

**Art. 106a**<sup>(1)</sup> FW

1. Op vordering van de curator of op verzoek van het openbaar ministerie kan de rechtbank een bestuursverbod opleggen aan de bestuurder van een in artikel 3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek genoemde rechtspersoon, de gewezen bestuurder daaronder begrepen, als tijdens of in de drie jaren voorafgaand aan het uitspreken van het faillissement van die rechtspersoon:

- a. door de rechter bij onherroepelijk geworden uitspraak is geoordeeld dat hij voor zijn handelen of nalaten bij die rechtspersoon aansprakelijk is, als bedoeld in de artikelen 138 of 248 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek;
  - b. de bestuurder doelbewust namens de rechtspersoon rechtshandelingen heeft verricht, toegelaten of mogelijk gemaakt waardoor schuldeisers aanmerkelijk zijn benadeeld en die overeenkomstig de artikelen 42 of 47 bij onherroepelijk geworden uitspraak door de rechter zijn vernietigd;
  - c. de bestuurder, ondanks een verzoek van de curator, in ernstige mate is tekortgeschoten in de nakoming van zijn informatie- of medewerkingsverplichtingen, bedoeld in deze wet, jegens de curator;
  - d. de bestuurder, 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; of
  - e. aan de rechtspersoon of de bestuurder ervan een boete wegens een vergrijp als bedoeld in de artikelen 67d, 67e of 67f van de Algemene wet inzake rijksbelastingen is opgelegd en deze beschikking onherroepelijk is.
2. Een bestuursverbod kan mede worden uitgesproken jegens de bestuurder van een of meer rechtspersonen die bestuurder is of zijn als bedoeld in het eerste lid.
3. De rijksbelastingdienst verstrekt op verzoek aan het openbaar ministerie of de curator de voor de toepassing van het eerste lid, onderdeel e, benodigde gegevens.
4. Met uitzondering van het eerste lid, onderdeel a, en het tweede lid, zijn de vorige leden van overeenkomstige toepassing op een natuurlijke persoon die handelt of heeft gehandeld in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

Commentaar door: mr. F.H.H. Sijbers en mr. R. van der Hulle

**A****A. Inleiding**

Dit artikel voorziet in de mogelijkheid dat de rechter op vordering van de curator of op verzoek van het openbaar ministerie een civielrechtelijk bestuursverbod oplegt. Een bestuursverbod kan worden opgelegd op basis van verschillende faillissementsgerelateerde gronden, maar daarbij heeft de rechter wel beoordelingsruimte. Dit betekent dat, ook wanneer is voldaan aan een grond voor oplegging van een bestuursverbod, de rechter de ruimte heeft om toch niet over te gaan tot oplegging van een bestuursverbod. Het betreft aldus een discretionaire bevoegdheid van de rechter. De mogelijkheid van een bestuursverbod heeft als doel het effectiever bestrijden van faillissementsfraude en onregelmatigheden in of rondom een faillissement en het voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten via allerlei omwegen en met nieuwe rechtspersonen ongehinderd kunnen voortzetten. Bij de invoering van de maatregel heeft de wetgever toegezegd dat na vijf jaar een algehele wetsevaluatie zal plaatsvinden en dat na twee jaar de gevolgen voor de werklust van het openbaar ministerie worden geëvalueerd. De invoering van de mogelijkheid van een bestuursverbod behoorde tot de fraudepijler van het eind 2012 gestarte wetgevingsprogramma 'herijking faillissementsrecht'.

<sup>1</sup> Inwerkingtredingsdatum: 01-07-2016, Stb. 2016, 153.

## C. Behandeling kernproblematiek

## C

**Inhoudsopgave**

- C.1 Materiële reikwijdte
- C.2 Op vordering van de curator of op verzoek van het openbaar ministerie
- C.3 Bevoegde rechtbank
- C.4 Gronden voor een bestuursverbod

**C.1 Materiële reikwijdte**

Op grond van het eerste lid van art. 106a Fw kan een bestuursverbod worden opgelegd aan bestuurders van een in art. 2:3 BW genoemde privaatrechtelijke rechtspersoon. Art. 2:3 BW noemt verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en stichtingen. Als uitgangspunt geldt dat een bestuursverbod zich niet kan uitstrekken tot buitenlandse rechtspersonen. De enige uitzondering hierop is volgens de wetgever dat onder bepaalde omstandigheden een bestuursverbod zich wel kan uitstrekken tot een door buitenlands recht beheerste corporatie die in Nederland aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen (art. 10:121 BW). Een bestuursverbod kan zich evenmin uitstrekken tot publiekrechtelijke rechtspersonen (art. 2:1 BW) en kerkgenootschappen of zelfstandige onderdelen daarvan (art. 2:2 BW). Via art. 106e Fw omvat de regeling in ieder geval wel een Europees Economisch samenwerkingsverband (EESV), een Europese naamloze vennootschap (SE) en een Europese coöperatieve vennootschap (SCE) met statutaire zetel in Nederland.

Rechtspersonen

Verest is dat het faillissement van een onder de regeling vallende rechtspersoon na 1 juli 2016 is uitgesproken.<sup>2</sup> Hoewel dit in de wettekst niet tot uitdrukking komt en tijdens de parlementaire behandeling niet uitdrukkelijk naar voren is gekomen, mag worden aangenomen dat het faillissement onherroepelijk moet zijn. Zo is voor een aantal gronden voor het opleggen van een bestuursverbod uitdrukkelijk bepaald dat sprake moet zijn van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak of een onherroepelijke beschikking. De proportionaliteit van de maatregel noopt er eveneens toe dat voor een bestuursverbod, althans het ingaan daarvan, het faillissement van de rechtspersoon onherroepelijk moet zijn. Wij gaan ervan uit dat als het faillissement inmiddels is beëindigd en de rechtspersoon is opgehouden te bestaan, dit niet aan een bestuursverbod in de weg hoeft te staan.

Faillissement en temporele reikwijdte

Onder 'bestuurder' moet in de eerste plaats worden verstaan de statutair bestuurder. Daarnaast vallen hieronder tevens de gewezen statutair bestuurder en ingevolge art. 106d lid 1 Fw degene die het beleid van de failliete rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij (statutair) bestuurder. Hierdoor kunnen bijvoorbeeld ook commissarissen of aandeelhouders te maken krijgen met een bestuursverbod, maar dus alleen als zij kunnen worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler. Als de failliete rechtspersoon een monistisch bestuursmodel heeft (ex art. 2:129a BW) en zodoende een onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds één of meer uitvoerende bestuurders en anderzijds één of meer niet-uitvoerende bestuurders, dan kan via art. 106d lid 2 Fw een bestuursverbod aan de uitvoerende bestuurder(s) worden opgelegd. Aan niet-uitvoerende bestuurders onder een monistisch bestuursmodel kan daarentegen geen bestuursverbod worden opgelegd.

Bestuurder

<sup>2</sup> Stb. 2016, 153, artikel II.

<b>Doorbraakregeling</b>	Om te voorkomen dat natuurlijke personen de regeling kunnen omzeilen door een rechtspersoon te laten fungeren als bestuurder van een rechtspersoon, met eventueel meerdere tussenschakels van rechtspersonen, is in het tweede lid van art. 106a Fw een doorbraakvoorziening opgenomen. Deze doorbraakvoorziening zorgt ervoor dat, in het geval de bestuurder van de failliete rechtspersoon een rechtspersoon is, de indirecte bestuurders van de failliete rechtspersoon eveneens in aanmerking kunnen komen voor een bestuursverbod.
<b>Ondernemers</b>	Met het oog op ondernemers die via een eenmanszaak, commanditaire vennootschap (c.v.) of vennootschap onder firma (v.o.f.) faillissementsfraude hebben gepleegd, is in het vierde lid van art. 106a Fw de uitzondering opgenomen dat natuurlijke personen die handelen of hebben gehandeld in de uitoefening van een beroep of bedrijf evenzeer in aanmerking kunnen komen voor een bestuursverbod. Ook in dat geval moet sprake zijn van een na 1 juli 2016 uitgesproken faillissement. Wij nemen aan dat het dan moet gaan om het faillissement van de ondernemer persoonlijk, de c.v. of de v.o.f. De Hoge Raad heeft bevestigd dat faillietverklaring van een v.o.f. niet automatisch het faillissement van de vennoten betekent, maar om het faillissement van de vennoten afzonderlijk moet worden verzocht en dit afzonderlijk moet worden beoordeeld. <sup>3</sup> Aangenomen mag worden dat hetzelfde geldt bij het faillissement van een c.v. <sup>4</sup>
<b>Verbod van art. 2:298 lid 3 BW</b>	Omdat het bestuursverbod van art. 106a lid 1 Fw kan worden opgelegd aan bestuurders van alle onder de regeling vallende rechtspersonen, heeft het bestuursverbod van art. 106a lid 1 Fw een ruimere reikwijdte dan het in art. 2:298 lid 3 BW opgenomen bestuursverbod voor bestuurders van een stichting die door de rechtbank zijn ontslagen. Het bestuursverbod van art. 2:298 lid 3 BW is beperkt tot stichtingen en ook niet specifiek faillissementsgerelateerd.

