

De beleidsbepaler van artikel 2:138/248 lid 7 BW onder de loep genomen

Mr. W.A. Westenbroek, actueel tot 15-09-2014

Actueel tot	15-09-2014
Auteur	Mr. W.A. Westenbroek ^[1]
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Algemeen Financieel recht / Algemeen

Het antwoord op de vraag wanneer iemand als beleidsbepaler wordt aangemerkt leidt regelmatig tot discussie en er bestaat (nog) geen duidelijke (allesomvattende) rechtsregel. In deze bijdrage wordt getracht om nadere kaders te schetsen. De visie van de auteur is dat het begrip 'beleidsbepaler' uitsluitend bedoeld is om aansprakelijkheid een wettelijke basis te geven en onlosmakelijk verbonden is met de faillissementsoorzaak. Het gaat niet om de vraag of de persoon handelingen heeft verricht die het prerogatief van het bestuur zijn, maar veeleer om de vraag of de betrokken persoon die deze handelingen heeft verricht een rol heeft gehad in de faillissementsoorzaak en daarom aansprakelijk zou moeten zijn. Dit laatste is alleen het geval wanneer de beleidsbepaler (i) handelde met volledige terzijdestelling van het bestuur; (ii) samen met het bestuur het algehele beleid mede bepaalde en geen maatregelen nam om de faillissementsoorzaak af te wenden; of (iii) een 'enkele gedraging' verrichtte die – kort gezegd – zeer nadelige gevolgen had voor de vennootschap en het faillissement heeft ingeleid. Een persoon die beleid heeft bepaald terwijl dat niet als het algehele beleid kan worden aangemerkt, zal niet als een beleidsbepaler moeten worden aangemerkt tenzij dat beleid een rol heeft gehad in de faillissementsoorzaak. Zou dat anders zijn, dan zou dat de betrokken persoon ten onrechte in de situatie brengen dat hij ex artikel 2:138 en 2:248 lid 3 BW zou moeten aantonen dat het onbehoorlijk bestuur niet aan hem is te wijten en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Dit terwijl de betrokken persoon nooit aan die bewijslast kan voldoen en bovendien nimmer de bevoegdheid heeft gehad om maatregelen te treffen om de gevolgen daarvan af te wenden. De wetsgeschiedenis biedt voldoende ruimte voor deze benadering.

1. Inleiding

De vraag wanneer een niet-bestuurder van een besloten/naamloze vennootschap als beleidsbepaler (vaak aangeduid als feitelijk leidinggevende) in de zin van artikel 2:138 en 2:248 lid 7 BW kan worden aangemerkt, leidt regelmatig tot discussie. De literatuur en rechtspraak zijn verdeeld en terwijl het onderwerp regelmatig de Hoge Raad heeft bereikt, heeft de Hoge Raad nog geen uitspraak gedaan waarin een duidelijke (allesomvattende) rechtsregel is geformuleerd.^[2]

Een discussiepunt is onder meer of is vereist dat het formele bestuur feitelijk terzijde is gesteld door de niet-bestuurder alvorens mag worden geconcludeerd dat deze als beleidsbepaler kan worden aangemerkt. Sommige schrijvers hechten belang aan dit vereiste,^[3] andere niet of minder.^[4]

Uit de jurisprudentie blijkt voorts dat niet zelden een persoon in rechte wordt aangesproken – ten laste van de boedel – omdat de curator van mening is dat deze persoon als beleidsbepaler dient te worden aangemerkt omdat hij een bepaalde actieve en beleidsbepalende betrokkenheid in de vennootschap heeft gehad, maar dat een rechter dat oordeel niet deelt mede naar het lijkt omdat die betrokkenheid – kort gezegd – geen rol heeft gehad in het faillissement.^[5]

Met de sinds 1 oktober 2012 ingevoerde Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (hierna: Wet Flex-BV) kan daarnaast de vraag worden gesteld of, en zo ja wanneer, een niet-bestuurder, die in dit geval de bevoegdheid heeft gekregen om op grond van het bij de Wet Flex-BV ingevoerde artikel 2:239 lid 4 BW het zittende bestuur instructies te geven, als beleidsbepaler kan worden aangemerkt.

Kortom, er bestaat voldoende reden om stil te staan bij het begrip ‘beleidsbepaler’. In deze bijdrage zal in dat verband worden ingegaan op (i) artikel 2:138 en 2:248 BW in het algemeen; (ii) de term ‘bepalen van beleid’; en (iii) de wetsgeschiedenis bij artikel 2:138 en 2:248 lid 7 BW.^[6] In het licht daarvan zal vervolgens worden ingegaan op een praktijkvoorbeeld waarin de ‘beleidsbepaler’ al dan niet een bepalende rol in (de oorzaken van) het faillissement heeft gehad. Ik concludeer dat er drie ‘types’ beleidsbepaler zijn te onderscheiden: (i) hij die het bestuur volledig terzijde stelde en volledig eigenhandig het beleid bepaalde; (ii) hij die samen met bestuur het beleid bepaalde; en (iii) hij die weliswaar niet het algehele beleid bepaalde maar wel een doorslaggevende betrokkenheid en beleidsbepalende rol had in de oorzaken van het faillissement.

2. Enkele opmerkingen over artikel 2:138/248 BW in het algemeen

Artikel 2:138 en 2:248 lid 1 BW bepaalt dat in geval van faillissement van de naamloze/besloten vennootschap iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan:

- (i) indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld; en
- (ii) aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Volgens vaste jurisprudentie is sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur als een bestuurder heeft gehandeld zoals geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden gehandeld zou hebben.^[7]

Indien het bestuur zijn verplichtingen uit artikel 2:10 BW (boekhoudplicht) of 2:394 BW (tijdige publicatie jaarrekening) heeft verzaakt, komt de curator op grond van artikel 2:138 en 2:248 lid 2 BW een *onweerlegbaar* bewijsvermoeden toe dat sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en een *weerlegbaar* bewijsvermoeden dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Voor het ontzenuwen van het in artikel 2:248 lid 2 BW neergelegde *weerlegbare* bewijsvermoeden is voldoende dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. In het geval de bestuurder stelt dat een van buitenkomende oorzaak het faillissement heeft veroorzaakt, en de curator de bestuurder verwijt dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan zal de bestuurder (tevens) feiten en omstandigheden moeten stellen en zonodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert.^[8]

Op grond van lid 3 is niet aansprakelijk de bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door 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.

