

'fallout' van de niet verleende ontslagvergunningen en het faillissement. Inmiddels betwist het UWV niet langer dat Stebopa Montage van de groepsmaatschappijen last heeft gekregen om namens hen deze vordering te innen. Het UWV bestrijdt de vordering zelf wel. Op dit punt overweegt de rechtbank dat een onzorgvuldig besluit van het UWV jegens de aanvrager Stellingbouw niet automatisch een onrechtmatige daad jegens de andere groepsmaatschappijen oplevert. Daarvoor is nodig dat het UWV jegens die groepsmaatschappijen een norm heeft geschonden die strekt ter bescherming tegen de gestelde schade. Daarvan kan hier niet worden gesproken. Stebopa Montage heeft volstaan met de stelling dat 'de groepsmaatschappijen schade hebben geleden als gevolg van het faillissement dat is veroorzaakt door het gebrek aan saneringsmogelijkheden hetgeen een rechtstreeks gevolg is van het onrechtmatig handelen van het UWV'. Dat Stellingbouw door het niet verlenen van de ontslagvergunningen haar faillissement heeft moeten aanvragen, maakt echter nog niet dat alle schade (ook van derden) als gevolg van dat faillissement een rechtstreeks gevolg is – in de zin van het vereiste juridische causaal verband – van die weigering. Stebopa Montage maakt niet duidelijk welke concrete jegens de groepsmaatschappijen in acht te nemen norm het UWV zou hebben geschonden. Dat het UWV zich bij de beoordeling van de aanvraag van Stellingbouw ook de belangen van de groepsmaatschappijen moest aantrekken, is in dit verband ook niet concreet genoeg. De namens de groepsmaatschappijen gevorderde schadevergoeding is dan ook niet toewijsbaar.

4.13. Het voorgaande leidt tot de volgende beslissing. De zaak wordt naar de rol verwezen voor aktes. Eerst aan de kant van Stebopa Montage voor: (i) het aantonen van de proportionaliteit van de ontslagaanvragen (ii) mededeling wanneer de arbeidsovereenkomsten zouden zijn opgezegd als de ontslagvergunningen na het opvragen van nadere informatie over de proportionaliteit zouden zijn verleend en hoeveel pensioenpremie daarna nog had moeten worden betaald tot aan het faillissement (iii) een onderbouwing van de kosten van auto's en telefoons van de zaak over de periode vanaf het moment waartegen de arbeidsovereenkomsten, na nadere informatie over de proportionaliteit, hadden kunnen worden opgezegd tot aan het faillissement, waarbij wordt ingegaan op het feit dat de bewuste werknemers al waren vrijgesteld van werkzaamheden en (iv) onderbouwde mededeling welk deel van de gevorderde kosten van juridische bijstand betrekking heeft op de kantonprocedures. Het UWV zal op dit alles vervolgens bij antwoordakte mogen reageren.

5 De beslissing

De rechtbank

– verwijst de zaak naar de rol van 18 oktober 2017 voor akte aan de kant van Stebopa Montage als bedoeld in rov. 4.13, met vervolgens 4 weken later gelegenheid voor het UWV om een antwoordakte te nemen;

– houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. W.M. de Vries en in het openbaar uitgesproken op 20 september 2017.

RI 2017/103

RECHTBANK AMSTERDAM (VOORZIENINGEN-RECHTER)

21 juli 2017, nr. C/13/629290 / KG ZA 17-553
FB/MB

(Mr. F.B. Bakels)

Art. 843a Rv; art. 63a Wta

Ondernemingsrecht 2017/139

NJF 2017/498

ECLI:NL:RBAMS:2017:5236

Exhibitieplicht. Boetebesluit.

Moet de accountant een afschrift van het ongeanonimiseerde boetebesluit van de AFM aan de curatoren van de controlecliënt afgeven?

In 2012 heeft KPMG de geconsolideerde jaarrekening 2011 van Royal Imtech voorzien van een goedkeurende controleverklaring. In 2013 heeft Royal Imtech met instemming van KPMG de gedeponeerde geconsolideerde jaarrekening 2011 ingetrokken. In augustus 2015 is Royal Imtech failliet verklaard. Bij besluit van 16 maart 2016 heeft de AFM KPMG een boete opgelegd onder meer omdat KPMG als externe accountant volgens de AFM tekortgeschoten is in de controle van de geconsolideerde jaarrekening 2011 van Royal Imtech. De AFM heeft het boetebesluit gepubliceerd, met dien verstande dat het is geanonimiseerd en dat een groot aantal passages zwart (onleesbaar) is gemaakt. De curatoren wensen een ongeanonimiseerde versie van het boetebesluit met het oog op het instellen van vorderingen namens de schuldeisers tegen de bestuurders en commissarissen van Imtech, maar ook tegen KPMG die mogelijk de jaarrekeningen te lichtvaardig heeft goedgekeurd op tijdstippen dat toename van de verliezen redelijkerwijze al te verwachten viel.

