

MR. G.J.R. KALSBEEK

Bestuurdersaansprakelijkheid en bewijs; een verzwaarde motiveringsplicht voor bestuurders?

27

O & F
Nr. 71 / juni 2006

In vrijwel iedere procedure speelt de bewijslastverdeling een belangrijke rol. Het vaststellen van de bewijslastverdeling is van belang voor de beantwoording van de vraag welke partij het risico draagt van het al of niet bestaan van de relevante feiten. Voorafgaand aan een eventuele bewijslastverdeling neemt de rechter in sommige gevallen een verzwaarde stel- of motiveringsplicht van een der partijen aan. Dit houdt in dat van de partij, die zelf niet de bewijslast draagt, wordt verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de andere partij, ten einde laatstgenoemde aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen.

In dit artikel zal een analyse worden gemaakt van de bewijsrechtelijke positie van bestuurders in geval van een aansprakelijkstelling door de vennootschap, de curator of derden. Daarbij zal worden ingegaan op de bewijslastverdeling tussen de bestuurder en de eisende partij. Daarnaast zal blijken dat bestuurders ook kunnen worden belast met een verzwaarde motiveringsplicht. Zij doen er verstandig aan daarmee rekening te houden bij hun dagelijks functioneren en beslissingen goed te documenteren, zodat achteraf kan worden vastgesteld waarom en op welke wijze zij tot een bepaald besluit of een bepaalde handelswijze zijn gekomen. Dat het bestuur buiten rechte een verantwoordingsplicht heeft is duidelijk. Deze heeft het bestuur ten opzichte van de algemene vergadering van aandeelhouders door middel van de conceptjaarrekening en het jaarverslag en de informatieverplichting op grond van artikel 2:217/107 lid 2 BW. Het bestuur is verplicht de raad van commissarissen de informatie te verschaffen die hij nodig heeft voor de

uitoefening van zijn taak (artikel 2:251/141 BW). Verder bestaat ten opzichte van de ondernemingsraad een verantwoordingsplicht (zie de artikelen 23, 24, 31 e.v. Wet op de Ondernemingsraden) en zijn bestuurders op grond van artikel 2:351 lid 1 BW gehouden onderzoekers in een enquêteprocedure alle inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor een onderzoek. Ten opzichte van de vennootschap heeft het bestuur de boekhoudplicht (artikel 2:10 BW). Tot slot zal worden bezien in hoeverre de uitkomsten van een enquêteprocedure bewijsrechtelijke invloed hebben in een daaropvolgende aansprakelijkheidsprocedure tegen een bestuurder. De bewijsrechtelijke betekenis blijkt namelijk kleiner dan wel wordt aangenomen.

Bewijslastverdeling in het algemeen

Artikel 150 Rv bevat de hoofdregel voor bewijslastverdeling. De partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten draagt de bewijslast voor die feiten of rechten. Het is van belang de stellingen van beide partijen zorgvuldig te beoordelen om de bewijslastverdeling te kunnen bepalen. Wanneer de gedaagde zich bijvoorbeeld beroept op een bevrijdend verweer (zoals overmacht), dient de gedaagde die feiten te bewijzen die zijn beroep op overmacht rechtvaardigen. Uit eerdergenoemde hoofdregel kan niet worden afgeleid dat de wederpartij feiten moet bewijzen die hij stelt ter motivering van zijn betwisting van de feiten die door eiser zijn gesteld. Daarvoor is slechts plaats wanneer de eiser zijn stellingen, behoudens tegenbewijs, reeds afdoende heeft bewezen, dan wel op een van de andere gronden als genoemd in artikel 150 Rv.¹

¹ Hoge Raad 23 oktober 1992, NJ 1992/ 813 (Van der Pasch/Van der Velde).

Artikel 150 Rv bepaalt dat een andere verdeling van de bewijslast kan voortvloeien uit een bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid. Het gaat daarbij om alle geschreven en ongeschreven rechtsregels waaruit een van de hoofdregel afwijkende bewijslastverdeling voortvloeit. Hier moet onder meer gedacht worden aan wettelijke en rechterlijke/feitelijke vermoedens. Wettelijke vermoedens zijn voorschriften waarin de bewijskracht van bepaalde feitelijke gegevens is geregeld. Sommige wettelijke vermoedens zijn weerlegbaar, andere niet. Het rechterlijk of feitelijk vermoeden is een indirecte vorm van bewijsvoering. De rechter komt daarbij met behulp van in de procedure gestelde feiten eventueel gecombineerd met algemene ervaringsregels dan wel feiten van algemene bekendheid bij wege van redeneren tot de vaststelling van de rechtens relevante feiten. Bij weerlegbare wettelijke en feitelijke vermoedens is tegenbewijs altijd mogelijk. Bij onweerlegbare wettelijke vermoedens niet.² Ten aanzien van vermoedens geldt dat deze het bewijsrisico beïnvloeden maar niet daadwerkelijk omkeren. Het tegenbewijs tegen het vermoeden kan ertoe leiden dat het aanwezige bewijsrisico van de partij die van het vermoeden profiteert zich alsnog verwezenlijkt en tot bewijslevering wordt gedwongen.

