

## VOORWOORD

Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen is geen nieuw verschijnsel. Al vóór de *Wet van 2 juli 1928 tot wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de naamlooze vennootschap en regeling van de aansprakelijkheid voor het prospectus* (Stb. 1928, 216) kende het Wetboek van Koophandel aansprakelijkheidsregels. Afgezien van enkele bijzondere vormen van externe aansprakelijkheid zoals de oprichters- en balansaansprakelijkheid, ging het vooral om de interne aansprakelijkheid jegens de vennootschap wegens onbehoorlijke taakvervulling. In zijn commentaar op artikel 47c WvK, dat niet wezenlijk anders was dan het huidige artikel 2:9 BW, schreef E.J.J. van der Heijden in de eerste druk van zijn Handboek uit 1929 (nr. 257):

“Wie een leidende functie aanvaardt, staat in voor het bezitten van die hoedanigheden, welke kennelijk en met reden bij hem worden verwacht. In juridischen zin is er schuld niet alleen bij handelen tegen beter inzicht en vermogen, doch ook bij handelen zonder inzicht en vermogen, waar die aanwezig hadden moeten zijn.”

Van recentere datum is de wettelijke regeling van aansprakelijkheid voor het boedeltekort in faillissement en voor niet betaalde belasting- en premieschulden. Deze regels, die onder meer hebben geleid tot de artikelen 2:138/248 BW, traden op 1 januari 1987 in werking in het kader van de zogenaamde anti-misbruikwetgeving. In de eerste jaren na invoering werd er weinig gebruik van gemaakt. Dat gold overigens van oudsher ook voor de interne aansprakelijkheid: bestuurders waren niet snel geneigd zichzelf of hun voorgangers aansprakelijk te stellen.

Anno 2017 zien we een geheel ander beeld. Bestuurdersaansprakelijkheid, zowel intern als extern, is niet meer weg te denken uit het rechtspersonenrecht. Ook commissarissen worden in toenemende mate aansprakelijk gehouden, en dan voor falend toezicht. Dat laatste kwam overigens vroeger ook wel eens voor, getuige de mededeling van Van der Heijden in de derde druk van zijn Handboek uit 1936 (nr. 289) dat de verzekering van de aansprakelijkheid van commissarissen mogelijk was geworden op een polis van de *N.V. Brand Maatschappij van 1790 te Amsterdam*.

De hierbij als deel 140 in onze Serie verschijnende bundel laat zien hoe rijk en divers dit rechtsgebied inmiddels is geworden. De redactie was in handen van

prof. mr. Gerard van Solinge, mr. drs. Jaron van Bakkum, mr. Nadia Kreileman en mr. Ben Schuijling. De wetenschappelijke leiding van het Van der Heijden Instituut zijn hen, de auteurs van de bijdragen, als ook Berend Veenstra, student-assistent bij het Van der Heijden Instituut, dank verschuldigd voor het vele werk dat zij hebben verricht. Met de redactie van de bundel spreken wij de hoop en verwachting uit dat deze nadere terreinverkenning in het uitdijende rechtsgebied van de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen een waardevolle bijdrage zal leveren aan het juridisch discours.

*G. van Solinge*

*M. van Olffen*

*M.P. Nieuwe Weme*

*C.D.J. Bulten*

## VERKORTE INHOUDSOPGAVE

Voorwoord	V
<b>Inleiding</b>	
1. Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen <i>G. van Solinge, J. van Bekkum, N. Kreileman en B.A. Schuijling</i>	1
<b>Cluster I: Hoofdlijnen</b>	
2. Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid <i>L. Timmerman</i>	25
3. Beoordeeld door anderen. Het werkelijke risico voor bestuurders en commissarissen <i>J.W. Winter</i>	41
4. Rechtseconomische grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid <i>B.J. de Jong</i>	55
5. Bange bestuurders revisited <i>N.T. Pham</i>	81
6. In hoeverre beschermt de rechtspersoon tegen privéaansprakelijkheid en zou dit beter moeten? <i>J. van Bekkum</i>	93
<b>Cluster II: Aansprakelijkheid van verschillende soorten bestuurders en commissarissen</b>	
7. Aansprakelijkheid van niet-statutaire leden van de Executive Committee - als waren het bestuurders? <i>Ch.E. Honée</i>	111
8. Formeel of feitelijk bestuurder; maakt het verschil? <i>J.N. Schutte-Veenstra</i>	129
	VII

9. 'Piercing the corporate director' – Over de (on)zin van art. 2:11 BW en art. 106a lid 2 Fw <i>M.L. Lennarts</i>	157
10. De aansprakelijkheid van de niet-uitvoerende bestuurder ex art. 2:138 en 2:248 BW <i>N. Kreileman</i>	201
11. Aansprakelijkheid van commissarissen, in het bijzonder van leden van auditcommissies <i>U.B. Verboom</i>	221
12. De taak en de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen bij stichtingen naar huidig en komend recht <i>E. Schmieman</i>	263
13. Aansprakelijkheid van door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen <i>Y. Borrius</i>	289
14. De aansprakelijkheid van de overheidscommissaris <i>T.C.A. Dijkhuizen</i>	303

**Cluster III: Verhaalfustratie**

15. Bestuurdersaansprakelijkheid wegens benadeling van schuldeisers en de samenhang met pauliana <i>R. van den Sigtenhorst en B. Winters</i>	321
16. Selectie van betalingen – Afrekenen in de twilight zone <i>Ph.W. Schreurs</i>	351
17. Aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders bij winstuitkeringen bij een BV: terechte onrust? <i>S.C.E.F. Moulen Janssen</i>	377

**Cluster IV: Draagplicht**

18. Taakverdeling, disculpatie en draagplicht <i>B.A. Schuijling en S.C.J.J. Kortmann</i>	399
19. De dans ontspringen door decharge? <i>C.D.J. Bulten en N. Kreileman</i>	417

20. Exoneratie en vrijwaring voor bestuurders en commissarissen van vennootschappen <i>G.H. Potjewijd, M. van Olffen en A. van Breda</i>	445
21. Dekking onder D&O verzekeringen <i>H. Londonck Sluijk</i>	459
22. Een klachtplicht bij interne bestuurdersaansprakelijkheid? <i>R.P.J.L. Tjittes</i>	473
<b>Cluster V: Raakvlakken met andere rechtsgebieden</b>	
23. Van wanbeleid naar aansprakelijkheid <i>G. van Solinge</i>	489
24. Wanbeleid, kostenverhaal en aansprakelijkheid: een <i>fact check</i> <i>S.J. van Calker</i>	521
25. Fiscale bestuurdersaansprakelijkheid <i>A.J. Tekstra</i>	547
26. Bestuurdersaansprakelijkheid bij schending van financieelrechtelijke toezichtsregels <i>T.M.C. Arons en D. Busch</i>	563
27. Bijzonderheden van bestuurdersaansprakelijkheid in de zorg <i>S.L. Rive</i>	589
28. Mediation: denkbaar alternatief voor een bestuurdersaansprakelijkheidprocedure? <i>B.F. Assink en P.E. Ernste</i>	613
<b>Cluster VI: Internationale dimensie</b>	
29. Internationale en interregionale bevoegdheid van de Nederlandse rechter in geschillen over de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen <i>R.B. van Hees</i>	637
30. Het toepasselijk recht op de vordering uit onrechtmatige daad jegens de bestuurder: keuzevrijheid versus rechtszekerheid? <i>L.P. Kortmann</i>	661

31. Bestuurdersaansprakelijkheid in België: een veelkoppige draak die zelden vuur spuwt <i>R. Tas en C. Hotterbeekx</i>	683
32. De Business Judgment Rule in Delaware, Duitsland en Nederland Over de wenselijkheid van invoering in Nederland <i>C.F. Deelen</i>	715
33. Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen in de Caribische delen van het Koninkrijk <i>K. Frielink</i>	731

## UITGEBREIDE INHOUDSOPGAVE

### Inleiding

1. Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen 1  
*G. van Solinge, J. van Bekkum, N. Kreileman en B.A. Schuijling*

### Cluster I: Hoofdpijnen

2. Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid 25  
*L. Timmerman*
  1. “Principles” of “doctrine” 25
  2. Rechtspolitieke keuze 25
  3. Verhouding tot het algemene aansprakelijkheidsrecht 27
  4. Drie algemene beginselen en twee specifieke beginselen 28
  5. Het petten-beginsel 28
  6. Het beginsel van het samengesteld karakter 31
  7. Het beginsel van de maatman-bestuurder 32
  8. Wetenschap van benadeling van schuldeisers 32
  9. Voorzienbare schade aan het vennootschappelijk belang 33
  10. Een nieuwe variant van bestuurdersaansprakelijkheid, gebaseerd op onrechtmatige daad 35
  11. Artikel 2:11 BW 38
  12. Tussenconclusie 38
  13. Artikel 2:138/248 BW 39
  14. Eindconclusie 40
3. Beoordeeld door anderen. Het werkelijke risico voor bestuurders en commissarissen 41  
*J.W. Winter*
  1. Wat is het aansprakelijkheidsrisico nu echt? 42
  2. Beoordeling en formalisering 46
  3. Voorbeelden 48
  4. De impact in de boardroom 52

