

DE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE TRUSTBESTUURDER OPNIEUW BEKEKEN

1 Inleiding

De Nederlandse trustsector is in het afgelopen decennium sterk geprofessionaliseerd. Dit is in belangrijke mate het gevolg van de invoering van de Wet toezicht op trustkantoren (Wtt) in 2004. Die wet heeft de trustsector gereguleerd door middel van een vergunningstelsel met DNB als toezichthouder. Trustkantoren zijn sindsdien belast met een zogenoemde poortwachterfunctie op grond waarvan men bijvoorbeeld verregaand onderzoek dient te verrichten naar de doelvennootschap, de uiteindelijke belanghebbende (de *ultimate beneficial owner* of UBO), de herkomst en bestemming van geldstromen en de omliggende concernstructuur.¹ Ondanks, of misschien wel dankzij deze regulering bloeit de sector en telt Nederland inmiddels ruim 300 trustkantoren die tezamen bijna 24.000 doelvennootschappen onder beheer hebben.² Enkele jaren geleden is berekend dat de toegevoegde waarde van de trustsector aan de Nederlandse economie naar schatting EUR 1,5 miljard per jaar bedraagt.³ Het vertrouwen in het verdienmodel van ‘onze’ trustkantoren is momenteel zo groot dat (vooral buitenlandse) investeerders in de rij staan voor een investering of overname.⁴

In deze bijdrage richt ik mij op een andere ontwikkeling in de trustsector die echter wel met het voormelde lijkt samen te hangen. Die ontwikkeling is dat trustbestuurders ogenschijnlijk steeds vaker en gemakkelijker door (voormalige) cliënten, doelvennootschappen of derden aansprakelijk worden gesteld.

Er zijn verschillende gronden waarop een trustbestuurder aansprakelijk kan zijn. De Savornin Lohman heeft de belangrijkste aansprakelijkheidsgronden reeds vijftien

* Mr. S.C.M. van Thiel is advocaat bij Loyens & Loeff N.V.

1 Voor meer hierover zie: R.J. Lugard, ‘Trustkantoren en compliance – poortwachter en cultuuromslag’, *Tijdschrift voor compliance* 2005/5, p. 89 e.v.

2 De Nederlandse Bank, Trustsector groeit licht in 2012, Nieuwsbrief toezicht trustkantoren, december 2012, verkrijgbaar via www.dnb.nl.

3 Ministerie van Financiën, *Evaluatie Wet toezicht trustkantoren, Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt*, 26 april 2010, p. 6.

4 De interesse is vooral afkomstig van private-equity-partijen vanwege de voorspelbare en stabiele inkomstenstromen van trustkantoren. Intertrust werd bijvoorbeeld eind 2012 voor honderden miljoenen euro’s aan de Amerikaanse investeerder Blackstone verkocht; zie *Het Financieel Dagblad* van 5 december 2012, “Blackstone koopt trustbedrijf Intertrust”.

jaar geleden op een rij gezet.⁵ Daaraan moet thans de aansprakelijkheid van bestuurders, dus ook trustbestuurders, bij ontoelaatbare uitkeringen op grond van het ‘nieuwe’ artikel 2:216 BW worden toegevoegd.⁶ Deze aansprakelijkheidsgrond is voor de trustpraktijk zeer relevant omdat doelvennootschappen vaak tussenhouder- of financieringsvennootschappen zijn. In deze bijdrage beperk ik mij echter tot twee andere aansprakelijkheidsgronden, te weten de (interne) aansprakelijkheid van de trustbestuurder jegens de doelvennootschap op grond van onbehoorlijk bestuur (artikel 2:9 BW) en de (externe) aansprakelijkheid jegens derden, bijvoorbeeld een crediteur, op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). Op die gebieden was er vijftien jaar geleden nog geen jurisprudentie, maar inmiddels wel. Hoewel het slechts een tiental uitspraken betreft, bieden zij in samenhang gezien een dienstbare richtsnoer bij de beantwoording van vragen die in de praktijk spelen met betrekking tot de bedoelde interne en externe aansprakelijkheid van trustbestuurders. Een van die vragen is bijvoorbeeld welk gewicht er bij de beoordeling van de vraag of de trustbestuurder een ernstig verwijt treft, aan zijn beperkte betrokkenheid bij de doelvennootschap mag worden toegekend. Andere dergelijke vragen zijn bijvoorbeeld in hoeverre een trustbestuurder voor zijn handelen op informatie of adviezen van derden mag vertrouwen en of het feit dat men een trustbestuurder is, een reden voor matiging van de schadevergoedingsplicht kan zijn. Deze en andere zaken komen hierna aan de orde. Logischerwijs begin ik met de aansprakelijkheidsnorm.

2 De aansprakelijkheidsnorm

De algemeen geldende norm voor aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de vennootschap (interne aansprakelijkheid) is onveranderd sinds 1997. Een bestuurder is pas aansprakelijk indien hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of daarvan sprake is, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Tot die omstandigheden behoren onder meer de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende

5 H.A. de Savornin Lohman, ‘Aansprakelijkheid van Nederlandse trustdirecteuren’, *De Naamloze Vennootschap* 1998, p. 212-220.

6 Wet vereenvoudiging en flexibilisering van bv-recht, *Stb.* 2012, 300. Volgens de minister (*Kamerstukken I* 2011-2012, 31 058, E, p. 9) betreft de aansprakelijkheidsnorm van artikel 2:216 BW een codificatie van de jurisprudentie op het gebied van ontoelaatbare uitkeringen (HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Nimox*) en HR 6 februari 2004, *JOR* 2004/67 m.nt. F.J.P. van den Ingh (*Reinders Didam*)). Deze aansprakelijkheidsnorm zou dus niet nieuw moeten zijn. Indien men echter de tekst van artikel 2:216 BW bekijkt, is duidelijk dat die aansprakelijkheidsnorm wel (sterk) van de genoemde jurisprudentie afwijkt en er in die zin in artikel 2:216 BW dus sprake is van een nieuwe aansprakelijkheidsnorm. Eenzelfde, nieuwe aansprakelijkheidsnorm volgt uit de artikelen 2:207 BW (inkoop) en 2:208 BW (kapitaalvermindering).

richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.⁷ De Hoge Raad heeft in recente jaren duidelijk gemaakt dat de aansprakelijkheidsnorm ‘ernstig verwijt’ ook geldt voor de aansprakelijkheid van de bestuurder jegens een derde, bijvoorbeeld een aandeelhouder of crediteur van de vennootschap (externe aansprakelijkheid).⁸

Voor de trustbestuurder geldt geen andere aansprakelijkheidsnorm. Hij is aansprakelijk jegens de doelvennootschap of een derde indien hem gelet op de omstandigheden een ernstig verwijt treft. Het feit dat de trustbestuurder meestal slechts een formele bestuurder is van een instrumentele vennootschap, doet daaraan niet af. Dit bleek bijvoorbeeld uit de zaak MeesPierson Trust/Ontvanger waarin trustbestuurder MeesPierson Trust (MPT) onrechtmatig handelen jegens een crediteur van de doelvennootschap (de Ontvanger) werd verweten. Het ging in die zaak dus om *externe* aansprakelijkheid van de trustbestuurder.

Hilltop B.V., de doelvennootschap, genoot een vrijstelling van kapitaalbelasting met betrekking tot drie Duitse dochtervennootschappen onder de voorwaarde dat Hilltop de vennootschappen gedurende vijf jaren niet zou verkopen. De vennootschappen werden desondanks al na zes maanden verkocht. Daarop legde de fiscus een naheffingsaanslag kapitaalbelasting op aan Hilltop, maar Hilltop kon deze niet voldoen, onder meer omdat de koopsom met een schuld aan de koper was verrekend en daarom nooit door Hilltop was ontvangen. De Ontvanger verweet MPT dat zij als (enig) bestuurder van Hilltop onrechtmatig jegens de Ontvanger had gehandeld omdat zij ten tijde van de verkoop van de vennootschappen wist of in elk geval behoorde te weten dat Hilltop daardoor kapitaalbelasting verschuldigd zou zijn, maar er niet voor heeft gezorgd dat de koopsom daadwerkelijk aan Hilltop werd voldaan en zij evenmin de UBO heeft aangesproken voor aanvullende financiering van Hilltop. Dit verwijt past in de tweede categorie van persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder die de Hoge Raad in *Ontvanger/Roelofsen* heeft genoemd.⁹ MPT verweerde zich bij het hof onder meer door erop te wijzen dat zij als

7 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*).

8 Zie bijvoorbeeld HR 8 december 2006, *JOR* 2007/38 (*Ontvanger/Roelofsen*) en HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Sniijders (*Willemsen/Nom*).

9 HR 8 december 2006, *JOR* 2007/38 (*Ontvanger/Roelofsen*). De vermelde tweede categorie houdt in dat een bestuurder onder omstandigheden persoonlijk aansprakelijk kan zijn jegens een schuldeiser van de vennootschap indien de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt – kort gezegd in geval van verhaalsfrustratie. Het handelen of nalaten van de bestuurder moet dan ten opzichte van de crediteur zodanig onzorgvuldig zijn geweest dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, bijvoorbeeld omdat hij wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.

trustbestuurder diensten verleent aan Nederlandse vennootschappen die deel uitmaken van internationaal optredende partijen, waarbij zij, conform de algemeen aanvaarde praktijk van trustkantoren, voornamelijk administratieve en uitvoerende taken vervult, wat ook contractueel met de UBO en de doelvennootschap is vastgelegd. Ook voerde MPT aan dat zij, zoals eveneens gebruikelijk is en ook met de UBO was overeengekomen, conform de instructies van de UBO heeft gehandeld. Voorts wees MPT erop dat zij zich door de UBO had laten vrijwaren van claims van de vennootschap en derden en dat de UBO zich contractueel had verbonden om in te staan voor de nakoming van de verplichtingen van de vennootschap, waaronder ook haar fiscale schulden. Net als in eerste aanleg, mochten deze weren MPT evenwel niet baten:

“Voor zover MeesPierson Trust hiermee ingang wenst te doen vinden dat aan een ‘trustdirecteur’ niet in volle omvang de eisen gesteld kunnen worden die in het algemeen gesteld moeten worden aan het bestuur of de bestuurder van een rechtspersoon, volgt het hof haar daarin niet. De wet opent de mogelijkheden beperkingen in de bevoegdheden van het bestuur van een kapitaalvennootschap aan te brengen, doch slechts in die vorm dat zulke beperkingen in de statuten van de rechtspersoon worden opgenomen. Voor de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid is dat te vinden in art. 2:239 BW. In dit wettelijk stelsel, en met het oog op de belangen van degenen die erop moeten kunnen vertrouwen dat de vennootschap haar verplichtingen nakomt, is niet aanvaardbaar dat de bestuurder van een vennootschap zich jegens derden kan beroepen op een bij overeenkomst aangebrachte beperking van zijn taken of verantwoordelijkheden. Het kan een ‘trustdirecteur’ als MeesPierson Trust derhalve niet worden toegestaan aan schuldeisers van de door haar bestuurde vennootschap tegen te werpen dat uit de overeenkomst met haar opdrachtgever voortvloeit dat haar taken minder verstrekkend zijn dan uit de wet voortvloeit.”¹⁰

Het hof concludeerde:

“Door zich van deze omstandigheden geen of onvoldoende rekenschap te geven en toe te laten dat de aan Hilltop toekomende koopsom niet aan haar werd uitbetaald doch werd verrekend met een vordering die [A] op Hilltop pretendeerde te hebben, heeft MeesPierson Trust zich als bestuurder van de vennootschap jegens de Ontvanger zó onzorgvuldig gedragen dat haar een ernstig verwijt trefte. Evenals de rechtbank is het hof daarom van oordeel dat MeesPierson Trust jegens de Ontvanger onrechtmatig heeft gehandeld en in beginsel aansprakelijk is voor de door de ontvanger geleden schade.”¹¹

¹⁰ Hof Amsterdam 21 juli 2009, *JOR* 2009/314 m.nt. A.J. Tekstra (*MeesPierson Trust/Ontvanger*), r.o. 3.19.

