

## Ware hij bestuurder?

### Inleiding

Op grond van artikel 2:248 lid 1 BW zijn bestuurders van een vennootschap jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het faillissementstekort indien zij hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Er is sprake van onbehoorlijke taakvervulling indien het bestuur de boekhoudverplichtingen en/of de verplichtingen met betrekking tot de publicatie van de jaarrekening niet heeft nageleefd (lid 2). Op dat moment bestaat het vermoeden dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dit vermoeden kan door iedere bestuurder worden weerlegd indien deze bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling niet als belangrijke oorzaak van het faillissement kan worden aangemerkt. De curator kan echter niet alleen de statutair bestuurders aanspreken. Volgens artikel 2:248 lid 7 BW kan hij ook die persoon aanspreken die 'het beleid in de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder'.

Onderstaand vonnis betreft een geschil tussen de curator van Atlas Nederland B.V. (hierna: Atlas) en de kantoordirecteur (hierna: KD) van een vestiging van Atlas. KD wordt door de curator als feitelijk bestuurder van Atlas hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor het ontstane faillissementstekort. Bij de beoordeling van het geschil komt de vraag aan de orde of de kantoordirecteur van Atlas kan worden aangemerkt als (mede)beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW.

### Casus

In maart 2002 is Atlas opgericht en ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Aanvankelijk wordt zij bestuurd door Atlas Holding Limited (hierna: Atlas Holding). Vanaf 24 december 2002 werd Atlas, onder meer, bestuurd door Marny Capital Group Holding B.V. Tot februari 2003 was Atlas, onder andere, actief als franchisenemer van GeldXpert Nederland en handelde zij, onder meer, onder de handelsnaam GeldXpert Groningen (hierna: GeldXpert).

Op 1 mei 2002 wordt de Groninger vestiging van GeldXpert geopend en wordt KD voor onbepaalde tijd aangesteld als kantoordirecteur. Hierbij wordt KD een volledige volmacht verleend ten aanzien van het handelen binnen Atlas. Volgens zijn eigen verklaring is KD aangenomen om op te treden als manager van GeldXpert maar zou hij niet betrokken worden bij 'allerlei zaken waar hij totaal geen vat op had'. Wel voert KD tot begin september 2002 de administratie van de crediteuren, bank en kas van Atlas.

In de uitvoering van zijn werkzaamheden verricht KD handelingen, voert hij correspondentie en doet hij mededelingen waaruit volgens de curator blijkt dat KD is aan te merken als feitelijk bestuurder in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW. KD verricht, onder meer, de volgende handelingen:

1. Hij faxt de AFM met het bericht dat hij gevolmachtigd directeur en feitelijk bestuurder is van Atlas.
2. Hij ondertekent een ingebruiknameverklaring betreffende gehuurde computerapparatuur, waarin is opgenomen dat hij de huurder (Atlas) rechtsgeldig vertegenwoordigt.
3. In zijn hoedanigheid als algemeen directeur ondertekent hij arbeidsovereenkomsten tussen Atlas en werknemers.
4. Hij ondertekent de ontslagverklaring van een werknemer.
5. Hij stuurt de akte van overdracht van aandelen Atlas van Atlas Holding aan Marny Capital Group Holding intern door en verzoekt tot overboeking van provisie naar GeldXpert Nederland.
6. Hij onderhoudt de contacten met de bank en met GeldXpert Nederland.

Met ingang van 11 november 2002 wordt de volmacht die KD heeft om handelingen te verrichten binnen Atlas vanwege het bestuur, beperkt tot een bedrag van maximaal EUR 250. De inschrijving van KD in het B-register van de Wet assurantie bemiddelingsbedrijf (Wabb) wordt door hem ingetrokken bij brief van 21 februari 2003 aan de Sociaal Economische Raad, die vervolgens heeft bevestigd dat KD niet meer optreedt als feitelijk leider in de zin van de Wabb. Begin maart 2003 bericht KD een assurantiebedrijf echter dat hij wél de feitelijk leider van Atlas in de zin van de Wabb is, maar dat in het bedrijf geen activiteiten meer worden uitgevoerd.

