

## Vereisten voor oplegging bestuursverbod

<b>Instantie:</b> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
<b>Datum uitspraak:</b> 25-05-2021
<b>Publicatie:</b> JOR 2021/204 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 9, 2021
<b>Annotator:</b> Schreurs, Ph.W.
<b>ECLI:</b> <a href="#">ECLI:NL:GHARL:2021:4999</a>
<b>Zaaknummer:</b> zaaknr. 200.281.212
<b>Rechtsgebied:</b> Burgerlijk procesrecht, Ondernemingsrecht
<b>Overige publicaties:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <a href="#">ECLI:NL:GHARL:2021:4999</a></li> <li>• <a href="#">INS-Updates.nl 2021-0165</a></li> <li>• <a href="#">OR-Updates.nl 2021-0213</a></li> <li>• <a href="#">RO 2021/47</a></li> <li>• <a href="#">RI 2021/58</a></li> </ul>
<b>Rechter(s):</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• mr. Janse</li> <li>• mr. De Waele</li> <li>• mr. Hoekstra</li> </ul>
<b>Partijen:</b>  <p>[Appellant],</p> <p>appellant,</p> <p>advocaat: mr. H. Tadema,</p> <p>tegen:</p> <p>mr. A.C. Blankestijn te Hengelo, in hoedanigheid van curator in het faillissement van Twente Bemiddeling en Advies BV,</p> <p>geïntimeerde,</p> <p>advocaat: mr. A.C. Blankestijn.</p>
<b>Regelgeving:</b> <a href="#">Fw art. 106a lid 1</a>

### Inhoudsindicatie

Niet is komen vast te staan dat bestuurder in ernstige mate is tekortgeschoten in zijn verplichtingen op grond van Faillissementswet, Van betrokkenheid bij ten minste twee eerdere faillissementen is evenmin gebleken

### Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

### Samenvatting

Een onderscheid moet worden gemaakt tussen de situatie waarin sprake is van een ontbrekende of gebrekkige boekhouding en de situatie waarin onvoldoende medewerking wordt verleend aan bijvoorbeeld een verzoek tot afgifte van een (eventueel gebrekkige) boekhouding. Het eerste kan leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid en uiteindelijk tot toepassing van **art. 106a lid 1 sub a Fw**. Het tweede geval kan leiden tot toepassing van art. 106a lid 1 sub c Fw. De curator lijkt dit onderscheid niet steeds helder voor ogen te hebben, waar hij stelt dat niet wordt voldaan aan de medewerkingsplicht als geen administratie is gevoerd.

Hieruit volgt dat niet is komen vast te staan dat [appellant] in ernstige mate is tekortgeschoten in zijn informatie- of medewerkingsverplichtingen op grond van de Faillissementswet.

Uit het overgangsrecht volgt dat art. 106a-106e Fw alleen van toepassing zijn op een faillissement dat na de inwerkingtreding van deze artikelen is uitgesproken en op feiten en omstandigheden die na de inwerkingtreding zijn gelegen. De datum van inwerkingtreding is 1 juli 2016. Het aanvankelijk voorontwerp voorzag in een regeling op grond waarvan voor de toepassing van art. 106a lid 1 sub d Fw ook eerdere, voor de inwerkingtreding gelegen faillissementen konden worden betrokken. Onder meer om uitvoeringsproblemen te voorkomen, heeft de wetgever er uiteindelijk voor gekozen om de wet ook wat betreft deze grond uitsluitend voor de toekomst te laten gelden. De wetgever heeft er dus bewust voor gekozen oudere faillissementen buiten beeld te laten. Voor de toepassing van art. 106a lid 1 sub d Fw kan dan ook geen acht worden geslagen op het faillissement van Kozijnfabriek, dat is uitgesproken op 12 april 2016. Gelet daarop is niet voldaan aan het vereiste dat [appellant] ten minste tweemaal eerder betrokken was bij een faillissement waarvan hem een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.

