

De ratio van de stel- en bewijsplicht van artikel 150
Rechtsvordering bij bestuurdersaansprakelijkheid

Waarom en in welke situaties wordt de curator dan wel de individuele crediteur – hetzij door verlichting van het bewijsrisico hetzij door daadwerkelijke omkering van het bewijsrisico – geholpen in de bewijslastverdeling zoals bedoeld in artikel 150 Rechtsvordering?

Tilburg University - Tilburg Law School
Master Ondernemingsrecht 2015-2016

Maartje van Rooij - 706918

Begeleider: G.J.H. van der Sangen

31 augustus 2016

Inhoudsopgave

1. Inleiding	4
2. Theoretisch kader artikel 150 Rechtsvordering	8
2.1. De bewijslast	8
2.2. Bewijsvermoedens	10
2.2.1. Wettelijke bewijsvermoedens	11
2.2.2. Rechtelijke bewijsvermoedens	13
2.2.3. Jurisprudentiële bewijsvermoedens	13
2.3. Omkering van de bewijslast	14
3. Bestuurdersaansprakelijkheid – de normale situatie	15
3.1 Artikel 2:9 Burgerlijk Wetboek	15
3.1.1. De bewijslast	19
3.2. Artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek	22
3.2.1. De bewijslast	24
4. Bestuurdersaansprakelijkheid – de uitzonderingen	26
4.1. Anti misbruikwetgeving	26
4.2. Begrippen in de anti misbruikwet	26
4.2. 1 ^e uitzondering – tweede anti misbruikwet	27
4.2.1. De bewijslast	28
4.2.2. Gedachtegang van de wetgever	31
4.3. 2 ^e uitzondering – derde anti misbruikwet	33
4.3.1. De bewijslast	34
4.3.2. De gedachtegang van de wetgever	39
4.3. 3 ^e uitzondering – artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek	40
4.3.1. 1 ^e ontwikkeling	40
4.3.2. 2 ^e ontwikkeling	43
4.4. Interne rechtsvergelijking	44
5. Rechtsvergelijkend – België	48
5.1. Wettelijk kader bewijslast	48
5.2. Bestuurdersaansprakelijkheid	48

5.2.1.	Aansprakelijkheidsgronden en de bewijslast	52
5.3.	België vs. Nederland.....	55
6.	Conclusie	58
	Literatuur- en jurisprudentielijst	62

1. Inleiding

De hoofdregel inzake de bewijslastverdeling in Nederland staat gecodificeerd in artikel 150 Rechtsvordering (hierna: Rv). De partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van de door haar gestelde feiten of rechten draagt daarvan de bewijslast, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.

Het begrip bewijslast uit artikel 150 Rv impliceert zowel de bewijsleveringslast als het bewijsrisico. De bewijsleveringslast verwijst naar de partij op wie de bewijslast rust om bewijs te leveren van een of meer door de rechter aangewezen feiten.¹ Volgens de hoofdregel van artikel 150 Rv zal deze last in beginsel liggen bij de eisende partij (te weten: de partij die zich voor de rechter beroept op de rechtsgevolgen van de door haar gestelde feiten of rechten). Het bewijsrisico verwijst naar het risico dat zich verwezenlijkt voor één van de partijen op het moment dat de rechter de vordering afwijst. In de literatuur wordt gesteld dat het bewijsrisico in de hoofdregel de bewijsleveringslast volgt. Dit klinkt logisch, degene waarop de last rust om feiten te bewijzen², moet er tevens voor zorgen dat het risico zich niet openbaart.³

Op de hiervoor geschetste ‘normale’ situatie zijn een aantal uitzonderingen te noemen die voortvloeien uit de ‘tenzij’ clause van artikel 150 Rv. Deze bijdrage zal de uitzonderingen bespreken die we tegenkomen bij bestuurdersaansprakelijkheid en richt zich op de curator en de individuele crediteur als eisende partij.⁴ Indien de eisende partij zich beroept op de rechtsgevolgen van de door haar gestelde feiten of rechten wordt zij in sommige situaties geholpen. De eisende partij krijgt als het ware een steuntje in de rug door de zogenoemde bewijsvermoedens of door een omkering van de bewijslast.

De gevolgen van het gebruik maken van bewijsvermoedens, dan wel het gebruik maken van een omkering van de bewijslast door de rechter zijn niet hetzelfde. Als er gebruik wordt gemaakt van een bewijsvermoeden, dan worden de gestelde feiten van de eisende partij door

¹ Asser 2013, nr. 270.

² Bewijzen houdt in: stellen en aannemelijk maken waardoor de bewijslast van het tegendeel bij de andere partij komt te liggen.

³ Asser 2013, nr. 272.

⁴ Indien hierna over de eisende partij wordt gesproken, wordt hiermee de curator dan wel de individuele crediteur bedoeld.

de rechter als waar aangenomen.⁵ De bestuurder zal in dit geval tegenwijs moeten leveren. Door gebruik te maken van een bewijsvermoeden volgt een andere bewijslastverdeling maar het bewijsrisico wordt niet omgekeerd. De eisende partij hoeft weliswaar in eerste instantie geen bewijs te leveren, maar op het moment dat het de bestuurder lukt om voldoende tegenbewijs te leveren zal het bewijsrisico zich alsnog verwezenlijken voor de eisende partij.

Als we spreken van een omkering van de bewijslast zal het bewijsrisico wel daadwerkelijk verschuiven van de eisende partij naar de bestuurder. De bewijslast (inhoudende zowel de bewijslastverdeling als het bewijsrisico) wordt in dat geval in zijn geheel omgekeerd. Zowel een bewijsvermoeden als een omkering van de bewijslast beïnvloeden dus de bewijslast inhoudende de bewijslastverdeling en het bewijsrisico, respectievelijk door verlichting van het bewijsrisico en door een volledige verplaatsing van het bewijsrisico.⁶

De centrale vraag in deze bijdrage luidt als volgt:

Waarom en in welke situaties wordt de curator dan wel de individuele crediteur – hetzij door verlichting van het bewijsrisico hetzij door daadwerkelijke omkering van het bewijsrisico – geholpen in de bewijslastverdeling zoals bedoeld in artikel 150 Rechtsvordering?

Deze centrale vraag wordt beantwoord aan de hand van de volgende deelvragen:

- Wat is het wettelijk kader van artikel 150 Rechtsvordering?
- Wanneer kunnen we spreken van de ‘normale’ situatie ten aanzien van de bewijslast (inhoudende de bewijslastverdeling en het bewijsrisico) van de eisende partij?
- Welke uitzonderingen kennen we ten aanzien van de bewijslast (inhoudende de bewijslastverdeling en het bewijsrisico) van de eisende partij bij bestuurdersaansprakelijkheid?
- Hoe en waarom zijn deze uitzonderingen ontstaan?
- Hoe worden deze uitzonderingen onderbouwd door de wetgever en/of de rechter?
- Hoe wordt bewijslast vormgegeven in België? En wat zijn de verschillen met Nederland?

Een antwoord op deze deelvragen zal geformuleerd worden aan de hand van een onderzoek van de wet, normen die uit de wet voorloeien, de parlementaire geschiedenis, een analyse van

⁵ Snijders 2015, afl. 38, p. 2667.

⁶ Asser 2013, nr. 290-292.

de toepasselijke rechtspraak en een extern rechtsvergelijkend onderzoek naar het recht van België, omdat België net als Nederland bewijsvermoedens hanteert bij de verschillende aansprakelijkheidsgronden van bestuurders. Onderzocht wordt hoe deze bewijsvermoedens in België zijn vormgegeven. Uiteindelijk zal in de conclusie een antwoord op de centrale vraag worden geformuleerd.

Om een goed beeld te kunnen vormen van de regels omtrent de bewijslast in Nederland zal in hoofdstuk 2 een theoretisch kader worden geschetst van artikel 150 Rv aan de hand van wet en literatuur. In hoofdstuk 3 zal naar de ‘normale’ situatie worden gekeken. Hiermee wordt bedoeld de vorm van bestuurdersaansprakelijkheid die het beste aansluit bij de hoofdregel van artikel 150 Rv. Dit wordt gedaan aan de hand van wet, literatuur en rechtspraak. Startpunt is artikel 2:9 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) dat ziet op de interne aansprakelijkheid van bestuurders en artikel 6:162 BW dat ziet op de onrechtmatige daad. Opmerking daarbij dient dat artikel 6:162 BW ook later in deze bijdrage wordt besproken bij de uitzonderingen, omdat er recente ontwikkelingen zijn op dit gebied.

Het is belang om eerst de ‘normale’ situatie te schetsen om vervolgens in hoofdstuk 4 de uitzonderingen te bespreken. Hier zullen artikel 36 Invorderingswet (hierna: artikel 36 Iw 1990), artikel 2:248 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) en artikel 6:162 BW centraal staan. Op deze manier kan worden gekeken in wel opzicht deze uitzonderingen verschillen van de ‘normale’ situatie en hoe en waarom deze uitzonderingen zijn ontstaan. Vervolgens volgt er een interne rechtsvergelijking om de verschillen tussen de curator en de individuele crediteur als eisende partij te bespreken. Om een beeld te krijgen van hoe de bewijsrechtregels in andere landen zijn vormgegeven wordt in hoofdstuk 5 van deze bijdrage doormiddel van een rechtsvergelijkend onderzoek stil gestaan bij de bewijsrechtregels in België en hoe deze bewijsrechtregels doorwerken op de bestuurdersaansprakelijkheid in België. In België is op grond van artikel 1315 BW, net als in Nederland, het uitgangspunt: ‘wie stelt, die bewijst’. Daarnaast kent België, net als Nederland, bewijsvermoedens met betrekking tot bestuurdersaansprakelijkheid. In het kader van deze bijdrage is het interessant om te kijken hoe deze bewijsvermoedens in België doorwerken op de bestuurdersaansprakelijkheid en alsmede wat voor verschillen dit teweegbrengt met de methode die in Nederland wordt gehanteerd.

Bovenstaande tracht ik te bereiken aan de hand van onderzoek van de wet, de literatuur en de jurisprudentie. Omdat dit gedeelte van het onderzoek zich voornamelijk buiten de

Nederlandse jurisdictie bevindt, wordt er gesproken over een rechtsvergelijkend onderzoek. Uiteindelijk zal in hoofdstuk 6 worden afgesloten met een eindconclusie.

2. Theoretisch kader artikel 150 Rechtsvordering

2.1. De bewijslast

Vertrekpunt voor de regeling omtrent de bewijslast in Nederland is artikel 149 Rv, dat gelijktijdig met artikel 150 Rv op 3 december 1988 is ingevoerd.⁷ Artikel 149 Rv geeft geen omschrijving van het begrip bewijslast maar geeft wel een kader van hetgeen dat zich binnen het bewijsrecht afspeelt en waaraan de rechter zich moet houden.⁸ Artikel 149 Rv luidt dan ook als volgt: ‘De rechter mag slechts die feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag leggen die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig de voorschriften de negende afdeling van Boek 1 Titel 2 zijn komen vast te staan’.

Artikel 150 Rv voorziet vervolgens in de norm als het gaat om de bewijslastverdeling in Nederland: ‘De partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van de door haar gestelde feiten of rechten, zal de bewijslast van die feiten of rechten dragen, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit’. Veelal wordt deze regel samengevat als: ‘wie stelt, die bewijst’. Deze samenvatting is echter te simplistisch als we de regeling omtrent de bewijslastverdeling, en daarmee specifiek artikel 150 Rv, nader bestuderen.

In Nederland is de bewijslast gebaseerd op de gematigd-objectiefrechtelijke leer. De wetgever heeft op deze manier een balans gevonden tussen het dienen van de rechtszekerheid en de rechtvaardigheid.⁹ De eerste zin van artikel 150 Rv sluit aan bij de objectiefrechtelijke leer en daarmee is de rechtszekerheid in grote mate gediend. Vanuit het oogpunt van de objectiefrechtelijke leer ligt de bewijslast namelijk bij de partij die de feiten stelt en partijen kunnen hier dan ook vroegtijdig op inspelen. De tweede zin, die ziet op de tenzij clausule, is een door de wetgever geformuleerde ‘ontsnappingsclausule’.¹⁰ Op deze manier kan de objectiefrechtelijke leer in sommige gevallen bijgesteld worden om aan de rechtvaardigheid tegemoet te komen. Snijders spreekt in zijn artikel ook wel over het feit dat de ‘uit enige bijzondere regel’ en de redelijkheid en billijkheid fungeren als corrigerende werking op

⁷ Wet van 3 december 1988, Stb. 1987, 590.

⁸ Pitlo 2014, p. 25.

⁹ Van Stekelenburg 2010, p. 43-44.

¹⁰ Asser 2013, nr. 290.

artikel 150 Rv omdat zij de hoofregel ‘wie stelt, die bewijst’ als het ware corrigeren.¹¹

Enig bijzondere regel

Om artikel 150 Rv verder te ontleden richt deze bijdrage zich eerst op het feit dat een andere verdeling van de bewijslast kan ontstaan door ‘enig bijzondere regel’. Deze ‘enig bijzondere regel’ ziet op zowel geschreven als ongeschreven regels.¹² Een voorbeeld van een geschreven regel waarin de bewijslast wordt omgekeerd is artikel 6:195 BW dat ziet op misleidende reclame. De wetgever gaat hier in eerste instantie uit van de onrechtmatigheid van de mededeling van de gedaagde. De bewijslast rust dan niet op de eisende partij maar op de gedaagde in kwestie. Indien een (eisende) partij zich dus voor de rechter op artikel 6:195 BW beroept, wordt afgeweken van de hoofdregel van artikel 150 Rv omdat de bewijslast in deze situaties zal worden omgekeerd.

Naast de geschreven regels kan een andere verdeling van de bewijslast ontstaan door ongeschreven regels. Als voorbeeld kan het arrest *Sevim Kacar Kisacik/Stegeman*¹³ dienen waarin de Hoge Raad een ongeschreven uitzonderingsregel heeft geformuleerd. Kacar werd ontslagen en riep vervolgens de nietigheid in van dit ontslag omdat zij op het moment van de mededeling zwanger was. Zij beriep zich op artikel 1639h lid 4 BW omdat volgens dit artikel een werkgever een werkneemster niet mag ontslaan gedurende haar zwangerschap. De rechter moest vervolgens bepalen op wie de bewijslast kwam te rusten. Volgens de hoofdregel van het oude artikel 177 Rv (thans artikel 150 Rv) zal de bewijslast rusten op de eisende partij, te weten Kacar. De rechter bepaalt echter dat de bewijslast in deze moet worden omgekeerd. Omdat het precieze tijdstip lastig te bepalen is, is de kans groot is dat het bewijsrisico (dat de vordering zal worden afgewezen) voor Kacar zich zal openbaren. Dit strekt niet met de bescherming die artikel 1939h probeert te bewerkstelligen, namelijk de zwakkere partij in de arbeidsovereenkomst beschermen.

Redelijkheid en billijkheid

Ook kunnen onder bijzondere omstandigheden de redelijkheid en billijkheid zorgen voor een andere verdeling van de bewijslast. Het kan worden gezien als een restcategorie voor de situaties die niet onder ‘enig bijzondere regel’ vallen maar naar oordeel van de rechter toch

¹¹ Snijders 2015, afl. 38, p. 2665.

¹² Beenders 2016, p. 2.

¹³ HR 9 maart 1990, *NJ* 1990, 561 (*Sevim Kacar Kisacik/Stageman*).

gebaat zijn bij een andere verdeling van de bewijslast. De beslissing tot omkering van de bewijslast op grond van de redelijkheid en billijkheid moet voldoende worden gemotiveerd door de rechter. Hierbij is het van belang dat de rechter voldoende inzicht geeft in zijn gedachtegang.¹⁴ Het arrest B./Interpolis kan dienen als voorbeeld voor een omkering van de bewijslast op basis van de redelijkheid en billijkheid. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad namelijk dat de bewijslast werd omgekeerd omdat door toedoen van de wederpartij de eiser in een onredelijk zwarte positie was geraakt.¹⁵ Opmerking dient daarbij dat het tegenovergestelde ook kan voorkomen. Zo bepaalt artikel 7:176 BW dat op grond van de redelijkheid en billijkheid de omkering van de bewijslast ook kan worden teruggedraaid, waardoor men weer uitkomt bij de hoofdregel van de bewijslastverdeling ‘wie stelt, die bewijst’.¹⁶

Een discussie in de literatuur bestaat over het feit of bewijsvermoedens onder de noemer ‘enige bijzondere regel’ vallen en geschaard kunnen worden onder een uitzondering zoals gecreëerd door de wetgever. Snijders beargumenteert dat de bewijsvermoedens niet vallen onder de tenzij clausule van artikel 150 Rv omdat zij de bewijslast niet daadwerkelijk omkeren.¹⁷ Deze bijdrage sluit echter aan bij de redenering van Asser. Het begrip bewijslast in artikel 150 Rv omvat zowel de bewijslastverdeling als het bewijsrisico. Omdat de bewijsvermoedens zorgen voor een afwijking in de bewijslastlevering en zij het bewijsrisico verlichten, kunnen zij ook onder de tenzij clausule van artikel 150 Rv worden geschaard. Het is te kortzichtig om te ontkennen dat het begrip bewijslast twee betekenislagen heeft.

De gevolgtrekking die hieraan kan worden verbonden is dat alle uitzonderingen die voortkomen uit artikel 150 Rv invloed uitoefenen op de bewijslastverdeling, hetzij door verlichting van het bewijsrisico hetzij door daadwerkelijke omkering van het bewijsrisico.¹⁸

2.2. Bewijsvermoedens

Door middel van een bewijsvermoeden kan de bewijslast, specifiek het bewijsrisico, van de eisende partij worden verlicht. Uit een feit dat bekend is, wordt een (nog) ontbrekend feit

¹⁴ HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 419 (J./ABN Amro c.s.).

¹⁵ HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 78 (B./Interpolis).

¹⁶ Beenders 2016, p. 3.

¹⁷ Snijders 2015, afl. 38 p. 2667.

¹⁸ Asser 2013, nr. 290.

afgeleid door de wetgever dan wel door de rechter in het nadeel van de tegenpartij. Het uitgangspunt is dat tegen een bewijsvermoeden altijd tegenbewijs openstaat. Asser spreekt dan ook van een ‘vast duo’ als het gaat over bewijsvermoedens en het leveren van tegenbewijs tegen deze bewijsvermoedens.¹⁹

De bewijsvermoedens kunnen worden onderverdeeld in twee categorieën: de wettelijke bewijsvermoedens (*praesumptio iuris*) en de rechtelijke bewijsvermoedens (*praesumptio facti*). Het verschil tussen de twee bovengenoemde bewijsvermoedens heeft te maken met hoe de bewijsvermoedens tot stand zijn gekomen. De wettelijk bewijsvermoedens zijn door de wetgever op voorhand bepaald en laten de rechter in vele mindere mate vrij om te oordelen over de feiten dan dat het geval is bij de rechtelijke bewijsvermoedens. De rechtelijke bewijsvermoedens komen namelijk niet voort uit de wet, maar uit het oordeel van de rechter. In de rechtspraak heeft zich, naast de bovengenoemde bewijsvermoedens, nog een derde bewijsvermoeden ontwikkeld, te weten het jurisprudentiële bewijsvermoeden.²⁰ In de volgende drie deelparagrafen zullen de bewijsvermoedens worden toegelicht.

2.2.1. Wettelijke bewijsvermoedens

Onweerlegbare wettelijke bewijsvermoedens

De wettelijke bewijsvermoedens kunnen worden onderverdeeld in onweerlegbare wettelijke bewijsvermoedens (*praesumptio iuris et de iure*) en weerlegbare wettelijke bewijsvermoeden (*praesumptio iuris tantum*). De onweerlegbare wettelijke bewijsvermoedens zijn zuivere rechtsregels²¹. Deze bewijsvermoedens zijn een uitzondering op de door Asser gehanteerde vuistregel van het ‘vaste duo’. Tegenbewijs is niet mogelijk tegen onweerlegbare wettelijke bewijsvermoedens. De wetgever heeft bij de introductie van deze bewijsvermoedens vastgesteld welke partij én hoe deze partij door het bewijsvermoeden geholpen zal worden. Artikel 3:34 BW kan dienen als een voorbeeld voor een onweerlegbaar wettelijk bewijsvermoeden: heeft iemand wiens geestvermogens blijvend of tijdelijk zijn gestoord, iets verklaard, dan wordt een met de verklaring overeenstemmende wil geacht te ontbreken, indien de stoornis een redelijke waardering der bij de handeling betrokken belangen belette. De wetgever versterkt in deze de positie van de persoon wiens geestvermogens blijvend of

¹⁹ Asser 2004, nr. 35.

