

ANNOTATIE

# De feitelijk beleidsbepaler

**mr. J.E.P.A. van Hooff**

*Annotatie bij Hoge Raad, 24-03-2023, ECLI:NL:HR:2023:445 (OR-2023-0076, INS-2023-0082)*

*De auteur bespreekt het Red Dragon-arrest waarin de Hoge Raad heeft overwogen dat iemand óók kan worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW als daarnaast formele bestuurders hun taken als bestuurders blijven uitoefenen. Volledige terzijdestelling van het bestuur is niet vereist.*

## **1 Inleiding**

Op grond van artikel 2:248 BW is iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk voor het faillissementstekort als (1) sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en (2) het kennelijk onbehoorlijke bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Artikel 2:248 lid 7 BW bepaalt dat deze regel ook geldt voor, kort gezegd, een feitelijk beleidsbepaler. Lange tijd speelde de vraag of iemand ook feitelijk beleidsbepaler kan zijn als hij of zij *niet* het bestuur volledig terzijde heeft gesteld, dus als naast hem of haar een of meer formele bestuurders hun taken bleven uitoefenen. Die vraag beantwoordt de Hoge Raad in dit arrest bevestigend.[1]

Na een schets van de achtergrond van artikel 2:248 lid 7 BW en eerdere jurisprudentie, zal ik het arrest en de betekenis daarvan voor de praktijk bespreken. In dat kader zal ik ook aandacht besteden aan omstandigheden die kunnen leiden tot de conclusie dat iemand feitelijk beleidsbepaler is, en omstandigheden die kunnen afdoen aan die conclusie.

## **2 Achtergrond van artikel 2:248 lid 7 BW**

Artikel 2:248 BW is in zijn huidige vorm ingevoerd bij de ‘derde anti-misbruikwet’.[2] Deze en de andere twee misbruikwetten werden in de jaren tachtig ingevoerd om het toenemende

misbruik van rechtspersonen een halt toe te roepen.[3] Malafide ondernemers gebruikten plof-BV's, met grote schade voor de fiscus, sociale verzekeringsinstellingen, bedrijfstakpensioenfondsen en andere onbetaalde schuldeisers tot gevolg.[4]

Artikel 2:248 BW gaat over aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement van de vennootschap. De vordering op basis van het artikel wordt ingesteld door de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.[5] Het artikel versterkt de positie van de curator op verschillende manieren vergeleken met acties op grond van bijvoorbeeld artikel 2:9 of 6:162 BW. Zo is op grond van artikel 2:248 BW iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk en wordt de curator geholpen op het gebied van de begroting van schade en het causaal verband tussen gedraging en schade. Artikel 2:248 lid 1 BW fixeert de schadevergoeding immers op het faillissementstekort en bepaalt dat voor aansprakelijkheid voor dat tekort voldoende is dat het kennelijk onbehoorlijke bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Daarnaast wordt de curator geholpen door de wettelijke kwalificatie en het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW: te late deponering van de jaarrekening en schending van de administratieplicht vormen ieder voor zich kennelijk onbehoorlijk bestuur, dat in dat geval tevens wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn, behoudens een onbelangrijk verzuim.

Ook artikel 2:248 lid 7 BW voorziet in een uitbreiding van het instrumentarium van de curator: voor de toepassing van artikel 2:248 BW wordt met een bestuurder gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede bepaald, als ware hij bestuurder. Vaak waren de bestuurders van de plof-BV's namelijk katvangers. In de memorie van toelichting wordt daarover opgemerkt:

'Het zevende lid bepaalt, dat de vordering ook kan worden ingesteld tegen degene die, als ware hij bestuurder, het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald. (...) Deze uitbreiding tot beleidsbepalers verhoogt het effect van de bepaling tegen misbruik: zij maakt het immers onmogelijk dat de werkelijke bestuurders van de vennootschap zich aan de aansprakelijkheid onttrekken. Het met "strolieden" bemannen van het bestuur heeft dus geen zin.

