

ECLI:NL:GHSHE:2017:3913

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	12-09-2017
Datum publicatie	13-09-2017
Zaaknummer	200.186.374_01
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Door fraude vastgelopen beleggingsproduct. Vraag of borg door de teleurgestelde belegger kan worden aangesproken.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Afdeling civil recht

zaaknummer 200.186.374/01

arrest van 12 september 2017

in de zaak van

[appellant] ,

wonend te [woonplaats] (Spanje),

appellant,

verder: [appellant] ,

advocaat: mr. F.H.I. Hundscheid te Sittard.

tegen:

1 [geïntimeerde 1] ,

2. [geïntimeerde 2] ,

beiden wonend te [woonplaats] ,

geïntimeerden,
verder in mannelijk enkelvoud: [geïntimeerde] ,
advocaat: mr. S. Buddingh te Utrecht,

op het bij exploit van dagvaarding van 6 januari 2016 ingeleide hoger beroep van:

- het door de rechtbank Limburg, zittingsplaats Maastricht, onder zaaknummer/rolnummer C/03/186932/HA ZA 14-29 tussen [geïntimeerde] als eiser en [appellant] als gedaagde gewezen verstekvonnis van 2 april 2014, en
- het onder zaaknummer/rolnummer C/03/192606/HA ZA 14/339 tussen [appellant] als eiser in verzet en [geïntimeerde] als gedaagde in verzet gewezen vonnis van 14 oktober 2015.

1 Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormelde vonnissen.

2 Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep van 6 januari 2016;
- de memorie van grieven van [appellant] van 24 mei 2016 met producties en (voorwaardelijke) eiswijziging;
- de memorie van antwoord van [geïntimeerde] van 2 augustus 2016 met producties;
- het schriftelijk pleidooi op 27 september 2016, waarbij partijen pleitnotities hebben overgelegd, [geïntimeerde] onder overlegging van een productie.

Partijen hebben arrest gevraagd. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3. De gronden van het hoger beroep

Voor de inhoud van de grieven verwijst het hof naar de memorie van grieven.

4 De beoordeling

4.1 In het vonnis van 14 oktober 2015 heeft de rechtbank onder 3. een aantal feiten vastgesteld. Deze vaststelling luidt als volgt, met een door het hof aangebrachte letteraanduiding:

- a. [appellant] is als AA accountant / federatiebelastingconsulent werkzaam geweest. Omstreeks 1996 heeft [appellant] zijn werkzaamheden voor zijn accountantskantoor gestaakt.
- b. [appellant] was tot het moment van uittreden in zijn onderneming werkzaam als accountant/fiscalist van [geïntimeerde] .
- c. Na zijn uittreden verrichtte [appellant] niet of nauwelijks meer fiscale en/of accountancy-

activiteiten.

- d. [appellant] kwam eind 2007 in aanraking met [Investments B.V.] Investments B.V., hierna te noemen [Investments B.V.] . [Investments B.V.] was actief op de markt van de zogenaamde *closed life settlements*.
- e. De gedachte achter het *closed life settlement* is als volgt. In de Verenigde Staten is het niet ongebruikelijk dat een levenslange overlijdensrisicoverzekering wordt afgesloten. De deelnemer betaalt tot aan zijn dood een bepaalde premie, waarna na zijn dood een aanzienlijke som geld wordt uitgekeerd. In de praktijk willen veel Amerikanen komen tot een afkoop van deze overlijdensrisicoverzekering. De verzekerde kiest er dan voor om met zijn polis de markt op te gaan; de verzekerde verkoopt de polis aan een *life settlement fund*. Dit fonds neemt de polis over en betaalt aan de oorspronkelijk verzekerde een afkoopsom die hoger zal zijn dan de afkoopwaarde die hij zou hebben gekregen bij de verzekeringsmaatschappij. Daarna zal het *life settlement fund* trachten derden tegen betaling te laten participeren in de opbrengst van de polis. Deze participanten zijn de beleggers. Zij kunnen er voor kiezen een herverzekering af te sluiten, welke garandeert dat na verloop van x jaar de uitkering wordt gedaan, los van het risico dat de Amerikaanse verzekerde dan nog leeft.
- f. Begin 2008 kwamen partijen met elkaar te spreken over beleggingen. [appellant] maakte [geïntimeerde] attent op de mogelijkheid om in een *life settlement fund* te participeren en gaf [geïntimeerde] uitleg hierover.
- g. Op 21 maart 2008 heeft [geïntimeerde] een sub-participatieovereenkomst 3 sub 1 / [het Fonds] met het besloten fonds voor gemene rekening [het Fonds] (hierna: het Fonds) gesloten. De oorspronkelijke polis is afgegeven door een (Amerikaanse) dochter van de [bank] . Het Fonds heeft een herverzekering in eigendom. Deze herverzekering is gesloten met het op Costa Rica gevestigde [onderneming] .
- h. Op grond van deze overeenkomst zou op uiterlijk 1 juli 2012 door het Fonds een bedrag van USD 4.000.000,= ter zake de verzekerde som worden uitgekeerd. In artikel 6.1 van de overeenkomst is opgenomen dat [geïntimeerde] een bedrag van USD 200.000,= ineens zou ontvangen na uitkering van de verzekerde som.
- i. Eveneens op 21 maart 2008 heeft [appellant] met [geïntimeerde] een zogenoemde Overeenkomst van borgtocht gesloten.
- j. De Overeenkomst van borgtocht, opgesteld door [appellant] , luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

