

ECLI:NL:GHAMS:2019:2553

Instantie Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak 16-07-2019

Datum publicatie 22-07-2019

Zaaknummer 200.229.446/01

Rechtsgebieden Civiel recht

Bijzondere kenmerken Hoger beroep

Inhoudsindicatie

Bijzondere zorgplicht bank. Tripartiete overeenkomst. Een in beheer gegeven vermogen is door middel van een tripartiete overeenkomst vrijwel geheel belegd in hedge funds van in het buitenland gevestigde beleggingsinstellingen die niet over een vergunning van de AFM beschikken. Hof: De bank heeft haar bijzondere zorgplicht jegens de cliënte geschonden door actief mee te werken aan een gang van zaken waarbij de bank het wettelijk aanbiedingsverbod overtrad, onder verdere omstandigheden als in het arrest vermeld. Hieraan doet niet af dat de zorgplicht van een bank jegens een cliënt in een tripartiete relatie beperkt is en dat de cliënte, naar de bank wist, zich liet adviseren door een vermogensbeheerder die over een vergunning beschikte.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.229.446/01

zaak- en rolnummer rechtbank Amsterdam : C/13/615471 / HA ZA 16-958

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 16 juli 2019

inzake

[appellante] ,

wonend te [woonplaats] ,

appellante,

advocaat: mr. R.H. Kroes te Amsterdam,

tegen

INSINGERGILISSEN BANKIERS N.V.,

gevestigd te Amsterdam,

geïntimeerde,

advocaat: mr. C.W.M. Lieverse te Amsterdam.

1 Het geding in hoger beroep

De partijen worden hierna [appellante] en IGB genoemd.

[appellante] is bij dagvaarding van 15 november 2017 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 16 augustus 2017, onder bovenvermeld zaak- en rolnummer geweest tussen [appellante] als eiseres en Theodoor Gilissen Bankiers N.V. (hierna: TGB) als gedaagde.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven;
- memorie van antwoord.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 15 maart 2019 doen bepleiten door de in de kop van dit arrest genoemde advocaten, ieder aan de hand van pleitnotities waarvan exemplaren zijn overgelegd. Ten slotte is arrest gevraagd.

[appellante] heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en alsnog voor recht zal verklaren dat IGB toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens [appellante] en/of dat IGB onrechtmatig jegens [appellante] heeft gehandeld, en – uitvoerbaar bij voorraad – IGB zal veroordelen tot vergoeding van de door [appellante] geleden schade, met wettelijke rente, op te maken bij staat, met veroordeling van IGB in de kosten van het geding in beide instanties, met nakosten.

IGB heeft geconcludeerd, naar het hof begrijpt, dat het hof het bestreden vonnis zal bekrachtigen, met veroordeling – uitvoerbaar bij voorraad – van [appellante] in de kosten van het geding in hoger beroep.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

2 Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1-2.6 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen ook het hof tot uitgangspunt. Samengevat en aangevuld met andere vaststaande feiten komen de feiten op het volgende neer.

- 2.1 IGB is een kredietinstelling. Zij is rechtsopvolgster van TGB. TGB is rechtsopvolgster van Effectenbank Stroeve N.V. Hierna worden zij alle ook IGB genoemd.
- 2.2 [appellante] is een particulier. In oktober 2002 heeft zij een overeenkomst gesloten met Attica Vermogensbeheer B.V. (hierna: Attica). Daarbij verbond Attica zich jegens [appellante] om (een deel van) het vermogen van [appellante] te beheren (hierna: de vermogensbeheerovereenkomst).
- 2.3 Op 25 oktober 2002 is tussen [appellante] , Attica en IGB een overeenkomst tot stand gekomen, aangeduid als tripartiete overeenkomst (hierna: de tripartiete overeenkomst). Hierin zijn de contractspartijen respectievelijk aangeduid als "Cliënt", "Attica" en "Stroeve" en is onder meer het volgende bepaald:

"In aanmerking nemende dat:

Cliënt zich ter zake van zijn beleggingen laat adviseren door Attica en aan deze volmacht heeft gegeven om effectentransacties te (doen) uitvoeren.

Attica bij de Stichting Toezicht Effectenverkeer staat geregistreerd als houder van een vergunning voor onder andere effectenbemiddeling en/of vermogensbeheer, en in de uitvoering van diens activiteiten de medewerking van Stroeve verkiest.

Attica geen kredietinstelling is als bedoeld in de Wet toezicht kredietwezen, en het haar derhalve niet is toegestaan om gelden en/of fondsen ten behoeve van Cliënt aan te houden.