4.	Rechtseconomische grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid	55
	<i>B.J. de Jong</i>	
1.	Inleiding	55
2.	De rechtseconomische gereedschapskist	57
2.1.	Mensbeeld	57
2.2.	Welvaart en efficiëntie	57
2.3.	Risicohouding	58
2.4.	De rechtseconomische visie op het aansprakelijkheidsrecht	59
2.5.	Vermogensschade: slechts herverdeling van welvaart?	60
2.6.	De onderneming als bundel afspraken (nexus of contracts)	61
2.7.	Belangenconflicten (agency problematiek)	62
2.8.	De kapitaalvennootschap en negatieve externe effecten	63
3.	Interne bestuurdersaansprakelijkheid	64
3.1.	De rechtsverhouding tussen bestuurder en rechtspersoon	64
3.2.	Rechterlijke toetsing van ondernemingsbeslissingen; de business judgment rule en ernstige verwijtbaarheid	66
3.3.	Efficiënte wetsovertredingen	68
4.	Externe aansprakelijkheid	71
4.1.	Inleiding	71
4.2.	Doorbraak van aansprakelijkheid als middel om negatieve externe effecten te internaliseren	72
4.3.	De optimale mate van afschrikking (deterrence)	73
5.	Afwenteling van aansprakelijkheid en gedragsprikkel	75
5.1.	Exoneratie ('vrijtekening') en decharge	75
5.2.	Verzekering en vrijwaring	76
6.	Conclusie	78
5.	Bange bestuurders revisited	81
	<i>N.T. Pham</i>	
1.	Inleiding	81
2.	Het risico van aansprakelijkheid: feiten en perceptie	81
3.	Bestuurdersaansprakelijkheid in cijfers	83
4.	Bonafide bestuurders hebben niets te vrezen?	88
5.	Wie is de bonafide bestuurder?	90
6.	Slot	91
6.	In hoeverre beschermt de rechtspersoon tegen privéaansprakelijkheid en zou dit beter moeten?	93
	<i>J. van Bekkum</i>	
1.	Inleiding	93
2.	Bescherming van privévermogen door rechtspersonen	94
3.	Onvoldoende duidelijkheid over bescherming door rechtspersonen	98



4. Bescherming door rechtspersonen: een suggestie	101
5. Conclusie	107

## **Cluster II: Aansprakelijkheid van verschillende soorten bestuurders en commissarissen**

7. Aansprakelijkheid van niet-statutaire leden van de Executive Committee - als waren het bestuurders?	111
<i>Ch.E. Honée</i>	
1. Inleiding	111
2. Relevante aansprakelijkheidsaspecten in het algemeen	113
3. De aansprakelijkheidspositie van de niet-statutaire leden van de Exco	120
4. Conclusie	126
8. Formeel of feitelijk bestuurder; maakt het verschil?	129
<i>J.N. Schutte-Veenstra</i>	
1. Inleiding	129
2. Verschillende bestuurdersbegrippen	129
3. Feitelijk bestuurder in de zin van art. 2:138/2:248 lid 7 BW	131
3.1. Inleiding	131
3.2. Beleidsbepaling als een bestuurder	131
3.3. Functies en/of hoedanigheden van een feitelijk bestuurder	134
4. Aansprakelijkheid bestuurder ex art. 2:138/2:248 BW	137
4.1. Inleiding	137
4.2. Aansprakelijkheidsnorm	137
4.3. Causaal verband kennelijk onbehoorlijk bestuur en faillissement	139
4.4. Disculpatie	140
5. Jurisprudentieonderzoek art. 2:138/2:248 BW	141
6. Aansprakelijkheid bestuurder ex art. 6:162 BW	146
6.1. Aansprakelijkheidsnorm	146
6.2. Aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder op grond van art. 6:162 BW	148
6.3. Jurisprudentieonderzoek art. 6:162 BW	149
6.3.1. Feitelijk bestuurder	149
6.3.2. Schending zorgvuldigheidsnorm door feitelijke bestuurder	152
7. Concluderende opmerkingen	154
9. 'Piercing the corporate director' – Over de (on)zin van art. 2:11 BW en art. 106a lid 2 Fw	157
<i>M.L. Lennarts</i>	
1. Inleiding	157
2. De rechtspersoon-bestuurder in de EU	158

3.	Doel en karakter van art. 2:11 BW	161
4.	Vraagpunten bij de toepassing van art. 2:11 BW	163
4.1.	Wat moet worden verstaan onder “aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder” in de zin van art. 2:11 BW?	163
4.1.1.	Inleiding	163
4.1.2.	Toepasselijkheid van art. 2:11 BW op bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW: doctrine, wetsgeschiedenis en een recent arrest van de Hoge Raad	164
4.1.3.	Intermezzo: toepassing van art. 2:11 BW op bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:216 lid 3 BW	169
4.1.4.	Toepasselijkheid van art. 2:11 BW op bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW: de jurisprudentie	170
4.1.4.1.	Jurisprudentie waarin de indirecte bestuurder rechtstreeks aansprakelijk wordt gehouden ex art. 6:162 BW	170
4.1.4.2.	Jurisprudentie waarin o.d-aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW wordt doorgeschakeld	172
4.2.	Toepassing op beleidsbepalers bij doorschakeling van aansprakelijkheid o.g.v. art. 2:138/248 BW en art. 2:216 BW?	175
4.3.	Toepassing op buitenlandse rechtspersoon-bestuurders?	179
4.3.1.	De wetsgeschiedenis	179
4.3.2.	De jurisprudentie van de Hoge Raad	179
4.3.3.	De literatuur	181
4.3.4.	Is het ‘lek’ te dichten door regelgeving?	183
4.3.5.	Is regelgeving wel nodig?	184
4.4.	Art. 2:11 BW en de personenvennootschap	187
4.4.1.	Aansprakelijkheid van de (middellijk) bestuurder van een rechtspersoon die optreedt als beherend vennoot van een VOF of CV	187
4.4.2.	De VOF of CV als bestuurder van een rechtspersoon naar huidig en komend recht	189
5.	Het bestuursverbod en de indirecte bestuurder	191
5.1.	Het zusje van art. 2:11: art. 106a lid 2 Fw	191
5.2.	Doorschakeling van een bestuursverbod: geen automatisme	191
5.3.	‘Droste-effect’ ook bij toepassing van art. 106a lid 2 FW?	193

5.4. Geen toepassing van 106a lid 2 Fw op een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder	194
5.5. Een Europese oplossing?	196
6. Is een andere regeling van de rechtspersoon-bestuurder gewenst?	197
10. De aansprakelijkheid van de niet-uitvoerende bestuurder ex art. 2:138 en 2:248 BW	201
<i>N. Kreileman</i>	
1. Inleiding	201
2. Kennelijk onbehoorlijke taakvervulling	202
3. Bewijsvermoedens	204
4. Disculpatie	209
4.1. Geen persoonlijk verwijt	210
4.2. Maatregelen	213
4.2.1. De feitelijke of normatieve wetenschap van de niet-uitvoerende bestuurder	213
4.2.2. Het treffen van maatregelen om de gevolgen van de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling af te wenden	216
5. Afronding	218
11. Aansprakelijkheid van commissarissen, in het bijzonder van leden van auditcommissies	221
<i>U.B. Verboom</i>	
1.1. Inleiding	221
1.2. Taken RvC en auditcommissie en richtsnoer	222
1.2.1. Taken RvC	222
1.2.1a Kerntaak I: Toezicht	223
1.2.1b Kerntaak II: Advies	224
1.2.1c Andere, meer autonome (wettelijke) taken en bevoegdheden	225
1.2.2. Grondslag en taken van de auditcommissie	227
1.2.3. Richtsnoer	229
1.3. Mate waarin toezicht dient te worden gehouden	230
1.4. Enkele uitgangspunten bij commissarissenaansprakelijkheid	233
1.4.1. Afgeleide aansprakelijkheid	233
1.4.2. Collectieve verantwoordelijkheid en hoofdelijke aansprakelijkheid	233
1.5. Wettelijke grondslagen en aansprakelijkheidsnorm	235
1.5.1. Convergentie van normen	235
1.5.2. Concrete(re) invulling aansprakelijkheidsnorm commissarissen per grondslag	236
1.5.2a Interne aansprakelijkheid jegens de vennootschap (art. 2:9 BW)	236
1.5.2b Externe aansprakelijkheid in geval van faillissement (art. 2:138/248 BW)	237