²⁰ Pitlo 2014, p. 53.

²¹ Asser 2013, nr. 298.

tijdelijk zijn gestoord. Logischerwijs staat tegenbewijs hier niet tegen open.²² Een voorbeeld dat meer in lijn ligt met deze bijdrage is het onweerlegbare wettelijke bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW. Specifiek gaat het dan om de eerste volzin van artikel 2:248 lid 2 BW. De wetgever vermoedt dat, indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 2:10 BW of artikel 2:394 BW (respectievelijk de boekhoud- en jaarrekeningsplicht), het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Tegenbewijs staat hier niet tegen open.

Weerlegbare wettelijke bewijsvermoedens

Weerlegbare wettelijke bewijsvermoedens sluiten wel aan bij de vuistregel van Asser nu tegen deze bewijsvermoedens wél tegenbewijs openstaat. De weerlegbare wettelijke bewijsvermoedens berusten niet op het oordeel van de rechter maar vloeien voort uit de wet. Als voorbeeld kan hier, net als bij de onweerlegbare wettelijke bewijsvermoedens, artikel 3:34 BW worden aangehaald. Dit artikel bevat namelijk naast het onweerlegbare wettelijke bewijsvermoeden ook een weerlegbaar wettelijk bewijsvermoeden: een verklaring wordt vermoed onder invloed van de stoornis te zijn gedaan, indien de rechtshandeling voor de geestelijk gestoorde nadelig was, tenzij het nadeel op het tijdstip van de rechtshandeling redelijkerwijze niet was te voorzien. De bepaling kan als het volgt worden ontleed: als het bekend is dat de rechtshandeling voor de geestelijke gestoorde nadelig was dan heeft dat het gevolg dat hieruit wordt afgeleid door de rechter dat de verklaring onder invloed van een stoornis is gedaan. In dit geval, in tegenstelling tot de onweerlegbare wettelijke bewijsvermoedens, staat tegenbewijs wél open.²³ Ten slotte kan ook hier artikel 2:248 lid 2 BW worden aangehaald. De tweede volzin van artikel 2:248 lid 2 BW bepaalt namelijk dat wordt vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Omdat dit een wettelijk weerlegbaar bewijsvermoeden is staat tegenbewijs hier tegen open. Een bestuurder zal moeten aantonen dat er andere externe oorzaken zijn waardoor het faillissement is ingetreden. Later in deze bijdrage zal deze bepaling en het daarmee samenhangende wettelijke weerlegbare bewijsvermoeden uitvoerig worden besproken.

²² Pitlo 2014, p. 56-57.

²³ Pitlo 2014, p. 57-59.

2.2.2. Rechtelijke bewijsvermoedens

Artikel 151 lid 1 Rv bepaalt dat de rechter verplicht is bewijskracht te erkennen aan dwingend bewijs.²⁴ Wanneer het gaat om bewijs dat niet dwingend is, wordt de rechter geacht een *voorlopig oordeel* over het bewijs te vellen. In deze situaties vindt het rechtelijke bewijsvermoeden zijn toepassing.

Om de rechtelijke bewijsvermoedens toe te lichten wordt aansluiting gezocht bij het oude artikel 1959 BW: ‘vermoedens welke niet op de wet zelve gegrond zin (zoals de eerder besproken wettelijke vermoedens), worden overgelaten aan het oordeel en aan de voorzichtigheid van den regter’. Naar aanleiding van dit oude artikel 1959 BW wordt duidelijk dat de rechter naar zijn of haar eigen oordeel uit een vaststaand feit een ander feit (dat nog niet bewezen is) mag vaststellen. Voor het gebruik maken van rechtelijke bewijsvermoedens geldt wel een ondergrens. De rechter mag alleen gebruik maken van een rechtelijk bewijsvermoeden op het moment dat de feiten die vaststaan, kunnen leiden tot het bewijs van wat bewezen moet worden.²⁵

2.2.3. Jurisprudentiële bewijsvermoedens

Naast de bovengenoemde wettelijke en rechtelijke bewijsvermoedens kennen we in Nederland ook bewijsvermoedens die in de rechtspraak door de Hoge Raad zijn ontwikkeld. Dit zijn de zogenaamde jurisprudentiële bewijsvermoedens. Het rechtelijk bewijsvermoeden, dat bekend staat om zijn ad-hoc karakter, maakt in het geval van een jurisprudentieel bewijsvermoeden plaats voor een algemene toepasbare rechtsregel.²⁶

Een bekend voorbeeld van een jurisprudentieel bewijsvermoeden is de omkeringsregel. De omkeringsregel ziet op de bewijslastverdeling bij causaal verband. In bepaalde situaties zal de rechter aannemen dat er sprake is van een *conditio sine qua non*-verband tussen de normschending en de schade. Dit betekent dat de rechter er in eerste instantie van uit gaat dat de schade is ontstaan door de normschending van de aangesproken partij. Het is dan vervolgens aan de aangesproken partij om het bewijzen dat de schade ook zou zijn ontstaan zonder de normschending. De naam omkeringsregel doet vermoeden dat er sprake is van een daadwerkelijke omkering van de bewijslast. Echter, is er slechts sprake van een verlichting

²⁴ Hierbij kan worden gedacht aan een ambtelijke verklaring in een authentieke akte.

²⁵ Zie hierover Asser 2013, nr. 304.

²⁶ Asser 2004, nr. 43.

van het bewijsrisico van de eisende partij. Er treedt geen daadwerkelijke verschuiving in van het bewijsrisico.²⁷

2.3. Omkering van de bewijslast

De omkering van de bewijslast kan worden gezien als de meest ingrijpende uitzondering op de hoofdregel van de bewijslastverdeling in Nederland. De bewijslast, bestaande uit de bewijslastverdeling en het bewijsrisico, gaat in dit geval in zijn geheel over op de andere partij. Men spreekt van een daadwerkelijke verschuiving van het bewijsrisico.

Wanneer er sprake is van een omkering van de bewijslast zal de gedaagde in het proces, in plaats van de eiser in het proces, voldoende feiten en omstandigheden moeten aantonen, waardoor het aannemelijk wordt dat de feiten en omstandigheden waar de eiser zich op beroept niet vast zijn komen te staan. Als de gedaagde hierin slaagt, keert de bewijslast weer terug naar de eiser. Als het onduidelijk blijft of het feit zich heeft voorgedaan, slaagt de gedaagde niet in het leveren van bewijs waarvoor hij het risico loopt (nu het bewijsrisico wordt omgedraaid) en zal de eiser in zijn vordering gelijk worden gesteld.²⁸ *Met andere woorden, het bewijsrisico openbaart zich voor de gedaagde ook al is niet vast te komen of het feit zich daadwerkelijk heeft verwezenlijkt.* Een feit dat onduidelijk blijft, kan dus leiden tot een toewijzing van de vordering voor de eisende partij. Maar voorgaande betekent ook dat, wanneer het vast komt te staan dat het feit zich niet heeft voorgedaan, het bewijsrisico aan de zijde van de gedaagde zich niet zal openbaren. De vordering van de eiser zal worden afgewezen. Om het voorgaande te kunnen rechtvaardigen moet er sprake zijn van een gerechtvaardigd belang. Volgens Asser is er onder andere sprake van een gerechtvaardigd belang als er sprake is van structurele onevenwichtigheid tussen partijen. In deze situaties zal de bewijsnood vaak samenhangen met de bewijslast die volgens de hoofdregel op de eisende partij rust.²⁹

²⁷ Pitlo 2014, p. 62-62 en Asser 2013, nr. 302.

²⁸ Asser 2004, nr. 30-31.

²⁹ Asser 2013, nr. 292.

3. Bestuurdersaansprakelijkheid – de normale situatie

3.1. Artikel 2:9 Burgerlijk Wetboek

Het huidige artikel 2:9 BW regelt de interne aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de rechtspersoon. Artikel 2:9 lid 1 BW bepaalt dat een bestuurder aansprakelijk is indien een bestuurder zijn *bestuurstaak* niet behoorlijk vervult tegenover de rechtspersoon, tenzij de individuele bestuurder *geen ernstig verwijt* kan worden gemaakt én hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van *onbehoorlijk bestuur* af te wenden. Er is door de wetgever gekozen voor een negatieve formulering van de bestuurstaak. De bestuurstaak van een bestuurder ziet op alle taken die niet specifiek aan andere bestuurders zijn opgelegd. Op deze manier voorkomt de wetgever dat bepaalde taken geen aansprakelijkheid kunnen vestigen, omdat zij niet specifiek aan één of meerdere bestuurders zijn toebedeeld.³⁰

Omdat artikel 2:9 BW van dwingend recht is, kan de aansprakelijkheid van een bestuurder niet van tevoren worden uitgesloten.³¹ Op basis van artikel 3:40 lid 2 BW is vrijtekening van aansprakelijkheid dan ook nietig.³² Wel kan de aansprakelijk afstuiten op een van tevoren verleende decharge. De rechtspersoon doet in dat geval afstand van haar recht om één of meerdere bestuurders voor het door hen gevoerde beleid aansprakelijk te kunnen stellen.³³ Echter, onder omstandigheden kan geen beroep gedaan worden op verleende decharge. Lijdend bij de maatstaf voor de reikwijdte van decharge is hetgeen de Hoge Raad overwoog in HR Staleman/van de Ven³⁴. Dit blijkt onder meer uit het arrest van de Hoge Raad in 2010 waar de Hoge Raad deze maatstaf opnieuw als uitgangspunt neemt:

‘In het bijzonder kan niet worden aanvaard dat een décharge zich ook zou uitstrekken tot informatie waarover een individuele aandeelhouder uit anderen hoofde –buiten het verband van de algemene vergadering van aandeelhouders– de beschikking heeft gekregen, of tot

³⁰ Zie hierover: *Kamerstukken II* 2008-2009, (MvT) 31 763 nr. 3, p. 6 en De Groot 2011, p. 33.

³¹ Kroeze & Wezeman 2015, p. 19.

³² Vrijtekening van aansprakelijkheid ziet op interne aansprakelijkheid. Het verschil met vrijwaring van aansprakelijkheid zit hem in het feit dat vrijwaring betrekking heeft op externe aansprakelijkheid. Een vennootschap vrijwaart de bestuurder in bepaalde situaties vooraf tegen claims die derden tegen de bestuurder instellen. Zie o.a. Raaijmakers 2006, p. 438-439 en Kroeze en Wezeman p. 18.

³³ Assink & Slagter 2013, p. 726.

³⁴ HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, r.o. 3.4.1 (Staleman/van der Ven).

gegevens die niet uit de jaarrekening blijken of niet anderszins aan de algemene vergadering van aandeelhouders zijn bekendgemaakt voordat deze de jaarrekening vaststelde’.

‘Decharge strekt zich daarnaast ook niet uit tot hetgeen aandeelhouders redelijkerwijs konden weten dan wel tot hetgeen waarop zij, mede gelet op de hun verstrekte informatie, bedacht konden zijn’.³⁵

De wetgever neemt als uitgangspunt dat er sprake is van een collegiaal bestuur. Dat betekent dat iedere bestuurder in beginsel verantwoordelijk is voor het gevoerde bestuursbeleid. Onbehoorlijk bestuur op grond van artikel 2:9 BW resulteert daarom in beginsel in een persoonlijke aansprakelijkheid van iedere bestuurder afzonderlijk.³⁶

De bestuurder, die op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk is gesteld en schadevergoeding heeft betaald, kan op grond van artikel 6:10 lid 1 BW regres nemen op zijn medebestuurders. Hij kan dit doen voor het gedeelte van de schuld dat ieder van de bestuurders in hun onderlinge verhouding aangaat.³⁷

Artikel 2:9 lid 2 BW biedt de bestuurder de mogelijkheid om zich te disculperen voor onbehoorlijk bestuur. Een bestuur kan zich disculperen als hem geen ernstig verwijt treft gezien de taakverdeling aan andere bestuurders én dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. Het gaat daarbij voornamelijk om de vraag wat de bestuurder objectief verweten kan worden, oftewel hoe de bestuurder feitelijk heeft gehandeld. Er wordt verondersteld dat de bestuurder een zekere mate van deskundigheid heeft. Kroeze en Wezeman stellen dat een beroep op disculpatie alleen kans van slagen heeft als de bestuurder ernstig is misleid, als er zwaarwegende persoonlijke omstandigheden spelen of als de bestuurder niet lang in dienst is geweest van de rechtspersoon.³⁸

Artikel 2:129 BW bepaalt dat het bestuur zich bij de vervulling van zijn taak richt naar het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden onderneming.³⁹ De rechtspersoon wordt als het ware een ‘verzelfstandigd instituut’ dat de bestuurder een bestuurstaak opdraagt.⁴⁰ Eerder in deze bijdrage is betoogd dat er met betrekking tot de bestuurstaak is

³⁵ HR 25 juni 2010, *JOR* 2010, 227, r.o. 4.2 (Dingemans/De Rouw).

³⁶ Slagter & Assink 2013, p. 211.

³⁷ Kroeze & Wezenman 2015, p. 5.

³⁸ Kroeze & Wezenman 2015, p. 9.

³⁹ Stolp 2013, p. 1443.

⁴⁰ Raaijmakers 2006, p. 214.

gekozen voor een negatieve formulering door de wetgever: de bestuurstaak van een bestuurder ziet op alle taken die niet aan één of meerdere bestuurders zijn opgelegd. Wat het begrip bestuurstaak echter precies inhoudt, is nergens in de wet specifiek in een artikel gedefinieerd. Het is een aaneenschakeling van losse bepalingen die de omschrijving geven van hetgeen dat behoort tot de bestuurstaak. Zo heeft de wetgever bijvoorbeeld het tot uiting brengen van de doelstellingen van de rechtspersoon en het voeren van een dagelijks beleid opgedragen als taak aan het bestuur. Naast de taken uit de wet wordt het bestuur ook belast met taken die voortvloeien uit de statuten van de rechtspersoon en de rechtspraak.⁴¹

Ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur

Een belangrijk begrip uit artikel 2:9 BW is ‘een ernstig verwijt’. Een bestuurder is aansprakelijk voor onbehoorlijk bestuur als hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Doordat er sprake moet zijn van een ernstig verwijt wordt de verwachting gewekt dat de bestuurder als het ware wordt beschermd tegen kleine verwijtbare fouten.

Maeijer betoogt in zijn noot bij HR Skipper Club dan ook dat een bestuurder alleen voor ernstig verwijtbare gevallen, waarover iemand in redelijkheid niet anders kan denken, aansprakelijk kan worden gesteld. Met andere woorden: om aansprakelijk gesteld te kunnen worden, had de bestuurder zich bewust moeten zijn van het feit dat hij onbehoorlijk aan het besturen was. Dat hij beter had kunnen weten is niet voldoende.⁴²

Het voorgaande sluit aan bij de heersende leer dat ‘gewone, alledaagse fouten’ die door een bestuurder worden gemaakt geen aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW kunnen vestigen. Bestuurders krijgen te maken met allerlei risico’s en onzekerheden tijdens het besturen van de rechtspersoon. Dat vereist dat de rechter slechts in mag grijpen als de bestuurder een ernstig verwijt te maken valt. De bestuurder wordt een zekere mate van beleidsvrijheid toebedeeld tijdens het besturen. Op die manier wordt voorkomen dat de rechter op de stoel van de bestuurder komt te zitten⁴³ en dat de bestuurder zich defensief gaat gedragen om aansprakelijkheid af te wenden. Een defensieve houding van de bestuurder past niet binnen het gewenste ondernemingsbeleid.⁴⁴ Feiten en omstandigheden die door de

⁴¹ De groot 2011, p. 20 en Van Schilfgaarde & Winter 2013, nr. 42.

⁴² HR 4 april 2003, *NJ* 2003, 538 (Skipper Club) m.nt. J.M.M. Maeijer.

⁴³ De Groot 2011, p. 27.

⁴⁴ Slagter & Assink 2013, p. 230 en vlg. HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 (Willemsen Beheer/NOM).

bestuurder worden aangevoerd om te bewijzen dat er een geen sprake is van een ernstig verwijt, moet de rechter uitdrukkelijk in zijn beoordeling betrekken.⁴⁵

Door verschillende auteurs, zoals Stolp⁴⁶, Van Solinge en Nieuwe Weme⁴⁷ en Borrius⁴⁸, wordt geconcludeerd dat er sprake is van een convergentie van normen voor de verschillende aansprakelijkheidsgronden. De norm voor bestuurdersaansprakelijkheid is steeds of de bestuurder behoorlijk heeft bestuurd. In het geval van faillissement zal er voor een geslaagd beroep op artikel 2:248 BW sprake moeten zijn van een ‘kennelijke onbehoorlijke taakvervulling’ aan de zijde van de bestuurder en deze ‘kennelijke onbehoorlijke taakvervulling’ zal een belangrijke oorzaak van het faillissement moeten zijn geweest. Voor een beroep op de interne aansprakelijkheid van artikel 2:9 BW en de externe aansprakelijkheid jegens derde van artikel 6:162 BW is het noodzakelijk dat de bestuurder van de *onbehoorlijke taakvervulling* een ‘*ernstig verwijt*’ treft. Uitgangspunt is aldus hetzelfde beginsel. Hoe het beginsel ‘ernstig verwijt’ vorm krijgt, is afhankelijk van de eisende partij en op welke rechtsgrond deze eisende partij zich beroept.⁴⁹ Dat het afhangt van de vraag wie de eisende partij is en op welke rechtsgrond deze eisende partij zich beroept, neemt niet weg dat de ‘ernstige verwijtbaarheidsmaatstaf’ van artikel 2:9 BW kan worden gebruikt bij de beoordeling van artikel 6:162 BW en artikel 2:248 BW.⁵⁰

Of er sprake is van een ‘ernstig verwijt’ moet worden bekeken naar de omstandigheden van het geval. De Hoge Raad geeft in rechtsoverweging (hierna r.o.) 3.2.1. van het Stalenman/Van der Ven-arrest een aantal voorbeelden van omstandigheden die in aanmerking genomen moeten worden bij de vraag of er sprake is van een ernstig verwijt:

‘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 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

⁴⁵ Slagter & Assink 2013, p. 30 en HR 29 november 2002, NJ 2003, 455.

⁴⁶ Stolp 2013, p. 1444.

⁴⁷ Maeijer & Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 440-441.

⁴⁸ Assink & Borrius & Van den Brink 2011, p. 20-34.

⁴⁹ Stolp 2013, p. 1444.

⁵⁰ Slagter & Assink 2013, p. 230, Verstijlen 2013, p. 664-670 en Maeijer & Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 454.

*taak berekend is en deze nauwgezet vervult.*⁵¹

3.1.1. De bewijslast

Uit de bovenstaande formulering door de Hoge Raad volgt, en hiermee wordt aansluiting gezocht bij de redenering van Van Solinge en Nieuwe Weme⁵², dat onbehoorlijk bestuur, waarvoor ernstige verwijtbaarheid nodig is, door de rechtspersoon (c.q. de curator indien de curator zich beroept op artikel 2:9 BW) bewezen zal moeten worden. Voorgaande sluit aan bij de hoofdregel inzake de bewijslastverdeling zoals wij die in Nederland kennen namelijk, ‘wie stelt, die bewijst’. De rechtspersoon (c.q. de curator) die een vordering op grond van artikel 2:9 BW instelt, zal moeten bewijzen dat er sprake is van een onbehoorlijk bestuur en dat de bestuurder een ernstig verwijt te maken valt.