Het is van belang er op te wijzen, dat de beleidsbepalers alleen aansprakelijk kunnen worden gesteld indien zij de bestuurstaak daadwerkelijk uitoefenen. Dat is de betekenis van de woorden "als ware hij bestuurder". Niet wordt bedoeld op adviseurs, kredietverleners die bepaalde voorwaarden stellen, een door de overheid benoemde waarnemer of anderen die weliswaar op het beleid van het bestuur een sterke of zelfs beslissende invloed kunnen hebben, doch die niet daadwerkelijk de bestuurstaak uitoefenen. De bewijslast dat een bepaalde persoon het beleid heeft bepaald als ware hij bestuurder, rust in beginsel op de

curator.’[6]

In de memorie van antwoord is vervolgens een aantal passages opgenomen waarin het begrip feitelijke beleidsbepaler verder wordt toegelicht en de minister ook rept over feitelijke terzijdestelling van het bestuur:

‘De toevoeging “als ware hij bestuurder” heeft ten doel, een zekere grens te trekken tussen personen binnen de vennootschap (de onderneming) die in feite de bestuurstaak uitoefenen ook al zijn zij geen formele bestuurders, en anderen die weliswaar op het te voeren beleid invloed kunnen hebben, maar die buiten de vennootschap (de onderneming) staan. (...)

Indien een commissaris binnen de grenzen van zijn wettelijke en statutaire bevoegdheid handelt, handelt hij niet als bestuurder. Indien hij evenwel, met gebruikmaking van zijn feitelijke machtspositie in de vennootschap, daarin de lakens uitdeelt, de bestuursmacht aan zich trekt en de formele bestuurders zijn wil oplegt, kan hij worden aangemerkt als beleidsbepaler in de zin van het zevende lid. Hetzelfde geldt voor adviseurs of kredietverschaffers indien zij hun positie van buitenstaander zouden verlaten en de bestuurstaak in feite zouden overnemen. Een moedermaatschappij kan, zonder formeel bestuurder te zijn van haar dochter, toch als beleidsbepaler optreden wanneer zij in feite uit hoofde van haar machtspositie de leiding van de dochter in handen neemt en rechtstreeks haar wil oplegt aan de formele bestuurders.

*Er moet enerzijds een directe bemoeienis met het bestuur zijn, anderzijds een feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur, wil er sprake zijn van “beleidsbepaler als ware hij bestuurder” [curs. JvH].’[7]*

### **3 Eerdere jurisprudentie en literatuur**

In het Red Dragon-arrest wordt aan de Hoge Raad voorgelegd of volledige terzijdestelling van het formele bestuur een noodzakelijke voorwaarde is voor de kwalificatie als feitelijke beleidsbepaler.

Tot aan dit arrest bestond er over het antwoord op deze vraag geen eensgezindheid in de literatuur en lagere jurisprudentie. Er werd onderscheid gemaakt tussen een enge (of strenge) opvatting en een ruime opvatting. Volgens de enge opvatting is feitelijke terzijdestelling vereist en zijn personen feitelijk beleidsbepalers als zij, in de woorden van Van Solinge en Nieuwe Weme, ‘als het ware op de plaats van de bestuurders zijn gaan zitten, zodat laatstgenoemden fungeren als marionetten’.[8] Deze opvatting werd onder andere verdedigd in de oude druk van de Asser door Van Solinge en Nieuwe Weme,[9] door Heuts[10] en door

Lennarts.[11] Daarbij zij opgemerkt dat deze auteurs niet altijd uitwerken wat de ‘feitelijke terzijdestelling’ dan precies moet inhouden. Ook in sommige lagere jurisprudentie is deze enge opvatting omarmd. Zie bijvoorbeeld de volgende overweging uit een vonnis van de rechtbank Groningen van 31 januari 2007:

‘In het algemeen kan worden gesteld dat personen die in dienst zijn van de vennootschap en die handelen binnen de grenzen van hun bevoegdheid niet als beleidsbepalers zijn aan te merken en dat hun handelen aan de bestuurders moet worden toegerekend. Hebben dergelijke personen evenwel met actieve of passieve medewerking van het bestuur de feitelijke macht in de onderneming in handen genomen en fungeren zij als de werkelijke bestuurders, terwijl de formele bestuurders min of meer als stromannen zijn te beschouwen, dan ligt de zaak anders.’[12]

In de ruime opvatting kunnen personen óók feitelijk beleidsbepalers zijn als zij het beleid van de vennootschap mede bepalen als waren zij bestuurders, terwijl de formele bestuurders óók invulling geven aan hun bestuurstaak. Deze opvatting heeft de afgelopen jaren de overhand genomen in de literatuur en komt ook in lagere rechtspraak terug.[13] Een belangrijke katalysator voor deze opvatting lijken twee conclusies van A-G Timmerman te zijn geweest. In zijn conclusie voor het Bonbosch-arrest uit 2006 merkte Timmerman het volgende op:

‘1.9 [Eiser] heeft aangevoerd dat feitelijke terzijdestelling van de (nominale) bestuurder vereist is voor een actie uit artikel 2:248 BW, hetgeen door de rechtbank is afgewezen. (...)