### C.2 Op vordering van de curator of op verzoek van het openbaar ministerie

<b>Vordering</b>	Een bestuursverbod kan op grond van art. 106a lid 1 Fw door de rechtbank alleen worden opgelegd op vordering van de curator of op verzoek van het openbaar ministerie. De wetgever acht de curator de eerst aangewezen om een bestuursverbod te vorderen. De curator is volgens de wetgever het beste in staat om te beoordelen of aanleiding bestaat om een bestuursverbod te vorderen en in de praktijk de eerste die in een faillissement op signalen van fraude stuit. De curator is immers ook verantwoordelijk voor de goede afwikkeling van het faillissement. De bevoegdheid van de curator om een bestuursverbod te vorderen ontstaat zodra de curator is benoemd en eindigt met diens defungeren. Voor het instellen van een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod behoeft de curator ex art. 68 lid 3 Fw een machtiging van de rechter-commissaris. Het ontbreken van een machtiging heeft op grond van art. 72 lid 1 Fw geen invloed op de geldigheid van de vordering, maar leidt wel tot aansprakelijkheid van de curator jegens de failliete rechtspersoon en de schuldeisers. Aangezien de curator optreedt namens de schuldeisers van de failliete rechtspersoon (waartoe bijvoorbeeld ook de Belastingdienst kan behoren), ligt het voor de hand dat de curator in overleg treedt met de schuldeisers over het instellen van een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod. Mocht de curator tegen de zin van de schuldeisers niet voornemens zijn een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod in te stellen, dan kunnen de schuldeisers zich ex art. 69 lid 1 Fw wenden tot de rechter-commissaris. De rechter-commissaris dient het beleid van de curator in volle omvang te toetsen en kan de curator
------------------	--

<sup>3</sup> HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251.

<sup>4</sup> Zie Tervoor in zijn noot onder *Ondernemingsrecht* 2015/41.

opdragen een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod in te stellen. De curator mag naast de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de failliete rechtspersoon ook zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard in zijn afweging betrekken, zoals de continuïteit van werkgelegenheid en de sanctiëring van ernstige onregelmatigheden in of rondom een faillissement.

Bij de bevoegdheid van het openbaar ministerie om een bestuursverbod te eisen, heeft de wetgever specifieke gevallen waarin het algemeen belang in het geding is op het oog gehad. Met het vereiste dat het openbaar ministerie voor een bestuursverbod een verzoek moet indienen in plaats van het instellen van een vordering, wordt aangesloten bij andere civielrechtelijke toezichtsinstrumenten die uitdrukkelijk (mede) zijn toebedeeld aan het openbaar ministerie. Hierbij valt te denken aan ontbinding van een rechtspersoon wegens strijd met de openbare orde ex art. 2:20 BW, ontbinding van een besloten vennootschap wegens gebrek aan baten of staking van werkzaamheden ex art. 2:185 BW en ontslag van een bestuurder van een stichting ex art. 2:298 BW. Bovendien kan het openbaar ministerie op grond van art. 1 lid 2 Fw om redenen van openbaar belang een faillissementsverzoek indienen. Het openbaar ministerie kan volledig zelfstandig bepalen of gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid om een verzoek tot het opleggen van een bestuursverbod in te dienen en kan daar, anders dan de curator, niet toe worden gedwongen.

Verzoek

### C.3 Bevoegde rechtbank

Wat betreft de vraag bij welke rechtbank een bestuursverbod kan worden gevorderd of verzocht, zij allereerst gewezen op het in art. 2:131/2:241 BW bepaalde dat de rechtbank van de woonplaats van de rechtspersoon kennis neemt van alle rechtsvoorwaarden betreffende de overeenkomst tussen de rechtspersoon en de bestuurder. Uit de wetsgeschiedenis kan worden opgemaakt dat een vordering van de curator tot het opleggen van een bestuursverbod onder art. 2:131/2:241 BW valt.<sup>5</sup> De rechtbank van de woonplaats van de rechtspersoon heeft de betrokken rechtspersoon ex art. 2 lid 1 Fw ook failliet verklaard. Op grond van art. 1:10 lid 2 BW is de plaats van de statutaire zetel de woonplaats van een rechtspersoon.

Het toepassingsbereik van art. 2:131/2:241 BW omvat naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen, en via art. 2:50a, 2:53a en 2:300a BW onder bepaalde voorwaarden ook verenigingen, stichtingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. Hiermee worden echter niet alle onder de regeling vallende rechtspersonen bestreken. Voor gevallen buiten het toepassingsbereik van art. 2:131/2:241 BW zou relatieve bevoegdheid van de rechtbank van de woonplaats van de rechtspersoon om kennis te nemen van een vordering om een bestuursverbod gebaseerd kunnen worden op art. 106 Rv.<sup>6</sup> Gezien het feit dat de voor een bestuursverbod door de curator te initiëren dagvaardingsprocedure een procedure tegen de bestuurder is, is in zulke gevallen op grond van de hoofdregel van art. 99 lid 1 Rv de rechtbank van de woonplaats van de bestuurder relatief medebevoegd.

5 Dit kan worden afgeleid uit de opmerking in de memorie van toelichting bij de regeling dat een gecombineerde vordering waarin zowel de bestuurdersaansprakelijkheid wordt ingeroepen als een bestuursverbod wordt gevorderd goed voorstelbaar is (*Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 3).

6 Vgl. Rb. Den Haag 10 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15135.

**Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen**

Het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen voorziet ter vervanging van art. 2:131/2:241 BW in een nieuwe algemene bepaling waarin voor alle privaatrechtelijke rechtspersonen zal gelden dat de rechtbank van de woonplaats van de rechtspersoon kennis neemt van alle rechtsvorderingen betreffende de overeenkomst tussen de rechtspersoon en de bestuurder. Hierdoor zal na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel in alle gevallen waarin het gaat om een failliete privaatrechtelijke rechtspersoon een vordering tot het opleggen van een bestuursverbod aanhangig gemaakt kunnen worden bij de rechtbank van de woonplaats van de rechtspersoon.<sup>7</sup>

Een verzoek tot het opleggen van een bestuursverbod van het openbaar ministerie valt in ieder geval niet onder het toepassingsbereik van art. 2:131/2:241 BW. Nu niet anders is bepaald, gelden voor de door het openbaar ministerie voor een bestuursverbod te initiëren verzoekschriftprocedure tegen de bestuurder de normale relatieve competentieregels voor verzoekschriftprocedures. Op grond van art. 262 onderdeel a Rv is bij een verzoek van het openbaar ministerie om een bestuursverbod de rechtbank van de vestigingsplaats van het desbetreffende onderdeel van het openbaar ministerie van waaruit het verzoek(schrift) wordt ingediend, alsmede de rechtbank van de woonplaats van de bestuurder relatief bevoegd. Aldus bestaat hierin voor het openbaar ministerie een keuzemogelijkheid.

Verder is het mogelijk dat in gevallen buiten het toepassingsbereik van art. 2:131/2:241 BW de vordering van de curator tot het opleggen van een bestuursverbod moet worden ingesteld bij de kantonrechter van de relatief bevoegde rechtbank. Tussen de bestuurder en de failliete rechtspersoon kan immers een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW zijn gesloten. In dat geval heeft de vordering van een bestuursverbod (mede) betrekking op de arbeidsovereenkomst van de bestuurder, zodat de kantonrechter op grond van art. 93 onderdeel c Rv over de vordering moet oordelen. Met art. 2:131/2:241 BW worden dus juist art. 93 onderdeel c Rv en de normale relatieve competentieregels voor dagvaardingsprocedures terzijde geschoven. Ten aanzien van een verzoek tot het opleggen van een bestuursverbod geldt niet dat dit verzoek moet worden ingediend bij de kantonrechter van de relatief bevoegde rechtbank, omdat de bevoegdheid van de kantonrechter in verzoekschriftzaken expliciet in de wet moet zijn voorgeschreven. Mocht de wetgever voor vorderingen en verzoeken tot het opleggen van een bestuursverbod het oog hebben gehad op de rechtbank van de woonplaats van de failliete rechtspersoon als de (enige) bevoegde rechtbank, dan had hij dit uitdrukkelijk in de wet moeten bepalen. Zoals besproken, is dit nu niet voor alle gevallen gegarandeerd. Tegen de uitspraak van de rechtbank op een vordering of verzoek om een bestuursverbod staat hoger beroep en vervolgens cassatie open.

