N. Kreileman & C.D.J. Bulten[1]

Het civielrechtelijke bestuursverbod

Ondernemingsrecht 2016/109

Op 1 juli 2016 is de Wet civielrechtelijk bestuursverbod in werking getreden. Vijf nieuwe artikelen in de Faillissementswet (106a-106e Fw) regelen dat een curator of het openbaar ministerie aan de rechtbank kan vragen een bestuurder van een privaatrechtelijke rechtspersoon (art. 2:3 BW), een EESV, een SE of een SCE een bestuursverbod op te leggen. De voorwaarde is dan wel dat de rechtspersoon in kwestie failliet ging. Het begrip 'bestuurder' wordt voor het civielrechtelijke bestuursverbod ruim opgevat; ook een 'feitelijk bestuurder' kan met een verbod geconfronteerd worden. De gronden voor het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod staan limitatief opgesomd in art. 106a lid 1 Fw. Enkel feiten en omstandigheden gelegen na de inwerkingtreding van de wet, kunnen aanleiding geven voor het opleggen van een bestuursverbod. Wat de gevolgen van een opgelegd bestuursverbod zijn, is niet geheel duidelijk. In ieder geval kan een persoon met een bestuursverbod geen bestuurder of commissaris meer zijn. Zowel huidige als toekomstige functies worden getroffen door het verbod. Er geldt een standaardtermijn van vijf jaar, maar de rechtbank mag een kortere termijn geven. Het is de bedoeling dat de bestuursverboden zichtbaar worden in een openbaar register, gehouden door de Kamer van Koophandel. In deze bijdrage gaan wij uitgebreid in op het civielrechtelijke bestuursverbod. Wij hebben ons onthouden van meer fundamentele kritiek of de wettelijke regeling nu wel of niet deugt, omdat het civielrechtelijke bestuursverbod er nu eenmaal is. Wij bespreken dus de wettelijke bepalingen en hun gevolgen, zonder voorstellen voor wijziging te doen.

1. Inleiding

Er is een nieuwe loot aan de stam van de bestrijding van faillissementsfraude: het civielrechtelijke bestuursverbod. Een vijftal nieuwe artikelen in de Faillissementswet (106a-106e Fw) regelt dat een curator of het openbaar ministerie aan de rechtbank kan vragen een persoon een bestuursverbod op te leggen. Vijf limitatieve gronden geven aanleiding voor het verbod. De rechter heeft vervolgens een discretionaire bevoegdheid en kan een persoon voor maximaal vijf jaar verbieden bestuurder te zijn. Het verbod raakt niet alleen de functie bij de failliete rechtspersoon, maar is omnipotent: de betrokkene kan geen bestuurder of commissaris meer zijn. Huidige en toekomstige functies worden dus door het verbod getroffen. Overigens is maatwerk mogelijk, de rechter beslist en kan een uitzondering maken voor huidige functies. Naast de 'statutaire bestuurder' is ook de 'feitelijk beleidsbepaler' vatbaar voor een bestuursverbod. Tot slot gaat het niet alleen om de bestuurder van de privaatrechtelijke rechtspersonen genoemd in art. 2:3 BW. Het bestuursverbod geldt ook in geval van een EESV, SE en SCE.

In deze bijdrage bespreken wij het thans geldende civielrechtelijke bestuursverbod. Wij volgen zoveel mogelijk het stramien van de wettelijke regeling. Na een korte weergave van de achtergrond en de samenhang met andere soorten bestuursverboden (paragraaf 2), komt de reikwijdte van het civielrechtelijke bestuursverbod aan bod. Voor welke rechtspersonen geldt de regeling? Ook de inwerkingtreding verdient aandacht (paragraaf 3). Daarna bezien wij in paragraaf 4 wie precies onder het begrip 'bestuurder' vallen. Na een bespreking van de gronden voor het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod in paragraaf 5, besteden wij in paragraaf 6 uitgebreid aandacht aan de gevolgen van het verbod. In paragraaf 7 beschrijven wij vervolgens de procedurele aspecten van de regeling. Een afsluiting volgt in paragraaf 8.

Wij zullen ons onthouden van meer fundamentele kritiek of de wettelijke regeling nu wel of niet deugt, omdat het civielrechtelijke bestuursverbod er nu eenmaal is. Wij bespreken dus de wettelijke bepalingen en hun gevolgen, zonder voorstellen voor wijziging te doen.[2]

2. Aanleiding en achtergrond

2.1 *Totstandkoming en reden voor invoering*

De Wet civielrechtelijk bestuursverbod kent een wat roerige totstandkomingsgeschiedenis. Zo kwam er veel kritiek op het voorontwerp dat ter consultatie voorlag.[3] Dit gaf aanleiding het ontwerp aan te passen. Een belangrijke wijziging betrof de grond voor het opleggen van een bestuursverbod. Die grond was in het voorontwerp niet nader gespecificeerd, er werden enkel concrete omstandigheden genoemd waarin 'in ieder geval' sprake was van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Dit kwam de rechtszekerheid niet ten goede. Bovendien werd het wettelijk criterium 'onbehoorlijke taakvervulling' zo gebruikt voor verschillende situaties, en dus mogelijk verschillend ingevuld. In art. 106a Fw is nu voorzien in een zogenoemd gesloten stelsel van gronden, zie hierna paragraaf 5.[4] Ondanks de aanpassingen in het wetsvoorstel blijft de literatuur uiterst kritisch. Zo adviseren de pre-adviseurs Keijzer en Lennarts zelfs het wetsvoorstel in te trekken. Zij vragen zich af of 'de schaarse wetgevingsca-

1 Nadia Kreileman is promovenda en Claartje Bulten is hoogleraar Ondernemingsrecht. Zij zijn verbonden aan het Van der Heijden Instituut (OO&R) van de Radboud Universiteit Nijmegen.

2 In het vervolg van deze bijdrage staat 'bestuursverbod' steeds voor 'civielrechtelijk bestuursverbod' en 'bestuurder' voor 'eenieder die in aanmerking komt voor een bestuursverbod', tenzij anders vermeld. De tekst van dit artikel is afgesloten op 5 september 2016.

3 Zie o.a. F.E. Keijzer, 'Het voorontwerp civielrechtelijk bestuursverbod: onvoldoende doordachte daadkracht?', *Ondernemingsrecht* 2013/115; en R.J. Philips, 'Wetsvoorstel Wet civielrechtelijk bestuursverbod', *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk* 2013, afl. 4, p. 114-121.

4 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 11 (MvT).

paciteit' moet worden aangewend voor het invoeren van het civielrechtelijke bestuursverbod.[5] Tot intrekking van het wetsvoorstel komt het niet. Op 8 april 2016 verschijnt de wet in het Staatsblad; op 1 juli 2016 treedt zij in werking.[6]
Het civielrechtelijke bestuursverbod is niet uniek. Nederland schaart zich hiermee in een rij van Europeesrechtelijke landen. Onder meer het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Frankrijk, België, Spanje en Italië kennen een bestuursverbod in een of andere vorm.[7]

De aanhef van de wet toont waarom de invoering van een civielrechtelijk bestuursverbod wenselijk is: het gaat om de bestrijding van faillissementsfraude. Die grond voor invoering van het verbod wordt in de eerste zin van de toelichting al uitgebreid: ook wanbestuur in de aanloop naar een faillissement geeft reden om langs civielrechtelijke weg een bestuursverbod op te leggen.[8] De wet is een onderdeel van de zogenoemde 'faillissementsfraudepijler' van het wetgevingsprogramma dat ziet op de herijking van het faillissementsrecht.[9] De fraudepijler bestaat uit nog twee andere onderdelen. De ene gaat over de herziening van de strafbaarstelling van faillissementsfraude. De andere beoogt de positie van de curator te versterken. De Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude is onlangs in werking getreden.[10] Het Wetsvoorstel versterking positie curator wordt thans behandeld in de Tweede Kamer.[11]
Fraudebestrijding is niet het enige doel. De gronden voor het opleggen van een bestuursverbod zijn breder, zie art. 106a lid 1 Fw. Zo kan een bestuurder die niet meewerkt met de curator een bestuursverbod opgelegd krijgen. Dit heeft met fraude weinig van doen. Ook een bestuurder die aansprakelijk is omdat de jaarrekening niet tijdig is gepubliceerd, loopt het risico van een bestuursverbod. Een fraudeur is hij evenwel niet automatisch. Lennarts en Keijzer signaleren in hun preadvies terecht dat de toelichting 'weinig precies' is: "(…) soms is faillissementsfraudebestrijding het thema, soms gaat het over het onderscheid tussen malafide en bonafide bestuurders, soms over de aanpak van wanbeleid."[12] Ook de term 'evident wanbestuur' valt.[13]

Al met al is de gedachte achter het bestuursverbod dat het toekomstgericht en preventief van aard is. Het verbod moet (blijkbaar) afschrikken om fraude te plegen of malafide handelingen te verrichten. De bedoeling is dat iemand dergelijke activiteiten niet kan voortzetten als bestuurder van een rechtspersoon. Bij dit alles geldt dat het een uitzonderlijke sanctie voor uitzonderlijke situaties is.[14]

2.2 *Andere bestuursverboden*

Een bestuursverbod is niet nieuw. Ingevolge art. 2:298 BW kan een bestuurder van een stichting door de rechtbank worden ontslagen. Het ontslag brengt van rechtswege mee dat de desbetreffende persoon gedurende vijf jaar na het ontslag geen bestuurder van een stichting kan worden, aldus lid 3. De sanctie is een toekomstige; huidige bestuursfuncties bij andere stichtingen mag de ontslagene wel blijven vervullen.[15] De reikwijdte is bovendien beperkt: van iedere andere rechtspersoon mag de betrokkene bestuurder blijven en worden. De bepaling van art. 2:298 BW gaat in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen op de schop. Wat vooralsnog ongewijzigd blijft, is de beperkte reikwijdte: het gaat nog steeds enkel om toekomstige functies bij een stichting.[16] Door de rechtbank ontslagen stichtingsbestuurders zijn overigens zeldzaam.[17]
Het ontslag van de stichtingsbestuurder moet door de griffier op grond van art. 2:302 BW worden ingeschreven in het handelsregister. Deze inschrijving is wederom beperkt: het gaat slechts om het ontslag. Het bestuursverbod wordt niet als zodanig ingeschreven. Een centraal te raadplegen register ontbreekt. De in het genoemde wetsvoorstel voorgestelde wijzigingen brengen hierin geen verandering aan.

