



253835 / HA ZA 02.2534

14 september 2005

IN NAAM DER KONINGIN!

2

RECHTBANK IN HET ARRONDISSEMENT AMSTERDAM**EERSTE MEERVOUDIGE CIVIELE KAMER****VONNIS**

in de zaak van

1. de vereniging VERENIGING BELANGENBEHARTIGING
COMMANDIETEN BEFRA,
gevestigd te Utrecht,
2. a. Hendrik ADEMA en
b. Petronella Wilhelmina Catherina Maria KOEHLER,
beiden wonende te Sneek, en
- 3 t/m 95. de overige eisers, genoemd in het gedeelte van de dagvaarding dat aan dit
vonnis is gehecht,
eisers,
procureur mr. G.W. Kernkamp, ✓

tegen

1. de stichting STICHTING AUTORITEIT FINANCIËLE MARKTEN,
gevestigd te Amsterdam,
procureur mr. H.J. Sachse,
2. de coöperatie COÖPERATIEVE RABOBANK KROMME RIJN U.A.,
gevestigd te Houten,
procureur mr. A. Volders,
3. de naamloze vennootschap FRIESLAND BANK SECURITIES N.V.,
gevestigd te Amsterdam,
procureur mr. C.M. Harmsen,
4. de naamloze vennootschap VAN DER HOOP EFFEKTENBANK N.V.,
gevestigd te Amsterdam,
procureur mr. G. Mosler,

5. de maatschap naar burgerlijk recht VAN RHIJN NOTARISSEN,
gevestigd te Zeist,
procureur mr. W.F. Hendriksen,
 6. F.G. BAKKER,
wonende te Zeist,
procureur mr. W.F. Hendriksen,
- g e d a a g d e n.

Eiseres sub 1 wordt hierna de Vereniging genoemd. Eisers sub 2 tot en met 95 worden hierna gezamenlijk Adema c.s. genoemd.

Gedaagden worden hierna gezamenlijk AFM c.s. genoemd en ieder afzonderlijk AFM, Rabobank, FBS, Van der Hoop, Van Rhijn en Bakker. Rabobank, FBS en Van der Hoop worden hierna gezamenlijk de Banken genoemd.

VERLOOP VAN DE PROCEDURE

De rechtbank is uitgegaan van de volgende processtukken en/of proceshandelingen:

- gelijkkluidende dagvaarding van 10 oktober 2002;
- gelijkkluidende hersteexploiten van 25 en 29 oktober 2002;
- akte overlegging produkties, met bewijsstukken;
- conclusie van antwoord, met bewijsstukken, van AFM;
- conclusie van antwoord, met bewijsstukken, van Rabobank;
- conclusie van antwoord, met bewijsstukken, van FBS;
- conclusie van antwoord, met bewijsstukken, van Van der Hoop;
- conclusie van antwoord van Van Rhijn en Bakker;
- conclusie van repliek, tevens akte wijziging van eis, met bewijsstukken;
- akte verzet wijziging van eis van Rabobank;
- rolbeschikking van deze rechtbank van 6 oktober 2004;
- conclusie van dupliek van AFM;
- conclusie van dupliek, met bewijsstukken, van Rabobank;
- conclusie van dupliek, met bewijsstukken, van FBS;
- conclusie van dupliek, met bewijsstukken, van Van der Hoop;
- conclusie van dupliek, met bewijsstukken, van Van Rhijn en Bakker;
- akte overlegging productie, met een bewijsstuk, van FBS;

- pleidooi dat gehouden is op 16 juni 2005, het daarvan opgemaakte proces-verbaal en de pleitnotities van de raadslieden.

GRONDEN VAN DE BESLISSING

Vaststaande feiten

1. Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet (voldoende) betwist, alsmede op grond van de in zoverre niet bestreden inhoud van overgelegde bewijsstukken, staat het volgende vast:
 - a. Bij notariële akte van 20 februari 1998 is door FRA Vermogensadvies B.V. (hierna: FRA Vermogensadvies) Stichting BeFra (hierna: BeFra) opgericht.
 - b. De akte is verleden ten overstaan van Bakker, die als notaris is verbonden aan Van Rhijn.
 - c. Artikel 2 van de statuten van BeFra luidt:
 - 1 De stichting heeft ten doel: het voeren van beheer over beleggingsvennootschappen en het adviseren op het gebied van vermogensplanning, en voorts al hetgeen met een en ander rechtstreeks of zijdelings verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin des woords.
 2. De stichting tracht haar doel onder meer te verwezenlijken door het optreden als beherend vennoot in commanditaire vennootschappen
 - d. Bij de oprichting is voor het eerst tot voorzitter van BeFra benoemd L.A. Niemantsverdriet (hierna: Niemantsverdriet) en tot penningmeester/secretaris FRA Vermogensadvies.
 - e. Niemantsverdriet was destijds als hoofd vermogensbeheer in dienst van FRA Raadgevers Associatie B.V. (hierna: FRA Raadgevers Associatie). Hij was eerder ter zake van overtreding van de effectenwet- en regelgeving door de strafrechter veroordeeld.
 - f. BeFra is met ieder van eisers sub 2, 3, 5 tot en met 10, 12, 14 tot en met 36, 38 tot en met 93 en 95 in persoon en met een besloten vennootschap van eisers 4, 13 en 37 een commanditaire vennootschap aangegaan en is met ieder van eisers sub 11 en 94 twee com-

manditaire vennootschappen aangegaan. Steeds was BeFra beherend vennoot en de betrokken eiser of besloten vennootschap stille vennoot. De genoemde eisers waren allen particuliere beleggers. BeFra had op grond van de vennootschapsovereenkomsten jegens de commanditaire vennootschappen recht op een vergoeding voor haar werkzaamheden als beherend vennoot.

- g. In tien gevallen is de akte van oprichting van de commanditaire vennootschap verleden ten overstaan van Bakker.
- h. Bij brief van 16 oktober 1998 heeft de rechtsvoorganger van AFM, de STE, voor zover hier van belang, aan BeFra geschreven:

Hierbij verklaart de Stichting Toezicht Effectenverkeer (STE) dat het hierna genoemde bedrijf (BeFra, *rechtbank*) op de datum van dit schrijven is ingeschreven in het register, dat de STE op grond van artikel 21 Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995) aanhoudt. Genoemde instelling is ingevolge artikel 10 Wte 1995 vrijgesteld van het in artikel 7, lid 1 Wte 1995 vervatte verbod om in of vanuit Nederland diensten als effectenbemiddelaar aan te bieden of te verrichten. De inschrijving betreft de categorie cliëntenremisiërs, aan wie in artikel 12 van de Vrijstellingsregeling Wet toezicht effectenverkeer 1995 vrijstelling wordt verleend van het vervatte verbod ex artikel 7, lid 1 Wte 1995. De desbetreffende remisiërs mogen activiteiten aanbieden voor zover deze strekken tot het aanbrengen van cliënten bij een effecteninstelling, die eveneens in het register is opgenomen of bij een beleggingsinstelling die is geregistreerd bij De Nederlandsche Bank N.V. of van de Wet toezicht beleggingsinstellingen is vrijgesteld. (. .).