Vzr.: Het boetebesluit is genomen in de context van de toezichtrelatie tussen KPMG en de AFM. Wat KPMG betreft is die toezichtrelatie niet op vrijwillige basis tot stand gekomen. Het is zowel in het belang van KPMG als in het algemeen

belang dat de AFM een juist en volledig inzicht in alle relevante feiten en omstandigheden van het geval krijgt. KPMG zal zich slechts vrij voelen alles naar voren te brengen wat naar haar mening van belang is, als dit door de AFM vertrouwelijk wordt behandeld. Art. 63a Wta bepaalt dat het de AFM verboden is vertrouwelijke gegevens of inlichtingen die op basis van de Wta zijn verkregen anders te gebruiken dan voor de uitvoering van zijn taak. Informatie die de AFM na de aan haar voorbehouden toetsing van de mate van vertrouwelijkheid welbewust aan de openbaarheid heeft onthouden, dient niet langs de weg van art. 843a Rv alsnog door derden te kunnen worden opgevraagd. Dat de curatoren namens Imtech (de controlecliënt) hebben ingestemd met openbaarmaking, maakt dat niet anders. Het gaat om het algemeen belang en het belang van KPMG.

Een beroep op de op handen zijnde wijziging van de Wta slaagt evenmin, nu de nieuwe regeling ook voorziet in de noodzakelijke ruimte voor het vertrouwelijk houden van bepaalde gegevens voor derden. Het wetsontwerp voorziet onder omstandigheden voor het delen van de voornaamste onderzoeksuitkomsten en daaronder valt niet het volledige boetebesluit.

Zie ook:

- Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3749, JOR 2014/200;
- Kamerstukken 34677, A: gewijzigd voorstel van wet inzake Wijziging van o.a. de Wet toezicht accountantsorganisaties en het BW in verband met het versterken van de governance van accountantsorganisaties (Wet aanvullende maatregelen accountantsorganisaties);
- Kamerstukken 33079, 3, p. 12: MvT: wetsvoorstel aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden.

Wenk:

In deze zaak gaat het om een door de AFM geanonimiseerde versie van een boetebesluit jegens een controlerend accountant. De vraag is of de curatoren van een controlecliënt van de accountant daarvan alsnog een ongeanonimiseerde versie bij die accountant mogen opvragen. Het belang van de curatoren is evident: met de inhoud van het rapport zullen zij vorderingen namens de schuldeisers tegen bestuurders, commissarissen en de accountant willen onderbouwen.

Toetsingskader: art. 843a Rv

Aan de vordering hebben de curatoren art. 843a Rv ten grondslag gelegd; de voorzieningenrechter heeft ook aan dat artikel getoetst. De eiser dient een rechtmatig

belang te hebben bij inzage van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn. Uiteraard dient de verweerder de bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting te hebben.

De toets

Dat KPMG over een ongeanonimiseerde versie van het boetebesluit beschikt, lijkt wel duidelijk. Het stuk is voldoende bepaald en het lijkt wel te zien op een rechtsbetrekking waarin de curatoren partij zijn, namelijk een vordering tot schadevergoeding wegens (buiten)contractuele aansprakelijkheid van de bestuurders, commissarissen en accountant. Blijft over de vraag of de curatoren een rechtmatig belang bij de inzage hebben.

Rechtmatig belang?

De eiser moet een concreet en direct belang bij het document hebben. Het document moet relevant voor de rechtspositie van de eiser zijn. Voldoende lijkt dat de eiser aannemelijk maakt dat hij mogelijk een onderliggende vordering heeft. Niet lijkt vereist dat – zoals in kort geding – de eiser voldoende aannemelijk maakt dat de onderliggende vordering slaagt.

De curatoren hebben – zo blijkt uit het vonnis – de documenten nodig 'met het oog op het instellen van vorderingen namens de schuldeisers tegen de bestuurders en commissarissen van Imtech, maar ook tegen KPMG zelf, die mogelijk de jaarrekeningen te lichtvaardig heeft goedgekeurd.' Kennelijk acht de voorzieningenrechter daardoor de mogelijkheid van een onderliggende vordering (voldoende) gegeven en zou geen sprake van een fishing expedition zijn.

Gewichtige redenen

In deze casus heeft de AFM het boetebesluit geanonimiseerd op grond van art. 63a Wta. De AFM is gehouden tot geheimhouding van vertrouwelijke gegevens en inlichtingen die zij voor de toepassing van de wet heeft gekregen. De ondertoezichtgestelde (KPMG) zal zich immers alleen vrij voelen volledige openheid van zaken te geven, indien hij erop mag vertrouwen dat de vertrouwelijke gegevens ook echt vertrouwelijk blijven. Dat vertrouwen wordt uiteraard ondermijnd, als derden met een beroep op de exhibitieplicht alsnog de vertrouwelijke gegevens kunnen verkrijgen. Hier lijkt de uitzondering van art. 843a lid 4 Rv van toepassing: als daarvoor gewichtige redenen bestaan, is degene tegen wie de vordering zich richt, niet gehouden aan de vordering te voldoen. De voorzieningenrechter vindt echter dat de geheimhouding aan het rechtmatig belang bij de vordering (art. 843a lid 1 Rv) in de weg staat. Al eerder heeft de Recht-

bank Amsterdam (in een vergelijkbaar geval van een boetebesluit) echter geoordeeld dat de geheimhoudingsplicht (toen art. 1:89 lid 1 Wft) aan de toewijzing van de vordering ex art. 843a Rv in de weg stond op grond van de uitzondering van lid 4 (Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3749). Toekomstige wetgeving (wetsvoorstel tot aanpassing van de exhibitieplicht, waarvan de behandeling stil ligt; zie ook) lijkt ook tot uitgangspunt te nemen dat geheimhouding voldoende is om afgifte en/of inzage te weigeren. De aanstaande wijziging van de Wta (art. 63c en 63cc) maakt – zoals ook de voorzieningenrechter oordeelt – niet mogelijk dat de ongeanonimiseerde versie van een boetebesluit zonder meer beschikbaar komt (zie ook).