Een voorbeeld van een onweerlegbaar wettelijk vermoeden is opgenomen in artikel 2:248 lid 2 BW. Dat artikel bepaalt dat wanneer het bestuur niet aan zijn boekhoud- of publicatieverplichting heeft voldaan, het zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Een weerlegbaar wettelijk vermoeden is opgenomen in het vervolg van lid 2 van artikel 2:248 BW. Daarin staat dat bedoelde onbehoorlijke taakvervulling vermoed wordt een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn.

Een in de rechtspraak ontwikkeld bewijsvermoeden betreft de zogenaamde 'omkeringsregel'. Het gaat daarbij om gevallen waarbij sprake is van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar. Indien degene die zich op de schending van deze norm beroept aannemelijk maakt dat het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden zich heeft verwezenlijkt, wordt het bestaan van causaal verband tussen de gedraging en de schade aangenomen. Het is aan degene die wordt aangesproken om te bewijzen

(waarbij geldt dat voor tegenbewijs voldoende is 'aannemelijk maken') dat bedoelde schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.³

Anders dan de naam 'omkeringsregel' doet vermoeden, is dus geen sprake van omkering van de bewijslast, maar van een vermoeden waartegen tegenbewijs openstaat.

Tot een daadwerkelijke omkering van de bewijslast door de rechter komt het in de praktijk zelden. In plaats daarvan belast de rechter in sommige gevallen de partij die niet de bewijslast heeft met een verzwaarde motiverings- of stelplecht. Op de wederpartij van de partij met bewijslast wordt een processuele informatieplicht gelegd ten aanzien van het probandum waarbij van die partij wordt verlangd dat zij ter motivering van haar betwisting aan de wederpartij gegevens verschaft. De Hoge Raad is deze methode gaan gebruiken met name in die gevallen waarin de partij met bewijslast in het algemeen gesproken in bewijsnood verkeert, omdat de wederpartij (die geen bewijslast heeft) beschikt of zou moeten beschikken over cruciale gegevens die op het bewijsthema betrekking hebben.⁴

Zo heeft de Hoge Raad in de medische sfeer verschillende keren uitgemaakt dat de patiënt wel de bewijslast draagt van de verweten gedragingen en de daaruit voortvloeiende schade, maar dat op de arts een verzwaarde motiveringsplicht rust. De arts moet de patiënt voldoende gegevens verstrekken ter motivering van de betwisting van de stellingen van de patiënt, teneinde deze aanknopingspunten voor bewijslevering te verschaffen.⁵ Van de arts kan bijvoorbeeld worden verlangd dat hij zo nauwkeurig mogelijk uiteenzet wat tijdens de medische behandeling is gebeurd en daarnaast die gegevens verschaft waarover hij als arts de beschikking heeft of kan hebben. De patiënt kan vervolgens bewijs leveren van de juistheid van zijn stellingen, mede door de onjuistheid van de door de arts gestelde feiten of gegevens aan te tonen of aannemelijk te maken.⁶ Wanneer de arts niet voldoet aan de verzwaarde motiveringsplicht, loopt hij het risico dat de bewijslast daadwerkelijk wordt omgekeerd.⁷ Eenzelfde verzwaarde motiveringsplicht is ook aangenomen door de Hoge Raad in een zaak waar een notaris door zijn cliënt werd aangesproken. De Hoge Raad overwoog dat de

² T.R. Hidma, G.R. Rutgers, *Bewijs*, Deventer 2004, p. 38 e.v.

³ Hoge Raad 29 november 2002, *NJ* 2004/304 en Hoge Raad 29 november 2002, *NJ* 2004/305.

⁴ W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer 2004, p. 115.

⁵ Hoge Raad 23 november 2001, *NJ* 2002/387.

⁶ Hoge Raad 7 september 2001, *NJ* 2001/615.

⁷ Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 18 februari 1994, *NJ* 1994/368.

cliënt weliswaar de bewijslast droeg ten aanzien van de onjuiste advisering, maar dat op de notaris een informatieplicht rustte. Van de notaris kon worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekke ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van zijn cliënt.⁸

Aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW

Op grond van artikel 2:9 BW is elke bestuurder ten opzichte van de vennootschap gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Een bestuurder is eerst ten opzichte van de vennootschap aansprakelijk wanneer hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of daarvan sprake is, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren volgens de Hoge Raad in het arrest Staleman/Van de Ven onder meer de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikt of hoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.⁹

In beginsel zal de vennootschap de aan de bestuurder(s) verweten gedraging moeten bewijzen. Daarnaast zal de vennootschap moeten bewijzen dat schade is ontstaan en dat tussen de verweten gedraging en de schade causaal verband bestaat. Met name het aantonen van de schade kan nog wel eens problemen opleveren wanneer tussen de verweten gedraging en het instellen van de vordering de nodige tijd is verstreken.

