
RO 2008, 73

RECHTBANK AMSTERDAM (HANDELSKAMER)

25 juni 2008, nr. 316717 / HA ZA 05-1514

(Mrs. W. Tonkens-Gerkema, J.M. van Hall, A.W.H. Vink)

LJN BD6614

BW art. 2:139, 150; Rv art. 21

Misleidende financiële verslaggeving.

Zijn de bestuurders en de commissarissen hoofdelijk aansprakelijk voor een misleidende voorstelling van de toestand der vennootschap? Hebben eisers de voor toewijzing van die vordering van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aangevoerd?

Eisers ('de Fratini's') stellen dat zij op basis van de door Jomed N.V. (hierna: 'Jomed') bekend gemaakte misleidende jaarrekeningen 2000 en 2001 en kwartaalcijfers 2001 zijn overgegaan tot de aankoop van aandelen Jomed en vorderen van de bestuurders en de commissarissen hoofdelijk de door hen dientengevolge geleden schade. Gedurende de procedure blijkt dat de Fratini's niet in staat zijn voldoende te adstrueren welke partij de bewuste aandelen voor hen heeft gekocht, waardoor ook mistig blijft of de aandelen wel voor hen zijn gekocht. De rechtbank straft dat af.

Rb.: De Fratini's hebben de feitelijke onderbouwing van hun vordering bij herhaling moeten aanpassen en of aanvullen. Gelet op het feit dat eerder door

een andere partij in eigen naam vergoeding van schade is gevorderd verband houdende met de onderhavige aankoop van aandelen in het kader van het faillissement van Jomed en de onduidelijkheid over aankoop en betaling, hadden gedaagden alle aanleiding te twifelen aan de juistheid van het door de Fratini's gestelde. Het kan niet met zekerheid worden vastgesteld dat de aandelen Jomed voor rekening en risico van de Fratini's zijn gekocht en nadien door of voor hen werden gehouden. Het voorgaande brengt mee dat de Fratini's in strijd met het bepaalde in art. 21 Rv hebben verzuimd de aan hun vordering ten grondslag gelegde, voor de besissing van belang zijnde feiten, steeds volledig en naar waarheid aan te voeren. Mede als gevolg daarvan kan niet worden vastgesteld of de Fratini's voor eigen rekening en risico de aandelen op basis van misleidende en achteraf onjuist gebleken jaarrekening(en) 2000 en 2001 en kwartaalcijfers 2001 hebben gekocht. Het gevorderde wordt afgewezen.

Zie ook:

- Rb. Den Haag 9 mei 1973, nr. 642 717;
- A.D.M. Bras, 'Het hoe en waarom (niet) van de balans aansprakelijkheid' in *Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht* 2006 – 4/5, p. 100 e.v.;
- D.A.M.H.W. Strik, 'Aansprakelijkheid van bestuurders op grond van art. 2:139 en 150 BW' in *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation* 2006-2007, p. 173 e.v.;
- W.J.M. van An del en K. Rutten, 'Vorderingen van aandeelhouders op de vennootschap wegens een misleidende voorstelling van zaken in de financiële verslaggeving', *Tvl* 2008, 35.
- Groene Serie Rechtspersonen (Huizink) art. 139 en art. 150 (Kluwer, losbl.).

Wenk:

Het wettelijk uitgangspunt van art. 2:139 BW is dat bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn tegenover derden voor de schade geleden als gevolg van een misleidende voorstelling van de toestand van de vennootschap. Langs de schakelbepaling van art. 2:150 BW kan die aansprakelijkheid ook rusten op de onvoldoende toezichthoudende commissaris. De bestuurders en commissarissen die bewijzen dat de misleidende voorstelling niet aan hen kan worden verweten, zijn niet aansprakelijk. Onder derden in de zin van deze aansprakelijkheidsbepaling worden onder andere gerekend de aandeelhouders, zoals in deze zaak, blijkens de uitspraak uit 1973 van de Rechtbank Den Haag. In de literatuur wordt vaak als struikelpunt voor het succesvol kunnen ageren uit hoofde van art. 2:139 BW genoemd de omstandigheid dat de derde benadeelde zal moeten aantonen dat er een causaal verband bestaat tussen de misleidende voorstelling en de gepretendeerde schade. Analooq aan de uitspraak uit 1973 van de Rechtbank Den Haag lijkt het erop dat eisers, indien zij erin zouden

slagen dat op het bewuste tijdstip de aandelen voor hun rekening en risico zouden zijn gekocht, een goede kans zouden hebben om dat causaal verband aan te tonen. Immers, het werd pas in 2003 een publiek feit dat de Jomed jaarrekening 2001 van 7 maart 2002 correctie behoefde en eisers hadden op 25 maart 2002 de bewuste aandelen Jomed doen kopen, althans dat stelden zij. Wie de hoop zou koesteren dat deze uitspraak antwoord geeft op de vraag hoe anno 2008 de lagere rechter een vordering op de voet van de art. 2:139 en 2:150 BW beoordeelt, zal na lezing teleurgesteld zijn. Daar komt de rechter namelijk niet aan toe. De vordering sneuvelt op het feit dat de eisers onvoldoende duidelijk adstrueren dat de aandelen, die gekocht zouden zijn op basis van onjuiste cijfers, voor hun rekening en risico zijn gekocht. Er worden achtereenvolgens vier verschillende partijen ten tonele gevoerd, die de aandelen voor eisers zouden hebben gekocht. Bewijsstukken waaruit volgt dat de aandelen voor rekeningen risico van eisers zijn gekocht, komen ook niet op tafel. De rechtbank wijst daarom de vorderingen af zonder eisers nog in de gelegenheid te stellen hun stellingen nader te adstrueren of daarvan alsnog bewijs te leveren.

Zie tot slot en als zijstapje voor wat betreft de kwalificatie van vorderingen van aandeelhouders wegens misleidende financiële verslaggeving op de VENNOOTSCHAP ingeval van faillissement het artikel van Van An del en Rutten (zie onder 'Zie ook'). Zij maken een onderscheid tussen de zittende en de toetredende aandeelhouders en menen dat uitsluitend de vordering van de toetredende aandeelhouders wegens een misleidende voorstelling van zaken als een concurrente vordering op de boedel heeft te gelden.