De bestuursverboden uit de Faillissementswet en Boek 2 BW zijn overigens niet de enige verboden waar een bestuurder mee kan worden geconfronteerd. Het strafrecht kent de bijkomende sanctie van art. 28 lid 1 Sr: de ontzetting uit beroep of ambt.[18] Uit onderzoek blijkt dat een dergelijke ontzetting niet vaak wordt gevorderd en opgelegd. De modaliteiten van het instrument zijn redelijk onbekend bij het OM en de rechterlijke macht.[19] Dit werpt de vraag op of, als het OM het strafrechtelijke instrument al nauwelijks hanteert, zij wel het civielrechtelijke verbod actief gaat inzetten.

5 F.E. Keijzer & M.L. Lennarts, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod: geen medicijn maar een placebo', in: D. Busch e.a. (red), *Wet continuïteit van ondernemingen en het bestuursverbod* (Preadviezen Vereeniging 'Handelsrecht' 2014), Zutphen: Paris 2014, p. 125 en 155.
6 Wet van 8 april 2016 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een civielrechtelijk bestuursverbod (Wet civielrechtelijk bestuursverbod), *Stb.* 2016, 153. De inwerkingtreding op 1 juli 2016 volgt uit het Besluit van 27 mei 2016, gepubliceerd in *Stb.* 2016, 205.
7 Zie over civielrechtelijke bestuursverboden in andere juridicties o.a. T. Reker, 'Het gewijzigde wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod', *TvI* 2015/46.
8 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 1 (MvT).
9 Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 29911, 74.
10 Zie Wet van 8 april 2016 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de economische delicten met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging, alsmede het voorkomen van faillissementsfraude (herziening strafbaarstelling faillissementsfraude), *Stb.* 2016, 153. De wet is op 1 juli 2016 in werking getreden, zie *Stb.* 2016, 205.
11 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34253, 6 (NV).
12 Zie F.E. Keijzer & M.L. Lennarts 2014, p. 128.
13 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 6 (MvT).
14 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 2-4 (MvT).
15 Zie *Asser/Rensen 2-III** 2012/353. Volgens Rensen blokkeert het bestuursverbod van art. 2:298 lid 3 BW wel een eventuele herbenoeming bij een andere stichting.
16 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 2. De meest in het oog springende wijziging is de aanpassing van de gronden voor ontslag (art. 2:298 lid 1 BW); men zoekt aansluiting bij het ontslag van een structuurcommissaris door de Ondernemingskamer, zie art. 2:271 lid 2 BW. Daarnaast geldt de ontslagmogelijkheid en daarmee het verbod ook voor een commissaris van een stichting.
17 Aldus ook *Asser/Rensen 2-III** 2012/353 onder verwijzing naar D.R. Doorenbos, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod voor faillissementsfraudeurs: een ambivalent voorstel', *Ondernemingsrecht* 2008/124. Zie voor een recent geval Rb. Amsterdam 8 januari 2015, *JOR* 2015/195, m.nt. Blanco Fernández (*Curatoren Lips/Lips*).
18 Zie over art. 28 lid 1 Sr R. Heemskerk, *SDU Commentaar op Wetboek van Strafrecht,* art. 28 Sr.
19 Zie M. Malsch e.a., *Strafrechtelijke ontzetting uit beroep of ambt, Oplegging en naleving in de periode 1995 – 2008*, Amsterdam: NSCR, WODC 2009, p. 2. Zie www.wodc.nl (afgerond onderzoek).

Zulks klemt te meer, nu het zelf al in een vroeg stadium van het wetgevingsproces heeft aangegeven geen geld en middelen vrij te kunnen maken voor een adequate inzet van het civielrechtelijke bestuursverbod.[20] De minister heeft opgemerkt dat hij vindt dat de curator de eerstaangewezene is om een verbod te vragen. Op deze taak van de curator is vanuit de literatuur en de praktijk veel kritiek gekomen. De belangrijkste luidt: waarom moet een curator die het belang van de boedel als uitgangspunt heeft, om een bestuursverbod verzoeken (welk verzoek tijd en geld kost), terwijl dat verbod voor 'zijn boedel' niets oplevert?[21]

2.3 *Handhaving: een openbaar register*

Voor het bestuursverbod in de Faillissementswet komt er, anders dan bij het verbod voor stichtingbestuurders en de ontzetting uit het strafrecht het geval is, een centraal register. De opgelegde bestuursverboden moeten (nu wel) kenbaar zijn. Dit register wordt gekoppeld aan het handelsregister, zie art. 106b lid 3 Fw. Het centrale register en de juridische mogelijkheid een bestuursverbod in te schrijven in het handelsregister zijn er echter nog niet. Hiervoor is een wijziging van de Handelsregisterwet 2007 en het Handelsregisterbesluit 2008 vereist. De bedoeling was dat een en ander tegelijkertijd met de invoering van een centraal aandeelhoudersregister werd geregeld.[22] De plannen zijn echter gewijzigd.[23] De wetgever is thans voornemens de registratie van het bestuursverbod op te nemen in de wijziging van de Handelsregisterwet die in 2015 ter consultatie voorlag.[24] Tot op heden is een wettekst noch een termijn waarop er een wetsvoorstel komt, bekend. Het civielrechtelijke bestuursverbod kan dus al wel worden opgelegd, maar nog niet worden geregistreerd. Saillant detail is dat de Kamer van Koophandel hier anders over denkt. Zij opende reeds een internetpagina met de (nu nog blanco) lijst van opgelegde bestuursverboden.[25]

2.4 *Strijd met grondrechten?*

In de voorontwerpfase en in de parlementaire geschiedenis is aandacht gevraagd en besteed aan de grondrechtelijke component van het bestuursverbod. Zo spelen er mogelijk privacyissues en is het de vraag of er geen sprake is van een ongeoorloofde inbreuk op het fair trial-beginsel van art. 6 EVRM, waar ook het nemo tenetur-beginsel onder valt.[26] De wetsgeschiedenis wijst in dit verband op uitspraken van het EHRM, waaruit zou blijken dat een civielrechtelijk bestuursverbod (in het VK) niet onder het begrip 'criminal charge' van art. 6 EVRM valt. Het nemo tenetur-beginsel gaat dan niet op. Wij laten dit verder rusten.[27]

3. Reikwijdte en inwerkingtreding

3.1 *Materiële reikwijdte*

De wetsartikelen laten zien welke typen rechtspersonen onder de reikwijdte van het bestuursverbod vallen. Art. 106a Fw knoopt aan bij de bij Boek 2 BW geregelde rechtspersonen.[28] De bestuurders van de 'privaatrechtelijke rechtspersonen' van art. 2:3 BW kunnen een bestuursverbod krijgen. De voorwaarde is dan wel dat de rechtspersoon in kwestie failliet ging, zie de aanhef van art. 106a lid 1 Fw. Bestuurders van privaatrechtelijke rechtspersonen die door middel van een turboliquidatie ex art. 2:19 lid 4 BW zijn opgehouden te bestaan, ontlopen dus het risico geconfronteerd te worden met een bestuursverbod.[29]

Ook aan bestuurders van kerkgenootschappen of zelfstandige onderdelen hiervan (art. 2:2 BW) kan geen bestuursverbod opgelegd worden. Zulks geldt eveneens voor de publiekrechtelijke rechtspersonen ex art. 2:1 BW. Dat is op het eerste gezicht logisch, want zij zullen niet snel failliet gaan.[30] Het faillissement van een lichaam met een overheidstaak (zie lid 2 van art. 2:1 BW) – denk aan een zelfstandig bestuursorgaan – is evenmin goed denkbaar.[31] Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat daarnaast de ingrijpendheid [*sic*] van de sanctie en het private karakter ervan zich niet verdragen met een bestuursverbod dat zich uitstrekt tot publiekrechtelijke rechtspersonen.[32] Deze beperkte reikwijdte van de regeling brengt mee dat bijvoorbeeld een bestuurder van een (failliete) BV met een bestuursverbod, geen bestuurder kan worden of blijven van een stichting of een andere BV. Hij mag wél bestuurder blijven van een waterschap of benoemd worden tot bestuurder van een lichaam met een overheidstaak. Een scheve situatie, maar zo is het. Wellicht is in dergelijke gevallen de druk vanuit het publiek (en de media) zo groot dat een persoon toch zelf af