Er is sprake van een collectieve verantwoordelijkheid. Elke bestuurder is in beginsel voor het geheel aansprakelijk voor gedragingen van het bestuur en door het bestuur genomen besluiten. Bij een meerhoofdig bestuur is het niet nodig dat de ernstige verwijtbaarheid voor iedere bestuurder apart moet worden gesteld en bewezen.¹⁰ De vennootschap dient te stellen en zo

nodig te bewijzen dat sprake is van ernstige verwijtbaarheid van het bestuur als geheel, waarbij gedragingen van individuele bestuurders in beginsel worden toegerekend aan het gehele bestuur. Artikel 2:9 BW biedt de aangesproken bestuurder de mogelijkheid zich te disculperen door te stellen dat de aangelegenheid niet tot zijn werkring behoorde, de tekortkoming niet aan hem te wijten is of dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. De bewijslast ter zake rust op de betreffende bestuurder. Dit volgt uit artikel 2:9 BW zelf en omdat het hier gaat om bevrijdend verweer. De bestuurder zal bijvoorbeeld moeten bewijzen dat hij nadat hij de tekortkoming constateerde het bestuur heeft ingelicht en heeft besproken hoe een en ander ongedaan kan worden gemaakt of dat hij een deskundige heeft ingeschakeld.¹¹ Denkbaar is ook dat de bestuurder is overstemd door de andere bestuurders of dat hij ten tijde van het nemen van het besluit niet aanwezig was en na terugkomst het besluit niet meer ongedaan heeft kunnen maken.¹²

Van den Ingh wijst er terecht op dat men aan de beoordeling van aansprakelijkheid per bestuurder pas toekomt wanneer vaststaat dat het bestuur ernstig onbehoorlijk heeft bestuurd. Vanuit het oogpunt van bewijslastverdeling is dit onderscheid van belang. In de eerste 'fase' rust de bewijslast primair op de vennootschap (c.q. de curator wanneer deze een vordering op grond van artikel 2:9 BW instelt). In de tweede 'fase' rust deze op de bestuurder die bij wege van bevrijdend verweer moet aantonen dat hem geen ernstig verwijt treft.¹³

Een bewijsrechtelijk interessante uitspraak betreft een beslissing van de Hoge Raad waarbij werd geoordeeld dat een handeling in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen in beginsel aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt (i.c. het negeren van een statutair goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen).¹⁴ Aan duidelijkheid laat de uitspraak helaas wel te wensen over. Zo is niet duidelijk wat moet worden verstaan onder statutaire bepalingen die beogen de rechtspersoon te beschermen. Winter meent dat de statutaire doelomschrijving hier ook toe moet worden gerekend.¹⁵ Buijn en

⁸ Hoge Raad 10 januari 1997, NJ 1999/286.

⁹ Hoge Raad 10 januari 1997, NJ 1997/360 (Staleman/Van de Ven).

¹⁰ Asser/Maeijer, 2 III, nr. 321.

¹¹ J.R. Glasz, H. Beckman en J.A.M. Bos, *Bestuur en toezicht*, Deventer 1994, p. 115.

¹² P. Sanders, W. Westbroek, bewerkt door F.K. Buijn en P.M. Storm, *BV en NV*, Deventer 2005, p. 180.

¹³ Rechtbank Rotterdam 17 juni 1999, JOR 1999/244, met noot F.J.P. van den Ingh.

¹⁴ Hoge Raad 29 november 2002, JOR 2003/2 (Berghuizer Papierfabriek).

¹⁵ P. van Schilfgaarde, bewerkt door J. Winter, *Van de NV en de BV*, Deventer 2003, p. 139.

Storm menen dat ieder handelen in strijd met de statutaire bepalingen behoort te leiden tot aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW.¹⁶ Verder zijn de bewijsrechtelijke consequenties van deze beslissing niet duidelijk.

Wat bedoelt de Hoge Raad met de woorden ‘in beginsel’? Het is niet duidelijk of de Hoge Raad met deze beslissing bedoelt dat de vennootschap hiermee verlost is van haar bewijslast en dat het thans aan de bestuurder is te bewijzen dat geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid. Uit de woorden ‘in beginsel’ leid ik af dat dit niet is wat de Hoge Raad heeft bedoeld, maar dat sprake is van een vermoeden en dat de bestuurder wordt toegelaten tegenbewijs te leveren. De bewijslast blijft dan waar hij was, namelijk bij de vennootschap. Dit sluit aan bij een eerdere uitspraak van de Hoge Raad¹⁷ in het arbeidsrecht. De Hoge Raad sanctioneerde het oordeel van de rechtbank dat de afwezigheid van de behoorlijke financiële verslaggeving als ernstig verwijtbaar wordt aangemerkt en deze voorshands bewezen wordt geacht. Het ging in dat geval om een werknemer, directeur van een stichting, die bij uitstek verantwoordelijk werd geacht voor een behoorlijke administratieve vastlegging en dus ook voor verantwoording van door hemzelf opgenomen gelden. De directeur werd wel toegelaten tegenbewijs te leveren, in die zin dat er administratieve bescheiden waren die de onttrekkingen rechtvaardigden zoals hij had beweerd. Het is ook niet aannemelijk dat de Hoge Raad heeft bedoeld dat de bewijslast wordt omgekeerd. Zoals ik hiervoor heb gezegd, komt het in de praktijk zelden tot een omkering van de bewijslast. Dat dit in geval van aansprakelijkheid van bestuurders niet anders is, volgt uit een beslissing van de Hoge Raad waarbij het oordeel van het Hof werd verworpen dat een bestuurder in beginsel aansprakelijk is voor verdwenen gelden en dat de bestuurder zal moeten bewijzen dat het geld is verdwenen door diefstal, wil hij zich vrijpleiten.¹⁸ Zoals hiervoor opgemerkt, geldt dat de vennootschap los van het bewijs van ernstige verwijtbaarheid ook de schade en het causaal verband zal moeten bewijzen. Het ligt meer voor de hand de uitspraak van de Hoge Raad in dat verband te plaatsen. Eerder oordeelde de Hoge Raad bijvoorbeeld dat het niet-naleven van een protocol door het ziekenhuis en de arts als een toerekenbare tekortkoming heeft te

