

ECLI:NL:GHSHE:2019:2950

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	06-08-2019
Datum publicatie	07-08-2019
Zaaknummer	200.217.561_01
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBOBR:2017:474, Overig
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Geen tekortschieten bank in zorgplicht bij advisering en nazorg.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl JERF 2019/255

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Team Handelsrecht

zaaknummer 200.217.561/01

arrest van 6 augustus 2019

in de zaak van

[appellante] ,
wonende te [woonplaats] ,
appellante in principaal hoger beroep,
geïntimeerde in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep,
hierna aan te duiden als [appellante] ,
advocaat: mr. G.J. van den Hoven te Breda,

tegen

[de bank] ,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

geïntimeerde in principaal hoger beroep,
appellante in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep,
hierna aan te duiden als [de bank] ,
advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,

als vervolg op het door het hof gewezen tussenarrest van 23 oktober 2018 in het hoger beroep van het door de rechtbank Oost-Brabant, zittingsplaats 's-Hertogenbosch, onder zaaknummer C/01/305657/ HA ZA 16-189 gewezen vonnis van 11 januari 2017.

5 Het verloop van de procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenarrest van 23 oktober 2018 waarbij het hof het verzoek van [de bank] om pleidooi heeft gehonoreerd;
- het pleidooi, waarbij beide partijen pleitnotities hebben overgelegd.

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg

6 De beoordeling

6.1.1. Het gaat in deze zaak om het volgende:

- a. [appellante] had sedert 2002 een affectieve relatie met de heer [betrokkene] . In 2004 zijn zij gaan samenwonen. [appellante] was toen 33 jaar en [betrokkene] 57 jaar. [appellante] was van 1996 tot 2000 secretaresse van [betrokkene] die toen algemeen directeur was van [bedrijf] . In 2005 is [appellante] als freelance secretaresse gaan werken. [betrokkene] werd na de verkoop van [bedrijf] in 2000 eveneens zelfstandige en trad bij diverse ondernemingen op als interimmanager.
- b. Eind november 2005 heeft een adviesgesprek plaatsgevonden tussen enerzijds [appellante] en [betrokkene] en anderzijds [de bank] over de verstrekking van een hypothecaire lening voor de aankoop van een woning te [plaats] (voor een koopprijs van € 950.500,00) door [appellante] en [betrokkene] .
- c. Op 2 december 2005 heeft [de bank] aan [appellante] en [betrokkene] een advies ([advies] Advies) uitgebracht naar aanleiding van het adviesgesprek (prod. 1 inl. dgv). Op pagina 1 van dat advies staat onder meer:

" **Overlijdens- en arbeidsongeschiktheidsrisico:**

- *Ter dekking van de financiële consequenties voor de nabestaanden bij overlijden tijdens de looptijd van de hypothecaire lening , adviseren wij u een Overlijdensrisicoverzekering te sluiten. De hoogte van deze eventuele verzekering willen wij graag met u bespreken.*

- (..)"

en op pagina 6:

"Verzorging nabestaanden

Belangrijk bij de financiering van uw woning is dat in geval van overlijden van u of uw partner, de nabestaanden goed verzorgd achterblijven. En dat nabestaanden in dat geval dus in de woning kunnen blijven wonen. Graag bespreken wij dit nader met u in een volgend gesprek.

In het hoofdstuk 'Risico's bij overlijden en arbeidsongeschiktheid' gaan we nader in op de verzorging van nabestaanden."

In februari 2006 heeft de bank een offerte voor de hypothecaire lening uitgebracht, die door [appellante] en [betrokkene] is aanvaard. De woning is vervolgens aan [appellante] en [betrokkene] overgedragen en gefinancierd tot een bedrag van € 1.150.000,00.

[appellante] en [betrokkene] hebben geen overlijdensrisicoverzekering afgesloten.

In 2011 is bij de heer [betrokkene] acute leukemie geconstateerd.

In het najaar van 2011 heeft [betrokkene] € 200.000,= afgelost op de hypothecaire lening.

[appellante] en [betrokkene] hebben de woning in het najaar van 2011 te koop gezet, wat niet tot verkoop heeft geleid.