Aan deze vrijstelling is het voorschrift verbonden dat artikel 24 van het Besluit toezicht effectenverkeer 1995 wordt nageleefd. Dit artikel stelt regels ten aanzien van de wijze van uitvoering van de activiteiten van de vrijgestelde.

- i. BeFra heeft bij Rabobank sinds 5 maart 1998 een betaalrekening ten name van BeFra en later nog in totaal 64 betaalrekeningen en 26 beleggingsrekeningen ten name van een commanditaire vennootschap gehouden. Alle rekeningen zijn geopend door BeFra, die als enige beschikkingsbevoegd was. Op/van deze rekeningen zijn onder meer direct of indirect gelden gestort door respectievelijk betaald aan een aantal commanditaire vennootschappen en/of hun stille vennoten en, voor wat de beleggingsrekeningen betreft, effectenportefeuilles ingebracht en effectentransacties verricht.
- j. BeFra heeft bij Van der Hoop een betaalrekening ten name van BeFra en in totaal 6 beleggingsrekeningen telkens ten name van een commanditaire vennootschap gehouden. De

eerste van die rekeningen, een beleggingsrekening, werd geopend op 24 augustus 1998.

Alle rekeningen zijn geopend door BeFra, die als enige beschikkingsbevoegd was. Op/van deze rekeningen zijn onder meer direct of indirect gelden gestort door respectievelijk betaald aan een aantal commanditaire vennootschappen en/of hun stille vennoten en, voor wat de beleggingsrekeningen betreft, effectenportefeuilles ingebracht en effectentransacties verricht. Op 21 december 1999 zijn BeFra en Van der Hoop een vermogensbeheerovereenkomst aangegaan, waarbij BeFra aan Van der Hoop heeft opgedragen om namens BeFra, voor haar rekening en risico en tegen vergoeding (een deel van) het vermogen van BeFra te beheren. Deze schriftelijke overeenkomst is op 5 januari 2000 door BeFra ondertekend.

- k. Op 31 maart 1999 zijn BeFra en FBS een vermogensbeheerovereenkomst aangegaan, waarbij BeFra aan FBS heeft opgedragen om voor haar rekening en risico en tegen vergoeding (een deel van) het vermogen van BeFra te beheren. Sindsdien heeft BeFra bij FBS een betaalrekening en een beleggingsrekening ten name van BeFra gehouden waarover alleen BeFra beschikkingsbevoegd was. Op/van deze rekeningen zijn onder meer direct of indirect gelden gestort door respectievelijk betaald aan een aantal commanditaire vennootschappen en/of hun stille vennoten en, voor wat de beleggingsrekening betreft, effectenportefeuilles ingebracht en effectentransacties verricht.
- l. Op 26 april 1999 heeft BeFra schriftelijk aan de STE gemeld dat zij "als beherend vennoot van diverse beleggingscommanditaire vennootschappen" een rekening heeft geopend bij FBS.
- m. Bij brief van 21 juni 1999 heeft de STE, voor zover hier van belang, aan BeFra geschreven:

U bent nu ook in ons register opgenomen als cliëntenremisier voor de onderstaande effecten- en/of beleggingsinstelling(en)

Wij verzoeken u, indien u deze nog niet aan ons heeft toegezonden, een kopie van de overeenkomst die u met de betreffende effecten- en/of beleggingsinstelling(en) bij wie u cliënten aanbrengt aan ons over te leggen.

Betreft: FBS

- n. BeFra heeft de bedoelde overeenkomst niet aan de STE overgelegd. BeFra is daarop door de STE niet aangesproken.
- o. Niemantsverdriet is in februari 2000 afgetreden als voorzitter van BeFra en met ingang van 1 maart 2000 vervangen door FRA Hold B.V.. Niemantsverdriet is in die tijd ook ontslagen door FRA Raadgevers Associatie.
- p. Bij brief van 24 februari 2000 heeft Rabobank haar relatie met BeFra opgezegd. Als belangrijkste redenen heeft zij daarvoor genoemd dat zij, gelet op de aangescherpte regelgeving en rechtspraak op het gebied van de zorgplicht van de bank en de door de bank in acht te nemen zorgvuldigheid, de risico's voor de particuliere beleggers die als commanditaire vennoot in de commanditaire vennootschappen deelnemen, niet acceptabel achtte wegens het toenmalige standpunt van de Hoge Raad dat een commanditaire vennootschap met één beherend vennoot geen afgescheiden vermogen heeft. Bovendien schreef Rabobank dat zij van mening was dat BeFra een vergunning diende te bezitten in het kader van de Wet toezicht beleggingsinstellingen. In de brief heeft Rabobank er voorts op gewezen dat BeFra niet de benodigde vergunning van de STE had voor het plaatsen van orders bij beleggingsinstellingen en dat de voorlichtingsbrochure van BeFra niet volledig en op sommige punten misleidend was.
- q. Bij brief van 13 april 2000 heeft de STE, voor zover hier van belang, aan BeFra geschreven dat zij het aanbieden van c.v.-constructies in strijd met artikel 7 Wet toezicht effectenverkeer 1995 achtte.
- r. Op 8 augustus 2000 is BeFra in staat van faillissement verklaard.
- s. De curator heeft op of omstreeks 24 juli 2001 bij wege van voorlopige faillissementsuitdeling tussentijds in totaal f 19.527.472,62 aan eisers sub 2, 3, 5 tot en met 12, 14 tot en met 36 en 38 tot en met 95 alsmede de besloten vennootschappen van eisers sub 4, 13 en 37 uitgekeerd. Bij de berekening van deze uitkering heeft de curator de vorderingen van voornoemde schuldeisers erkend, inclusief de aan hen door BeFra gegarandeerde rendementen. Het faillissementsactief is pro rato van de vorderingen aan eisers uitgekeerd onder aftrek van f 2.042.918,- aan faillissementskosten.

