

# 571. Het civielrechtelijk bestuursverbod en de positie van de tijdelijk bestuurder

MR. W. BOSSE EN MR. A.J. RAAT

Op 1 juli 2016 zijn in werking getreden de 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 en de 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 (Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude), *Stb.* 2016, 154.

Deze wetten zijn twee van de drie pijlers van het wetgevingsprogramma 'Herijking van het faillissementsrecht' dat zich richt op de verbetering van de bestrijding van faillissementsfraude. De derde pijler is wetsvoorstel 34253 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator (Wet versterking positie curator), dat thans nog bij de Tweede Kamer in behandeling is.

**D**e Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude beoogt de wettelijke mogelijkheden om strafrechtelijk op te treden tegen faillissementsfraude te verbeteren. Een van de maatregelen is het strafrechtelijk sanctioneren van de administratie- en bewaarplicht (art. 2:10 BW jo. 3:15i BW).

In het wetsvoorstel tot versterking van de positie van de curator krijgt de curator de wettelijke taak te onderzoeken of sprake is van onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt of het tekort in het faillissement hebben vergroot.

Het toekennen van de bevoegdheid aan de curator om het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen, sluit volgens de minister goed aan bij het voornemen om fraudesignalering een wettelijke taak te maken van de curator.<sup>1</sup>

Met de Wet civielrechtelijk bestuursverbod wordt het mogelijk om bestuurders die zich bezig houden met faillissementsfraude of die zich schuldig hebben gemaakt aan onbehoorlijk bestuur in de aanloop naar een faillissement langs civielrechtelijke weg een bestuursverbod op te leggen. Het civielrechtelijk bestuursverbod kan ook ingezet worden om aperte onregelmatigheden in of rondom een

faillissement, zoals ernstige tegenwerking van de curator, faillissementsrecidive en de benadeling van crediteuren voorafgaand aan een faillissement te bestrijden.

Het doel van deze wet is om faillissementsfraude en onregelmatigheden in of rondom een faillissement effectiever te kunnen bestrijden en om te voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten via allerlei omwegen en met nieuwe rechtspersonen ongehinderd kunnen voortzetten.<sup>2</sup> Hierna zal de inhoud van deze wetgeving worden weergegeven.<sup>3</sup>

## Civielrechtelijk bestuursverbod

Een civielrechtelijk bestuursverbod kan uitsluitend worden opgelegd nadat een faillissement van de rechtspersoon is uitgesproken (art. 106a Fw). Bovendien kan een verbod alleen worden opgelegd ter zake van gedragingen die hebben plaatsgevonden in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement of die de afwikkeling van het faillissement frustreren.

<sup>1</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, nr. 3, p. 3 (Memorie van Toelichting (MvT)).

<sup>2</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, nr. 3, p. 3 (Memorie van Toelichting (MvT)).

<sup>3</sup> Uitgebreider over het civielrechtelijk bestuursverbod zie W. Bosse, 'Civielrechtelijk bestuursverbod', *JBN* 2015, nr. 19; A.C. Stroeve, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod vanuit notarieel perspectief', *WPNR* 7059, 18 april 2015, p. 356-362 en W. Bosse, 'Civielrechtelijk bestuursverbod nader beschouwd', *JBN* 2016, nr. 40

Lid 1 van art. 106a Fw geeft een limitatieve opsomming van de vijf gronden voor het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod:

- a. de bestuurder is onherroepelijk veroordeeld wegens onbehoorlijk bestuur als bedoeld in de artikelen 2:138 of 2:248 BW;
- b. de bestuurder heeft doelbewust namens de rechtspersoon rechtshandelingen verricht, toegelaten of mogelijk gemaakt die overeenkomstig de artikelen 42 Fw of 47 Fw bij onherroepelijk geworden uitspraak door de rechter zijn vernietigd (paulianeus handelen);
- c. de bestuurder is, ondanks een verzoek van de curator, in ernstige mate tekortgeschoten in de nakoming van zijn informatie- of medewerkingsverplichtingen jegens de curator;
- d. de bestuurder was, hetzij als zodanig, hetzij als natuurlijke persoon handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, ten minste tweemaal eerder betrokken bij een faillissement van een rechtspersoon en hem treft daarvan een persoonlijk verwijt (reperterende faillissementen); of
- e. aan de rechtspersoon of de bestuurder ervan is een onherroepelijke boete opgelegd wegens een vergrijp als bedoeld in de artikelen 67d, 67e of 67f van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (fiscale vergrijpboetes).

