

# ECLI:NL:GHARL:2016:10082

Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak	13-12-2016
Datum publicatie	16-12-2016
Zaaknummer	200.157.847
Formele relaties	Eerste aanleg: <a href="#">ECLI:NL:RBGEL:2014:3112</a> , Bekrachtiging/bevestiging
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Hoger beroep van ECLI:NL:RBGEL:2014:3112; omzetting eenmanszaak (beleggingsadviseur en vermogensbeheerder) in beleggingsvereniging; geen lidmaatschap beleggers ontstaan; afrekening waarde beleggingsportefeuilles; ken uw cliënt beginsel; ongeoorloofde optiehandel; schadevergoeding
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NTHR 2017, afl. 2, p. 74 RF 2017/24

## Uitspraak

### GERECHTSHOF ARNHEM-LEEUWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.157.847  
(zaaknummer kantonrechter Gelderland, zittingsplaats Arnhem, 2706815)

### arrest van 13 december 2016

in de zaak van

1. de vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid

**[appellant 1]** en

2 **[appellant 2]**,

gevestigd respectievelijk wonende te [plaatsnaam] ,

appellanten in het principaal hoger beroep,  
geïntimeerden in het incidenteel hoger beroep,  
in eerste aanleg: gedaagden,  
hierna: [appellant 1] en [appellant 2] ,  
advocaat: mr. M.P.H. van Maanen Winters,

tegen:

## **1 [geïntimeerde 1] en**

## **2 [geïntimeerde 2],**

beiden wonende te [plaatsnaam] ,  
geïntimeerden in het principaal hoger beroep,  
appellanten in het incidenteel hoger beroep,  
in eerste aanleg: eisers,  
hierna tezamen: [geïntimeerden] en afzonderlijk: [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] ,  
advocaat: mr. J.M. Penders.

## **1 Het verdere geding in hoger beroep**

1.1 Het hof neemt de inhoud van het tussenarrest van 25 november 2014 hier over.

1.2 Bij brief van 23 december 2014 heeft de advocaat van [geïntimeerden] de producties 16 tot en met 19 in het geding gebracht.

1.3 Ter uitvoering van het tussenarrest heeft een comparitie na aanbrengen plaatsgevonden op 9 januari 2015. Daarvan is proces-verbaal opgemaakt, waarop partijen over en weer bij brief hebben gereageerd.

1.4 Het verdere verloop van de procedure blijkt uit:

- de memorie van grieven met producties,
- de memorie van antwoord in het principaal appel tevens memorie van grieven in het incidenteel appel (met wijziging van eis) met producties (verder: memorie van antwoord),
- de memorie van antwoord in incidenteel appel met producties,
- een akte van [geïntimeerden] tevens akte van depot van een USB-stick, waartegen [appellanten] ter zitting van 28 september 2016 desgevraagd geen bezwaar hadden en waarna deze ter zitting is afgespeeld,
- de pleidooien op die datum overeenkomstig de pleitnotities.

1.5 Na afloop van de pleidooien heeft het hof arrest bepaald (op het dossier van [appellanten] ).

## **2 De vaststaande feiten**

De volgende feiten staan mede vast op grond van de bij de pleidooien in hoger beroep afgelegde verklaringen.

- 2.1 Eind 1999 is [appellant 2] (vanaf 1969 werkzaam bij [werkgever] , sedert 1997 op de afdeling effecten en later op de afdeling juridische zaken) na een cursus over beleggen bij NIBEZ voor zichzelf als beleggingsadviseur gaan optreden, waarbij hij beleggingsdiensten en vermogensbeheer voor derden verrichtte. In eerste instantie deed [appellant 2] dit in de vorm van een beleggingsadviesbureau en voerde hij de werkzaamheden in eigen naam uit. [appellant 2] had geen (vermogensbeheer-)vergunning van de AFM.
- 2.2 In oktober 2000 zijn [geïntimeerden] en [appellant 2] (die elkaar via via kenden) met elkaar overeengekomen dat [geïntimeerden] ieder een bedrag van f 20.000 – tezamen omgerekend € 18.151,21 – overmaakten naar [appellant 2] ter belegging. Het ging om gelden die [geïntimeerden] (landbouwkundig ingenieur respectievelijk huisvrouw, beiden destijds ongeveer 50 jaar oud) hadden gespaard ter aanvulling op hun pensioen. In de door hem bij [geïntimeerden] achtergelaten informatiebrief (productie 1 bij inleidende dagvaarding) had [appellant 2] vermeld dat het vrijwel zeker was dat met belegging in aandelen en afdekking van deze posities met opties jaarlijks een rendement van meer dan 4% zou worden behaald en opgemerkt dat beleggen ook risico's met zich meebrengt en dat koersdalingen van aandelen nu eenmaal voorkomen. Bij e-mail van 10 oktober 2000 (productie 2 bij inleidende dagvaarding) had [appellant 2] [geïntimeerden] onder meer geschreven: *"Voor wat betreft het risicoprofiel is alleen een daling van de koersen van de aandelen het risico. Met het schrijven van opties verlaag je in feite de aankoopprijs."* Na ontvangst van de bedragen heeft [appellant 2] voor ieder een depot geopend (voor [geïntimeerde 2] zekerder fondsen dan voor [geïntimeerde 1] ; zie productie 3 bij memorie van antwoord) en aandelen gekocht (verantwoord in de producties 3 en 4 bij inleidende dagvaarding).
- 2.3 Sedertdien heeft [appellant 2] diverse orders voor aandelen en daarop geschreven gedekte call opties (zie productie 20 bij memorie van antwoord) maar later ook voor verkochte en geschreven ongedekte put opties op de AEX-index laten uitvoeren en [geïntimeerden] per e-mail van de resultaten op de hoogte gebracht.
- 2.4 Aan het einde van elk jaar stuurde [appellant 2] [geïntimeerden] van hun portefeuilles een jaaroverzicht dat [geïntimeerden] gebruikten voor van hun jaarlijkse belastingaangiften (productie 20 bij memorie van antwoord in het principaal appel).
- 2.5 [appellant 2] belegde ook voor anderen (ongeveer 20 personen) in aandelen en hield voor hen inclusief [geïntimeerden] eind 2006 een totaal vermogen van ruim € 700.000.
- 2.6 Na de inwerkingtreding per 1 januari 2007 van de Wet op het financieel toezicht (verder: Wft) en omdat [werkgever] [appellant 2] ' nevenfunctie niet meer op prijs stelde en verlangde dat die nevenwerkzaamheden in een andere ondernemingsvorm werden gestoken, heeft [appellant 2] bij brief van 7 april 2007 (productie 5 bij inleidende dagvaarding) aan zijn beleggers, onder wie [geïntimeerden] , meegedeeld dat hij zijn Beleggingsadviesbureau [appellant 2] omzette naar een beleggersvereniging (later genaamd: [appellant 1] ), dat de portefeuilles binnen deze vereniging zouden worden ondergebracht en beheerd waarbij de vereniging de werkzaamheden zou voortzetten, dat de portefeuilles bij [bank] zouden worden ondergebracht en heeft hij ten slotte meegedeeld:  
*"Als u geen bezwaar heeft tegen de nieuwe opzet hoeft u niets te doen. Anders verzoeken wij u voor 16 april 2007 te reageren."*
- 2.7 Op 23 april 2007 heeft [appellant 2] [appellant 1] opgericht.

