

Kwalificeert schending van art. 2:10 en/of 2:394 BW als voldoende 'persoonlijk verwijt' voor een bestuursverbod?

Rb. Overijssel 31-12-2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:4617

Instantie

Rechtbank Overijssel

Datum

31 december 2020

Magistraten

Mr. A.M. Koene

Zaaknummer

C/08/248376 / HA RK 20-73

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS255438:1

Vakgebied(en)

Insolventierecht / Faillissement

Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht

Brondocumenten

ECLI:NL:RBOVE:2020:4617, Uitspraak, Rechtbank Overijssel, 31-12-2020

Wetingang

Art. 106a Fw; art. 2:10, 2:394 BW

Essentie

Civielrechtelijk bestuursverbod. Persoonlijk verwijt.

Kwalificeert schending van de artikelen 2:10 en/of 2:394 BW als voldoende 'persoonlijk verwijt' voor een bestuursverbod?

Samenvatting

Verweerder was in 2018 tenminste driemaal als bestuurder en eenmaal als recent voormalige bestuurder betrokken bij faillissementen van rechtspersonen. In drie gevallen heeft de curator de verweerder als bestuurder een verwijt gemaakt. Bovendien was verweerder als bestuurder betrokken bij drie faillissementen die voor de inwerkingtreding van het bestuursverbod waren uitgesproken. Het Openbaar Ministerie vordert een civielrechtelijk bestuursverbod. Primair heeft de bestuurder in drie van de 2018-faillissementen niet aan de boekhoudverplichting en/of de verplichting tot openbaarmaking van de jaarrekening voldaan. Daardoor is sprake van een onbehoorlijke taakvervulling die vermoed wordt een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn. Subsidiar is de bestuurder in zijn informatie- en medewerkingsverplichting jegens de curator tekortgeschoten, zo blijkt uit faillissementsverslagen en inbewaringstellingen van verweerder.

Rb.: De rechtbank is van oordeel dat het OM de grond waarop het bestuursverbod wordt gevorderd, voldoende heeft onderbouwd en dat aan de vereisten voor het opleggen van een bestuursverbod wordt voldaan. Voorts is de rechtbank van oordeel dat verweerder vanwege het hem te maken persoonlijk verwijt de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschappen heeft geschonden en met de repeterende faillissementen maatschappelijke schade heeft veroorzaakt, in verband waarmee aan verweerder het gevraagde bestuursverbod opgelegd moet worden uit een oogpunt van algemeen belang. De rechtbank wijst het verzochte bestuursverbod toe, legt een dwangsom op en schorst verweerder als bestuurder van de drie in 2018 gefailleerde vennootschappen.

Verwant oordeel

Zie ook:

- Rb. Gelderland 18 maart 2020, *RI 2020/60 (Openbaar Ministerie/X)*;
- Rb. Midden-Nederland 19 december 2018, *ECLI:NL:RBMNE:2018:6261 (Openbaar Ministerie/ belanghebbende)*;
- Rb. Overijssel 8 april 2020, *RI 2020/63 (Blankestijn q.q./gedaagde)*;
- Rb. Overijssel 20 juni 2019, *RI 2019/95 (Openbaar Ministerie/X)*.

Wenk

Sinds 1 juli 2016 bestaat het civielrechtelijke bestuursverbod. Het is opgenomen in de artikelen 106a ev. Fw. Het eerste lid bevat vijf limitatieve gronden voor het opleggen van het verbod. In de onderhavige zaak, evenals in de zaken onder 'Zie ook', doet de verzoeker (primair) een beroep op grond d: de bestuurder was tijdens of in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement tenminste tweemaal eerder betrokken bij een faillissement van een rechtspersoon en hem treft daarvan een persoonlijk verwijt. De kwantitatieve eis kan eenvoudig worden vastgesteld.