#### **C.4 Gronden voor een bestuursverbod**

**Limitatieve gronden**

Het eerste lid van art. 106a Fw bevat vijf limitatieve gronden voor oplegging van een bestuursverbod. Deze gronden zijn gerelateerd aan het voor oplegging van een bestuursverbod vereiste faillissement van een onder de regeling vallende rechtspersoon. Meerdere gronden voor oplegging van een bestuursverbod kunnen tegelijk van toepassing zijn. Het is aan de curator of het openbaar ministerie te stellen en bij betwisting aan te tonen dat aan de voorwaarden voor een grond is voldaan.

**Temporele reikwijdte**

Bij de beoordeling of een grond zich voordoet kunnen alleen feiten en omstandigheden gelegen in een periode van drie jaar voorafgaand aan het uitspreken van het faillissement in aanmerking worden genomen. De feiten en omstandigheden die bij de beoordeling worden meegenomen moeten ook zijn gelegen na 1 juli 2016.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34491, 2, p. 3; Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 17-18.

<sup>8</sup> Stb. 2016, 153, artikel II.

De oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod staat in principe los van het strafrecht. Bij de gronden voor oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod is dan ook niet van belang of sprake is van strafbare feiten, strafrechtelijke vervolging of een eerdere strafrechtelijke veroordeling wegens faillissementsfraude. Wel moet worden bedacht dat wegens faillissementsfraude ook een strafrechtelijk beroepsverbod kan worden opgelegd en dat een dergelijk beroepsverbod een bestuursverbod kan behelzen. Als aan een verdachte eerder al een civielrechtelijk bestuursverbod is opgelegd, kan de strafrechter daar bij de strafoplegging rekening mee houden. Omgekeerd kan de civiele rechter er bij de oplegging van een bestuursverbod rekening mee houden indien aan de betrokken bestuurder reeds een strafrechtelijk bestuursverbod is opgelegd dat neerkomt op een bestuursverbod. Volgens de wetgever fungeert het strafrecht echter als sluitstuk van de bestrijding van faillissementsfraude en heeft een civielrechtelijk bestuursverbod als belangrijke toegevoegde waarde ten opzichte van een strafrechtelijk beroepsverbod dat het de mogelijkheid biedt om snel een passende maatregel te nemen jegens bestuurders die in een faillissement verwijtbaar hebben gehandeld. Dit impliceert dat het volgens de wetgever voor de hand ligt dat door het openbaar ministerie eerst wordt verzocht om een civielrechtelijk bestuursverbod voordat een strafrechtelijk beroepsverbod wordt geëist.

**Strafrechtelijk  
beroepsverbod**

Als eerste grond voor het opleggen van een bestuursverbod wordt in het eerste lid van art. 106a Fw de situatie genoemd waarin door de rechter bij onherroepelijk geworden uitspraak is geoordeeld dat de bestuurder voor zijn handelen of nalaten bij de failliete rechtspersoon aansprakelijk is als bedoeld in art. 2:138/2:248 BW. Hiermee bestrijkt deze 'a-grond' niet op art. 2:9 of art. 6:162 BW gestoelde bestuurdersaansprakelijkheid. Als de bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:138/2:248 BW onherroepelijk vaststaat, is voor oplegging van een bestuursverbod nog wel vereist dat een concreet verband bestaat tussen de onbehoorlijke taakvervulling ten gevolge waarvan de bestuurder aansprakelijk is gesteld en het faillissement van de betrokken rechtspersoon. Daarnaast is van belang dat in art. 2:138/2:248 BW disculpatiemogelijkheden voor bestuurders zijn opgenomen waarmee aan aansprakelijkheid kan worden ontkomen. Mocht de bestuurder via een disculpatiegrond aan aansprakelijkheid ex art. 2:138/2:248 BW ontkomen, dan kan aan hem geen bestuursverbod op basis van deze a-grond worden opgelegd. Tegen een vordering of een verzoek om een bestuursverbod kan niet wederom of alsnog een beroep worden gedaan op een voor art. 2:138/2:248 BW geldende disculpatiegrond. De curator zou (via art. 2:131/2:241 BW) een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:138/2:248 BW kunnen combineren met een vordering tot oplegging van een bestuursverbod op basis van deze a-grond. In dat geval dient dus eerst te worden beslist op de vordering ex art. 2:138/2:248 BW en kan het bestuursverbod – mocht de vordering daartoe zijn toegewezen – pas ingaan als (ook) de uitspraak over de bestuurdersaansprakelijkheid onherroepelijk is. Bestuurders van een niet onder art. 2:138/2:248 BW vallende rechtspersoon kunnen niet op basis van deze a-grond een bestuursverbod opgelegd krijgen, maar het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen voorziet in een algemene bestuurdersaansprakelijkheid waarmee alle privaatrechtelijke rechtspersonen onder het bereik van deze grond komen te vallen.<sup>9</sup>

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

De tweede grond voor het opleggen van een bestuursverbod houdt in dat de bestuurder doelbewust namens de failliete rechtspersoon rechtshandelingen 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. Het moet voor deze 'b-grond' dus in elk geval gaan om faillissementspauliana. In de wettekst wordt weliswaar in meervoudsvorm gesproken, maar uit de toelichting bij deze grond kan worden afgeleid dat afdoende kan zijn dat een enkele rechtshandeling die overeenkomstig art. 42 of 47 Fw bij onherroepelijk geworden uitspraak door de rechter is vernietigd. Hoewel de curator een paulianeuze rechtshandeling

**Faillissementspau-  
liana**

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34491, 2, p. 3-4; Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 18-19.

op grond van art. 42 Fw met een buitengerechtelijke verklaring kan vernietigen, heeft de wetgever bepaald dat de desbetreffende rechtshandeling door de rechter moet zijn vernietigd om recht te doen aan het bijzondere karakter van een civielrechtelijk bestuursverbod. Dat de bestuurder doelbewust de vernietigde rechtshandeling moet hebben verricht, toegelaten of mogelijk gemaakt, betekent dat de bestuurder een ernstig persoonlijk verwijt moet kunnen worden gemaakt. Daarin ligt voor de bestuurder de mogelijkheid om zich te disculperen. Met deze voorwaarde van doelbewustheid en de voorwaarde dat schuldeisers van de failliete rechtspersoon aanmerkelijk moeten zijn benadeeld, is een onherroepelijk geworden gerechtelijke vernietiging van een rechtshandeling op grond van art. 42 of 47 Fw voor het kunnen opleggen van een bestuursverbod niet voldoende. Of schuldeisers aanmerkelijk zijn benadeeld, moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval. De wetgever heeft als relevante elementen voor die beoordeling onder meer de aard, omvang en frequentie van de benadeling, de omvang van de boedel en de omvang van de vorderingen van de gezamenlijke schuldeisers genoemd. Volgens de wetgever is het ook bij deze grond mogelijk dat de curator een vordering tot vernietiging van een paulianeuze rechtshandeling combineert met een vordering tot oplegging van een bestuursverbod. In dat geval geldt het ten aanzien van de vorige grond gestelde omtrent gecombineerde vorderingen op overeenkomstige wijze.

**Tekortschieten in informatie- of medewerkingsverplichtingen**

Onder de 'c-grond' kan een bestuursverbod worden opgelegd als de bestuurder, ondanks een verzoek daartoe van de curator, in ernstige mate tekort is geschoten in de nakoming van de in de Faillissementswet opgenomen informatie- of medewerkingsverplichtingen jegens de curator. Deze grond is bedoeld om bestuurders die de afwikkeling van een faillissement bewust frustreren effectiever te kunnen aanpakken. Dat de bestuurder in ernstige mate tekort moet zijn geschoten in zijn informatie- of medewerkingsverplichtingen, biedt de bestuurder de mogelijkheid om zich te disculperen. Deze c-grond bestrijkt onder meer de verplichting voor bestuurders om te verschijnen voor een commissie van schuldeisers, de curator of de rechter-commissaris om inlichtingen te verschaffen, en de verplichting om de administratie en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers volledig en ongeschonden over te dragen aan de curator.

**Betrokkenheid bij meerdere faillissementen**

De vierde grond bepaalt dat een bestuursverbod kan worden opgelegd aan de bestuurder die, hetzij als zodanig, hetzij als natuurlijk 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. Uit de toelichting bij deze 'd-grond' blijkt dat het voor de benodigde betrokkenheid van de bestuurder bij minimaal twee eerdere faillissementen moet gaan om faillissementen van door hem (on)middellijk bestuurde rechtspersonen. Betrokkenheid bij een eerder faillissement van een rechtspersoon als aandeelhouder of lid is daardoor onvoldoende. Voor het vereiste dat de bestuurder een persoonlijk verwijt treft, zal sprake moeten zijn van een ernstig persoonlijk verwijt. Net als onder de b-grond ligt hierin de disculpatiemogelijkheid voor de bestuurder. Evenzeer is vereist dat de bestuurder ook ten aanzien van het huidige faillissement een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.