Lid 7 bepaalt dat met een bestuurder voor de toepassing van artikel 2:138 en 2:248 BW gelijkgesteld wordt degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. Daarbij geldt dat:

- (i) indien het bestuur zijn verplichtingen ex artikel 2:10 of 2:394 BW heeft veronachtzaamd, de bewijsvermoedens van lid 2 ook gelden voor de feitelijke bestuurder; en^[9]
- (ii) in het geval dat een Nederlandse^[10] rechtspersoon wordt aangemerkt als beleidsbepaler diens bestuurders tevens hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld via de werking van artikel 2:11 BW.^[11]

In het Mefigro-arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat “ook de verplichtingen, voortvloeiende uit artikel 2:10 en 2:394 BW, op de feitelijke bestuurder rusten” in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW.^[12] Dit wordt in de doctrine vrij letterlijk geïnterpreteerd. Blanco Fernández plaats in zijn noot bij dit arrest echter – mijns inziens terecht – vraagtekens bij deze letterlijke interpretatie.^[13] Hoewel dit niet met zo veel woorden uit voormeld arrest blijkt, zou immers betoogd kunnen worden dat de Hoge Raad slechts tot uitdrukking heeft willen brengen dat de schending van artikel 2:10 en 2:394 BW door het bestuur nu eenmaal leidt tot het onweerlegbare bewijsvermoeden dat sprake is van onbehoorlijk bestuur en dus ook van onbehoorlijk bestuur van de beleidsbepaler. Als eenmaal is vastgesteld dat deze artikelen zijn geschonden dan is simpelweg niet meer relevant of een beleidsbepaler zich al dan niet heeft beziggehouden met de taken die op grond van deze artikelen rusten op een bestuurder. Blanco Fernández zegt het zo: “Het vermoeden van lid 2 geldt ten aanzien van de feitelijke beleidsbepaler zodra het vaststaat dat de bestuurders hun verplichtingen ex art. 2:10 en 2:394 BW hebben geschonden, zonder dat het nodig is dat de schending van die verplichtingen ook aan de feitelijke beleidsbepaler kan worden verweten.” Met andere woorden: een beleidsbepaler kan zich niet verweren met de stelling dat de verplichtingen van artikel 2:10 en 2:394 BW niet op hem rusten omdat er op grond van artikel 2:138 en 2:248 lid 2 BW een *onweerlegbaar* bewijsvermoeden bestaat dat sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Hierna is gelet op de systematiek van artikel 2:138 en 2:248 uitsluitend nog relevant de vraag of deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijk oorzaak is van het faillissement maar daarmee is niet gezegd dat de verplichtingen die de wet op grond van artikel 2:10 en 2:394 BW aan de bestuurder oplegt ook gelden voor de persoon die eerst achteraf en in het kader van een faillissement als beleidsbepaler wordt gekwalificeerd.

3. Wat betekent beleid, bepalen van beleid en mede bepalen van beleid?

3.1 Inleiding

Zoals in de inleiding uiteengezet, bestaat er nog geen duidelijke allesomvattende rechtsregel ten aanzien van de vraag wanneer iemand als beleidsbepaler kan worden aangemerkt. In het Montedison-arrest heeft de Hoge Raad wel overwogen dat er twee varianten van (mede)bepalen bestaan, namelijk:

- (i) de niet-bestuurder die de bestuurder opdrachten geeft welke door het bestuur worden opgevolgd;
- (ii) de niet-bestuurder die het beleid bepaalt met feitelijke terzijde stelling van het bestuur (de beleidsbepaler dient dan, met andere woorden, op de stoel van de bestuurder te zitten).^[14]

Deze twee varianten zijn echter weinig concreet en geven nog geen kaders voor de beantwoording van de vraag in specifieke casus. Deze kaders zijn mijns inziens echter wel goed te schetsen door stil te staan bij het begrip '(mede)beleid bepalen'.

3.2 Beleid (mede bepalen) betekent besturen

Met de term bepalen van beleid in de zin van lid 7 is volgens Asser-Maeijer in eerste instantie te verstaan het besturen van de vennootschap als bedoeld in artikel 2:129/239 BW maar zonder dat de beleidsbepaler formele bestuursverantwoordelijkheid heeft.^[15] Dit sluit aan bij de wettekst waarin is bepaald dat iemand slechts als beleidsbepaler kan worden aangemerkt wanneer iemand handelt als "*ware hij bestuurder*". Ook Rutten meent dat onder het bepalen van beleid in ieder geval valt het "*besturen van de vennootschap*" in de zin van artikel 2:129/239 BW.^[16] Om een antwoord te geven op de vraag wat met beleid en bepalen van beleid wordt bedoeld, zal dus in beginsel gekeken moeten worden naar de betekenis van "*besturen*" als bedoeld in artikel 2:129/239 BW. Asser/Maeijer stelt dat onder het besturen van de vennootschap

"niet alleen valt de dagelijkse leiding, dat wil zeggen de dagelijks wederkerende handelingen die het bestuur pleegt te verrichten, maar dat het 'bestuur' in ruimere zin moet worden opgevat. Het omvat ook beleidsvoorbereiding, mede op langere termijn bezien, beleidsbepaling en uitvoering daarvan en het strekt zich mede uit tot de onderneming (in ruime zin) die met de vennootschap is verbonden. Bij de toepassing van het enquêterecht wordt gesproken over elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap. Handelen in strijd hiermee levert wanbeleid op."^[17]

De Nederlandse Corporate Governance Code concretiseert dit enigszins en omschrijft dat het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap, hetgeen onder meer inhoudt dat het verantwoordelijk is voor de realisatie van de doelstellingen van de vennootschap, de strategie met het bijbehorende risicoprofiel, de resultatenontwikkeling en de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten van ondernemen. Het bestuur is verantwoordelijk voor de naleving van alle relevante wet- en regelgeving, het beheersen van de risico's verbonden aan de ondernemingsactiviteiten en voor de financiering van de vennootschap.^[18]

Bestuurstaken en -bevoegdheden gaan uiteraard hand in hand. Dat het bestuur een taak heeft, brengt mee dat het bevoegd is die taak uit te oefenen.^[19] Dat het bestuur een bevoegdheid heeft (zoals vertegenwoordiging) brengt mee dat het een taak heeft die het moet uitvoeren. De bevoegdheid brengt dus verantwoordelijkheid met zich. De bevoegdheden van het bestuur vinden hun grenzen in de wet, doelomschrijving, eventueel statuten en (sinds de Wet Flex-BV) eventueel aanwijzingen van een vennootschapsorgaan.^[20]

Kort maar goed, besturen houdt dus in de vertegenwoordiging van de vennootschap, het voeren van de dagelijkse leiding, het maken van plannen voor de toekomst, *het bepalen en uitstippelen* van de te voeren gedragslijn door de vennootschap, het voorbereiden en uitvoeren van strategie en beleid op alle mogelijke denkbare beleidsterreinen van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming of dat nu betreft financieel, sociaal, economisch, milieu of personeelsbeleid, voor zover

deze taken niet (deels) aan andere organen zijn opgedragen.^[21] Met het bepalen van beleid in de zin van artikel 2:138 en 2:248 lid 7 BW wordt dus bedoeld het verrichten van deze handelingen die in feite het prerogatief van het bestuur zijn.

