

in naam der Koningin

# vonnis

---

## RECHTBANK 's-HERTOGENBOSCH

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer:

**Vonnis van 18 mei 2011**

in de zaak van

1. S  
wonende te O ,  
2. K  
wonende te O ,  
eisers,  
advocaat mr. J.C.T. Papeveld te Waalwijk

tegen

1. vennootschap onder firma  
H A  
gevestigd te ( ),  
2. N  
wonende te H ( ),  
3. H  
wonende te H ( ),  
gedaagden,  
advocaat mr. M.J.P.M. van de Westerlo te Helmond

Partijen zullen hierna S c.s. en H c.s. respectievelijk H  
A , H en N  
genoemd worden.

### 1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:  
- het tussenvonniss van juni 2010  
- het proces-verbaal van comparitie van december 2010.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

### 2. De feiten

2.1. S en K zijn van thans jaar oud met  
opgroeïende kinderen. S c.s. heeft in 2007 het plan opgevat om zijn  
toenmalige woning te O te verkopen en de van

K , gelegen aan het adres te O , aan te kopen. De oude woning had een vrije verkoopwaarde van circa EUR , - maar er rustte nog wel een hypothecaire schuld op. In verband met de aankoop van de nieuwe woning dienden van K uitgekocht te worden en zou een verbouwing bekostigd moeten worden. In deze periode had S c.s. circa EUR , - belegd in obligaties van de bank en beschikte hij daarnaast over circa EUR , - spaartegoeden. S was sedert april 2005

zijn belastbaar jaarinkomen in 2008 was circa EUR

2.2. Via kennissen kwam S c.s. in contact met H die samen met N een onderneming drijft onder de naam H A . De onderneming houdt zich bezig met de bemiddeling in schadeverzekeringen, hypotheek en fondsbeleggingen en beschikt daartoe over een vergunning van de AFM. S c.s. wilde advies in verband met de aankoop en verbouwing van hun nieuwe pand en vroeg daarnaast ook advies met betrekking tot de belegging in de Danskebank en omtrent het zo gunstig mogelijk beleggen van een eventueel overschot. In dat kader heeft H S c.s. een aantal keren in de periode tussen augustus 2007 en februari 2008 in de avonden thuis bezocht. Tijdens het eerste bezoek had S de financiële situatie met alle persoonlijke gegevens uitgewerkt en beschikbaar. Tijdens deze gesprekken is onder meer gesproken over de bereidheid van S c.s. om risico's te lopen. Van het advies is door H c.s. niets op papier gesteld; wel zijn er berekeningen getoond die de effecten van het totaaladvies lieten zien zoals de daaraan verbonden lasten, de maandlasten, de fiscale gevolgen et cetera.

2.3. In de eerste helft van 2008 heeft S c.s. een drietal overeenkomsten gesloten:

- een (hypothecaire) geldlening ad EUR , - bij BLG Hypotheken tegen een (10 jaar vaste) rente van 5,25%. Uit de nota van afrekening van 4 maart 2008 blijkt dat van de geldlening - onder meer - EUR , - is uitbetaald aan de zussen van K , ruim EUR , - overdrachtsbelasting is betaald, EUR , - in bouwdepot is geplaatst en ruim EUR , - aan S c.s. is uitbetaald. De afsluitprovisie bedroeg EUR , - en is ten goede gekomen van H c.s.;
- een obligatielening d.d. 12 februari 2008 tussen S en Easy Life Investments BV (hierna ELI), waarbij S voor een bedrag van EUR , - aan door ELI uitgegeven obligaties heeft gekocht, door laatstgenoemde aan te wenden voor de financiering van (Amerikaanse) levenspolissen (zogeneten Life Settlements) zoals beschreven in het door ELI uitgegeven prospectus. Bovenop de hoofdsom ad EUR , - heeft S EUR 2,5% (EUR , -) emissiekosten betaald. De obligatielening kende bij aanvang een looptijd van 10 respectievelijk (na verlenging) 20 jaar en zou aan het einde ervan worden afgelost. Over de lening was ELI een (enkelvoudige) rente verschuldigd van 10% per jaar en werd in maandelijkse termijnen betaald. Het was de bedoeling dat met de rente de maandlasten werden gedrukt en dat de inleg bij aflossing zou worden gebruikt om de hypotheek mee af te lossen;
- verder heeft S c.s. op of omstreeks juni 2008 middels betaling van een bedrag van EUR , - een participatie verworven in het Arasbridge Unit Trust

Enhanced Return Fund (hierna het Arasfonds) ter waarde van EUR ,-. Het Arasfonds belegt, net als ELI, in Life Settlements.