- 2.8 [geïntimeerden] ontvingen aanvankelijk in juli 2007 nog mutatie-overzichten onder het kopje "Beleggingsadviesbureau [appellant 2]" (productie 21 bij memorie van antwoord), later echter op naam van [appellant 1].
- 2.9 Door het gestage dalen van de koersen ("door de verhoging van de dekkingswaarde op AEX-opties en de overstap naar [bank]. [bank] hanteert een zwaardere marginberekening op de AEX-opties dan [werkgever]", aldus de nieuwsbrief d.d. 1 november 2007) was er in 2007 een financieel probleem ontstaan, waarop acht van de ongeveer 20 leden van [appellant 1] geld (in totaal € 27.500) in haar hebben gestort. In een spontane spoedvergadering van [appellant 1] in juli/augustus 2007 (waarbij [geïntimeerden] niet aanwezig waren) werd tussen de leden afgesproken dat er geen uitbetalingen c.q. overboekingen van portefeuilles konden plaatsvinden, hetgeen bij nieuwsbrief van 1 november 2007 aan de leden is meegedeeld (productie 9 bij memorie van grieven).
- 2.10 De portefeuilles van [geïntimeerden] zijn gedebiteerd op 4 augustus 2007 voor € 3.202,20 wegens bijdragen voor geschreven AEX call/put opties (naar rato verrekend bij alle leden) en in december 2007 voor € 3.800 wegens terugkoop in juni/juli 2007 van een aantal AEX opties.
- 2.11 In augustus 2007 heeft [appellant 2] concept statuten van de vereniging aan de leden en ook aan [geïntimeerden] gezonden (productie 22 bij memorie van antwoord). Deze zijn op enig moment dienovereenkomstig vastgesteld. Artikel 4 lid 3 omtrent het lidmaatschap houdt in:  
*"Voorstellen tot de opnemng van nieuwe leden worden door het bestuur (...) tenminste twee weken voor de eerstvolgende bijeenkomst schriftelijk aan alle leden voorgelegd met het verzoek indien tegen de toelating bezwaren zouden bestaan, deze vertrouwelijk tenminste twee dagen voor de eerstvolgende bijeenkomst aan het bestuur kenbaar te maken. Als geen bezwaren zijn ingebracht zal in de eerstvolgende bijeenkomst tot toelating worden besloten.*  
*De betrokkene kan alsdan als lid toetreden nadat hij een exemplaar van deze statuten heeft ondertekend, ten blijke dat hij zich aan de bepalingen daarvan zal houden."*  
Deze procedure is ten aanzien van [geïntimeerden] niet gevolgd en zij hebben ook niet getekend.
- 2.12 In december 2007, december 2009, augustus 2010 en maart 2012 hebben [geïntimeerden] [appellant 2] tevergeefs verzocht over te gaan tot uitkering van de waarde van hun portefeuilles.
- 2.13 In 2007 is [appellant 2] ten gevolge van een reorganisatie bij de bank vertrokken.
- 2.14 Op 18 december 2007 heeft [appellant 2] [geïntimeerden] thuis in [plaatsnaam] bezocht en hen tekst en uitleg gegeven over de financiële situatie van [appellant 1].
- 2.15 Volgens de door [appellant 2] aan [geïntimeerden] verstrekte overzichten bedroegen de waarden van de portefeuilles per eind 2007: voor [geïntimeerde 1] € 5.090,81, vermeerderd met een saldo van € 3.646,64, en voor [geïntimeerde 2] € 4.457,05, vermeerderd met een saldo van € 540,43, hetgeen tezamen neerkomt op € 13.734,93 (productie 15 bij akte van [geïntimeerden] van 21 mei 2014).
- 2.16 Jaarlijks verzond [appellant 2] op eigen naam nieuwsbrieven (derde productie bij conclusie van antwoord) over de beursontwikkelingen aan de beleggers, onder wie [geïntimeerden]
- 2.17 In een e-mail van 5 maart 2012 (productie 8 bij inleidende dagvaarding) hebben [geïntimeerden] [appellant 2] opnieuw meegedeeld hun gelden niet meer door hem te willen laten beheren en verzocht om uitkering van hun portefeuilles.
- 2.18 Bij brief van 23 maart 2012 (productie 9 bij inleidende dagvaarding) heeft [appellant 2] onder verwijzing naar de nieuwsbrief van januari 2011 geantwoord dat hij niet tot uitbetaling of overboeking kon overgaan, omdat de impact daarvan te groot was en dat er eind 2014 wellicht één of meerdere uitbetalingen konden worden gedaan.