1. C. Fratini,
2. M. Fratini, beiden te Florence (Italië), eisers, proc. mr. B.J.H. Crans, tegen
1. T.L. Peters, te Rougemont (Zwitserland), gedaagde, proc. eerst mr. L.P. Broekveldt, thans mr. P.N. van Regteren Altena
2. A.J.J. Ristinmaa, te Helsingborg (Zweden), gedaagde, proc. mr. I.A. Bekker,
3. K.J.R. Ott, te Basel (Zweden), gedaagde, proc. mr. J.F. Garvelink,
4. R. von Oepen, te Los Altos Hills (Verenigde Staten van Amerika), gedaagde, proc. mr. J.F. Garvelink,
5. J.-E. Österlund, te Londen (Verenigd Koninkrijk), gedaagde, proc. mr. M.P.H. Sanders
6. A. Aykaç, te Mouans Sartoux (Frankrijk), gedaagde, proc. mr. M.P.H. Sanders,
7. R. Garo, te St. Nikolaus, Feldbrunnen (Zwitserland), gedaagde, proc. mr. M.P.H. Sanders.
8. S.E. Navarro, te Cos Cob (Verenigde Staten van Amerika), gedaagde, proc. mr. M.P.H. Sanders,

9. L. Spät, te Gerlingen (Duitsland), gedaagde, proc. mr. M.P.H. Sanders,
Eisers in de zaak zullen hierna de Fratini' worden genoemd. Gedaagden worden gezamenlijk Peters c.s. genoemd en afzonderlijk ook Peters (gedaagde sub 1), Ristinmaa (gedaagde sub 2), Ott c.s. (gedaagden sub 3 en 4) en Österlund c.s. (gedaagden 5 tot en met 9).

Rechtbank:

1 De procedure

1.1. Het verdere verloop van de procedure blijkt uit:

- het incidenteel vonnis van 11 april 2007 en de daarin genoemde processtukken en -handelingen;
- de conclusie van dupliek van Peters;
- de conclusie van dupliek tevens houdende inlichtingenverzoek naar vreemd recht van Ristinmaa;
- de conclusie van dupliek van Ott;
- de conclusie van dupliek van Österlund c.s.;
- de akte uitlating producties van 30 oktober 2007 van de Fratini's;
- een extract uit de minuten berustende ter griffie van de rechtbank Amsterdam, waaruit blijkt dat deze zaak en de zaak met rolnummer HA ZA 05-3052, welke beide zaken waren gevoegd, zijn gesplitst;
- het pleidooi van 18 maart 2008 en de ter gelegenheid daarvan in het geding gedachte stukken.

1.2. Vervolgens is vonnis gevraagd.

2 De feiten

2.1. Gedaagden in de hoofdzaak waren bestuurders en commissarissen van de naamloze vennootschap Jomed N.V. (hierna: Jomed). Jomed fungeerde als houdstermaatschappij van een aantal wereldwijd gevestigde dochtermaatschappijen en deelnemingen, de Jomed Groep, die een onderneming dreef in cardiovasculaire medische apparatuur. De aandelen in Jomed stonden genoteerd aan de Zwitserse beurs.

2.2. Op 15 maart 2001 heeft Jomed de geconsolideerde jaarrekening en het jaarverslag over 2000 vastgesteld en bekend gemaakt. De kwartaalrapportages Q1, Q2 en Q3 2001 zijn in de loop van het jaar 2001 bekendgemaakt. Op 7 maart 2002 heeft Jomed de kwartaalrapportage Q4 2001 bekend gemaakt. In mei 2002 heeft Jomed de geconsolideerde jaarrekening en het jaarverslag 2001 vastgesteld en bekendgemaakt.

2.3. Op 9 juli 2002 heeft Jomed financieringsovereenkomsten gesloten met een viertal kapitaalverstrekkers.

2.4. Op 7, 13 en 29 januari en op 4 februari 2003 heeft Jomed bekend gemaakt dat de jaarrekening over 2001 correctie behoefde. Daarop hebben de kapitaalverstrekkers bij brief van 9 januari 2003 hun leningen opgeëist.

2.5. Op 23 januari 2003 is aan Jomed (voorlopige) surseance van betaling verleend.

2.6. Op 27 januari 2003 heeft Jomed verklaringen bij de Kamer van Koophandel gedeponeerd waarin zij aangeeft dat de jaarrekeningen over 2000 en 2001 (mogelijk) in ernstige mate tekortschieten omtrent het geven van inzicht in de financiële toestand van Jomed.

2.7. In de daarop volgende maanden hebben de bewindvoerders, het bestuur en de Raad van Commissarissen van Jomed getracht om tot een herfinanciering te komen.

2.8. Op 2 mei 2003 is Jomed in staat van faillissement verklaard en is een curator benoemd.

2.9. Bij brief van haar raadsman van 28 mei 2003 heeft de vennootschap naar Italiaans recht Società Italiana de Revisione e Fiduciaria SpA (hierna: Siref) aan gedaagden, de curator en Jomed, als volgt bericht:

'On 25 March 2002 my client SIREF S.p.A. ("SIREF") purchased 500,000 shares in Jomed N.V. (...) on the Zurich Stock Exchange at a price of CHF 44.94 per share, therefore a total purchase price of CHF 22,470,00. SIREF based its investment decision mainly on the - as it believed at the time - strong financial performance of Jomed in the year 2001. According to the original third and fourth quarter reports of 2001 and Jomed's original annual accounts of 2001, Jomed had achieved excellent sales figures and good profitability. Not a year after SIREF had purchased the shares in Jomed, in January 2003, it appeared that the figures published in the mentioned reports were substantially incorrect and misrepresented Jomed's financial position. (...) Jomed is responsible and liable to SIREF for issuing misleading financial information to the market causing the substantial losses to SIREF. The (former) managing directors of Jomed are responsible for issuing the misleading third and fourth quarter report of 2001 and the misleading annual accounts of 2001. (...) Also, the supervisory board members have failed in their supervisory duties. (...) I hereby summon each of you to pay to SIREF within two weeks from today the amount of CHF 21,470,000 as an advance on the total damage to be calculated. (...)'