2.4. Op oktober 2008 is ELI door deze rechtbank in staat van faillissement verklaard. ELI heeft op grond van de met S c.s. gesloten overeenkomst vijf rentetermijnen van elk EUR ,- betaald. Nadat het faillissement is uitgesproken hebben geen betalingen (rente noch aflossing) meer plaatsgevonden. Vast staat dat slechts een zeer beperkt deel (volgens H c.s. circa EUR 7 miljoen) van de door ELI bij het publiek (waaronder S c.s.) aangetrokken gelden (in 2,5 jaar tijd circa EUR 41 miljoen) is aangewend om te investeren in Life Settlements en dat het overgrote deel – onder meer - is gebruikt om de (excessieve) levensstijl van de – inmiddels eveneens gefailleerde - (feitelijk) leidinggevendenden van ELI te bekostigen.

2.5 H c.s. heeft een onderhandse akte in het geding gebracht waaruit volgens hem blijkt dat tussen H en ELI is een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is gesloten, op grond waarvan H met ingang van augustus 2007 als product specialist buitendienst in dienst is getreden voor 8 uren per week. H zou zich – onder meer – hebben verbonden om nieuwe en bestaande relaties te adviseren. Naast het overeengekomen (vaste) minimumloon ad EUR zou H recht hebben op 100% van de door ELI ontvangen emissiekosten (inclusief 8% vakantiegeld), minus de werkgeverslasten, minus het vastgestelde basissalaris en minus vakantiegeld over dit basissalaris.

2.6. Op verzoek van S c.s. is voorafgaand aan de procedure ten laste van H c.s. conservatoir derdenbeslag gelegd onder een vijftal banken. Na het uitbrengen van de dagvaarding heeft S c.s. conservatoir verhaalsbeslag gelegd op de aan H en N toebehorende woning.

### 3. Het geschil

3.1. S c.s. vordert – samengevat en na eisvermeerdering - veroordeling van H c.s. tot betaling van EUR ,-, althans een in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente over EUR ,- ingaande de dag der dagvaarding en voorts vermeerderd met de wettelijke rente over de misgelopen couponbetalingen vanaf oktober 2008 tot en met de maand waarin de door S misgelopen en nog mis te lopen couponbetalingen ad EUR voldaan worden, althans vanaf enig ander door de rechtbank in goede justitie te bepalen datum. Verder vordert S c.s. vergoeding van de buitengerechtelijk incassokosten op voet van artikel 6:96 sub c BW, te bepalen op 2 punten van het toepasselijke liquidatietarief, althans een in goede justitie te bepalen bedrag en verder dat H c.s. in de proceskosten wordt veroordeeld, de beslagkosten daarin begrepen.

3.2. S c.s. voert daartoe – kort samengevat – aan dat tussen hem en H c.s. een overeenkomst van opdracht is totstandgekomen, op grond waarvan laatstgenoemde S c.s. van financieel advies heeft gediend. Op grond van dit advies heeft S c.s. – onder meer – de obligatielening met ELI afgesloten. H c.s. is tekortgeschoten in de nakoming van die overeenkomst doordat hij bij zijn advisering niet heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam financieel adviseur mag worden verwacht. H c.s. was, nu hij heeft geadviseerd over en bemiddeld bij de totstandkoming van een financieel product, gehouden om zich

