

ECLI:NL:GHSGR:2010:BO6584

Instantie	Gerechtshof 's-Gravenhage
Datum uitspraak	09-11-2010
Datum publicatie	08-12-2010
Zaaknummer	200.026.392-01
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBROT:2006:AX6820 , (Gedeeltelijke) vernietiging en zelf afgedaan
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Wet toezicht effectenverkeer. Aansprakelijkheid beleggingsadviseur
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector handel

Zaaknummer: 200.026.392/01

Zaak-rolnummer rechtbank: 227137 / HA ZA 04-3063

Arrest van de derde civiele kamer d.d. 9 november 2010

inzake

1. [appellant sub 1],
wonende te [woonplaats],
2. [appellant sub 2],
wonende te [woonplaats],
appellanten,
hierna te noemen: [appellanten],
advocaat: mr. P.H.N. van Spanje te Wageningen,

tegen

[geïntimeerde],
wonende te [woonplaats],
geïntimeerde,

hierna te noemen: [geïntimeerde],
advocaat: mr. G. Janssen te 's-Gravenhage.

Het geding

Bij exploit van 29 april 2008 zijn [appellanten] met zes anderen in hoger beroep gekomen van de vonnissen van 24 mei 2006 en 12 maart 2008 die de rechtbank te Rotterdam tussen partijen heeft gewezen. Gedagvaard werd tegen de roldatum 6 november 2008. Verzuimd is dit exploit tijdig ter griffie van het hof te bezorgen; vervolgens is bij herstelexploit van 18 november 2008 daarvan aan [geïntimeerde] aanzegging gedaan en is laatstgenoemde opgeroepen tegen de zitting van het hof d.d. 3 maart 2009. De zaak is slechts door [appellanten] aangebracht, niet door bedoelde zes anderen. Bij memorie van grieven hebben [appellanten] één grief aangevoerd. [geïntimeerde] heeft de grief bij memorie van antwoord bestreden. Vervolgens hebben partijen hun zaak schriftelijk doen pleiten. Ten slotte hebben zij de stukken overgelegd voor arrest.

De beoordeling van het hoger beroep

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

(i) [geïntimeerde] is VBO makelaar en erkend hypotheekadviseur. Hij is bestuurder en enig aandeelhouder van de besloten vennootschap [naam] Beheer Rotterdam B.V. (verder te noemen: Beheer). Deze besloten vennootschap was bestuurder en enig aandeelhouder van de besloten vennootschap [naam] Financieel Adviescentrum B.V. (verder te noemen: Adviescentrum).

(ii) Adviescentrum, in eerste aanleg medegegdaagde naast [geïntimeerde], is op 8 november 2005 door de rechtbank te Rotterdam in staat van faillissement verklaard. Zij is in dit hoger beroep niet betrokken.

(iii) [appellanten] zijn in het jaar 2003 overeenkomsten in de vorm van beleggingen aangegaan met de besloten vennootschap New World Products B.V. (verder: NWP).

Krachtens deze beleggingen zouden zij jaarlijks gedurende 20 jaar een rendement verwerven gelijk aan 10% over hun inleg. Na verloop van die twintig jaar zouden zij hun inleg terugontvangen.

(iv) NWP is op 16 juni 2004 door de rechtbank Middelburg in staat van faillissement verklaard.

2. [appellanten] hebben, tezamen met (de) zes andere eisers, in eerste aanleg vorderingen ingesteld tegen Adviescentrum en [geïntimeerde], strekkende tot een verklaring voor recht dat laatstgenoemden jegens hen wanprestatie hebben gepleegd dan wel onrechtmatig hebben gehandeld door hun te adviseren de onder 1 sub (iii) bedoelde overeenkomsten aan te gaan en voorts strekkende tot veroordeling van Adviescentrum en [geïntimeerde] de door [appellanten] dientengevolge geleden schade te vergoeden. De rechtbank heeft in haar eindvonnis geconstateerd dat de procedure tegen Adviescentrum wegens haar faillissement was geschorst en de vorderingen van alle eisers, onder wie [appellanten], tegen [geïntimeerde] afgewezen.

3. [appellanten] hebben geen grief aangevoerd tegen het tussenvonnis van 24 mei 2006, zodat zij in hun beroep daartegen niet-ontvankelijk zullen worden verklaard.

4. In de toelichting op de enige grief tegen het eindvonnis van 12 maart 2008 nemen [appellanten] kennelijk tot uitgangspunt:

a. dat Adviescentrum hun heeft geadviseerd de onder 1 sub (iii) bedoelde overeenkomsten aan te gaan,

b. dat Adviescentrum daarmee in strijd handelde met de verboden van de artikelen 3 en 7 van de

toentertijd - in 2003 – geldende Wet toezicht effectenverkeer 1995 (verder: Wte).

5. [geïntimeerde] heeft de verschillende onderdelen van dit uitgangspunt, met name in eerste aanleg, betwist en het blijkt niet dat hij zijn betwisting in hoger beroep heeft prijsgegeven. Het hof zal deze geschilpunten daarom thans eerst bespreken.

