

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/77831>

Please be advised that this information was generated on 2019-03-20 and may be subject to change.

## **JOR 2009/14**

### **Hof Amsterdam**

4 november 2008, 106.004.766/01; LJN BG2719.

( Mr. Van Achterberg

Mr. Römer

Mr. Arnold )

Van Nieuwburg,  
en nog 68 anderen,  
appellanten in het principaal appel,  
geïntimeerden in het voorwaardelijk  
incidenteel appel,  
advocaat: mr. A.C. Schaafsma,  
tegen

1. G. Pot te Zug,  
en nog 5 anderen,  
geïntimeerden in het principaal appel,  
appellanten in het voorwaardelijk  
incidenteel appel,  
advocaat: mr. K. Roderburg,  
7. TMF Nederland BV te Amsterdam,  
8. TMF (BVI) Limited te Tortola (British  
Virgin Islands),  
9. TMF Management (BVI) Limited te  
Tortola (British Virgin Islands)  
geïntimeerden in het principaal appel,  
appellanten in het voorwaardelijk  
incidenteel appel,  
advocaat: mr. C.C.J. Muller.

Effectenbemiddeling zonder vergunning en  
aanbieden van effecten zonder vergunning,  
Sterke waardevermindering effecten,  
Bestuurders vennootschap mede  
aansprakelijk voor schade beleggers,  
Schadevergoeding

[BW Boek 6 - 162; Wte 1995 - 1 sub b; 3;  
7]

## **» Samenvatting**

Appellanten verwijten geïntimeerden G. Pot en Caribbean Comfort dat zij zijn opgetreden als effectenbemiddelaar in de zin van art. 1 sub b Wte 1995 zonder te beschikken over de volgens art. 7 Wte

vereiste vergunning. G. Pot is bij de verkoop van aandelen GolfOne Host en Caribbean Comfort, en Caribbean Comfort bij de verkoop van aandelen DR Marketing bedrijfsmatig werkzaam geweest. Gesteld noch gebleken is dat G. Pot en Caribbean Comfort bij voormelde activiteiten andere dan commerciële motieven voor ogen hebben gestaan. Het enkele feit dat de aandelen DR Marketing zijn verkocht aan, kort gezegd, deelnemers aan het Project, wat daar verder van zij, maakt niet dat hun werkzaamheden ter zake niet bedrijfsmatig zouden zijn geweest. Daarmee staat vast dat G. Pot c.s. en Caribbean Comfort zijn opgetreden als effectenbemiddelaar als bedoeld in art. 1 sub b Wte.

Appellanten verwijten GolfOne Host, Caribbean Comfort, CPC en DR Marketing dat zij art. 3 Wte 1995 hebben overtreden door aandelen DR Marketing, GolfOne Host en Caribbean Comfort buiten een besloten kring aan te bieden zonder een prospectus algemeen verkrijgbaar te stellen. Dienaangaande geldt dat onvoldoende gesteld of gebleken is dat niet iedereen kon inschrijven op een appartementsrecht en dat niet iedereen die het inschrijfgeld betaalde een inschrijfnummer verkreeg. Daaruit volgt dat het voor iedereen mogelijk was op eenvoudige wijze houder te worden van een inschrijfnummer en zodoende toe te treden tot de kring van personen die konden investeren in aandelen DR Marketing. Dit betekent dat geen sprake is van een besloten kring in de zin van art 3 Wte. Uit het vorenstaande volgt dat G. Pot en Caribbean Comfort in strijd met art. 7 Wte diensten als effectenbemiddelaar hebben verricht en dat CPC, GolfOne Host en Caribbean Comfort in strijd met art. 3 Wte aandelen hebben aangeboden.

Wat betreft G. Pot heeft te gelden dat onvoldoende is betwist dat G. Pot als handelend bestuurder van CPC en Caribbean Comfort in strijd met art. 3 en art. 7 Wte heeft gehandeld. Van die

onrechtmatige gedragingen kan hem persoonlijk een (voldoende ernstig) verwijt worden gemaakt, omdat hij wist of moest weten dat hij in strijd met genoemde artikelen handelde. Dit betekent dat G. Pot als handelend bestuurder van CPC en Caribbean Comfort ook in persoon onrechtmatig heeft gehandeld.

Daarmee ligt de vraag voor of het in strijd handelen met de art. 3 en 7 Wte betekent dat G. Pot, CPC, Caribbean Comfort en GolfOne Host aansprakelijk zijn voor de door appellanten geleden schade. Het doel van de art. 3 en 7 Wte is onder meer potentiële beleggers te beschermen tegen malafide aanbiedingen, onvoldoende informatie en ondeskundig optreden. G. Pot, Caribbean Comfort, CPC en GolfOne Host hebben derhalve onrechtmatig jegens appellanten gehandeld door te bemiddelen zonder vergunning en/of door zonder prospectus effecten aan te bieden. Nu onvoldoende bestreden is dat G. Pot, Caribbean Comfort, CPC en GolfOne Host door die onrechtmatige gedragingen appellanten ertoe bewogen hebben de bewuste aandelen te kopen, kan het aangaan van die aandelentransacties G. Pot, Caribbean Comfort, CPC en GolfOne Host als een gevolg van dat onrechtmatig handelen worden toegerekend, zodat zij de schade die appellanten daardoor hebben geleden, dienen te vergoeden.

Appellanten stellen de door hen geleden schade op de bedragen die zij voor de aandelen DR Marketing, Caribbean Comfort en GolfOne Host hebben betaald. TMF c.s. betogen dat de gestelde schade afgeleide schade is die niet voor vergoeding aan appellanten in aanmerking komt. Dienaangaande geldt het volgende. Van afgeleide schade is sprake indien een aandeelhouder schade in de vorm van waardevermindering van zijn aandelen lijdt doordat een derde aan de vennootschap waarin de aandelen worden gehouden, nadeel toebrengt en dit nadeel de waarde van de aandelen nadelig beïnvloedt. De

aandeelhouder komt geen vordering jegens een derde toe, indien de aandeelhouder schade lijdt louter door het onrechtmatig handelen van de derde jegens de vennootschap. In de onderhavige zaak beroepen appellanten zich er niet op dat hun aandelen in DR Marketing, GolfOne Host en Caribbean Comfort geen waarde hebben louter als gevolg van het onrechtmatig handelen van G. Pot c.s. en TMF c.s. jegens genoemde vennootschappen. Hun insteek is (onder meer) dat G. Pot c.s. rechtstreeks onrechtmatig tegen hen hebben gehandeld door in strijd met art. 3 en art. 7 Wte, kort gezegd, aandelen DR Marketing, GolfOne Host en Caribbean Comfort aan hen te verkopen. Appellanten verwijten TMF c.s. (onder meer) dat zij, kort gezegd, die onrechtmatige gedragingen niet hebben voorkomen. Gezien het vorenstaande gaat het in de onderhavige zaak niet om een geval van afgeleide schade in voornoemde zin, zodat dat verweer niet opgaat.

## » Uitspraak

(...; *red.*)

### 4. De beoordeling

4.1. Tussen partijen staat als enerzijds gesteld en anderzijds niet of niet voldoende weersproken het volgende vast.

4.1.1. G. Pot tracht sinds 1997 in de Dominicaanse Republiek een zogenoemd resort, bestaande uit hotels en appartementen, te realiseren (hierna: het Project).