gelden en dat aangezien het overtreden protocol diende om bepaalde risico’s tegen te gaan, althans te verkleinen, en dit risico zich heeft verwezenlijkt, het causaal verband tussen de verweten gedraging en de opgelopen schade in beginsel is gegeven.¹⁹ Dit zou ook aansluiten bij de hiervoor aangehaalde ‘omkeringsregel’-arresten die betrekking hadden op de toerekening van letsel- en overlijdensschade bij overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen. De Hoge Raad zegt dit echter niet. Wel geeft de Hoge Raad duidelijk aan dat wanneer de aangesproken bestuurder feiten en omstandigheden aanvoert op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat het gewraakte handelen in strijd met statutaire bepalingen geen ernstig verwijt oplevert, deze door de rechter uitdrukkelijk in zijn oordeel moeten worden betrokken. Het Hof had dat niet gedaan en daarom vernietigde de Hoge Raad het arrest.

In een procedure van de Ontvanger tegen een bestuurder heeft de Hoge Raad het oordeel van het Hof dat de omkeringsregel in dat geval niet kon worden toegepast, gesanctioneerd.²⁰ Het Hof oordeelde dat de Ontvanger aannemelijk moet maken dat het niet-betalen van aanslagen te wijten is aan onbehoorlijk bestuur door de bestuurder. Volgens de Hoge Raad mist de omkeringsregel hier toepassing, omdat de norm dat de bestuurder zich moet onthouden van onbehoorlijk bestuur, niet specifiek strekt tot het voorkomen van het gevaar van het niet-betalen van belastingschulden. Dat specifieke oordeel sluit geenszins uit dat de omkeringsregel in andere gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid wel zal worden toegepast. Evenmin valt uit te sluiten dat ook in een situatie waarin de omkeringsregel niet van toepassing is desalniettemin een vermoeden van bewijs wordt aangenomen waartegen tegenbewijs wordt toegelaten, omdat dit nu eenmaal per geval wordt beoordeeld. Zo goed als per geval wordt beoordeeld of er omstandigheden zijn die een omkering van de bewijslast rechtvaardigen.

Wanneer ook overigens aansluiting wordt gezocht bij de hiervoor aangehaalde jurisprudentie op het gebied van medische aansprakelijkheid en aansprakelijkheid van notarissen, is goed denkbaar dat van de bestuurder een verzwaarde stel- en motiveringsplicht wordt verlangd, omdat hij over een bepaalde deskun-

¹⁶ Buijn en Storm a.w., p. 181.

¹⁷ Hoge Raad 30 maart 2001, *JOL* 2001/207 en *JAR* 2001/127 (Schwartz/SUSH).

¹⁸ Hoge Raad 10 december 1999, *NJ* 2000/6.

¹⁹ Hoge Raad 2 maart 2001, *NJ* 2001/649 en in soortgelijke zin Hoge Raad 1 oktober 1993, *NJ* 1995/182.

²⁰ Hoge Raad 14 oktober 2005, *NJ* 2005/114.

digheid en informatie beschikt, althans behoort te beschikken. De bewijslast blijft overigens dan wel gewoon bij de vennootschap, net als bij de patiënt en de cliënt in geval van de arts respectievelijk de notaris. Wellicht dat de vennootschap (net als de patiënt of de cliënt) in bepaalde bewijsnood verkeert terwijl de bestuurder (net als de arts of de notaris) beschikt of zou moeten beschikken over cruciale gegevens die op het bewijsthema betrekking hebben. Daarbij komt dat de vennootschap volledig afhankelijk is van wat de bestuurder opstelt, bijhoudt en achterlaat. In het hiernavolgende zal uiteen worden gezet dat zo'n verzwaarde motiverings- en stelplicht al in andere, voor bestuurders en commissarissen, gevallen is aangenomen.

Aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248/138 BW

Artikel 2:248 BW regelt de aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement. Op grond van dit artikel is iedere bestuurder aansprakelijk voor het tekort in de boedel wanneer het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De curator zal moeten stellen en bewijzen dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Daarnaast zal de curator aannemelijk moeten maken dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Tot slot zal de curator het tekort in de boedel moeten aantonen.

