

ECLI:NL:GHSHE:2023:1299

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	25-04-2023
Datum publicatie	10-05-2023
Zaaknummer	200.282.246_01
Rechtsgebieden	Ondernemingsrecht Verbintenissenrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Beleggingen door particulier en MKB-bedrijf in risicovolle fondsen. Zorgplichtschending door aanbieder fondsen?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl OR-Updates.nl 2023-0114 JA 2023/80 NTHR 2023, afl. 4, p. JOR 2023/290 met annotatie van mr. M.C. Maters

Uitspraak

GERECHTSHOF s-HERTOGENBOSCH

Team Handelsrecht

zaaknummer 200.282.246/01

arrest van 25 april 2023

in de zaak van

**1 [X beheer B.V.] ,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,**

2. [appellant] ,
wonende te [woonplaats] (België),

3. [appellante] ,
wonende te [woonplaats] (België),

appellanten,

hierna gezamenlijk aan te duiden als [appellanten] , terwijl zij afzonderlijk worden aangeduid als respectievelijk [X beheer B.V.] (eiseres sub 1) en [appellanten] (eisers sub 2 en 3 samen),

advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,

tegen

1 De Nieuwe Veste B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

2. De Veste B.V.,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
geïntimeerden,

hierna gezamenlijk aan te duiden als De Veste c.s., terwijl zij afzonderlijk worden aangeduid als respectievelijk De Nieuwe Veste en De Veste,

advocaat: mr. E.L.M. van Kranenburg te Nijmegen,

als vervolg op de door het hof gewezen tussenarresten van 6 april 2021 en 31 augustus 2021 in het hoger beroep van het door de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Breda, onder zaaknummer C/02/357981 / HA ZA 19-287 tussen partijen gewezen vonnis van 6 mei 2020 (hierna: het bestreden vonnis).

8 Het verloop van de procedure

8.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenarrest van 31 augustus 2021;
- het bericht van het hof dat per e-mail van 8 februari 2023 aan partijen is verzonden met nadere aanwijzingen aan partijen ten aanzien van de mondelinge behandeling op 10 februari 2023;
- de mondelinge behandeling op 10 februari 2023 bij gelegenheid waarvan partijen spreekantekeningen hebben overgelegd.

8.2. Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald.

9 De verdere beoordeling

9.1. In hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

- a. [appellant] exploiteerde via zijn persoonlijke [X Holding B.V.] en [X Schoenen B.V.] een schoenenwinkel in [vestigingsplaats] .
- b. De Veste en De Nieuwe Veste zijn financiële ondernemingen en beheerders van beleggingsfondsen. Zij bieden deelnemingsrechten in professioneel beheerde (sub)fondsen aan potentiële beleggers aan. De Veste (tot 7 september 2017 genaamd De Veste Vermogensbeheer BV) is op 20 december 1999 opgericht en handelt onder een door de Autoriteit Financiële Markten op grond van artikel 2:65 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) verleende vergunning. De bestuurder van De Veste is de heer [persoon A] (hierna: [persoon A]). De Nieuwe Veste is op 23 augustus 2016 opgericht en handelt op grond van artikel 2:66a Wft zonder vergunning. De bestuurder van De Nieuwe Veste is [persoon B] (hierna: [persoon B]). De Veste beheerde (onder andere) de paraplufondsen Da Vinci Retail (hierna: DVR) en Da Vinci Diversified (hierna: DVD). Voor DVR en zijn sub-fondsen Trade Finance Handelsfonds en Esulep Handelsfonds Plus geldt een instapdrempel van 10.000,00. Voor DVD en zijn sub-fondsen Trade Finance en Esulep Trading Fund Plus geldt een instapdrempel van 100.000,00. Het beheer van DVD is per 1 oktober 2017 overgegaan naar De Nieuwe Veste.
- c. Op 23 november 2014 was [persoon A] namens De Veste te gast in een uitzending van het televisieprogramma `Business Class' van Harry Mens. Naar aanleiding van deze uitzending heeft [appellant] op 27 november 2014 via een contactformulier op de website van De Veste contact opgenomen met De Veste.
- d. Op 15 december 2014 heeft op het kantoor van De Veste een gesprek plaatsgevonden tussen [appellant] en [persoon B]
- e. Op 25 februari 2015 is door [appellant] namens [X beheer B.V.] een deelnameformulier ingevuld (productie 6 bij inleidende dagvaarding) en een bedrag van 100.000,00 geïnvesteerd in het paraplufonds DVD, waarvan zij 15.000,00 heeft geïnvesteerd in het subfonds Esulep Trading Fund Plus en 85.000,00 in het subfonds Trade Finance.
- f. De Veste heeft [appellant] op 26 februari 2015 een cliënten-risicoprofiel laten invullen voor een investering in het paraplufonds DVR (productie 9 bij inleidende dagvaarding). In de aanhef ervan staat te lezen: *Wij vragen U enige persoonlijke en financiële informatie te verstrekken om vast te kunnen stellen of de fondsen van Da Vinci Retail passen binnen uw bredere financiële situatie. Het is van groot belang zo nauwkeurig mogelijk informatie te verstrekken.* Op de vraag: *Wat is het doel van de belegging?* heeft [appellant] aangekruist: *Vermogensgroei zonder specifiek doel* waaraan hij handgeschreven heeft toegevoegd: *mét behoud van vermogen*. Op de vraag: *"Bent u zich bewust van de risico's van beleggen in het algemeen?"* heeft [appellant] "ja" geantwoord met de toevoeging: *"Volgens die presentatie bij Harry Mens Business Class is het nog nooit fout gegaan en heeft De Veste zeer tevreden klanten, zodoende"*. Op de vraag: *"Bent u zich bewust van de specifieke risico's van beleggen in Da Vinci Retail?"* heeft [appellant] "nee " geantwoord. Op de vraag: *"Bent u bereid deze risico's te dragen?"* heeft [appellant] eveneens "nee" geantwoord. Op de vraag: *"Heeft De Veste de toezegging gedaan dat u uw inleg op enig moment in de toekomst gegarandeerd terug zult krijgen (zogenaamde 'inleggarantie')?"* heeft [appellant] ja geantwoord.
- g. Naar aanleiding van het door [appellant] ingevulde cliënten-risicoprofiel heeft [persoon B] bij e-mail van 26 februari 2015 (2:45 PM) het navolgende aan [appellant] geschreven (productie 10 bij inleidende dagvaarding):
"Bij het doornemen van uw cliëntrisicoprofiel kwam ik de volgende zaken tegen:

- U geeft aan niet bekend te zijn met de specifieke risico's van beleggen in Da Vinci Retail. Dit zijn de risico's die horen bij de fondsen die u geselecteerd hebt. Deze risico's zijn tijdens ons gesprek op ons kantoor in [vestigingsplaats] echter wel doorgenomen.

- U geeft aan dat u niet bereid bent om deze risico's te dragen.

- Tevens kruist u aan dat De Veste u een inleggarantie heeft gegeven. Hoewel Trade Finance een vast rendement kent, is het niet mogelijk om een inleggarantie te bieden; het blijft een beleggingsfonds waar bepaalde risico's bij horen.

Zou u kunnen verklaren dat u:

- Bekend bent met de specifieke risico's van beleggen in Da Vinci Retail;

- Bereid bent om deze risico's te dragen;

- U begrijpt dat wij geen inleggarantie kunnen geven?

Graag verneem ik uw reactie. Mocht u vragen hebben dan verneem ik dat graag."

h. Per e-mailbericht van 26 februari 2015 (16:19) heeft [appellant] als volgt gereageerd (productie 11 bij inleidende dagvaarding):

"(...) n.a.v. uw reactie op ons aanmeldingsformulier, delen wij u mede, dat wij verklaren akkoord te gaan met het in de laatste al. van uw mail door u gestelde".

i. [appellant] heeft vervolgens op 26 februari 2015 een deelnameformulier ingevuld (productie 12 bij inleidende dagvaarding) en een bedrag van 50.000,00 geïnvesteerd in het paraplufonds DVR, waarvan hij 15.000,00 heeft geïnvesteerd in het sub-fonds Esulep Handelsfonds Plus, dat volledig in Esulep Trading Fund Plus belegt, en 35.000,00 in het sub-fonds Trade Finance Handelsfonds.

j. Per brief van 21 april 2016 (productie 15 bij inleidende dagvaarding) heeft De Veste aangekondigd dat het sub-fonds Trade Finance Handelsfonds van het paraplufonds DVR, waarin een buffer aanwezig was, per 1 juni 2016 zou gaan sluiten. Tevens is bericht dat indien [appellant] op 1 mei 2016 of 1 juni 2016 zou bijstorten, hij nog zou profiteren van de buffer in het oude' fonds. Op 1 juli 2016 zou een nieuw fonds opgericht worden waarin alle gelden zouden worden belegd.

