

Zoekresultaat - inzien document

ECLI:NL:RBOVE:2014:3607

Permanente link:

<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBOVE:2014:3607>

Instantie Rechtbank Overijssel
Datum uitspraak 25-06-2014
Datum publicatie 03-07-2014
Zaaknummer C/08/138516 / HA ZA 13-192
Rechtsgebieden Civiel recht
Bijzondere kenmerken Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie Aansprakelijkheid financieel adviseur.

De rechtbank verklaart voor recht dat gedaagde jegens eisers niet heeft gehandeld als een redelijk handelend en redelijk bekwaam financieel adviseur, alsmede dat gedaagde gehouden is de schade die hieruit voor eisers voortvloeit te vergoeden.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl
RF 2014/81
JONDR 2014/1104
NTHR 2014, afl. 5, p. 265

Uitspraak

RECHTBANK OVERIJSEL

Team kanton en handelsrecht

Zittingsplaats Almelo

zaaknummer: C/08/138516 / HA ZA 13-192

datum vonnis: 25 juni 2014

Vonnis van de rechtbank Overijssel, meervoudige kamer voor burgerlijke zaken, in de zaak van:

1 [eiser] en

2. [eiseres],

wonende te [woonplaats],

eisers,

verder te noemen: [woonplaats],
advocaat: mr. J.R.M. Rikmenspoel te Utrecht,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

S&L Star B.V.,

gevestigd te Nijverdal en

2. **[gedaagde 2],**

wonende te [woonplaats],

gedaagden,

verder te noemen: S&L Star c.s.,

advocaat: mr. W.M. Stolk te Rotterdam.

1 Het procesverloop

1.1 Het procesverloop blijkt uit de navolgende stukken:

- de inleidende dagvaarding van 17 mei 2013 met producties;
- de conclusie van antwoord met producties;
- de conclusie van repliek met producties;
- de conclusie van dupliek;
- de akte uitlaten producties van de zijde van [woonplaats]

1.2 Ten slotte hebben partijen om vonnis gevraagd.

2 De feiten

2.1 In of omstreeks de maand mei 2006 hebben [woonplaats] zich gewend tot S&L Star c.s. voor advies met betrekking tot de aanvraag/oversluiting van een hypothecaire geldlening. Aanleiding hiervan was dat [woonplaats] lagere maandlasten wensten en dat zij direct geld beschikbaar wilden hebben.

2.2 Het inkomen van [eiser] bedroeg ten tijde van het aanvragen van dit advies € 40.176,-- bruto per jaar. [eiseres] had op dat moment geen inkomen.

2.3 Op de inkomensverklaring, ondertekend door [woonplaats] en door [gedaagde 2], is ingevuld dat [woonplaats] een jaarinkomen hebben van € 70.676,--, waarbij [eiser] een jaarinkomen heeft van € 43.176,-- en [eiseres] een inkomen van € 27.500,--.

2.4 S&L Star c.s. hebben [woonplaats] geadviseerd ten aanzien van het oversluiten van hun hypotheek en meerdere opties voor financiering daarvan voorgehouden.

2.5 Bij brief van 20 november 2006 heeft Amstelstaete Hypotheken B.V. (bekend onder de naam ZwitserLeven) een offerte uitgebracht, uitgaande van een totaal bedrag aan hypotheek van €

342.000,--, waarbij werd uitgegaan van een executiewaarde van de woning van [woonplaats] van € 380.000,--. Maandlijks zouden [woonplaats] € 1.496,25 aan rente moeten betalen.