¹¹ R.o. 3.29.

In cassatie bevestigde de Hoge Raad dat het hof de juiste toetsingsnorm had toegepast:

“In cassatie is (terecht) niet bestreden dat de maatstaf van een ernstig verwijt heeft te gelden bij de beantwoording van de vraag of MPT als bestuurder van de vennootschap haar taak onbehoorlijk heeft vervuld zonder dat daarbij betekenis toekomt aan het feit dat MPT als trustdirecteur optrad.”¹²

Een ander voorbeeld van expliciete toepassing van de toetsingsnorm ‘ernstig verwijt’ op een trustbestuurder, maar dan in een geval waarin het om vermeende interne aansprakelijkheid ging, is de uitspraak in de zaak Canicula/ING Management. In die zaak werd de trustbestuurder, ING Management, door de twee doelvennootschappen aansprakelijk gehouden voor vermeend onbehoorlijk bestuur in verband met een *securities lending agreement* die de trustbestuurder namens de doelvennootschappen was aangegaan. De rechtbank overwoog:

“Daarbij wordt vooropgesteld dat artikel 2:9 BW zich richt tot elke bestuurder van elke rechtspersoon naar Nederlands recht. Het artikel maakt geen onderscheid tussen, bijvoorbeeld, bestuurders van groepsvennootschappen en bestuurders van niet tot een groep behorende vennootschappen of tussen bestuurders van trustvennootschappen en bestuurders van andere vennootschappen. Het artikel richt zich dus ook tot ING Management.”¹³

“Mede tegen de achtergrond van de hiervoor aangehaalde omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat ING Management een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling kan worden gemaakt ten aanzien van haar beslissingen en gedragingen bij [...]”¹⁴

12 HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/285 m.nt. A.J. Tekstra (*MeesPierson Trust/Ontvanger*), r.o. 3.6.1.

13 Rechtbank Amsterdam 12 januari 2011, *JOR* 2011/250 m.nt. C.D.J. Bulten; r.o. 4.1.1. Ik begrijp dat het hoger beroep in deze zaak thans nog loopt.

14 R.o. 4.1.4. Overige mij bekende jurisprudentie waarin werd beoordeeld of een trustbestuurder een ‘ernstig verwijt’ trof: HR 17 december 2010, *JOR* 2011/53 m.nt. J.B.S. Hijink (*Van Nieuwburg e.a./TMF c.s.*); conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense bij HR 30 maart 2007, *LJN* AZ2656 (*Marielle Investments*); Hof Amsterdam 2 februari 2010, *JOR* 2010/334 m.nt. W.J.M. van Andel (*Financial Acceptance Corporation/Polyvesta Trust Management*); Rechtbank Rotterdam 12 december 2012, *LJN* BY7594 (*X e.a./Ye.a.*); en met betrekking tot een beperking van het bestuur tot “voor een trustkantoor kenmerkende activiteiten”: HR 6 maart 2009, *RvdW* 2009, 392 (*Westward Insurance Company*).

3 ‘Alle omstandigheden van het geval’

Dat voor een trustbestuurder dezelfde aansprakelijkheidsnorm geldt als voor een ‘gewone’ bestuurder doet er niet aan af dat de voor de trustbestuurder zo typerende beperkte betrokkenheid bij het beleid van de vennootschap als omstandigheid mee mag wegen bij de toepassing van die norm. Het Hof Amsterdam overwoog in de zaak Financial Acceptance Company e.a./Polyvesta Trust Management BV in dat verband:

“Polyvesta is een trustkantoor dat als statutair bestuurder van FAC en de overige vennootschappen de belangen diende te behartigen van al deze vennootschappen [...]. Het hof gaat daarbij ervan uit dat Polyvesta als trustkantoor met name beheerstaken had te verrichten en geen eigen beleid diende te voeren, en dat zij zich bij de uitoefening van haar beheerstaken diende te richten naar de wensen en instructies van de (ultimate) beneficial owner: Denny. Dit uitgangspunt was in het onderhavige geval ook in zoverre expliciet vastgelegd dat in de principal-party agreement tussen Denny als ‘Principal’ en Polyvesta als ‘Manager’ onder meer was bepaald dat Polyvesta ‘will duly observe and execute resolutions and general guidelines of the General Meeting of Shareholders.’ Dit (onvoldoende concreet bestreden) uitgangspunt is van belang bij de beantwoording van de vraag of Polyvesta als bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt als vereist voor toepassing van artikel 2:9 BW, omdat tot de bij bepaling daarvan in aanmerking te nemen omstandigheden onder meer behoren de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, [et cetera].¹⁵

Een ander voorbeeld is de hiervoor genoemde zaak Canicula/ING Management waarin bij de beoordeling meewoog dat de doelvennootschappen deel uitmaakten van een internationaal concern van vennootschappen die in allerlei opzichten met elkaar waren verbonden, dat de doelvennootschappen slechts houdstervenootschappen waren ten behoeve van fiscale doeleinden, dat het beleid van de doelvennootschappen door de holding werd bepaald en dat de trustbestuurder daarin niet werd gekend.¹⁶ Tot slot wijs ik als voorbeeld op de Antilliaanse zaak Mariëlle Investments/ING Bank e.a. waarin het Gemeenschappelijk Hof zelfs doorslaggevende betekenis toekende aan, onder meer, de feiten dat de doelvennootschap een offshore-vennootschap was die grotendeels door een ander werd bestuurd, die van de hoed en de rand wist en actief bij de doelvennootschap betrokken was.¹⁷

15 Hof Amsterdam 2 februari 2010, JOR 2010/334 m.nt. W.J.M. van Andel (*Financial Acceptance Corporation e.a./Polyvesta Trust Management*), r.o. 3.7.

16 R.o. 4.1.3.

17 Afgeleid uit de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense bij HR 30 maart 2007, RvdW 2007, 362 (*Mariëlle Investments/ING Bank e.a.*).

Een contractuele beperking van zijn rol en takenpakket zal de trustbestuurder dus wel in zekere mate helpen aan aansprakelijkheid te ontkomen. Daarbij moeten wel de volgende twee zaken worden bedacht.

