

Hoge Raad verduidelijkt wanneer sprake is van een feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW

Algehele feitelijke terzijdestelling van het bestuur is niet vereist om iemand als feitelijk beleidsbepaler te kunnen aanmerken

Bb 2023/34

In deze bijdrage gaan de auteurs in op het arrest van de Hoge Raad van 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:445, waarin invulling wordt gegeven aan de in de wetsgeschiedenis opgenomen zinsnede dat feitelijke terzijdestelling van het bestuur vereist is om iemand als feitelijk beleidsbepaler als bedoeld in artikel 2:248 lid 7 BW aan te merken.

1. Inleiding

In geval van een faillissement van een besloten vennootschap is iedere bestuurder op grond van artikel 2:248 BW jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het faillissementstekort indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement.² De curator van een gefailleerde vennootschap kan niet alleen de bestuurders van de vennootschap op grond van artikel 2:248 BW hoofdelijk aansprakelijk stellen, maar ook haar feitelijk beleidsbepalers. Het zevende lid van artikel 2:248 BW bepaalt namelijk dat degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of medebepaald 'als ware hij bestuurder' voor de toepassing van deze aansprakelijkheidsbepaling daadwerkelijk gelijkgesteld moet worden met een bestuurder.

Sinds de invoering van artikel 2:248 lid 7 BW op 1 januari 1987 als onderdeel van de derde antimisbruikwet³ heeft discussie plaatsgevonden over de vraag wanneer iemand als feitelijk beleidsbepaler in de zin van deze bepaling kwalificeert. De feitelijk beleidsbepaler is anders dan een bestuurder niet conform de statutaire benoemingsregels benoemd en staat dus als zodanig ook niet ingeschreven in het handelsregister. Het debat spitste zich onder meer toe op de strekking van de in de wetsgeschiedenis opgenomen zinsnede dat sprake moet zijn van 'feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur'.⁴ Tot voor kort was namelijk onduidelijk hoe strikt deze passage moest worden opgevat. Betekende dit bijvoorbeeld dat iemand het bestuur geheel terzijde moet hebben gesteld om als feitelijk beleidsbepaler

aangemerkt te kunnen worden of kan het bestuur zelf ook nog een rol van betekenis hebben gespeeld?

Hoewel in het verleden in de lagere rechtspraak verschillend over deze kwestie is geoordeeld,⁵ heeft de afgelopen jaren met name een toename plaatsgevonden van het aantal uitspraken waarin het vereiste van 'feitelijke terzijdestelling' ruim wordt opgevat, aldus in die zin dat ook personen die niet het volledige bestuur hebben overgenomen als feitelijk beleidsbepaler kunnen worden aangemerkt.⁶ Ook in de literatuur en door A-G's wordt al langere tijd in overwegende mate gepleit voor deze niet-restrictieve uitleg. Zo nam A-G Timmerman reeds in 2011 nadrukkelijk stelling voor het niet al te letterlijk nemen van de in de wetsgeschiedenis opgenomen feitelijke terzijdestelling⁷ en bepleitte Bartman zelfs dat dit vereiste volledig zou moeten komen te vervallen.⁸

Ondertussen was het wachten op een richtinggevend arrest van de Hoge Raad. Na de afgelopen jaren diverse procedures over artikel 2:248 lid 7 BW op grond van artikel 81 RO te hebben afgedaan,⁹ heeft de Hoge Raad dit richtinggevend arrest op 24 maart 2023 eindelijk gegeven.¹⁰ In het arrest verschaft de Hoge Raad meer duidelijkheid over de reikwijdte van artikel 2:248 lid 7 BW door, in lijn met A-G Assink,¹¹ te overwegen dat algehele feitelijke terzijdestelling

1 Koen Rutten en Carljin Tjoa zijn beiden advocaat bij Finch Dispute Resolution te Utrecht.

2 Artikel 2:138 BW bevat een gelijkkluidende regeling met betrekking tot naamloze vennootschappen.

3 Wet van 16 mei 1986, *Stb.* 1986, 275.

4 *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, nr. 6, p. 24.