Een bestuursverbod kan ook worden opgelegd aan de natuurlijke persoon die indirect bestuurder van de failliete rechtspersoon is (art. 106a lid 2 Fw)<sup>4</sup> en aan een natuurlijk persoon die handelt in beroep of bedrijf (art. 106a lid 4 Fw).

Verder kan een bestuursverbod opgelegd worden aan degene die het beleid van een rechtspersoon (mede) heeft bepaald als ware hij bestuurder (art. 106d Fw); de zogenaamde feitelijk bestuurder of feitelijk beleidsbepaler. Door de gelijkstelling van de feitelijk bestuurder met de statutaire bestuurder kan ook hem – en niet alleen zijn stroman – een bestuursverbod worden opgelegd.<sup>5</sup>

4 De wet voorziet er niet in dat een bestuursverbod kan worden opgelegd aan commissarissen. De regering heeft echter toegezegd om bij een wettevaluatie na vijf jaar na te gaan of er aanleiding kan zijn om voor gevallen van kennelijk onbehoorlijk toezicht ex art. 2:259 BW juncto 2:248 BW ook voor commissarissen in de mogelijkheid van een bestuursverbod te voorzien (Handelingen Tweede Kamer, 17 juni 2015, p. 97-6-20, *Kamerstukken I* 2015/16, 34011, nr. B, *Kamerstukken I* 2015/16, 34011, nr. D, p. 1 en 2).

5 Of sprake is van een feitelijk bestuurder/beleidsbepaler hangt af van de omstandigheden van het geval. Een functionaris die een algemene volmacht heeft verkregen waarin hij feitelijk dezelfde bevoegdheden krijgt als de statutaire bestuurders, zal in de regel als zodanig kwalificeren. Onder omstandigheden is denkbaar dat een aandeelhouder of een belangrijke adviseur als zodanig moet worden beschouwd. Mogelijke bewijsproblemen bij de toepassing van art. 106d Fw waren voor de wetgever geen reden om de mogelijkheid tot omzeiling van het bestuursverbod via de weg van het feitelijk bestuurderschap maar open te laten (*Kamerstukken II* 2013/14, 34011, nr. 3, p. 30, *Kamerstukken II* 2014/15, 34011, nr. 6, p. 25 en *Kamerstukken I* 2015/16, 34011, nr. B, p. 9 en 10).

De gelijkstelling tussen statutair en feitelijk bestuurder betekent tevens dat een bestuursverbod kan meebrengen dat iemand ook geen feitelijk bestuurder meer kan worden. Daarmee wordt voorkomen dat iemand met een bestuursverbod feitelijk leiding gaat geven aan een rechtspersoon. Volgens de regering kan de mogelijkheid om

### De tijdelijk bestuurder moet als een volwaardig bestuurder worden beschouwd met dienovereenkomstige aansprakelijkheid

de naleving van een bestuursverbod via een dwangsom af te dwingen juist voor dit geval uitkomst bieden (art. 106b lid 5 Fw).<sup>6</sup> In hoeverre dit middel effectief is, is de vraag: wie controleert of een persoon aan wie een bestuursverbod is opgelegd zich nadien gedraagt als feitelijk bestuurder?<sup>7</sup>

De curator is de eerst aangewezen om een bestuursverbod te vorderen. Voor het voeren van de procedure tot het opleggen van een bestuursverbod is een machtiging van de rechter-commissaris vereist (art. 68 Fw). Daarnaast krijgt het openbaar ministerie de zelfstandige bevoegdheid om een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen. Deze bevoegdheid is bedoeld om te worden ingezet in die specifieke gevallen waarin het algemeen belang in het geding is. Art. 106a lid 1 Fw kent twee gronden die in de praktijk voor het openbaar ministerie vooral van belang zijn: het bestaan van repeterende faillissementen of van fiscale vergrijpboetes (letters d en e).

