

**JOR 2018/173, Gerechtshof Amsterdam 27-06-2017,  
ECLI:NL:GHAMS:2017:2551, 200.172.086/01 (met annotatie van mr.  
S.C.M. van Thiel) Bestuurdersaansprakelijkheid feitelijk beleidsbepaler,  
Gedoogsituatie, (Mede)beleidsbepaler legt zijn wil op aan formele  
bestuur, Situatie kan worden gelijkgesteld aan feitelijke terzijdestelling,  
Onbehoorlijke taakvervulling, Geen reden voor matiging  
aansprakelijkheid, Vervolg op Rb. Noord-Holland 25 maart 2015, «JOR»  
2015/136, m.nt. Bartman**

Wetsbepaling(en):  
BW BOEK 2 artikel 248  
Ook gepubliceerd in:  
ECLI:NL:GHAMS:2017:2551

**JOR 2018/173, Gerechtshof Amsterdam, 27-06-2017,  
ECLI:NL:GHAMS:2017:2551, 200.172.086/01 (annotatie)**

---

### Inhoudsindicatie

Bestuurdersaansprakelijkheid feitelijk beleidsbepaler, Gedoogsituatie, (Mede)beleidsbepaler legt zijn wil op aan formele bestuur, Situatie kan worden gelijkgesteld aan feitelijke terzijdestelling, Onbehoorlijke taakvervulling, Geen reden voor matiging aansprakelijkheid, Vervolg op Rb. Noord-Holland 25 maart 2015, «JOR» 2015/136, m.nt. Bartman

---

### Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

---

### Gegevens

<b>Instantie</b>	Gerechtshof Amsterdam
<b>Datum uitspraak</b>	27-06-2017
<b>Publicatie</b>	JOR 2018/173 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 7-8, 2018
<b>Annotator</b>	• <a href="#">mr. S.C.M. van Thiel</a>
<b>ECLI</b>	<a href="#">ECLI:NL:GHAMS:2017:2551</a>
<b>Zaaknummer</b>	200.172.086/01
<b>Overige publicaties</b>	• <a href="#">ECLI:NL:GHAMS:2017:2551</a>
<b>Rechtsgebied</b>	Ondernemingsrechtpraktijk
<b>Rubriek</b>	Ondernemingsrecht
<b>Rechters</b>	• <a href="#">mr. Melissen</a> • <a href="#">mr. Oranje</a>

- mr. Knottenbelt

<b>Partijen</b>	A, appellant, advocaat: mr. F.S. Cuperus, tegen B q.q. te Amsterdam, in haar hoedanigheid van curator in de faillissementen van SMA Dienstverlening BV, The 5 Productie BV, The 5 Toerisme BV, geïntimeerde, advocaat: mr. M.J. Tops.
<b>Regelgeving</b>	• <a href="#">BW Boek 2 - 248</a>

---

## Samenvatting

---

In art. 2:248 lid 7 BW is bepaald dat met een bestuurder gelijkgesteld wordt degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. Uit de parlementaire geschiedenis bij deze bepaling volgt dat aansprakelijkheid kan worden aangenomen als de persoon in kwestie zich daadwerkelijk als bestuurder heeft gedragen. Er moet enerzijds directe bemoeienis met het bestuur zijn, anderzijds een feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur, wil er sprake zijn van een beleidsbepaler als ware hij bestuurder (Kamerstukken II 1980/81, 16 631, nrs. 3 en 6).

Het hof overweegt dat met feitelijke terzijdestelling gelijk kan worden gesteld de situatie waarin de medebeleidsbepaler zijn wil aan het bestuur oplegt en het formele bestuur dat gedooft.