k. Op 22 mei 2016 heeft [appellant] 100.000,00 geïnvesteerd in het paraplufonds DVD, waarvan 85.000,00 in Trade Finance en 15.000,00 in Esulep Trading Fund Plus (productie 16 dagvaarding). Per 1 juni 2016 is [appellant] gewisseld van het paraplufonds DVR naar DVD en zijn de beleggingen in de sub-fondsen van DVR geliquideerd.

l. [X beheer B.V.] heeft op 22 mei 2016 in het paraplufonds DVD 200.000,00 geïnvesteerd, waarvan 170.000,00 in het sub-fonds Trade Finance en 30.000,00 in het sub-fonds Esulep Trading Fund Plus (productie 20 bij inleidende dagvaarding dagvaarding).

l. Bij brief van 28 augustus 2017 heeft De Nieuwe Veste aan [appellant] bericht dat het paraplufonds DVD per 1 oktober 2017 beheerd zou gaan worden door De Nieuwe Veste in plaats van De Veste (productie 21 bij inleidende dagvaarding). Op 25 oktober 2017 heeft [appellant] een bedrag van 71.000,00 geïnvesteerd in het paraplufonds DVD (productie 22 dagvaarding). Het gehele bedrag is gestort in het sub-fonds Esulep Trading Fund Plus.

m. [X beheer B.V.] heeft op 25 oktober 2017 een bedrag gestort van 55.000,00 in het fonds DVD (productie 23 dagvaarding). Ook dat bedrag is in het geheel gestort in het sub-fonds Esulep Trading Fund Plus.

n. Op 7 februari 2018 is het sub-fonds Esulep Trading Fund Plus, dat investeert in opties (op futures) op de S&P500, in één dag met 44,76% in waarde gedaald. De waarde van de portefeuille van Esulep Trading Plus Fund van [appellant] is daarmee met 56% gedaald; de waarde van de portefeuille van [X beheer B.V.] in dit fonds is met 57% gedaald. Dit vertegenwoordigt samen een waardedaling van bijna

120.000,00.

o. Bij brief van 8 februari 2018 heeft De Nieuwe Veste [appellant] en [X beheer B.V.] over de waardedaling geïnformeerd (productie 26 dagvaarding):

"De afgelopen periode werden de beurzen wereldwijd gekenmerkt door zeer lage volatiliteit bij alsmaar stijgende koersen. Eind vorige week begon deze trend te keren en begonnen beurzen te dalen. Als gevolg hiervan is de VIX-- index (de volatiliteitsgraadmeter van de beurzen, ook wel de fear-index' genoemd), enorm hard gestegen. Waar de VIXindex op 1 februari nog op 13,47 punten sloot, was de stand bij het sluiten van de beurs op 5 februari 37,22. Een ongekennde stijging van bijna 200%. Gedurende de handelsdag van 6 februari werd zelfs een niveau van boven de 50 punten behaald. Dit is slechts drie keer eerder voorgekomen. Als gevolg van deze zeer extreme ontwikkelingen is het rendement van Esulep Trading Fund Plus per het einde van de handelsdag 7 februari 2018 -44,76%. Een dramatische ontwikkeling".

p. Bij e-mailbericht van 28 mei 2018 heeft [X beheer B.V.] De Nieuwe Veste aansprakelijk gesteld voor de geleden schade (productie 27 dagvaarding). [X beheer B.V.] is daarna uit het sub-fonds Esulep Trading Fund Plus getreden. Bij brief van 12 juni 2018 heeft De Nieuwe Veste aansprakelijkheid van de hand gewezen (productie 28 bij inleidende dagvaarding).

q. Bij brief van 23 oktober 2018 heeft de advocaat van [X beheer B.V.] en [appellant] De Veste en De Nieuwe Veste aansprakelijk gesteld voor de geleden schade (productie 29 bij inleidende dagvaarding). De Veste en De Nieuwe Veste hebben aansprakelijkheid van de hand gewezen (productie 30 bij inleidende dagvaarding).

De procedure bij de rechtbank

9.2. In de procedure bij de rechtbank hebben [appellanten] gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

I. een verklaring voor recht dat De Veste en/of De Nieuwe Veste onrechtmatig jegens [appellant] en [X beheer B.V.] heeft gehandeld en/of dat zij toerekenbaar zijn tekortgeschoten in de nakoming van hun verplichtingen tegenover [appellant] en [X beheer B.V.] ;

II. De Veste en/of De Nieuwe Veste te veroordelen tot vergoeding van de door [appellant] en [X beheer B.V.] geleden en te lijden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

III. De Veste en/of De Nieuwe Veste te veroordelen in de proceskosten en de nakosten.

9.3. [appellanten] hebben aan hun vordering ten grondslag gelegd, samengevat, dat De Veste c.s. de op hen rustende (bijzondere) zorgplicht hebben geschonden en daarmee tegenover [appellanten] onrechtmatig hebben gehandeld, althans toerekenbaar tekortgeschoten zijn in hun verplichtingen tegenover [appellanten] Volgens [appellanten] gaat het daarbij om de volgende zorgplichtschendingen:

1. De Veste c.s. hadden hun dienstverlening niet aan [appellant] mogen aanbieden, althans zij hebben [appellant] onjuist geadviseerd en niet (voldoende) gewaarschuwd;

2. De Veste c.s. hebben jegens [X beheer B.V.] geen uitvoering gegeven aan het ken- uw-client beginsel ex artikel 4:23 Wft;

3. De Veste c.s. hebben als beheerders het door [appellant] en [X beheer B.V.] ingelegde vermogen niet als redelijk handelende en redelijk bekwame opdrachtnemers beheerd.

Hoewel [appellanten] in eerste instantie met De Veste hebben gecontracteerd, heeft ook De Nieuwe Veste tegenover [appellanten] onrechtmatig gehandeld, althans is zij tekortgeschoten in haar verplichtingen tegenover [appellanten] De Nieuwe Veste heeft immers (het beheer van) het paraplu-fonds DVD van De Veste overgenomen, waardoor de rechten en verplichtingen die tussen [appellanten] en De Veste bestonden zijn mee over gegaan naar De Nieuwe Veste (ex artikel 19 lid 5 van de Voorwaarden van beheer en bewaring). De schade die [appellanten] ten gevolge van het onzorgvuldig handelen van De Veste c.s. hebben geleden, dienen De Veste c.s. te vergoeden, aldus

[appellanten]

- 9.4. De Veste c.s. hebben verweer gevoerd. Voor zover dat verweer in hoger beroep van belang is, komt dat hierna aan de orde.
- 9.5. In het bestreden vonnis - dat een eindvonnis was - heeft de rechtbank de vorderingen van [appellanten] afgewezen en [appellanten] veroordeeld in de proceskosten en de nakosten, een en ander op de wijze zoals is opgenomen in het dictum ervan.

Het hoger beroep

- 9.6. In hoger beroep hebben [appellanten] tegen het bestreden vonnis vier grieven opgeworpen. Die grieven zijn steeds vergezeld van een toelichting.
- Met grief 1 betoogt [appellanten] dat de rechtbank in rechtsoverweging 4.7 ten onrechte heeft overwogen en beslist dat de door De Veste c.s. aan [appellanten] verleende diensten niet zijn aan te merken als advies in de zin van de Wft en dat daarom op De Veste c.s. geen vergaande bijzondere zorgplicht rust.
- Met grief 2 voert [appellanten] aan dat de rechtbank in rechtsoverweging 4.11 ten onrechte heeft overwogen en beslist dat de artikelen 4:18a en 4:23 Wft niet van toepassing zijn op De Veste.
- Met grief 3 werpt [appellanten] op dat de rechtbank in rechtsoverweging 4.16 ten onrechte heeft overwogen en beslist dat van een schending van de algemeen civielrechtelijke zorgplicht door De Veste c.s. geen sprake is.
- Met grief 4 betoogt [appellanten] dat de rechtbank in rechtsoverweging 4.24 ten onrechte heeft geoordeeld dat niet is komen vast te staan dat De Veste c.s. tekort zijn geschoten in de nakoming van de (zorgplicht die voortvloeit uit de) overeenkomsten dan wel onrechtmatig jegens [appellanten] hebben gehandeld.
- Elk van de vier grieven richt zich dus tegen een daarbij nader aangeduide rechtsoverweging van het bestreden vonnis; het gaat daarbij om de rechtsoverwegingen 4.7 (grief 1), 4.11 (grief 2), 4.16 (grief 3) en 4.24 (grief 4).
- 9.7. Daarnaast hebben [appellanten] in de toelichting op drie van de vier grieven diverse als zodanig herkenbare nadere bezwaren tegen diverse andere rechtsoverwegingen van het bestreden vonnis verwoord; het gaat daarbij om de rechtsoverwegingen 4.6, 4.6.3, 4.6.4, 4.6.5 en 4.12 (steeds in de toelichting op grief 1), de rechtsoverweging 4.10 (in de toelichting op grief 2) en de rechtsoverwegingen 4.15 tot en met 4.15.5 (in de toelichting op grief 3). Naar het oordeel van het hof moeten ook de laatstbedoelde bezwaren als grieven tegen het bestreden vonnis worden aangemerkt. Dit hangt samen met de bewoordingen die door [appellanten] zijn gebruikt bij de bespreking van die rechtsoverwegingen. Op grond van die bewoordingen (*De rechtbank heeft ten onrechte overwogen; De rechtbank miskent*, en woorden van gelijke strekking) diende ook voor De Veste c.s. voldoende duidelijk te zijn dat [appellanten] daarmee bezwaren formuleerden tegen de betreffende rechtsoverwegingen. Voor zover De Veste c.s. in haar memorie van antwoord heeft bedoeld te bepleiten dat de rechtsstrijd in hoger beroep zich beperkt tot wat de rechtbank heeft overwogen in de rechtsoverwegingen 4.7, 4.11, 4.16 en 4.24 (vergelijk de randnummers 36 en 228 e.v.), volgt het hof De Veste c.s. daarin niet.
- 9.8. De Veste c.s. hebben de grieven bestreden. Op wat De Veste c.s. daarbij hebben aangevoerd wordt hierna ingegaan, voor zover dat voor de beoordeling in hoger beroep van belang is. Daarbij betreft het hof alles wat De Veste c.s. in de memorie van antwoord en tijdens de mondelinge behandeling naar voren hebben gebracht voor zover dat redelijkerwijs is te begrijpen als een weerspreking van wat [appellanten] aan grieven en bezwaren tegen het bestreden vonnis hebben aangevoerd.
- 9.9. Verder constateert het hof dat [appellanten] geen grief hebben gericht tegen rechtsoverweging 4.2 van het bestreden vonnis. Daarin oordeelde de rechtbank dat tussen [appellanten] en De Veste c.s.