Voorts mogen we niet voorbijgaan aan het feit dat de bestuurder zich door middel van de tenzij clausule van artikel 2:9 BW kan disculperen voor onbehoorlijk bestuur. De bestuurder kan zich disculperen door aan te tonen dat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt én zal hij moeten aantonen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.⁵³ Door het woord ‘en’ toe te voegen heeft de wetgever duidelijk gekozen voor een dubbele toetsing van zowel het ernstig verwijt als de genomen maatregelen aan de kant van de bestuurder.

Er wordt pas toegekomen aan de aansprakelijkheidstoets als vaststaat dat de bestuurder onbehoorlijk heeft bestuurd. Het is als het ware een tweetrap. In HR Schwandt/Berghuizer Papierfabriek heeft de Hoge Raad bepaald dat ‘handelen in strijd met statuten, die als doel hebben de rechtspersoon te schermen, moeten worden gekwalificeerd als zwaarwegende omstandigheden die in beginsel aansprakelijkheid van de bestuurder vestigen’. De nuancering die de Hoge Raad vervolgens heeft overwogen is dat ‘de feiten die door de bestuurder worden aangedragen om zich te disculperen uitdrukkelijk in het oordeel van de rechter moet worden betrokken’.⁵⁴ Volgens de Hoge Raad kan de bestuurder dus via tegenbewijs aantonen dat zijn handelen gerechtvaardigd is. In HR Skipper Club heeft het hof deze maatstaf gebruikt en gesteld dat ‘een op artikel 2:9 BW gebaseerde aansprakelijkheid zoals door de BV werd gesteld, slechts kan worden aangenomen in het geval de betrokken bestuurder als zodanig (en

⁵¹ HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, r.o. 3.3.1 (Staleman/Van der Ven).

⁵² Maeijer & Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 446.

⁵³ *Kamerstukken II* 2008-2009, MvT 31 763 nr. 3, p. 8.

⁵⁴ HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 455 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek).

derhalve niet als aandeelhouder) zo onmiskenbaar en duidelijk in de vervulling van zijn taken is tekortgeschoten, dat daarover geen redelijk oordelend ondernemer zou kunnen twijfelen'. Deze maatstaf is volgens de Hoge Raad te beperkt nu het uitgangspunt 'ernstige verwijtbaarheid' is en niet 'onmiskenbaar en duidelijk in de vervulling van zijn taken is tekortgeschoten'.⁵⁵

Voorgaande uitspraken van de Hoge Raad zijn interessante uitspraken in het kader van de bewijslastverdeling. Het probleem zit hem in het feit dat beide uitspraken een groot aantal onduidelijkheden met zich meebrengen. De eerste onduidelijkheid zit hem in de bewoording van de Hoge Raad. De Hoge Raad legt niet uit wat moet worden verstaan onder 'statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen'.⁵⁶ De tweede onduidelijkheid zit hem in het feit dat niet duidelijk is wat de Hoge Raad precies voor ogen had met deze uitspraken. De vraag rijst of de Hoge Raad, wanneer er sprake is van handelen in strijd met de statuten die als doel hebben de rechtspersoon te beschermen, heeft beoogd dat de bewijslast in deze situatie wordt omgekeerd. In dat geval zal de rechtspersoon (c.q. de curator), in plaats van de bestuurder, moeten bewijzen dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur, waarvoor ernstige verwijtbaarheid nodig is.

Een rechtspersoon wordt gediend door een hoge drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid te aanvaarden. Het is onwenselijk, aldus de Hoge Raad, dat de bestuurder, met name in het geval van het ondernemingsbeleid, zich door defensieve overwegingen laat leiden.⁵⁷ Op het moment dat er een daadwerkelijke omkering van de bewijslast intreedt, indien er sprake is van handelen in strijd met de statuten die als doel hebben de rechtspersoon te beschermen, zal de bestuurder, althans naar mijn mening, zich in de toekomst in meerdere mate gaan laten leiden door defensieve overwegingen om aansprakelijkheidsstelling te voorkomen. Immers, kan een bestuurder in dat geval aansprakelijk worden gesteld voor feiten die niet vast zijn komen te staan.⁵⁸ Dit lijkt mij niet wenselijk en bewerkstelligt geen hoge maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid.⁵⁹

Hetgeen hierboven is betoogd, volgt de opvatting van de conclusie van A-G Huydecoper bij HR Skipper Club Charter. A-G Huydecoper betoogt in zijn conclusie dat een omkering van de bewijslast niet als algemene regel kan worden aanvaard, indien er sprake is van handelen in

⁵⁵ HR 4 april 2003 *NJ* 2003, 538 (Skipper Club Charter/Jaarsma).

⁵⁶ Kalfsbeek 2006, nr. 29.

⁵⁷ HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21 (Willemsen Beheer/NOM).

⁵⁸ Zie hierover paragraaf 2.3. en de ernstig verwijtbaarheidsmaatstaf.

⁵⁹ Dit sluit aan bij hetgeen wordt betoogd in Slagter & Assink 2013, p. 1045.

strijd met de statuten die als doel hebben de rechtspersoon te beschermen. En daarnaast is een omkering van de bewijslast volgens hem ook onverenigbaar met eerdere uitspraken van de Hoge Raad.⁶⁰ Kroeze en Wezeman betogen dat de rechter in HR Schwandt/Berghuizer Papierfabriek gebruik heeft gemaakt van een rechtelijk bewijsvermoeden.

Mijns inziens is er geen sprake van een daadwerkelijke omkering van de bewijslast en daarnaast ook niet van een zuiver rechtelijk bewijsvermoeden. De rechter geeft in HR Schwandt/Berghuizer Papierfabriek geen voorlopig oordeel met betrekking tot de feiten en omstandigheden die door partijen in het geding zijn gebracht.⁶¹ De Hoge Raad creëert als het ware een soort algemene vuistregel met betrekking tot hoe bewijsrechtelijk het een en ander wordt geregeld, indien er in strijd wordt gehandeld met de statuten van de rechtspersoon.

‘De omstandigheid dat gehandeld is in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, moet in dit verband als een zwaarwegende omstandigheid worden aangemerkt, die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt. Indien de aldus aangesproken bestuurder echter feiten en omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat het gewraakte handelen in strijd met de statutaire bepalingen niet een ernstig verwijt oplevert, dient de rechter deze feiten en omstandigheden uitdrukkelijk in zijn oordeel te betrekken.’⁶²

Van een zuiver jurisprudentieel bewijsvermoeden is ook (nog) geen sprake. De overwegingen van de Hoge Raad dienen nader uitgewerkt te worden om van een algemene toepasbare rechtsregel te kunnen spreken.⁶³ De overwegingen van de Hoge Raad in HR Schwandt/Berghuizer Papierfabriek creëren ruimte voor een discussie en laten duidelijk zien dat het aansprakelijkheidsrecht maar zelden als A of B kan worden gekwalificeerd.

Geconcludeerd kan worden dat artikel 2:9 BW de ‘normale situatie’ schetst inzake de bewijslastverdeling bij bestuurdersaansprakelijkheid. De regeling sluit aan bij de hoofdregel van artikel 150 Rv. Indien de rechtspersoon (c.q. de curator) een beroept doet op artikel 2:9 BW betekent dit dat het bewijsrisico in de hoofdregel aan de kant van de rechtspersoon (c.q. de curator) zal liggen. Indien het de bestuurder vervolgens lukt om zich te disculperen, zal het bewijsrisico zich voor de rechtspersoon (c.q. curator) openbaren en zal de vordering op grond

⁶⁰ Zie voor meer informatie hierover: HR 4 april 2003 *NJ* 2003, 538 met conclusie A-G Huydecooper; m.nt. Maeijer (Skipper Club Charter/Jaarsma).

⁶¹ Zie hierover: subparagraaf 2.2.2 van deze bijdrage.

⁶² HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 455 r.o. 3.4.5 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek).

⁶³ Zie hierover: subparagraaf 2.2.1 t/m 2.2.3. van deze bijdrage.

van artikel 2:9 BW door de rechter wordt afgewezen.

3.2. Artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek

Op grond van artikel 6:162 BW kan een individuele crediteur de bestuurder(s) aanspreken op grond van een onrechtmatige daad. De onrechtmatige daad kan op zowel een ‘doen’ als een niet-doen (hierna: nalaten) gebaseerd zijn. Er is sprake van een nalaten als er een verplichting was tot een ‘doen’ maar hier geen gehoor aan is gegeven.⁶⁴ De vordering zal als doel hebben om betaling te vorderen van de bestuurder, omdat de bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld jegens de individuele crediteur.⁶⁵ Naast de individuele crediteur, die in deze paragraaf centraal staat, kan ook de curator een onrechtmatige daadsactie instellen op grond van artikel 6:162 BW. Deze vordering richt zich tegen de derde die door zijn gedraging de boedel van de rechtspersoon schade heeft toegebracht.⁶⁶ Het voorgaande betekent niet dat een onrechtmatige daadsactie in faillissement alleen aan de curator toekomt, omdat de curator voor alle schuldeisers gezamenlijk optreedt. Een individuele crediteur kan ook tijdens faillissement een actie op grond van artikel 6:162 BW instellen.⁶⁷

Op grond van HR Kretzschmar/Mendes de Leon geldt het uitgangspunt van de ‘dubbele aansprakelijkheid. De Hoge Raad heeft hier namelijk overwogen dat de aansprakelijkheid van de rechtspersoon de aansprakelijkheid van de bestuurder niet uitsluit.⁶⁸ Zij kunnen dus naast elkaar aansprakelijk worden gesteld. In het kader van deze bijdrage nemen we in het vervolg van deze bijdrage de aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de individuele crediteur als uitgangspunt. De aansprakelijkheid van de rechtspersoon blijft buiten beschouwing.

Volgens de wettekst spreken we van een onrechtmatige daad als er sprake is van een inbreuk op een recht, als er sprake is van strijdigheid met een wettelijke plicht of als er strijdigheid is met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Alleen deze onrechtmatigheid is niet voldoende. Het onrechtmatig doen of nalaten moet namelijk ook aan de bestuurder kunnen worden toegerekend, de bestuurder zal veelal schuldig moeten zijn.⁶⁹

⁶⁴ Hartkamp & Sieburgh 2015, nr. 36.

⁶⁵ De Groot 2015, p. 21.

⁶⁶ De groot 2011, p. 106 en HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597 (Peeter/Gatzen).

⁶⁷ Zie hierover: HR 21 december, *NJ* 2005, 95 en De Groot 2011, p. 106.

⁶⁸ HR 25 november 1927, *NJ* 1928 (Kretzschmar/Mendes).

⁶⁹ Hartkamp & Sieburgh, 2015, nr. 98.

Daarnaast kan een onrechtmatig doen of nalaten ook aan de bestuurder worden toegerekend op de grond van de wet en geldende verkeersopvattingen.

In HR Beklamel en HR New Holland Belgium zijn twee standaardnormen geformuleerd die bekend zijn als de Beklamel-norm en de New Holland Belgium-norm.⁷⁰ Deze normen schetsen een kader voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW. In HR Ontvanger/Roelofsen heeft de Hoge Raad deze twee standaardnormen als het ware samengevat en verder uitgewerkt:

‘Ter zake van deze benadeling van een schuldeiser zal (...), afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond van zijn voor aansprakelijkheid van degenen die als bestuurder (a) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (b) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt.’

‘In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.’⁷¹

Vervolgens heeft de Hoge Raad de maatstaf geschetst die wordt gehanteerd om te kijken of er sprake is van een ‘voldoende ernstig verwijt’ voor de gronden (a) en (b). De eerste grond (a) wordt ook wel het ‘zinkend schip-scenario’ genoemd: als de bestuurder vanaf het begin wist of behoorde te weten dat de rechtspersoon de overeenkomst met de individuele crediteur niet zou kunnen nakomen en ook voor de ontstane schade geen verhaal zou kunnen bieden dan had de bestuurder de overeenkomst niet mogen aangaan.⁷² Deze norm is ontstaan uit HR Beklamel en brengt mee dat de bestuurder niet onder alle omstandigheden een overeenkomst mag aangaan in naam van de rechtspersoon. In HR Kuipers Wentink was geen sprake van een voldoende ernstig verwijt. De Hoge Raad overwoog in dit arrest dat de situatie dat de rechtspersoon het ontvangen bedrag in de rechtspersoon stort en niet (terug) betaalt aan een derde onvoldoende is om een ernstig verwijt aan te nemen.⁷³

⁷⁰ HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 (Beklamel) en HR 18 februari 2000, NJ 2000, 295 (New Holland Belgium).

⁷¹ HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (Ontvanger/Roelofsen).

⁷² Kroeze & Timmerman & Wezeman 2013, p. 178-181.

⁷³ HR 6 juni 2013, NJ 2003, 565 (Kuipers/Wentink).

Grond **(b)** wordt ook wel ‘frustratie van verhaal’ genoemd.⁷⁴ In de eerste plaats zal de bestuurder op de hoogte moeten zijn van de benadeling van de individuele crediteur en in de tweede plaats zal er nog sprake moeten zijn van een extra omstandigheid waaruit blijkt dat de bestuurder persoonlijk een ‘voldoende ernstig verwijt’ gemaakt kan worden voor het niet betalen en het gebrek aan verhaal door de rechtspersoon. Hiervan zou volgens de Hoge Raad spraken kunnen zijn, indien vast komt te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelswijze van de rechtspersoon tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou kunnen bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.⁷⁵

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 18 september 2015 overwogen dat de ernstige verwijtbaarheidsmaatstaf van artikel 6:162 BW een maatstaf is die zich alleen doet gelden bij bestuurdersaansprakelijkheid. De maatstaf is aanzienlijk hoger dan de ‘normale’ maatstaf, voor een gewone onrechtmatige daad en kan daarom niet worden doorgetrokken naar het normale toetsingskader van artikel 6:162 BW.⁷⁶ De recente ontwikkelingen op dit gebied, alsmede wat het arrest inhoudt voor de aansprakelijkheid van bestuurders, wordt in hoofdstuk vier van deze bijdrage uitvoering besproken.

3.2.1. De bewijslast

Volgens de hoofdregel van artikel 150 Rv en op basis van wat in deze bijdrage is betoogd zal in de ‘normale’ situatie de benadeelde individuele crediteur in geval van de Beklamel-situatie (grond **(a)**) moeten aantonen dat de bestuurder ten tijde van het aangaan van de overeenkomst al wist of behoorde te weten dat de rechtspersoon de overeenkomst met de individuele crediteur niet zou kunnen nakomen en ook voor de ontstane ook geen verhaal zou kunnen bieden.

In HR Romme Bakker concludeert de Hoge Raad dat de hoofdregel van artikel 150 Rv ook geldt indien er sprake is van een bestuurder die tevens enig aandeelhouder is van de BV.⁷⁷ Echter, brengt de Hoge Raad in dit arrest alsmede in het arrest HR Waning van der Vliet nuances aan, waardoor de bewijspositie van de bestuurder als het ware wordt verzwaaard. De vraag rijst of deze nuances zorgen voor een omkering in de bewijslast of dat er wellicht

⁷⁴ Kroeze & Timmerman & Wezeman, 2013, p. 178-181.

⁷⁵ Maeijer & Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 469.

⁷⁶ HR 18 september 2015, *NJ* 2016, 66 en Slagter & Assink 2013, p. 1023.

⁷⁷ HR 10 juni 1994, *NJ* 1994, 766 (Romme Bakker).

sprake is van een verzwaarde motiveringsplicht⁷⁸ die door de rechter wordt gehanteerd. Grond **(b)** volgt, net als grond **(a)**, in beginsel de hoofdregel van de bewijslastverdeling van artikel 150 Rv. De individuele crediteur zal in beginsel moeten bewijzen dat er sprake is van een ernstig verwijt aan de zijde van de bestuurder. Omdat het voor de individuele crediteur vaak lastig zal zijn om bewijs te leveren ten aanzien van het onrechtmatig handelen van de bestuurder, wordt in sommige situaties de individuele crediteur een steuntje in de rug gegeven.⁷⁹ De hiervoor aangehaalde nuances zullen in paragraaf 4.3. van deze bijdrage uitvoering worden behandeld.

⁷⁸ Zie voor uitgebreide behandeling van de verzwaarde motiveringsplicht paragraaf 4.3 van deze bijdrage.

⁷⁹ Ook deze nuances zullen net als de nuances op grond (a) in paragraaf 4.3 van deze bijdrage worden besproken.

4. Bestuurdersaansprakelijkheid – de uitzonderingen

4.1. Anti misbruikwetgeving

In de jaren tachtig van de vorige eeuw zijn er drie wetten ingevoerd om misbruik van rechtspersonen te voorkomen. De eerste wet is op 1 juli 1982 in werking getreden en wordt ook wel ‘Wet ketenaansprakelijkheid’ genoemd.⁸⁰ Deze wet regelt de aansprakelijkheidsstelling in het geval van aanneming van werk. Omdat bestuurdersaansprakelijkheid in deze wet niet aan de orde komt, valt deze wet buiten de reikwijdte van deze bijdrage. De tweede en de derde anti misbruikwet, respectievelijk de ‘Wet bestuurdersaansprakelijkheid’⁸¹ en de ‘Wet bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement’⁸² zijn echter wel interessant in het kader van deze bijdrage. De wetten voorzien in een regeling omtrent externe bestuurdersaansprakelijkheid en kennen uitzonderingen in de bewijslastverdeling. Om de leesbaarheid van deze bijdrage te vergoten zal vanaf nu gesproken worden over de tweede anti misbruikwet als het gaat over de ‘Wet Bestuurdersaansprakelijkheid’ en over de derde anti misbruikwet als het gaat over de ‘Wet bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement’.

4.2. Begrippen in de misbruikwet

De tweede en derde anti misbruikwet hanteren een aantal dezelfde begrippen, te weten: rechtspersonen die onder de vennootschapsbelasting vallen, kennelijk onbehoorlijk bestuur en de feitelijke (mede)beleidsbepalers. Om de leesbaarheid van deze bijdrage te vergroten en de aankomende paragrafen te verduidelijken, worden de begrippen hieronder kort aangehaald. Rechtspersonen die onder de vennootschapsbelasting vallen zijn NV’s, BV’s, onderlinge waarborgmaatschappijen, coöperaties en stichtingen en verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid, indien en voor zover zij een onderneming drijven.⁸³ Men spreekt van kennelijk onbehoorlijk bestuur als geen redelijk denkende bestuurder in een gelijksoortige situatie op dezelfde manier zou hebben gehandeld.⁸⁴ Indien het gaat over de

⁸⁰ Wet van 1 juli 1981, *Stb* 1981, 370.

⁸¹ Wet van 21 mei 1986, *Stb* 1986, 276.

⁸² Wet van 21 mei 1986, *Stb* 1986, 275. De inwerkingtreding van deze wet is gewijzigd bij wet van 19 november 1986, *Stb* 1986, 584.

⁸³ De Groot 2011, p. 70.

⁸⁴ HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454 (Panmo-arrest).

feitelijke (mede) beleidsbepalers, gaat het over de personen die de rechtspersoon feitelijk besturen. Deze personen hebben het beleid van de rechtspersoon (mede) bepaald als ware zij bestuurders.⁸⁵

4.2. 1^e uitzondering – tweede anti misbruikwet

Het doel van de tweede anti misbruikwet is om misbruik van rechtspersonen te voorkomen. Dit doel wordt bewerkstelligd door bestuurders van rechtspersonen die onder de vennootschapsbelasting vallen⁸⁶ persoonlijk aansprakelijk te stellen voor schulden die de rechtspersoon heeft bij het verplichte bedrijfstakpensioenfonds of de belastingdienst.⁸⁷ De wettekst met betrekking tot de tweede anti misbruikwet is opgenomen in artikel 23 en 24 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfondsen 2000 (hierna: Wet Bfp 2000) en in artikel 36 Invorderingswet 1990 (hierna: Iw 1990). Op grond van deze artikelen kunnen, respectievelijk het verplichte bedrijfstakpensioenfonds en de belastingdienst, bestuurders onder bepaalde omstandigheden aansprakelijk stellen. In deze bijdrage zal de fiscale aansprakelijkheid op grond van artikel 36 Iw 1990 centraal staan. Dat neemt niet weg dat de meldingsregeling uit artikel 23 Wet Bfp voorziet in een gelijksoortige meldingsregel.

