

Nieuwsbrief INS Updates - Nummer 17, 2018

Nummer 17, 2018

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. H.J. de Kloe, mr. E. Ayerdem, mr. R.J.H. Berghuis, mr. J.O. Bijloo, mr. S.J. van den Boogert, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. G.P. van Hooft, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.I.J. Overgoor, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:3627](#) 28-08-2018

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:7490](#) 21-08-2018

Appellant/Bestuurders Terpstra Houtbouw B.V.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2018:1965](#) 14-08-2018

Golden Cable West/Mr. X

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:7338](#) 14-08-2018

X/Van der Spek q.q.

Rechtbank

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2018:4728](#) 01-08-2018

Centrale Raad van Beroep

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2018:2618](#) 15-08-2018

Werknemer/UWV

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2018:2617](#) 15-08-2018

Werknemer/UWV

College van Beroep voor het bedrijfsleven

[College van Beroep voor het bedrijfsleven, ECLI:NL:CBB:2018:401](#) 14-08-2018

Stichting AFM/X

RECHTSPRAAK

Appellant/Bestuurders Terpstra Houtbouw B.V.

Beklamel-vordering afgewezen. Het bestaan van een negatief eigen vermogen en het lijden van verlies betekent niet direct dat het punt bereikt is waarop het onverantwoord is dat de bestuurders de onderneming continueren en verdere verbintenissen met derden aangaan. Het gaat er niet om met kennis achteraf het handelen van de bestuurders te beoordelen maar wat de situatie was op het moment dat de overeenkomst werd aangegaan, waarbij bijvoorbeeld onder andere ook moet worden gelet op de orderportefeuille, marktontwikkelingen, de kaststromen en kredietmogelijkheden. Daarover heeft appellant niets gesteld.

Geïntimeerden zijn, in hun hoedanigheid als bestuurders van Terpstra Houtbouw B.V., namens Terpstra Houtbouw B.V. een aannemingsovereenkomst aangegaan met appellant. Terpstra Houtbouw B.V. zou onder meer een overkapping en een vlonder realiseren ten behoeve van appellant. Bovendien zijn partijen meerwerk overeengekomen. Naar aanleiding van schade die na een half jaar is ontstaan aan de kapconstructie, is afgesproken dat Terpstra Houtbouw B.V. aanvullende werkzaamheden zou verrichten. Terpstra Houtbouw B.V. heeft echter geen nadere werkzaamheden verricht. Circa een jaar na het aangaan van eerstgenoemde aannemingsovereenkomst wordt Terpstra Houtbouw B.V. failliet verklaard. Appellant meent dat geïntimeerden wisten of redelijkerwijs behoorde te weten dat de bv haar verplichtingen wegens wanprestatie uit hoofde van de overeenkomst niet zou kunnen nakomen. Appellant verwijst in dit verband onder meer naar een fors negatief eigen vermogen dat Terpstra Houtbouw B.V. in de jaren voorafgaand aan het aangaan van de overeenkomst heeft gehad en dat de bv in die periode verliezen heeft geleden die steeds werden opgevangen door aandeelhouder Terpstra Beheer. Het hof is van oordeel, net als de rechtbank in eerste aanleg, dat geïntimeerden bij het aangaan van de overeenkomst niet wisten of redelijkerwijs behoorden te weten dat de bv haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Het hof overweegt dat het bestaan van een negatief eigen vermogen en het lijden van verlies niet

direct betekent dat het punt bereikt is waarop het onverantwoord is de onderneming te continueren en nog verdere verbintenissen met derden aan te gaan. Het gaat er niet om met kennis achteraf het handelen van de bestuurders te beoordelen maar wat de situatie was op het moment dat de overeenkomst werd aangegaan, waarbij bijvoorbeeld ook moet worden gelet op de orderportefeuille, marktontwikkelingen, de kaststromen, kredietmogelijkheden enzovoort. Het hof benadrukt dat appellant hierover niets heeft gesteld. Het hof wijst de vordering van appellant dan ook af.

G. Bongers

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-08-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:7490

Zaaknummer: 200.197.233/01

Rechters: L. Janse, J. Smit en I.F. Clement

Advocaten: F. van der Hoef en J. Borsch

Wetsartikelen: 6:162

RECHTSPRAAK

Werknemer/UWV

De door het UWV over te nemen betalingsverplichting van gefailleerde werkgever omvat mede de betaling van tantièmes aan werknemer. Dat werkgever een aantal jaren niet heeft betaald, onder meer onder verwijzing naar de bedrijfsresultaten, en ook te kennen heeft gegeven de tantièmeregeling te hervatten, betekent niet dat werknemer afstand van zijn recht heeft gedaan of dat de inhoud van de arbeidsovereenkomst in die zin is gewijzigd dat het uitsluitend aan werkgever was om te bepalen of het tantième zou worden betaald.