5 Zie voor een restrictieve uitleg van dit vereiste o.a. Rechtbank Groningen 31 januari 2007, ECLI:NL:RBGR:2007:BB2792; 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 Jacht-service) en Hof Den Haag 28 december 1999, kenbaar uit HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4508 (Mefigro Gendt/Wind q.q.). Zie voor een ruimere uitleg: Hof Arnhem 10 november 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL8324 (Atlanco/Van Schuppen q.q.); Hof Den Haag 22 september 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BJ8234 (Mervyn consultants/De Wijer); Hof Amsterdam 1 maart 2007, *RI* 2007/13; Hof Den Bosch 23 september 2003, *JOR* 2004/5 (Lebon/Hellendoorn q.q.).

6 Zie o.a. de noot van Strik bij Rechtbank Rotterdam 14 april 2010, *JOR* 2010/181 (Smelik-De Regt) en B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht (Deel 1)*, Deventer-Kluwer, 2013, p. 1057-1061. Zie ook: Hof Den Bosch 18 november 2016, ECLI:NL:GHSSE:2014:4748 en Rechtbank Noord-Holland 25 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:2480, *JOR* 2015/136, m.nt. S.M. Bartman.

7 Zie A-G Timmerman in zijn conclusie bij de artikel 81 RO-uitspraak van de Hoge Raad inzake Atlanco/Van Schuppen q.q. van 2 september 2011 (ECLI:NL:PHR:2011:BQ8104).

8 Zie S.M. Bartman in zijn noot bij Rechtbank Noord-Holland 25 maart 2015, *JOR* 2015/136.

9 Zie: HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8104 (Atlanco/Van Schuppen q.q.); HR 17 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9710 (Lebon/Hellendoorn q.q.); HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4508 (Mefigro Gendt/Wind q.q.); HR 28 juni 1996, *RvdW* 1996, 151 (Bodam Jacht-service).

10 HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:445.

11 HR 24 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2022:1023 (concl. A-G Assink).

niet vereist is om iemand te kunnen aanmerken als feitelijk beleidsbepaler. Dit betekent dat ook sprake kan zijn van feitelijke beleidsbepaling indien de formele bestuurders daarnaast hun bestuurstaak (deels) zijn blijven uitoefenen.

Hierna zullen wij eerst een beknopte beschrijving geven van de feiten en het geding in feitelijke instanties. Daarna volgt een praktische beschouwing van de belangrijkste elementen van het arrest van de Hoge Raad.

2. De casus en het geding in feitelijke instanties

Eind december 2014 is eiseres in cassatie benoemd tot enig bestuurder van het enkele maanden eerder opgerichte Red Dragon B.V. (“**Red Dragon**”). Eiseres was reeds vóór haar benoeming tot bestuurder intensief betrokken bij Red Dragon. Zo onderhield zij voorafgaand aan haar benoeming namens Red Dragon het contact met Rabobank, die in deze periode een (omvangrijke) financiering aan de vennootschap heeft verstrekt.

Red Dragon heeft na haar oprichting eerst een bedrijfspand laten bouwen. Nadat de bouw medio 2015 was voltooid, is in het pand een restaurant geopend. De exploitatie van dit restaurant door Red Dragon bleek echter geen lang leven beschoren: begin december 2016, aldus nog geen drie jaar na haar oprichting, is het faillissement van de vennootschap uitgesproken.

Medio 2017 heeft de curator van Red Dragon eiseres gedagvaard en, voor zover in cassatie van belang, een verklaring voor recht gevorderd dat eiseres haar taak als bestuurder c.q. feitelijk beleidsbepaler bij Red Dragon onbehoorlijk heeft vervuld in de zin van artikel 2:248 BW en dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Naast deze verklaring voor recht, vorderde de curator dat eiseres zou worden veroordeeld tot voldoening van het tekort in de failliete boedel.

