

177

Rechtbank Rotterdam
 9 mei 2018, nr. HA ZA 17-967,
 ECLI:NL:RBROT:2018:3747
 (mr. Eerdhuijzen)
 Noot mr. W.J.B. van Nielen

Civielrechtelijk bestuursverbod op vordering van curator. Gelegenheid tot geven van zienswijze voor betrokken rechtspersonen respectievelijk aangewezen curatoren.

[Fw art. 106c]

De curator vordert naast de veroordeling op grond van onbehoorlijk bestuur ook een civielrechtelijk bestuursverbod. De curator heeft een overzicht met rechtspersonen waarvan gedaagde bestuurder of commissaris is in het geding gebracht. Twee van deze vennootschappen zijn in staat van faillissement verklaard. Bij deze vennootschappen zal aan de betrokken curator om een zienswijze worden gevraagd omdat de mogelijkheid van een doorstart van de vennootschap, bijvoorbeeld door het aanbieden van een akkoord, nog bestaat. De rechtbank vraagt derhalve de vennootschappen (respectievelijk betrokken curatoren) een zienswijze te geven over het gevraagde bestuursverbod en de mogelijke gevolgen daarvan.

X q.q. te Rotterdam, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van CSH Uitzendbureau BV,
 eiser,
 advocaat: mr. J.J. Linker,
 tegen
 Y,
 gedaagde,
 advocaat: mr. R. Sinke.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Op 27 september 2016 is CSH Uitzendbureau B.V. (hierna: CSH Uitzendbureau) in staat van faillissement verklaard met benoeming van [curator] als curator. Ten tijde van het faillissement was [gedaagde] de enige bestuurder van CSH Uitzendbureau.

2.2. [gedaagde] is als bestuurder ook betrokken bij [bedrijfsnaam], Cleaning Service Rijnmond B.V. en CSH Detachering B.V. Cleaning Service Rijnmond B.V. en CSH Detachering B.V. zijn op 21 april 2015 respectievelijk 4 augustus 2015 failliet verklaard met benoeming van mr. [persoon] als curator.

3. Het geschil

3.1. De curator vordert samengevat uitvoerbaar bij voorraad:

– een verklaring voor recht dat [gedaagde] zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld of (subsidiar) onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke crediteuren van CSH Uitzendbureau, dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement van CSH Uitzendbureau is en dat [gedaagde] daarom aansprakelijk is voor het faillissementstekort;

– een veroordeling voor de hierdoor ontstane schade nader op te maken bij staat;

– een veroordeling tot een bestuursverbod op grond van artikel 106a Fw voor de duur van 5 jaar vanaf de datum van het vonnis gedurende welke periode [gedaagde] niet benoemd kan worden tot bestuurder en/of commissaris van een rechtspersoon en niet mag optreden als feitelijk beleidsbepaler van een rechtspersoon, onder opleggen van een dwangsom van € 1.000,- per dag waarop [gedaagde] niet aan dit verbod voldoet; met een veroordeling van [gedaagde] in de kosten en nakosten van dit geding.

3.2. De curator legt hieraan ten grondslag dat [gedaagde] de jaarrekeningen van CSH Uitzendbureau over 2013, 2014 en 2015 te laat heeft gepubliceerd. Hierdoor staat vast dat [gedaagde] zijn taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement van CSH Uitzendbureau is. Verder heeft [gedaagde] geweigerd om medewerking te verlenen aan de curator doordat [gedaagde] de administratie van CSH Uitzendbureau niet heeft overgeleed.

3.3. [gedaagde] betwist dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Hij voert aan dat het faillissement is veroorzaakt door de wereldwijde crisis, door opdrachtgevers die de samenwerking beëindigden en door het aflossen van een schikking met de curator in het faillissement van andere vennootschappen van [gedaagde]. [gedaagde] betwist verder dat hij tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichting om mee te werken met de curator. Tot slot acht [gedaagde] een bestuursverbod voor de duur van 5 jaar niet proportioneel omdat dit een dubbele straf zou zijn en omdat hij geen professionele faillissementsfraudeur is.

4. De beoordeling

4.1. De curator vordert naast de veroordeling op grond van onbehoorlijk bestuur ook een civielrechtelijk bestuursverbod. Op grond van artikel 106c Fw moet de rechtbank de rechtspersonen waarvan [gedaagde] bestuurder of commissaris is, in de gelegenheid stellen hun zienswijze te geven over het gevraagde bestuursverbod en de mogelijke gevolgen daarvan.