Stroeve wel staat ingeschreven in één der registers als bedoeld in de Wet toezicht kredietwezen, en Attica en Cliënt voor de administratieve verwerking van effectentransacties en het bewaren van effecten en gelden gebruik willen maken van de diensten van Stroeve ter zake.

Komen overeen als volgt:

1. Onderwerp van de overeenkomst

- 1.1. Stroeve opent ten name van de Cliënt een geld- en fondsenrekening, nader te noemen respectievelijk: de geldrekening en de fondsenrekening.
- 1.2. De afwikkeling van de voor rekening en risico van Cliënt verrichte effectentransacties benevens het verder verloop van de posities zal over de geld- en fondsenrekening van Cliënt plaatsvinden.

(...)

4. Functieverdeling

- 4.1. Stroeve respectievelijk het effectenbewaarbedrijf van Stroeve treedt op als bewaarder van de

gelden en fondsen van Cliënt. Stroeve onthoudt zich van het geven van beleggingsadviezen aan Cliënt.

4.2 Het voor rekening en risico van Cliënt aan- en verkopen van effecten, het inschrijven op emissies en andere beleggingsdaden geschieden door Attica in naam en onder verantwoordelijkheid van Stroeve dan wel een door Stroeve ingeschakelde derde, nadat Stroeve daartoe een order heeft ontvangen van Attica.

(...)

4.3 Stroeve is niet aansprakelijk voor het door Attica gevoerde beleggingsbeleid. (...)

5. Uitvoeren van opdrachten

5.1 Stroeve kan opdrachten uitvoeren van zowel Cliënt als Attica ter zake van de financiële en administratieve afwikkeling van transacties. Indien zowel Cliënt als Attica een opdracht aan Stroeve geven, neemt Stroeve slechts de opdracht van Cliënt in aanmerking voor zover Stroeve nog geen begin van uitvoering aan de opdracht van Attica heeft gegeven."

2.4 IGB heeft ten tijde van de totstandkoming van deze overeenkomst geen informatie over [appellante] bij Attica opgevraagd.

Op 1 november 2002 heeft [appellante] een geschrift ondertekend, waarin onder meer staat dat indien IGB effectentransacties voor [appellante] doet en zij effecten voor [appellante] doet bewaren door Stichting Stroeve Global Custody, op de relatie tussen [appellante] , IGB en die stichting de voorwaarden voor bewaring van effecten Stichting Stroeve Global Custody en Effectenbank Stroeve N.V. van toepassing zijn.

IGB heeft algemene voorwaarden aan [appellante] verstrekt, met daarbij een tekst getiteld "*Kenmerken van effecten en daaraan verbonden specifieke risico's*".

2.5 Het door [appellante] aan Attica in beheer gegeven vermogen is in het begin gedeeltelijk en in de loop van de vermogensbeheerrelatie vrijwel geheel belegd in *hedge funds* of in *funds of hedge funds* (hierna beide soorten fondsen aangeduid als *hedge funds*). Deze beleggingsinstellingen waren in het buitenland gevestigd, beschikten niet over een vergunning van de AFM, waren niet bij de AFM aangemeld en richtten zich niet op particuliere beleggers in Nederland.

2.6 De gang van zaken was in voorkomende gevallen als volgt. Attica leverde bij IGB een order aan voor een aantal cliënten (zoals [appellante]) tegelijk. IGB gebruikte dan (het inschrijvingsformulier bij) het prospectus voor de desbetreffende belegging en voerde daarmee de order uit (al dan niet via een *transfer agent*). Als het deelnemingsrecht was toegewezen, stelde IGB het op naam van haar effectenbewaarbedrijf in een door haar aangehouden register. Zij boekte gedeelten van het bedrag van het toegewezen deelnemingsrecht tevens op naam van de cliënten conform hun inleg zoals aangegeven door Attica, door bijschrijving van die gedeelten op de fondsenrekeningen van de cliënten. De bijschrijving bij een individuele cliënt was in voorkomende gevallen lager dan het in het prospectus van het desbetreffende fonds vermelde minimale investeringsbedrag (de desbetreffende 'deelnemingsdrempel'). IGB deelde aan de beleggingsinstelling niet mee dat zij gedeelten van het bedrag van het toegewezen deelnemingsrecht op fondsenrekeningen van individuele cliënten boekte.