20 Advies College van Procureurs-Generaal, *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 8 (Bijlage).
21 Zie o.a. F.E. Keijzer & M.L. Lennarts 2014, p. 132-133; en M.L. Lennarts, 'Boeven vangen op kosten van de boedel? De curator als hoeder van het algemene belang? Geen goed plan!', *TvI* 2013/26.
22 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 7 (MvT). Zie voor de laatste stand van zaken betreffende het Centraal Aandeelhoudersregister: *Kamerstukken II* 2015/16, 31477, 10.
23 Zie *Kamerstukken I* 2015/16, 34011, D, p. 3 (NMvA).
24 Zie *Kamerstukken I* 2015/16, 34011, B, p. 6 (MvA).
25 Zie www.kvk.nl/over-de-kvk/civielrechtelijk-bestuursverbod/.
26 Nemo tenetur prodere se ipsum, niemand is verplicht aan zijn eigen veroordeling mee te werken.
27 Zie verder o.a. M.C.E. Peels, 'Wetsvoorstel Civielrechtelijk Bestuursverbod en nemo tenetur: wikken en wegen', *TvI* 2015/4. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 9-10 (MvT).
28 Voor de volledigheid: het gaat om de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij, de NV, de BV en de stichting.
29 Zie hierover uitgebreid S. Renssen, 'Art. 2:19 lid 4 BW: een maas in de wet?', *JBN* 2016/13.
30 Ondenkbaar is het echter niet. Voor een gemeente geldt de Financiële-verhoudingswet (een 'artikel 12-gemeente'), maar voor de andere publiekrechtelijke rechtspersonen is voor zover wij weten niet voorzien in een bijzondere regeling.
31 Naast de in lid 1 van art. 2:1 BW genoemde publiekrechtelijke rechtspersonen, maakt lid 2 gewag van lichamen met een overheidstaak die op grond van een (formele) wet rechtspersoonlijkheid hebben. Zo is bijv. de SER op grond van art. 1 lid 3 van de Wet op de Sociaal-Economische Raad een rechtspersoon. De bestuurder van de SER kan uit hoofde van die hoedanigheid geen bestuursverbod opgelegd krijgen. Krijgt hij een bestuursverbod als bestuurder van een BV, dan treft dat verbod niet zijn bestuursfunctie bij de SER. Ook een toekomstige benoeming als bestuurder van de SER blijft mogelijk, ondanks een opgelegd bestuursverbod.
32 *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 24 (MvT). In de Eerste Kamer kwam de uitsluiting van de rechtspersonen van art. 2:1 BW ook aan de orde. De minister voegde aan de woorden in de toelichting toe dat er voor die rechtspersonen 'een eigen en beproefd stelsel van politieke, bestuurlijke en democratische controle' geldt. Zie *Kamerstukken I* 2015/16, 34011, B, p. 2 (MvA).

zal treden. Het is overigens ook denkbaar dat een gemeente bestuurder is van een BV, en vervolgens na faillissement van die BV geconfronteerd wordt met een bestuursverbod. De wet zegt immers niet dat het bestuursverbod enkel natuurlijke personen kan treffen. In de praktijk wordt veelal echter niet de gemeente, maar een ambtsdrager of een ambtenaar als bestuurder benoemd.

Naast de 'gewone rechtspersonen' van Boek 2 BW is de regeling van het bestuursverbod ook van toepassing op het EESV, de SE en de SCE met statutaire zetel in Nederland.[33] Voor de zogenoemde buitenlandse rechtspersonen – corporaties beheerst door buitenlands recht, zie art. 10:117 tot en met 10:119 BW – kent de wettelijke regeling geen voorziening, maar volgens de wetsgeschiedenis is die er wél.

Het uitgangspunt is dat het bestuursverbod zich niet kan 'uitstrekken tot naar buitenlands recht opgerichte rechtspersonen'. Deze vorm van 'extraterritoriale jurisdictie' heeft de Nederlandse rechter niet.[34] Zulks volgt uit het feit dat in Nederland het incorporatiestelsel geldt. Dit stelsel betekent – kort gezegd – dat een rechtspersoon wordt beheerst door het recht volgens welk hij is opgericht. Het Nederlandse internationale privaatrecht (hierna: IPR) maakt een uitzondering op het incorporatiestelsel in art. 10:121 BW. Voor een buitenlandse rechtspersoon die in Nederland aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen is en hier failliet wordt verklaard, gelden de Nederlandse wetsartikelen inzake aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (art. 2:138 en 2:149 BW). De Commissie vennootschapsrecht adviseerde om deze bepaling bij het wetsvoorstel te betrekken.[35] In de memorie van toelichting staat daarom dat in de verwijzing in sub a van art. 106a lid 1 Fw naar art. 2:138/2:248 BW besloten ligt dat 'ook in deze omstandigheden een civielrechtelijk bestuursverbod gevorderd kan worden.'[36]

Indien de minister met deze opmerking bedoelt dat een bestuurder van een failliete corporatie die ex art. 10:121 BW aansprakelijk is tevens een bestuursverbod opgelegd kan krijgen, – en wij zien niet goed welke andere bedoeling hij heeft – dan heeft hij het bij het verkeerde eind. Ons IPR maakt met de bijzondere aansprakelijkheid van art. 10:121 BW een uitzondering op het incorporatiestelsel. Als het bestuursverbod ook een dergelijke uitzondering moet zijn, dan is onzes inziens een wettelijke IPR-bepaling nodig. Het bestuursverbod is nu beperkt tot rechtspersonen in de zin van art. 2:3 BW, zoals uit de aanhef van art. 106a lid 1 Fw expliciet blijkt.[37]

Heeft iemand een (Nederlands) bestuursverbod, dan zijn de gevolgen daarvan te omzeilen door het tussenschuiven van een buitenlandse rechtspersoon, bijvoorbeeld een Engelse Limited. De laatste wordt direct bestuurder, en onze man met een bestuursverbod is als bestuurder van de Limited de indirecte bestuurder van een Nederlandse rechtspersoon. De minister geeft in de wetsgeschiedenis aan deze route bij de huidige stand van de Europese wet- en regelgeving inderdaad mogelijk is.[38] Hij wijst op de toezegging die de Europese Commissie heeft gedaan om grensoverschrijdende aspecten van bestuursverboden te bestuderen. De studie zou voor 1 januari 2016 verschijnen, maar wij hebben nog niets gezien.

Een laatste aspect van de internationale dimensie van het bestuursverbod betreft de inschrijving van een corporatie en zijn bestuurder met een (Nederlands) bestuursverbod in het handelsregister. De inschrijving is vereist als men hier te lande actief wil zijn. De minister is stellig: inschrijving van een dergelijke buitenlandse rechtspersoon zal worden geweigerd.[39] Een aanpassing van het Handelsregisterbesluit 2008 is vereist en ook al aangekondigd, maar tot op heden nog niet gerealiseerd. Op dit punt kunnen wij de wetgever ook niet volgen en bovendien spreekt de minister zichzelf tegen. Een bestuursfunctie bij een buitenlandse vennootschap blijft met een Nederlands bestuursverbod immers mogelijk. De wet knoopt voor de reikwijdte ook herhaaldelijk aan bij de rechtspersonen van art. 2:3 BW, zie art. 106a en 106c Fw. Tot slot is goed denkbaar dat de weigering om in te schrijven in strijd komt met de Europeesrechtelijke vestigingsvrijheid.[40] Kan een bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon worden geweigerd wanneer hij een (Nederlands) bestuursverbod heeft? Op basis van de regeling in de Faillissementsrecht volgens ons niet, maar met de aangekondigde aanpassing van het Handelsregisterbesluit 2008 is dit wel mogelijk.

3.2 *Temporele reikwijdte*

De wet geldt voor een na 1 juli 2016 uitgesproken faillissement. Alle feiten en omstandigheden die aanleiding kunnen geven tot het opleggen van een bestuursverbod, moeten ingevolge art. II van de wet na die datum zijn gelegen. Wordt een BV op 1 augustus 2017 failliet verklaard en de bestuurder vervolgens aansprakelijk gehouden ex art. 2:248 BW omdat in (een van) de drie jaren voorafgaand aan het faillissement hij de administratie- of publicatieplicht van lid 2 heeft veronachtzaamd, dan kan hij geen bestuursverbod krijgen. Dit geldt volgens ons ook als het gaat om de openbaarmaking van de jaarrekening over het boekjaar 2015 of 2016. De termijnoverschrijding voor het boekjaar (en kalenderjaar) 2015 komt pas in februari 2017 vast te staan.[41] Dit ligt na de datum van inwerkingtreding van de wet. Maar het feit waar het om gaat is de jaarrekening over het boekjaar 2015, en die heeft betrekking op een periode ervoor. Het bestuursverbod was toen nog niet in de wet verankerd, dus onze bestuurder ontspringt op dit punt de dans. Eenzelfde

33 Zie art. 106e Fw.
34 *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 24 (MvT).
35 Commissie vennootschapsrecht, *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 2 (Bijlage).
36 *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 18 (MvT). Zie ook p. 24, waar de minister expliciet een uitzondering maakt voor art. 10:121 BW.
37 Aldus ook (uitgebreid) M. Zilinsky, 'Civielrechtelijk bestuursverbod en bestuurder van een buitenlandse rechtspersoon', *WPNR* 2016(7097), p. 182-183.
38 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2014/15, 34011, 6, p. 21-22 (NV); en *Kamerstukken I* 2015/16, 34011, D, p. 2 (NMvA).
39 *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 6 (MvT).
40 Aldus ook Zilinsky, *WPNR* 2016(7097), p. 183-184.
41 Zie art. 2:210 jo. 2:394 lid 2 en 3 BW. Wij gaan er in het voorbeeld van uit dat de aandeelhouders en bestuurders niet identiek zijn.

redenering gaat op voor het eerste gedeelte van kalender- en boekjaar 2016.