3.3 Medebepalen betekent niet een onderdeel van het beleid bepalen maar betekent samen met anderen het algehele beleid bepalen (samen met anderen besturen)

Uit het voorgaande volgt dat met het “*mede*” bepalen van beleid niet bedoeld wordt het bepalen van een deel van het beleid als een *deel* van de hiervoor genoemde bestuurstaak. Wat wel wordt bedoeld is het daadwerkelijk uitvoeren van de bestuurstaak alsof de beleidsbepaler bestuurder is. Daarom zijn in artikel 2:138 en 2:248 lid 7 BW de woorden “*als ware hij bestuurder*” toegevoegd. De betrokken persoon moet ten minste *mede bestuurd* hebben. De Groot stelt in dit verband: “*het enkele feit dat iemand het beleid van de rechtspersoon (mede) heeft bepaald zal bovendien niet voldoende grond zijn om hem als (mede)beleidsbepaler persoonlijk aansprakelijk te stellen.*”^[22] Volgens De Groot dient niet het begrip beleid, maar de toevoeging “als ware hij bestuurder” duidelijkheid te verschaffen omtrent de vraag wanneer sprake is van een feitelijke beleidsbepaler. Er moet sprake zijn van het bekleden van een machtspositie.

Met de term ‘medebepalen’ wordt dus niet bedoeld dat een persoon die op een deelterrein van het algemene beleid het beleid heeft bepaald (als ware hij bestuurder) per definitie als beleidsbepaler wordt aangemerkt. De term “*mede beleid bepalen*” moet met andere woorden niet te letterlijk worden opgevat. Op specialistische beleidsgebieden als bijvoorbeeld het ICT-beleid of het HR-beleid, zal de HR-manager of het hoofd ICT veelal binnen hun eigen beleidsterrein en (gedelegeerde) bevoegdheden het ‘beleid bepalen’, op vergelijkbare wijze als dat een bestuurder het algehele beleid zal bepalen. Vanuit die optiek heeft de HR-manager of het hoofd ICT het beleid *mede* bepaald in de zin dat HR-zaken en ICT-zaken nu eenmaal ook een onderdeel uitmaken van het algemene beleid. Maar daarop heeft artikel 2:138 en 2:248 lid 7 BW geen betrekking. Met de term ‘medebepalen’ in artikel 2:138 en 2:248 lid 7 BW is slechts beoogd duidelijk te maken dat iemand ook beleidsbepaler kan zijn als hij tezamen met een ander (een bestuurder of andere beleidsbepaler) heeft bestuurd, oftewel daarin (mede) een bepalende rol heeft gehad.

4. Wetsgeschiedenis

4.1 Terzijdestelling of ‘medebepalen’ en de term ‘als ware hij bestuurder’

De wetsgeschiedenis bij artikel 2:138 en 2:248 BW leidt, zoals in de inleiding al aangestipt, tot discussie waar het gaat over de vraag of een persoon het bestuur feitelijk terzijde moet hebben gesteld alvorens deze als een beleidsbepaler kan worden aangemerkt. Deze discussie lijkt te zijn ontstaan naar aanleiding van het antwoord dat Kamerleden bij de totstandkoming van de wet kregen toen zij “*nog enige toelichting over het begrip ‘(mede)beleidsbepaler’*” vroegen en wilden weten “*wanneer wordt opgetreden als bestuurder*”.^[23] De Kamerleden wilden duidelijkheid over de zinsnede in lid 7 “*als ware hij bestuurder*”. Het antwoord van de minister hierop luidde (voor een goed begrip wordt dit volledig geciteerd):

“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. In de toelichting zijn kredietinstellingen adviseurs en door de overheid aangestelde waarnemers genoemd als voorbeelden van de laatste categorie. Het stellen van voorwaarden bij kredietverlening, het geven van een bedrijfskundig advies, het geven van bepaalde aanwijzingen is in het algemeen niet aan te merken als beleidsbepaling 'als ware men bestuurder'. Indien het bestuur zich aan die voorwaarden, adviezen of aanwijzingen gelegen laat liggen en daarnaar handelt, dan handelt het bestuur en niet de kredietinstelling of de externe adviseur. 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'. Een op arbeidsovereenkomst werkzame procuratiehouder zal, wanneer hij zich beweegt binnen de grenzen van de hem toegekende bevoegdheid, niet als een beleidsbepaler worden aangemerkt. Blijkt evenwel dat hij in feite geenszins een ondergeschikte rol vervult, maar dat hij daadwerkelijk en met terzijdestelling van de formele bestuurder(s) rechtstreekse bemoeienis heeft met de beleidsbepaling en zodoende bestuursmacht aan zich trekt, die hem uit hoofde van zijn procuratie niet toekomt, kan er sprake zijn van een beleidbepalen 'als ware hij bestuurder'.^[24]

Dit antwoord van de minister heeft ertoe geleid dat in de literatuur door sommige schrijvers wordt betoogd dat het formele bestuur feitelijk terzijde moet zijn gesteld alvorens mag worden geconcludeerd dat iemand als beleidsbepaler kan worden aangemerkt. Wat deze 'terzijdestelling' inhoudt en wat de kenmerken daarvan zijn wordt door deze schrijvers echter niet uitvoerig toegelicht anders dan dat wordt uiteengezet onder welke omstandigheden in algemene zin sprake zal zijn van een beleidsbepaler. De literatuur is dan ook verdeeld. Hetzelfde geldt voor de jurisprudentie; het begrip vormt de ene keer wel en de andere keer niet een onderbouwing van het oordeel van de rechter, zij het dat uit het merendeel van de (hogere) jurisprudentie lijkt te kunnen worden afgeleid dat het begrip niet bepalend is voor de vraag of iemand als beleidsbepaler kan worden aangemerkt.^[25] Daar waar in de jurisprudentie het begrip wel een onderbouwing vormt van het oordeel van de rechter, is dit oordeel bovendien veelal ook te onderbouwen zonder dat het begrip daartoe noodzakelijk is.

