een trustee overigens alleen worden geconfronteerd, wanneer die concrete norm voor een (vergelijkbare) redelijk handelende en redelijk bekwame trustee als gedragsnorm normaal en gebruikelijk was, derhalve reeds deel uitmaakte van de gangbare verkeersopvattingen ten tijde van het gewraakte handelen of nalaten.⁵ Voorkomen moet immers worden dat de wettelijke zorgvuldigheidsnorm, die uit zijn aard vaag is, op te willekeurige wijze door de rechter wordt gevuld en ingekleurd.

Voor het aannemen van aansprakelijkheid is, als gezegd, vereist dat de trustee een ernstig verwijt kan worden gemaakt. In geval van bijvoorbeeld opzet, bewuste roekeloosheid, ernstige verwaarlozing van zijn taak, handelen in strijd met de wet en bewuste overschrijding van hegeen in de trustakte is bepaald, zal al gauw gesproken kunnen worden van ernstige verwijtbaarheid.

Waar het gaat om bijvoorbeeld de administratieplicht van de trustee zal een schending daarvan al snel ernstig verwijtbaar zijn. Dat geldt ook voor schending van de verplichting om het trustvermogen afgescheiden te houden van een ander trustvermogen en van het niet aan een trust onderworpen vermogen van de trustee. Van deze verplichtingen kan worden gezegd dat deze meer het karakter van een resultaatsverplichting hebben en niet slechts inspanningsverplichtingen zijn. De mogelijkheden van een beroep op disculpatie zijn daardoor beperkt(er), maar niet uitgesloten.

Een verschil in aansprakelijkheid tussen een trustee enerzijds en een bestuurder van een buitengaatsse nv of bv zal zich met name daarin manifesteren, dat voor beide categorieën niet dezelfde verplichtingen gelden bij de schending waarvan al snel van ernstige verwijtbaarheid kan worden gesproken. Het gaat bij dat verschil dan ook niet om een zwaarder of lichter aansprakelijkheidsregime.

7. Wie kunnen een vordering instellen?

Indien het trustvermogen is benadeeld, kan de vordering worden ingesteld door elke medetrustee. De vordering kan, tenzij in de trustakte anders is bepaald, ook worden ingesteld door een protector of begunstigde, met dien verstande dat de schadevergoeding zo spoedig mogelijk wordt afgedragen aan een trustee, die niet is de trustee die zijn verplichtingen heeft geschonden (art. 3:143 lid 4 BW). De vraag is aan wie de protector de schadevergoeding moet afdragen als er geen medetrustee is. Deze vraag wordt in de wet niet beantwoord, maar in de praktijk zal in dergelijke gevallen de trustee door een ander worden vervangen.

5 Zie K. Frieling & M. van Eersel, *Toezicht trustkantoren in Nederland*, Deventer: Kluwer 2010, par. 3.1.5.

Mr. K. Frielink

In veel gevallen zal er slechts één trustee zijn en dan hangt het van de trustakte af of er een vordering kan worden ingesteld en door wie. In een dergelijk geval moet worden teruggevallen op de mogelijkheid (i) een tweede trustee te benoemen (als daarin in de trustakte is voorzien) en/of (ii) om de trustee door de rechter te laten ontslaan (art. 3:144 lid 4 BW), zodat een opvolgend trustee kan worden benoemd. In de trustakte kan overigens worden bepaald dat de insteller of de protector naar eigen goeddunken de trustee kan ontslaan en al dan niet vervangen (art. 3:144 lid 5 BW).

In de trustakte kan bovendien zijn bepaald – al zal dat uitzonderlijk zijn – dat een dergelijke vordering in het geheel niet kan worden ingesteld.⁶ De vraag is hoe deze bepaling zich verhoudt tot het exoneratieverbod van artikel 3:143 lid 3 BW. Ik zou menen dat er in alle gevallen iemand bevoegd moet zijn om een vordering te kunnen instellen. In bijzondere gevallen kan de rechter op verzoek van een belanghebbende of het Openbaar Ministerie de trustbepalingen buiten toepassing laten of deze wijzigen (art. 3:133 lid 1 BW). Mogelijk dat deze bepaling onder omstandigheden uitkomst kan bieden.

Hoewel artikel 3:143 lid 4 BW dat niet met zoveel woorden zegt, ga ik ervan uit dat een trustee in beginsel ook door een opvolgend trustee aansprakelijk kan worden gesteld.

8. Tot slot

De Curaçaose trust is enerzijds een nieuwe en onbekende figuur, maar anderzijds ook weer niet zo bijzonder dat nu gevreesd zou moeten worden voor bijzondere aansprakelijkheden. Ik heb ook bewust de parallel getrokken met het zijn van bestuurder van een nv of bv en daarmee zijn trustkantoren al sinds jaar en dag bekend. Dat neemt niet weg dat er wel verschillen zijn en er zich gevallen kunnen voordoen dat een trustee eerder aansprakelijk is dan een bestuurder van een nv of bv. Het is voor trustkantoren die als trustee willen optreden sowieso zaak de wet artikel voor artikel door te nemen, om te zien welke artikelen openen tot het aanpassen van de interne procedures en de controle daarop.

6 Dit volgt uit artikel 3:143 lid 4 BW. Daarin is vastgelegd dat iedere medetrustee de vordering kan instellen. De protector en de begunstigde kunnen de vordering ook instellen, tenzij in de trustakte anders is bepaald. Als de trustakte aan de protector en de begunstigde deze bevoegdheid onthoudt, in een geval waarin er maar één trustee is en in de trustakte niet is bepaald dat een toetredende trustee kan worden benoemd, dan is effect daarvan dat de vordering in het geheel niet kan worden ingesteld.