

## WETENSCHAP

# Onrechtmatige verkoop van bv-aandelen door schending onderzoeksplicht: bestuurlijke tekortkoming of aandeelhoudersgedraging?\*

V. van Vegchel

## 1 Inleiding

In Nederland is in 2013 naar schatting voor ten minste € 1,3 miljard gefraudeerd via faillissementen.<sup>1</sup> Faillissementsfraude is kort gezegd fraude die wordt gepleegd door het doen failleren van een bedrijf. Een van de standaardscenario's hierbij is een bestuurder die alles van waarde uit een vennootschap haalt voordat hij deze failliet laat gaan. In dat geval gaat het om bestuursgedragingen. Een andere smaak is het overdragen van de aandelen in een bv aan een zogeheten katvanger, die de daadwerkelijke machthebbende als stroman uit de wind houdt. Dan gaat het om een aandeelhoudersgedraging en een een-tweetje tussen verkopend aandeelhouder en stroman met fraude als oogmerk.

Recent is een aantal rechtbankuitspraken gewezen waarin een subtielere vorm van faillissementsfraude uit deze laatste categorie werd bestraft.<sup>2</sup> De verkoop van aandelen in een bv aan een malafide koper werd onrechtmatig geacht omdat de verkopend directeur-groootaandeelhouder (hierna: dga) had moeten weten dat de koper de bv zou leegtrekken, laten failleren en daarmee schuldeisers zou benadelen. Koper en verkoper speelden hier echter niet onder één hoedje. De verkoper had gezien de omstandigheden van het geval onderzoek moeten doen naar de achtergrond en hoedanigheid van de beoogde koper alvorens tot verkoop over te gaan. Nu hij dit heeft nagelaten, heeft hij bewerkstelligd of in ieder geval toegelaten dat schuldeisers van de vennootschap zouden worden benadeeld.<sup>3</sup>

De onrechtmatige gedraging is hier gelegen in de aandelenoverdracht (zonder het doen van onderzoek). Het gaat dus om een aandeelhoudersgedraging en niet om een bestuurshandeling. In de rechtbankuitspraken vormt bestuurdersaansprakelijkheid echter wel de grondslag voor aansprakelijkheid van de verkopend dga. In

\* Dit artikel is gebaseerd op de masterscriptie van auteur. Bijzondere dank gaat uit naar prof. mr. A.F.M. Dorresteyn, die de scriptie met zeer bruikbaar commentaar en goede tips heeft begeleid.

1 Zo blijkt uit onderzoek van accountant PwC. Bovendien is de pakkans van fraudeurs zo ongeveer 2,5%. Nieuwsuur, Steeds meer fraude in Nederland, 18 december 2013. Dossier 5241 van het Tros-programma Opgelicht, 23 oktober 2012.

2 Zie bijv. Rb. Utrecht 25 mei 2011, JOR 2011/322 (LBP Sight) en Rb. Oost-Brabant 1 mei 2013, JIN 2013/136 (International Poolgild).

3 In lijn met HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen).

Onrechtmatige verkoop van bv-aandelen door schending onderzoekspllicht: bestuurlijke tekortkoming of aandeelhoudersgedraging?

dit artikel worden eerst de casus van drie van deze rechtbankuitspraken besproken. Vervolgens komt de voor aansprakelijkheid gekozen grondslag aan bod. Ten slotte is interessant wanneer de verkoper volgens de drie rechtbanken onderzoek had moeten doen om zich van zijn zorgplicht jegens de crediteuren te kwijten. Het schadevergoedingsrechtelijke aspect blijft buiten beschouwing.

## 2 Casus

### 2.1 *Rechtbank Utrecht: LBP Sight*<sup>4</sup>

In het kort speelden in deze zaak de volgende feiten. Gedaagde was bestuurder en enig aandeelhouder van Meves BV (hierna: Meves), die in 2008 en 2009 aan eiseres LBP Sight BV (hierna: LBP) verschillende opdrachten tot verrichten van werkzaamheden heeft gegeven. De facturen werden slechts gedeeltelijk betaald. In april 2010 heeft gedaagde zijn bestuurderschap en zijn aandelen voor € 1 overgedragen aan M. Dewinden en Zn. BV (hierna: Dewinden). Dewinden was op dat moment bestuurder en enig aandeelhouder van tientallen vennootschappen en is in juli 2010 failliet verklaard. In maart 2011 is ook de verkochte bv failliet verklaard. Gedaagde had nog geen twee maanden na de overdracht van zijn vennootschap tot tweemaal toe een nieuwe vennootschap opgericht. LBP vorderde veroordeling van gedaagde uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid tot betaling van het opstaande bedrag (ongeveer € 14.000).

De rechtbank overweegt onder verwijzing naar het arrest *Ontvanger/Roelofsen*<sup>5</sup> eerst onder welke omstandigheden een bestuurder naast de vennootschap aansprakelijk kan zijn jegens een crediteur.<sup>6</sup> Vervolgens komt zij tot de conclusie dat de bestuurder een ernstig persoonlijk verwijt gemaakt kan worden:

‘De rechtbank is van oordeel dat in de (hierboven weer)gegeven omstandigheden het handelen van gedaagde als bestuurder van [Meves] B.V. ten opzichte van LBP zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Gedaagde wist of had in ieder geval redelijkerwijze behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde overdracht van de aandelen aan de (vennootschap van de) heer A tot gevolg zou hebben dat [Meves] B.V. haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. [Meves] B.V. had het rond april 2010 financieel zwaar. Naar aanleiding van de door de Belastingdienst gehouden veiling van de inventaris van de vennootschap meldt zich spontaan de heer A, die gedaagde aanbiedt om zijn vennootschap over te nemen. Onder deze omstandigheden mocht van gedaagde verlangd worden dat hij serieus onderzoek zou doen naar de motieven van de heer A, om enige zekerheid te