Voor zover de curator in dit verband aanneemt dat van belang is dat het faillissement van Kozijnfabriek na 1 juli 2016 is geëindigd, gaat hij uit van een onjuiste rechtsopvatting. Beslissend is de datum waarop het faillissement is uitgesproken. Evenmin is voor de toepassing van art. 106a lid 1 sub d Fw van belang dat [appellant] (naar de curator stelt) in het faillissement van Kozijnfabriek ook na 1 juli 2016 niet heeft voldaan aan zijn medewerkingsplicht. De bepaling ziet op de situatie dat de bestuurder ten minste tweemaal eerder betrokken was bij een faillissement van een rechtspersoon en hem daarvan een persoonlijk verwijt treft. Het gaat derhalve om het ontstaan van het faillissement, niet om het handelen of nalaten van de bestuurder in dat faillissement.

## **Uitspraak**

(...; *red.*).

### **3. Het geschil en de beslissing in eerste aanleg**

3.1. De curator heeft in eerste aanleg onder meer gevorderd dat op de voet van het bepaalde in art. 106a Faillissementswet (hierna: Fw) aan [appellant] een bestuursverbod voor de duur van 5 jaar zal worden opgelegd.

3.2. De rechtbank heeft bij vonnis van 8 april 2020 – samengevat – voor recht verklaard dat [appellant] “het bepaalde in art. 106a lid 1, sub c Fw heeft overtreden” en heeft aan [appellant] een bestuursverbod opgelegd als bedoeld in art. 106a, lid 1 Fw, voor de duur van vijf jaar vanaf het moment dat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan. [appellant] is in de proceskosten en nakosten veroordeeld. Het meer of anders gevorderde is afgewezen.

### **4. De motivering van de beslissing in hoger beroep**

4.1. Het gaat in deze zaak om het volgende. Op 10 juli 2018 is de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Twente Bemiddeling en Advies B.V. (hierna: de failliet) in staat van faillissement verklaard met aanstelling van curator als zodanig. Ten tijde van het faillissement was [appellant] bestuurder en enig aandeelhouder van de failliet. [appellant] is als bestuurder ook betrokken geweest bij de besloten vennootschappen NL Kozijnfabriek B.V. (hierna: Kozijnfabriek) en NL Kozijnadvies B.V. (hierna: Kozijnadvies). Deze vennootschappen zijn respectievelijk op 12 april 2016 en 4 oktober 2016 failliet verklaard met benoeming van mr. N.G. Cornelissen als curator.

4.2. De curator heeft gevorderd een bestuursverbod aan [appellant] op te leggen. Volgens de curator is [appellant] in ernstige mate tekortgeschoten in de nakoming van zijn informatie- en medewerkingsverplichtingen (art. 106a lid 1, sub

c Fw) doordat hij de administratie van de failliet niet (volledig) heeft overgelegd. Daarnaast stelt de curator dat [appellant] voorafgaand aan het faillissement van de failliet ten minste tweemaal betrokken is geweest als bestuurder bij een faillissement en hem daarvan een persoonlijk verwijt treft (art. 106a lid 1, sub d Fw).

4.3. [appellant] heeft tegen het toewijzende vonnis twee grieven naar voren gebracht. Hij heeft zijn eerste grief ingetrokken, voor zover die zag op de machtiging van de rechter-commissaris. Voor zover deze grief inhoudt dat de rechtbank het beginsel van hoor- en wederhoor niet goed heeft toegepast, geldt dat het hoger beroep een volledige herkansing biedt. Dit eventuele gebrek is in hoger beroep dan ook hersteld. Zijn tweede grief raakt de kern van de zaak, het bestuursverbod. Voordat daarop nader wordt ingegaan, staat het hof eerst kort stil bij de procedurele verplichtingen van art. 106c Fw en de gevolgen die deze bepaling heeft voor de onderhavige procedure.

#### **Ontvankelijkheid**

4.4. Art. 106c Fw bepaalt dat bij een verzoek of vordering tot het opleggen van een bestuursverbod een uittreksel uit het Handelsregister moet worden overgelegd van de overige rechtspersonen, waarvan de betrokkene bestuurder of commissaris is. Deze rechtspersonen moeten vervolgens in de gelegenheid worden gesteld om hun zienswijze over het gevraagde bestuursverbod en de mogelijke gevolgen daarvan naar voren te brengen. De curator heeft een dergelijk uittreksel in de procedure bij de rechtbank en in dit hoger beroep niet overgelegd.