4.1.2. Bij het Project zijn de volgende vennootschappen betrokken:

– GolfOne Group Inc. die als doel heeft het bouwen en exploiteren van het Project; bestuurders zijn G. Pot en TMF Management (BVI) Ltd.;

- Construction Inc. die als doel heeft de eigenlijke ontwikkeling en bouw van het Project, alsmede de verkoop van appartementsrechten; bestuurder is TMF Management (BVI) Ltd.;
- GolfOne Host Inc. die als doel heeft geld aan te trekken voor de “voorontwikkelingskosten” van GolfOne Group; bestuurder is TMF Management (BVI) Ltd.;
- CPC Inc. die de verkooprechten van de verschillende beleggingsproducten van GolfOne Group heeft; bestuurder is G. Pot; tot 10 december 2002 was naast G. Pot TMF Management(BVI) Ltd. bestuurder;
- Caribbean Comfort B.V. die namens CPC appartementsrechten verkoopt; bestuurder is G. Pot;
- DR Marketing Inc. die als doel heeft het stimuleren van de verkoop van appartementsrechten door CPC en Caribbean Comfort; aanvankelijk hield CPC 100% en later circa 70% van de aandelen DR Marketing; bestuurder is G. Pot; tot 12 oktober 2002 was naast G. Pot TMF Management(BVI) Ltd. bestuurder.

4.1.3. G. Pot heeft, direct of indirect, als aandeelhouder de zeggenschap over alle genoemde vennootschappen, met uitzondering van TMF Management (BVI) Ltd.

4.1.4. Van 1999 tot 2001 is voor het Project de naam Macao Beach Resort gebruikt en kon een belegger zowel een appartementsrecht als aandelen in de (nog op te richten) vennootschap die het Project zou gaan exploiteren, Macao Beach Inc., verkrijgen. De appartementsrechten werden onder de naam Macao Beach Investment Plan aangeboden. In 2001 is de opzet gewijzigd. Beleggers kunnen alleen nog appartementsrechten verkrijgen, die worden aangeboden onder de naam All Investment Plan. De naam van het Project

is gewijzigd in Columbus Beach & Golf Resort. Degenen die hadden ingeschreven op het Macao Beach Investment Plan zijn automatisch deelnemers aan het All Investment Plan geworden.

4.1.5. De koopprijs van één appartementsrecht bedraagt USUSD 62.500. Daarmee verkrijgt de koper het recht op een gedeelte van een appartement in het te bouwen Project. Met meerdere appartementsrechten kan hij eigenaar worden van een zelfstandige “woning” (met twee appartementsrechten kan hij een studio verwerven, met drie een appartement en met vijf een villa).

4.1.6. Inschrijving op een appartementsrecht houdt in dat een inschrijfgeld van € 2.500,= en een depotstorting van € 6.500,=, totaal € 9.000,= (hierna ook: de aanbetaling), moet worden voldaan. De depotstorting geldt als zekerheid voor verdere deelname aan het Project en wordt terugbetaald indien het Project niet door gaat. Na voldoening van de aanbetaling ontvangt de deelnemer een appartementsrechtnummer.

4.1.7. Aanvankelijk werden niet alleen appartementsrechten en aandelen in de nog op te richten Macao Beach Inc. aangeboden, maar ook aandelen in DR Marketing, eerst voor € 1.000,= per aandeel, later voor € 1.750,= en ten slotte voor € 2.500,= per aandeel. De waarde van de aandelen is afhankelijk van het succes van het Project.

De kopers hebben in verband met de aankoop een formulier “Inschrijving aandelen D.R. Marketing, Inc.” (hierna ook: het inschrijfformulier) getekend.

4.1.8. TMF Management B.V. (geen partij in deze procedure) beheert de bankrekening van Construction, waarop de kopers van appartementsrechten de verplichte depotstorting van € 6.500,= (doen) verrichten.

4.1.9. Van Nieuwburg heeft op 25 februari 1997 voor f 100.000,= aandelen GolfOne Host gekocht. [Appellant 68] en [appellant 69] hebben op 30 mei 1997 ieder voor f 60.000,= aandelen Caribbean Comfort gekocht. Van Nieuwburg en 68 anderen, met uitzondering van [appellant 68] en [appellant 69], hebben aandelen DR Marketing gekocht (hierna: de aandeelhouders DR Marketing).

4.1.10. In november 2002 zijn twee artikelen in het dagblad De Telegraaf verschenen, waarin onder meer wordt vermeld dat beleggers vrezen dat G. Pot door hen ingelegde gelden niet voor het Project maar voor privé-uitgaven gebruikt. In oktober of november 2002 is in een televisie-uitzending van het programma Kassa aandacht aan het Project besteed.

4.2. Van Nieuwburg en 68 anderen hebben G. Pot c.s. en TMF c.s. gedagvaard en in conventie in de hoofdzaak gevorderd G. Pot c.s. en TMF c.s. hoofdelijk te veroordelen tot betaling van schadevergoeding ten belope van (i) € 825.250,= aan de aandeelhouders DR Marketing gezamenlijk, primair tegen overdracht van de door hen gehouden aandelen DR Marketing, subsidiair zonder overdracht van de aandelen; (ii) € 45.378,02 aan Van Nieuwburg tegen overdracht van de door hem gehouden aandelen GolfOne Host, subsidiair zonder overdracht van de aandelen; en (iii) € 27.226,81 aan [appellant 68] en eveneens € 27.226,81 aan [appellant 69], tegen overdracht van de door hen gehouden aandelen Caribbean Comfort, subsidiair zonder overdracht van de aandelen, een en ander met rente en kosten.

In conventie in het incident hebben Van Nieuwburg en 68 anderen op de voet van het bepaalde in artikel 843a Rv voorwaardelijk gevorderd G. Pot c.s. en TMF c.s. te veroordelen tot, kort gezegd, in het geding brengen van bepaalde bescheiden.

G. Pot c.s. hebben in reconventie gevorderd Van Nieuwburg en 68 anderen te veroordelen tot vergoeding van de schade die zij hebben geleden als gevolg van de negatieve berichtgeving over het Project in De Telegraaf en het televisieprogramma Kassa, nader op te maken bij staat.

De rechtbank heeft de vorderingen in conventie in de hoofdzaak en in het incident afgewezen evenals de vordering in reconventie. De reconventionele vordering van TMF c.s., die de rechtbank heeft afgewezen, speelt in hoger beroep geen rol meer.

4.3. In hoger beroep hebben Van Nieuwburg en 68 anderen de gronden van hun eis vermeerderd. Daartegen hebben G. Pot c.s. en TMF c.s. geen bezwaar gemaakt. Nu de vermeerdering van de grondslag van het gevorderde niet in strijd is met de eisen van een goede procesorde zal het hof op de gewijzigde eis recht doen. Van Nieuwburg en 68 anderen hebben hun vordering verminderd, in die zin dat de totale vordering van aandeelhouders DR Marketing wordt verlaagd met € 17.500,=, waarmee die vordering komt op € 807.750,= in plaats van € 825.250,=.

4.4. De vraag die in deze procedure centraal staat is of G. Pot c.s. en TMF c.s. hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die Van Nieuwburg en 68 anderen stellen te lijden door het waardeloos worden van de aandelen die zij in DR Marketing, GolfOne Host en Caribbean Comfort houden. De schade bestaat uit de bedragen die zij voor die aandelen hebben betaald.

Als grondslag voor de aansprakelijkheid van G. Pot c.s. voeren Van Nieuwburg en 68 anderen aan dat het Project niet doorgaat, dat G. Pot c.s. de aandelen DR Marketing, Caribbean Comfort en GolfOne Host aan hen hebben aangeboden in strijd met het bepaalde in de artikelen 7 en 3 van de Wet toezicht effectenverkeer 1995

(verder Wte) en dat G. Pot c.s. misleidende mededelingen openbaar hebben gemaakt als bedoeld in de artikelen 6:194 en 6:195 BW. Voorts verwijten zij G. Pot c.s. dat hun inleg voor een groot deel niet is aangewend ten behoeve van (de promotie van) het Project, maar voor privédoeleinden van G. Pot. De aan G. Pot c.s. verweten gedragingen zijn jegens Van Nieuwburg en 68 anderen onrechtmatig, aldus Van Nieuwburg en 68 anderen.