2.7 In oktober 2007 heeft IGB algemene voorwaarden ingevoerd, waarin aandacht wordt besteed aan *hedge funds*.

2.8 IGB was ermee bekend dat [appellante] maandelijkse onttrekkingen van haar fondsenrekening deed. Met ingang van 1 april 2008 heeft [appellante] de onttrekkingen van € 6.500,- per maand verhoogd naar € 10.000,- per maand.

- 2.9 [appellante] heeft nooit rechtstreeks een order aan IGB verstrekt om te investeren in enig fonds. De tripartiete overeenkomst voorziet wel in die mogelijkheid (in art. 5.1).
- 2.10 [appellante] heeft Attica in rechte betrokken. Bij vonnis van 24 oktober 2012 heeft de rechtbank Amsterdam voor recht verklaard dat Attica jegens [appellante] toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de vermogensbeheerovereenkomst, en heeft zij Attica veroordeeld tot schadevergoeding, op te maken bij staat. Dit vonnis vermeldt onder meer:
- "2.1 [appellante] is vanaf 1994 weduwe met de zorg voor drie, destijds minderjarige, kinderen. De erfenis van haar voormalige echtgenoot is in 1998 verdeeld. [appellante] kreeg als gevolg van de verdeling de beschikking over een vermogen bestaande uit liquide middelen en (verhuurd) onroerend goed.
- 2.2. [appellante] is sinds 1994 arbeidsongeschikt zodat zij haar oorspronkelijke beroep van tandarts niet meer kon uitoefenen. Zij geniet een arbeidsongeschiktheidsuitkering.
- (...)
- 2.6. Tussen [appellante] en [X] [directeur van Attica, toevoeging hof] hebben in de loop van 2002 diverse gesprekken plaatsgehad over het mogelijke beheer door Attica van het vermogen van [appellante] (...). [appellante] en Attica hebben besproken dat [appellante] jaarlijks rond € 90.000,00 aan de portefeuille wilde onttrekken als inkomen.
- (...)
- 2.9. Ter gelegenheid van het aangaan van de overeenkomst [dit is de vermogensbeheerovereenkomst met [appellante] , toevoeging hof] heeft Attica een 'intakeformulier' ingevuld, (...). Als beleggingsdoel staat genoemd: "*voor aanvulling op jaarlijks inkomen uit huur en overig inkomen*". Voorts is ingevuld dat [appellante] geen ervaring met beleggen heeft, dat het gewenste risicoprofiel "*tussen neutraal en defensief profiel*" ligt en dat er een lange termijn beleggingshorizon is."
- 2.11 Attica is in 2012 in staat van faillissement verklaard. Het faillissement is opgeheven bij gebrek aan baten.
- 2.12 Bij brief van 26 januari 2012 heeft de advocaat van [appellante] aan IGB bericht dat IGB in strijd met haar zorgplicht jegens [appellante] heeft gehandeld en dat IGB aansprakelijk is voor de daardoor door [appellante] geleden schade.

3 Beoordeling

- 3.1 In dit geding heeft [appellante] , verkort weergegeven, een verklaring voor recht gevorderd dat IGB jegens [appellante] toerekenbaar is tekortgeschoten en/of onrechtmatig heeft gehandeld, en schadevergoeding, op te maken bij staat. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. Hiertegen komt [appellante] in hoger beroep op.
- 3.2 [appellante] heeft onder meer betoogd dat IGB wettelijk gehouden was bij het aangaan van de tripartiete relatie met [appellante] een 'passendheidstoets' uit te voeren en dat IGB deze toets niet of onvoldoende zorgvuldig heeft uitgevoerd.
- 3.3 Ook in een tripartiete relatie als de onderhavige moet de bank zich houden aan de wettelijke

regeling met betrekking tot het inwinnen van informatie over de cliënt. Tot 1 januari 2007 golden art. 35 sub b Besluit toezicht effectenverkeer (hierna: Bte 1995) en art. 28 Nadere regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002 (hierna: Nрге 2002). Met ingang van 1 januari 2007 is de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) ingevoerd, waardoor art. 4:24 Wft ging gelden. Met ingang van 1 november 2007 is art. 4:24 Wft gewijzigd en art. 4:25a Wft ingevoerd. Die bepaling is per 1 januari 2013 vernummerd tot art. 4:25c Wft.