4.5. Uit de mededelingen van [appellant] ter zitting van het hof blijkt dat bepaald niet moet worden uitgesloten dat hij als bestuurder of commissaris betrokken is bij andere rechtspersonen. Deze rechtspersonen hebben er in beginsel belang bij hun zienswijze op het gevraagde bestuursverbod en de mogelijke gevolgen daarvan te mogen geven. De enkele omstandigheid dat zij daartoe in de procedure bij de rechtbank geen gelegenheid hebben gekregen, is niet zonder meer grond de curator alsnog niet-ontvankelijk te verklaren. Dit gebrek laat zich in hoger beroep eenvoudig herstellen, doordat de curator in de gelegenheid wordt gesteld alsnog van deze rechtspersonen een uittreksel over te leggen en zij alsnog de gelegenheid krijgen hun zienswijze te geven. In dit geval komt het hof daaraan bij gebrek aan belang niet toe. Naar hierna zal worden toegelicht, kan het gevorderde bestuursverbod niet worden opgelegd op de daartoe door de curator aangedragen gronden.

#### **Art. 106a lid 1, sub c Fw**

4.6. De curator heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat [appellant] in ernstige mate is tekortgeschoten in de nakoming van zijn informatie- of medewerkingsverplichtingen (art. 106a lid 1, sub c Fw). Hij stelt dat [appellant] heeft geweigerd om medewerking te verlenen aan de curator doordat hij de administratie van de failliet niet (volledig) heeft overgelegd. Anders dan de rechtbank, is het hof van oordeel dat de vorderingen van de curator niet op deze grond kunnen worden toegewezen.

4.7. Een onderscheid moet worden gemaakt tussen de situatie waarin sprake is van een ontbrekende of gebrekkige boekhouding en de situatie waarin onvoldoende medewerking wordt verleend aan bijvoorbeeld een verzoek tot afgifte van een (eventueel gebrekkige) boekhouding. Het eerste kan leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid en uiteindelijk tot toepassing van art. 106a lid 1, sub a Fw. Het tweede geval kan leiden tot toepassing van art. 106a lid 1, sub c Fw. De curator lijkt dit onderscheid niet steeds helder voor ogen te hebben, waar hij stelt dat niet wordt voldaan aan de medewerkingsplicht als geen administratie is gevoerd.

4.8. De curator wijst erop dat [appellant] aanvankelijk wisselend heeft verklaard over de verblijfplaats van de administratie. Voor de beoordeling van het gevorderde bestuursverbod is dit niet van belang, nu [appellant] uiteindelijk wel een administratie aan de curator heeft verstrekt. Zijn stelling dat er meer aan administratie is dan wat hij heeft ontvangen, onderbouwt de curator vervolgens slechts met een verwijzing naar de omstandigheid dat er in de periode tussen 1 januari 2017 en 12 augustus 2018 in totaal € 166.000,- is op- en afgeboekt op de bankrekening van failliet bij ING. Deze omstandigheid rechtvaardigt mogelijk de conclusie dat er meer activiteiten binnen de failliet hebben plaatsgevonden dan door [appellant] wordt verklaard. Daaruit volgt evenwel niet dat daarvan ook steeds een administratie is bijgehouden. In het licht van de gemotiveerde betwisting door [appellant] heeft de curator zijn stelling onvoldoende onderbouwd. [appellant] heeft aangevoerd dat hij bij zijn boekhouder ordners met de boekhouding heeft opgehaald en deze op 13 augustus 2018 bij de curator heeft gebracht. Dit wordt bevestigd door de verklaring van de

boekhouder van 17 april 2020, die voor zover hier van belang, het volgende inhoudt:

“Op uw verzoek verklaar ik dat u op 13 augustus 2018 bij mij heeft opgehaald een aantal mappen met administratieve bescheiden van Twente Bemiddeling en Advies BV. In deze mappen bevonden zich o.a. een aantal bankafschriften, in- en verkoopfacturen en diverse andere administratieve stukken

De hierop gebaseerde boekhouding heb ik op 13 augustus 2018 gemaïld naar de curator (...).”