- t. In opdracht van de curator heeft de accountant P.J.A. de la Haye een onderzoek uitgevoerd naar BeFra en de commanditaire vennootschappen. Diens rapport, gedateerd 12 december 2001, houdt onder meer het volgende in, zakelijk weergegeven.
- Van BeFra is een beperkte hoeveelheid administratie aangetroffen, die onvolledig en niet betrouwbaar bleek. Van de commanditaire vennootschappen zijn eveneens onvolledige administraties aangetroffen, terwijl de aangetroffen periodieke rapportages en jaarrekeningen die ten behoeve van de commandieten zijn opgesteld zeer veel onjuistheden bevatten en niet als betrouwbaar te kenmerken zijn. Vaststelling van de omvang van de separate vermogens van BeFra en de commanditaire vennootschappen bleek niet mogelijk. Het was dan ook noodzakelijk een financiële reconstructie te maken. Tussen BeFra en de commanditaire vennootschappen enerzijds en Niemantsverdriet anderzijds hebben vele financiële transacties en wijzigingen van tenaamstelling van beleggingen plaatsgevonden, waarvan meestal niet duidelijk is waarom. Vanaf omstreeks maart 1999 werden de door commandieten ingelegde gelden veelal overgeboekt naar bankrekeningen van BeFra. In feite werden de rekeningen van de commanditaire vennootschappen bij Rabobank alleen gebruikt om de gelden door te storten naar rekeningen bij andere (effecten)banken op naam van BeFra. Verder is vanaf de Rabobankrekening van BeFra totaal f 1.085.000,- overgemaakt naar privérekeningen van Niemantsverdriet. Ook zijn er diverse contant geldopnames gedaan bij Rabobank. Niemantsverdriet heeft inmiddels f 765.000,- teruggestort (in de boedel).
- Uit de aangetroffen administratie is, behoudens enkele uitzonderingen, niet gebleken dat commandieten bankafschriften en/of effectenopgaven hebben ontvangen. Maandelijkse vermogensoverzichten en jaarrekeningen ten behoeve van de commandieten zijn tot januari 2000 aangetroffen, daarna zijn ze blijkbaar niet meer opgesteld. Niet vastgesteld kan worden dat alle commandieten de maandelijkse vermogensoverzichten hebben ontvangen. Van een groot deel van de betrokken commanditaire vennootschappen zijn de inleg, bij- en terugstortingen met redelijke mate van zekerheid vastgesteld. Op grond van de mutaties is een fictief rendement gebaseerd op de AEX-index berekend. Het saldo van de inbreng, terugstortingen en het berekende fictieve rendement is, zo schrijft De la Haye, veelal aangemerkt als de vordering van de desbetreffende commandiet.
- u. Niemantsverdriet is bij vonnis van deze rechtbank van 7 augustus 2003 ter zake van overtreding van een voorschrift, gesteld bij artikel 7 lid 1 Wte 1995, opzettelijk begaan door een rechtspersoon, terwijl hij feitelijk leiding heeft gegeven aan de verboden gedraging,

meermalen gepleegd, valsheid in geschrifte, meermalen gepleegd, en verduistering gepleegd door hem die het goed uit hoofde van zijn persoonlijke dienstbetrekking onder zich heeft, meermalen gepleegd, veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van vijftien maanden, waarvan vijf voorwaardelijk, met een proeftijd van twee jaar. Tegen dat vonnis is geen hoger beroep ingesteld.

- v. Artikel 2 van de statuten van de Vereniging, die is opgericht bij notariële akte van 2 november 2000, luidt:

1 De vereniging heeft ten doel: het voor en namens de leden van de vereniging gezamenlijk (doen) uitoefenen van hun rechten als schuldeiser van Stichting BeFra, waaronder begrepen, het in en buiten rechte als eisende partij voeren van procedures, het treffen van conservatoire of spoedeisende maatregelen en het treffen van dadingen en schikkingen, en voorts al hetgeen met één of ander rechtstreeks of zijdelings verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin des woords. De vereniging heeft uitdrukkelijk mede ten doel het vernichten van een inventarisatie met betrekking tot de rechten en verplichtingen van Stichting BeFra alsmede met betrekking tot de rechten van de leden jegens Stichting BeFra.

2. De vereniging tracht haar doel ondermeer te bereiken door: het inschakelen van externe deskundigen ter uitoefening van de in lid 1 bedoelde rechten van leden, en voorts door het aanwenden van alle andere wettige middelen welke voor het bereiken van het gestelde doel nuttig of nodig worden geacht.

- w. Adema c.s. zijn allen lid van de Vereniging, en hebben daarnaast de Vereniging volmacht verleend tot het voor en namens hen uitoefenen van hun rechten jegens derden, voor zover deze rechten op enigerlei wijze verband houden met de schade die zij hebben geleden c.q. lijden als gevolg van het feit dat BeFra haar verplichtingen jegens hen niet of niet behoorlijk is nagekomen.

- x. In het kader van een op verzoek van de Vereniging door deze rechtbank gehouden voorlopig getuigenverhoor zijn medewerkers van de STE, AFM, FBS en Van der Hoop gehoord.

Vorderingen

2. Eisers vorderen, na wijziging van eis, bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,

primaar op vordering van de Vereniging als procesgevolmachtigde van Adema c.s. en subsidiar op vordering van Adema c.s.

I.a. te verklaren voor recht dat AFM onrechtmatig heeft gehandeld jegens Adema c.s. door de in de dagvaarding sub 3.1 omschreven handelwijze;

I.b. te verklaren voor recht dat Rabobank onrechtmatig heeft gehandeld jegens Adema c.s., althans jegens de in de conclusie van repliek sub 5.16 genoemde eisers sub 1 tot en met 23, 25 tot en met 38, 40 tot en met 47, 49 tot en met 76, 78 tot en met 92, 94 en 95, door de in de dagvaarding sub 3.2 en de in de conclusie van repliek sub 6.15 en 6.16 omschreven handelwijze;

I.c. te verklaren voor recht dat FBS onrechtmatig heeft gehandeld jegens Adema c.s., althans jegens de in de conclusie van repliek sub 5.16 genoemde eisers sub 1, 5, 6, 10 tot en met 14, 16, 18, 21 tot en met 23, 26 tot en met 32, 37, 40 tot en met 44, 47, 49 tot en met 52, 54, 58, 60, 61, 64, 65, 67, 70 tot en met 73, 75, 76, 79, 80, 82, 87, 90, 92 en 94 en 95, door de in de dagvaarding sub 3.3 omschreven handelwijze;

I.d. te verklaren voor recht dat Van der Hoop onrechtmatig heeft gehandeld jegens Adema c.s., althans jegens de in de conclusie van repliek sub 5.16 genoemde eisers sub 4, 7, 8, 10, 14, 20, 27, 41, 48, 51, 56, 60, 63, 68, 74, 75, 81, 85, 89, 91, 93 en 95, door de in de dagvaarding sub 3.4 en in de conclusie van repliek sub 6.16 omschreven handelwijze;

I.e. te verklaren voor recht dat Van Rhijn, althans Bakker, onrechtmatig heeft gehandeld jegens Adema c.s. en voorts toerekenbaar zijn tekortgeschoten in de nakoming van hun contractuele verplichtingen jegens eisers sub 4, 5, 11, 13, 22, 37, 40, 48, 75 en 79 door de in de dagvaarding sub 3.5 omschreven handelwijze;

II.a. te verklaren voor recht dat ieder van AFM c.s. hoofdelijk aansprakelijk is voor de gehele door Adema c.s. als gevolg van de sub I.a tot en met I.e bedoelde handelwijzen van AFM c.s. geleden schade, per eiser te begroten, althans

II.b. te verklaren voor recht:

- dat Van Rhijn, althans Bakker, aansprakelijk is voor de door Adema c.s. als gevolg van de sub I.e bedoelde handelwijze geleden schade voor zover deze schade is toe te rekenen aan het handelen van (naar de rechtbank begrijpt) Van Rhijn, althans Bakker, in de periode van 20 februari 1998 tot 5 maart 1998, per eiser te begroten;

- dat Van Rhijn, althans Bakker, tezamen met Rabobank hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door Adema c.s. als gevolg van de sub I.b en I.e bedoelde handelwijzen geleden schade voor zover deze schade is toe te rekenen aan het handelen van deze gedaagden in de periode van 5 maart 1998 tot 24 augustus 1998, per eiser te begroten;

