

‘De Curaçaose Trust’

College 3 – Trustee en Protector

Mr. K. Frielink

University of Curaçao

Dinsdag 8 november 2016 van 19.00 - 21.00 uur

1. Inleiding

De trust heeft, zoals in de wet is aangegeven, het oog op rechtsbetrekkingen. Daarbij speelt de trustee een wezenlijke rol, als de rechthebbende ten aanzien van de trustgoederen, met de verplichting die te besturen ten behoeve van één of meer (bepaalbare) begunstigden en/of één of meer bepaalbare doelen. In dit college gaat het om de taken, bevoegdheden en verplichtingen van de trustee en de vraag in welke gevallen de trustee aansprakelijk is, en jegens wie. Dezelfde onderwerpen komen vervolgens aan de orde wat betreft de protector.

2. Soorten aansprakelijkheid

Waar het betreft aansprakelijkheid 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.

De insteller staat niet in een contractuele relatie tot de trustee, tenzij hij zich bepaalde rechten en bevoegdheden heeft voorbehouden. Wat betreft de begunstigden brengt de aanvaarding van een in de trustakte opgenomen derdenbeding met zich dat ook zij in een verbintenisrechtelijke relatie met de trustee komen te staan. Er zal niet in alle gevallen sprake zijn van een verbintenisrechtelijke relatie. Ik noem een paar voorbeelden.

1. In geval het bijvoorbeeld aan de trustee wordt overgelaten te bepalen welk doel van een bepaalde aard hij in een bepaald jaar van een uitkering zal voorzien (“de trustee keert jaarlijks een bedrag x uit aan een stichting of vereniging die zich in Curaçao inzet voor de ontwikkeling van de jeugd op sportief of cultureel gebied”) is niet sprake van een derdenbeding.
2. In het geval dat de insteller een schilderijencollectie en een pot geld in trustverband brengt, met aan de trustee de opdracht die collectie bij elkaar te houden, ten toon te stellen en te beheren, dan is evenmin sprake van een derdenbeding.

3. De vraag is of er ook een situatie in relatie tot begunstigden denkbaar is, waarbij niet sprake is van een derdenbeding. Denk aan het geval van een groep (bepaalbare) begunstigden, waarbij de trustee keuzevrijheid wordt gegeven (en geen van de ‘leden’ van de groep een afdwingbare aanspraak heeft). Het is niet geheel zeker of het op grond van de wet mogelijk is begunstigde te zijn zonder (al dan niet stilzwijgend) een derdenbeding te aanvaarden.

Een *tweede* 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 (die benadeling raakt de begunstigden en/of het doel waarvoor de trust is ingesteld) en bij benadeling van derden sprake is van externe aansprakelijkheid (onrechtmatige daad).

3. De relevantie van het bekend zijn van de hoedanigheid van trustee

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 trusts.

Voor derden is het van belang dat de hoedanigheid waarin de trustee optreedt bekend is en ten aanzien van welke trustgoederen de trustee een *rechtshandeling* aangaat. Als die hoedanigheid bekend is¹ kan de derde zich ingeval van wanprestatie dan ook alleen verhalen op het betreffende trustvermogen en niet op het eigen vermogen van de trustee (art. 3:136 lid 3 BW). Anders gezegd, de trustee is in een dergelijk geval in beginsel alleen *qualitate qua* en niet *pro se* aansprakelijk.² Hier kan een vergelijking worden getrokken met een bestuurder van een NV of BV en met de curator in een faillissement.

¹ Aangenomen moet worden dat derden gehouden zijn om in het trustregister (art. 3:161 BW) na te gaan of er beperkingen gelden ten aanzien van de beschikkingsbevoegdheid van de trustee (zie verder art. 3:140 BW). M.E. Koppenol-Laforce, *De ongehoorzame trustee*, WPNR 6807 (2009), p. 639. Let er bij het lezen van dit artikel op dat het ontwerp nadien nog is gewijzigd.

² Art. 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*”.

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. Hij wist immers van het foute handelen van de trustee en het zou ongerijmd zijn hem desondanks met succes een vordering tot vergoeding van zijn schade te laten instellen.

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. Zie verder de **eindnoot** onderaan deze tekst voor de uitleg zoals mr. J. de Boer die heeft gegeven in het WPNR.

4. Bevoegdheden en verplichtingen van de trustee

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

- de trustee heeft de bevoegdheid en de plicht 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 gevergd, 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);
- 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) (zie over die rekening en verantwoording het dictaat van het tweede college); en
- 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 er op 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). 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

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).

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 hand een dergelijke exoneratiebepaling in de trustakte op te nemen.