De rechter, indien bewezen is dat een persoon zich schuldig heeft gemaakt aan faillissementsfraude in de brede zin als hiervoor beschreven, kan deze persoon voor een periode van maximaal vijf jaar verbieden om bestuurder of commissaris te zijn van een rechtspersoon als bedoeld in art. 2:3 BW (art. 106b lid 1 Fw). Dat zijn verenigingen, stichtingen, NV's, BV's, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. De bepalingen uit deze wet zijn ook van toepassing op de EESV, de Europese Vennootschap en de Europese Coöperatieve Vennootschap met statutaire zetel in Nederland (art. 106e Fw). Met het civielrechtelijk bestuursverbod wordt bereikt dat een malafide bestuurder tijdelijk geen gebruik (en dus ook geen misbruik) kan maken van de bescherming tegen aansprakelijkheid die een rechtspersoon biedt. Een persoon aan wie een bestuursverbod is opgelegd mag nog wel een eenmanszaak met persoonlijke aansprakelijkheid drijven. De rechtbank kan in zijn uitspraak voor betrokkene ruimte laten 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.

6 *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, nr. 3, p. 30 en *Kamerstukken II* 2014/15, 34011, nr. 6, p. 23.

7 Zie A.C. Stroeve, t.a.p. (noot 3), noot 24.

Een in weerwil van het bestuursverbod genomen besluit tot benoeming van een bestuurder is nietig. Een ander bijkomend gevolg is dat de betrokken bestuurder niet langer als statutair bestuurder kan functioneren bij alle overige rechtspersonen waar hij deze functie bekleedt (art. 106bFw). Voorwaarde is wel dat die overige rechtspersonen in staat zijn gesteld om hun zienswijze in de procedure naar voren te brengen conform art. 106c lid 2 Fw. In de praktijk zullen de overige rechtspersonen bij brief worden uitgenodigd hun zienswijze te geven.<sup>8</sup>

In dit verband is het voor de rechtbank van belang te weten bij welke andere rechtspersonen de betrokkene eventueel bestuurder of commissaris is. Daartoe wordt in lid 1 van art. 106c Fw bepaald dat bij een verzoek of vordering tot het opleggen van een bestuursverbod een uittreksel uit het Handelsregister wordt overgelegd van de overige rechtspersonen waarvan de betrokkene bestuurder of commissaris is. De rechtspersonen van wie de zienswijze wordt gevraagd kunnen niet worden vertegenwoordigd door de bestuurder tegen wie het bestuursverbod wordt gevorderd.

### Registratie en handhaving van het civielrechtelijk bestuursverbod

Uitgangspunt van de wet is dat alleen bestuursverboden worden geregistreerd als zij onherroepelijk zijn opgelegd. Daarmee wordt het bezwaar voorkomen, dat iemand naar achteraf blijkt ten onrechte met een bestuursverbod in het centrale register is opgenomen, omdat hij in hoger beroep alsnog in het gelijk is gesteld. Een civielrechtelijk bestuursverbod kan daarom ook niet uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard, zoals is bepaald in art. 106b, lid 6 Fw.

Een opgelegd bestuursverbod wordt geregistreerd bij het Handelsregister en kan door iedereen worden ingezien. In de wet is niet voorgeschreven op welke wijze die registratie moet plaatsvinden. De Kamer van Koophandel heeft hieraan uitvoering gegeven door registratie via een aan te leggen lijst die beschikbaar is via de website van de Kamer van Koophandel: <https://www.kvk.nl/over-de-kvk/civielrechtelijk-bestuursverbod/>.

Handhaving van het civielrechtelijk bestuursverbod geschiedt doordat opgelegde bestuursverboden leiden tot doorhalingen van registratie als bevoegd bestuurder bij de in het vonnis genoemde rechtspersonen in het Handelsregister.<sup>9</sup> De notaris noch de Kamer van Koophandel

zal medewerking verlenen aan de oprichting dan wel de inschrijving van nieuwe rechtspersonen met iemand voor wie een bestuursverbod geldt als bestuurder.

Gedurende de duur van het verbod zal de betrokkene door de Kamer van Koophandel worden geweigerd wanneer hij zich opnieuw wil inschrijven als bestuurder. De in het Handelsregisterbesluit 2008 opgenomen weigeringsgronden voor inschrijving zullen daartoe worden aangepast.