Appellant is als feitelijk beleidsbepaler in de zin van art. 2:248 lid 7 BW aan te merken. De bemoeienissen van appellant strekten veel verder dan waartoe de werkzaamheden van een werknemer, ook in een leidinggevende functie, behoren. Appellant vertegenwoordigde, niet incidenteel maar doorlopend, de onderneming, onderhield nagenoeg alle, zo niet alle contacten met derden en voerde zijn beslissingen over de gang van zaken op alle terreinen door, zulks met terzijdestelling van bestuurder X, die dat gedoogde, waardoor hij in feite de bestuurstaak uitoefende.

Vaststaat dat niet is voldaan aan de verplichting om de jaarrekeningen 2010 van The 5 c.s. te deponeren. Vaststaat ook dat geen of nauwelijks enige boekhouding boven water is gekomen. Dit rechtvaardigt het oordeel dat appellant niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit art. 2:10 BW (boekhoudplicht) of art. 2:394 BW (publicatieplicht), dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dat wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Appellant heeft derhalve niet bewezen 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. Het hof ziet geen aanleiding om de aansprakelijkheid van appellant te matigen.

---

## Uitspraak

---

(...; red.)

---

## 2. Feiten

---

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.11 de feiten vastgesteld. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en zal derhalve ook het hof als vaststaand aannemen. Aangevuld met andere feiten die, als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist, zijn komen vast te staan, gaat het in deze zaak om het volgende.

2.1. Bij vonnis van 17 december 2013 heeft de rechtbank de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid SMA Dienstverlening B.V., voorheen The 5 Uitzendburo, tevens handelend onder de naam Loonservice Nederland (hierna The 5 Uitzendburo) in staat van faillissement verklaard. Bij vonnis van 18 maart 2014 zijn ook de besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid The 5 Produktie B.V. en The 5 Toerisme B.V. failliet verklaard. In alle faillissementen is mr. M.J.E. Geradts tot rechter-commissaris benoemd en de curator als zodanig. De vennootschappen worden hierna gezamenlijk ook "The 5 c.s." genoemd.

2.2. The 5 Uitzendburo exploiteerde een uitzendbureau voor met name agrarisch personeel. Volgens de bedrijfsomschrijving in het Handelsregister exploiteerde The 5 Toerisme een reisbureau en The 5 Produktie een groothandel in relatiegeschenken.

2.3. Bestuurder en enig aandeelhouder van The 5 c.s. is The 5 Holding B.V. Uit het door de curator overgelegde uittreksel van de Kamer van Koophandel volgt dat deze holding haar activiteiten heeft gestaakt per 6 februari 2014. Uit een eveneens door de curator overgelegd uittreksel blijkt dat de heer [X] op 17 december 2013 bestuurder van The 5 Holding was.

2.4. [appellant] heeft in 2003 een arbeidsovereenkomst met (volgens deze overeenkomst) de besloten vennootschap The 5 gesloten. Namens The 5 is de overeenkomst ondertekend door [X]. In de overeenkomst is opgenomen dat [appellant] de functie van medewerker P&O zal vervullen.

2.5. Bij de behandeling van het verzoekschrift tot faillietverklaring van The 5 Uitzendburo op 17 december 2013 waren A.A. [X] en [appellant] aanwezig op de zitting. Blijkens het proces-verbaal van deze zitting heeft [appellant] namens The 5 Uitzendburo het woord gevoerd.

2.6. Nadat het faillissement van The 5 Uitzendburo was uitgesproken, heeft de curator dan wel een kantoorgenoot van haar als waarnemend curator herhaaldelijk geprobeerd een afspraak te maken met [X]. Uiteindelijk heeft op 6 januari 2014 een bespreking plaatsgevonden op het kantoor van de curator, waarbij aanwezig waren mr. Van Geel, waarnemend curator, en [X] en [appellant]. Mr. Van Geel heeft op 7 januari 2014 een gespreksnotitie opgesteld waarin onder meer het volgende is opgenomen:

"Naar aanleiding van onze bespreking van gisteren hier op kantoor vanaf 17:00 uur bevestig ik hierbij dat de heer [appellant] het navolgende heeft verklaard:

(...)