1.21 [Eiser] heeft onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis met betrekking tot art. 2:248 BW aangevoerd dat hij niet als feitelijk bestuurder kan worden aangemerkt omdat [betrokkene 2] steeds verantwoordelijk is geweest en gebleven voor bestuur en beleid. Hierdoor zou het vereiste van feitelijke terzijdestelling van [betrokkene 2] niet zijn vervuld. (...)

2.1 Cassatiemiddel I (...) klaagt dat het hof een te ruim criterium heeft gehanteerd bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van feitelijk medebestuurderschap en derhalve art. 2:248 lid 7 BW heeft geschonden. In het middel wordt betoogd dat het begrip “feitelijk medebestuurder” restrictief moet worden uitgelegd, inhoudende dat slechts van een “feitelijk medebestuurder” kan worden gesproken in het geval een of meer bestuurshandelingen worden afdwongen door een feitelijk bestuurder (bijvoorbeeld een grootaandeelhouder in concernverband), vaak onder dreiging van schorsing of ontslag van het formele bestuur. Van een dergelijk afdwingen althans van een dergelijke handelwijze is volgens [eiser] geen sprake geweest. (...)

Voor een restrictieve uitleg van het begrip “feitelijk medebestuurder”, zoals [eiser] in het cassatiemiddel heeft betoogd, biedt de parlementaire geschiedenis geen steun. Het middel dient m.i. te falen omdat het uitgaat van een onjuiste betekenis van artikel 248, lid 7 BW.’[14]

De tweede conclusie van Timmerman is die voor het Atlanco-arrest van de Hoge Raad van 2 september 2011.[15] Timmerman merkte in die conclusie het volgende op:

‘3.1 (...) De eerste klacht is uitgewerkt onder 2 tot en met 8 van de cassatiedagvaarding en voert aan dat het hof onvoldoende of althans onjuist danwel onvolledig acht heeft geslagen op het gestelde in art. 2:248 lid 7 BW. Voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:248 lid 7 BW is het – volgens de klacht – noodzakelijk dat er enerzijds een directe bemoeienis is met het bestuur en anderzijds een feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur. Door niet te overwegen dat er sprake zou zijn geweest van feitelijke terzijdestelling, is het hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. (...)’

3.2 (...) Uit de wetsgeschiedenis blijkt m.i. dat het vereiste van feitelijke terzijdestelling niet letterlijk genomen moet worden. Het gaat er om dat de feitelijke beleidsbepaler rechtstreekse bemoeienis heeft met de beleidsbepaling en zodoende de bestuursmacht aan zich trekt. Van feitelijke leiding geven in de zin van art. 248, lid 7 BW is m.i. sprake, als de feitelijke leidinggever aan de formele bestuurder zijn wil oplegt en die daarmee terzijde stelt. Het hof heeft in overeenstemming hiermee geoordeeld.’

De Hoge Raad verwierp het beroep en deed de zaak af op grond van artikel 81 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO).

#### **4 Red Dragon**

In het Red Dragon-arrest wordt in cassatie geklaagd dat het oordeel van het hof berust op een onjuiste rechtsopvatting omdat het hof niet heeft beoordeeld of sprake is van feitelijke terzijdestelling van het bestuur, terwijl dit blijkens de wetsgeschiedenis wel een vereiste is om te kunnen spreken van een feitelijke beleidsbepaler.

De Hoge Raad overweegt naar aanleiding van deze klacht het volgende:

‘3.3 Of iemand het beleid van een vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder, en dus kan worden aangemerkt als feitelijke beleidsbepaler in de zin van art. 2:248 lid 7 BW, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Met de zinsnede in de wetsgeschiedenis dat een feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur vereist is om iemand als “beleidsbepaler als ware hij bestuurder” te kunnen aanmerken, is kennelijk niet beoogd tot uitdrukking te brengen dat de feitelijke beleidsbepaler moet hebben bestuurd in

plaats en met uitsluiting van het formele bestuur. Daarmee is tot uitdrukking gebracht dat de feitelijk beleidsbepaler zich ten minste een deel van de bestuursbevoegdheid moet hebben toegeëigend, en op die manier het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. Uit het woord “mede” in art. 2:248 lid 7 BW kan worden afgeleid dat van zodanige beleidsbepaling ook sprake kan zijn in de situatie dat daarnaast een of meer formele bestuurders hun taken als bestuurder bleven uitoefenen.