Werknemer verzoekt het UWV om op grond van artikel 61 van de WW de betalingsverplichting van gefailleerde werkgever over te nemen. Volgens werknemer omvat deze verplichting mede de betaling van tantièmes aan werknemer. Werknemer stelt dat in de in de arbeidsovereenkomst opgenomen regeling van het tantième de bedoeling van partijen is neergelegd om werknemer een onvoorwaardelijke aanspraak op een dertiende maand te geven ter hoogte van een maandsalaris. Werknemer heeft verder gesteld dat de loonbetalingen die werkgever heeft gedaan in de drie maanden voorafgaande aan het faillissement, moeten worden toegerekend aan de oudste openstaande vorderingen die werknemer heeft, te weten de openstaande tantièmes. Werknemer verwijst in dit verband naar het regeling-arrest van het Hof van Justitie (d.d. 14 juli 1998, C-125/97). Het UWV stelt dat de tantième afhankelijk was van de prestaties van werknemer en het bedrijfsresultaat. De rechtbank volgt deze stelling van het UWV. Werknemer is vervolgens in hoger beroep gegaan.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt dat werknemer jaarlijks een aanspraak had op een tantième ter hoogte van een maandsalaris en dat het UWV de verplichting van de gefailleerde werkgever tot het betalen van de tantième over dient te nemen. Dat de tantième onder de betalingsverplichting valt, is onder meer af te leiden uit de arbeidsovereenkomst en het werkgeversformulier. Dat werkgever een aantal jaren niet heeft betaald, onder meer onder verwijzing naar de bedrijfsresultaten, en ook te kennen heeft gegeven de tantièmeregeling te hervatten, betekent niet dat werknemer afstand van zijn recht heeft gedaan of dat de inhoud

van de arbeidsovereenkomst in die zin is gewijzigd dat het uitsluitend aan werkgever was om te bepalen of het tantième zou worden betaald. Het UWV heeft zich niet uitgelaten over de betekenis van het regeling-arrest. Het bestreden besluit heeft in dat opzicht een motiveringsgebrek. Omdat de centrale Raad over onvoldoende financiële gegevens beschikt om de berekening te verrichten van de partiële aanspraak op de tantième en omdat het UWV een nadere motivering zal moeten geven bij de gestelde toerekening van de laatste loonbetalingen aan de eerdere aanspraken op tantième in relatie tot het regeling-arrest en de eventueel daaruit voor appellant voortvloeiende aanspraak op vergoeding, kan het geschil niet definitief worden beslecht in de onderhavige uitspraak. De Centrale Raad stelt daarom het UWV in de gelegenheid om de gebreken te herstellen.

G. Bongers

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 15-08-2018

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2018:2617

Zaaknummer: 17/2814 WW-T

Rechters: H.G. Rottier, B.M. van Dun en E. Dijt

Wetsartikelen: 61 WW

RECHTSPRAAK

Werknemer/UWV

Het UWV heeft onterecht het verzoek van werknemer om de betalingsverplichtingen van werkgever over te nemen wegens betalingsonmacht afgewezen. Uitsluitend als gevolg van het faillissement van werkgever kon werknemer zijn recht op betaling van achterstallig loon niet geldend maken. Niet valt in te zien wat werknemer in redelijkheid meer had kunnen doen om zijn vordering op werknemer geldend te maken vóór het faillissement. Het door werknemer ingestelde hoger beroep slaagt.

Werknemer heeft het UWV verzocht om de betalingsverplichtingen van werkgever wegens betalingsonmacht over te nemen. Werknemer erkent dat zijn dienstverband reeds was geëindigd voordat het faillissement van werkgever was uitgesproken en dat niet eerder dan op de faillissementsdatum sprake was van een blijvende toestand van opgehouden te betalen. Volgens werknemer is er sprake van een situatie als omschreven in artikel 62 lid 1, aanhef en onder b, van de WW, aangezien hij uitsluitend als gevolg van het faillissement van werkgever zijn recht op betaling van achterstallig loon niet geldend kon maken. Werknemer heeft in het jaar voorafgaand aan het faillissement meermaals druk uitgeoefend op werkgever om betaling af te dwingen. Zo is namens werknemer beslag gelegd op de bankrekening van werkgever alsmede onder de Belastingdienst, echter zonder het gewenste resultaat. Ook heeft werknemer geprobeerd het faillissement van werkgever aan te vragen, maar hij kon destijds geen steunvordering vinden. Het UWV heeft de aanvraag van werknemer afgewezen en het door werknemer gemaakte bezwaar tegen dit besluit ongegrond verklaard. Volgens het UWV had werknemer namelijk zijn vordering al geldend kunnen maken toen werkgever wel in staat was te betalen. Het UWV verwijst in dit verband naar het feit dat werkgever in de periode voorafgaand aan het faillissement meerdere betalingen heeft verricht aan werknemers, waaronder een aantal aan werknemer. De rechtbank heeft het door werknemer ingestelde beroep ongegrond verklaard. Werknemer is vervolgens in hoger beroep gegaan. De Centrale Raad van Beroep oordeelt dat sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 62 lid 1, aanhef en onder b, nu werknemer de achterstallige loonbetalingen uitsluitend wegens het bestaan