6. (Ad 4a) De rechtbank heeft op grond van een aantal, onder 4.1 en 4.2 van het vonnis d.d. 24 mei 2006 genoemde, omstandigheden - waarnaar het hof verwijst - voorshands bewezen geoordeeld dat Adviescentrum [appellanten] (en de zes anderen) ter zake heeft geadviseerd. Zij heeft vervolgens Adviescentrum en [geïntimeerde] toegelaten tot tegenbewijs op dit punt. Bij haar eindvonnis d.d. 12 maart 2008 heeft zij geoordeeld dat Adviescentrum en [geïntimeerde] niet in deze bewijsopdracht waren geslaagd.

Het hof verenigt zich zowel met de door de rechtbank verstrekte bewijsopdracht en de gronden waarop deze berustte als met het door de rechtbank gegeven oordeel over de uitkomst van de bewijslevering. Ook in hoger beroep moet het er daarom voor worden gehouden dat Adviescentrum [appellanten] (en de zes anderen) heeft geadviseerd een beleggingsovereenkomst met NWP aan te gaan.

7. (Ad 4b) Het hof beperkt zich tot toetsing van het handelen van Adviescentrum aan artikel 7 Wte. [geïntimeerde] heeft niet, althans onvoldoende, betwist dat de door [appellanten] in NWP gedane beleggingen zijn te beschouwen als "effecten" in de zin van de Wte.

Artikel 1 Wte omschreef (in 2003) een "effectenbemiddelaar" als iemand die als tussenpersoon, anders dan als vermogensbeheerder, beroeps- of bedrijfsmatig werkzaam is bij de totstandkoming van transacties in effecten. Uit hetgeen hiervoor onder 6 is overwogen volgt dat Adviescentrum bij het door [appellanten] sluiten van de beleggingsovereenkomsten als effectenbemiddelaar in de zin van dit artikel is opgetreden.

Artikel 7 lid 1 Wte luidde destijds als volgt: "Het is verboden zonder vergunning als effectenbemiddelaar of vermogensbeheerder in of vanuit Nederland diensten aan te bieden of te verrichten".

[geïntimeerde] heeft niet betwist dat Adviescentrum niet over zodanige vergunning beschikte. Evenmin is gesteld of gebleken dat Adviescentrum een instelling was ten aanzien waarvan, krachtens het tweede lid van dit artikel, het eerste lid toepassing miste of ten aanzien waarvan een vrijstelling van toepassing was. Voor zover [geïntimeerde] onder 6.8 van de conclusie van antwoord in eerste instantie heeft bedoeld te stellen dat ten behoeve van Adviescentrum krachtens artikel 12 van de toenmalige Vrijstellingsregeling Wte een vrijstelling gold, omdat NWP als een beleggingsinstelling in de zin van deze regeling was te beschouwen, wordt deze stelling verworpen, nu niet tevens is gesteld of gebleken dat is voldaan aan de voorschriften die dat artikel alsmede artikel 20 van deze regeling aan de vrijstelling verbindt.

Het hof komt op grond van het vorenstaande tot de slotsom dat Adviescentrum bij haar handelen ten opzichte van [appellanten] in strijd heeft gehandeld met artikel 7 Wte.

8. Artikel 7 Wte beoogde beleggers te beschermen tegen aanbiedingen van slechte fondsen, tegen onvoldoende informatie en ondeskundig optreden. Nu Adviescentrum bij haar advisering met betrekking tot de NWP-beleggingen niet beschikte over de krachtens genoemd artikel vereiste vergunning of vrijstelling heeft zij daarbij onrechtmatig jegens [appellanten] gehandeld. De stelling van [appellanten] dat zij zonder deze advisering niet zouden zijn overgegaan tot beleggingen in NWP is onvoldoende weersproken en de

– eventueel – schadelijke gevolgen daarvan dienen dan ook naar redelijkheid aan deze onrechtmatige daad te worden toegerekend. Aan deze toerekening staat, anders dan Adviescentrum en

[geïntimeerde] onder 12.1 tot en met 12.4 van de conclusie van antwoord in eerste instantie hebben betoogd, niet in de weg dat het faillissement van NWP in de keten van gebeurtenissen die tot de schade van [appellanten] hebben geleid mede een schakel vormde.

9. De grief van [appellanten] komt er in de kern op neer dat van bedoeld handelen door Adviescentrum aan [geïntimeerde] wel degelijk een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Dit onder meer omdat hij (indirect of feitelijk) bestuurder van Adviescentrum was en door die hoedanigheid wist of moest weten dat Adviescentrum in strijd met artikel 7 Wte handelde, terwijl hij zelf nauw betrokken was bij het aangaan van de beleggingen door [appellanten]

[geïntimeerde] heeft er weliswaar op gewezen dat Beheer de statutair bestuurder van Adviescentrum was en niet [geïntimeerde] zelf, maar dat helpt hem niet verder. Onbetwist is dat hij, als enig bestuurder en enig aandeelhouder van Beheer, de uiteindelijke zeggenschap had in Adviescentrum en ervan op de hoogte was dat zij niet over de vereiste vergunning of vrijstelling beschikte. Bovendien blijkt uit zijn eigen stellingen en verklaringen dat hij het was die [appellanten] over de onderhavige beleggingen heeft geadviseerd.