'1. A [appellant] verbindt zich bij dezen jegens B [geïntimeerde] hoofdelijk als borg voor voormeld fonds, (alsmede voor de bewaarder van dat fonds, de stichting [stichting] , kantoorhoudend aan hetzelfde adres te [plaats] , samen ook te noemen 'de schuldenaren'), zulks tot zekerheid voor de betaling van al hetgeen B van voormelde fondsen te vorderen heeft of zal krijgen uit hoofde van genoemde participatieovereenkomst, een en ander tot een maximumbedrag van USD 200.000,= te vermeerderen met rente en kosten. A is niet gehouden tot nakoming voordat voormelde fondsen in de nakoming van de verbintenis tekort zijn geschoten. A is niet gehouden tot nakoming indien het niet betalen door de schuldenaren het gevolg is van het faillissement van de verzekeraar [bank] en de herverzekeraar.'

[geïntimeerde] heeft op of na 1 juli 2012 geen bedrag van het Fonds ontvangen, terwijl de verzekerde som al zou moeten zijn uitgekeerd.

Nadat [geïntimeerde] had vernomen dat de herverzekeraar failliet zou zijn, heeft hij op 10 april 2013 een e-mailbericht aan [appellant] verzonden, met het verzoek aan te geven uit welke gegevens dit blijkt.

[appellant] heeft op 15 april 2013 een e-mailbericht aan [geïntimeerde] verzonden. [appellant] heeft bij dit bericht een e-mailbericht van 12 april van [advocaat/handelsingenieur] (advocaat/handelsingenieur) gevoegd. In dit bericht staat als volgt vermeld:

'Op basis van haar bijzondere bevoegdheden heeft de Amerikaanse SEC (vergelijkbaar met de Nederlandse AFM, de controle-instantie voor de financiële sector) door de rechtbank een Receiver laten aanstellen.

De rechtbank heeft de heer [SEC Receiver] aangesteld als SEC Receiver met als taak het patrimonium

van de frauderende [onderneming] te vereffenen en de opbrengsten uit te keren aan de gedupeerde beleggers (...).

Aangezien het basiskenmerk van een faillissement te omschrijven is als een 'collectief vereffeningsbewind', dient, gelet op deze taken van de SEC Receiver, [onderneming] beschouwd te worden als in faling. Dit blijkt ook uit de toepassing van section 305 van de US Bankruptcy code dat de rechtbank de bevoegdheid geeft om in het belang van de schuldeisers geen afzonderlijke curator aan te stellen, maar de SEC Receiver te handhaven als vereffenaar.

U hebt mij de bewoordingen van de garantieovereenkomst niet meegegeeld, maar er kan weinig twijfel over bestaan dat [onderneming] in faling is. (...).

[geïntimeerde] heeft [appellant] bij brief van 27 september 2013 op grond van de Overeenkomst van borgtocht aansprakelijk gesteld.