1.5.2c	Externe aansprakelijkheid als mede-beleidsbepaler in geval van faillissement (art. 2:138/248 lid 7 BW)	238
1.5.2d	Externe aansprakelijkheid jegens derden op grond van onrechtmatige daad, onder meer voor publicatie van een misleidend prospectus (art. 6:162 BW)	238
1.5.2e	Externe aansprakelijkheid – balansaansprakelijkheid (art. 2:150/260 BW)	240
1.5.2f	Aansprakelijkheid voor het verrichten van bestuurshandelingen (art. 2:151/261 BW)	240
1.5.3.	Aansprakelijkheidsrisico leden auditcommissies	241
1.6.	Disculpatie	244
1.6.1.	Taakverdeling, informatie ‘haalplicht’ en reliance	245
1.6.2.	Maatregelen getroffen	249
1.7.	Categorieën van onbehoorlijke taakvervulling	251
1.8.	Conclusie	260
12.	De taak en de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen bij stichtingen naar huidig en komend recht	263
	<i>E. Schmieman</i>	
1.	Inleiding	263
1.1.	Introductie	263
1.2.	Inhoud van deze bijdrage	264
2.	Het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen	264
2.1.	Doel van het wetsvoorstel	264
2.2.	Korte inhoud van het wetsvoorstel	265
2.3.	De opzet van het wetsvoorstel	265
3.	De raad van commissarissen	266
3.1.	Huidige situatie	266
3.2.	Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen	267
3.2.1.	Uniforme grondslag voor de instelling van een raad van commissarissen	267
3.2.2.	Taak van de raad van commissarissen	268
3.2.2.1.	Situatie waarin een deel van de taak van de raad van commissarissen wordt uitgeoefend	269
3.3.	Verbod van rechtspersoon-commissaris	270
4.	De norm waarnaar bestuurders en commissarissen zich moeten richten	271
4.1.	Huidige situatie	271
4.2.	Het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen	272
4.2.1.	Uniforme norm voor taakvervulling	272
4.2.2.	Rechtspersoon in plaats van vennootschap	274
4.2.3.	Onderneming of organisatie in plaats van onderneming	275

5.	Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen jegens de stichting voor onbehoorlijke taakvervulling	276
5.1.	Huidige situatie	276
5.1.1.	Bestuurders	276
5.1.2.	Disculpatie	278
5.2.	Commissarissen	279
5.3.	Het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen	279
5.3.1.	Bestuurders	279
5.3.2.	Commissarissen	280
6.	Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen jegens de stichting voor onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement	281
6.1.	Huidige situatie	281
6.2.	Het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen	282
6.2.1.	Gelijktrekking van de regels omtrent aansprakelijkheid in faillissement	282
6.2.2.	Uitzonderingspositie voor onbezoldigde bestuurders en commissarissen	283
6.2.3.	De plaatsing van de regels omtrent faillissementsaansprakelijkheid	285
6.2.3.1.	Faillissementsaansprakelijkheid (toch weer) in Boek 2 BW	285
6.2.3.2.	Faillissementswet is wetssystematisch de beste plaats	285
6.2.3.3.	Plaatsing in de faillissementswet leidt niet tot omzeiling van de regels	286
7.	Conclusie	288
13.	Aansprakelijkheid van door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen	289
	<i>Y. Borrius</i>	
1.	Inleiding	289
2.	De positie van de OK-bestuurder	290
2.1.	Hoedanigheid van OK-bestuurder	290
2.2.	Taken en bevoegdheden	290
2.3.	Handvatten vanuit de Ondernemingskamer	293
3.	Risico's van aansprakelijkheid	295
3.1.	Maatstaf voor aansprakelijkheid van OK-bestuurder	295
3.2.	Potentiële aansprakelijkheidsvorderingen	297
3.3.	Preventieve maatregelen ter bescherming van de OK-functionaris	298
4.	Conclusies	300

14. De aansprakelijkheid van de overheidscommissaris	303
<i>T.C.A. Dijkhuizen</i>	
1. Inleiding	303
2. De historie van de figuur van de overheidscommissaris	305
2.1. De opmaat naar de structuurregeling: het rapport van de commissie-Verdam & het SER-adviesrapport	305
2.2. Het ontwerp en de invoering van de structuurregeling	307
2.3. Kentering in het denken over overheidsinvloed in structuurvennootschappen	309
3. De rechtspositie van de overheidscommissaris	310
3.1. De taakopdracht van de ‘gewone’ commissaris	310
3.2. De taakopdracht van de overheidscommissaris	312
3.3. De overheidscommissaris en het richtsnoer van het vennootschappelijk belang	314
3.4. De aansprakelijkheid van de overheidscommissaris	316
4. Conclusie: gelijkheid in rechtspositie en aansprakelijkheidspositie	316

### **Cluster III: Verhaalfrustratie**

15. Bestuurdersaansprakelijkheid wegens benadeling van schuldeisers en de samenhang met pauliana	321
<i>R. van den Sigtenhorst en B. Winters</i>	
1. Inleiding, afbakening, behandelplan	321
2. Verhouding pauliana/aansprakelijkheidsacties	323
2.1. De pauliana	323
2.2. Ratio en karakter van de pauliana, afgezet tegen die van de aansprakelijkheidsacties	327
3. Pauliana en aansprakelijkheidsacties naast elkaar	331
4. Samenhang tussen (niet) paulianeus handelen en aansprakelijkheid	337
4.1. Al dan niet paulianeus karakter is aanwijzing voor (on)rechtmatigheid	337
4.2. Aansprakelijkheid voor paulianeus handelen	338
4.3. Bestuurdersaansprakelijkheid voor paulianeus handelen	341
4.4. Aansprakelijkheid voor verhaalsbenadelend, niet paulianeus handelen	344
5. Conclusie. Pauliana en bestuurdersaansprakelijkheid: een genuanceerde relatie	349
16. Selectie van betalingen – Afrekenen in de twilight zone	351
<i>Ph.W. Schreurs</i>	
1. Inleiding	351
2. Litjens q.q./G c.s.	352
3. Fases van bedrijven in moeilijkheden	355

4. De problematiek die de bestuurder omringt	362
5. De marges die de bestuurder niettemin gegund worden	368
6. Criteria bij selectie van betalingen – comply or explain	371
7. Afronding	374
17. Aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders bij winstuitkeringen bij een BV: terechte onrust?	377
<i>S.C.E.F. Moulen Janssen</i>	
1. Inleiding	377
2. Art. 2:216 BW	378
2.1. Beoordelingsmoment van de uitkeringstest	379
2.2. Materiële beoordeling van de uitkeringstest	380
3. Bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:216 lid 3 BW	382
3.1. Codificatie rechtspraak?	382
3.1.1. Beklamel	383
3.1.2. Nimox	384
3.1.3. Reinders Didam	385
3.1.4. Tussenconclusie	386
3.2. Samenloop met andere bestuurdersaansprakelijkheidsgronden	387
3.2.1. Onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW	387
3.2.2. Kennelijk onbehoorlijk bestuur ex art. 2:248 BW	387
3.2.3. Onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW	388
3.2.4. Tussenconclusie	389
4. Aandeelhoudersaansprakelijkheid ex art. 2:216 lid 3 BW	389
4.1. Codificatie rechtspraak?	389
4.1.1. Nimox	390
4.2. Samenloop met onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW	392
5. Rechtspraak over art. 2:216 lid 3 BW	393
5.1. Aansprakelijkheid bestuurder	393
5.2. Aansprakelijkheid aandeelhouder	394
6. Conclusie	395

**Cluster IV: Draagplicht**

18. Taakverdeling, disculpatie en draagplicht	399
<i>B.A. Schuijling en S.C.J.J. Kortmann</i>	
1. Inleiding	399
2. Collegiale verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid	400
2.1. Collegiale verantwoordelijkheid	400
2.2. Hoofdelijke aansprakelijkheid	401
3. Taakverdeling en aansprakelijkheid	402
3.1. Taakverdeling	402

3.2. Invloed van een taakverdeling op de collegiale verantwoordelijkheid	404
3.3. Disculpatie	405
3.4. Matiging	407
4. Taakverdeling en onderling verhaal	408
4.1. Onderling verhaal	408
4.2. Vaststelling draagplicht	409
4.3. Invloed van een taakverdeling op de onderlinge draagplicht	411
4.4. Draagplicht van de vennootschap	412
5. Conclusie	414
19. De dans ontspringen door decharge?	417
<i>C.D.J. Bulten en N. Kreileman</i>	
1. Inleiding	417
2. Wat is decharge?	418
2.1. Afstand van recht	418
2.2. Soorten decharge	420
3. Wie verleent decharge?	422
3.1. De algemene vergadering...	422
3.2. ... of toch een ander orgaan bevoegd?	425
3.3. De Ondernemingskamer in een enquêteprocedure?	427
4. De reikwijdte van decharge	428
4.1. Beeldbepalende jurisprudentie	428
4.2. Wetenschap	435
4.3. Beroep op decharge	436
5. Aantasting van decharge	438
5.1. Inleiding	438
5.2. Vernietiging van dechargebesluit	438
5.3. Intrekking dechargebesluit?	441
6. Afronding	442
20. Exoneratie en vrijwaring voor bestuurders en commissarissen van vennootschappen	445
<i>G.H. Potjewijd, M. van Olffen en A. van Breda</i>	
1. Inleiding	445
2. Interne aansprakelijkheid en exoneratie	446
2.1. Interne aansprakelijkheid	446
2.2. Exoneratie niet mogelijk	446
2.3. Wettelijke beperking/uitsluiting aansprakelijkheid voor bestuurder-werknemer	448
3. Externe aansprakelijkheid en vrijwaring	449
3.1. Externe aansprakelijkheid	449
3.2. Vrijwaring mogelijk	449