2.10. De curator heeft voornoemde vordering van Siref betwist en de vordering is ter verificatie verwezen naar de rechtbank Amsterdam. Namens Siref is op 10 maart 2004 procureur gesteld. Vervolgens hebben de Fratini's op 21 april 2004 van eis ter verificatie gediend, stellende dat Siref te hunnen behoeve op 25 maart 2002 krachtens een mandaatovereenkomst en mondelinge opdracht voor een bedrag van CHF 22.579.958,20 in totaal 500.000 aandelen Jomed heeft verworven.

De rechtbank heeft de Fratini's bij vonnis van 1 februari 2006 niet ontvankelijk verklaard in hun vordering tot verificatie en daartoe overwogen dat in strijd met het stelsel van de Faillissementswet niet de door de Fratini's ingestelde vordering, maar die van Siref op de laatste vergadering in

aanwezigheid van de overige schuldeisers is behandeld.

2.11. Uit een uitdraai uit het zogeheten Bloomberg Professional market data systeem blijkt dat op 25 maart 2002 op de Zwitserse beurs in totaal 100.566 aandelen Jomed zijn verhandeld.

3 De vordering, grondslagen en verweren

3.1. De Fratini's vorderen dat de rechtbank, bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

a. gedaagden hoofdelijk veroordeelt tot betaling van CHF 22.472.450, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 25 maart 2002, althans vanaf 7 januari 2003, althans vanaf 11 juni 2003, en te vermeerderen met buitengerechtigde kosten, aldus dat als de ene gedaagde aan deze veroordeling heeft voldaan, de andere zal zijn bevrijd;

b. gedaagden hoofdelijk veroordeelt in de kosten van het geding.

3.2. De Fratini's leggen aan hun vordering, kort gezegd, ten grondslag dat zij op basis van door Jomed bekendgemaakte misleidende jaarrekeningen 2000 en 2001 en kwartaalcijfers 2001 op 25 maart 2002 zijn overgegaan tot de aankoop van 500.000 aandelen Jomed. Gedaagden zijn als bestuurders en commissarissen van Jomed op grond van het bepaalde in de artikelen 2:139 respectievelijk 2:150 BW, althans uit onrechtmatige daad, hoofdelijk aansprakelijk voor de diensgevolge door de Fratini's geleden schade, die bestaat uit de koopprijs (CHF 22.472.450,00) van de achteraf waardeloos gebleken aandelen Jomed.

3.3. Gedaagden voeren gemotiveerd verweer en betwisten daartoe onder meer het gestelde causale verband tussen de beweerdelijke schade van de Fratini's en de gestelde misleidende jaarrekeningen 2000 en 2001 en kwartaalcijfers 2001 van Jomed. Meer in het bijzonder betwisten zij dat de Fratini's de bewuste aandelen op 25 maart 2002 hebben gekocht, dat zij nadien rechthebbende op die aandelen zijn geweest en dat de Fratini's tot die aankoop zijn overgegaan in vertrouwen op de jaarrekening 2001 en de kwartaalcijfers 2001 van Jomed. Hun verweer zal hierna worden besproken.

3.4. Bij dagvaarding hebben de Fratini's omtrent het moment en de wijze van verkrijging van de aandelen gesteld dat Siref krachtens een met de Fratini's gesloten mandaatovereenkomst de aandelen in Jomed op 25 maart 2002 heeft gekocht via de Zwitserse broker Schweizerische Gesellschaft für Aktienhandel und Research AG (SGA). SGA kocht de aandelen van Peters en de toenmalige voorzitter van de Raad van Commissarissen Österlund. De Fratini's hebben hiervoor een koopprijs van CHF 44,94 per aandeel, in totaal CHF 22.472.450 betaald.

Siref is daarbij als contractspartij opgetreden, maar heeft de aandelen Jomed altijd voor rekening van de Fratini's gehouden op grond van de mandaatovereenkomst. Siref heeft de aandelen, alsmede alle daaraan verbonden rechten en

plichten, waaronder begrepen iedere vordering die Siref heeft op Jomed of anderen in verband met de Jomed aandelen op 14 april 2004 overgedragen aan de Fratini's teneinde hen in staat te stellen in eigen naam en voor eigen rekening de onderhavige vordering in te dienen.

De Fratini's stellen verder dat zij tot aankoop van de aandelen Jomed zijn overgegaan omdat zij vertrouwden op de uitzonderlijk positief gestemde informatie die door Jomed in de kwartaalberichten voor het tweede en derde kwartaal 2001 en een persbericht van 7 maart 2002 aan het publiek is verstrekt. Zij baseerden hun beslissing om aandelen Jomed te kopen met name op de jaarrekening 2001 van 7 maart 2002, aldus de Fratini's.

3.5. Ter onderbouwing van hun stellingen hebben de Fratini's verwezen naar, onder meer, de volgende stukken.

Een bankafschrift van 26 maart 2002 van Compagnie Monegasque de Banque (hierna: CMB) aan Banca Intesa SpA (hierna: Banca Intesa) inhoudende, voor zover hier van belang:

'Nous vous prions de trouver ci-dessous le détail de l'opération d'ACHAT DE TITRES, traitée sur le MARCHE COMPTANT que nous avons effectuée en date du 25/03/2002 Sur la bourse de Zurich pour votre compte
500.000 Actions de capital JOMED NV
(...)

Montant net CHF 22.579.958,20

que nous portons au débit du compte no 951666-00003

(...)

Nous avons placé ces titres dans votre portefeuille

Compte titre : 951666-00001'

En op 17 september 2003 gedateerde verklaring van Mr. Stefano Colonna (hierna: Colonna) namens CMB inhoudende, voor zover hier van belang:

'By means of this statement (...) we hereby state and confirm as a true fact (...):

(a) That on 25 March 2002 Schweizerische Bank (Zurich) purchased on our instructions no. 500.000 shares of JOMED NV,

(b) (...)