een overeenkomst van opdracht tot stand is gekomen. Bij gebreke van een tegen dit oordeel gerichte grief, staat dit nu tussen partijen vast. Het hof zal dit daarom bij de beoordeling in hoger beroep tot uitgangspunt nemen. Daarnaast heeft [appellanten] geen grieven gericht tegen de overwegingen van de rechtbank die haar voeren tot de conclusie dat niet is komen vast te staan dat De Veste c.s. het door [appellanten] aan hun toevertrouwde vermogen niet als een redelijk handelend en redelijk bekwaam opdrachtnemer hebben beheerd (rechtsoverwegingen 4.17 tot en met 4.23 van het bestreden vonnis). Daarmee maakt de vraag of De Veste c.s. het aan hun toevertrouwde vermogen van [appellanten] als een goed opdrachtnemer hebben beheerd geen deel uit van dit hoger beroep. Het daarover door de rechtbank gegeven oordeel staat dus tussen partijen vast.

9.10. [appellanten] hebben op goede gronden hoger beroep ingesteld. Het bestreden vonnis kan niet in stand blijven en zal worden vernietigd. Het hof zal nu bespreken waarom dat zo is. Daarbij wijst het hof erop dat [appellanten] in dit geding een verklaring voor recht vorderen dat De Veste c.s. tegenover hen aansprakelijk zijn op grond van, kort gezegd, wanprestatie dan wel onrechtmatige daad, met veroordeling van De Veste c.s. tot vergoeding van de schade nader op te maken bij staat, dus in een separate schadestaatprocedure. In deze procedure zijn door [appellanten] geen concrete schadeberekeningen in het geding gebracht. De precieze omvang van de schade is tussen partijen dan ook nog geen onderwerp van (wezenlijk) debat geweest, evenmin als andere mogelijk relevante kwesties zoals het causaal verband tussen de gestelde wanprestatie dan wel onrechtmatige daad enerzijds en schade anderzijds en eventuele eigen schuld van [appellanten] , waaraan niet afdoet dat ze in de processtukken van partijen wel al kort aan de orde zijn gesteld (onder meer in de conclusie van antwoord, randnummers 180 e.v.; memorie van grieven, randnummers 168 e.v.; memorie van antwoord, randnummers 207 e.v.). Die kwesties zullen nader in de eventuele schadestaatprocedure aan de orde kunnen komen. Een en ander betekent dat in dit geding uitsluitend de vraag voorligt of de feiten en omstandigheden in deze zaak grond vormen voor aansprakelijkheid van De Veste en/of De Nieuwe Veste tegenover [appellant] en/of [X beheer B.V.] wegens wanprestatie dan wel onrechtmatige daad.

9.11. Het hof ziet aanleiding om eerst de grieven 3 en 4 te behandelen. In de toelichting daarop betogen [appellanten] , zakelijk samengevat, dat de rechtbank terecht vooropstelt dat op De Veste c.s. tegenover [appellanten] een algemene zorgplicht rust die strekt tot bescherming tegen onverantwoorde risico's en dat de rechtbank daarbij voortborduurde op haar vaststelling dat tussen [appellanten] en De Veste c.s. een overeenkomst van opdracht tot stand is gekomen.

Tussen partijen is nooit een concrete (in de zin van: schriftelijke) overeenkomst van opdracht gesloten, zo betogen [appellanten] verder. Daardoor is onduidelijk gebleven wat de overeengekomen opdracht precies inhield en wat [appellanten] dienaangaande precies konden verwachten. Deze onduidelijkheid dient voor rekening van De Veste c.s. te komen, omdat het aan hen als professionele dienstverleners was om alle mogelijke onduidelijkheden over aard en omvang van de opdracht weg te nemen.

[appellanten] beoogden een belegging met behoud van vermogen. Het te beleggen spaargeld was bedoeld voor de oude dag van [appellant] en voor de kinderen. De door De Veste c.s. aangeboden beleggingsproducten zijn ingewikkelde producten met een hoog risico die op geen enkele manier aansloten bij wat [appellant] beoogde. [appellant] beschikte over onvoldoende kennis om de producten te doorgronden en dat was aan de Veste c.s. duidelijk.

In zaken als de voorliggende moet eerst worden vastgesteld of De Veste de zorg van een goed opdrachtnemer in acht heeft genomen en zich van de daarbij relevante plichten heeft gekweten. Als is vastgesteld dat dit niet het geval is, zoals [appellanten] bepleiten, wordt toegekomen aan de vraag of [appellanten] wellicht zelf (ook) een verwijt treft. Daarbij is onbegrijpelijk dat de rechtbank heeft kunnen oordelen dat [appellanten] De Veste c.s. het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gegeven dat zij bekend waren met de aan de beleggingsproducten verbonden risico's en bereid was deze te dragen.

Het door [appellant] op 26 februari 2015 ingevulde cliëntrisicoprofiel-formulier was geen formaliteit en behoort niet te worden gebagatelliseerd, zo betogen [appellanten] . verder. Daaruit bleek immers dat [appellant] wenste te beleggen met behoud van vermogen en dat hij de risico's van de aangeboden beleggingsproducten niet doorgrondde. De Veste c.s. hebben op geen enkele manier duidelijk gemaakt

dat de aangeboden beleggingsproducten niet pasten bij het door [appellant] op 26 februari 2015 opgegeven profiel. Daaraan doet wat op die dag verder nog tussen [appellant] en De Veste is gecommuniceerd niet af.

Door te oordelen zoals de rechtbank heeft gedaan, heeft zij miskend dat de zorgplicht van financiële ondernemingen er vooral toe strekt beleggers bescherming te bieden tegen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht, zo bepleit [appellanten] verder. De Veste had [appellant] er op zijn minst (in niet mis te verstane bewoordingen) op moeten wijzen dat hij op het punt stond te beleggen in zeer risicovolle producten die niet pasten bij zijn beleggingsdoelstelling.

[appellant] heeft niet het door De Veste c.s. gestelde informatiepakket ontvangen. Maar zelfs als dat wel het geval was, behoort dat [appellanten] niet te worden tegengeworpen. Het gaat om ontoegankelijk opgestelde informatie waarin de aan de beleggingsproducten verbonden risico's niet concreet worden genoemd. [appellanten] heeft die informatie niet kunnen en hoeven begrijpen. Het is De Veste c.s. die [appellanten] voldoende duidelijk en op [appellanten] toegespitst had moeten waarschuwen. Dat is niet gebeurd.

Het door [appellanten] aan De Veste c.s. verweten handelen en nalaten brengt mee dat De Veste c.s. toerekenbaar tekort zijn geschoten in de nakoming van hun verplichtingen krachtens de overeenkomst van opdracht. Daarnaast is zodoende door De Veste c.s. tegenover [appellanten] onrechtmatig gehandeld. Daarbij is van betekenis dat De Veste c.s. zijn onderworpen aan toezichtrechtelijke gedragsregels zoals neergelegd in onder meer de Wet financieel toezicht (hierna: Wft); bij schending daarvan, zoals het bepaalde in artikel 4:23 Wft, is sprake van handelen in strijd met een wettelijke plicht. Daarnaast heeft De Veste ook op andere gronden onrechtmatig gehandeld tegenover [appellanten], zoals wegens misleidende reclame en schending van precontractuele informatieplichten, aldus nog steeds [appellanten].