- dat Van Rhijn, althans Bakker, en Rabobank tezamen met Van der Hoop hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door Adema c.s. als gevolg van de sub I.b, I.d en I.e bedoelde handelwijzen geleden schade voor zover deze schade is toe te rekenen aan het handelen van deze gedaagden in de periode van 24 augustus 1998 tot 16 oktober 1998, per eiser te begroten;

- dat Van Rhijn, althans Bakker, Rabobank en Van der Hoop, tezamen met AFM, hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door Adema c.s. als gevolg van de sub I.a, I.b, I.d en I.e bedoelde handelwijzen geleden schade voor zover deze schade is toe te rekenen aan het handelen van deze gedaagden in de periode van 16 oktober 1998 tot 31 maart 1999, per eiser te begroten;

- dat ieder van AFM c.s. hoofdelijk aansprakelijk is voor de door Adema c.s. als gevolg van de sub I.a tot en met I.e bedoelde handelwijzen geleden schade voor zover deze schade is toe te rekenen aan het handelen van AFM c.s. in de periode vanaf 31 maart 1999, per eiser te begroten;

II.c. althans te verklaren voor recht dat AFM c.s. aansprakelijk zijn voor de door Adema c.s. als gevolg van de sub I.a tot en met I.e bedoelde handelwijzen van AFM c.s. geleden schade, per eiser en per gedaagde te begroten, althans

II.d. te verklaren voor recht dat AFM respectievelijk Van Rhijn, althans AFM respectievelijk Bakker, aansprakelijk zijn voor de door Adema c.s. als gevolg van de sub I.a respectievelijk sub I.e bedoelde handelwijzen van deze gedaagden geleden schade, per eiser en per gedaagde te begroten,

alsmede voor recht te verklaren dat Rabobank respectievelijk FBS respectievelijk Van der Hoop aansprakelijk zijn voor de door de in het petitum sub I.b respectievelijk sub I.c respectievelijk sub I.d telkens in het tweede gedeelte (na het woord "althans") genoemde door eisers geleden schade, per eiser en per gedaagde te begroten;

in alle gevallen met veroordeling van AFM c.s. om aan de genoemde eisers de door hen als gevolg van de handelwijze van AFM c.s. geleden schade te vergoeden, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, te vermeerderen met de wettelijke rente over het vast te stellen schadebedrag vanaf 10 oktober 2002;

III. ieder van AFM c.s. hoofdelijk te veroordelen tot betaling van een voorschot op de door eisers gemaakte buitengerechtelijke kosten van € 100.000,00;

IV. ieder van AFM c.s. te veroordelen in de kosten van deze procedure;

meer subsidiair op vordering van de Vereniging op de voet van artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek (BW)

I.a. te verklaren voor recht dat AFM onrechtmatig heeft gehandeld jegens Adema c.s. door de in de dagvaarding sub 3.1 omschreven handelwijze;

I.b. te verklaren voor recht dat Rabobank onrechtmatig heeft gehandeld jegens Adema c.s., althans jegens de in de conclusie van repliek sub 5.16 genoemde eisers sub 1 tot en met 23, 25 tot en met 38, 40 tot en met 47, 49 tot en met 76, 78 tot en met 92, 94 en 95 door de in de dagvaarding sub 3.2 en de in de conclusie van repliek sub 6.15 en 6.16 omschreven handelwijze;

I.c. te verklaren voor recht dat FBS onrechtmatig heeft gehandeld jegens Adema c.s., althans jegens de in de conclusie van repliek sub 5.16 genoemde eisers sub 1, 5, 6, 10 tot en met 14, 16, 18, 21 tot en met 23, 26 tot en met 32, 37, 40 tot en met 44, 47, 49 tot en met 52, 54, 58, 60, 61, 64, 65, 67, 70 tot en met 73, 75, 76, 79, 80, 82, 87, 90, 92 en 94, door de in de dagvaarding sub 3.3 omschreven handelwijze;

I.d. te verklaren voor recht dat Van der Hoop onrechtmatig heeft gehandeld jegens Adema c.s., althans jegens de in de conclusie van repliek sub 5.16 genoemde eisers sub 4, 7, 8, 10, 14, 20, 27, 41, 48, 51, 56, 60, 63, 68, 74, 75, 81, 85, 89, 91, 93 en 95, door de in de dagvaarding sub 3.4 en in de conclusie van repliek sub 6.16 omschreven handelwijze;

I.e. te verklaren voor recht dat Van Rhijn, althans Bakker, onrechtmatig heeft gehandeld jegens Adema c.s. en voorts toerekenbaar tekortgeschoten zijn in de nakoming van hun contractuele verplichtingen jegens eisers sub 4, 5, 11, 13, 22, 37, 40, 48, 75 en 79 door de in de dagvaarding sub 3.5 omschreven handelwijze;

II. ieder van AFM c.s. hoofdelijk te veroordelen tot betaling van een voorschot op de door eisers gemaakte buitengerechtelijke kosten van € 100.000,00;

III. ieder van AFM c.s. te veroordelen in de kosten van deze procedure.

Ontvankelijkheid Vereniging

3. De primaire vorderingen zijn ingesteld door de Vereniging als procesgevolmachtigde van Adema c.s. De ontvankelijkheid van de Vereniging in deze vorderingen is, na de eiswijziging bij repliek, door Rabobank betwist. Rabobank voert daartoe aan dat de Vereniging hier niet als procesgevolmachtigde kan optreden in een collectieve actie, aangezien zij met haar vorderingen artikel 3:305a lid 3 van het Burgerlijk Wetboek (BW) omzeilt. In dat artikel wordt een collectieve actie strekkende tot schadevergoeding uitgesloten. Voorts voert Rabobank aan dat de aan de Vereniging verstrekte volmachten van Adema c.s. ontoereikend zijn.

Rabobank wordt in dit verweer niet gevolgd. Om te beginnen verhindert geen rechtsregel partijen in het algemeen om zich in rechte door een ander te laten vertegenwoordigen. Verder is de ratio van artikel 3:305a BW dat schadevergoeding moet worden uitgekeerd aan personen die deze schade hebben geleden en dat er technisch-juridische problemen kunnen ontstaan indien een collectieve actie tot schadevergoeding zou worden toegewezen. Die problemen zijn in de onderhavige procedure niet te verwachten, aangezien bij toewijzing van de primaire vorderingen, die ertoe strekken dat voor recht wordt verklaard dat een of meer gedaagden onrechtmatig hebben gehandeld jegens een of meer van eisers sub 2 tot en met 95 en schadeplichtig zijn, vervolgens in een schadestaatprocedure door die individuele eisers de schade van de gedaagden kan worden gevorderd. De inhoud van de volmachten (zie hiervoor onder 1.w) acht de rechtbank, anders dan Rabobank, toereikend voor het optreden van de Vereniging in dit geding namens Adema c.s..

Dit betekent dat de primaire vorderingen hierna zullen worden beoordeeld.

Ontvankelijkheid ten aanzien van eisers sub 4, 13 en 37

4. De Vereniging c.s. hebben niet weersproken dat eisers sub 4, 13 en 37 niet in persoon commanditaire vennootschappen met BeFra zijn aangegaan, maar dat dat hun besloten vennootschappen zijn geweest. Gesteld noch gebleken is dat de Vereniging of eisers sub 4, 13 en 37, niettemin, een zelfstandig belang hebben bij de vorderingen ten aanzien van hen. De Ver-

eniging zal dan ook ten aanzien van eisers sub 4, 13 en 37 in de vorderingen niet-ontvankelijk worden verklaard.