4 Rb. Utrecht 25 mei 2011, JOR 2011/322 (LBP Sight).

5 HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

6 Rb. Utrecht 25 mei 2011, JOR 2011/322 (LBP Sight), r.o. 4.3.

V. van Vegchel

verkrijgen of het de bedoeling was te pogen [Meves] B.V. uit de financiële problemen te krijgen en daadwerkelijk voort te zetten.<sup>7</sup>

### 2.2 *Rechtbank Middelburg: BMW Financial Services*<sup>8</sup>

Samengevat waren de feiten in deze casus als volgt. Eiseres (BMW Financial Services BV, hierna: BMW) had met de bv van de twee gedaagden financieringsovereenkomsten voor leaseauto's gesloten. Gedaagden waren bij het sluiten van de overeenkomsten ook bestuurders van hun bv. Al snel na het sluiten van de overeenkomsten werden de leasetermijnen niet betaald en de auto's opeisbaar. Gedaagden hebben hun bv vervolgens verkocht aan X, waarbij tevens bestuurs-overdracht plaatsvond. De akte van levering vermeldt dat koper X in de gelegenheid is gesteld een due diligence-onderzoek te doen, maar daarvan heeft afgezien. Ook is in de akte opgenomen dat X ermee bekend is dat de financiële situatie van de bv zeer slecht is. BMW vorderde persoonlijke aansprakelijkheidsstelling van gedaagden voor de geleden schade omdat het verkopen van de bv zonder onderzoek te doen naar de koper onder de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig was dat hen daarvan een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt kan worden.

Ook Rechtbank Middelburg herhaalt eerst de norm uit het arrest *Ontvanger/Roelofsen* en daarna een overweging uit het vonnis van de LBP *Sight*-zaak. De rechtbank gaat op grond daarvan mee in de eis van BMW en concludeert:

‘Gelet op alle omstandigheden van het geval en de ook niet (voldoende) weersproken stelling dat de BV na de overdracht leeg is gehaald, levert op dat gedaagden door het nalaten van enig onderzoek naar de achtergronden en financiële goedgeheid van X een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Indien gedaagden dat onderzoek wel hadden gedaan, dan hadden zij, zoals eiseres voldoende heeft aangetoond, door simpel internetonderzoek al kunnen constateren dat X meerdere malen betrokken is geweest bij dubieuze praktijken. Door te verkopen aan X zonder enig onderzoek hebben gedaagden willens en wetens het risico genomen dat de BV daarna haar verplichtingen jegens eiseres niet meer kon nakomen. Als gewezen bestuurders van de BV zijn gedaagden dan ook persoonlijk aansprakelijk voor de schade van eiseres.’<sup>9</sup>

### 2.3 *Rechtbank Oost-Brabant: International Poolguild*<sup>10</sup>

In de laatste voorbeeldzaak waren de feiten als volgt. Gedaagde was dga van *International Poolguild BV* (hierna: IPG). IPG had zich in 2005 bij overeenkomst verplicht tot het aanleggen van een zwembad voor eiseres. Niet-nakoming door IPG van deze overeenkomst heeft geleid tot een procedure bij de *Rechtbank Roermond*. In 2008 werd de dga telefonisch benaderd over de verkoop van IPG door tussenpersoon A. Begin 2009 kwam A met koper B op de proppen en op verzoek van B heeft de dga per 1 mei 2009 de statutaire naam van IPG veranderd in

7 Rb. Utrecht 25 mei 2011, JOR 2011/322 (*LBP Sight*), r.o. 4.5.

8 Rb. Middelburg 5 maart 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BW4873 (*BMW Financial Services*).

9 Rb. Middelburg 5 maart 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BW4873 (*BMW Financial Services*), r.o. 9.

10 Rb. Oost-Brabant 1 mei 2013, JIN 2013/136 (*International Poolguild*).

Onrechtmatige verkoop van bv-aandelen door schending onderzoeksplicht: bestuurlijke tekortkoming of aandeelhoudersgedraging?

‘Noordwijk Transport BV’. Tevens werd de bedrijfsomschrijving veranderd van ‘groothandel in zwembaden’ in ‘transport- en expeditiebedrijf’. In september 2009 zijn vervolgens de aandelen IPG tegen betaling van € 50.000 door gedaagde overgedragen aan twee stichtingen waarvan B bestuurder was en werd C tot bestuurder van IPG benoemd. Op dezelfde dag nog zijn de aandelen vervolgens overgegaan op D, die tevens bestuurder werd. In de inmiddels nog lopende procedure bij de Rechtbank Roermond heeft IPG na de aandelenoverdracht haar verweer gestaakt en is zij op 31 maart 2010 veroordeeld tot betaling aan eiser van zo’n € 60.000. IPG heeft deze bedragen niet betaald en is in september 2010 failliet gegaan. In onderhavige zaak vorderde eiser veroordeling van de dga tot betaling van het door IPG verschuldigde bedrag omdat hij opzettelijk de verhaalsmogelijkheden van de vordering van eiseres zou hebben gefrustreerd door IPG via een malafide handelaar te verkopen aan derden.

De rechtbank overweegt eerst dat aansprakelijkheid in de regel pas kan worden aangenomen indien de bestuurder persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.<sup>11</sup> Daarna concludeert zij dat daar in casu sprake van is:

‘Deze omstandigheden, in onderling samenhang en verband bezien, hadden naar het oordeel van de rechtbank bij gedaagde op zijn minst vraagtekens moeten oproepen omtrent (de werkelijke bedoelingen van) zijn koper B, nu deze voor gedaagde feitelijk een onbekende was.