In twee situaties wordt de curator in zijn bewijshouding geholpen. Wanneer het bestuur niet heeft voldaan aan zijn boekhoud- (2:10 BW) of publicatieverplichting (artikel 2:394 BW) bepaalt artikel 2:248 lid 2 BW dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dat die onbehoorlijke taakvervulling vermoed wordt een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. Het eerste is een onweerlegbaar wettelijk vermoeden waarbij tegenbewijs door de bestuurder(s) niet openstaat. Wel moet de curator aantonen dat het bestuur niet heeft voldaan aan zijn boekhoud- of publicatieplicht.

Wanneer een bestuurder daarentegen geen verwijt kan worden gemaakt van het ontbreken van boekhoudkundige gegevens die noodzakelijk zijn om een jaarrekening op te maken in de periode dat hij nog geen bestuurder was, kan de bestuurder in redelijk-

heid niet aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 2:248 BW wegens niet voldoen aan de boekhoudplicht.²¹ Volgens het Hof diende de curator gelet op de omstandigheden van dat geval te bewijzen dat de bestuurder wel over de boekhoudkundige gegevens beschikte om de jaarrekening te kunnen opmaken. Ik betwijfel of een dergelijke bewijslastverdeling in zijn algemeenheid zal hebben te gelden. Juist bij het ontbreken van een boekhouding is dat een voor de curator welhaast niet te vervullen bewijslast. Op de bestuurder zal ten minste een verzwaarde motiveringsplicht behoren te rusten. Volgens Maeijer zal een redelijke bewijslastverdeling meebrengen dat de aangesproken bestuurder tegenover de curator die geen boekhouding of geen openbaargemaakte jaarrekening heeft aangetroffen, moet aantonen dat die stukken er wel zijn.²² Dit kan worden aangeduid als een verzwaarde motiveringsplicht.

Daarnaast kan een beperkte overschrijding van de publicatieverplichting gelden als een onbelangrijk verzuim dat niet leidt tot aansprakelijkheid.²³ Of sprake is van een onbelangrijk verzuim zal afhangen van de omstandigheden van het geval en in het bijzonder van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid. Stelplicht en bewijslast rusten in dat verband op de bestuurder.²⁴ Het gaat immers om een bevrijdend verweer.

Zoals hiervoor uiteengezet, zal los van het aantonen van het onbehoorlijk bestuur, aannemelijk moeten worden gemaakt dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Schending van de boekhoud- of publicatieplicht, hetgeen zonder meer onbehoorlijk bestuur oplevert, wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. Dit is een weerlegbaar wettelijk vermoeden. Tegenbewijs door de bestuurder staat open. De bewijslast blijft bij de curator. De aangesproken bestuurder zal slechts aannemelijk moeten maken dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.²⁵

Ook kan de bestuurder zich van aansprakelijkheid bevrijden door te bewijzen dat de onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden

²¹ Hof 's-Gravenhage 28 september 1999, *JOR* 1999/251 en daarvoor Rechtbank Middelburg 16 juli 1997, *JOR* 1998/1.

²² Asser/Maijer, 2 III, nr. 330.

²³ Hoge Raad 11 juni 1993, *NJ* 1993/713.

²⁴ Hoge Raad 2 februari 1996, *JOR* 1996/15 en *NJ* 1996/406.

²⁵ Hoge Raad 23 november 2001, *JOR* 2002/4 en daarvoor Gerechtshof Arnhem 12 december 1995, *JOR* 1996/7.

(artikel 2:248 lid 3 BW). In dit verband wordt verwezen naar hetgeen hierover is opgemerkt in het kader van artikel 2:9 BW. Tot slot kunnen bestuurders een beroep doen op het collectieve en individuele matigingsrecht door de rechter als bedoeld in artikel 2:248 lid 4 BW. De bestuurders zullen de omstandigheden die een dergelijke matiging rechtvaardigen moeten stellen en zo nodig bewijzen.

Artikel 2:259/149 BW bepaalt dat het bepaalde in artikel 2:248 BW van overeenkomstige toepassing is ten aanzien van de taakvervulling van de raad van commissarissen. Het feit dat niet is voldaan aan de publicatieverplichting betekent echter niet zonder meer dat de commissarissen hun taak op kennelijk onbehoorlijke wijze hebben vervuld. Een commissaris is niet zelf gehouden aan de in artikel 2:248 lid 2 BW bedoelde verplichtingen te voldoen. Ook niet wanneer het bestuur in de nakoming daarvan tekortschiet. De raad van commissarissen moet wel toezicht houden op de nakoming door het bestuur van die verplichtingen en zo nodig ingrijpen. Het is aan de curator om te stellen en te bewijzen dat de commissaris zijn toezichthoudende taak niet behoorlijk heeft vervuld. Wanneer het bestuur niet aan zijn verplichtingen tot boekhouden of openbaar maken van de jaarrekening heeft voldaan, kan evenwel van de commissaris worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de curator teneinde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen.²⁶ Maeijer merkt in zijn noot onder dit arrest op dat de Hoge Raad deze regel geeft om verstoring van het processuele evenwicht te voorkomen en dat de Hoge Raad eerdergenoemd stelsel van een verzwaarde motiveringsstelplicht heeft ontwikkeld voor gevallen waarin sprake is van een onevenredig zware bewijslast voor een partij. Het zal daarbij zoals hiervoor uiteengezet meestal gaan om feiten en omstandigheden die in de sfeer liggen van de wederpartij van degene op wie de bewijslast blijft drukken. De Hoge Raad neemt in deze uitspraak duidelijk een verzwaarde motiveringsplicht aan voor commissarissen. Die methode blijft dus niet beperkt tot de aansprakelijkheid van medici en notarissen. Waarschijnlijk is dat ook bestuurders hiermee te maken krijgen (zoals hiervoor uiteengezet).