Als grond voor de aansprakelijkheid van TMF c.s. voeren Van Nieuwburg en 68 anderen aan dat de individuele TMF-vennootschappen, kort gezegd, hun taak als bestuurder en/of trustee van enkele GolfOne-vennootschappen niet naar behoren hebben vervuld, hetgeen jegens Van Nieuwburg en 68 anderen onrechtmatig is.

4.5. Anders dan Van Nieuwburg en 68 anderen lijken te betogen, kunnen op de enkele grond dat volgens hen onduidelijk is welke TMF-vennootschap welke verplichting jegens hen heeft drie TMF-vennootschappen niet worden vereenzelvigd, reeds niet omdat onvoldoende gesteld of gebleken is dat de TMF-vennootschappen misbruik hebben gemaakt van hun identiteitsverschil.

4.6. Het hof ziet aanleiding eerst grief 2 in principaal appel te behandelen. Deze grief is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat niet is komen vast te staan dat het Project niet doorgaat. Dienaangaande geldt het volgende.

4.6.1. Met de realisatie van het Project zal worden gestart zodra er tenminste 2.500 woningen (12.500 appartementsrechten) zijn verkocht. In de nieuwsbrief Merengue van november 2003 wordt het Project het "Prospectus-project" genoemd. Met Prospectus wordt bedoeld op het Columbus Beach & Golf Resort prospectus. In die nieuwsbrief wordt meegedeeld dat naast het Prospectus-project de Opstartfase in het

leven is geroepen. De Opstartfase wordt aangeduid als een voorloper van het Prospectus-project.

4.6.2. Begin 2002 is besloten te beginnen met een Opstartproject omdat het bereiken van de noodzakelijke verkoop van 12.500 appartementsrechten (het break-even-punt) "verder weg ligt dan iedereen had gedacht", zo schrijft Caribbean Comfort bij brief van 23 januari 2003 aan Oudshoorn (onderdeel productie 40 bij akte "houdende vermeerdering van eis (...)") van 3 oktober 2005 (hierna: akte vermeerdering eis). In de "Belangrijke leverings- en betalingsvoorwaarden" bij de "Overeenkomst ALL INvestment Plan" wordt onder het kopje "De Opstartfase" vermeld dat de Opstartfase volledig buiten het bestek van het prospectus valt. Met het Opstartproject wordt begonnen zodra er 2.500 appartementsrechten binnen het Opstartproject zijn aanbetaald. Per ingeschreven appartementsrecht binnen het Opstartproject dient een bedrag van USUSD 3.750 te worden aanbetaald, met een minimum van twee appartementsrechten. Inschrijvingen op appartementsrechten binnen het Project kunnen door de deelnemers worden omgezet in inschrijvingen op appartementsrechten binnen het Opstartproject. De reeds voldane aanbetaling van € 9.000,= wordt dan met de verschuldigde aanbetaling verrekend. Degenen die vanaf begin 2002 inschrijven op het Project kunnen op de "Overeenkomst ALL INvestment Plan" aangeven met hoeveel appartementsrechten zij wensen deel te nemen aan de Opstartfase. Een en ander betekent dat het Opstartproject het aantal inschrijvingen op appartementsrechten binnen het Project negatief kan beïnvloeden.

4.6.3. In de memorie van antwoord hebben G. Pot c.s. op geen enkele wijze gereageerd op de gemotiveerde betwisting door Van Nieuwburg en 68 anderen van het door G. Pot c.s. gestelde aantal (aanbetaalde)

inschrijvingen op appartementsrechten binnen het Project van 2.258. Volgens Van Nieuwburg en 68 anderen hadden eind 2003 slechts 549 deelnemers de vereiste aanbetaling van € 9.000,= verricht, eind 2002 waren dat er 430. Daarbij wijzen Van Nieuwburg en 68 anderen erop dat uit verschillende brieven van Caribbean Comfort blijkt dat de inschrijvingen waarop alleen inschrijfgeld is betaald per 1 maart 2003 vervallen, indien vóór die datum niet alsnog de depotstorting van € 6.500,= wordt voldaan. Het inschrijfgeld van € 2.500,= wordt dan niet gerestitueerd. Evenmin hebben G. Pot c.s. aan het verzoek van Van Nieuwburg en 68 anderen voldaan actuele lijsten over te leggen waaruit duidelijk blijkt hoeveel deelnemers aan het Project de vereiste aanbetaling van € 9.000,= hebben gedaan. G. Pot c.s. volstaan met de opmerking dat ten tijde van het redigeren van de memorie van antwoord, in oktober 2006, het aantal “gewenste” dan wel “gereserveerde” appartementsrechten 2260 bedroeg, zonder toe te lichten wat de termen “gewenst” en “gereserveerd” in dit verband inhouden.

4.6.4. Ter gelegenheid van het pleidooi hebben G. Pot c.s. een nieuw concept-prospectus in het geding gebracht betreffende het “Columbus Investment Plan”. Deelnemers aan dit plan kopen zogenaamde Real Estate Investment Titles, ter waarde van USUSD 195.000, waarop USUSD 45.000 moet worden aanbetaald. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien dat uit het Columbus Investment Plan volgt dat het Project doorgaat, nu in het nieuwe concept-prospectus elke relatie met of verwijzing naar het Project ontbreekt.

4.6.5. Ten tijde van het pleidooi in hoger beroep (2 november 2007) hebben G. Pot c.s. gesteld dat inmiddels is gestart met het Opstartproject. G. Pot heeft een investeerder, een lokaal bouwbedrijf, weten aan te trekken die bereid is het “tekort” te financieren, zodat kan worden

aangevangen met het Opstartproject. Uit deze mededeling blijkt dat zelfs het aantal voor het Opstartproject noodzakelijke (aanbetaalde) inschrijvingen van 2.500 à USUSD 3.750 niet is gehaald. Nu G. Pot c.s. geen enkel inzicht geven in het “tekort” en de bereidheid van een Dominicaans bouwbedrijf om als financier van het “tekort” op te treden op geen enkele wijze nader toelichten, is aannemelijk dat deze mededeling qua waarheidsgehalte op een lijn moet worden gesteld met eerdere mededelingen, zoals in de nieuwsbrief Merengue van januari 2002: “We gaan beginnen in 2003! Eindelijk is het dan zover. We gaan in het 1e kwartaal van 2003 beginnen met de realisatie van de eerste 2.500 appartementsrechten, overeenkomend met 500 woningen”.

4.6.6. Genoemde feiten en omstandigheden, in onderlinge samenhang bezien, leiden tot de conclusie dat het niet doorgaan van het Project zo waarschijnlijk is, dat het thans ten processe als vaststaand kan worden aangenomen. De grief slaagt.

4.7. Dit betekent dat het hof dient te beoordelen of TMF c.s. terecht aanvoeren dat op het inschrijfformulier en op het onrechtmatig handelen/nalaten uit hoofde waarvan Van Nieuwburg en 68 anderen TMF c.s. aanspreken het recht van de British Virgin Islands van toepassing is. Nu onvoldoende gesteld of gebleken is dat toepassing van het recht van de British Virgin Islands tot een ander oordeel leidt dan toepassing van Nederlands recht, kan ingevolge de antikiesregel in het midden blijven welk recht in deze toepasselijk is.

4.8. Het hof ziet aanleiding vervolgens de grieven 6 en 9 in principaal appel te behandelen. Deze grieven strekken onder meer ten betoge dat de rechtbank ten onrechte niet is ingegaan op de verwijten van Van Nieuwburg en 68 anderen dat de aandelen DR Marketing, Caribbean Comfort en GolfOne Host aan hen zijn

aangeboden in strijd met het bepaalde in de artikelen 7 en 3 Wte.