Slot

Het algemeen belang van een efficiënt toezicht op accountants krijgt voorrang boven het bijzondere (financiële) belang van de gezamenlijke schuldeisers. Nu curatoren geacht worden zich bij het uitoefenen van hun taak ook maatschappelijke belangen tot op zekere hoogte aan te trekken, lijkt de uitkomst van de afweging minder bezwaarlijk.

(J.A. Stal)

Vonnis in de zaak van:

1. Jeroen Gerardus Princen,
 2. Paul Johann Peters,
- in hun hoedanigheid van curatoren in de faillissementen van de naamloze vennootschap
1. Royal Imtech N.V.,
 2. Imtech Capital B.V.,
 3. Imtech Group B.V.,
 4. Imtech Benelux Group B.V.,
 5. Imtech Neredland B.V.,
 6. Imtech UK Group B.V.,
 7. Imtech BPI B.V.,
 8. Imtech B.V.,
 9. Imtech Automation Solutions B.V.,
 10. Imtech Arbodeinst B.V.,
 11. Imtech Deutschland B.V.,
 12. Imtech SSC B.V.,
- te Rotterdam, eisers, adv.: mr. J.P.D. van de Klift te Rotterdam,
- tegen
- KPMG Accountants N.V., gedaagde, adv.: mrs. S.A.G. Hoogeveen en S.P. Kamerbeek te Amsterdam.

Voorzieningenrechter:

1. De procedure

Ter terechtzitting van 21 juni 2017 hebben de Curatoren gesteld en gevorderd overeenkomstig de in kopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding en akte vermeerdering van eis. KPMG heeft verweer gevoerd met conclusie tot wei-

gering van de gevraagde voorzieningen. Beide partijen hebben producties en een pleitnota in het geding gebracht.

Voorafgaande aan de zitting heeft KPMG verzocht de zaak (geheel, of bij het aan de orde komen van bepaalde onderwerpen gedeeltematig) achter gesloten deuren te behandelen, zich beroepend op artikel 27 lid 1, aanhef en onder d, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), waarin staat dat de rechter de deuren kan sluiten indien openbaarheid het belang van een goede rechtspleging ernstig zou schaden.

KPMG heeft ter toelichting op dit verzoek gesteld dat met name het openbaar worden van de inhoud van het dossier deel uitmakende Boetebesluit van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) ernstige schade zou kunnen toebrengen aan KPMG en/of aan haar controlecliënten. De curatoren hebben daartegen bezwaar gemaakt en een (geheel) openbare behandeling bepleit.

Het verzoek is afgewezen omdat openbaarheid van de zitting het uitgangspunt is – en sluiting van de deuren dus een uitzondering – en het door KPMG gestelde onvoldoende aanknopingspunten bevat om aan te nemen dat in dit geval openbaarheid indien openbaarheid het belang van een goede rechtspleging ernstig zou schaden. Daarbij is opgemerkt dat de Curatoren zich met betrekking tot het Boetebesluit dienen te beperken tot functionele opmerkingen zonder uitweidingen. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen, met dien verstande dat partijen te kennen hebben gegeven nog te willen overleggen over een mogelijke minnelijke regeling ten aanzien van de in de akte vermeerdering van eis gevorderde bescheiden. Bij fax van 7 juli 2017 heeft de raadsman van de Curatoren aan de voorzieningenrechter meegedeeld dat partijen over de vordering onder 1 a tot c van de akte vermeerdering eis overeenstemming hebben bereikt en dat deze vorderingen daarom worden ingetrokken. Vonnis over de overige vorderingen is bepaald op heden.

Ter zitting waren aanwezig:

aan de zijde van de Curatoren: mr. Princen, mr. Peters, mr. Van de Klift en mr. M. Pheijffer, onderzoeker;

aan de zijde van KPMG: mr. Hoogeveen, mr. Kamerbeek, mr. J.C. van Nass, bedrijfsadvocaat, A. en B., functie X. bij KPMG.

2. De feiten

2.1. Bij vonnis van de rechtbank Rotterdam van 13 augustus 2015 zijn de faillissementen uitgesproken van de in de kop van dit vonnis genoemde vennootschappen 1 tot en met 12. De Curatoren zijn in deze faillissementen tot curator benoemd. Ten tijde van de faillietver-

klaring werkten bij Imtech ongeveer 25.000 mensen.

2.2. Vanaf de oprichting van Royal Imtech N.V. in 1997 tot aan het faillissement is KPMG de controlerend accountant geweest van Royal Imtech en haar dochtervennootschappen (gezamenlijk ook: Imtech). Royal Imtech is de houdstermaatschappij van Imtech en was een beursgenoteerde onderneming.

De Imtech-groep was buiten Nederland ook actief in onder meer Polen en Duitsland op het gebied van elektrotechniek, ICT en werktuigbouw.

2.3. Op 14 februari 2012 heeft KPMG de geconsolideerde jaarrekening 2011 van Royal Imtech voorzien van een goedkeurende controleverklaring.