Ten eerste is een dergelijk verweer slechts kansrijk in procedures waarin de trustbestuurder door de doelvennootschap zelf aansprakelijk wordt gesteld wegens onbehoorlijke taakvervulling (interne aansprakelijkheid). Een trustbestuurder kan met de doelvennootschap en/of UBO overeengekomen beperkingen immers niet succesvol aan derden tegenwerpen. Dit bleek onder meer uit de hiervoor geciteerde overweging van het Amsterdamse hof inzake MeesPierson Trust/Ontvanger. In dergelijke gevallen moet de trustbestuurder ‘zijn’ schade maar op grond van de gebruikelijke vrijwaring op de UBO of doelvennootschap verhalen.

Ten tweede is een dergelijk verweer slechts kansrijk in gevallen waarin de trustbestuurder de enige bestuurder van de doelvennootschap was. Zijn er meerdere bestuurders en treft een of meer van hen een ernstig verwijt, dan zal vanwege de collectieve verantwoordelijkheid in beginsel ook de trustbestuurder aansprakelijk zijn. Het verweer van de trustbestuurder is dan gericht op individuele disculpatie, wat een *uphill battle* is. Voor een succesvolle disculpatie dient de trustbestuurder op grond van lid 2 van artikel 2:9 BW aan te tonen dat de trustbestuurder, mede gelet op de aan de andere bestuurder(s) toebedeelde taken, geen ernstig verwijt treft en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het verwijtbare handelen of nalaten af te wenden. Met betrekking tot aangelegenheden die behoren tot de algemene gang van zaken, zoals bijvoorbeeld de strategie en de financiën van de vennootschap, geldt dat de trustbestuurder zich niet aan verantwoordelijkheid kan onttrekken door op een beperking van zijn takenpakket in de statuten of bestuursreglement te wijzen.¹⁸ Voorts draagt hij de bewijslast dat hem terzake geen ernstig verwijt treft en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van dat handelen of nalaten af te wenden. Met betrekking tot dat laatste merk ik op dat indien de doelvennootschap naast de trustbestuurder nog een of meer andere bestuurders heeft, die andere bestuurders in de regel slechts samen met de trustbestuurder vertegenwoordigingsbevoegd zijn (‘tweehandtekeningenstelsel’). De handtekening van de trustbestuurder onder – bijvoorbeeld – een omstreden koopovereenkomst zal op het eerste gezicht moeilijk te verenigen zijn met het verweer dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen ter voorkoming van de gevolgen van het aangaan van die overeenkomst.

¹⁸ Een beperking in de statuten (artikel 2:239 BW) zal overigens vanwege het mogelijk afbreukrisico op de fiscale *substance* niet vaak aan de orde zijn. Een taakverdeling kan echter ook in een, naar zijn aard slechts intern werkend bestuursreglement worden neergelegd; zie *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 763, nr. 3, p. 8.

Tot slot is in het kader van ‘alle omstandigheden van het geval’ (en disculpatie) een interessante vraag welk gewicht toekomt aan de contractuele bepaling die men soms wel ziet, dat de UBO zal verzorgen dat de doelvennootschap steeds in afdoende mate is gefinancierd. Ik ken geen uitspraak waarin een rechter zich hierover heeft uitgelaten. In de procedure bij het hof in de zaak MPT/Ontvanger beriep de trustbestuurder zich weliswaar op het bestaan van een dergelijke bepaling, maar op dat verweer is het hof niet ingegaan en in cassatie kwam het evenmin aan de orde.¹⁹ Het ligt voor de hand dat het enkele feit dat een dergelijke bepaling is overeengekomen, de trustbestuurder niet of nauwelijks zal helpen, in elk geval niet tegenover derden. Daarentegen zal een trustbestuurder die serieus heeft geprobeerd om op grond van een dergelijke bepaling aanvullende financiering voor de doelvennootschap van de UBO te verkrijgen, maar daarin door bepaalde oorzaken – die niet redelijkerwijs voorzienbaar waren – niet is geslaagd, slechts onder bijkomende omstandigheden een ernstig verwijt kunnen treffen.

4 Aansprakelijkheid in beginsel gevestigd?

Omdat het normatieve aansprakelijkheidskader voor een trustbestuurder gelijk is aan dat voor een ‘gewone’ bestuurder, geldt ook voor de trustbestuurder het weerlegbare vermoeden van aansprakelijkheid bij schending van een statutaire bepaling die de vennootschap beoogt te beschermen zoals bepaald in Berghuizer Papierfabriek.²⁰ Omdat een schending van een statutaire bepaling die de vennootschap beoogt te beschermen leidt tot het voormelde vermoeden, geldt zulks a fortiori in geval van een schending van een wettelijke bepaling die de vennootschap beoogt te beschermen. Betekent dit dat in geval van een schending van een bepaling uit de Wtt in beginsel aansprakelijkheid van de trustbestuurder is gegeven? Nee; de bepalingen uit de Wtt beogen de integriteit van het Nederlandse financiële stelsel te bevorderen²¹ en strekken dus niet ter bescherming van de beheerde doelvennootschappen.²² Bij gebreke aan een dergelijke relativiteit kan een schending van een norm uit de Wtt derhalve niet leiden tot in-beginsel-aansprakelijkheid als voorzien in Berghuizer Papierfabriek. Of de trustbestuurder wel of niet in strijd met de Wtt heeft gehandeld, of bijvoorbeeld met de gedragsnormen van de vereniging voor trustkantoren Holland Conquaestor,²³ kan echter, ondanks het gebrek aan

19 HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/285 m.nt. A.J. Tekstra (*MeesPierson Trust/Ontvanger*), r.o. 3.6.3.

20 HR 29 november 2002, *JOR* 2003/2 m.nt. S.M. Bartman (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*); Rechtbank Amsterdam 12 januari 2011, *JOR* 2011/250 m.nt. C.D.J. Bulten; r.o. 4.1.2.

21 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 3.