De wettekst in artikel 2:138 en 2:248 lid 7 BW is echter duidelijk en bepaalt dat ook een *mede*-beleidsbepaler kan worden gelijk gesteld met een bestuurder: deze *mede*-beleidsbepaler kan uitsluitend *mede* (met het bestuur) het beleid bepalen als het bestuur niet terzijde is gesteld (in welk geval immers geen sprake kan zijn van 'mede' bepalen). Bij de behandeling van de bepaling in de Eerste Kamer heeft de Minister van Justitie dan ook geschreven dat

"een tekstanalyse van de bepaling laat zien dat voor haar toepassing vereist is dat a) iemand die geen bestuurder is het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald en b) dat

[26]

die persoon daarbij heeft gehandeld als ware hij bestuurder.”^[26]

Het begrip ‘terzijdestelling’ wordt in dit verband niet aangehaald door de minister. Voor zover met het begrip “feitelijke terzijdestelling” zou worden bedoeld dat het (voltallige) zittende bestuur wordt ‘gedwongen’ pas op de plaats te maken althans dat het zittende bestuur de facto aan de zijlijn staat, moet dus geconcludeerd worden dat het tegendeel blijkt uit de letterlijke tekst van artikel 2:138 en 2:248 lid 7 BW.^[27]

Aan het begrip terzijdestelling wordt dan ook meer (of te veel) waarde gehecht terwijl de minister dat – blijkens de context waarin de woorden zijn gebruikt – niet heeft beoogd. De minister heeft vooral een onderscheid willen duidelijk maken tussen enerzijds de persoon die binnen de grenzen van zijn wettelijke of contractuele bevoegdheden handelt op basis waarvan het bestuur een eigen afweging maakt en anderzijds de persoon die deze grenzen overschrijdt en feitelijk de bestuursmacht uitoefent al dan niet tezamen met het zittende bestuur.

Zo zijn (externe) adviseurs, bankiers, commissarissen, aandeelhouders, ondernemingsraden, procuratiehouders, et cetera geen beleidsbepaler indien zij opereren binnen de grenzen van hun wettelijke of contractuele bevoegdheden, ook niet wanneer zij een sterke of zelfs beslissende invloed hebben op het beleid van het bestuur. Dit wordt anders als zij zich gaan gedragen *als ware zij een bestuurder*^[28] waarmee zij de grenzen van hun taken/bevoegdheden overschrijden: het overschrijden van deze grenzen heeft de facto tot gevolg dat de betrokken bestuurder wat betreft die *specifieke* taken/bevoegdheden die de beleidsbepaler tot de zijne heeft gemaakt, *als het ware* ‘ter zijde is gesteld’, zelfs als deze bestuurder het er volledig mee eens is, de uitvoering van het beleid bewust toelaat en zelfs *mede* uitvoert. Een feitelijke *algehele* terzijdestelling van het bestuur is dus niet vereist.

Hoewel het begrip terzijdestelling veel aandacht in literatuur en jurisprudentie heeft gekregen, moet de vraag of sprake is van een beleidsbepaler gelet op het voorgaande kunnen worden beantwoord zonder dat dit begrip in de beoordeling wordt betrokken. Het gaat uitsluitend om de vraag of iemand (*mede*) *beleid heeft bepaald als ware hij bestuurder*.

4.2 ‘Misbruik’ is de basis maar niet per definitie een vereiste

Artikel 2:138 en 2:248 lid 7 BW is een uitvloeisel van de zogenoemde *derde misbruikwet*.^[29] Die wet beoogde misbruik van rechtspersonen en van de daarmee verbonden aansprakelijkheidsbeperking tegen te gaan. Kern van de regeling was (en is) dat misbruik van een rechtspersoon de natuurlijk personen achter die rechtspersoon “*het voorrecht van beperking van aansprakelijkheid doet verliezen*”.^[30] Artikel 2:138 en 2:248 lid 7 BW beoogde primair de situatie tegen te gaan dat een vennootschap waarmee men onoorbare praktijken wil uitoefenen, in formele zin wordt bestuurd door zogenaamde *katvangers*, terwijl de werkelijke boosdoeners de dans ontspringen en weer een nieuwe vennootschap op stapel zetten.^[31] Maar bij de totstandkoming van de wet werd ook rekening gehouden met situaties die niet per definitie als ‘misbruik’ kunnen worden aangemerkt: ook gevallen buiten de “*malafide sfeer*” werden beoogd.^[32] De basis blijft echter dat het primaire doel van de wetgever was het voorkomen van misbruik: aansprakelijkheid *in geval van faillissement* uitbreiden tot de persoon die buiten schot wil blijven door geen formeel bestuurder te zijn maar die wel de touwtjes in handen wil hebben en feitelijk op de stoel van de bestuurder zit.

4.3 Beleidsbepaler is een open norm

De invulling van het begrip beleidsbepaler is echter ook uitdrukkelijk aan de rechtspraak overgelaten. De ene vennootschap is immers de andere niet en bovendien zou een zeer divers gezelschap als gevolg van zeer verschillende gedragingen als beleidsbepaler kunnen worden aangemerkt.^[33] Kortom: de vraag is zeer casuïstisch. Er is daarom bewust gekozen voor een open norm die moet worden ingevuld door de concrete omstandigheden van het geval. Letterlijk schrijft de minister:

“Een verdere verduidelijking van het zevende lid (...) acht ik niet goed mogelijk. Het gevaar bestaat dan te vervallen in min of meer casuïstische omschrijvingen die de bepaling niet zouden verhelderen. Het betreft een begrip dat door toepassing van de wetbepaling aan de hand van concrete gevallen in de praktijk inhoud moet krijgen.”^[34]

Daarnaast blijkt uit de wetsgeschiedenis dat voor de toepassing van artikel 2:138 en 2:248 lid 7 BW de term “(mede)bepalen van beleid” ruim moet worden uitgelegd. Zo ruim dat niet alleen een uit een reeks van bestuurshandelingen volgende vaste gedragslijn daaronder is te begrijpen maar onder omstandigheden ook “een bepaald, van een vergaand gebrek aan verantwoordelijkheidsbesef of zelfs van een malafide intentie getuigend, bestuursbesluit”.^[35]

Het voorgaande heeft ertoe geleid dat de rechtspraak over de beleidsbepaler zeer casuïstisch is en dat moeilijk in algemene bewoordingen is aan te geven wanneer een persoon als beleidsbepaler moet worden aangemerkt. In de literatuur en jurisprudentie wordt (daarom?) vaak houvast gezocht bij de wetsgeschiedenis bij artikel 2:138 en 2:248 lid 7 BW maar die leidt zoals hiervoor reeds uiteengezet ook weer tot discussie...