4.2. De curator heeft een overzicht met rechtspersonen waarvan [gedaagde] bestuurder of commissaris is in het geding gebracht. Uit dit overzicht blijkt dat [gedaagde] bestuurder is bij [bedrijfsnaam], C.S.H. Detachering B.V. en Cleaning Service Rijnmond B.V. Deze vennootschappen zullen door de rechtbank om een zienswijze als bedoeld in artikel 106c Fw worden gevraagd.

4.3. C.S.H. Detachering B.V. en Cleaning Service Rijnmond B.V. zijn in staat van faillissement verklaard. Bij deze vennootschappen zal aan de betrokken curator om een zienswijze worden gevraagd omdat de mogelijkheid van een doorstart van de vennootschap, bijvoorbeeld door het aanbieden van een akkoord, nog bestaat.

4.4. Partijen zullen vervolgens in de gelegenheid worden gesteld om op de ontvangen zienswijzen te reageren.

4.5. Elke verdere beslissing zal worden aangehouden.

5. De beslissing

De rechtbank

– draagt de griffier op om, met een afschrift naar partijen, de onder r.o. 4.2 genoemde vennootschappen schriftelijk te vragen om binnen 14 dagen na dagtekening van de brief van de griffier bij brief aan de rechtbank Rotterdam (...; red.) een ziens-

wijze te geven over het gevraagde bestuursverbod en de mogelijke gevolgen daarvan, met dien verstande dat bij de vennootschappen die in staat van faillissement verkeren de zienswijze aan de betrokken curator wordt gevraagd,

– draagt de griffier op om uiterlijk op 6 juni 2018 de ontvangen stukken in kopie aan partijen toe te sturen,

– verwijst de zaak naar de rol van 20 juni 2018 voor akte uitlating, eerst aan de zijde van de curator,

– houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

1. Dit is – voor zover ik weet – de eerste uitspraak over het civielrechtelijk bestuursverbod sinds de inwerkingtreding van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod op 1 juli 2016 (*Stb.* 2016, 153). De wetgever beoogt met deze wet te voorkomen dat frauduleuze bestuurders door middel van rechtspersonen hun activiteiten kunnen voortzetten met bescherming van de aansprakelijkheid verbonden beperking van aansprakelijkheid (*Kamerstukken II* 2013/14, 34 011, nr. 3, p.

1). Op grond van deze wet heeft zowel de curator als het Openbaar Ministerie het recht om een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen (de curator) c.q. te verzoeken (Openbaar Ministerie). De wet is van toepassing op feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan na datum inwerkingtreding (1 juli 2016) en op faillissementen die sinds deze datum zijn uitgesproken. Dat verklaart waarom dit het eerste vonnis is, welk vonnis ook nog maar een tussenvonnis betreft.

2. In onderhavige casus heeft de curator de bestuurder van de failliete vennootschap CSH Uitzendbureau BV aansprakelijk gesteld op grond van art. 2:248 BW. Tevens verwijt de curator de bestuurder dat hij geen medewerking heeft verleend door te weigeren om de administratie af te geven. In deze procedure vordert de curator tevens een veroordeling tot een civielrechtelijk bestuursverbod ex art. 106a Fw voor de duur van vijf jaar. De curator heeft daartoe een overzicht overgelegd met rechtspersonen waarvan de bestuurder van CSH Uitzendbureau eveneens bestuurder is. Uit het door de curator in het geding gebrachte overzicht blijkt dat de gedaagde bestuurder tevens bestuurder is van drie andere rechtspersonen, zodat de rechtbank op grond

van art. 106c Fw om hun zienswijze zal moeten vragen. Omdat twee van deze rechtspersonen in staat van faillissement zijn verklaard, oordeelt de rechtbank in dit tussenvonnis dat aan de betrokken curatoren om hun zienswijze zal worden gevraagd, omdat "de mogelijkheid van een doorstart van de vennootschap, bijvoorbeeld door het aanbieden van een akkoord nog bestaat".