**Vergrijpboete**

Tot slot kan een bestuursverbod worden opgelegd indien aan de failliete rechtspersoon of de bestuurder daarvan een boete wegens een vergrijp als bedoeld in art. 67d, 67e of 67f AWR is opgelegd en deze boete onherroepelijk is. Genoemde wetsbepalingen hebben betrekking op het niet, onjuist of onvolledig hebben gedaan van een belastingaangifte, een belastingaanslag die tot een te laag bedrag is vastgesteld of anderszins te weinig belasting is geheven en het niet, gedeeltelijk niet of te laat betalen van de verschuldigde belasting. Voor het opleggen van een boete op grond van genoemde wetsbepalingen moeten de daarin opgenomen vergrijpen opzettelijk of met grove schuld zijn begaan. De Belastingdienst moet het vergrijp waarvoor de boete is opgelegd en de daarbij vereiste opzet of grove schuld bewijzen. De vereiste opzet of grove schuld biedt een disculpatiemogelijkheid voor het geval dat het vergrijp bewezen kan worden geacht.

Een boete die aan de bestuurder in hoedanigheid van privépersoon is opgelegd, valt echter niet onder deze 'e-grond'. Pas wanneer een onder deze grond vallende boete onherroepelijk is komen vast te staan (en dus niet is gedisciplineerd), kan een bestuursverbod worden opgelegd. Of de boete door de rechter gematigd is, maakt daarbij geen verschil.

Op grond van art. 106a lid 3 Fw verstrekt de Belastingdienst, als uitzondering op de fiscale geheimhoudingsplicht ex art. 67 lid 2 onderdeel a AWR, op verzoek aan het openbaar ministerie of de curator de voor toepassing van deze grond benodigde gegevens omtrent de opgelegde vergrijpboete(n), zoals aard, aanleiding, tijdstip en omvang daarvan.

Met uitzondering van de a-grond gelden de gronden voor oplegging van een bestuursverbod op grond van art. 106a lid 4 Fw mutatis mutandis voor een natuurlijk persoon die handelt of heeft gehandeld in de uitoefening van een beroep of bedrijf. De a-grond vormt hierop een uitzondering, omdat alleen bepaalde rechtspersonen onder art. 2:138/2:248 BW vallen. Zoals beschreven, richt de d-grond zich expliciet mede op natuurlijke personen handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

Als voldaan is aan een grond voor oplegging van een bestuursverbod is de rechter evenwel niet verplicht om een bestuursverbod daadwerkelijk op te leggen. De rechter heeft aldus beoordelingsvrijheid en is omwille van de proportionaliteit van de maatregel gehouden om alle omstandigheden van het concrete geval mee te laten wegen. Als voldaan is aan een grond voor oplegging van een bestuursverbod, kan de rechter op basis van de omstandigheden van het geval toch besluiten om daar niet toe over te gaan.

**Informatieaanlevering  
door de Belasting-  
dienst**

**Toepassing gronden  
bij ondernemers**

**Beoordelingsvrijheid**



**Art. 106b**<sup>(1)</sup> FW

1. Een bestuurder aan wie een bestuursverbod is opgelegd, kan gedurende vijf jaar nadat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, of zoveel korter als in de uitspraak is bepaald, niet tot bestuurder of commissaris van een in artikel 3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek genoemde rechtspersoon worden benoemd. Een benoeming tot bestuurder of commissaris in weerwil van een onherroepelijk opgelegd bestuursverbod is nietig.
2. Tenzij in de uitspraak anders is bepaald, vormt het bestuursverbod voor betrokkene tevens een beletsel voor de uitoefening van zijn functie als bestuurder of commissaris bij alle op grond van artikel 106c, tweede lid, in de procedure betrokken rechtspersonen.
3. De griffier van de rechtbank, of in geval van hoger beroep, van het gerechtshof, biedt de onherroepelijke uitspraak waarin een bestuursverbod is opgelegd met bekwame spoed aan de Kamer van Koophandel aan, die terstond tot uitschrijving van de betrokken bestuurder uit het Handelsregister overgaat. Tevens wordt het bestuursverbod, voor de duur waarvoor het is opgelegd, geregistreerd bij het Handelsregister.
4. De rechtbank regelt zo nodig alle overige gevolgen van het door haar uitgesproken bestuursverbod.
5. De rechtbank kan ter verzekering van de naleving van haar uitspraak een dwangsom opleggen. Wordt de dwangsom verbeurd, dan komt deze toe aan de boedel of, als daarvan geen sprake is, aan de staat. De Minister van Veiligheid en Justitie kan de ontvangen gelden besteden aan nader door hem te bepalen doeleinden van faillissementsfraudebestrijding.
6. Een uitspraak houdende oplegging van een bestuursverbod kan niet uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

Commentaar door: mr. F.H.H. Sijbers en mr. R. van der Hulle

**A****A. Inleiding**

Dit artikel regelt de gevolgen van een opgelegd bestuursverbod. Daarnaast bevat dit artikel een aantal procedurele voorschriften met betrekking tot een uitspraak van de rechter waarin een bestuursverbod is opgelegd.

**C****C. Behandeling kernproblematiek****Inhoudsopgave**

- C.1 Gevolgen van een opgelegd bestuursverbod
- C.2 Procedurele voorschriften

**C.1 Gevolgen van een opgelegd bestuursverbod****Benoemingsverbod**

In art. 106b lid 1 Fw is bepaald dat een bestuurder die een bestuursverbod opgelegd heeft gekregen niet kan worden benoemd tot bestuurder of commissaris van een in art. 2:3 BW genoemde privaatrechtelijke rechtspersoon. Dit 'benoemingsverbod' geldt volgens het eerste lid van art. 106b Fw in principe vijf jaar nadat de uitspraak waarin het bestuursverbod is opgelegd in kracht van gewijsde is gegaan. Dit betekent dat het benoemingsverbod pas ingaat vanaf de dag van het onherroepelijk worden van de uitspraak en daarmee van het bestuursverbod. Volgens art. 106b lid 1 Fw kan in de uitspraak waarin het bestuursverbod is opgelegd evenwel worden bepaald dat een kortere

<sup>1</sup> Inwerkingtredingsdatum: 01-07-2016, Stb. 2016, 153.

termijn dan vijf jaar geldt. Aldus is een termijn van vijf jaar de maximumtermijn, maar heeft de rechter de mogelijkheid om die termijn te verkorten als daartoe aanleiding bestaat. Ook hierin ligt voor de rechter ruimte om rekening te houden met alle omstandigheden van het geval, waaronder de persoonlijke omstandigheden van de betrokkene. Met een maximale termijn van vijf jaar heeft de wetgever levenslange of excessieve verboden willen uitsluiten en heeft de wetgever aansluiting gezocht bij de termijn die verbonden is aan een bestuursverbod dat op grond van art. 2:298 lid 3 BW geldt voor bestuurders van een stichting die door de rechtbank op grond van art. 2:298 lid 1 BW zijn ontslagen. Benadrukt zij dat het benoemingsverbod van art. 106b lid 1 Fw betrekking heeft op 'nieuwe' benoemingen bij daaronder vallende rechtspersonen waarvan de betrokkene, die het bestuursverbod opgelegd heeft gekregen, niet al bestuurder of commissaris is.

Hoewel commissarissen slechts te maken kunnen krijgen met een bestuursverbod als zij beschouwd kunnen worden als feitelijk beleidsbepaler (ex art. 106d lid 1 Fw), staat een onherroepelijk bestuursverbod dus ook in de weg aan een nieuwe benoeming tot commissaris. Tevens omvat art. 106b lid 1 Fw op grond van art. 106d lid 1 Fw een verbod om feitelijk bestuurder (beleidsbepaler) te worden en via art. 106d lid 2 Fw een verbod om onder een monistisch bestuursmodel te worden benoemd tot uitvoerend of niet-uitvoerend bestuurder. Voor de begrenzing in art. 106b lid 1 Fw tot privaatrechtelijke rechtspersonen heeft de minister in de toelichting gewezen op de ingrijpendheid van een bestuursverbod, het private karakter daarvan en de faillissementsgerelateerde omstandigheden waarvan sprake moet zijn. Via art. 106e Fw moet – naar wij veronderstellen – een onherroepelijk bestuursverbod echter ook in de weg staan aan een nieuwe benoeming tot bestuurder of commissaris van een in dat artikel genoemde Europese rechtspersoon. Het blijft evenwel onbepaald mogelijk dat degene aan wie een bestuursverbod is opgelegd, benoemd wordt tot bestuurder of commissaris van bijvoorbeeld een publiekrechtelijke rechtspersoon of, de uitzondering van art. 10:121 BW daargelaten, andere buitenlandse rechtspersonen.