4.8.1. Van Nieuwburg en 68 anderen verwijten G. Pot en Caribbean Comfort dat zij zijn opgetreden als effectenbemiddelaar in de zin van artikel 1 sub b Wte zonder te beschikken over de volgens artikel 7 Wte vereiste vergunning. G. Pot c.s. bestrijden niet dat G. Pot en Caribbean Comfort niet over de bedoelde vergunning beschikten. Zij voeren als verweer dat, nu G. Pot en Caribbean Comfort zich niet beroeps- of bedrijfsmatig hebben bezig gehouden met effectentransacties, zij geen diensten als effectenbemiddelaar in de zin van artikel 1 sub b Wte hebben verricht. Dat G. Pot en Caribbean Comfort aandelen DR Marketing hebben verkocht aan degenen die zich reeds als kopers van appartementsrechten hadden aangemeld, hetgeen Van Nieuwburg en 68 anderen gemotiveerd bestrijden, maakt hen niet tot effectenbemiddelaar. Zij hebben slechts aandelen in een dochteronderneming van CPC verkocht, aldus G. Pot c.s.

4.8.2. Het hof is van oordeel dat G. Pot bij de verkoop van aandelen GolfOne Host en Caribbean Comfort, en Caribbean Comfort bij de verkoop van aandelen DR Marketing bedrijfsmatig werkzaam zijn geweest. Gesteld noch gebleken dat G. Pot en Caribbean Comfort bij voormelde activiteiten andere dan commerciële motieven voor ogen hebben gestaan. Het enkele feit dat de aandelen DR Marketing zijn verkocht aan, kort gezegd, deelnemers aan het Project, wat daar verder van zij, maakt niet dat hun werkzaamheden ter zake niet bedrijfsmatig zouden zijn geweest. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien dat de omstandigheid dat zij aandelen in een dochtervennootschap van CPC verkochten het bedrijfsmatig karakter aan die transactie ontnaemt. Daarmee staat vast dat G. Pot en Caribbean Comfort zijn opgetreden als effectenbemiddelaar als bedoeld in artikel 1 sub b Wte.

4.8.3. Daarnaast voeren G. Pot c.s. aan dat geen vergunning vereist is omdat de effectendiensten niet in of vanuit Nederland zijn verricht. G. Pot is ingezetene van de Dominicaanse Republiek en DR Marketing en CPC zijn vennootschappen die op de British Virgin Islands zijn geregistreerd. Dienaangaande geldt echter dat niet beslissend is waar de (rechts)persoon die de effectendiensten verricht is gevestigd, maar of die diensten worden verricht voor in Nederland gevestigde of woonachtige cliënten. Onvoldoende gesteld of gebleken is dat dat laatste niet het geval was. Overigens zijn niet, zoals G. Pot c.s. lijken te stellen, DR Marketing en CPC opgetreden als effectenbemiddelaar maar Caribbean Comfort, een in Nederland gevestigde vennootschap.

4.8.4. Van Nieuwburg en 68 anderen verwijten GolfOne Host, Caribbean Comfort, CPC en DR Marketing dat zij artikel 3 Wte hebben overtreden door aandelen DR Marketing, GolfOne Host en Caribbean Comfort buiten een besloten kring aan te bieden zonder een prospectus algemeen verkrijgbaar te stellen. G. Pot c.s. voeren aan dat in dit geval geen prospectus verplicht was omdat geen effecten buiten een besloten kring zijn aangeboden. Aandelen DR marketing werden alleen aan houders van een inschrijfnummer voor het Project verkocht, hetgeen Van Nieuwburg en 68 anderen gemotiveerd betwisten. De houders van een inschrijfnummer dienen te worden aangemerkt als een besloten kring in de zin van artikel 3 Wte, aldus G. Pot c.s.

4.8.5. Dienaangaande geldt dat onvoldoende gesteld of gebleken is dat niet iedereen kon inschrijven op een appartementsrecht en dat niet iedereen die het inschrijfgeld betaalde een inschrijfnummer verkreeg. Daaruit volgt dat het voor iedereen mogelijk was op eenvoudige wijze houder te worden van een inschrijfnummer en zodoende toe te



treden tot de kring van personen die konden investeren in aandelen DR Marketing. Dit betekent dat geen sprake is van een besloten kring in de zin van artikel 3 Wte. Gezien het vorenstaande kan in het midden blijven of alleen houders van een inschrijfnummer aandelen DR Marketing konden kopen. Alle aandelen DR Marketing waren geplaatst bij CPC (zie productie 9 bij Inleidende dagvaarding). Rechtens is CPC te beschouwen als degene die de aandelen DR Marketing aanbood in de zin van artikel 3 Wte. Blijkens het memo "GolfOne Host Inc." van 25 september 1997 (productie 10 bij Inleidende dagvaarding) is GolfOne Host te beschouwen als de aanbieder van de aandelen GolfOne Host in de zin van artikel 3 Wte. Blijkens productie 32 bij "conclusie van repliek in conventie (...)" (hierna: conclusie van repliek in conventie) is Caribbean Comfort te beschouwen als de aanbieder van de aandelen Caribbean Comfort. Onvoldoende gesteld of gebleken is dat de aandelen GolfOne Host en Caribbean Comfort zijn aangeboden aan een besloten kring.

4.8.6. Uit het vorenstaande volgt dat G. Pot en Caribbean Comfort in strijd met artikel 7 Wte diensten als effectenbemiddelaar hebben verricht en dat CPC, GolfOne Host en Caribbean Comfort in strijd met artikel 3 Wte aandelen hebben aangeboden. DR Marketing heeft geen van de genoemde artikelen overtreden. Uit het voorgaande volgt dat de grieven in zoverre slagen.

4.9. Van Nieuwburg en 68 anderen betogen dat G. Pot en, naar het hof begrijpt, TMF Management (BVI) als bestuurders van CPC en DR Marketing erop toe hadden moeten zien dat er een prospectus algemeen verkrijgbaar werd gesteld en dat Caribbean Comfort en de door haar ingeschakelde intermediairs over de op grond van artikel 7 Wte vereiste vergunning beschikten. Nu zij dit hebben nagelaten hebben zij onrechtmatig jegens

de aandeelhouders DR Marketing gehandeld.

4.9.1. Wat betreft G. Pot heeft te gelden dat onvoldoende is betwist dat G. Pot als handelend bestuurder van CPC en Caribbean Comfort in strijd met artikel 3 en artikel 7 Wte heeft gehandeld. Van die onrechtmatige gedragingen kan hem persoonlijk een (voldoende ernstig) verwijt worden gemaakt, omdat hij wist of moest weten dat hij in strijd met genoemde artikelen handelde. Dit betekent dat G. Pot als handelend bestuurder van CPC en Caribbean Comfort ook in persoon onrechtmatig heeft gehandeld.

4.9.2. Wat betreft TMF Management (BVI) geldt het volgende. Het enkele feit dat de aandelen DR Marketing zijn verkocht zonder dat een prospectus algemeen verkrijgbaar is gesteld en zonder dat de effectenbemiddelaars over een vergunning beschikten, betekent niet dat TMF Management (BVI) haar taak als (niet-handelend) bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld. Feiten die dat anders maken zijn onvoldoende gesteld of gebleken.

4.10. Ten slotte betogen Van Nieuwburg en 68 anderen dat TMF, kennelijk wordt bedoeld TMF Nederland B.V., als trustee van "de GolfOne Groep" een verwijt valt te maken van het feit dat G. Pot en diverse GolfOne vennootschappen, kort gezegd, in strijd met de Wte hebben gehandeld. Van een gerenommeerd trustbedrijf als TMF Nederland B.V. mag worden verwacht dat zij erop toeziet dat de door haar beheerde vennootschappen de regelgeving naleeft, aldus Van Nieuwburg en 68 anderen. Deze stelling stuit reeds daarop af dat TMF Nederland B.V. als trustee binnen de betrokken vennootschappen geen enkele beslissende zeggenschap heeft over de (rechts)handelingen die G. Pot als bestuurder van die vennootschappen verricht. Reeds om die reden kan haar geen verwijt worden gemaakt van het feit dat die vennootschappen in strijd met de Wte

hebben gehandeld. TMF Nederland B.V. had in geen van de GolfOne vennootschappen de positie van bestuurder. Uit het voorgaande volgt dat de grief voor het overige faalt.