Tot slot is van belang in het oog te houden dat artikel 2:248 BW uitsluitend betrekking heeft op een vordering ingesteld door de curator. Een vordering op grond van dit artikel komt individuele schuldeisers niet toe. Van een reflexwerking kan ook geen sprake zijn.²⁷ Individuele schuldeisers kunnen dus niet profiteren van eerdergenoemde bewijsvermogens. Ten overvloede wordt opgemerkt dat de curator deze vordering niet kan overdragen.²⁸

Aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW

Gedragingen van een bestuurder kunnen een onrechtmatige daad van de vennootschap opleveren wanneer zij in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de rechtspersoon hebben te gelden.²⁹ Dat de gedragingen van de bestuurder worden toegerekend aan de rechtspersoon sluit niet per definitie aansprakelijkheid van de bestuurder zelf uit. Bepalend is of de bestuurder een persoonlijk aan hem toerekenbare onrechtmatige daad tegenover de derde pleegt in die zin dat de bestuurder ter zake van de schade persoonlijk een verwijt treft.³⁰ De stelplicht en de bewijslast ter zake rusten op de gelaedeerde die de bestuurder aanspreekt. In de jurisprudentie zijn enkele voorbeelden te vinden waarbij een derde met succes een bestuurder persoonlijk aansprakelijk heeft gehouden voor geleden schade. Ik kom hierop in het hiernavolgende terug. Uit de jurisprudentie komt naar voren dat de hiervoor genoemde hoofdregel met betrekking tot bewijslast wel enige uitzonderingen kent en dat op de bestuurder een processuele informatieplicht rust.

Een bestuurder kan aansprakelijk zijn ten opzichte van een derde wanneer de bestuurder bij het aangaan van de overeenkomst namens de vennootschap wist dan wel redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de derde ten gevolge van die tekortkoming in de nakoming zou lijden.³¹ De derde zal moeten stellen en bewijzen dat de bestuurder deze norm geschonden heeft. De Hoge Raad verwierp in dit arrest de stelling dat niet de derde maar de bestuurder de bewijslast droeg (omdat het ging om een eenpersoons vennootschap) van de stelling dat de bestuurder wist noch behoorde te weten dat de vennootschap niet aan haar verplicht-

²⁶ Hoge Raad 28 juni 1995, *NJ* 1997/58.

²⁷ Rechtbank 's-Hertogenbosch 2 augustus 1996, *JOR* 1996/110.

²⁸ Hoge Raad 7 september 1990, *NJ* 1991/52.

²⁹ Vergelijk Hoge Raad 6 april 1997, *NJ* 1980/34 (Knabbel en Babel).

³⁰ Hoge Raad 31 januari 1958, *NJ* 1958/251 (Van Dulleman/Sala) en meer recent Hoge Raad 8 februari 2002, *NJ* 2002/196.

³¹ Hoge Raad 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286 (Beklamel).

tingen zou kunnen voldoen. In een later arrest overwoog de Hoge Raad dat er echter gevallen zijn waarin het zozeer voor de hand ligt dat degene die volledige zeggenschap heeft 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 de vennootschap niet zou kunnen nakomen en evenmin verhaal zou bieden.³² De Hoge Raad voegde daaraan toe dat wanneer de rechter niettemin de verhaalzoekende eiser belast met het bewijs van het tegendeel de rechter behoort te preciseren welke bijzondere omstandigheden zulks rechtvaardigen. De Hoge Raad overweegt dat van zo'n geval sprake kan zijn wanneer aannemelijk is dat ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst de vennootschap zelf niet, althans niet in voldoende mate, over financiële middelen beschikte om aan haar verplichtingen uit de overeenkomst te voldoen en wat dat betreft afhankelijk was van haar daartoe door een andere door haar beheerste vennootschap ter beschikking te stellen middelen. Zoals Maeijer ook in zijn noot onder het arrest opmerkt, zal de rechter zorgvuldig moeten motiveren wanneer hij afwijkt van de in dit soort gevallen als uitzondering op de hoofdregel in beginsel geldende omkering van de bewijslast. Of de bestuurder in de praktijk daadwerkelijk met het bewijs wordt belast, valt te betwijfelen getuige verschillende uitspraken.³³ In één situatie waarin aannemelijk was dat de vennootschap ten tijde van de opdracht over onvoldoende middelen beschikte en/of kon beschikken om haar verbintenis tot betaling aan de wederpartij te voldoen, heeft de rechter de bewijslast ten aanzien van het ontbreken van deze wetenschap wel bij de bestuurder gelegd.³⁴