### Buitenlandse rechtspersonen

Een bestuursverbod kan zich in beginsel niet uitstrekken tot naar buitenlands recht opgerichte rechtspersonen. Dat zou neerkomen op een vorm van extraterritoriale jurisdictie die de Nederlandse rechter niet heeft.[NOOT: Het is, bij de huidige stand van het Europese integratieproces, evenmin mogelijk om een bestuursverbod op te leggen aan natuurlijke personen die bestuurder zijn van een naar buitenlands recht opgerichte rechtspersoon, die op haar beurt bestuurder is van een in Nederland opgerichte rechtspersoon. Een in Nederland opgelegd bestuursverbod staat er ook niet aan in de weg dat iemand alsnog bestuurder van een elders in de Europese Unie opgerichte rechtspersoon wordt, omdat er (nog) geen sprake is van de automatische wederzijdse erkenning van bestuursverboden. Het is aan iedere EU-lidstaat zelf voorbehouden om te bepalen onder welke voorwaarden iemand al dan niet bestuurder van een rechtspersoon kan worden<sup>10</sup> Er is één uitzondering. Op grond van art. 10:121 BW zijn de artikelen 2:138 en 2:248 BW van toepassing op de aansprakelijkheid van een buitenlandse vennootschap die in Nederland aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen en die in Nederland failliet wordt verklaard. In de algemene verwijzing naar de artikelen 2:138/248 BW in art. 106a lid 1 letter a Fw ligt besloten dat ook in deze omstandigheden een civielrechtelijk bestuursverbod gevorderd kan worden.

Wanneer een buitenlandse rechtspersoon in Nederland actief is, moet zij zich inschrijven in het Handelsregister bij de Kamer van Koophandel. Blijkt een bestuurder in Nederland een bestuursverbod te hebben, dan zal die inschrijving worden geweigerd. Hiertoe zal het Handelsregisterbesluit 2008 worden aangepast.<sup>11</sup> Ook is een wijziging van dit besluit in voorbereiding, waarbij zal worden bepaald dat de Kamer van Koophandel een inschrijving kan weigeren als haar bekend is dat aan iemand in een ander land een bestuursverbod is opgelegd. Aldus kan een in het buitenland opgelegd bestuursverbod straks ook in Nederland doorwerken.<sup>12</sup>

8 De wetgever heeft aangegeven dat een schriftelijke procedure gevolgd kan worden.] Die zienswijze kan zowel betrekking hebben op het gevorderde bestuursverbod als op de mogelijke gevolgen daarvan. Om onnodige bureaucratiesering te voorkomen, heeft de wetgever ervan afgezien om de overige rechtspersonen formeel deel uit te laten maken van de procedure via bijvoorbeeld voeging of als (mede)gedaagde.

9 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 Handelsre-

gister overgaat (lid 3 van art. 106b Fw). Dit wijst er op dat de bestuurder als gevolg van de uitspraak van rechtswege ophoudt bestuurder te zijn, A.C. Stroeve, t.a.p. (noot 3), p. 359.

10 *Kamerstukken II* 2014/15, 34011, nr. 6, p. 21 en 22, *Kamerstukken I* 2015/16, 34011, nr. B, p. 3 en *Kamerstukken I* 2015/16, 34011, nr. D, p. 2).

11 *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, nr. 3, p. 6.

12 *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, nr. 3, p. 16. 'De rechter kan daartoe de openbare buitenlandse registers raadplegen, als die er zijn. Dat is bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk het geval. Verder zal moeten worden

## Tijdelijk bestuurder

Indien het bestuursverbod ertoe leidt dat een onderneming zonder bestuurders komt te zitten, kan de rechtbank één of meer nieuwe – tijdelijke – bestuurders benoemen (art. 106c leden 3 tot en met 6 Fw). Daarbij kan de rechtbank bepalen dat de tijdelijke bestuurder aanblijft tot een nieuw bestuur is gevormd. In beide gevallen dient de rechtbank de termijn te bepalen gedurende welke de tijdelijke bestuurder in functie zal blijven. De rechtspersoon dient er dan voor zorg te dragen dat binnen die termijn een nieuw bestuur wordt gevormd. Bij de benoeming van de tijdelijke bestuurder zal de rechtbank de op grond van art. 106c lid 2 Fw in de procedure betrokken rechtspersonen vragen wie zo nodig als vervangend bestuurder kan optreden, als een bestuursverbod wordt opgelegd.