- 2.19 In een e-mail van 3 april 2013 heeft [geïntimeerde 1] opnieuw uitkering verzocht van de waarde van zijn portefeuille. [appellant 2] heeft hierop geantwoord dat hij [geïntimeerde 1] een jaar eerder had gevraagd te wachten tot eind 2014 om dan te bezien hoe de zaken ervoor staan (productie 10 bij inleidende dagvaarding).
- 2.20 Volgens de door [appellant 2] aan [geïntimeerde 1] verstrekte overzichten bedroegen de waarden van de portefeuilles van [geïntimeerden] op 21 augustus 2013 € 10.047,63 respectievelijk € 3.906,86, hetgeen tezamen neerkomt op € 13.954,49.
- 2.21 Voor het eerst daartoe uitgenodigd (zie productie 11 bij inleidende dagvaarding), hebben [geïntimeerden] op 31 oktober 2013 een ledenvergadering (de eerste officiële vergadering na de informele spoedvergadering van juli/augustus 2007) van [appellant 1] bijgewoond. Pas toen is hen duidelijk geworden dat er al sedert de samenwerking met [bank] geen individuele portefeuilles meer bestonden maar slechts één en wel op naam van [appellant 1], waarin ([appellant 2] voor) [appellant 1] dan de posities van de beleggers afzonderlijk administreerde.
- 2.22 Per e-mail van 5 november 2013 (productie 10 bij memorie van grieven) hebben [geïntimeerden] tevergeefs inzicht in de administratie van alle transacties verzocht.
- 2.23 Bij brief van 19 november 2013 heeft (de rechtsbijstandsverzekeraar namens) [geïntimeerden] [appellanten] tevergeefs gesommeerd om de waarde van de portefeuilles uit te keren (productie 12 bij inleidende dagvaarding).
- 2.24 Ter vergadering van [appellant 1] van 30 januari 2014 heeft de kascommissie een saldo over 2013 vastgesteld op € 35.763,50, zodat [geïntimeerden] volgens de notulen bij verdeling naar evenredigheid op 31 december 2013 ieder recht zouden hebben op uitbetaling van een participatie van € 616,16 (zie de eerste productie bij conclusie van antwoord).

### **3. Het geschil en de beslissing in eerste aanleg**

- 3.1 [geïntimeerden] hebben bij dagvaarding in eerste aanleg, samengevat, gevorderd dat [appellant 1] en [appellant 2], bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, werden veroordeeld tot betaling aan hen van € 13.954,49 aan hoofdsom en van € 968,00 aan buitengerechtelijke kosten, vermeerderd met de wettelijke rente over € 13.954,49 vanaf 10 januari 2014 tot aan de dag der algehele betaling, met veroordeling van [appellant 1] en [appellant 2] in de proceskosten. Aan deze vordering hebben zij ten grondslag gelegd dat [appellant 1], dan wel [appellant 2], wanprestatie heeft gepleegd jegens hen en dat zij schade ter hoogte van de waarde van hun portefeuilles hebben geleden doordat [appellant 2], al dan niet in naam van [appellant 1], weigerde over te gaan tot uitkering van de waarde van de portefeuilles.
- 3.2 Na een conclusie van antwoord en een comparitie van partijen heeft de kantonrechter het volgende overwogen in zijn tussenvonnis van 7 mei 2014 (gepubliceerd onder ECLI:NL:RBGEL:2014:3112): [geïntimeerden] zijn niet lid geworden van [appellant 1], zodat binnen [appellant 1] geldende dan wel gemaakte afspraken geen betrekking hadden op hun portefeuilles; [appellant 2] had op het eerste verzoek van [geïntimeerden] (eind 2007) moeten overgaan tot uitkering van de waarde van hun portefeuilles, waarover partijen zich mochten uitlaten; de gevorderde buitengerechtelijke kosten zijn eveneens toewijsbaar maar enkele verschotten niet.
- Na uitlating van partijen heeft de kantonrechter in zijn eindvonnis wegens het ontbreken van een betwisting van de waarde van de portefeuilles [appellanten] veroordeeld tot betaling aan [geïntimeerden] van die totale waarde van € 13.734,93, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf de dagvaarding (10 januari 2014) en € 968 wegens buitengerechtelijke kosten, een en ander met veroordeling van [appellanten] in de proceskosten. [appellanten] hebben aan dit vonnis voldaan.

- 3.3 In het principaal appel richten [appellanten] hun grieven I tot en met V tegen de oordelen in het tussenvonnissen dat [geïntimeerden] geen lid zijn geworden van [appellant 1] en dat [appellant 2] moet overgaan tot uitkering van de waarde van de portefeuilles naar het tijdstip dat hem daar voor het eerst om werd verzocht, hun grieven VI tot en met VIII tegen diverse kostenbeslissingen en hun grieven IX en X tegen de vaststelling in het eindvonnis van de waarde van de portefeuilles op € 13.734,93 respectievelijk hun veroordeling in de proceskosten. Hun algemene grief ten slotte strekt tot volledige herbeoordeling van het geschil in hoger beroep.
- 3.4 In het incidenteel appel heeft grief 1 betrekking op het ontbreken van informatieverstrekking, grief 2 op beleggingsactiviteiten door [appellant 2], grief 3 op gehoudenheid van [appellant 2] aan afspraken, grief 4 op de uitkering van het beheerd vermogen, grief 5 op verliezen op AEX opties, grief 6 op schending van vergunningsplicht en zorgplicht, grief 7 op dwaling en grief 8 op de wettelijke rente en kosten.