Deze regeling, waarop beide partijen een beroep hebben gedaan, komt er (in de gehele relevante periode) op neer dat de bank bij het aangaan van een tripartiete overeenkomst moet beoordelen of de in die overeenkomst voorziene tripartiete relatie passend is voor de cliënt. IGB heeft uit de tekst van de tripartiete overeenkomst kunnen afleiden dat [appellante] zich liet adviseren door Attica en dat Attica over een vergunning voor effectenbemiddeling of vermogensbeheer beschikte. De tripartiete overeenkomst kon ook gebruikt worden om minder risicovolle gelden en fondsen voor [appellante] te verwerven en te bewaren. In het licht van dit een en ander heeft [appellante] onvoldoende gesteld om aan te nemen dat IGB bij het aangaan van de relatie de hier bedoelde passendheidstoets niet of onvoldoende zorgvuldig heeft uitgevoerd.

3.4 [appellante] heeft verder betoogd dat IGB haar (bijzondere) zorgplicht (als bank) heeft geschonden door met overtreding van een wettelijk aanbiedingsverbod actief mee te werken aan een constructie waardoor particuliere beleggers, zoals [appellante], in de *hedge funds* konden beleggen. IGB wist dat [appellante] een particuliere niet-professionele belegger was met een inkomensdoelstelling. Verder had Attica IGB geïnformeerd over de uitgangspunten voor het vermogensbeheer en de doelstelling en risicobereidheid van [appellante]. Het was voor particuliere beleggers, zoals [appellante], in beginsel niet mogelijk om in deze fondsen deel te nemen. De fondsen waren uitsluitend geschikt voor professionele beleggers. Zij kenden een hoge risicograad en hoge deelnemingsdrempels. IGB heeft onjuiste mededelingen aan de fondsen gedaan. IGB deelde aan de fondsen mee dat zij de deelnemingsrechten voor eigen rekening en risico ten behoeve van Attica verwierf en dat zij die niet zou verdelen. In twee gevallen moest IGB blijkens de prospectus aan de fondsen verklaren dat zij de deelneming niet zou verdelen of doorverkopen en anderen niet zou toestaan om direct of indirect in de deelneming te participeren, aldus [appellante].

3.5 Bij de beoordeling van dit betoog stelt het hof het volgende voorop. De zorgplicht van een bank in een tripartiete relatie als hier aan de orde is beperkt. Zo behoeft de bank in een dergelijke relatie geen cliëntprofiel op te maken en behoeft zij de belegger in beginsel niet voor te lichten over risico's die de belegger gaat nemen. Voorts is het niet aan de bank om zich te bemoeien met advisering of beheer. In dit geval is uitdrukkelijk overeengekomen dat IGB niet aansprakelijk is voor het door Attica gevoerde beleggingsbeleid (art. 4.3 van de tripartiete overeenkomst).

Niettemin kan onder omstandigheden in een tripartiete relatie sprake zijn van een zorgplicht van de bank jegens de cliënt, zoals wanneer er sprake is van voor de bank kenbare evidente misstanden in het beheer of wanneer voor de bank kenbaar is dat de beheerder transacties uitvoert die zonder meer wegens het daarmee verbonden risico als onverantwoord moeten worden bestempeld.

3.6 Over het wettelijk aanbiedingsverbod oordeelt het hof als volgt.

Art. 4 (oud) Wet toezicht beleggingsinstellingen en art. 2:65 Wft verbieden, voor zover van belang, om in of vanuit Nederland deelnemingsrechten aan te bieden in een beleggingsinstelling die niet wordt beheerd door een beheerder waaraan een vergunning is verleend.

In art. 1:1 Wft is het begrip *aanbieden* gedefinieerd. Onder d (vroeger: onder c) staat een definitie die betrekking heeft op deelneming in een beleggingsinstelling. Daaruit blijkt dat ook het "rechtstreeks of middellijk verkrijgen van gelden van een cliënt ter deelneming in een beleggingsinstelling" onder de definitie valt. Dit staat sinds 2008 in de wet (Reparatiewet Wft, Stb. 2008, 582). Aangenomen moet worden dat het voordien ook al gold. De definitie van aanbieden is dus ruimer dan IGB heeft verdedigd met haar stelling dat aanbieden betekent: het feitelijk benaderen van beleggers. De hiervoor in rov. 2.6 omschreven gang van zaken valt onder het

aanbiedingsverbod. IGB heeft dit verbod dus overtreden. In het midden kan blijven of de door IGB aan [appellante] aangeboden deelnemingsrechten gezien moeten worden als (delen van) door de buitenlandse fondsen uitgegeven deelnemingsrechten of als door IGB zelf gecreëerde nieuwe deelnemingsrechten.