Eisers sub 2, 3, 5 tot en met 12, 14 tot en met 36 en 38 tot en met 95 worden hierna de stille vennoten genoemd.

De stellingen van de Vereniging

5. De verwijten van de Vereniging kunnen in het kort als volgt worden samengevat.

BeFra is niet alleen opgetreden als cliëntenremisier- waarvoor zij een vrijstelling krachtens de Wte had - maar ook als orderremisier en als vermogensbeheerder, terwijl zij daarvoor niet over de in artikel 7 Wte vereiste vergunning beschikte. De Banken hebben in strijd met het voorschrift van het toenmalige artikel 25 van de Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1995 (NR-1995), thans artikel 41 van de Nadere Regeling toezicht effectenverkeer (NR-1999) effectenorders van BeFra uitgevoerd en vermogensbeheer op zich genomen, en hebben daarmee onrechtmatig jegens de stille vennoten gehandeld.

De Banken hebben volgens de Vereniging voorts niet aan hun bijzondere zorgplicht, zoals opgenomen in (het huidige) artikel 28 lid 1 van de NR-1999, voldaan omdat zij geen onderzoek hebben ingesteld naar de financiële positie en kennis en ervaring van de stille vennoten. Verder hebben de Banken in strijd met hun verplichtingen de door de stille vennoten ingelegde bedragen veelal niet gescheiden per commanditaire vennootschap geadministreerd, maar aangehouden of doorgeboekt op verzamelrekeningen ten name van BeFra. Hierdoor is het niet meer mogelijk nog vast te stellen welke tegoeden aan welke commanditaire vennootschap toebehoren. Deze overboekingen vonden ook plaats tussen de diverse BeFra-rekeningen die bij de verschillende banken werden aangehouden, zodat gelden van commanditaire vennootschappen terechtgekomen zijn op bankrekeningen van BeFra bij een andere bank dan waar de commanditaire vennootschap haar rekening aanhield.

Doordat gelden van de commanditaire vennootschappen werden aangehouden op BeFra-rekeningen, konden BeFra, c.q. Niemantsverdriet, zonder dat de stille vennoten dat konden waarnemen, aanzienlijke bedragen aan de vermogens van de commanditaire vennootschappen ten eigen bate onttrekken en hebben zij zulks ook gedaan. De Vereniging houdt de Banken aansprakelijk voor de schade die de stille vennoten dientengevolge geleden hebben.

De Vereniging houdt ook AFM voor de schade van de stille vennoten aansprakelijk, omdat AFM haar toezichthoudende taak heeft verzaakt en de schade voorkomen had kunnen worden indien AFM eerder had ingegrepen, zoals van haar verwacht had mogen worden.

Van Rhijn en Bakker worden door de Vereniging aansprakelijk gehouden, omdat Bakker als notaris BeFra geadviseerd heeft en omdat hij heeft meegewerkt aan de oprichting van (een aantal van) de commanditaire vennootschappen en nagelaten heeft om de desbetreffende stille vennoten te waarschuwen voor de gevaren van de CV-constructie.

De rechtbank gaat hierna nader in op hetgeen partijen over en weer nog verder hebben aangevoerd met betrekking tot de individuele positie van ieder der gedaagden.

De beoordeling van het geschil

6. De rechtbank zal eerst onderzoeken of de Banken gehandeld hebben in strijd met artikel 41 NR-1999, respectievelijk artikel 25 NR-1995, doordat zij met BeFra in zee zijn gegaan voor effectentransacties en/of vermogensbeheer, terwijl BeFra niet beschikte over de daarvoor voorgeschreven vergunning ex artikel 7 Wte.

Het staat vast dat Rabobank op instructie van BeFra effectentransacties heeft uitgevoerd en dat Van der Hoop en FBS vermogensbeheerovereenkomsten met BeFra zijn aangegaan. Deze activiteiten zijn vergunningsplichtig ex artikel 7 Wte.

De rechtbank verwerpt het standpunt van de Banken, dat BeFra haar opdrachten niet namens derden gaf, maar als beherend vennoot van de commanditaire vennootschappen, dus in feite voor eigen rekening. BeFra handelde bedrijfsmatig op grote schaal als beherend vennoot voor een groot aantal verschillende commanditaire vennootschappen met geld van derden (de stille vennoten) en ontving daar vergoedingen voor. Dat was de Banken bekend. Die positie valt binnen de reikwijdte van de definitie van een effectenbemiddelaar, zoals opgenomen in artikel 1 onder b Wte.

De rechtbank oordeelt verder dat BeFra bij het sluiten van de vermogensbeheerovereenkomsten met Van der Hoop en FBS, als vermogensbeheerder in de zin van artikel 7, respectievelijk artikel 1 onder c Wte optrad. Het (gedeeltelijk) uitbesteden van vermogensbeheer aan derden, is als een zelfstandige daad van vermogensbeheer te beschouwen, nu BeFra bepaalt aan wie, in welke omvang en met welk profiel en onder welke condities het beheer dient

plaats te vinden en nu BeFra hierbij bedrijfsmatig voor een groot aantal commanditaire vennootschappen optrad.

De rechtbank verwerpt het door Van der Hoop en FBS gevoerde verweer, dat zij er uit telefonische navraag bij AFM op mochten vertrouwen dat voor de door BeFra toegepaste constructie geen vergunning krachtens de Wte noodzakelijk was. Niet alleen wordt door AFM ontkend dat zij dit ooit gezegd heeft en is het tegendeel ook nog niet met de voorlopige getuigenverhoren bewezen, maar de Banken hebben een eigen verantwoordelijkheid met betrekking tot de naleving van het vergunningvereiste en kunnen zich daar niet van bevrijden door een enkele telefonische navraag bij AFM. Overigens heeft AFM over de vraag of al dan niet een vergunning is vereist, evenmin het laatste woord.

De Banken hebben dus gehandeld in strijd met artikel 7 Wte/artikel 41 NR-1999, c.q. artikel 25 NR-1995.

Deze bepalingen beogen de beleggers te beschermen tegen malafide aanbieders en aanbiedingen en onvoldoende informatie en ondeskundig optreden door effectenbemiddelaars en/of vermogensbeheerders. Alle stille vennoten die met BeFra in zee gegaan zijn en die via BeFra of via hun commanditaire vennootschap rekeningen bij de banken aanhielden, worden door deze norm beschermd. De Banken hebben dan ook onrechtmatig gehandeld jegens de stille vennoten en zijn in beginsel aansprakelijk voor de door de stille vennoten geleden schade. De rechtbank zal hierna nader ingaan op de omvang van deze aansprakelijkheid, het vereiste causaal verband en de vraag of sprake is van een hoofdelijke aansprakelijkheid.

7. Naar het oordeel van de rechtbank waren de Banken echter niet gehouden om zich te verdiepen in de financiële positie, kennis en ervaring van de stille vennoten (artikel 28 NR-1999). Wie kiest voor een belegging als stille vennoot in een commanditaire vennootschap onthoudt de bank de mogelijkheid nader onderzoek te doen; de gevolgen daarvan komen voor zijn rekening.