- 2.6 Blijkens de afrekening van notariskantoor Leopold van 6 december 2006 is met deze hypothecaire geldlening van € 342.000,-- de oude hypotheek van [woonplaats] (voor een bedrag van € 194.822,06) afgelost. Een deel van de (nieuwe) lening, groot € 84.688,52, is gestort op de rekening van het beleggingsfonds "FalcInvest Specialiste Finance Fund". Een ander deel van deze lening, groot € 58.000,--, is overgemaakt naar [woonplaats] en is door hen aangewend voor consumptieve uitgaven.
- 2.7 Met maandelijkse onttrekkingen aan het beleggingsdepot bij FalcInvest werden de maandelijkse rentebetalingen door [woonplaats] aan de hypotheekhouder voldaan.
- 2.8 FalcInvest heeft per 1 oktober 2008 de onttrekkingen aan het beleggingsdepot stopgezet. Daardoor konden [woonplaats] niet meer voldoen aan hun maandelijkse verplichtingen van de hypothecaire geldlening en zijn zij in grote financiële problemen geraakt, waardoor zij hun woning moeten verkopen. Deze woning staat sinds 2009 te koop.
- 2.9 [woonplaats] hebben een klacht ingediend tegen S&L Star c.s. bij het klachteninstituut financiële dienstverlening (verder: Kifid). Kifid heeft geoordeeld dat beide partijen een verwijt valt te maken.
- 2.10 Kifid concludeert dat FalcInvest de onttrekkingen aan het beleggingsdepot heeft stopgezet en dat S&L Star c.s. hier niet voor verantwoordelijk kunnen worden gehouden. Het stopzetten van de onttrekkingen is volgens Kifid eerder te wijten aan de huidige economische crisis dan aan de advisering van S&L Star c.s.
- 2.11 Kifid oordeelt dat het advies om te beleggen met geleend geld niet is te kwalificeren als een advies dat een redelijk handelend en bekwaam adviseur mocht geven. Gelet op de te betalen rente over de geleende som, alsmede de te betalen beheervergoeding voor het beleggingsfonds en de advieskosten, is het, gelet op gemiddelde rendementen die gehaald kunnen worden met beleggen, zeer onzeker dat een dergelijke constructie tot enig financieel voordeel voor de consument leidt. Het had op de weg van S&L Star c.s. gelegen om [woonplaats] te ontraden met dit geld te beleggen, dan wel te adviseren geen risico te lopen met dit geld.
- 2.12 Tegelijkertijd oordeelt Kifid dat [woonplaats] ook een eigen verantwoordelijkheid hebben. Zij hebben immers zelf besloten om het advies van S&L Star c.s. op te volgen, terwijl zij zich hadden moeten realiseren dat zij dit geld nodig hadden om gedurende een aantal jaren de maandlasten te voldoen. Daarbij acht Kifid het een feit van algemene bekendheid dat aan beleggen risico's zijn verbonden.

3 De vordering

- 3.1 [woonplaats] vorderen bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. voor recht te verklaren dat S&L Star jegens [woonplaats] niet heeft gehandeld als een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur, alsmede dat S&L Star gehouden is de schade die hieruit voor [woonplaats] voortvloeit te vergoeden;

II. voor recht te verklaren dat S&L Star en/of [gedaagde 2] jegens [woonplaats] onrechtmatig hebben gehandeld, alsmede dat zij gehouden zijn de schade die hieruit voor [woonplaats] voortvloeit te vergoeden;

III. S&L Star en [gedaagde 2] (hoofdelijk) te veroordelen om de als gevolg van hierboven omschreven wanprestatie en/of onrechtmatig handelen door [woonplaats] geleden en/of nog te lijden schade, nader op te maken bij Staat, te vergoeden, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 1 januari 2007, danwel (subsidiair) vanaf 12 juli 2012 en meer subsidiair vanaf de dag van de dagvaarding tot aan de dag van algehele voldoening, te vermeerderen met een bedrag van € 2.842,-- ter zake van

buitengerechtelijke incassokosten, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag van de dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

IV. S&L Star en [gedaagde 2] (hoofdelijk) te verwijzen in de proceskosten, de kosten gemaakt in verband met het beslag en de in verband daarmee uitgebrachte exploitatie daaronder begrepen, alsmede hen te veroordelen in de nakosten, wat betreft het salaris van de advocaat (voorwaardelijk) te begroten op € 131,-- zonder betekening in conventie of reconventie, € 205,-- zonder betekening in conventie en reconventie tezamen en verhoogd met € 68,-- in geval van betekening, zulks te voldoen binnen 14 dagen na betekening van het vonnis en, voor het geval betaling daarvan niet binnen die termijn plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente over deze kosten, te rekenen vanaf die termijn voor voldoening.