3.7 Over hetgeen IGB van [appellante] wist of kon weten, oordeelt het hof als volgt. Uit haar eigen administratie kon IGB afleiden welke gelden en beleggingen er op de door IGB bijgehouden geld- en fondsenrekening van [appellante] stonden. Daardoor wist zij ook dat [appellante] maandelijks onttrekkingen deed. Verder staat op de tripartiete overeenkomst de naam van [appellante] vermeld, met een woonadres in Nederland, zonder verdere aanduiding. Hieruit kon IGB in elk geval afleiden dat [appellante] geen rechtspersoon is, maar een natuurlijke persoon. Zij moest op grond van deze informatie minst genomen ernstig rekening houden met de mogelijkheid dat [appellante] niet beroeps- of bedrijfsmatig handelde of belegde in effecten (in de zin van art. 26 en 37 Bte 1995), respectievelijk een niet-professionele belegger was (in de zin van art. 1:1 Wft).

3.8 Over hetgeen IGB wel of niet aan de fondsen heeft medegedeeld, oordeelt het hof als volgt. In productie 14 vermeldt IGB: "Please execute, on behalf of our client Attica Vermogensbeheer, the following order (...)", in productie 25: "Please find attached our (...) subscription (...) on behalf of our client Attica Vermogensbeheer" en in productie 27: "The underlying client is Attica Invest."

IGB liet hier de rol van Attica dus niet onvermeld.

Wel staat vast, zoals hiervoor in rov. 2.6 vermeld, dat IGB niet aan de fondsen meedeelde dat zij gedeelten van het bedrag van het aangevraagde deelnemingsrecht op rekeningen van individuele cliënten zou boeken. IGB heeft dus ook niet geverifieerd of de fondsen de deelnemingsrechten zouden hebben toegewezen indien zij daarvan op de hoogte zouden zijn geweest. IGB moest daarom rekening houden met de mogelijkheid dat de fondsen in dat geval de deelnemingsrechten niet zouden hebben toegewezen. De fondsen waren immers bedoeld voor professionele beleggers en zij werkten met deelnemingsdrempels.

3.9 Op grond van het voorgaande moet worden geoordeeld dat IGB met de hiervoor in rov. 2.6 beschreven werkwijze actief heeft meegewerkt aan een gang van zaken, waarbij:

- a. zij het wettelijk aanbiedingsverbod overtrad;
- b. zij door haar medewerking bewerkstelligde dat beleggers in Nederland, onder wie [appellante] , (indirect) in risicovolle *hedge funds* belegden, en zij niet is nagegaan of deze beleggers niet-professionele beleggers waren, hoewel zij ernstig rekening moest houden met de mogelijkheid dat zij dat waren;
- c. zij geen open kaart speelde bij de fondsen; en
- d. zij niet is nagegaan of verkrijging van de deelnemingsrechten mogelijk zou zijn geweest indien zij open kaart zou hebben gespeeld bij de fondsen, hoewel zij rekening moest houden met de mogelijkheid dat die verkrijging dan niet mogelijk zou zijn geweest.

Door onder die omstandigheden zo te handelen heeft IGB haar bijzondere zorgplicht als bank jegens [appellante] geschonden. Hieraan doet niet af dat de zorgplicht van een bank jegens een cliënt in een tripartiete relatie beperkt is en dat [appellante] , naar IGB wist, zich liet adviseren door Attica die over een vergunning beschikte.

3.10 [appellante] heeft aangevoerd dat IGB nog meer over haar wist, of had behoren te onderzoeken, dan hiervoor in rov. 3.7 is aangenomen. Volgens [appellante] had Attica IGB geïnformeerd over de uitgangspunten voor het vermogensbeheer en de doelstelling en risicobereidheid van [appellante] . IGB betwist dat. Nu de hiervoor in rov. 3.7 genoemde wetenschap over [appellante] voldoende is om de hiervoor in rov. 3.9 omschreven zorgplichtschending aan te nemen, kan dit geschilpunt onbeslist blijven.

3.11 IGB heeft haar bijzondere zorgplicht geschonden door te handelen als hiervoor in rov. 3.9 omschreven. Niet kan worden aangenomen dat zij daarnaast een waarschuwingplicht jegens

[appellante] had. IGB mocht erop vertrouwen dat Attica waar nodig [appellante] zou waarschuwen. De aard van de tripartiete relatie brengt dat mee.