3. Ik vraag mij af of dit een juist oordeel is. Art. 106c Fw bepaalt dat bij een (verzoek of) verandering tot het opleggen van een bestuursverbod een uittreksel uit het Handelsregister wordt overgelegd van de overige rechtspersonen waarvan de betrokkene bestuurder of commissaris is. Lid 2 bepaalt dat de rechtbank deze rechtspersonen in de gelegenheid stelt "om hun zienswijze over het gevraagde bestuursverbod en de mogelijke gevolgen daarvan naar voren te brengen". Deze gevolgen zijn dat het verbod – als hoofdregel – de betrokkene belet tevens bij deze andere rechtspersonen de functie van bestuurder of commissaris uit te oefenen (aldus p. 27 MvT bij art. 106c). Deze andere rechtspersonen hebben derhalve belang bij de uitkomst, nu zij immers een bij hen benoemde bestuurder kunnen verliezen. Volgens de MvT worden zij daarom conform het tweede lid in de gelegenheid gesteld om hun zienswijze naar voren te brengen. De zienswijze kan zowel betrekking hebben op het gevorderde bestuursverbod als op de mogelijke gevolgen daarvan. Daarmee kunnen de betrokken rechtspersonen hun zienswijze geven over (de mogelijkheid van de rechtbank tot) een eventuele schorsing en/of tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen op de voet van art. 106c lid 3 t/m 6 Fw. Volgens de MvT zal de zienswijze vooral nuttig zijn bij de beoordeling van de vraag of men met de "gewraakte" bestuurder verder wil, en zo niet, wie dan zo nodig als vervangende bestuurder of commissaris kan optreden als het bestuursverbod wordt opgelegd. Ook kan de rechtspersoon in de zienswijze bepaalde aanvullende voorzieningen in overweging geven, zoals het toekennen van uitgestelde werking van de belemmering om als bestuurder of commissaris te functioneren bij die rechtspersoon (MvT p. 28).

4. Maar aan wie dient de zienswijze te worden gevraagd indien deze andere rechtspersonen waarvan de betrokkene bestuurder of commis-

saris is, failliet zijn verklaard? Is dat de curator zoals de rechtbank meent? Ik meen van niet. Door het faillissement verliest de rechtspersoon/schuldenaar beheer en beschikking over zijn vermogen (art. 23 Fw). De rechtspersoon blijft handelingsbevoegd en -bekwaam, zij het dat rechtshandelingen van de rechtspersoon/schuldenaar de boedel niet kunnen binden, tenzij de boedel daardoor is gebaat (art. 24 Fw). De organen van de rechtspersoon behouden dan ook hun rechtspersoonlijke bevoegdheden. Het bestuur blijft derhalve bevoegd de rechtspersoon te vertegenwoordigen. De curator verkrijgt beheer en beschikking over het vermogen van de rechtspersoon/schuldenaar (art. 68 Fw). De curator is geen vertegenwoordiger van de schuldenaar/rechtspersoon (noch van de schuldeisers), maar handelt krachtens een eigen hem door de wet toegekende bevoegdheid (zie S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, 'De faillissementscurator: vertegenwoordiger of niet?', in: S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *De Curator, een octopus* (serie O&R deel 6), Deventer: Kluwer 1996). Het faillissement van de rechtspersoon staat er dus niet aan in de weg om degene die de rechtspersoon wel (kan) vertegenwoordigt op te roepen zijn of haar zienswijze te geven. Juist in het geval er sprake is van een (in kracht van gewijsde gegane homologatie van een) akkoord (art. 161 Fw) zal het faillissement eindigen en blijft de rechtspersoon bestaan met de door haar gedreven onderneming. De gevolgen van het bestuursverbod worden dan dus juist gevoeld bij (de bij) de rechtspersoon (betrokkenen), die derhalve namens de rechtspersoon belang hebben om hun zienswijze te geven. Mijs inziens dient de rechtbank derhalve de failliete rechtspersoon om haar zienswijze te vragen. Lid 2 van art. 106c Fw bepaalt dat zij daarbij niet kan worden vertegenwoordigd door de bestuurder jegens wie een bestuursverbod is gevorderd, tenzij deze de enige bestuurder van de betrokken rechtspersoon is.

5. Blijft over de vraag of – naast de vertegenwoordiger van de rechtspersoon – grond bestaat om de curator van de twee failliete rechtspersonen om zijn of haar zienswijze te vragen. Met de ratio van art. 106c Fw valt dit moeilijk te rijmen. Het artikel heeft juist het oog op de belangen van de rechtspersonen die mogelijk getroffen worden door het verbod van hun bestuurder of commissaris. Dit belang wordt niet (primair)

vertegenwoordigd door de curator, zodat de curator er dan ook beter aan doet hier niet in te treden.

6. Saillant detail is nog dat uit de gegevens bij de Kamer van Koophandel blijkt dat de twee betrokken faillissementen (vlak voor de onderhavige uitspraak van de rechtbank) zijn opgeheven bij gebrek aan baten, zodat deze rechtspersonen op grond van art. 2:19 lid 4 en 6 BW reeds waren opgehouden te bestaan. De rechtbank had derhalve het verzoek om zienswijze ten aanzien van de twee failliete vennootschappen geheel achterwege kunnen (en moeten?) laten.

W.J.B. van Nielen,
advocaat bij Recoup advocaten