22 Vgl. W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *Toezicht op trustkantoren*, Bankjuridische reeks nr. 50, NIBESVV, Amsterdam 2004, p. 26, die de Wtt beschrijven als een integriteitswet “pur sang”.

23 www.hollandquaestor.nl.

relativiteit, wel meewegen als een omstandigheid bij de beoordeling of de trustbestuurder een ernstig verwijt treft of zich kan disculperen.²⁴

Het handelen van een bestuurder in strijd met de wettelijke en/of statutaire tegenstrijdigbelangregeling leidt niet automatisch tot het oordeel ernstig verwijt en dus aansprakelijkheid, zo volgt uit het Pluimveeslachterij-arrest.²⁵ Dit geldt derhalve ook voor trustbestuurders. Het kan bij de beoordeling van het bestaan van een ernstig verwijt echter wel zwaar meewegen. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak in de voormelde Polyvesta-zaak²⁶ en uit de memorie van toelichting bij het ‘nieuwe’ artikel 2:129/239 lid 6 BW.²⁷ Voorts ligt het voor de hand dat een overtreding van de tegenstrijdigbelangregeling, gelet op Berghuizer Papierfabriek, tot een in-beginsel-aansprakelijkheid kan leiden. De tegenstrijdigbelangregeling beoogt immers onmiskenbaar de vennootschap te beschermen.²⁸ Trustbestuurders dienen hierop, bijvoorbeeld in kwesties rondom betaling van hun eigen facturen, alert te zijn.

Op grond van Willemsen/Nom²⁹ geldt de in-beginsel-aansprakelijkheidsregel van Berghuizer Papierfabriek ook in geval van een schending van een statutaire bepaling die een individuele aandeelhouder beoogt te beschermen, derhalve in een geval van externe aansprakelijkheid (onrechtmatige daad). Dergelijke bepalingen komt men in de praktijk niet zoveel tegen, hoewel ik meen dat ook een zogenoemd ‘goedkeuringslijstje’, dat men wél geregeld in statuten ziet en dat een opsomming bevat van bestuursbesluiten die aan goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen, als een dergelijke bepaling kwalificeert wanneer het duidelijk is dat deze in de statuten is opgenomen om de enig aandeelhouder of meerderheidsaandeelhouder – dat kan ook een UBO zijn – grip op de betrokken besluitvorming te geven ter bescherming van zijn investeringen in de vennootschap.³⁰ Daar staat weer tegenover dat men in de trustsector dergelijke goedkeuringslijstjes in de regel liever vermijdt vanwege de vrees dat daarmee de fiscale *substance* wordt ondermijnd. Bovendien ligt het voor de hand dat een trustbestuurder die in strijd handelt met de belangen van de UBO, primair op grond van een toerekenbare tekortkoming onder de *principal party agreement* wordt aangesproken en niet op grond van onrechtmatige daad.

24 Vgl. K. Frielink en M. van Eersel, *Toezicht trustkantoren in Nederland*, Serie Recht en Praktijk Financieel Recht, Deventer: Kluwer 2010, p. 30-31.

25 HR 11 juni 1999, *JOR* 1999/146 (*Pluimveeslachterij*).

26 Hof Amsterdam 2 februari 2010, *JOR* 2010/334 m.nt. Van An del (*Financial Acceptance Corporation e.a./Polyvesta Trust Management*), r.o. 3.10.

27 *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 763, nr. 3, p. 13.

28 Ik wijs erop dat het Berghuizer Papierfabriek-arrest van latere datum is dan het Pluimveeslachterij-arrest en dat het in het Pluimveeslachterij-arrest ging om een bestuurder te goeder trouw, die zich niet bewust was van het bestaan van het tegenstrijdig belang, wat naar mijn mening minder verwijtbaar is dan een ‘actieve’ overtreding van een tegenstrijdigbelangregeling.

29 HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (*Willemsen/Nom*).

30 Zie mijn annotatie bij Hof Arnhem 20 december 2011, *JOR* 2012/40 (*Broekmans Beheer*).

5 Vertrouwen op derden

De trustbestuurder is voor zijn functioneren (administratie, besluitvorming, vertegenwoordiging) in belangrijke mate afhankelijk van, en dus aangewezen op informatie die hij direct of indirect van de UBO ontvangt. Die informatie maakt deel uit van “de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken”, die de Hoge Raad in *Staleman/Van de Ven* als relevante omstandigheid voor de toetsing van aansprakelijkheid heeft geduid.³¹ De trustbestuurder moet erop kunnen vertrouwen dat de door hem ontvangen informatie volstaat voor het verkrijgen van het noodzakelijke inzicht in de onderliggende aangelegenheid. Timmerman heeft de werking van het kunnen afgaan op informatie van anderen de smeerolie in een soepel draaiende motor genoemd; het bevordert economische efficiëntie en samenwerking.³² Het belang van een volledige en juiste informatievoorziening wordt in de regel contractueel onderkend door een bepaling in de *principal party agreement* waarin de UBO zich verbindt tot en instaat voor een juiste en volledige informatievoorziening aan de trustbestuurder, actief en passief. De trustbestuurder mag zich op grond van de gedragsnorm van artikel 2:9 BW evenwel niet te passief opstellen door slechts informatie af te wachten.³³ Hij is steeds verplicht om zelf het initiatief te nemen dat nodig is om te waarborgen dat hij over alle informatie beschikt die nodig is voor zijn taakvervulling.³⁴ Praktisch gezien betekent dit dat de trustbestuurder bijvoorbeeld een goed begrip moet hebben van de groepsstructuur waartoe de doelvennootschap behoort, van de functie, activiteiten en geldstromen van de doelvennootschap en in een voorkomend geval van de transactie waaraan de doelvennootschap geacht wordt deel te nemen. Daarbij hoort dat de trustbestuurder waar nodig kritische vragen stelt aan de UBO en/of zijn medebestuurders. Bij aanhoudende onduidelijkheden of twijfel, dient de trustbestuurder, gevoed met een gezonde portie wantrouwen, door te vragen en aanvullende informatie te verlangen. Indien de trustbestuurder op deze wijze te werk gaat, zal hem niet gauw een ernstig verwijt treffen. In situaties waarin de belangen zeer groot zijn of de voorliggende transactie complex is, kan het echter aangewezen zijn dat de trustbestuurder een stap verder gaat door bijstand te zoeken van een externe adviseur. Dat kan een accountant of belastingadviseur zijn, maar bijvoorbeeld ook een advocaat of (zaken)bankier. De bevoegdheid om voor rekening van

31 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*), r.o. 3.3.1.

