

6:162 BW te verlagen of om die normen in alle opzichten aan elkaar gelijk te stellen.

10. Dat voorzienbaarheid van de schade ook bij de toepassing van art. 2:9 BW een rol kan spelen, lijkt mij onomstreden. Dat volgt natuurlijk ook al uit art. 6:98 BW, dat de plicht tot het vergoeden van de schade verbindt aan een causaal verband dat toerekening rechtvaardigt. Als het gaat om vermogensschade, is voorzienbaarheid van die schade een belangrijk, zo niet het belangrijkste criterium bij de toetsing aan art. 6:98 BW. Dat die vraag naar de voorzienbaarheid zijn schaduw vooruitwerpt als een van de omstandigheden die in aanmerking worden genomen bij de vraag of aansprakelijkheid is gevestigd, lijkt me bijna onontkoombaar. De opsomming van omstandigheden in HR 10 januari 1997, NJ 1997/360, m.nt. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*) is uitdrukkelijk niet limitatief en laat dat ook toe.

11. Dat voorzienbaarheid een rol kan spelen is nog iets anders dan dat het een *constitutief vereiste* is, in de zin dat de rechter moet vaststellen dat de schade voorzienbaar was voordat een ernstig verwijt aangenomen mag worden. Hartlief concludeerde bij het met art. 81 RO afgedane arrest HR 23 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:486, waarnaar de rechtbank ook verwijst: “Uw Raad heeft [dus] niet als algemeen geldend uitgangspunt aanvaard dat dat van een ernstig verwijt in de zin van art. 2:9 BW pas sprake is wanneer de schade van de vennootschap voorzienbaar was.” Hij voert drie argumenten aan: (i) voorzienbaarheid ontbreekt in het rijtje omstandigheden van *Staleman/Van de Ven*; (ii) in HR 29 november 2002, «JOR» 2003/2, m.nt. Bartman (*Schwandt/Berghuizer Papierfabriek*) was een schending van een statutaire bepaling die de vennootschap beoogt te beschermen voldoende en werd voorzienbaarheid van de schade in de beoordeling niet betrokken; (iii) bij een succesvolle vordering op grond van art. 6:162 BW krijgt een schuldeiser er een debiteur bij, naast de vennootschap en dat is bij een vordering uit art. 2:9 BW niet het geval.

12. Dat laatste argument gaat natuurlijk niet op als een crediteur vergund wordt om als aandeelhouder te ageren; de eiser in de onderhavige zaak, die beide hoedanigheden combineerde, kreeg er in de persoon van de bestuurder een debiteur bij voor zijn rekening-courantvordering. Maar meer in het algemeen vind ik deze argumenten niet erg overtuigend, zeker niet als het eindresultaat zou zijn dat de vorderingen van de

vennootschap en een aandeelhouder gemakkelijker worden gehonoreerd dan die van een crediteur, omdat die laatste de voorzienbaarheid van de schade aannemelijk moet maken. De aandeelhouder heeft zeggenschap gehad over de benoeming van de bestuurder en heeft het in zijn macht gehad om onderweg bij te sturen. De crediteur heeft die zeggenschap niet. Bij de “zekere mate van eenheid en onderlinge afstemming” die de Hoge Raad volgens Timmerman zou nastreven, lijkt het onderscheid ook niet te passen.

mr. P.D. Olden
advocaat bij NautaDutilh NV te Amsterdam

35

Bestuurdersaansprakelijkheid in verband met onbetaald gebleven boete AFM

Rechtbank Rotterdam
2 september 2020, rolnr. HA ZA 18-1062,
ECLI:NL:RBROT:2020:8779
(mr. Bouwman)
Noot prof. mr. T.M.C. Arons

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Toepassing tweede categorie Ontvanger/Roelofsen. Voortzetting kredietverlening zonder vergunning en verhaalsbenadeling. Door voor verhaal vatbare activa en eigen vermogen te onttrekken aan vennootschap heeft bestuurder onrechtmatig gehandeld jegens AFM. Hem treft hiervan persoonlijk ernstig verwijt.

[BW art. 6:162; Wft art. 2:60]

Aan de orde is of [gedaagde] onrechtmatig heeft gehandeld jegens de AFM en of hij is gehouden tot vergoeding van de door de AFM geleden schade. [Gedaagde] heeft de door hem bestuurde (en beheerste) rechtspersoon heel bewust in strijd met het toepasselijk recht laten handelen met het doel om met het onrechtmatige businessmodel zo lang als mogelijk (namelijk tot hem dit onmogelijk zou worden gemaakt) zo veel mogelijk geld te verdienen. Dat [gedaagde] het onrechtmatige karakter van die activiteiten niet inzag, ook niet nadat hij daar door de AFM nog eens uitdrukkelijk

op was gewezen en zelfs niet nadat de bestuursrechter de AFM op dat punt in het gelijk had gesteld, is volstrekt ongeloofwaardig. Immers, het businessmodel en verdienmodel van de door [naam gedaagde] bestuurde rechtspersoon was er volledig op gebaseerd om ter zake van de aan consumenten te verlenen Voorschotjes relatief zeer hoge kosten/boetes bij die consumenten in rekening te kunnen brengen, hetgeen evident in strijd was met tekst en strekking van de inmiddels toepasselijke regelgeving. [Gedaagde] moet zich er evenzeer, en zeker nadat de AFM meermalen contact had opgenomen bewust van zijn geweest dat de AFM tegen het steeds voortgezette onrechtmatig handelen van de door [gedaagde] bestuurde vennootschap – uiteindelijk – effectieve maatregelen zou treffen. Daarbij lag het in de rede dat naast het opleggen van een last onder dwangsom een substantiële boete zou worden opgelegd, temeer nu het gelet op de omvang van het aan iedere individuele consument toegebrachte nadeel niet in de rede lag dat die benadeelde consumenten individueel rechtsmaatregelen tegen Your Finance zouden treffen. [Gedaagde] heeft het tegen deze achtergrond daarheen geleid dat de inmiddels op vorenbedoelde onrechtmatige wijze door de door hem bestuurde rechtspersoon gegenereerde substantiële winsten en het daarmee opgebouwde eigen vermogen aan de rechtspersoon werden onttrokken. Duidelijk is dat dit gebeurde opdat de AFM zich daar niet op zou kunnen verhalen. Dat de AFM een zeer substantiële vordering op de door [gedaagde] bestuurde en beheerste rechtspersoon zou verkrijgen was evident. Daar doet niet aan af dat het onherroepelijk komen vast te staan van de op te leggen substantiële boete nog lang kon duren doordat dit lang kon worden gerekt door middel van in opdracht van [gedaagde] aanhangig te maken bestuursrechtelijke procedures. Dat de AFM geen verhaal voor haar vordering heeft kunnen vinden, is louter te wijten aan de betalingsonwil van [gedaagde] jegens de AFM en van de in dat kader door hem ondernomen acties om de mogelijkheid van verhaal door de AFM te verijdelen. [Gedaagde] heeft met die uit zijn betalingsonwil voortvloeiende acties onrechtmatig gehandeld jegens de AFM. Hem treft daarvan een persoonlijk ernstig verwijt.

[Gedaagde] miskent dat hij als bestuurder van Your Finance volledig bekend was met het feit dat het business model en verdienmodel van Your Fi-

nance strijdig waren met de tekst en strekking van de inmiddels toepasselijke regelgeving, dat hij evenzeer wist dat onvermijdelijk was dat ter zake van het steeds voortgezette onrechtmatig handelen uiteindelijk een substantiële boete zou worden opgelegd en dat dit een substantiële vordering van de AFM jegens de door [gedaagde] bestuurde en beheerste vennootschap zou opleveren. Dat het geruime tijd heeft geduurd voordat is komen vast te staan wat de precieze hoogte van de boete was die de door [gedaagde] bestuurde rechtspersoon onherroepelijk verschuldigd raakte, neemt niet weg dat [gedaagde] tevoren reeds onrechtmatig kon handelen – en heeft gehandeld – door daaraan voorafgaande het opzettelijk daarheen te leiden dat het vinden van verhaal op de rechtspersoon ten nadele van AFM – en ten voordele van hem persoonlijk – onmogelijk werd gemaakt. [Gedaagde] lijkt voorts te miskennen dat aan hem geen punitieve sanctie is opgelegd. Hem wordt door de AFM “slechts” een civielrechtelijke onrechtmatige daad verweten. Uit de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM, waar [gedaagde] zich op beroept, vloeit niet voort dat het een bestuurder in civielrechtelijke zin vrij staat om te handelen zoals [gedaagde] heeft gedaan. Dat wil zeggen om de winsten die door de rechtspersoon onder zijn leiding zijn gegenereerd met illegale activiteiten weg te sluisen teneinde de mogelijkheid van verhaal van een ter zake daarvan aan de vennootschap op te leggen bestuurlijke boete opzettelijk te frustreren voorafgaande aan het moment waarop de verplichting om die boete te betalen onherroepelijk zal komen vast te staan.

[Gedaagde] heeft tevens aangevoerd dat hij geen handelingen heeft verricht met het oogmerk om de AFM de mogelijkheid te ontnemen de boete te innen. Met die stelling miskent [gedaagde] dat het niet alleen gaat om handelingen die hij heeft verricht, maar ook om handelingen die hij heeft doen verrichten. En voorts dat het niet gaat om een strafrechtelijk oogmerk, maar om hem persoonlijk ernstig verwijtbaar onrechtmatig handelen (of nalaten). Daarvan is in de visie van de rechtbank wel degelijk sprake geweest. Indien [gedaagde] om louter bonafide redenen een herstructurering wenselijk achtte, was het niet noodzakelijk geweest om alle voor verhaal vatbare activa en het aanwezige eigen vermogen volledig aan de door hem bestuurde rechtspersoon te onttrekken. Dat was slechts noodzakelijk om verhaal door AFM op

dat op illegale wijze verworven vermogen onmogelijk te maken.

Op grond van het voorgaande is [gedaagde] jegens de AFM verplicht om de door haar als gevolg van zijn onrechtmatige daad geleden schade te vergoeden. Die schade is gelijk aan het door de AFM gevorderde bedrag.

Stichting Autoriteit Financiële Markten te Amsterdam,

eiseres,

advocaat: mr. J.H. van der Weide,

tegen

[naam gedaagde],

gedaagde,

advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer.

(...; red.)

2. De feiten

Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende gemotiveerd weersproken, gelet ook op de in zoverre niet betwiste inhoud van de in het geding gebrachte producties, staat tussen partijen – voor zover hier van belang – het volgende vast:

2.1. Your Finance B.V. (hierna: Your Finance) dreef een onderneming die zich bezighield met het aanbieden van kredieten aan consumenten.

2.2. Volgens uittreksels uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel werden alle aandelen van Your Finance sedert 1 april 2011 gehouden door Your Group Holding B.V. (hierna: YGH). Your Finance was een van de vele dochterondernemingen van YGH. Your Finance werd sinds 3 april 2012 bestuurd door haar enig bestuurder [naam gedaagde]. Vanaf 22 februari 2013 was [naam gedaagde] indirect aandeelhouder van Your Finance. [naam gedaagde] is tevens sinds 1 april 2011, via [naam bedrijf 1] (hierna: [naam bedrijf 1]), middellijk bestuurder van YGH. [naam gedaagde] is voorts enig aandeelhouder en bestuurder van [naam bedrijf 1].