4. Het begrip 'bestuurder' in de zin van art. 106a lid 1 Fw

4.1 *Formele en feitelijke bestuurders*

Het bestuursverbod kan allereerst worden opgelegd aan de formele ('statutaire') bestuurders van de failliete rechtspersoon. Hanteert de rechtspersoon het monistische bestuursmodel, dan lopen ingevolge art. 106d lid 2 Fw de uitvoerende bestuurders het risico met een bestuursverbod geconfronteerd te worden. Niet-uitvoerende bestuurders lopen dit risico niet. Zij komen op grond van art. 106d lid 2 Fw niet in aanmerking voor een bestuursverbod. De rechter kan het bestuursverbod behalve aan voornoemde formele bestuurders ook opleggen aan gewezen bestuurders van de failliete rechtspersoon. Uit art. 106a lid 1 Fw volgt dat een gewezen bestuurder enkel in aanmerking komt voor een bestuursverbod, indien hij in de periode van drie jaren voorafgaand aan het faillissement de functie van bestuurder bekleedde bij de failliete rechtspersoon. Maakt de failliete rechtspersoon deel uit van een groep, dan kan de rechtbank het bestuursverbod op grond van art. 106a lid 1 Fw niet tevens opleggen aan de bestuurders van de holding. Dit is slechts anders, indien zij kwalificeren als 'feitelijke bestuurders' van de failliete rechtspersoon.

Onder het begrip 'bestuurder' valt niet alleen de formele (gewezen) bestuurder van de failliete rechtspersoon. Ingevolge art. 106d lid 1 Fw omvat het begrip ook 'degene die het beleid heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder'. Voor de inkleuring van de term 'feitelijk bestuurderschap' moet aansluiting worden gezocht bij de invulling van art. 2:138/2:248 lid 7 BW.

De wet voorziet ook in een doorbraakbepaling die verwant is aan art. 2:11 BW. Is de bestuurder van de failliete rechtspersoon een rechtspersoon, dan vallen ingevolge art. 106a lid 2 Fw tevens de indirecte bestuurders van de failliete rechtspersoon onder de reikwijdte van de regeling. Omdat art. 106a lid 2 Fw aan art. 2:11 BW is ontleend, menen wij dat de doorbraakbepaling in de Faillissementswet op dezelfde wijze moet worden uitgelegd als haar evenknie in Boek 2 BW.[42]

Tot slot komen krachtens art. 106 lid 4 Fw ook natuurlijke personen die handelen of hebben gehandeld in de uitoefening van een beroep of bedrijf in aanmerking voor een bestuursverbod ex art. 106 lid 1 Fw. Dat is enigszins opmerkelijk, omdat deze natuurlijke personen geen misbruik maken van het schild van rechtspersoonlijkheid. Een natuurlijk persoon die handelt of heeft gehandeld in de uitoefening van een beroep of bedrijf, is immers steeds persoonlijk aansprakelijk.[43] De toegevoegde waarde van deze bepaling ligt volgens de minister vooral in de gevolgen van een opgelegd bestuursverbod, zie verder paragraaf 6.[44]

4.2 *Commissarissen en niet-uitvoerende bestuurders*

Het is opvallend dat commissarissen niet onder het toepassingsbereik van de regeling vallen. Het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen breidt de regeling betreffende het eerder genoemde civielrechtelijke bestuursverbod bij stichtingen wel tot hen uit.[45] Hoewel de Commissie vennootschapsrecht een uitbreiding van de regeling tot commissarissen bepleitte, nam de wetgever deze suggestie niet over.[46] Dat betekent dat commissarissen enkel in aanmerking komen voor een bestuursverbod, indien zij zijn aan te merken als feitelijke beleidsbepalers in de zin van art. 106d lid 1 Fw.[47]

Wij menen dat het nodige valt af te dingen op deze keuze van de wetgever. Niet alleen bestuurders, maar ook commissarissen kunnen voldoen aan een van de in art. 106a lid 1 Fw genoemde gronden. Zo kunnen commissarissen via art. 2:149/2:259 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn op grond van art. 2:138/2:248 BW en kunnen zij tekortschieten in de nakoming van informatie- of medewerkingsverplichtingen. Wil men met het bestuursverbod consequent zijn, dan moeten ook commissarissen een dergelijk verbod opgelegd kunnen krijgen. Dit geldt te meer voor niet-uitvoerende bestuurders. Zoals gezegd, vallen zij ingevolge art. 106d lid 2 Fw eveneens buiten het toepassingsbereik van de regeling. Dat is vreemd, omdat in Nederland het uitgangspunt van collegiaal bestuur geldt. Wij menen dan ook dat de keuze van de wetgever om niet-uitvoerende bestuurders gelijk te stellen met commissarissen, niet strookt met de gedachte van collegiaal bestuur.[48]

5. Gronden voor het bestuursverbod

5.1 *Inleiding*

Wanneer kan de rechter een civielrechtelijk bestuursverbod opleggen? Art. 106a Fw bepaalt dat een civielrechtelijk bestuursverbod uitsluitend kan worden opgelegd ter zake van de gedragingen die tijdens of in de periode van drie jaren voorafgaande aan het uitspreken van het faillissement hebben plaatsgevonden. Gedragingen die daarvóór hebben plaatsgevonden, vallen aldus niet onder de reikwijdte van het bestuursverbod. Hierbij geldt dat de rechter het

42 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 22 (MvT).

43 Evenzo o.a. F.E. Keijzer & M.L. Lennarts 2014, p. 131-132; en A.C. Stroeve, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod vanuit notarieel perspectief', *WPNR* 2015(7059), p. 356-362.

44 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 23 (MvT).

45 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 2, p. 11.

46 Commissie vennootschapsrecht, *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 2 (Bijlage).

47 Zie voor een voorbeeld waarin een commissaris als feitelijk bestuurder werd beschouwd Rb. Rotterdam 14 april 2010, *JOR* 2010/181 (*Smelik/De Regt I*).

48 Bovendien plaatsen wij een kanttekening bij de gelijkstelling van niet-uitvoerende bestuurders met commissarissen. Niet alleen dragen de niet-uitvoerende bestuurders – anders dan de commissarissen – bestuursverantwoordelijkheid. Ook is de taak van de niet-uitvoerende bestuurders ruimer dan die van de commissarissen.

bestuursverbod enkel in de in art. 106a lid 1 Fw genoemde gevallen kan opleggen. Doet een van de in art. 106a lid 1 Fw genoemde gevallen zich voor, dan *kan* de rechter het bestuursverbod opleggen. Er bestaat geen verplichting.[49] Blijkens de wetsgeschiedenis kan een in het buitenland opgelegd bestuursverbod meewegen voor het Nederlandse verbod. De discretionaire bevoegdheid van de rechter biedt hiervoor ruimte. De invloed van het buitenlandse verbod blijft beperkt tot een 'factor'; van een aparte grond is geen sprake.[50]

5.2 *Aansprakelijkheid ex art. 2:138/2:248 BW*

Het bestuursverbod kan ten eerste worden opgelegd indien de rechter bij onherroepelijk geworden uitspraak heeft geoordeeld dat de bestuurder aansprakelijk is op grond van art. 2:138/2:248 BW. Moet de curator wachten tot de aansprakelijkheid onherroepelijk vaststaat alvorens hij een vordering tot het treffen van een bestuursverbod kan instellen? Het antwoord op deze vraag luidt negatief.[51] Het bestuursverbod gaat echter pas in zodra de uitspraak waarin de bestuurder succesvol aansprakelijk is gesteld, onherroepelijk is. In de tussentijd kan de rechter de bestuurder op verzoek van het OM of op vordering van de curator schorsen ex art. 106 c lid 4 Fw.

Verschillende auteurs menen dat de sanctie van art. 106a lid 1 sub a Fw te zwaar is indien het bestuur slechts niet heeft voldaan aan de publicatieverplichtingen als bedoeld in art. 2:394 BW jo. art. 2:138/2:248 lid 2 BW.[52] Deze discussie wordt niet alleen gevoerd in het kader van het civielrechtelijke bestuursverbod. Zij heeft een breder bereik. Sinds jaar en dag pleit menig auteur voor het schrappen van de verwijzing naar de publicatieplicht ex art. 2:394 BW in art. 2:138/2:248 lid 2 BW.[53] Hoewel de Hoge Raad in zijn meer recente jurisprudentie probeert de scherpe kantjes van de overschrijding van de termijn voor publicatie weg te nemen door de overschrijding als een onbelangrijk verzuim te kwalificeren, kunnen wij ons in de kritiek in de literatuur vinden.[54]
De minister achtte het naar aanleiding van de kritiek niet noodzakelijk de redactie van art. 2:138/2:248 lid 2 BW of art. 106a lid 1 sub a Fw aan te passen. Hij wijst erop dat de soep niet zo heet wordt gegeten als zij wordt opgediend. Een bestuurder ontspringt de aansprakelijkheidsdans indien hij – of een medebestuurder – het bewijsvermoeden van art. 2:138/2:248 lid 2 BW ontzenuwt of aantoont dat de schending van de administratie- of publicatieplicht kwalificeert als een onbelangrijk verzuim. Ook kan een aangesproken bestuurder zich trachten te disculperen ex art. 2:138/2:248 lid 3 BW. Ontkomt een bestuurder op een van de hiervoor beschreven mogelijkheden aan aansprakelijkheid, dan kan de rechter hem geen bestuursverbod opleggen. In het andere geval komt de bestuurder wel in aanmerking voor een bestuursverbod. De bestuurder kan zich dan niet alsnog trachten te disculperen. Hadden er gronden voor disculpatie bestaan, dan was de bestuurder immers niet aansprakelijk ex art. 2:138/2:248 BW.

Tot slot een enkele opmerking over de reikwijdte van de eerste grond. De rechter kan het bestuursverbod niet opleggen indien de curator de bestuurder succesvol heeft aangesproken op grond van art. 2:9 BW of art. 6:162 BW.[55] Ook lopen bestuurders van niet-commerciële verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen op grond van de schakelbepalingen neergelegd in art. 2:50a, 2:53a en 2:300a jo. 2:138 BW niet het risico met een bestuursverbod geconfronteerd te worden. In het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen wordt echter voorgesteld het huidige art. 2:138/2:248 BW te verplaatsen naar de algemene bepalingen van Boek 2 BW.[56] Treedt het wetsvoorstel in de huidige vorm in werking, dan vallen ingevolge het voorgestelde art. 2:9c BW de bestuurders van alle rechtspersonen onder het bereik van art. 106a lid 1 sub a Fw.