van betalingsonmacht van werkgever niet geldend kon maken. Anders dan het UWV suggereert, hebben de andere werknemers in de periode waarin de betalingen aan werknemer deels uitbleven hun betalingen ook niet zonder problemen ontvangen. Hierbij is van belang dat een aantal van deze medewerkers, anders dan werknemer, een extra drukmiddel hadden in die zin dat zij konden weigeren zonder betaling verder te werken, zodat werkgever in dat geval geen inkomsten meer kon generen. Werknemer had die mogelijkheid echter niet aangezien zijn arbeidsovereenkomst al was geëindigd. Gelet op de door werknemer ondernomen acties valt niet in te zien wat werknemer in redelijkheid meer had kunnen doen om zijn vordering op werknemer geldend te maken vóór het faillissement. Het door werknemer ingestelde hoger beroep slaagt. De raad vernietigt het besluit van het UWV en draagt het UWV op om een nieuw besluit te nemen met inachtneming van deze uitspraak.

G. Bongers

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 15-08-2018

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2018:2618

Zaaknummer: 17/986

Rechters: H.G. Rottier, A.I. van der Kris en W.E. Doolaard

Advocaten: E.J. Bek en I. Smit

Wetsartikelen: 62 WW

RECHTSPRAAK

Geen sprake van aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW. Het hof is van oordeel dat voldoende aannemelijk is gemaakt dat een andere oorzaak dan het gesteld (getrapt) onbehoorlijk bestuur de oorzaak van het faillissement is.

De curator heeft gesteld dat de administratieplicht van artikel 2:10 BW en de publicatieplicht van artikel 2:394 BW zijn geschonden. Het hof laat de beoordeling hiervan in het midden, omdat het hof van oordeel is dat voldoende aannemelijk is gemaakt dat een andere oorzaak dan het gesteld (getrapt) onbehoorlijk bestuur de oorzaak van het faillissement is.

Voldoende aannemelijk is gemaakt dat het faillissement van de dochtermaatschappij van failliet een belangrijke (externe) oorzaak van het faillissement was. Het lot van failliet was rechtstreeks verbonden met het lot van deze dochtermaatschappij omdat failliet bij een faillissement van deze dochtermaatschappij geen inkomsten meer had.

Het hof oordeelt daarnaast dat het (verondersteld) niet volstorten van de aandelen in failliet niet beschouwd kan worden als het onbehoorlijk vervullen van de bestuurstaak door de bestuurders van failliet en dat dit daarmee een belangrijke oorzaak was van haar faillissement. Ook is niet gebleken dat het niet-toezien op de voldoening van de volstortingsverplichting heeft bijgedragen aan het uitspreken van het faillissement.

J.C.L. Verheijden, september 2018

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 28-08-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:3627

Zaaknummer: 200.198.958/01

Rechters: H.A.G. Fikkers, C.W.T. Vriezen en A.C. Metzelaar

Advocaten: P.M. Scholtes en A. Fuijkschot

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:10 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

Stichting AFM/X

Imtech heeft een promissory note in de halfjaarcijfers geboekt als kasgeld. Zelfs na het verlopen van deze note werd door de debiteur niet betaald. Dit werd echter niet in persberichten gemeld. Imtech heeft de Wft meerdere malen overtreden door onjuiste en misleidende informatie te publiceren en deze te herbevestigen. Een ex-bestuurder kan in zijn hoedanigheid als CFO als feitelijk leidinggevende van deze overtredingen worden aangemerkt. Dit geldt echter voor drie van de vijf overtredingen, waardoor de door de AFM opgelegde boete moet worden gematigd.

X was in 2012 CFO van Royal Imtech NV (hierna: Imtech). Imtech bestond uit meerdere divisies in meerdere landen. In 2011 en 2012 heeft Imtech Polen een aantal overeenkomsten gesloten in het kader van de oprichting van een themapark in de buurt van Warschau. Een van die overeenkomsten is een contract tussen Imtech Polen en Las Palm, handelend onder de naam Adventure World Warsaw (hierna: AWW). Het AWW Construction Works Contract is een overeenkomst op grond waarvan Imtech als hoofdaannemer zou optreden voor de realisatie van het themapark. De contractwaarde beliep oorspronkelijk € 620 miljoen, in juni 2012 zou een vooruitbetaling van bijna een kwart van dat bedrag aan Imtech worden voldaan. De betaling was afhankelijk van het verwerven van een stuk grond door AWW. AWW voldeed de betaling echter nooit. In juli 2012 heeft AWW een persbericht uitgebracht waarin betrokkenheid van Imtech bij het themapark is vermeld. Op dezelfde dag heeft ook Imtech een persbericht uitgebracht, waarin uit de doeken wordt gedaan dat het recent een overeenkomst met Las Palm heeft gesloten voor de realisatie van het themapark. Het persbericht bevat tevens de waarde van het contract. Hoewel de vooruitbetaling nog niet was voldaan (ondanks een door AWW gestelde promissory note), heeft Imtech deze in de halfjaarcijfers wel als 'cash' verwerkt. Deze halfjaarcijfers zijn eind juli 2012 bij de AFM gedeponneerd. In oktober 2012 wordt door het bestuur van Imtech vergaderd over het contract met AWW en of dit moet worden ontbonden als de vooruitbetaling niet snel als inkomen kan worden geboekt. Kort

daarna worden de kwartaalcijfers van Q3 gepubliceerd, waarbij wordt vermeld dat de financiële positie van Imtech stabiel is.