- 9.12. Met inachtneming van wat De Veste c.s. inbrengt tegen hetgeen [appellanten] met de grieven 3 en 4 aanvoeren, oordeelt het hof daarover als volgt.

Rust op De Veste c.s. tegenover [appellanten] een (civielrechtelijke) zorgplicht?

- 9.13. Zoals hiervoor in rechtsoverweging 9.9. al is overwogen, is in dit hoger beroep uitgangspunt dat tussen [appellant], [appellante] en [X beheer B.V.] enerzijds en eerst De Veste en vervolgens De Nieuwe Veste anderzijds een contractuele relatie tot stand is gekomen die moet worden aangemerkt als een overeenkomst van opdracht. Daarbij neemt het hof verder tot uitgangspunt dat, gelet op het hiervoor in rechtsoverweging 9.1. onder e genoemde DVD-deelnameformulier van 25 februari 2015, de opdrachtrelatie tussen (destijds [X Schoenen B.V.] en thans) [X beheer B.V.] en De Veste c.s. op 25 februari 2015 tot stand is gekomen. Daarnaast neemt het hof tot uitgangspunt dat, gelet op het hiervoor in rechtsoverweging 9.1. onder g genoemde DVR-deelnameformulier, de opdrachtrelatie tussen [appellant] (in privé) en De Veste c.s. op 26 februari 2015 tot stand is gekomen.

- 9.14. Artikel 7:401 BW bepaalt dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen; op de opdrachtnemer rust verbintenisrechtelijk dus in beginsel een zorgplicht. Daarbij is de vraag of de opdrachtnemer heeft gehandeld zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot te werk zou gaan.

Om te kunnen bepalen tot welke zorg de opdrachtnemer in het concrete geval gehouden is, zal eerst moeten worden vastgesteld waartoe de betreffende overeenkomst verplicht. Dat dient te worden vastgesteld door uitleg van de overeenkomst. De vraag wat partijen zijn overeengekomen kan niet worden beantwoord op grond van een (zuiver) taalkundige uitleg van de bewoordingen van de overeenkomst. Steeds komt het - in overeenstemming met de wilsvertrouwensleer zoals neergelegd in artikel 3:33 BW in combinatie met 3:35 BW - aan op de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen zij daaromtrent redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (vaste rechtspraak sinds HR 13 maart 1981, NJ 1981/635; Haviltex). Daarbij moeten alle omstandigheden van het geval worden betrokken, in welk verband ook omstandigheden die hebben plaatsgevonden na de totstandkoming van de overeenkomst

medebepalend kunnen zijn voor de daaraan te geven uitleg (HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2741, NJ 2015/382). Een belangrijke omstandigheid daarbij is de inhoud en strekking van de overeengekomen opdracht; in deze zaak betreft de opdracht van [appellanten] aan De Veste c.s. de verwerving van deelnemingsrechten in een beleggingsfonds (algemeen gezegd: financiële dienstverlening).

- 9.15. Op de financiële dienstverlener als opdrachtnemer kan een bijzondere zorgplicht rusten, zowel in de precontractuele fase als gedurende de looptijd van de overeenkomst. Het gaat daarbij om een privaatrechtelijke zorgplicht.

Wat betreft de precontractuele fase vloeit deze bijzondere zorgplicht voort uit hetgeen waartoe de eisen van de redelijkheid en billijkheid verplichten in een geval waarin, zoals in de voorliggende zaak, een door de wet en de redelijkheid en billijkheid (als bedoeld in artikel 6:2 BW) beheerste rechtsverhouding is ontstaan doordat de belegger aan de financiële dienstverlener die beleggingsdiensten en/of -producten aanbiedt, kenbaar maakt daarin interesse te hebben en te overwegen daartoe met de financiële dienstverlener een overeenkomst aan te gaan (vergelijk HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 als ook de conclusie van plv. P.-G. De Vries Lentsch-Kostense voorafgaand aan dat arrest, punten 3.1./3.2., onder verwijzing naar HR 15 november 1957, NJ 1958/67).

De in beginsel aanwezige bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener geldt niet alleen in diens verhouding tot een particuliere belegger, maar kan ook aan de orde zijn in diens verhouding tot partijen uit het midden- en kleinbedrijf (vergelijk conclusie A.-G. Wissink, ECLI:NL:PHR:2017:1057, onder 3.8).

Een tekortschieten in de privaatrechtelijke (bijzondere) zorgplicht in de precontractuele fase leidt tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voor de schade die de belegger door de overeenkomst lijdt als aan de vereisten van toerekenbaarheid en causaal verband is voldaan.

De privaatrechtelijke (bijzondere) zorgplicht strekt ertoe de opdrachtgever te beschermen tegen eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. De reikwijdte daarvan hangt af van de omstandigheden van het geval. Wanneer de overeengekomen opdracht betrekking heeft op een financiële dienst of een financieel product, behoren tot die omstandigheden (i) het bijzondere risico van de dienst of het product, (ii) de aard van de opdracht, (iii) de mate van deskundigheid van de opdrachtgever, (iv) de inkomens- en vermogenspositie van de opdrachtgever, en (v) het toepasselijk financieel toezichtrecht.

De op de financiële dienstverlener rustende privaatrechtelijke (bijzondere) zorgplicht moet worden onderscheiden van de publiekrechtelijke zorgplichten die rusten op een financiële dienstverlener (zoals gedefinieerd in artikel 1:1 Wft) bij het aanbieden en verrichten van een financiële dienst. Bij het bepalen van de bijzondere (privaatrechtelijke) zorgplicht kan wel betekenis worden toegekend aan de inhoud van de publiekrechtelijke regelgeving. De privaatrechtelijke zorgplicht kan echter verder strekken dan wat aan zorgplichten volgt uit de toepasselijke publiekrechtelijke regelgeving (HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298).

Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan de bijzondere zorgplicht voor de opdrachtnemer leiden tot onderzoeks- en adviesplichten en waarschuwings- en vergewisplichten, en onder omstandigheden ook tot een plicht de potentiële opdrachtgever uiteindelijk als cliënt te weigeren.

- 9.16. Op grond van het bepaalde in artikel 150 Rv over de stelplicht en bewijslast is het aan [appellanten] als de opdrachtgevers om de feiten en omstandigheden te stellen - en bij gemotiveerde betwisting door De Veste c.s. als de opdrachtnemers, te bewijzen - waaruit volgt dat op De Veste c.s. privaatrechtelijk een bijzondere zorgplicht rust en wat de inhoud daarvan is. Voorts is het op grond van artikel 150 Rv aan [appellanten] om de feiten en omstandigheden te stellen, en zo nodig te bewijzen, waaruit volgt dat De Veste en/of De Nieuwe Veste tegenover [appellant] en/of (voorheen [X Schoenen B.V.] , thans) [X beheer B.V.] onrechtmatig heeft gehandeld dan wel wanprestatie heeft gepleegd en voldaan is aan de daarbij geldende vereisten voor aansprakelijkheid.

- 9.17. Het hof ziet aanleiding om, in het licht van het voorgaande, eerst in te gaan op de gang van zaken tussen partijen met betrekking tot de beleggingen van [appellant] (in privé) bij (eerst) De Veste en

(vervolgens) De Nieuwe Veste. Daarna zal het hof ingaan op de gang van zaken tussen partijen met betrekking tot de beleggingen van (destijds [X Schoenen B.V] , thans) [X beheer B.V.] bij (eerst) De Veste en (vervolgens) De Nieuwe Veste.

De inhoud en omvang van de op De Veste en haar rechtsopvolger De Nieuwe Veste rustende (bijzondere) zorgplicht tegenover [appellant]

9.18. [appellant] is een niet-professionele, particuliere belegger. [appellant] heeft bij De Veste c.s. drie maal geld ingelegd. De eerste deelname was op basis van het zojuist genoemde DVR-deelnameformulier van 26 februari 2015. De tweede maal was op basis van een formulier, getiteld Mutatieformulier, van 22 mei 2016 (productie 16 bij inleidende dagvaarding). De derde maal was op basis van een formulier, getiteld Bijstortingsformulier, van 28 oktober 2017 (productie 22 bij inleidende dagvaarding), uitsluitend in het sub-fonds Esulep Trading Fund Plus van DVD. Verder begrijpt het hof uit wat partijen hierover over en weer hebben aangevoerd en aan stukken hebben overgelegd dat elk van deze drie deelnemingen heeft plaatsgevonden op grond van de hiervoor genoemde, op 26 februari 2015 tot stand gekomen overkoepelende overeenkomst van opdracht tussen [appellant] en De Veste, die vervolgens per 1 oktober 2017 is overgenomen door De Nieuwe Veste. Het hof wijst daartoe op wat door [appellanten] naar voren is gebracht in onder meer de memorie van grieven, randnummers 143/144 en door De Veste c.s. in de memorie van antwoord, randnummers 240 - 242. Ook de overgelegde stukken bieden steun voor die benadering, in het bijzonder de formulieren waarmee [appellant] te kennen heeft gegeven (bij)stortingen te willen doen in de fondsen van DVR respectievelijk DVD als ook de in verband met die (bij)stortingen gevoerde correspondentie; het hof wijst in het bijzonder op de producties 9, 10, 11, 12, 15, 16, 21 en 22 bij inleidende dagvaarding.