5.3 *'Faillissementspauliana-plus'*

De rechter kan voorts een bestuursverbod opleggen aan de bestuurder die doelbewust namens de rechtspersoon handelingen heeft verricht, toegelaten of mogelijk gemaakt waardoor schuldeisers aanmerkelijk zijn benadeeld en die overeenkomstig art. 42 of 47 Fw bij onherroepelijk geworden uitspraak door de rechter zijn vernietigd. Wij duiden deze grond aan met de term 'faillissementspauliana-plus'. De norm van art. 106a lid 1 sub b Fw is namelijk zwaarder dan die van art. 42 en 47 Fw. Zo komt een bestuurder die paulianeuze handelingen heeft verricht, toegelaten of mogelijk gemaakt, enkel voor een bestuursverbod in aanmerking, indien hem een ernstig persoonlijk verwijt treft. Deze eis komt tot uitdrukking in de term *doelbewust* in art. 106a lid 1 sub b Fw, zo leert de toelichting.[57] Bovendien is, anders dan in art. 42 en 47 Fw, niet voldoende dat de paulianeuze handeling leidt tot benadeling van schuldeisers. Art. 106a lid 1 sub b Fw vereist een *aanmerkelijke* benadeling van schuldeisers. Wat moet onder de term 'aanmerkelijk' worden verstaan? De invulling van dit begrip is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zo blijkt wederom uit de wetsgeschiedenis. De wetgever noemt als relevante omstandigheden onder meer de aard, omvang en frequentie van de benadeling, de omvang van de boedel en de omvang

49 Aldus ook *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 3 en 15-16 (MvT).
50 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 16 (MvT). Het laten meewegen van het buitenlands verbod was een suggestie van de Commissie vennootschapsrecht. De rechter kan hiervoor de buitenlandse registers raadplegen, indien deze er zijn en openbaar zijn. Het Verenigd Koninkrijk kent zo'n openbaar register. Zie ook *Kamerstukken* 2014/15, 34011, 6, p. 20 (NV).
51 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 14 (MvT); en *Handelingen II* 2014/15, 97, item 6, p. 14.
52 O.a. F.E. Keijzer & M.L. Lennarts 2014, p. 128-129. Zie ook Commissie vennootschapsrecht, *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 2 (Bijlage).
53 O.a. B.J. De Jong & M.P Nieuwe Weme 2006, *Publicatie van de jaarrekening* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 91), Deventer: Kluwer 2006, p. 118; en M.J. Kroeze, *Bange bestuurders*, Deventer: Kluwer 2005, p. 11-12.
54 Zie HR 12 juli 2013, *JOR* 2013/300, m.nt. Van Andel (*Bobo Holding/König q.q.*) en HR 1 november 2013, *JOR* 2013/336, m.nt. Van Andel (*Verify*).
55 Zie ook Commissie vennootschapsrecht, *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 2 (Bijlage).
56 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 2, p. 3-4.
57 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 18 (MvT).

van de vorderingen van de gezamenlijke schuldeisers.[58] Het verdient ten slotte opmerking dat art. 106a lid 1 sub b Fw vereist dat de paulianeuze rechtshandeling bij onherroepelijke uitspraak door de rechter is vernietigd. Paulianeuze rechtshandelingen die de curator op grond van art. 42 of 47 Fw heeft vernietigd, vormen dus geen grondslag voor de oplegging van een bestuursverbod. Dit strookt volgens de wetgever met het bijzondere karakter van het bestuursverbod.[59]

5.4 *Niet-naleven informatie- en medewerkingsverplichtingen*

Art. 106a lid 1 sub c Fw breidt het wapenarsenaal van de curator uit wanneer een bestuurder niet aan de in de Faillissementswet neergelegde informatie- of medewerkingsverplichtingen voldoet. Niet alleen kan de curator de bestuurder in dat geval gijzelen ex art. 87 jo. 106 Fw, hij kan ook een bestuursverbod vorderen. Uit art. 106a lid 1 sub c Fw volgt dat het niet-naleven van de bedoelde informatie- of medewerkingsverplichtingen enkel de oplegging van een bestuursverbod rechtvaardigt, indien de bestuurder *in ernstige mate* tekortschoot in de naleving van die verplichtingen. De aangesproken bestuurder kan zich dus nog trachten te disculperen.

Welke informatie- en medewerkingsverplichtingen rusten op grond van de Faillissementswet op de bestuurders van een rechtspersoon? De verplichtingen waarop art. 106a lid 1 sub c Fw doelt, zijn vergaand. Hieronder vallen onder meer de verplichtingen van de bestuurders om bepaalde gegevensdragers over te dragen aan de curator (art. 92 Fw)[60], te verschijnen voor de commissie van schuldeisers, de curator of de rechter-commissaris (art. 105 lid 1 jo. 106 lid 1 Fw) en het verschaffen van inlichtingen (art. 105 lid 1 jo. 106 lid 1 Fw).[61] In het Wetsvoorstel versterking positie curator wordt voorgesteld de informatie- en medewerkingsverplichtingen verder uit te breiden.[62] Daarnaast verruimt het voorgestelde art. 106 Fw de reikwijdte van de wettelijke verplichtingen. In het wetsvoorstel worden de verplichtingen van toepassing verklaard op alle (indirecte) formele bestuurders, feitelijke bestuurders, commissarissen en vennoten alsmede een ieder die in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement een van bovenstaande hoedanigheden had.[63] In de literatuur is uitgebreid stilgestaan bij de vraag of juist deze grond in strijd is met het in art. 6 EVRM neergelegde nemo tenetur-beginsel, zie paragraaf 2 van deze bijdrage.

5.5 *Faillissementsrecidive*

In art. 106a lid 1 sub d Fw is bepaald dat het bestuursverbod kan worden opgelegd aan de bestuurder die, hetzij als zodanig, hetzij als natuurlijke persoon handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, ten minste tweemaal eerder betrokken was bij een faillissement van een rechtspersoon en hem daarvan een persoonlijk verwijt treft. Deze grond blinkt onzes inziens niet uit in helderheid. Zo rijst onder meer de vraag wat moet worden verstaan onder 'betrokken bij'. Ook de term 'persoonlijk verwijt' zorgt voor de nodige verwarring. Wanneer treft de bestuurder een persoonlijk verwijt? Is dit een andere maatstaf dan het ernstig verwijt zoals we dat kennen uit de bestuurdersaansprakelijkheid-jurisprudentie?

Uit de toelichting volgt dat de woorden 'betrokken bij' verduidelijken dat het niet gaat om de bestuurder *qualitate qua* die failliet wordt verklaard, maar om het faillissement van door hem bestuurde rechtspersoon.[64] Alleen faillissementen van rechtspersonen waarbij de bestuurder hetzij als zodanig, hetzij als natuurlijke persoon handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, betrokken was, tellen mee. Dat betekent dat faillissementen van rechtspersonen waarbij de beklaagde enkel de hoedanigheid van lid of aandeelhouder had, niet in aanmerking worden genomen.

Daarnaast roept de term 'persoonlijk verwijt' de nodige vragen op. Art. 106a lid 1 sub d Fw bepaalt dat een bestuurder slechts in aanmerking komt voor een bestuursverbod, indien hij ten minste tweemaal eerder betrokken was bij een faillissement van een rechtspersoon en hem daarvan een persoonlijk verwijt treft. Het verdient opmerking dat de wettekst niet expliciet verwijst naar het aan de bestuurder te maken persoonlijke verwijt in het kader van het *huidige* faillissement. Betekent dit dat een bestuurder het risico loopt een bestuursverbod opgelegd te krijgen, indien hem ter zake van het huidige faillissement geen enkel verwijt treft? Uit de toelichting blijkt dat de wetgever deze uitleg van art. 106a lid 1 sub d Fw niet voor ogen had. Volgens hem komt een bestuurder enkel voor een bestuursverbod in aanmerking, indien hem zowel ten aanzien van het huidige als de eerdere faillissementen een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.[65] Dus pas bij driemaal persoonlijk verwijtbaar handelen komt het bestuursverbod in zicht.