3.4 Het hof kon voor zijn oordeel dat [eiseres] als feitelijk beleidsbepaler is aan te merken, volstaan met een beoordeling van de vraag of [eiseres] het beleid van Red Dragon heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware zij bestuurder. Zoals volgt uit hetgeen hiervoor in 3.3 is overwogen, maakt onderdeel uit van die beoordeling de vraag of [eiseres] het formele bestuur, ten minste ten dele, feitelijk terzijde heeft gesteld. Onderdeel 1.1 faalt daarom.’

De Hoge Raad doet de overige klachten af op artikel 81 Wet RO en verwerpt het cassatieberoep.

## **5 Bespreking van het arrest**

De Hoge Raad overweegt dus dat onderdeel van de beoordeling of iemand als ware hij bestuurder het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, is of die persoon het bestuur, *ten minste ten dele*, feitelijk terzijde heeft gesteld. *Niet* vereist is dat de feitelijk beleidsbepaler in plaats van, en met uitsluiting van, het formele bestuur de vennootschap heeft bestuurd.

Het valt op dat de Hoge Raad geen afstand neemt van het begrip ‘feitelijke terzijdestelling’. Wel wordt de betekenis van het begrip aanzienlijk genuanceerd. Met dit begrip is volgens de Hoge Raad tot uitdrukking gebracht dat de persoon zich ten minste een deel van de bestuursbevoegdheid moet hebben toegeëigend, en op die manier het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. De discussie of feitelijke terzijdestelling wél of niet vereist is (in de literatuur werd het verschil tussen de ruime en enge opvatting wel aldus samengevat),<sup>[16]</sup> is dus een schijn discussie. *Volledige* feitelijke terzijdestelling is niet vereist. *Gedeeltelijke* terzijdestelling is dat wel, maar slechts in de zin dat de feitelijk beleidsbepaler zich een deel van de bestuursbevoegdheid moet hebben toegeëigend.

Mogelijk zag de Hoge Raad geen ruimte om helemaal afstand te nemen van het begrip feitelijke terzijdestelling nu de wetsgeschiedenis dat begrip zo expliciet noemt. Ik blijf het wel een lastig begrip vinden. Als aan een formeel bestuur met twee leden een derde lid wordt toegevoegd, dan is er toch ook geen sprake van gedeeltelijke terzijdestelling van de eerste twee door de derde? De oplossing is wat mij betreft om, in de door A-G Assink in zijn conclusie

voor dit arrest onderschreven woorden van A-G Timmerman, het woord ‘terzijdestelling’ niet letterlijk te nemen. Bartman stelt zelfs dat de Hoge Raad het criterium van feitelijke terzijdestelling met deze uitspraak heeft teruggebracht tot een ‘nagenoeg fictief element’.[17] Zie over de betekenis van het begrip verder de volgende paragraaf.

Ik had het in dat kader duidelijker gevonden als de Hoge Raad de tweede zin van r.o. 3.4 weg had gelaten en had volstaan met de duiding van de betekenis van het begrip ‘feitelijke terzijdestelling’, die is opgenomen in r.o. 3.3. Het is echter wat het is. De Hoge Raad heeft in dit arrest onomstotelijk de ruime opvatting omarmd.

Als gezegd, was de ruime opvatting inmiddels al de meerderheidsopvatting in de literatuur. Ik zou zelfs willen verdedigen dat de Hoge Raad de ruime opvatting al had omarmd in het hiervoor genoemde Atlanco-arrest uit 2011.[18] Daarin had de Hoge Raad immers ook al een rechtsklacht verworpen inhoudende dat het hof was uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat iemand feitelijk beleidsbepaler was, zonder te overwegen dat er sprake was geweest van feitelijke terzijdestelling. In het Atlanco-arrest werd deze klacht echter op grond van artikel 81 Wet RO verworpen zonder motivering. Nu behandelt de Hoge Raad de onderhavige klacht met dezelfde strekking wel inhoudelijk. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad daarbij niet verwijst naar zijn Atlanco-arrest.

## **6 Betekenis van het arrest voor de praktijk: twee vereisten van artikel 2:248 lid 7 BW**

Welke toets moet nu worden aangelegd om te beoordelen of iemand feitelijk beleidsbepaler is?