De rechtbank heeft de door de curator gevorderde verklaring voor recht, voor zover deze betrekking had op eiseres als bestuurder, toegewezen en haar veroordeeld tot betaling van het faillissementstekort met een matiging van € 1.000.000,-.¹²

De rechtbank heeft de toewijzing van de vordering van de curator op grond van artikel 2:248 BW uitsluitend gebaseerd op de omstandigheid dat pinbetalingen van restaurantgasten in de periode van september 2016 tot en met november 2016 zijn doorgeleid naar een andere vennootschap en daarmee zijn onttrokken aan het vermogen Red Dragon. In deze periode was eiseres reeds (enig) bestuurder van de vennootschap. Omdat eiseres aldus reeds als bestuurder op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk kan worden gehouden voor het (gematigde) boedeltekort, heeft de rechtbank het kennelijk niet nodig gevonden zich ook nog uit te laten over de vraag of eiseres kan worden aangemerkt als feitelijk (mede)beleidsbepaler voor de periode voorafgaand aan haar benoeming. De rechtbank rept in de beslissing dan ook met geen woord over artikel 2:248 lid 7

BW. Geheel onbegrijpelijk is dat niet. De curator vorderde immers een veroordeling van eiseres als bestuurder ‘c.q.’ feitelijk beleidsbepaler; aldus als bestuurder *óf* (als dat nodig is) feitelijk beleidsbepaler.

In hoger beroep heeft het hof zich wél gebogen over de vraag of eiseres als feitelijk beleidsbepaler kan worden aangemerkt. Waarschijnlijk omdat de curator nadrukkelijker het handelen van eiseres voorafgaand aan haar benoeming als bestuurder ten grondslag heeft gelegd aan het onbehoorlijk bestuur teneinde het oordeel van de rechtbank tot matiging van tafel te krijgen. Het hof stelt allereerst vast dat eiseres op grond van artikel 2:248 lid 7 BW met een bestuurder gelijk te stellen is. Uit e-mailcorrespondentie tussen Rabobank en eiseres in de periode voorafgaand aan haar benoeming is volgens het hof namelijk genoegzaam gebleken dat eiseres vergaande bemoeienis had gehad met de gang van zaken binnen de gefailleerde vennootschap ten aanzien van de totstandkoming en nadere uitvoering van de financieringsovereenkomst met Rabobank.¹³ Ná de vaststelling dat eiseres voor wat betreft de periode voorafgaand aan haar benoeming als feitelijk beleidsbepaler kan worden aangemerkt, komt het hof tot het oordeel dat sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Aan dat oordeel legt het hof verschillende omstandigheden ten grondslag, waaronder schending van de boekhoud- en publicatieplicht (ex artikel 2:10 BW en artikel 2:394 BW) en misleiding van Rabobank ten tijde van de totstandkoming van de financiering.¹⁴ Omdat eiseres er niet in slaagt een andere oorzaak van het faillissement aan te wijzen, verklaart het hof aldus voor recht dat eiseres haar taken als bestuurder kennelijk onbehoorlijk had vervuld als bedoeld in artikel 2:248 BW ‘in verbinding met artikel 2:248 lid 7 BW’, dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest en dat eiseres voor het tekort in de boedel aansprakelijk is. Eiseres is derhalve ook in hoger beroep veroordeeld tot betaling van het faillissementstekort. Anders dan de rechtbank, matigt het hof het door eiseres te vergoeden bedrag niet. De curator was aldus in zijn doel geslaagd.

3. Hoge Raad

In cassatie heeft eiseres (onder meer) een klacht gericht tegen het oordeel van het hof dat zij als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW kan worden aangemerkt. Volgens eiseres zou dit oordeel op een onjuiste rechtsopvatting berusten. Het hof zou niet hebben beoordeeld of sprake is geweest van feitelijke terzijdestelling van het bestuur, terwijl dit blijkens de wetsgeschiedenis wel een vereiste is om te kunnen spreken van een feitelijk beleidsbepaler, aldus eiseres.