2.4. Op 4 februari 2013 heeft Imtech het publiek geïnformeerd dat haar Raad van Bestuur, mede gebaseerd op de controle door KPMG, een onderzoek instelt naar onregelmatigheden in Polen en dat een afwaardering van tenminste € 100 miljoen op Poolse projecten (waaronder AWW, Adventure World Warschau) wordt verwacht. Een dag later heeft Imtech het bericht naar buiten gebracht dat de CFO en de CEO van Imtech in Duitsland vanwege de problematiek in Polen, waarvoor zij volgens Imtech mede verantwoordelijk waren, de onderneming hebben verlaten.

2.5. Op 23 april 2013 heeft Imtech een reorganisatie aangekondigd. In het bericht daarover aan het publiek staat onder meer dat Imtech overweegt aangifte te doen in Polen en Duitsland in verband met handelingen die zouden kunnen worden gekwalificeerd als frauduleus of misleidend.

2.6. Op 24 april 2013 heeft Royal Imtech met instemming van KPMG de gedeponeerde geconsolideerde jaarrekening 2011 ingetrokken.

2.7. Op enig moment is de financiële informatie over 2011 in de geconsolideerde jaarrekening van 2012 herzien. KPMG heeft de jaarrekening 2012 op 18 juni 2013 van een goedkeurende verklaring voorzien.

2.8. Op 18 juni 2013 heeft Imtech in een persbericht de publicatie van een "Report to the Shareholders" aangekondigd. Daarin wordt aandacht besteed aan onregelmatigheden in Polen, Duitsland en Nederland.

2.9. In 2013 en 2014 hebben aandelenemissies ter zake van Imtech plaatsgevonden, van € 500 en € 600 miljoen.

2.10. Ook de geconsolideerde jaarrekeningen over 2013 en 2014 zijn voorzien van een goedkeurende verklaring van KPMG, de laatste op 18 maart 2015.

2.11. Op 7 oktober 2014 is een 'Settlement Agreement' (hierna: de Schikking) tot stand gekomen tussen KPMG en Royal Imtech 'relating to Claims against KPMG c.s. relating to

the financial services performed by KPMG c.s. for Imtech' waarin onder meer is afgesproken dat KPMG een bepaald bedrag betaalt aan de Vereniging voor Effectenbezitters (VEB). In de artikelen 4.1.3. en 4.1.4. van deze Agreement heeft Imtech zich verbonden geen tuchtklachten of andere vorderingen in te stellen tegen KPMG ter zake van de controlewerkzaamheden tot 4 februari 2013.

2.12. Bij besluit van 16 maart 2016 (hierna: het Boetebesluit) heeft de AFM KPMG een boete opgelegd van € 1.245.000 onder meer omdat KPMG als externe accountant volgens de AFM tekort geschoten is in de controle van de geconsolideerde Jaarrekening 2011, genoemd bij 2.3 en 2.6. Het Boetebesluit is inmiddels onherroepelijk. De AFM heeft het Boetebesluit gepubliceerd, met dien verstande dat het is geanonimiseerd en dat een groot aantal passages zwart (onleesbaar) is gemaakt.

2.13. In de periode vanaf 30 mei 2016 tot heden hebben de Curatoren met KPMG gecorrespondeerd, waarbij de Curatoren om afgifte van een groot aantal documenten hebben gevraagd, waaronder een ongeanonimiseerde versie van (delen van) het Boetebesluit. KPMG heeft ten dele wel, ten dele niet aan deze verzoeken voldaan (onder meer niet ten aanzien van het Boetebesluit).

2.14. In een brief van 30 mei 2016 hebben de Curatoren rechtstreeks aan de AFM om een ongeanonimiseerde versie van het Boetebesluit verzocht, voor het geval KPMG niet tot afgifte daarvan bereid zou zijn. Bij brief van 7 juni 2016 heeft de AFM aan de Curatoren meegedeeld dat het haar op grond van het bepaalde in artikel 63a eerste lid van de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta) niet is toegestaan de gevraagde informatie te verstrekken.

3. *Het geschil*

3.1. De Curatoren vorderen, na vermeerdering en vermindering van eis, om KPMG, op straffe van verbeurte van dwangsommen en met veroordeling van KPMG in de proceskosten (vermeerderd met de wettelijke rente daarover) en in de nakosten, te veroordelen om binnen één week na het te wijzen vonnis aan de Curatoren een afschrift te verstrekken van (i) de in de dagvaarding onder 94a tot en met 94c en (ii) de in de akte vermeerdering eis onder 1 d. en e. genoemde bescheiden.

3.2. De Curatoren hebben hun vorderingen, samengevat, als volgt toegelicht.

De vorderingen zijn met name gebaseerd op artikel 843a Rv. Aan alle in dit artikel genoemde voorwaarden is voldaan om KPMG tot afgifte van de gevorderde afschriften te verplichten. Daarnaast is KPMG als opdrachtnemer van Imtech ook op grond van artikel 7:403 Burgerlijk Wetboek (BW) gehouden om aan (de Curatoren van) Imtech afschriften van de adminis-

tratie af te geven. Het boedeltekort bij Royal Imtech bedraagt nu al ongeveer € 1.2 miljard en bij de dochtervennootschappen ongeveer € 730 miljoen. De Curatoren dienen de beschikking over de opgevraagde bescheiden te krijgen met het oog op het instellen van vorderingen namens de schuldeisers tegen de bestuurders en commissarissen van Imtech, maar ook tegen KPMG zelf, die mogelijk de jaarrekeningen te lichtvaardig heeft goedgekeurd, op tijdstippen dat toename van de verliezen redelijkerwijze al te verwachten viel. Dat de jaarrekening van 2011 geen getrouw beeld van de werkelijkheid gaf, staat inmiddels wel vast. Twijfel over het antwoord op de vraag of de jaarrekeningen over 2012 tot 2014 wél een getrouw beeld van de werkelijkheid gaven, is gerechtvaardigd. Het faillissement van Imtech is immers nog geen vijf maanden na goedkeuring van de jaarrekening over 2014 uitgesproken, aldus nog steeds de Curatoren.