3.12 De "SNS-constructie", waarop [appellante] zich heeft beroepen, is aan de orde geweest bij de bestuursrechter in de rechtbank Rotterdam (uitspraak van 3 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9415), de burgerlijke rechter in de rechtbank Midden-Nederland (uitspraak van 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BY9836) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (uitspraak van 17 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:249). Bij de "SNS-constructie" was geen sprake van een tripartiete overeenkomst. Het hof ziet geen aanleiding om verder in te gaan op de verschillen en overeenkomsten tussen de zaken over de "SNS-constructie" en de onderhavige zaak.

3.13 IGB heeft aangevoerd dat [appellante] ingevolge art. 6:89 BW geen beroep kan doen op de zorgplichtschending, omdat zij niet binnen bekwame tijd nadat zij deze schending heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij IGB daarover heeft geklaagd.

3.14 Ook bij tripartiete relaties heeft de bank te gelden als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener, terwijl bij de cliënt doorgaans een zodanige professionaliteit en deskundigheid ontbreken. Dit brengt mee dat de cliënt niet zonder meer op de hoogte hoeft te zijn van het bestaan van de hiervoor bedoelde zorgplicht van de bank, terwijl hij, indien hij daarvan wel op de hoogte is, in beginsel ervan mag uitgaan dat de bank die zorgplicht jegens hem naleeft. Het niet naleven van de zorgplicht is derhalve niet een tekortkoming van de bank die de cliënt zonder meer behoort op te merken. Op de cliënt rust dan ook pas op grond van art. 6:89 BW een onderzoeksplicht met betrekking tot de vraag of de bank de zorgplicht jegens hem heeft nageleefd, indien hij van die zorgplicht op de hoogte is en gerede aanleiding heeft te veronderstellen dat de bank daarin kan zijn tekortgeschoten.

Uit de gestelde omstandigheid dat [appellante] in juli 2009 bij Attica heeft geklaagd kan niet worden afgeleid dat [appellante] , toen zij dat deed, ook op de hoogte was van de zorgplichtschending van IGB als bank, nu die een andere zorgplicht betreft dan die van Attica als vermogensbeheerder, en dus evenmin dat zij toen ook al gerede aanleiding had te veronderstellen dat IGB kon zijn tekortgeschoten in die zorgplicht.

In het licht van dit een en ander heeft IGB onvoldoende gesteld om haar beroep op art. 6:89 BW te kunnen doen slagen.

3.15 IGB heeft een beroep gedaan op contractuele vervalbedingen.

[appellante] heeft terecht aangevoerd dat dit beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, gelet op de aard en de ernst van de verweten gedragingen zoals hiervoor overwogen, en gelet op hetgeen hiervoor in rov. 3.14 is overwogen in verband met art. 6:89 BW. Dat is van overeenkomstige toepassing op de door IGB ingeroepen contractuele vervalbedingen.

3.16 De gevorderde verklaring voor recht zal worden toegewezen op de wijze als in het dictum te vermelden. De mogelijkheid dat [appellante] schade heeft geleden door de zorgplichtschending van IGB is aannemelijk. De schade kan thans niet worden begroot. Het hof zal, zoals [appellante] heeft gevorderd, de zaak naar de schadestaatprocedure verwijzen.

3.17 IGB heeft een beroep gedaan op eigen schuld op de voet van art. 6:101 BW. Dit beroep zal in de schadestaatprocedure aan de orde kunnen komen.

3.18 Het hoger beroep slaagt. Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd. IGB zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in beide instanties.

4 Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep;

en opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat IGB toerekenbaar jegens [appellante] is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen uit de tripartiete overeenkomst door te handelen zoals hiervoor in rov. 3.9 is omschreven;

veroordeelt IGB tot vergoeding van de door die toerekenbare tekortkoming geleden schade van [appellante] , op te maken bij staat, met inachtneming van hetgeen hiervoor in rov. 3.17 is overwogen;

veroordeelt IGB in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg aan de zijde van [appellante] begroot op € 364,75 aan verschotten en € 904,00 voor salaris en in hoger beroep tot op heden op € 410,31 aan verschotten en € 2.148,00 voor salaris en op € 157,- voor nasalaris, te vermeerderen met € 82,- voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploot ingeval betekening van dit arrest plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente, indien niet binnen veertien dagen na dit arrest dan wel het verschuldigd worden van de nakosten aan de kostenveroordeling is voldaan;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.W.M. Tromp, G.C.C. Lewin en R.J.Q. Klomp en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 16 juli 2019.