Het persoonlijke verwijt bestaat in alle zaken in het niet voldoen aan de administratieplicht (artikel 2:10 BW) en/of de verplichting tot openbaarmaking van de jaarrekening (artikel 2:394 BW). De schending van die verplichting(en) kwalificeert als onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurder. Deze onbehoorlijke taakvervulling wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn (artikel 2:248 BW). De bestuurder kan dit vermoeden door tegenbewijs ontkrachten. Omdat de bestuurders geen of onvoldoende tegenbewijs leverden, was het *impliciete* oordeel van de rechtbank telkens dat de bestuurder aansprakelijk was uit hoofde van artikel 2:248 BW. De bestuurders trof dus een persoonlijk verwijt. Dat laatste lijkt te wringen. Bestuurdersaansprakelijkheid in de zin van artikel 2:248 BW vormt een grond voor een bestuursverbod, namelijk onder a. Deze aansprakelijkheid moet wel in een onherroepelijk geworden uitspraak zijn vastgesteld. Voor een geslaagd beroep op grond d is dat niet nodig: een gerechtelijke toets van aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW kan kennelijk achterwege blijven. Een geslaagd beroep eist repeterende faillissementen. Het persoonlijk verwijt lijkt veeleer op het repeterend karakter te zien: het moet aan de bestuurder te verwijten zijn dat hij bij meerdere faillissementen is betrokken, bijvoorbeeld door de rechtspersonen niet te besturen of herhaling van faillissementen niet of onvoldoende te voorkomen. Dat volgt niet per se uit schending van de administratie- of openbaarmakingsplicht. Daarentegen zijn er ook situaties denkbaar dat een bestuurder zonder verwijt bij meerdere faillissementen betrokken is, bijv. een trustbestuurder of door de Ondernemingskamer benoemde, tijdelijke bestuurders (MvT, *Kamerstukken II 2013/14, 34011, 3, p. 22*).

De rechtbank refereert in de onderhavige zaak ook aan 'geschonden belangen van gezamenlijke schuldeisers' en 'maatschappelijke schade'. Strikt genomen lijkt dat niet vereist voor toewijzing van het verzoek.

J.A. Stal

Partij(en)

Beschikking in de zaak van

Openbaar Ministerie, vertegenwoordigd door mr. J.C.G. van der Wulp, Officier van Justitie bij het Functioneel Parket, Handhavingseenheid Zwolle, (onder meer) zetelende te Zwolle, verzoeker, hierna te noemen het OM, tegen

[Verweerder], niet verschenen,

en

1. Reke Holding B.V., te Breda, belanghebbende, niet verschenen,
2. Stichting LivingComfort, te Maastricht, belanghebbende, verschenen in de persoon van [X], alleen/zelfstandig bevoegd bestuurder.

Uitspraak

Rechtbank, locatie Zwolle:

1. De procedure

1.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het verzoekschrift
- de aangetekend verzonden maar onafgehaald retour ontvangen brieven aan [verweerder] op het door het OM aangegeven en nadien bevestigd adres te [plaats] van 29 juni 2020 en 13 juli 2020, ter toezending van het verzoekschrift, onder het verzoek om mede te delen of hij verweer wenst te voeren en de mededeling dat in het bevestigende geval een mondelinge behandeling zal worden bepaald
- de brieven van de griffier aan belanghebbenden van 29 juni 2020 waarin hen de gelegenheid is geboden om een zienswijze over het verzoek tot schorsing van [verweerder] als bestuurder van belanghebbenden naar voren te

brengen

- de aangetekend verzonden maar onafgehaald retour ontvangen brieven aan Reke Holding B.V. 29 juni 2020 en 13 juli 2020
- de oproeping van het Openbaar Ministerie en belanghebbenden van 4 augustus 2020 voor de mondelinge behandeling op 19 november 2020
- de retour ontvangen aangetekend verzonden oproeping van Reke Holding B.V. en van Stichting LivingComfort de per gewone post verzonden oproeping van Reke Holding B.V. en van Stichting LivingComfort
- de betekening op 11 september 2020 door een Belgische gerechtsdeurwaarder aan het adres van [verweerder] te [plaats] van de oproeping van [verweerder] van 6 augustus 2020 om ter zitting van 19 november 2020 te verschijnen voor de mondelinge behandeling met toepassing van de EU-Betekenningsverordening (Verordening (EG) Nr. 1393/2007, blijkende uit de akte van afgifte van de Belgische gerechtsdeurwaarder van 11 september 2020
- de mondelinge behandeling op 19 november 2020
- de bij die gelegenheid door het Openbaar Ministerie voorgelezen en overgelegde aantekeningen t.b.v. de mondelinge behandeling
- de bij die gelegenheid door [X] voorgelezen en overgelegde pleitnota.