32 L. Timmerman, ‘Vertrouwen op anderen’, *Ondernemingsrecht* 2011/52.

33 Vgl. Y. Borrius, ‘Bestuurders, manoeuvreerruimte bij het inwinnen en managen van adviezen’, *TOP* 2011, p. 280. Voor een uitvoerigere beschouwing zie M. Mussche, *Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 83, Kluwer, Deventer 2011.

34 Timmerman, t.a.p., wijst er terecht op dat er per geval een evenwicht moet worden gevonden tussen vertrouwen en gepast wantrouwen; het is een mengvorm die afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.

de UBO of doelvennootschap een dergelijke adviseur in te schakelen, is meestal ook in de *principal party agreement* vastgelegd. Als alternatief voor het inschakelen van een eigen adviseur komt het in de praktijk geregeld voor dat de trustbestuurder zich rechtstreeks in verbinding stelt, of wordt gebracht, met een adviseur die de UBO zelf heeft ingeschakeld.

Met het aanzoeken van, en ‘aftekenen’ door externe adviseurs is de trustbestuurder echter niet buiten schootsafstand. In de procedure bij het hof in de hiervoor besproken zaak MPT/Ontvanger, oordeelde het hof dat trustbestuurder MPT:

“[...] niet zonder meer [mocht] afgaan op de door haar opdrachtgever ingeschakelde belastingadviseur, en [het] lag [...] wel degelijk op haar weg om te onderzoeken wat de fiscale gevolgen voor de door haar bestuurde vennootschap konden zijn van de binnen de vennootschap ontwikkelde activiteiten. Een trustkantoor dat het bestuur van een besloten vennootschap op zich neemt is [...] volwaardig bestuurder en kan zich niet beperken tot de functie van brievenbus of secretariaat. De Nederlandse wetgeving laat zo een beperkte taakopvatting niet toe. Had MeesPierson Trust aan haar onderzoeksplicht voldaan, dan had zij moeten bemerken dat het vervreemden van aandelen die Hilltop nog geen half jaar tevoren had verworven tot gevolg kon hebben dat alsnog kapitaalbelasting zou worden geheven.”³⁵

Dit oordeel vind ik zonder nadere motivering, die ontbreekt, wel erg streng. Uit de uitspraak blijkt dat Arthur Andersen, die als belastingadviseur door de UBO was ingeschakeld, feitelijk de leiding had in de transacties en dat MPT erop had vertrouwd dat Arthur Andersen de fiscale gevolgen van de verkoop voor de doelvennootschap had onderzocht. Mogelijkerwijs speelt in dit geval mee dat MPT niet op een advies van Arthur Andersen had vertrouwd, maar op het feit dat Arthur Andersen niet van zich had laten horen. Een dergelijke houding vond het hof te passief. Hoewel het oordeel van het hof sterk verweven is met de feiten en ik die feiten slechts ken voor zover zij uit de uitspraak blijken, heb ik moeite met deze uitkomst.³⁶ Een trustbestuurder dient weliswaar bedacht te zijn op fiscale consequenties, te meer omdat zijn fiscale kennis en ervaring, mede gelet op de aard van de doelvennootschappen, in de regel groter zal zijn dan die van een ‘gewone’ bestuurder, zodat er in dergelijke omstandigheden misschien meer van de trustbestuurder mag worden verwacht, maar ik vraag mij af of de actieve onderzoeksplicht die het hof in dit geval voor de trustbestuurder aanneemt niet (veel) verder gaat dan “het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult” zoals het laatste

³⁵ Hof Amsterdam 21 juli 2009, *JOR* 2009/314 m.nt. A.J. Tekstra (*MeesPierson Trust/Ontvanger*), r.o. 3.25.

³⁶ Vgl. paragraaf 2.28 van de conclusie A-G Keus bij HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/285 m.nt. A.J. Tekstra (*MeesPierson Trust/Ontvanger*).

gezichtspunt luidt dat de Hoge Raad in *Staleman/Van de Ven* heeft geformuleerd en dat toch nog steeds het richtsnoer is.³⁷

Het andere uiterste is misschien wel het oordeel in de genoemde zaak *Canicula/ING Management*.³⁸ Nadat de trustbestuurder door de UBO bij memorandum was geïnstrueerd om namens de doelvennootschap de betrokken *securities lending agreement* aan te gaan, had de trustbestuurder aan de UBO een aantal vragen over de achtergrond van deze overeenkomst gesteld. Het antwoord van de UBO luidde dat een eerdere, vergelijkbare transactie succesvol was verlopen en zij vertrouwen had in de lener, waarna de trustbestuurder de overeenkomst namens de doelvennootschap is aangegaan. Deze gang van zaken gaf volgens de rechtbank geen blijk van onbehoorlijk bestuur, terwijl de trustbestuurder zich toch ogenschijnlijk erg passief had opgesteld.

Waar het voormelde in mijn ogen op neerkomt, is dat de trustbestuurder per geval een gepaste mix moet weten te vinden van vertrouwen op informatie en adviezen van derden enerzijds en zijn eigen, actieve analyse anderzijds.³⁹ Dat is niet altijd eenvoudig, maar met een kritische blik en gezond verstand komt men een heel eind.