De eerste belegging van [appellant] bij De Veste (februari 2015)

9.19. Op basis van wat partijen in dit geding over en weer hebben aangevoerd en aan stukken hebben overgelegd, staat als niet dan wel onvoldoende weersproken vast dat [appellant] in november 2014 door optredens van [persoon A] als gast in het programma Business Class geïnteresseerd is geraakt in de financiële producten en diensten van (toen nog alleen) De Veste, en dat [appellant] zich naar aanleiding van zon optreden op of omstreeks 27 november 2014 bij De Veste via een online-contactformulier (productie 1 bij inleidende dagvaarding) heeft aangemeld voor een persoonlijk gesprek. Dat gesprek heeft vervolgens op 15 december 2014 plaatsgevonden ten kantore van De Veste (productie 2 bij inleidende dagvaarding). Naar het oordeel van het hof is zodoende toen, in de precontractuele fase, tussen De Veste als financiële dienstverlener en [appellant] als potentiële gegadigde voor deelnemingen in door De Veste aangeboden en beheerde fondsen een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding ontstaan die voor De Veste ten opzichte van [appellant] privaatrechtelijk een (bijzondere) zorgplicht meebrengt. De reikwijdte ervan wordt bepaald door de verdere omstandigheden van het geval. Daarover overweegt het hof het volgende.

9.20. Met het invullen en ondertekenen van dat deelnameformulier nam [appellant] voor het eerst deel in een van de fondsen van De Veste. De fondsen waarin [appellant] op basis van dat deelnameformulier is gaan beleggen het Esulep Handelsfonds Plus en het Trade Finance Handelsfonds (productie 12 bij inleidende dagvaarding) als sub-fondsen van DVR kennen een bovengemiddeld risico, zo begrijpt het hof de eigen stellingen van De Veste onder verwijzing naar diverse in het geding gebrachte producties (vergelijk conclusie van antwoord, randnummers 75 e.v.). Op basis daarvan concludeert het hof dat aan de eerste deelneming van [appellant] in het DVR-fonds van De Veste dus een bijzonder risico was verbonden.

9.21. Tijdens het persoonlijk gesprek op 15 december 2014 tussen [appellant] en [persoon B] heeft [persoon B] [appellant] verteld, onder andere aan de hand van een presentatie (productie 3 bij inleidende dagvaarding), over de activiteiten van De Veste en de mogelijkheden om te participeren in door haar beheerde beleggingsfondsen, zo staat ook tussen partijen vast. In die presentatie wordt De Veste neergezet als een deskundige, zeer ervaren en hoog gekwalificeerde beleggingsdienstverlener

(blad 4/5). Verder wordt daarin gesproken over de mogelijkheid om te participeren in exclusieve alternatieve beleggingsfondsen (blad 2), waarbij de belegger profiteert van unieke handelsprogrammas die normaal gesproken ontoegankelijk zijn (blad 3) en de mogelijkheid heeft om te beleggen met een vast rendement (blad 6).

9.22. Voordat [appellant] op 26 februari 2015 voor de eerste deelneming het betreffende deelnameformulier invulde en ondertekende, en zodoende is gaan beleggen in de hiervoor genoemde sub-fondsen van DVR, heeft [appellant] , op diezelfde datum, het formulier met de titel Vaststelling cliënten-risicoprofiel ingevuld en ondertekend, en aan De Veste toegezonden (productie 9 bij inleidende dagvaarding; zie ook hiervoor rechtsoverweging 9.1 onder f). Volgens de aanhef van dat formulier gebruikt De Veste dit om aan de hand van de daarmee door [appellant] verstrekte persoonlijke en financiële informatie vast te stellen of de fondsen van DVR passen binnen de bredere financiële situatie van [appellant] ; [appellant] mocht op basis daarvan redelijkerwijs ook begrijpen en verwachten dat De Veste dat zou doen. [appellant] heeft in het cliënten-risicoprofiel-formulier in antwoord op de vraag wat het doel van de belegging is, aangekruist: *Vermogensgroei zonder specifiek doel*, waaraan handgeschreven is toegevoegd: *mét behoud van vermogen*, en waarbij verderop in het formulier nog handgeschreven is opgemerkt: *volgens TV-presentaties bij Harry Mens BU Class is het nog nooit fout gegaan en heeft De Veste zeer tevreden klanten, zodoende*. Bij het voorgaande komt wat [appellant] verder nog op het cliënten-risicoprofiel-formulier heeft ingevuld. [appellant] heeft daarop immers ook kenbaar gemaakt slechts geringe ervaring te hebben met beleggen, te weten één (1) jaar met beleggingsfondsen via Fintessa/Wierda. Ook heeft [appellant] daarop te kennen gegeven dat hij zich niet bewust was van de specifieke risico's van beleggen in DVR en haar sub-fondsen en dat hij ook niet bereid was dergelijke risico's te dragen. Gelet op dit alles, in onderlinge samenhang gezien, had naar het oordeel van het hof aan De Veste redelijkerwijs duidelijk behoren te zijn dat [appellant] met de voorgenomen deelneming in DVR en haar sub-fondsen weinig tot geen risico wilde lopen, en dat hij ook verwachtte met zijn deelneming daarin weinig tot geen risico te lopen. De nadien door [appellant] met het deelnameformulier geselecteerde sub-fondsen, zijnde fondsen met een naar eigen zeggen van De Veste bovengemiddeld risicoprofiel, pasten daar niet bij. Naar het oordeel van het hof had De Veste dat behoren te onderkennen. Daarbij acht het hof ook van belang dat De Veste in dit geding zelf naar voren heeft gebracht, onder andere tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep in antwoord op vragen van het hof, dat zij [appellant] op basis van de antwoorden en verklaringen in het hiervoor besproken cliënten-risicoprofiel-formulier niet kon accepteren als belegger in DVR en haar sub-fondsen en dat daarvoor gewijzigde antwoorden en verklaringen nodig waren.

9.23. Op basis van wat [appellant] zodoende met het cliënten-risicoprofiel-formulier aan informatie heeft verstrekt, in onderlinge samenhang gezien, had De Veste moeten concluderen dat deelneming in DVR en haar sub-fondsen voor [appellant] niet passend was wegens het daaruit blijkende gebrek aan inzicht van [appellant] in de werking en specifieke risico's van DVR en haar sub-fondsen als ook wegens de uit dat formulier blijkende verwachtingen van [appellant] over het behoud van vermogen en een inleggarantie. Dat had De Veste ertoe moeten brengen om [appellant] in op hem ([appellant]) toegesneden concrete, ernstige en niet mis te verstane bewoordingen te waarschuwen voor de specifieke kenmerken en risico's die zijn verbonden aan deelneming in DVR en haar sub-fondsen, en [appellant] het beleggen daarin te ontraden. Dat dit is gebeurd, is door De Veste niet gesteld en daarvan is ook overigens niet gebleken. De Veste heeft, nadat zij op 26 februari 2015 van [appellant] het ingevulde en ondertekende cliënten-risicoprofiel-formulier ontving, [appellant] per e-mail van diezelfde datum (onderdeel van productie 10 bij inleidende dagvaarding) benaderd en daarin verzocht om de eerder door [appellant] met het cliënten-risicoprofiel-formulier gegeven antwoorden c.q. verklaringen te wijzigen, zodanig dat [appellant] - in tegenspraak met de eerder met het cliënten-risicoprofiel-formulier door [appellant] gegeven antwoorden c.q. verklaringen - zou verklaren bekend te zijn met de specifieke risico's in DVR, bereid te zijn die risico's te dragen en te begrijpen dat De Veste geen inleggarantie kan geven. Daarbij staat op basis van wat partijen tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep in antwoord op vragen van het hof aan nadere inlichtingen hebben verstrekt, vast dat De Veste in de persoon van [persoon B] na het verzenden van de hiervoor bedoelde e-mail [appellant] op dezelfde dag ook nog heeft gebeld en dat ook daarin aan [appellant] is

verzoekt de eerder gegeven antwoorden c.q. verklaringen te wijzigen opdat De Veste [appellant] als cliënt-belegger zou kunnen accepteren.