overeenkomstig de verplichtingen uit de Wet op het financieel toezicht (Wft) te gedragen. Uit die wet vloeit onder meer voort dat bij het adviseren een profiel moet worden opgesteld indachtig het 'ken uw klant beginsel' en dat bij de advisering daarmee rekening wordt gehouden. Uit de bij S c.s. ingewonnen inlichtingen blijkt dat voor S c.s. een conservatief profiel geldt en dat hem dan ook uitsluitend een conservatief financieel product mag worden geadviseerd. H c.s. heeft S c.s. met de ELI-obligatielening daarentegen een zeer risicovol product geadviseerd, stellende dat dit product niet risicovol was. Het zou zelfs, aldus H c.s., een veilig financieel instrument zijn. Hoewel een obligatie op zichzelf niet als een risicovol product kan worden gezien komt het voor wat betreft de aan het product verbonden risico's met name aan op de persoon van de debiteur, waarbij geldt dat het rendement toeneemt naarmate het risico groter is. H c.s. heeft S niet geïnformeerd dat de obligatielening ELI met een gegarandeerde coupon van 10% zeer risicovol was, noch is S c.s. geïnformeerd over de correlatie tussen de hoge coupon en het hoge risico. H c.s. heeft S c.s. evenmin gewezen op het risico dat de obligatie aan het einde van de looptijd niet zou worden afgelost noch op het risico dat hij niet lang zou kunnen rekenen op de coupon en er zelfs rekening mee moest houden dat die coupon nooit zou worden uitgekeerd. S c.s. heeft pas achteraf vernomen dat ELI niet onder toezicht stond van het AFM en dat de door ELI uitgegeven obligatielening werd aangemerkt als een wild-west product waarop de Vrijstellingsregeling Wft van toepassing is, op grond waarvan de prospectus niet ter goedkeuring aan de AFM behoeft te worden voorgelegd. H c.s. had S c.s., gelet op de informatie die hij van S had ontvangen, moeten ontraden om dit product aan te schaffen, althans S c.s. in niet mis te verstane bewoordingen moeten waarschuwen voor de specifieke risico's van dit product. Achteraf is S c.s. gebleken dat H ten tijde van zijn advisering in loondienst werkzaam was van ELI. S c.s. is daar indertijd niet over geïnformeerd en had H c.s. juist aangezocht vanwege het feit dat hij zich als deskundig en onafhankelijk tussenpersoon presenteerde. Door dit dienstverband voor S te verzwijgen heeft H de schijn gewekt dat H onafhankelijk advies verstrekke ter zake de ELI-obligatielening, terwijl dit advies in werkelijkheid volstrekt subjectief was, ingegeven door de belangen van zijn werkgever ELI. Indien S c.s. van het dienstverband had geweten dan had hij ook geweten dat van een onafhankelijk advies geen sprake was. Door de obligatielening niet te ontraden en zijn dubbelrol te verzwijgen heeft H c.s. niet gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam financieel dienstverlener mag worden verwacht. Aldus heeft H c.s. niet alleen gehandeld in strijd met artikel 7:400 jo 7:401 jo 6:74 BW maar moet dat handelen ook als onrechtmatig jegens S c.s. worden aangemerkt. De schade die S als gevolg hiervan heeft geleden en nog zal lijden bestaat uit de inleg ad EUR , - alsmede de gederfde - in de overeenkomst met ELI in het vooruitzicht gestelde doch niet betaalde - rente ad in totaal EUR , -.

3.3. H c.s. voert bij wege van verweer - onder meer - het volgende aan. H c.s. is gevraagd te adviseren omtrent de financiering van de aankoop van de woning aan het te O . In 2008 heeft S c.s. rechtstreeks en zonder tussenkomst van H c.s. een obligatielening van EUR , - afgesloten bij ELI. H was op dat moment in loondienst werkzaam bij ELI en heeft S c.s. daar bij zijn advisering ter zake deze overeenkomst ook uitdrukkelijk op gewezen, waarbij hij S c.s. onder meer zijn Easy Life visitekaartje heeft gegeven. De laatste gesprekken voor het aangaan van de overeenkomst met ELI hebben onmiskenbaar en ondubbelzinnig plaatsgevonden tussen S c.s. en H