2.3. Tot 25 mei 2011 bood Your Finance aan consumenten tegen een hoge rente kortlopende leningen aan met een looptijd van korter dan drie maanden. In de periode van 25 mei 2011 tot en met 21 februari 2012 bood Your Finance aan consumenten zogenoemde flitskredieten (hierna ook: Voorschotjes) aan. Deze Voorschotjes stonden bekend om hun korte looptijd van 21 dagen, die inging op de dag van acceptatie van de krediet-

aanvraag door Your Finance. De maximale hoogte per Voorschotje bij Your Finance was € 150,-. Aan één kredietnemer werden maximaal vier Voorschotjes (derhalve max. € 600,-) verstrekt.

2.4. Bij de aanvraag van een Voorschotje kon de kredietnemer kiezen tussen een standaardkrediet of een spoedkrediet. Een Voorschotje kon via de website of per sms-bericht worden aangevraagd. Een aanvraag via een sms-bericht werd door Your Finance steeds beschouwd als een aanvraag van een spoedkrediet en een verzoek om een papieren factuur. Bij een spoedkrediet werd een bedrag van € 25,- per Voorschotje in rekening gebracht. Your Finance bracht voor een papieren factuur € 3,- in rekening. De kredietnemer diende het Voorschotje (met bijkomende kosten) vóór 12:00 uur op de laatste dag van de looptijd aan Your Finance terug te betalen. Indien dit niet (tijdig) gebeurde, berekende Your Finance een boete van € 17,50. Het bedrag van de boete kon oplopen tot € 35,-, naarmate de lening (inclusief kosten) en de boete onbetaald bleven.

2.5. Op 24 mei 2011 is de Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad (hierna: de Richtlijn) in Nederland geïmplementeerd.

2.6. Op 30 mei 2011 heeft de AFM telefonisch contact gehad met Your Finance. Bij die gelegenheid heeft de AFM Your Finance gewezen op de (toen recent) geïmplementeerde Richtlijn en tevens het vermoeden uitgesproken dat Your Finance met het verstrekken van Voorschotjes in overtreding was van artikel 2:60 lid 1 van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft), omdat zij geen vergunning had voor het aanbieden van krediet.

2.7. Op 12 juli 2011 heeft de AFM Your Finance verzocht om informatie omtrent de aangeboden Voorschotjes. Your Finance heeft op 26 juli 2011 een reactie gegeven, waarbij zij zich op het standpunt heeft gesteld dat zij niet in overtreding was van artikel 2:60 lid 1 Wft, omdat zij geen rente en kosten in rekening bracht bij de kredietnemer.

2.8. De AFM heeft op 12 oktober 2011 nogmaals telefonisch contact opgenomen met Your Finance, waarbij de AFM heeft aangegeven van oordeel te zijn dat Your Finance, in strijd met de Wft, kredieten aanbood zonder een daarvoor benodigde vergunning. De AFM heeft er tevens op gewezen dat Your Finance niet was uitgezonderd van

de vergunningsplicht op grond van artikel 1:20 lid 1 aanhef en onder e Wft, omdat zij meer dan onbetekenende kosten aan de kredietnemer in rekening bracht.

2.9. Op 7 november 2011 heeft de AFM bij brief aan Your Finance het voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom kenbaar gemaakt.

2.10. Ter gelegenheid van een hoorzitting op 21 november 2011 heeft Your Finance haar zienswijze ingediend. Your Finance heeft aan de AFM het volgende voorstel gedaan:

“(…)

i) YF stopt per onmiddellijk met haar huidige business model (‘Huidige BM’) en brengt vanaf nu geen kosten voor de spoedoverboeking noch boetes meer in rekening (het ‘Gratis BM’).

ii) YF dient zo spoedig mogelijk een vergunningaanvraag-in voor het Huidige BM (waarbij wordt vermeld dat YF nog doende is de BKR verklaring te krijgen).

Binnen 1 week na ontvangst wijst de AFM dat verzoek af, omdat het Huidige BM niet ‘vergunbaar’ is wegens een te hoge kredietvergoeding (; de AFM zal dus niet om bijv. nadere informatie vragen). YF gaat van die afwijzing in beroep bij de rechtbank Rotterdam, waarbij de AFM en YF nu al afspreken dat de bezwaarprocedure bij de AFM komt te vervallen.

iii) Het moge duidelijk zijn dat het Gratis BM voor YF sterk verlieslatend is (…)

2.11. De AFM heeft voornoemd voorstel van Your Finance afgewezen.

2.12. Op 20 december 2011 heeft de AFM Your Finance een last onder dwangsom (hierna ook: het lastbesluit) opgelegd wegens overtreding van artikel 2:60 lid 1 Wft.

2.13. Your Finance heeft gevorderd om bij voorlopige voorziening het lastbesluit te schorsen. Bij uitspraak van 16 februari 2012 heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank de vordering van Your Finance tot schorsing van het lastbesluit afgewezen, overwegende dat:

“(…) de handelwijze van [A] [Your Finance; rb] in strijd is met artikel 2:60, eerste lid, van de Wft en dat AFM bevoegd is om tot lastoplegging over te gaan (…)

2.14. Your Finance heeft bij bezwaarschrift van 29 februari 2012 bezwaar gemaakt tegen het lastbesluit.

2.15. Op 20 mei 2012 heeft Your Finance bij de AFM een vergunning aangevraagd voor het aan-

bieden van, adviseren over en bemiddelen in consumptief krediet.

2.16. De AFM heeft op 7 juni 2012 haar beslissing op bezwaar aan Your Finance verstuurd. De AFM heeft het bezwaar van Your Finance ongegrond verklaard en het lastbesluit in stand gelaten. Your Finance is in beroep gegaan tegen de beslissing op bezwaar.

2.17. Op 8 november 2012 heeft de AFM aan Your Finance een vergunning verleend voor het aanbieden van en bemiddelen in consumptief krediet. Dit heeft zij bij brief van 16 november 2012 aan Your Finance medegedeeld. De AFM heeft voorts het volgende geschreven:

“(…) Tijdens de behandeling van uw vergunningaanvraag is gebleken dat Your Finance B.V. wellicht financiële diensten heeft verricht zoals bedoeld in artikel 2:60, eerste lid, Wft. Onze afdeling Integriteitstoezicht heeft dit in onderzoek en heeft hierover contact gehad met Your Finance B.V. Tot op heden is het onderzoek nog *niet* afgerond. Indien uit het onderzoek van de AFM blijkt dat Your Finance B.V. in strijd heeft gehandeld met artikel 2:60, eerste lid, Wft, kan de AFM alsnog passende maatregelen nemen. (…)

2.18. Op 14 december 2012 heeft Deloitte Financial Advisory Services B.V. in opdracht van [naam bedrijf 2], een vennootschap van Ramphastos Investments Management B.V. (hierna: Ramphastos), een concept rapport uitgebracht met bevindingen inzake financiële analyses van ondernemingen die behoren tot YGH. Het concept rapport vermeldt onder meer het volgende:

“(…) *Beschrijving van de voorgenomen transactie* YGH is via enkele buitenlandse ondernemingen o.a. actief in het verstrekken van consumentenkrediet voor korte looptijden.

De activiteiten in Nederland, geëxploiteerd in Your Finance BV (‘YF’) en gebruik makend van de website voorschotje.nl, zijn in februari 2012 gestaakt nadat de Autoriteit Financiële Markten (‘AFM’) heeft gedreigd met het opleggen van een last onder dwangsom en de rechtbank in Rotterdam heeft bepaald dat de wijze waarop de kredietverstrekking activiteiten van YF worden uitgevoerd in strijd is met de regelgeving. Momenteel loopt nog een bodemprocedure. (...) [naam bedrijf 2] (‘[naam bedrijf 2]’) is momenteel in gesprek met de aandeelhouders van YGH over een mogelijke overname of samengaan van de consumentenkrediet activiteiten van YGH met de activiteiten van een van de portfoliobedrijven van

[naam bedrijf 2] (VoiceCash). De voorwaarden en structurering van een mogelijke transactie zijn nog onderwerp van overleg tussen partijen. (...)”

2.19. Tussen VoiceCash Holding B.V. (hierna: VoiceCash) en YGH, vertegenwoordigd door haar (middellijk) bestuurders [naam bedrijf 1] en [naam gedaagde] is een zogenoemde Bindende Termsheet d.d. 18 december 2012 (hierna: de termsheet, productie 2 bij conclusie van antwoord) opgesteld. De overgelegde versie van de termsheet is door geen van partijen ondertekend. In de termsheet is onder meer het volgende opgenomen:

“DE ONDERGETEKENDEN:

(...)

IN OVERWEGING NEMENDE:

A. Your Group is een vennootschap waarvan indirect [naam gedaagde] (‘[naam gedaagde]’), [naam 1] (‘[naam 1]’) en [naam 2] (‘naam 2’) alle aandelen houden ([naam gedaagde], [naam 1] en [naam 2] gezamenlijk de ‘Founders’). Your Group houdt onder meer alle aandelen in het kapitaal van de Targets (zoals hierna gedefinieerd) en van diverse Nederlandse werkmaatschappijen;

B. VCH is een vennootschap waarin de [naam 4] een meerderheidsbelang heeft. VCH heeft de volgende activiteiten in de financiële sector: een bank op Malta en een prepaid debet card issuing programme (‘Card Business’);

C. Partijen hebben overeenstemming bereikt over een transactie, waarbij Your Group alle aandelen in de Targets (zoals hierna gedefinieerd) en de Assets (zoals hierna gedefinieerd) aan Newco (zoals hierna gedefinieerd) zal (doen) verkopen en (doen) leveren, gelijk Newco de Assets en alle aandelen in de Targets en Your Connection B.V. zal kopen en aanvaarden (de ‘Transactie’);

D. Partijen achten het wenselijk hun afspraken met betrekking tot de Transactie vast te leggen in deze bindende overeenkomst.

KOMEN OVEREEN ALS VOLGT:

1. *Transactie, algemeen*

Partijen komen hierbij overeen om de Transactie conform de hierna opgenomen voorwaarden en condities in een overnamecontract verder uit te werken en af te ronden.

2. *Definities, Voorwaarden en Condities*

1. Targets Your Finance Belgium Bvba, Su Credito SL, Zalicka Spzoo, Prestamo Movil SA.

2. Non-targets Your Group en haar Nederlandse werkmaatschappijen, met uitzondering van Your Connection B.V. en Yomo B.V.

(...)

4. Newco Een 100% dochtervennootschap van VCH.

(...)

7. Transactiedatum Economisch per 1/1/2013

8. Assets Alle zaken en vermogensrechten die noodzakelijk zijn dan wel worden aangewend ten behoeve van het goed functioneren van de Business (zowel voor als na de Closing), moeten op Closing aan Newco worden overgedragen, welke zaken en vermogensrechten die betrekking hebben op de Business, [onder meer] bestaan uit:

(...)

(...)

10. Tegenprestatie transactie 30% van de aandelen in VCH als volgt te verdelen:

– [naam gedaagde] [[naam gedaagde]; rb] 22,5%

– [naam 1] 3,75%

– [naam 2] 3,75%

– De aandelen zullen worden gehouden via persoonlijke holdingmaatschappijen dan wel in privé.