5 Theorie en praktijk: ook een enkele gedraging kan beleid zijn

Tot zover de theorie. Voor het toepassen van deze theorie in de praktijk blijft mijns inziens het belangrijkste dat de wetgever bewust heeft gekozen voor een open norm omdat de vraag of iemand beleidsbepaler is, zeer casuïstisch is. Er zijn talloze praktijkvoorbeelden te bedenken waarin iemand als beleidsbepaler zou kunnen worden aangemerkt. Ik zou echter willen stilstaan bij de volgende hypothetische casus:

- (i) Een besloten vennootschap drijft een onderneming die actief is op de volgende gebieden: marketing en verkoop, inkoop, productie en financieringen. Al deze beleidsgebieden vormen voor de betrokken onderneming een essentieel onderdeel van de bedrijfsvoering. Het statutair bestuur bestaat uit een algemeen directeur en een financieel directeur.
- (ii) Een persoon (niet statutair bestuurder) Y heeft eigenhandig het marketing- en verkoopbeleid van de onderneming bepaald (we gaan er gemakshalve van uit dat dit met ‘terzijdestelling van het bestuur’ op dit specifieke deelgebied van het beleid is geschied hetgeen ik voor deze casus aldus opvat dat het bestuur het beleid niet alleen toeliet maar dat Y op dat gebied zelfs een bepaalde ‘machtspositie bekleedde die ertoe leidde dat het bestuur zich ook genoodzaakt zag om het beleid van Y te volgen).
- (iii) De vennootschap gaat failliet en er is niet voldaan aan de artikelen 2:10 BW en 2:394 BW. De oorzaak van het faillissement is gelegen in onbehoorlijk bestuur op het gebied van productie en inkoop en heeft niets met het marketing- en verkoopbeleid (van Y) te maken.

Op basis van voornoemde feiten zou de vraag of Y het beleid heeft (mede)bepaald in de zin van artikel 2:238 en 2:248 lid 7 BW ontkennend moeten worden beantwoord. Het (bepalen van het) marketing- en verkoopbeleid kan op zich zelf (net zoals ieder van de andere beleidsterreinen op zich) immers niet worden aangemerkt als het (bepalen van het) algemene beleid van de vennootschap (zie hetgeen hiervoor is uiteengezet over de betekenis van het bepalen van beleid/besturen van de vennootschap) maar slechts als een (in dit geval weliswaar essentieel) onderdeel daarvan en daarmee kan niet gezegd worden dat Y het beleid van de vennootschap heeft (mede)bepaald.

Indien een enthousiaste curator en vervolgens rechter, Y wel als beleidsbepaler zou aanmerken, is het niet onredelijk om te betogen dat Y een geslaagd beroep op de disculpatiemogelijkheid van artikel 2:138 en 2:248 lid 3 BW zou moeten kunnen doen. Y heeft immers ‘niets verkeerd gedaan’. Y zal volgens lid 3 dan moeten aantonen dat het onbehoorlijk bestuur niet aan hem is te wijten *en* dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van de nodige maatregelen.^[36] In de wetsgeschiedenis wordt uiteengezet dat een bestuurder dit kan doen door bijvoorbeeld aan te tonen dat hij zijn stem heeft onthouden aan de besluitvorming die kennelijk onbehoorlijke taakvervulling impliceert en vervolgens is afgetreden waardoor hij zijn verdere medewerking aan die taakvervulling heeft onthouden.^[37] Mijns inziens kan van Y echter niet verwacht worden dat hij aantoont dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van de nodige maatregelen. Hij heeft zich immers niet bemoeid met het gehele beleid en was in het geheel niet betrokken bij de bedoelde besluitvorming. Sterker, als niet-bestuurder (i) was hij daartoe ook niet bevoegd; (ii) kon hij zich niet ‘onthouden van besluitvorming’; (iii) kon hij niet ‘terugtrekken’; en (iv) had hij – in ieder geval formeel – geen macht om invloed uit te oefenen op het formele bestuur. Y zal dus niet als beleidsbepaler moeten worden aangemerkt.

Het zal overigens – naar ik meen – in beginsel ook niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest (lid 7 is een antimisbruikbepaling) om een persoon die niet bestuurder is, eerst als beleidsbepaler aan te merken in de zin van lid 7 om hem vervolgens te disculperen op grond van lid 3. Dat zou een theoretische en niet praktische benadering zijn, die bovendien niet in het belang is van de proceseconomie en van de boedel (ten laste waarvan immers de kosten van de procedure komen).

Maar stel nu dat vast is komen te staan dat onbehoorlijk bestuur op het gebied van het marketing- en verkoopbeleid de belangrijkste oorzaak van het faillissement is. Zou het antwoord dan anders moeten zijn, zou Y dan wel als beleidsbepaler moeten worden aangemerkt? Dogmatisch gezien (en in het kader van rechtszekerheid) zou gesteld kunnen worden dat het antwoord op deze vraag negatief is omdat men van mening zou kunnen zijn dat de oorzaak van het faillissement in beginsel niet bepalend is voor het antwoord op de vraag wanneer Y wel of niet als beleidsbepaler moet worden aangemerkt (‘je bent immers beleidsbepaler of je bent het niet’). Maar de vraag is of dit juist is. Er wordt hiermee immers voorbijgegaan aan het feit, zoals hiervoor uiteengezet, dat de wetgever bij lid 7 doelbewust een open norm heeft laten bestaan die moet worden ingevuld door de concrete omstandigheden van het geval.

De vraag of iemand “*het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder*” in de zin van lid 7, is dus niet alleen een feitelijke vraag maar is bovenal een normatieve vraag die aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval moet worden beantwoord. In het hierboven genoemde voorbeeld kan het mijns inziens dus zo zijn dat Y in het ene geval wel als beleidsbepaler zou moeten aangemerkt (namelijk wanneer sprake is van onbehoorlijk bestuur op het gebied van marketing- en verkoopbeleid) en in het andere geval niet (namelijk het onbehoorlijk bestuur is gelegen in een andere oorzaak) terwijl zijn vrijheid om het beleid te bepalen (van welke vrijheid ook gebruik is gemaakt) in beide situaties theoretisch hetzelfde kan zijn geweest.