#### Activiteiten

De activiteiten van SMA Dienstverlening BV v.h.o.d.n. The 5 Uitzendburo BV (hierna: 'The5') bestonden tot 31 december 2012 uit uitzendwerkzaamheden waarbij Poolse werknemers werden uitgeleend met name in de agrarische sector. Vanaf 1 januari 2013 zijn volgens u de activiteiten gestaakt (er heeft geen omzet meer plaatsgevonden en er waren geen klanten meer).

(...)

#### Wijziging naam/handelsnaam

U verklaarde dat de handelsnaam 'The5 Uitzendburo' begin 2013 is overgedragen aan de heer [Z]. De handelsnaam is verkocht. U zegde mij toe de koopovereenkomst te verstrekken. (...)

Op mijn vraag waarom de gegevens in het handelsregister pas hangende de faillissementsaanvraag (medio december 2013) zijn gewijzigd, gaf u aan dat niet te weten. De heer [X] wist dit ook niet. (...)

Werknemers

(...)

De heer [appellant] was als hoofd sales werkzaam bij The5. The heer [X] is bestuurder. De heer [Y] was hoofd administratie en de heer [Z] ging over de planning en beheerde het wagenpark.

(...)

Administratie

De administratie werd gevoerd door de heer [Y]. Hij beschikt thans ook over de administratie. Wij spraken af dat u de administratie bij de heer [Y] opvraagt en aan mij afgeeft.

(...)

Stukken

Wij spraken af dat ik de bovenvermelde informatie alsmede de onderstaande stukken in digitale vorm uiterlijk vrijdag 10 januari 2014 ontvang en voor zover door mij gewenst de originele stukken nadien. Het gaan verder om de volgende stukken:

– Register van aandeelhouders;

– Statuten;

(...)

De heer [X] heeft nauwelijks over de gang van zaken verklaard. Hij gaf aan directeur te zijn van verschillende bedrijven en daarom slechts beperkt op de hoogte te zijn van de gang van zaken binnen The5. De heer [appellant] is echter wel op de hoogte van de relevante aspecten van de onderneming.

U gaf beiden verder te kennen mij voor de resterende duur van het faillissement volledig, naar waarheid en spoedig te zullen informeren."

De curator heeft geen stukken ontvangen.

2.7. Bij e-mail van 20 januari 2014 heeft [appellant] een reactie gegeven op de gespreksnotitie. Naar aanleiding van de vraag waarom de gegevens in het handelsregister pas hangende de faillissementsaanvraag (medio december 2013) zijn gewijzigd, heeft [appellant] als reactie gegeven dat hij heeft geantwoord dat naar verluidt de statutaire naam niet was gewijzigd en de handelsnaam al wel begin 2013 was overgedragen/verkocht. Over de opmerking dat [X] nauwelijks over de gang van zaken heeft verklaard, maar [appellant] wel op hoogte was, heeft [appellant] als reactie gegeven dat zijn kennis strekt zolang hij in dienst was tot 2012 en dit dan uit hoofde van zijn functie als hoofd sales.

2.8. Op 20 februari 2014 zijn [X] en [appellant] als getuigen gehoord door de rechter-commissaris in het faillissement The 5 Uitzendburo.

[X] heeft onder meer het volgende verklaard:

“U vraagt mij wie de baas is van de onderneming. Dat kan ik zo niet zeggen. Het was een vijfmanschap en later vier mensen: [appellant] was van de administratie en de financiën, [Y] deed de boekhouding, [Z] de planning en het wagenkamp en ik ging over de verkopen. Wij bepaalden met zijn vieren het beleid van de onderneming.

(...)

In een vergadering van eerdergenoemde vier personen is op voordracht van [appellant] besloten op de naamswijziging.

(...)