3.3. Uitzondering voor opzet, bewuste roekeloosheid en ernstige verwijtbaarheid	450
3.4. Voor schade en kosten	451
3.5. Vennootschap beoordeelt beroep op de vrijwaring	453
3.6. Statutaire vrijwaring	455
3.7. Contractuele vrijwaring	456
3.8. Verantwoording in de jaarrekening	457
3.9. Wettelijke vrijwaring beperkt	457
4. Slot	458
21. Dekking onder D&O verzekeringen	459
<i>H. Londonck Sluijk</i>	
1. Inleiding	459
2. Het afsluiten van een D&O Verzekering	460
2.1. Wie sluit de verzekering af?	460
2.2. Welke dekking dient te worden afgesloten?	461
2.3. Hoeveel dekking dient te worden ingekocht?	462
3. Informatieverstrekking bij het sluiten van de overeenkomst	463
3.1. Uitgangspunt	463
3.2. Nieuwe verzekering of verlenging bestaande overeenkomst?	464
3.3. Severability clause	465
3.4. Conclusie ten aanzien van informatieplicht	468
4. Uitsluitingen voor ‘opzet’	468
4.1. Uitsluiting voor verkrijging van voordelen waartoe een D&O niet gerechtigd is	468
4.2. Uitsluiting voor frauduleus of bedrieglijk handelen	469
5. Conclusie	471
22. Een klachtplicht bij interne bestuurdersaansprakelijkheid?	473
<i>R.P.J.L. Tjittes</i>	
1. Inleiding	473
2. De inhoud en reikwijdte van de klachtplicht en van rechtsverwerking	474
3. De aard van de bestuurdersaansprakelijkheid	478
3.1. Verjaring van bestuurdersaansprakelijkheid	478
3.2. De aard van de interne bestuurdersaansprakelijkheid	479
4. De lagere rechtspraak over toepasselijkheid van art. 6:89 BW op interne bestuurdersaansprakelijkheid en kritiek daarop	484
5. Eindoordeel	486

**Cluster V: Raakvlakken met andere rechtsgebieden**

23. Van wanbeleid naar aansprakelijkheid	489
<i>G. van Solinge</i>	
1. Inleiding	489
2. De enquêteprocedure verandert van karakter	490
3. Ruimere toegang tot de procedure	493
4. Het oordeel wanbeleid is geen oordeel over persoonlijke aansprakelijkheid, maar leidt wel tot bewijsachterstand	494
5. Verwarrend gebruik van begrippen	497
6. Juridisering van het onderzoek	499
7. Normatieve conclusies in het onderzoeksverslag?	500
8. Vernietiging van dechargebesluiten door de Ondernemingskamer	505
9. Verhaal van onderzoekskosten	508
10. Aansprakelijkheidsprocedure na wanbeleid	514
11. Slot	517
24. Wanbeleid, kostenverhaal en aansprakelijkheid: een <i>fact check</i>	521
<i>S.J. van Calker</i>	
1. Inleiding	521
2. De wettelijke regeling van kostenverhaal	522
3. Rechtskarakter kostenverhaal	523
4. Normenconvergentie	525
5. Doorwerking naar aansprakelijkheidsprocedures	526
6. De onderzoeksresultaten	527
6.1. Verantwoording	527
6.2. Trend van soepeler kostenverhaal	528
6.3. Omvang kostenverhaal	531
6.4. Hoofdelijkheid of een verdeling van de kosten	532
6.5. Afwijzingsgronden	533
6.6. Opvolgende aansprakelijkheidsprocedures	535
6.7. Bewijsrechtelijke betekenis van enquêtebeschikking voor civiele procedure	539
7. Analyse	541
8. Conclusie	545
25. Fiscale bestuurdersaansprakelijkheid	547
<i>A.J. Tekstra</i>	
1. Inleiding	547
2. De inhoud van art. 36 Iw 1990	550
3. Kennelijk onbehoorlijk bestuur in fiscalibus	554
4. De beperkte disculpatiemogelijkheid van art. 36 Iw 1990	555
5. Betwisting van de belastingschuld door de bestuurder	559

6.	Samenloop tussen de fiscale bestuurdersaansprakelijkheid en die bij faillissement	560
7.	Slotopmerkingen	560
26.	Bestuurdersaansprakelijkheid bij schending van financieelrechtelijke toezichtsregels	563
	<i>T.M.C. Arons en D. Busch</i>	
1.	Inleiding	563
2.	Aansprakelijkheid van de bestuurders bij schending van primair tot de financiële onderneming gerichte verplichtingen met een persoonlijke gedragsnorm	565
2.1.	Inleiding	565
2.2.	Toetsing door DNB en AFM	566
2.3.	Gevolgen voor de aansprakelijkheidspositie jegens de financiële onderneming	568
2.4.	Gevolgen voor de aansprakelijkheidspositie jegens beleggers in en crediteuren van de financiële onderneming	572
3.	Aansprakelijkheid van bestuurders jegens beleggers voor schending van tot eenieder gerichte gedragsnormen uit de Wft en de Marktmissbruikverordening.	573
3.1.	Inleiding	573
3.2.	Handhaving door de AFM	574
3.3.	Aansprakelijkheid ten opzichte van beleggers?	574
3.4.	Andere tot eenieder gerichte toezichtnormen	578
4.	Aansprakelijkheid van bestuurders jegens beleggers voor schending van exclusief tot de tot de uitgevende instelling gerichte toezichtnormen	578
5.	Aansprakelijkheid van bestuurders jegens cliënten van een financiële onderneming voor door hen gemaakte beroepsfouten of het niet beschikken over de vereiste vergunning	581
6.	Samenvatting en conclusie	586
27.	Bijzonderheden van bestuurdersaansprakelijkheid in de zorg	589
	<i>S.L. Rive</i>	
1.	Inleiding	589
2.	Bijzonder aansprakelijkheidsregime	591
2.1.	Bijzondere kenmerken van de stichting	592
2.2.	Beperkt aansprakelijkheidsregime	594
2.3.	Vangnet van de aansprakelijkheidsgronden uit Boek 6 BW	596
3.	Speelveld bepaald door zorgstelsel	597
3.1.	Systeemverantwoordelijkheid overheid	597
3.2.	Inperking handelingsruimte en stelselherziening	599
3.3.	Bevrijdende en belastende werking zorgstelsel	600

4.	Normen van zorgspecifiek publiekrecht	603
4.1.	Fijnmazig stelsel van overheidsregelgeving	603
4.2.	Compliancetaak	605
4.3.	Doorwerking schending en naleving normen	606
5.	Conclusie	609
28.	Mediation: denkbaar alternatief voor een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure?	613
	<i>B.F. Assink en P.E. Ernste</i>	
1.	Inleiding	613
2.	Kenmerken van bestuurdersaansprakelijkheidskwesties	614
3.	Wat is mediation?	618
4.	Verschillende vormen van mediation	620
5.	Juridische aspecten van mediation	622
5.1.	Algemeen	622
5.2.	Mediationclausule	622
5.3.	Mediationovereenkomst	624
5.4.	Vaststellingsovereenkomst	624
5.4.1.	Algemeen	624
5.4.2.	Toepassingsgebied mediation	625
5.4.3.	Gebondenheid vaststellingsovereenkomst	627
6.	De keuze voor mediation in geschillen betreffende bestuurdersaansprakelijkheid	629
7.	Conclusie	632

#### **Cluster VI: Internationale dimensie**

29.	Internationale en interregionale bevoegdheid van de Nederlandse rechter in geschillen over de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen	637
	<i>R.B. van Hees</i>	
1.	Inleiding	637
2.	Toepasselijke IPR-regelingen	638
2.1.	Inleiding	638
2.2.	Toepasselijkheid EEX-Vo II	639
2.3.	Toepasselijkheid EVEX II	639
2.4.	Toepasselijkheid EEX-Vo II en EVEX II: vaststelling woonplaats gedaagde	640
2.5.	Functionaris woonachtig in Aruba, Curaçao, Sint Maarten of de BES-eilanden: interregionaal privaatrecht	641
2.6.	Exclusieve forumkeuze: toepasselijkheid HFV	641
2.7.	Toepasselijkheid artikelen 1-14 Rv	643
2.8.	Insolventiesituaties: toepasselijkheid InsVo	643

3.	Hoofdpijnen bevoegdheidsregeling	646
3.1.	Hoofdpijnen bevoegdheidsregeling EEX-Vo II en EVEX II	646
3.2.	Hoofdpijnen bevoegdheidsregeling artikelen 1-14 Rv	648
4.	Artikel 7 sub 1 EEX-Vo II (verbintenissen uit overeenkomst)	649
4.1.	Algemeen	649
4.2.	Verbintenis uit overeenkomst	650
4.3.	Plaats van uitvoering van de verbintenis	651
5.	Artikel 7 sub 2 EEX-Vo II (verbintenissen uit onrechtmatige daad)	653
5.1.	Algemeen	653
5.2.	Verbintenis uit onrechtmatige daad	653
5.3.	Plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen	654
6.	Toepasselijkheid van de beschermingsbepalingen van Afdeling 5 van Hoofdstuk II EEX-Vo II op de bestuurder met een arbeidsovereenkomst	656
7.	Conclusie	659
30.	Het toepasselijk recht op de vordering uit onrechtmatige daad jegens de bestuurder: keuzevrijheid versus rechtszekerheid?	661
	<i>L.P. Kortmann</i>	
1.	Inleiding	661
1.1.	Problematiek	661
1.2.	Afbakening	662
1.3.	Kwalificatie van de vordering	662
2.	Onrechtmatige daad jegens derden: externe aansprakelijkheid	663
2.1.	Onrechtmatige daad in hoedanigheid of niet	663
2.2.	Kwalificatie vordering – incorporatieleer vs. leerstuk onrechtmatige daad	664
2.3.	Verwijzingsregel externe aansprakelijkheid – Rome II	667
2.4.	Bepalen van de lex loci damni	668
3.	Onrechtmatige daad jegens de vennootschap: interne aansprakelijkheid	670
3.1.	Interne aansprakelijkheid bestuurder	670
3.2.	Kwalificatie van de vordering	671
3.3.	Verwijzing in geval van toepasselijkheid Rome II	672
4.	Insolventierecht en onrechtmatige daad	673
4.1.	Insolventierechtelijke conflictenregel - IVO	673
4.2.	Kwalificatie: vorderingen die rechtstreeks voortvloeien uit de insolventieprocedure en daar nauw op aansluiten	674
5.	Peeters/Gatzen-vordering	676
5.1.	Bevoegdheid curator tot instellen vordering namens gezamenlijke schuldeisers	676