Mijn inziens volgt het voorgaande ook uit het gegeven dat de vraag of iemand als een (mede)beleidsbepaler kan worden aangemerkt *de facto* geen enkele betekenis heeft buiten een faillissement. De term komt in het vennootschapsrecht immers uitsluitend terug in artikel 2:138 en 2:248 lid 7 BW (en in de fiscale wetgeving in artikel 36 Invorderingswet 1990 dat ziet op een situatie van betalingsonmacht). Buiten faillissement (of buiten deze situatie van betalingsonmacht) bestaat de (mede)beleidsbepaler dus niet.^[38] De vraag of iemand als een (mede)beleidsbepaler wordt aangemerkt, wordt dus per definitie ingevuld door de omstandigheden die zich hebben voorgedaan voorafgaande aan een faillissement en mede door het geven van normatieve relevante betekenis aan die omstandigheden. Praktisch bekeken is het vaststellen dat iemand beleidsbepaler is niet een doel op zich: het begrip beleidsbepaler is uitsluitend in het leven geroepen om de groep van aansprakelijke personen uit te breiden. Het gaat dus niet om de vraag of iemand aansprakelijk is omdat hij beleidsbepaler is. Het gaat om de vraag of iemand gelet op de feiten en omstandigheden voorafgaand aan het faillissement aansprakelijk zou moeten zijn en hij daarom als beleidsbepaler moet worden aangemerkt zodat er een wettelijke basis bestaat (namelijk artikel 2:138 en 2:248 lid 7 BW) om zijn aansprakelijkheid aan te ontlenen. Dit volgt mijns inziens reeds uit de hiervoor genoemde uit de wetsgeschiedenis blijken 'open norm'.

Zoals hiervoor uiteengezet blijkt daarnaast uit de wetsgeschiedenis dat de term "*(mede)bepalen van beleid*" zo ruim moet worden uitgelegd dat daaronder ook kan vallen "*een bepaald, van een vergaand gebrek aan verantwoordelijkheidsbesef of zelfs van een malafide intentie getuigend, bestuursbesluit*".^[39] Van een daadwerkelijk bestuursbesluit, zoals hiervoor bedoeld in de wetsgeschiedenis, is natuurlijk nimmer sprake om de eenvoudige reden dat een beleidsbepaler geen 'bestuursbesluit' kan nemen: de kern is dan ook dat hier juist bedoeld is dat wanneer een bepaalde handeling dermate bepalend en tevens 'destructief' is geweest dat dit (mede) heeft geleid tot het faillissement van de vennootschap, dat dan kan worden gesproken over (mede)bepalen in de zin van artikel 2:138 en 2:248 lid 7 BW. Deze in de wetsgeschiedenis gegeven uitleg bij 2:138 en 2:248 lid 7 BW komt jaren later op vergelijkbare wijze terug in de (inmiddels als standaard betitelde) jurisprudentie van de Hoge Raad op het gebied van het enquêterecht, namelijk in de uitspraak HR 10 januari 1990 (NJ 1990/466 (Ogem)) waarin is bepaald dat ook een enkele gedraging wanbeleid kan opleveren, hetgeen met name het geval kan zijn, indien die gedraging tot voor de onderneming zeer nadelige gevolgen heeft geleid.^[40] Met andere woorden: terwijl van 'besturen' (en dus het bepalen van beleid) in het geheel geen sprake is geweest, kan iemand toch als beleidsbepaler worden aangemerkt. Oftewel: eerst wordt (met een normatieve bril) gekeken naar de vraag of iemands zijn handelen door de beugel kan en tot welke gevolgen dat heeft geleid en daarna wordt de wettelijke basis voor aansprakelijkheid gevonden in artikel 2:138 en 2:248 lid 7 BW.

De Hoge Raad heeft daarnaast bepaald dat het enkele "kunnen bepalen" van beleid onvoldoende is om iemand te kwalificeren als (mede)beleidsbepaler.^[41] Het beleid moet ook daadwerkelijk zijn bepaald door de vermeend beleidsbepaler. Hiermee wordt door de Hoge Raad een belangrijk verschil gemaakt tussen de bestuurder en de beleidsbepaler. De bestuurder is per definitie aansprakelijk los van de vraag of hij gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid om te besturen terwijl de persoon die 'bevoegd' was het beleid te bepalen (door het te "kunnen bepalen") volgens de Hoge Raad pas aansprakelijk is – en dus als beleidsbepaler kan worden aangemerkt – als hij het beleid ook daadwerkelijk heeft bepaald. Aangezien deze jurisprudentie voorts specifiek betrekking heeft op de situatie van betalingsonmacht/faillissement meen ik dat hieruit kan worden afgeleid dat eerst van een

(mede)beleidsbepaler kan worden gesproken indien het door *deze* beleidsbepaler bepaalde beleid tot het faillissement heeft geleid.

6 Conclusie: drie verschillende types beleidsbepalers en het beroep op disculpatie

Uit het voorgaande volgt dat in feite drie ‘types’ beleidsbepalers zijn te onderscheiden. Voor deze onderscheidende types zal een beroep op de disculpatiegrond van artikel 2:138 en 2:248 lid 3 BW (dat bepaalt dat de bestuurder, die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem is te wijten en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden, niet aansprakelijk is) verschillend uitpakken:

- (i) Het eerste type beleidsbepaler is hij die het *algehele* beleid heeft bepaald *met terzijdestelling* van het bestuur. Een beroep van deze beleidsbepaler op de disculpatiegrond van artikel 2:138 en 2:248 lid 3 BW zal in de regel moeten stranden op basis van het feit dat hij het bestuur terzijde heeft gesteld (tenzij hij stelt dat een van buitenkomende oorzaak het faillissement heeft veroorzaakt en hij kan aantonen dat het nalaten om die oorzaak te voorkomen geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert).^[42] Een gevolg van die terzijdestelling is immers dat juist ter zake van het onbehoorlijke bestuur hem een verwijt kan worden gemaakt. Het gaat hier om beleidsbepalers die geheel zelfstandig het algehele beleid hebben bepaald. De formele bestuurders zouden mijns inziens evenmin een beroep kunnen doen op de disculpatiegrond omdat dit beroep reeds zou moeten stranden op het feit dat zij hebben toegelaten dat de beleidsbepaler zijn gang kon gaan;
- (ii) Het tweede type beleidsbepaler is de zogenoemde *medebeleidsbepaler* die samen met het bestuur het algehele beleid heeft bepaald (dus *zonder terzijdestelling* van het gehele bestuur). Let wel: het gaat hier dus niet om een persoon die een deel van het beleid heeft bepaald maar om de persoon die samen met anderen het algehele beleid heeft bepaald (waarbij overigens een onderlinge taakverdeling kan zijn overeengekomen net zoals formele bestuurders dat plegen te doen). Deze beleidsbepaler zou in theorie een beroep op de disculpatiegrond van artikel 2:138 en 2:248 lid 3 BW kunnen doen gelijk formele bestuurders dat onder omstandigheden kunnen doen (de vraag is echter of het de bedoeling van de wetgever is geweest om een persoon, die een geslaagd beroep op lid 3 kan doen, wel als beleidsbepaler aan te merken – zie in dat verband mijn hiervoor in hoofdstuk 5 gemaakte opmerking dat dit een theoretische en niet praktische benadering zou zijn, die niet in het belang is van de proceseconomie).
- (iii) Het derde type beleidsbepaler is de zogenoemde *medebeleidsbepaler* die op een deelterrein van het algehele beleid het beleid heeft bepaald (met of zonder terzijdestelling van het bestuur) welk beleid als kennelijk onbehoorlijk moet worden aangemerkt *en* welk beleid tot het faillissement heeft geleid (waaronder ook moet worden begrepen de hiervoor bedoelde “*enkele gedraging die voor de onderneming tot zeer nadelige gevolgen heeft geleid*” en “*een bepaald, van een vergaand gebrek aan verantwoordelijkheidsbesef of zelfs van een malafide intentie getuigend, ('bestuurs')besluit*”). Een beroep van deze beleidsbepaler op de disculpatiegrond van artikel 2:138 en 2:248 lid 3 BW zal de facto stranden op het gegeven dat juist zijn deel van het beleid tot het faillissement heeft geleid.