De communicatie was niet zo tof. [appellant], [Z] en [Y] werkten op een andere locatie en namen hun eigen beslissingen en ik hoorde daar niet altijd iets van terug. U moet weten dat [appellant] beter geschoold is dan ik, met name op juridisch vlak. Als gezegd waren wij met zijn vieren beleidsbepaler. Op vrijdagavond vergaderden wij met elkaar en als er gestemd werd dan kregen de andere drie in negen van de tien gevallen hun zin.

(...)

Vragen over de jaarrekeningen moet u aan [appellant] stellen.

(...)

Ook vragen over de balans moet u aan [appellant] stellen. Ik meen dat de stukken werden opgemaakt door de accountant. Ik weet niet wie de accountant was. (...)”

2.9. [appellant] heeft onder meer het volgende verklaard:

“Sinds 2003 ben ik betrokken bij SMA Dienstverlening. Ik ben hoofd sales en dus verantwoordelijk voor de klanten. Het management bestond uit [X] als formeel bestuurder, [Y] hoofd boekhouding, [Z] hoofd planning en ik dus hoofd verkopen.

Elke donderdagochtend vergaderde wij over zaken die overleg behoefden. Wij hakten de knopen met zijn vieren door. (...) Van deze vergadering werden notulen bijgehouden. Ik zal de notulen aan de curator toesturen. Zoals [X] zojuist kennelijk heeft verklaard werd ook op vrijdagavond met elkaar gesproken, maar dat was informeel.

(...)

Tot en met 2011 heeft Jour Accountants jaarstukken opgemaakt aan de hand van de eigen administratie die werd bijgehouden door [Y]. Ik weet niet waarom de jaarrekening van 2010 niet is gedeponerd. Ik zal die jaarrekening aan de curator mailen. Ik weet niet waarom dhr. [X] mij naam noemt in dit verband. Hij weet heel goed dat ik in die tijd geen bonnetjes heb zitten intypen.

(...)

Ik zal wel de commerciële balansen van relevante jaren aan de curator toesturen. De administratie is geheel digitaal en in de cloud. [Y] is degene die daar bij kan. Ik heb wel relevante stukken in mijn mail box.

Ik heb naar aanleiding van het gesprek met Van Geel stukken overgelegd. Ik hoor de curator zeggen dat zij nog stukken mist, die kan zij bij mij opvragen. (...)”

De curator heeft de commerciële balansen en andere stukken, ondanks herhaald verzoek, niet ontvangen van [appellant].

2.10. In maart 2014 heeft de curator tot zekerheid van verhaal van haar vordering conservatoir derdenbeslag ten laste van [appellant] laten leggen.

### ***3. Beoordeling***

---

3.1. De curator heeft in eerste aanleg in conventie gevorderd dat de rechtbank [appellant] veroordeelt tot betaling van het volledige tekort in de faillissementen van The 5 c.s., begroot op € 701.257,-. In reconventie heeft [appellant] gevorderd dat de rechtbank alle door de curator ten laste van hem gelegde conservatoire (derden)beslagen opheft en de curator veroordeelt om op straffe van een dwangsom de faillissementsverslagen te rectificeren in dier voege dat daar waar de naam van [appellant] staat vermeld, dit wordt vervangen door “een werknemer”.

3.2. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis [appellant] veroordeeld om aan de curator te betalen het bedrag van de schulden inclusief alle kosten van de faillissementen van SMA Dienstverlening B.V., The 5 Produktie B.V. en The 5 Toerisme B.V., voor zover deze niet door vereffening van de overige baten in de respectievelijke faillissementen voldaan kunnen worden, welk bedrag zal worden vastgesteld in de verificatievergaderingen.