Dat deze boekhouding onvolledig is geweest, wil het hof met de curator aannemen, maar de curator heeft onvoldoende gemotiveerd bestreden dat [appellant] zijn boekhouder alles heeft laten printen wat er was en dat hij dat aan de curator heeft gegeven. Ter gelegenheid van de mondelinge behandeling bij de rechtbank heeft de curator een toelichting overgelegd, waarin hij ook zelf verklaart dat de boekhouder hem telefonisch heeft meegedeeld slechts over een fragmentarische boekhouding te beschikken (met name loonmutaties en bijbehorende belastingaangiften) die de curator ook heeft ontvangen.

4.9. Bij het voorgaande komt dat de curator blijkens het faillissementsverslag van 26 augustus 2019 zelf ook primair op het spoor lijkt te zitten dat niet aan de boekhoudplicht is voldaan. Daarin is, voor zover hier van belang, onder het kopje “7.1 Boekhoudplicht” het volgende opgenomen:

“Gezien de overhandigde boekhouding (fragmentarisch en zeer beperkt) komt de curator tot het oordeel dat hieraan zeer waarschijnlijk niet is voldaan; dit wordt nader onderzocht. De bestuurder heeft ook meegedeeld dat er verder geen boekhouding is.

Uit nader onderzoek is gebleken dat de onderneming nog enige tijd haar boekhouding heeft ondergebracht bij een boekhoudkantoor te Haaksbergen. Van dit kantoor is nog de nodige boekhouding over met name het jaar 2017 ontvangen. (...)”

4.10. Uit het voorgaande volgt dat niet is komen vast te staan dat [appellant] in ernstige mate is tekortgeschoten in zijn informatie- of medewerkingsverplichtingen op grond van de Faillissementswet.

#### **Art. 106a lid 1, sub d Fw**

4.11. De curator heeft ook aan zijn vorderingen ten grondslag gelegd dat [appellant] voorafgaand aan het faillissement van de failliet ten minste tweemaal als bestuurder betrokken is geweest bij een faillissement waarvan hem een persoonlijk verwijt treft (art. 106a lid 1, sub d Fw). Het gaat daarbij om het faillissement van Kozijnfabriek en het faillissement van Kozijnadvies. Zijn vorderingen kunnen evenmin op deze grond worden toegewezen.

4.12. Uit het overgangsrecht volgt dat de artikelen 106a-106e Fw alleen van toepassing zijn op een faillissement dat na de inwerkingtreding van deze artikelen is uitgesproken en op feiten en omstandigheden die na inwerkingtreding zijn gelegen. De datum van inwerkingtreding is 1 juli 2016. Het faillissement van Kozijnfabriek is uitgesproken op 12 april 2016 en dateert dus van voor die datum. Het aanvankelijk voorontwerp voorzag in een regeling op grond waarvan voor de toepassing van art. 106a lid 1, sub d Fw ook eerdere, voor de inwerkingtreding gelegen faillissementen konden worden betrokken. Onder meer om uitvoeringsproblemen te voorkomen, heeft de wetgever er uiteindelijk voor gekozen om de wet ook wat betreft deze grond uitsluitend voor de toekomst te laten gelden. De wetgever heeft er dus bewust voor gekozen oudere faillissementen buiten beeld te laten. Voor de toepassing van art. 106a lid 1, sub d Fw kan dan ook geen acht worden geslagen op het faillissement van Kozijnfabriek. Gelet daarop is niet voldaan aan het vereiste dat [appellant] ten minste *twee maal eerder* betrokken was bij een faillissement waarvan hem een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.