Op [datum] 2012 is de heer [betrokkene] op 65-jarige leeftijd overleden. De woning is na circa een jaar verkocht. De hypothecaire lening kon met de opbrengst niet geheel worden afgelost. Er resteerde een bedrag van ca € 35.000,= dat [appellante] uit andere middelen heeft voldaan.

[appellante] heeft bij de Ombudsman Financiële Dienstverlening van het KiFiD een klacht ingediend tegen [de bank] . Bij brief van 10 juni 2014 (prod. 4 inl. dagv.) heeft voormelde Ombudsman de klacht verworpen.

6.1.2. [appellante] verwijt [de bank] dat deze in haar zorgplicht jegens haar tekort is geschoten en in de gegeven omstandigheden niet heeft gehandeld zoals van een redelijk en bekwaam adviseur mocht worden verwacht. Volgens [appellante] heeft [de bank] moeten beseffen dat de uiteindelijk verstrekte hypothecaire lening (zonder een daaraan gekoppelde overlijdensrisicoverzekering) niet voldeed aan de gezamenlijk besproken doelstellingen, heeft de bank haar onvoldoende gewezen op de financiële risico's daarvan en heeft zij na het verstrekken van de hypothecaire lening onvoldoende nazorg betracht. [appellante] stelt dat [de bank] de hypothecaire lening niet had mogen verstrekken in de vorm waarin deze is verstrekt. Zij verwijt [de bank] verder dat, voor zover het ontbreken van een overlijdensrisicoverzekering op latere momenten nog is besproken, dat is gebeurd op bijeenkomsten waarbij zij, [appellante] , niet aanwezig is geweest.

[appellante] heeft op voormelde grond gevorderd:

- voor recht te verklaren dat [de bank] toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen, dan wel onrechtmatig heeft gehandeld, bij de advisering en verstrekking, waaronder mede dient te worden begrepen het bieden van nazorg, van de verstrekte hypothecaire geldlening;
- voor recht te verklaren dat [de bank] aansprakelijk is voor de door [appellante] dientengevolge geleden en nog te lijden schade, nader op te maken bij staat.

[de bank] heeft deze vorderingen gemotiveerd betwist

6.1.3. De rechtbank heeft bij het eindvonnis van 11 januari 2017 de vorderingen van [appellante] afgewezen. De rechtbank overwoog, kort samengevat:

- dat, voor zover het verwijt van [appellante] zou inhouden dat zij had mogen verwachten dat [de bank] eind 2005/begin 2006 ten behoeve van haar een overlijdensrisicoverzekering zou afsluiten, de vordering is verjaard (r.o. 4.2 vs).
- dat, voor zover het verwijt van [appellante] inhoudt dat [de bank] haar eind 2005 onvoldoende heeft

geïnformeerd en geadviseerd, dat verwijt ongegrond is (r.o. 4.3 vs).

- dat het verwijt van onvoldoende verleende nazorg ongegrond is; dat [de bank] er niet aan behoefde te twijfelen dat [betrokkene] bij de latere gesprekken mede namens [appellante] sprak (r.o. 4.4 vs).

- dat [appellante] niets naar voren heeft gebracht waaruit kan worden geconcludeerd dat zij bij betere advisering/nazorg op enig moment een overlijdensrisicoverzekering op het leven van [betrokkene] zou hebben afgesloten (r.o. 4.6).

- dat [appellante] niet heeft onderbouwd dat zij niet in staat was om de woning te blijven bewonen en dat zij de door haar gestelde vermogenspositie niet heeft onderbouwd (r.o. 4.7).

- dat het beroep op bepalingen in de Wft en de Leidraad hypotheekadvisering [appellante] niet kan baten omdat deze, voor zover deze al bestonden ten tijde van de advisering en hypotheekverstrekking, niet (rechtstreeks) op de verhouding tussen [appellante] en [de bank] van toepassing zijn (r.o. 4.8 vs).

De rechtbank verwierp voor wat betreft het verwijt van [appellante] van onvoldoende nazorg het verweer van [de bank] dat [appellante] daarover niet tijdig heeft geklaagd.

6.1.4. [appellante] heeft in het principaal hoger beroep tegen het vonnis van 11 januari 2017 negen grieven aangevoerd. [de bank] heeft in het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep gegriefd tegen de verwerping van haar beroep op schending van de klachtplicht door [appellante] .