1.2.

Het Openbaar Ministerie heeft het verzoek, voor zover dat betrekking had op [A] Investments B.V., gevestigd te Amsterdam, ter zitting ingetrokken.

1.3.

Ter zitting is [X] voornoemd verschenen met een volmacht om (mede) namens haar echtgenoot [verweerder] als medebestuurder van StichtingLivingComfort (hierna te noemen [verweerder] q.q.) op te treden, (enkel) inhoudende het voorlezen van een pleitnota van [verweerder] q.q. als voorzitter van genoemde stichting. In de volmacht is voorts opgenomen dat zij geen volmacht heeft om namens [verweerder] q.q. vragen te beantwoorden en dat de pleitnota alle zaken betreft die [verweerder] q.q. in deze gelegenheid wenst in te brengen. Aan de gemachtigde zijn geen inhoudelijke vragen gesteld noch is zij in de gelegenheid gesteld om, afgezien van het voorlezen van de pleitnota, het woord te voeren.

1.4.

Blijkens voornoemde volmacht woont [verweerder] sedert medio augustus 2019 op het opgegeven adres te [woonplaats]. De brieven en oproepingen zijn wat betreft stichting Stichting LivingComfort mede per gewone post toegezonden aan een postbus te Maastricht.

De rechtbank maakt hieruit en uit het zich bij volmacht doen vertegenwoordigen van [verweerder] als bestuurder van deze rechtspersoon de gevolgtrekking dat [verweerder] ook pro se op de hoogte was van het verzoek en van de mondelinge behandeling.

De stelling van [verweerder] q.q. ter zitting dat, hij door hem niet op de hoogte te stellen van het verzoekschrift, niet in staat is gesteld om met stukken onderbouwd verweer te voeren en zijn aanbod om naar aanleiding van de pleitnota bewijsstukken over te leggen, passeert de rechtbank daarom en zij ziet hierin geen reden om de behandeling van de zaak in de stand waarin die zich bevindt, niet voort te zetten.

1.5.

Tenslotte is beschikking bepaald op vandaag.

2. De beoordeling

2.1.

Het verzoek strekt ertoe dat aan [verweerder] een bestuursverbod wordt opgelegd als bedoeld in artikel 106a e.v. van de Faillissementswet (Fw), primair voor de duur van vijf jaren vanaf het in kracht van gewijsde gaan van de beslissing op het verzoek, alsmede dat aan [verweerder] ter verzekering van de nakoming van dit verbod een dwangsom wordt opgelegd ten bedrage van € 10.000,00 per overtreding van het verbod.

Voorts strekt het verzoek ertoe [verweerder] met onmiddellijke ingang te schorsen als bestuurder van de besloten vennootschap Reke Holding B.V en van de stichting Stichting LivingComfort tot deze beschikking in kracht van gewijsde is gegaan of door een andere uitspraak terzijde is gesteld, deze schorsing uitvoerbaar bij voorraad te verklaren en de beschikking aan de Kamer van Koophandel aan te bieden.

Bestuursverbod

2.2.

Het OM heeft het verzoek primair gebaseerd op de grondslag van artikel 106a lid 1 aanhef en onder d van de Fw, en daartoe aangevoerd dat in de vier in het verzoek genoemde faillissementen van rechtspersonen – te weten The Select Comfort Company B.V., The Energy+ Company B.V., The Indulgence Company B.V. en Sleep4you B.V. – [verweerder] als bestuurder een persoonlijk verwijt te maken valt in de zin van genoemde wetsbepaling.