Het gaat om een tweeledige toets. In de eerste plaats moet iemand het beleid van de vennootschap hebben bepaald of mede hebben bepaald. In de tweede plaats moet die persoon dat hebben gedaan als ware hij bestuurder. De conclusie van A-G Assink voor het Red Dragon-arrest biedt een fraai overzicht van de invulling van beide vereisten.

*Eerste eis: bepalen of mede bepalen van het beleid*

Ten aanzien van de eerste eis, merkt Assink het volgende op:

‘Het (...) begrip “beleid” van de vennootschap, wat raakt aan het besturen van de vennootschap in de zin van art. 2:239 lid 1 BW, dient ruim uitgelegd te worden. Dit omvat, blijkens de parlementaire geschiedenis en naar de kern genomen, zowel een uit een reeks van bestuursdaden volgende vaste gedragslijn als een bepaalde, enkele bestuursdaad.’[19]

Zoals Assink vermeldt, moet de vraag of iemand het beleid (mede) heeft bepaald, worden

onderscheiden van de vraag of die persoon is betrokken bij kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Betrokkenheid bij kennelijk onbehoorlijke taakvervulling is géén noodzakelijke voorwaarde voor de toepasselijkheid van artikel 2:248 lid 7 BW. Assink wijst er terecht op dat die uitleg strookt met:

1. de tekst van de bepaling, die slechts op neutrale wijze rept over het bepalen of mede bepalen van het beleid van de vennootschap;
2. het doel van artikel 2:248 lid 7 BW, dat iemand die zich gedraagt als ware hij bestuurder voor de toepassing van artikel 2:248 BW wordt gelijkgesteld met een bestuurder;
3. een ordentelijke en gestructureerde toepassing van artikel 2:248 BW, waaronder artikel 2:248 lid 1 tot en met 3 BW, waarbij Assink erop wijst dat ook een feitelijk beleidsbepaler zich kan beroepen op de disculpatieregeling van lid 3, inhoudende dat niet aansprakelijk is een bestuurder (lees: de daarmee gelijkgestelde feitelijk beleidsbepaler) die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

Assink benadrukt voorts dat het optreden als feitelijk beleidsbepaler als zodanig niet iets ontoelaatbaars is. Een persoon kan best (mede)beleidsbepaler zijn zonder dat sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, aldus Assink.

*Tweede eis: als ware hij bestuurder*

Met de voorgaande bespreking van het eerste vereiste zijn we al in het vaarwater gekomen van het tweede vereiste van artikel 2:248 lid 7 BW. Dat houdt namelijk in dat de persoon die het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald dat heeft gedaan *als ware hij bestuurder*. Dat tweede vereiste is van het eerste vereiste te onderscheiden. Het is volgens de memorie van toelichting opgenomen om duidelijk te maken dat de beleidsbepalers alleen aansprakelijk kunnen worden gesteld indien zij de bestuurstaak daadwerkelijk uitoefenen. Dat is vooral van belang om ervoor te zorgen dat lid 7 zich niet uitstrekt tot 'adviseurs, kredietverleners die bepaalde voorwaarden stellen, een door de overheid benoemde waarnemer of anderen die weliswaar op het beleid van het bestuur een sterke of zelfs beslissende invloed kunnen hebben, doch die niet daadwerkelijk de bestuurstaak uitoefenen'. [20] Dergelijke personen moeten volgens de memorie van toelichting worden onderscheiden van personen 'binnen de vennootschap (de onderneming) die in feite de bestuurstaak uitoefenen ook al zijn zij geen formele bestuurders'. Het gaat er daarbij overigens steeds om welke feitelijke bevoegdheden een persoon heeft en hoe hij die aanwendt, ongeacht zijn juridische positie. [21]

Het is ter illustratie van dit onderscheid tussen degenen die ‘als bestuurder’ optreden en degenen die dat niet doen, dat de wetgever het begrip ‘feitelijke terzijdestelling’ heeft geïntroduceerd. De kwintessens is in de bewoordingen van Assink:[22]

‘(...) dat het bij de in art. 2:248 lid 7, eerste zin BW vervatte maatstaf erom gaat of, in de gegeven feiten en omstandigheden, objectief bezien, de desbetreffende persoon die geen formele bestuurder van de vennootschap is daadwerkelijk en aanwijsbaar een zodanige rechtstreekse bemoeienis heeft met haar beleidsbepaling (het bestuur van de vennootschap) dat hij daarmee bestuursmacht aan zich trekt, waardoor het beleid van de vennootschap niet louter door haar formele bestuurder(s) wordt bepaald. Bij bevestigende beantwoording vindt de gelijkstelling in deze bepaling toepassing, bij ontkennende beantwoording niet.’