4.11. Daarmee ligt de vraag voor of het in strijd handelen met de artikelen 3 en 7 Wte betekent dat G. Pot, CPC, Caribbean Comfort en GolfOne Host aansprakelijk zijn voor de door Van Nieuwburg en 68 anderen geleden schade. Het doel van de artikelen 3 en 7 Wte is onder meer potentiële beleggers te beschermen tegen malafide aanbiedingen, onvoldoende informatie en ondeskundig optreden. G. Pot, Caribbean Comfort, CPC en GolfOne Host hebben derhalve onrechtmatig jegens Van Nieuwburg en 68 anderen gehandeld door te bemiddelen zonder vergunning en/of door zonder prospectus effecten aan te bieden. Dit betekent dat grief 5 in principaal appel slaagt, voor zover gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat G. Pot c.s. niet onrechtmatig jegens Van Nieuwburg en 68 anderen hebben gehandeld. Nu onvoldoende bestreden is dat G. Pot, Caribbean Comfort, CPC en GolfOne Host door die onrechtmatige gedragingen Van Nieuwburg en 68 anderen ertoe bewogen hebben de bewuste aandelen te kopen, kan het aangaan van die aandelentransacties G. Pot, Caribbean Comfort, CPC en GolfOne Host als een gevolg van dat onrechtmatig handelen worden toegerekend, zodat zij de schade die Van Nieuwburg en 68 anderen daardoor hebben geleden, dienen te vergoeden.

4.12. De aandeelhouders DR Marketing hebben in totaal 673 aandelen DR Marketing gekocht voor in totaal € 735.250,=. Daarnaast hebben zeven personen hun vordering uit hoofde van de aankoop van aandelen DR Marketing aan Van Nieuwburg of [appellant 54] gecedeerd. Het betreft in totaal 66 aandelen met een totaal bedrag van € 72.000,=, waarmee de totale vordering komt op € 807.250,=, vertegenwoordigend 739

aandelen. Van Nieuwburg heeft voor € 45.378,= aandelen GolfOne Host gekocht en [appellant 68] en [appellant 69] hebben ieder voor € 27.227,= aandelen Caribbean Comfort gekocht. Van Nieuwburg en 68 anderen stellen de door hen geleden schade op de bedragen die zij voor de aandelen DR Marketing, Caribbean Comfort en GolfOne Host hebben betaald. Als productie 37 bij conclusie van repliek in conventie hebben Van Nieuwburg en 68 anderen een overzicht in het geding gebracht, waarin opgenomen het bedrag dat ieder van de 69 aandeelhouders vordert. G. Pot c.s. hebben de hoogte van die bedragen onvoldoende gemotiveerd betwist, zodat die bedragen vast staan. Evenmin hebben G. Pot c.s. gemotiveerd betwist dat zij jegens Van Nieuwburg en 68 anderen hoofdelijk aansprakelijk zijn.

4.12.1. TMF c.s. betogen dat de gestelde schade afgeleide schade is die niet voor vergoeding aan Van Nieuwburg en 68 anderen in aanmerking komt. Dienaangaande geldt het volgende. Van afgeleide schade is sprake indien een aandeelhouder schade in de vorm van waardevermindering van zijn aandelen lijdt, doordat een derde aan de vennootschap waarin de aandelen worden gehouden, nadeel toebrengt en dit nadeel de waarde van de aandelen nadelig beïnvloedt. De aandeelhouder komt geen vordering tot schadevergoeding jegens de derde toe, indien de aandeelhouder schade lijdt louter door het onrechtmatige handelen van de derde jegens de vennootschap. De vordering tot schadevergoeding komt in dat geval alleen toe aan de vennootschap. In de onderhavige zaak beroepen Van Nieuwburg en 68 anderen zich er niet op dat hun aandelen in DR Marketing, GolfOne Host en Caribbean Comfort geen waarde hebben louter als gevolg van het onrechtmatig handelen van G. Pot c.s. en TMF c.s. jegens genoemde vennootschappen. Hun insteek is (onder meer) dat G. Pot c.s. rechtstreeks onrechtmatig tegen hen hebben gehandeld

door in strijd met artikel 3 en artikel 7 Wte, kort gezegd, aandelen DR Marketing, GolfOne Host en Caribbean Comfort aan hen te verkopen. Van Nieuwburg en 68 anderen verwijten TMF c.s. (onder meer) dat zij, kort gezegd, die onrechtmatige gedragingen niet hebben voorkomen. Van Nieuwburg en 68 anderen pretenderen derhalve een schadevordering tegen derden, die naar hun mening direct jegens henzelf onrechtmatig hebben gehandeld en daardoor schade in de vorm van het waardeloos worden van hun aandelen hebben veroorzaakt, en baseren hun schadevordering dus niet op een onrechtmatig handelen van die derden jegens DR Marketing, GolfOne Host en Caribbean Comfort. Gezien het vorenstaande gaat het in de onderhavige zaak niet om een geval van afgeleide schade in voornoemde zin, zodat dat verweer niet opgaat.

4.12.2. Voorts is onder 4.6.6 overwogen dat als vaststaand kan worden aangenomen dat het Project geen doorgang zal vinden. Feiten waaruit volgt dat de aandelen ondanks die stand van zaken op dit moment nog enige waarde hebben, zijn onvoldoende gesteld of gebleken. Daarmee staat vast dat Van Nieuwburg en 68 anderen de door hen gestelde schade hebben geleden.

4.13. Nu de aansprakelijkheid van G. Pot, Caribbean Comfort, CPC en GolfOne Host berust op de overtreding van de artikelen 3 en 7 Wte behoeven de andere gronden die Van Nieuwburg en 68 anderen hebben aangevoerd voor hun aansprakelijkheid slechts behandeling voor zover zij ook zien op onrechtmatig handelen van TMF c.s. Die gronden zijn het door G. Pot, Caribbean Comfort, CPC, GolfOne Host en TMF c.s. openbaar maken van misleidende mededelingen als bedoeld in de artikelen 6:194 en 6:195 en het door G. Pot aanwenden van gelden van CPC voor andere doeleinden dan (de promotie van) het Project.

4.14. Van Nieuwburg en 68 anderen hebben gezien het vorenstaande geen belang bij grief 8 in principaal appel.

4.15. Bij grief 6 in principaal appel vermeederen Van Nieuwburg en 68 anderen hun eis in die zin dat zij G. Pot, CPC, TMF c.s., GolfOne Host en Caribbean Comfort verwijten dat zij misleidende mededelingen openbaar hebben gemaakt als bedoeld in de artikelen 6:194 en 6:195 BW. Dienaangaande geldt het volgende.