5.2. Kwalificatie PG-vordering als insolventievordering	676
5.3. Andere IPR-problemen rondom de PG-vordering	678
6. Conclusie	680
31. Bestuurdersaansprakelijkheid in België: een veelkoppige draak die zelden vuur spuwt	683
<i>R. Tas en C. Hotterbeekx</i>	
<b>Inleiding</b>	683
<b>I. De verschillende aansprakelijkheidsgronden</b>	684
<i>A. Aansprakelijkheid ten aanzien van de vennootschap</i>	684
1. Gewone bestuursfouten	684
§ 1. De verplichting tot effectief bestuur	684
§ 2. De verplichting tot zorgvuldig bestuur – marginale en a priori beoordeling	685
§ 3. Schade en oorzakelijk verband	687
§ 4. Individuele aansprakelijkheid	687
2. Inbreuken op het Wetboek van vennootschappen en de statuten	688
<i>B. Aansprakelijkheid ten aanzien van derden</i>	690
1. Aansprakelijkheid op grond van art. 1382 Burgerlijk Wetboek respectievelijk voor inbreuken op het Wetboek van vennootschappen en de statuten	690
2. Belangrijke rem op de aansprakelijkheid ten aanzien van contractspartijen van de vennootschap: de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent	692
<i>C. Bijzondere aansprakelijkheidsgronden</i>	693
1. Het vermoeden van oorzakelijk verband in het kader van de alarmbelprocedure	693
2. Het vermoeden van oorzakelijk verband bij niet- of laattijdige neerlegging van de jaarrekening	694
3. Het vermoeden van fout inzake de bijzondere aansprakelijkheid voor onbetaalde bedrijfsvoorheffing en BTW	695
§ 1. Algemeen – ratio legis	695
4. Faillissementsaansprakelijkheid voor kennelijk grove fouten – aansprakelijkheid voor niet-betaalde sociale bijdragen	697
§ 1. Algemeen – faillissementsaansprakelijkheid bij kennelijk grove fout	697
§ 2. Foutvermoeden met betrekking tot schulden aan de sociale zekerheid	699

<b>II. Aansprakelijke personen</b>	701
<i>A. Bestuurders en zaakvoerders</i>	701
<i>B. Feitelijke bestuurders</i>	702
<i>C. De vaste vertegenwoordiger van de bestuurder-rechtspersoon</i>	703
<b>III. Titularissen van de aansprakelijkheidsvordering</b>	704
<i>A. Interne aansprakelijkheid ten aanzien van de vennootschap</i>	704
1. De vennootschapsvordering (“actio mandati”)	704
§ 1. Beslissing van de algemene vergadering	704
§ 2. Invloed van de kwijting	706
§ 3. Collectieve schade	706
2. De minderheidsvordering	708
<i>B. Externe aansprakelijkheid: vorderingen door derden</i>	710
<i>C. Vorderingen door de curator</i>	710
<b>Besluit</b>	711
32. De Business Judgment Rule in Delaware, Duitsland en Nederland Over de wenselijkheid van invoering in Nederland	715
<i>C.F. Deelen</i>	
1. Inleiding	715
2. De kern van de Business Judgment Rule	715
2.1. De Delaware Business Judgment Rule: terughoudende toetsing door de rechter	715
2.2. De bestuurlijke loyaliteits- en zorgplicht	717
3. Duitsland als voorbeeld voor Nederland?	719
4. Toetsen van de argumenten voor invoering van de BJR	721
4.1. De angstige bestuurder	721
4.2. Rechtszekerheid	725
4.3. Wegnemen van het hindsight bias risico	728
5. Slot	729
33. Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen in de Caribische delen van het Koninkrijk	731
<i>K. Frielink</i>	
1. Inleiding	731
2. Beknopt overzicht privaatrechtelijke rechtspersonen	732
2.1. Aruba	732
2.2. Curaçao en Sint Maarten	733
2.3. De BES-eilanden	734
3. De wettelijke bepalingen inzake aansprakelijkheid	734
3.1. Inleiding	734
3.2. Aruba	735

*Uitgebreide inhoudsopgave*

---

3.3. Curaçao en Sint Maarten	736
3.4. De BES-eilanden	742
4. Hoe toetst de rechter?	742
4.1. Relevante vragen	742
4.2. Norm voor aansprakelijkheid	744
4.3. Kort overzicht rechtspraak	745
4.4. Rechtspraak inzake trustbestuurders	750
4.5. Enkele uit de rechtspraak te trekken lijnen	754
4.6. Toetsingskader besluiten	756
5. De aansprakelijkheid van commissarissen	757
5.1. Inleiding	757
5.2. Commissarissen	758
5.3. Niet uitvoerend bestuurders	758
6. Conclusie	759



## AANSPRAKELIJKHEID VAN BESTUURDERS EN COMMISSARISSEN

*Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*

### Inleiding

Deze bundel vertrekt waar de handboeken ophouden. De bijdragen zijn geselecteerd op hun toegevoegde waarde voor het debat over aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Gezien de hoeveelheid rechtspraak en reeds bestaande literatuur over dit onderwerp, is het opmerkelijk hoeveel onderwerpen in dit uitdijende rechtsgebied tot nu toe onderbelicht zijn gebleven. Of wellicht is het ook niet opmerkelijk. Dat steeds meer deelvragen opkomen die om nadere analyse vragen, kan ook een teken zijn dat het rechtsgebied volwassener is geworden en dat deelonderwerpen steeds beter te onderscheiden zijn. De idee dat meer kennis tot meer vragen leidt, is ooit pakkend verwoord door Jules Deelder in zijn gedicht ‘Het heelal’: “*Hoe verder men keek, hoe groter het leek.*”<sup>1</sup> Deze bundel bewijst wellicht de waarheid die schuilt in dit korte gedicht.

Dat het rechtsgebied aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen als volwassen zou kunnen worden beschouwd, kan als opmerkelijk worden gezien. De maatstaven die de Hoge Raad hanteert, duiden erop dat bestuurders en commissarissen enkel in uitzonderingsgevallen aansprakelijk kunnen zijn. In het kader van art. 2:9 BW moeten bestuurders en commissarissen *ernstig verwijtbaar* onbehoorlijk hebben bestuurd of toezicht gehouden.<sup>2</sup> In het kader van art. 2:138/248 BW moet sprake zijn van een bestuurder (of een commissaris) die heeft gehandeld *zoals geen redelijk denkend bestuurder (of commissaris) in die omstandigheden zou hebben gedaan.*<sup>3</sup> Bij aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW heeft de Hoge Raad bepaald dat enkel *onder bijzondere omstandigheden* ruimte is voor aansprakelijkheid van een bestuurder naast de vennootschap en dat sprake moet zijn van een *persoonlijk ernstig verwijt.*<sup>4</sup> Uit deze ‘hoge drempels’ voor aansprakelijkheid zou de gedachte kunnen ontstaan dat het aantal uitspraken op dit rechtsgebied beperkt is. Dat was 35 jaar geleden inderdaad het geval. Van der Grinten schreef toen dat het “uiterst zelden” voorkwam dat een bestuurder of commissaris in rechte werd aangesproken.<sup>5</sup>

---

1 Jules Deelder, *Het heelal*; later opgenomen in de bundel *Vrijwel alle gedichten*, De Bezige Bij 2004, ISBN 9789023416289.

2 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 (*Staleman/Van de Ven*).

3 HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454 (*Panmo*).

4 HR 5 september 2014, *JOR* 2014/296 (*Tulip Air*).

5 W.C.L. van der Grinten, ‘De mythe van de aansprakelijkheid’, *de Naamlooze Vennootschap* 1982/60, p. 201-202. Hij wist slechts twee zaken te noemen, waarin bovendien in beide gevallen de vordering werd afgewezen.

Nu is dat anders. De zoekterm “*bestuurdersaansprakelijkheid*” in de categorie “*civiel*” op de website rechtspraak.nl levert in de zoekperiode 1 januari 2015 tot en met 31 december 2015 niet minder dan 210 hits op. Een korte check leert dat dit inderdaad vrijwel allemaal zaken zijn waarin de persoonlijke aansprakelijkheid van een of meer bestuurders centraal stond. En dat zijn dan alleen de gevallen die tot een (gepubliceerde) rechterlijke uitspraak hebben geleid. Alle geschillen omtrent aansprakelijkheid van bestuurders die in 2015 zijn geschikt, tellen niet mee, noch geschillen die onderwerp waren van alternatieve geschilbeslechting. En het lijkt niet zo te zijn dat in de meerderheid van deze gevallen de vordering tegen de bestuurder(s) werd afgewezen. Uit het artikel van Pham in deze bundel blijkt dat in de door haar geselecteerde uitspraken in de periode 2003 tot en met 2013 circa 60% van de ingestelde vorderingen succesvol was. Dit beeld lijkt te worden bevestigd op basis van een korte check van de relevante uitspraken die in de periode 2011 tot en met 2016 in JOR zijn gepubliceerd. Ongeveer de helft van de vorderingen in die zaken is toegewezen.