Het niet voldoen aan de publicatieplicht kan mogelijk ook leiden tot omkering van de bewijslast.³⁵ De bestuurder werd toegelaten om feiten en omstandigheden te bewijzen die de conclusie rechtvaardigden dat de bestuurder ten tijde van het verstrekken van de opdracht niet wist dat de vennootschap niet tot betaling van het verschuldigde bedrag in staat zou zijn. Wanneer de bestuurder niet zou slagen in dit bewijs, zou moeten worden uitgegaan van de juistheid van de stelling van eisers dat de bestuur-

der de bedoelde opdracht had gegeven in weerwil van de wetenschap dat de vennootschap niet tot betaling in staat zou zijn. Een zorgvuldige administratie is ook hier van groot belang.

De rechter kan het ook zoeken in een minder drastische maatregel en de bestuurder belasten met een verzwaarde motiveringsplicht en deze de gelegenheid geven nadere gegevens met betrekking tot de vermogenspositie van de vennootschap in het geding te brengen.³⁶

Een ander voorbeeld van persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder ten opzichte van een derde betreft het geval waarin een bestuurder feitelijk de nakoming door de vennootschap van haar verplichtingen verhinderde.³⁷ De Hoge Raad overwoog in dat geval dat het voor de hand ligt dat degene die volledige zeggenschap heeft over de nalatige vennootschap aannemelijk maakt dat de vennootschap niet in staat is te betalen. De Hoge Raad heeft het hier uitdrukkelijk over 'aannemelijk maken' en niet over 'bewijzen'. Deze beslissing van de Hoge Raad sluit aan bij de aanvaarding van een verzwaarde motiveringsplicht, zoals al aangenomen voor medici en notarissen. Helemaal duidelijk is de Hoge Raad hier echter niet. De Hoge Raad laat in ieder geval in het midden wie uiteindelijk de betalingsonwil dient te bewijzen. De Rechtbank Utrecht heeft later eenzelfde methode toegepast en van de directeur/grooot-aandeelhouder verlangd dat hij aannemelijk maakt dat de vennootschap niet in staat is te betalen.³⁸ A-G Timmerman merkt terecht op dat het feit dat de zeggenschapshouder over een nalatige vennootschap *aannemelijk maakt* dat de vennootschap niet tot betaling in staat is, iets anders is dan dat de zeggenschapshouder *aantoont* dat de niet-betaling niet aan zijn onwil te wijten is. In het eerste geval gaat het om een vermoeden van bewijs dat de vennootschap niet tot betaling in staat is, waartegen tegenbewijs openstaat. Voor tegenbewijs is voldoende dat het vermoeden wordt ontzenuwd. Daarop is het aan de andere partij te bewijzen dat de vennootschap wel degelijk tot betaling in staat was (en dat de niet-betaling te wijten is aan onwil van de zeggenschapshouder). In het tweede geval rust op de zeggenschapshouder de

³² Hoge Raad 10 juni 1994, NJ 1994/766 (Romme/Bakker).

³³ Zie in negatieve zin in chronologische volgorde, Rechtbank Utrecht 5 februari 1997, JOR 1997/51, Hoge Raad 20 november 1998, NJ 1999/684 (Wijismuller) en conclusie A.G. Huydecoper bij Hoge Raad 18 oktober 2002, JOR 2003/22, zie ook Hoge Raad 8 juli 2005, JOR 2005/236.

³⁴ Gerechtshof 's-Gravenhage 27 oktober 1998, JOR 1999/61.

³⁵ Zie Rechtbank Utrecht, 8 oktober 2003, NJF 2004/58 en JOR 2004/95.

³⁶ Zoals bij Hoge Raad 27 november 1998, JOR 1999/11 en NJ 1999/148 (Veenbrink).

³⁷ Hoge Raad 3 april 1992, NJ 1992/411 (Van Waning/Van der Vliet).

³⁸ Rechtbank Utrecht 18 oktober 2000, JOR 2002/47.

bewijslast (en daarmee het bewijsrisico) dat de niet-betaling niet aan zijn onwil te wijten is. Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat het enkele feit dat de bestuurder er niet op toeziet dat de vennootschap haar verplichtingen niet nakomt, onvoldoende is voor persoonlijke aansprakelijkheid.³⁹

De invloed van een enquêteprocedure

Een enquêteprocedure wordt regelmatig gezien als een opstapje voor een daaropvolgende aansprakelijkheidsprocedure tegen bestuurders (en commissarissen). De vraag die daarbij direct aan de orde komt, is in hoeverre het oordeel van de Ondernemingskamer dat van wanbeleid sprake is in een aansprakelijkheidsprocedure van belang is.