- 3.2 [woonplaats] stellen daartoe dat de inkomensverklaring, die is ingevuld ten behoeve van de aanvraag van de hypotheek, onjuiste informatie bevat. [woonplaats] hebben hun handtekening gezet onder dit formulier, dat wel hun namen bevatte, het offertenummer, de hoofdsom van € 356.000,-- de naam van de geldverstrekker en het adres van het onderpand, maar niet de gegevens omtrent hun inkomen of hun pensioen.
- 3.3 Nadien is gebleken dat [gedaagde 2] gegevens heeft ingevuld die niet overeenkomstig de waarheid zijn. Zo heeft hij aangegeven dat het inkomen van [eiser] € 43.176,-- per jaar bedraagt en dat van [eiseres] € 27.500,--, dus gezamenlijk een bedrag van € 70.676,--, terwijl [gedaagde 2] wist dat dit niet klopte.
- 3.4 Bovendien was het hem bekend dat [eiser] binnen enkele maanden met pensioen zou gaan en daardoor te maken zou krijgen met een aanmerkelijke terugval van zijn inkomen. [gedaagde 2] heeft dus valsheid in geschrifte gepleegd, althans onrechtmatig gehandeld.
- 3.5 [woonplaats] stellen verder dat S&L Star c.s. niet hebben gehandeld als een redelijk handelend en bekwaam tussenpersoon door [woonplaats] niet te wijzen op en/of te waarschuwen voor de financiële risico's verbonden aan:
1. De overkreditering;
 2. Het beleggen met geleend geld;
 3. Het niet spreiden van het te beleggen vermogen.
- 3.6 S&L Star c.s. hadden [woonplaats] dienen te ontraden om meer te lenen dan volgens de door S&L Star c.s. gehanteerde normen is toegestaan, waarbij [woonplaats] verwijzen naar de Wet op het financieel toezicht (verder: Wft). In strijd met de belangen van [woonplaats] is belegd in een risicovol fonds.
- 3.7 S&L Star c.s. hadden duidelijk moeten maken welke kosten aan de belegging verbonden waren. Daarnaast hadden S&L Star c.s. [woonplaats] dienen te informeren en te waarschuwen voor de aan de belegging verbonden risico's, waaronder begrepen het niet meer kunnen voldoen van de aan de hypotheek verbonden rentelasten, met als gevolg gedwongen verkoop van de woning. Daarnaast hadden S&L Star c.s. er op moeten wijzen dat FalcInvest de onttrekkingen uit het beleggingsdepot zou kunnen stopzetten.
- 3.8 [gedaagde 2] heeft in strijd gehandeld met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens [woonplaats] Voor zover [gedaagde 2] niet persoonlijk onrechtmatig heeft gehandeld jegens [woonplaats], dan heeft hij op grond van het bovenstaande als bestuurder ernstig verwijtbaar gehandeld en is hij uit dien hoofde in privé aansprakelijk.
- 3.9 Als gevolg van deze beroepsfout is een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven geroepen – te weten het niet kunnen voldoen aan de maandelijkse hypothecaire verplichtingen als gevolg van overkreditering – welk risico zich heeft verwezenlijkt.
- 3.10 [woonplaats] waren deze verplichtingen niet aangegaan indien zij zich van die bijzondere risico's bewust waren geweest. [woonplaats] hadden dan hun oude hypotheek gecontinueerd, dan wel waren

een hypothecaire geldlening aangegaan tot maximaal het bedrag van de daarvoor geldende normen, zijnde € 172.551,--.

3.11 S&L Star c.s. voeren verweer. Kort samengevat menen S&L Star c.s. primair dat de klachttermijn van artikel 6:89 BW is overschreden en, subsidiair, dat geen sprake is van een toerekenbare tekortkoming danwel onrechtmatige daad. S&L Star c.s. stellen daartoe dat geen sprake is van overkreditering, dat een deugdelijk beleggingsadvies is gegeven en dat geen sprake is van valsheid in geschrifte. Ten slotte betwisten S&L Star c.s. dat [woonplaats] schade hebben geleden. De verweren van S&L Star c.s. zullen in het hierna volgende één voor één worden besproken.