Art. 106b lid 1 Fw bepaalt verder dat een benoeming in strijd met een onherroepelijk opgelegd bestuursverbod nietig is. In de literatuur is het standpunt ingenomen dat nietige benoemingen gevolgen kunnen hebben voor de besluiten die zijn genomen in aanwezigheid van een bestuurder of commissaris wiens benoeming ex art. 106b lid 1 Fw nietig is.<sup>2</sup>

Een bestuurder aan wie een bestuursverbod is opgelegd, kan niet langer (statutair) bestuurder van de betrokken failliete rechtspersoon zijn. Art. 106b lid 2 Fw schrijft voor dat het bestuursverbod voor de betrokkene tevens een beletsel vormt voor de uitoefening van zijn functie als (statutair) bestuurder of commissaris bij andere in art. 2:3 BW genoemde rechtspersonen, tenzij in de uitspraak waarin het bestuursverbod is opgelegd anders is bepaald. Op grond van art. 106e Fw kan het daarbij ook gaan om een bestuurs- of commissarisfunctie bij een andere in art. 106e Fw genoemde Europese rechtspersoon. Via art. 106d lid 1 en 2 Fw kan degene die een bestuursverbod opgelegd heeft gekregen evenmin aanblijven als feitelijk bestuurder of als uitvoerend of niet-uitvoerend bestuurder onder een monistisch bestuursmodel. De uitzondering dat in de uitspraak anders kan worden bepaald, geldt niet voor het bestuurderschap bij de failliete rechtspersoon, dat door het bestuursverbod hoe dan ook eindigt, maar alleen voor huidige functies als bestuurder of commissaris bij andere, onder de regeling vallende, rechtspersonen. Met deze uitzondering heeft de wetgever de rechter armslag willen bieden om ook hierbij alle omstandigheden van het geval en persoonlijke

**Reikwijdte van het benoemingsverbod**

**Nietige benoemingen**

**Beletsel voor aanblijven**

2 Zie N. Kreileman en C.D.J. Bulten, 'Het civielrechtelijke bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2016/109, afl. 15, p. 542-543.

omstandigheden van de betrokkene mee te wegen. Op basis daarvan kan de rechter een bestaande bestuurs- of commissarisfunctie bij een andere rechtspersoon dan de failliete rechtspersoon uitzonderen van (de gevolgen van) het bestuursverbod. Daarbij valt te denken aan een rechtspersoon die anders geen bestuurder of commissaris meer heeft.

De wetgever heeft in de toelichting bij art. 106b Fw opgemerkt dat voorstelbaar is dat de rechtbank ruimte laat voor degene die een bestuursverbod opgelegd heeft gekregen om bestuurder te worden of te blijven van bijvoorbeeld diens eigen pensioen- of stamrecht-bv of de lokale schaakvereniging, omdat het openbaar belang dat met het uitspreken van een bestuursverbod wordt gediend bij dit soort niet-commerciële rechtspersonen doorgaans niet in het geding is. Deze opmerking miskent in onze ogen echter dat art. 106b lid 2 Fw, zoals beschreven, alleen betrekking heeft op reeds bestaande bestuurs- of commissarisfuncties bij andere privaatrechtelijke of in art. 106e Fw genoemde rechtspersonen. Het benoemingsverbod van art. 106b lid 1 Fw laat de rechter slechts ruimte om de maximale termijn van vijf jaar te verkorten en niet om bepaalde nieuwe benoemingen tot bestuurder of commissaris toch toe te staan.

**Bevoegdheid om overige gevolgen te regelen**

Het lijkt ons niet dat art. 106b lid 4 Fw, dat de rechter de bevoegdheid geeft om zo nodig alle overige gevolgen van een uitgesproken bestuursverbod te regelen (waarbij wederom rekening kan worden gehouden met alle omstandigheden van het geval), de ruimte daarvoor wel biedt. Volgens de wetgever kan op grond van art. 106b lid 4 Fw bijvoorbeeld worden bepaald dat de periode waarvoor het bestuursverbod geldt (waarmee de wetgever naar wij aannemen doelde op de voor het benoemingsverbod geldende termijn), op verzoek kan worden verkort als ten genoegen van de rechter wordt aangetoond dat bepaalde door hem opgelegde voorwaarden zijn vervuld. Op grond van art. 106b lid 4 Fw kan de rechter bijvoorbeeld ook bepalen dat een bestuursverbod later intreedt.

**Onherroepelijkheid vereist**

Anders dan in art. 106b lid 1 Fw is in het tweede lid van art. 106b Fw niet uitdrukkelijk als voorwaarde gesteld dat de uitspraak waarin het bestuursverbod is opgelegd in kracht van gewijsde moet zijn gegaan. Niettemin moet er, mede gezien de ingrijpendheid van een bestuursverbod en het derde en zesde lid van art. 106b Fw, van worden uitgegaan dat voor het ingaan van alle gevolgen van een opgelegd bestuursverbod de uitspraak waarin het bestuursverbod is opgelegd onherroepelijk dient te zijn. Anderzijds geldt de termijn die ingevolge art. 106b lid 1 Fw of in de uitspraak aan het benoemingsverbod wordt verbonden niet voor de overige gevolgen van een bestuursverbod. Zoals besproken, zorgt een onherroepelijk bestuursverbod ervoor dat een betrokken bestuurder niet meer bestuurder van de failliete rechtspersoon kan zijn en – als door de rechter niet anders is bepaald – dat degene met een onherroepelijk bestuursverbod niet bestuurder of commissaris bij een andere privaatrechtelijke of in art. 106e Fw genoemde rechtspersoon kan blijven.

**Van rechtswege verval van functies**

Wij maken uit de wettekst en de wetgeschiedenis op dat de functies van de betrokkene, die door een aan hem opgelegd bestuursverbod worden geraakt, met het onherroepelijk worden van de uitspraak waarin het bestuursverbod is opgelegd van rechtswege vervallen en dat het niet zo is dat dit na afloop van de voor het benoemingsverbod geldende termijn van rechtswege wordt teruggedraaid. Degene die een bestuursverbod opgelegd heeft gekregen, kan simpelweg na afloop van de voor het benoemingsverbod geldende termijn (weer) tot bestuurder of commissaris van een onder de regeling vallende rechtspersoon worden benoemd, ook als hij daarvan al bestuurder of commissaris was en die functie door het bestuursverbod eerder is vervallen. Hoewel de wetgever zich bewust niet heeft willen uitlaten over arbeidsrechtelijke aspecten, kan de rechter volgens de literatuur arbeidsrechtelijk ontslag bewerkstelligen door dit op grond van art. 106b lid 4 Fw in de uitspraak expliciet te bepalen.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Kreileman en Bulten (2016), p. 544-545.

De wetgever heeft duidelijk gemaakt dat een bestuursverbod weliswaar ingrijpt in de vrijheid van ondernemerschap, maar niet een algeheel verbod op ondernemen omvat. Degene aan wie een bestuursverbod is opgelegd, kan bijvoorbeeld nog wel een eenmanszaak of een v.o.f. opzetten, omdat dit volgens de wetgever anders een onevenredige beperking zou zijn van diens mogelijkheden om in een eigen inkomen te voorzien en daarmee sprake zou zijn van strijdigheid met het proportionaliteitsbeginsel.

**Geen verbod op ondernemen**

### C.2 Procedurele voorschriften

Naast voorschriften over de gevolgen van een opgelegd bestuursverbod, bevat art. 106b Fw een aantal nadere procedurele voorschriften die zien op een uitspraak van de rechter waarin een bestuursverbod is opgelegd. Krachtens art. 106b lid 3 Fw biedt de griffier van de rechtbank of, in het geval van hoger beroep, het gerechtshof de onherroepelijke uitspraak waarin een bestuursverbod is opgelegd met bekwame spoed aan de Kamer van Koophandel aan. Art. 106b lid 3 Fw draagt de Kamer van Koophandel op om vervolgens terstond na ontvangst van de onherroepelijke uitspraak tot uitschrijving van de betrokken bestuurder uit het Handelsregister over te gaan en om het bestuursverbod bij het Handelsregister te registreren voor de duur waarvoor het is opgelegd.