Ook het verwijt dat de Banken niet hebben gewaarschuwd tegen de risico's van de constructie (dat min of meer samenhangt met het vorige) treft geen doel. Het ging niet om een door de Banken aangeboden produkt. Het gebruik van commanditaire vennootschappen voor beleggingsdoeleinden was al langer bekend. Indien een afgescheiden vermogen wordt aangenomen, hetgeen naar de huidige stand van de rechtspraak voor de hand ligt, waren de risico's niet groter dan bij een besloten vennootschap.

Ten aanzien van het verwijt dat bij de stille vennoten "vermogensvermenging" heeft plaatsgevonden stelt de rechtbank voorop dat niet is gesteld of gebleken dat vermenging heeft plaats-

gevonden met goederen van de Banken, waar het voorschrift van artikel 16 Besluit toezicht effectenverkeer betrekking op heeft. De vermenging die plaatsvond was het gevolg van opdrachten die door BeFra als beherend vennoot van de commanditaire vennootschappen aan de Banken werden gegeven. De Banken hadden geen bijzondere zorgplicht jegens de stille vennoten die ertoe noopte dat zij hun belangen bewaakte door die opdrachten te controleren. Van overtreding van enige norm is in dit verband derhalve geen sprake.

8. De rechtbank verwerpt het verwijt van de Vereniging aan FBS dat het vermogensbeheer van FBS ondeugdelijk is geweest en dat FBS aansprakelijk is voor de geleden koersverliezen en gemiste rendementen. De Vereniging heeft dit verwijt onvoldoende feitelijk onderbouwd. FBS heeft gesteld dat het beheer per saldo een positief rendement van 28.32% heeft opgeleverd. Daar tegenover heeft de Vereniging alleen cijfers genoemd van de beleggingen die negatief hebben gerendeerd, met weglating van de positieve uitkomsten en zonder die resultaten onderling te salderen.

9. Ook het verwijt aan FBS dat zij de effectenportefeuilles na verzoek van De la Haye te laat aan de curator zou hebben overgeschreven waardoor onnodige koersverliezen zijn geleden, wordt verworpen, nu de verplichting tot afdracht aan de boedel een verplichting is waarvan alleen de curator (ten behoeve van alle schuldeisers) nakoming kan vorderen.

10. De Vereniging verwijt AFM tekortschieten als toezichthouder. Zij legt daaraan ten grondslag dat AFM in oktober 1998 (bij de inschrijving van BeFra als cliëntenremisier) niet naar behoren heeft gereageerd op het uit de aanvraag kenbare voornemen van BeFra, die niet beschikte over de daarvoor vereiste vergunning, om ook te gaan optreden als orderremisier en vermogensbeheerder. De Vereniging stelt verder dat AFM in april 1999 niet naar behoren heeft gereageerd op de melding van BeFra dat zij "als beherend vennoot van diverse beleggingscommanditaire vennootschappen" een rekening had geopend bij BFS.

AFM voert hier tegen aan dat zij tot maart 2000 niet wist, en niet kon weten, dat BeFra ook optrad als orderremisier en vermogensbeheerder. Eenmaal op de hoogte heeft AFM, zo voert zij aan, naar behoren gereageerd.

De rechtbank stelt voorop dat AFM haar toezichthoudende taak dient uit te oefenen als een redelijk handelend toezichthouder.

Artikel 7 lid 1 Wte verbiedt zonder vergunning als effectenbemiddelaar of vermogensbeheerder in of vanuit Nederland diensten aan te bieden of te verrichten. Artikel 12 lid 1 van de op artikel 10 Wte gebaseerde Vrijstellingsregeling Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Vrijstellingsregeling) bepaalt, kort gezegd, dat aan cliëntenremisiers vrijstelling wordt verleend. Artikel 20 lid 1, eerste volzin, Vrijstellingsregeling bepaalt, voor zover hier van belang, dat aan de in artikel 12 bedoelde vrijstelling het voorschrift wordt verbonden dat de cliëntenremisier AFM in kennis stelt van zijn voornemen om de in dat artikel bedoelde diensten aan te bieden of te verrichten. De in kennisstelling geschiedt onder opgave van een programma van werkzaamheden waarin de voorgenomen werkzaamheden en de organisatiestructuur van de cliëntenremisier zijn vermeld (artikel 20 lid 1, tweede volzin aanhef en onder b Vrijstellingsregeling) alsmede de identiteit van de beleidsmakers (artikel 20 lid 1, tweede volzin aanhef en onder c Vrijstellingsregeling).

Mer AFM is de rechtbank van oordeel dat dit samenstel van regels zich eerst en vooral richt tot de cliëntenremisier. Wie zich aan de voorschriften houdt, is vrijgesteld. AFM heeft hierin geen actieve rol.

Dit neemt echter niet weg dat een behoorlijke uitoefening van de toezichthoudende taak meebrengt dat AFM in geval van duidelijke signalen van (dreigende) overtreding van de effectenwet- en regelgeving (bijvoorbeeld optreden zonder vergunning als vermogensbeheerder) passende maatregelen dient te nemen.

Van dergelijke duidelijke signalen was naar het oordeel van de rechtbank in oktober 1998 nog geen sprake. De enkele omstandigheid dat BeFra destijds heeft volstaan met het overleggen van haar statuten (en niet afzonderlijk opgave heeft gedaan van een programma van werkzaamheden en de identiteit van haar beleidsmakers) kan niet als een duidelijk signaal van (dreigende) overtreding van de effectenwet- en regelgeving worden aangemerkt. Hetzelfde geldt voor de enkele omstandigheid dat de statutaire doelomschrijving van BeFra meer diensten bestrijkt dan een cliëntenremisier kan en mag aanbieden en verrichten. Alleen bij actief onderzoek door AFM zou het (dreigende) optreden als orderremisier of vermogensbeheerder aan het licht zijn gekomen. AFM heeft onweersproken aangevoerd dat voor zo'n onderzoek, gelet op de noodzakelijke prioriteitstelling en de in 1998 beperkte omvang van haar organisatie, geen ruimte was.

Anders ligt het met de brief van BeFra van 26 april 1999. Die brief duidt onmiskenbaar op (dreigend) optreden, door BeFra, als orderremisier en/of vermogensbeheerder. AFM had daarop alert dienen te reageren. Zij heeft het echter gelaten bij een enkel verzoek om toezending van een kopie van de overeenkomst die BeFra met FBS had gesloten. Zij heeft geen na-

dere actie ondernomen, ook niet toen die kopie uitbleef. AFM heeft aldus haar toezichthoudende taak niet naar behoren uitgeoefend en heeft daarmee met ingang van 1 mei 1999 onrechtmatig gehandeld jegens de stille vennoten.

11. De Vereniging spreekt Van Rhijn en Bakker aan wegens een toerekenbare tekortkoming, hierin bestaande dat zij hebben meegewerkt aan de oprichting van tien betrokken commanditaire vennootschappen en daarbij hebben nagelaten om de desbetreffende stille vennoten te waarschuwen voor de risico's daarvan. Zij hebben volgens de Vereniging tevens onrechtmatig gehandeld doordat zij als adviseur van BeFra zijn opgetreden en als zodanig meegewerkt hebben aan een frauduleus systeem.