In het incidenteel appel hebben [geïntimeerden] hun vorderingen aldus vermeerderd dat het hof bij arrest, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

zowel primair, subsidiair als meer subsidiair:

( i ) voor recht zal verklaren dat [appellanten] toerekenbaar tekort zijn geschoten in de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van de vermogensbeheerovereenkomst en/of onrechtmatig jegens [geïntimeerden] hebben gehandeld en uit dien hoofde de door [geïntimeerden] geleden schade dienen te vergoeden alsmede gehouden zijn tot uitkering van het vermogen van [geïntimeerden] over te gaan;

primair:

- (ii) [appellanten] (hoofdelijk) zal veroordelen tot betaling van € 16.067,21 aan [geïntimeerde 1] ;  
(iii) [appellanten] (hoofdelijk) zal veroordelen tot betaling van € 13.387,67 aan [geïntimeerde 2] ;  
(iv) beide vorderingen onder (ii) en (iii) te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 7, althans 16, althans 23 april 2007, dan wel een in goede justitie te bepalen datum, een en ander tot en met de dag van algehele voldoening;

of

( v ) [appellanten] (hoofdelijk) zal veroordelen tot betaling aan [geïntimeerden] van € 29.444,88, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 7, althans 16, althans 23 april 2007, dan wel een in goede justitie te bepalen datum, een en ander tot en met de dag van algehele voldoening;

subsidiair:

- (vi) [appellanten] (hoofdelijk) zal veroordelen tot betaling van € 15.739,65 aan [geïntimeerde 1] ;  
(vii) [appellanten] (hoofdelijk) zal veroordelen tot betaling van € 11.999,68 aan [geïntimeerde 2] ;  
(viii) bovengenoemde bedrag onder (vi) en (vii) te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 18, dan wel 31 december 2007, althans een in goede justitie te bepalen termijn, een en ander tot en met de dag van algehele voldoening;

of

(ix) [appellanten] (hoofdelijk) zal veroordelen tot betaling aan [geïntimeerden] van € 27.739,33, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 18, althans 31 december 2007, althans een in goede justitie te bepalen datum, een en ander tot en met de dag van algehele voldoening;

meer subsidiair:

( x ) [appellanten] (hoofdelijk) zal veroordelen tot betaling van € 17.049,83 aan [geïntimeerde 1] , te vermeerderen met de wettelijke rente over € 10.047,63 vanaf de dag der verschuldigdheid, althans 21 augustus 2013, over € 3.202,20 vanaf 4 augustus 2007 en over € 3.800 vanaf 31 december 2007, een en ander tot en met de dag van algehele voldoening;

(xi) [appellanten] (hoofdelijk) zal veroordelen tot betaling van € 10.909,06 aan [geïntimeerde 2] , te vermeerderen met de wettelijke rente over € 3.906,86 vanaf de dag der verschuldigdheid, althans 21 augustus 2013, over € 3.202,20 vanaf 4 augustus 2007 en over € 3.800 vanaf 31 december 2007, een en ander tot en met de dag van algehele voldoening;

of

(xii) [appellanten] (hoofdelijk) zal veroordelen tot betaling aan [geïntimeerden] van € 27.958,89, te vermeerderen met de wettelijke rente over € 13.954,49 vanaf de dag der verschuldigdheid, althans 21 augustus 2013 en het bedrag van € 6.404,40 te vermeerderen met de wettelijke rente per 4 augustus 2007 en het bedrag van € 7.600 te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 31 december 2007, een en ander tot de dag der algehele voldoening;

nog meer subsidiair:

(xiii) voor recht zal verklaren dat [geïntimeerden] hebben gedwaald bij het aangaan van de vermogensbeheerovereenkomsten met [appellanten] ;

(xiv) [appellant 2] zal veroordelen tot betaling van € 9.075,60 aan [geïntimeerde 1] , te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 12 oktober 2000 tot en met de dag van algehele voldoening; en

(xv) [appellant 2] zal veroordelen tot betaling van € 9.075,60 aan [geïntimeerde 2] , te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 12 oktober 2000 tot en met de dag van algehele voldoening;

of

(xvi) [appellant 2] zal veroordelen tot betaling van € 18.151,20 aan [geïntimeerden] , te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 12 oktober 2000 tot en met de dag van algehele voldoening;

en ten aanzien van alle hierboven genoemde vorderingen [appellanten] zal veroordelen tot betaling van:

(xvii) buitengerechtelijke kosten van € 1.138 dan wel € 968, dan wel een in goede justitie te bepalen bedrag aan buitengerechtelijke kosten;

(xviii) de volledige kosten van de procedure in eerste aanleg en hoger beroep, waaronder kosten dagvaarding, griffierechten en salaris gemachtigde in eerste aanleg en salaris advocaat in hoger beroep, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 14 dagen na het te wijzen arrest tot en met de dag van algehele voldoening.

#### **4 De beoordeling van de grieven en de vorderingen**

4.1 [geïntimeerden] hebben aan [appellant 2] gelden ter beschikking gesteld in het kader van de met hem gesloten vermogensbeheerovereenkomst. In zijn brief van 7 april 2007 heeft [appellant 2] [geïntimeerden] bericht dat Beleggingsbureau [appellant 2] werd omgezet in een beleggersvereniging, dat hun portefeuille dan ook bij [bank] werd ondergebracht en dat zij, als zij geen bezwaar hadden tegen de nieuwe opzet, niets behoeften te doen maar dat hij hen anders verzocht voor 16 april 2007 te reageren. Volgens [geïntimeerden] in hoger beroep hebben zij destijds binnen enkele dagen telefonisch afwijzend gereageerd, hetgeen [appellanten] echter bestrijden.