3.3. De vorderingen van [appellant] in reconventie heeft de rechtbank afgewezen.

3.4. Tegen deze beslissingen en de gronden waarop zij berusten komt [appellant] met twee grieven op.

3.5. *Grief 1* richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat hij als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW is aan te merken. [appellant] betoogt dat hij niet als zodanig heeft opgetreden. Daartoe wijst hij er allereerst op dat hij geen bestuurder was en alleen in loondienst werkzaam was. Daarnaast benadrukt [appellant] dat het mede bepalen van het beleid niet voldoende is voor aansprakelijkheid, omdat daarvoor vereist is dat het bestuur terzijde is gesteld. Dat was volgens [appellant] niet het geval. In dat verband stelt [appellant] dat hij een leidinggevende functie had met een groot aantal taken en bevoegdheden waardoor hij ook vergaande beslissingen nam. Zo onderhield hij de contacten met de fiscus, met werknemers, met de afnemers, de schuldeisers, enz. Dat deed hij uitsluitend in opdracht van het bestuur, te weten [X]. De uiteindelijke beslissingen werden ook door [X] als de bestuurder genomen. [appellant] stelt in aanvulling daarop dat hij zo goed mogelijk heeft geprobeerd om de curator van informatie te voorzien, maar dat hij geen toegang had tot bepaalde informatie. Ten slotte stelt [appellant] dat [X] alle belang er bij heeft om zijn rol te bagatelliseren. Wat zijn contacten met derden betreft, stelt [appellant] dat deze contacten ofwel slechts incidenteel waren, ofwel omdat zulks in de rede lagen aangezien hij het meeste verstand had van juridische zaken, waarbij hij herhaalt dat uiteindelijk [X] als de bestuurder de beslissingen nam.

3.6. Volgens art. 2:248 BW is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Lid 7 van art. 2:248 BW bepaalt dat met een

bestuurder gelijk gesteld wordt degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder.

3.7. Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 2:248 lid 7 BW (Kamer II, 1980–1981, 16350, nrs 3-4, blz. 18) volgt dat er sprake is van aansprakelijkheid als de persoon in kwestie zich daadwerkelijk als bestuurder heeft gedragen. In de parlementaire geschiedenis (Kamer II, 1980–1981, 16631, nr. 3 blz. 6 en nr. 6 blz. 24) wordt dat als volgt verduidelijkt: “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 ‘als ware hij bestuurder’ Niet wordt bedoeld op adviseurs (...) 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. (...) Er moet enerzijds directe bemoeienis met het bestuur zijn, anderzijds een feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur, wil er sprake zijn van ‘beleidsbepaler als ware hij bestuurder’.” Het hof overweegt dat met feitelijke terzijdestelling gelijk kan worden gesteld de situatie waarin de medebeleidsbepaler zijn wil aan het bestuur oplegt en het formele bestuur dat gedooft.

