

ANNOTATIE

## **Commentaar bij Rechtbank Amsterdam 25 januari 2012, LJN BV6199 (Sveba)**

***M. Mussche***

*Annotatie bij Rechtbank Amsterdam, 25-01-2012,  
ECLI:NL:RBAMS:2012:BV6199 (OR-2012-0131)*

Sveba Beheer B.V. (Sveba Beheer) heeft haar 100% dochter Sveba Bouwen & Wonen B.V. (Sveba B&W) in september 2010 verkocht aan Vitalis B.V. (Vitalis). Sveba Beheer was via een advertentie in een landelijk dagblad in contact gekomen met Vitalis (met wervende teksten als: "Uw bv in zwaar weer? Wij nemen uw bv met alle lusten en lasten graag van u over."). Vitalis voerde een onderneming die bv's opkoopt. Zij neemt de aandelen van noodlijdende bv's over voor een symbolisch bedrag. Buiten de boeken om betaalde de vervreemder een fors bedrag voor de overname. Dit geld kwam terecht bij de heer [A], die via Stichting Hygia indirect bestuurder van Vitalis was. Na de overname kregen de verworven bv's een nieuw bestuur, een nieuwe naam (in de onderhavige zaak Svalan B.V.) en een correspondentieadres in Duitsland. De administratie raakt 'kwijt' en de vennootschappen werden leeggehaald: de onderneming werd beëindigd, de crediteuren niet betaald en de activa verkocht. Het Financieele Dagblad heeft op 10 maart 2012 uitgebreid aandacht besteed aan deze handelswijze 'in het artikel 'Criminelen namen honderden bedrijven over'. Op vrijdag 30 maart 2012 werd [A] door de Rechtbank Almelo veroordeeld tot 24 maanden gevangenisstraf waarvan zes maanden voorwaardelijk wegens faillissementsfraude en witwaspraktijken.

De rechtbank oordeelde dat Sveba Beheer aansprakelijk is voor de onbetaald gebleven vorderingen van de eiser. Zij overweegt daartoe, onder verwijzing naar HR 8 december 2006, LJN ZA0758 (Ontvanger/Roelofsen), dat in het algemeen alleen dan mag worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in

art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Op grond van onder meer de in r.o. 4.3 opgesomde omstandigheden komt de rechtbank tot de conclusie dat in casu aan het 'ernstig verwijt'-criterium is voldaan. Op grond van 2:11 BW is de bestuurder van Sveba Beheer, de heer [B], daarom persoonlijk aansprakelijk jegens de eiser.

Uit de overwegingen volgt dat Sveba Beheer aansprakelijk wordt bevonden als bestuurder van Sveba B&W. Dat is opvallend, omdat de benadeling van de crediteur van Sveba B&W is ontstaan door de aandelenoverdracht door Sveba Beheer aan Vitalis. Sveba Beheer heeft de aandelen uiteraard niet overgedragen in haar rol als bestuurder, maar in haar rol als aandeelhouder. Strikt genomen heeft de bestuurder van Sveba B&W dus niets van doen met de aandelenoverdracht. De eisende crediteur in dit geding was zich hiervan mogelijk bewust. Hij heeft ter onderbouwing van zijn vordering naast het arrest Ontvanger/Roelofsen namelijk ook Albada Jelgersma II (HR 19 februari 1988, NJ 1988, 487) aangehaald. In Albada Jelgersma II oordeelde de Hoge Raad dat een moedermaatschappij die zich intensief en indringend met haar dochter bemoeit, aansprakelijk kan zijn jegens crediteuren van die dochter indien zij voorzorg of behoorde te voorzien dat deze crediteuren door de dochter benadeeld worden. Een moedermaatschappij kan dus aansprakelijk zijn jegens crediteuren van een dochter waarvan zij niet tevens bestuurder was.