Eisers heeft de Hoge Raad aldus (eindelijk) in de gelegenheid gesteld om antwoord te geven op de vraag in hoeverre een persoon het bestuur feitelijk terzijde moet hebben gesteld

¹² Rechtbank Gelderland 10 juli 2019, ECLI:NL:HR:RBGEL:2019:3164.

¹³ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:8338, rov. 5.12.

¹⁴ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:8338, rov. 5.17 e.v.

om aangemerkt te kunnen worden als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW. In rechtsoverweging 3.3 benadrukt de Hoge Raad vooraleerst dat het van de omstandigheden van het geval afhangt of iemand het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat met de passage uit de parlementaire geschiedenis dat feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur vereist is om iemand als “beleidsbepaler als ware hij bestuurder” te kunnen aanmerken, kennelijk niet beoogd is tot uitdrukking te brengen dat de feitelijk beleidsbepaler moet hebben bestuurd in plaats en met uitsluiting van het formele bestuur. Wél is met deze passage 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. Ook in geval bestuurders hun taken als bestuurder zijn blijven uitoefenen, kan derhalve (daarnaast) sprake zijn van een feitelijk beleidsbepaler.¹⁵

Aldus kon het hof volgens de Hoge Raad 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. In deze beoordeling ligt immers reeds besloten de vraag of eiseres het formele bestuur, ten minste ten dele, feitelijk terzijde heeft gesteld. Derhalve wordt het door eiseres ingestelde cassatiemiddel verworpen.¹⁶

4. Commentaar

Een persoon die geen deel uitmaakt van het bestuur kan toch het beleid van de vennootschap bepalen of mede bepalen. Ter zake zijn (in ieder geval) drie gevalstypen denkbaar, namelijk (i) de situatie waarin iemand het bestuur volledig heeft overgenomen en het formele bestuur aldus feitelijk van het toneel is verdwenen (algehele terzijdestelling), (ii) de situatie waarin iemand het formele bestuur zijn wil oplegt en dat formele bestuur dusdanig ondergeschikt maakt dat het feitelijk tot zijn marionet (stroman) verwordt (het uitdelen van de lakens) en (iii) de situatie waarin iemand op nevengeschikte basis met het bestuur het beleid (mede) bepaalt.¹⁷ Met betrekking tot de derde situatie kan nog onderscheid worden gemaakt tussen (a) de situatie waarin iemand een deel van het beleid zelfstandig heeft bepaald (al dan niet binnen het eigen takenpakket) en de bestuurders het overige beleid hebben bepaald en (b) de situatie waarin iemand samen en in samenspraak met de formele bestuurders het gehele beleid heeft bepaald.

De eerste twee situaties worden in de wetsgeschiedenis genoemd als gevallen waarin iemand als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW kan worden aangemerkt.¹⁸ In zijn arrest van 23 maart 2023 verduidelijkt de Hoge Raad dat niet *uitsluitend* in deze twee situaties sprake kan zijn van feitelijke beleidsbepaling. Ook degene die naast

of samen met het formele bestuur het beleid van de vennootschap heeft bepaald kan worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler (conform het hiervoor genoemde derde gevalstype).

De Hoge Raad beperkt de ‘feitelijke terzijdestelling’ bovendien niet tot de drie hiervoor genoemde voorbeelden, maar laat ook ruimte voor andere vormen van feitelijk beleidsbepalerschap die zich in de praktijk kunnen voordoen, maar zich niet op voorhand laten voorzien. A-G Assink heeft in dit kader nog wel twee voorbeelden genoemd, namelijk (i) de situatie waarin een persoon buiten het formele bestuur om opereert, waarbij wij aannemen dat Assink doelt op de situatie waarin iemand zonder medeweten van het formele bestuur handelt, alsmede (ii) de situatie waarin meerdere niet-bestuurders (gezamenlijk handelend) beleidsbepalend optreden. Volgens Assink is niet uitgesloten dat ook in die gevallen sprake kan zijn van een feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW.¹⁹