3.8. Het hof is evenals de rechtbank van oordeel dat [appellant] als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW is aan te merken, en het maakt de overwegingen van de rechtbank die tot dat oordeel leiden tot de zijne. De bemoeienissen van [appellant] strekten veel verder dan waartoe de werkzaamheden van een werknemer, ook in een leidinggevende functie, behoren. [appellant] en de bestuurder [X] hebben bij de rechter-commissaris verklaard dat het management team uit vier personen bestond, die met elkaar de knopen doorhakten. [appellant] behoorde tot deze groep van vier. Ook uit andere omstandigheden is gebleken dat [appellant] zich bezighield met typische bestuursaangelegenheden. Zo heeft [X] verklaard dat op voordracht van [appellant] is besloten tot naamswijziging van The 5 Uitzendburo B.V. in SMA Dienstverlening B.V. Verder heeft [appellant] tijdens zijn verhoor bij de rechter-commissaris verklaard dat hij alle relevante (financiële) stukken in zijn bezit had, terwijl hij ook de bereidheid heeft uitgesproken ontbrekende stukken aan de curator af te geven. Ook naar de buitenwereld presenteerde [appellant] zich als beleidsbepaler. Zo heeft Blauw van de Belastingdienst in zijn brief van 24 september 2014 aan de curator verklaard dat hij een groot aantal keren contacten heeft onderhouden met [appellant] betreffende The 5 Uitzendburo waarbij de contacten per mail, telefoon en persoonlijk plaatsvonden, en dat de rol van de bestuurder [X] zich beperkte tot het ophalen van post uit de postbus in Heerhugowaard, het uitvoeren van enige administratieve handelingen en het zetten van een handtekening onder stukken die van de hand van [appellant] kwamen, terwijl [X] nimmer zijn feitelijk (inhoudelijk) gesprekspartner was en hij bij telefonische contacten geregeld wisselende medewerkers aan de lijn kreeg, waarna hij ofwel niet werd teruggebeld ofwel door [appellant]. Blauw heeft ook verklaard dat hij diverse malen [X] als de bestuurder had aangeschreven, maar door [appellant] werd teruggebeld of van [appellant] schriftelijk antwoord ontving. Uit de verklaringen van Blauw en zijn collega's blijkt daarnaast dat [appellant] degene was die afspraken maakte, zonder dat [appellant] ooit het voorbehoud had gemaakt dat nog akkoord van de bestuurder [X] was vereist, terwijl [appellant] heeft erkend dat hij geen volmacht had om de onderneming te vertegenwoordigen. Verder blijkt uit een e-mail van 22 september 2014 van een medewerker van FNV Bouw aan de curator dat [appellant] de enige contactpersoon was in de vier loonvorderingsprocedures die FNV Bouw ten behoeve van werknemers van The 5 Uitzendburo heeft gevoerd. Zij verklaart tevens dat alleen [appellant] The 5 Uitzendburo vertegenwoordigde tijdens comparities. [appellant] heeft zich daarnaast belast met het afsluiten van een contract voor een kopieermachine, welk contract hij mede heeft ondertekend. [appellant] was de enige contactpersoon en het enige aanspreekpunt voor Eurofactor AG, althans haar rechtsvoorgangster Eurofactor N.V. S.A., een factoringmaatschappij die kredieten aan The 5 c.s. heeft verstrekt. Bij deze onderneming presenteerde [appellant] zich als “financieel directeur”. Ook voor de werknemers was [appellant] het aanspreekpunt en niet [X], zoals blijkt uit een door de curator overgelegde verklaring van een werknemer. Uit een overgelegde brief, afkomstig van [appellant] aan een werknemer, volgt eveneens dat [appellant] zich met het personeel bezighield. In een door [X] bij email van 30 juli 2014 geaccordeerd

gespreksverslag dd. 29 juli 2014 heeft de curator onder meer geschreven dat over grote beslissingen gestemd werd, dat [appellant] elke stemming won, dat de leiding formeel in handen was van [appellant] en dat als [X] een keer tegenstemde [appellant] het niet-betalen van het salaris van [X] voor die week in stemming bracht, waardoor [X] de financiële consequenties droeg als hij niet de lijnen volgde die [appellant] uitzette. Onbetwist staat vast dat [appellant] de contacten met schuldeisers onderhield en met hen betalingsregelingen sloot, en dat hij de contactpersoon was voor de NEN certificering.

3.9. Tegenover dit alles volgt uit niets dat [appellant], zoals hij stelt, handelde in opdracht van [X] of dat de uiteindelijke beslissingen door [X] werden genomen. Ook wanneer in aanmerking zou worden genomen dat [X] er belang bij heeft om zijn rol te bagatelliseren, kan niet anders dan worden vastgesteld dan dat de invloed van [appellant] op het beleid op alle fronten overwegend is geweest.

3.10. Dit alles leidt tot de conclusie dat [appellant] niet incidenteel, maar doorlopend de onderneming vertegenwoordigde, nagenoeg alle, zo niet alle contacten onderhield met derden en zijn beslissingen over de gang van zaken op alle terreinen doorvoerde, zulks met terzijdestelling van de bestuurder [X], die dat gedoogde, waardoor hij in feite de bestuurstaak uitoefende.