Volgens de AFM heeft Imtech bij het uitbrengen van dit persbericht artikel 5:25i lid 2 Wft overtreden door informatie als bedoeld in artikel 5:53 lid 1 Wft niet volledig openbaar te maken. Tevens is de AFM van oordeel dat het persbericht onjuist is en dat er een misleidend signaal van uitgaat, als bedoeld in artikel 5:58 lid 1 sub d Wft. Imtech heeft naar het oordeel van de AFM de volgende feiten ten onrechte niet onverwijld openbaar gemaakt:

het uitblijven van de vooruitbetaling van AWW; de problemen van AWW rondom de aankoop van al het beoogde land in Polen; de afspraak met AWW dat de vooruitbetaling in drie tranches zou plaatsvinden; het uitblijven van de vooruitbetaling in juli 2012.

De publicatie van Imtech bevat volgens de AFM daardoor onjuiste of misleidende informatie, waardoor Imtech artikel 5:58 lid 1 Wft heeft overtreden. Bij besluit heeft de AFM een boete opgelegd aan A van € 750.000 wegens feitelijk leidinggeven aan de overtredingen van artikel 5:58 lid 1 sub d Wft door Imtech. Bij de beslissing op bezwaar in 2016 heeft de AFM de bezwaren van A ongegrond verklaard en de boetes gehandhaafd.

De rechtbank heeft de beroepen van A gegrond verklaard en de bestreden besluiten vernietigd. De rechtbank was van oordeel dat de AFM niet heeft aangetoond dat Imtech in juli 2012 de Wft heeft overtreden, omdat niet buiten redelijke twijfel is aangetoond dat Imtech in die tijd had moeten veronderstellen dat er een reëel risico bestond dat het AWW-project niet door zou gaan. Deze negatieve feiten kunnen daarom niet worden aangeduid als concrete informatie die Imtech openbaar had moeten maken. Hieruit volgt ook dat de AFM niet heeft aangetoond dat Imtech in juli 2012 met het persbericht informatie heeft verspreid waarvan een onjuist of misleidend signaal uitging.

In hoger beroep voert de AFM primair aan dat de negatieve feiten, anders dan het oordeel van de rechtbank, wel concreet waren en dat sprake was van koersgevoelige informatie. Volgens de AFM past de rechtbank de verkeerde maatstaf toe bij de beoordeling van de concreetheid van informatie, en betreft de rechtbank ten onrechte de door haar genoemde omstandigheden bij de concreetheidstoets in plaats van bij de toets of de informatie een significante invloed op de koers kon hebben. De rechtbank had bij toetsing aan de juiste maatstaf moeten oordelen dat de negatieve feiten informatie betreffen waarvan een redelijk handelend belegger waarschijnlijk gebruik zou hebben gemaakt om zijn beleggingsbeslissing ten dele op te baseren. Er moet niet worden bekeken of het reëel is te veronderstellen dat een toekomstige gebeurtenis zal plaatsvinden, maar of de informatie een significante invloed kon hebben op de

koers. In het arrest *Geltl/Daimler* (ECLI:EU:C:2012:397) heeft het Hof van Justitie van de EU geoordeeld dat krachtens artikel 1 lid 1 van Richtlijn 2003/124/EG informatie geacht wordt concreet te zijn indien is voldaan aan twee cumulatieve voorwaarden. In de eerste plaats moet de informatie betrekking hebben op een situatie die bestaat of waarvan redelijkerwijze mag worden aangenomen dat zij zal ontstaan, of op een gebeurtenis die heeft plaatsgevonden of waarvan redelijkerwijze mag worden aangenomen dat zij zal plaatsvinden. In de tweede plaats moet zij specifiek genoeg zijn om er een conclusie uit te trekken omtrent de mogelijke invloed van deze situatie of gebeurtenis op de koers. Daarnaast bepaalde het Hof van Justitie van de EU in *Lafonta/AMF* (ECLI:EU:C:2015:162) dat uit de bewoordingen van artikel 1 lid 1 van Richtlijn 2003/124/EG niet blijkt dat onder concrete informatie enkel wordt verstaan informatie aan de hand waarvan kan worden bepaald in welke richting de koers van de financiële instrumenten zou kunnen evolueren. Er moet immers van worden uitgegaan dat het voor de vervulling van deze voorwaarde volstaat dat de informatie concreet of specifiek genoeg is om de grondslag te vormen voor de beoordeling of de situatie of gebeurtenis die er het voorwerp van is, van invloed kan zijn op de koers. Enkel vage of algemene informatie waaruit geen conclusies kunnen worden getrokken omtrent de mogelijke invloed ervan op de koers worden uitgesloten van het begrip voorwetenschap.