4.15.1. Van Nieuwburg en 68 anderen hebben hun stelling dat het, bij het tekenen van het inschrijfformulier, aan hen verstrekte Macao Beach prospectus/het Columbus Beach & Golf Resort prospectus openbaar is gemaakt in de zin van artikel 6:194 BW onvoldoende toegelicht, zodat dat niet is komen vast te staan. Het door Van Nieuwburg en 68 anderen gestelde misleidende karakter (van het ontbreken) van een aantal mededelingen in genoemde prospectussen, zo dat zou komen vast te staan, valt derhalve niet onder artikel 6:194 BW. Daarnaast zijn hun klachten over de onvolledigheid van de informatie die zij over (de financiële positie van) DR Marketing hebben ontvangen, terug te voeren op het ontbreken van een prospectus in de zin van artikel 3 Wte (zie hiervoor onder 4.8.4 e.v.). Van Nieuwburg en 68 anderen hebben eveneens onvoldoende toegelicht dat de nieuwsbrief Merengue van januari 2001, die degenen hebben ontvangen die in 2001 aandelen DR Marketing hebben gekocht, openbaar is gemaakt in de zin van artikel 6:194 BW. Overigens valt anders dan Van Nieuwburg en 68 anderen betogen in die nieuwsbrief niet te lezen dat het Project eind 2001/2002 van start gaat. Onder het kopje “Stand van zaken” staat dat momenteel het aantal van 1.500 inschrijvingen ruim is gepasseerd en dat “de verwachting (cursivering door het hof) is dat het gewenste aantal eind 2001/begin 2002 wordt bereikt”. Uit het voorgaande volgt dat niet is komen vast te

staan dat G. Pot c.s. en TMF c.s. in strijd hebben gehandeld met artikel 6:194 BW.

4.16. Met grief 4 in principaal appel betogen Van Nieuwburg en 68 anderen dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat niet is komen vast te staan dat G. Pot op onrechtmatige wijze gelden van CPC aan het Project heeft onttrokken. Gezien de voorwaardelijke incidentele grief van G. Pot c.s. hebben Van Nieuwburg en 68 anderen belang bij de behandeling van deze grief.

4.16.1. De rechtbank overweegt dat een totaalbedrag van circa € 515.000,=, waarvan G. Pot c.s. niet ontkennen dat dat bedrag zag op privébetalingen van G. Pot, tijdelijk als lening aan de bankrekening van CPC is onttrokken. G. Pot c.s. hebben echter niet gesteld dat G. Pot het genoemde bedrag voor privédoeleinden van CPC heeft geleend. G. Pot erkent dat hij gelden van CPC in privé gebruikt heeft. Het hof is van oordeel dat G. Pot niet gerechtigd was ten laste van de bankrekening van CPC, een zelfstandige rechtspersoon met eigen rechten en verplichtingen, privébetalingen te doen, ook niet indien, hetgeen G. Pot c.s. gemotiveerd stellen, maar Van Nieuwburg en 68 anderen gemotiveerd betwisten, de aan het Project gerelateerde uitgaven in de periode 1995-2003 ruim € 8 miljoen hebben bedragen, waarvan CPC ruim € 4 miljoen heeft gefinancierd uit eigen middelen, lees uit privéfondsen die G. Pot, naar hij zonder enige nadere toelichting stelt, in CPC aanhield.

4.16.2. Op grond van artikel 18 Wet op de economische delicten heeft de ABN-AMRO Bank over de boekjaren 1 januari 2000 tot en met 31 mei 2004 de rekeningafschriften van bankrekening 53.22.97.458 op naam van CPC verstrekt aan de Belastingdienst/FIOD-ECD (productie 8 bij memorie van grieven). In genoemde periode van bijna 4½ jaar werd door aandeelhouders DR Marketing in totaal een bedrag van € 2.152.653,= op

genoemde rekening gestort. Daarnaast werd ter aanvulling van het saldo in totaal een bedrag van € 93.782,= door niet nader aangeduide derde(n) gestort. Er werd in totaal voor een bedrag van € 1.147.595,= belegd in een effectendepot en € 300.000,= in participaties. Voorts werd er in totaal een bedrag van € 319.498,= opgenomen met American Express creditkaarten. Daarnaast werd € 50.000,= overgemaakt naar Caribbean Comfort ten titel van lening, in totaal € 100.000,= naar de bankrekening van CPC bij Van Lansschot, € 35.000,= naar een rekening van G. Pot en in totaal € 118.180,= betrof kasopnames. [De echtgenote van G. Pot], ontving € 15.000,=, [T.] Advies € 33.860,=, en [X] ontving € 22.689,= ten titel van lening. Per 2 juli 2004 vertoonde de rekening een debetsaldo van € 26.941,46. G. Pot c.s. geven in de memorie van antwoord geen enkel inzicht in de achtergrond van de afboekingen en opnamen, hetgeen op hun weg had gelegen.

Uit het merendeel van de afschrijvingen blijkt geen enkele relatie met (de promotie van) het Project. Daarmee staat vast dat CPC een aanzienlijk deel van de verkregen middelen, in afwijking van hetgeen is vermeld in onder meer het inschrijfformulier, niet heeft aangewend ten behoeve van (het verhogen van het verkoopsucces van) het Project. De grief slaagt.

4.17. Grief 7 in principaal appel die gericht is tegen het oordeel van de rechtbank dat het om beleggingen met een hoog risicoprofiel ging, behoeft bij gebrek aan belang geen behandeling.

4.18. Grief 3 in principaal appel is gericht tegen de overweging in het bestreden vonnis dat “[d]aarbij komt, dat aannemelijk is dat de verkoop van appartementsrechten gestagneerd is ten gevolge van de onderhavige procedure (...)”. Van Nieuwburg en 68 anderen betogen dat de verkoop niet door de procedure is gestagneerd.

De geciteerde overweging dient ter nadere onderbouwing van het oordeel van de rechtbank dat, kort gezegd, de stelling van Van Nieuwburg en 68 anderen dat het Project niet doorgaat onvoldoende is toegelicht. Nu het hof tot de conclusie is gekomen dat het niet doorgaan van het Project ten processe als vaststaand kan worden aangenomen, behoeft de grief geen verder behandeling.

4.19. Met grief 1 in principaal appel betogen Van Nieuwburg en 68 anderen dat de rechtbank in het bestreden vonnis ten onrechte voorbij is gegaan aan de rol van TMF c.s. in het Project.

4.19.1. Van het inschrijfformulier zijn verschillende versies in omloop. Eén versie bevat de volgende passage:

“TMF (BVI), Ltd. (TMF)

TMF, een van de grootste trustees in Europa, is de trustee en administrateur van alle GolfOne Group vennootschappen, dus ook van CPC en DRM. Haar taak is om naast de administratie van alle vennootschappen tevens de aandeelhouders de nodige zekerheden te bieden. Vandaar dat aan TMF de opdracht is verstrekt om alle kasmiddelen die binnenkomen in beheer te nemen en deze conform de onderliggende contracten te distribueren.”

Van Nieuwburg en 68 anderen betogen dat deze passage in het inschrijfformulier, dat zij aanduiden als een overeenkomst, is te kwalificeren als een derdenbeding in de zin van artikel 6:253 BW. Door deze bepaling in de “overeenkomst” op te nemen, zijn (een aantal van) de aandeelhouders DR Marketing partij geworden bij de overeenkomst tussen TMF (BVI) en de GolfOne Group vennootschappen. De aandeelhouders DR Marketing hebben dit derdenbeding aanvaard door de “overeenkomst” aan te gaan, aldus Van Nieuwburg en 68 anderen.

4.19.2. Van een derdenbeding zou sprake zijn, indien de geciteerde passage ten behoeve van de aandeelhouders DR Marketing in een overeenkomst van opdracht tussen TMF (BVI) en CPC zou zijn opgenomen (en de aandeelhouders het beding zouden hebben aanvaard). Het inschrijfformulier bevat geen overeenkomst van opdracht tussen TMF (BVI) en CPC. Ook overigens is onvoldoende gesteld of gebleken dat tussen TMF (BVI) en CPC een overeenkomst van opdracht is gesloten. Aan het feit dat TMF Management (BVI) de aandeelbewijzen naar de kopers van de aandelen DR Marketing verstuurde, mochten de aandeelhouders DR Marketing, gezien het feit dat TMF (BVI) en TMF Management (BVI) twee zelfstandige rechtspersonen zijn, niet het vertrouwen ontlene dat TMF (BVI) heeft ingestemd met de blijkens het inschrijfformulier aan haar verstrekte opdracht om de inleg van de aandeelhouders DR Marketing in beheer te nemen. Feiten die dat anders maken zijn onvoldoende gesteld of gebleken.