11. Financiële commitments (...)

Founders staan ervoor in dat EUR 400K van de liquide middelen van Your Group en de Non-Targets op Closing zullen zijn overgedragen aan de Targets (als agiostorting of betaling van haar eventuele schuld). Binnen 3 maanden na Closing zal het restant worden overgedragen. Het restant (de ‘Founders Equity’) zal zijn de liquiditeiten van de Non-Targets en Your Group die per 1 december 2012 beschikbaar waren, minus:

a) EUR 400k;

b) EUR 300k ten behoeve van de aandeelhouders van Your Group;

c) het bedrag dat benodigd is om de activiteiten van de Non-Targets te beëindigen [naam bedrijf 1] het met VCH overeengekomen plan en budget;

(...)

(...)

18. Rekening-courant en leningen

Alle bestaande rekeningen-courant en leningen tussen de Targets enerzijds en de Founders en de met de Founders en Your Group verbonden groepsmaatschappijen anderzijds, worden op Closing verrekend en de eventueel resterende schulden van de Targets worden op Closing omgezet in agio/kwijtgescholden.

(...)

21. Activiteiten Non-Targets Voor VCH acceptabel plan & budget per Closing tav stopzetten van

activiteiten van Non-Targets (dating en uitzendbureau). (...)

27. Transactiedocumentatie Partijen zullen zich tot het uiterste inspannen en te goeder trouw onderhandelen om op korte termijn overeenstemming te bereiken over de Transactiedocumentatie. (...)"

2.20. De rechtbank Rotterdam heeft bij uitspraak van 17 januari 2013 het beroep van Your Finance tegen de beslissing op bezwaar ongegrond verklaard. De rechtbank heeft hierbij onder meer het volgende overwogen:

"(...) 7. Met AFM is de rechtbank van oordeel dat Your Finance bij de kredietverstrekking met spoedoverboeking niet slechts onbetekenende kosten aan de consument in rekening brengt, zodat haar activiteiten voor dat product vallen binnen het verbod van artikel 2:60, eerste lid, van de Wft. Gelet op de hoogte en looptijd van de lening kan het bedrag van € 25,00 niet als onbetekenend worden aangemerkt. (...)

8. Het betoeg van Your Finance dat op grond van artikel 3, aanhef en onder i, van de Richtlijn kosten voor niet-nakoming worden uitgezonderd van de berekening van het jaarlijks kostenpercentage treft geen doel (...)

9. Ook voor die kosten geldt dat het niet gaat om onbetekenende kosten, omdat de door Your Finance gehanteerde boete van € 17,50 wegens niet nakomen substantieel is. Bij een tweede boete geldt dit temeer, omdat de totale kosten van niet-nakoming dan neerkomen op € 35,00 per geleend Voorschotje van € 100,00.

10. (...) Hieruit volgt dat de handelwijze van Your Finance ten tijde van de lastoplegging in strijd was met artikel 2:60, eerste lid, van de Wft en dat AFM bevoegd was om tot lastoplegging over te gaan. (...)"

2.21. Op 22 februari 2013 zijn alle aandelen in YGH overgedragen aan Huevos Holding B.V. (hierna: Huevos), een per dezelfde datum opgerichte vennootschap. De aandelen in Huevos worden gehouden door [naam bedrijf 1] voor 75%, door [naam bedrijf 3] (hierna: [naam bedrijf 3]) voor 12,5% en door [naam bedrijf 4] (hierna: [naam bedrijf 4]) voor 12,5%. Uit uittreksels uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel blijkt dat Huevos wordt bestuurd door [naam bedrijf 1], [naam bedrijf 3] en [naam bedrijf 4]. Enig aandeelhouder en bestuurder van [naam bedrijf 3] is [naam 1]. [naam 2] is enig aandeelhou-

der en bestuurder van [naam bedrijf 4]. De juridische structuur waarin Your Finance zat, zag er toen als volgt uit:

[deze afbeelding van de juridische structuur is niet gepubliceerd op rechtspraak.nl; red.]

2.22. Eveneens op 22 februari 2013 is tussen VoiceCash, VoiceTrust Group B.V. en Huevos een Contribution Agreement gesloten, ondertekend door alle voornoemde partijen (productie 3 bij conclusie van antwoord). In de Contribution Agreement is onder meer het volgende bepaald: "(...)

WHEREAS:

A. VoiceCash carries out the following activities in the financial sector: a bank at Malta and a pre-paid debit card issuing programme;

B. Your Group (as defined hereafter), through the Group Companies, provides, amongst other things, micro credits to consumers outside the Netherlands;

C. The ultimate majority shareholder of VoiceCash, VoiceCash and the Founders (as defined hereafter) have entered into negotiations regarding the acquisition by VoiceCash of the shares in Your Group and the participation of the Founders through HH in the share capital of VoiceCash;

D. On 18 December 2012, Your Group and VoiceCash entered into the Termsheet (as defined hereafter), which includes the subject-matters on which they have reached agreement;

E. During the negotiations between the Founders, VoiceCash and representatives of VoiceTrust Group B.V. and its ultimate shareholder after the signing of the Termsheet, it has been agreed that the Transaction (as defined hereinafter) would, partly by way of derogation from the provisions of the Termsheet, be structured through the incorporation by the Founders of HH and that HH would contribute the shares in the capital of Your Group to VoiceCash and become a shareholder of VoiceCash;

F. VoiceCash wishes to acquire and HH wishes to contribute to VoiceCash, the Your Group Shares (as defined hereafter) and VoiceCash wishes to issue and HH wishes to acquire the VoiceCash Shares (as defined hereafter) as consideration for the contribution of the Your Group Shares, all on the terms and conditions of this Agreement. (...)"

2.23. Op 25 april 2013 heeft de AFM aan Your Finance een voornemen tot boeteoplegging gestuurd wegens overtreding van artikel 2:60 lid 1 Wft. De AFM heeft hierbij aan Your Finance het

verzoek gedaan om financiële gegevens te verstrekken, teneinde de hoogte van de boete te kunnen bepalen.

2.24. In een brief van 1 mei 2013 heeft [naam 3] aan [naam gedaagde] het volgende geschreven: “(...) Hierbij bevestig ik onze afspraken als volgt. In het licht van de recente ontwikkelingen (nu het er naar uitziet [dat] de Maltese toezichhouder de vereiste vergunning niet gaat geven in de overeengekomen structuur en governance), zijn wij bereid na te denken over een alternatieve structuur en governance voor onze voorgenoemde samenwerking.

Hierbij bevestig ik dat jij, [naam 1] en [naam 2] gezamenlijk altijd 30% van de winst van Novum Holding inclusief of de anderszins in een transactie gerealiseerde waarde daarvan zullen ontvangen.

Een en ander natuurlijk wel zoveel mogelijk met in achtneming van de al gemaakte afspraken zoals bad/good leaver, financiering en verwatering. (...)”

2.25. Op 3 mei 2013 heeft Novum Bank aan MFSa (Malta Financial Services Authority) een brief gestuurd met de volgende inhoud:

“(…) We agreed to follow up on three points to aid you in the due diligence process (...)”

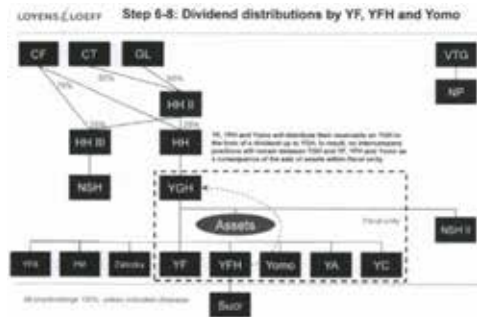
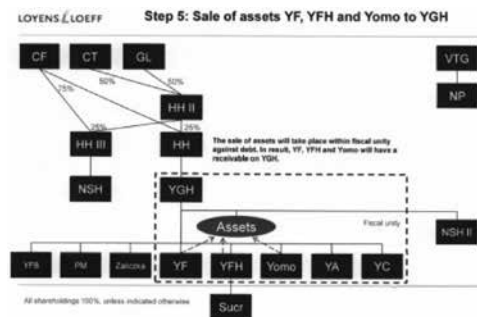
1. Intentions with regard to [naam gedaagde]

As we explained during the meeting, [naam gedaagde] and we were surprised to receive the information concerning the letter from the AFM with the intention to fine Your Finance BV, a company of which [naam gedaagde] was the sole director and principal shareholder. Neither we nor [naam gedaagde] were aware until April 29 that the AFM intended to issue this letter. While [naam gedaagde] had disclosed the procedure with the AFM to us, during our internal due diligence process and also in his PQ, he was subsequently found ‘fit and proper’ by the AFM. However both he and Ramphastos (the bank’s principal shareholder) felt that it would be appropriate to reconsider his position as a potential qualifying shareholder in the light of this latest development. As we have emphasized with the MFSa, we want to bring impeccable compliance and regulatory standing to the micro-lending industry and therefore we intend to restructure the transaction such that [naam gedaagde] will not become a shareholder in the bank. He will also not have employment with the bank or have a managerial role. As a consequence, only [naam 1]

and [naam 2] would become new shareholders of the bank each with a 3.75% interest. This is reflected in the attached revised business plan. (...)”

2.26. Op 21 mei 2013 heeft een zienswijzezitting plaatsgevonden in het kader van het voornemen van de AFM tot boeteoplegging.

2.27. In een concept van 15 juli 2013 heeft Nauta-Dutilh een “STEPPLAN PRE-CLOSING II AND CLOSING – YOUR GROUP” gemaakt (productie 7 bij conclusie van antwoord). Dit concept heeft Loyens & Loeff vervolgens uitgewerkt in een (definitief) stappenplan (productie 8 bij conclusie van antwoord). Stappen vijf tot en met acht van het stappenplan zien er als volgt uit:



2.28. Op 14 augustus 2013 heeft MFSa (Malta Financial Services Authority) aan het bestuur van Novum Bank een brief gestuurd met de volgende inhoud:

“(…) We note the proposed changes to the shareholding structure of the Bank whereby Huevos Holdings II and III will be incorporated to hold the interests of [naam bedrijf 3] and [naam bedrijf 4] in Novum Participations B.V. Moreover, [naam gedaagde] will be introduced as an indirect qualifying shareholder of the Bank owning 22% of capital, but with no voting rights.

We also note the proposed appointed of [naam 1] to act as an Executive Director.

Following the information provided, we hereby confirm that we have no objection to:

- the proposed change in the shareholding structure as summarised above;
- the approval of [naam gedaagde] as non-voting Qualifying Shareholder; and
- the approval of [naam 1] as an Executive Director. (...)"

2.29. Op 21 augustus 2013 is een tweede Contribution Agreement tot stand gekomen tussen Novum Participations B.V. (voorheen VoiceCash), VoiceTrust Group B.V., Huevos Holding III B.V., Huevos Holding II B.V. en [naam bedrijf 1] (productie 9 bij conclusie van antwoord), ondertekend door (gevolmachtigden van) voornoemde partijen. In deze tweede Contribution Agreement is opgenomen dat de Contribution Agreement van 22 februari 2013 is beëindigd. Verder is onder meer het volgende opgenomen:

"(...) WHEREAS:

A. Novum Participations carries out the following activities in the financial sector, a bank at Malta and a prepaid debit card issuing programme;

B. the Group Companies (as defined hereafter), provide, amongst other things, micro credits to consumers outside the Netherlands;

C. the Parties have entered into negotiations regarding a transaction involving the acquisition of Your Group Holding B.V. and participation of the Founders in the capital of VoiceTrust. This has resulted in a conditional contribution agreement dated 22 February 2013;

D. subsequently, due to an amended transaction structure, the Parties have entered into negotiations regarding the contribution of the interests of HH III in the capital of NSH (as defined hereafter) to Novum Participations and the participation of HH III in Novum Participations;

E. the contribution agreement of 22 February 2013 has been terminated between the parties thereto;

F. the Parties wish to lay down the terms and conditions for such contribution and participation in this (new) contribution agreement (the 'Agreement').