Op deze vaststelling van de feiten ziet grief I. Met deze grief maakt [appellant] bezwaar tegen het gebruik van de term 'herverzekering' in de omschrijving van het systeem van de belegging, hiervoor onder e) vermeld. Volgens [appellant] geldt dat [onderneming] een eigen risico dekt en niet gezien kan worden als herverzekeraar van de verzekeraar, [bank] . Dat laatste is ook door geen van partijen gesteld. In de participatie overeenkomst, hiervoor onder g) vermeld, is de term 'herverzekering' gehanteerd voor de betrokkenheid van [onderneming] , die verder in alle stukken steeds als 'herverzekeraar' wordt aangeduid. Over de positie van [onderneming] in het geheel bestaat tussen partijen geen verschil van mening. Het hof ziet daarom geen reden voor aanpassing van de terminologie. Tot een ander oordeel zou dat overigens niet leiden. De grief wordt verworpen.

Voor het overige is de vaststelling van de feiten niet bestreden, zodat het hof ook in hoger beroep hiervan uitgaat.

4.2 In deze procedure stelt [geïntimeerde] dat [appellant] zich jegens hem als borg met betrekking tot de nakoming door het Fonds van de verbintenissen uit de overeenkomst tussen het Fonds en [geïntimeerde] heeft gesteld. Nu het Fonds niet is nagekomen, terwijl niet vast staat of [onderneming] al dan niet failliet is, dient [appellant] volgens [geïntimeerde] de verbintenis van het Fonds jegens hem tot betaling van USD 200.000,= na te komen. Op grond daarvan vordert [geïntimeerde] , samengevat, veroordeling van [appellant] tot betaling van de tegenwaarde in euro's van dat bedrag, € 148.155,83, met rente en kosten.

Bij verstekvonnis van 2 april 2014 heeft de rechtbank de vordering van [geïntimeerde] geheel toegewezen. [appellant] is tegen dit vonnis in verzet gekomen. Hij betwist dat hij gehouden is tot betaling van enig bedrag aan [geïntimeerde] uit hoofde van de overeenkomst tot borgtocht.

De rechtbank heeft een comparitie van partijen bepaald die op 28 november 2014 heeft plaatsgevonden. Bij vonnis in verzet van 14 oktober 2015 heeft de rechtbank de verweren van [appellant] tegen de vordering van [geïntimeerde] verworpen en het verstekvonnis van 2 april 2014 bekrachtigd met veroordeling van [appellant] in de kosten van de verzetprocedure.

Bij pleitnota ter gelegenheid van het schriftelijk pleidooi heeft [geïntimeerde] , zo begrijpt het hof, zijn eis in ieder geval verminderd met een bedrag van € 3.033,51.

4.3 [appellant] woont in Spanje, zodat het geschil internationale aspecten heeft. De rechtbank is terecht en onbestreden uitgegaan van de bevoegdheid van de Nederlandse rechter en van toepasselijkheid van Nederlands recht.

4.4 Met zijn grieven II tot en met VI legt [appellant] het geschil in volle omvang aan het hof ter beoordeling voor. Deze grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling. [appellant] heeft in zijn memorie van grieven een voorwaardelijke vermeerdering van eis opgenomen. Hiermee heeft [appellant] - anders dan in eerste aanleg - in hoger beroep een (voorwaardelijke) reconventionele vordering ingesteld. Ingevolge artikel 353 lid 1 Rv kan niet voor het eerst in hoger beroep een reconventionele vordering worden ingesteld. Het hof zal [appellant] daarom ten aanzien van die vordering niet-ontvankelijk verklaren.