- 9.24. Door te handelen zoals in het voorgaande uiteen is gezet, heeft De Veste tegenover [appellant] haar (bijzondere) zorgplicht verzaakt. Uit de geschetste feiten en omstandigheden volgt dat dit al het geval was in de periode voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst van opdracht, en dus in de precontractuele fase. Zodoende heeft De Veste destijds tegenover [appellant] onrechtmatig gehandeld, zodat zij op die grond tegenover [appellant] aansprakelijk is.
- 9.25. Anders dan De Veste c.s. lijken te bepleiten, kan aan het voorgaande niet afdoen dat [appellant] een succesvol ondernemer is. Waar het immers op aankomt, is dat uit het cliënten-risicoprofiel-formulier blijkt dat [appellant] , wat er zij van zijn status als succesvol ondernemer, ten aanzien van de kenmerken en risico's van de deelneming in het DVR-fonds over onvoldoende kennis en inzicht beschikte en dat hij die kenmerken en risico's onvoldoende doorgrondde. De Veste dat had moeten onderkennen en had om die reden [appellant] moeten waarschuwen op de hiervoor uiteengezette wijze en [appellant] deelnemen in het DVR-fonds moeten ontraden.
- 9.26. Ook de door De Veste gestelde, maar door [appellant] met zoveel woorden betwiste omstandigheid dat tijdens het persoonlijke gesprek op 15 december 2014 de met DVR en haar sub-fondsen (en DVD en haar sub-fondsen) gemoeide risico's aan de orde zijn gekomen, kan De Veste niet baten. Dat geldt tevens voor de door De Veste ingeroepen omstandigheid dat [appellant] door ondertekening van het DVR-deelnameformulier heeft verklaard bekend en akkoord te zijn met de inhoud van het prospectus, het addendum en de essentiële beleggersinformatie van DVR en over voldoende beleggingservaring/-kennis te beschikken om zich een goed oordeel te vormen over de risico's die aan het beleggen in DVR en haar sub-fondsen verbonden zijn en deze risico's te aanvaarden, en in te schatten of deze belegging past binnen de eigen financiële situatie. De aan De Veste bekende realiteit was immers dat [appellant] in het cliënten-risicoprofiel-formulier aanvankelijk heeft geantwoord en verklaard zoals [appellant] heeft gedaan en uit dat formulier blijkt. Aan De Veste had als professioneel-deskundige financiële dienstverlener op grond daarvan duidelijk behoren te zijn dat [appellant] niet werkelijk over voldoende beleggingservaring/-kennis beschikte om zich een goed oordeel te vormen over de aan het beleggen in DVR en haar sub-fondsen verbonden risico's en dat [appellant] deze niet werkelijk accepteerde als ook dat [appellant] niet werkelijk kon inschatten of deze belegging voor hem geschikt en passend was. [appellant] heeft immers met het ingevulde en ondertekende cliënten-risicoprofiel-formulier aan De Veste te kennen gegeven niet bekend te zijn met de specifiek aan het beleggen in DVR en haar sub-fondsen verbonden risico's en niet bereid te zijn die risico's te dragen, terwijl uit het cliënten-risicoprofiel-formulier ook blijkt dat [appellant] er vanuit ging dat sprake was van behoud van vermogen en een inleggarantie die De Veste in werkelijkheid niet gaf. De Veste had zodoende alle reden om er vanuit te gaan dat [appellant] zich niet (voldoende) bewust was van de risico's die verbonden waren aan het deelnemen in het DVR-fonds en de sub-fondsen en dat [appellant] deze niet werkelijk wenste te dragen. Verder had het aan De Veste op basis van wat [appellant] met het cliënten-risicoprofiel-formulier aan informatie had verstrekt en aan antwoorden en verklaringen had gegeven, duidelijk behoren te zijn dat [appellant] niet werkelijk akkoord was met de inhoud van het prospectus, het addendum en de essentiële beleggersinformatie.
- 9.27. Evenmin kan De Veste baten wat De Veste c.s. in dit geding op grond van de toepasselijke toezichtregelgeving hebben aangevoerd. Zoals hiervoor in rechtsoverweging 9.15. al is overwogen, moet de privaatrechtelijke (bijzondere) zorgplicht waarover het in dit geding gaat, worden onderscheiden van de toezichtrechtelijke zorgplichten en kan zij verder strekken dan waartoe de toezichtrechtelijke zorgplichten verplichten. Dat hangt samen met de eigen aard en functie van enerzijds de toezichtrechtelijke zorgplichten en anderzijds de privaatrechtelijke (bijzondere) zorgplicht. De toezichtrechtelijke zorgplichten zijn immers primair ontworpen vanuit het perspectief van publiekrechtelijke handhaving, terwijl de privaatrechtelijke (bijzondere) zorgplicht is toegespitst op het concrete, individuele geval en de daarin voorgevallen feiten en omstandigheden. Dat de wetgever met het oog op het belang van publiekrechtelijke handhaving heeft besloten om bepaalde financiële

dienstverleners onder omstandigheden uit te zonderen van vergunningplicht, bijvoorbeeld wanneer zij cliënten bedienen waarvan de wetgever heeft verondersteld dat zij wegens de omvang van hun inleg (in het betreffende fonds) tot 2011 een bedrag van 50.000,-- of meer en thans 100.000,-- of meer gewoonlijk als professioneel en voldoende deskundig zullen zijn te beschouwen, sluit niet uit dat in het aan de civiele rechter voorgelegde concrete geval kan blijken dat een individuele belegger die een dergelijk bedrag inlegt niet als professioneel en voldoende deskundig is aan te merken, en de financiële dienstverlener dat had moeten begrijpen. Voor zover de inleg van [appellant] van 50.000,- voor de verwerving van deelnemingsrechten in het DVR-fonds in februari 2015 met zich zou brengen dat toezichtrechtelijk tegenover [appellant] bepaalde zorgplichten niet op De Veste c.s. zouden rusten zoals De Veste c.s. betogen, hetgeen naar het oordeel van het hof niet is komen vast te staan en in het licht van het voorgaande ook niet hoeft te worden beoordeeld, staat dat er dus niet aan in de weg dat privaatrechtelijk voor De Veste c.s. tegenover [appellant] een (bijzondere) zorgplicht geldt.

9.28. De conclusie op basis van het voorgaande is dat De Veste met betrekking tot de eerste deelneming door [appellant] in het DVR-fonds op basis van het deelnameformulier van 26 februari 2015 tegenover [appellant] onrechtmatig heeft gehandeld doordat De Veste in de periode voorafgaande aan het tot stand komen van de opdracht haar bijzondere zorgplicht heeft verzaakt tot het in ernstige en niet mis te verstane bewoordingen waarschuwen van [appellant] voor de specifieke kenmerken en risico's die zijn verbonden aan deelneming in het DVR-fonds en haar sub-fondsen, en [appellant] het verrichten ervan te ontraden.

De tweede belegging van [appellant] bij De Veste

9.29. Ook met betrekking tot de tweede belegging van [appellant] geldt naar het oordeel van het hof dat De Veste tegenover [appellant] is tekortgeschoten in de nakoming van de op haar rustende (bijzondere) zorgplicht tot waarschuwen en ontraden als hiervoor bedoeld, en dat zij zodoende is tekortgeschoten in haar verplichtingen uit hoofde van de toen bestaande opdrachtrelatie. De redenen daarvoor zijn de volgende.

9.30. [appellant] deed de tweede belegging op basis van het DVR-mutatief formulier van De Veste van 22 mei 2016, met een switch van DVR naar DVD (productie 16 bij inleidende dagvaarding; onderaan derde blad voorgedrukt: *Volledige portefeuille switchen samen met nieuwe bijstorting naar Da Vinci Diversified*). Als niet dan wel onvoldoende weersproken staat vast dat deze tweede belegging plaatsvond naar aanleiding van een mailing aan onder andere [appellant] van 21 april 2016 (productie 15 bij inleidende dagvaarding; in de memorie van grieven heeft [appellant] het abusievelijk over een brief van 1 juni 2016). Die mailing is naar het oordeel van het hof redelijkerwijs niet anders te begrijpen dan als een oproep van De Veste aan haar cliënten, waaronder [appellant], om een *aanvullende* storting te doen opdat zou kunnen worden geprofiteerd van de in de mailing besproken buffer; daarbij werd de eerder in december 2014 en februari 2015 aan [appellant] gegeven informatie met zoveel woorden herbevestigd (*Voor de goede orde merken wij op dat het fonds qua strategie of risicoprofiel op geen enkele manier wijzigt. Het fonds blijft dus werken op de manier waarop u dat gewend bent.*).

9.31. Door De Veste zijn met betrekking tot de periode tussen 26 februari 2015 (de datum waarop [appellant] het cliënten-risicoprofiel-formulier invulde en de eerste belegging deed met het deelnameformulier van dezelfde datum) en 22 mei 2016 (de datum waarop [appellant] de tweede belegging deed) geen concrete feiten en omstandigheden gesteld die de conclusie rechtvaardigen dat de hiervoor met betrekking tot de eerste belegging besproken (bijzondere) zorgplicht tot het waarschuwen en ontraden niet langer op De Veste rustte. Gelet op het bepaalde in artikel 150 Rv over de stelplicht en bewijslast had dat wel op haar weg gelegen. De conclusie is daarom dat ook met betrekking tot de tweede belegging op De Veste tegenover [appellant] de hiervoor bedoelde zorgplicht tot waarschuwen en ontraden rustte. Niet gesteld of gebleken is dat De Veste [appellant] toen op de vereiste wijze heeft gewaarschuwd en het doen van de tweede belegging heeft ontraden. Nu in die periode tussen partijen onbetwist een overeenkomst van opdracht bestond, levert het voorgaande

binnen het kader daarvan een schending van de op De Veste rustende (privaatrechtelijke) zorgplicht op. Op grond daarvan is De Veste tegenover [appellant] in beginsel aansprakelijk.