Het fenomeen van een door de rechter benoemde, tijdelijk bestuurder is niet nieuw. De Ondernemingskamer kan in het kader van een enquêteprocedure een tijdelijk bestuurder aanstellen (art. 2:349a lid 2 BW en art. 2:355 lid 1 juncto 2:356 sub c BW).<sup>13</sup> Voorts kan in geval van wanbeheer bij een stichting door de gewone bestuurder een tijdelijk bestuurder benoemd worden (art. 2:298 BW).<sup>14</sup> De voor deze tijdelijk bestuurders ontwikkelde uitgangspunten gelden ook voor de tijdelijk bestuurder ex art. 106c Fw.<sup>15</sup>

## De positie van de tijdelijk bestuurder

In het *Fuldauer*-arrest heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de positie van een door de rechter benoemde, tijdelijk bestuurder. [NOOT: Hoge Raad 19 februari 2010, *NJ* 2010, 296 m.nt. Van Schilfgaarde, inzake de positie van de tijdelijk bestuurder van een stichting ex art. 2:298 BW.] Geoordeeld werd dat een tijdelijk bestuurder, tenzij de rechter anders heeft bepaald, voor de duur van zijn benoeming alle bevoegdheden heeft die de wet en de statuten van de betrokken rechtspersoon aan de betrokken bestuurder toekennen. De Hoge Raad wees er daarbij op dat de tijdelijk bestuurder in zoverre terughoudend van zijn bevoegdheden gebruik dient te maken, dat hij in beginsel niet meer doet dan past bij de hem tijdelijk opgedragen taak en noodzakelijk is voor het behoorlijke bestuur van de rechtspersoon. Dat betekent echter niet, althans niet zonder meer, dat de tijdelijk bestuurder zich moet beperken tot

besluiten die geen uitstel kunnen verdragen. Evenmin staat het feit dat een bestuurder slechts tijdelijk (in de zin van voorlopig) is, eraan in de weg dat deze besluiten neemt met definitieve gevolgen, behalve voor zover zijn bevoegdheid door de rechter is beperkt of is afgebakend.

In een recente uitspraak heeft de Rechtbank Amsterdam de positie van de tijdelijk bestuurder aldus verwoord dat hij wordt geacht ‘*op de winkel te passen*’ maar dat dit niet betekent dat hij zich passief moet opstellen of, als hij dat nuttig of nodig acht, geen beslissingen kan nemen die onomkeerbare gevolgen hebben.<sup>16</sup>

De tijdelijk bestuurder moet dus als een volwaardig, gewone bestuurder worden beschouwd. Zijn bestuursbevoegdheid is in beginsel onbegrensd met dien verstande dat vanwege het voorlopige karakter van de benoeming terughoudendheid op zijn plaats is ten aanzien van rechtshandelingen die:

- pas na het aftreden van de tijdelijk bestuurder effect sorteren;
- onomkeerbare gevolgen hebben;
- zeer ingrijpend zijn.<sup>17</sup>

## Aansprakelijkheid tijdelijk bestuurder

Enige jaren geleden (in het kader van de herziening van het enquêterecht) heeft de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht bepleit om de aansprakelijkheid van de tijdelijk bestuurder te beperken tot opzet en grove schuld. Dat uitgangspunt werd destijds door de minister verworpen. De parlementaire geschiedenis van de Wet Civielrechtelijk bestuursverbod maakt duidelijk dat ook voor de tijdelijk bestuurder ex art. 106c Fw geen ander aansprakelijkheidsregime geldt dan voor gewone bestuurders. Er is volgens de minister geen reden voor een tweedeling, omdat: ‘ook die bestuurders moeten handelen in het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming’.<sup>18</sup> Bovendien zal in veel, zo niet alle gevallen een bestuursaansprakelijkheidsverzekering uitkomst kunnen bieden, aldus de minister. Een aansprakelijkheidsverzekering biedt (inderdaad) de meest effectieve bescherming tegen bestuurdersaansprakelijkheid en het lijkt ons in het algemeen niet raadzaam voor de tijdelijk bestuurder zijn benoeming te aanvaarden zonder een deugdelijke verzekering. Niettemin is er niet voor gekozen om de rechtspersoon wettelijk te verplichten op haar kosten een aansprakelijkheids-

afgewacht in hoeverre de koppeling van nationale faillissementsregisters via E-Justice, zoals voorzien in de nieuwe EU-faillissementsverordening, tot meer transparantie zal leiden, omdat opname daarin van opgelegde bestuursverboden optioneel is (art. 24 lid 3 Verordening): *Kamerstukken II* 2014/15, 34011, nr. 6, p. 20.

13 Het aantal benoemingen van tijdelijk bestuurders steeg van 7 in 2010 tot 29 in 2014. Zie D.D. Krop, C.J. Scholten en B.E. Verburgt, ‘De tijdelijk bestuurder: daadkrachtig op eieren lopen’, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de vereniging voor Corporate Litigation 2014-2015*, p. 200.