Het College is van oordeel dat de AFM terecht heeft aangenomen dat Imtech beschikte over koersgevoelige informatie in juli 2012, namelijk dat het contract met AWW was gesloten. Het aangaan van dit contract was, gezien het financiële belang, de rol van Imtech als hoofdaannemer en het belang ervan voor de positionering van Imtech in de markt, op zichzelf al informatie waaruit conclusies konden worden getrokken omtrent de invloed van het contract op de aandelenkoers. Deze informatie had daarom openbaar gemaakt moeten worden op grond van artikel 5:25i lid 2 Wft. De door de AFM opgesomde omstandigheden vormen in hun onderlinge samenhang gezien een situatie waaruit de belegger conclusies kan trekken omtrent de invloed van deze situatie op de aandelenkoers van Imtech.

Uit de feiten blijkt tevens dat rond juli 2012 nog onzekerheid bestond over het definitief doorgaan van het contract, namelijk wegens financieringsproblemen aan de zijde van AWW. Deze koersgevoelige informatie had betrekking op Imtech, omdat het project kennelijk nog niet definitief was. In het persbericht van juli 2012 is echter niets omtrent deze onzekerheid vermeld. De belegger is dus relevante informatie onthouden in de zin van artikel 5:25i lid 2 Wft.

Wat betreft artikel 5:58 lid 1 Wft staat volgens het College vast dat het persbericht van juli 2012 geheel niet gaat over de financieringskwestie bij AWW, maar juist blijkt geeft van een financieringsplan dat in kannen en kruiken is. Het persbericht wekte de indruk dat het doorgaan van het contract definitief was. Dit is echter onjuist, waardoor een misleidend

signaal werd afgegeven in de zin van artikel 5:58 lid 1 Wft. Zowel artikel 5:25i als artikel 5:58 Wft is dus overtreden.

Dan de vraag of X als feitelijk leidinggever dient te worden beboet voor het persbericht van juli 2012. Het verwijt dat de AFM hem maakt, is dat hij er niet voor heeft zorggedragen dat de door de AFM als negatieve feiten aangeduide informatie alsnog in dit persbericht is vermeld. Het lag in de macht van X als CFO om daarvoor te zorgen, maar hij heeft in dit geval feitelijk leidinggegeven aan deze overtreding door de zaak op zijn beloop te laten, terwijl hij wel op de hoogte was van de inhoud van het persbericht voor publicatie. Daarnaast heeft hij nagelaten een aanvullend persbericht te publiceren. Het College kan de AFM in zoverre volgen dat in het algemeen van een CFO mag worden verwacht dat hij betrokken is bij persberichten die zien of mede zien op de financiële situatie van het bedrijf. Dat was bij het persbericht van 2012 zeker het geval. De CFO dient maatregelen te nemen om te voorkomen dat er onjuiste of onvolledige informatie over de onderneming naar buiten wordt gebracht. Als lid van de raad van bestuur was X daar ook toe bevoegd, en dus toe gehouden. Hierbij is echter wel relevant dat Imtech min of meer gedwongen was een persbericht uit te brengen doordat AWW in de ochtend van diezelfde dag naar buiten trad met een persbericht over het contract met Imtech. Ook heeft X geen persoonlijke bemoeienis met het persbericht gehad wegens een zakenreis. Hem kan niet worden verweten dat hij zich niet op eigen beweging met de totstandkoming van het persbericht heeft bemoeid. Daarnaast verkeerde hij ook niet in de gelegenheid om zich nog uit te laten over de inhoud van het persbericht, en was het slechts korte tijd mogelijk om nog een aanvullend persbericht uit te brengen. De kans dat AWW op korte termijn over financiering zou beschikken was toen echter nog reëel, waardoor het verwijt van de AFM dat A achteraf het persbericht niet heeft laten corrigeren niet op gaat. De AFM heeft dus aan A onterecht een boete opgelegd voor het feitelijk leidinggeven aan de overtredingen als gevolg van het persbericht van juli 2012.

Nadien heeft Imtech echter nog driemaal artikel 5:58 lid 1 Wft overtreden. Hieronder valt onder andere het deponeren van onjuiste halfjaarcijfers en het herbevestigen van onjuiste en misleidende informatie, alsmede het negeren van relevante nieuwe ontwikkelingen rondom het AWW-project. De vraag is nu of X voor deze overtredingen als feitelijk leidinggever kan worden aangemerkt.

Als CFO was X in ieder geval verantwoordelijk voor de wijze waarop de promissory notes in de boekhouding werden verwerkt. Hij was persoonlijk betrokken bij de interne besluitvorming rond deze boeking en heeft e-mails ontvangen over de relevante IFRS-voorwaarden. Na deponering van de halfjaarcijfers heeft X tevens niets gedaan om de rubricering van de promissory notes te veranderen. Ook niet nadat de promissory note was vervallen en er geen enkele reden meer was om deze nog als kasgeld geboekt te houden. X is

bovendien direct betrokken geweest bij de na het verlopen van de promissory note uitgebrachte persberichten, waarin de situatie omtrent het AWW-project werd herbevestigd. X had steeds volledige wetenschap over de feitelijke gang van zaken bij het AWW-project en het uitblijven van betaling door AWW. Door deze directe betrokkenheid heeft de AFM X terecht als feitelijk leidinggever aangemerkt.