4.2 [geïntimeerden] hebben in eerste aanleg meermalen opgemerkt dat zij geen reden hadden om bezwaar te maken aangezien er volgens [appellant 2] niets zou veranderen. Wanneer het hof er veronderstellenderwijze van uitgaat dat [geïntimeerden] (om die reden) niet afwijzend hebben gereageerd, is de vraag of [appellanten] er onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs op mochten vertrouwen dat [geïntimeerden] instemden met de door [appellanten] voorgestelde lidmaatschappen van [appellant 1] en, in het verlengde daarvan, contractsoverneming door en overdracht van de beide portefeuilles aan [appellant 1] .

4.3 Op 7 april 2007 was [appellant 1] nog niet opgericht. De brief van die datum is ook niet op naam van [appellant 1] geschreven. De bezwaartermijn van 7 tot 16 april 2007 was kort. [appellant 1] is

pas opgericht op 23 april 2007. Haar statuten zijn eerst in augustus 2007 aan de aspirant leden toegezonden. Het bestuur heeft de in artikel 4 lid 3 van de statuten voorziene lidmaatschapsprocedure niet gevolgd en [geïntimeerden] hebben de statuten ook niet ondertekend. Zij zijn ook niet uitgenodigd voor de informele spoedvergadering van juli/augustus 2007. Dat [appellanten] zouden hebben geprobeerd [geïntimeerden] te bereiken, is niet afdoende, zodat hun bewijsaanbod wordt gepasseerd. Het bewijsaanbod van [appellanten] over hetgeen zich op die vergadering heeft voorgedaan, is niet ter zake dienend en wordt eveneens gepasseerd. [geïntimeerden] waren er destijds niet van op de hoogte dat [appellant 2] , zoals [appellanten] bij de pleidooien in hoger beroep hebben uiteengezet, de door [geïntimeerden] en andere beleggers bij hem in beheer gegeven vermogens gezamenlijk op zijn eigen naam bij de bank had belegd (wat hij wel per belegger afzonderlijk administreerde) en enkele jaren na 2000 voor gezamenlijke rekening en risico van de gezamenlijke beleggers ongedekte call en put opties is gaan schrijven. Onder die gegeven omstandigheden mochten [appellant 2] en [appellant 1] des te minder er enkel op basis van aanvankelijk stilzwijgen van [geïntimeerden] in redelijkheid niet op vertrouwen dat [geïntimeerden] er destijds in toestemden om lid te worden van [appellant 1] en hun contracten en portefeuilles aan haar over te dragen.

4.4 In de loop van de opvolgende jaren is dit niet anders geworden aangezien [appellant 1] , afgezien van verzending van depotoverzichten (die in ieder geval eind 2007 nog niet op naam van [appellant 1] stonden; zie productie 15 bij akte van 21 mei 2014), op geen enkele wijze als vereniging heeft gefunctioneerd tot haar eerste bijeengeroepen ledenvergadering van 31 oktober 2014 en de nieuwsbrieven op naam van [appellant 2] , die vooral de beursontwikkelingen betroffen, kennelijk niet exclusief aan de leden werden verzonden. Ook uit hun klachten over afrekeningen en hun, na hun ontdekking van de samenvoeging van alle portefeuilles gedane, verzoek per e-mail van 5 november 2013 om inzicht in de administratie van alle transacties mochten [appellanten] niet een wilsuïting tot lidmaatschap afleiden. Intussen hadden [geïntimeerden] in de loop van de jaren namelijk al meermalen aan [appellant 2] meegedeeld dat zij hun geld niet langer door hem wilden laten beheren, waarbij zij de waarde van hun portefeuilles hebben opgeëist, zodat ook hun bezoek aan de ledenvergadering van 31 oktober 2014, verklaarbaar vanwege hun steeds meer toegenomen behoefte aan informatie, in redelijkheid niet mocht worden aangemerkt als een bewijs of aanvaarding van hun lidmaatschap. [geïntimeerden] zijn dus geen lid geworden van [appellant 1] , hebben hun vermogensbeheerovereenkomsten en portefeuilles niet aan haar overgedragen en zijn niet gebonden aan verenigingsbesluiten, zodat slechts [appellant 2] hun contractspartner en aansprakelijke wederpartij is gebleven.

4.5 Vaststaat dat [geïntimeerden] de tegenwaarden van hun portefeuilles bij [appellant 2] voor het eerst hebben opgevraagd in het gesprek met [appellant 2] op 18 december 2007. [geïntimeerde 1] stellen dat zij, als zij bekend waren geweest met de consequenties van de omzetting en met het feit dat vermogensbeheerdiensten zonder vergunning (door [werkgever] ) niet was toegestaan, het vermogensbeheer reeds in april 2007 zouden hebben geëindigd. Nu gelet op het voorgaande slechts [appellant 2] hun contractspartner is gebleven, valt zonder nadere uitleg, die ontbreekt, niet in te zien dat zij hun samenwerking met [appellant 2] in april 2007 hadden willen beëindigen, terwijl er in hun onderlinge verhouding ten opzichte van de maanden ervoor niets wijzigde. Wat betreft het bezoek van [appellant 2] aan [geïntimeerden] op 18 december 2007 in [plaatsnaam] zijn partijen het erover eens dat [geïntimeerden] hem toen als hun keuze hebben meegedeeld om eind 2007 de gehele portefeuille te verkopen, waarop [appellant 2] heeft opgemerkt dat dit niet mogelijk was en hen heeft bevestigd dat hij het beheer over de individuele portefeuilles zou uitvoeren als voorheen, waarbij [geïntimeerden] zich toen tegen hun zin hebben neergelegd. In het licht van de hiervoor in rov. 4.3 vermelde gezamenlijke belegging, nu op naam van [appellant 1] en het schrijven voor de gezamenlijke beleggers van ongedekte call en put opties, waardoor de gezamenlijke waarde van de portefeuilles bijna negatief was geworden zodat geen uitkeringen konden plaatsvinden, had [appellant 2] redelijkerwijs behoren te begrijpen dat [geïntimeerden] bij kennis van deze stand van zaken, die [appellant 2] hen toen onthield, hun opzegging van de vermogensbeheersovereenkomst zonder meer hadden doorgezet. Daarom