Van Rhijn en Bakker hebben geconcludeerd tot afwijzing van de vordering. Bakker voert aan dat hij het mogelijke vergunningenvereiste met BeFra/Niemantsverdriet besproken heeft en dat hij de CV-constructie persoonlijk heeft toegelicht aan de stille vennoten voor wie hij de commanditaire vennootschap heeft opgericht. Bakker voert verder aan dat voor hem niet voorzienbaar was dat BeFra/Niemantsverdriet in strijd met de wet en frauduleus zouden gaan handelen. Voorts betwisten Van Rhijn en Bakker het causaal verband tussen hetgeen hen verweten wordt en de schade waarvan de Vereniging vergoeding vordert. Zij beroepen zich tot slot op eigen schuld van de stille vennoten.

De rechtbank wijst de vordering tegen Van Rhijn en Bakker af. Hetgeen Bakker volgens zijn eigen stellingen heeft gedaan ter voldoening aan zijn verplichtingen als notaris, zoals hiervoor weergegeven, is door de Vereniging onvoldoende weersproken. Het behoorde niet tot de plicht van de notaris om te controleren of de benodigde vergunning aanwezig was. De toegepaste CV-constructie hield – naar ook uit de huidige rechtspraak van de Hoge Raad volgt – op zich geen bijzondere risico's in, die zich niet ook hadden kunnen realiseren bij andere beleggingsconstructies waarbij de beschikkingsmacht over de ingelegde middelen in handen komt van een onbetrouwbare beheerder of bestuurder.

Tot slot heeft de Vereniging tegenover de gemotiveerde betwisting door Bakker haar stelling, dat hij als adviseur van BeFra optrad, onvoldoende onderbouwd. Zij heeft enkel gewezen op een brief van Loyens en Loeff van 1 augustus 2002, waarin staat: "voor zover ons bekend, heeft de civielrechtelijke begeleiding plaatsgevonden door notaris mr. F.G. Bakker te Zeist". De inhoud van deze brief leidt nog niet tot de conclusie dat Bakker aan BeFra/Niemantsverdriet andere, aan hem verwijtbare diensten heeft aangeboden dan hetgeen gebruikelijk is bij het passeren van oprichtingsakten. Het bewijsaanbod, dat de Vereniging in dit verband heeft gedaan, wordt dan ook als niet terzake dienend gepasseerd.

12. Uit hetgeen tot dusverre is beslist, volgt dat aan de Banken en aan AFM onrechtmatig handelen dient te worden verweten en dat de vordering tegen Van Rhijn en Bakker afgewezen dient te worden. Er dient nader onderzocht te worden welke omvang de aansprakelijkheid van de Banken en AFM heeft, of er causaal verband is met de gestelde schade en of er al dan niet sprake is van een hoofdelijke aansprakelijkheid van ieder van deze gedaagden. Tevens dient beoordeeld te worden of er aanleiding is een deel van de schade voor rekening van de stille vennoten te laten, op grond van het bepaalde in artikel 6:101 BW.

13. Zoals hierboven onder 6 is overwogen, strekt de door de Banken overtreden norm – de miskennis van het vergunningsvereiste van artikel 7 Wte j° artikel 41 NR-1999 – er onder meer toe beleggers te beschermen tegen malafide aanbieders van effectendiensten en/of vermogensbeheer. Het staat vast dat BeFra/Niemantsverdriet tot deze categorie aanbieders gerekend dienen te worden. Voorts is voldoende aannemelijk dat BeFra/Niemantsverdriet de benodigde vergunning niet zouden hebben gekregen, alleen al niet vanwege het relevante strafrechtelijke verleden van Niemantsverdriet. De schade die van die normovertreding het gevolg is geweest in de zin van artikel 6:98 BW, bestaat in beginsel uit de ongeoorloofde onttrekkingen door BeFra/Niemantsverdriet aan de vermogens van de commanditaire vennootschappen. Welke bedragen dat betreft en uit welke door alle banken aangehouden BeFra-verzamelrekeningen of CV-rekeningen die onttrekkingen direct of indirect hebben plaats gevonden, is in geschil en dient in de staatprocedure nader te worden vastgesteld.

In die procedure kan tevens geoordeeld worden over de vraag of het bedrag van f 2.042.918,- aan faillissementskosten, die de curator in het faillissement van BeFra ten laste van het vooruitdeling beschikbare boedelactief heeft gebracht (zie hiervoor onder 1.s), eveneens gerekend dient te worden tot de aan de Banken toe te rekenen schade van de stille vennoten. Voor die beoordeling is met name van belang dat komt vast te staan dat het faillissement van BeFra eveneens veroorzaakt is door de onttrekkingen of andere onrechtmatige handelingen van BeFra/Niemantsverdriet.

Tot deze schade kan evenwel niet gerekend worden het nadeel dat de stille vennoten hebben geleden doordat zij op hun belegging niet het rendement hebben behaald dat BeFra in het vooruitzicht had gesteld of waartoe zij zich jegens hen had verbonden. Die schade, voorzover deze niet reeds vergoed wordt via de onttrekkingschade, staat, gelet op de aard van de aansprakelijkheid van de Banken en van die schade, in een te ver verwijderd causaal verband om aan de Banken toe te rekenen.

De Vereniging legt aan deze claim voorts ten onrechte het bepaalde in artikel 6:104 BW ten grondslag. Dat artikel ziet niet op door de eisers gedertde winst, maar op een door de gedaagde als gevolg van zijn handelwijze (ten onrechte) behaald voordeel.

14. De rechtbank oordeelt voorts, vooruitlopend op de schadestaatprocedure, het volgende. Zoals door de Vereniging is erkend, dient de schade in de staatprocedure per individuele stille vennoot te worden vastgesteld, hetgeen in beginsel betekent dat de Vereniging niet slechts het bedrag van de ongeoorloofde onttrekkingen dient aan te tonen, maar tevens zal dienen te stellen en onderbouwen welke schade iedere stille vennoot daarvan heeft ondervonden. Daarbij dient ervan te worden uitgegaan dat de schade waarvoor de Banken c.q. AFM aansprakelijk zijn gelijk is aan het onttrekkingsnadeel en door ieder van de stille vennoten gevorderd kan worden pro rata van hun onbetaald gebleven vorderingen op BeFra, waarbij in de schadestaatprocedure nog nader beslist dient te worden over de faillissementskosten en onverminderd correctie op grond van artikel 6:101 BW. De curator in het faillissement van BeFra heeft de voorlopige uitdeling immers ook op die basis berekend, zij het met het nadien achterhaalde uitgangspunt dat een commanditaire vennootschap met één beherend vennoot geen afgescheiden vermogen heeft. Op basis van dat uitgangspunt heeft de curator niet nader onderzocht ten laste van welk commanditair vermogen het onttrekkingsnadeel geleden is en bij welke commanditaire vennootschap dat niet, of in mindere mate, het geval is geweest.