De derde belegging van [appellant] , ditmaal bij De Nieuwe Veste

- 9.32. Op 25 oktober 2017 deed [appellant] de derde belegging door middel van het bijstortingsformulier van De Nieuwe Veste voor DVD van 25 oktober 2017. Met betrekking tot die derde belegging van [appellant] is het volgende van belang.
- 9.33. Over de derde belegging betoogt [appellant] (memorie van grieven, randnummers 50 - 52 in combinatie met randnummer 49), kort gezegd en voor zover in hoger beroep van belang, dat het een bijstorting was in DVD, waarin per 22 mei 2016 de eerdere twee beleggingen van [appellant] waren ondergebracht. DVD was per 1 oktober 2017 overgezet naar het nieuw opgerichte De Nieuwe Veste. De aanleiding voor de bijstorting was dat [appellant] telefonisch en in een persoonlijk gesprek door De Nieuwe Veste in de persoon van [persoon B] werd voorgehouden dat om te kunnen blijven beleggen in de sub-fondsen van DVD, per sub-fonds minimaal 100.000,- moest worden ingelegd en dat als [appellant] niet zou bijstorten, [appellant] DVD zou moeten verlaten. Dit alles is door De Veste c.s. niet dan wel onvoldoende concreet weersproken (memorie van antwoord, randnummers 164 166), waarbij in het midden kan blijven of sprake was van advisering, zoals [appellant] stelt en De Veste c.s. betwisten. Waar het op aankomt, is dat De Nieuwe Veste voor de derde belegging van [appellant] mag en moet worden aangemerkt als de partij die De Veste is opgevolgd als contractspartij bij de eerder met [appellant] gesloten overeenkomst van opdracht, in beginsel met inbegrip van alle bestaande verplichtingen waaronder de hiervoor met betrekking tot de eerste belegging en de tweede belegging besproken uit de (bijzondere) zorgplicht voortvloeiende plicht tot waarschuwen en ontraden. Daartoe acht het hof het volgende van belang.
- 9.34. De Nieuwe Veste is een door [persoon B] bestuurde vennootschap. [persoon B] is eerder namens De Veste betrokken geweest bij de eerder door [appellant] verrichte eerste belegging en tweede belegging. Verder was De Nieuwe Veste onbetwist gevestigd op hetzelfde adres als De Veste en gehuisvest in hetzelfde pand als De Veste, terwijl daarnaast veelal dezelfde personen werkzaam waren bij De Nieuwe Veste als voorheen bij De Veste. Voorts is DVD in beginsel met alle beleggingen van de in haar sub-fondsen participerende beleggers, waaronder [appellant] , per 1 oktober 2017 overgegaan naar De Nieuwe Veste, zoals blijkt uit een brief van De Nieuwe Veste van 26 augustus 2017 (productie 21 bij inleidende dagvaarding).
- 9.35. De zojuist genoemde omstandigheden, in onderlinge samenhang bezien, rechtvaardigen naar het oordeel van het hof het aanmerken van De Nieuwe Veste als de partij die De Veste is opgevolgd als contractspartij bij de eerder met [appellant] gesloten overeenkomst van opdracht, waarop bijgevolg tegenover [appellant] in beginsel de hiervoor genoemde zorgplicht tot waarschuwen en ontraden rustte. Door De Veste c.s. zijn geen concrete feiten en omstandigheden gesteld die kunnen meebrengen dat die zorgplicht ten tijde van de derde belegging niet (meer) op De Nieuwe Veste rustte. Niet gesteld of gebleken is dat De Nieuwe Veste [appellant] voorafgaand aan de derde belegging heeft gewaarschuwd op de vereiste wijze of deze de derde belegging heeft ontraden. Gelet daarop is sprake van schending door De Nieuwe Veste van de krachtens de overeenkomst van opdracht op haar tegenover [appellant] rustende (bijzondere) zorgplicht. Daarvoor is De Nieuwe Veste tegenover [appellant] in beginsel aansprakelijk.
- 9.36. Met betrekking tot de door [appellant] verrichte drie beleggingen wordt aan nadere bewijslevering, zoals aangeboden door De Veste c.s., niet toegekomen. Het aangeboden bewijs is niet ter zake dienend en, met het oog op de eisen die in hoger beroep aan een bewijsaanbod worden gesteld, niet voldoende concreet. Dat [persoon A] kan verklaren over DVR en DVD, en [persoon B] over DVD, zegt niet dat zij (ook) (nader) kunnen verklaren over feiten en omstandigheden die nader licht werpen op de hier relevante gang van zaken in de aanloop naar de totstandkoming van de overeenkomst van opdracht met [appellant] en diens eerste, tweede en derde belegging.

De inhoud en omvang van de op De Veste en De Nieuwe Veste rustende (bijzondere) zorgplicht tegenover (eerst [X Schoenen B.V] en daarna haar rechtsopvolger) [X beheer B.V.]

De eerste belegging door (destijds [X Schoenen B.V] , thans) [X beheer B.V.]

- 9.37. Ook (voorheen [X Schoenen B.V] , thans) [X beheer B.V.] heeft driemaal bedragen ter belegging ingelegd bij eerst De Veste en vervolgens De Nieuwe Veste. Als niet dan wel onvoldoende gemotiveerd weersproken staat tussen partijen vast dat (voorheen [X Schoenen B.V] en thans) [X beheer B.V.] heeft te gelden als een partij die behoort tot het midden- en kleinbedrijf (memorie van grieven, randnummer 29). De eerste belegging deed (destijds [X Schoenen B.V] , thans) [X beheer B.V.] in sub-fondsen van DVD, op basis van een DVD-deelnameformulier van 25 februari 2015 (productie 6 bij inleidende dagvaarding). Daarbij werd (voorheen [X Schoenen B.V] , thans) [X beheer B.V.] blijkens de ondertekening van het deelnameformulier vertegenwoordigd door [appellant] (appellanten sub 2 en sub 3). Het moet er daarom voor worden gehouden dat op die datum tussen De Veste en (destijds [X Schoenen B.V] , thans) [X beheer B.V.] de opdrachtrelatie tot stand kwam.
- 9.38. Ten aanzien van [appellant] is in het voorgaande, bij de behandeling van de beleggingen door [appellant] , op basis van de met het hiervoor besproken cliëntenrisicoprofiel-formulier van 26 februari 2015 gegeven antwoorden en afgelegde verklaringen vastgesteld dat [appellant] geen inzicht had in en geen kennis had van de relevante kenmerken en risico's van DVR en DVD en de daaronder ressorterende sub-fondsen waarin De Veste c.s. de mogelijkheid bood te participeren. Nu (destijds [X Schoenen B.V] , thans) [X beheer B.V.] bij het inleggen ter belegging in sub-fondsen van DVD werd vertegenwoordigd door [appellant] , moet het ervoor worden gehouden dat het (destijds [X Schoenen B.V] , thans) [X beheer B.V.] ook aan inzicht in en kennis van de relevante kenmerken en risico's van het beleggen in DVD en haar sub-fondsen ontbrak. De Veste had dat moeten onderkennen. Daaraan doet niet af dat het cliëntenrisicoprofiel-formulier dateert van 26 februari 2015, dus één dag later. Naar het oordeel van het hof had kennisneming daarvan op 26 februari 2015 (zie de e-mailwisseling tussen [persoon B] namens De Veste en [appellant] op 26 februari 2015; productie 10 bij inleidende dagvaarding) De Veste ertoe moeten brengen de belegging door (destijds [X Schoenen B.V] , thans) [X beheer B.V.] , voor zover deze al was uitgevoerd, ongedaan te maken. Niet gesteld of gebleken is dat dit toen niet meer mogelijk was.
- 9.39. Tegen deze achtergrond, en gelet op wat hiervoor in rechtsoverweging 9.15 is overwogen over privaatrechtelijke (bijzondere) zorgplichten van financiële dienstverleners tegenover partijen die behoren tot het midden- en kleinbedrijf onder verwijzing naar de conclusie van A.-G. Wissink van 17 oktober 2017 (ECLI:NL:PHR:2017:1057, punt 3.8), moet naar het oordeel van het hof worden aangenomen dat op De Veste c.s. ook tegenover (destijds [X Schoenen B.V] en thans) [X beheer B.V.] (bijzondere) zorgplichten rusten op gelijke wijze als hiervoor is aangenomen met betrekking tot [appellant] . Dit betekent concreet dat De Veste aanleiding had moeten zien om (destijds [X Schoenen B.V] , thans) [X beheer B.V.] in de persoon van haar vertegenwoordiger [appellant] (appellanten sub 2 en sub 3) in op [appellant] toegesneden ernstige en niet mis te verstane bewoordingen te waarschuwen voor de aan het beleggen in DVD en haar sub-fondsen verbonden risico's en het doen ervan te ontraden. Dat de eerste deelneming van [X Schoenen B.V] , thans [X beheer B.V.] in het DVD-fonds een bedrag van 100.000,00 betreft, maakt het voorgaande niet anders, mede gelet op hetgeen het hof in 9.27. heeft overwogen. Door De Veste c.s. is niet gesteld dat zij op de vereiste wijze heeft gewaarschuwd en de belegging heeft ontraden; daarvan is ook overigens niet gebleken. De in algemene bewoordingen opgenomen waarschuwingen over risico's in het prospectus, het addendum en andere algemene beleggersinformatie zijn daarbij niet voldoende.
- 9.40. De conclusie is daarom dat De Veste tegenover (destijds [X Schoenen B.V] , thans) [X beheer B.V.] met betrekking tot de eerste belegging haar (bijzondere) zorgplicht heeft geschonden, en daarmee is tekortgeschoten in haar verplichtingen onder de op 25 februari 2015 tot stand gekomen overeenkomst van opdracht. De Veste is op die grond in beginsel aansprakelijk.