De meldingsregeling is ingevoerd ten tijde van de tweede anti misbruikwet. De meldingsregeling voorziet in een plicht voor de bestuurders van de rechtspersoon om zo snel mogelijk én op de juiste manier schriftelijk de belastingdienst op de hoogte te stellen van het feit dat de opeisbare vordering niet kan worden afgedragen door de rechtspersoon. Zo snel mogelijk betekent in dit geval binnen een termijn van veertien dagen.⁸⁸

Het is van belang dat aan elke betrokken instantie afzonderlijk een melding wordt gedaan van betalingsonmacht.⁸⁹ Een melding van betalingsonmacht aan de belastingdienst kan niet worden doorgetrokken naar het bedrijfstakpensioenfonds en vice versa.

De belastingdienst kan bovendien op grond van artikel 36 Iw 1990 verlangen dat nadere inlichtingen en stukken worden verstrekt zolang niet aan de meldingsplicht is voldaan.⁹⁰

⁸⁵ De Groot 2011, p. 71.

⁸⁶ Er wordt ook wel gesproken over commerciële rechtspersonen.

⁸⁷ De belastingdienst heeft ingevolge artikel 21 Inv. Wet een sterk voorrecht dat meebrengt dat het verhaalsrecht van de belastingdienst in beginsel boven alle andere voorrechten gaat. Zie hierover Huizink 2012 p. 106.

⁸⁸ Zie hierover artikel 7 van het Uitvoeringsbesluit Invorderingswet 1990 (hierna: het besluit).

⁸⁹ De Groot 2011, p. 75.

⁹⁰ Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 474.

De Hoge Raad heeft in de loop der jaren een scheidingslijn getrokken tussen betalingsonmacht en betalingsonwil. De bestuurder is in eerste instantie niet verplicht tot het melden van betalingsonwil. Anders wordt dit wanneer de BV ook niet in staat is om de schulden te betalen. Dan is er namelijk sprake van betalingsonmacht en moet dit tijdig worden gemeld.⁹¹ Naast de getrokken scheidingslijn tussen betalingsonmacht en betalingsonwil is er nog een belangrijk onderscheid te maken. De plicht om tijdig en juist een melding van betalingsonmacht te doen, wordt opgelegd aan de rechtspersoon zelf en niet aan de bestuurders. De bestuurder is bevoegd en ook verplicht om een melding namens de rechtspersoon te doen.⁹²

Het belang van het bovengenoemde onderscheid, tussen wie bevoegd is om tijdig en juist te melden en wie daadwerkelijk de melding moet maken, kan worden verduidelijkt aan de hand van een uitspraak van de Hoge Raad. In dit arrest stond de vraag centraal of de bestuurder van de rechtspersoon een rechtstreeks verwijt kon worden gemaakt van de niet-melding. De fout was namelijk niet toe te wijzen aan de bestuurder maar aan de externe accountant. De Hoge Raad oordeelde dat, ondanks dat de fout gemaakt was door de externe accountant, de fout aan de rechtspersoon kon worden toegerekend. Echter, zo oordeelde de Hoge Raad vervolgens, het uitgangspunt van het aansprakelijkheidsrecht is dat iedereen alleen voor zijn eigen doen of nalaten aansprakelijk kan worden gesteld⁹³. Daardoor kan de fout van de externe accountant niet aan de bestuurder worden toegerekend. De vordering op grond van artikel 36 Iw 1990 werd dan ook afgewezen.⁹⁴

4.2.1. De bewijslast

Wanneer er een beroep op artikel 36 Iw 1990 wordt gedaan, zal vaak de vraag centraal staan of op de juiste manier en binnen een bepaald tijdsbestek een melding is gedaan aan de belastingdienst. Indien de bestuurder die bevoegd is niet of niet op de juiste manier een melding heeft gedaan zijn de gevolgen aanzienlijk. De wetgever neemt namelijk als uitgangspunt dat wanneer er niet of niet juist is gemeld, vermoed wordt dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur aan de zijde van de bestuurder. Tot weerlegging van het vermoeden wordt slechts toegelaten de bestuurder die aannemelijk maakt dat het niet aan hem

⁹¹ HR 4 februari 2011, *BNB* 2011, 112, m.nt. Zwemmer.

⁹² Ingevolge artikel 36.5 Leidraad invordering 2008.

⁹³ Zie hierover: paragraaf 3.2 van deze bijdrage.

⁹⁴ HR 8 augustus 2014, *BNB* 2014, 215.

te wijten is dat het lichaam niet aan zijn meldingsplicht heeft voldaan.⁹⁵ Dat houdt in dat de bestuurder aannemelijk moet maken dat het niet voldoen aan de meldingsplicht hem niet kan worden toegerekend. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een bestuurder die wegens een ongeluk in het ziekenhuis is beland en daardoor niet aan zijn meldingsplicht kon voldoen.⁹⁶

Er zijn twee verschillende situaties te onderscheiden. De situatie **(a)** dat een bestuurder wel tijdig en juist een melding heeft gemaakt van de betalingsonmacht en de situatie **(b)** dat een bestuurder niet of niet juist een melding heeft gedaan dat er sprake is van betalingsonmacht.

Wanneer we spreken van situatie **(a)** zal de betrokken instantie moeten stellen en bij voldoende betwisting moeten bewijzen dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en dat de betalingsonmacht een gevolg is van dit onbehoorlijk bestuur.⁹⁷ Dit sluit aan bij de hoofdregel van artikel 150 Rv ‘wie stelt, die bewijst’. Er is in deze situatie geen sprake van een omkering in de bewijslast of een bewijsvermoeden aan de zijde van de eiser, te weten de betrokken instantie(s).

Wanneer situatie **(b)** intreedt, zal de bestuurder in eerste instantie moeten aantonen dat het niet of niet juist melden van de betalingsonmacht door de rechtspersoon niet aan hem te wijten is en daardoor niet aan hem kan worden toegerekend. Uit de rechtspraak blijkt dat de taakverdeling binnen het bestuur van de desbetreffende rechtspersoon geen gegronde reden is om een bestuurder te disculperen. Elke bestuurder heeft namelijk zelf de plicht om een melding te doen.⁹⁸

De bestuurder is nog niet verlost van zijn aansprakelijkheidstelling als het hem lukt om te bewijzen dat het niet of niet op de juiste manier melden van de betalingsonmacht door de rechtspersoon niet aan hem te wijten is. Na het intreden van de eerste fase zal de bestuurder namelijk nog het wettelijke bewijsvermoeden moet ontkrachten dat de niet betaling van de openstaande vordering het gevolg is van (zijn) onbehoorlijk bestuur.⁹⁹ Er is geen sprake van een daadwerkelijke verschuiving van het bewijsrisico, omdat het bewijsrisico in deze bij de

⁹⁵ Rechtbank Oost Nederland 15 januari 2013, *LJN* BY8191.

⁹⁶ De Groot 2011, p. 108.

⁹⁷ Sijbers 2005, p. 1.

⁹⁸ Rechtbank Rotterdam 5 maart 1998, *JOR* 1998, 104.

⁹⁹ Sijbers 2005, p. 6.

belastingdienst blijft. De belastingdienst wordt als het ware een steuntje in de rug gegeven door een verlichting van het bewijsrisico.¹⁰⁰

Het voorgaande vertelt ons dat artikel 36 lid 4 Iw 1990 een afwijking is op de hoofdregel van artikel 150 Rv. De wetgever heeft gekozen om een wettelijk bewijsvermoeden op te nemen in artikel 36 lid 4 Iw 1990. Opmerkelijk aan deze situatie is dat de bestuurder, naast het opgenomen bewijsvermoeden in de wet, als het ware een dubbele last krijgt toegespeeld. Aan het wettelijke bewijsvermoeden wordt namelijk nog een *tegenbewijsuitsluiting* gekoppeld. Een bestuurder mag alleen tegenbewijs leveren tegen het wettelijke vermoeden als hij eerst kan bewijzen dat hem geen verwijt treft met betrekking tot het niet of niet juist melden van de betalingsonmacht. Lukt dit de bestuurder niet, dan wordt vermoed dat het niet betalen door de rechtspersoon het gevolg is van het kennelijk onbehoorlijk bestuur. In dit opzicht kan er dus worden gesproken van een beperkte weerlegging van het wettelijke bewijsvermoeden.

Mijns inziens balanceert de bepaling van artikel 36 lid 4 Iw 1990 tussen een onweerlegbaar wettelijk bewijsvermoeden en een weerlegbaar wettelijk bewijsvermoeden in. Er is geen eenduidig antwoord. Indien er niet of niet tijdig een melding is gemaakt en het lukt de bestuurder niet om te bewijzen dat hij hier geen verwijt treft, staat het causale verband vast en is sprake van een onweerlegbaar wettelijk bewijsvermoeden. Op het moment dat het de bestuurder wel lukt om te bewijzen dat de niet of niet juiste melding niet zijn schuld is wordt hij toegelaten om tegenbewijs te leveren. Dan kan er worden gesproken van een weerlegbaar wettelijk bewijsvermoeden. Hoe het bovenstaande dan ook wordt opgevat, feit blijft dat de wetgever naast de last van het bewijsvermoeden nog een extra hoge last oplegt aan deze bestuurders.

De gewezen bestuurder

Voor de gewezen bestuurder geldt een andere bewijslastverdeling. Een bestuurder die op het moment dat de betalingsonmacht intreedt niet meer in dienst is van de rechtspersoon, kan immers niet aan de meldingsplicht voldoen. De gewezen bestuurder hoeft niet, voordat hij het wettelijk bewijsvermoeden mag ontkrachten, eerst aan te tonen dat de niet of niet juiste melding niet zijn schuld is. Hij mag deze stap overslaan.¹⁰¹

¹⁰⁰ Asser 2013, nr. 290 en 292.

¹⁰¹ Volgens De Groot 2011, p. 6 & Raaijmakers 2014, hst. 12.6.12.

De feitelijke (mede)beleidsbepaler

In artikel 36 lid 5b Iw 1990 staat dat ook ‘degene die ten aanzien van wie aannemelijk is dat hij het beleid van het lichaam heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder’ aansprakelijk kan worden gesteld. Met deze toevoeging wordt voorkomen dat de personen die de dienst uitmaken in de rechtspersoon maar niet als zijnde een bestuurder, hun aansprakelijkheid kunnen voorkomen. Naast de eis dat degene het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald, moet hij of zij dat ook hebben gedaan *als ware hij bestuurder*. Een commissaris, een bank maar ook een bedrijfsadviseur kan in eerste instantie niet aansprakelijk zijn als zijnde feitelijke (mede) beleidsbepaler op het moment dat zij het bestuur bijvoorbeeld adviseren. Het is van belang dat zij ook daadwerkelijk *bestuursdaden* hebben verricht.¹⁰² Het is niet noodzakelijk dat het bestuur in zijn geheel terzijde is geschoven om een persoon als zijnde feitelijke (mede)beleidsbepaler aan te merken.¹⁰³

4.2.2. Gedachtegang van de wetgever

De wet ‘Wetsvoorstel Bestuurdersaansprakelijkheid’ die destijds is geïntroduceerd, kan worden gezien als een bijzonder wetgevingsproduct. De wet voorziet namelijk in een mogelijkheid om de bestuurder voor specifieke schulden¹⁰⁴ van de rechtspersoon persoonlijk aansprakelijk te stellen. Dit is een uitzondering op het beginsel van de beperkte aansprakelijkheid.¹⁰⁵

De wetgever omschrijft artikel 36 Iw 1990 als een ingrijpende maatregel die noodzakelijk wordt geacht om misbruik van rechtspersonen tegen te gaan. Er werd ten tijde van de totstandkoming van de anti misbruikwetten gezocht naar een manier om een doelmatige en preventieve werkende regeling te verkrijgen voor specifieke schulden van de rechtspersoon. Deze regeling moest ervoor zorgen dat de bestuurders er voortdurend op bedacht zouden zijn dat betalingen van de premies en belastingschulden werden voldaan en dat deze specifieke schulden voorrang moesten krijgen op andere schulden. Bovendien achtte de wetgever het van belang dat de uitvoerende instanties vroegtijdig een melding zouden maken van de

¹⁰² De groot 2011, p. 211.

¹⁰³ Visscher 2016, p. 61.

¹⁰⁴ Zoals belastingschulden bij de belastingdienst.

¹⁰⁵ Als uitgangspunt geldt dat bestuurders niet persoonlijk aansprakelijk zijn voor schulden van de rechtspersoon.

betalingproblemen zodat hier op geanticipeerd kan worden door bijvoorbeeld een actief invorderingsbeleid in te stellen.¹⁰⁶

In de wet is gekozen voor de mogelijkheid om bestuurder direct persoonlijk aansprakelijk te kunnen stellen. De belastingdienst niet eerst een beroep op de rechtspersoon te doen. Dat heeft een goede reden, want wanneer de rechtspersoon eerst aansprakelijk gesteld zou moeten worden, heeft de bestuurder alle mogelijkheid om zich aan de vordering van de rechtspersoon te onttrekken. Aangezien de wet gericht is tegen malafide bestuurders leek het, aldus de MvT, niet voor de hand te liggen de bestuurders deze gelegenheid te bieden in het lange tijdsbestek dat bij het faillissement van een onderneming komt kijken.¹⁰⁷

De wetgever heeft met artikel 36 Iw 1990 gekozen voor een afwijking op de hoofdregel van de bewijslastverdeling zoals die is opgenomen in ons huidige artikel 150 Rv. Volgens deze hoofdregel zou de belastingdienst moeten stellen en bij voldoende betwisting moeten bewijzen dat de bestuurder aansprakelijk is voor het kennelijk onbehoorlijk bestuur en daarmee samenhangend de betalingsonmacht.

In artikel 36 lid 4 Iw 1990 wordt echter gewerkt met een wettelijk bewijsvermoeden en daaraan gekoppeld een tegenbewijsuitsluiting. Dat betekent dat het de bestuurder niet in alle situaties vrij staat om het wettelijke bewijsvermoeden te ontcrachten. Omdat er sprake is van een wettelijk bewijsvermoeden, waarmee de bewijspositie van de betrokken instantie(s) wordt verlicht, is er geen sprake van een daadwerkelijke verschuiving van het bewijsrisico. Op het moment dat het de bestuurder lukt om zich te vrijwaren van aansprakelijkheid openbaart het risico (te weten het risico dat de vordering wordt afgewezen) zich aan de kant van de belastingdienst.

De Memorie van Toelichting luidt als volgt: *‘Voor de onverantwoordelijke bestuurder, de misbruiker, tegen wie het artikel zich keert, zal het veelal onmogelijk zijn op correcte wijze aan de meldingsplicht te voldoen. De daarbij over te leggen gegevens zullen immers slechts kunnen worden verstrekt, wanneer een behoorlijke bedrijfsadministratie voorhanden is. De werkelijke misbruikers plegen daarover niet te beschikken’*.¹⁰⁸

Op basis van de bovenstaande redenering van de wetgever, is het mijns inziens logisch dat er in artikel 36 Iw 1990 een wettelijk bewijsvermoeden is opgenomen. Als de redenering van de

¹⁰⁶ *Kamerstukken II 1980-1981, (MvT) 16 530 nr. 3. p. 1-2.*

¹⁰⁷ *Kamerstukken II 1980-1981, (MvA) 16 530 nr. 7, p. 46.*

¹⁰⁸ *Kamerstukken II 1980-1981, (MvT) 16 530 nr. 3. p. 97.*

wetgever wordt doorgetrokken, betekent dit dat op het moment dat er niet is voldaan aan de meldingsplicht het uitgangspunt is dat er geen behoorlijke bedrijfsadministratie voorhanden is. Het voeren van een behoorlijke bedrijfsadministratie is naar mijn mening van zulks belang, dat het een verlichting van het bewijsrisico (van de belastingdienst naar de bestuurder) rechtvaardigt.

4.3. 2^e uitzondering – derde anti misbruikwet

Uit artikel 2:5 BW volgt dat bestuurders van een rechtspersoon in beginsel niet persoonlijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de rechtspersoon. Eerder in deze bijdrage werd het beginsel van de beperkte aansprakelijkheid al genoemd. In sommige gevallen kan het effectief zijn om bestuurders toch aansprakelijk te kunnen stellen voor schulden van de rechtspersoon. Naast de specifieke grond in artikel 36 Iw 1990 waarop bestuurder aansprakelijk kunnen worden gesteld, kennen we in het Burgerlijk Wetboek ook artikel 2:248 BW (in faillissement) en het eerder behandelde artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad).

De derde anti misbruikwet voorziet in een mogelijkheid voor de curator om het bestuur en de feitelijke (mede) beleidsbepaler¹⁰⁹ in faillissement hoofdelijk aansprakelijk te stellen op basis van een onbehoorlijke taakvervulling. In ‘het bestuur’ uit de wettekst van artikel 2:248 BW mag ‘de bestuurder’ worden ingelezen. Dit vindt zijn grondslag in de parlementaire stukken waarin staat dat een gedraging van een individuele bestuurder aan het gehele bestuur kan worden toegerekend.¹¹⁰ Dit houdt in dat, net als bij artikel 2:9 BW, het hier gaat om een collegiale verantwoordelijkheid waardoor iedere bestuurder afzonderlijk persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld.¹¹¹ De regeling van artikel 2:248 BW geldt via artikel 2:138 BW ook voor de naamloze vennootschap. In deze bijdrage zal alleen artikel 2:248 BW voor de besloten vennootschap worden besproken.

Op grond van artikel 2:248 BW geldt dat de bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet kunnen worden vereffend. Dit brengt mee dat de bestuurder niet alleen aansprakelijk is voor de schulden die

¹⁰⁹ Op grond van artikel 2:248 lid 7, te weten: hij die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder.

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 1983-1984, (MvA) 16 631, nr. 6, p. 36.

¹¹¹ Raaijmakers 2015, p. 284.

voortkomen uit de onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur maar voor het gehele tekort van de rechtspersoon in faillissement.¹¹²

Voorwaarden voor een *kennelijk onbehoorlijke taakvervulling* aan de zijde van de bestuurder is dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Het begrip *kennelijk onbehoorlijk bestuur* is door de wetgever niet geconcretiseerd ten tijde van de invoering van de tweede en derde anti misbruikwet. De wetgever liet deze concretisering over aan de rechtspraak.¹¹³ In de rechtspraak is later een norm gecreëerd om te beoordelen of er sprake is van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling; daarvan is sprake wanneer geen redelijk denkend bestuurder in een gelijksoortige situatie op dezelfde manier zou hebben gehandeld.¹¹⁴ Het uiteindelijke oordeel in deze komt toe aan de rechter.¹¹⁵ Dat impliceert dat de rechter zich ervan bewust moet zijn hoe gekwalificeerde ondernemers in een soortgelijke situatie zouden handelen en dat ondernemen gepaard gaat met het nemen van risico's.¹¹⁶

4.3.1. De bewijslast

De wetgever heeft ervoor gekozen om met artikel 2:248 BW een vergaande bescherming te bieden aan de crediteuren van de rechtspersoon. Als de curator in faillissement aannemelijk kan maken dat het bestuur kennelijk onbehoorlijk heeft bestuurd en dat dit een kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, vestigt dit een persoonlijke aansprakelijkheid op de bestuurders. Opmerking dient dat, op grond van artikel 2:248 lid 6 BW, de vordering alleen kan worden ingesteld als er sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaand aan het faillissement.

Artikel 2:248 lid 3 BW biedt de bestuurder de mogelijkheid om zich te disculperen voor onbehoorlijk bestuur. De bestuurder die kan aantonen dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur niet aan hem te wijten is én daarnaast kan aantonen dat hij maatregelen heeft getroffen om het faillissement te voorkomen, is niet aansprakelijk. De bestuurder zal dus moeten aantonen dat

¹¹² HR 20 mei 1988, *NJ* 1989, 676 (Koster/Curator Kobo) m.nt. E.A. Alkema & J.M.M. Maeijer.