in zijn hoedanigheid van werknemer van ELI. Omdat H ter zake de totstandkoming van de obligatielening tussen S c.s. en ELI uitsluitend in hoedanigheid van werknemer van ELI heeft gehandeld zijn gedaagden in de hoedanigheid waarin zij zijn gedagvaard daarvoor niet verantwoordelijk. Bovendien staat het loondienstverband van H aan zijn onafhankelijkheid bij de advisering niet in de weg. Het stond H ondanks zijn dienstverband vrij ook andere producten aan te bevelen, waarop hij zelfs een hogere provisie voor had kunnen krijgen. Er is in deze uitsluitend gehandeld in het belang van S c.s.. S c.s. was er mee bekend dat ELI niet onder toezicht van de AFM stond; hij heeft dit zelfs nog in een e-mail aan H c.s. bevestigd voordat het bedrag van EUR ,- werd gestort. Bovendien stond dit ook te lezen op pagina 16 van het prospectus die H tegelijk met het aanvraagformulier en de folders ter hand heeft gesteld. S c.s. was ook bekend met beleggen, blijkend uit het feit dat hij ten tijde van het eerste contact met H c.s. een belegging had bij de Danskebank. Bovendien komt S uit een familie waar veel belegd wordt. S c.s. is uit dien hoofde dus bekend met de risico's die aan beleggen kleven en waarnaar het prospectus ook uitdrukkelijk verwijst. H c.s. bestrijdt dat de obligatielening van ELI een wild-west product is; die term bestond toen zelfs nog niet. In dit verband wijst H c.s. er op dat het ELI product in zijn soort een veilig product is. Het betreft een zogenaamde Life Settlement en is nagenoeg gelijk aan het – eveneens door S c.s. aangeschafte - product van het Arasfonds, en waarvan het risico door de AFM als 'zeer klein' wordt aangemerkt, vergelijkbaar met banksparen en/of een spaarhypothek. Aangezien het ELI-product identiek is aan het Arasfondsproduct dienen ook de Life Settlementproducten van ELI als zeer veilig te worden bestempeld. Voor zover al aangenomen moet worden dat H inzake de obligatielening van ELI jegens S c.s. heeft geadviseerd uit hoofde van de overeenkomst van opdracht is gehandeld conform hetgeen van een redelijk bekwaam en redelijk handelend financieel adviseur verwacht mag worden. H c.s. wist noch behoorde te weten noch kon hij rekening houden met (mogelijke) fraude door de directie van ELI en dat de ingelegde gelden niet (geheel) aangewend zouden worden om te beleggen in Amerikaanse levenspolissen. Hij heeft die mogelijkheid derhalve ook niet in zijn advisering kunnen en behoeven te betrekken. Omdat op grond van artikel 5:2 jo 5:3 lid 3 sub c Wft ELI noch de door haar op de markt gebrachte obligatielening onder toezicht van de AFM viel gold voor H c.s. evenmin de verplichting van artikel 4:23 Wft om een risicoprofiel op te stellen. Het door S c.s. in het geding gebrachte risicoprofiel is door H c.s. op mei 2008 opgesteld in het kader van de advisering in het Arasfonds. Daaruit bleek dat S c.s. een conservatief risicoprofiel had. Hoewel ter zake de advisering rondom de ELI-obligatielening geen verplichting gold om een risicoprofiel op te stellen wijst H c.s. er op dat S c.s. met de ELI obligatielening, gelet op dit risicoprofiel, een passend product is geadviseerd. Met betrekking tot de schade bestrijdt H c.s. dat het mislopen van de couponbetalingen in relevant verband staat met de gestelde advisering. Het feit dat de betalingen zijn gestaakt houdt louter verband met het feit dat ELI is gefailleerd om redenen die geheel los staan van de aard van het geadviseerde product. H c.s. betwist dat S c.s. nimmer de obligaties van ELI zou hebben aangeschaft indien H c.s. hem dit zou hebben ontraden. H c.s. wijst er in dit verband op dat S c.s. in mei 2008 nog heeft geïnvesteerd in een identiek product van het Arasfonds. H c.s. betwist eveneens dat nu al vast staat dat S c.s. geen enkel verhaal meer zal hebben op de faillissementsboedel van ELI.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### 4. De beoordeling

##### 4.1. De aard van de rechtsverhouding tussen partijen

4.1.1. De rechtbank is van oordeel dat, gelet op hetgeen H ter comparitie heeft verklaard omtrent de gesprekken voorafgaand aan de drie door S c.s. gesloten overeenkomsten, de rechtsverhouding tussen S en H A kwalificeert als een overeenkomst van opdracht. Uit die verklaring blijkt namelijk dat S c.s. H heeft benaderd in hoedanigheid van financieel adviseur die zich – in VOF-verband – bezig houdt met de bemiddeling in hypotheek en fondsbeleggingen – teneinde hem van financieel advies te dienen.