(c) That the instructions for the purchase were originated by Banca Intesa BCI Milan, Italy on behalf of SIREF

(d) That the payment of the purchase was made debiting the account of BANCA INTESA S.p.A. Milan entertained with our Bank account number 951666 on behalf of SIREF of Milan,

(e) That the no. 500.000 shares of JOMED are presently deposited in the dossier Conto Intesa BCI n. 951666 entertained with our Bank in the interest of and on behalf of SIREF S.p.A., Milan.'

En een brief van 14 april 2004 van Siref aan de advocaat van de Fratini's, inhoudende, voor zover hier van belang:

'pursuant to the instructions (...) received from Mr. Corrado (...) and Mr. Marcello Fratini (our "Clients") (...) please note the following:

(...)

5. We can advise, inform and confirm that S.I.R.E.F. S.p.A. formally purchased on 25 March 2002 on the Swiss Stock exchange 500,000 ordinary shares of the Dutch company Jomed NV (...) at the price of CHF 22.579.958,20 only upon the instructions and on behalf of the beneficial owners Mr. Corrado Fratini and Mr. Marcello Fratini, pursuant to the terms of the written mandate contract entrusted to us that our Clients authorise us to make available to you and that is attached to this letter as Exhibit 1. We further state and confirm that all funds for such purchase were supplied by our Clients Mr. Corrado Fratini and Mr. Marcello Fratini.

6. We further advise, inform and confirm that we have been holding the Jomed Shares only as fiduciary owners and that the beneficial owners of such shares were and have always been, in the period after 25 March 2002, Mr. Corrado Fratini and Mr. Marcello Fratini.

(...)

8. We further confirm that we have transferred on today the Jomed Shares and any and all rights and obligations pertaining thereto, including but not limited to any claims that we may have on Jomed NV or other parties in connection with the Jomed Shares, to our Clients pursuant to a deed of transfer that is attached to this letter as Exhibit 2.'

Bij deze brief zijn kopieën gevoegd van de in de Italiaanse taal gestelde op 12 februari 2002 tussen Siref en de Fratini's gesloten mandaatovereenkomst, alsmede een kopie van de brief van 14 april 2004 waarbij, aldus de Fratini's, door Siref de aandelen met alle daaraan verbonden rechten en plichten zijn overgedragen.

3.6. Tegen de achtergrond van de omstandigheid dat Siref bij brief van 28 mei 2003 in de verificatieprocedure op eigen naam een vergelijkbare eis had ingesteld, hebben gedaagden betwist dat de Fratini's aandelen Jomed hebben gekocht, dat zij opdracht hebben gegeven aan Siref om voor hun rekening en risico aandelen Jomed te kopen en dat zij nadien, althans ook al vóór 14 April 2004 de rechthebbenden op de aandelen zijn geworden. Bij incidentele conclusie hebben zij de rechtbank verzocht de Fratini's op de voet van 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) te veroordelen om, naast een vertaling van de Italiaanse mandaatovereenkomst en de bijlage twee bij de brief van 14 april 2004, onder meer:

- bescheiden over te leggen waaruit blijkt dat de Fratini's aan Siref opdracht hebben gegeven om 500.000 aandelen Jomed voor hen te kopen en waaruit blijkt dat de aandelen vanaf 25 maart 2002 voor rekening en risico van de Fratini's kwamen, waaronder betalingsbewijzen,
- bewijsstukken over te leggen ter zake van de tenaamstelling van de eigenaar van de aandelen alsmede ter zake van de overdracht

van de rechten op de aandelen, de communicatie tussen SGA, de Fratini's en Siref.

3.7. Bij conclusie van antwoord in het incident hebben de Fratini's vervolgens gesteld dat Siref onderdeel is van de Banca Intesa. Siref is op grond van de mandaatovereenkomst bij de aan- en verkoop van de aandelen opgetreden op eigen naam, maar voor rekening en risico van de Fratini's. Op grond van de mandaatovereenkomst is Siref gehouden op verzoek van de Fratini's mee te werken de aandelen op naam van de Fratini's te stellen, hetgeen op 14 april 2004 is geschied. Dit is evenwel slechts een formalisering van een reeds bestaande situatie, aldus de Fratini's.

Ten aanzien van de opdracht tot aankoop van de aandelen hebben de Fratini's aangevoerd dat zij zich ter zake van de aan- en verkoop van aandelen hebben laten adviseren door de heer Colonna van CMB. CMB heeft doorlopende instructies van Siref om, na daartoe opdracht te hebben gekregen van de Fratini's over te gaan tot de aankoop van aandelen. De daarvoor benodigde gelden worden door de Fratini's ter beschikking gesteld aan Siref en CMB op een door Siref aangehouden rekening bij Banca Intesa, die op haar beurt, ten behoeve van Siref een rekening aanhoudt bij CMB die is bedoeld voor de afwikkeling van transacties die door Siref worden verricht in opdracht van de Fratini's.

De Fratini's stellen verder dat zij in maart 2002 zijn gewezen op Jomed als mogelijke belegging en dat zij vervolgens kopieën van de jaarrekening 2000, de jaarcijfers 2001 en de kwartaalberichten over het tweede, derde en vierde kwartaal hebben doorgestuurd aan Colonna met het verzoek te adviseren. Colonna heeft de financiële gegevens bestudeerd en met de Fratini's besproken. Colonna kwam op basis van de van Jomed afkomstige positieve berichtgeving tot de conclusie dat het een veelbelovende belegging betrof en heeft de Fratini's geadviseerd aandelen Jomed te kopen. De Fratini's hebben vervolgens besloten tot aankoop van aandelen Jomed over te gaan en hebben Colonna op 24 maart 2002 telefonisch dienovereenkomstig geïnstrueerd. Op 25 maart 2002 heeft Colonna op naam van Siref, maar ten behoeve en voor rekening van de Fratini's aandelen Jomed aangekocht. De ten behoeve van Siref aangehouden rekening van Banca Intesa bij CMB is voor dit bedrag gedebiteerd. De voor de aankoop benodigde gelden waren afkomstig van de Fratini's, aldus steeds de Fratini's.