In de literatuur is terecht de vraag opgeworpen of het aan de bestuurder te maken persoonlijke verwijt op dezelfde wijze moet worden ingekleurd als het in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht ontwikkelde begrip 'ernstig verwijt'.[66] Door de opname van de term is tot uitdrukking gebracht dat er een 'ernstig persoonlijk verzuim' van de bestuurder moet zijn, aldus de minister.[67] Gevallen waarin het huidige of de eerdere faillissementen zijn te wijten aan overmacht, externe marktomstandigheden of een ongelukkige samenloop van omstandigheden, leiden dus in beginsel niet tot de oplegging van een bestuursverbod. Ook een faillissement van

58 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 18-19 (MvT).
59 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 19 (MvT).
60 Zie HR 5 maart 2010, *NJ* 2010/453, m.nt. Verstijlen; *JOR* 2010/360.
61 Wij merken op dat de verplichtingen van art. 105 lid 1 Fw krachtens art. 106 lid 1 Fw niet alleen op iedere bestuurder, maar ook op iedere commissaris van de failliete rechtspersoon rusten.
62 Zie het voorgestelde art. 105 en 105a Fw, *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 2, p. 2-3. Vermaire en Luijkx wijzen erop dat de in de jurisprudentie gecreëerde verruiming van het huidige art. 105 Fw met het wetsvoorstel wordt gecodificeerd, zie R.M. Vermaire & J.M. Luijkx, 'Een curator die steviger in zijn schoenen staat? Over het wetsvoorstel versterking positie curator', *FIP* 2016/84.
63 Zie het voorgestelde art. 106 Fw, *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 2, p. 3.
64 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 21 (MvT).
65 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 21 (MvT).
66 Zie H. Koster, 'Het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod: slagvaardig rechtsinstrument of dode letter?', *TvOB* 2015-3, p. 101.
67 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 17 (MvT).

verschillende rechtspersonen die tot een concern behoren, heeft niet zonder meer het opleggen van een bestuursverbod aan de betrokken bestuurder tot gevolg.[68]

5.6 *Fiscale boete*

Op grond van art. 106a lid 1 sub e Fw komt een bestuurder in aanmerking voor een bestuursverbod indien aan de rechtspersoon of de bestuurder ervan een boete wegens een vergrijp als bedoeld in art. 67d, 67e of 67f AWR is opgelegd en deze beschikking onherroepelijk is. Deze artikelen handelen over het niet, onjuist of onvolledig doen van aangifte bij een aanslagbelasting, het vaststellen van een te lage aanslag en het niet, gedeeltelijk niet of te laat betalen van de aanslag. Een boete kan op grond van de hiervoor bedoelde artikelen slechts worden opgelegd indien sprake is van opzet of grove schuld. De bestuurder kan tegenbewijs leveren en zich aldus trachten te disculperen. Slaagt hij daar niet in, dan rechtvaardigt dat volgens de wetgever niet alleen een fiscale vergrijpboete, maar ook de oplegging van een bestuursverbod.[69]

Wij kunnen ons niet geheel in deze redenering van de wetgever vinden. Zoals gezegd, kan de boete niet alleen aan de bestuurders, maar ook aan de rechtspersoon zelf worden opgelegd.[70] Omdat de wetgever de disculpatiemogelijkheid van de bestuurders niet in art. 106a lid 1 sub e Fw heeft ingebed, kunnen de individuele bestuurders zich in dat laatste geval niet disculperen. Dat vinden wij onevenwichtig. Ook een bestuurder die nog geen deel uitmaakte van het bestuur op het moment dat de rechtspersoon werd beboet, lijkt door het bestuursverbod geraakt te worden. Deze starre opvatting van het beginsel van collectief bestuur achten wij niet wenselijk. Opvallend is voorts dat uit de tekst van art. 106a lid 1 sub e Fw volgt dat een bestuurder het risico loopt een bestuursverbod opgelegd te krijgen, indien de vergrijpboete reeds is betaald. Wij vragen ons af of de oplegging van een boete zonder meer tevens de oplegging van een bestuursverbod rechtvaardigt. Wij verwachten dat de discretionaire bevoegdheid van de rechter om een bestuursverbod op te leggen, bij deze grond een grote rol gaat spelen.

5.7 *Misbruik van pre-packregeling*

In het wetsvoorstel Continuïteit ondernemingen I wordt voorgesteld de limitatieve opsomming van gronden in art. 106a lid 1 Fw uit te breiden. Een toe te voegen art. 106a lid 1 sub f Fw bepaalt dat een bestuursverbod ook kan worden opgelegd indien "sprake is geweest van een aanwijzing van een beoogd curator als bedoeld in artikel 363, eerste lid [Fw], en tijdens de periode dat die aanwijzing duurde of in het faillissement dat daarop is gevolgd, blijkt dat de bestuurder bij zijn verzoek om die aanwijzing onjuiste informatie heeft verschaft over de meerwaarde van de voorbereiding van het faillissement met het oogmerk het voorbereidingstraject op oneigenlijke gronden te gebruiken".[71] Ingevolge de voorgestelde bepaling komen dus ook bestuurders die de pre-packregeling oneigenlijk hebben gebruikt of een poging daartoe hebben gedaan, in aanmerking voor een bestuursverbod.[72]

6. Gevolgen van een opgelegd verbod

6.1 *Inleiding*

De gevolgen van een opgelegd bestuursverbod zijn niet mals. Maar helder zijn zij evenmin. De gevolgen staan in het eerste tot en met het derde lid van art. 106b lid Fw. Lid 4 geeft een soort 'restgevolg': de rechter regelt zo nodig alle overige gevolgen van het bestuursverbod. Zo kan hij de termijn waarin de bestuurder was geschorst in mindering brengen op de termijn waarvoor het bestuursverbod geldt. Ook al volgt het niet uit de tekst van de bepaling, de rechtbank mag op nader (lees: later) verzoek het bestuursverbod voortijdig beëindigen of opheffen.[73]

6.2 *Uitschrijving en registratie*

Zoals uit de naam van het verbod al volgt, mag de bestuurder met een bestuursverbod de failliete rechtspersoon niet langer besturen. Art. 106b lid 3 Fw bepaalt dat de Kamer van Koophandel terstond na ontvangst van de onherroepelijke uitspraak tot uitschrijving van de bestuurder in het handelsregister overgaat. Wij leiden uit deze bepaling af dat het onherroepelijk worden van de uitspraak tot gevolg heeft dat de bestuurder van rechtswege ophoudt bestuurder te zijn bij de failliete rechtspersoon.[74] Op grond van art. 106b lid 3 Fw moet de Kamer van Koophandel het bestuursverbod inschrijven bij het handelsregister voor de duur waarvoor het is opgelegd. Die inschrijving is niet een constitutief vereiste voor het ingaan van het verbod; daartoe is de onherroepelijke uitspraak voldoende.[75] De inschrijving van het bestuursverbod in een openbaar bestuursverbodenregister is met name van belang voor het de toekomstige gevolgen, zie het thans te bespreken art. 106b lid 1 Fw.

6.3 *Toekomstige benoemingen nietig*

Een bestuursverbod is niet effectief, indien het slechts gevolgen heeft voor de positie bij de failliete rechtspersoon. Daarom bepaalt art. 106b lid 1 Fw dat de bestuurder in de vijf jaren nadat het bestuursverbod is opgelegd, of zoveel korter als in de uitspraak is bepaald, tevens niet tot bestuurder of commissaris van een Nederlandse rechtspersoon kan worden benoemd. Hoewel een commissaris niet in aanmerking komt voor een bestuursverbod, brengt het verbod dus wel mee dat de betrokkene ook geen commissaris mag worden.[76]

68 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 21 (MvT); en *Kamerstukken I* 2015/16, 34011, B, p. 8-9 (MvA).
69 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 22 (MvT).
70 Wij merken terzijde op dat een formele bestuurder van de rechtspersoon ingevolge art. 5:1 lid 3 Awb slechts in aanmerking komt voor een vergrijpboete, indien hij kwalificeert als feitelijk leidinggever/opdrachtgever.
71 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 2, p. 6.
72 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 3 (MvT).
73 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 24 en 26 (MvT). Ook kan de rechter ex art. 106 b lid 4 Fw bepalen dat een bestuursverbod later intreedt.
74 Zie insgelijks A.C. Stroeve, *WPNR* 2015(7059), p. 356-362.
75 Voor een bespreking van de registratie van het bestuursverbod verwijzen wij naar paragraaf 2.
76 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 5 en 26 (MvT).

Wat zijn de gevolgen van een benoeming in weerwil van een onherroepelijk opgelegd bestuursverbod? In de laatste zin van art. 106b lid 1 Fw is bepaald dat een dergelijke benoeming nietig is. De nietigheid treft dus het besluit van het orgaan (de aandeelhoudersvergadering of de raad van commissarissen) dat de bestuurder benoemt. De vraag komt vervolgens op of de nietigheid van het benoemingsbesluit doorwerkt in de arbeidsovereenkomst. Hoewel de rechtspersoon in beginsel bevoegd vertegenwoordigd is, menen wij dat de nietigheid ook de arbeidsovereenkomst raakt.[77] Onzes inziens is een reflexwerking van de 15 april-arresten in dit geval op zijn plaats.[78] Dit is in lijn met het doel van de arresten.[79] Bovendien weet degene die tot bestuurder wordt benoemd, dat hij een bestuursverbod heeft. Arbeidsrechtelijke bescherming zou daarom niet zonder meer gegeven moeten zijn.

Een volgende kwestie is of de nietige benoeming gevolgen heeft voor besluiten die in aanwezigheid van de pseudobestuurder of -commissaris zijn genomen. Zijn deze besluiten aantastbaar? Het antwoord op deze vraag is niet in de wet te vinden. Ook de toelichting rept er met geen woord over. Wij trekken daarom een vergelijking met de bepalingen in Boek 2 BW betreffende de limitering van functies van bestuurders en commissarissen.[80] Deze artikelen bepalen expliciet dat de nietigheid van de benoeming van de bestuurder of commissaris, geen gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan door hen is deelgenomen. De gedachte hierachter is dat het enkele feit dat een persoon teveel functies vervult, niet moeten kunnen leiden tot de aantastbaarheid van besluiten die in aanwezigheid van deze persoon zijn genomen.[81] Een dergelijke bepaling ontbreekt in art. 106b lid 1 Fw. Het had voor de hand gelegen dat de wetgever bij deze in 2013 in werking getreden regeling had aangesloten[82], indien hij het wenselijk zou hebben gevonden dat de ongeldigheid van de benoeming ex art. 106b lid 1 Fw geen gevolgen heeft voor de besluitvorming waaraan door de pseudobestuurder of -commissaris is deelgenomen. Een parallel met voornoemde regeling gaat onzes inziens temeer niet op, daar wij van mening zijn dat het overtreden van het bestuursverbod ernstiger is dan het schenden van de bepalingen betreffende de limitering van functies. Wij menen dan ook dat de ongeldige benoeming gevolgen heeft voor de besluiten die in aanwezigheid van de pseudobestuurder of -commissaris zijn genomen.