De curator stelt zich, kort gezegd, op het standpunt dat KD door de door hem verrichte handelingen als feitelijk bestuurder van Atlas kan worden aangemerkt en dat hij zijn daaruit voortvloeiende taken onbehoorlijk heeft vervuld. KD heeft, zo stelt de curator, geen deugdelijke administratie gevoerd en niet tijdig de jaarrekening over 2002 gedeponeerd. Dit wordt vermoed een belangrijke oorzaak te zijn van het faillissement. Daardoor zou KD hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het ontstane faillissementstekort.

KD verweert zich door aan te voeren dat hij nooit de mogelijkheid heeft gehad om het beleid van de onderneming te bepalen met terzijdestelling van het formele bestuur. KD was louter in loondienst en ontving instructies van het formele bestuur. De bij zijn aantreden aan KD verleende bevoegdheden zijn ingeperkt, waardoor hem feitelijke macht uit handen is genomen. Tot september 2002 is, volgens KD, door hem een deugdelijke administratie gevoerd en hierna werd dit hem, onder meer, onmogelijk gemaakt door het bestuur.

### Vonnis rechtbank<sup>1</sup>

Voor de beantwoording van de vraag of KD valt aan te merken als (mede)beleidsbepaler van Atlas, zoekt de rechtbank aansluiting bij de memorie van antwoord (MvA) bij de invoering van artikel 2:248 BW.<sup>2</sup> Uit de MvA volgt dat de

1. Rb. Groningen 31 januari 2007, LJN BB2792.

2. Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 19.

toevoeging 'als ware hij bestuurder' een grens beoogt te trekken tussen personen die binnen de vennootschap in feite de bestuurstaak uitoefenen, ook al zijn zij geen formele bestuurders, en anderen die invloed kunnen uitoefenen op het te voeren beleid maar buiten de vennootschap staan. Hierbij dient te worden vermeld dat indien een commissaris handelt binnen de grenzen van zijn wettelijke en statutaire bevoegdheden, deze niet als bestuurder handelt. Bepaalt hij, evenwel, door gebruikmaking van zijn feitelijke machtspositie binnen de vennootschap, het beleid van deze, dan zou hij kunnen worden aangemerkt als beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW.

Uit de MvA wordt voorts duidelijk dat voordat een persoon kan worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler, deze (a) zich direct moet bemoeien met het bestuur, en (b) het formele bestuur feitelijk terzijde moet stellen. De term beleid moet, als dus de MvA, ruim worden uitgelegd. Personen die in dienst zijn van de vennootschap en die handelen binnen de grenzen van hun bevoegdheden, zijn in het algemeen niet als beleidsbepalers aan te merken, zodat hun handelen aan de formele bestuurders moet worden toegerekend. Dit is slechts anders indien dergelijke personen met actieve of passieve medewerking van het bestuur de feitelijke macht in de onderneming in handen hebben genomen, terwijl de formele bestuurders als het ware stromannen zijn. Bij de beantwoording van de vraag of KD kan worden gezien als feitelijk bestuurder, is, volgens de rechtbank, de leidende vraag of KD handelingen verrichtte die normaliter aan bestuurders worden toegekend, en of deze handelingen met terzijdestelling van het bestuur werden verricht.

Bovenstaande punten toetsend komt de rechtbank tot het oordeel dat in casu niet ondubbelzinnig vaststaat dat KD heeft gehandeld als (mede)beleidsbepaler. Immers, hij heeft handelingen verricht die in het algemeen vallen binnen de bevoegdheden van een kantoordirecteur en niet bij uitsluiting aan een bestuurder toekomen.

Van de handelingen die KD heeft verricht die in het algemeen wél door formele bestuurders worden verricht, is niet gebleken dat deze niet binnen de functie van kantoordirecteur vielen. Voor zover KD deze handelingen heeft verricht, is, aldus de rechtbank, niet gebleken dat KD bij de uitvoering hiervan ook het laatste woord had en aan het formele bestuur zijn beslissingen kon opleggen. De rechtbank komt dan ook tot de conclusie dat KD niet als feitelijk bestuurder in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW is aan te merken.