3.8. Ter onderbouwing van hun stellingen hebben de Fratini's een door Colonna ondertekende brief van CMB aan hun raadsman van 6 juni 2005 overgelegd die, voor zover hier van belang, het volgende inhoudt:

'In early March 2002 (...) Mr. Corrado Fratini informed me that (...) he considered purchasing shares in Jomed N.V. and requested me to look into the matter. I reviewed Jomed's 2000 financial statements, the quarterly reports for 2001 (...) Jomed's press release of 7 March

2002 (...) and the financial statements and annual report for 2001. Based on the extremely positive information (...) in these reports and press releases, I reached the conclusion that Jomed was a very promising investment.(...)

On 24 March 2002 my Clients informed me of their decision to buy 500.000 shares in Jomed N.V. and instructed me to inform (...) Siref (...) of their decision to purchase for their account. CMB is the advisor of SIREF for the account of my Clients and buy and sells shares for the account of my Clients in SIREF.

(...)

The total costs of the purchase amounted to CHF 22.579.958,20. The shares were purchased on our instructions from the Swiss stockbroker SGA.

Until 14 April 2004 the Shares were deposited into the dossier Conto Intesa BCI n. 951666 held with our bank in the interest and on behalf of SIREF. Following instructions received from SIREF on 14 April 2004, the shares were transferred to Mr. Corrado Fratini and Mr. Marcello Fratini in their dossier n. 2396547.34 in their joint names with Banca Intesa (...).

3.9. Bij vonnis in het incident van 1 februari 2006 zijn de incidentele vorderingen van gedaagden afgewezen. De rechtbank overwoog dat gedaagden geen rechtmatig belang hebben in de zin van artikel 843a Rv, nu hun stellingen in feite neerkomen op een betwisting van de stellingen van de Fratini's in de hoofdzak, die bij conclusie van antwoord kan plaatsvinden. Het is dan vervolgens aan de Fratini's om aan de hand van deze gemotiveerde betwisting in te schatten of en in hoeverre nader bewijs van hun stellingen ter onderbouwing van hun vordering geleverd dient te worden, aldus de rechtbank.

3.10. Gedaagden hebben bij conclusie van antwoord de stellingen van de Fratini's gemotiveerd betwist. Zij hebben daartoe onder meer betoogd dat de door de Fratini's in het geding gebrachte stukken geen steun bieden voor de in de dagvaarding ingenomen stelling dat de gekochte aandelen Jomed vanaf 25 maart 2002 voor rekening en risico van de Fratini's kwamen.

Meer in het bijzonder hebben gedaagden erop gewezen dat uit de niet ondertekende Italiaanse mandaatovereenkomst niet blijkt dat Siref aandelen Jomed voor de Fratini's heeft gekocht of gehouden. Dat blijkt evenmin uit het door CMB aan Banca Intesa gezonden bankafschrift van 26 maart 2002, waarin is vermeld dat de aandelen zijn geboekt ten gunste van Banca Intesa. Siref of de Fratini's worden niet genoemd. Verder ontbreken betalingsbewijzen met betrekking tot de aankoop alsmede door Siref of Banca Intesa aan de Fratini's gezonden opdrachtbevestigingen of bevestigingen dat de aandelen zijn ontvangen.

Uit de overgelegde stukken blijkt verder niet eenduidig wie opdracht heeft gegeven tot de aankoop van de aandelen Jomed. In de verklaring van CMB van 17 september 2003 staat dat Schweizerische Bank op 25 maart 2002 op

instructie van CMB de aandelen Jomed kocht en dat deze instructie oorspronkelijk afkomstig was van Banca Intesa, namens Siref.

In de brief van 14 april 2004 schrijft Siref dat zij de aandelen op de Zwitserse beurs kocht op instructies van de Fratini's. In haar brief van 6 juni 2005 schrijft CMB vervolgens dat zij na instructies van de Fratini's Siref heeft ingelicht en dat de aandelen op haar instructies zijn gekocht van SGA.

Tevens wijzen gedaagden erop dat Siref in haar brief van 14 april 2004 stelt dat zij desverzocht gehouden is de aandelen ten name te stellen van de 'beneficial owner', hetgeen er op wijst de aandelen nu juist niet vanaf 25 maart 2002 ten name van de Fratini's stonden, zoals ook lijkt te volgen uit de omstandigheid dat Siref aanvankelijk in het faillissement bij brief van 28 mei 2003 op eigen naam de onderhavige vordering heeft ingesteld. Gedaagden bestrijden in dat kader dat eventuele aan Siref toekomende rechten en verplichtingen ten aanzien van de aankoop van de aandelen Jomed aan de Fratini's zijn overgedragen, nu de bij de brief van 14 april 2004 overgelegde onvertaalde bijlage twee kennelijk niet meer inhoudt dan een instructie aan Banca Intesa, om 500.000 aandelen Jomed te gaan houden ten name van de Fratini's op een door hen bij Banca Intesa aangehouden rekening.

Tot slot betwisten gedaagden dat de kennelijk in maart 2002 genomen beslissing aandelen Jomed te kopen gebaseerd kan zijn geweest op de jaarrekening en het jaarverslag van Jomed over 2001 nu deze eerst in mei 2002 zijn vastgesteld en de datering van 7 maart 2002 op een misverstand berust.

3.11. De Fratini's hebben hierop bij conclusie van repliek de volledige Italiaanse mandaatovereenkomst overgelegd, alsmede een kopie van een pagina van het door Siref aangehouden register van principalen 'Libro dei fiduciari e degli incarichi', waarop is vermeld dat de Fratini's daarin op 28 februari 2002 onder nummer ZZ 000162 zijn ingeschreven. De Fratini's hebben vervolgens gesteld dat zij tot zekerheid van door Banca Intesa aan hen verstrekte financieringen hun effectenportefeuille bij Siref hebben ondergebracht en dat zij Siref instructies hebben gegeven het beheer van hun effectenportefeuille toe te vertrouwen aan Banca Intesa, met de uitdrukkelijke opdracht aan Banca Intesa om het feitelijk beheer toe te vertrouwen aan CMB, de vaste beleggingsadviseur van de Fratini's. Ten bewijze daarvan hebben de Fratini's een kopie van een op 28 februari 2002 gedateerde, in het Italiaans opgestelde overeenkomst tussen Banca Intesa en CMB overgelegd, alsmede een brief in het Italiaans van Siref aan de Fratini's van 27 februari 2002 waarin Siref, volgens de Fratini's, meedeelt dat zij het beheer van de effectenportefeuille via Banca Intesa heeft ondergebracht bij CMB onder nummer 951666.