moet de vermogensbeheersovereenkomst worden aangemerkt als opgezegd per 18 december 2007, zodat de tegoeden van de beide portefeuilles toen opeisbaar en voor afrekening vatbaar waren. Doordat [appellant 2] daaraan niet heeft voldaan, is hij jegens [geïntimeerden] toerekenbaar tekortgeschoten.

- 4.6 Volgens de depotoverzichten per 31 december 2007 (producties 15 bij akte van [geïntimeerden] d.d. 21 mei 2014) bedroegen de waarden van de portefeuilles en de saldi voor [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] respectievelijk (€ 5.090,81 + € 3.646,64 = ) € 8.737,45 en (€ 4.457,05 + € 540,43 =) € 4.997,48. Nu [appellant 2] het tegendeel niet heeft aangevoerd, bestaat er geen grond om aan te nemen dat die waarden wezenlijk waren veranderd ten opzichte van de peildatum 18 december 2007, zodat hiervan moet worden uitgegaan.
- 4.7 Op deze beide depotoverzichten komt een afschrijving van € 3.800 voor wegens AEX call/put, terwijl [appellant 1] per 4 augustus 2007 ieder van [geïntimeerden] wegens verrekening AEX opties voor € 3.202,20 had gedebiteerd (producties 25 bij memorie van antwoord in het principaal appel tevens memorie van grieven in het incidenteel appel). Zonder deze afschrijvingen zouden de tegoeden in de portefeuilles telkens € 7.002,20 hoger zijn geweest.
- 4.8 In het op 30 juni 2015 ingestelde incidenteel appel vordert ieder van [geïntimeerden] wegens een toerekenbare tekortkoming dan wel onrechtmatig handelen vergoeding van deze schadepost van € 7.002,20. [appellanten] betwisten een en ander en beroepen zich voorts op schending van de in artikel 6:89 BW neergelegde klachtplicht en verjaring ingevolge artikel 3:310 lid 1 BW.
- 4.9 Met betrekking tot de afschrijving van € 3.800 heeft [appellant 2] per antwoord e-mail van 19 maart 2009 (productie 8 bij inleidende dagvaarding) aan [geïntimeerden] uiteengezet dat het programma een "doorrekeningsfoutje" heeft gemaakt, dat hij dit voor [geïntimeerde 2] heeft hersteld en dat hij ook bij [geïntimeerde 1] de € 3.800 heeft weggehaald. [appellant 2] heeft niet (gemotiveerd) bestreden dat hij daarmee heeft erkend dat [geïntimeerden] beiden geen € 3.800 verschuldigd waren. Weliswaar heeft [appellant 2] bij brief van 15 juni 2014, overgelegd ter zitting van 25 juni 2014, uiteengezet dat de positie van € 3.800 in de portefeuilles bij zijn bezoek aan de [geïntimeerden] begin 2008 is besproken en geaccepteerd, maar [geïntimeerden] hebben dit gemotiveerd betwist, zodat het niet vaststaat, terwijl het is achterhaald door de e-mailwisseling van 19 maart 2009. Vanwege de daarin opgenomen erkenning komt de klachtplicht niet meer aan de orde.
- Over de twee debiteringen van € 3.200,20 hebben [geïntimeerden] aan [appellant 2] opheldering gevraagd bij e-mail van 27 februari 2010 (productie 8 bij de inleidende dagvaarding). Over deze call en put opties heeft [appellant 2] destijds en ook nadien geen informatie verstrekt, met name niet over de relevante vragen of deze opties waren gekocht (long positie) of verkocht (short positie) en wat de serie en de uitoefenprijs betrof. Nu [appellant 2] niet heeft uiteengezet dat en zo ja in welk opzicht hij in het tijdsverloop tot 27 februari 2010 nadeel zou hebben ondervonden, kan niet worden geoordeeld dat [geïntimeerden] te laat zouden hebben geklaagd.
- 4.10 Een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart ingevolge artikel 3:310 lid 1 BW door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. De stelplicht rust ter zake op degene die de gevolgen van de verjaring inroept, hier [appellanten] Zij hebben echter niet aangevoerd wanneer [geïntimeerden] met de beide schadeposten en met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend zijn geworden, en wanneer dus de verjaringstermijn is gaan lopen. [appellanten] hebben enkel de blote stelling ingenomen dat 'de vorderingen van [geïntimeerden] reeds zijn verjaard ex artikel 3:310 lid 1 BW'. Ook nadat [geïntimeerden] hierop bij het pleidooi in hoger beroep terecht hadden gewezen, hebben [appellanten] hun bevrijdend verweer niet alsnog met feiten onderbouwd. Daarop strandt hun verjaringsverweer.
- 4.11 Naar inmiddels tussen partijen vaststaat, zijn de twee schadeposten van € 3.800 en van €

3.200,20 veroorzaakt in het kader van de door [appellant 2] ondernomen ongedekte geschreven AEX opties.