6.2.1. In de grieven I en II stelt [appellante] dat de rechtbank in de rechtsoverwegingen 4.1 en 4.2 van het bestreden vonnis een verkeerde uitleg heeft gegeven aan het door haar aan [de bank] verweten handelen. Zij heeft niet gesteld dat zij ervan uitging dat er een overlijdensrisicoverzekering zou worden afgesloten en dat zij van [de bank] mocht verwachten dat die daar voor zou zorgen. Zij verwijt [de bank] dat deze geheel voorbij is gegaan aan de in het adviesgesprek nadrukkelijk uitgesproken wens dat zij bij een overlijden van [betrokkene] in de woning zou kunnen blijven wonen.

6.2.2. Voor zover de rechtbank de volgens [appellante] niet ingenomen standpunten niet heeft gehonoreerd, behoeven de grieven geen bespreking. Voor zover [appellante] in de toelichting op de grieven I en II het aan [de bank] gemaakte verwijt nader specificeert, zal het hof de grieven betrekken bij de bespreking van de overige grieven waarin [appellante] opkomt tegen het oordeel van de rechtbank dat, kort gezegd, van een tekortschieten van [de bank] in haar zorgverplichting jegens [appellante] niet is gebleken.

6.2.3. Grief VI is gericht tegen de verwerping door de rechtbank van het verweer van [de bank] dat [appellante] over de gestelde onvoldoende nazorg niet tijdig heeft geklaagd. Nu de rechtbank op dit punt in het voordeel van [appellante] heeft beslist, heeft [appellante] bij deze grief in het principaal hoger beroep geen belang. Indien aan het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep wordt toegekomen, zal het in de toelichting op deze grief gestelde bij de bespreking van de grief van [de bank] in dat hoger beroep worden betrokken.

6.3.1. Met de grieven III, IV en V stelt [appellante] in hoger beroep opnieuw haar standpunt aan de orde dat [de bank] tekort is geschoten in de nakoming van haar zorgplicht jegens [appellante] . Het hof zal deze grieven gezamenlijk bespreken en daarbij het door [appellante] in de toelichting op de grieven I en II gestelde betrekken.

6.3.2. Voor de vraag of [de bank] aan haar zorgplicht heeft voldaan, heeft als maatstaf te gelden de zorg die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Zoals de Ombudsman Financiële Dienstverlening in zijn oordeel over de klacht van [appellante] al vaststelde,

gaat het daarbij in dit geval om de zorgplicht van [de bank] als bank in haar rol van adviseur en aanbieder van financiële producten. Welke (na)zorg van [de bank] in dit geval mocht worden verwacht, hangt af van alle omstandigheden van het geval.

6.3.3. Het hof deelt het oordeel van de rechtbank dat [de bank] in het in r.o. 6.1.1 onder c gerelateerde advies, verwijzende naar de in het eerdere adviesgesprek besproken uitgangspunten, duidelijk en expliciet het risico van overlijden heeft betrokken en daarvoor een overlijdensrisicoverzekering heeft geadviseerd. De passage daarover is als een specifiek en van een duidelijk opschrift voorzien onderdeel in het [advies] Advies opgenomen en de passage laat er geen misverstand over bestaan dat het aan [betrokkene] en [appellante] was om een dergelijke eventuele verzekering desgewenst nader met [de bank] te bespreken. Het hof verwerpt het standpunt van [appellante] dat er te haren aanzien sprake was van zodanig specifieke omstandigheden dat [de bank] daarin aanleiding had moeten zien voor enige extra en meer indringende waarschuwing aan haar persoonlijk. [appellante] heeft tezamen met [betrokkene] het adviesgesprek bij [de bank] gevoerd ten behoeve van hun gezamenlijk wens om tot de aanschaf van een woning te komen. Gezien die omstandigheid was er voor [de bank] geen enkele aanleiding om niet met één advies aan [betrokkene] en [appellante] tezamen te volstaan. De omstandigheid dat tussen [betrokkene] en [appellante] een groot leeftijdsverschil bestond was een omstandigheid waarvan zij zich beiden zelf al duidelijk bewust hadden getoond door bespreking van dat onderwerp bij het adviesgesprek. [appellante] stelt wel dat zij volstrekt ondeskundig en onervaren was doch zij stelt geen concrete feiten of omstandigheden waaruit kan worden geconcludeerd dat dit zo was en dat dit, zo dat al het geval was, voor [de bank] duidelijk moet zijn geweest. Zonder nadere, door [appellante] niet gestelde feiten en omstandigheden, valt niet in te zien waarom [de bank] van een vrouw in de positie van [appellante] (met een eigen onderneming als freelance secretaresse en ervaring als directiesecretaresse) niet zou hebben mogen verwachten dat het bij het adviesgesprek besprokene haar duidelijk was en hetzelfde gold voor het schriftelijke [advies] Advies.