Vast staat verder dat gedaagde, hoewel daartoe redenen waren zoals hierboven omschreven, geen enkel onderzoek heeft ingesteld naar de achtergronden en historie van B.’<sup>12</sup>

En:

‘Naar eigen zeggen was hij gerustgesteld door het feit dat ook de door hem ingeschakelde adviseurs geen opmerkingen hebben gemaakt over B. Dit is voor de rechtbank echter onvoldoende zeker nu – zoals eiser onbetwist heeft gesteld – met een eenvoudig onderzoek te achterhalen was dat B in de periode kort voor overdracht betrokken is geweest bij diverse faillissementen, hetgeen eiser heeft onderbouwd middels zijn producties 7 en 15, het resultaat van een dergelijk eenvoudig onderzoek (de kosten daarvan bedroegen blijkens de vordering onder 3 slechts € 395,68). Door bij deze stand van zaken verder geen onderzoek te plegen naar de koper van IPG en zich daarmee de belangen van eiser als crediteur van IPG onvoldoende aan te trekken, treft gedaagde een persoonlijk ernstig verwijt zoals hiervoor bedoeld.’<sup>13</sup>

11 Rb. Oost-Brabant 1 mei 2013, JIN 2013/136 (International Poolguld), r.o. 4.1.

12 Rb. Oost-Brabant 1 mei 2013, JIN 2013/136 (International Poolguld), r.o. 4.5.

13 Rb. Oost-Brabant 1 mei 2013, JIN 2013/136 (International Poolguld), r.o. 4.6.

V. van Vegchel

#### 2.4 Verkoper van bv heeft onder omstandigheden plicht tot doen van onderzoek

De bestuurder van een te verkopen bv is dus ingevolge de rechtbankuitspraken onder bepaalde omstandigheden op straffe van aansprakelijkheid gehouden tot het doen van onderzoek naar de beoogde koper. De inhoud en de eigenschappen van deze 'onderzoeksplicht' komen in paragraaf 4 verder aan bod. Eerst volgt een bespreking van de aansprakelijkheidsgrondslag.

### 3 Bestuurders- versus aandeelhoudersaansprakelijkheid

#### 3.1 Aandelen in een bv worden niet verkocht door de bestuurder

Dat in elk van deze zaken bestuurdersaansprakelijkheid als grondslag voor aansprakelijkheid wordt gehanteerd, is namelijk opmerkelijk. De gewraakte handeling is steeds: het zonder onderzoek verkopen van (alle) aandelen in een bv aan een malafide koper. Dat is geen bestuurshandeling, maar een aandeelhoudersgedraging. Indien men aanneemt dat de aandelenoverdracht inderdaad het schade-toebrengende feit is, kan derhalve geen sprake zijn van een *conditio sine qua non*-verband tussen een handelen van de bestuurder en de schade van de crediteuren (het onbetaald blijven van de schulden).<sup>14</sup> De grondslag van aandeelhoudersaansprakelijkheid had dan meer voor de hand gelegen.

Uiteraard heeft het bestuur in het algemeen wel een zekere mate van betrokkenheid bij de verkoop van de vennootschap. De vraag is dan of de gedragingen die een bestuurder in dat kader verricht ernstig verwijtbaar kunnen zijn jegens de desbetreffende crediteur:

- De statuten kunnen een aandelenoverdracht onderwerpen aan de goedkeuring van het bestuur. In deze zaken is echter van een dergelijk goedkeuringrecht niet gebleken.
- Het bestuur dient een aandelenoverdracht namens de vennootschap te erkennen. Erkenning is echter geen constitutief vereiste voor levering. Bovendien kan de verkrijger van aandelen, indien erkenning uitblijft, de bevoegdheid om de aan de aandelen gekoppelde rechten uit te oefenen ook verkrijgen door een afschrift van de akte van levering aan de vennootschap te betekenen.<sup>15</sup> Het is dus moeilijk voorstelbaar dat erkenning van een dubieuze aandelentransactie ernstig verwijtbaar zou zijn.
- Tevens is mogelijk dat een bestuurder vrijwillig ontslag neemt gelijktijdig met de overdracht van de aandelen (om zo ruimte te maken voor de koper). Het ernstig verwijtbaar handelen zou dan gelegen moeten zijn in het onverplicht aftreden, zonder te achterhalen of de koper daadwerkelijk de bedoeling had om de onderneming voort te zetten, of, indien de bestuurder al weet had van het mogelijk niet in de haak zijn van de aanstaande transactie, in het aftreden

14 Omdat over het bestaan van causaal verband tussen de aandeelhoudersgedraging (de aandelenoverdracht) en de schade veel gezegd kan worden en daar in dit artikel geen ruimte voor is, inhoud ik mij van een verdere bespreking van het schadevergoedingsrechtelijke aspect van de rechtbankcasus.