4 De beoordeling

- 4.1 Als eerste zal het meest verstrekkende verweer van S&L Star worden besproken: de vordering van [woonplaats] dient wegens overschrijding van de klachttermijn van artikel 6:89 Burgerlijk Wetboek (verder: BW) afgewezen te worden.
- 4.2 S&L Star c.s. stellen daartoe dat [woonplaats] met spoed hadden moeten klagen op voet van de uitleg van "binnen bekwame tijd" als bestanddeel van de bepaling in artikel 6:89 BW. Op 1 oktober 2008 heeft FalcInvest onttrekkingen door [woonplaats] stopgezet, en dat was het moment dat [woonplaats] op de hoogte waren van het vermeende gebrek in de dienstverlening van S&L Star c.s., op welk moment de klachttermijn van artikel 6:89 is gaan lopen.
- 4.3 Met de klacht van 27 september 2010 is S&L Star voor het eerst kenbaar gemaakt dat [woonplaats] van oordeel zijn dat de prestatie gebreken zou vertonen. Door pas 2 jaar na het moment waarop de tekortkoming is ontdekt, althans redelijkerwijs ontdekt had moeten worden, hebben [woonplaats] niet binnen bekwame tijd geprotesteerd door niet de voortvarendheid te betrachten die redelijkerwijs van hen kon worden gevergd.
- 4.4 Door dit late protesteren zijn S&L Star c.s. ernstig in hun bewijspositie en verdedigingsbelang geschaad, waartegen artikel 6:89 BW bescherming beoogt te bieden.
- 4.5 Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad (HR 8 oktober 2010, LJN BM9615) dient bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de artikel 6:89 BW besloten liggende onderzoeks- en klachtplicht, acht te worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de rechtsverhouding, de aard en inhoud van de prestatie en de aard van het gestelde gebrek in de prestatie. Hierbij is ook van belang of de schuldenaar – in dit geval S&L Star c.s. – nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser – in dit geval [woonplaats] – heeft geklaagd.
- 4.6 De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 8 februari 2013 (LJN BY4600) geoordeeld dat in dit verband rekening dient te worden gehouden met enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het te laat protesteren zoals in artikel 6:89 BW vermeld – te weten het verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming – en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar is geschaad door het late tijdstip waarop dat protest is gedaan, zoals een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken. De tijd die is verstreken tussen het tijdstip dat bekendheid met het gebrek bestaat of redelijkerwijs diende te bestaan, en dat van het protest, vormt in die beoordeling weliswaar een belangrijke factor, maar is niet doorslaggevend.
- 4.7 Uit het overzicht van afspraken tussen partijen (productie G21 bij de conclusie van antwoord) volgt dat partijen in de periode tussen 1 oktober 2008 (de datum van de stopzetting van de onttrekkingen door FalcInvest) en 27 september 2010 elkaar meerdere keren hebben gesproken, te weten op 18 november 2008, 30 januari 2009, 5 februari 2009, 18 februari 2009, 13 augustus 2009, 4 maart 2010, 25 maart 2010 en 6 april 2010. S&L Star c.s. stellen (onder punt 11 van de conclusie van dupliek)

nazorg te hebben verricht, hetgeen volgens hen blijkt uit dit overzicht. Medio 2009 hebben S&L Star c.s. zelfs een bedrag van € 1.000,-- aan [woonplaats] beschikbaar gesteld (productie G10 bij de conclusie van antwoord).

- 4.8 De aard en de inhoud van de rechtsverhouding tussen S&L Star c.s. en [woonplaats] veronderstelt een zorgplicht van S&L Star c.s. jegens [woonplaats], die onder meer is opgenomen in diverse bepalingen van de Wft. Partijen zijn het met elkaar eens dat het verlenen van nazorg daar ook onder valt, in welk kader zij diverse gesprekken met elkaar hebben gevoerd na 1 oktober 2008. Deze nazorg brengt onder meer met zich dat S&L Star c.s. informatie inwint over de stand van zaken ten aanzien van de financiële situatie van [woonplaats]
- 4.9 Hierbij is van belang dat [woonplaats] onweersproken hebben gesteld (onder punt 16 van de conclusie van repliek) dat S&L Star c.s. naar aanleiding van klachten van [woonplaats] en daardoor ontstane acute betalingsproblemen, een bedrag van € 1.000,-- aan [woonplaats] heeft gegeven. Aangezien deze betaling medio 2009 heeft plaats gevonden, hebben [woonplaats] dus ruimschoots vóór 27 september 2010 geklaagd bij S&L Star c.s.
- 4.10 Ten slotte is niet gebleken dat S&L Star c.s. in hun bewijspositie en verdedigingsbelang zijn geschaad, of dat sprake is van een aantasting van hun mogelijkheden om de gestelde tekortkoming te beperken, omdat zij ter zake geen concrete feiten of omstandigheden hebben gesteld waaruit dit zou kunnen volgen. De rechtbank zal het beroep van S&L Star c.s. op artikel 6:89 BW om die redenen verwerpen.
- 4.11 De rechtbank komt nu toe aan de bespreking van de verschillende verwijten die [woonplaats] maakt aan S&L Star c.s. Deze zullen één voor één worden besproken.