4.19.3. Anders dan Van Nieuwburg en 68 anderen aanvoeren, betekent het enkele feit dat de kopers van aandelen DR Marketing op het inschrijfformulier moesten aangeven dat zij bekend waren met de inhoud van het prospectus van Macao Beach Inc. dan wel het prospectus van Columbus Beach & Golf Resort niet dat de aandeelhouders DR Marketing rechten aan het prospectus, zoals aan het daarin opgenomen trusteeschap van TMF Nederland B.V., kunnen ontlene. In dat verband is ook van belang dat in de respectievelijke prospectussen wordt vermeld dat TMF Nederland B.V. wordt aangesteld ten teneinde de belangen van de investeerders in Macao Beach Inc. respectievelijk deelnemers in Columbus Resorts Inc. te waarborgen. Uit de genoemde prospectussen blijkt niet dat TMF Nederland B.V. (of TMF (BVI)) de inleg van de DR Marketing aandeelhouders zou beheren. Uit de door Van Nieuwburg en 68 anderen aangehaalde brief van CPC aan Van Nieuwburg van 5 februari 2003

blijkt alleen dat, kennelijk, TMF (BVI) de administratie over DR Marketing voert, hetgeen inhoudt dat zij de aandeelhoudersadministratie/het aandeelhoudersregister voert. En verder dat, kennelijk, TMF Nederland B.V. als trustee alle geldstromen beheert die door de kopers van woningen worden betaald en dat zij tevens voor de afsplitsing van de 5% per verkocht en betaald appartementsrecht en de uitbetaling vanuit CPC naar DR Marketing zorgdraagt en dat, kennelijk, TMF (BVI), vervolgens aan alle in het register opgenomen aandeelhouders de dividenden betaalt. Dat TMF Nederland B.V. en/of TMF (BVI) jegens Van Nieuwburg en 68 anderen als aandeelhouders DR Marketing, GolfOne Host en Caribbean Comfort tot meer of anders was verplicht is onvoldoende gesteld of gebleken. De grief faalt.

4.20. Van Nieuwburg en 68 anderen vorderen wettelijke rente over het bedrag van de inleg van ieder van de aandeelhouders vanaf de dag van de betalingen. Nu de grondslag van de aansprakelijkheid schending van de Wte is, zal het hof de wettelijke rente toewijzen vanaf de dag van de betalingen.

4.21. Met grief 10 in principaal appel betogen Van Nieuwburg en 68 anderen dat de rechtbank ten onrechte voorbij is gegaan aan hun verwijt dat de inleg van de aandeelhouders DR Marketing ook is aangewend voor betalingen aan GolfOne Cigars en dat derhalve ook GolfOne Cigars onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld. Veronderstellend dat GolfOne Cigars onrechtmatig jegens de aandeelhouders DR Marketing c.s. heeft gehandeld door de bedragen die zij van CPC heeft ontvangen te behouden, is onvoldoende gesteld of gebleken dat tussen die gedraging en de schade die de aandeelhouders DR Marketing hebben geleden sprake is van het vereiste causale verband. De enkele omstandigheid dat de door GolfOne Cigars ontvangen bedragen hadden moeten

worden aangewend ten behoeve van (de promotie van) het Project is in dat verband onvoldoende. De grief faalt.

4.22. Grief 11 in principaal appel is gericht tegen de afwijzing van de incidentele vordering uit hoofde van artikel 843a Rv jo. artikel 162 Rv. Gezien het hiervoor overwogene hebben Van Nieuwburg en 68 anderen geen belang bij de behandeling van de grief.

4.23. Nu voldaan is aan de voorwaarde waaronder G. Pot c.s. incidenteel appel hebben ingesteld, komt het hof toe aan de behandeling van de incidentele grief van G. Pot c.s. Zij betogen dat de rechtbank ten onrechte hun reconventionele vordering heeft afgewezen. Volgens G. Pot c.s. hebben Van Nieuwburg en 68 anderen onrechtmatig jegens hen gehandeld door negatieve berichten over het Project naar buiten te brengen. Zij doelen op twee artikelen in de Telegraaf van november 2002 alsmede op een onderdeel in het televisieprogramma “Kassa” van oktober of november 2002. Het hof is van oordeel dat G. Pot door ten laste van CPC privé- en andere uitgaven te doen die geen verband hielden met (de promotie van) het Project, zelf alle aanleiding heeft gegeven tot de grote twijfels die zijn gerezen over het Project en in genoemde publicaties naar buiten zijn gebracht. Gezien het hiervoor overwogene is niet komen vast te staan dat Van Nieuwburg en 68 anderen, zoals G. Pot c.s. stellen, “onwaarheden aan verschillende media hebben verkondigd”. De grief faalt.

## **5. Slotsom en kosten**

De grieven 2, 4 tot en met 7, en 9 in principaal appel slagen (gedeeltelijk), de grieven 1 en 10 in principaal appel en de voorwaardelijke grief in incidenteel appel falen en de grieven 3, 8 en 11 in principaal appel behoeven geen (verdere) behandeling. Het bestreden vonnis in conventie kan niet in stand blijven en moet

worden vernietigd. De vordering van Van Nieuwburg en 68 anderen zal als na te melden worden toegewezen. De wettelijke rente zal worden toegewezen vanaf de dag van betaling. Het bestreden vonnis in reconventie zal worden bekrachtigd, nu niet blijkt van een grond voor vernietiging. G. Pot c.s. zullen als de overwegend in het ongelijk gestelde partij hoofdelijk worden veroordeeld in de kosten van de eerste aanleg in conventie, van het principaal en het voorwaardelijk incidenteel appel aan de zijde van Van Nieuwburg en 68 anderen, conform hun vordering als na te melden te vermeerderen met de wettelijke rente. Van Nieuwburg en 68 anderen zullen als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de eerste aanleg in conventie en het principaal appel aan de zijde van TMF c.s.

## 6. De beslissing

Het hof:

vernietigt het bestreden vonnis voor zover in conventie geweest;

en opnieuw rechtdoende:

veroordeelt G. Pot, CPC, GolfOne Host en Caribbean Comfort hoofdelijk tot betaling van een bedrag van € 807.250,= aan de aandeelhouders DR Marketing gezamenlijk, van € 45.378,= aan Van Nieuwburg, van € 27.227,= aan [appellant 68] en van € 27.227,= aan [appellant 69], te vermeerderen met de wettelijke rente over het bedrag van de inleg van ieder van de aandeelhouders vanaf de dag der betaling van de inleg tot aan de dag der voldoening;

bekrachtigt het vonnis voor zover in reconventie geweest;

veroordeelt G. Pot c.s. hoofdelijk in de kosten van de eerste aanleg in conventie, van het principaal en het voorwaardelijk incidenteel appel (...; *red.*);

veroordeelt Van Nieuwburg en 68 anderen in de kosten van de eerste aanleg in conventie en van het principaal appel (...; *red.*).

wijst af het meer of anders gevorderde;

verklaart het arrest uitvoerbaar bij voorraad.

## » Noot

1. De heer (Gert) Pot maakt er een potje van. Via zijn vennootschappen verkoopt hij aan Nederlandse beleggers “appartementsrechten” in het Macao Beach Resort, dat hij wil ontwikkelen in de Dominicaanse Republiek. Daarnaast verkoopt hij aandelen in verschillende vennootschappen die op de een of andere wijze bij de ontwikkeling van dit resort betrokken zijn. Na jaren blijkt er nauwelijks iets te zijn ontwikkeld. Pot en zijn vrouw hebben een groot deel van de door de beleggers gestorte bedragen voor privé-doeleinden verbruikt.