4.13. Voor zover de curator in dit verband aanneemt dat van belang is dat het faillissement van Kozijnfabriek na 1 juli 2016 is geëindigd, gaat hij uit van een onjuiste rechtsopvatting. Beslissend is de datum waarop het faillissement is uitgesproken. Evenmin is voor de toepassing van art. 106a lid 1, sub d Fw van belang dat [appellant] (naar de curator stelt) in het faillissement van Kozijnfabriek ook na 1 juli 2016 niet heeft voldaan aan zijn medewerkingsplicht. De bepaling ziet op de situatie dat de bestuurder ten minste tweemaal eerder *betrokken was bij een faillissement* van een

rechtspersoon en hem *daarvan* een persoonlijk verwijt treft. Het gaat derhalve om het ontstaan van het faillissement, niet om het handelen of nalaten van de bestuurder in dat faillissement.

### **Bewijsaanbod**

4.14. Het algemene bewijsaanbod van de curator wordt als onvoldoende gespecificeerd gepasseerd.

### **5. De slotsom**

5.1. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd.

5.2. Als de (overwegend) in het ongelijk te stellen partij zal het hof de curator in de kosten van beide instanties veroordelen.

De kosten voor de procedure in eerste aanleg aan de zijde van [appellant] zullen worden vastgesteld op:

(...; *red.*).

### **6. De beslissing**

Het hof, recht doende in hoger beroep:

vernietigt het vonnis van de rechtbank Overijssel, locatie Almelo van 8 april 2020 en doet opnieuw recht;

wijst de vorderingen van de curator af;

veroordeelt de curator in de kosten van beide instanties (...; *red.*);

verklaart dit arrest voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad.

### **Noot**

1. Met ingang van 1 juli 2016 is het civielrechtelijk bestuursverbod opgenomen in art. 106a t/m art. 106e Fw. De bepalingen werden niet ongemerkt ingevoerd: wetenschap en praktijk zijn altijd kritisch geweest. Uit vele artikelen noem ik Keijzer en Lennarts, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod: geen medicijn maar een placebo', *Preadvies van de Vereniging Handelsrecht* 2014 en Van Galen, 'Fraudebestrijding en bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2016/116. De kritiek was velerlei: van "de aanpak is ongericht en bestrijdt fraude zowel als onbehoorlijk bestuur" tot "faillissementsfraudebestrijding is een overheidstaak en moet niet ten laste komen van de gezamenlijke crediteuren in een specifiek faillissement".

2. De critici hebben gelijk gekregen. Het artikel wordt door curatoren weinig ingezet. Van Galens voorspelling dat het verbod vooral in stelling zal worden gebracht tegen diegenen die niet doortrapt genoeg zijn geweest lijkt niet geheel bezijden de waarheid. Voor een recent overzicht van literatuur en jurisprudentie verwijs ik naar Carrière-Verlinden & Baas, 'Het civielrechtelijk bestuursverbod van 2016 tot en met 2020', *Ondernemingsrecht* 2021/48.

3. Interessant intussen is dat het OM zich toch niet geheel onbetuigd laat. Ik wijs op Hof Amsterdam 10 november 2020, [«JOR» 2021/171](#), m.nt. Van Asperen-De Boer, waarin het OM een civielrechtelijk bestuursverbod vorderde. En voorts op HR 8 september 2020, [«JOR» 2021/54](#) en HR 15 december 2020, [«JOR» 2021/55](#), beide m.nt. Hornman, waarin het ging om de strafrechtelijke variant van het bestuursverbod als bedoeld in **art. 28 Sr**. Daarmee is tegemoetgekomen aan de (bij invoering van **art. 106a Fw** wel geuite) kritiek dat strafautoriteiten de aanpak van faillissementsfraude aan de curatoren zouden overlaten.

4. In de onderhavige casus is sprake van een geheel lege boedel (zoals ik afleidde uit het tiende faillissementsverslag dat de curator heeft gepubliceerd). De volgende feiten zijn relevant. Twente Bemiddeling & Advies (TBA) failleert op 10

juli 2018. Dga X is als bestuurder eerder betrokken geweest bij twee faillissementen waarvan er een dateert van net voor de invoeringsdatum van art. 106 a-e Fw. De curator meent dat hem een onvolledige boekhouding is overhandigd, hetgeen hij met name afleidt uit ontbrekende gegevens over bankboekingen ter grootte van in totaal € 166.000 in de periode voor faillissement.