Het onjuist invullen van de inkomensverklaring

- 4.12 Partijen twisten met elkaar of de inkomensverklaring van [woonplaats] op een juiste wijze is ingevuld. [woonplaats] stellen dat hun inkomensgegevens op een onjuiste wijze, en buiten hun medeweten, zijn ingevuld. S & L Star c.s. hebben daarentegen onweersproken gesteld dat ook de AOW-inkomsten en de te verwachten onttrekkingen uit het vermogen dat zou vrijkomen uit de "self certified hypotheek" meegenomen mogen worden bij de vaststelling van het inkomen ten behoeve van het aanvragen van de hypotheek.
- 4.13 Wat ook verder moge zijn van de juistheid van het standpunt van S&L Star c.s., de gegeven uitleg volgt niet uit de inkomensverklaring zelf. Een specificatie zoals door S&L Star c.s. in hun processtukken gegeven, ontbreekt in deze inkomensverklaring. Daarbij komt dat de inkomsten van [woonplaats] op het moment van ondertekening van de inkomensverklaring – en dus voorafgaand aan de verstrekking van het krediet – lager waren dan was ingevuld. Van onttrekkingen uit vermogen was op dat moment immers nog geen sprake, net zo min als van inkomsten uit hoofde van AOW. Het verschil tussen het inkomen van [woonplaats] op dat moment van € 40.176,-- en het ingevulde (fictieve) inkomen van € 70.676,-- is bovendien wel erg groot.
- 4.14 De rechtbank is op dit punt van oordeel dat S&L Star c.s. tekort zijn geschoten in haar zorgplicht jegens [woonplaats], omdat zij bewust een veel te hoog inkomen hebben ingevuld op de inkomensverklaring.

Overkreditering en beleggen met geleend geld

- 4.15 De stellingen van [woonplaats] dat er sprake is van overkreditering en dat S&L Star c.s. [woonplaats] op voet van de artikelen 4:23 en 4:34 lid 2 Wft hadden moeten ontraden om meer te lenen dan volgens de door S&L Star c.s. gehanteerde normen is toegestaan (op basis van de zogenaamde NIBUD-normen), zullen worden verworpen.
- 4.16 S&L Star c.s. hebben namelijk onbetwist aangevoerd dat de Wft van toepassing is op aanbieders van krediet, maar niet op adviseurs, en dat de wetgever niet precies heeft bepaald wat overkreditering

precies is – aanbieders van krediet mogen in beginsel zelf vaststellen wanneer sprake is van overkreditering.

4.17 De stelling van [woonplaats] dat S&L Star c.s. niet, althans onvoldoende onderzoek hebben gedaan naar de financiële positie en het beleggersprofiel van [woonplaats], zal eveneens worden verworpen, omdat S&L Star c.s. een beleggingsprofiel hebben opgesteld (productie G8), dat overigens door [woonplaats] is ondertekend, waarin een risicoprofiel is bepaald. Dat dit profiel op dezelfde dag is opgemaakt als het inschrijfformulier van FalcInvest (namelijk op 6 november 2006) doet daar niet aan af.

4.18 Ten aanzien van de vraag of S&L Star c.s. [woonplaats] voldoende hebben gewezen op de risico's van beleggen in zijn algemeenheid, zal de rechtbank aansluiting zoeken bij het oordeel van de ombudsman (Kifid) in deze kwestie. Dit oordeel luidt, voor zover van belang:

Dit gezegd hebbende moet ik ook opmerken dat de Aangeslotene niet geheel ten onrechte wijst op uw eigen verantwoordelijkheid in deze. U heeft immers zelf besloten om het advies van de Aangeslotene op te volgen, terwijl u zich had dienen te realiseren dat u dit geld nodig had om gedurende een aantal jaren uw maandlasten mee te voldoen. Daarbij merk ik op dat ik het een feit van algemene bekendheid acht dat aan beleggen risico's verbonden zijn. U had zich dit dan ook dienen te realiseren op het moment dat u de belegging bent aangegaan. U had daarbij kunnen en moeten beseffen dat het gegeven advies niet in uw belang was. Desalniettemin heeft u, om welke reden dan ook, besloten de adviezen op te volgen. De gevolgen van uw beslissing dienen in beginsel voor uw rekening en risico te blijven.