(...)

Closing Date 21 August 2013

(...)

Effective Date 1 January 2013

(...)

NSH Novum Services Holding B.V.

(...)

2. CONTRIBUTION NSH SHARES

2.1. *Current corporate structure NSH*

HH III shall ensure and procure that prior to the contribution of the NSH Shares as contemplated in this Agreement, the corporate structure of NSH shall be as set forth in *Schedule 1* hereto. HH III shall ensure and procure that prior to such contribution, the Group Companies shall be the sole legal and beneficial owner of the Assets.

2.2. *Contribution NSH Shares*

Subject to the terms and conditions set out in this Agreement, HH III hereby agrees to contribute the NSH Shares to Novum Participations and Novum Participations hereby agrees to accept such contribution from HH III.

2.3. *Consideration for NSH Shares*

As consideration for the contribution of the NSH Shares to Novum Participations by HH III, Novum Participations shall issue the Novum Participations Shares to HH III in accordance with Clause 3.

2.4. *Effective Date*

Subject to the terms and conditions of this Agreement and Closing having occurred and although the NSH Shares shall only be contributed on the Closing Date, the economic benefits and risks which are directly or indirectly related to the NSH Shares shall be for the risk and account (voor rekening en risico) of Novum Participations with effect as from (and including) the Effective Date, irrespective of the fact that Closing takes place at a later date than the Effective Date.

3. ISSUANCE OF NOVUM PARTICIPATIONS SHARES

3.1. *Issuance of Novum Participations Shares to HH III*

Novum Participations hereby agrees to issue the Novum Participations Shares to HH III and HH III hereby accepts such issue.

3.2. *Deed of Issue and Contribution*

On the Closing Date Novum Participations shall issue the Novum Participations Shares to HH III, including the contribution by HH III of the NSH Shares, through the execution of the Deed of Issue and Contribution before the Civil Law Notary; and

The draft Deed of Issue and Contribution is attached hereto as Schedule 2.

3.3. *Effective Date*

Subject to the terms and conditions of this Agreement and Closing having occurred and although the Novum Participations Shares shall only be issued to HH III on the Closing Date, the economic benefits and risks which are directly or indirectly related to the Novum Participations Shares shall be for the risk and account (voor rekening en risico) of HH III respectively with effect as from (and including) the Effective Date, irrespective of the fact that Closing takes place at a later date than the Effective Date.

3.4. Post-Closing Shareholding

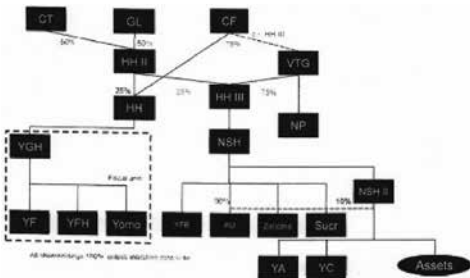
Following Closing, the shareholding in Novum Participations by each of the shareholders of Novum Participations is as set out in *Schedule 3*.

(...)

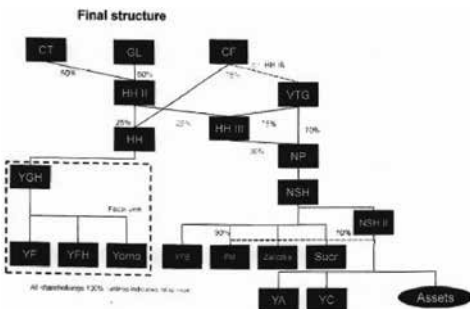
5.3. Further action to be taken at Closing

At Closing, the Parties shall sign the Transaction Documents. The Parties shall further take such actions and shall sign such documents as shall reasonably be required to be taken or signed in order to complete the Transaction.(...)

2.30. De bij de tweede Contribution Agreement gevoegde “Schedule 1 Pre-closing shareholding” en “Schedule 3 Post-closing shareholding Novum Participations” zien er als volgt uit:



“Schedule 1 Pre-closing shareholding”



“Schedule 3 Post-closing shareholding Novum Participations”

2.31. Eveneens op 21 augustus 2013 zijn bij Your Finance drie aandeelhoudersbesluiten genomen. Het eerste aandeelhoudersbesluit (productie 9a bij dagvaarding) heeft betrekking op een dividenduitkering van € 1.905.362,71 van Your Finance aan haar aandeelhouder (YGH). In dat besluit is tevens opgenomen dat Your Finance een vordering van een bedrag gelijk aan € 1.905.362,71 heeft op haar aandeelhouder. Volgens artikel 2 van het aandeelhoudersbesluit wordt die vordering van Your Finance verrekend met de dividenduitkering, die deels wordt betaald uit de agioreserve.

2.32. Het tweede aandeelhoudersbesluit (productie 9b bij dagvaarding) vermeldt dat Your Finance een vordering op haar aandeelhouder (YGH) heeft van € 9.410,00. Ook deze vordering wordt volgens het besluit verrekend met een dividenduitkering aan de aandeelhouder voor hetzelfde bedrag uit de agioreserve (zie artikel 2 aandeelhoudersbesluit).

2.33. In het derde aandeelhoudersbesluit (productie 9c bij dagvaarding) is opgenomen dat Your Finance een vordering van € 180.245,53 heeft op haar aandeelhouder (YGH), die eveneens zal worden verrekend met een dividenduitkering ter hoogte van hetzelfde bedrag uit de agioreserve (zie artikel 2 aandeelhoudersbesluit).

2.34. In artikel 1 van de aandeelhoudersbesluiten is bepaald dat de besluiten tot dividenduitkering met terugwerkende kracht worden geëffectueerd vanaf 31 december 2012. De besluiten tot dividenduitkering zijn op dezelfde dag (21 augustus 2013) goedgekeurd door [naam gedaagde] als enig bestuurder van Your Finance (productie 10 bij dagvaarding).

2.35. Op 21 augustus 2013 zijn voorts alle activa en passiva van Your Finance, met uitzondering van een mogelijk door de AFM op te leggen boete, overgedragen aan YGH. Your Finance verkreeg daarmee een vordering op YGH van € 268.709,-. Deze vordering is vervolgens verrekend met een dividenduitkering van Your Finance aan YGH ter hoogte van een bedrag van € 268.709,-. Volgens de gedeponeerde jaarrekening over 2013 resteerde in Your Finance per 31 december 2013 nog slechts € 18.000,- aan kapitaal.

2.36. Bij brief van 16 oktober 2013 heeft (de advocaat van) Your Finance gereageerd op het verzoek van de AFM van 2 oktober 2013 om financiële

gegevens van Your Finance te verstrekken. In de bij de brief gevoegde vragenlijst heeft (de advocaat van) Your Finance ingevuld dat de nettowinst van Your Finance in de jaren 2010 t/m 2012 als volgt was: € 1.051.296,- in 2010, € 1.545.250,- in 2011 en -€ 760.476,- in 2012.

Uit de jaarrekening van 2011, die eveneens is bijgevoegd (productie 12 bij dagvaarding, bijlage 3), volgt dat Your Finance op 31 december 2011 op de post vlottende activa € 1.535.830,- aan liquide middelen en € 2.745.217,- aan vorderingen had (waarvan € 1.453.133,- op debiteuren). De balans vermeldt voorts € 3.208.527,- aan eigen vermogen.

2.37. De balans per 31 december 2012 in de gedeponeerde jaarrekening over 2012 van Your Finance (productie 13 bij dagvaarding) vermeldt op de post vlottende activa € 275.584,- aan liquide middelen, een eigen vermogen van € 286.709,- en een bedrag van € 71.528,- aan vorderingen op debiteuren.

2.38. Op 31 december 2013 heeft de AFM aan Your Finance een bestuurlijke boete opgelegd van € 2.000.000,-;

“(…) omdat Your Finance in de periode van 25 mei 2011 tot 21 februari 2012 zonder een daartoe door de AFM verleende vergunning in Nederland krediet heeft aangeboden. Dit is een overtreding van artikel 2:60, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht (Wft). (…)”

2.39. In een e-mailbericht van 2 januari 2014 schreef [naam gedaagde] aan [naam 5] (hierna: [naam 5]) en [naam 6] (hierna: [naam 6]), beiden werkzaam bij Ramphastos, het volgende:

“Heren,

Bijgevoegd het boete besluit van de AFM.

Het is een heel bijzondere uitspraak omdat ze een wetsartikel toepassen voor het bepalen van de hoogte van de boete wat nog nooit is voorgekomen in de Nederlandse geschiedenis. Het is by the way idd 2 miljoen euro geworden.

De route die we nu juridisch gaan nemen is de volgende: zie hieronder de mail van de advocaat: *Wij zullen met de nodige spoed de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam verzoeken tot schorsing van het boetebesluit en de openbaarmaking daarvan. (…)*

Wel wil ik ook wat anders laten onderzoeken maar ik wil dit eerst graag aan [naam 5] en [naam 6] voorleggen:

Your Group en Your Finance hebben in 2012 een verlies gemaakt van 2.6 miljoen incl Your Finance

en dit verlies was 760.000. In 2013 zijn er geen activiteiten meer in Your Group en Your Finance. Is het niet verstandig om deze BV's op te heffen wegens gebrek aan baten. De vraag is natuurlijk of het geen paulianeus handelen is, indien je weet dat er een boete aan zit te komen van 2 miljoen en dat dit dan doorzakt naar mijn Holding. Weten jullie hier iets meer van af, of weten jullie een goede insolventie advocaat die dit in goede banen zou kunnen leiden, zonder dat ik of mijn holding hier aansprakelijk voor gesteld kan worden? (…)”

2.40. De reactie van [naam 6] op deze e-mail op 6 januari 2014 is als volgt:

“(…) [naam gedaagde].

Op 21 augustus 2013 heeft YF al haar bezittingen en schulden (exclusief de mogelijke AFM boete) voor een bedrag van EUR 268.709 aan YGH verkocht en geleverd. Vervolgens heeft YF haar vrije reserves ad EUR 268.709 ten titel van dividend aan YGH uitgekeerd. Zie de docs no 7, 10 en 11 uit de Binder Pre Closing 11. Sinds die datum bestaat het vermogen van YF louter nog uit een bedrag aan liquide middelen van EUR 18.000.

Indien het bedrag waarvoor de activa en passiva op 21 augustus 2013 zijn verkocht en geleverd minimaal gelijk was aan de marktwaarde van deze activa en passiva op dat tijdstip, kan er ter zake deze verkoop en levering mijns inziens geen sprake zijn geweest van paulianeus handelen, i.e. er zijn geen schuldeisers benadeeld omdat bij verkoop aan een derde de opbrengst niet hoger zou zijn geweest. (…)

In casu rijst derhalve de vraag of het op 21 augustus 2013 redelijkerwijs voorzienbaar was dat binnen 12 maanden aan YF een opeisbare AFM boete zou worden opgelegd. Indien het antwoord op die vraag met 'JA' dient te worden beantwoord, kun jij tot een bedrag van maximaal EUR 268.709 vermeerderd met wettelijke rente hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld. Dit is een bekend risico, waarop ten tijde van de dividenduitkering is gewezen. Indien de dividenduitkering achterwege zou zijn gebleven, zou de schade niet minder zijn, omdat de AFM zich dan rechtstreeks op dit bedrag zou hebben kunnen verhalen.