5. In eerste aanleg wordt het civielrechtelijk bestuursverbod zonder veel omhaal toegewezen en niet uit te sluiten is dat de curator in tweede instantie niet het onderste uit de kan heeft gehaald. Het hof wijst het verbod in ieder geval af. Daarbij komen twee interessante punten aan de orde.

6. In de eerste plaats staat het hof stil bij mogelijke andere bestuurderschappen van X. In het wettelijk systeem is het essentieel dat, wanneer het iemand op grond van art. 106a Fw verboden dreigt te worden als statutair bestuurder te functioneren, andere vennootschappen die door hem geleid worden de gelegenheid krijgen daar het hunne over te berde te brengen. Mogelijk fungeert de bestuurder daar immers wél naar behoren, kan hij daar mogelijk niet gemist worden of zijn er nauwelijks derden betrokken (zoals bij een stamrecht-bv). Daarom bepaalt **art. 106c Fw** dat degene die het bestuursverbod vordert uittreksels overlegt van vennootschappen waarvan de betrokkene bestuurder of commissaris is. Omdat het voor een buitenstaander niet mogelijk is met zekerheid een dergelijk overzicht compleet aan te leveren, ligt het voor de hand dat de verwerende betrokkene ook zelf actief dergelijke informatie aanlevert indien hij meent dat die incompleet is.

7. In casu hebben eiser noch gedaagde dat concreet gedaan en daarmee zou de kous normaal gesproken af zijn. Het hof heeft echter uit “mededelingen ter zitting” van X afgeleid dat die mogelijk betrokken is bij andere vennootschappen. Die rechtspersonen kunnen een belang hebben gehoord te worden. “De enkele omstandigheid dat zij daartoe in de procedure bij de rechtbank geen gelegenheid hebben gekregen, is niet zonder meer grond de curator alsnog niet-ontvankelijk te verklaren. Dit gebrek laat zich in hoger beroep eenvoudig herstellen, doordat de curator in de gelegenheid wordt gesteld alsnog van deze rechtspersonen een uittreksel over te leggen en zij alsnog de gelegenheid krijgen hun zienswijze te geven”, aldus het hof (r.o. 4.5). Dit standpunt acht ik onjuist. Indien de curator niet dergelijke gegevens heeft overgelegd en X daar noch in eerste noch in tweede aanleg een punt van heeft gemaakt, dient het hof in geval van alsnog gerezen twijfel hiermee niet de eisende maar de *verwerende* partij te belasten. Die weet immers als geen ander waar hij nog functies vervult en daarin kan zelfs na het uitbrengen van de appeldagvaarding ook nog allerlei gewijzigd zijn.

8. Belangrijker is hetgeen het hof in r.o. 4.7-4.10 overweegt. Daarin fileert het hof art. 106a lid 1 Fw. In dat artikellid worden de vijf gronden genoemd die aanleiding kunnen vormen voor een bestuursverbod: samengevat a) een onherroepelijk vonnis op grond van art. 2:138/248 BW; b) een onherroepelijk vonnis op grond van art. 42/47 BW; c) ernstig tekortschieten in de informatie- of medewerkingsverplichting; d) eerdere betrokkenheid bij ten minste twee faillissementen; e) een onherroepelijke boetebeschikking op grond van art. 67 d-f AWR. Het valt direct op dat de gronden a en b het (voorafgaand of gelijktijdig) instellen van een procedure van de curator vergen en grond e een voorafgaande actie van de fiscus; acties die alle dienen te leiden tot een aan het bestuursverbod voorafgaande onherroepelijke beslissing. De grond onder c daarentegen is veel “ruimer”: er is slechts vereist dat er sprake is van in ernstige mate tekortschieten in de nakoming van zijn informatie- of medewerkingsverplichtingen (hetgeen in ieder geval een duidelijke sommatie van de curator zal vergen (*Kamerstukken II 2013/14, 34 011, nr. 3, p. 20*)).