4.19 Daarbij komt dat S&L Star c.s. onweersproken hebben gesteld dat [woonplaats] op de hoogte waren van de risico's van beleggen, wat blijkt uit de brief van [woonplaats] aan Kifid van 17 maart 2011 (productie G9 bij de conclusie van antwoord).

4.20 Om die reden zal de rechtbank het oordeel van de ombudsman overnemen en dit tot het hare maken. Hieruit volgt dat [woonplaats] door S&L Star c.s. op de risico's van beleggen zijn gewezen en ook overigens hiervan op de hoogte hadden kunnen en moeten zijn.

4.21 De stelling van [woonplaats] dat op grond van de gedragscode hypothecaire financieringen (verder: GHF) ten behoeve van het vaststellen van de financieringslast geen rekening mag worden gehouden met de resultaten uit het beleggingsfonds van FalcInvest, zal ook worden verworpen. S&L Star c.s. hebben namelijk onbetwist gesteld dat GHF in 2006 – ten tijde van de advisering – slechts regels bevatte omtrent het verstrekken van informatie met de bedoeling de consument goede en vergelijkbare informatie te verstrekken bij het afsluiten van een hypotheek, en dat pas met ingang 2007 de GHF is aangepast en daarin ook uitgangspunten zijn opgenomen om de leencapaciteit van de consument te bepalen ter voorkoming van overkreditering. Dat deze regeling al op 24 augustus 2006 is overeengekomen, dus vóór de advisering door S&L Star c.s., doet daar niet aan af.

4.22 Daar komt nog bij dat S&L Star c.s. onweersproken hebben gesteld dat de betreffende hypotheek een zogenaamde self certified hypotheek betrof, bij de beoordeling waarvan in aanmerking wordt genomen dat het inkomen niet de enige bron is die gebruikt wordt om de maandlasten van de hypothecaire financiering te voldoen, maar dat ook de overwaarde van de woning daartoe wordt aangewend.

4.23 Hier staat tegenover dat, alhoewel S&L Star c.s. onweersproken hebben gesteld dat de financiering van de self certified hypotheek op basis van de toenmalige geldende inzichten voor [woonplaats] mogelijk was, S&L Star c.s. hebben verzuimd [woonplaats] te wijzen op het risico van deze constructie, in die zin dat onttrekkingen uit het beleggingsdepot konden worden stopgezet door FalcInvest.

4.24 De stelling van [woonplaats] dat, gelet op de S&L Star c.s. rustende (contractuele en wettelijke) zorgplicht die erop is gericht [woonplaats] te behoeden voor het (lichtvaardig) aangaan van een te hoge hypothecaire geldlening en/of risicovolle belegging die niet past bij de leencapaciteit en/of

doelstelling van [woonplaats], S&L Star c.s. jegens hen zijn tekort geschoten, treft in zoverre doel. Een en ander kan S&L Star c.s. worden toegerekend, want zij hadden moeten begrijpen dat voldoening van de hypotheekrente en/of tegenvallende beleggingsresultaten een onaanvaardbaar zware financiële last op [woonplaats] zouden leggen.

4.25 Daar komt bij dat [woonplaats] voor de betaling van de maandelijkse hypothecaire lasten afhankelijk zouden worden van de beleggingsresultaten, en dat indien deze zouden tegenvallen, zij de hypotheek niet langer zouden kunnen opbrengen.

4.26 Naar het oordeel van de rechtbank zijn S&L Star c.s. om die reden tekort geschoten in hun zorgplicht jegens [woonplaats]

4.27 De stopzetting van onttrekkingen heeft tot gevolg dat [woonplaats] hun maandlasten niet meer kunnen voldoen, omdat de lasten van self certified hypotheek moeten worden voldaan uit de leensom zelf, en die wordt belegd. Er is dus niet zonder meer sprake van een vast inkomen van de zijde van [woonplaats], want dat inkomen is voor een deel belegd en dus onderhevig aan schommelingen. Dat beleggen risico's kent, is aan partijen bekend, maar er is onvoldoende gewezen op het risico dat [woonplaats] hun maandelijkse lasten niet meer zouden kunnen voldoen ingeval van stopzetting van de onttrekkingen uit het beleggingsdepot bij FalcInvest.