De Hoge Raad heeft kortom in dit arrest gekozen voor een ruime uitleg van het begrip ‘feitelijk terzijdestellen’. Deze benadering sluit niet alleen aan bij de reeds bestaande tendens in de lagere rechtspraak en literatuur, maar strookt bovendien met de ratio van artikel 2:248 lid 7 BW. Het doel van artikel 2:248 BW in algemene zin is misbruik van de vennootschap tegengaan. De wetgever heeft met artikel 2:248 lid 7 BW voor ogen gehad het effect van dat doel te verhogen door te bewerkstelligen dat ‘werkelijke bestuurders van de vennootschap’ zich niet kunnen onttrekken aan bestuurdersaansprakelijkheid enkel omdat zij geen formele bestuurder van de vennootschap zijn (geweest).²⁰ De ruime invulling van het begrip ‘feitelijk beleidsbepalerschap’ komt tegemoet aan dit doel en beoogde effect. Indien immers als vereiste zou gelden dat voor het zijn van feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW het formele bestuur geheel terzijde moet zijn gesteld, dan zou deze regeling te eenvoudig kunnen worden omzeild. Het formele bestuur zou dan gedwongen kunnen worden om bepaald beleid mede uit te voeren, waardoor degene die feitelijk achter de knoppen zit in het geheel niet aangesproken kan worden.²¹

De door de Hoge Raad gehanteerde ruime uitleg laat evenwel onverlet dat een persoon niet op te lichte gronden aansprakelijk kan worden gesteld ‘als ware hij een bestuurder’. Deze uitspraak van de Hoge Raad verandert in onze optiek dan ook niets aan de heersende leer dat personen die uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid – zoals aandeelhouder, interne of externe adviseur, bedrijfsleider of titulair directeur – invloed (kunnen) uitoefenen op het beleid van de vennootschap niet als feitelijk beleidsbepaler kunnen worden aangemerkt zo lang zij binnen de grenzen van de aan hen toekomende bevoegdheid gebruikmaken van de mogelijk om invloed uit te oefenen.²² Zo zal bijvoor-

15 HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:445, rov. 3.3.

16 HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:445, rov. 3.4.

17 Zie ook: HR 24 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2022:1023 (concl. A-G Assink).

18 *Kamerstukken II* 1983/84, nr. 6, p. 23-24.

19 HR 24 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2022:1023 (concl. A-G Assink), par. 3.8.3.

20 *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, nr. 3, p. 1 en p. 6.

21 Zie ook: K. Rutten, ‘Intensief toezicht maakt van RvC geen feitelijk beleidsbepaler’, in: *Tijdschrift voor Ondernemingsrechtpraktijk*, 2012/1.

22 Zie ook: *Kamerstukken II* 1980/81, 16631, nr. 3, p. 6, *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, nr. 6, p. 19-20 en p. 23-24.