9. Mogelijk beperkt door gebrek aan boedel heeft deze curator geen doorgaans arbeidsintensieve procedures ex art. 2:248 BW of art. 42-47 Fw ingesteld, maar zich slechts gebaseerd op de c- en de d-grond. Weliswaar had de curator administratie ontvangen, maar omdat hij in de bankbescheiden geldverkeer van € 166.000 constateert waarover hem geen administratie ter hand is gesteld, betoogt de curator dat de informatieverplichting in ernstige mate is geschonden. Het hof deelt die mening niet en ook hier vraag ik me af of het daarmee niet te streng voor de curator is.

10. Het hof maakt een onderscheid tussen de situatie waarin sprake is van een ontbrekende of gebrekkige administratie en de situatie waarin onvoldoende medewerking wordt verleend aan afgifte van een (juiste of gebrekkige) administratie. Het eerste kan volgens het hof leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid, waarbij het naar ik aanneem doelt op lid 2 van art. 2:248 BW. Het tweede kan leiden tot een bestuursverbod, aldus nog steeds het hof. Begrijp ik de redenering goed die het hof in r.o. 4.8-4.9 verder uitwerkt, dan stelt het hof in feite dat het *volledig* overleggen van een *onvolledige* administratie niet betekent dat de bestuurder in ernstige mate tekort is geschoten in zijn

informatieverplichting.

11. De c-grond van art. 106a Fw verwijst mijns inziens naar alle uitgebreide informatie- en medewerkingsverplichtingen als bedoeld in art. 105, art. 105a en art. 106 Fw. Die bepalingen gaan bepaald niet alleen over het overleggen van administratie. Ik deel, gelet op de wettekst en formulering van art. 106c Fw, wel de mening van het hof dat er een onderscheid is tussen de administratieplicht en de informatie- en medewerkingsplicht. Het feit dat een van de twee niet wordt nagekomen, betekent dus niet *automatisch* dat ook niet aan de andere verplichting wordt voldaan. Maar de bestuurder dient alle medewerking te verlenen, de administratie volledig over te dragen en alle inlichtingen te verschaffen die van hem worden verlangd. Als de curator dus vragen heeft gesteld over het geldverkeer van € 166.000 en die vragen niet of onvoldoende zijn beantwoord (zoals ik meen af te leiden uit r.o. 4.8-4.9), valt niet goed in te zien waarom dat niet een (ernstige) inbreuk op de bedoelde verplichtingen van de bestuurder vormt. Waar het hof nota bene welwillend aanneemt dat de boekhouding onvolledig is (toch geen geringe vaststelling), valt eigenlijk niet te begrijpen dat het hof niet op eenzelfde wijze aanneemt dat de bestuurder ook zijn informatie- en medewerkingsverplichtingen in ernstige mate heeft geschonden. Er zijn immers omstandigheden waaruit lijkt af te leiden dat er over bepaalde punten door de bestuurder onvoldoende opheldering is gegeven. Een curator doet er in de praktijk hoe dan ook altijd goed aan de bestuurder gedocumenteerd te verzoeken om een concrete toelichting en het eventueel achterwege blijven daarvan eveneens goed vast te leggen.

12. Het hof heeft het wel bij het rechte eind voor wat betreft de d-grond, die ziet op betrokkenheid bij twee eerdere faillissementen. Daarvan staat op grond van het overgangsrecht vast dat alle in dat opzicht relevante faillissementen dienen te dateren van ná invoering van art. 106a Fw. Dat was in casu niet het geval.

13. Zeker waar het bestrijding van misstanden of faillissementsfraude betreft, mag aandacht worden gevraagd (en dat doe ik bij deze) voor de lastige positie van de curator van een (nagenoeg) lege boedel, nu niet onaannemelijk is dat juist in dergelijke lege boedels dergelijke misstanden regelmatig voorkomen. De ruime c-grond biedt in dergelijke gevallen nog enige ruimte aan de curator. Die ruimte heeft het hof met deze uitspraak naar mijn mening te vergaand ingeperkt. De bestrijding van faillissementsfraude is daar niet mee gediend.

mr. Ph.W. Schreurs, advocaat bij Boels Zanders Eindhoven

---