4.28 Daaraan doet niet af de stelling van S&L Star c.s. dat in de bijsluiter van FalcInvest stond vermeld dat de onttrekkingen konden worden stopgezet, omdat deze stelling enerzijds niet nader wordt onderbouwd (bijvoorbeeld door het overleggen van deze bijsluiter), terwijl anderzijds uit de brief van [woonplaats] van 17 maart 2011 aan Kifid (productie G9 bij de conclusie van antwoord) blijkt dat zij de prospectus van FalcInvest hebben ontvangen, maar daarin niet het stopzetten van de betalingen uit de beleggingsrekening hebben kunnen terugvinden. Bovendien ontslaan eventuele mededelingen in een prospectus S&L Star c.s. niet uit hun zorgplicht jegens [woonplaats] Dat de Ombudsman zich hier verder niet over heeft uitgesproken – ondanks een uitdrukkelijk geformuleerde klacht van de zijde van [woonplaats] – maakt dit niet anders.

Het niet spreiden van het belegde vermogen

4.29 [woonplaats] hebben ten aanzien van hun verwijt aan S&L Star over het niet spreiden van het belegde vermogen verwezen naar het oordeel van de ombudsman (Kifid). De ombudsman heeft ten aanzien van dit onderdeel van de dienstverlening door S&L Star als volgt geoordeeld:

Zoals ik reeds heb vastgesteld is het advies van de Aangeslotene (lees: S&L Star) te kwalificeren als een advies dat een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur niet mocht geven. Naar mijn mening had de adviseur ofwel dienen te adviseren om de inleg, welke uiteindelijk is neergekomen op een bedrag van ongeveer € 85.000,- op een spaarrekening c.q. deposito te plaatsen, ofwel om in geval van beleggen voldoende spreiding dienen aan te brengen. Nu in casu voornoemd bedrag is aangewend om mee te beleggen, ga ik hier verder van uit beperk mij tot de schade die het gevolg is van onvoldoende spreiding.

Spreiding aan in minimaal 3 posten was een redelijk advies geweest. Er is dus tweederde teveel in het fonds van FalcInvest geïnvesteerd. Gelet hierop kan worden gesteld dat van hetgeen (investering -/- onttrekkingen) thans "op slot zit" in het betreffende fonds, tweederde niet in het fonds had mogen worden geïnvesteerd. Dit bedrag is, ervan uitgaande dat de belegging in het fonds in de toekomst geen waarde meer zal vertegenwoordigen, mijns inziens aan te merken als schade die door het onjuiste advies is ontstaan. De Aangeslotene dient hiervan, gelet op uw eigen verantwoordelijkheid in deze, 50% te vergoeden, onder de voorwaarde dat de Aangeslotene recht heeft op 50% van het eventueel in de toekomst nog uit te keren bedragen door het fonds.

4.30 S&L Star c.s. bestrijden op zich niet dat spreiding van de belegging een redelijk advies is, maar stellen dat de ombudsman er ten onrechte aan voorbij is gegaan dat het FalcInvest beleggingsdepot

een mixfonds is, waaraan 20 verschillende beleggingsfondsen ten grondslag liggen die betrekking hebben op verschillende markten, sectoren en regio's.