Onzes inziens is de stem van de pseudobestuurder of -commissaris op grond van art. 2:13 lid 1 BW nietig. Zijn stem telt dus niet mee bij de besluitvorming. Is zonder de meetelling van de nietige stem de vereiste meerderheid niet verkregen, dan is geen besluit tot stand gekomen.[83] Heeft de stem van de pseudobestuurder of -commissaris daarentegen geen invloed op de uitkomst van het besluit, dan is het tot stand gekomen besluit onzes inziens vernietigbaar. Er kleeft in dat geval een gebrek aan de totstandkoming van het besluit, omdat de niet benoemde bestuurder of commissaris ten onrechte heeft deelgenomen aan de besluitvorming.[84]
Vervolgens komt de vraag op of de ongeldigheid van de benoeming gevolgen heeft voor de rechtshandelingen die de pseudobestuurder namens de rechtspersoon heeft verricht. Met het nog op te tuigen regime van registratie en openbaarmaking van de bestuursverboden zou de inschrijving als bestuurder in het handelsregister niet mogelijk moeten zijn. Gebeurt dit toch, dan biedt art. 25 Hrgw 2007 de derde bescherming.

6.4 *Omzeiling*

De gevolgen van een opgelegd bestuursverbod zijn zoals gezegd verstrekkend. Heeft de bestuurder met een bestuursverbod de mogelijkheid de gevolgen van art. 106b lid 1 Fw te omzeilen? Allereerst merken wij op dat het bestuursverbod niet leidt tot een algeheel verbod op ondernemen. Dat betekent dat het verbod niet in de weg staat aan het uitoefenen van een eenmanszaak of het functioneren als vennoot in een personenvennootschap.[85]
Kan de bestuurder aan de gevolgen van een opgelegd bestuursverbod ontsnappen door niet als bestuurder, maar als feitelijk beleidsbepaler leiding te geven aan een rechtspersoon? Uit art. 106b lid 1 Fw volgt niet dat de bestuurder die een bestuursverbod heeft, niet meer mag optreden als feitelijk beleidsbepaler. Ook in art. 106d lid 1 Fw is een dergelijk verbod niet te vinden. Niettemin merkt de minister op dat een verbod op 'feitelijk beleid bepalen' wel in art. 106d lid 1 Fw moet worden gelezen.[86] Deze interpretatie is betwistbaar, maar begrijpelijk.[87] De minister wil het bestuursverbod handen en voeten geven en de 'malafide bestuurders' op zoveel mogelijk manieren de pas afsnijden. Dat het verbod op feitelijk bestuurderschap nauwelijks controleerbaar is, werd al tijdens de parlementaire behandeling van de wet geopperd.[88] Ook plaatsen verschillende auteurs terecht

77 Zie anders: M. ten Broeke & I. Zaal, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod: gevolgen voor de bestuurder met een arbeidsovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2015/41.
78 HR 15 april 2005, *JOR* 2005/145 (*Unidek*); en HR 15 april 2005, *NJ* 2005, 483 (*Ciris/Bartelink*).
79 Zie aldus ook over de reflexwerking van de 15 april-arresten bij de nietigheid van een benoeming wegens een overschrijding van het maximumaantal toezichthoudende functies dat een bestuurder mag hebben R.M. Beltzer, 'De Wet bestuur en toezicht – over een amendement dat niet ver genoeg gaat', *ArbeidsRecht* 2013/15.
80 Zie art. 2:132a, 2:142a, 2:242a, 2:252a, 2:297a en 2:297b BW.
81 Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 32873, 5, p. 3 (NV).
82 Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, *Stb.* 2011, 275.
83 Zie in dezelfde zin ook *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I** 2015/284; en Assink/Slagter 2013 (Deel 1), § 17.4.
84 Wij trekken een parallel met het geval waarin een bestuurder of commissaris met een tegenstrijdig belang deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming. Een dergelijk besluit is vernietigbaar op grond van art. 2:129/2:239 lid 6 BW jo. art. 2:15 lid 1 sub a BW. Vgl. voorts HR 6 juni 1969, *NJ* 1969/317, m.nt. Scholten (*Curaçaose Chinese Club*).
85 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34011, 6, p. 22 (NV); en *Kamerstukken I* 2015/16, 34011, B, p. 3 (MvA).
86 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 29-30 (MvT); *Kamerstukken II* 2014/15, 34011, 6, p. 23 (NV); en *Kamerstukken I* 2015/16, 34011, B, p. 1 (MvA).
87 Over de betwistbaarheid ook: F.E. Keijzer & M.L. Lennarts 2014, p. 137; H. Koster, *TvOB* 2015-3, p. 102; en A.C. Stroeve, *WPNR* 2015(7059), p. 356-362 (met voorbeelden).
88 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34011, 6, p. 9 (NV); en *Kamerstukken I* 2015/16, 34011, B, p. 9-10 (MvA).

vraagtekens bij de handhaving van het verbod.[89] Hoewel de minister de bezwaren erkende, meende hij dat deze bezwaren geen rechtvaardiging vormen om de mogelijkheid tot omzeiling via de weg van het feitelijk bestuurderschap open te laten.[90] Om de naleving te bevorderen, wordt in het te wijzigen Handelsregisterbesluit opgenomen dat aan een persoon met een bestuursverbod geen algemene volmacht mag worden verleend (art. 106d Fw jo. art. 3:60 e.v. BW en het te wijzigen Handelsregisterbesluit 2008). De curator kan de naleving van het verbod onder meer afdwingen door de oplegging van een dwangsom (art. 106b lid 5 Fw). Hij moet dan wel weten dat degene met een bestuursverbod het verbod overtreedt. Dat lijkt ons makkelijker gezegd dan gedaan.

Tot slot wijzen wij erop dat het verbod eenvoudig is te omzeilen door het tussenschuiven van een buitenlandse rechtspersoon, zie hierover paragraaf 3.

6.5 *Huidige bestuursfuncties bij andere rechtspersonen*

Een opgelegd bestuursverbod heeft niet alleen gevolgen voor de positie van de betrokkene bij de failliete rechtspersoon en toekomstige rechtsverhoudingen. Het bestuursverbod raakt in beginsel ook bestaande rechtsverhoudingen. Art. 106b lid 2 Fw bepaalt dat het bestuursverbod tevens een beletsel vormt voor de uitoefening van zijn functie als bestuurder of commissaris bij andere rechtspersonen, tenzij in de uitspraak anders is bepaald. De rechter kan bestaande bestuursfuncties uitzonderen van het verbod. Zo is een uitzondering denkbaar voor functies die de betrokkene bekleedt bij zijn eigen pensioen- of stamrecht BV.[91] Uit de wettekst volgt niet dat de rechtbank slechts bevoegd is anders te bepalen in gevallen waarin het gevaar voor faillissementsfraude minder groot is. Ook bij gevaar voor fraude mag zij blijkbaar een bestuurder laten zitten waar hij zit.

De wet geeft geen uitsluitsel of de rechter ambtshalve bevoegd is het bestuursverbod te beperken. Ook de parlementaire stukken bieden geen duidelijkheid, behalve dan de opmerking dat de zinsnede "Tenzij in de uitspraak anders is bepaald" meebrengt dat de rechter alle omstandigheden van het geval mag meewegen.[92] Voor het inperken van het bestuursverbod is art. 106c lid 2 en verder Fw van belang, indien de bestuurder in kwestie nog bestuursfuncties bekleedt bij andere rechtspersonen. Laatstgenoemden worden expliciet in de gelegenheid gesteld hun zienswijze te geven over het bestuursverbod en de gevolgen die zij ondervinden, bijvoorbeeld de consequentie dat het gaat om de enige bestuurder en met het verbod dus stuurloosheid dreigt. Zo'n omstandigheid kan leiden tot een beperkte werking van het verbod. Het lijkt ons dat de rechter zulks ambtshalve kan bepalen, nadat hij de zienswijze van de 'andere rechtspersonen' heeft ontvangen of aangehoord. De gedachte dat ambtshalve beperking van het verbod mogelijk is, past bij het uitgangspunt dat de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft een verbod op te leggen. Het bepalen van de duur van het bestuursverbod kent met 'gedurende vijf jaar (…), of zoveel korter als in de uitspraak is bepaald' eenzelfde redenering in lid 1 van art. 106b Fw. De rechter mag ook op dit punt persoonlijke omstandigheden van de betrokken bestuurder meewegen.[93] Hier lijkt ambtshalve toepassing ook mogelijk. Duidelijk is dit alles echter niet. Partijen doen er dus verstandig aan om de relevante feiten en omstandigheden voor het voetlicht te brengen én aan te geven welke gevolgen dit in hun ogen voor het bestuursverbod zou moeten hebben.

De term 'beletsel' is de meest verwarrende term uit de wettelijke regeling.[94] Wat is het juridische gevolg van een bestuursverbod voor functies bij andere rechtspersonen dan de failliete? "De bestuurder kan niet langer als zodanig functioneren", licht de minister toe.[95] Hij voegt er aan toe dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid ook vervalt.[96] Dit brengt ons niet veel verder. Ook komt 'beletsel' niet in andere wettelijke regelingen voor waarin de functie van bestuurder of commissaris nader wordt geregeld. Het moet of om schorsing of om ontslag gaan, een andere mogelijkheid is er niet. Maar welke van de twee is het?