2.3.

De genoemde faillissementen zijn achtereenvolgens in 2018 uitgesproken, in volgorde van de opgenoemde rechtspersonen in 2.2. op 27 februari, 18 april, 5 juni en 4 december. [Verweerder] was, uitgaande van het laatst uitgesproken faillissement, als bestuurder ten minste twee maal betrokken bij een eerder faillissement en was in één geval bestuurder tot circa 5 maanden vóór het faillissement van de rechtspersoon. Hiermee staat dat aan het kwantitatief vereiste van artikel 106a lid 1 aanhef en onder d is voldaan. Dat is niet anders geworden doordat, zoals het OM ter zitting heeft verklaard en raadpleging van het insolventieregister heeft bevestigd, dat uit het meest recente faillissementsverslag (9 juni 2020) van de curator van The Indulgence Company volgt dat hij geen verwijt jegens de bestuurders maakt. Dit betekent dat laatstgenoemd faillissement in zoverre buiten beschouwing wordt gelaten. Het OM heeft in het verzoekschrift voorts nog een drietal faillissementen genoemd waarbij [verweerder] als bestuurder betrokken was, maar die zijn uitgesproken vóór de inwerkingtreding van artikel 106a Fw per 1 juli 2016 en waaraan in dit geval dus geen gewicht kan worden toegekend, anders dan ter meerdere illustratie van een spoor van faillissementen van rechtspersonen waaraan [verweerder] als bestuurder was of is verbonden.

2.4.

Het OM heeft in zijn verzoekschrift onderbouwd zijn standpunt inhoud gegeven dat [verweerder] in ieder van de genoemde (thans) drie faillissementen een persoonlijk verwijt van het faillissement treft, erin gelegen dat hij niet aan de boekhoudverplichting ex artikel 2:10 BW heeft voldaan, of (mede, in het geval van The Energy+ Company B.V.) erin gelegen dat de rekening niet, zoals vereist ingevolge artikel 2:394 BW openbaar is gemaakt. De nalatigheid ter zake van de genoemde verplichtingen, brengt ingevolge het bepaalde in artikel 2:248 lid 2 BW mee dat wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

2.5.

Subsidiair heeft het OM het verzoek om een bestuursverbod gedaan op grond van de grondslag als genoemd in van artikel 106a lid 1 aanhef en onder c van de Fw betreffende het in ernstige mate tekortschieten jegens de curator in zijn informatie- en medewerkingsverplichtingen ingevolge de Fw. Het OM heeft deze grond gerelateerd aan dezelfde faillissementen. Ook in het opgeheven faillissement van The Indulgence Company B.V. heeft [verweerder] blijk gegeven van zodanig ernstig tekortschieten.

Het OM heeft de desbetreffende tekortkomingen onderbouwd met verslagen van de curatoren van de faillissementen en voorts de (langdurige) inbewaringstelling van [verweerder] in dat kader naar voren gebracht.

2.6.

De rechtbank is van oordeel dat beide door het OM aangevoerde voorwaarden van artikel 106a voor het opleggen van een bestuursverbod zijn vervuld op basis van de door het OM gegeven onderbouwing.

2.7.

Het OM heeft voorts nog een strafrechtelijke veroordeling (tot gevangenisstraf) van [verweerder] te berde gevoerd, betreffende belastingfraude en valsheid in geschrifte binnen of met The Select Comfort Company B.V. Hij heeft hieraan evenwel geen grondslag van artikel 106a Fw verbonden. Niettemin ontstaat hiermee wel een beeld van de bestuurder.

2.8.