Denkbaar is dat de betrokken persoon zelfstandig het beleid bepaalt, op de stoel van het bestuur gaat zitten en dus het bestuur volledig terzijde stelt. Dat kan een situatie zijn die zich van meet af aan voordoet (bijvoorbeeld als de bestuurder als stroman of katvanger op die positie is neergezet), of een situatie die zich van lieverlee zo ontwikkelt.

Een tweede mogelijkheid is dat de betrokken persoon opdrachten geeft die het bestuur opvolgt.[23]

Een derde mogelijkheid is dat de betrokken persoon en de formele bestuurders op nevenschikte basis fungeren. In dat geval bepaalt de bestuurder het beleid niet zelfstandig, maar wel mede. Dit is vergelijkbaar met de situatie waarin een meerhoofdig bestuur functioneert op basis van een taakverdeling. De betrokken persoon vervult in deze variant, naast de formele bestuurders en evenals die formele bestuurders, zelfstandig een gedeelte van de bestuurstaken, al dan niet op basis van een taakverdeling.[24]

Assink wijst er in zijn conclusie op dat deze uitleg past bij de bewoordingen van lid 7 (‘het beleid heeft bepaald of *mede* heeft bepaald’) en de parlementaire geschiedenis van het artikel. Bovendien past de uitleg in de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarbij Assink vermeldt dat uit het Hofarrest inzake Bonbosch blijkt dat ook dáár sprake was van een situatie waarin de betrokken persoon niet de enige (feitelijke) bestuurder was geweest. Het Atlanco-arrest noemt Assink opmerkelijk genoeg niet. Tot slot merkt Assink op dat deze uitleg ook ruime steun vindt in de literatuur.[25]

Wanneer is iemand nu te beschouwen als feitelijk beleidsbepaler? Uit het Red Dragon-arrest volgt dat beslissend is dat iemand zich ten minste een deel van de bestuursbevoegdheid moet hebben toegeëigend, en op die manier het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. Of dit het geval is, is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. De stelplicht en bewijslast rusten hierbij op de curator. In zijn dissertatie heeft Van Nuland, op

basis van de rechtspraak, de volgende lijst met omstandigheden opgesteld die in onderling verband bezien tot een kwalificatie als beleidsbepaler kunnen leiden:

- het ontbreken van enige mate van ondergeschiktheid ten opzichte van de formele bestuurders;
- het in vergaande of overwegende mate zelfstandig en/of onafhankelijk van de formele bestuurders optreden;
- het zich bemoeien met de onderneming in een mate die niet overeenstemt met de functie die de betrokkene binnen de onderneming heeft of de verhouding ten opzichte van de vennootschap;
- bemoeienissen met de dagelijkse gang van zaken, zoals de administratie, het personeelsbeleid, de inkoop en verkoop, acquisitie en klantenacceptatie, alsmede met beslissingen die van invloed zijn op de bedrijfsvoering of de (zelfstandige) continuïteit van de onderneming;
- een belangrijke mate van invloed op het beleid, zoals een actieve inbreng, taaktoebedeling, het geven van aanwijzingen of doen van voordrachten en deelname aan de besluitvorming, althans het accorderen daarvan, wat blijkt uit notulen van bestuurs- en/of managementvergaderingen;
- het beschikken over een volmacht om namens de vennootschap rechtshandelingen te verrichten;
- het onderhouden van contacten met derden, zoals werknemers, de bank, de accountant, de advocaat, de curator, de Belastingdienst, crediteuren, leveranciers, afnemers;
- de wijze waarop de betrokkene zich richting voornoemde derden presenteert, zoals het gebruikmaken van vermeldingen als 'bestuur', 'directie' en 'management';
- de perceptie van voornoemde derden over de hoedanigheid van betrokkene en diens positie binnen de onderneming;
- het aangaan van overeenkomsten namens of ten behoeve van de vennootschap, met name wanneer die overeenkomsten van belang zijn voor de financiën en bedrijfsvoering van de

vennootschap;