In eerste instantie is de AFM uitgegaan van feitelijk leidinggeven aan vijf overtredingen van de Wft. Daarvan zijn er in hoger beroep drie in stand gebleven. De boete die door de rechtbank is opgelegd moet daarom worden gematigd met een derde van de totale boete. De AFM wordt veroordeeld in de proceskosten.

S.R. Verhoeven

Instantie: College van Beroep voor het bedrijfsleven

Datum uitspraak: 14-08-2018

ECLI: ECLI:NL:CBB:2018:401

Zaaknummer: 17/914 en 17/1425

Rechters: W.E. Doolgaard, H.S.J. Albers en J.L. Verbeek

Advocaten: S.M.C. Nuyten, A.J. Boorsma, M.B.C. Kloppenburg en M.L. Batting

Wetsartikelen: 5:58 Wft, 5:25i Wft en 5:53 Wft

RECHTSPRAAK

Golden Cable West/Mr. X

Aansprakelijkheid van advocaat in de hoedanigheid van bestuurder van een Stichting Beheer Derdengelden jegens oud-cliënt, wegens medewerking aan onttrekking van vermogen en onrechtmatige ontbinding van de Stichting. Beroep op verjaring en rechtsverwerking faalt. Bestuurder veroordeeld in terugbetaling van de vordering en de proceskosten.

Gedaagde dreef een advocatenkantoor in de vorm van een kostenmaatschap met haar toenmalige huwelijkspartner en was daarnaast medebestuurder van de Stichting Beheer Derdengelden (hierna: de Stichting). In 2007-2010 heeft gedaagde Golden Cable West (hierna: GCW) als advocaat bijgestaan in diverse zaken, waaronder een zaak tegen Crisci. Door Crisci is op 30 juli 2009 een bedrag betaald op de derdengeldrekening van de Stichting. Een deel van dat bedrag is aan de gedaagde overgemaakt wegens declaraties voor werkzaamheden voor GCW door gedaagde. GCW vordert gedeeltelijke terugbetaling van het van de derdengeldrekening aan gedaagde overgemaakte bedrag, omdat dit volgens GCW zonder haar toestemming was onttrokken aan de derdengeldrekening en verrekend is met één of meer door GCW betwiste declaraties. In eerste instantie, eind november 2013, heeft de rechtbank GCW in het gelijk gesteld, en de gedaagde werd veroordeeld tot terugbetaling van een deel van het bedrag.

In mei 2015 is de gedaagde failliet verklaard. Begin juni 2015 heeft gedaagde de Stichting ontbonden en uitgeschreven uit het handelsregister wegens een gebrek aan baten (art. 2:19 lid 4 BW).

In deze procedure vordert GCW alsnog het bedrag dat ten onrechte door de Stichting aan gedaagde is overgemaakt. GCW stelt dat gedaagde als medebestuurder van de Stichting aansprakelijk is uit hoofde van artikel 2:9 BW, omdat gedaagde de Stichting heeft opgeheven zonder uit te betalen en gedaagde daar zelf verantwoordelijk voor is.

Gedaagde verweert zich door te stellen dat in 2009, ten tijde van de overmaking, declaraties

van advocaten mochten worden verrekend met derdengelden met toestemming van de rechthebbende. Daarnaast heeft GCW daarvoor mondeling toestemming gegeven. Als bestuurder van de Stichting hoefde gedaagde de juistheid van de declaratie niet te onderzoeken, mede omdat zij niet de zaaksbehandelaar van GCW was. Verder stelt gedaagde dat er sprake is van verjaring ex artikel 3:310 BW en rechtswerking. GCW heeft volgens gedaagde niet tijdig geklaagd. Gedaagde kon de Stichting liquideren, omdat de vordering verjaard was. De rechtbank heeft de vordering van GCW afgewezen, omdat de vordering van GCW op gedaagde wegens bestuurdersaansprakelijkheid is ontstaan vanaf het ogenblik dat betaling aan gedaagde had plaatsgevonden (waarmee GCW bekend was) en niet vanaf de opheffing van de Stichting in 2015.