Het hof concludeert uit een en ander dat inderdaad aan [geïntimeerde] een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt van het onrechtmatig handelen van Adviescentrum, zodat hij naast haar hoofdelijk voor de - eventueel - schadelijke gevolgen daarvan jegens [appellanten] aansprakelijk is.

De grief is derhalve gegrond.

10. Met betrekking tot de schade hebben [appellanten] aangevoerd dat de beleggers in NWP blijkens de verslagen van de curator in het faillissement van de aan deze vennootschap gelieerde stichting Wiedus geen of slechts een geringe uitkering zullen krijgen. In de pleitnota d.d. 13 juli 2010 van hun advocaat maken zij evenwel melding van een tussentijdse uitkering aan de andere gedupeerden van 2% van hun inleg. Blijkens het door hen geciteerde verslag van de curator gaat het hier om een eerste uitkering, zodat verondersteld kan worden dat er mogelijk nog verdere uitkeringen zullen worden gedaan. Voorts vermelden zij dat zij geen (eerste) uitkering hebben ontvangen omdat de curator – op grond van een misverstand – hun vorderingen heeft betwist en zij daartegen niet zijn opgekomen. Zij stellen verder dat zij ten gevolge van de onherroepelijke betwisting geen enkele uitkering in het faillissement zullen verkrijgen. [geïntimeerde] heeft in reactie hierop betwist dat dit laatste het geval is en dat overigens heeft te gelden dat dit dan het gevolg is van aan [appellanten] toe te rekenen eigen schuld.

11. Het hof constateert dat blijkbaar thans nog niet kan worden gezegd welke uitkeringen in bedoeld faillissement aan de crediteuren (waaronder medebeleggers van +) zullen worden gedaan. Dit betekent dat nog niet vast staat hoe groot de schade is die deze medebeleggers uiteindelijk zullen lijden. Daardoor staat evenmin vast welke schade [appellanten] zouden hebben geleden, indien hun vorderingen in de uitdelingen van het faillissement wél zouden zijn betrokken. Dit kan van belang zijn in het licht van de beoordeling van de door [geïntimeerde] gestelde eigen schuld aan de zijde van [appellanten] Het verdere debat daarover kan plaatsvinden in de schadestaatprocedure, waarnaar het hof de zaak in zoverre verwijst. Voor deze verwijzing bestaat reden omdat enerzijds het voor mogelijk moet worden gehouden dat [appellanten] inderdaad voor vergoeding in aanmerking komende schade hebben geleden, maar dit anderzijds thans nog onvoldoende zeker is en ook nog geen duidelijk beeld bestaat omtrent de (mogelijke) omvang daarvan.

12. Het hof passeert het wederzijds gedane bewijsaanbod, nu het gelet op het vorenstaande niet ter zake dienende is. Beslist dient te worden als hieronder aan te geven. [geïntimeerde] dient, als de in het ongelijk gestelde partij, in de proceskosten van beide instanties te worden veroordeeld.

Beslissing

Het hof:

verklaart [appellanten] in hun beroep tegen het tussenvonnis van 24 mei 2006 niet-ontvankelijk,
vernietigt het eindvonnis van 12 maart 2008 en opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat [geïntimeerde] ten opzichte van [appellanten] onrechtmatig heeft gehandeld, mede als (indirect) bestuurder van Adviescentrum, door hun te (laten) adviseren om beleggingsovereenkomsten met NWP aan te gaan en dat hij hoofdelijk aansprakelijk is voor de door [appellanten] daardoor geleden schade, voor zover in de schadestaatprocedure zal worden geoordeeld dat deze voor vergoeding in aanmerking komt,

verwijst de zaak naar de schadestaatprocedure ten einde nader te doen vaststellen of, en zo ja, tot welk bedrag, [appellanten] voor vergoeding in aanmerking komende schade hebben geleden en deze volgens de wet te vereffenen,

veroordeelt [geïntimeerde] in de proceskosten, aan de zijde van [appellanten] begroot

- voor de eerste instantie tot aan het vonnis van 12 maart 2006 op € 83,78 aan verschotten en € 1.808,= aan salaris toenmalige procureur,

- in hoger beroep tot aan deze uitspraak op € 14.221,44, waarvan te voldoen:

(a) aan de griffier van het hof € 13.983,44, te weten € 85,44 voor kosten dagvaarding,

twee maal € 6.055,= voor in debet gesteld griffierecht en € 1.788,= voor salaris advocaat, waarmee de griffier zal handelen overeenkomstig het bepaalde in

art. 243 Rv, en

(b) aan ieder van [appellanten] € 119,= voor niet in debet gesteld griffierecht,

,

verklaart de verwijzing naar de schadestaatprocedure en de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad,

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. E.J. van Sandick, E.D. Wiersma en H. Warnink en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 9 november 2010 in aanwezigheid van de griffier.