3.3. KPMG voert verweer.

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

4. *De beoordeling*

4.1. Anders dan KPMG heeft betoogd, hebben de Curatoren bij hun vorderingen een spoedeisend belang. Weliswaar dateren de faillissementen van Imtech al van augustus 2015, maar gezien de omvang daarvan, zowel in financieel opzicht als wat betreft het aantal werknemers, is het begrijpelijk dat de Curatoren pas medio 2016 aan de slag konden gaan met het onderzoeken van de oorzaken van de faillissementen en van de handelwijze van de bestuurders, commissarissen en KPMG in dit verband. Niet kan worden gezegd dat de Curatoren onvoldoende voortvarend te werk zijn gegaan. Vanaf medio 2016 zijn zij al met KPMG in gesprek en hebben zij de volgens hen noodzakelijke documenten opgevraagd.

KPMG weigert echter een gedeelte daarvan te verstrekken.

4.2. Ook het verweer van KPMG dat de Schikking aan toewijzing van de vorderingen in de weg staat, zal niet worden gevolgd. De Curatoren hebben terecht aangevoerd dat de schuldeisers van Imtech, wier belangen mede in het geding zijn, geen partij zijn bij de Schikking. Bovendien betreft de Schikking alleen de periode tot 4 februari 2013, terwijl het onderzoek van de Curatoren zich ook uitstrekt tot de periode daarna. Het feit dat de Schikking is getroffen, is dan ook geen beletsel voor de toewijzing van de vorderingen. De vraag of de Schikking vernietigbaar is op de grond dat Imtech heeft gedwaald bij de totstandkoming daarvan (zoals de Curatoren hebben gesteld), behoeft daarom in dit kort geding geen beantwoording.

4.3. De Curatoren baseren hun vorderingen in de eerste plaats op artikel 843a Rv.

KPMG heeft betoogd dat geen plaats is voor toewijzing van de vorderingen op de voet van dit artikel omdat zij zich steeds coöperatief heeft opgesteld, transparantie heeft betracht en aan veel verzoeken tot het verstrekken van informatie en documenten van de Curatoren al heeft voldaan. Dat mag zo zijn, maar dat neemt niet weg dat de Curatoren nog een groot aantal documenten niet in hun bezit hebben, tot de afgifte waarvan KPMG niet bereid is. De vorderingen op grond van artikel 843a Rv zijn daarom niet op voorhand van belang ontbloot.

De Curatoren hebben in de dagvaarding onder 94 en in de vermeerdering eis onder A.1 gepreciseerd over welke bescheiden zij de beschikking wensen te krijgen. Daarop zal in het navolgende afzonderlijk worden ingegaan.

(i) De in de dagvaarding gevorderde bescheiden

1. *Het boetebesluit*

4.4. De AFM heeft bij de publicatie van de het Boetebesluit, na KPMG de gelegenheid te hebben gegeven te vermelden welke gegevens zij vertrouwelijk wenst te houden, een aantal passages onleesbaar gemaakt, naar mag worden aangenomen op de voet van artikel 63 a Wta. Aan verzoeken van de Curatoren om deze passages alsnog toegankelijk te maken, heeft de AFM niet voldaan.

De Curatoren vorderen daarom nu van KPMG onder meer een afschrift van de ongeanonimiseerde versie van (onderdelen van) het Boetebesluit.

4.5. Voorop staat dat het Boetebesluit is genomen in de context van de toezichtrelatie tussen KPMG en de AFM. Deze toezichtrelatie is wat betreft de onder toezicht gestelde partij, niet op vrijwillige basis tot stand gekomen.

Indien de AFM een onder toezicht gestelde partij, in dit geval KPMG, (kort gezegd) ter verantwoording roept, brengt het bijzondere (verdedigings)belang van de onder toezicht gestelde mee dat zij in het kader van het onderzoek naar haar handelwijze, alles naar voren kan brengen wat naar haar mening in haar belang is.

Ook het algemene belang is ermee gediend dat de toezichthouder tot zijn oordeel komt op grond van een juist en volledig inzicht in alle relevante feiten en omstandigheden van het geval. Daardoor wordt immers de kwaliteit verhoogd van het uitgeoefende toezicht, en van de oordeelsvorming door de toezichthouder. Ook het algemene belang is dus ermee gediend dat de onder toezicht gestelde partij de AFM voorziet van juiste en volledige informatie, tot het verschaffen waarvan artikel 51 van de Wta deze trouwens ook verplicht.

De onder toezicht gestelde partij kan zich slechts dan vrij voelen alles naar voren te brengen wat naar haar mening in haar belang is, als dit door de AFM vertrouwelijk wordt behandeld, indien en voor zover naar het oordeel van de AFM de aard van de verstrekte informatie daartoe aanleiding geeft.