Ten aanzien van de aankoop van de aandelen Jomed stellen de Fratini's dat Colonna in hun opdracht instructies heeft gegeven 500.000 aan-

delen Jomed te kopen. De aandelen Jomed werden vervolgens op de Zwitserse beurs gekocht door tussenkomst van SGA een Zwitserse commissienair die bemiddelt bij de aan- en verkoop van effecten op de Zwitserse beurs.

De aandelen zijn weliswaar niet direct van Peters en Österlund gekocht, maar de op het moment van aankoop op de beurs verhandelde aandelen Jomed waren (in belangrijke mate) afkomstig van Peters en Österlund die in de maanden februari en maart 2002 ongeveer 940.000 aandelen Jomed via SGA in de markt hadden gezet.

De afwikkeling van de aankoop heeft plaatsgevonden door overboeking van 500.000 aandelen Jomed van het door SGA (als commissienair) aangehouden depot bij de Zürcher Kantonalbank, een Zwitserse bank die is aangesloten bij het Zwitserse effectenclearing-systeem, naar Credit Suisse First Boston ('CSFB'), eveneens een bij het Zwitserse effectenclearingsysteem aangesloten Zwitserse bank. De 500.000 aandelen Jomed zijn bijgeschreven op de CMB-effectenrekening met nummer 951666, die door Banca Intesa ten behoeve van Siref aangehouden wordt bij CMB en uitsluitend bedoeld is voor de afwikkeling van transacties die op naam van Siref worden verricht in opdracht en voor rekening van de Fratini's.

Vanaf het moment van aankoop, 25 maart 2002, zijn de Fratini's rechthebbenden geweest van de aandelen Jomed. Ter onderbouwing hiervan hebben de Fratini's een drietal door CMB aan Banca Intesa gezonden bankafschriften van de door Banca Intesa - ten behoeve van Siref - bij CMB aangehouden rekening met nummer 951666 overgelegd en gesteld dat Banca Intesa daarmee corresponderende overzichten aan Siref doorzond die deze overzichten rechtstreeks doorgeleide naar de Fratini's. Afschriften van laatstgenoemde overzichten hebben de Fratini's evenwel niet in het geding gebracht.

Tegenover de stelling van gedaagden dat met de brief van Siref aan Banca Intesa van 14 april 2004 eventuele aan Siref toekomende rechten en verplichtingen ten aanzien van de aankoop van de aandelen Jomed niet aan de Fratini's kunnen zijn overgedragen, hebben de Fratini's aangevoerd dat zij steeds rechthebbenden zijn geweest van de aandelen Jomed en dat de aandelen op 14 april 2004 slechts formeel op hun naam werden gesteld. De Fratini's stellen dat zij als gevolg daarvan geen rechten hebben gekregen die hen niet reeds toebehoorden, waaronder ook de in deze procedure ingestelde vordering tegen gedaagden. Naar de rechtbank begrijpt hebben de Fratini's aldus hun eerdere stelling, te weten dat Siref op 14 april 2004 de aandelen, alsmede alle daaraan verbonden rechten en plichten, waaronder begrepen iedere vordering die Siref heeft op Jomed of anderen in verband met de Jomed aandelen aan de Fratini's heeft overgedragen teneinde hen in staat te stellen in eigen naam en voor eigen rekening de onderhavige vordering in te dienen, niet willen handhaven.

Ten slotte hebben de Fratini's bij repliek erkend dat zij de jaarrekening en het jaarverslag 2001 van Jomed niet voorafgaand aan de aankoop van de aandelen hebben kunnen raadplegen, zodat zij, anders dan bij dagvaarding gesteld en in de brief van Colonna van 6 mei 2006 bevestigd, hun aankoopbeslissing niet met name op die stukken kunnen hebben gebaseerd. Volgens de Fratini's zijn zij afgegaan op de kwartaalcijfers Q4 2001 en de beknopte samenvatting van de kerncijfers over 2001 bij het kwartaalbericht Q4 van 2001.

3.12. Bij hun conclusies van dupliek hebben gedaagden betoogd dat het onwaarschijnlijk is dat de kwartaalcijfers Q4 2001 van Jomed tot de aankoopbeslissing van de aandelen Jomed door de Fratini's hebben geleid, omdat de cijfers van Jomed over Q4 (en Q2 en Q3) niet bijzonder goed waren en de invloed van de gepresenteerde resultaten eerder een positief dan een negatief effect heeft gehad op de aandelenkoers Jomed. Österlund c.s. hebben opgemerkt dat veel geloofwaardiger is dat de aankoop van de aandelen ruim vóór de presentatie van de kwartaalcijfers Q4 2001 is geïnitieerd door SGA die reeds ten tijde van de beursgang van Jomed in 2000 een aanzienlijke positie in Jomed aandelen had opgebouwd en haar cliënten adviseerde om aandelen Jomed te kopen. Zij voeren aan dat SGA aan Österlund op 15 februari 2002 bevestigde dat zij tegen 1 maart 2002 300.000 aandelen Jomed van hem wilde kopen. De aandelen zijn geleverd op 22 februari 2002, per valuta 26 februari 2002.

Gedaagden hebben vastgesteld dat hun aansprakelijkheid niet langer is gebaseerd op hun verantwoordelijkheid voor de jaarrekening en het jaarverslag 2001, waaraan de gedaagde commissarissen de conclusie hebben verbonden dat het beroep van de Fratini's op artikel 2:150 BW als grondslag voor hun aansprakelijkheid hiermee van tafel is. Gedaagden zijn vervolgens ingegaan op en hebben verweer gevoerd tegen hun aansprakelijkheid voor de bekendmaking door Jomed van tussentijdse cijfers op de grondslag van artikel 2:139 BW.