- 4.31 Met [woonplaats] is de rechtbank van oordeel dat dit onverlet laat dat, indien de prestaties van dit fonds onder de maat zijn, dit het gehele belegde vermogen van [woonplaats] raakt, hetgeen niet zonder meer het geval is bij spreiding over meerdere fondsen van verschillende aanbieders. Daarbij komt dat, in geval van spreiding over drie of meer fondsen, de blokkering door één van die fondsen [woonplaats] minder zwaar zou treffen de blokkering van het ene fonds waarin nu is belegd. Het verweer van S&L Star c.s. zal om die reden worden verworpen.
- 4.32 De rechtbank neemt om die redenen het oordeel van de ombudsman over en maakt dit tot het hare. Hieruit volgt dat S&L Star c.s. ook in dit opzicht tekort zijn geschoten in hun zorgplicht jegens [woonplaats]
- 4.33 Op grond van deze overwegingen zal de rechtbank voor recht verklaren dat S&L Star c.s. jegens [woonplaats] niet heeft gehandeld als een redelijk handelend en redelijk bekwaam financieel adviseur, alsmede dat S&L Star c.s. gehouden is de schade die hieruit voor [woonplaats] voortvloeit te vergoeden.
- 4.34 [woonplaats] hebben op basis van dezelfde feiten en omstandigheden gesteld dat S&L Star c.s. onrechtmatig jegens hen hebben gehandeld. Naar het oordeel van de rechtbank kan een handeling, die een toerekenbare tekortkoming oplevert, alleen in een uitzonderingsgeval tevens als onrechtmatige daad, waarop de bepaling van artikel 6:162 BW van toepassing is, worden beschouwd. Die samenloop kan zich voordoen, indien een verbintenis wordt geschonden door een handeling die tevens een onrechtmatige daad oplevert welke niet uitsluitend bestaat in de schending van een verbintenis, c.q. zorgplicht. Naar het oordeel van de rechtbank hebben [woonplaats] daartoe onvoldoende gesteld, zodat hun stelling faalt.
- 4.35 De rechtbank zal S&L Star c.s. – dus zowel gedaagde sub 1 als gedaagde sub 2 – veroordelen, omdat [woonplaats] onweersproken hebben gesteld dat beiden aansprakelijk zijn.
- 4.36 De door [woonplaats] gevorderde rente zal in het kader van deze procedure worden afgewezen, omdat deze in de schadestaatprocedure zal moeten worden begroot.
- 4.37 De door [woonplaats] gevorderde buitengerechtelijke incassokosten zullen worden toegewezen, omdat deze niet door S&L Star c.s. zijn weersproken en aannemelijk is geworden dat [woonplaats] wel kosten hebben moeten maken. Omdat de omvang van de schade nog moet worden begroot, zullen de buitengerechtelijke incassokosten in dit geval worden begroot aan de het tarief voor zaken van onbepaalde waarde, Tarief II, op een bedrag van € 904,--.
- 4.38 De door [woonplaats] gevorderde kosten voor het leggen van beslag zullen worden toegewezen. De rechtbank zal deze kosten, zoals onder 4.41 nader te specificeren, begroten op één punt van Tarief II, te vermeerderen met de kosten van de deurwaarder zoals blijkend uit de beslagexploiten, voor een totaalbedrag van € 268,23.
- 4.39 De rechtbank zal S&L Star c.s. als meest in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de kosten van deze procedure. Hierbij zal Tarief II als uitgangspunt worden genomen (zaken van onbepaalde waarde) omdat de omvang van de eventuele aan [woonplaats] toe te wijzen schadevergoeding in dit stadium nog niet duidelijk is. De kosten aan de zijde van [woonplaats] worden begroot op:
- dagvaardingen: € 185,64
 - vast recht: € 75,--
 - beslagexploiten € 268,23
 - salaris advocaat: € 1.582,-- (3,5 punten x tarief € 452,--)
- Totaal: € 2.110,87

Het oordeel

De rechtbank:

I. Verklaart voor recht dat S&L Star c.s. jegens [woonplaats] niet hebben gehandeld als een redelijk handelend en redelijk bekwaam financieel adviseur, alsmede dat S&L Star c.s. zijn gehouden de schade die hieruit voor [woonplaats] voortvloeit te vergoeden;

II. Veroordeelt S&L Star B.V. en [gedaagde 2] (hoofdelijk) om de als gevolg van hierboven omschreven wanprestatie en onrechtmatig handelen door [woonplaats] geleden en nog te lijden schade te vergoeden, nader op te maken bij Staat;

III. Veroordeelt S&L Star B.V. en [gedaagde 2] (hoofdelijk) in de buitengerechtigde incassokosten, aan de zijde van [woonplaats] begroot op een bedrag van € 904,--;

IV. Veroordeelt S&L Star B.V. en [gedaagde 2] (hoofdelijk) in de kosten van de procedure, tot aan deze uitspraak aan de zijde van [woonplaats] begroot op € 2.110,87, waarvan een bedrag van € 1.582,-- aan salaris advocaat, waarvan te betalen aan de griffier van dit gerecht € 139,23 aan kosten dagvaardingen en € 201,17 aan kosten beslagexploiten;

V. Veroordeelt S&L Star B.V. en [gedaagde 2] (hoofdelijk) in de nakosten van € 131,-- zonder betekening en verhoogd met € 68,-- in geval van betekening, zulks te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit vonnis, te vermeerderen met de wettelijke rente over deze kosten te rekenen vanaf veertien dagen na dagtekening tot aan de dag waarop alles is betaald;

VI. Wijst af het meer of anders gevorderde;

VII. Verklaart dit vonnis voor de onderdelen II., III., IV. en V. uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen te Almelo door mr. A.J. Louter, voorzitter, en mrs. W.K.F. Hangelbroek en A.H. Margadant en op 25 juni 2014 in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van de griffier.