Tegen deze achtergrond komt de vraag op hoe bijzonder de omstandigheden zijn waarin bestuurders en commissarissen moeten vrezen voor aansprakelijkheid. Het lijkt erop dat nogal wat bestuurders – en steeds vaker ook commissarissen – de hoge drempels voor hun persoonlijke aansprakelijkheid overschrijden. En dat leidt weer tot vragen over hoe hoog de drempels voor aansprakelijkheid in werkelijkheid zijn, of misschien hoe het is gesteld met de kwaliteit van bestuurders en commissarissen in Nederland. Een andere vraag die opkomt is in hoeverre er in toenemende mate sprake is van een claimcultuur. Zou het ook kunnen zijn, dat het niet zozeer de drempel voor aansprakelijkheid is die lager is dan we denken, maar eerder dat de drempel om over te gaan tot persoonlijke aansprakelijkstelling van bestuurders en commissarissen voor eisende partijen lager is geworden?

De redactie van deze bundel pretendeert niet op deze vragen een antwoord te hebben, noch dat in deze bundel op deze vragen een antwoord wordt gegeven. Wat de redactie signaleert, is dat ondanks de door de Hoge Raad opgeworpen hoge drempels, er veel geschillen over de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen zijn. De vrucht daarvan is dat verschillende deelonderwerpen van dit rechtsgebied steeds beter te onderscheiden zijn, waardoor ook meer deelvragen kunnen en moeten worden gesteld. Dat is wat deze bundel, waarin een reeks van die deelvragen aan de orde komt, rechtvaardigt.

Gezien de verscheidenheid van de deelvragen is het niet eenvoudig de verschillende publicaties te categoriseren. De categorisering van de bijdragen in deze bundel is dan ook tot op zekere hoogte arbitrair. Niettemin bestaan er verwantschappen tussen de verschillende bijdragen, op grond waarvan de volgende clustering is aangebracht:

- I. Hoofdlijnen
- II. Aansprakelijkheid van verschillende soorten bestuurders en commissarissen

- III. Verhaalfrustratie
- IV. Draagplicht
- V. Raakvlakken met andere rechtsgebieden
- VI. Internationale dimensie

Hierna volgt een korte bespreking van de bijdragen per cluster. Aan het slot maakt de redactie enkele opmerkingen over de rode lijnen die uit de verschillende bijdragen vallen te destilleren.

### **Cluster I Hoofdpijnen**

De artikelen in het eerste cluster focussen op de hoofdpijnen van het aansprakelijkheidsrecht met betrekking tot bestuurders en commissarissen. Uit de vijf bijdragen komt vooral één kernpunt van dit rechtsgebied goed naar voren: het tegengaan van onwenselijk bestuurlijk gedrag door het creëren van persoonlijke aansprakelijkheidsrisico's, maar dan zonder bonafide bestuurders onnodig bang te maken waardoor ook wenselijk bestuurlijk gedrag zou worden belemmerd. Het was deze kern die Maarten Kroeze besprak in zijn invloedrijke oratie uit 2005 'Bange bestuurders'.<sup>6</sup> Die oratie wordt dan ook regelmatig aangehaald door de auteurs in dit cluster.

De bijdrage van Timmerman gaat over de beginselen van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht. Hij rechtvaardigt de rechtspolitieke keuze van de Hoge Raad om het ernstig verwijt criterium zowel in interne als externe verhoudingen toe te passen vanuit het belang om bange bestuurders te voorkomen. De hoge drempel voor persoonlijke aansprakelijkheid die het ernstig verwijt criterium opwerpt, acht Timmerman daarvoor een nuttig instrument, dat bovendien voldoende flexibel is om in verschillende contexten te kunnen worden toegepast. Daarbij wijst hij er nadrukkelijk op dat het rechterlijke oordeel of bepaald bestuurlijk handelen een ernstig verwijt oplevert, vrij van wijsheid achteraf moet worden gevormd. Hierover bestaat consensus in de literatuur. Als immers de negatieve gevolgen van bepaald handelen, die op het moment van handelen nog niet kenbaar waren of behoorden te zijn, bij het oordeel over dat handelen worden betrokken, is de kans groot dat het handelen sneller als ernstig verwijtbaar wordt gekwalificeerd. Aldus ondermijnt wijsheid achteraf de nuttige werking van het ernstig verwijt criterium. Nadat Timmerman deze uitgangspunten heeft geschetst, bespreekt hij de door hem onderscheiden beginselen van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht, waaronder het petten-beginsel, het maatmanbestuurderbeginsel en de voorzienbaarheid van benadeling van crediteuren of de vennootschap. Hij concludeert dat bestuurdersaansprakelijkheid door rechters inderdaad met terughoudendheid wordt aangenomen en dat het systeem van bestuurdersaansprakelijkheid goed valt uit te leggen en te verdedigen.

---

<sup>6</sup> M.J. Kroeze, 'Bange bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2006/3.

Winter stelt zich de vraag waar bestuurders precies bang voor zijn. Zijn dat de financiële gevolgen van aansprakelijkheid, of is het iets anders? Volgens Winter zit de werkelijke zorg van bestuurders niet in hun potentiële vermogensverlies, maar in het gevaar door anderen negatief te worden beoordeeld. Aansprakelijkstelling maakt volgens Winter inbreuk op de sterke menselijke behoefte van bestuurders om een stabiel en positief zelfbeeld in stand te houden. Een opvallende conclusie die hij daaraan verbindt, is dat niet alleen het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht, maar ook het enquêterecht een serieuze, volgens Winter zelfs grotere, bedreiging voor bestuurders vormt. De toegangsdrempel tot het enquêterecht is relatief laag en daarin wordt bij uitstek een oordeel gevormd over het handelen van bestuurders en commissarissen, zowel door de onderzoeker als door de Ondernemingskamer. Winter weet niet of dit alles leidt tot nodeloos defensief gedrag van bestuurders. Wel constateert hij een toenemende formalisering en juridisering van besluitvorming in de bestuurskamer en in de raad van commissarissen. Dat kan eraan in de weg staan dat het ‘beste’ besluit wordt genomen en dat in plaats daarvan het juridisch of procedureel makkelijkst te verantwoorden besluit wordt genomen. Ook tast de formalisering en juridisering de intrinsieke motivatie van bestuurders aan en holt dit het verantwoordelijkheidsgevoel van bestuurders uit, aldus Winter. Hij spreekt de vrees uit dat deze schaduwzijden van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht en het enquêterecht niet opwegen tegen de voordelen ervan en roept op tot het doen van onderzoek.

De Jong benadert het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht vanuit een rechtseconomische invalshoek. Na een verhelderende schets van de rechtseconomische gereedschapskist houdt De Jong zowel de interne als de externe bestuurdersaansprakelijkheid tegen het rechtseconomische licht. Ten aanzien van interne bestuurdersaansprakelijkheid stelt hij zich de vraag welke wijze van rechterlijke toetsing de maatschappelijke welvaart optimaliseert. Daarbij bespreekt hij de *business judgment rule* en het ernstig verwijt criterium. Ten aanzien van externe bestuurdersaansprakelijkheid bespreekt De Jong de ratio van aansprakelijkheidsprykkels voor bestuurders en de optimale mate van afschrikking. Hij spreekt de vrees uit dat er in Nederland eerder sprake is van te veel dan van te weinig prykkels. Wat betreft massaclaims van beleggers in verband met schending van effectenrechtelijke (transparatie)regels beveelt De Jong de wetgever zelfs aan om nog eens goed te kijken naar mogelijkheden om aansprakelijkheid wettelijk te begrenzen of uit te sluiten. Ten slotte bespreekt De Jong dat de afwenteling van (de financiële gevolgen van) bestuurdersaansprakelijkheid door middel van exoneratie, decharge, vrijwaring en verzekering vanuit rechtseconomisch perspectief goed verdedigbaar is, maar dat wel telkens moet worden gekeken naar het beperken van *moral hazard*.

Geregeld klinkt in de literatuur een oproep tot het doen van statistisch onderzoek naar bestuurdersaansprakelijkheid. Pham heeft die handschoen opgepakt. Door middel van een statistische analyse van 158 bestuurdersaansprakelijkheidszaken in de periode 2003-2013 beantwoordt zij de vraag of ons bestuurdersaansprakelijk-

heidsrecht reden geeft aan bonafide bestuurders om te vrezen voor persoonlijke aansprakelijkheid. Zij concludeert dat dit niet zo is, wat voor velen een geruststellende conclusie zal zijn. Tegelijkertijd blijkt uit haar onderzoek een zwak positieve trend wat betreft de toewijzing van bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen door rechters.