- het aannemen en ontslaan van personeel;
- het (laten) doen van betalingen namens de vennootschap;
- het doen van belastingaangiften;
- de hoogte van de eigen beloning of bonussen van de betrokkene, met name wanneer deze niet in verhouding staat tot de functie, alsmede het (mee)beslissen over beloningen van anderen;
- het beschikken over en/of controleren van de (financiële) administratie van de vennootschap;
- het (mede)ondertekenen van jaarstukken en/of deze accorderen.[26]

Nu voor de vraag of iemand als feitelijk beleidsbepaler kan worden beschouwd alle omstandigheden van het geval van belang zijn, rijst de vraag welke omstandigheden kunnen afdoen aan de conclusie dat iemand feitelijk beleidsbepaler is. Voor een persoon die invloed heeft op het beleid van de vennootschap zonder formeel bestuurder te zijn en die de kans wil verkleinen om als feitelijk beleidsbepaler te worden aangemerkt, is mijns inziens in ieder geval het volgende van belang:

- Zorg voor een duidelijke juridische status van de positie en een schriftelijke vastlegging daarvan, bijvoorbeeld een overeenkomst van opdracht met de vennootschap.
- Als er rechtshandelingen worden aangegaan namens de vennootschap, zorg dan voor een (liefst beperkte) afdoende volmacht en vraag zo veel mogelijk expliciet goedkeuring aan het formele bestuur voor het aangaan van de rechtshandeling.
- Een commissaris zou wat mij betreft in elk geval beter kunnen afzien van het aangaan van rechtshandelingen namens de vennootschap, ook als daar een afdoende volmacht aan ten grondslag ligt.
- Als er contact is met personen binnen en buiten de vennootschap, maak dan expliciet duidelijk welke hoedanigheid de betrokken persoon heeft en dat de macht bij het bestuur ligt.

- Maak die hoedanigheid ook duidelijk in verhouding tot het bestuur, herhaal dat bij belangrijke besluiten, en benadruk dat het bestuur uiteindelijk beslist, waar van toepassing met goedkeuring van de raad van commissarissen of de algemene vergadering van aandeelhouders.
- Als de aandeelhouder of raad van commissarissen bepaalde besluiten aan zijn goedkeuring wil onderwerpen, doe dat dan zo veel mogelijk conform de statuten en wijzig die zo nodig.
- Als de aandeelhouder of raad van commissarissen instructies wil geven, zorg dan voor een statutaire basis (art. 2:239 lid 4 BW) en maak bij het geven van die instructies duidelijk dat het gaat om instructies van het desbetreffende orgaan als bedoeld in artikel 2:239 lid 4 BW en de statuten.

Uiteindelijk gaat het erom hoe *feitelijk* wordt gehandeld, maar het in acht nemen van de voorgaande aanwijzingen leidt mijns inziens wel tot een kleinere kans dat achteraf wordt geoordeeld dat de betrokken persoon zich ten minste een deel van de bestuursbevoegdheid heeft toegeëigend, en op die manier het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder.

## **7 Conclusie**

In het Red Dragon-arrest heeft de Hoge Raad de ruime uitleg van artikel 2:248 lid 7 BW expliciet aanvaard. Deze ruime uitleg vormde al de meerderheidsopvatting in de literatuur en werd ook in lagere jurisprudentie toegepast. Voor een kwalificatie als feitelijk beleidsbepaler is *niet* vereist dat het formele bestuur *volledig* terzijde is gesteld. Beslissend is dat de betrokken persoon zich ten minste een deel van de bestuursbevoegdheid heeft toegeëigend, en op die manier het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. De feitenrechter kan volstaan met een beoordeling van de vraag of de betrokken persoon het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware zij bestuurder. Van die beoordeling maakt onderdeel uit de vraag of de betrokken persoon het formele bestuur, ten minste ten dele, feitelijk terzijde heeft gesteld. Feitelijke terzijdestelling moet in dit verband niet letterlijk worden genomen. Het begrip is slechts behulpzaam bij het onderscheiden van personen die het beleid van de vennootschap (mede) hebben bepaald als waren zij bestuurders, van anderen die belangrijke invloed hebben gehad op het beleid.

## **Noten**

[1] HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:445 (Red Dragon). Zie voor andere besprekingen van het arrest O. Oost, Voor kwalificatie als 'beleidsbepaler' in de zin van art. 2:138 (248) lid 7 BW

is geen uitsluiting van het formele bestuur vereist, Ondernemingsrecht 2023/76 en K. Rutten & C.M. Tjoa, Hoge Raad verduidelijkt wanneer sprake is van een feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW, Bb 2023/34, evenals JOR 2023/175 m.nt. J.E. van Nuland, TvI 2023/32 m.nt. M.L. Lennarts, en AA 2023/881 m.nt. S.M. Bartman.