15 P. van Schilfgarde, Van de BV en de NV, Deventer: Kluwer 2013, p. 128.

Onrechtmatige verkoop van bv-aandelen door schending onderzoeksplicht: bestuurlijke tekortkoming of aandeelhoudersgedraging?

zonder de schuldeisers van de vennootschap te waarschuwen. Dat lijkt wel erg vergezocht.<sup>16</sup>

De betrokkenheid van het bestuur bij de verkoop en overdracht van de aandelen in een bv is derhalve zeer beperkt. Tegen die achtergrond valt niet goed in te zien hoe een bestuurder ter zake daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

### 3.2 *Verkoper had ook in hoedanigheid van aandeelhouder aansprakelijk kunnen worden gesteld*

De verkoper had voor een onrechtmatige verkoop van zijn aandelen dus op grond van aandeelhoudersaansprakelijkheid moeten worden aangesproken. In dat geval gelden andere toetsingsnormen dan bij bestuurdersaansprakelijkheid. De norm uit art. 2:9 van het Burgerlijk Wetboek (BW) (het persoonlijk ernstig verwijt) geldt ex art. 6:162 BW ook voor externe bestuurdersaansprakelijkheid.<sup>17</sup> Deze norm is evenwel niet van toepassing bij aandeelhoudersaansprakelijkheid. Dat in het geval van een dga de hoedanigheden van bestuurder en aandeelhouder samenvallen, doet daar niet aan af. Het feit dat de aandeelhouder ook (feitelijk) bestuurder is, maakt het overdragen van aandelen namelijk nog geen bestuurs-handeling noch onderdeel van de bestuurstaak.<sup>18</sup>

De formele grondslag voor aansprakelijkheid van aandeelhouders jegens schuldeisers van de vennootschap is gewoonlijk gelegen in een eigen onrechtmatige daad van die aandeelhouder tegenover de crediteuren.<sup>19</sup> In de jurisprudentie van de Hoge Raad zijn hiervan verschillende voorbeelden te vinden.<sup>20</sup> Met Haas ben ik het eens dat, hoewel het in nagenoeg al deze gevallen om een concernsituatie ging, deze uitspraken aanknopingspunten bieden voor aandeelhoudersaansprakelijkheid van de onzorgvuldige verkoper.<sup>21</sup> Bovendien mag ook buiten een moeder-dochterverband van aandeelhouders verantwoord aandeelhoudersgedrag worden verwacht. Het verkopen van aandelen terwijl een aandeelhouder behoorde te weten dat de koper een voor de vennootschap en haar betrokkenen nadelige gedragslijn gaat volgen, is onverantwoord aandeelhoudersgedrag. Daarin is een

- 16 Zie M. Mussche, Bestuurdersaansprakelijkheid jegens de crediteuren van een vervreemde vennootschap, *Bedrijfsjuridische Berichten* 2012/25, onder 5, die constateert dat in de rechtspraak nog nooit de verplichting voor een bestuurder is aangenomen om op straffe van aansprakelijkheid aan te blijven als bestuurder.
- 17 O.m. HR 8 december 2006, JOR 2007/38 (Ontvanger/Roelofsen) en, recenter, HR 5 september 2014, RvdW 2014/1014 (Tulip-Air).
- 18 De aansprakelijkheid van bestuurders als zodanig dient van de aansprakelijkheid van iemand die tevens bestuurder van een vennootschap is, vanwege een normschending die losstaat van een tekortschieten als bestuurder, te worden onderscheiden. Van Schilfgaarde 2013, p. 192. Zie HR 23 november 2012, NJ 2013/302 (Spaanse Villa) en HR 5 september 2014, NJ 2015/21 m.nt. Van Schilfgaarde (Tulip-Air). Zie ook HR 18 november 1994, NJ 1995/170 (NBM/Securicor).
- 19 S.E. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2013, p. 289. Zie ook Asser/Maeijer, *Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/839.
- 20 Zie o.m. HR 19 februari 1988, NJ 1988/487 (Albada Jelgersma) en HR 8 november 1991, NJ 1992/174 (Nimox).
- 21 P. Haas, *Noot bij Rb. Oost-Brabant*, 1 mei 2013, JIN 2013, afl. 7, onder 11-14.

V. van Vegchel

mogelijke onrechtmatige daad jegens de vennootschap en de betrokkenen gelegen.<sup>22</sup>

Een aandeelhouder kan blijkens bovengenoemde rechtspraak van de Hoge Raad onder omstandigheden onrechtmatig handelen tegenover schuldeisers van de vennootschap indien hij zich niet voldoende van hun redelijke belangen aantrekt. In het arrest *Albada Jelgersma*<sup>23</sup> werd een moedermaatschappij aansprakelijk gehouden jegens de schuldeisers van haar dochtervennootschap toen zij zich intensief en indringend met het beleid van die dochter had bemoeid. Met het oog op deze bemoeienis handelde zij onrechtmatig tegenover crediteuren door, toen zij zag of behoorde te voorzien dat de dochter hen benadeelde, leveranties doorgang te laten vinden. In plaats daarvan had zij maatregelen moeten nemen, zoals het waarschuwen van de crediteuren of wellicht zelf betalen.<sup>24</sup>

Verder kan een enig aandeelhouder onrechtmatig handelen jegens de crediteuren van zijn vennootschap door het uitoefenen van zijn bevoegdheid tot winstbestemming. De aandeelhouder die besluit tot dividenduitkering als gevolg waarvan zijn achtergestelde vordering in een concurrente vordering wordt omgezet en praktisch alle reserves van de vennootschap verdwijnen, terwijl voorzienbaar is dat deze reserves nodig zijn om verliezen op te vangen, bevoordeelt zichzelf onrechtmatig ten opzichte van de crediteuren.<sup>25</sup>

Als laatste voorbeeld het arrest *Sobi/Hurks*.<sup>26</sup> Ook in deze zaak ging het om een moedermaatschappij die alle aandelen hield in een dochter. De feitelijke macht over de vennootschap lag dus bij deze aandeelhouder. Wanneer een dergelijke aandeelhouder vervolgens op een zeker tijdstip – de peildatum – behoort te onderkennen dat de vennootschap geen verhaal meer kan bieden aan schuldeisers, is hij gehouden zich de belangen van crediteuren van de dochter aan te trekken en moet hij hen onder meer hieromtrent waarschuwen. In het recentere arrest *Comsys* heeft ons hoogste rechtscollege deze rechtsregel herhaald, dit keer geformuleerd als bijzondere zorgplicht.<sup>27</sup>