6 Matiging

Indien de rechter oordeelt dat een trustbestuurder schadeplichtig is jegens de doelvennootschap of een derde, mag hij op grond van artikel 6:109 lid 1 BW de schadevergoedingsverplichting matigen indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Of matiging op zijn plaats is, en zo ja, in welke mate, moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. De wettekst noemt als voorbeelden van dergelijke omstandigheden onder meer de aard van de aansprakelijkheid en de tussen partijen bestaande rechtsverhouding. Een beroep op de aard van de aansprakelijkheid als matigende omstandigheid zal de trustbestuurder in de onderhavige gevallen waarschijnlijk niet baten omdat op hem een schuldaansprakelijkheid rust (op grond van artikel 2:9 of 6:162 BW) en niet een risicoaansprakelijkheid. Er is in geval van een ernstig verwijt ook sprake van een hoge mate van schuld. Bij de tussen partijen bestaande rechtsverhouding kan worden gedacht aan de contractuele relatie tussen de trustbestuurder en de doelvennootschap (inclusief de taakopdracht van artikel 2:9 BW) of UBO, maar ook dit

³⁷ HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*), r.o. 3.3.1.

³⁸ Rechtbank Amsterdam 12 januari 2011, *JOR* 2011/250 m.nt. C.D.J. Bulten; r.o. 4.1.4.

³⁹ Specifiek met betrekking tot de voor de trustsector relevante vraag welke waarde het bestuur in geval van een uitkering ex artikel 2:216 BW mag hechten aan een continuïteitsverklaring van een accountant bij de uitvoering van de uitkeringstest, verwijs ik naar de Nadere Memorie van Antwoord bij het wetsvoorstel Flex BV; *Kamerstukken I* 2011-2012, 31 058, E, p. 9.

lijkt mij geen omstandigheid die kan leiden tot matiging nu het verplichtingen betreft die de trustbestuurder vrijwillig is aangegaan.⁴⁰ Een omstandigheid die wél tot matiging kan leiden is de hoogte van het honorarium van de trustbestuurder, zo overwoog de Hoge Raad in de zaak MPT/Ontvanger:

*“Het onderdeel klaagt terecht dat het hof heeft miskend dat het bij matiging niet gaat om de aansprakelijkheid doch om de hoogte van de schadevergoeding. Bij dit laatste kan de omvang van het ontvangen honorarium een van de relevante omstandigheden zijn waarmee de rechter rekening kan houden.”*⁴¹

Omdat matiging sterk afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, de rechter bij de toepassing van de matigingsbevoegdheid terughoudend moet zijn en hij een eventuele toepassing daarvan deugdelijk zal moeten motiveren,⁴² is het aangewezen dat de trustbestuurder zijn beroep op matiging uitvoerig motiveert en met feiten onderbouwt.

Voor de volledigheid merk ik op dat op grond van lid 2 van artikel 6:109 BW geldt dat geen matiging mag geschieden tot een lager bedrag dan waarvoor de trustbestuurder zijn aansprakelijkheid door verzekering heeft gedekt. Trustbestuurders zijn vrijwel altijd op grond van een D&O-polis of soortgelijke polis voor de gevolgen van aansprakelijkheid verzekerd. De door de verzekeringspolis gedekte som vormt derhalve de bodem voor matiging.

7 Exoneratie, decharge en vrijwaring

Ter afsluiting van deze bijdrage behandeling ik drie contractuele bepalingen waarmee trustbestuurders zich in de praktijk tegen aansprakelijkheid en de gevolgen daarvan proberen te beschermen; de exoneratiebepaling, de dechargebepaling en de vrijwaringsbepaling.

De exoneratiebepaling is opgenomen in de *management agreement*, de overeenkomst met de doelvennootschap. Zij betreft een op voorhand gegeven, gehele of gedeeltelijke uitsluiting van aansprakelijkheid van de trustbestuurder. De exoneratie beschermt slechts tegen aansprakelijkheid jegens de doelvennootschap (interne aansprakelijkheid). Een veelvoorkomende exoneratiebepaling is dat de trustbestuurder slechts aansprakelijk is voor zover zijn aansprakelijkheidsverzekering daarvoor dekking biedt of tot een bedrag dat gelijk is aan de vergoeding die de trustbestuurder in een bepaald jaar of aantal jaren voor zijn werkzaamheden heeft ontvangen. In het

40 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, nr. 181.

41 HR 8 juli 2011, *JOR* 2011/285 m.nt. A.J. Tekstra (*MeesPierson Trust/Ontvanger*), r.o. 3.7.1.

42 HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 510.

algemeen geldt dat exoneraties geen werking hebben in gevallen van opzet of bewuste roekeloosheid.⁴³ De *management agreement* voorziet daarom vrijwel altijd in een uitzondering voor opzet of bewuste roekeloosheid, in het Engels vaak verwoord met *wilful misconduct or gross negligence*. Maar zelfs met deze uitzondering inbegrepen is het de vraag of de trustbestuurder zich in voorkomende gevallen met succes op de exoneratiebepaling kan beroepen. Aangenomen wordt namelijk dat een exoneratie onverenigbaar is met de strekking van artikel 2:9 BW, het in beginsel dwingendrechtelijke karakter van Boek 2 en met de maatschappelijke positie van de bestuurder als bewaker van de bij de vennootschap betrokken belangen. Voorts lijkt een exoneratie ongepast omdat de bestuurder eerst aansprakelijk kan zijn jegens de vennootschap indien hem een ernstig verwijt treft, wat in termen van schuldgradatie ‘gewone’ nalatigheid overstijgt.⁴⁴ Ik ken geen jurisprudentie waarin een rechter oordeelt over een beroep door een trustbestuurder op een exoneratiebepaling. In de voormelde zaak *Canicula/ING Management* verweerde de trustbestuurder zich weliswaar onder meer met een dergelijk beroep, maar aan de beoordeling daarvan kwam de rechtbank niet toe omdat de trustbestuurder geen ernstig verwijt trof.⁴⁵

Door het verlenen van decharge verleent de doelvennootschap kwijting aan de trustbestuurder voor mogelijke interne aansprakelijkheid. Decharge biedt derhalve geen bescherming tegen externe aansprakelijkheid. Anders dan een exoneratie heeft decharge betrekking op reeds verrichte handelingen van de trustbestuurder, zelfs indien deze de doelvennootschap opzettelijk of onzorgvuldig nadeel heeft toegebracht.⁴⁶ De reikwijdte van de decharge is beperkt omdat zij zich niet uitstrekt tot

43 Vgl. HR 3 juli 1938, *NJ* 1938, 920 (*Bovag I*), HR 31 december 1993, *NJ* 1995, 389, m.nt. C.J.H. Brunner (*Matatag/De Schelde*), HR 5 september 1997, *NJ* 1998, 63 m.nt. R.E. Japikse (*Gerling/Hanno*) en HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 208 (*Gemeente Stein/Driessen*). In het laatstgenoemde arrest overwoog de Hoge Raad in r.o. 3.6.1: “Een exoneratieclausule als de onderhavige dient, en diende ook naar het ten tijde van het ongeval geldende recht, buiten toepassing te blijven voor zover die toepassing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Zulks zal in het algemeen het geval zijn indien de schade is te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid [...]”.