- 4.5 In eerste aanleg heeft het debat tussen partijen zich toegespitst op het verweer van [appellant] dat hem een beroep toekomt op de uitzondering in artikel 1 van de overeenkomst tot borgtocht, hiervoor in 4.1 onder j) aangehaald. Deze uitzondering houdt in dat [appellant] niet gehouden is tot nakoming van zijn verplichtingen uit die overeenkomst tegenover [geïntimeerde] indien het niet betalen door de schuldenaren, het Fonds en stichting [stichting] , het gevolg is van het faillissement van de verzekeraar, [bank] , en de herverzekeraar, [onderneming] . In dit verband ging het om de vraag of de overeenkomst tussen partijen inhield dat de uitzondering alleen van toepassing was bij faillissement van zowel [bank] als [onderneming] of ook in het geval van het faillissement van één van beide, en of wat [onderneming] betreft al dan niet sprake is van een faillissement. De rechtbank heeft dit verweer van [appellant] verworpen, en ook diens overige verweren.
- 4.6 In hoger beroep stelt [appellant] dit verweer op de tweede plaats. Primair voert hij thans het volgende verweer. Bij de overeenkomst tot borgtocht heeft hij zich jegens [geïntimeerde] hoofdelijk als borg verbonden voor het Fonds en de bewaarder daarvan, de stichting [stichting] , tot zekerheid voor de betaling van al hetgeen [geïntimeerde] van deze fondsen te vorderen heeft of zal krijgen uit hoofde van de sub-participatieovereenkomst tussen het Fonds enerzijds en [geïntimeerde] als sub-participant anderzijds, en de daarbij behorende Voorwaarden van beheer en bewaring. De verbintenis van het Fonds en stichting [stichting] heeft volgens [appellant] een voorwaardelijk karakter, en wel in die zin dat de verplichting tot uitkering (eerst) bestaat nadat het Fonds zelf betaling heeft ontvangen. [geïntimeerde] heeft dit verweer van [appellant] op zijn beurt bestreden. Volgens hem heeft [appellant] zich borg gesteld voor het ontvangen door [geïntimeerde] van het bedrag van USD 200.000,= zodat hij, nu [geïntimeerde] dat bedrag niet heeft ontvangen en het er vanwege de fraude door [onderneming] niet naar uitziet dat alsnog zal gebeuren, [appellant] zijn verplichting uit de overeenkomst tot borgtocht dient na te komen. In de zekerheidstelling gaat het alleen om de uitkering van het bedrag van € 200.000,=, aldus [geïntimeerde] ; nu die is uitgebleven dient [appellant] tot betaling over te gaan. Op de uitzondering komt [appellant] , zoals de rechtbank ook heeft geoordeeld, volgens [geïntimeerde] geen beroep toe.
- 4.7 Het hof overweegt hierover het volgende. In de sub-participatieovereenkomst tussen het Fonds en [geïntimeerde] is in de 'overwegingen' onder meer opgenomen dat het Fonds economisch eigenaar is van een herverzekering [[onderneming]] die de verzekerde som van USD 4.000.000.= op uiterlijk 1 juli 2012 uitkeert, indien op uiterlijk 1 april 2012 de overlijdensverzekering [[bank]] niet tot uitkering is gekomen. Verder is daarin opgenomen dat het Fonds 10 participaties heeft uitgegeven en dat participatie nummer 3 is uitgegeven in twee sub-participaties, waarvan er een aan [geïntimeerde] is verkocht. Na het overlijden van de verzekerde zal het Fonds op elk van de sub-participaties een uitkering doen van USD 200.000,=.
- In artikel 1 (Definities) van de Voorwaarden van beheer en bewaring is de herverzekering omschreven als de tot het fondsvermogen behorende risicoverzekering die voorziet in het doen van een uitkering van USD 4.000.000,= indien de overlijdensverzekering niet uiterlijk op 1 april 2012 tot uitkering is gekomen. De uitkering aan de participanten is daarin omschreven als het per participant uit te keren bedrag na uitkering van de verzekering. In artikel 3 lid 4 van de Voorwaarden van beheer en bewaring is bepaald dat na uitkering van de verzekerde som [het bedrag van USD 4.000.000,=] iedere participant per participatie een bedrag van USD 400.000,= ontvangt [per sub-participatie als van [geïntimeerde] de helft daarvan].
- 4.8 Het systeem van deze belegging brengt mee dat de verzekeraar [[bank]] de verzekerde som van USD 4.000.000,= uitkeert aan het Fonds wanneer de verzekerde voor 1 april 2012 overlijdt en dat de herverzekeraar [[onderneming]] dat bedrag aan het Fonds uitkeert wanneer de verzekerde op die datum niet is overleden. Partijen gaan ervan uit dat de laatste situatie zich voordoet, zodat [onderneming] tot uitkering aan het Fonds diende over te gaan. In de overeenkomst tussen het Fonds en [geïntimeerde] heeft het Fonds niet de verplichting op zich genomen om onafhankelijk van de uitkering van de verzekerde som door [bank] , in het eerste geval, dan wel door