3.11. Grief 1 faalt dan ook.

3.12. *Grief 2* richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat [appellant] zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Daartoe stelt [appellant] dat hij niet degene was die de jaarstukken had behoren te deponeren omdat dat een taak was van [X]. Bovendien had hij geen toegang tot alle stukken. Overigens was het niet tijdig deponeren volgens [appellant] slechts een gering verzuim en niet de oorzaak van het faillissement. Volgens [appellant] was het faillissement van Bouwbedrijf Deurwaarder een belangrijke oorzaak, hoewel hij dat niet kan aantonen omdat hij immers geen toegang had tot bepaalde informatie en stukken. In de toelichting op deze grief doet [appellant] een beroep op disculpatie en op matiging van zijn aansprakelijkheid.

3.13. Artikel 2:248 lid 2 BW bepaalt dat als het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 2:10 BW (boekhoudplicht) of 2:394 BW (publicatieplicht), het zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dit geldt overeenkomstig voor de feitelijk beleidsbepaler op wie eveneens de verplichtingen voortvloeiende uit art. 2:10 en art. 2:394 rusten (HR 23 november 2001 («JOR» 2002/4, m.nt. Blanco Fernández; *red.*), [ECLI:NL:HR:2001:AD4508](#)).

3.14. Vast staat dat niet is voldaan aan de verplichting om de jaarrekeningen 2010 van The 5 c.s. tijdig te deponeren. Vast staat ook dat geen of nauwelijks enige boekhouding boven water is gekomen. Dit rechtvaardigt het oordeel dat [appellant] niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 2:10 BW (boekhoudplicht) of 2:394 BW (publicatieplicht), dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dat wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

3.15. Het verweer van [appellant] dat het faillissement van Bouwbedrijf Deurwaarder een belangrijke oorzaak van het faillissement was heeft hij onvoldoende handen en voeten gegeven. Van hem had verwacht mogen worden dat hij inzichtelijk had gemaakt hoe dat faillissement van Bouwbedrijf Deurwaarder financieel voor de betrokken vennootschappen uitpakte. Dat heeft hij niet gedaan en zijn excuus dat hij niet bij alle stukken kon gaan niet op, omdat [appellant] ook niet heeft uitgelegd hoe het kan dat hij, als feitelijk beleidsbepaler, geen toegang kon krijgen tot de benodigde financiële informatie, noch welke pogingen hij daartoe heeft ondernomen. Anders gezegd, dit verweer wordt als onvoldoende onderbouwd verworpen.



3.16. Niet in geschil is dat de jaarrekeningen 2010 van The 5 c.s. in het geheel niet zijn gedeponereerd. [appellant] kan niet worden gevolgd in zijn betoog dat dit slechts een gering verzuim betreft. De stelling van [appellant] dat het niet deponeren van de jaarrekeningen niet de oorzaak van het faillissement was, kan bij gebreke van een degelijke onderbouwing door [appellant] van wat dan wél de oorzaak van het faillissement was evenmin worden gevolgd.

3.17. De stellingen van [appellant], ter disculpatie, dat het deponeren van de jaarstukken niet tot zijn taak behoorde maar alleen tot die van [X] en dat hij geen toegang had tot de financiële stukken omdat [Y] de boekhouding deed, zodat het [Y] was die zijn taak niet naar behoren heeft vervuld, gaan niet op. Uit de feitelijke gang van zaken zoals hiervoor weergegeven volgt dat [appellant] zich op alle fronten met het beleid bemoeide (in feite bepaalde) en zodoende de bestuursmacht aan zich heeft getrokken, zodat niet zonder meer valt in te zien waarom, wat dan bij uitzondering het deponeren van de jaarstukken betreft, alleen [X], kennelijk met uitsluiting van [appellant], daarvoor verantwoordelijk was, terwijl [appellant] daarvoor ook geen goede verklaring heeft gegeven. Het gegeven dat [Y] de boekhouding deed, verklaart evenmin waarom [appellant] geen inzage in de financiën kon krijgen (en niet kon zorgdragen voor het deponeren van de jaarstukken), nu uit niets blijkt dat [Y] hem de toegang tot die informatie heeft geweigerd.