In lijn met deze HR-jurisprudentie hadden de verkopers uit de rechtbankuitspraken voor de onrechtmatige verkoop van hun aandelen op grond van aandeelhoudersaansprakelijkheid kunnen worden aangesproken. Op het moment dat er rondom de verkoop c.q. koper bepaalde verdachte omstandigheden aanwezig zijn,

22 B.F. Assink & W.J. Slagter, *Compendium ondernemingsrecht* (deel 1), Deventer: Kluwer 2013, p. 862-863.

23 HR 19 februari 1988, NJ 1988/487 (*Albada Jelgersma*).

24 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/842. Zie ook HR 25 september 1981, NJ 1982/443 (*Osby*), waarin de Hoge Raad duidelijk heeft gemaakt dat er niet slechts in extreme omstandigheden mag worden geconcludeerd tot een aan schuld te wijten onrechtmatige daad van de aandeelhouder. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/839.

25 HR 8 november 1991, NJ 1992/174 (*Nimox*).

26 HR 21 december 2001, NJ 2005/96 (*Sobi/Hurks*).

27 HR 11 september 2009, NJ 2009/565 (*Comsys*). Zie voor een bespreking van zorgplichten in concernverband J.B. Huizink, *Zorgplichten in het concern*, O&F (18) 2010, afl. 4, p. 5-28, waarbij de arresten *Sobi/Hurks* en *Comsys* in par. 10 aan bod komen.

Onrechtmatige verkoop van bv-aandelen door schending onderzoekspllicht: bestuurlijke tekortkoming of aandeelhoudersgedraging?

wordt immers voor de verkopend aandeelhouder voorzienbaar dat de verkoop van zijn aandelen tot benadeling van de crediteuren van de vennootschap kan leiden. Bovendien draagt een aandeelhouder met het vervreemden van zijn aandelen de zeggenschap over de vennootschap over. Op dat moment ligt het lot van en de macht over die vennootschap (en de daarbij betrokken personen) in grote mate in zijn handen.<sup>28</sup> Hierin zijn twee elementen van aansprakelijkheid te herkennen die in de hierboven beschreven rechtspraak van de Hoge Raad een rol spelen: (1) de voorzienbaarheid van de benadeling, en (2) de uitoefening van een aandeelhoudersrecht waarmee macht over de vennootschap wordt uitgeoefend. Een derde overeenkomst tussen de rechtbankuitspraken en de rechtspraak van de Hoge Raad is nog gelegen in het handelen zonder rekening te houden met de belangen van crediteuren, ondanks de voorzienbare benadeling van deze crediteuren.

#### 4 Waaruit bestaat ‘onderzoekspllicht’ van verkopers?

Na voorgaande conclusie dat door de rechtbanken een onjuiste aansprakelijkheidsgrondslag is gehanteerd, rijst de vraag of een inhoudelijke bespreking van de onderzoekspllicht nog wel relevant is. Het antwoord luidt bevestigend. De invulling die aan de onderzoekspllicht wordt gegeven, kleurt in de rechtbankuitspraken het ‘redelijkerwijs behoren te begrijpen’ in. Aan dit begrip uit de bestuurdersaansprakelijkheid hadden de rechtbanken eigenlijk niet toe mogen komen. Het gaat bij de verkoop van aandelen immers om aandeelhoudersgedrag. Het toetsingskader voor aandeelhoudersaansprakelijkheid bevat echter een vergelijkbaar normatief element. Waar een bestuurder de toegebrachte benadeling redelijkerwijs had moeten behoren begrijpen om aansprakelijk gehouden te worden, geldt voor een aandeelhouder dat de benadeling voorzienbaar had moeten zijn. Daarom is de door de rechtbanken ontwikkelde onderzoekspllicht ook in dat verband een bruikbaar gegeven. Het is dus interessant om te kijken hoe zij het begrip hebben ingevuld. Daarvóór komt kort de juridische grondslag van de onderzoekspllicht aan bod.

##### 4.1 Juridische grondslag onderzoekspllicht is delictuele informatiepllicht

In hun ruime betekenis omvatten informatiepllichten in het verbintenissenrecht zowel onderzoeks- als mededelingspllichten. Deze informatiepllichten bestaan niet alleen bij (pre)contractuele rechtsverhoudingen, maar ook in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.<sup>29</sup> In de rechtbankuitspraken gaat het om een zorgpllicht van de verkoper jegens schuldeisers van zijn vennootschap die als concrete zorgverpllichting<sup>30</sup> tot uiting komt in een buitencontractuele informatiepllicht: de onderzoekspllicht. Of in dit verband wel kan worden gesproken van een (bijzondere) zorgpllicht is overigens de vraag. Er rust immers op beleidsbepalers van een

28 Haas 2013, onder 14.

29 K.J.O. Jansen, *Informatiepllichten: over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 8-9 en 23.

30 Zie over de invulling door zorgverplichtingen van zorgpllicht als abstract begrip Huizink 2010, par. 8, 11 en 14.



V. van Vegchel

vennootschap, zoals invloedrijke aandeelhouders, een algemene verplichting tot zorgvuldig vermogensbeheer. Deze verplichting geldt ook in relatie tot derden, zoals crediteuren. Wellicht is het dus zuiverder om hier te spreken van een op de verkoper rustende zorgvuldigheidsplicht.<sup>31</sup>

Hoe dat verder ook zij, op de verkoper van een bv rust onder omstandigheden een plicht om onderzoek te doen naar de koper. De term ‘onderzoeksplicht’ is in deze context wellicht wat verwarrend. Deze informatieplicht komt immers normaliter vooral terug in de precontractuele fase en rust dan op de koper. Het gaat daarbij om een plicht die oproept tot informatievergaring ten aanzien van het te kopen goed in eigen belang.<sup>32</sup> De verkoper uit de casus van de rechtbankuitspraken moet echter juist in het belang van derden (de schuldeisers) onderzoek doen naar de persoon van de koper. Toch is ‘onderzoeksplicht’ wel de term die het beste aansluit bij hetgeen de rechtbanken van de verkopers verlangen.