4.6. In artikel 63 a van de Wta is in dit verband (dan ook) bepaald dat het een ieder die in het kader van die wet een taak vervult 'verboden (is) van vertrouwelijke gegevens of inlichtingen die ingevolge deze wet (...) zijn verstrekt of verkregen (...) verder of anders gebruik te maken dan voor de uitvoering van zijn taak of op basis van deze wet noodzakelijk is.' In lid 2 van dit artikel is bepaald dat de AFM niettemin van dergelijke gegevens mededeling kan doen, indien deze niet kunnen worden herleid tot afzonderlijke personen, accountantsorganisaties of auditkantoren.

4.7. KPMG heeft terecht aangevoerd dat informatie die de AFM, na de aan haar voorbehouden toetsing van de mate van vertrouwelijkheid van de verschafte gegevens, welbewust aan de openbaarheid heeft onthouden, niet langs de weg van artikel 843a Rv alsnog door derden, zoals de Curatoren, kan worden opgevraagd. Als het anders was, zou de wettelijke regeling van het toezicht door de AFM waarvan de vertrouwelijkheid mede een hoeksteen is (zie in 4.5), onaanvaardbaar worden doorkruist. Het voorgaande betekent dat de Curatoren geen rechtmatig belang in de zin van artikel 843a lid 1 Rv hebben bij hun hier bedoelde vordering. Bovendien zou bij toewijzing van die vordering ook het bepaalde in artikel 843a lid 3 Rv indirect worden doorkruist.

4.8. De Curatoren hebben nog betoogd dat de door de AFM in acht te nemen geheimhouding met name ziet op de belangen van de controlecliënten (de cliënten van de onderzochte accountant in dit geval) en dat dit hier niet aan de orde is, omdat de Curatoren namens Imtech instemmen met de openbaarmaking ervan.

Zoals in 4.5 uiteengezet, wordt met het waarborgen van vertrouwelijkheid binnen de toezichtrelatie echter niet alleen belang van de controlecliënt gediend, maar ook het algemene belang van een kwalitatief hoogwaardig toezicht. Ook dit betoog gaat daarom niet op.

4.9. De Curatoren hebben tevens een beroep gedaan op de ophanen wijziging van de Wta, waarin een verplichting zal worden geïntroduceerd voor accountantsorganisaties om in voorkomende gevallen de onderzoeksbevindingen van de AFM te delen met het auditcomité van de controlecliënt, indien deze een oob is (organisatie van openbaar belang). Zij hebben erop gewezen dat het van belang is dat ook de controlecliënt inzicht krijgt in eventueel tekortschieten van de accountant, van-

wege de bijzondere maatschappelijke waarde die wordt gehecht aan (wettelijke controle van) de jaarrekening.

Ook de nieuwe regeling biedt echter de noodzakelijke ruimte voor het vertrouwelijk houden van bepaalde gegevens voor derden. De Memorie van toelichting van het desbetreffende wetsvoorstel bevat daarover de volgende passage:

"Op grond van artikel 63a Wta geldt het uitgangspunt dat vertrouwelijke gegevens in de zin van de wet tussen de AFM en de accountantsorganisatie blijven, behoudens de gevallen waarin verstrekking is toegestaan op grond van de Wta. Gezien het belang van de onderzoeksbevindingen van de AFM wordt in dit wetsvoorstel een verplichting geïntroduceerd voor accountantsorganisaties om de voornaamste onderzoeksuitkomsten te verstrekken aan het auditcomité van de controlecliënt, indien de controlecliënt een oob is. Gekozen is voor een beperking tot het delen van bevindingen indien de controlecliënt een oob is, omdat een uitzondering op de bestaande geheimhoudingsbepalingen een ingrijpende maatregel is."

Uit dit citaat blijkt dat uitgangspunt blijft dat vertrouwelijke gegevens "tussen de AFM en de accountantsorganisatie blijven". Als uitzondering op dit uitgangspunt wordt de verplichting geïntroduceerd voor accountantsorganisaties om de voornaamste onderzoeksuitkomsten te verstrekken aan het auditcomité van de controlecliënt, indien de controlecliënt een oob is. Nog daargelaten dat deze wettelijke regeling thans nog geen rechtskracht heeft, gaat het ook in het wetsontwerp slechts om de 'voornaamste onderzoeksuitkomsten', en daaronder valt niet het volledige boetebesluit, met inbegrip van door de AFM zelf onleesbaar gemaakte passages. Ook deze verwijzing naar toekomstige wetgeving kan de Curatoren dus niet baten.

4.10. De door de Curatoren verlangde voorziening om in het bezit te worden gesteld van een afschrift van de ongeanonimiseerde versie van (onderdelen van) het Boetebesluit van de AFM, wordt dus geweigerd.

2. Bescheiden inzake de incidentmeldingen etc.

4.11. De Curatoren vorderen voorts afschrift van 'bescheiden inzake de incidentmeldingen, herstelmaatregelen en daarbij behorende bescheiden over de periode 2011-2013'. Deze vordering valt in drie delen uiteen:

1) de rapporten waarin KMPG na constatering van één of meer incidenten op de voet van artikel 33 Bta (Besluit toezicht accountantsorganisaties), de in de dagvaarding genoemde gegevens heeft vastgelegd;

2) de rapporten waarin KPMG, indien naar aanleiding van één of meer incidenten als herstelwerkzaamheden nieuwe of aanvullende controlewerkzaamheden zijn verricht op de voet van COS 230.13 (Controle en Overige Standaarden Accountancy), de in de dagvaarding genoemde gegevens heeft vastgelegd;

3) de twee incidentmeldingen van KPMG inzake Royal Imtech welke in 2013 zijn ingediend bij AFM.