Het hof is het met de rechtbank oneens. In het arrest *Procall* (ECLI:NL:HR2003:AF3413) heeft de Hoge Raad beslist dat artikel 25 Wet op het notarisambt (hierna: Wna) ook op derdengeldrekeningen van advocaten van toepassing is. In dit artikel ligt besloten dat een stichting zich tegenover een rechthebbende niet kan beroepen op verjaring van een vordering tot uitbetaling van diens aandeel. Het hof komt tot het oordeel dat de gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld door over te gaan tot vereffening van de Stichting omdat er geen baten zouden zijn. Gedaagde is onterecht voorbijgegaan aan de omstandigheid dat zij jegens de Stichting verplicht was tot aanvulling van het bedrag op de derdengeldenrekening om een tekort van de Stichting te voorkomen. Gedaagde heeft als advocaat niet alleen een verplichting tot aanvulling van het tekort van de Stichting, maar ook een aansprakelijkheid voor dat tekort. Dit vloeit voort uit de memorie van toelichting bij artikel 25 Wna, waarin staat dat 'verrekening van de vordering tot uitkering aan de cliënt op de notaris met een schuld van de cliënt van de notaris is niet uitgesloten, ook niet als er een tekort is en de notaris daarvoor jegens de cliënt aansprakelijk is'. Het beroep op rechtsverwerking kan niet slagen, omdat GCW kort voor de ontbinding van de Stichting nog betaling heeft gevorderd. Gedaagde had rekening moeten houden met de mogelijkheid dat de aanspraken van GCW nog niet waren vervallen. Er was dan ook geen goede grond om tot ontbinding van de Stichting over te gaan.

Het hof veroordeelt de gedaagde tot terugbetaling van de vordering en tevens in de kosten van de procedures.

S.R. Verhoeven

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 14-08-2018

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2018:1965

Zaaknummer: 200.202.316/01

Rechters: A.D. Kiers-Becking, B.R. ter Haar en F.R. Salomons

Advocaten: M. de Boorder en G.S.A.J. X

Wetsartikelen: 25 Wna, 2:19 BW, 6:162 BW, 6 Vafi en 3:310 BW

RECHTSPRAAK

X/Van der Spek q.q.

Bestuurder van failliet bouwbedrijf aansprakelijk voor boedeltekort ex artikel 2:248 BW wegens schending van de boekhoudplicht. Beroep op financiële crisis 2008 in een poging om het wettelijk vermoeden dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest slaagt niet. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank en veroordeelt de bestuurder in de proceskosten.

A, appellant, heeft in 2002 Groustins BV opgericht. A was enig bestuurder en aandeelhouder van de bestuurder van Groustins, een vennootschap genaamd Brandhold BV. In 2008 trad Brandhold BV als bestuurder terug. Deze positie werd overgenomen door Jurisol BV, waarvan de schoonzus van A, genaamd B, enig bestuurder was. In 2012 is A medebestuurder van Jurisol geworden, maar A trad in ieder geval vanaf 2008 al op als feitelijk bestuurder. Als feitelijk bestuurder is A betrokken geweest bij een groot aantal vennootschappen in de bouwsector, die alle failliet zijn gegaan. A heeft als bestuurder van Groustins met C en D samengewerkt om tezamen met Zwamborn BV, waarvan D middellijk enig bestuurder is, een woningbouwproject in Assen te ontwikkelen. Mondeling is door Zwamborn en Groustins overeengekomen dat Groustins het project zou realiseren voor een aanneemsom. Groustins had op dat moment een negatief eigen vermogen. De boekhouding werd indertijd bijgehouden door een medewerkster, maar Groustins maakte geen gebruik van een externe accountant. De aanneemsom van het woningbouwproject is uiteindelijk in termijnen aan Zwamborn gefactureerd. Deze termijnen zijn ook betaald, maar vanaf september 2009 is Comfort Beheer BV in plaats van Groustins aan Zwamborn gaan factureren ter zake van het bouwproject. A is sinds 2006 enig bestuurder van Comfort Beheer. Groustins is in april 2010 failliet verklaard. De gedaagde werd aangesteld als curator. In mei 2014 is A persoonlijk failliet verklaard, welk faillissement twee jaar later is opgeheven wegens een gebrek aan baten.

In eerste aanleg zijn de vorderingen van de curator, namelijk de verklaring voor recht dat A als feitelijk bestuurder, middellijk bestuurder en statutair bestuurder van Groustins in strijd heeft gehandeld met artikel 2:248 lid 1 BW en daardoor aansprakelijk is voor het boedeltekort,

toegewezen. In hoger beroep voert A aan dat de boekhoudplicht niet geschonden is, dat daardoor geen sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en hij dus niet aansprakelijk is voor het boedeltekort.

Het hof zet eerst globaal de werking van artikel 2:248 BW uiteen. Daarna wordt het concreet wat betreft de administratieplicht van artikel 2:10 BW. Volgens de Hoge Raad in HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZCO994 is daaraan voldaan indien de administratie van de vennootschap zodanig is dat men snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment, en dat deze posities en stand van de liquiditeiten, gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie. Bij de vraag of de administratie voldoet, kunnen ook andere elementen van belang zijn. In onderhavig geval ontbreken in de administratie van Groustins in ieder geval schriftelijke vastleggingen van de overeenkomst met Zwamborn (ter waarde van enkele miljoenen euro's), van overeenkomsten met onderaannemers en van de afspraken met Comfort Beheer en Zwamborn wat betreft de verlegging van geldstromen naar Comfort Beheer. De boekhoudplicht brengt mee dat een dergelijke afspraak gedetailleerd moet worden vastgelegd, wat ook geldt voor overeenkomsten met onderaannemers voor zover die van substantiële omvang zijn. Dit zijn echter niet de enige gebreken in de boekhouding. Uit een rapport van de Belastingdienst blijkt het volgende:

Niet alle gegevens zijn vermeld in de zogenoemde audit-files van de jaren 2008-2010, waaronder informatie over debiteuren en crediteuren; Er is geen administratie aangetroffen van bestuurs- en beheersdaden, de interne organisatie en intern en extern berichtenverkeer; Er zijn geen contracten, bestekken, notulen van vergaderingen en kasboeken aangetroffen; Fiscale jaarstukken, inkoop en verkoopadministratie ontbraken.