3.18. Hieruit volgt dat [appellant] niet heeft bewezen 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.

3.19. Het hof ziet geen aanleiding om de aansprakelijkheid van [appellant] te matigen. De stelling van [appellant] dat naast hem ook [X], [Y] en [Z] verantwoordelijk zijn, zodat de aansprakelijkheid in gelijke delen over hen moet worden verdeeld, baat niet. Allereerst is in deze procedure niet aan de orde of (en dus is ook niet vast komen te staan dat) ook [Y] en [Z] als feitelijk beleidsbepalers zijn aan te merken. Wel is komen vast te staan dat de rol van [X] in de gang van zaken op zijn minst genomen van minder gewicht is geweest dan die van [appellant], zodat ook daarin geen grond is gelegen voor matiging van de aansprakelijkheid van [appellant].

3.20. Grief 2 faalt aldus eveneens.

3.21. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de grieven falen. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. [appellant] zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in appel.

---

#### **4. Beslissing**

---

Het hof:

bekrachtigt het bestreden vonnis;

verwijst [appellant] in de kosten van het geding in hoger beroep (...; *red.*);

verklaart de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

---

#### **Noot**

---

1. The 5 Holding BV had drie dochtermaatschappijen: The 5 Uitzendbureau BV, dat kort voor faillissement haar naam wijzigde in SMA Dienstverlening BV, The 5 Produktie BV, een groothandel in relatiegeschenken en The 5 Toerisme BV, een reisbureau. X was via The 5 Holding BV statutair bestuurder van deze drie vennootschappen. SMA Dienstverlening BV werd in december 2013 op

eigen aangifte failliet verklaard. In maart 2014 volgde ook het faillissement van de andere dochters The 5 Productie BV en The 5 Toerisme BV.

2. Appellant (hierna: Y) was in dienst van SMA Dienstverlening BV, aanvankelijk als “medewerker P&O” en later als “hoofd sales”. De curator zag in Y een (mede)beleidsbepaler bij alle drie de dochtermaatschappijen in de zin van art. 2:248 lid 7 BW. De rechtbank volgde de curator en veroordeelde Y tot vergoeding van het boedeltekort van ruim € 700.000 (Rb. Noord-Holland 25 maart 2015, «JOR» 2015/136, m.nt. Bartman). In het onderhavige hoger beroep richt Y zich tegen het oordeel dat hij als feitelijk beleidsbepaler is aangemerkt. Daarin slaagt Y echter niet. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

3. Om als (mede)beleidsbepaler in de zin van art. 2:138/248 lid 7 BW aangemerkt te worden, moet de betrokkene volgens de wettekst gehandeld hebben “als ware hij bestuurder”. Vandaar dat de (mede)beleidsbepaler in de praktijk ook wel “feitelijk bestuurder” wordt genoemd. Wanneer handelt iemand als ware hij bestuurder? Volgens de minister is hiervoor vereist dat het formele bestuur feitelijk terzijde wordt gesteld: “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’” (*Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 24*). Met “feitelijke terzijdestelling” bedoelt de minister dat de feitelijk bestuurder op de plaats van het formele bestuur is gaan zitten en dit bestuur zijn wil oplegt: “De bestuurders zijn ledepoppen en de beleidsbepalers degenen die aan de touwtjes trekken” (*Kamerstukken II 1985/86, 16 631, nr. 27b, p. 20*). Meer expliciet: “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” (*Kamerstukken II 1983/84, 16 631, nr. 6, p. 23*; zie ook paragraaf 3.2 van de conclusie van A-G Timmerman bij HR 2 september 2011, [ECLI:NL:PHR:2011:BQ8104](#)(*Atlanco*