Een eventuele liquidatie van YF per heden doet mijns inziens aan deze aansprakelijkheid niet af c.q. leidt – afgezien van de liquidatie uitkering van EUR 18.000 – ook niet tot een verhoogde aansprakelijkheid. Meer geld is er immers bij YF niet meer te halen. (…)”

2.41. Ook [naam 5] reageerde op 6 januari 2014:

“Eens met onderstaande analyse. Zolang de AFM nog een claim heeft op Your Finance B.V. kun je deze vennootschap niet vereffenen en blijft hij bestaan. Je kunt natuurlijk wel faillissement aanvragen. Ik zal op zoek gaan naar een specialist om je daarin te begeleiden (...)”

2.42. Op dezelfde dag schreef [naam gedaagde] terug:

“(...) Wellicht is een faillissement aanvragen wel het beste, maar dan ook gelijk voor YGH lijkt mij. Als het dan ‘slechts’ 268. K gaat kosten dan is dat denk ik de beste optie. Spaart ook een hoop advocaat kosten uit.... (...)”

2.43. Your Finance heeft bezwaar aangetekend tegen de door de AFM opgelegde boete. Zij heeft tevens voorlopige voorzieningen gevorderd ten aanzien van het boetebesluit. Bij uitspraak van 7 maart 2014 heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank onder meer geoordeeld dat de AFM het boetebesluit deels onleesbaar moest maken vóór publicatie.

2.44. De AFM heeft op 6 mei 2014 Your Finance om aanvullende financiële stukken verzocht. Op 22 mei 2014 heeft een hoorzitting plaatsgevonden in de bezwaarprocedure ten aanzien van het boetebesluit.

2.45. Bij e-mailbericht van 6 juni 2014 heeft de AFM aan de toenmalige advocaat van Your Finance het volgende geschreven:

“(...) Graag ontvang ik zo spoedig mogelijk het AvA besluit waaruit de dividenduitkering volgt zoals be- en afgesproken tijdens de hoorzitting van 22 mei jl. Kan ik dit uiterlijk voor 13 juni a.s. ontvangen? (...)”

2.46. Als reactie daarop gaf de toenmalige advocaat van Your Finance op 11 juni 2014 de volgende toelichting:

“(...) Ik begrijp nu daaruit dat in de aanloop naar de fiscale eenheid in 2011 diverse zustervenootschappen van Your Finance BV dividenduitkeringen hebben gedaan ten behoeve van (uiteindelijk) Your Group Holding, maar dat dit niet gold voor Your Finance BV zelf. (...) Overigens merk ik op dat over 2012 een aanzienlijk verlies is geleden door Your Finance BV van plusminus € 8 ton. Dit verlies houdt met name verband met het staken van haar activiteiten in februari 2012. Daarnaast zijn – in het kader van de vergunningaanvraag en -verlening in november 2012 – ook binnen Your Finance BV financiële middelen aangewend voor de ontwikkeling van producten (zoals bijkas.nl), die uiteindelijk om uiteenlopen-

de redenen niet ‘live’ zijn gegaan. Een en ander verklaard de afname van de post ‘overige reserves’ in de jaarrekening 2012 ten opzichte van 2011.

De tijdens de hoorzitting toegezegde avabesluiten die betrekking zouden hebben op dividenduitkeringen door Your Finance BV zijn niet beschikbaar en kunnen dan ook niet worden overgelegd. Vanzelfsprekend is een nadere toelichting door de heer [naam 7] – destijds controller van Your Finance BV en tijdens de hoorzitting aanwezig – op bovenstaande wel mogelijk. (...)”

2.47. Op 24 juli 2014 heeft de AFM per e-mailbericht aanvullende vragen gesteld aan Your Finance:

“(...) Derhalve ontvangt de AFM graag een volledige toelichting (onderbouwd met schriftelijke stukken) hoe het eigen vermogen van Your Finance van € 3.208.527 per 31 december 2011 naar € 286.709 in 2012 is gegaan (...)”.

2.48. Op 8 september 2014 heeft de toenmalige advocaat van Your Finance geantwoord op de vragen van de AFM. Hiertoe schreef zij onder meer:

“(...) Ter aanvulling en tevens ter nuancering op de e-mail van 11 juni jl. – waar het ging om dividenduitkeringen in de aanloop naar de fiscale eenheid per april 2011 – is op 31 december 2011 (en derhalve binnen de fiscale eenheid) in een drietal tranches een dividenduitkering gedaan door Your Finance aan Your Group Holding van in totaal € 750.000,-. Wel is het zo dat deze uitkering direct verband hield met de ontwikkeling van nieuwe diensten en producten, zoals reeds in genoemde eerder e-mail toegelicht. *Ter onderbouwing dat deze bedragen daadwerkelijk zijn uitgekeerd is bij deze e-mail aangehecht een dagafschrift van de bankrekening op naam gesteld van Your Finance d.d. 2 januari 2012.*

(...)

In het najaar van 2012 is een principe-overeenkomst gesloten tussen Your Group Holding en de Ramphastos Group. Deze bestond daaruit dat de Ramphastos Group de aandelen van enkele dochtervennootschappen van Your Group Holding, respectievelijk de activa en passiva van enkele andere dochtervennootschappen van Your Group Holding – waaronder Your Finance – wenste over te nemen. De gesprekken die hebben geresulteerd in het principe-akkoord waren reeds maanden daarvoor gestart.

In het kader van deze overname zijn in 2012 en 2013 een groot aantal rekening-courant verhou-

dingen binnen de fiscale eenheid van Your Group Holding onderling verrekend, en hebben er als resultante daarvan zowel diverse dividenduitkeringen plaatsgevonden aan Your Group Holding, als agiostortingen vanuit Your Group Holding ten behoeve van haar dochtervennootschappen.

Door Your Finance zijn daartoe de volgende dividenduitkeringen gedaan aan Your Group Holding: € 1.905.363, € 180.246 en € 9.410 (totaal € 2.095.019), en zijn door Your Group Holding de volgende agiostortingen verricht: € 7.467, € 16.077 en € 575.198 (totaal € 598.742). De bestuursbesluiten die ten grondslag liggen aan de dividenduitkeringen zijn bij deze e-mail aangehecht. (...)

2.49. Bij beslissing op bezwaar van 16 februari 2015 heeft de AFM het boetebesluit in stand gelaten. Your Finance is in beroep gegaan bij de rechtbank Rotterdam.

2.50. Op 3 december 2015 heeft de rechtbank Rotterdam uitspraak gedaan en het beroep van Your Finance ongegrond verklaard. Hierbij is onder meer overwogen:

“(...) 5.1. Door de vergunningplicht te overtreden heeft Your Finance zich geruime tijd onttrokken aan het gedragstoezicht van de AFM. Dit toezicht heeft onder meer als doel om consumenten te beschermen. De overtreding is pas gestaakt nadat door de AFM een last onder dwangsom is opgelegd. De AFM heeft zich onweersproken op het standpunt gesteld dat Your Finance in de periode van mei 2011 tot en met februari 2012 108.460 kredieten heeft verstrekt met een kredietsom van ruim € 16,2 miljoen. Daarbij zijn ruim € 2,2 miljoen aan kosten voor een spoedkrediet in rekening gebracht en ruim € 0,9 miljoen aan boetes voor niet-nakoming. Dat slechts kleine bedragen in rekening werden gebracht en van een financiële schuldenspiraal geen sprake was, volgt de rechtbank niet. Your Finance heeft de maxima voor onbetekenende kosten ruimschoots overschreden en veel geld verdient ten laste van consumenten. Dat Your Finance de kredietwaardigheid van toekomstige cliënten beoordeelde en laat-betalers een afkoelperiode van een maand gaf, kan daaraan niet afdoen. (...)

7.5 De AFM heeft Your Finance kunnen tegenwerpen dat zij op 31 december 2012 een bedrag van € 2.095.019,- aan haar moedermaatschappij Your Group Holding B.V. als dividend heeft uitgekeerd, waardoor zij zelf heeft bewerkstelligd dat de omvang van haar vermogen aanzienlijk is afge-

nomen. De AFM heeft om deze reden, mede gelet op de uitspraak van het CBB van 26 november 2014 («JOR» 2015/12, m.nt. Lieverse; *red.*), (ECLI:NL:CBB:2014:446), bij het beoordelen van de draagkracht van Your Finance rekening mogen houden met het vermogen van de met haar verbonden vennootschap Your Group Holding B.V. De stelling dat zij niet bewust vermogen heeft weggesluisd, maar reeds bij e-mail van 8 september 2014 heeft uitgelegd dat in het kader van een overname in 2012 en 2013 een groot aantal rekening-courant verhoudingen binnen de fiscale eenheid van de Your Group Holding B.V. zijn verrekend en ook agiostortingen zijn gedaan, leidt niet tot een ander oordeel. (...)

2.51. Your Finance is per 31 mei 2017 ontbonden en opgehouden te bestaan.

2.52. Your Finance heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft in een tussenuitspraak van 21 juni 2017 («JOR» 2017/238, m.nt. Nuijten; *red.*) geoordeeld dat de AFM een nieuwe beslissing op bezwaar diende te nemen en daarbij het door Your Finance behaalde voordeel opnieuw moest vaststellen. Naar aanleiding daarvan heeft de AFM bij besluit van 26 september 2017 de boete aan Your Finance verlaagd naar € 397.500,-.

2.53. Bij einduitspraak van 17 juli 2018 is Your Finance wegens het vervallen van haar belang bij voortzetting van het hoger beroep (door haar ontbinding) niet-ontvankelijk verklaard door het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

2.54. De boete ad € 397.500,- is onbetaald gebleven.

3. Het geschil

3.1. De AFM vordert om bij vonnis:

“(i) te verklaren voor recht dat [naam gedaagde] onrechtmatig jegens de AFM heeft gehandeld wegens het onttrekken van activa aan Your Finance;

(ii) te verklaren voor recht dat [naam gedaagde] aansprakelijk is voor de schade die de AFM heeft geleden uit hoofde van het onrechtmatige handelen van [naam gedaagde];

(iii) [naam gedaagde] te veroordelen tot betaling aan de AFM van € 397.500,- uit hoofde van schadevergoeding;

(iv) [naam gedaagde] te veroordelen tot betaling van de wettelijke rente over het bedrag genoemd

onder (iii) vanaf 17 juli 2018 tot aan de dag van algehele voldoening;

(v) [naam gedaagde] te veroordelen in de kosten van beslaglegging, door uw rechtbank in goede justitie te bepalen, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf de datum beslaglegging;

(vi) [naam gedaagde] te veroordelen in de nakosten, conform het liquidatietarief begroot op € 131,- dan wel, in het geval van betekening, € 199,-;

(vii) met verklaring dat het vonnis met de proceskostenveroordelingen daaronder begrepen uitvoerbaar bij voorraad zal zijn.”

3.2. De conclusie van [naam gedaagde] strekt tot afwijzing van de vorderingen van AFM, met veroordeling van de AFM, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, in de proceskosten.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Centraal staan de vragen of [naam gedaagde] onrechtmatig heeft gehandeld jegens de AFM en of hij is gehouden tot vergoeding van de door de AFM geleden schade.