Het is begrijpelijk dat de rechtbank Sveba Beheer niet enkel in haar rol van aandeelhouder aansprakelijk heeft willen houden. De doorbraakbepaling van art. 2:11 BW is namelijk slechts van toepassing in geval van "aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon." Indien Sveba Beheer aansprakelijk zou zijn als aandeelhouder van Sveba B&W, zou de bestuurder van Sveba Beheer – degene die de facto heeft besloten tot de verkoop van Sveba B&W aan Vitalis – aansprakelijkheid ontlopen. De rechtbank heeft dat kennelijk niet gewild, maar laat een beetje in het midden op welke gronden zij komt tot bestuurdersaansprakelijkheid van Sveba Beheer.

Wat mij betreft kan de bestuurdersaansprakelijkheid van Sveba Beheer op basis van het vonnis op (tenminste) twee manieren worden geconstrueerd:

- De eerste manier is door het aftreden door Sveba Beheer als bestuurder van Sveba B&W in de gegeven omstandigheden als onbehoorlijk te kwalificeren. De rechtbank noemt in de opsomming van omstandigheden die tot aansprakelijkheid van Sveba leiden onder andere het feit dat Sveba Beheer per datum overdracht is afgetreden als bestuurder van Sveba B&W. Daarvan zou het Sveba Beheer in theorie een ernstig verwijt kunnen worden gemaakt. Zij heeft zich immers, zoals de rechtbank heeft geoordeeld, geen enkele moeite getroost om zich

ervan te vergewissen dat Vitalis daadwerkelijk de bedoeling had om de onderneming van Sveba weer vlot te trekken, althans om de belangen van haar crediteuren te respecteren. Door onder die omstandigheden onverplicht af te treden, zou Sveba Beheer aansprakelijkheid jegens de crediteuren van Sveba B&W over zich kunnen hebben afgeroepen.

- Een tweede mogelijkheid is dat Sveba Beheer in haar rol van aandeelhouder is aangemerkt als feitelijk bestuurder van Sveba B&W. Het arrest Albada Jelgersma II geeft reden voor deze benadering. In Albada Jelgersma II werd de moedermaatschappij aansprakelijk bevonden voor schulden van haar dochter, omdat zij vanwege haar intensieve en indringende bemoeienis ook als feitelijk bestuurder kon worden aangemerkt. Lennarts geeft deze uitleg aan het arrest in haar proefschrift (M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 186). In het geval van Sveba Beheer is de stap naar het feitelijke bestuurschap minder lastig; zij was immers (tevens) daadwerkelijk bestuurder van Sveba B&W. Het zou onbegrijpelijk zijn om aan te nemen dat een moedermaatschappij wél aansprakelijk kan worden gehouden wanneer zij zich zo intensief en indringend met haar dochter bemoeit dat zij kan worden aangemerkt als feitelijk bestuurder (zoals in Albada Jelgersma II), maar níét als zij naast haar aandeelhouderschap ook daadwerkelijk bestuurder is (zoals Sveba Beheer). Op grond van die redenering zou Sveba Beheer uit hoofde van haar functie als bestuurder aansprakelijk kunnen zijn jegens de benadeelde crediteuren van Sveba B&W.

Als ik zou moeten kiezen tussen beide mogelijkheden, dan gaat mij voorkeur uit naar de tweede redenering. Deze redenering doet recht aan de werkelijke verhoudingen tussen een moeder-bestuurder en een dochtervennootschap. Bovendien is bij mijn weten de verplichting om als bestuurder aan te blijven nog nooit aangenomen in de Nederlandse jurisprudentie. Het is overigens de vraag of tussen beide redeneringen gekozen moet worden. Ik denk het niet. Zij zouden immers ook gezamenlijk de conclusie kunnen dragen dat een moeder-bestuurder in dit soort gevallen als bestuurder aansprakelijk is jegens crediteuren van haar dochter.

Voor het rechtsgevoel zou het overigens bevredigender zijn wanneer benadeelde crediteuren [A] aansprakelijk zouden stellen. Wellicht gebeurt dit nog. Gezien de omvang van de faillissementsfraude lijkt het waarschijnlijk dat meer benadeelde crediteuren zich in de nabije toekomst tot de rechter zullen wenden.