Hoewel Groustins als organisatie niet groot is, liet zij zich wel in met complexe en risicovolle transacties waarmee miljoenen waren gemoeid. Een dergelijke organisatie dient haar rechten en plichten nauwkeurig vast te leggen. Naar het oordeel van het hof staat wegens de hiervoor genoemde gebreken in de administratie in voldoende mate vast dat in de periode van drie jaar voorafgaand aan het faillissement van Groustins de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW is geschonden. Onbehoorlijke taakvervulling door A staat op grond van artikel 2:248 lid 2 BW onweerlegbaar vast.

Wat betreft het wettelijk vermoeden dat de schending van de boekhoudplicht ook een belangrijke oorzaak van het faillissement van Groustins is geweest, dient te worden beoordeeld of de stelling van A dat de belangrijkste oorzaak de financiële crisis van 2008 was

doel treft. Het is een feit van algemene bekendheid dat bouwbedrijven het tijdens deze crisis zwaar te verduren hebben gehad. Er zijn echter genoeg bouwbedrijven die de crisis wel hebben overleefd. Bedrijven met een onbehoorlijk bestuur, dat in dit geval vaststaat, zullen in tijden van een laagconjunctuur sneller omvallen dan andere ondernemingen. Ook stond vast dat Groustins bij aanvang van het project al een negatief eigen vermogen had en geen financiële buffers had. Daar kan nog bij op worden geteld dat de mondelinge afspraken met Zwamborn niet voorzagen in regelingen betreffende risico's en kostenverhogingen. De enkele verwijzing naar de financiële crisis is daarom naar oordeel van het hof onvoldoende om te oordelen dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank en veroordeelt A in de proceskosten.

S.R. Verhoeven

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 14-08-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:7338

Zaaknummer: 200.149.615/01

Rechters: L. Janse, B.J.H. Hofstee en M. Wolters

Advocaten: F. van der Hoef en W. Mollema

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Geen sprake van bestuurdersaansprakelijkheid na turboliquidatie.

De DGA van de holding die fitnesscentra exploiteerde, wordt persoonlijk aansprakelijk gesteld op grond van onrechtmatige daad. Voor het aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid is vereist dat de bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De holding is eerder tot betaling aan eiseres veroordeeld en daarna geturboliquideerd (ontbinding wegens gebrek aan baten waarna er geen vereffening plaatsvindt). Eiseres stelt dat de DGA de inventaris en sporttoestellen van de holding gebruikt voor de exploitatie van een nieuw fitnesscentrum. Zij heeft echter nagelaten dit te bewijzen.

Voor het gevolg van artikel 2:19 lid 4 BW, namelijk het ophouden te bestaan van de rechtspersoon zonder dat vereffening plaatsvindt, is niet relevant of er op het moment van de ontbinding schulden openstaan. Het achterwege laten van een vereffening is slechts onrechtmatig jegens een schuldeiser indien er tijdens de ontbinding sprake is van (te verwachten) baten, die (al dan niet deels) kunnen leiden tot betaling aan de crediteur. Eiseres is gehouden dit aannemelijk te maken.

De bestuurder was niet gehouden het faillissement aan te vragen, nu er geen (te verwachten) baten aanwezig waren. In deze situatie mag geen faillissement worden aangevraagd, omdat een faillissement nutteloos is als er niets te verdelen valt.

Eiseres had de mogelijkheid om de heropening van de vereffening te verzoeken en een vereffenaar te laten benoemen om vast te laten stellen of een deel van haar vordering nog voldaan had kunnen worden. Dit verzoek kan ook worden ingediend indien sprake is van turboliquidatie (*NJ* 1992, 132).

Een beroep op bestuurdersaansprakelijkheid dient in een situatie als deze te berusten op het feit dat de schuldeiser in geval van vereffening wel betaling zou hebben ontvangen, dat er in geval van faillissement nog activa tot de boedel zou behoren, of dat voldoende aannemelijk zou zijn dat de curator een vordering ex artikel 2:248 BW zou kunnen instellen. De schade moet gelegen zijn in het achterwege laten van de vereffening of de faillissementsaangifte. Eiseres had dit aannemelijk moeten maken en moeten bewijzen.

H. Beni Driss, augustus 2018

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 01-08-2018

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2018:4728

Zaaknummer: 6265598 CVEXPL 17-3844

Rechters: J.A.J. van den Boom

Advocaten: C.A. Gobbens en W.J. de Vries

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:19 lid 4 BW