Hun overige verweren, met name het verweer dat de Fratini's niet het sluitend bewijs van de door hen gestelde aankoop van de aandelen Jomed op 25 maart 2002 leveren, hebben zij gehandhaafd. Voorafgaand aan het pleidooi hebben de Fratini's voor het eerst een vertaling van de door hen in het geding gebrachte Italiaanse stukken, waaronder ook de mandaatovereenkomst overgelegd.

3.13. Bij pleidooi hebben de Fratini's aan de hand van de overgelegde vertaalde stukken betoogd dat de feiten in deze zaak in de kern betrekkelijk eenvoudig zijn doch dat gedaagden een rookgordijn proberen op te werpen. Vervolgens hebben zij aan de hand van de overgelegde vertaalde stukken betoogd dat in opdracht en voor rekening van de Fratini's op 25 maart 2002 op de Zwitserse beurs 500.000 aandelen Jomed zijn aangekocht, en dat deze zijn

bijgeschreven op de bij CMB aangehouden rekening met nummer 951666 die door Banca Intesa onder het nummer ZZ00162 werd aangehouden ten behoeve van de door Siref – op basis van een onder datzelfde nummer geadmistreerde mandaatovereenkomst – voor de Fratini's gehouden effectenportefeuille. Bij pleidooi hebben de Fratini's opnieuw betoogd dat hun beslissing om de aandelen Jomed aan te kopen mede was gebaseerd op de jaarrekening en het jaarverslag Jomed 2001 en hebben zij opnieuw aangevoerd dat die stukken reeds op 7 maart 2002 door Jomed waren vastgesteld althans bekendgemaakt.

3.14. Van de zijde van gedaagden is voorafgaand aan het pleidooi een uitdraai uit het zogeheten Bloomberg Professional market data systeem overgelegd waaruit blijkt dat op 25 maart 2002 op de Zwitserse beurs in totaal 100.566 aandelen Jomed zijn verhandeld. In reactie daarop hebben de Fratini's gesteld dat het zou kunnen dat in het Bloomberg systeem alleen die transacties worden vermeld, die daadwerkelijk via de beurs worden afgehandeld. Mogelijk gaan transacties bij dezelfde broker niet werkelijk via de beurs, hetgeen kan verklaren dat de onderhavige transactie niet is opgepikt in het systeem van Bloomberg.

4 De beoordeling

4.1. Uitgangspunt voor de beoordeling van elk civiel geschil is dat de rechter de zaak onderzoekt en beslist op de grondslag van het hetgeen partijen aan hun vordering ten grondslag hebben gelegd. Daartoe dient de eisende partij ingevolge het bepaalde in artikel 111, tweede lid aanhef en onder d. Rv reeds aanstonds in het exploit van de dagvaarding zijn eis en de gronden daarvan te vermelden. Eiser is daarbij op grond van het bepaalde in artikel 21 Rv verplicht de aldus aan zijn vordering ten grondslag gelegde, voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Deze verplichting strekt niet alleen ertoe de rechter in staat te stellen op het door partijen ter beoordeling voorgelegde geschil te beslissen, maar dient ook ertoe de wederpartij in staat te stellen zich adequaat en ter zake dienend te verdedigen. De rechter en de wederpartij mogen niet op het verkeerde been worden gezet doordat feitelijk onjuiste en/of onvolledige stellingen worden betrokken. Wordt deze verplichting niet nageleefd, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht, aldus de tweede volzin van artikel 21 Rv.

4.2. De Fratini's leggen aan hun vordering ten grondslag dat zij schade hebben geleden doordat zij op 25 maart 2002, ter beurze, op basis van door Jomed bekendgemaakte misleidende en achteraf onjuist gebleken jaarrekening(en) 2000 en 2001 en kwartaalcijfers 2001 zijn overgegaan tot de aankoop van 500.000 aandelen Jomed. Het is vervolgens aan de Fratini's om concrete feiten en omstandigheden te stellen, en bij betwisting te bewijzen, waaruit kan volgen dat, en zo ja, wanneer en onder welke omstandigheden zij de

genoemde 500.000 aandelen daadwerkelijk hebben gekocht alsmede, nu de Fratini's stellen dat zij hun beslissing de aandelen Jomed te kopen hebben gebaseerd op van Jomed afkomstige misleidende informatie, wanneer en door wie, op basis van welke concrete informatie, de beslissing tot aankoop is genomen.

4.3. Uit het hiervoor onder 3. weergegeven procesverloop en de daarbij door partijen over en weer telkens betrokken stellingen blijkt dat de Fratini's, tegenover de gemotiveerde betwisting door gedaagden de feitelijke onderbouwing van hun vordering bij herhaling hebben moeten aanpassen en of aanvullen. Zo hebben zij achtereenvolgens gesteld dat de aandelen (formeel) zijn gekocht door Siref, Schweizerische Bank, Banca Intesa, althans CMB. Als betalende partij worden aanvankelijk de Fratini's genoemd en later Banca Intesa (voor rekening van Siref en uiteindelijk de Fratini's). Betalingsbewijzen ontbreken. In tegenstelling tot hetgeen bij dagvaarding is gesteld zijn de aandelen niet direct gekocht van Peters en/of Österlund.

Verder zijn de Fratini's niet alleen teruggekomen op hun aanvankelijke stelling dat zij hun vorderingsrechten van Siref overgedragen hebben gekregen, maar hebben zij ook moeten erkennen dat zij, anders dan bij dagvaarding onder 14 uitdrukkelijk gesteld, de aankoopbeslissing niet 'met name' hebben kunnen baseren op de jaarrekening en het jaarverslag van Jomed over 2001, op welke erkenning zij bij pleidooi weer zijn teruggekomen.