Bij dergelijke buitencontractuele informatieplichten biedt de wettelijke regeling van de onrechtmatige daad de grondslag voor het aannemen van zogeheten delictuele informatieplichten. De aanvaarding van een delictuele informatieplicht is afhankelijk van de context van de verweten gedraging. Dat betekent dat de vragen die beantwoord moeten worden, zijn: (1) kende de laedens het betrokken risico voor de gelaedeerde of behoorde hij dat te kennen, en (2) had hij in dit verband nader onderzoek moeten doen, dan wel andere maatregelen moeten treffen ter voorkoming van de schade?<sup>33</sup> Onder omstandigheden kan dus een delictuele onderzoeksplicht bestaan die een bepaald handelen zonder het doen van onderzoek tot een onrechtmatige daad maakt. De verkoper uit de rechtbankcasus had zich onder de verdachte omstandigheden de belangen van de schuldeisers van de vennootschap moeten aantrekken en onderzoek moeten instellen naar de koper. Met deze onderzoeksplicht introduceren de rechtbanken een nieuw soort buitencontractuele informatieplicht.

#### 4.2 *Onderzoeksplicht bestaat eerder bij verkoop van financieel noodlijdende bv*

Op basis van de rechtbankuitspraken lijkt onderscheid mogelijk tussen twee situaties: (1) de verkoop van een bv in financieel zwaar weer, en (2) de verkoop van een bv niet in financieel zwaar weer. In de eerste situatie is waarschijnlijk sneller sprake van het bestaan van de onderzoeksplicht dan in de tweede. De Rechtbank Utrecht en de Rechtbank Middelburg achten, naast de financiële malaise van de bv, voor het aannemen van de onderzoeksplicht respectievelijk voldoende dat de koper zich spontaan meldt en zijn motieven en bedoelingen onduidelijk zijn (LBP Sight), en dat de koper bekend is met de financieel slechte situatie van de target-

31 Huizink schrijft dat er binnen het vennootschappelijk verband nauwelijks of geen behoefte bestaat aan (bijzondere) zorgplichten ten laste van beleidsbepalers van de vennootschap. Huizink 2010, par. 2 en 14, waarbij Huizink overigens onderschrijft dat er ten aanzien van de zorgplicht een gebrek is aan consistente terminologie.

32 Jansen 2012, p. 30.

33 Jansen 2012, p. 344-345. Zie ook J.B.M. Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 190.

Onrechtmatige verkoop van bv-aandelen door schending onderzoeksplicht: bestuurlijke tekortkoming of aandeelhoudersgedraging?

vennootschap, maar toch afziet van het doen van onderzoek naar die vennootschap (BMW Financial Services). Daarbij onderschrijft Rechtbank Middelburg nog dat het een feit van algemene bekendheid is dat er 'op ruime mate gesjoemeld wordt met BV's'.

In de International Poolguild (IPG)-zaak ging het daarentegen om een bv niet in financiële nood. Althans, de rechtbank heeft aangenomen dat de bv nog over voldoende liquide middelen beschikte. De rechtbank duidt vijf omstandigheden expliciet als verdacht aan:

- 1 De verkopend dga werd benaderd door een tussenpersoon en vatte zo het idee op om zijn vennootschap te verkopen.
- 2 Ontmoetingen tussen de dga en deze tussenpersoon vonden nooit plaats in een kantoor van de tussenpersoon, maar in hotels of in het kantoor van de verkoper.
- 3 De verkoper heeft de koper nooit zelf ontmoet of gesproken en wist dus buiten de door de tussenpersoon verstrekte informatie niets van hem af.
- 4 De verkoper heeft geen businessplan ontvangen van de koper waaruit zou kunnen blijken dat en hoe de onderneming door hem zou worden voortgezet.
- 5 De verkoper heeft het verzoek ingewilligd van de koper tot het wijzigen van de bedrijfsomschrijving in een omschrijving die niet in het beeld past van een koper die de onderneming wil voortzetten.

Indien een vennootschap niet in de financiële problemen zit, lijken er zo meer verdachte omstandigheden nodig om tot aansprakelijkheid van de verkoper te komen. In het bijzonder interessant is het niet hebben ontvangen van een businessplan. Indien de rechtbank dit ziet als hard vereiste dat een verkoper aan zijn koper moet stellen,<sup>34</sup> zou dat in de praktijk voor frictie tussen koper en verkoper kunnen zorgen. Ook een bonafide koper zit er immers niet op te wachten deze informatie (zomaar) prijs te geven.<sup>35</sup> Het is echter de vraag of alle vijf hierboven genoemde factoren nodig zijn voor het bestaan van de onderzoeksplicht. Het is denkbaar dat deze plicht in de IPG-casus ook al had bestaan op grond van de vier andere omstandigheden, indien (voor de vorm) wel een businessplan was overlegd. Bovendien denk ik dat twee partijen zonder malafide intenties er in de praktijk wel uit zullen komen.