Het aanbieden van de aandelen geschiedde in strijd met de prospectusplicht van art. 3 Wte 1995. Bovendien traden Pot en zijn vennootschap Caribbean Comfort BV op als effectenbemiddelaar (inmiddels: beleggingsonderneming), zonder te beschikken over de vereiste vergunning op grond van art. 7 Wte 1995. Pot was bestuurder van de betrokken vennootschappen. Naast Pot was TMF Management (BVI) Ltd. als bestuurder aangesteld en verleenden andere TMF-vennootschappen diverse diensten. In sommige inschrijfformulieren stond dat TMF (BVI) Ltd. de opdracht kreeg “om alle kasmiddelen die binnenkomen in beheer te nemen en deze conform de onderliggende contracten te distribueren” (r.o. 4.19.1). Volgens de prospectussen was TMF Nederland BV aangesteld om o.a. de belangen van de investeerders te waarborgen (r.o. 4.19.3).

Van Nieuwburg c.s. spreken Pot, zijn vennootschappen en de drie TMF-vennootschappen aan uit hoofde van onrechtmatige daad, misleidende reclame en wanprestatie. De rechtbank wijst hun vorderingen af. Het hof veroordeelt Pot en zijn vennootschappen daarentegen tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad. Pot is aansprakelijk als handelend bestuurder. TMF Management (BVI) is niet aansprakelijk, omdat zij niet actief heeft gehandeld (r.o. 4.9.2) en de twee andere TMF vennootschappen ontspringen de dans eveneens.

2. Het hof hanteert bij het beoordelen van de onrechtmatigheid een andere maatstaf voor het handelen van Pot dan voor het handelen van TMF Management (BVI). Pot is aansprakelijk, omdat hem als handelend bestuurder “een voldoende ernstig persoonlijk verwijt” treft. TMF Management (BVI) is niet aansprakelijk omdat het enkele feit dat door haar bestuurde vennootschappen de Wte 1995 overtraden, “niet betekent dat zij haar taak als (niet-handelend) bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld”. Opmerkelijk is overigens dat Pot niet is veroordeeld voor het feit dat hij zelf – en niet slechts als bestuurder – art. 7 Wte 1995 heeft overtreden door te handelen als effectenbemiddelaar. In r.o. 4.8.2 stelt het hof dit feit immers vast.

De eerste toerekeningsmaatstaf is gebruikelijk voor aansprakelijkheid van bestuurders jegens derden (ex art. 6:162 BW). Bestuurders zijn aansprakelijk als zij namens de rechtspersoon verplichtingen aangaan waarvan zij (behoren te) weten dat de rechtspersoon ze niet kan nakomen, tenzij hun geen “persoonlijk verwijt” treft (HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286, m.nt. Maeijer (*Beklamel*)). De eis dat dit verwijt “voldoende ernstig” is, heeft de Hoge Raad in latere rechtspraak toegevoegd (HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38 (*Roelofsen/Ontvanger*) en HR 20 juni 2008,

«JOR» 2008/260 m.nt. Borrius (*Willemsen/NOM*)).

Het hof hanteert zoals gezegd een andere aansprakelijkheidsmaatstaf voor TMF Management (BVI). Deze lijkt te zijn ontleend aan de interne aansprakelijkheid van bestuurders jegens de rechtspersoon op grond van art. 2:9 BW. Die maatstaf is niet bepalend voor de aansprakelijkheid van een bestuurder jegens derden. Het gaat er bij art. 6:162 BW niet om of de bestuurder zich jegens de vennootschap onbehoorlijk heeft gedragen, maar of hij maatschappelijk onbetamelijk heeft gehandeld jegens de derde. Onbehoorlijk bestuur hoeft niet onbetamelijk te zijn jegens derden en omgekeerd, al kan het wel een rol spelen bij de beoordeling van de onrechtmatigheid. Het hof had met andere woorden de maatstaven moeten hanteren uit de arresten *Beklamel* en *Roelofsen/Ontvanger*. Het hof kent er veel belang aan toe, dat TMF Management (BVI) niet actief heeft gehandeld bij het overtreden van de Wte 1995. Voor zover TMF Management (BVI) niet actief heeft gehandeld lijkt mij dat juist. Dat kan een rol spelen bij de beoordeling van de vraag of TMF Management (BVI) een “persoonlijk verwijt” treft. Meer algemeen is stilzitten onbetamelijk indien sprake is van gevaarzetting. Overigens stelt het hof verderop in het arrest (r.o. 4.19.3) vast dat TMF de aandelebewijzen naar de beleggers verstuurde. Het is moeilijk te begrijpen dat TMF Management (BVI) volgens het hof desondanks niet actief zou hebben gehandeld als bestuurder bij het overtreden van art. 3 Wte 1995.

3. Art. 6:194 BW bestempelt het (laten) openbaar maken van een misleidende mededeling als onrechtmatig. Het hof wijst het beroep van Van Nieuwburg c.s. op dit artikel af, omdat zij onvoldoende hebben toegelicht dat de prospectussen en nieuwsbrieven in kwestie openbaar zijn gemaakt. Kennelijk is het volgens het hof onvoldoende dat ten minste de 69



appellanten prospectussen en/of nieuwsbrieven hebben ontvangen. Mij lijkt dat het hof hier geen juiste maatstaf hanteert. Blijkens de wetsgeschiedenis wordt gestandaardiseerde *direct mail* geacht te zijn openbaar gemaakt in de zin van art. 6:194 BW. De prospectussen en nieuwsbrieven zijn eveneens gestandaardiseerde stukken. Nu verschillende beleggers deze stukken hebben ontvangen, lijkt mij dat voldoende voor het oordeel dat zij openbaar zijn gemaakt als bedoeld in art. 6:194 BW. Afgezien daarvan kan worden betoogd dat het criterium “openbaar” in art. 6:194 BW geen zelfstandige betekenis toekomt, daar de Europese richtlijn die in dit artikel is geïmplementeerd dit criterium niet kent. Het recente art. 6:193a e.v. BW (Wet oneerlijke handelspraktijken) kent het criterium “openbaar maken” overigens niet, terwijl het informatieverstrekking die niet voldoet aan de bepaalde voorschriften uit de Wft per definitie als onrechtmatig bestempelt.

4. Effectenbemiddeling was in de Wte 1995 gedefinieerd als – onder andere – het bedrijfsmatig als tussenpersoon beroeps- of bedrijfsmatig werkzaam zijn bij de totstandkoming van transacties in effecten. De definitie van “verlenen van een beleggingsdienst” in art. 1:1 Wft is vergelijkbaar. Volgens r.o. 4.8.2 zijn Pot en Caribbean Comfort bedrijfsmatig als tussenpersoon werkzaam geweest, nu is gesteld noch gebleken dat zij bij voormelde activiteiten andere dan commerciële motieven hebben gehad. Anders dan het hof hier lijkt te oordelen, is voor het criterium “bedrijfsmatig” in de Wte 1995 en “in de uitoefening van een beroep of bedrijf” in de Wft niet zozeer bepalend welke motieven een partij voor ogen hebben gestaan. De wetsgeschiedenis geeft de volgende aanknopingspunten voor dit begrip: de wijze waarop degene die een financiële dienst verleent zich aan de buitenwereld presenteert, de omstandigheid dat verlening van financiële diensten niet

slechts incidenteel plaatsvindt of het feit dat degene die de financiële dienst verleent een beloning ontvangt voor zijn diensten, van de cliënt zelf of van een derde (bijvoorbeeld in de vorm van provisie). Incidentele diensten in het kader van een andere beroepswerkzaamheid zijn niet bedrijfsmatig, voor zover die diensten noodzakelijkerwijs rechtstreeks voortvloeien uit die andere beroepswerkzaamheid.

J.W.P.M. van der Velden, advocaat te Amsterdam en *fellow* aan het Onderzoekcentrum Onderneming en Recht, Radboud Universiteit Nijmegen.