6.3.4. In aanmerking genomen het feit dat [de bank] in haar advies in verband met de door [betrokkene] en [appellante] gevraagde hypothecaire lening het risico van overlijden duidelijk heeft benoemd en daarover duidelijke informatie heeft verstrekt, valt evenmin in te zien dat [de bank] in het feit dat [betrokkene] en [appellante] naar aanleiding van het advies niet met [de bank] in contact zijn getreden voor een nader gesprek over een overlijdensrisicoverzekering, aanleiding zou hebben moeten zien voor enige specifieke waarschuwing aan [appellante]. Dit geldt temeer nu, naar [de bank] onbetwist heeft gesteld, een overlijdensrisicoverzekering niet noodzakelijk bij [de bank] zou hoeven te worden afgesloten en [betrokkene] en [appellante] ook op andere wijze zouden kunnen waarborgen dat [appellante] bij overlijden van [betrokkene] in de woning zou kunnen blijven wonen.

6.3.5. Daar komt bij dat de toenmalige 'private banker' voor [betrokkene] en [appellante] bij [de bank] , [private banker] (verder: [private banker]), bij een gesprek in februari 2010 over omzetting van de hypotheek van beurs- naar vermogenshypotheek de persoonlijke omstandigheden van [betrokkene] en [appellante] nogmaals heeft besproken.

In het 'Gespreksverslag hypotheken' van 19 februari 2010 (prod. 3 bij cva) van die bijeenkomst is onder meer vermeld: "*Dhr [betrokkene] en mevr. [appellante] zijn samenwonend (geregeld middels contract en testament). Dhr [betrokkene] heeft een zoon van 40 jaar die geheel financieel zelfstandig is en volgens dhr [betrokkene] een mooie erfenis van zijn moeder zal ontvangen. Daarom zal dhr [betrokkene] testament in langstlevende veranderen opdat vermogen naar [appellante] gaat.*" en "*Relatie heeft al overwogen om met de aanwezige middelen (€ 950.000,- bij [naam]) de hypotheek af te lossen maar aangezien zij beiden inkomen hebben (schijf 52%) en dus nog fiscaal voordeel hebben gecombineerd met het feit dat zij nu flexibiliteit houden, hebben zij dit niet gedaan.*"

In het verslag is verder vermeld: "*De keuze van afdekken risico's (ORV, WW, AO) zijn met cliënt besproken. Ja, geen behoefte aanwezig bij relatie gezien aanwezigheid vermogen.*"

6.3.6. [appellante] stelt wel dat voormeld verslag alleen een interne notitie betreft waarvan blijkbaar geen schriftelijke bevestiging is gezonden aan [betrokkene] of haar doch zij betwist niet dat het gesprek heeft plaatsgevonden en voert geen steekhoudende argumenten aan waarom niet van de juistheid van de verslaglegging zou mogen worden uitgegaan. Dit geldt temeer nu [private banker] in haar schriftelijke verklaring d.d. 12 mei 2016 (prod. 4 cva) gemotiveerd uiteen heeft gezet dat en waarom zij zich het gesprek met [betrokkene] (waarvan zij in haar verklaring stelt dat dit op 16 februari 2010 is geweest) nog goed herinnerde. In haar verklaring bevestigde [private banker] dat zij in dat gesprek opnieuw de vraag aan de orde heeft gesteld of [betrokkene] en [appellante] geen overlijdensrisicoverzekering wensten af te sluiten en dat [betrokkene] zei dat die niet nodig was omdat het financiële vermogen toereikend was om een overlijden financieel op te vangen. [private banker] verklaarde verder dat zij ook nog met [betrokkene] had besproken of [appellante] niet aanwezig diende te zijn bij de gesprekken en dat [betrokkene] daarop heeft laten weten dat dit voor [appellante] door haar volle agenda niet mogelijk was. [appellante] betwist niet dat zij van de gespreksbijeenkomsten op de hoogte was en het zelf aan [betrokkene] heeft overgelaten die gesprekken mede namens haar te voeren.