De persoon die op een deel terrein van het algehele beleid, het beleid heeft bepaald (met of zonder 'terzijdestelling van het bestuur') zonder dat dit beleid als kennelijk onbehoorlijk moet worden aangemerkt *en* zonder dat dit beleid tot het faillissement heeft geleid is mijns inziens een 'vierde type' die niet als beleidsbepaler moet worden aangemerkt (hoewel deze rechtspersoon wel als een 'derde type' beleidsbepaler zou moeten worden aangemerkt in het geval dat dit beleid als kennelijk onbehoorlijk moet worden aangemerkt *en* tot het faillissement heeft geleid). Hij heeft immers niet het algehele 'beleid bepaald' of het algehele 'beleid mede bepaald' en er is ook geen sprake van een enkele gedraging zoals bedoeld bij het 'derde type' beleidsbepaler.

Zoals ik in de inleiding al aangaf, leidt het begrip beleidsbepaler in de literatuur en jurisprudentie regelmatig tot discussie. Met het voorgaande heb ik getracht om de theoretische kaders rondom het begrip beleidsbepaler met een praktische benadering nader vorm te geven. Het is te hopen dat ik daarmee de discussie niet heb aangewakkerd. Of wel...

Voetnoten

[1]

Mr. W.A. Westenbroek is advocaat te Amsterdam.

[2]

Zo constateert ook R.G.M. Dahmen in de 'De aanwijzigingsbevoegdheid van het gewijzigde artikel 2:239 lid 4 BW: toepassing, toetsing, afdwingbaarheid en aspecten van aansprakelijkheid in concernperspectief', *TvOB* 2014/2, p. 69. Zie voor een overzicht van jurisprudentie: D.A.M.H.W. Strik in de noot bij Rechtbank Rotterdam 14 april 2010, *JOR* 2010/181.

[3]

Zie Van Solinge en Nieuwe Weme in *Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/465, p. 573; O. Heuts 'Aansprakelijkheid van bestuurders onbegrensd?', *Onderneming & Financiering*, januari 2007, nr. 74, blz. 15. M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid*, Kluwer 199, nr. 133.

[4]

Zie J.B. Huizink, *GS Rechtspersonen*, artikel 2:138 BW, aant. 20.3; H.A. de Savornin Lohman, 'De aansprakelijkheid van de (mede)beleidsbepaler krachtens de Tweede Misbruikwet en de Derde Misbruikwet', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2006-2007*, Deventer: Kluwer 2007, p. 145-146; K. Rutten, 'Intensief toezicht maakt van RvC geen feitelijk beleidsbepaler', *TOP* 2012/1, p. 35-36.

[5]

Zie bijvoorbeeld Rechtbank 's-Hertogenbosch 14 november 2011, *JOR* 2013/39, m.nt. P.D. Olden.

[6]

De vraag in hoeverre de Wet Flex-BV voor de aandeelhouder een (groter) risico met zich brengt om als beleidsbepaler te worden aangemerkt, valt buiten het bestek van deze bijdrage. Zie echter J.A. Terstegge, 'Instructierecht en de Flex-BV', *WPNR* 2014, blz. 259-269 voor een heldere uiteenzetting over dit onderwerp.

[7]

HR 8 juni 2001, *JOR* 2001/171 (Panmo).

[8]

HR 30 november 2007, *RO* 2008/8 (Blue Tomato).

[9]

HR 20 mei 1988, *NJ* 1989/676, m.nt. J.M.M. Maeijer (Kobo BV).

[10]

De vennootschapsrechtelijke verhoudingen tussen de buitenlandse vennootschap en háár bestuurders worden beheerst door buitenlands recht.

[11]

HR 14 maart 2008, *NJ* 2008/466 (Blankenhoef). Het arrest is in lijn met de wetsgeschiedenis. Zie [Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6](#), p. 25 (MvA). Artikel 2:11 BW schakelt bestuurdersaansprakelijkheid overigens uitsluitend door naar formele bestuurders van rechtspersoon-bestuurders, niet naar hun beleidsbepalers. In HR 28 april 2000, *OR* 2000/30 (Montedison) werd nog anders geoordeeld.

[12]

HR 23 november 2001, *NJ* 2002/95, m.nt. J.M.M. Maeijer (Mefigro) waarin Maeijer schrijft dat het oordeel van de Hoge Raad ook voortvloeit uit de strekking van lid 7.

[13]

Zie de noot bij HR 23 november 2001, *JOR* 2002/4, m.nt. J.M. Blanco Fernández (Mefigro).

[14]

HR 28 april 2000, *JOR* 2000/128 (Montedison/De Liagre Böhl), r.o. 2.40 en 2.41.

[15]

*Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/465.

[16]

K. Rutten, 'Intensief toezicht maakt van RvC geen feitelijk beleidsbepaler', *TOP* 2012/1, p. 35.

[17]

*Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/390.

[18]

Nederlandse Corporate Governance Code, principe II.1.

[19]

P. van Schilfgaarde/J.Winter, *Van de NV en de BV*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 42.

[20]

Zie de artikelen 2:7, 2:25, 2:107/217, 2:107a, 2:129/239 BW.