14 Ook bestaat de mogelijkheid om de benoeming van een tijdelijk bestuurder in kort geding te vorderen. Dit gebeurt in de praktijk nauwelijks.

15 *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, nr. 3, p. 29.

16 Rechtbank Amsterdam 8 januari 2015, «JOR» 2015/195 m.nt. Blanco Fernandez, r.o.3.24.

17 Bijvoorbeeld een besluit tot wijziging van de strategie kan hieronder vallen. Of zo’n besluit daadwerkelijk verder gaat dan past bij de rol van tijdelijk bestuurder moet van geval tot geval bekeken worden. Zie F. Eikelboom, ‘Hoe kneedbaar is (de positie van) een tijdelijk bestuurder?’, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten, D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2011-2012*, p. 96-97.

18 *Kamerstukken II* 2013/2014, 34011, nr. 3, p. 29. Reeds bij de parlementaire behandeling van het enquêterecht wees de minister het advies van de af. Die pleitte voor een bijzonder aansprakelijkheids criterium voor de tijdelijk bestuurder in de zin dat zijn aansprakelijkheid beperkt zou worden tot opzet en bewuste roekeloosheid.

verzekering voor de tijdelijk bestuurder af te sluiten. Of het afsluiten van een verzekering voor rekening van de rechtspersoon in de praktijk altijd (financieel) haalbaar is, is overigens de vraag.<sup>19</sup>

De vormen van aansprakelijkheid waar de tijdelijk bestuurder mee te maken kan krijgen kunnen worden onderscheiden in (i) de interne bestuurdersaansprakelijkheid (jegens de vennootschap) en (ii) de externe bestuurdersaansprakelijkheid (jegens derden).

#### **(i) De interne bestuurdersaansprakelijkheid**

Nu er geen bijzonder aansprakelijkheidsregime bestaat voor de tijdelijk bestuurder geldt voor hem, zoals voor de gewone bestuurder, de norm van art. 2:9 BW. Hij is ten opzichte van de rechtspersoon gehouden de hem opgedragen taak behoorlijk te vervullen. Schiet hij daarin

### Indien het bestuursverbod ertoe leidt dat een rechtspersoon zonder bestuurders komt te zitten, kan een tijdelijk bestuurder worden benoemd

tekort, dan is hij voor het geheel aansprakelijk voor de schade die de rechtspersoon hierdoor lijdt. De behoorlijke taakvervulling is een collectieve verantwoordelijkheid. Als sprake is van meerdere bestuurders dan kan een individuele bestuurder zich disculperen indien hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wentelen.

In een eerdere bijdrage in dit tijdschrift hebben wij betoogd dat in de huidige redactie van art. 2:9 BW de taakverdeling een belangrijke rol speelt bij de vaststelling van aansprakelijkheid en de disculpatiemogelijkheden.<sup>20</sup>

Van deze disculpatiemogelijkheid zal de op grond van art. 106cFw benoemde tijdelijk bestuurder geen gebruik kunnen maken. Hij wordt benoemd indien de rechtspersoon zonder bestuurders dreigt te komen. Het is onze verwachting dat hij (bijna) altijd enig bestuurder zal zijn.

Wij zeggen (bijna) altijd, want art. 106cFw laat de mogelijkheid open dat de rechter meerdere tijdelijke bestuurders benoemt. In dat geval zou de rechter kunnen bepalen welke specifieke taak of opdracht iedere tijdelijk bestuurder heeft. In geval van onbehoorlijke taakvervulling door een van de tijdelijke bestuurders, zou(den) onder omstandigheden de andere tijdelijk(e) bestuurder(s) een disculpatiemogelijkheid hebben door te wijzen op de specifieke taak of opdracht. Bovendien moet de disculperende tijdelijk bestuurder aantonen dat hij voldoende maatregelen heeft

getroffen om aansprakelijkheid af te wenden.