¹¹³ *Kamerstukken II* 1980-1981, 16 631, p. 12

¹¹⁴ HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 454 (Panmo-arrest).

¹¹⁵ *Kamerstukken II*, (Nota naar aanleiding van het eindverslag) 16631, nr. 6, p. 4 en De groot p. 109.

¹¹⁶ De groot 2011, p. 109 en *Kamerstukken II*, (MvT) 16 631 nr. 6, p. 3.

hij geprobeerd heeft om het bestuur anders te laten handelen om zo de gevolgen van het kennelijk onbehoorlijk bestuur te voorkomen.¹¹⁷

Centraal in deze (sub) paragraaf staat artikel 2:248 lid 2 BW. Met artikel 2:248 lid 2 BW heeft de wetgever ervoor gekozen om de curator als het ware tegemoet te komen en een steuntje in de rug te bieden.¹¹⁸ Bovendien heeft de wetgever het belang van een goede en gedegen administratie én het belang van de publicatie van de jaarrekening erkend.¹¹⁹

Artikel 2:248 lid 2 BW bepaalt dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld wanneer het bestuurder geen behoorlijke administratie heeft gevoerd op grond van artikel 2:10 BW of wanneer de jaarrekening niet of niet tijdig is gedeponereerd op grond van artikel 2:394 BW.¹²⁰ Hier spreken we van een onweerlegbaar wettelijk bewijsvermoeden dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur op het moment dat niet aan de eisen van artikel 2:10 BW of artikel 2:394 is voldaan. Vervolgens wordt dan vermoed dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur ook een belangrijke oorzaak is van het faillissement is geweest. Hier spreekt men van een wettelijk weerlegbaar bewijsvermoeden.

Kritiek

De wettelijke koppeling van de administratieplicht aan het wettelijke bewijsvermoeden dient mijns inziens zijn doel. Een gedegen administratie geeft de curator in het geval van faillissement van de rechtspersoon een steuntje in de rug en vergemakkelijkt zijn bewijspositie. Zonder een gedegen administratie is het voor de curator namelijk haast onmogelijk om bepaalde informatie te achterhalen.¹²¹

De koppeling van het wettelijke bewijsvermoeden aan artikel 2:394 BW krijgt de nodige kritiek. Borrius betoogt dat de wettelijke koppeling zich moeilijk verenigt met het uitgangspunt dat voor bestuurdersaansprakelijkheid een hoge drempel dient te gelden.¹²² In de praktijk worden bestuurders vaak aansprakelijk gesteld op basis van het wettelijke bewijsvermoeden, zonder dat er sprake blijkt te zijn van concrete aanwijzingen die duiden op

¹¹⁷ Raaijmakers 2006, p. 434.

¹¹⁸ *Kamerstukken II* 1983-1984, (MvT) 16 631, nr. 3, p. 1-3.

¹¹⁹ *Kamerstukken II* 1983-1984, (MvA) 16 631 nr. 6, p. 27.

¹²⁰ Publicatie van onjuiste stukken is niet in strijd met artikel 2:394 BW nu dit artikel niet ziet op de *inhoud*.

¹²¹ Zie in gelijke zin: Y. Borrius, p. 25: als voorbeeld wordt hier de positie van de rechtspersoon, het gevoerde beleid en de mogelijke oorzaken van het faillissement aangehaald.

¹²² Zie hierover: HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21 (Tulip Air), HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22 (RCI Financel Services) en Borrius 2015. p. 23.

kennelijk onbehoorlijk bestuur.¹²³ Siegers betoogt dat, het voor zowel de crediteuren als voor de curator, niet van wezenlijk belang is of de jaarrekening niet of niet tijdig wordt gepubliceerd.¹²⁴ De jaarrekening heeft namelijk als doel om achteraf verantwoording af te leggen voor de genomen beslissingen door het bestuur.¹²⁵

De voorgenoemde kritiek is alleszins redelijk, nu een weldoordachte koppeling tussen artikel 2:248 lid 2 BW en artikel 2:394 BW ontbreekt.¹²⁶ Artikel 2:248 lid 2 BW strekt ter bescherming van crediteuren in faillissement en beoogt de curator een steuntje in de rug te geven. De curator kan uit de jaarrekening echter nauwelijks relevante informatie halen en daarnaast is de informatie in de jaarrekening vaak verouderd. Een ander argument is dat uit onderzoek is geconcludeerd dat een derde van de rechtspersonen tegenwoordig niet of niet tijdig deponereert. Dit verenigt zich, aldus Borrius, niet met de hoge drempel die dient te gelden voor bestuurdersaansprakelijkheid. Nu blijkt dat de jaarrekening over het algemeen niet hoog in het vaandel staat bij rechtspersonen, is het intreden van een wettelijk onweerlegbaar bewijsvermoeden in deze een te zware maatstaf.¹²⁷

Op grond van de laatste volzin van artikel 2:248 lid 2 BW wordt een onbelangrijk verzuim niet in aanmerking genomen. Of er sprake is van een onbelangrijk verzuim moet volgens de Hoge Raad naar alle omstandigheden van het geval worden bekeken.¹²⁸ Een voorbeeld van onbelangrijk verzuim is een computerstoring, waardoor niet aan de wettelijke plicht kan worden voldaan.¹²⁹

In het oude arrest HR Kempers en Sarper oordeelde de Hoge Raad dat aan artikel 2:10 BW is voldaan, indien snel en op elk moment inzicht kan worden gegeven in de debiteuren- en crediteurenpositie en dat deze posities en de stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de rechtspersoon, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie van de rechtspersoon.¹³⁰ In HR Rosbeek/Rademakers heeft de Hoge Raad zich opnieuw uitgelaten over deze kwestie.¹³¹ De Hoge Raad oordeelde dat het voor de beoordeling of is voldaan aan

¹²³ Borrius 2015, p. 23.

¹²⁴ Siegers 2013, p. 203.

¹²⁵ Borrius 2015 p. 25 en Beckman 1998, p. 358—359.

¹²⁶ Dit sluit aan bij hetgeen Borrius betoogt. Borrius 2015 p. 26.

¹²⁷ Onderzoek van Kredietmanagementbureau Graydon FD 23 april 2013, p. 1 en 2 en Borrius 2015, p. 23 die naar dit onderzoek verwijst.

¹²⁸ HR 12 juli 2013, *NJ* 2013, 401.

¹²⁹ Rovers 2010, p. 230.

¹³⁰ HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 713 (Kempers en Sarper).

¹³¹ HR 10 oktober 2014, *NJ* 2014, 456 (Rosbeek/Rademakers).

de boekhoudplicht, gekeken moet worden naar alle elementen uit artikel 2:10 BW. De opvatting uit HR Kempers en Sarper is daarbij te beperkt.

Een nuancering op het strikte geformuleerde artikel 2:248 lid 2 BW volgt uit de arresten HR Vlimeta¹³² en HR Van Schilt¹³³. De Hoge Raad overwoog in deze arresten dat het voldoende is dat de bestuurder het weerlegbare wettelijke bewijsvermoeden kan ontzenuwen door aan te tonen dat er sprake was van een andere belangrijke oorzaak waardoor het faillissement is ingetreden. Het ontzenuwen kan gelijk worden gesteld aan het leveren van tegenbewijs. In het arrest Blue Tomato heeft de Hoge Raad vervolgens stapsgewijs uitgelegd hoe artikel 2:248 lid 2 BW in de praktijk in zijn werk gaat en de eerdere aangehangen nuancering doorgezet. De bestuurder deed in deze zaak een beroep op een externe oorzaak waardoor het faillissement was ingetreden.¹³⁴

Stapsgewijs:

(1) De curator beroept zich op artikel 2:248 lid 2 BW omdat het bestuur de administratie niet op orde heeft of omdat de jaarrekening niet of niet tijdig is gepubliceerd (volgens artikel 2:10 BW en artikel 2:394 BW) (2) De bestuurder zal het wettelijke bewijsvermoeden willen weerleggen en zodoende andere externe oorzaken aanwijzen waardoor het faillissement is ingetreden (ontzenuwen) (3) De curator stelt vervolgens dat de bestuurder niks heeft gedaan om de externe oorzaken te voorkomen (4) Vervolgens is het aan de bestuurder om te bewijzen dat het feit dat hij geen actie heeft ondernomen geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. (5) Als dit lukt, zal de curator als laatste aan de beurt zijn om op grond van artikel 2:248 lid 1 BW aannemelijk te moeten maken dat de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling toch een belangrijk oorzaak van het faillissement is geweest.

Het voorgaande toont duidelijk aan, dat het wettelijke bewijsvermoeden geen daadwerkelijke omkering van het bewijsrisico ten gevolg heeft. Op het moment dat het de curator namelijk niet lukt om punt (5) te bewijzen zal het bewijsrisico zich voor de curator openbaren en de vordering op grond van artikel 2:248 BW worden afgewezen.

Volgens het arrest HR Koster/Kobo geldt het onweerlegbare bewijsvermoeden uit artikel 2:248 lid 2 BW voor het *gehele* bestuur. Dit heeft als gevolg dat een individuele bestuurder zich niet op grond van artikel 2:248 lid 3 BW kan disculperen omdat hij als individuele

¹³² HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 95 (Vlimeta).

¹³³ HR 20 oktober 2006, *NJ* 2007, 20 (Van Schilt/ Jansen q.q.).

¹³⁴ HR 30 november 2007, *JOR* 2008, 29 r.o. 3.4 (Blue Tomato).

bestuurder geen schuld heeft.¹³⁵

De feitelijke (mede)beleidsbepaler

Artikel 2:248 BW ziet in eerste instantie op de formele bestuurder. Echter, via artikel 2:248 lid 7 BW wordt degene die het beleid van de rechtspersoon (mede) heeft bepaald, als ware hij bestuurder, hiermee gelijkgesteld. Het doel hiervan is om de persoon of personen die de feitelijke macht in handen hebben ook aansprakelijk te kunnen stellen.¹³⁶

Artikel 2:248 lid 7 BW kan grote gevolgen hebben voor het bestuur. Omdat er sprake is van een collegiaal bestuur¹³⁷, kan een feitelijke (mede) beleidsbepaler een situatie creëren waarin er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur van het gehele bestuur. Alle bestuurders zijn dan persoonlijk aansprakelijk, terwijl degene die kennelijk onbehoorlijk heeft bestuurd niet behoort tot de formele kring van bestuurders. Dit vergt oplettendheid en zorgvuldigheid van de formele bestuurders met betrekking tot welke personen zich met het beleid van de rechtspersoon bemoeien. Opmerking dient dat het tegenovergestelde ook kan voorkomen. Wanneer een formele bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft bestuurd en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement wordt een persoon die als feitelijke (mede)beleidsbepaler kan worden aangemerkt ook persoonlijk aansprakelijk.¹³⁸

De vraag die kan worden opgeworpen, is de vraag of de boekhoud- en jaarrekeningenplicht ook geldt voor de feitelijke (mede)beleidsbepaler. Het is redelijk om aansluiting te zoeken bij de redeneringen van De Groot¹³⁹, Maeijer en Van Solingen & Nieuwe Weme¹⁴⁰. Zij bepleiten dat een feitelijke (mede)beleidsbepaler kan worden verweten dat niet is voldaan aan de verplichtingen uit artikel 2:10 BW en artikel 2:394 BW. Dit volgt de opvatting van de Hoge Raad nu zij heeft overwogen dat ook op de feitelijke (mede)beleidsbepalers de verplichtingen uit artikel 2:10 BW en artikel 2:349 rusten. De conclusie van A-G Mok luidt, dat indien een feitelijke (mede)beleidsbepaler als zodanig optreedt naast één of meer bestuurders, men mag verwachten dat de feitelijke (mede)beleidsbepaler ervoor zorgt dat de bestuurders voldoen aan

¹³⁵ HR 20 mei 1988, NJ 1989 676. m.nt. Maeijer r.o. 3.4.

¹³⁶ *Kamerstukken II*, (MvA) 16 631, nr. 6, p. 19.

¹³⁷ Zie hierover: paragraaf 4.3. van deze bijdrage.

¹³⁸ De Groot 2011, p. 122.

¹³⁹ De Groot 2011, p. 123.

¹⁴⁰ Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 460.

hun verplichtingen.¹⁴¹

4.3.2. De gedachtegang van de wetgever

De parlementaire stukken die zien op de totstandkoming van artikel 2:248 BW vertellen ons dat de wetgever de boekhoud en- publicatieverplichting ziet als elementaire bestuurdersverplichtingen omdat deze verplichtingen de belangrijkste waarborgen vormen voor een ordelijk, verantwoordelijk en nauwgezet bestuur. Wanneer deze verplichtingen worden nageleefd kunnen crediteuren erop vertrouwen dat zij op goede basis samenwerken met de rechtspersoon en is het uitgangspunt dat zij een faillissement vroegtijdig zullen zien aankomen.¹⁴² Omdat de wetgever zoveel waarde hecht aan deze verplichtingen en het doel had om de positie van de curator te versterken, heeft de wetgever ervoor gekozen om bewijsvermoedens op te nemen in artikel 2:248 lid 2 BW. Door deze bewijsvermoedens wordt het voor de curator makkelijker om een bestuurder persoonlijk aansprakelijk te stellen die zijn taak heeft verwaarloosd.¹⁴³

Zoals eerder besproken, kan artikel 2:248 lid 2 BW worden onverdeeld in een onweerlegbaar wettelijk bewijsvermoeden en een weerlegbaar wettelijk bewijsvermoeden. Het weerlegbare wettelijke bewijsvermoeden is later aan artikel 2:248 lid 2 BW toegevoegd om de strikte regeling van het onweerlegbare wettelijke bewijsvermoeden te nuanceren.¹⁴⁴ De aanleiding voor deze aanpassing was de vraag die werd opgeworpen aan de toenmalige minister: of het als onbehoorlijk bestuur aanmerken van het niet tijdig publiceren van de jaarstukken niet een te zware sanctie is voor een geringe overschrijding van de wettelijke of statutaire termijn. Het antwoord van de minister luidde als volgt:

'Dienaangaande merk ik in de eerste plaats op, dat het mij nauwelijks betwistbaar voorkomt dat het stipt naleven van de voorschriften op het stuk van de openbaarmaking van de jaarrekening een van de wezenlijke, ten opzichte van derden die met de vennootschap te maken hebben meest belangrijke, bestuurstaken is. Het verwaarlozen daarvan moet dan ook als onbehoorlijk bestuur worden aangemerkt. Gaat het om een gering verzuim, dan moet dat

¹⁴¹ HR 23 november 2001, NJ 2002, 95 r.o. 3.6 (Mefigro/Wind) alsmede de conclusie van A-G Mok bij dit arrest.

¹⁴² Kamerstukken II 1983-1984, (MvA) 16 631 nr. 6, p. 27.

¹⁴³ Kamerstukken II 1983-1984, (MvT) 16 631 nr. 3, p. 1.

¹⁴⁴ Peters & El Houzi 2014, p. 30.

*uiteraard niet te zwaar worden bestraft. De ontworpen regeling houdt daar onvoldoende rekening mee (...). Ik zie evenwel aanleiding om hier (...) een verbetering in de wettekst aan te brengen. Bij nota van wijziging is deze uitgewerkt, in die zin dat een onbelangrijk verzuim niet in aanmerking wordt genomen.*¹⁴⁵

De bepaling van artikel 2:248 BW is erg strikt geformuleerd en dat is ook precies wat de wetgever voor ogen had ten tijde van de invoering van de wet. De strikte bepaling wordt enigszins genuanceerd, doordat artikel 2:248 lid 2 BW voorziet in de mogelijkheid om het wettelijk weerlegbare bewijsvermoeden te ontkrachten.

4.3. 3^e uitzondering – artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek

De ‘normale situatie’ van artikel 6:162 BW houdt in, zoals in paragraaf 3.3. is beschreven, dat de individuele crediteur de bestuurder persoonlijk aansprakelijk stelt op grond van artikel 6:162 BW en vervolgens zal moeten bewijzen dat de bestuurder een *persoonlijk ernstig verwijt* kan worden gemaakt.¹⁴⁶ Dit volgt de hoofdregel van artikel 150 Rv.

Er zijn in de rechtspraak echter ontwikkelingen zichtbaar die uitzonderingen bewerkstelligen op de hoofdregel van de bewijslastverdeling als het gaat om de onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW. In de volgende subparagrafen zullen deze ontwikkelingen worden besproken.

4.3.1. 1^e ontwikkeling

In HR Waning van der Vliet ging het om de vraag of de betalingsonwil van de bestuurder ervoor heeft gezorgd dat de rechtspersoon in betalingsonmacht verkeerde. De Hoge Raad oordeelde dat in dergelijke situaties het vanzelfsprekend is dat de persoon *die volledige zeggenschap* heeft over de betrokken rechtspersoon aannemelijk moet maken dat de rechtspersoon niet in staat is te betalen.¹⁴⁷ Door de woordkeuze van de Hoge Raad vindt er als het ware een beperking plaats. Niet alle bestuurders, maar alleen de bestuurders met volledige zeggenschap, kunnen worden gehouden tot het aannemelijk maken dat de rechtspersoon niet in staat is om te betalen. Deze kring van personen heeft betrekking op de bestuurder die tevens enig of meerderheidsaandeelhouder is en op de persoon die uitsluitend als

¹⁴⁵ *Kamerstukken II* 1983-1984, (MvA) 16 631, nr. 6, p. 18.

¹⁴⁶ HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (Ontvanger/Roelofsen).

¹⁴⁷ HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 411 (Van Waning/Van der Vliet).

aandeelhouder volledige zeggenschap uitoefent.¹⁴⁸

Het bovenstaande kan worden gezien als een uitzondering op de hoofdregel van artikel 150 Rv, 'wie stelt, die bewijst'. De persoon die de volledige zeggenschap heeft over de betrokken rechtspersoon zou op grond van de redelijkheid en billijkheid, in plaats van de curator dan wel de individuele crediteur, in deze situatie moeten stellen dat er sprake is van betalingsonmacht.

De vraag rijst wat de Hoge Raad met deze uitspraak heeft beoogd. De moeilijkheid zit in het feit dat de Hoge Raad overweegt dat het vanzelfsprekend is dat de persoon die volledige zeggenschap heeft over de betrokken rechtspersoon aannemelijk maakt dat er sprake is van betalingsonmacht. Betekent het voorgaande dat er een bewijsvermoeden intreedt, waardoor op degene die volledige zeggenschap heeft over de betrokken rechtspersoon de last komt te rusten om dit bewijsvermoeden te ontzenuwen? Het uitgangspunt is dan dat er wordt vermoed dat de betalingsonmacht van de rechtspersoon te wijten is aan de betalingsonwil van de bestuurder.¹⁴⁹

De Hoge Raad kan echter ook een daadwerkelijke omkering van de bewijslast hebben beoogd. In dat geval zal de persoon die de volledige zeggenschap heeft over de betrokken rechtspersoon moeten bewijzen dat er sprake is van betalingsonmacht aan de zijde van de rechtspersoon. De bewijslast, alsmede het bewijsrisico, wordt dan daadwerkelijk verschoven.

In deze twee benaderingen zitten grote verschillen en hele andere gevolgen met betrekking tot de bewijslast alsmede de uitkomst voor de bestuurder en de curator dan wel de individuele crediteur. Door velen werd het arrest gezien als een stap in de in de richting van een omkering van de bewijslast en daarmee samenhangend een verschuiving van het daadwerkelijke bewijsrisico.¹⁵⁰

In HR Romme Bakker overwoog de Hoge Raad dat met HR Waning van der Vliet geen afwijking op de hoofdregel van artikel 150 Rv is beoogd. In dit arrest ging het om de vraag of het feit dat iemand die directeur-aandeelhouder en volledige zeggenschap heeft in beginsel ervoor zorgt dat deze persoon moet bewijzen dat hij tijdens het aangaan van de overeenkomst wist of behoorde te weten dat de rechtspersoon deze verplichting niet zou kunnen nakomen of verhaal zou kunnen bieden. De Hoge Raad oordeelt dat dit niet het geval is maar brengt wel enige nuancering aan waardoor de individuele crediteur als het ware tegemoet wordt gekomen in zijn bewijslast, zie r.o. 3.6.2:

¹⁴⁸ HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 411 (Van Waning/Van der Vliet) m.nt. Raaijmakers.