4.2. De AFM heeft aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat [naam gedaagde] onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld omdat [naam gedaagde] – ondanks dat hij wist of behoorde te weten van de boeteoplegging – het vermogen van Your Finance heeft weggesluisd door het doen van dividenduitkeringen/agioterugstortingen en het overdragen van de activa van Your Finance aan YGH, en Your Finance vervolgens heeft ontbonden. Daartoe heeft de AFM – kort weergegeven – het volgende gesteld. Vanaf 30 mei 2011 tot aan de boeteoplegging heeft de AFM meerdere contactmomenten gehad met Your Finance (en [naam gedaagde]) en gewezen op de (mogelijke) overtreding van de Wft in verband met het aanbieden van Voorschotjes. In december 2011 is zelfs een last onder dwangsom opgelegd. Op 16 november 2012 heeft de AFM aan Your Finance medegedeeld dat een onderzoek liep naar Your Finance. Voor [naam gedaagde] was toen al (geruime tijd) duidelijk dat een boete voor Your Finance in het vooruitzicht was. Toch is [naam gedaagde] in december 2012 gestart met de voorbereidingen van een transactie met (een entiteit van) Ramphastos, met betrekking tot een overname van YGH (en/of haar dochtermaatschappijen). Ondanks dat de AFM al in april 2013

aan Your Finance een voornemen tot boeteoplegging heeft gestuurd, heeft [naam gedaagde] op 21 augustus 2013 – geheel onverplicht – als enig bestuurder van Your Finance aandeelhoudersbesluiten tot dividenduitkeringen goedgekeurd en ervoor gezorgd dat Your Finance al haar eigen vermogen uitkeerde en leeg achterbleef. Dit alles heeft volgens de AFM plaatsgevonden met het oogmerk om de AFM de mogelijkheid te ontnemen de later door haar op te leggen boete te innen. [naam gedaagde] heeft daarmee bewerkstelligd dat Your Finance haar verplichtingen jegens de AFM niet kon nakomen, zodat de AFM met een onbetaalde en onverhaalbare vordering is achtergebleven, aldus de AFM.

4.3. Ten aanzien van de vraag of een bestuurder van een vennootschap aansprakelijk kan zijn jegens benadeelde schuldeisers, is in de jurisprudentie – kort samengevat – bepaald dat de bestuurder alleen dan persoonlijk aansprakelijk kan zijn, wanneer hem ter zake van de benadeling persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt als zojuist bedoeld kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval. Van een persoonlijk ernstig verwijt is in beginsel sprake, (i) indien de bestuurder bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de ontstane schade, dan wel (ii) indien de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade (HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, NJ 1990/286 (Beklamel) en HR 8 december 2006 («JOR» 2007/38; red.), ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen). Van persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder is geen sprake als zich omstandigheden voordoen op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

4.4. Op basis van de vaststaande feiten komt de rechtbank tot de volgende conclusies. [naam gedaagde] heeft de door hem bestuurde (en be-

heerste) rechtspersoon heel bewust in strijd met het toepasselijk recht laten handelen met het doel om met het onrechtmatige business model zo lang als mogelijk (namelijk tot hem dit onmogelijk zou worden gemaakt) zo veel mogelijk geld te verdienen. Dat [naam gedaagde] het onrechtmatige karakter van die activiteiten niet inzag, ook niet nadat hij daar door de AFM nog eens uitdrukkelijk op was gewezen en zelfs niet nadat de bestuursrechter de AFM op dat punt in het gelijk had gesteld, is volstrekt ongeloofwaardig, en is in dat licht ook niet naar behoren onderbouwd. Immers, het business model en verdienmodel van de door [naam gedaagde] bestuurde rechtspersoon was er volledig op gebaseerd om ter zake van de aan consumenten te verlenen Voorschotjes relatief zeer hoge kosten/boetes bij die consumenten in rekening te kunnen brengen, hetgeen evident in strijd was met tekst en strekking van de inmiddels toepasselijke regelgeving. [naam gedaagde] moet zich er evenzeer, en zeker nadat de AFM meermaalen contact had opgenomen (zie onder meer 2.5 t/m 2.8), bewust van zijn geweest dat de AFM tegen het steeds voortgezette onrechtmatig handelen van de door [naam gedaagde] bestuurde vennootschap – uiteindelijk – effectieve maatregelen zou treffen. Daarbij lag het in de rede dat naast het opleggen van een last onder dwangsom een substantiële boete zou worden opgelegd, temeer nu het gelet op de omvang van het aan iedere individuele consument toegebrachte nadeel niet in de rede lag dat die benadeelde consumenten individueel rechtsmaatregelen tegen Your Finance zouden treffen. [naam gedaagde] heeft het tegen deze achtergrond daarheen geleid dat de inmiddels op vorenbedoelde onrechtmatige wijze door de door hem bestuurde rechtspersoon gegenereerde substantiële winsten en het daarmee opgebouwde eigen vermogen aan de rechtspersoon werden onttrokken. Duidelijk is dat dit gebeurde opdat de AFM zich daar niet op zou kunnen verhalen. Dat de AFM een zeer substantiële vordering op de door [naam gedaagde] bestuurde en beheerste rechtspersoon zou verkrijgen was evident. Daar doet niet aan af dat het onherroepelijk komen vast te staan van de op te leggen substantiële boete nog lang kon duren doordat dit lang kon worden gekt door middel van in opdracht van [naam gedaagde] aanhangig te maken bestuursrechtelijke procedures. Dat de AFM geen verhaal voor haar vordering heeft kunnen vinden, is louter te wijten aan de betalingsonwil van [naam gedaagde] je-

gens de AFM en van de in dat kader door hem ondernomen acties om de mogelijkheid van verhaal door de AFM te verijdelen. [naam gedaagde] heeft met die uit zijn betalingsonwil voortvloeiende acties onrechtmatig gehandeld jegens de AFM. Hem treft daarvan een persoonlijk ernstig verwijt als bedoeld in 4.3.

4.5. [naam gedaagde] heeft zich verweerd met de stelling dat de AFM er ten onrechte aan voorbijgaat dat het in het onderhavige geval om een punitieve sanctie gaat. [naam gedaagde] betwist, met een verwijzing naar artikel 6 EVRM, dat hij onrechtmatig zou kunnen hebben gehandeld door gedragingen die hebben plaatsgevonden vele jaren voordat onherroepelijk is komen vast te staan dat aan de door hem bestuurde vennootschap met recht een boete is opgelegd. Met deze redenering miskent [naam gedaagde] echter dat hij als bestuurder van Your Finance volledig bekend was met het feit dat het business model en verdienmodel van Your Finance strijdig waren met de tekst en strekking van de inmiddels toepasselijke regelgeving, dat hij evenzeer wist dat onvermijdelijk was dat ter zake van het steeds voortgezette onrechtmatig handelen uiteindelijk een substantiële boete zou worden opgelegd en dat dit een substantiële vordering van de AFM jegens de door [naam gedaagde] bestuurde en beheerste vennootschap zou opleveren. Dat het geruime tijd heeft geduurd voordat is komen vast te staan wat de precieze hoogte van de boete was die de door [naam gedaagde] bestuurde rechtspersoon onherroepelijk verschuldigd raakte, neemt niet weg dat [naam gedaagde] tevoren reeds onrechtmatig kon handelen – en heeft gehandeld – door daaraan voorafgaande het opzettelijk daarheen te leiden dat het vinden van verhaal op de rechtspersoon ten nadele van AFM – en ten voordele van hem persoonlijk – onmogelijk werd gemaakt. [naam gedaagde] lijkt voorts te miskennen dat aan hem geen punitieve sanctie is opgelegd. Hem wordt door de AFM “slechts” een civielrechtelijke onrechtmatige daad verweten. Uit de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM, waar [naam gedaagde] zich op beroept, vloeit niet voort dat het een bestuurder in civielrechtelijke zin vrij staat om te handelen zoals [naam gedaagde] heeft gedaan. Dat wil zeggen om de winsten die door de rechtspersoon onder zijn leiding zijn gegenereerd met illegale activiteiten weg te sluisen teneinde de mogelijkheid van verhaal van een ter zake daarvan aan de vennoot-

schap op te leggen bestuurlijke boete opzettelijk te frustreren voorafgaande aan het moment waarop de verplichting om die boete te betalen onherroepelijk zal komen vast te staan.

4.6. [naam gedaagde] heeft tevens aangevoerd dat hij geen handelingen heeft verricht met het oogmerk om de AFM de mogelijkheid te ontnemen te boete te innen. Met die stelling miskent [naam gedaagde] dat het niet alleen gaat om handelingen die hij heeft verricht, maar ook om handelingen die hij heeft doen verrichten. En voorts dat het niet gaat om een strafrechtelijk oogmerk, maar om hem persoonlijk ernstig verwijtbaar onrechtmatig handelen (of nalaten). Daarvan is in de visie van de rechtbank wel degelijk sprake geweest. Dat [naam gedaagde] – nadat duidelijk was geworden dat de AFM zou gaan ingrijpen – ook doende is geweest met onderzoek naar mogelijkheden om de onrechtmatige activiteiten anders te organiseren en/of elders onder te brengen, doet niet af aan het jegens de AFM onrechtmatige karakter van zijn handelen en de ernstige persoonlijke verwijtbaarheid. Indien [naam gedaagde] om louter bonafide redenen een herstructurering wenselijk achtte, was het niet noodzakelijk geweest om alle voor verhaal vatbare activa en het aanwezige eigen vermogen volledig aan de door hem bestuurde rechtspersoon te onttrekken. Dat was slechts noodzakelijk om verhaal door AFM op dat op illegale wijze verworven vermogen onmogelijk te maken.

4.7. [naam gedaagde] heeft voorts aangevoerd dat de AFM geen schade heeft geleden door zijn onrechtmatig handelen. In dat verband wijst [naam gedaagde] erop dat de door hem bestuurde vennootschap van meet af aan heeft gesteld en aangevoerd dat zij een boete niet zou kunnen betalen. Ook dit verweer faalt. Evident is dat Your Finance met de onrechtmatige activiteiten zoveel winst heeft gemaakt en een zodanig eigen vermogen had opgebouwd dat de vordering van de AFM daaruit zonder meer had kunnen worden voldaan, ook na aftrek van alle nadien in redelijkheid nog te maken kosten. Het eigen vermogen was van zodanige omvang dat de vraag of en in hoeverre sprake was van in de gegeven omstandigheden “redelijke” kosten niet eens behoeft te worden beantwoord. Dat verhaal niet meer mogelijk is, is een rechtsreeks gevolg van het handelen van [naam gedaagde] die ervoor heeft gezorgd dat alle activa aan de door hem bestuurde vennootschap werden onttrokken teneinde dat verhaal onmoge-

lijk te maken. Dat [naam gedaagde] mogelijk reeds in een vroeg stadium is begonnen met het treffen van voorbereidingen voor het onttrekken van activa aan de door hem bestuurde vennootschap, doet er niet aan af dat dit gelet op de op dat moment bij [naam gedaagde] reeds bestaande wetenschap onrechtmatig en persoonlijk ernstig verwijtbaar was. [naam gedaagde] heeft erop gewezen dat de door hem bestuurde vennootschap, ook als hij niet onrechtmatig jegens de AFM zou hebben gehandeld, kosten had moeten maken in het kader van de afbouw van bedrijfsactiviteiten. Die waren immers niet meer winstgevend nadat ze niet meer op onrechtmatige wijze konden worden gecontinueerd. De rechtbank acht dat niet relevant. Immers, indien [naam gedaagde] jegens de AFM niet onrechtmatig zou hebben gehandeld dan was er binnen de vennootschap meer dan voldoende vermogen aanwezig gebleven om de vordering van de AFM volledig te kunnen voldoen.