[2] Wijzigingswet van 16 mei 1986, Stb. 1986, 275, ook wel de Wet bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement van de rechtspersoon.

[3] Met de eerste misbruikwet is art. 35 Invorderingswet ingevoerd en met de tweede art. 36 Invorderingswet.

[4] Zie over de achtergronden van de misbruikwetten Huizink, in: GS Rechtspersonen, art. 2:248 BW, aant. 1.1 met verdere verwijzingen.

[5] Zie o.a. concl. A-G Assink 4 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1023, bij dit arrest, onder 3.6.1, en vgl. HR 18 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI5912, NJ 2009/438 (Stichting Derdengelden Simon).

[6] Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 6.

[7] Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6, p. 23-24.

[8] Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2019/194 sub c.

[9] Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2009/465.

[10] O. Heuts, Aansprakelijkheid van bestuurders onbegrensd?, O&F 2007/74, p. 14-15.

[11] Lennarts, in: T&C Ondernemingsrecht 2022, art. 2:248 BW, aant. 9.

[12] Rb. Groningen 31 januari 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BB2792, JOR 2007/226. Zie verder o.a. Hof 's-Gravenhage 26 september 2000, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB2792, JOR 2001/24 en Rb. Limburg 28 april 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:3797.

[13] Zie o.a. B.F. Assink, Slagter. Compendium ondernemingsrecht (deel 1), Deventer: Kluwer 2013, p. 1057-1061, Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II 2019/194 sub c, H.A. de Savornin Lohman, De aansprakelijkheid van de (mede)beleidsbepaler krachtens de Tweede

Misbruikwet en de Derde Misbruikwet, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2006-2007 (VDHI nr. 93), Deventer: Kluwer 2007, p. 143 e.v., E.M. Soerjatin, Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid: de hits van 2014-2015, in: M. Holtzer, D. Strik & D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016 (VDHI nr. 134), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 35-36, J.N. Schutte-Veenstra, Formeel of feitelijk bestuurder; maakt het verschil? in: G. van Solinge e.a. (red.), Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (VDHI nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 131, J.E. van Nuland, Beleidsbepaling en aansprakelijkheid (diss. Maastricht; VDHI nr. 170), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 107, Hof 's-Hertogenbosch 18 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4748, Rb. Noord-Holland (zittingsplaats Alkmaar) 25 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2480, JOR 2015/136 m.nt. S.M. Bartman en Huizink, in: GS Rechtspersonen, art. 2:248 BW, aant. 28.3.2 met verdere verwijzingen.

[14] Concl. A-G Timmerman 1 september 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AY9710, voor HR 17 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9710, JOR 2007/7 (Bonbosch).

[15] Concl. A-G Timmerman 10 juni 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ8104, voor HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8104, RvdW 2011/1046 (Atlenco/Honoré van Schuppen q.q.).

[16] Zie bijv. Van Nuland 2020, p. 121-123.

[17] HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:445, AA 2023/881 m.nt. S.M. Bartman, p. 882.

[18] In dezelfde zin kennelijk Huizink, in: GS Rechtspersonen, art. 2:248 BW, aant. 28.3.2.

[19] Concl. A-G Assink 4 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1023, bij dit arrest, onder 3.8.2. Zie voor een voorbeeld van een geval waarin een incidentele bestuurshandeling leidde tot kwalificatie als feitelijk beleidsbepaler Hof 's-Hertogenbosch 18 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4748.

[20] Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 6 (MvT).

[21] Van Nuland 2020, p. 121-123.

[22] Concl. A-G Assink 4 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1023 (Red Dragon), onder 3.8.3.

[23] In deze zin Van Nuland 2020, p. 122-123.

[24] Vgl. Huizink, in: GS Rechtspersonen, art. 2:248 BW, aant. 28.3.2 en concl. A-G Assink 4 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1023 (Red Dragon), onder 3.8.3.

[25] Concl. A-G Assink 4 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1023 (Red Dragon), onder 3.8.3.

[26] Van Nuland 2020, p. 130-131 met verdere verwijzingen. Ook Schutte-Veenstra 2017, p. 129 e.v. geeft een overzicht van relevante jurisprudentie.