¹⁴⁹ Zie hierover paragraaf 3.1.2 van deze bijdrage.

¹⁵⁰ Kalfsbeek 2006, p. 33-34.

‘Er kunnen zich gevallen voordoen waarin het zozeer voor de hand ligt dat degene die de volledige zeggenschap had over de vennootschap, wordt belast met het bewijs dat hij ten tijde van het aangaan van de door de vennootschap niet nagekomen overeenkomst wist noch behoorde te weten dat zij niet zou kunnen nakomen en evenmin verhaal zou bieden, dat, indien de rechter niettemin de verhaal zoekende eiser belast met het bewijs van het tegendeel, hij behoort te preciseren welke bijzondere omstandigheden zulks rechtvaardigen’.

De Hoge Raad overwoog vervolgens dat zulke gevallen zich zullen voordoen, indien aannemelijk is dat tijdens het sluiten van de overeenkomst de rechtspersoon niet voldoende financiële middelen had om aan de verplichtingen uit de overeenkomst te voldoen.¹⁵¹

De conclusie is dat het de rechter vrij staat om te bepalen hoe hij de bewijslast verdeelt, maar hij dient wel te preciseren welke speciale omstandigheden zijn keuze rechtvaardigen.¹⁵²

De verzwaarde motiveringplicht

De Hoge Raad gebruikt de verzwaarde motiveringsplicht om de partij die in bewijsnood verkeert te helpen. Een partij is veelal in bewijsnood wanneer informatie en/of gegevens zich bevinden of behoren te bevinden bij de wederpartij, terwijl de wederpartij niet de bewijslast draagt. Het uiteindelijke doel van de verzwaarde motiveringsplicht is om het bewijsrisico te verlichten.¹⁵³

Voorbeelden met betrekking tot de verzwaarde motiveringsplicht kunnen onder andere worden gevonden in de medische aansprakelijkheidsprocedures.¹⁵⁴ Dit zijn veelal situaties waarbij de medisch deskundige beschikt over informatie en/of gegevens, terwijl de medische deskundige in beginsel niet de partij is die de bewijslast draagt.

De verzwaarde motiveringsplicht wordt hier aangehaald, omdat de Hoge Raad naar mijn opvatting in HR Romme Bakker terecht een verzwaarde motiveringsplicht heeft gehanteerd. Voor de individuele crediteur, die een beroep doet op artikel 6:162 BW, zal het veelal moeilijk zijn om te bewijzen dat de rechtspersoon ten tijde van het aangaan van de overeenkomst wist of behoorde te weten dat zij de overeenkomst niet zou kunnen nakomen en ook geen verhaal zou kunnen bieden. De benodigde informatie zal in zulke gevallen zich in overwegende mate bevinden bij de persoon die de volledige zeggenschap heeft. Een

¹⁵¹ HR 10 juni 1994, NJ 1994, 76 (Romme Bakker).

¹⁵² De Groot 2011, p. 57.

¹⁵³ Asser 2013, nr. 307.

¹⁵⁴ Zie als voorbeeld: HR 23 november 2001, NJ 2002/387.

daadwerkelijke omkering van de bewijslast is een te zwaar middel. Dat zou betekenen dat het uitgangspunt wordt dat de bestuurders in beginsel een ernstig verwijt treft en dat de bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld voor een feit dat niet daadwerkelijk is vast komen te staan.¹⁵⁵

4.3.2. 2^o ontwikkeling

Op basis van hetgeen dat eerder in deze bijdrage is betoogd, geldt voor interne aansprakelijkheid van bestuurders een hoge maatstaf: er moet sprake zijn van onbehoorlijk bestuur en er moet de bestuurder een persoonlijk *ernstig verwijt* te maken zijn. Het uitgangspunt is dat voor bestuurders dezelfde hoge maatstaf geldt ten aanzien van de onrechtmatige daadsactie van artikel 6:162 BW.¹⁵⁶ Het criterium van een persoonlijk *ernstig verwijt* is een open norm. De vraag of een bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt gemaakt kan worden, is volgens de Hoge Raad afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval.¹⁵⁷

De Hoge Raad heeft in 2012 met zijn overweging dat: *‘Voor een dergelijke aansprakelijkheid van een bestuurder, die niet een tekortschietende of onbehoorlijke taakvervulling als bestuurder betreft maar berust op een daarvan losstaande zorgvuldigheidsnorm, gelden de gewone regels van de onrechtmatige daad’*¹⁵⁸ de nodige opschudding en onduidelijkheid veroorzaakt. In het daaropvolgende arrest HR Tulip Air heeft de Hoge Raad overwogen dat het in HR Villa Mundo niet ging om bestuursaansprakelijkheid, maar om de vraag of *iemand* aansprakelijk is wegens schendig van een op hem persoonlijke rustende zorgvuldigheidsverplichting. Omdat *iemand* centraal staat, dit kan zowel de bestuurder als een betrokkene zijn, gelden de gewone regels van artikel 6:162 BW.¹⁵⁹

Uit HR RCI/Kastrop wordt duidelijk dat *de Hoge Raad zich vasthoudt aan de criteria uit HR Ontvanger/Roelofsen*. Er is sprake van bestuurdersaansprakelijkheid op het moment dat de

¹⁵⁵ Dit is eerder behandeld in subparagraaf 4.2.1.

¹⁵⁶ HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (Ontvanger vs. Roelofsen).

¹⁵⁷ HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 22 r.o. 4.3. m.nt. Van Schilfgaarde (RCI).

¹⁵⁸ HR 23 november 2012, *JOR* 2013, 40 (Villa Mundo).

¹⁵⁹ De Groot 2015, p. 19-31.

bestuurder een persoonlijk *ernstig verwijt* kan worden gemaakt. Een lichtere maatstaf leidt niet tot bestuurdersaansprakelijkheid.¹⁶⁰

De moeilijkheid zit in het feit wanneer iemand als bestuurder en wanneer iemand als betrokkene kan worden aangemerkt. Op 18 september 2015 oordeelde de Hoge Raad dat voor de aanvaarding van een hoge aansprakelijkheidsmaatstaf slechts plaats is, indien de bestuurder handelde in de uitoefening van zijn taak als bestuurder van een rechtspersoon die door een toerekenbare tekortkoming of een onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt. Als de onrechtmatige daadsactie is gebaseerd op de wijze waarop een bestuurder zijn feitelijke werkzaamheden heeft verricht en als daardoor een beroepsfout is ingetreden, gaat het om de aansprakelijkheid van een beroepsbeoefenaar en niet om bestuurdersaansprakelijkheid. De hoge aansprakelijkheidsmaatstaf van een *ernstig verwijt* geldt dan niet.¹⁶¹

Volgens de Hoge Raad wordt de hoge maatstaf voor bestuurders gerechtvaardigd door het feit dat er in eerste instantie sprake is van een handeling van de rechtspersoon en niet van de bestuurder.¹⁶² Er moet daardoor sprake zijn van ernstig verwijt om een bestuurder aansprakelijk te kunnen stellen.

4.4. Interne rechtsvergelijking

Een belangrijk verschil tussen artikel 2:248 BW en artikel 6:162 BW ziet in eerste plaats op het feit tot wie de aansprakelijkheidstelling zich richt. In eerste instantie richten de verschillende aansprakelijkheidsgronden zich allebei tot een bestuurder, maar artikel 2:248 BW kent in tegenstelling tot artikel 6:162 BW een collegiaal bestuur.¹⁶³ Dat betekent, dat als de curator een bestuurder aansprakelijk stelt in faillissement op basis van artikel 2:248 BW, deze aansprakelijkheid kan worden doorgetrokken naar alle bestuurders die de rechtspersoon vertegenwoordigen. Voor de individuele crediteur en de curator, die zich beroept op artikel 6:162 BW, is dit niet het geval. Zij kunnen slechts de bestuurders aansprakelijk stellen die hen ook daadwerkelijk benadeeld hebben en daarvoor een persoonlijk ernstig verwijt kunnen worden gemaakt. Het is niet mogelijk om deze aansprakelijkheid door te trekken naar de overige bestuurders.

¹⁶⁰ HR 5 september 2014, *NJ* 2014, 352, m.nt. Kortmann (RCI/Kastrop).

¹⁶¹ HR 18 september 2015, *NJ* 2016, 66 en *De groot* 2015, p. 19-31.

¹⁶² Westbroek 2016, p. 112 e.v.

¹⁶³ Zie hierover paragraaf 4.3 van deze bijdrage.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever bewust ervoor heeft gekozen om de bewijslast van de curator te verlichten. De wetgever rechtvaardigt deze verlichting door te stellen dat de boekhoud- en jaarrekeningenplichten elementaire bestuurdersverplichting zijn en het voor de curator vaak moeilijk zal zijn om over de juiste informatie te kunnen beschikken.¹⁶⁴ De verlichting van de curator wordt bewerkstelligd door de zogenoemde wettelijke bewijsvermoedens die zijn opgenomen in artikel 2:248 lid 2 BW. Omdat deze wettelijke bewijsvermoedens zijn opgenomen in de wet kan de rechter hier niet van afwijken en is er nauwelijks beoordelingsruimte voor de rechter weggelegd. De wettelijke bewijsvermoedens draaien het bewijsrisico niet daadwerkelijk om, maar verlichten het bewijsrisico wel aanzienlijk.

Voor de individuele crediteur of de curator, die een vordering instelt op grond van artikel 6:162 BW, gelden er geen wettelijke bewijsvermoedens. De uitzonderingen die in deze bijdrage aan de orde zijn gekomen, zijn uitzonderingen die door rechtelijke overwegingen tot stand zijn gekomen in het kader van de redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad heeft in HR Ontvanger Roelofsen ten aanzien van de aansprakelijkheidstelling van bestuurders geoordeeld dat de ernstig verwijtmaatstaf uit artikel 2:9 BW (dat ziet op interne aansprakelijkheid) ook geldt in het geval van artikel 6:162 BW.¹⁶⁵ Daardoor wordt een hoge maatstaf opgelegd (of vastgehouden) ten aanzien van de aansprakelijkheid van bestuurders. Gesteld zou kunnen worden dat de bewijslast aan de zijde van de bestuurder in deze is verlicht nu de maatstaf om een bestuurder aansprakelijk te kunnen stellen wordt verzwakt. Procesrechtelijk is dit echter genuanceerd door HR Waning van der Vliet en HR Romme Bakker.¹⁶⁶ Deze uitspraken schetsen situaties waarin de individuele crediteur kan worden geholpen in zijn bewijslast. Ook hier gaat het niet om een daadwerkelijke omkering van het bewijsrisico, maar om een verlichting van het bewijsrisico. Echter, zal in deze gevallen steeds worden gekeken naar ‘de omstandigheden van het geval’. Dat betekent aan de ene kant dat de rechter de mogelijkheid creëert om tot een andere bewijslastverdeling te komen in een concreet geval waarbij sprake is van volledige zeggenschap, maar aan de andere kant zorgt de rechter er voor dat toekomstige gevallen onzeker blijven. Dit is een belangrijk verschil met de wettelijke bewijsvermoedens die in artikel 2:248 BW worden gehanteerd. De curator wordt hier nadrukkelijk en in specifieke situaties tegemoetgekomen in zijn bewijslast, terwijl het voor de

¹⁶⁴ *Kamerstukken II* 1983-1984, (MvA) 16 631 nr. 6, p. 27.

¹⁶⁵ HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (Ontvanger vs. Roelofsen).

¹⁶⁶ HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 411 (Waning van der Vliet) en HR 10 juni 1994, *NJ* 1994, 766 (Romme Bakker).

individuele crediteur onzeker blijft wanneer en hoe hij in zijn bewijslast geholpen zal gaan worden.

Naast de bovengenoemde interne vergelijking tussen artikel 2:248 BW en artikel 6:162 BW kan er een vergelijking worden gemaakt tussen de aansprakelijkheid van de bestuurder in faillissement op grond van artikel 2:248 BW en de fiscale aansprakelijkheid op grond van artikel 36 Iw 1990. Betoogd kan worden dat de fiscale aansprakelijkheid van artikel 36 Iw 1990 een lagere maatstaf voor aansprakelijkheid oplegt aan de bestuurder(s).

Artikel 36 Iw 1990 kent namelijk naast het wettelijke bewijsvermoeden een tegenbewijsuitsluiting. Dat betekent dat de bestuurder in sommige situaties niet toegelaten wordt tot het leveren van tegenbewijs. De bestuurder zal moeten aantonen dat het niet of niet juist melden van de betalingsonmacht niet aan hem te wijten is. Als hij dit niet kan, staat hem geen weg meer open. Dit is een verschil met artikel 2:248 lid 2 BW. Op grond van artikel 2:248 lid 2 BW wordt een bestuurder altijd toegelaten om het wettelijke bewijsvermoeden te ontzenuwen dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Samenloop van artikel 2:248 BW en artikel 36 Iw. 1990

In sommige situaties kan er sprake zijn van een samenloop tussen de bestuurdersaansprakelijkheid van artikel 2:248 BW en de fiscale aansprakelijkheid van artikel 36 Iw 1990.¹⁶⁷ Deze samenloop zorgt er echter niet voor dat de artikelen in elkaars verlengde liggen. De Hoge Raad heeft namelijk uitdrukkelijk geoordeeld dat het wettelijke bewijsvermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur, dat volgt uit artikel 2:248 BW, niet rechtstreeks kan worden toegepast bij het kennelijk onbehoorlijk bestuur van artikel 36 Iw 1990. De omstandigheid dat door de bestuurder niet wordt voldaan aan de boekhoud- of jaarrekeningplicht bewerkstelligt niet rechtstreeks kennelijk onbehoorlijk bestuur van artikel 36 Iw 1990.¹⁶⁸ Het streven is om slechts één aansprakelijkheidsprocedure te starten. Aansprakelijkheidsstelling van de curator op grond van artikel 2:248 lid 2 BW heeft daarbij de voorkeur, tenzij blijkt dat de bewijspositie van de belastingdienst uitzonderlijk sterker is.¹⁶⁹ Raaijmakers geeft daarbij als opmerking dat er een overleg zal moeten plaatsvinden tussen de

¹⁶⁷ Vakstudie Invorderingswet, art. 36 Invorderingswet 1990 aant. 4.1.7(bijgewerkt tot 02-07-2016).

¹⁶⁸ HR 18 oktober 2002, *LJN* AE5152.

¹⁶⁹ Vakstudie Invorderingswet, art. 36 Invorderingswet 1990 aant. 4.1.7(bijgewerkt tot 02-07-2016).

betrokken instantie en de curator.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Raaijmakers 2014, p. 434-435.

5. Rechtsvergelijkend – België

5.1. Wettelijk kader bewijslast

In België is de wettelijke bepaling die ziet op de bewijslast neergelegd in artikel 1315 BW: *‘Hij die de uitvoering van een verbintenis vordert, moet het bestaan daarvan bewijzen. Omgekeerd moet hij die beweert bevrijd te zijn, het bewijs leveren van de betaling of van het feit dat het tenietgaan van zijn verbintenis teweeggebracht’*. De meer algemene procedurele regeling vindt men in artikel 870 Ger. W: *“Iedere partij moet het bewijs leveren van de feiten die zij aanvoert”*. De artikelen laten zien dat het uitgangspunt in België overeenkomt met het uitgangspunt dat in Nederland wordt gehanteerd: ‘wie stelt, die bewijst’. De aanvoeringsplicht rust in beginsel op de eisende partij.¹⁷¹ De eisende partij zal voldoende feiten voor de rechter moeten aanvoeren om de vordering waarop de eiser zich beroept aannemelijk te maken. Feiten die voldoende door de gedaagde worden betwist, zullen door de eiser vervolgens moeten worden bewezen. De eiser draagt immers de bewijslast.¹⁷²

Bewijsrisico

In België wordt een onderscheid gemaakt tussen de *subjectieve bewijslast* en de *bewijsgaring* die op partijen kan rusten. De *subjectieve bewijslast* ziet op de last om een betwist feit te bewijzen. Deze last zal steeds op een van de partijen rusten. De *bewijsgaring* ziet op de verplichting om bepaald bewijsmateriaal over te leggen (te vergaren) en kan op zowel de eisende partij als de gedaagde in het proces rusten. Indien een rechter een andere verdeling in de bewijsgaring oplegt, verandert dit de subjectieve bewijslast niet. Uitgangspunt is dan ook dat de subjectieve bewijslast en de bewijsgaring geen invloed op elkaar uitoefenen. Toch is er sprake van enig onderling verband. Hoe meer bewijsmateriaal is overlegd door een van de partijen (bewijsgaring) hoe kleiner de kans is dat hij niet in zijn subjectieve bewijslast zal slagen.¹⁷³ Voorgaande veronderstelt dat degene op wie de subjectieve bewijslast rust in beginsel ook het bewijsrisico draagt.^{174,175}

¹⁷¹ De aanvoeringsplicht in België kan gelijk worden gesteld aan de stelplicht uit artikel 149 Rv in Nederland.

¹⁷² Storme 1962, p. 44 en meer recent Wagner 2014, p. 545.

¹⁷³ Cattoir 2013, nr. 248-249.

¹⁷⁴ Cattoir 2013, nr. 251.

¹⁷⁵ Zie over het begrip bewijsrisico hfst. 1 van deze bijdrage.

Omkering bewijslast

België hanteert, net als Nederland, in een aantal gevallen een omkering van de bewijslast.¹⁷⁶ Een omkering van de bewijslast zorgt ervoor dat als de eiser zich op een vordering beroept, de eiser daarvoor niet de bewijslast draagt en daarmee samenhangend ook niet het bewijsrisico draagt. De bewijslast en het bewijsrisico rusten op de gedaagde in het proces. Voorgaande betekent dat, indien de stellingen van de eiser onzeker blijven of als er twijfel bestaat over bepaalde feiten, de rechter beslist in het nadeel van de partij die het bewijsrisico draagt.¹⁷⁷

Als voorbeeld kan de antidiscriminatiewet worden aangehaald, die op 20 mei 2007 in België is ingevoerd. Deze wet voorziet in een wettelijke omkering van de bewijslast en is door de wetgever ingevoerd om de ‘zwakkere partij te ‘beschermen.¹⁷⁸ Dit betekent, nu de bewijslast tevens het bewijsrisico inhoudt, dat het bewijsrisico van de eiser (de ‘zwakkere partij’) overgaat op de gedaagde in het proces. Artikel 28 van de antidiscriminatiewet luidt als volgt:

‘Wanneer een persoon die zich slachtoffer acht van een discriminatie, het Centrum of een van de belangenverenigingen voor het bevoegde rechtscollege feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van een van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden, dient de verweerder te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest.’

Bewijsvermoedens

Naast de omkering van de bewijslast kent België volgens artikel 1349 BW bewijsvermoedens. Een definitie van de bewijsvermoedens is in België, in tegenstelling tot in Nederland, expliciet opgenomen in de wet.

Artikel 1350 BW luidt als volgt: *‘De handelingen die de wet nietig verklaart, omdat zij uit hun aard zelf vermoed worden te zijn verricht om bepaalde wetsbepalingen te ontduiken, de gevallen waarin de wet de eigendom of de bevrijding van schuld uit zekere bepaalde omstandigheden afleidt, het gezag dat de wet aan het rechterlijk gewijsde toekent, de kracht die de wet aan de bekentenis of aan de eed van partijen toekent’*. Deze wettelijke bewijsvermoedens zijn door de wetgever gecreëerd en opgenomen in de wet.

Voorts bepaalt artikel 1352 BW dat: *‘Geen bewijs tegen het wettelijk vermoeden wordt toegelaten wanneer de wet, op grond van dit vermoeden, bepaalde handelingen nietig verklaart*

¹⁷⁶ Zie hierover paragraaf 2.3 van deze bijdrage.