4.8. De visie van [naam gedaagde] dat er voor de door hem bestuurde vennootschap een verplichting bestond om reeds per december 2012 door middel van dividenduitkeringen, agioterugstorting en overdracht van activa haar vermogen weg te sluisen, acht de rechtbank onjuist en bovendien irrelevant. Dat destijds een dergelijke verplichting bestond blijkt niet uit de stukken die zijn overgelegd. Het valt ook niet in te zien waarom een bonafide bestuurder de door hem bestuurde vennootschap een dergelijke verplichting op zich zou laten nemen. Het ligt dan ook niet in de rede om, bij gebreke van overgelegd bewijs daaromtrent, aan te nemen dat een dergelijke verplichting werkelijk is ontstaan. En zou een dergelijke verplichting zijn ontstaan, dan moet, gelet op de vaststaande feiten, worden aangenomen dat die juist door [naam gedaagde] in het leven is geroepen met het oog op het onmogelijk maken van verhaal door de AFM. Reeds in mei 2011 moet voor [naam gedaagde] duidelijk zijn geweest dat sprake was van een illegaal verdienmodel. Het nadien doen van (of de verplichting aangaan toe het doen van) enorme dividenduitkeringen in de wetenschap dat daardoor vorderingen van derden niet meer zullen kunnen worden voldaan, levert jegens die derden onrechtmatig handelen op. Veelal zal dat de bestuurder tevens persoonlijk ernstig te verwijten zijn. Dit geldt niet alleen ten aanzien van crediteuren met opeisbare vorderingen, maar ook ten aanzien van crediteuren met

vorderingen waarvan duidelijk is dat deze opeisbaar zullen worden (zoals de vordering van de AFM), terwijl er als gevolg van deze dividenduitkeringen geen verhaal voor die vorderingen meer mogelijk zal zijn. Temeer geldt dat in de specifieke omstandigheden van dit geval. Hier zijn de weggesluisde gelden immers juist verworven door welbewust – naar mag worden aangenomen op basis van een afweging van kosten en risico's – zo lang mogelijk te blijven handelen in strijd met de regelgeving ter zake van de overtreding waarvan voorzienbaar een substantiële boete zou worden opgelegd. Juist het verhaal van die boete is door het wegsluizen van de gelden opzettelijk onmogelijk gemaakt. Ook het doen van dividenduitkeringen “met terugwerkende kracht” tot een in het verleden gelegen datum neemt uiteraard niet de onrechtmatigheid en de ernstige verwijtbaarheids weg, welke voortvloeien uit de wetenschap die de bestuurder heeft op het moment dat die dividenduitkeringen door hem worden geïnitieerd en/of hij daarmee instemt.

4.9. [naam gedaagde] heeft ook nog aangevoerd dat het de eigen keuze en verantwoordelijkheid van de AFM was om geen conservatoire of andere maatregelen te treffen om zeker te stellen dat zij het bedrag van de boete ooit ook daadwerkelijk zou kunnen innen. [naam gedaagde] heeft voorts aangevoerd dat hij in de periode dat die dividenduitkeringen zijn gedaan nooit aansprakelijk is gehouden of gesteld door de AFM en dat door de AFM ook nimmer is onderzocht of aan hem in privé een boete moest of kon worden opgelegd als feitelijke leidinggever. Wat er ook zij van die stellingen, ze brengen niet mee dat de AFM in de verhouding tot [naam gedaagde] eigen schuld kan worden verweten aan het ontstaan van de schade. Dat AFM mogelijk conservatoire maatregelen had kunnen treffen en dat zij mogelijk maatregelen tegen [naam gedaagde] persoonlijk had kunnen treffen, doet niet af aan de civielrechtelijke onrechtmatigheid van het handelen van [naam gedaagde] jegens de AFM en het hem persoonlijk treffende ernstig verwijt. Niet de AFM, maar [naam gedaagde] heeft de schade volledig veroorzaakt. Dat de AFM er niet eerder in is geslaagd om het [naam gedaagde] feitelijk onmogelijk te maken om via Your Finance consumenten te (blijven) benadelen, schade te veroorzaken en/of de mogelijkheid van verhaal voor de AFM te verwijderen, discolpeert uiteraard [naam gedaagde] niet.

4.10. Het door [naam gedaagde] gedane beroep op matiging van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding wordt eveneens verworpen. De aard van de aansprakelijkheid en de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en de overige omstandigheden van het geval rechtvaardigen geen beroep op matiging. Als juist is dat [naam gedaagde] thans in een deplorabele inkomens- en vermogenspositie verkeert, rechtvaardigt dat enkele feit nog geen beroep op matiging. In dit verband wijst de rechtbank erop dat in deze procedure geen inzicht is verstrekt in de ontwikkeling van de inkomens- en vermogenspositie van [naam gedaagde] in de loop van de tijd en de oorzaken van eventuele relevante wijzigingen in dat verband.

4.11. Op grond van het voorgaande is [naam gedaagde] jegens de AFM verplicht om de door haar als gevolg van zijn onrechtmatige daad geleden schade te vergoeden. Die schade is gelijk aan het door de AFM gevorderde bedrag. Alle overige door [naam gedaagde] aangevoerde argumenten leiden – voor zover al onderbouwd – niet tot een ander oordeel. Nu het hier een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad betreft, is de wettelijke rente over de schade verschuldigd vanaf het moment waarop de schade is geleden. De vorderingen zullen op grond van het voorgaande worden toegewezen.

4.12. AFM vordert [naam gedaagde] te veroordelen tot betaling van de beslagkosten. Deze vordering is gelet op het bepaalde in art. 706 Rv toewijsbaar. De beslagkosten worden begroot op in totaal (...; red.). AFM heeft wettelijke rente gevorderd over de beslagkosten. De wettelijke rente is toewijsbaar vanaf veertien dagen na het vonnis.

4.13. [naam gedaagde] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van AFM worden begroot op: (...; red.).

4.14. De gevorderde veroordeling in de nakosten is in het kader van deze procedure slechts toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan ook worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. verklaart voor recht dat [naam gedaagde] onrechtmatig jegens de AFM heeft gehandeld

wegens het onttrekken van activa aan Your Finance;

5.2. verklaart voor recht dat [naam gedaagde] aansprakelijk is voor de schade die de AFM heeft geleden uit hoofde van het onrechtmatige handelen van [naam gedaagde];

5.3. veroordeelt [naam gedaagde] om aan de AFM te betalen een bedrag van € 397.500,00 (driehonderdzevenennegentigduizend vijfhonderd euro), vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag met ingang van 17 juli 2018 tot de dag van volledige betaling;

5.4. veroordeelt [naam gedaagde] in de beslagkosten (...; *red.*);

5.5. veroordeelt [naam gedaagde] in de proceskosten (...; *red.*);

5.6. veroordeelt [naam gedaagde] in de na dit vonnis ontstane kosten (...; *red.*);

5.7. verklaart dit vonnis ten aanzien van de (kosten)veroordelingen in 5.3 t/m 5.6 uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Deze zaak is tamelijk uniek. Toezichthouder AFM vordert bij de burgerlijke rechter schadevergoeding van bestuurders van een onder haar toezicht staande kredietaanbieder vanwege het onbetaald blijven van een boete die aan deze kredietaanbieder is opgelegd door de AFM. De Rechtbank Rotterdam stelt de AFM in het gelijk. De bestuurder moet het boetebedrag bij wijze van schadevergoeding betalen omdat hij willens en wetens vermogen aan de instelling onttrokken heeft zodat zij haar verplichtingen (de opgelegde boete) niet kon nakomen.

2. Ik schets kort de feiten. Your Finance BV (hierna: Your Finance) hield zich bezig met het aanbieden van kredieten aan consumenten, waaronder kredieten met een looptijd van minder dan drie maanden. In de periode van 25 mei 2011 tot en met 21 februari 2012 bood zij consumenten zogenaamde Voorschotjes. Dit zijn flitskredieten met een maximumhoogte van € 150 en een looptijd van 21 dagen. Bij niet tijdige terugbetaling (uiterlijk 12.00 uur op de laatste dag van de looptijd) was een boete verschuldigd van € 17,50 die kon oplopen tot € 35. Bij spoedkrediet was nog eens € 25 extra verschuldigd. Bij een spoedkrediet van € 150 kon in het slechtste geval op de consument een terugbetalingsplicht van € 210 rusten.

3. Op 24 mei 2011 is de Nederlandse Implementatiewet van de Europese richtlijn inzake consumentenkrediet in werking getreden. Zie Richtlijn 2008/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2008 inzake kredietovereenkomsten voor consumenten en tot intrekking van Richtlijn 87/102/EEG van de Raad, *PbEU* L133/66 en *Stb.* 2011, 246. Hierdoor is de wettelijke uitzondering van het financiële toezicht inclusief vergunningplicht voor financiële diensten met betrekking tot krediet (waaronder krediet aanbieden) waarbij de kredietnemer de verschuldigde betalingen (aflossing, rente) binnen drie maanden nadat de geldsom ter beschikking is gesteld moet voldoen, beperkt. De uitzondering van art. 1:20 lid 1 aanhef en onder e Wft is vanaf 24 mei 2011 beperkt tot krediet waarbij slechts onbetekende kosten aan de consument in rekening worden gebracht.

4. De feiten in deze zaak zijn op te delen in drie onderwerpen. Ten eerste de vergunningplicht en de last hiertoe die door de AFM aan Your Finance is opgelegd. Ten tweede de boeteoplegging vanwege het zonder vergunning aanbieden van krediet. Tot slot het onttrekken van vermogen aan Your Finance door haar aandeelhouder.

5. De AFM heeft in de periode van 30 mei 2011 tot en met 12 oktober 2011 contact gehad met Your Finance om te melden dat Your Finance voor het verstrekken van Voorschotjes op grond van art. 2:60 Wft een vergunning nodig heeft. Your Finance komt geen beroep toe op de uitzondering art. 1:20 lid 1 aanhef en onder e Wft, omdat zij meer dan onbetekende kosten aan de kredietnemer in rekening bracht. Your Finance moet dus een vergunning aanvragen of haar business staken. Niettemin continueert zij de verkoop van Voorschotjes.

6. Vanaf 7 november 2011 zet de AFM het handhavingstraject in door schriftelijke aankondiging van haar voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom. Dit resulteert uiteindelijk in de ongegrondverklaring door de AFM van het bezwaar tegen haar lastbesluit op 7 juni 2012. De Rechtbank Rotterdam heeft op 17 januari 2013 het beroep tegen deze beslissing op bezwaar ongegrond verklaard. Zie Rb. Rotterdam 17 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9621. Parallel hieraan heeft Your Finance op 20 mei 2012 een vergunning aangevraagd, die haar op 8 november 2012 is verleend.

7. Hier blijft het echter niet bij. Vanwege de overtreding van art. 2:60 Wft door Your Finance in de periode 25 mei 2011 tot 21 februari 2012 legt de AFM op 31 december 2013 een bestuurlijke boete van € 2 miljoen op. De hoogte hiervan is afhankelijk van het genoten voordeel van het handelen in strijd met de wet door de overtreder, maar ook van diens balanstotaal en omzet. Bij de vaststelling van de hoogte van een boete houdt de AFM dus rekening met de draagkracht van de overtreder. De vermogenspositie en de omzet zijn hierbij relevante factoren. Zie Draagkrachttabel op p. 5 van het Boetetoemingsbeleid AFM. Dit beleid is een uitwerking van het algemene evenredigheidsbeginsel neergelegd in art. 5:46 Awb en specifiek in art. 4 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs). De AFM mocht hierbij rekening houden met het door dividenduitkeringen onttrokken vermogen, aldus de Rechtbank Rotterdam in haar ongegrondverklaringsoordeel van 3 december 2015. Zie Rb. Rotterdam 3 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8759.