4.12. Ten aanzien van de eerste twee onderdelen geldt dat het gevorderde te ruim en te algemeen, en daarmee te vaag is geformuleerd is om toegewezen te kunnen worden.

4.13. Met betrekking tot het onder 3) gevorderde verwijzen de Curatoren naar de twee concrete incidenten (onregelmatigheden) in Polen en Duitsland die KPMG bij de AFM heeft gemeld. Met betrekking tot deze incidentmeldingen hebben de Curatoren terecht gesteld dat deze voldoende zijn bepaald, en relevant zijn voor de beoordeling door de Curatoren van het handelen van bestuurders, commissarissen en KPMG, met het oog op eventuele aanspraken van Imtech en haar schuldeisers. In zoverre hebben de Curatoren bij de afgifte van (afschriften van) deze bescheiden een rechtmatig belang. Voorts is voldoende aannemelijk dat ook aan de overige in artikel 843a Rv gestelde eisen is voldaan. Anders dan KPMG heeft bepleit, kan niet op voorhand worden gezegd dat gewichtige redenen aan verstrekking van deze bescheiden in de weg staan. Weliswaar kan een accountantsorganisatie in beginsel niet worden gehouden een afschrift te verstrekken van rapporten van de eigen afdeling 'quality control', omdat zij zonder vrees voor openbaarmaking onderzoek moet kunnen doen en haar gedachten moet kunnen vormen, maar voorshands is niet aannemelijk dat dit ook geldt voor de incidentmeldingen zelf. Deze voorziening kan dan ook worden toegewezen. Voor het opleggen van een dwangsom bestaat onvoldoende grond, nu KPMG uitdrukkelijk heeft toegezegd een eventuele veroordeling vrijwillig te zullen nakomen.

3. Restcategorie bescheiden

4.14. Met betrekking tot de 'inhoudsopgaven van de enkelvoudige controledossiers 2011 van Imtech Polen en Imtech Duitsland', waarvan eveneens afschriften zijn gevorderd, heeft KPMG aangevoerd dat deze niet in haar bezit zijn. Anders dan de Curatoren hebben betoogd, is dit verweer niet op voorhand onaannemelijk. KPMG Polen en KPMG Duitsland zijn immers feitelijk en juridisch andere rechtspersonen dan KPMG. Voorts heeft niet KPMG, maar KPMG Polen en KPMG Duitsland, controle verricht op de jaarrekeningen van Imtech Polen en Imtech Duitsland. KPMG heeft dan ook terecht aangevoerd dat de Curatoren zich

voor afschrift van deze bescheiden dienen te wenden tot KPMG Polen en KPMG Duitsland.

4.15. De Curatoren hebben nog gesteld dat KPMG de beschikking over deze bescheiden moet hebben gehad, omdat anders de geconsolideerde jaarrekening niet deugdelijk gecontroleerd had kunnen worden. KPMG heeft daartegen ingebracht dat zij tijdens de controle in 2011 ter plaatse toegang heeft gehad tot de in Duitsland en Polen aanwezige controledossiers. Zij heeft deze dossiers echter nooit in haar eigen kantoor ter beschikking of onder haar berusting gehad.

Vooralsnog bestaat geen aanleiding om aan de juistheid van deze verklaring te twijfelen. En een eventuele verplichting op grond van artikel 843a Rv strekt niet zo ver dat deze meebrengt dat KPMG juridische stappen dient te ondernemen jegens KPMG Polen en Duitsland, om de desbetreffende stukken in bezit te krijgen.

4.16. Ook deze voorziening is daarom niet toewijsbaar.

4.17. Het "document inzake 'cash netting'" zit volgens KPMG niet in haar controledossier, is niet in haar bezit, en het is zelfs de vraag of het wel bestaat. Zij heeft medegegeeld ook buiten de controledossiers in haar mailservers te hebben gezocht, maar ook daarin een zodanig document niet te hebben aangetroffen.

De Curatoren hebben tegenover deze betwisting onvoldoende aannemelijk gemaakt dat het document dat zij bedoelen, daadwerkelijk bestaat en in het bezit is van KPMG. De enkele omstandigheid dat in andere documenten een verwijzing voorkomt die volgens de Curatoren ziet op het onderhavige stuk, is daartoe onvoldoende. Niet ondenkbaar is dat de aanduiding waarop Curatoren doelen, een verschrijving is, zoals KPMG stelt.

Overigens hebben de Curatoren onvoldoende toegelicht wat hun (rechtmatig) belang is bij afgifte van dit – al dan niet bestaande – stuk.

4.18. De zogenoemde 'COS-240' brief is inmiddels door KPMG aan de Curatoren verstrekt, zodat dit onderdeel van de vordering geen bespreking behoeft.