Van Bekkum ten slotte bespreekt de vraag in hoeverre het externe bestuurdersaansprakelijkheidsrecht de potentiële beschermende functie van de rechtspersoon tegen privé-aansprakelijkheid in onwenselijke mate beperkt. Hij acht een beschermende functie niet enkel van belang voor bestuurders, maar voor iedereen die feitelijk handelt (of nalaat) binnen het kader van een onderneming (of publieke taak) van een rechtspersoon en spreekt in dat verband van “indirect verkeersdeelnemers”. Van Bekkum concludeert dat de rechtspraak van de Hoge Raad vooralsnog geen grond biedt voor de stelling dat rechtspersonen aan indirect verkeersdeelnemers, waaronder bestuurders die niet handelen bij hun taakvervulling als bestuurder, bescherming bieden tegen externe aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Hij meent dat het wenselijk zou zijn dat die bescherming wel wordt geboden, maar niet aan specifieke beroepsbeoefenaren en ambtsdragers, zoals advocaten, notarissen, rechters, officieren van justitie, registeraccountants en artsen. Bescherming kan volgens Van Bekkum worden gecreëerd door als uitgangspunt te nemen dat de toerekening van een feitelijke gedraging aan de rechtspersoon een exclusieve toerekening is. In dat geval kan een feitelijke gedraging die kan worden toegerekend aan de rechtspersoon niet ook worden toegerekend aan degene die de gedraging verricht. Misstanden kunnen volgens hem worden voorkomen door van dit uitgangspunt af te wijken in het geval er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten.

Cluster I overziend, concludeert de redactie dat consensus bestaat over het doel van het recht omtrent de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Dat is het vinden van de juiste mate van afschrikking van bestuurders en commissarissen om onwenselijk gedrag te voorkomen, in combinatie met het bieden van grond voor financiële compensatie als onwenselijk gedrag toch plaatsvindt en schade veroorzaakt. De meningen lopen uiteen over de vraag of ons recht de juiste mate van afschrikking biedt en over de wijze waarop afschrikking het beste kan worden vormgegeven. In de andere clusters keren die vragen telkens terug, maar dan in meer specifieke contexten.

## **Cluster II Aansprakelijkheid van verschillende soorten bestuurders en commissarissen**

In het tweede cluster staat de aansprakelijkheid van verschillende soorten bestuurders en commissarissen centraal. Hoewel voor alle bestuurders en commissarissen in beginsel dezelfde normen gelden, rijst de vraag of met de verschillende posities die

bestuurders en commissarissen kunnen innemen, rekening wordt gehouden in aansprakelijkheidskwesties. In dit cluster wordt deze vraag vanuit verschillende invalshoeken benaderd.

De bijdrage van Honée gaat over de aansprakelijkheid van de niet-statutaire leden van de Executive Committee (Exco). Honée onderscheidt twee typen Exco's: de adviserende/ondersteunende Exco en de mede-besturende Exco. De niet-statutaire Exco-leden lopen volgens Honée – wellicht meer dan gedacht – het risico dat zij aansprakelijk zijn 'als waren zij formeel bestuurder'. Dit geldt juist en temeer voor de mede-besturende Exco-leden. Allereerst kan art. 2:151/261 BW als grondslag voor aansprakelijkheid dienen. Ook als deze bepaling met de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen komt te vervallen, bestaat het risico dat de Exco-leden intern aansprakelijk worden gesteld volgens Honée nog steeds. De economische realiteit brengt immers met zich dat er weinig aanleiding is om de niet-statutaire Exco-leden die meebesturen, anders te behandelen dan de formele bestuurders. Verder lopen de niet-statutaire leden van de Exco die volwaardig meebesturen het risico als feitelijk beleidsbepaler te worden aangesproken op grond van art. 2:138/248 BW. In de bijdrage van Schutte-Veenstra komt uitvoerig aan bod wanneer sprake is van een 'feitelijk beleidsbepaler' in de zin van art. 2:138/248 lid 7 BW. Tot slot kan art. 6:162 BW als grondslag voor aansprakelijkheid dienen. Volgens Honée past het in de lijn van de rechtspraak dat de 'ernstig verwijtmaatstaf' in dit kader niet alleen voor de formele bestuurders, maar ook voor de niet-statutaire leden van de Exco te gelden heeft. Uiteindelijk hangt het af van alle omstandigheden van het geval of het Exco-lid al dan niet aansprakelijk is.

In de bijdrage van Schutte-Veenstra komt de aansprakelijkheid van de feitelijke bestuurder aan bod. Omdat de feitelijke bestuurder geen rol speelt bij de aansprakelijkheid van art. 2:9 BW, vestigt Schutte-Veenstra de aandacht op de externe aansprakelijkheidsgronden van art. 2:138/248 BW en 6:162 BW. Na een grondig onderzoek naar jurisprudentie, literatuur en wetshistorie te hebben verricht, concludeert zij dat er geen onderscheid bestaat tussen de positie van de feitelijke en de formele bestuurder van een NV of een BV voor wat betreft deze externe aansprakelijkheidsgronden. Schutte-Veenstra constateert dat de stelplicht en de bewijslast wel zwaarder zijn indien de eisende partij een feitelijke bestuurder aansprakelijk wil stellen. De eisende partij moet in dat geval immers stellen en zo nodig bewijzen dat degene die aansprakelijk wordt gesteld, kwalificeert als feitelijke bestuurder. Een vraag die hierbij opkomt, is of de eisende partij moet aantonen dat de feitelijke bestuurder het formele bestuur terzijde heeft gesteld. Uit het jurisprudentieonderzoek dat Schutte-Veenstra heeft verricht, blijkt dat de lagere rechtspraak op dit punt nog altijd niet eenduidig is. Zolang de Hoge Raad geen duidelijkheid verschaft, staat het antwoord op deze vraag dus niet vast.

De feitelijke bestuurder komt goed weg indien de rechtspersoon die hij feitelijk bestuurt, als bestuurder aansprakelijk wordt gesteld. Hiermee raken we aan de bijdrage van Lennarts over art. 2:11 BW. In deze bepaling is geregeld dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon tevens hoofdelijk rust op een ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. Het gaat hier om een doorbraak van aansprakelijkheid, of, zoals Lennarts het formuleert: de aansprakelijkheid wordt doorgeschakeld naar de natuurlijke persoon. Aan de hand van een jurisprudentieonderzoek concludeert Lennarts dat de doorbraakregel van art. 2:11 BW weliswaar een nuttige functie vervult, maar dat de bepaling ook enkele ernstige gebreken vertoont. Zo constateert zij dat de aansprakelijkheid van de rechtspersoonbestuurder ten onrechte niet wordt doorgeschakeld naar de (mede)beleidsbepaler (in de zin van art. 2:138/248 lid 7 BW en art. 2:216 lid 4 BW). De (mede)beleidsbepaler zou daarom aan art. 2:11 BW moeten worden toegevoegd. Een tweede probleem is gelegen in de doorschakeling van een vordering tegen een bestuurder of commissaris wegens onrechtmatige daad op grond van art. 6:162 BW. De Hoge Raad heeft in februari 2017 bepaalt dat ook die vorm van aansprakelijkheid onder de werking van art. 2:11 BW valt. Bij een eenhoofdig bestuur bestaat daartegen volgens Lennarts geen bezwaar, maar bij een meerhoofdig bestuur komen de aangesproken bestuurders in een slechtere positie te verkeren dan in het geval er geen rechtspersoon-bestuurder zou zijn tussengeplaatst. Enkele rechtsvergelijkende en internationaalprivaatrechtelijke beschouwingen van Lennarts over het verschijnsel van de rechtspersoon die bestuurder is van een rechtspersoon, komen hieronder aan bod bij de bespreking van cluster VI.

Niet alleen het tussenschuiven van een rechtspersoon-bestuurder heeft gevolgen voor de aansprakelijkheidspositie van bestuurders. Ook de keuze voor een *one tier board* dan wel een *two tier board* is relevant. Kreileman staat in haar bijdrage stil bij de aansprakelijkheid van de niet-uitvoerende bestuurder op grond van art. 2:138/248 BW. Zij komt tot de conclusie dat de verschillende posities van de uitvoerende en de niet-uitvoerende bestuurders geen gevolgen hebben voor het vestigen van aansprakelijkheid op grond van art. 2:138/248 BW. Zowel de uitvoerende als de niet-uitvoerende bestuurders hebben immers de hoedanigheid van 'bestuurder'. Kreileman bepleit dat met de bijzondere positie van de niet-uitvoerende bestuurder daarentegen wel rekening moet worden gehouden in het kader van de individuele disculpatie. De taakverdeling biedt de niet-uitvoerende bestuurder mogelijk soelaas. Volgens Kreileman loopt de niet-uitvoerende bestuurder een groter aansprakelijkstellingsrisico dan een commissaris. De niet-uitvoerende bestuurder bekleedt immers de functie van 'bestuurder'. Omdat een beroep op de disculpatiemogelijkheid kansrijk is, verschillen de aansprakelijkheidsposities van de niet-uitvoerende bestuurder en de commissaris volgens haar niettemin niet zo wezenlijk van elkaar als hun onderscheidende rechtsposities doen vermoeden.