6. Gedachten over de invulling van de wettelijke norm

De trust vindt zijn (oer)oorsprong in (onder meer) het Romeinse, Saksische, Islamitische en Angelsaksische recht. Bij het ontwerpen van de regeling van de Curaçaose trust is uiteraard gekeken naar de regelingen in andere jurisdicties, in het bijzonder Angelsaksische 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 buitengaats 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 plichtverzekering 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 inzake bestuurdersaansprakelijkheid, hetgeen wat mij betreft geldt voor zowel de interne als de externe aansprakelijkheid.

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

⁴ Zie voor een fundamentele discussie over bestuurdersaansprakelijkheid D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2010 (dissertatie), 434 blz.

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 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 ingevuld 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 de trustgoederen afgescheiden te houden van tot een andere trust behorende goederen 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 buitengaats 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.

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

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 of begunstigde 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.

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 de trustakte kan zijn bepaald dat de protector en begunstigden niet de bevoegdheid toekomt een vordering tegen de trustee in te stellen. 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).

Uit de trustakte kan voortvloeien – al zal dat uitzonderlijk zijn - dat een dergelijke vordering in het geheel niet kan worden ingesteld.⁶ De vraag is hoe dat 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. De protector

Het benoemen van een protector is niet verplicht. In de trustakte kan worden bepaald dat, en onder welke voorwaarden, er één of meer protectors zullen zijn (art. 3:147 lid 1 BW). Wordt van deze mogelijkheid gebruik gemaakt dan moet in de trustakte worden bepaald wie tot benoeming bevoegd is of zijn (art. 3:147 lid 2 BW). De wet laat de insteller alle vrijheid om zelf te bepalen

⁶ Dit volgt uit artikel 3:143 lid 4 BW. Daarin is vastgelegd dat iedere mede trustee 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.

wie tot benoeming bevoegd is of zijn, en zonodig onder welke voorwaarden. De trustee is niet bevoegd een protector te benoemen en een dergelijke benoeming is nietig, terwijl een voordracht tot benoeming gedaan door de trustee niet bindend is (art. 3:147 lid 3 BW).

Voor zover in de trustakte niet anders is bepaald, is de protector verplicht bij zijn aftreden een opvolger te benoemen (art. 3:149 lid 3 BW). Er kunnen meerdere protectors in functie zijn (zie in dat verband ook art. 3:150 BW).

Zowel natuurlijke personen als rechtspersonen kunnen protector zijn (art. 3:148 lid 1 BW). De protector kan niet de enige begunstigde zijn (art. 3:148 lid 2 BW). Een trustee kan geen protector zijn, en een protector dus niet een trustee: je kunt immers niet (zinvol) toezicht op jezelf houden. De trustee die de benoeming van trustee aanvaardt houdt op grond van de wet op trustee te zijn. Een trustee kan een dergelijke benoeming, wederom: op grond van de wet, niet aanvaarden als daardoor een binnen Curaçao wonende of gevestigde trustee zou komen te ontbreken (art. 3:148 lid 3 BW). Laatstgenoemd verbod is, neem ik aan, niet van toepassing indien op grond van art. 130 lid 4 BW door de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten ontheffing is verleend van de verplichting om ten minste één binnen Curaçao wonende of gevestigde trustee te hebben.

9. Bevoegdheden en verplichtingen van de protector

De protector is verplicht, met de zorgvuldigheid die uit zijn vertrouwenspositie voortvloeit, de trustee met raad en daad terzijde te staan, toezicht te houden op de trustee en zonodig over te gaan tot schorsing van de trustee of het nemen van andere in de trustakte omschreven maatregelen (art. 3:149 lid 1 BW). Daarnaast is de protector verplicht zodanige andere taken te verrichten als hem bij zijn benoeming mochten zijn toevertrouwd. Afgezien van het verlenen of onthouden van zijn goedkeuring of toestemming, mogen die taken niet de bevoegdheid inhouden tot het nemen van beslissingen die naar hun aard binnen de bevoegdheid van de trustee vallen (art. 3:149 lid 2 BW).

De protector is in de eerste plaats een toezichthouder. De insteller kan aan de benoeming van een protector behoefte hebben om zich ervan te verzekeren dat de trustee de wensen van de insteller, zoals vastgelegd in de trustakte, zorgvuldig naleeft, temeer in geval de trust mogelijk vele decennia zal bestaan. De protector is te vergelijken met een commissaris bij een rechtspersoon. Aan de protector kunnen in de trustakte allerlei andere bevoegdheden worden toegekend, zolang maar in ogenschouw wordt genomen dat de trustee belast is met het besturen van het trustfonds en toekenning van bevoegdheden aan de protector er niet toe mag leiden dat die op de stoel van de trustee gaat zitten. Het houden van toezicht en het besturen van het trustfonds sluiten elkaar immers uit. Als in de trustakte de voorafgaande goedkeuring of toestemming van de protector voor (bepaalde) besluiten is voorgeschreven, dan wil dat niet zeggen dat de protector die deze bevoegdheid uitoefent op dat moment (mede) aan het besturen is.