4.4. De rechtbank volgt de Fratini's niet in hun betoog dat de hiervoor weergegeven, door gedaagden bij herhaling geuite twijfel aan de juistheid van de stellingen van de Fratini's moet worden gekwalificeerd als een 'rookgordijn'. Gelet op de eerder door Siref in eigen naam ingestelde vordering in het faillissement en de onduidelijkheid over aankoop en betaling hadden gedaagden alle aanleiding te twijfelen aan de juistheid van het in deze bodemprocedure door de Fratini's gestelde. Uit de bij dagvaarding overgelegde producties, kan, anders dan de Fratini's stellen, niet met zekerheid worden vastgesteld dat de aandelen Jomed op 25 maart 2002 voor rekening en risico van de Fratini's zijn gekocht en nadien door of voor hen werden gehouden. Deze stukken, waarvan twee brieven blijken de inhoud en datering op verzoek van de Fratini's ten behoeve van de in te stellen vordering tot verificatie zijn opgesteld, gaan immers uit van feitelijke omstandigheden die in deze procedure niet zijn komen vast te staan, te weten de overdracht van rechten van Siref aan de Fratini's, dat de instructie voor de aankoop afkomstig was van Banca Intesa en dat de aandelen zijn gekocht door Schweizerische Bank. Het overgelegde bankafschrift van 26 maart 2002 is een bericht van CMB aan Banca Intesa. Daarmee corresponderende of andere door Banca Intesa aan Siref en/of door Siref aan de Fratini's verstrekte rekeningoverzichten, waaruit zou kunnen blijken dat de aandelen Jomed op en na 25

maart 2002 voor hun rekening en risico werden gehouden hebben de Fratini's niet overgelegd. Dit is des te opmerkelijker nu zij bij repliek uitdrukkelijk stellen dat Banca Intesa dergelijke overzichten aan Siref doorzond die deze overzichten rechtstreeks doorgeleidde naar de Fratini's. Daarbij komt nog dat ook uit artikel 10 van de Engelse vertaling van de algemene voorwaarden bij de mandaatovereenkomst – die de Fratini's om hen moverende redenen eerst voorafgaand aan het pleidooi hebben overgelegd – blijkt dat: 'You (de rechtbank begrijpt: Siref) will send a statement of the business carried on under mine/our (de rechtbank begrijpt: de Fratini's) instructions at the end of each quarter or at any other time as requested by me/us. You will anyway send a statement of the list of assets and shares at the end of each year. You will keep at your disposal, in your offices adequate and updated documents showing analytically of the portfolio and of any single transaction, with a itemised in quantity and quality of investments and of the depositary and supporting evidence.' Geen van deze stukken is in het geding gebracht.

4.5. Ook overigens wordt de gestelde aankoop van de aandelen Jomed door de Fratini's onvoldoende ondersteund door bewijsstukken. Ondanks dat zulks tegenover de gemotiveerde betwisting door gedaagden, mede gelet op hetgeen de rechtbank bij vonnis in het incident heeft overwogen, op hun weg had gelegen hebben de Fratini's geen bewijsstukken overgelegd waaruit zonder meer blijkt dat de aandelen Jomed op 25 maart 2002 voor rekening en risico van de Fratini's zijn gekocht op de Zwitserse beurs. Uit de door de Fratini's beschreven wijze van afhandeling van de transactie blijkt, ook indien juist, slechts dat 500.000 aandelen Jomed van het door SGA (als commissionair) bij de Zürcher Kantonalbank aangehouden depot zijn overgeboekt naar CSFB. Dat en hoe die aandelen vervolgens door of via CSFB naar CMB zijn overgeschreven hebben de Fratini's niet nader toegelicht. Ten slotte kan in het licht van de door gedaagden overgelegde uitdraai uit het Bloomberg systeem thans in ieder geval niet langer als juist worden aanvaard dat, zoals de Fratini's bij herhaling hebben gesteld, de 500.000 aandelen Jomed op 25 maart 2002 voor hun rekening en risico op de Zwitserse beurs zijn gekocht.

4.6. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat met gedaagden moet worden geoordeeld dat de Fratini's, in strijd met het bepaalde in artikel 21 Rv hebben verzuimd de aan hun vordering ten grondslag gelegde, voor de beslissing van belang zijnde feiten, steeds volledig en naar waarheid aan te voeren. Mede als gevolg daarvan kan in deze stand van het geding nog steeds niet worden vastgesteld of de Fratini's, zoals zij aan hun vordering ten grondslag leggen, voor eigen rekening en risico op 25 maart 2002, op basis van door Jomed bekendgemaakte misleidende en achteraf onjuist gebleken jaarrekening(en) 2000 en 2001 en kwartaalcijfers 2001, op de Zwitserse

beurs 500.000 aandelen Jomed hebben gekocht, terwijl de rechtbank gelet op het aan de Fratini's te verwijten verzuim geen termen aanwezig acht hen in de gelegenheid te stellen hun stellingen nogmaals nader te adstrueren of daarvan alsnog bewijs te leveren.

De Fratini's hebben ook overigens aangevoerd dat er niet meer overzichten voorhanden zijn dan die zijn overgelegd. Bij deze stand van zaken moet de vordering van de Fratini's, reeds bij gebreke van een voldoende draagkrachtige grondslag worden afgewezen.

4.7. Bij toewijzing van het inlichtingenverzoek naar vreemd recht van Ristinmaa bestaat thans geen belang meer.

4.8. De Fratini's zullen als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Peters, Ristinmaa, Ott c.s. en Österlund c.s. worden telkens begroot op:

- vast recht 1.099,00
- salaris procureur 12.844,00 (4,0 punten × tarief € 3.211,00)
- Totaal € 13.943,00

5 De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst het gevorderde af,

5.2. veroordeelt de Fratini's in de proceskosten, aan de zijde van Peters tot op heden begroot op € 13.943,00,

5.3. veroordeelt de Fratini's in de proceskosten, aan de zijde van Ristinmaa tot op heden begroot op € 13.943,00,

5.4. veroordeelt de Fratini's in de proceskosten, aan de zijde van Ott c.s. tot op heden begroot op € 13.943,00,

5.5. veroordeelt de Fratini's in de proceskosten, aan de zijde van Österlund c.s. tot op heden begroot op € 13.943,00,

5.6. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.