**Uitschrijving uit het Handelsregister**

Blijkens de wetsgeschiedenis komt de in art. 106b lid 3 Fw opgenomen verplichting voor de griffier erop neer dat alle relevante gegevens die nodig zijn voor de uitschrijving van de betrokken bestuurder uit het Handelsregister en de centrale registratie van het bestuursverbod met bekwame spoed aan de Kamer van Koophandel moeten worden verstrekt. Wat betreft de duur waarvoor een bestuursverbod is opgelegd, waaraan in art. 106b lid 3 Fw voor de registratie wordt gerefereerd, gaat het om de termijn die voor het benoemingsverbod van art. 106b lid 1 Fw geldt.

**Informatieverplichting voor griffier**

De uitschrijving uit het Handelsregister moet alle bestuurs- en commissarisfuncties van de betrokkene omvatten die door het aan hem opgelegde bestuursverbod worden geraakt. Alle registraties als bestuurder of commissaris in het Handelsregister die door het bestuursverbod worden geraakt, moeten worden doorgehaald. Wij gaan er echter van uit dat de uitschrijving uit het Handelsregister niet ook vereist is voor het ingaan van een bestuursverbod, maar dat de gevolgen van een bestuursverbod met het enkel onherroepelijk worden van de uitspraak ingaan en dat, zoals gezegd, reeds daarmee functies die door het bestuursverbod worden geraakt van rechtswege vervallen. De benodigde uitschrijving uit het Handelsregister is juist een nader gevolg van het (primaire) gevolg van een onherroepelijk bestuursverbod dat één of meer functies van de betrokkene van rechtswege (zijn) vervallen (in elk geval dus zijn bestuursfunctie bij de failliete rechtspersoon). In dit verband is in de wetsgeschiedenis ook opgemerkt dat de Kamer van Koophandel noch een notaris medewerking zal verlenen aan de oprichting dan wel de inschrijving van nieuwe rechtspersonen met iemand voor wie een bestuursverbod geldt als bestuurder of commissaris. Dat ziet dus op het geval dat de termijn van het benoemingsverbod nog loopt. Gedurende de termijn van het benoemingsverbod zal degene die een bestuursverbod opgelegd heeft gekregen door de Kamer van Koophandel uiteraard ook moeten worden geweigerd als diegene zich (opnieuw) wil inschrijven als bestuurder of commissaris van een reeds bestaande, onder art. 106b lid 1 Fw vallende, rechtspersoon. Hierbij heeft de wetgever aangegeven dat nadere aanpassing van het Handelsregisterbesluit 2008 nodig is en aangekondigd dat de daarin opgenomen weigeringsgronden voor inschrijving worden aangepast, maar tot op heden is het Handelsregisterbesluit 2008 nog niet aangepast naar aanleiding van de invoering van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod.

**Reikwijdte van uitschrijving**

Onherroepelijk geworden bestuursverboden worden ingevolge art. 106b lid 3 Fw voor de duur van het benoemingsverbod door de Kamer van Koophandel bij het Handelsregister in een centraal en volledig openbaar register geregistreerd. De wetgever acht de registratie van opgelegde bestuursverboden, en de transparantie die daarmee wordt gecreëerd, het meest effectief voor een effectieve handhaving van bestuursverboden. Doordat alleen onherroepelijke bestuursverboden centraal raadpleegbaar zullen worden geregistreerd en de openbare registratie direct wordt beëindigd zodra de voor het

**Registratie in openbaar register**

benoemingsverbod geldende termijn is verstreken, zijn naar het oordeel van de wetgever de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit in voldoende mate gewaarborgd. Daarnaast biedt art. 106b lid 3 Fw volgens de wetgever een voldoende wettelijke basis voor de registratie. Daarmee is de registratie naar het oordeel van de wetgever gerechtvaardigd in het licht van art. 10 Grondwet en art. 8 EVRM. Hoewel de wetgever aanpassingen van de Handelsregisterwet 2007 heeft aangekondigd, is thans bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel aanhangig waarmee enkel de Handelsregisterwet 2007, ten behoeve van de rechtshandhaving door de overheid, erin gaat voorzien dat op grond van art. 106b lid 3 Fw bij het Handelsregister geregistreerde gegevens gedurende acht jaar na beëindiging van de registratie beschikbaar blijven voor overheidsinstanties, zoals Justis, de Belastingdienst, het openbaar ministerie, de ACM en de AFM.<sup>4</sup> Bij de parlementaire behandeling van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod had de wetgever al kenbaar gemaakt dat geregistreerde gegevens over bestuursverboden voor die overheidsinstanties gedurende een bewaartermijn van acht jaar beschikbaar moeten blijven.

**Dwangsom**

Op basis van art. 106b lid 5 Fw kan de rechter de naleving van een bestuursverbod met de oplegging van een dwangsom bevorderen. Het gaat hier om een civielrechtelijke dwangsom in de zin van art. 611a Rv. Als een dwangsom wordt verbeurd, komt deze volgens art. 106b lid 5 Fw toe aan de boedel van de failliete rechtspersoon of, als daarvan geen sprake is, aan de staat. Art. 106b lid 5 Fw bepaalt voorts dat de minister van Veiligheid en Justitie de ontvangen gelden kan besteden aan nader door hem te bepalen doeleinden van faillissementsfraude. De wetgever heeft wel benadrukt dat het boedelbelang voorop staat en dat de staat slechts in beeld komt als een dwangsom wordt verbeurd nadat de boedel van de failliete rechtspersoon is afgewikkeld. De oplegging van een dwangsom moet in principe (eveneens) door de curator worden gevorderd. Uit de wetsgeschiedenis kan niet worden afgeleid of de oplegging van een dwangsom ook door het openbaar ministerie kan worden bewerkstelligd. De rechter behoudt volgens de wetgever steeds een eigen verantwoordelijkheid om aan de hand van alle omstandigheden van het concrete geval te beoordelen of een gevorderde dwangsom al dan niet moet worden toegewezen.

**Niet uitvoerbaar bij voorraad**

De reden dat een uitspraak waarin een bestuursverbod wordt opgelegd ex art. 106b lid 6 Fw niet uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard, ligt er dus in dat voor het ingaan van het bestuursverbod de uitspraak onherroepelijk moet zijn. Hiermee wordt voorkomen dat de ingrijpende gevolgen van een bestuursverbod al kunnen intreden, terwijl in een hogere instantie de oplegging van een bestuursverbod alsnog kan worden teruggedraaid.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 2016/17, 34687, 2, p. 4-5; Kamerstukken II 2016/17, 34687, 3, p. 5-6 en 24-25.

## Art. 106c<sup>(1)</sup> FW

1. Bij een verzoek of vordering tot het opleggen van een bestuursverbod wordt een uittreksel uit het Handelsregister overgelegd van de overige rechtspersonen, bedoeld in artikel 3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waarvan de betrokkene bestuurder of commissaris is. De Kamer van Koophandel verstrekt dit uittreksel op verzoek van de curator of het openbaar ministerie.
2. De rechtbank stelt de in het vorige lid bedoelde rechtspersonen in de gelegenheid om hun zienswijze over het gevraagde bestuursverbod en de mogelijke gevolgen daarvan naar voren te brengen. Daarbij kunnen zij niet worden vertegenwoordigd door de bestuurder jegens wie een bestuursverbod is gevorderd of verzocht, tenzij deze de enige bestuurder van de betrokken rechtspersoon is.
3. Indien een bestuursverbod ertoe leidt dat een rechtspersoon zonder bestuurder of commissaris komt te verkeren, kan de rechtbank overgaan tot de tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen wier bezoldiging door de rechtbank wordt vastgesteld en voor rekening van de rechtspersoon komt.
4. De rechtbank bij wie een verzoek of vordering tot het opleggen van een bestuursverbod aanhangig is, kan de desbetreffende bestuurder of commissaris op verzoek van het openbaar ministerie of op vordering van de curator schorsen en zo nodig voorzien in de tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen.
5. De schorsing en de tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen kan in elke stand van het geding worden verzocht of gevorderd. Zij gelden voor ten hoogste de duur van het geding.
6. De schorsing of de tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen wordt, voor de duur van de schorsing of tijdelijke aanstelling, ingeschreven in het Handelsregister.

Commentaar door: mr. F.H.H. Sijbers en mr. R. van der Hulle

### A. Inleiding

**A**

In dit artikel zijn nadere procedurele voorschriften opgenomen die betrekking hebben op een vordering van de curator of een verzoek van het openbaar ministerie tot oplegging van een bestuursverbod en de procedure die daarmee aanhangig wordt gemaakt. Het artikel bevat bovendien een aantal voorschriften die de rechter de mogelijkheid bieden een tijdelijke voorziening te treffen en nadere procedurele voorschriften daaromtrent.