¹⁷⁷ Wagner 2014, p. 546.

¹⁷⁸ De zwakkere partij is in dit geval degene die stelt gediscrimineerd te zijn. Zie hierover: Stijns 2009, p. 163.

of de rechtsvordering ontzegt, tenzij de wet het tegenbewijs heeft vrijgelaten'. Net zoals in Nederland kan er dus sprake zijn van weerlegbare wettelijke bewijsvermoedens en onweerlegbare wettelijke bewijsvermoedens. Artikel 1352 BW stelt daarnaast dat degene wie het bewijsvermoeden in zijn voordeel kan gebruiken van ieder bewijs ontslaat, met dien verstande dat degene die zich op het bewijsvermoeden beroept wel eerst moet bewijzen dat dit bewijsvermoeden toepasselijk is. De toepassing van een bewijsvermoeden wordt dus onderworpen aan bepaalde voorwaarden, zodat enkel bij bewijs dat het bewijsvermoeden voldoet aan de gestelde voorwaarden, het bewijsvermoeden in werking treedt.

In België worden de wettelijke weerlegbare bewijsvermoedens en de onweerlegbare bewijsvermoedens in sommige situaties samengevoegd. Men spreekt dan van het zogenaamde *gemende wettelijke bewijsvermoeden*. De rechter bepaalt in zulke gevallen aan welke voorwaarden het tegenbewijs moet voldoen.¹⁷⁹ Dit gemende weerlegbare bewijsvermoedens hanteren wij in Nederland niet.

Op grond van artikel 1353 BW gelden de rechtelijke bewijsvermoedens: *'Vermoedens die niet bij de wet zijn ingesteld, worden overgelaten aan het oordeel en aan het beleid van de rechter, die geen andere dan gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens zal aannemen.'* De rechter mag een rechtelijk bewijsvermoeden alleen gebruiken indien het vermoeden volledige zekerheid geeft dat het feit zich daadwerkelijk heeft voorgedaan. Twijfel is niet voldoende. Ook in Nederland geldt dat de rechter alleen gebruik mag maken van een rechtelijk bewijsvermoeden op het moment dat de feiten die vaststaan, kunnen leiden tot het bewijs van hetgeen dat bewezen moet worden.

De rechter heeft bij het gebruik van een rechtelijk bewijsvermoeden veel meer beoordelingsruimte als bij het gebruik van een wettelijke bewijsvermoeden. Rechtelijke bewijsvermoedens worden overgelaten aan het oordeel van de rechter, terwijl wettelijke bewijsvermoedens door de wetgever zijn gecreëerd.

¹⁷⁹ Cattoir 2013, p. 231.

5.2. Bestuurdersaansprakelijkheid

In België is het vennootschapsrecht geregeld in het Wetboek voor Vennootschapsrecht. Uit artikel 1 W. Venn. volgt dat een rechtspersoon naar Belgisch rechts is opgericht door een contract, waarin partijen overeenkomen iets in gemeenschap te brengen met als doel activiteiten uit te oefenen en vermogensvoordeel te behalen. De rechtspersoon wordt aldus gezien als een contractsvorm. De verhouding tussen de bestuurder of zaakvoerder en de rechtspersoon kwalificeert zich als een lastgevingsovereenkomst.¹⁸⁰¹⁸¹ In deze bijdrage wordt de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (hierna: BVBA) als uitgangspunt genomen.¹⁸² De artikelen 210-249 van het Wetboek van Vennootschappen zijn hierop van toepassing. Een BVBA wordt bestuurd door zaakvoerders.¹⁸³ De zaakvoerders zullen lasthebbers al dan niet de vennoten zelf zijn.¹⁸⁴ Indien er geen lasthebbers zijn aangesteld, hebben de vennoten namelijk zelf de macht om als zaakvoerder op te treden.¹⁸⁵

Het uitgangspunt van de BVBA is dat de zaakvoerders afzonderlijk handelen, tenzij de statuten bepalen dat zij gezamenlijk optreden.¹⁸⁶ De bevoegdheden van de zaakvoerders worden in artikel 257 W. Venn. omschreven. Deze bevoegdheden vertonen nauwelijks verschillen met de bevoegdheden van de raad van bestuur van de NV in België.¹⁸⁷ Indien de zaakvoerders hun bestuurstaak normaal vervullen, gaan zij persoonlijk geen verbintenis aan. Zij kunnen uit dien hoofde dan ook niet aansprakelijk worden gesteld. Dit verandert, indien de zaakvoerders in de uitoefening van hun bestuurstaak fouten maken. Hierbij wordt onder andere onderscheid gemaakt in de aansprakelijkheid van bestuurders op grond van ‘gewone fouten’, de aansprakelijkheid op grond van schending van de statuten en de wet en de aansprakelijkheid in het geval van faillissement.¹⁸⁸

¹⁸⁰ Volgens artikel 1984 BW is lastgeving een handeling, waarbij een persoon (de lastgever) aan een andere persoon (de lasthebber) de macht geeft om iets in zijn naam en voor zijn rekening rechtshandelingen te verrichten.

¹⁸¹ Goossens 2011, p. 10-11-12.

¹⁸² Net als de BV in Nederland heeft de BVBA op grond van artikel 2 W. Venn. rechtspersoonlijkheid.

¹⁸³ Zie artikel 255 W. Venn. en De Neef & Kempeneers & Kransfeld 2015, p. 205.

¹⁸⁴ Artikel 255 W. Venn. en Geinger en Heijerick 2009, p. 208.

¹⁸⁵ Artikel 36 W. Venn.

¹⁸⁶ De Neef & Kempeneers & Kransfeld 2015, p. 205.

¹⁸⁷ Geinger en Heijerick 2009, p. 208.

¹⁸⁸ De Backer & De Bie & De Leenheer e.a. 2015, p. 383.

5.2.1. Aansprakelijkheidsgronden en de bewijslast

1. Interne aansprakelijkheid

De 'normale' situatie inzake de bewijslast in België

Artikel 262 W. Venn. voorziet in de aansprakelijkheid van zaakvoerders omtrent 'gewone bestuursfouten'.¹⁸⁹ Op grond van artikel 262 W. Venn. is een zaakvoerder aansprakelijk voor de tekortkoming in hun bestuur: *'De zaakvoerders zijn overeenkomstig het gemeen recht verantwoordelijk voor de vervulling van de hun opgedragen taak en aansprakelijk voor de tekortkomingen in hun bestuur.'*

De bewijslast inzake artikel 262 W. Venn. sluit aan bij de hoofdregel van de bewijslastverdeling op grond van artikel 1315 BW. De rechtspersoon zal moeten bewijzen dat de zaakvoerder een fout heeft begaan en dat die fout de oorzaak is van de schade die de rechtspersoon lijdt.¹⁹⁰ Voor deze aansprakelijkheid geldt dat alleen de zaakvoerder aansprakelijk is, die zelf aan de fout heeft meegewerkt. Er is geen sprake van een collegiale aansprakelijkheid.

Opmerking dient, dat niet alle 'gewone fouten' leiden tot de aansprakelijkheid van de zaakvoerder, omdat de zaakvoerder de nodige beleidsvrijheid toekomt. Alleen een fout die een *zorgvuldige, bekwame en tevens goede huisvader niet zou maken, leidt tot aansprakelijkheid van de zaakvoerder.*¹⁹¹ Dat een zaakvoerder weinig kennis of ervaring heeft in een bepaalde sector wordt door de rechter niet in aanmerking genomen.¹⁹²

2. Interne en externe aansprakelijkheid

Uitzondering inzake de bewijslastverdeling in België

Op grond van artikel 263 W. Venn. is een zaakvoerder persoonlijk aansprakelijk voor het schenden van de vennootschapswet of de statuten. Deze persoonlijke aansprakelijkheid geldt zowel ten aanzien van de rechtspersoon als ten aanzien van derden. Op grond van artikel 263 W. Venn geldt: *'De zaakvoerders zijn, hetzij jegens de vennootschap, hetzij jegens derden,*

¹⁸⁹ Salens 2013, p. 67.

¹⁹⁰ De Backer & De Bie & De Leenheer e.a. 2015, p. 383.

¹⁹¹ Bénichou & Roseleth & Vanraes 2013, p. 174.

¹⁹² Kh. Charleroi 10 januari 1979, R.P.S. 1979, 315.

hoofdelijk aansprakelijk voor alle schade die het gevolg is van overtreding van de bepalingen van dit wetboek of van de statuten van de vennootschap.'

De zaakvoerder is op grond van artikel 263 W. Venn belast met een resultaatverbintenis. Dat houdt in dat wanneer de zaakvoerders de statuten en het Wetboek van Vennootschappen niet naleven en deze niet-naleving heeft als gevolg dat de vennootschap of een derde schade oploopt, de zaakvoerders hiervoor aansprakelijk zijn.

Omdat artikel 263 W. Venn. uitgaat van een persoonlijke (collegiale) aansprakelijkheid, zijn ook de zaakvoerders aansprakelijk die niet hebben bijgedragen aan de schade.¹⁹³ Zij kunnen alleen onder de aansprakelijkheid uitkomen als zij kunnen aantonen dat zij (1) niet aan de fout hebben deelgenomen, (2) dat hen geen schuld treft en (3) dat zij de schending op de eerstvolgende algemene vergadering hebben aangekaart, nadat men er kennis van heeft gekregen.¹⁹⁴ Het voorgaande sluit aan bij de hoofdregel inzake de bewijslastverdeling van artikel 1315 BW. De rechtspersoon of de derde zal in beginsel als eerste moeten aantonen dat hij schade heeft geleden, omdat de bewijslast bij hen ligt.

Artikel 263 W. Venn. kent in sommige situaties een wettelijk weerlegbaar bewijsvermoeden, dat door de wetgever is gecreëerd om de rechtspersoon of de derde te beschermen. Er wordt dan vermoed dat de schade die is geleden door de rechtspersoon of door de derde het gevolg is van de fout die door de zaakvoerder is gemaakt.¹⁹⁵

Het wettelijke weerlegbare vermoeden treedt onder andere in wanneer de jaarrekening niet tijdig is gedeponereerd of wanneer er op verzoek een algemene vergadering plaatsvindt.¹⁹⁶ Omdat er sprake is van een wettelijk weerlegbaar vermoeden is tegenbewijs hiertegen mogelijk. De zaakvoerder zal dan moeten aantonen dat de fout die is gemaakt niet ervoor heeft gezorgd dat de rechtspersoon of de derde schade heeft geleden.

3. Externe aansprakelijkheid na faillissement

Uitzondering inzake de bewijslastverdeling in België

Op grond van artikel 265 W. Venn.: *'Kunnen zaakvoerder of gewezen zaakvoerders, alsmede alle andere personen die ten aanzie van de zaken van de vennootschap werkelijke*

¹⁹³ Bénichou & Roseleth & Vanraes 2013, p. 175.

¹⁹⁴ Ingevolge de tweede volzin van artikel 263 W. Venn,

¹⁹⁵ Bénichou & Roseleth & Vanraes 2013, p. 175-176.

¹⁹⁶ Braeckmans & Houben 2012, p. 340-342.

*bestuursbevoegdheid hebben gehad, persoonlijk en al dan niet hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het faillissement van de rechtspersoon als er sprake is van een kennelijke grove fout*¹⁹⁷ die bijdraagt aan het faillissement van de rechtspersoon'. De fout hoeft niet doorslaggevend voor het faillissement te zijn geweest.¹⁹⁸

De regeling geldt niet alleen voor alle zaakvoerders, maar alsmede voor alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad. Ingevolge lid 1 kan de vordering zowel door de curator als door de benadeelde crediteur afzonderlijk worden ingesteld. Artikel 265 W. Venn. is niet van toepassing op kleine BVBA's.¹⁹⁹ De wetgever heeft dit gedaan om startende ondernemers te beschermen tegen het verzwaarde aansprakelijkheidsregime.²⁰⁰ Zaakvoerders van kleine BVBA's kunnen derhalve wel aansprakelijk worden gesteld op grond van de algemene zorgvuldigheidsnorm van artikel 1382 -1383 BW.²⁰¹

In artikel 265 W. Venn. wordt gewerkt met een weerlegbaar wettelijk bewijsvermoeden. Indien de curator dan wel de individuele crediteur bewijst dat er sprake is van een *kennelijke grove fout* aan de zijde van de bestuurder, wordt vermoed dat deze fout weerlegbaar heeft bijgedragen tot het faillissement. De bewijslast voor de bestuurder wordt in deze verzwaard. Daarnaast ken artikel 265 W. Venn. ook een onweerlegbaar wettelijk bewijsvermoeden: iedere vorm van georganiseerde fiscale fraude in de zin van artikel 3 lid 2 van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het fiscale stelsel voor het witwassen van geld, wordt als een kennelijke grove fout beschouwd.²⁰² De eiser dient nog wel te bewijzen dat de bestuurder deelnam aan de fiscale fraude van de rechtspersoon en dat die fiscale fraude heeft bijgedragen tot het faillissement. De wetgever heeft dit onweerlegbaar wettelijk vermoeden opgenomen in artikel 265 W. Venn, zodat de belastingdienst kan optreden tegen

¹⁹⁷ Een fout die niet kan worden vergeven, waarvan de bestuurder zich bewust had moeten zijn dat hierdoor het faillissement zou intreden. Zie hierover: Kh. Charleroi 8 september 1992, *Rev. prat. Soc.* 1993.

¹⁹⁸ Gent 31 maart 1994, T.B.H. 1994, 976.

¹⁹⁹ Tot kleine BVBA's behoren BVBA's die niet over de drie boekjaren vóór faillissement een gemiddelde omzet van minder dan €620.000 buiten de B.T.W. hebben verwezenlijkt en waarvan het totaal van de balans bij het einde van het laatste boekjaar niet hoger was dan €370.000 euro. Zie hierover uitgebreid: Geiner & Heijerick 2009, p.172-172.

²⁰⁰ Dirix 2005, p. 99.

²⁰¹ Salens 2013, p. 10

²⁰² Artikel 265 W. Venn en Goossens 2011, p. 79.

de werkelijke verantwoordelijke die fraudeleuze handelingen pleegt die hebben bijgedragen aan het faillissement.²⁰³

5.3. België vs. Nederland

Geconcludeerd kan worden dat het uitgangspunt in België, volgens artikel 1315 BW, gelijk is aan dat van Nederland: ‘wie stelt, die bewijst’. Echter, kent ook België uitzonderingen ten aanzien van de bewijslast van bestuurders en zaakvoerders. België hanteert, net als in Nederland, bewijsvermoedens bij de verschillende aansprakelijkheidsgronden van bestuurders en zaakvoerders. Deze bewijsvermoedens zijn in België expliciet opgenomen in de wet in artikel 1349-1352 BW. Dit is in Nederland niet het geval. Het onderscheid bij de bewijslast tussen de subjectieve bewijslast en de bewijsgaring zorgt ervoor dat net als in Nederland het bewijsrisico bij het gebruik van de bewijsvermoedens wel wordt verlicht, maar niet daadwerkelijk wordt omgekeerd.

In België wordt de rechtspersoon gezien als een contractsvorm, die bestuurd wordt door één of meerdere zaakvoerders op basis van een lastgevingsovereenkomst. Het uitgangspunt is dat de zaakvoerders afzonderlijk handelen, tenzij de statuten bepalen dat zij gezamenlijk optreden. Dit is een wezenlijk verschil met Nederland. In Nederland wordt de rechtspersoon gezien als een ‘verzelfstandigd instituut’ dat het bestuur een bestuurstaak opdraagt. Het uitgangspunt is dat er sprake is van een collegiaal bestuur, waardoor alle bestuurders in beginsel persoonlijk aansprakelijk zijn.

De belangrijkste verschillen tussen België en Nederland in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid:

Ten aanzien van de interne aansprakelijkheid van bestuurders geldt in Nederland een andere maatstaf dan in België. In België voorziet artikel 262 W. Venn. in een regeling omtrent de interne aansprakelijkheid voor zaakvoerders. Artikel 262 W. Venn vereist dat er sprake is van een ‘gewone bestuursfout’. Omdat de zaakvoerder enige beleidsvrijheid toekomt, leiden niet alle ‘gewone bestuursfouten’ tot aansprakelijkheid. Centraal staat de vraag hoe een zorgvuldige, bekwame en tevens goede huisvader in dezelfde situatie zou hebben gehandeld.

²⁰³ Vandenbogaerde 2009, p. 172-173 en zie hierover paragraaf 5.1 van deze bijdrage: degene die zich op het bewijsvermoeden beroept moet eerst aantonen dat het bewijsvermoeden van toepassing is.

In Nederland wordt het criterium van een persoonlijk ernstig verwijt aan de zijde van de bestuurder gehanteerd om de bestuurder op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk te kunnen stellen. Gewone, alledaagse fouten die door een bestuurder worden gemaakt, vestigen geen aansprakelijkheid omdat ook in Nederland het uitgangspunt geldt dat de bestuurder enige beleidsvrijheid toekomt. Geconcludeerd kan worden dat de maatstaf voor interne bestuurdersaansprakelijkheid in Nederland hoger ligt dan in België. In Nederland moet er sprake zijn van een persoonlijk ernstig verwijt, terwijl zaakvoerders in België aansprakelijk kunnen zijn wegens ‘gewone bestuursfouten’.

In artikel 263 W. Venn. heeft de wetgever een wettelijk weerlegbaar vermoeden opgenomen. Het wettelijke weerlegbare vermoeden treedt onder andere in wanneer de jaarrekening niet tijdig is gedeponerd. Omdat in deze situatie een wettelijk weerlegbaar vermoeden intreedt, mag de zaakvoerder tegenbewijs leveren. In Nederland geldt op grond van artikel 2:248 lid 2 BW dat, indien de jaarrekening niet tijdig is gedeponerd, er een onweerlegbaar wettelijk vermoeden intreedt dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Hier staat geen tegenbewijs tegen open voor de bestuurder. Geconcludeerd kan worden dat in Nederland een zwaardere last, of een hogere maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid, wordt toebedeeld aan bestuurders met betrekking tot het niet op tijd deponeren van de jaarrekening. Mede in het licht van de kritiek ten aanzien van dit onderwerp, dat in paragraaf 4.3 is besproken, is dit een interessant gegeven.

Een ander verschil ziet op het feit dat artikel 265 W. Venn. niet van toepassing is op kleine BVBA's. In Nederland wordt echter geen onderscheid gemaakt tussen kleine en grote rechtspersonen. De MvT bij het ‘Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht rechtspersonen’ luidt als volgt: *‘Voor alle rechtspersonen geldt dezelfde aansprakelijkheidsnorm. Het maakt daarbij niet uit of het gaat om een grote of een kleine rechtspersoon. Ook maakt het geen verschil of de rechtspersoon een onderneming drijft of juist niet of om een rechtspersoon die werkzaam is in een semi-publieke sector of juist niet. Evenmin maakt het verschil of de bestuurder zijn taak bezoldigd dan wel onbezoldigd verricht.’*²⁰⁴

Een overeenkomst kan worden gevonden in het feit dat artikel 265 W. Venn. ook geldt voor personen die ten aanzien van zaken van de rechtspersoon werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad. Voorgaande geldt op grond van artikel 2:248 lid 7 BW ook in Nederland. De

²⁰⁴ Ambtelijk voorontwerp Memorie van Toelichting Voorstel van Wet Bestuur en Toezicht rechtspersonen. Zie: internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen.

feitelijk medebeleidsbepaler wordt gelijkgesteld met de bestuurder en kan aansprakelijk worden gesteld op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur.

6. Conclusie

Waarom en in welke situaties wordt de curator dan wel de individuele crediteur – hetzij door verlichting van het bewijsrisico hetzij door daadwerkelijke omkering van het bewijsrisico – geholpen in de bewijslastverdeling zoals bedoeld in artikel 150 Rechtsvordering?