#### 4.3 *Onderzoeksplicht: overige kenmerken*

Los van het onderscheid naar financiële situatie van de bv in kwestie, kunnen op basis van de rechtbankuitspraken enkele algemene constatering worden gedaan. Zo blijkt dat er niet één bepaalde manier van in contact komen van koper en verkoper op zichzelf doorslaggevend is voor het bestaan van de onderzoeks-

34 Een mening die Elslo kennelijk is toegedaan. Zie S. Eikelenboom, *Zorgplicht ondernemer die zijn bv verkoopt verder aangescherpt*, *Het Financieele Dagblad* 7 juni 2013.

35 Zie over de terughoudende opstelling van partijen in de precontractuele fase M. Brink, *Due diligence: een beschouwing over het due diligence onderzoek volgens het Nederlands recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 35. Zie ook Haas 2013, onder 15.

V. van Vegchel

plicht. Dit contact werd in de verschillende casus immers op verschillende manieren gelegd.

Verder staat in ieder geval vast dat een verkoper zich niet achter een derde mag verschuilen. De onderzoeksplicht is een eigen persoonlijke verantwoordelijkheid. Deze kan niet worden vervuld door af te gaan op (het uitblijven van) mededelingen van een notaris of een bij de overname betrokken adviseur – zoals blijkt uit respectievelijk LBP Sight en IPG.

Interessant is bovendien dat de koopprijs niet bepalend lijkt, in die zin dat ook wanneer de koper een substantiële koopprijs wil betalen, zoals in de IPG-zaak, er voor de verkoper op grond van de overige omstandigheden een onderzoeksplicht kan bestaan.

Ten slotte is opmerkelijk dat ook een schuldeiser met een ten tijde van de verkoop betwiste vordering aanspraak kan maken op schadevergoeding. In de IPG-zaak liep op het moment van de verkoop van de bv een rechtszaak met de vordering die de schuldeiser – eiser in zowel die rechtszaak als de latere IPG-zaak – pleegde te hebben op de bv als onderwerp van geschil. Rechtbank Oost-Brabant oordeelt dat het feit dat de vordering van eiser op het moment van de aandelenoverdracht door de bv werd betwist, de situatie niet anders maakt. Zij overweegt daarbij dat ten tijde van de overdracht al sprake was van een voorlopig deskundigenbericht dat ongunstig was voor de bv. Daarom moest gedaagde er rekening mee houden dat deze vordering toewijsbaar zou kunnen worden geacht.

#### *4.4 Onderzoeksplicht: aan welke eisen moet onderzoek voldoen?*

Uit de vonnissen van de rechtbanken is op te maken dat het door de verkoper uit te voeren onderzoek zelf tweeledig is. Het moet zich richten op zowel de achtergrond van de persoon van de koper als zijn huidige motieven. Met andere woorden, is het een betrouwbaar persoon (achtergrond) én heeft deze goede bedoelingen (huidige motieven)? Op basis van de rechtbankuitspraken is het echter niet mogelijk een vaste checklist te maken waaraan een onderzoek moet voldoen.

De Rechtbank Middelburg (BMW Financial Services) en de Rechtbank Oost-Brabant (International Poolguild) menen dat met respectievelijk ‘simpel internetonderzoek’ en ‘eenvoudig onderzoek’ te achterhalen was dat de koper eerder betrokken was geweest bij dubieuze praktijken omtrent faillissementen. In de IPG-zaak ging het daarbij om een rechercheonderzoek van zo’n € 400.

Bovendien overweegt Rechtbank Utrecht (LBP Sight) dat de verkoper onder de gegeven omstandigheden ‘serieus onderzoek’ naar de koper had moeten doen. Vaststaat dus dat enige kosten en moeite verwacht worden van de verkoper en dat met bijvoorbeeld internetonderzoek alleen waarschijnlijk niet kan worden volstaan.

#### *4.5 Algemene regel voor bestaan van onderzoeksplicht*

In het algemeen zal het bestaan van de onderzoeksplicht elke keer afhangen van alle omstandigheden van het geval. Daarbij lijkt het kort gezegd op het volgende neer te komen. Een verkoper moet zich er, indien de omstandigheden het tegen-

Onrechtmatige verkoop van bv-aandelen door schending onderzoeksplicht: bestuurlijke tekortkoming of aandeelhoudersgedraging?

deel doen vermoeden, van vergewissen dat hij zich niet inlaat met een koper die voornemens is de vennootschap leeg te halen. Als algemene regel voor het bestaan van de onderzoeksplicht zou kunnen worden gegeven dat een verkoper altijd, maar in het bijzonder als het een vennootschap in financieel zwaar weer betreft, de achtergrond, hoedanigheid en motieven van een beoogde koper moet onderzoeken, zodra deze zich aandient als koper en vervolgens geen enkel inzicht verschaft in zijn plannen met de vennootschap én evident wordt dat de financiële situatie en de bedrijfsvoering van de vennootschap hem om het even zijn. Doet hij dat niet, dan bestaat het risico om jegens schuldeisers van de vennootschap uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk te worden gehouden.

#### *4.6 Gevolg van onderzoeksplicht: nieuwe weg van aansprakelijkheid*

De onderzoeksplicht biedt aan schuldeisers van een vennootschap een verhaalsmogelijkheid in faillissement die voorheen nog niet bestond. Bestuurders van een gefailleerde bv konden weliswaar reeds via art. 2:248 BW persoonlijk aansprakelijk worden gesteld indien zij zich onbehoorlijk van hun bestuurstaak hadden gekweten in de drie jaren voorafgaande aan het faillissement.<sup>36</sup> De onderzoeksplicht biedt echter een nieuwe weg van aansprakelijkheid. Bij art. 2:248 BW is het immers de curator die namens de boedel een vordering tegen de bestuurder instelt. De schuldeiser heeft vervolgens dikwijls slechts als concurrent een vordering op de boedel. Bovendien moet in het kader van een 248-vordering vast komen te staan dat de bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk zijn dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Met de directe vordering uit hoofde van onrechtmatige daad voor een schending van de onderzoeksplicht worden de mogelijkheden van de gedupeerde schuldeiser in een faillissementssituatie uitgebreid.