De tweede belegging door (destijds [X Schoenen B.V.] , thans) [X beheer B.V.] bij De Veste

9.41. Dezelfde conclusie moet worden getrokken ten aanzien van de tweede belegging door (destijds [appellant] Schoenen, thans) [X beheer B.V.] . Die tweede belegging deed (destijds [X Schoenen B.V.] , thans) [X beheer B.V.] op 22 mei 2016 op basis van het DVD-deelnameformulier van dezelfde datum (productie 20 bij inleidende dagvaarding) dat daartoe door [appellant] in de persoon van appellant sub 2 is ingevuld en ondertekend. Door De Veste zijn met betrekking tot de periode tussen 26 februari 2015 (de datum waarop [appellant] het cliëntenrisicoprofiel-formulier invulde en de eerste belegging deed met het deelnameformulier van dezelfde datum) en 22 mei 2016 (de datum waarop [appellant] de tweede belegging deed) geen concrete feiten en omstandigheden gesteld die de conclusie rechtvaardigen dat de hiervoor met betrekking tot de eerste belegging besproken (bijzondere) zorgplicht tot het waarschuwen en ontraden van (destijds [X Schoenen B.V.] , thans) [X beheer B.V.] ten tijde van het doen van de tweede belegging niet langer op De Veste rustte. Gelet op het bepaalde in artikel 150 Rv over de stelplicht en bewijslast had dat wel op haar weg gelegen. De conclusie is daarom dat ook met betrekking tot de tweede belegging op De Veste de hiervoor bedoelde zorgplicht tot waarschuwen en ontraden rustte. Niet gesteld of gebleken is dat De Veste (destijds [X Schoenen B.V.] , thans) [X beheer B.V.] indertijd op de vereiste wijze heeft gewaarschuwd en haar heeft ontraden de tweede belegging te doen. Het moet er daarom voor worden gehouden dat De Veste tegenover (destijds [X Schoenen B.V.] , thans) [X beheer B.V.] haar (bijzondere) zorgplicht heeft geschonden en op die grond tegenover haar in beginsel aansprakelijk is.

De derde belegging door (destijds [X Schoenen B.V.] , thans) [X beheer B.V.] bij De Nieuwe Veste

9.42. De derde belegging is door (destijds [X Schoenen B.V.] , thans) [X beheer B.V.] verricht bij De Nieuwe Veste op basis van het daartoe bestemde bijstortingsformulier van 25 oktober 2017 dat daartoe door [appellant] in de persoon van appellant sub 2 is ingevuld en ondertekend. Het hof wijst verder op wat hiervoor in de rechtsoverwegingen 9.33 en 9.34 ten aanzien van De Nieuwe Veste als de partij die De Veste opvolgde als contractspartij bij de met [appellanten] op of omstreeks 25/26 februari 2015 gesloten overeenkomst van opdracht. Een en ander, in onderlinge samenhang bezien, rechtvaardigt het aanmerken van De Nieuwe Veste als de partij die De Veste is opgevolgd als contractspartij onder de eerder met [appellant] gesloten overeenkomst van opdracht, waarop bijgevolg tegenover [appellant] in beginsel de hiervoor genoemde (bijzondere) zorgplicht tot waarschuwen en ontraden rustte. Door De Veste c.s. zijn geen concrete feiten en omstandigheden gesteld die kunnen meebrengen dat die zorgplicht ten tijde van de derde belegging van (destijds [X Schoenen B.V.] , thans) [X beheer B.V.] niet (meer) op De Nieuwe Veste rustte. Niet gesteld of anderszins gebleken is dat De Nieuwe Veste (destijds [X Schoenen B.V.] , thans) [X beheer B.V.] in de persoon van haar vertegenwoordiger [appellant] (appellant sub 2) heeft gewaarschuwd en ontraden op de vereiste wijze. Gelet daarop is sprake van schending door De Nieuwe Veste van de krachtens de overeenkomst van opdracht op haar tegenover [appellant] rustende (bijzondere) zorgplicht. Daarvoor is De Nieuwe Veste tegenover [appellant] in beginsel aansprakelijk.

9.43. Ook wat betreft de door (destijds [X Schoenen B.V.] , thans) [X beheer B.V.] verrichte eerste, tweede en derde belegging is geen plaats voor nadere bewijslevering. Het aangeboden bewijs is niet ter zake dienend en, met het oog op de eisen die in hoger beroep aan een bewijsaanbod worden gesteld, niet voldoende concreet. Dat [persoon A] kan verklaren over DVR en DVD, en [persoon B] over DVD, zegt niet dat zij (ook) (nader) kunnen verklaren over feiten en omstandigheden die nader licht werpen op de gang van zaken in de aanloop naar de totstandkoming van de overeenkomst van opdracht met (destijds [X Schoenen B.V.] , thans) [X beheer B.V.] en haar eerste, tweede en derde belegging.

Tot slot

9.44. De conclusie is dat de grieven 3 en 4 slagen. In het licht daarvan behoeven grief 1 en de in de daarop gegeven toelichting opgenomen bezwaren tegen het bestreden vonnis, geen bespreking meer. Datzelfde geldt voor grief 2 en de in de daarop gegeven toelichting opgenomen bezwaren tegen het

bestreden vonnis. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd en er zal opnieuw recht worden gedaan. De gevorderde verklaring voor recht zal worden toegewezen op de wijze zoals zal zijn opgenomen onder 10. (De uitspraak) van dit arrest. Ook de gevorderde veroordeling zal worden toegewezen op de wijze zoals zal zijn opgenomen onder 10. (De uitspraak) van dit arrest. De Veste c.s. zullen als de overwegend in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden veroordeeld van zowel de procedure bij de rechtbank als die in hoger beroep. Die kosten worden als volgt begroot:

De procedure bij de rechtbank:

- dagvaarding: 99,01
- griffierecht: 639,00
- salaris advocaat: 922,00 (2 punten maal tarief 461,00)

Totaal: 1.660,01

De procedure in hoger beroep:

- dagvaarding: 83,38
- griffierecht: 760,00
- salaris advocaat: 2.957,50 (2,5 punten maal tarief 1.183,00)

Totaal: 3.800,88.

Ook de gevorderde nakosten zullen worden toegewezen.

10 De uitspraak

Het hof:

10.1. vernietigt het bestreden vonnis voor zover dat aan hoger beroep is onderworpen;

en opnieuw rechtdoende:

10.2. verklaart voor recht dat De Veste en/of De Nieuwe Veste onrechtmatig jegens [appellant] en [X beheer B.V.] hebben/heeft gehandeld en/of dat zij toerekenbaar zijn tekortgeschoten in de nakoming van hun verplichtingen tegenover [appellant] en [X beheer B.V.] ;

10.3. veroordeelt De Veste tot vergoeding van de door [appellant] respectievelijk [X beheer B.V.] geleden en te lijden schade wat betreft de door hen verrichte eerste en tweede belegging en De Nieuwe Veste tot vergoeding van de door [appellant] respectievelijk [X beheer B.V.] geleden en te lijden schade wat betreft de door hen verrichte derde belegging;

10.4. veroordeelt De Veste c.s. in de kosten van de procedure bij de rechtbank zoals hierboven onder 9.44. begroot en die in hoger beroep zoals eveneens hierboven onder 9.44. begroot, vermeerderd met de nakosten aan de zijde van [appellant] en [X beheer B.V.] bepaald op 157,00 voor (na)salaris advocaat, te vermeerderen, voor het geval betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met 82,00 voor (na)salaris advocaat en de wettelijk gemaakte kosten voor het doen uitbrengen van een dagvaarding;

10.5. wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. B.E.L.J.C. Verbunt, Z.D. van Heesen-Laclé en Chr.F. Kroes en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 25 april 2023.

griffier rolraadsheer