4.12 Volgens [appellant 2] is de Wft ingevolge artikel 12 lid 1 sub a daarvan niet op hem van toepassing, hetgeen [geïntimeerden] bestrijden.

Het hof oordeelt hierover als volgt.

Ingevolge het tot 22 juli 2013 geldende artikel 1:12 lid 1, aanhef en onder a was deze wet (met uitzondering van enkele deelgebieden) niet van toepassing op beleggingsinstellingen die rechten van deelneming aanbieden aan minder dan honderd personen die geen gekwalificeerde belegger zijn (daarop doelt [appellant 2]). Het betrof hier echter geen beleggingsmaatschappij of beleggingsfonds in de zin van het destijds geldende artikel 1:1 Wft aangezien, naar hiervoor is geoordeeld, [geïntimeerden] nu eenmaal niet wilden deelnemen aan een collectieve belegging. Toepasselijkheid van de Wft is dus niet op voorhand uitgesloten. Wil artikel 4:23 Wft van toepassing zijn dan moet [appellant 2] een financiële onderneming hebben gevoerd die consumenten financiële producten adviseerde en/of hun individueel vermogen beheerde. Uit het eerder overwogene blijkt dat [appellant 2] aan [geïntimeerden] als consumenten specifieke financiële producten heeft aanbevolen en deze voor hen heeft aangekocht, beheerd en verkocht, dit alles in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf. Dit laatste is het geval omdat het ging om ongeveer 20 á 25 cliënten, structurele mutaties en er, naar [appellant 2] ter pleitzitting in hoger beroep heeft uiteengezet, tegen eind 2006 een totaal belegd vermogen was van € 700.000 à € 750.000 en hij aan zijn diensten jaarlijks ongeveer € 3.000 à € 4.000 verdiende (volgens [geïntimeerden] meer). [appellant 2] heeft nog wel aangevoerd dat hij is vrijgesteld van een vergunningsplicht en een waarschuwplicht, maar hij heeft zijn beroep op een dergelijke vrijstelling niet met feiten en omstandigheden onderbouwd, zodat aan [geïntimeerden] en het hof onduidelijk is waarop hij doelt en zijn verweer daarom moet worden verworpen.

4.13 Als beleggingsadviseur en vermogensbeheerder had [appellant 2] ingevolge artikel 4:23 lid 1 Wft de verplichting om in het belang van [geïntimeerden] als consumenten informatie in te winnen over hun financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid voor zover dit redelijkerwijs relevant was voor zijn advies en/of het beheren van hun individuele vermogens, terwijl hij er voorts zorg voor moest dragen dat de wijze van het beheer, voor zover redelijkerwijs mogelijk, was gebaseerd op deze informatie. Op grond van dit ken-uw-cliënt-beginsel wist [appellant 2] dat [geïntimeerden] hun voor pensioen gespaarde gelden in beheer gaven en dat het depot voor [geïntimeerde 2] nog meer risicomijdend moest worden beheerd dan dat voor [geïntimeerde 1]. Zoals hiervoor in rov. 4.3 overwogen, heeft [appellant 2] hen niet tevoren gewaarschuwd, laat staan indringend gewaarschuwd, tegen de bijzondere risico's die zijn verbonden aan de optiehandel en die nog in hogere mate uitgaan van het schrijven van opties op ongedekte aandelen. Gesteld noch gebleken is dat [geïntimeerden] daarvoor met zoveel woorden toestemming hebben verleend. Uit de omstandigheid dat [geïntimeerden], eenmaal van die handel op de hoogte, daartegen geen bezwaar hebben gemaakt en zelfs eerder daarvan hebben geprofiteerd, kan niet, zoals [appellant 2] aanvoert, worden afgeleid dat zij daartoe alsnog toestemming hebben gegeven. Aannemelijk is dat [geïntimeerden], indien zij wel voldoende indringend waren gewaarschuwd tegen de daaraan verbonden bijzondere risico's, daarvoor vanwege hun cliënt- en risicoprofiel, naar [appellant 2] redelijkerwijs behoorde te begrijpen, geen toestemming zouden hebben verleend. Daarom was het [appellant 2] jegens [geïntimeerden] niet toegestaan om ongedekte opties te verhandelen, laat staan te schrijven. Door dit laatste wel te doen, is hij tekortgeschoten. Anders dan [appellant 2] aanvoert, valt deze tekortkoming hem toe te rekenen omdat hij als beleggingsadviseur beter moest weten. Aannemelijk is dat de hier bedoelde schadeposten als gevolg van zijn tekortkoming zijn ontstaan. Het beroep van [appellant 2] op eigen schuld van [geïntimeerden] in de zin van artikel 6:101 lid 1 BW gaat niet op omdat de keuze van [geïntimeerden] om te beleggen niet, behoorlijk geïnformeerd, de ongedekte optiehandel heeft omvat. [appellant 2] is derhalve aansprakelijk voor deze daardoor veroorzaakte schadeposten.

4.14 [geïntimeerden] hebben de wettelijke rente over diverse schadeposten gevorderd met ingang

van 7, 16 of 23 april, althans 18 of 31 december 2007 dan wel een in goede justitie te bepalen datum, hetgeen [appellant 2] gemotiveerd heeft betwist.

Hierover oordeelt het hof als volgt.