beeld de commissaris die intensief toezicht uitoefent op het bestuur met het oog op de continuïteit van de onderneming niet reeds om die reden als feitelijk beleidsbepaler aangemerkt kunnen worden. Een ander voorbeeld is dat een aandeelhouder niet reeds op grond van het enkele feit dat hij zijn statutaire goedkeuringsbevoegdheid uitoefent als feitelijk medebeleidsbepaler zal kwalificeren, al kwam de rechtbank Limburg in 2021 nog wel tot een dergelijk – maar in onze optiek onjuist – oordeel.²³ Om dergelijke personen als feitelijk beleidsbepaler aan te kunnen merken, is meer nodig. Dit blijkt ook uit de wetsgeschiedenis, waarin duidelijk wordt gemaakt dat het erom gaat dat de feitelijk beleidsbepaler “de bestuursmacht aan zich trekt” (wat ook zonder medeweten van het bestuur zou kunnen plaatsvinden), zijn wil oplegt aan dat van het bestuur en daarmee de “feitelijke macht in de onderneming in handen genomen” heeft. Of daarvan sprake is, zal steeds weer op basis van de concrete omstandigheden van het geval bepaald moeten worden. Om bijvoorbeeld terug te komen op het voorbeeld van de commissaris: denkbaar is dat onder omstandigheden een commissaris wél als feitelijk beleidsbepaler kan worden aangemerkt, bijvoorbeeld indien zijn intensieve bemoeienis met het bestuur zich niet richt op het veiligstellen van de continuïteit van de onderneming, maar de commissaris het bestuur dwingt tot een wijziging van het algemene beleid van de vennootschap, terwijl dat geen toegevoegde waarde heeft voor de continuïteit van de vennootschap en aldus de noodzaak van een dergelijke wijziging ontbreekt. Overigens wijzen wij erop dat de enkele kwalificatie van feitelijk beleidsbepaler op zichzelf nog niet leidt tot de conclusie dat ook sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling.²⁴ Het hof heeft in de Red Dragon-zaak dan ook de juiste volgorde van gehanteerd door éerst vast te stellen of eiseres als feitelijk beleidsbepaler kan worden aangemerkt en daarna te beoordelen of van kennelijke onbehoorlijke taakvervulling sprake is geweest. Mocht eenmaal zijn vastgesteld dat iemand als feitelijk beleidsbepaler kan worden aangemerkt én dat sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, alsmede aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement, dan brengt de gelijkstelling van de feitelijk beleidsbepaler met een bestuurder, tezamen met het beginsel van collectieve bestuursverantwoordelijkheid, met zich dat iedere bestuurder én iedere feitelijk beleidsbepaler hoofdelijk aansprakelijk is voor de onbehoorlijke taakvervulling; dit ongeacht de vraag wie (in geval van een meerhoofdig bestuur) de betreffende bestuurstaak feitelijk onbehoorlijk heeft vervuld. De systematiek van artikel 2:248 BW heeft ook tot gevolg dat ook indien iemand als feitelijk beleidsbepaler slechts op een gering onderdeel het beleid van de vennootschap (mede) heeft bepaald, diegene in beginsel

aansprakelijk gehouden kan worden voor het gehele boedeltekort. Daar staat evenwel tegenover dat ook de feitelijk beleidsbepaler, net zoals de formele bestuurders, steeds de mogelijkheid heeft een beroep te doen op een individuele disculpatiegrond (artikel 2:248 lid 3 BW), dan wel op matiging (ex artikel 2:248 lid 4 BW). Bovendien kan ook de feitelijk beleidsbepaler zich erop beroepen dat het faillissement is veroorzaakt door een andere oorzaak dan de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling teneinde niet aansprakelijk te worden gesteld voor het boedeltekort.

5. Ter afronding

Het arrest van de Hoge Raad van 23 maart 2023 zal geen enorme aardverschuiving teweegbrengen in de lagere rechtspraak in procedures met betrekking tot artikel 2:248 lid 7 BW. De door de Hoge Raad gekozen ruime uitleg van de vereiste ‘feitelijke terzijdestelling’ werd immers reeds in overwegende mate toegepast door zowel rechtbanken als gerechtshoven. Dat de Hoge Raad thans een richtinggevend arrest heeft gewezen, zal verder vermoedelijk niet tot gevolg hebben dat het aantal procedures over artikel 2:248 lid 7 BW zal afnemen. Immers, juist doordat de invulling van de vraag of sprake is geweest van feitelijke beleidsbepaling sterk afhangt van alle relevante omstandigheden van het geval, zal in concrete gevallen nog steeds getwist kunnen worden over de vraag of die omstandigheden het oordeel dat sprake is geweest van feitelijke beleidsbepaling kunnen dragen.

²³ Rechtbank Limburg 28 april 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:3797. Zie ook de kritische noot van Bartman bij deze uitspraak in *JOR* 2021/207. Bij arrest van 28 juni 2022 (ECLI:NL:GHSHE:2022:2099) heeft het Hof Den Bosch dit vonnis overigens vernietigd, maar het hof is daarbij niet inhoudelijk ingegaan op de door appellanten gerichte grief tegen het oordeel van de rechtbank op grond van artikel 2:248 lid 7 BW.

²⁴ Zie ook: HR 24 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2022:1023 (concl. A-G Assink).