### C. Behandeling kernproblematiek

**C**

#### Inhoudsopgave

- C.1 Procedurele voorschriften
- C.2 Tijdelijke voorzieningen

#### C.1 Procedurele voorschriften

In art. 106c Fw bepaalt het eerste lid dat bij een verzoek van het openbaar ministerie of een vordering van de curator tot het opleggen van een bestuursverbod een uittreksel uit het Handelsregister wordt overgelegd van de overige rechtspersonen als bedoeld in art. 2:3 BW waarvan de betrokkene bestuurder of commissaris is. Het gaat hierbij dus niet om de failliete rechtspersoon. Wij gaan er wel van uit dat via art. 106e Fw ook

Overlegging van uittreksel

<sup>1</sup> Inwerkingtredingsdatum: 01-07-2016, Stb. 2016, 153.

de daarin genoemde Europese rechtspersonen, waarvan de betrokkene bestuurder of commissaris is meegenomen moeten worden. Deze verplichting voor de curator en het openbaar ministerie zorgt ervoor dat voor de rechtbank kenbaar wordt of de betrokkene bij andere privaatrechtelijke rechtspersonen of in art. 106e Fw genoemde rechtspersonen (formeel) bestuurder of commissaris is, en zo ja, bij welke andere rechtspersonen dit dan het geval is. Het eerste lid van art. 106c Fw bepaalt tevens dat de Kamer van Koophandel op verzoek uittreksels van die andere rechtspersonen aan de curator en het openbaar ministerie moet verstrekken. Dat vormt volgens de wetgever een aanvulling op art. 28 lid 3 Handelsregisterwet 2007.

#### Zienswijze

Op grond van art. 106c lid 2 Fw worden de onder het eerste lid vallende rechtspersonen waarvan de betrokkene bestuurder of commissaris is in de gelegenheid gesteld om hun zienswijze over het gevorderde of verzochte bestuursverbod en de mogelijke gevolgen daarvan naar voren te brengen. De wetgever heeft die andere rechtspersonen deze mogelijkheid willen bieden, nu zij er belang bij hebben hoe op het verzoek of de vordering tot oplegging van een bestuursverbod wordt beslist. Zij kunnen, gelet op art. 106b lid 2 Fw, immers een bestuurder of commissaris 'verliezen'. In het tweede lid van art. 106c Fw wordt niet aangegeven of een zienswijze schriftelijk of mondeling moet worden ingediend en in de toelichting bij art. 106c Fw heeft de wetgever hierover slechts opgemerkt dat ruimte wordt gelaten om een schriftelijke procedure te volgen. Het lijkt ons dan ook dat een zienswijze schriftelijk of mondeling kan geschieden. Met een zienswijze kan bijvoorbeeld namens een betrokken rechtspersoon duidelijk worden gemaakt hoe wordt aangekeken tegen de bestuurder jegens wie een bestuursverbod wordt gevorderd of verzocht en of al dan niet de wil bestaat om met hem verder te gaan. De andere rechtspersonen kunnen daarbij evenwel niet worden vertegenwoordigd door degene jegens wie een bestuursverbod is gevorderd of verzocht, tenzij deze de enige (formeel) bestuurder van een rechtspersoon is (bijvoorbeeld bij een pensioen-bv). Met deze uitzondering heeft de wetgever willen voorkomen dat een betrokken rechtspersoon niet in rechte vertegenwoordigd kan worden of kosten moet maken voor het inschakelen van een gemachtigde.

### C.2 Tijdelijke voorzieningen

#### Tijdelijke aanstelling van één of meer bestuurders of commissarissen

Art. 106c lid 3 Fw ziet op het door de wetgever onwenselijk geachte geval dat een betrokken rechtspersoon door oplegging van een bestuursverbod zonder bestuurder of commissaris komt te verkeren. Voor een dergelijk geval geeft het derde lid van art. 106c Fw de rechter de bevoegdheid om één of meer bestuurders of commissarissen tijdelijk aan te stellen wier bezoldiging door de rechter wordt vastgesteld en ten laste van de betrokken rechtspersoon komt. Aangezien de betrokken failliete rechtspersoon failliet is en een curator is aangesteld, is deze aanstellingsbevoegdheid van de rechter in feite alleen van belang ten aanzien van andere betrokken rechtspersonen die geen bestuurder of commissaris meer zullen hebben als gevolg van een opgelegd bestuursverbod. De rechter dient te bepalen hoe lang een ex art. 106c lid 3 Fw aangestelde bestuurder of commissaris in functie zal blijven. De betrokken rechtspersoon moet ervoor zorgen dat na die periode ex art. 106c lid 3 Fw tijdelijk aangestelde functionarissen zijn vervangen. Een aanstelling ex art. 106c lid 3 Fw is dus weliswaar tijdelijk, maar geeft de betrokken rechtspersoon tijd om een nieuw bestuur samen te stellen of om één of meer nieuwe commissarissen te benoemen.

Andere betrokken rechtspersonen dan de failliete rechtspersoon kunnen zich in hun zienswijze ex art. 106c lid 2 Fw ook uitlaten over een tijdelijke aanstelling van één of meer bestuurders of commissarissen. Omdat die andere rechtspersonen met hun zienswijze evenwel niet formeel worden betrokken in de procedure waarin het bestuursverbod wordt gevorderd of verzocht (de wetgever heeft dit bewust niet gewild), nemen wij aan dat zij geen vordering tot de tijdelijke aanstelling van één of meer bestuurders of commissarissen kunnen indienen. De rechter kan zelf tot toepassing van art. 106c lid 3 Fw overgaan, al dan niet na op die mogelijkheid in een zienswijze te zijn gewezen. Uiteraard kan de rechter wel worden verzocht gebruik te maken van

de bevoegdheid van art. 106c lid 3 Fw. Niets staat eraan in de weg dat de curator of het openbaar ministerie aanstuurt op een tijdelijke aanstelling ex art. 106c lid 3 Fw of dat dit uitdrukkelijk wordt gevorderd of verzocht (als een onderdeel van de vordering of het verzoek tot oplegging van een bestuursverbod). Het lijkt ons dat de rechter de eventuele tijdelijke aanstelling van één of meer bestuurders of commissarissen ex art. 106c lid 3 Fw meeneemt in de uitspraak waarin wordt beslist op de vordering of het verzoek om een bestuursverbod. Een tijdelijke aanstelling van één of meer bestuurders of commissarissen ex art. 106c lid 3 Fw kan ook pas ingaan door onherroepelijkheid van de uitspraak en daarmee van het bestuursverbod.

Volgens de wetgever vormt de bevoegdheid van art. 106c lid 3 Fw een *lex specialis* ten opzichte van de in art. 106b lid 4 Fw opgenomen algemene bevoegdheid van de rechter om zo nodig alle overige gevolgen van een uitgesproken bestuursverbod te regelen. Wij denken echter meer aan de mogelijkheid die de rechter in art. 106b lid 2 Fw wordt gelaten om in de uitspraak waarin het bestuursverbod wordt opgelegd een reeds bestaande bestuurs- of commissarisfunctie bij een andere rechtspersoon dan de failliete rechtspersoon uit te zonderen van (de gevolgen van) het bestuursverbod. Wat ons betreft moet de bevoegdheid van art. 106c lid 3 Fw worden gezien als een alternatief voor de bevoegdheid van art. 106b lid 2 Fw. De rechter kan of er via art. 106b lid 2 Fw voor zorgen dat een betrokkene bestuurder of commissaris kan blijven bij andere, onder de regeling vallende, rechtspersonen (wat in een zienswijze ook in overweging kan worden gegeven), of eventueel via art. 106c lid 3 Fw bij die rechtspersonen één of meer nieuwe bestuurders of commissarissen tijdelijk benoemen.

Art. 106c lid 4 Fw brengt met zich mee dat de rechter een bestuurder of commissaris, jegens wie een bestuursverbod wordt gevorderd of verzocht, op vordering van de curator of op verzoek van het openbaar ministerie kan schorsen. Ook dan kan de rechter in het verlengde van de schorsing zo nodig voorzien in de tijdelijke aanstelling van één of meer bestuurders of commissarissen als door de schorsing geen niet-geschorste bestuurders of commissarissen resteren. Een dergelijke tijdelijke aanstelling op de voet van art. 106c lid 4 Fw zou dan – naar wij aannemen – gekoppeld moeten worden aan de duur van de schorsing. Waar art. 106c lid 3 Fw betrekking heeft op de periode nadat een bestuursverbod is ingegaan, ziet art. 106c lid 4 Fw dus op de periode waarin een vordering of een verzoek tot oplegging van een bestuursverbod aanhangig is en de procedure daarvoor loopt. Anders dan de in het derde lid van art. 106c Fw opgenomen bevoegdheid is voor de schorsingsbevoegdheid van de rechter in elk geval een vordering van de curator of een verzoek van het openbaar ministerie vereist. De wetgever heeft in de toelichting opgemerkt dat het middel van schorsing in de praktijk vooral zal worden gebruikt bij niet-failliete rechtspersonen die de betrokkene bestuurt.