44 Asser/Maaijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 482; H.A. de Savornin Lohman, ‘Aansprakelijkheid van Nederlandse trustdirecteuren’, *De Naamloze Vennootschap* 1998, p. 219. Vgl. voorts HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 m.nt. G.J. Scholten (*Saladin/HBU*) waarin de Hoge Raad overwoog dat het antwoord op de vraag of het een partij vrijstaat om een beroep op uitsluiting van aansprakelijkheid te doen, afhangt van de omstandigheden van het geval, zoals de zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding is tot stand gekomen en de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest.

45 Rechtbank Amsterdam 12 januari 2011, *JOR* 2011/250 m.nt. C.D.J. Bulten; r.o. 4.2.

46 Vgl. HR 20 oktober 1989, *NJ* 1990, 308 m.nt. J.M.M. Maaijer (*Ellem/De Bruin*) r.o. 3.3.

informatie waarover de aandeelhouder buiten het verband van de aandeelhoudersvergadering de beschikking heeft gekregen.⁴⁷ Het komt in de praktijk voor dat de UBO zich in de *principal party agreement* (en soms ook de *management agreement*)⁴⁸ verbindt om tijdens de jaarlijkse algemene vergadering van aandeelhouders de trustbestuurder te (doen) dechargeren voor zijn activiteiten in het desbetreffende financiële jaar, op grond van de voorliggende jaarstukken. De vraag is wat de waarde van een dergelijke bepaling is. Zij zit immers materieel wel erg dicht tegen een exoneration aan met de daaraan klevende beperkingen die ik hiervoor beschreef. Ik verwacht daarom dat het in veel gevallen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht dat de trustbestuurder zich op nakoming van een dergelijke dechargebepaling beroept. De trustbestuurder zal in dat geval moeten proberen om zijn schade (bestaande uit de schade die hij aan de doelvennootschap moet vergoeden) op de UBO te verhalen op grond van een toerekenbare tekortkoming onder de *principal party agreement*.

De vrijwaringsbepaling tot slot beoogt de trustbestuurder te compenseren voor vermogensschade die hij lijdt als gevolg van aanspraken van derden in verband met zijn functioneren als bestuurder van de doelvennootschap. De vrijwaring wordt in de praktijk door zowel de doelvennootschap als de UBO afgegeven. De kracht van de vrijwaring die de doelvennootschap geeft, is beperkt omdat aangenomen wordt dat de vrijwaring, net als een exoneration, onverenigbaar is met de strekking van artikel 2:9 BW.⁴⁹ De toegevoegde waarde zit hem dan vooral in de dekking van kosten voor juridische bijstand in gevallen waarin vast komt te staan dat de trustbestuurder geen ernstig verwijt treft en op hem derhalve geen schadevergoedingsplicht rust. De voormelde beperking geldt niet voor een vrijwaring die door de UBO is gegeven. Voorts is de vrijwaring door de vennootschap niet per se krachtig omdat de vennootschap in geval van faillissement, juist wanneer de trustbestuurder een verhoogd risico loopt om door derden aansprakelijk te worden gesteld, waarschijnlijk geen of onvoldoende verhaal biedt. Dat risico is in geval van een vrijwaring die door een UBO wordt gegeven doorgaans kleiner. Daarentegen bevindt de UBO zich in de regel in het (verre) buitenland, wat het verhaal op de UBO kan belemmeren.

8 Conclusie

- Voor een trustbestuurder geldt dezelfde aansprakelijkheidsnorm als voor een ‘gewone’ bestuurder. De trustbestuurder is aansprakelijk jegens de doelvennootschap of een derde indien hem gelet op de omstandigheden een ernstig verwijt

47 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*).

48 Indien de UBO partij is bij die overeenkomst.

49 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 483.

- treft. De trustbestuurder kan zich jegens een derde niet beroepen op een met de doelvennootschap of UBO overeengekomen beperking van zijn taken of verantwoordelijkheden.
- De beperkte betrokkenheid van de trustbestuurder bij het beleid van de vennootschap mag echter wel als omstandigheid meewegen bij de beoordeling of er sprake is van een ernstig verwijt.
 - Ook voor de trustbestuurder geldt het weerlegbare vermoeden van aansprakelijkheid bij schending van een statutaire bepaling die de vennootschap beoogt te beschermen zoals in Berghuizer Papierfabriek voorzien. Het ligt voor de hand dat een schending van de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling tot een dergelijk vermoeden kan leiden. Dit geldt echter niet voor een schending van een bepaling uit de Wtt.
 - De trustbestuurder zal per geval een gepaste mix moeten vinden van vertrouwen op informatie en adviezen van derden enerzijds en zijn eigen, actieve analyse anderzijds.
 - De trustbestuurder zal een beroep op matiging uitvoerig moeten motiveren en met feiten onderbouwen. De hoogte van het honorarium van de trustbestuurder is een omstandigheid die tot matiging kan leiden.
 - Het is onwaarschijnlijk dat een trustbestuurder die door de doelvennootschap op grond van onbehoorlijk bestuur wordt aangesproken, zich met succes op een exoneratiebepaling kan beroepen.
 - Het zal in veel gevallen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar worden geacht dat de trustbestuurder die door de doelvennootschap aansprakelijk wordt gesteld, zich op nakoming van een dechargebepaling beroept.
 - De kracht van de vrijwaring die de doelvennootschap geeft is beperkt. De toegevoegde waarde zit hem vooral in de dekking van kosten voor juridische bijstand buiten faillissement.