De schadevergoeding, verschuldigd wegens vertraging in de voldoening van een geldsom, bestaat ingevolge artikel 6:119 lid 1 BW in de wettelijke rente van die som over de tijd dat de schuldenaar met de voldoening daarvan in verzuim is geweest. Voor verzuim vereist artikel 6:81 BW dat de prestatie is uitgebleven nadat zij opeisbaar is geworden en (tevens) aan de eisen van de artikelen 6:82 en 6:83 BW is voldaan. Anders dan [geïntimeerden] aanvoeren, is de enkele opeisbaarheid van de portefeuilles dus niet voldoende voor verzuim. Datzelfde geldt voor een door hen gestelde erkenning van verschuldigdheid door [appellant 2]. Op een ingebrekestelling of een uitzondering hebben zij zich niet beroepen. Daarom is er geen grond om de wettelijke rente over de afkoopwaarden van de portefeuilles eerder toe te kennen dan de kantonrechter heeft gedaan, dus per 10 januari 2014.

- 4.15 Over de schadevergoedingen ad telkens € 7.002,20 treedt het verzuim ingevolge artikel 6:83, aanhef en onder b. BW zonder ingebrekestelling in, zodat de wettelijke rente daarover verschuldigd is geworden vanaf de ontstaansdata zoals hieronder in het dictum vermeld.
- 4.16 Tegen de door de kantonrechter toegewezen buitengerechtelijke kosten, het bedrag van € 1,63 wegens het opvragen van LDR-informatie, de hoofdsommen en de wettelijke rente hebben [appellanten] slechts aangevoerd dat zij niet aansprakelijk zijn. Dit verweer gaat niet op, zodat hun grieven VI tot en met IX worden verworpen. De algemene grief in het principaal appel mist zelfstandige betekenis en behoeft daarom geen afzonderlijke bespreking.
- 4.17 [appellant 2] heeft het bij incidenteel appel meer aan buitengerechtelijke kosten gevorderde gemotiveerd betwist door erop te wijzen dat deze kosten zijn verkleurd nu in dit geval krachtens artikel 241 Rv de regels betreffende de proceskosten van toepassing zijn. [geïntimeerden] hebben dit niet gemotiveerd weersproken, zodat de meer gevorderde kosten niet voor vergoeding vatbaar zijn.
- 4.18 Partijen hebben geen feiten of omstandigheden aangevoerd die, indien bewezen, tot een ander oordeel zouden moeten leiden. Daarom wordt aan hun bewijsaanbiedingen voorbijgegaan.

## **5 De slotsom**

- 5.1 De grieven in het principaal appel worden verworpen, zodat bekrachtiging van beide bestreden vonnissen volgt. Het incidenteel appel tegen het eindvonnis faalt, zodat dit moet worden bekrachtigd. In het incidenteel appel is de vermeerde eis (subsidiare vorderingen (vi-viii) tegen [appellant 2] wel toewijsbaar zoals hieronder vermeld maar niet tegen [appellant 1], van wie [geïntimeerden] geen lid zijn geworden en met wie zij geen contract hebben gesloten. Ook hun vordering (i) is uitsluitend tegen [appellant 2] toewijsbaar zoals hieronder vermeld. Bij de daaronder gevorderde uitkering van het vermogen van [geïntimeerden] hebben zij geen afzonderlijk belang.
- 5.2 Op grond van het voorgaande zal de restitutievordering van [appellanten] in het principaal appel worden afgewezen.
- 5.3 Als de overwegend in het ongelijk te stellen partij zullen [appellanten] worden veroordeeld in de kosten van het principaal appel en zal [appellant 2] worden veroordeeld in de kosten van het incidenteel appel. Niet aannemelijk is dat [appellant 1] voor haar verdediging in het incidenteel appel afzonderlijke kosten heeft gemaakt, zodat in zoverre geen proceskostenveroordeling zal volgen.

5.4 De kosten voor de procedure in het principaal appel aan de zijde van [geïntimeerden] zullen worden vastgesteld op:

- griffierecht € 704

subtotaal verschotten € 704

- salaris advocaat € 2.682 (3 punten x appeltarief II)

totaal € 3.386.

De kosten voor de procedure in het incidenteel appel aan de zijde van [geïntimeerden] ten opzichte van [appellant 2] zullen worden vastgesteld op:

- salaris advocaat € 632 (1 punt x appeltarief I).

5.5 Als niet weersproken zal het hof ook de gevorderde wettelijke rente over de proceskosten toewijzen zoals hierna vermeld.

## **6 De beslissing**

Het hof, recht doende in het principaal en incidenteel appel:

bekrachtigt de vonnissen van de kantonrechter in de rechtbank Gelderland, zittingsplaats Arnhem, van 19 februari 2014 en van 9 juli 2014, behoudens voor zover bij het laatste vonnis het meer of anders gevorderde werd afgewezen, vernietigt dat vonnis in zoverre en doet in zoverre opnieuw recht:

verklaart voor recht dat [appellant 2] toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van de vermogensbeheerovereenkomst en uit dien hoofde de door [geïntimeerden] geleden schade dient te vergoeden;

veroordeelt [appellant 2] om aan [geïntimeerden] ieder afzonderlijk een bedrag te betalen van € 7.002,20, in beide gevallen te vermeerderen met de wettelijke rente over € 3.800 vanaf 4 augustus 2007 en over € 3.202,20 vanaf 31 december 2007, telkens tot de dag der algehele voldoening;

veroordeelt [appellanten] in de kosten van het principaal appel, tot aan deze uitspraak aan de zijde van [geïntimeerden] vastgesteld op € 704 voor verschotten en op € 2.682 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en – voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;

veroordeelt [appellant 2] in de kosten van het incidenteel appel, tot aan deze uitspraak aan de zijde van [geïntimeerden] vastgesteld op € 632 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en – voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;

wijst de restitutievordering van [appellanten] af;

verklaart dit arrest ten aanzien van de daarin vervatte veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.W. Steeg, L.J. de Kerpel-van de Poel en J.G.J. Rinkes, en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 13 december 2016.