De hoofdregel omtrent de bewijslastverdeling in Nederland staat geschreven in artikel 150 Rv. Veelal wordt deze regel samengevat als: ‘wie stelt, die bewijst’. Met betrekking tot bestuurdersaansprakelijkheid houdt deze hoofdregel in dat de curator dan wel de individuele crediteur, die zich voor de rechter op bepaalde feiten of rechten stelt, in beginsel de bewijslast draagt. De *tenzij* clause van artikel 150 lid 2 Rv regelt vervolgens dat, door ‘enige bijzondere regel’ of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, een andere verdeling van de bewijslast kan voortvloeien. Het voorgaande betekent dat de bewijslast in sommige situaties niet bij de curator dan wel de individuele crediteur komt te liggen, maar bij de bestuurder of de daarmee gelijkgestelde feitelijke (mede)beleidsbepaler.

In deze scriptie zijn de uitzonderingen op de hoofdregel van artikel 150 bij bestuurdersaansprakelijkheid besproken. Daarbij is aandacht besteed aan de omkering van de bewijslast, de wettelijke en rechtelijke bewijsvermoedens en de verzwaarde motiveringsplicht. Voor een goed begrip van de uitzonderingen is het van belang dat het begrip *bewijslast* wordt ontleed. De bewijslast ziet op zowel de bewijsleveringslast als het bewijsrisico. De bewijsleveringslast verwijst naar de partij die de last draagt om bewijs te leveren van de door de rechter aangewezen feiten. Het bewijsrisico verwijst naar het risico dat zich openbaart voor één van de partijen, indien de rechter de vordering afwijst.

Volgens de heersende leer geldt als uitgangspunt dat het bewijsrisico de bewijsleveringslast volgt. In de ratio van bestuurdersaansprakelijkheid betekent dit dat, als het uitgangspunt wordt gevolgd, het bewijsrisico zich in beginsel zal vestigen op de curator dan wel op de individuele crediteur.

De omkering van de bewijslast, die in paragraaf 2.3. van deze scriptie is besproken, kan worden gezien als de meest ingrijpende maatregel in het kader van de bewijslastverdeling. De bewijslast, inhoudende de bewijsleveringslast en het bewijsrisico, zal in dat geval verschuiven op de bestuurders of de daarmee gelijkgestelde feitelijke (mede)beleidsbepalers. Indien een bestuurder of een feitelijke (mede)beleidsbepaler er niet in slaagt om voldoende tegenbewijs te leveren, en het daardoor onduidelijk blijft of een bepaald feit zich heeft voorgedaan, zal het bewijsrisico zich voor hen openbaren. Een vordering van de curator dan wel de individuele

crediteur kan in dat geval dus worden toegewezen, ondanks dat het onduidelijk blijft of de bestuurder of de feitelijke (mede)beleidsbepaler het feit daadwerkelijk heeft begaan. Het voorgaande verenigt zich mijns inziens niet met het uitgangspunt dat er een hoge maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid dient te gelden. De hoge maatstaf heeft als doel om te voorkomen dat een bestuurder zich door defensieve overwegingen laat leiden en de rechter op de stoel van de bestuurder komt te zitten. In het geval van een omkering van de bewijslast wordt de hoge maatstaf niet gediend. De bestuurders en de daarmee gelijkgestelde feitelijke (mede)beleidsbepalers lopen in dat geval het risico lopen om aansprakelijk te worden gesteld voor een feit dat zij niet hebben begaan.

De bewijsvermoedens, die zijn besproken in paragraaf 2.2. van deze scriptie, voorzien in de mogelijkheid om uit een bekend feit een ander (nog) ontbrekend feit af te leiden in het nadeel van de tegenpartij. De wettelijke bewijsvermoedens zijn ontstaan uit concrete afweging van de wetgever en bieden duidelijk over hoe de bewijslast wordt verdeeld. In deze gevallen is er nauwelijks beoordelingsruimte voor de rechter. De rechtelijke en jurisprudentiële bewijsvermoedens zijn daarentegen ontstaan uit rechtelijke overwegingen. De rechter velst een voorlopig oordeel over het bewijs dat door partijen in het geding wordt gebracht.

Kenmerkend aan de verschillende bewijsvermoedens is in de eerste plaats dat zij het bewijsrisico niet daadwerkelijk verschuiven, maar het bewijsrisico verlichten. En in de tweede plaats dat zij de partij die in beginsel niet de bewijslast draagt, belasten met het leveren van tegenbewijs tegen de bewijsvermoedens.

In paragraaf 4.2 van deze scriptie is artikel 36 Iw 1990 behandeld. Door de wetgever is in dit wetsartikel gebruik gemaakt van een wettelijk bewijsvermoeden. De wetgever neemt als uitgangspunt dat, wanneer niet voldaan is aan de meldingsplicht uit artikel 36 lid 4 Iw 1990, vermoed wordt dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuurder aan de zijde van de bestuurder. Tot weerlegging van het vermoeden wordt slechts toegelaten de bestuurder die aannemelijk maakt dat het niet aan hem te wijten is dat de rechtspersoon niet aan zijn meldingsplicht heeft voldaan. De bestuurder of de feitelijke (mede)beleidsbepaler krijgt hier als het ware een dubbele last toebedeeld.

De wetgever gaat ervan uit dat de bestuurder of de feitelijke (mede)beleidsbepaler die fraudeleuze handelingen pleegt in de meeste gevallen niet over een behoorlijke administratie beschikt en daardoor niet aan zijn meldingsplicht kan voldoen. Mijns inziens is het alleszins redelijk dat de bestuurder tegenbewijs tegen dit bewijsvermoeden dient te leveren en dient het

wettelijke bewijsvermoeden hier zijn doel, te weten: optreden tegen de personen die de rechtspersoon misbruiken.

Vervolgens is in paragraaf 4.3. van deze scriptie artikel 2:248 BW besproken. In artikel 2:248 lid 2 BW heeft de wetgever twee wettelijke bewijsvermoedens opgenomen. Indien het bestuur geen behoorlijke administratie heeft gevoerd op grond van artikel 2:10 BW of de jaarrekening niet of niet tijdig heeft gepubliceerd op grond van artikel 2:394 BW, dan treedt er een onweerlegbaar wettelijke vermoeden in dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Vervolgens wordt dan vermoed dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Dit is een weerlegbaar wettelijk bewijsvermoeden. Artikel 2:248 lid 2 dient als voorbeeld om te laten zien dat er twee verschillende soorten wettelijke bewijsvermoedens zijn. Tegen de onweerlegbare wettelijke bewijsvermoedens staat geen tegenbewijs open voor de bestuurder. Tegen de wettelijke weerlegbare bewijsvermoedens staat wél tegenbewijs open voor de bestuurder. De wetgever heeft deze wettelijke bewijsvermoedens opgenomen in artikel 2:248 lid 2 BW, omdat de wetgever de boekhoud- en jaarrekeningplicht ziet als fundamentele beginselen in het vennootschapsrecht en het doel had om de positie van de curator te versterken

Als laatste uitzondering is in paragraaf 4.3. van deze scriptie artikel 6:162 BW behandeld. In sommige situaties wordt door de rechter een verzwaarde motiveringsplicht gehanteerd. De verzwaarde motiveringsplicht heeft als doel om de partij die in bewijsnood verkeert tegemoet te komen. In het kader van bestuurdersaansprakelijkheid, zal het vaak de curator dan wel de individuele crediteur zijn die in bewijsnood verkeert. Het is denkbaar dat bepaalde gegevens van een rechtspersoon bijvoorbeeld niet openbaar of toegankelijk zijn voor een curator dan wel voor een crediteur. Het uiteindelijke doel van een verzwaarde motiveringsplicht is om de bewijslast, en daarmee samenhangend het bewijsrisico, te verlichten. Er is geen sprake van een daadwerkelijke verschuiving van het bewijsrisico.

Uit de bevindingen van deze scriptie kan worden geconcludeerd, dat in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid op verschillende wijze wordt en kan worden afgeweken van artikel 150 Rv. De bewijslast voor de bestuurder wordt in sommige situaties verzwaard, omdat de wetgever of de rechter een specifiek beginsel, een specifiek onderwerp of specifieke informatie van zulks belang acht, dat het een andere verdeling van de bewijslast rechtvaardigt. Een daadwerkelijke omkering van de bewijslast, oftewel een daadwerkelijke verschuiving van het bewijsrisico, verenigt zich niet met het uitgangspunt dat voor bestuurdersaansprakelijkheid een hoge maatstaf dient te gelden. Een daadwerkelijke

verschuiving van het bewijsrisico bij bestuurdersaansprakelijkheid is in deze scriptie dan ook niet gevonden.

Literatuur- en jurisprudentielijst

Literatuur

Asser 2004

W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004.

Asser 2008

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2008.

Asser 2009

J.M.M. Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme, *Mr. C Asser Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Rechtspersonenrecht. Deel 2. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser 2013

W.D.H. Asser, *Mr. C. Assers handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht. Deel 3. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser 2015

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Assink 2011

B.F. Assink, Y Borrius, V. van den Brink, *Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2011.

Assink & Slagter 2013.

B.F. Assink & W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht (deel 1)*, Deventer: Kluwer 2013.

De Backer & De Bie & De Leenheer e.a. 2015

Guy De Backer & Michel De Bie & Isabelle De Leenheer e.a., *De gids voor vennootschappen*, Belgium NV: Kluwer 2015.

Beckman 1998

H. Beckman, Administratie en openbaarmaking van de jaarrekening in het licht van boedelaansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen, *TVVS* 1998.

Beenders 2016

D.J. Beenders, 'Commentaar artikel 150', in: *A.I.M. van Mierlo, C.J.J.C. van Nispen, M.V. Polak (red.), Tekst en Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2016.

Bénichou & Roseleth & Vanraes 2013

B. Bénichou & J. Roseleth & T. Vanraes, *Aandelen – de meest gestelde praktijkvragen*, Belgium NV: Kluwer 2013.

Borrius 2015

Y. Borrius, *Schending publicatieplicht: bewijsvermoedens te beteugelen?*, in: *De gereedschapskist van de curator*, Deventer: Kluwer 2015.

Braeckmans & Houben 2012

H. Braeckmans & R. Houben, *Handboek Vennootschapsrecht*, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2012.

Byttebier 2003

K. Byttebier & P. Piu & S. Roeland, *Corporate Governance, eigendom, bestuur en controle van vennootschappen*, Maklu: Antwerpen/Apeldoorn 2003.

Cattoir 2013

B. Cattoir, *Algemene praktische rechtsverzameling; burgerlijk bewijsrecht*, Kluwer: Mechelen 2013.

CBR 2006

CBR Jaarboek 2005-2006 MAKLU: Antwerpen-Apeldoorn 2006.

Geiner 2009

H. Geiner N. Heijerick, *Inleiding tot het vennootschapsrecht, 2009*, NV die Keure: Brugge 2009.

Goossens 2011

B. Goossens, *Juridische aspecten van samenwerken*, Minerva nv: Bussel 2011.

De Groot 2015

C. de Groot, De Hoge Raad en externe bestuurdersaansprakelijkheid: duidelijkheid over Villa Mundo? *O&F* 2015-23.

De Groot 2011

H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2011.

Dirix 2005

E. Dirix, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005.

Huizink 2012

J.B. Huizink, *Insolventie*, Deventer: Kluwer 2012.

Huizink 2013

J.B. Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming*, Deventer: Kluwer 2013.

Huizink 2013

J.B. Huizink, Maakt de Hoge Raad het vennootschapsrecht opnieuw nodeloos ingewikkeld?, *O&F* 2013-1.

De Jong & Nieuwe Weme 2006

B.W. de Jong & M.P. Nieuwe Weme, *Publicatie van de jaarrekening*, Kluwer: 2006.

Kalfsbeek 2006

G.J.R. Kalfsbeek, Bestuurdersaansprakelijkheid en bewijs; een verzwaarde motiveringsplicht voor bestuurders?, *O&F*, 2006-71.

Kroeze, Timmermans & Wezeman 2013

M.J. Kroeze, L.J. Timmerman en J.B. Wezeman, *De kern van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Kroeze & Wezeman 2015

M.J. Kroeze en J.B. Wezeman, *De curator en interne bestuurdersaansprakelijkheid, in: De gereedschapskist van de curator*, Deventer: Kluwer 2015.

De Neef & Kempeneers & Kransfeld 2015

Geert de Neef & Caroline Kempeneers & Frederic Kransfeld, *Overdacht van ondernemingen, fiscale en vermogensrechtelijke aspecten*, Larcier 2015.

Okhuizen 2013

E.C.G. Okhuizen, 'De omkering van de bewijslast: knelpunten in de regeling en bij de toepassing van de sanctie (deel I), *TFB* 2013-4.

Peters en El Houzi 2014

P. Peters en F. El Houzi, 'Recente ontwikkelingen van de publicatieplicht', *TFZI*, februari 2014-1.

Pitlo 2006

M.J.G.C. Raaijmakers, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht (serie Ondernemingsrecht, deel 2)*. Deventer: Kluwer 2006.

Pitlo 2014

G.R. Rutgers & H.B. Krans, *Pitlo Bewijs, Het Nederlandse burgerlijke recht. Deel 7. Bewijs*. Deventer: Kluwer 2014.

Raaijmakers 2014

J.H.P.M. Raaijmakers, *Aansprakelijkheid in belastingzaken*, Deventer: Kluwer 2014.

Rosier 2010

E.J.M. Rosier, Een dwangmiddel onder controle, *WFR* 2010.

Rovers 2010

M. Rovers, Bewijsvermoedens bij bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, *V&O* 2010-12.

Salens 2013

P. Salens, *De managementvennootschap*, 2e druk, Belgium NV: Wolters Kluwer 2013.

Van Schilfgaarde 1986

P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen. Commentaar op de tweede en derde misbruikwet*, Deventer: Kluwer 1986.

Schilfgaarde & Winter 2013

P. van Schilfgaarde en J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013.

Schutte 2015

N.J. Schutte, Formele aspecten van de fiscale bestuurdersaansprakelijkheid, *O&R* 2015-14.

Swartzenberg 2008

H.W.B. Swartzenberg, *Civiel Bewijsrecht voor de rechtspraak*, Maklu: Apeldoorn/Antwerpen 2008.

Siegers 2013

J. Siegers, Tijd om te deponeren! De kwalificatie van de ‘onbelangrijk verzuim’- exceptie van artikel 2:248 lid 2 BW bij niet-naleving van de publicatietermijn van artikel 2:239 lid 3 BW, *V&O* 2013.

Sijbers 2005

F. Sijbers, De melding betalingsonmacht, valkuilen en mogelijkheden, *MBB* 2005-4.

Snijders 2015

H. Snijders, Bewijsvermoedens nader beschouwd; mede in het licht van de actuele discussie over vergoeding van mijnbouwschade, *NJB* 2015-38.

Stein 2014

H.A. Stein, *Civiel Bewijsrecht*, Brave New Books, 2013.

Stekelenburg 2010

M.C. van Stekelenburg, *De betere byte in de strijd om gelijk*, Delft: Eburon 2010.

Stijns 2009

S. Stijns, *Verbintenissenrecht. Boek 2*, Die Keude: Brugge 2009.

Stolp 2013

M. Stolp, Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex. Artikel 6:162 BW belicht, *NJB* 2013-22.

Storme 1962

M. Storme, *De bewijslast in het Belgische privaatrecht*, Story-Scientia: Gent 1962.

Vandenbogaerde 2009

M. Vandenbogaerde, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurder*, Intersentia: Antwerpen-Oxford 2009.

Vetter 2015

J. Vetter, in GS Faillissementswet, Bestuurdersaansprakelijkheid (art. 36 Invorderingswet), bij: Invorderingswet 1990 aant. 12.13. 4 (bijgewerkt tot 19-02-2015).

Verstijlen 2013

F. Verstijlen, Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid, *NJB* 2013 551-11.

Visscher 2016

M.H. Visscher, Bestuurdersaansprakelijkheid bij pensioenschulden: de lange arm van het bedrijfstakpensioenfonds, *TvOB* 2016-2.

Wagner 2014

Kris Wagner, *Burgerlijk procesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2014.

Wehrmeijer 2013

Y. Wehrmeijer, *Bewijs in het domein van een ander*, in: *Middelen voor Meijer 201*, Bundel: Boom Juridische Uitgevers 2013.

Westbroek 2016

W.A. Westbroek, Externe bestuurdersaansprakelijkheid, rechtspersoonlijkheid en toerekening, *O&R* 2016-3.

Wezeman 1998

J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders*, (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998.

Wezeman 2006

J.B. Wezeman, *Curator en bestuurdersaansprakelijkheid*, in: Windt, Van der Heijden & Willems 2006, p.

Wulf 2004

H. De Wulf & I. De Poorter, *De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders en commissarissen*, in *Actuele knelpunten inzake aansprakelijkheidsrecht*, Maklu: Antwerpen 2004.

Overige documenten

Kamerstukken II 1980-1981, (MvT) 16 530 nr. 3.

Kamerstukken II 1980-1981, (MvA) 16 530 nr. 7.

Kamerstukken II 1980-1981, (MvT) 16 631 nr. 3.

Kamerstukken II 1980-1981, (MvA) 16 631 nr. 4.

Kamerstukken II 1983-1984, (Nota) 16 631 nr. 6.

Kamerstukken II 1983-1984, (MvA) 16 631 nr. 6, p. 27.

Kamerstukken II 2008-2009, MvT 31 763 nr. 3

Vakstudie Invorderingswet, art. 36 Invorderingswet 1990 aant. 1.1(bijgewerkt tot 15-02-2015).

Vakstudie Invorderingswet, art. 36 Invorderingswet 1990 aant. 4.1.7(bijgewerkt tot 02-07-2016).

Meldingsregeling Wet betreffende verplichte deelneming in de bedrijfstakpensioenfondsen 2000

Uitvoeringsbesluit Invorderingswet 1990

Jurisprudentie

HR 25 november 1927, *NJ* 1928 (Kretzschmar/Mendes).

HR 20 mei 1988, *NJ* 1989, 676 (Koster/Curator Kobo).

HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 (Beklamel).

HR 9 maart 1990, *NJ* 1990, 561 (Sevim Kacar Kisacik/Stageman).

HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 411 (Waning van der Vliet).

HR 11 juni 1993, *NJ* 1993 712.

HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 713 (Kempers en Sarper).

HR 10 juni 1994, *NJ* 1994, 766 (Romme Bakker).

HR 2 februari 1996, *NJ* 1996, 406 (Pfenning/Niederer q.q.).

HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 (Staleman/van der Ven).

HR 8 juni 1999, *JOR* 2000, 93 (Van Dijk/Gilhuis).

HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 (New Holland Belgium).

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

HR 12 januari, *NJ* 2001, 419 (J./ABN Amro c.s.).

HR 18 oktober 2002, *LJN* AE5152.

HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 95 (Vlimeta).

HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 455 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek).

HR 4 april 2003, *NJ* 2003, 538 (Skipper Club).

HR 6 juni 2013, *NJ* 2003, 565 (Kuipers/Wentink).

HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 78 (B./Interpolis).

HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (Ontvanger/Roelofsen).

HR 30 november 2007, *JOR* 2008, 29 (Blue Tomato).

HR 25 juni 2010, *JOR* 2010, 227 (Dingemans/De Rouw).

HR 4 februari 2011, *BNB* 2011, 112, m.nt. Zwemmer.

HR 12 juli 2013, *NJ* 2013, 401 (Apeldoornse Asbestsanering).

HR 1 november 2013, *NJ* 2014, 7 (Verify).

HR 23 november 2012, *JOR* 2013, 40 (Villa Mundo).

HR 8 augustus 2014, *BNB* 2014, 215.

HR 5 september 2014, *NJ* 2015, 21, m.nt. P. van Schilfgaarde (Hezemans Air).

HR 5 september 2014, *NJ* 2014, 325, m.nt. Kortmann (RCI/Kastrop).

HR 10 oktober 2014, *NJ* 2014, 456 (Rosbeek/Rademakers).

Rechtbank Rotterdam 5 maart 1998, *JOR* 1998, 104.

Rechtbank Oost Nederland 15 januari 2013, *LJN* BY8191.

Kh. Charleroi 10 januari 1979, *R.P.S.* 1979, 315.