#### *4.7 Nieuwe aansprakelijkheidsweg welkom gegeven*

Met dien verstande dat de aandeelhouder en niet de bestuurder moet worden aangesproken voor een onrechtmatige overdracht van aandelen, is deze nieuwe aansprakelijkheidsweg toe te juichen. De verkoper van een bv die zich gemakkelijk van (de verplichtingen van) zijn onderneming probeert af te maken door zijn aandelen te verkopen, komt daar niet zomaar mee weg. De onderzoeksplicht maakt het lichtzinnig verkopen van een bv aan een malafide koper minder aantrekkelijk en minder gemakkelijk. Schuldeisers kunnen de verkoper aansprakelijk stellen voor door hen als gevolg van de verkoop geleden schade, zonder dat wordt bewezen dat de verkoper weet had van de kwade intenties van de koper. Op deze manier heeft de onderzoeksplicht mogelijk zowel een preventieve werking (op het gedrag van verkopers) als een corrigerende werking (in de vorm van het aan de schuldeiser geboden verhaal).

36 Zo had het volgens Smetsers met het oog op de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:248 BW – en ook art. 2:9 BW – voor bestuurders al geen enkele zin om in het geval van een naderend faillissement te proberen de dans te ontspringen door de vennootschap over te dragen. F.A.A. Smetsers, Katvangers en bestuurders in het nauw: over BV-dokters en aansprakelijke bestuurders, *Juridisch up to Date* 2 mei 2013.

V. van Vegchel

Bovendien is het positieve effect van de onderzoeksplicht wellicht zelfs groter indien deze binnen het kader van aandeelhoudersaansprakelijkheid wordt toegepast. Met de keuze voor bestuurdersaansprakelijkheid ontstaat immers wel een nieuwe aansprakelijkheidsweg, maar die leidt naar degene die reeds een aansprakelijkheidsrisico liep: de bestuurder. Indien de weg van aandeelhoudersaansprakelijkheid wordt bewandeld, verschijnt met de aandeelhouder een nieuw persoon ten tonele. Een mooie bijkomstigheid is dat dan de zware norm van het persoonlijk ernstig verwijt buiten beeld blijft.

## 5 Conclusie

Al met al is het te prijzen dat de rechtbanken de vorm van faillissementsfraude die in de rechtbankzaken speelt, bestraffen. In de besproken casus valt de dga (de verkoper) immers naast de malafide koper ook zeker wat te verwijten. Het is daarbij echter wel zaak dat met de juiste aansprakelijkheidsgrondslag wordt gewerkt. De overdracht van aandelen in een bv is een aandeelhoudersgedraging en geen bestuurshandeling. In beginsel heeft de bestuurder van een bv geen invloed op de aandelenoverdracht. Indien een aandelenoverdracht onrechtmatig wordt bevonden, moet de aandeelhouder en niet de bestuurder daarvoor aansprakelijk gehouden worden.

Een en ander neemt niet weg dat de door de rechtbanken geïntroduceerde onderzoeksplicht nog steeds een bruikbaar gegeven is. Deze onderzoeksplicht is te kwalificeren als een nieuw soort buitencontractuele informatieplicht met de onrechtmatige daad als grondslag. Onder bepaalde omstandigheden rust op de verkoper van een bv de plicht om voorafgaand aan de verkoop onderzoek te doen naar de beoogde koper. Dit is het geval indien hij onder de aanwezige omstandigheden had moeten begrijpen dat een aandelenoverdracht mogelijk benadeling van de schuldeisers van zijn vennootschap tot gevolg zou hebben. Indien de koper achteraf malafide blijkt te zijn, levert schending van deze plicht, oftewel het overgaan tot verkoop zonder onderzoek, persoonlijke aansprakelijkheid op jegens de schuldeisers van de vennootschap.

De rechtbanken geven op deze manier met de onderzoeksplicht invulling aan het begrip 'behoren te begrijpen' uit de bestuurdersaansprakelijkheid. De onderzoeksplicht is echter ook bruikbaar binnen het kader van de aandeelhoudersaansprakelijkheid. Daarin zit immers een vergelijkbaar normatief element. Zo had ook de aandeelhouder op straffe van aansprakelijkheid kunnen worden gehouden aan de onderzoeksplicht. Een zorgvuldig opererend aandeelhouder mag dan niet tot verkoop van zijn aandelen overgaan zonder onderzoek te doen naar de koper, indien voorzienbaar is dat de verkoop mogelijk een benadeling van de schuldeisers van de vennootschap met zich mee zal brengen.

Door de onderzoeksplicht wordt het waarschijnlijk moeilijker en minder aantrekkelijk voor verkopers om een vennootschap te vervreemden aan een malafide bv-opkoper. De rechtbankuitspraken hebben zo mogelijk een preventieve werking

Onrechtmatige verkoop van bv-aandelen door schending onderzoekspllicht: bestuurlijke tekortkoming of aandeelhoudersgedraging?

die zeker met het oog op het faillissementsfraudeprobleem in Nederland welkom is. Bovendien bieden zij schuldeisers van bv's die toch vervreemd zijn een additionele verhaalsmogelijkheid en hebben zo mogelijk ook een corrigerende werking.