Met schorsing heeft het bestuursverbod gemeen dat sprake is van een tijdelijke maatregel. Als beletsel wordt gezien als een vorm van schorsing, dan mag de bestuurder tijdelijk geen bestuurder of commissaris zijn. Na ommekomst van de termijn (standaard gesteld op vijf jaar) vervalt het verbod en herleeft de bestuursfunctie. Volgens ons is niet beoogd om een bestuurder (slechts) te schorsen. De wet voorziet in art. 106c lid 4 Fw in een aparte mogelijkheid om de bestuurder alvast te schorsen, in afwachting van het op te leggen bestuursverbod. Die schorsing geldt ten hoogste voor de duur van het geding, aldus de laatste zin van art. 106c lid 5 Fw. Het beëindigen van de ene schorsing omdat het geding is afgelopen en vervolgens met een bestuursverbod de volgende schorsing 'activeren', lijkt ons niet een concludente gang van zaken. Bovendien is de maximaal toegestane duur van vijf jaar bij een bestuursverbod niet in overeenstemming met de kortere termijnen die bij schorsing gebruikelijk zijn.

Wij menen daarom dat 'beletsel' staat voor 'ontslag'. Dit komt overeen met de wettekst en een opmerking in de parlementaire geschiedenis. In lid 3 van art. 106c Fw geeft de wet namelijk een oplossing indien de andere rechtspersoon 'zonder bestuurder of commissaris komt te verkeren'. De rechter kan een tijdelijke functionaris benoemen. Binnen de termijn die de benoemde bestuurder of commissaris meekrijgt, moet de rechtspersoon een nieuw bestuur vormen.[97] Deze voorgeschreven gang van zaken duidt aan dat men ervan uitgaat dat de bestuurder met een bestuurs-

89 Zie aldus ook F.E. Keijzer & M.L. Lennarts 2014, p. 137; en M. Zuidema & C.A.M. Witlox, 'Het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod', *V&O* 2014, afl. 10, p. 150-151.
90 *Kamerstukken I* 2015/16, 34011, B, p. 9-10 (MvA).
91 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 25 (MvT).
92 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 25 (MvT).
93 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 24 (MvT).
94 Evenzo o.a. F.E. Keijzer & M.L. Lennarts 2014, p. 138-139; en A.C. Stroeve, *WPNR* 2015(7059), p. 356-362.
95 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 25 (MvT).
96 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 5 en 26 (MvT).
97 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 28 (MvT).

verbod niet automatisch terugkeert na ommekomst van de termijn waarvoor het verbod geldt. Zijn vertrek is door het bestuursverbod definitief, er is sprake van ontslag. Dit strookt met een antwoord van de minister over de commissariaten die de bestuurder met een bestuursverbod vervult. Hij schrijft: "Wordt een bestuursverbod opgelegd dan betekent dit, tenzij de rechter anders bepaalt, tevens het einde van de commissariaten die betrokkene elders mocht hebben (…)."[98] De functies die onze bestuurder met een verbod bij andere rechtspersonen vervult, vervallen dus per direct. Met het opleggen van het bestuursverbod is het de rechter die ontslaat.

In het verlengde hiervan komt de vraag op wat de arbeidsrechtelijke gevolgen van het 'beletsel' zijn voor een bestuursfunctie elders. Hier heeft de minister zijn vingers niet aan willen branden: "Dat is een arbeidsrechtelijke vraag waar dit wetsvoorstel niet in treedt."[99] Nu wij ervan uitgaan dat met het bestuursverbod sprake is van een definitief einde van de lopende bestuurstermijnen elders en aldus van een rechterlijk ontslag, past hier een vergelijking met het enquêterecht. Bij wijze van definitieve voorziening ex art. 2:356 sub b BW kan de Ondernemingskamer een bestuurder ontslaan. De heersende leer in de literatuur is dat dan tevens de arbeidsovereenkomst kan worden ontbonden.[100] Met de in art. 106b lid 4 Fw opgenomen algemene bevoegdheid alle overige gevolgen van het bestuursverbod te regelen, kan de rechtbank volgens ons daarom – naast het al gegeven vennootschapsrechtelijke ontslag – ook het arbeidsrechtelijke ontslag bewerkstelligen. Hij moet een en ander wel expliciet bepalen.

7. Procedurele aspecten

7.1 *Inleiding*

Uit art. 106a lid 1 Fw volgt dat de rechter een bestuursverbod kan opleggen op vordering van de curator of op verzoek van het OM. Het OM kan dus een bestuursverbod verzoeken in een verzoekschriftprocedure, terwijl de curator gebruik moet maken van een dagvaardingsprocedure. Laatstgenoemde kan overigens niet zonder meer een bestuursverbod vorderen bij de rechtbank. Hij kan dat enkel met een machtiging van de rechter-commissaris ex art. 68 Fw. De rechtsvordering verjaart onzes inziens na vijf jaar.[101]

7.2 *Zienswijze*

Zoals wij in paragraaf 6 al schreven, heeft het bestuursverbod niet enkel en alleen gevolgen voor het bestuurderschap van de betrokkene bij de failliete rechtspersoon. Ingevolge art. 106b lid 2 Fw heeft het verbod mogelijk ook consequenties voor de bestuurs- en toezichthoudende functies die de betrokkene bij een andere dan de failliete rechtspersoon vervult. Om die reden bepaalt art. 106c lid 1 Fw dat het OM of de curator aan de rechtbank een uittreksel uit het handelsregister moet overleggen van de andere rechtspersonen waar degene jegens wie een bestuursverbod wordt verzocht of gevorderd, de functie van bestuurder of commissaris bekleedt. Zo kan de rechtbank deze rechtspersonen in de gelegenheid stellen hun 'zienswijze' naar voren te brengen.

Wat onder de term 'zienswijze' in art. 106c lid 2 Fw moet worden verstaan, is niet meteen duidelijk. De toelichting biedt enige houvast. De minister merkt op dat de rechtspersonen hun zienswijze kunnen geven over alle aangelegenheden die zijn genoemd in art. 106c lid 3-5 Fw. Dat betekent dat zij zich onder meer kunnen uitlaten over de vraag of zij met de betrokken bestuurder of commissaris verder willen indien de rechter hem een bestuursverbod oplegt. Ook kunnen de rechtspersonen hun visie geven over de gevolgen van die keuze. Zo kunnen zij zich uiten over een eventuele benoeming van een tijdelijke functionaris door de rechtbank. Zoals gezegd, is de rechtbank daartoe ex art. 106c lid 3 Fw bevoegd, indien het bestuursverbod tot gevolg heeft dat de rechtspersoon zonder bestuurder of commissaris komt te verkeren. Ook kan de zienswijze betrekking hebben op de schorsing en de eventuele benoeming van een tijdelijke bestuurder of commissaris, waarover hierna meer.[102]

7.3 *Bevoegde rechtbank*

De vraag komt op bij welke rechtbank een bestuursverbod kan worden gevorderd of verzocht. Volgens ons is de rechtbank in de woonplaats van de failliete rechtspersoon bevoegd. Ingevolge art. 1:10 lid 2 BW is de 'woonplaats' van de rechtspersoon de plaats waar hij zijn statutaire zetel heeft. Deze rechtbank is immers ook bevoegd de rechtspersoon failliet te verklaren ex art. 2 lid 1 Fw en krachtens (art. 2:50a of 2:300a jo.) art. 2:131/2:241 BW kennis te nemen van een vordering ex art. 2:138/2:248. Ook de wetgever heeft de competentie van de rechtbank in de woonplaats van de rechtspersoon op het oog, nu hij het goed voorspelbaar acht dat een vordering 'waarin bestuurdersaansprakelijkheid wordt ingeroepen' gecombineerd wordt met een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod.[103]

7.4 *Niet uitvoerbaar bij voorraad*

Tegen de uitspraak van de rechtbank staan hoger beroep en cassatie open. De rechtbank kan zijn uitspraak op grond van art. 106b lid 6 Fw niet uitvoerbaar bij voorraad verklaren. Een dergelijke verklaring kan problematisch zijn wanneer een hogere instantie de vordering tot een bestuursverbod afwijst. Dit betekent echter niet dat de betrokken bestuurder in de periode voordat de uitspraak onherroepelijk is geworden zijn bestuurderschap bij de failliete rechtspersoon en/of zijn bestuurs- of toezichthoudende functies bij andere rechtspersonen zonder meer kan blijven uitoefenen. Art. 106c lid 4 Fw biedt de rechtbank namelijk de mogelijkheid de bestuurder of commissaris op vordering van de curator of op verzoek van het OM te schorsen en een tijdelijke be-

98 Zie *Kamerstukken I* 2015/16, 34011, D, p. 2 (NMvA).
99 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 25 (MvT).
100 Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 806 met verwijzingen. Eveneens Assink/Slagter 2013 (Deel 1), § 93, p. 1787, meent dat de ontslagmogelijkheid in art. 2:356 sub b BW is verdisconteerd.
101 Zie art. 3:310 BW. De vraag welke verjaringstermijn geldt voor het OM, laten wij verder rusten.
102 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 28 (MvT).
103 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 3 (MvT).

stuurder of commissaris aan te stellen voor ten hoogste de duur van het geding.[104] De schorsing en de eventuele tijdelijke aanstelling worden op grond van art. 106c lid 6 Fw ingeschreven in het handelsregister. Ook op dit punt moet het handelsregister nog worden aangepast.[105]

8. Afsluitende opmerkingen

De minister heeft al aangekondigd het civielrechtelijke bestuursverbod te evalueren. Na twee jaar komt er een evaluatie van de handhaving door het OM.[106] Vervolgens is voor 2021, vijf jaar na de inwerkingtreding, een algehele wetsevaluatie toegezegd.[107] Wij zijn benieuwd of er dan überhaupt bestuursverboden zijn gevraagd én opgelegd.

104 Keijzer en Lennarts uiten in hun preadvies de nodige kritiek op deze bepaling, zie F.E. Keijzer & M.L. Lennarts 2014, p. 134.
105 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 29 (MvT). Zie hierover uitgebreid paragraaf 2.
106 Zie o.m. *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 6, p. 5 (NV).
107 Zie *Handelingen II* 2014/15, 97, item 6, p. 20.