Voor zover dat onderzoek alsnog mogelijk zou zijn, hetgeen volgens de Vereniging niet het geval is, kan het resultaat daarvan geen wijziging meer brengen in de uitdeling die de stille vennoten reeds ontvangen hebben en wordt door de wijze waarop die uitdeling is berekend ook de basis bepaald waarop de stille vennoten bij de Banken en AFM kunnen opkomen voor hun schade.

Dat betekent dat het hierboven genoemde onderzoek, dat alleen van belang zou zijn voor de onderlinge verdeling van de schadevergoedingen tussen de stille vennoten, achterwege kan blijven.

15. De rechtbank oordeelt met toepassing van het bepaalde in artikel 6:101 BW dat een deel van de schade aan de stille vennoten zelf toegerekend dient te worden. Dit oordeel berust op de volgende omstandigheden.

Er is niet gebleken dat de banken enige aanleiding hadden om er rekening mee te houden dat BeFra/Niemantsverdriet zich aan frauduleuze handelingen schuldig zouden maken. De keuze voor de onderhavige beleggingsvorm en de keuze voor BeFra als beherend vennoot is door de

stille vennoten zelf gemaakt en de Banken hebben daarbij niet geadviseerd. Tenslotte hebben de stille vennoten geen of onvoldoende controle uitgeoefend op de administratieve verwerking van hun inleg en de wijze waarop Befra daarmee omging.

Deze omstandigheden geven de rechtbank aanleiding om 2/3 (tweederde) van de schade aan de Banken toe te rekenen en de overige 1/3 (eenderde) aan de stille vennoten zelf.

16. Zoals in rechtsoverweging 10 is overwogen dient met ingang van 1 mei 1999 ook aan AFM onrechtmatig handelen te worden verweten. Dit leidt tot een mede-aansprakelijkheid van AFM voor de schade, voor zover die na die datum ontstaan is. Het is aan de Vereniging om die schade in de staatprocedure aan te tonen. Daarbij geldt ook ten aanzien van AFM hetgeen hierboven onder 13, 14 en 15 is overwogen.

17. Met betrekking tot de gevorderde hoofdelijke veroordeling van de Banken en AFM tot vergoeding van de gehele schade per stille vennoot neemt de rechtbank de volgende overwegingen tot uitgangspunt.

De schade van de stille vennoten is – de faillissementskosten hierbij voorshands buiten beschouwing latende – een gevolg van de ongeoorloofde onttrekkingen die hebben plaats gevonden, voor zover deze onttrekkingen niet door Niemantsverdriet met zijn betaling van f 765.000,00 aan de curator van Befra zijn gerestitueerd. Ingevolge het bepaalde in artikel 6:99 BW zijn de Banken gehouden deze schade te vergoeden, tenzij zij bewijzen dat de onttrekkingen niet hebben plaats gevonden door enig aan hen toe te rekenen handelen of nalaten. Daarbij gaat het niet alleen om de vraag of de onttrekkingen rechtstreeks hebben plaats gevonden uit een bij de betrokken bank aangehouden verzamelrekening van Befra, of uit een van de door hen aangehouden CV-rekeningen, maar ook om de vraag of de betrokken bank gelden uit die rekeningen heeft overgemaakt naar een verzamelrekening van Befra bij een van de andere banken, waaruit vervolgens onttrekkingen hebben plaats gevonden. Ook in dat geval dient de schade (mede) vergoed te worden door de bank die die overboeking heeft verricht.

Deze bewijslevering kan slechts plaats vinden in de staatprocedure, nu immers eerst door de Vereniging in die procedure de ongeoorloofde aard en het juiste bedrag van de onttrekkingen dient te worden bewezen.

Ten aanzien van AFM staat reeds vast dat zij slechts aansprakelijk is voor de schade die na 1 mei 1999 is aangericht en voor de vergoedingsplicht van AFM is niet van belang ten laste van welke bankrekening de onttrekkingen zijn gekomen.

18. Ieder van de Banken en AFM zijn op grond van het bepaalde in artikel 6:102 BW hoofdelijk gehouden de schade te vergoeden tot het beloop van de vorderingen van de stille vennoten dat tegen ieder van hen zal worden toegewezen. Voor ieder van hen geldt dat hun handelen, c.q. nalaten, een conditio sine qua non is geweest voor het ontstaan van de schade, voor zover deze komt vast te staan. Het betoog van onder meer FBS dat artikel 6:102 BW geen toepassing kan vinden omdat het niet dezelfde schade betreft, maar een schade die door iedere stille vennoot afzonderlijk is geleden, staat niet in de weg aan het aannemen van deze hoofdelijkheid. Het is juist dat de schade per individuele vennoot bepaald dient te worden, maar ten opzichte van ieder van hen afzonderlijk is sprake van dezelfde schade waarvoor de gedaagden aansprakelijk worden gehouden.

19. Het door de Vereniging gevorderde voorschot van € 100.000,- op de buitengerechtelijke incassokosten wordt afgewezen, nu nog onvoldoende te bepalen is in hoeverre de Vereniging, c.q. ieder van de stille vennoten, aanspraak op vergoeding van deze kosten zullen kunnen blijken te hebben.

20. De subsidiaire en meer subsidiaire vorderingen behoeven geen bespreking meer, nu uit het voorgaande volgt dat de primaire vorderingen zullen worden toegewezen als hierna te bepalen.

AFM en de Banken dienen als de grotendeels in het ongelijk gestelde partijen in de proceskosten tot dusverre te worden veroordeeld. Eisers dienen in de proceskosten van Van Rhijn en Bakker te worden veroordeeld.

BESLISSING

De rechtbank:

- verklaart de Vereniging niet-ontvankelijk in de vorderingen ten aanzien van eisers sub 4, 13 en 37;
- verklaart voor recht dat AFM en de Banken onrechtmatig hebben gehandeld jegens de stille vennoten en dat zij aansprakelijk zijn voor de als gevolg van hun handelwijze geleden schade;

- veroordeelt AFM en de Banken hoofdelijk om met inachtneming van hetgeen in dit vonnis is overwogen aan de stille vennoten de schade te vergoeden op te maken bij staat;
- veroordeelt AFM en de Banken, voor zover het verschotten betreft, jegens de Vereniging gezamenlijk in de kosten van het geding, tot aan deze uitspraak begroot op € 348,12;
- veroordeelt, voor zover het procureurssalaris betreft, ieder van AFM en de Banken afzonderlijk en voor het geheel in de kosten van het geding, tot aan deze uitspraak aan de zijde van de Vereniging begroot op € 12.844,00;
- veroordeelt eisers jegens Van Rhijn en Bakker in de kosten van het geding, tot aan deze uitspraak aan hun zijde begroot op € 193,00 aan verschotten en € 12.844,00 aan salaris procureur;
- verklaart de bij dit vonnis uitgesproken kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad,
- wijst het meer of anders gevorderde af.

Gewezen door mrs. W. Tonkens-Gerkema, voorzitter, J.R. Branbergen en M. van Hees, leden van genoemde kamer, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 14 september 2005 in tegenwoordigheid van de griffier.

Dit vonnis wordt bij afwezigheid van de voorzitter ondertekend door mr. J.R. Branbergen.



UITGEGEVEN VOOR GROSSE
De Griffier van de
Rechtbank in het arrondissement Amsterdam.