[21]

Zie over dit onderwerp bijvoorbeeld: *Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/390, P. van Schilfgaarde/J.Winter, *Van de NV en de BV*, Deventer: Kluwer 2009, p. 150 en P. van Schilfgaarde, 'De medebeleidsbepaler in het ondernemingsrecht', in: K.M. van Hassel en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' wegen*, Deventer: Kluwer 2010, p. 321-324.

[22]

H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2011, p. 96-97.

[23]

Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 23-24 (MvA).

[24]

[Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6](#), p. 23-24 (MvA).

[25]

In de noot bij Rechtbank Rotterdam 14 april 2010, *JOR* 2010/181 geeft D.A.M.H.W. Strik een opsomming van uitspraken waarin terzijdestelling wel en niet als vereiste werd aangemerkt. Wel: zie o.a. Hof Den Haag 26 september 2000, *JOR* 2001/24 (Libosan q.q./Van Roij), Hof Leeuwarden 21 december 1994, kenbaar uit HR 28 juni 1996, *NJ* 1997/58 (Bodam) en Hof Den Haag 28 september 1999, kenbaar uit HR 23 november 2001, *JOR* 2002/4 (Mefigro Gendt BV/Wind q.q.). Niet: zie o.a. Hof Den Bosch 3 april 1996, *VN* 1996, p. 1857, Hof Den Bosch 23 september 2003, *JOR* 2004/5 (Lebon/Hellendoorn q.q.), Hof Den Haag 22 september 2009, *LJN* BJ8234, *JIN* 2009/707 (Mervyn Consultants BV/De Wijer), HR 23 november 2001, *JOR* 2002/4 (Mefigro Gendt B.V./Wind q.q.). Strik merkt op dat uit de omstandigheid dat de Hoge Raad kwesties waarin dit speelde heeft afgedaan op basis van artikel 81 RO, zou kunnen worden afgeleid dat hij instemt met de door de hoven in die zaken gekozen interpretatie van artikel 2:248 lid 7 BW. Zie HR 4 mei 2001, *NJ* 2001/378 (Visser/Ontvanger) en HR 17 november 2006, *JOR* 2007/7 (Lebon/Hellendoorn q.q.). Dat zou volgens Strik betekenen dat niet vereist is dat de beleidsbepaler het bestuur terzijde stelt maar zeker is dat volgens Strik niet.

[26]

[Kamerstukken I 1985/86, 16 631, nr. 27b](#), p. 19 (MvA). De woorden 'mede heeft bepaald' en 'als ware hij bestuurder' zijn cursief in de oorspronkelijke tekst.

[27]

H.A. de Savornin Lohman, 'De aansprakelijkheid van de (mede)beleidsbepaler krachtens de Tweede Misbruikwet en de Derde Misbruikwet', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2006-2007*, Deventer: Kluwer 2007, p. 145-146;

[28]

[Kamerstukken I 1985/86, 16 631, nr. 27b](#), p. 19-20 (MvA), [Kamerstukken II 1980/81, 16 631, nr. 3](#), p. 6 (MvT) en [Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6](#), p. 23 (MvA).

[29]

Wet van 16 mei 1986, houdende wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van *rechtspersonen*, Stb. 1986, 275.

[30]

[Kamerstukken I 1985/86, 16 631, nr. 27b](#), p. 1 (MvA).

[31]

[Kamerstukken I 1985/86, 16 631, nr. 27b](#), p. 19 (MvA) en ook [Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6](#), p. 24 (MvA).

[32]

[Kamerstukken I 1985/86, 16 631, nr. 27b](#), p. 40 (MvA) en [Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6](#), p. 29 en 32-33 (MvA). De Minister van Veiligheid en Justitie schreef in zijn brief van 8 oktober 2012 aan de Eerste Kamer dat zijns inziens degene die niet rechtsgeldig tot bestuurder is benoemd (bijvoorbeeld omdat het benoemingsbesluit nietig blijkt te zijn) ook als beleidsbepaler kan worden aangemerkt. Zie [Kamerstukken I 2012/13, 32 873, nr. C](#), p. 3.

[33]

[Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6](#), p. 19 (MvA), [Kamerstukken I 1985/86, 16 631, nr. 27b](#), p. 2, 6-7 (MvA).

[34]

[Kamerstukken I 1985/86, 16 631, nr. 27b](#), p. 6 (MvA).

[35]

[Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6](#), p. 24 (MvA). Zie bijvoorbeeld Rechtbank Utrecht 19 september 2001, *JOR* 2001/236.

[36]

Zie echter Rechtbank Rotterdam 17 juni 1999, *JOR* 1999/175 (Seijdel/De Bok) waarin een persoon wel als beleidsbepaler werd aangemerkt en een beroep toekwam op de disculpatiegrond van artikel 2:248 lid 3 BW en de matigingsgrond van artikel 2:248 lid 4 BW. In dit uitzonderlijke geval had de betrokken persoon echter erkend (!) dat hij in de korte periode van twee maanden voor het faillissement als beleidsbepaler kon worden aangemerkt terwijl het onbehoorlijk bestuur was gebaseerd op de schending van de boekhoudplicht vóór zijn 'aantreden' als beleidsbepaler, namelijk gedurende de drie jaren voorafgaande aan het faillissement. De rechtbank oordeelde dat de beleidsbepaler in ieder geval niet aansprakelijk kan worden gehouden voor tekorten die hun oorsprong vonden vóór zijn 'aantreden' behoudens voor zover hij nalatig zou zijn geweest in het herstellen van de gevolgen daarvan na zijn 'aantreden'.

[37]

[Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6](#), p. 19 (MvA).

[38]

Dit neemt natuurlijk niet weg dat niet-bestuurders buiten faillissement door derden op grond onrechtmatige daad kunnen worden aangesproken indien zij persoonlijk een zorgvuldigheidsnorm hebben geschonden jegens een derde waarbij bepalend kan zijn dat zij feitelijk handelingen hebben verricht die in een faillissementssituatie gelijk zullen worden gesteld met feitelijk beleid bepalen.

[39]

[Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6](#), p. 24 (MvA). Zie bijvoorbeeld Rechtbank Utrecht 19 september 2001, *JOR* 2001/236;

[40]

Zie ook *Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009, nr. 465.

[41]

HR 24 mei 2002, *JOR* 2002/130 (Van der Have/Ontvanger). Het arrest ziet op een geschil over (mede)beleidsbepaler in de zin van artikel 36 Invorderingswet maar is tevens van belang voor artikel 2:138 en 2:248 lid 7 BW.

[42]

HR 30 november 2007, *RO* 2008/8 (Blue Tomato).