### Evaluatie

De rechtbank zoekt, voor de beantwoording van de vraag of KD valt aan te merken als (mede)beleidsbepaler van Atlas, aansluiting bij de MvA en richt zich voornamelijk op het soort handelingen dat door KD werd verricht. Of het criterium van de feitelijke terzijdestelling van het

bestuur is vervuld, wordt door de rechtbank beoordeeld door te kijken wie er bij het uitvoeren van handelingen het laatste woord had en of KD het bestuur zijn beslissingen kon opleggen. De rechtbank besteedt geen nadere aandacht aan het in de MvA gestelde dat, hoewel personen die in dienst zijn van de vennootschap en die handelen binnen de grenzen van hun bevoegdheden, in het algemeen niet als beleidsbepalers zijn aan te merken, zij wel als zodanig zijn aan te merken indien zij met actieve of passieve medewerking van het bestuur de feitelijke macht in de onderneming in handen hebben genomen, terwijl de formele bestuurders als het ware stromannen zijn.

Het Hof Den Bosch<sup>3</sup> heeft in zijn, door de Hoge Raad<sup>4</sup> in stand gelaten, arrest een uitbreiding gegeven aan het criterium van de feitelijke terzijdestelling van het bestuur en daarmee een uitwerking gegeven van het in de MvA gestelde 'actieve of passieve medewerking van het bestuur'. Het hof legt bij de beantwoording van de vraag of een consultant tevens aandeelhouder van een vennootschap die verscheidene bestuurshandelingen heeft verricht, kan worden aangemerkt als (mede)beleidsbepaler, de nadruk op de machtspositie van de vermeende beleidsbepaler binnen de vennootschap en de vraag of de door hem verrichte handelingen kunnen worden geduid als te zijn gedaan in het kader van het door hem bepaalde beleid. Met betrekking tot de terzijdestelling van het bestuur overwoog het hof dat dit niet van belang is en dat (mee)bepalen van beleid als ware hij bestuurder, onder meer, kan geschieden indien:

'(...) de formele bestuurders dit gedogen, door het geven van opdrachten aan de formele bestuurders die de opdrachten opvolgen en in de meer vergaande vorm dat de feitelijke bestuurder op zodanige wijze het beleid bepaalt dat de formele bestuurders feitelijk terzijde worden gesteld.'

Het gedogen door het bestuur van het verrichten van bepaalde handelingen door een beleidsbepaler en het opvolgen van opdrachten lijken mij een uitbreiding van het in de MvA genoemde criterium van feitelijke terzijdestelling van het bestuur. Tevens oordeelt het hof, in bovengenoemd arrest, dat er sprake is van een weerlegbaar vermoeden dat bepaalde handelingen, waaronder het aangaan van leningen en leasecontracten en het deponeren van jaarstukken, die worden verricht door een niet-bestuurder, gelden als te zijn gedoogd door het bestuur (en de persoon die de handelingen verrichtte, dus optrad als feitelijk beleidsbepaler), tenzij deze persoon kan bewijzen dat hij heeft gehandeld in het kader van een opdracht of instructie van het bestuur.

3. Hof Den Bosch 23 september 2003 NJF 2004, 149.

4. HR 17 november 2006, C05/203HR, LJN AY9710.

---

### Conclusie

Los van het feit dat in de twee bovengenoemde zaken de hoedanigheid van de vermeende (mede)beleidsbepaler verschilde, had de rechtbank, indien hij bovengenoemde arresten van het hof en de Hoge Raad in zijn overweging had betrokken, wellicht tot de conclusie kunnen komen dat de door KD verrichte handelingen hadden moeten gelden als handelingen die werden gedoogd door het formele bestuur, en dat KD derhalve wel als feitelijk bestuurder aangemerkt zou kunnen worden.

Dit artikel uit Vennootschap & Onderneming is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

*Mr. M.M.K.J. Steketee  
Stibbe*