Het verweer tegen het verzoekschrift, zoals dat ter zitting van de zijde van [verweerder] q.q. door middel van een pleitnota naar voren is gekomen, acht de rechtbank tardief en voorts onvoldoende onderbouwd om de (betwiste) inhoud van de verslagen van de curatoren in het faillissement te weerspreken. Voor zover [verweerder] verweer had willen voeren op grond van stukken, waarvan [verweerder] q.q. alsnog overlegging heeft aangeboden, is de rechtbank van oordeel dat dit tardief is en zal zij daarom die gelegenheid niet bieden. Gezien de kennis die [verweerder] geacht moet worden te hebben gehad van het verzoekschrift (zie r.o. 1.4) had het op zijn weg gelegen om dat eerder te doen en uiterlijk tijdig vóór de zitting.

2.9.

De rechtbank is van oordeel dat het OM de grond waarop het bestuursverbod wordt gevorderd voldoende heeft onderbouwd en dat aan de vereisten voor het opleggen van een bestuursverbod wordt voldaan. Voorts is de rechtbank van oordeel dat [verweerder] vanwege het hem te maken persoonlijk verwijt de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschappen heeft geschonden en met de repeterende faillissementen maatschappelijke schade heeft

veroorzaakt, in verband waarmee aan [verweerder] het gevraagde bestuursverbod opgelegd moet worden uit een oogpunt van algemeen belang. Het verzoek zal daarom worden toegewezen.

2.10.

De rechtbank ziet aanleiding om de op te leggen dwangsom te maximeren tot het bedrag van € 500.000,00. Zij zal bepalen dat een verbeurde dwangsom dient toe te komen aan de boedels van de nog lopende faillissementen van The Select Comfort Company B.V., The Energy+ Company B.V. en Sleep4you B.V., elk voor een evenredig deel naar gelang de hoogte van de vorderingen van de gezamenlijke schuldeisers per onderscheiden faillissement.

Schorsing

2.11.

Ten aanzien van de door het OM verzochte schorsing van [verweerder] als bestuurder van die rechtspersonen heeft [verweerder] of [verweerder] q.q. noch de verschenen medebestuurder van de stichting Stichting LivingComfort noch de medebestuurder van vennootschap Reke Holding B.V. zich in deze procedure uitgelaten.

2.12.

Gelet op haar oordeel ten aanzien van het verzoek om een bestuursverbod zal in het verlengde van haar beslissing ter zake van het verbod de gevraagde schorsing van [verweerder] als bestuurder in die rechtspersonen worden uitgesproken.

3. De beslissing

De rechtbank

3.1.

legt aan [verweerder] een bestuursverbod op als bedoeld in artikel 106a e.v. Fw voor de duur van vijf jaren vanaf het in kracht van gewijsde gaan van deze uitspraak,

3.2.

veroordeelt [verweerder] tot verbeurte van een dwangsom van € 10.000,00 (tienduizend euro) per overtreding van het opgelegde bestuursverbod, met een maximum van € 500.000,00 (vijfhonderdduizend euro), welke verbeurde dwangsom toekomt aan de boedel(s) in het faillissement van The Select Comfort Company B.V., The Energy+ Company B.V. en Sleep4you B.V., elk voor een evenredig deel naar gelang de hoogte van de vorderingen van de gezamenlijke schuldeisers per onderscheiden faillissement, behoudens voor zover die boedel(s) is/zijn afgewikkeld, in welk geval de verbeurde dwangsom toekomt aan de Staat,

3.3.

schorst [verweerder] met onmiddellijke ingang als bestuurder van de besloten vennootschap Reke Holding B.V en van de stichting Stichting LivingComfort totdat deze beschikking in kracht van gewijsde is gegaan,

3.4.

bepaalt dat de griffier een afschrift van deze beschikking, zodra die onherroepelijk is geworden, met bekwame spoed aanbiedt aan de Kamer van Koophandel ter uitschrijving van [verweerder] als bestuurder uit het handelsregister en ter registratie daarin van het bestuursverbod met de duur waarvoor het is opgelegd,

3.5.

bepaalt dat de griffier in verband met de schorsing van [verweerder] onverwijld een afschrift van deze beschikking toezendt aan de Kamer van Koophandel,

3.6.

wijst het meer of anders verzochte af.

Deze beschikking is gegeven door mr. A.M. Koene en in het openbaar uitgesproken op 31 december 2020.