De norm van art. 2:9 BW biedt ons inziens overigens voldoende ruimte voor de tijdelijk bestuurder om onaanvaardbare aansprakelijkheidsrisico's te ontlopen. Bij het beoordelen van de vraag of de tijdelijk bestuurder een ernstig verwijt treft, moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen. Dat betekent dat bijvoorbeeld de bijzondere – en vaak ongetwijfeld lastige – positie waarin de tijdelijk bestuurder als opvolger van een frauduleuze bestuurder verkeert en de gegevens waarover hij beschikt (of juist het gebrek daaraan) een grote rol kunnen spelen bij het bepalen van de aansprakelijkheid van de tijdelijk bestuurder, althans zijn disculpatiemogelijkheden.<sup>21</sup>

Daarnaast biedt decharge bescherming tegen interne aansprakelijkheid. Decharge leidt tot ontslag uit interne aansprakelijkheid voor zover het gevoerde beleid blijkt uit de betreffende jaarstukken en hetgeen overigens aan de algemene vergadering is bekend gemaakt. Decharge kan ook verleend worden wanneer de bestuurder aftreedt. Maar wie verleent de tijdelijk bestuurder decharge? Is dat het volgens de statuten bevoegde orgaan van de rechtspersoon (bij de naamloze en besloten vennootschap is dat de algemene vergadering) of degene die hem heeft benoemd (de rechter)? De Ondernemingskamer was aanvankelijk van mening dat die bevoegdheid bij haar lag,<sup>22</sup> maar kwam daar in 2013 van terug. Zij heeft geoordeeld dat haar niet de bevoegdheid toekomt om de door haar benoemde bestuurder decharge te verlenen voor de uitoefening van zijn taken.<sup>23</sup> Wie die bevoegdheid dan wel heeft liet de Ondernemingskamer in het midden, maar algemeen moet worden aangenomen dat de tijdelijk bestuurder uitsluitend gedechargeerd kan worden door de algemene vergadering.<sup>24</sup> Het krijgen van decharge zal niet altijd een vanzelfsprekendheid zijn. Met name in situaties waarin de frauduleuze bestuurder op wie het bestuursverbod van toepassing is tevens grootaandeelhouder is, dient de tijdelijk bestuurder er rekening mee te houden dat hem (op oneigenlijke gronden) decharge zal worden geweigerd.

#### **(ii) De externe bestuurdersaansprakelijkheid**

De grondslag voor externe bestuurdersaansprakelijkheid is doorgaans de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Voor het aannemen van externe aansprakelijkheid is vereist dat de bestuurder '*persoonlijk een ernstig verwijt*' kan worden gemaakt.<sup>25</sup>

Hiervan is sprake als de bestuurder namens de rechtspersoon verplichtingen aangaat terwijl hij weet of behoort te weten dat de vennootschap niet zal kunnen nakomen en geen

19 Ten aanzien van de positie en aansprakelijkheid van de tijdelijk commissaris heeft de minister zich op hetzelfde standpunt gesteld: er bestaat geen aanleiding voor een tweedeling tussen de tijdelijk en de gewone commissaris. Het gaat buiten het bestek van dit artikel om de positie en aansprakelijkheid van de gewone commissaris uiteen te zetten.

20 W. Bosse en A.J. Raat, 'De taakbelaste bestuurder met besluitbevoegdheid. Gevolgen voor de collectieve aansprakelijkheid?', *TOP* 2015, p. 40-43.

21 In gelijke zin D.D. Krop, C.J. Scholten en B.E. Verburgt, t.a.p. (noot 13), p. 220-221.

22 Hof Amsterdam (OK) 31 maart 2006, «JOR» 2006/181.

23 Hof Amsterdam (OK) 18 maart 2013, «JOR» 2013/136, m.nt. Leijten en bevestigd in Hof Amsterdam (OK) 5 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:6.

24 Zie hierover meer uitgebreid: D.D. Krop, C.J. Scholten en B.E. Verburgt, t.a.p. (noot 13), p. 211-217.

25 Hoge Raad 5 september 2014, *NJ* 2015, 21 (Hezemans Air) en Hoge Raad 5 september 2014, *NJ* 2015, 22 (RCI Financial Services).

verhaal zal bieden voor de schade (de Beklamel-norm)<sup>26</sup>. Ook is hiervan onder omstandigheden sprake indien de bestuurder toelaat of bewerkstelligt dat de rechtspersoon haar verplichtingen niet nakomt (de Ontvanger/Roelofsen-norm)<sup>27</sup> of crediteuren ongelijk behandelt (de Coral/Stalt-norm)<sup>28</sup>.

De relatie van de tijdelijk bestuurder met een derde schuldeiser is geen andere dan die van de gewone bestuurder, zodat toepassing van een andere aansprakelijkheidsnorm of een beperking van de externe aansprakelijkheid van de tijdelijk bestuurder niet aan de orde is.