De protector heeft een vertrouwensfunctie. Hij moet, zegt de wet, de trustee met raad terzijde staan. Het houden van toezicht, het zijn van vertrouwensadviseur en het zonodig schorsen van de trustee zijn dwingendrechtelijke verplichtingen, aangezien de wet geen afwijkende regeling in de trustakte toelaat (art. 3:149 lid 1 BW). De protector is verplicht de andere taken die in de trustakte aan hem zijn opgedragen te verrichten (art. 3:149 lid 2 BW).

10. Aansprakelijkheid van de protector

De protector is aansprakelijk, indien hij in de zorg van een goed protector tekortschiet, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend (art. 3:151 lid 1 BW). Indien meer dan één protector in functie is, is elk hunner hoofdelijk aansprakelijk. Niet aansprakelijk is evenwel de protector die bewijst, dat het desbetreffende feit aan hem niet te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden (art. 3:151 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 protector fouten maakt is dus geen optie.

Op grond van hetgeen hiervoor in paragraaf 6 is overwogen, is er reden om ten aanzien van de vraag naar de aansprakelijkheid van een protector aansluiting te zoeken bij de in het kader van Boek 2 BW ontwikkelde normen inzake de aansprakelijkheid van commissarissen. De taak van een protector heeft voor een belangrijk deel het karakter van een inspanningsverbintenis: de protector moet zich inzetten voor een behoorlijke uitoefening van zijn taak. De plichtverzaking moet in die gevallen van een zekere ernst zijn wil een protector aansprakelijk kunnen worden gesteld voor door het trustvermogen geleden schade. In die zin is een protector te vergelijken met een commissaris bij een NV of BV.

In de trustakte kan de aansprakelijkheid van een protector nader worden ingekleurd, bijvoorbeeld door deze te beperken. Echter, 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. 3:151 lid 3 BW).

Indien het trustvermogen is benadeeld, kan de vordering worden ingesteld door elke trustee. De vordering kan, tenzij in de trustakte anders is bepaald, ook worden ingesteld door een mede-protector of begunstigde, met dien verstande dat de schadevergoeding zo spoedig mogelijk wordt afgedragen aan de trustee of trustees (art. 3:151 lid 4 BW). In de trustakte kan dus wel worden bepaald dat een mede-protector en een begunstigde niet de bevoegdheid toekomt een vordering tegen de (pretens) aansprakelijke protector in te stellen, maar een trustee kan die bevoegdheid niet worden ontnomen.

Eindnoot bij paragraaf 3

J. de Boer, *De trust naar Curaçaos recht*, WPNR 6926 (2012), p. 289:

“Is aan de wederpartij bij een rechtshandeling kenbaar dat een trustee handelt in hoedanigheid en is niet sprake van ‘breach of trust’, dan is de trustee slechts in hoedanigheid aansprakelijk en kan ook slechts op het trustvermogen verhaal gezocht worden.

Is sprake van ‘breach of trust’, maar is zulks niet kenbaar aan de wederpartij die wel bekend is met het trustverband, dan lijkt mij dat de trustee zowel in hoedanigheid als in privé aansprakelijk is. Wordt verhaal gezocht op het trustvermogen dan zal de draagplicht rusten op de trustee in privé; deze heeft ten opzichte van het trustvermogen een vergoedingsplicht.

Is de ‘breach of trust’ kenbaar aan de wederpartij, dan is de trustee in geen geval in hoedanigheid aansprakelijk en meestal ook niet in privé (‘in pari turpitudine’).⁷

Weet de wederpartij niets van het trustverband, dan is de trustee die in hoedanigheid handelde in privé aansprakelijk, maar de trustee zal zich – behoudens ‘breach of trust’ – intern kunnen verhalen op het trustvermogen. Is de trustee die in hoedanigheid handelde in privé insolvent, dan mag worden aangenomen dat – analoog aan wat geldt voor de middellijke vertegenwoordiging – de wederpartij ook de trustee in hoedanigheid kan aanspreken en zich kan verhalen op het trustvermogen.

De trustregeling heeft geen bepalingen ten aanzien van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (of onverschuldigde betaling e.a.). Aangenomen moet worden dat indien de trustee heeft gehandeld ter uitoefening van de hem als zodanig toekomende bevoegdheden, de trustee in hoedanigheid aansprakelijk is en op het trustvermogen verhaal kan worden genomen.

Is de trustee tevens in privé aansprakelijk? Ik zou menen alleen indien de trustee door de benadeelde derde ook persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt van zijn handelen (waarvoor is vereist dat de trustee gehandeld heeft terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien).

De interne draagplicht wordt bepaald of en zo ja, in hoeverre sprake is van een ‘breach of trust’.”

* * * * *

⁷ Terzijde: zie in dat verband over de nietige overeenkomst art. 6:211 BW en de MvT daarbij.