In 2003 oordeelde de Hoge Raad dat de beschikking van de Ondernemingskamer waarin werd geoordeeld dat sprake is van wanbeleid, dan wel dat de rechtspersoon de kosten van het onderzoek op de bestuurder kan verhalen uit hoofde van artikel 2:354 BW, niet (tevens) bindend doet vaststaan dat de bestuurder aansprakelijk is op grond van artikel 2:9 BW.⁴⁰ Daarvoor had de Hoge Raad al geoordeeld dat de Ondernemingskamer niet bevoegd is een oordeel te geven over de persoonlijke aansprakelijkheid voor de gevolgen van het geconstateerde wanbeleid.⁴¹

Vorig jaar heeft de Hoge Raad een verhelderend arrest gewezen.⁴² De vaststelling dat van wanbeleid sprake is, is weliswaar bindend voor degenen die in de tweede procedure van de enquête zijn verschenen, maar dit impliceert niet de persoonlijke aansprakelijkheid van leden van de organen van de rechtspersoon voor dit wanbeleid. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat de door de Ondernemingskamer vastgestelde feiten in een aansprakelijkheidsprocedure niet op voorhand vaststaan, zelfs niet behoudens tegenbewijs. Wel overweegt de Hoge Raad dat onder omstandigheden het oordeel dat van wanbeleid sprake is geweest, ertoe kan leiden dat in een aansprakelijkheidsprocedure voorshands bewezen wordt geacht dat de aangesproken persoon tegenover de rechtspersoon zijn taak niet heeft vervuld op een wijze waarop een redelijk bekwame, redelijk handelende functionaris die taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen. Daarbij zal volgens de Hoge Raad moeten worden gelet op de inhoud van het verslag en het in de tweede procedure

gevoerde debat. De Hoge Raad geeft helaas niet aan onder welke omstandigheden zich een uitzondering op de hoofdregel zou kunnen voordoen. Dat is een gemiste kans. De hoofdregel is gelukkig wel duidelijk.

Hoewel het oordeel dat van wanbeleid sprake is mogelijk wel deformerend zal werken, heeft het voor bestuurders en commissarissen geen directe gevolgen anders dan dat zij in de kosten van het onderzoek kunnen worden veroordeeld (zie artikel 2:354 BW).

In de regel hebben bestuurders dus minder van een enquêteprocedure te vrezen. Wel dienen bestuurders (en commissarissen) zich terdege bewust te zijn van hun verplichting uit hoofde van artikel 2:351 lid 1 BW. Zij zijn gehouden aan de onderzoekers alle inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor de uitvoering van het onderzoek. Op bestuurders rust derhalve een materiële informatieplicht. Hoewel deze geen bewijsrechtelijke implicaties heeft, dienen bestuurders daar wel rekening mee te houden, aangezien zij van invloed zijn op de uitkomsten van het onderzoek. Het niet of slechts beperkt voldoen aan deze verplichting zal zonder meer in het rapport tot uitdrukking komen.

Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat bestuurders in sommige gevallen gehouden kunnen zijn informatie te verschaffen. Zeker in procedures die door derden zijn gestart, komt dit duidelijk naar voren. Dat is overigens opmerkelijk. Bestuurders zijn immers in beginsel niet aansprakelijk voor verplichtingen die rechtsgeldig in naam van de vennootschap zijn aangegaan. Ten opzichte van derden hebben bestuurders in beginsel geen specifieke verplichtingen. Bestuurders zijn ten opzichte van de vennootschap gehouden tot een behoorlijke vervulling van hun taak. Een verplichting om informatie te verschaffen zou daarom meer voor de hand liggen in de relatie van de bestuurder ten opzichte van de vennootschap. Een vergelijking kan daarbij worden gemaakt met de relatie arts-patiënt en notaris-cliënt. De vennootschap is, net als de patiënt en de cliënt, in grote mate afhankelijk van wat de bestuurder voor dossier heeft. Een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult, heeft in beginsel niks te vrezen. Het is van belang dat kan worden vastgesteld hoe en

³⁹ Hoge Raad 13 juni 1986, *NJ* 1986/825 en Hoge Raad 8 januari 1999, *NJ* 1999/318 (Sturkenboom).

⁴⁰ Hoge Raad 4 april 2003, *NJ* 2003/538 (Skipperclub).

⁴¹ Hoge Raad 4 juni 1997, *NJ* 1997/671 (Text Lite).

⁴² Hoge Raad 8 april 2005, *JOR* 2005/119 (Laurus).

waarom de bestuurder heeft gehandeld zoals hij heeft gedaan. De bestuurder houdt de beleidsruimte, maar wordt verplicht verantwoording af te leggen. Als het goed is kan de bestuurder de informatie zonder problemen verschaffen. Ook van een arts en een notaris wordt verwacht dat zij een dossier bijhouden en als zij dat niet kunnen overleggen, komt dat voor hun rekening.⁴³ Aan de bewijslastverdeling verandert in

beginsel niets. Die blijft bij de vennootschap. Slechts wanneer de bestuurder niet voldoet aan zijn verzwaarde motiveringsplicht, kan dat leiden tot omkering van de bewijslast, net zoals bij de commissaris, de arts en de notaris.

Mr. G.J.R. Kalsbeek is advocaat bij NautaDutilh N.V. te Rotterdam.

⁴³ I. Giessen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Deventer 1999, p. 40-41.