8. Tot slot, het onttrekken van vermogen. Op 21 augustus 2013 hebben de volgende besluiten en transacties bij Your Finance plaatsgevonden. In een drietal aandeelhoudersbesluiten wordt tot dividenduitkering besloten ten laste van de agio-reserve voor een bedrag dat gelijk is aan de te verrekenen vordering van Your Finance op haar enig aandeelhouder Your Group Holding BV (YGH). Zodoende rust op de aandeelhouder geen verplichtingen meer jegens de vennootschap. Deze dividenduitkeringen zijn door de enige bestuurder van Your Finance goedgekeurd. Op dezelfde dag zijn ook alle activa en passiva van Your Finance, met uitdrukkelijke uitzondering van AFM boetes, overgedragen aan YGH. De door Your Finance verschuldigde koopsom is verrekend met een exact even hoge dividenduitkering. Per 31 mei 2017 is Your Finance ontbonden en heeft zij opgehouden te bestaan.

9. Wat nu met de boete? Allereerst is deze na (gedeeltelijk) succesvolle tussenuitspraak op 21 juni 2017 in hoger beroep bij het CbB door de AFM verlaagd naar € 397.500. Zie CbB 21 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:206, «JOR» 2017/238, m.nt. Nuijten. Kortom, een aanzienlijke boeteverlaging voor Your Finance. Bij einduitspraak van 17 juli 2018 wordt AFM niet-ontvankelijk verklaard wegens gebrek aan procesbelang omdat Your Finance niet langer bestaat. Zie CbB 17 juli 2018

ECLI:NL:CBB:2018:354. De boete blijft onbetaald. Is de slotsom van al haar inspanningen dan dat AFM met een onverhaalbare boetevordering blijft zitten? Neen.

10. De AFM wendt zich ook nu met succes tot de Rechtbank Rotterdam, team haven en handel deze keer. De vraag die de burgerlijke rechter moet beantwoorden is of de eerder genoemde bestuurder van Your Finance onrechtmatig heeft gehandeld jegens AFM.

11. Als grondslag voor haar vordering stelt de AFM dat de bestuurder door onverplichte dividenduitkeringen goed te keuren het hele vermogen heeft laten wegsluizen ondanks dat hij wist dat er een boete opgelegd was. Het bewuste doel hiervan was AFM de verhaalsmogelijkheid op het vermogen van Your Finance te ontnemen. De schade die AFM hierdoor lijdt is gelijk aan het boetebedrag.

12. De rechtbank toetst deze vordering terecht als gevaltype II Ontvanger Roelofsen. Bij het onbetaald en onverhaalbaar blijven van een vordering van een schuldeiser van de vennootschap geldt het volgende. Ter zake van deze schuldeisersbenadeling zal naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van de bestuurder (i) die namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt indien hem van deze benadeling een persoonlijk voldoende ernstig verwijt treft. Daarin is door de Hoge Raad als uitgangspunt genomen dat een bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt treft indien hij wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handwijze van de vennootschap tot voorzienbaar gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Zie HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, «JOR» 2007/38 (*Ontvanger/Roelofsen*).

13. Voor haar oordeel over het onrechtmatig handelen van de bestuurder jegens AFM hanteert de rechtbank een tweetrapsraket van twee opeenvolgende onrechtmatige handelingen.

14. Allereerst heeft de bestuurder "de door hem bestuurde (en beheerste) rechtspersoon heel bewust in strijd met het toepasselijk recht laten

handelen met het doel om met het onrechtmatige businessmodel zo lang als mogelijk (namelijk tot hem dit onmogelijk zou worden gemaakt) zo veel mogelijk geld te verdienen". Zie r.o. 4.4. De rechtbank verwerpt het verweer van de bestuurder dat hij het onrechtmatige karakter van die activiteiten niet kende. AFM heeft immers vanaf 30 mei 2011 Your Finance gewaarschuwd dat zij vergunningplichtig was. Zij moet zich er bewust van zijn geweest dat AFM tegen de voortzetting van het onrechtmatig handelen uiteindelijk zou optreden met een substantiële boete. Het feit dat zij uiteindelijk de vergunning heeft aangevraagd en deze verleend is, disculpeert Your Finance niet. De bestuursrechter heeft de boeteplegging in stand gehouden.

15. Over de verhaalsbenadeling voor AFM oordeelt de rechtbank als volgt. Het eigen vermogen van de door hem bestuurde rechtspersoon dat door de in paragraaf 14 omschreven op onrechtmatige wijze gegenereerde substantiële winsten is vergroot, is met medewerking van deze bestuurder aan het vermogen van deze rechtspersoon onttrokken door dividenduitkeringen en overdracht van vermogen met achterlating van de boeteschulden van de AFM. Volgens de rechtbank was het duidelijk dat hiermee verhaalsbenadeling van AFM werd beoogd. De rechtbank verwerpt het verweer dat de mogelijk lange duur voordat de onherroepelijkheid van de boete na rechterlijk oordeel vaststond aan de voorzienbaarheid van de schade afdoet. Dat de AFM geen verhaal voor de boetevordering heeft kunnen vinden, is louter te wijten aan de door de bestuurder bewerkstelligde betalingsonwil van Your Finance.

16. Het onrechtmatig handelen van de bestuurder valt in twee grondslagen onder te verdelen: I. de onrechtmatige voortzetting van de kredietverlening zonder vergunning; en II. de verhaalsbenadeling door vermogensonttrekking. De crux zit in de relativiteit. De eerste categorie – het in weerwil van art. 2:60 Wft zonder vergunning verstrekken van flitskrediet tegen zeer hoge kosten en boetetarieven aan consumenten – is mogelijk onrechtmatig ten opzichte van de kredietnemers. Volgens de rechtbank ligt het "gelet op de omvang van het aan iedere individuele consument toegebrachte nadeel niet in de rede dat die benadeelde consumenten individueel rechtsmaatregelen tegen Your Finance zouden treffen". Zie r.o. 4.4.

17. Nog daargelaten dat causaliteitskwesties (wat was de financiële toestand van de consument-kredietnemer indien Your Finance wel over een vergunning had beschikt en rechtmatig flitskrediet had verstrekt?) aan een succesvolle schadevergoedingsvordering de consument in de weg hadden kunnen staan, vraag ik mij af of deze uitvoerige beoordeling van de rechtbank noodzakelijk was. De norm van vergunningplicht strekt in ieder geval niet tot bescherming van de vermogensbelangen van AFM. Het is de vraag of de overwegingen van de rechtbank over de onrechtmatige voortzetting van de kredietverlening zonder vergunning niet overbodig zijn. Had de rechtbank niet kunnen volstaan met de vaststelling dat met het in kracht van gewijsde gaan van het boetebesluit van AFM, de schuld van Your Finance vaststond? De leer van de formele rechtskracht laat een hernieuwde beoordeling van de rechtmatigheid van deze boete door de burgerlijke rechter niet toe.

18. De tweede grondslag is voor de bestuurdersaansprakelijkheidsbeoordeling de enige doorslaggevende. Heeft de bestuurder met zijn handelen bewerkstelligd dat AFM geen verhaal kon nemen op het vermogen van Your Finance ter inning van de boeteschuld? De dividenduitkeringen en de overdracht van activa en passiva zijn immers handelwijzen van de vennootschap geweest die tot verhaalsbenadeling hebben geleid, niet het zonder vergunning verstrekken van flitskrediet aan consumenten. Weliswaar zijn de overwegingen van de rechter over dit laatste niet noodzakelijk voor vaststelling van de bestuurdersaansprakelijkheid, een succesvol hoger beroep acht ik niettemin niet kansrijk.

19. Het is voor AFM te hopen dat de bestuurder de schadeveroordeling van € 397.500 kan voldoen. Na vele procedures kan dan het dossier dicht; eind goed al goed.

prof. mr. T.M.C. Arons
hoogleraar Financieel recht en collectief verhaalsrecht, Universiteit Utrecht en legal counsel VEB

36

Economisch gerechtigde niet bevoegd tot instellen van enquêteverzoek

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

25 september 2020, nr. 200.280.503/01, ECLI:NL:GHAMS:2020:2522

(mr. Vink, mr. Wolfs, mr. Vetter, mr. drs. Boon RA, drs. Moolenaar)

Noot mr. Ph.W. Schreurs

Enquêteprocedure Exodus. Verzoekster verkeert in staat van faillissement en curator neemt geding niet over. Ontslag van instantie. Geen gelijkstelling met belang van aandeelhouder of certificaathouder in vennootschap. Niet-ontvankelijkheid.

[BW art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b; Fw art. 27]

Unius is in staat van faillissement verklaard. De curator heeft meegedeeld het geding niet over te zullen nemen. Op grond van art. 27 lid 2 Fw hebben Exodus en SeaVsat (waar het enquêteverzoek betrekking op heeft) dan het recht ontslag van de instantie te vragen. De OK zal dat verzoek inwilligen, nu voortzetting van de enquêteprocedure, ook buiten bezwaar van de boedel, voor Exodus en SeaVsat onnodig belastend zal zijn en niet is gebleken dat Unius in staat zal zijn aan een eventuele proceskostenveroordeling jegens Exodus en SeaVsat te voldoen.

In zijn arrest van 29 maart 2013, «JOR» 2013/166, m.nt. Doorman (Chinese Workers) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een enquête toekomt aan degenen aan wie deze bevoegdheid in de wet is verleend en dat de daartoe strekkende opsomming in art. 2:346 BW limitatief is. Volgens vaste rechtspraak brengt de strekking van het enquêterecht echter mee dat de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, welk belang in zoverre op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder,

voor de toepassing van art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b BW, dient te worden gelijkgesteld met aandeelhouders of certificaathouders.

Niet in geschil is dat aan [A] en StAK als certificaathouder respectievelijk aandeelhouder van Unius op grond van het bepaalde in art. 2:346 BW niet de bevoegdheid toekomt een verzoek in te dienen tot het instellen van een enquête bij Exodus en/of dochtervennootschap SeaVsat. De vraag is dan ook of [A] en StAK, als verschaffer van risicodragend kapitaal, een eigen economisch belang hebben in Exodus en/of SeaVsat dat in zoverre op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder als bedoeld in art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b BW.

De OK beantwoordt die vraag ontkennend. Daarbij is met name van belang dat Unius niet uitsluitend ten behoeve van StAK en [A] de aandelen in Exodus beheert, maar dat zij daarnaast ook zelf nog (ondernemings)activiteiten verricht. Zo is Unius tevens economisch eigenaar van het (voormalig) kantoorpand van SeaVsat en de woning van [A], heeft zij uit dien hoofde nog een aanzienlijke hypothecaire gedekte schuld aan Rabobank en bestaat tussen SeaVsat en Unius een rekening-courantverhouding op grond waarvan Unius blijkens het arrest van 3 september 2020 ten minste nog € 400.000 aan SeaVsat verschuldigd is. Unius heeft daarmee een eigen economisch belang bij haar aandeelhouderschap; dit geldt temeer nu zij in staat van faillissement is verklaard en de curator de failliete boedel dient te beheren en te vereffenen. Onder die omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat het economisch belang van [A] en StAK als verschaffers van risicodragend kapitaal, in dit geval op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder in Exodus (en SeaVsat).