(ii) De bescheiden zijn vermeld in de akte vermeerdering van eis

4.19. Na intrekking van de vorderingen onder 1 a tot en met c, resteren de vorderingen tot het verstrekken van afschriften van

(d) de inhoudsopgaven van de controledossiers van Imtech Duitsland en Imtech Polen over de boekjaren 2012 tot en met 2014 en van (e) de inhoudsopgaven van de controledossiers van PBM over de boekjaren 2011-2014. Met betrekking tot de eerste vordering heeft KPMG hetzelfde verweer gevoerd als ten aanzien van de inhoudsopgaven van het controledossier 2011. Op grond van hetgeen is over-

wogen in 4.14 en 4.15 wordt dit onderdeel van de vordering ook ter zake van de boekjaren 2012-2014 afgewezen.

4.20. Ten aanzien van de controledossiers PBM (de Belgische financieringsmaatschappij PBM N.V., volgens de Curatoren een belangrijke financieringsmaatschappij van Royal Imtech), hebben de Curatoren in de dagvaarding gesteld daarvan afschrift te wensen 'met het oog op het later vragen van afgifte van relevante onderdelen uit die controledossiers'. Volgens hen zou PBM betrokken zijn geweest bij 'kasronpjes met Imtech Duitsland' om dividendbetalingen aan Royal Imtech mogelijk te maken. De curatoren hebben aldus onvoldoende geconcretiseerd op grond van welke specifieke feiten en omstandigheden is voldaan aan de in artikel 843a Rv gestelde voorwaarden voor het verplichting tot afgifte van deze bescheiden. Ook dit deel van de vordering zal daarom worden afgewezen.

4.21. Behalve op artikel 843a Rv, hebben de Curatoren ook een beroep gedaan op artikel 7:403 BW, op grond waarvan de opdrachtnemer tegenover zijn opdrachtgever verantwoording dient af te leggen van de wijze waarop hij zich van de opdracht heeft gekweten. Deze verplichting brengt mee dat KPMG inzicht zal moeten geven (aan Imtech, en na haar faillissement) aan de Curatoren in de inhoud van het accountantsdossier en alle redelijke vragen over haar werkzaamheden zal moeten beantwoorden. Tevens zullen zij, in de optiek van de curatoren, afschrift van alle relevante stukken in dit verband moeten verstrekken. Voorshands hebben de Curatoren echter onvoldoende aannemelijk gemaakt dat KPMG in de nakoming van deze verplichting is tekortgeschoten, mede in aanmerking genomen hetgeen in 4.5-4.7 is overwogen.

De tussen partijen betwiste vraag of KPMG zich in dit kader kan beroepen op het vervalbeding in artikel 13 van haar algemene voorwaarden, waarin staat dat alle vorderingsrechten en andere bevoegdheden van de opdrachtgever jegens de opdrachtnemer vervallen uiterlijk één jaar na het moment waarop de opdrachtgever daarmee bekend werd of redelijkerwijs bekend kon zijn, behoeft dus geen beantwoording.

Slotsom en kosten

4.22. Al het voorgaande leidt tot de slotsom dat de gevraagde voorzieningen, uitsluitend ten aanzien van de onder 4.13 genoemde bescheiden zullen worden toegewezen, en voor het overige zullen worden geweigerd.

4.23. Omdat partijen over en weer in het ongelijk zijn gesteld, zullen de kosten van dit geding tussen hen worden gecompenseerd.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. veroordeelt KPMG om binnen één week na betekening van dit vonnis aan de Curatoren een afschrift te verstrekken van de twee incidentmeldingen van KPMG inzake Royal Imtech welke in 2013 zijn ingediend bij AFM;

5.2. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.3. wijst het meer of anders gevorderde af;

5.4. compenseert de kosten van dit geding, aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Dit vonnis is gewezen door mr. F.B. Bakels, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. M. Balk, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 21 juli 2017.

RI 2017/104

RECHTBANK DEN HAAG (VOORZIENINGENRECHTER)

16 december 2016, nr. C/09/520687 / KG ZA 16-1311

(Mr. G.P. van Ham)

Art. 6:162 BW

ECLI:NL:RBDHA:2016:16681

Faillissement. Onrechtmatige concurrentie.

Wanneer is sprake van het op stelselmatische en substantiële wijze afbreuk doen aan het duurzaam bedrijfsdebet van een concurrent?

Tussen C en B bestaat een langdurige samenwerking. Bestuurder van B is de betrokkene 1. Op 31 augustus 2016 wordt gedaagde opgericht, met betrokkene 1 als bestuurder. Bij het opstarten van gedaagde wordt betrokkene 1 geholpen door betrokkene 2, die op projectmatige basis als zelfstandige werkzaam is geweest bij C. Een week na de oprichting van gedaagde, wordt C op 6 september 2016 in staat van faillissement verklaard. Vanaf dat moment benadert betrokkene 2, per e-mails verzonden vanaf een e-mailadres van gedaagde, voormalige klanten van C met het doel voor hen werkzaamheden te verrichten die voorheen door C werden verricht. Bij overeenkomst van 30 september 2016 verkoopt de curator van C het onderhanden werk, het klantenbestand en de goodwill van C aan eiseres. Bij dagvaarding van 2 november 2016 start eiseres een kort geding procedure tegen gedaagde. Daarin vordert zij dat gedaagde wordt verboden om bedrijfsinformatie van C te gebruiken alsmede om werkzaamheden te verrichten voor, opdrachten te aanvaarden van en aanbiedingen te doen aan klanten uit het klantenbestand van C. Tevens vordert eiseres dat gedaagde opgave doet van a) de door gedaagde