6.3.7. Gelet op het voorgaande, deelt het hof ook het oordeel van de rechtbank dat van onvoldoende nazorg door [de bank] evenmin is gebleken en dat [de bank] er niet aan heeft hoeven twifelen dat [betrokkene] bij de gesprekken mede namens [appellante] sprak. Indien [appellante] graag zelf met [de bank] had willen spreken, had het op haar weg gelegen dat aan [de bank] kenbaar te maken. Dat lag temeer op haar weg nu blijkens de verklaring van [private banker] door [de bank] op 19 april 2010 contact met [appellante] is opgenomen voor het verzetten van een geplande afspraak en [appellante] er toen voor heeft gekozen om niet bij de afspraak aanwezig te zijn.

6.3.8. Het hof verwerpt het standpunt van [appellante] dat [de bank] haar niettemin indringender had dienen te waarschuwen omdat er voor [appellante] specifieke risico's aan de financieringsconstructie waren verbonden. De positie van [appellante] is niet vergelijkbaar met die waarvan sprake is in de rechtspraak waarnaar [appellante] in dit verband verwijst. In het geval van [appellante] ging het, naar zij zelf constateert, niet om enige risicovolle belegging. De al dan niet complexiteit van de hypotheekconstructie staat voorts los van het aspect van de financiële consequenties van een overlijden van [betrokkene] gedurende de looptijd van de financiering waarop [de bank] volgens [appellante] indringender had moeten wijzen.

De grieven I tot en met V falen.

6.4.1. In grief IX keert [appellante] zich tegen de overweging van de rechtbank in r.o. 4.8 dat, voor zover de bepalingen in de Wft en de Leidraad Hypotheekadvisering al bestonden ten tijde van de advisering, deze niet (rechtstreeks) van toepassing zijn op de verhouding tussen [appellante] en [de bank]. [appellante] stelt dat die regels in elk geval van toepassing zijn geworden in de tijd dat [de bank] nazorg diende te verlenen en dat die regels, ook indien zij niet rechtstreeks toepasselijk zijn, mede invulling geven aan de vraag wat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur mag worden verwacht.

6.4.2. Deze grief slaagt evenmin. De bijzondere bescherming van zwakkere partijen op de financiële markten die met de genoemde regelingen is beoogd is door de rechtbank en het hof al betrokken bij de maatstaf waaraan het handelen van [de bank] bij haar advisering en nazorg is getoetst.

6.4.3. De grieven VII en VIII zien op het volgens de rechtbank door [appellante] onvoldoende onderbouwde causaal verband tussen de door haar gestelde onvoldoende advisering en/of nazorg en de gestelde schade. Die grieven zijn, gezien het oordeel dat van een onvoldoende advisering en/of nazorg geen sprake is, niet relevant en kunnen onbesproken blijven.

6.5.1. [appellante] heeft geen feiten en omstandigheden aangeboden te bewijzen die, indien bewezen, tot een ander oordeel leiden. Bewijslevering is dan ook niet orde.

6.5.2. Nu geen van de grieven in het principaal hoger beroep doel heeft getroffen, zal het vonnis waarvan beroep worden bekrachtigd en zal [appellante] als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van het principaal hoger beroep worden verwezen.

6.5.3. Aan de voorwaarde waaronder het incidenteel hoger beroep is ingesteld, is niet voldaan, zodat aan bespreking van dat beroep niet wordt toegekomen en een kostenveroordeling in het voorwaardelijk ingestelde appel achterwege kan blijven.

7 De uitspraak

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt [appellante] in de proceskosten van het principaal hoger beroep, welke kosten tot op heden worden begroot op € 716,= aan verschotten en op € 3.222,= aan salaris advocaat;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. E.H. Schulten, M.E. Smorenburg en G.M. Menon en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 6 augustus 2019.

griffier rolraadsheer