[onderneming] , in het tweede geval, tot uitkering aan de participanten over te gaan. De participatieovereenkomst verbindt de door het Fonds te ontvangen uitkering juist met de door het Fonds daaruit aan de participanten uit te keren bedragen. Dat betekent dat de verplichting van het Fonds niet inhoudt het zonder meer per 1 juli 2012 aan [geïntimeerde] uitkeren van een bedrag van USD 200.000,=, maar de verplichting om van de door het Fonds ontvangen verzekerde som dat bedrag aan [geïntimeerde] te betalen.

- 4.9 De overeenkomst van borgtocht die partijen hebben gesloten, is een zekerheidstelling voor de nakoming van de verplichting door het Fonds jegens [geïntimeerde] uit de tussen hen gesloten sub-participatieovereenkomst. Daardoor zijn beide overeenkomsten niet los van elkaar te zien, maar wordt de inhoud van de verplichting tot zekerheidstelling die [appellant] jegens [geïntimeerde] op zich heeft genomen bepaald door de inhoud van de verplichting die het Fonds jegens [geïntimeerde] heeft op grond van de participatieovereenkomst. De stelling waar [geïntimeerde] zijn vordering tegen [appellant] op baseert, komt erop neer dat [appellant] als borg het bedrag van USD 200.000,= aan hem moet betalen omdat het Fonds dat niet heeft gedaan. Daarbij miskent [geïntimeerde] dat de verplichting van het Fonds waar [appellant] zich borg voor heeft gesteld niet zonder meer een uitkering van USD 200.000,= op uiterlijk 1 juli 2012 betreft, maar de verplichting om na uitkering van de verzekerde som, door [bank] dan wel [onderneming] , een dergelijke uitkering te doen. Die situatie doet zich niet voor, in ieder geval is daarvan niet gebleken, zodat de [geïntimeerde] op de door hem aangevoerde grondslag geen aanspraak kan maken op betaling van het bedrag van USD 200.000,= (€ 148.155,83) door [appellant] als borg. Enige andere grondslag, die op grond van de devolutieve werking van het appel, aan de orde zou moeten komen, is door [geïntimeerde] niet aangevoerd. Het subsidiaire verweer van [appellant] behoeft verder geen bespreking. Voor bewijslevering is bij deze stand van zaken geen grond aanwezig.
- 4.10 De slotsom is dat de grieven II tot en met VI slagen en dat de vordering van [geïntimeerde] als ongegrond moet worden afgewezen. Dit betekent dat het verzetvonnis van 14 oktober 2015 en het daarbij bekrachtigde verstekvonnis van 2 april 2014 niet in stand kunnen blijven. De bestreden vonnissen worden vernietigd met veroordeling van [geïntimeerde] in de kosten van de verzetprocedure en van het hoger beroep.

5 De uitspraak

Het hof:

verklaart [appellant] niet-ontvankelijk in zijn (voorwaardelijke) eis in reconventie;

vernietigt de bestreden vonnissen van 2 april 2014 en 14 oktober 2015 en, opnieuw rechtdoende:

wijst de vorderingen van [geïntimeerde] af;

veroordeelt [geïntimeerde] tot terugbetaling van de door [appellant] betaalde proceskosten in eerste aanleg;

veroordeelt [geïntimeerde] hoofdelijk in de kosten van het geding, tot op deze uitspraak aan de zijde van [appellant] begroot op € 93,80 aan kosten verzetdagvaarding, op € 1.519,= aan griffierecht en op € 3.552,50 aan salaris advocaat in eerste aanleg, en op € 94,07 aan kosten dagvaarding, op € 1.631,= aan griffierecht en op € 5.264,= aan salaris advocaat in hoger beroep, te vermeerderen met de nakosten van € 131,= indien geen betekening plaatsvindt, dan wel van € 199,= vermeerderd met de exploitkosten indien betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden en de nakosten te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na de betekening van dit arrest;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. B.A. Meulenbroek, S.M.A.M. Venhuizen en M.G.W.M. Stienissen en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 12 september 2017.

griffier rolraadsheer