Op grond van art. 106c lid 5 Fw kan de schorsing in elke stand van het geding worden gevorderd of verzocht en kan deze voor ten hoogste de duur van het geding gelden. Dit geldt volgens art. 106c lid 5 Fw ook voor de tijdelijke aanstelling van één of meer bestuurders of commissarissen. De schorsing van een betrokkene hoeft zodoende niet per se in de inleidende dagvaarding of het inleidende verzoekschrift te worden gevorderd respectievelijk te worden verzocht, maar kan evenzeer worden gevorderd of verzocht als de noodzaak daartoe pas later tijdens de procedure blijkt. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan het geval dat gedurende de procedure signalen van onttrekking van gelden van een betrokken rechtspersoon opkomen. Niet geregeld is hoe op een schorsingsvordering of schorsingsverzoek wordt beslist, maar wij nemen aan dat hier in een tussenvonniss op wordt beslist (met daarin eventueel één of meer tijdelijke benoemingen ex art. 106c lid 4 Fw). Ook over een schorsing van de bestuurder of commissaris jegens wie een bestuursverbod wordt gevorderd of verzocht en een eventuele benoeming van één of meer tijdelijke bestuurders of commissarissen in het verlengde daarvan kunnen in een zienswijze ex art. 106c lid 2 Fw uitlatingen worden gedaan. Op grond van art. 106b lid 4 Fw kan de rechter de periode van schorsing in mindering brengen op de duur van het benoemingsverbod van art. 106b lid 1 Fw.

**Alternatief voor art.  
106b lid 2 Fw**

**Schorsing**

**In elke stand en voor  
de duur van het  
geding**



Het is ons echter niet helemaal duidelijk of de tijdelijke aanstelling van één of meer bestuurders of commissarissen in het verlengde van een schorsing ex art. 106c lid 4 Fw eveneens steeds door de curator of het openbaar ministerie moet worden gevorderd of verzocht. Gelet op de tekst van art. 106c lid 4 en 5 Fw lijkt ons een ambtshalve tijdelijke aanstelling van één of meer bestuurders of commissarissen door de rechter op grond van art. 106c lid 4 Fw zonder een vordering of verzoek daartoe niet voor de hand te liggen. Anderzijds blijkt uit de toelichting sterk dat de wetgever wil voorkomen dat een rechtspersoon zonder bestuurders of commissarissen komt te verkeren.

Evenmin is ons duidelijk wat precies moet worden verstaan onder 'het geding'. Wij veronderstellen dat schorsing en de tijdelijke aanstelling van één of meer bestuurders of commissarissen ook nog in een hogere instantie kan worden gevorderd of verzocht en dat de schorsing van een bestuurder of commissaris, jegens wie een bestuursverbod wordt gevorderd of verzocht, hooguit kan gelden totdat op de vordering of het verzoek om een bestuursverbod onherroepelijk is beslist.

Zowel de schorsing van een bestuurder als de eventuele tijdelijke benoeming van vervangende bestuurders of commissarissen wordt ingevolge art. 106c lid 6 Fw evenzeer in het Handelsregister ingeschreven.

Inschrijving in het  
Handelsregister

**Art. 106d<sup>(1)</sup>** FW

1. Voor de toepassing van de artikelen 106a tot en met 106c wordt als bestuurder tevens aangemerkt degene die het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij bestuurder.
2. Voor de toepassing van de artikelen 106a tot en met 106c wordt met bestuurder gelijk gesteld de uitvoerende bestuurder en met de commissaris de niet uitvoerende bestuurder, indien de bestuurstaken zijn verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders.

**Civielrechtelijk  
bestuursverbod voor  
feitelijk bestuurder**

Commentaar door: mr. F.H.H. Sijbers en mr. R. van der Hulle

### C. Behandeling kernproblematiek

## C

In dit artikel wordt met het eerste lid voor de toepassing van art. 106a, 106b en 106c Fw degene die het beleid van een rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald als ware hij (statutair) bestuurder, gelijkgesteld met de statutair bestuurder van die rechtspersoon. Dit heeft tot gevolg dat ook aan een dergelijke feitelijk beleidsbepaler, oftewel feitelijk bestuurder, van de failliete rechtspersoon een bestuursverbod ex art. 106a Fw kan worden opgelegd. Via deze weg zou een commissaris of een aandeelhouder, en bijvoorbeeld ook een belangrijke adviseur, met een bestuursverbod geconfronteerd kunnen worden. Daarnaast kan door deze gelijkstelling in art. 106d lid 1 Fw degene die een bestuursverbod opgelegd heeft gekregen geen feitelijk bestuurder van de failliete rechtspersoon blijven en evenmin feitelijk bestuurder van een andere, onder de regeling vallende, rechtspersoon worden of blijven. Of sprake is van een feitelijk beleidsbepaler moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval, waarbij bewijsproblemen volgens de wetgever niet ondenkbaar zijn. Feitelijk bestuurderschap kan volgens de wetgever bijvoorbeeld door volmachtverlening ontstaan. Bij de beoordeeling of een aandeelhouder kan worden aangemerkt als feitelijk bestuurder is bijvoorbeeld de omvang van het aandelenpakket van belang en hoe de uit het aandeelhouderschap voortvloeiende rechten worden aangewend. Doordat een bestuursverbod geen verbod op aandeelhouderschap omvat, maar wel wordt voorkomen dat een opgelegd bestuursverbod kan worden omzeild, wordt naar het oordeel van de wetgever op proportionele wijze een legitiem doel gediend en daarmee recht gedaan aan het eigendomsrecht van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.

**Feitelijk beleidsbepaler**

De in het tweede lid van art. 106d Fw opgenomen gelijkstelling van uitvoerende bestuurders en niet-uitvoerende bestuurders onder een monistisch bestuursmodel met de statutair bestuurder respectievelijk de commissaris onder een dualistisch bestuursmodel, zorgt er in de eerste plaats voor dat uitvoerende bestuurders van een failliete rechtspersoon onder een monistisch bestuursmodel een bestuursverbod opgelegd kunnen krijgen. Ten tweede kan iemand aan wie een bestuursverbod is opgelegd gedurende de termijn die geldt voor het benoemingsverbod van art. 106b lid 1 Fw bij een andere, onder de regeling vallende, rechtspersoon dan de failliete rechtspersoon, niet tot uitvoerend of niet-uitvoerend bestuurder onder een monistisch bestuursmodel worden benoemd. Ten derde verhindert art. 106d lid 2 Fw in principe het aanblijven als uitvoerend of niet-uitvoerend bestuurder onder een monistisch bestuursmodel.

**Uitvoerende en niet-  
uitvoerende  
bestuurders**

<sup>1</sup> Inwerkingtredingsdatum: 01-07-2016, Stb. 2016, 153.

Civielrechtelijk  
bestuursverbod, toe-  
passelijkheid op  
Europese rechtspers-  
sonen met statutaire  
zetel in Nederland

## Art. 106e<sup>(1)</sup> FW

De artikelen 106a tot en met 106d zijn van overeenkomstige toepassing op bestuurders, gewezen bestuurders, commissarissen en feitelijk leidinggevendend bij een Europees Economisch samenwerkingsverband, een Europese vennootschap en een Europese coöperatieve vennootschap met statutaire zetel in Nederland.

Commentaar door: mr. F.H.H. Sijbers en mr. R. van der Hulle

## C

### C. Behandeling kernproblematiek

Op grond van art. 106e Fw zijn de voorschriften met betrekking tot het civielrechtelijk bestuursverbod van overeenkomstige toepassing op een aantal Europese rechtspersonen met statutaire zetel in Nederland, te weten het Europees Economisch samenwerkingsverband (EESV), de Europese naamloze vennootschap (SE) en de Europese coöperatieve vennootschap (SCE). Hierdoor kan de oplegging van een bestuursverbod ook die Europese rechtspersonen bestrijken en hebben de gevolgen van een opgelegd bestuursverbod uitwerking naar die Europese rechtspersonen. Opvallend is dat dit artikel in de wetgeschiedenis amper nader is toegelicht. Het artikel is op instigatie van de Commissie vennootschapsrecht ingevoerd. In het advies van de Commissie vennootschapsrecht over de Wet civielrechtelijk bestuursverbod was inderdaad geadviseerd om te expliciteren dat de regeling zich ook uitstrekte tot de SE, de SCE en het EESV, maar een toelichting was daarbij niet gegeven.

<sup>1</sup> Inwerkingtredingsdatum: 01-07-2016, Stb. 2016, 153.