Toch zijn er situaties denkbaar waarin de gewone bestuurder wel en de tijdelijk bestuurder niet extern aansprakelijk is. Zo bepaalt het zevende lid van het voorgestelde art. 2:9c BW van het Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht rechtspersonen<sup>29</sup> dat een curator de bestuurdersaansprakelijkheidsvordering niet kan instellen tegen de door de Ondernemingskamer benoemde tijdelijk bestuurder. Waarom deze uitsluiting van aansprakelijkheid is beperkt tot de door de Ondernemingskamer benoemde tijdelijk bestuurder is niet duidelijk. Wij pleiten ervoor deze regeling van overeenkomstige toepassing te verklaren op de op grond van art. 106c Fw benoemde tijdelijk bestuurder. Hij zal als opvolger van een frauduleuze bestuurder vaak in moeilijke omstandigheden moeten opereren bij rechtspersonen die in zwaar weer verkeren. De op grond van art. 106c Fw benoemde tijdelijk bestuurder moet dan ook in onze ogen onder dezelfde aansprakelijkheidsparaplu kunnen schuilen als de door de Ondernemingskamer benoemde tijdelijk bestuurder.<sup>30</sup>

Verder kan betoogd worden dat de tijdelijk bestuurder onder omstandigheden niet aansprakelijk kan worden gehouden voor een misleidende jaarrekening ex art. 2:249 BW. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien de tijdelijk bestuurder wordt benoemd kort voordat de door het vorige bestuur opgestelde jaarrekening ter vaststelling moet worden voorgelegd aan de algemene vergadering en dus door hem (als enig bestuurder) moet worden ondertekend. In zo'n geval zou de tijdelijk bestuurder zich moeten kunnen disculperen met de stelling dat de misleidende jaarrekening niet aan hem te wijten is. Hij is dan immers niet of nauwelijks in de gelegenheid geweest

om zich te bemoeien met het opmaken van de jaarrekening en kan zich er dus niet (voldoende) van vergewissen dat de jaarrekening een getrouw beeld geeft.<sup>31</sup>

## Conclusie

Met het civielrechtelijk bestuursverbod worden frauduleuze bestuurders buitenspel gezet doordat aan hen op verzoek van de curator door de rechter voor maximaal vijf jaar

## Vanaf 1 juli 2016 kan aan frauduleuze bestuurders op verzoek van de curator door de rechter een bestuursverbod worden opgelegd

een verbod kan worden opgelegd om bestuurder te zijn van rechtspersonen. Als het bestuursverbod ertoe leidt dat een rechtspersoon zonder bestuurders komt te zitten kan de rechter een tijdelijk bestuurder benoemen. Hij heeft in beginsel dezelfde positie, taken en bevoegdheden als de gewone bestuurder. Wel dient hij enige terughoudendheid te betrachten en in die zin rekening te houden met het tijdelijke karakter van zijn benoeming. Op een enkele uitzondering na is het aansprakelijkheidsregime dat op de tijdelijk bestuurder van toepassing is, gelijk aan dat van de gewone bestuurder. Omdat bij het beantwoorden van de vraag of de tijdelijk bestuurder aansprakelijk is voor zijn handelen of nalaten, alle omstandigheden waaronder hij heeft gefunctioneerd in aanmerking moeten worden genomen, lijkt een afwijkende aansprakelijkheidsnorm niet nodig. Dat neemt niet weg dat het raadzaam is dat de tijdelijk bestuurder – voordat hij zijn benoeming aanvaard – ervoor zorgt dat er een deugdelijke aansprakelijkheidsverzekering voor hem wordt afgesloten.

### Over de auteurs

Mr. Wessel Bosse is notaris bij Bosse Notaris Corporate Law in Amsterdam.  
Mr. Arjen J. Raat is director Legal bij Unsworth & Associates in Amsterdam.

26 Hoge Raad 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286.

27 Hoge Raad 8 december 2006, *NJ* 2006, 659.

28 Hoge Raad 12 juni 1998, *NJ* 1998, 727.

29 Voorstel van Wet Wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met de uniformering en de verduidelijking van enkele bepalingen omtrent het bestuur en de raad van commissarissen van rechtspersonen (*Wet bestuur en toezicht rechtspersonen*), *Kamerstukken II* 2015/16, 34491.

30 Hetzelfde geldt voor de tijdelijk stichtingsbestuurder ex art. 2:298 BW.

31 Zie hierover meer uitgebreid: F. Eikelboom, t.a.p., (noot 18), p. 107-108.