De aansprakelijkheid van commissarissen, in het bijzonder van leden van auditcommissies, staat centraal in de bijdrage van Verboom. Recente wetgeving en de herziene Corporate Governance Code breiden de taak van de raad van commissarissen uit. Dit geldt in nog sterkere mate voor de auditcommissie. Deze taakverbreding heeft tot gevolg dat de verantwoordelijkheid van de commissarissen voor de taakvervulling is toegenomen en dat zij – in het verlengde daarvan – een groter aansprakelijkheidsrisico lopen. De verantwoordelijkheid voor het vervullen van de taken, ook die van de auditcommissie, berust bij de voltallige raad van commissarissen. Worden de taken onbehoorlijk vervuld, dan kan iedere commissaris daarvoor aansprakelijk worden gesteld. Met de verschillende posities van de leden en de niet-leden van de auditcommissie wordt dus geen rekening gehouden bij het vestigen van aansprakelijkheid. Verboom bepleit dat in het kader van de individuele disculpatie wel rekening wordt gehouden met de positie die de auditcommissie ten opzichte van de raad van commissarissen inneemt. Een niet-lid van de auditcommissie kan zich volgens haar op grond van de taakverdeling eerder disculperen dan een lid van de auditcommissie. Hem kan in de regel immers minder snel een ernstig verwijt van de onbehoorlijke taakvervulling worden gemaakt. Wil de commissaris aan aansprakelijkheid ontkomen, dan moet hij voorts aantonen dat hij het nodige heeft gedaan om de schadelijke gevolgen van het onbehoorlijk handelen af te wenden. Verboom bepleit dat daarbij moet worden verdisconteerd dat commissarissen in de regel minder mogelijkheden hebben om maatregelen te treffen. De ontwikkeling dat de auditcommissie steeds meer een eigen positie ten opzichte van de raad van commissarissen inneemt, komt dus in het kader van de disculpatie tot uiting.

In de bijdrage van Schmieman staat de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen bij stichtingen naar huidig en komend recht centraal. Boek 2 BW voorziet thans niet in een uitdrukkelijke grondslag voor de instelling van een raad van commissarissen bij stichtingen. Het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen voorziet in die lacune. Ook voorziet het wetsvoorstel in een taakomschrijving van de raad van commissarissen en een norm waarnaar de bestuurders en commissarissen van een stichting zich moeten richten. Verder gaan de thans geldende aansprakelijkheidsregelingen voor bestuurders en commissarissen in het wetsvoorstel op de schop. Een belangrijk verschil tussen de huidige en de voorgestelde regeling is dat de stichting niet alleen commissarissen van failliete commerciële stichtingen, maar commissarissen van alle stichtingen op grond van de voorgestelde regeling kan aanspreken wegens onbehoorlijke taakvervulling. Voor bestuurders van stichtingen verandert er op dit punt niets. Een ander verschil is dat het wetsvoorstel voorziet in een uniforme faillissementsaansprakelijkheidsregeling voor bestuurders en commissarissen. Voorgesteld wordt het thans vigerende art. 2:138/248 BW te verplaatsen naar Titel 1 van Boek 2 BW, zodat de regeling voor alle bestuurders en commissarissen van stichtingen komt te gelden. Volgens Schmieman leiden de in het wetsvoorstel voorziene regelingen evenwel niet tot een



aanzienlijke vergroting van het aansprakelijkheidsrisico dat bestuurders en commissarissen lopen.

Borrius behandelt in haar bijdrage de aansprakelijkheid van door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen. Ondanks dat OK-functionarissen hun opdracht vaak onder moeilijke omstandigheden moeten uitvoeren, is hun aansprakelijkheidsrisico volgens haar beperkt. Borrius stelt dat voor OK-functionarissen dezelfde normen gelden als voor 'gewone' bestuurders en commissarissen. In tegenstelling tot verschillende auteurs, acht Borrius een aparte regeling voor OK-functionarissen niet noodzakelijk en wenselijk. In aansprakelijkheidskwesties wordt met de bijzondere positie van OK-functionarissen immers al rekening gehouden. De Hoge Raad bepaalde in *Staleman/Van de Ven* dat aansprakelijkheidsvorderingen moeten worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Zoals Kreileman en Verboom ook al opmerkten met betrekking tot niet-uitvoerende bestuurders respectievelijk niet-leden van de auditcommissie, biedt dit OK-functionarissen mogelijk soelaas. Dit neemt echter niet weg dat laatstgenoemden kunnen worden geconfronteerd met de dreiging van aansprakelijkstelling. Volgens Borrius biedt het enquêterecht OK-functionarissen voldoende middelen om zich hiertegen te weren.

Net als door de OK benoemde functionarissen, Exco-leden, niet-uitvoerende bestuurders en leden en niet-leden van de auditcommissie, nemen ook overheidscommissarissen een bijzondere positie in binnen de vennootschap. De bijdrage van Dijkhuizen handelt over de aansprakelijkheid van overheidscommissarissen. Na een uitvoerige historische schets gaat Dijkhuizen in op de rechts- en aansprakelijkheidspositie van de overheidscommissaris. Een veelgehoord punt van kritiek op de overheidscommissaris is dat hij 'twee heren' zou moeten dienen. Enerzijds zou hij zich bij de vervulling van zijn taak moeten richten naar het vennootschappelijk belang. Anderzijds zou het richtsnoer bij zijn taakvervulling worden ingekleurd door het overheidsbelang. Dijkhuizen stelt dat de taakvervulling van de overheidscommissaris, net als van iedere andere commissaris, wordt getoetst aan het vennootschappelijk belang. Door wie de commissaris is benoemd of voorgedragen, is niet relevant. Ook gelden voor de overheidscommissaris dezelfde aansprakelijkheidsnormen als voor de 'gewone' commissaris. Dijkhuizen concludeert dan ook dat de overheidscommissaris hetzelfde aansprakelijkheidsrisico loopt als iedere andere commissaris.

Uit cluster II blijkt dat het in aansprakelijkheidskwesties niet relevant is of de functionaris is benoemd door de Ondernemingskamer, de Staat of de algemene vergadering. Voor iedere formele bestuurder respectievelijk commissaris gelden dezelfde aansprakelijkheidsnormen. Ook is niet relevant of de bestuurder een natuurlijke persoon of een rechtspersoon is. Via art. 2:11 BW rust de aansprakelijkheid van de directe Nederlandse rechtspersoon-bestuurder tevens hoofdelijk op

iedere statutaire bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder. Wel kan in aansprakelijkheidskwesties rekening worden gehouden met de bijzondere positie die de statutaire bestuurder of commissaris inneemt. Zo wordt de bijzondere positie van OK-functionarissen in aanmerking genomen. Ook met de positie van niet-uitvoerende bestuurders wordt in de disculpatiefase rekening gehouden. Niet-uitvoerende bestuurders die enkel de toezichthoudende taak op hun bord hebben liggen, kunnen zich in de regel eerder disculperen dan uitvoerende bestuurders. Hetzelfde geldt voor de niet-leden van de auditcommissie. Ook zij kunnen met een beroep op de taakverdeling eerder de aansprakelijkheidsdans ontspringen dan de leden van de auditcommissie. Tot slot is niet altijd relevant of de bestuurder formeel dan wel feitelijk bestuurder is van de rechtspersoon. De aansprakelijkheidsnormen van art. 6:162 BW en art. 2:138/248 BW gelden immers niet alleen voor formele bestuurders, maar ook voor functionarissen die als feitelijk bestuurder zijn te kwalificeren. De formele en de feitelijke bestuurder worden op grond van voornoemde artikelen over één kam geschoren. Ook de mede-besturende niet-statutaire leden van Exco's lopen dus het risico dat zij aansprakelijk zijn 'als waren zij formeel bestuurder'.

### **Cluster III Verhaalfrustratie**

Bestuurders kunnen er op verschillende manieren voor zorgen dat schuldeisers van de vennootschap zich niet (volledig) kunnen verhalen op het vermogen van de vennootschap. Zo kunnen bestuurders vlak voor het faillissement onrechtmatige rechtshandelingen verrichten of winstuitkeringen aan aandeelhouders doen. Ook kunnen bestuurders van een onderneming in financiële moeilijkheden verhaal van crediteuren frustreren door selectieve betalingen te verrichten. In het derde cluster komen verschillende wijzen van verhaalfrustratie en de daarbij behorende aansprakelijkheidsrisico's aan bod.

Van den Sigtenhorst en Winters gaan in op de samenhang tussen bestuurdersaansprakelijkheid wegens benadeling van crediteuren en de actio Pauliana. Tussen beide acties is samenloop mogelijk. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is niet uitgesloten in het geval de benadelende rechtshandeling paulianeus was. Omgekeerd is ook goed denkbaar dat een handeling onrechtmatig kan zijn óók als niet is voldaan aan de vereisten voor een beroep op de actio Pauliana. Het staat een individuele schuldeiser (of curator) vrij om te kiezen tussen pauliananeus handelen, onrechtmatige daad of onbehoorlijke taakvervulling als grondslag voor zijn vordering. Het paulianeuze karakter van een rechtshandeling is een sterke, maar geen doorslaggevende aanwijzing voor de onrechtmatigheid van de handeling. Op vergelijkbare wijze werkt het paulianeuze karakter van een handeling van de vennootschap door in de persoonlijke aansprakelijkheid van de betrokken bestuurder. Als voorbeeld van een niet-paulianeuze handeling die niettemin onrechtmatig