*'De familie S was geen klant van mij toen zij in 2007 bij mij kwamen (...). Dhr. en mw. S wilden een totaaladvies. Zij wilden een pand aankopen en verbouwen en wilden ook advies met betrekking tot hun belegging in de Danskebank en omtrent het zo gunstig mogelijk beleggen van een eventueel overschot. Mijn doel was om de familie S in een zo gunstig mogelijke financiële positie te zetten. Ik heb de persoonlijke omstandigheden van dhr. En mw. S niet meteen vertaald in een risicoprofiel. Voor het Easy Life product was dit ook niet nodig omdat de wet daartoe geen verplichting inhoudt. (...) Het klopt dat ik het maatwerkformulier heb ingevuld ten behoeve van de financiering bij BLG (productie 13). Ik heb voor het tot stand brengen van die financiering ook provisie ontvangen. Het idee om de obligatielening bij Easy Life aan te schaffen is van mij afkomstig. (...) Mijn advisering aan de familie S is niet in een schriftelijk stuk neergelegd. Wel heb ik berekeningen gemaakt van de effecten die ons totaaladvies lieten zien zoals de daaraan verbonden lasten, de maandbedragen, de fiscale gevolgen et cetera. Ik heb deze berekeningen met de familie S besproken en de berekeningen bij hen achtergelaten. (...) Er moest een aanvraagformulier van Easy Life ingevuld worden. Ik had dat formulier bij me. De klant moest dan aangeven hoeveel rente hij per maand wilde ontvangen. Dat formulier werd vervolgens getekend. De klant kreeg altijd een kopie. Dit formulier werd opgestuurd naar het hoofdkantoor in Helmond. Wanneer de storting binnen was kreeg de klant de obligatieovereenkomst toegestuurd. Ik heb voor mijn bemiddeling bij de totstandkoming van de overeenkomst met Easy Life € , - provisie ontvangen (2,5% over € , -). Bij nader inzien noem ik dit liever loon. (...) Ik heb met zoveel woorden tegen dhr. En mw. S gezegd dat ik in loondienst was van Easy Life en dat ik ter zake mijn advisering omtrent het Easy Life product derhalve een andere pet op had.'*

Op grond van deze verklaring staat vast dat H , handelend in hoedanigheid van vennoot van H A , de opdracht heeft aanvaard om aan de familie S een totaaladvies uit te brengen omtrent de financiering van de aankoop en verbouwing van hun nieuwe woning en het beleggen van vermogen. In aanmerking nemende dat onweersproken is gesteld dat ter zake deze advisering een zestal gesprekken hebben plaatsgevonden (op 15 augustus 2007, 17 oktober 2007, 19 november 2007, 12 december 2007, 11 februari 2008 en 19 februari 2008) valt aan te nemen dat deze opdracht is verstrekt tijdens het eerste gesprek. Dit sluit ook aan bij de verklaring van S ter comparitie:

*'Ik had de financiële situatie met alle persoonlijke gegevens uitgewerkt en beschikbaar. Dat was al meteen bij de eerste contacten met dhr. H . We wisten wat het eigen vermogen was en tijdens de gesprekken met dhr. H is er dieper op ingegaan hoe het allemaal geregeld zou worden. We hebben een volledig financieel plaatje geschetst en gevraagd hoe wij alles het beste konden regelen'.*

H heeft ter comparitie in gelijke zin verklaard.

4.1.2. H c.s. betwist dat er enig verband heeft bestaan tussen enerzijds de hypothecaire geldlening en anderzijds de obligatielening bij ELI. Voor zover H c.s. daarmee bedoeld heeft te stellen dat de advisering omtrent de beide transacties onafhankelijk van elkaar heeft plaatsgevonden en elkaar ook niet hebben beïnvloed staat dit haaks op hetgeen H ter comparitie daaromtrent heeft aangevoerd en waaruit naar het oordeel van de rechtbank duidelijk blijkt dat sprake is van een samenhangende advisering:

*'Mijn advisering aan de familie S is niet in een schriftelijk stuk neergelegd. Wel heb ik berekeningen gemaakt van de effecten die ons totaaladvies lieten zien zoals de daaraan verbonden lasten, de maandbedragen, de fiscale gevolgen et cetera. Ik heb deze berekeningen met de familie S besproken en de berekeningen bij hen achtergelaten'.*

H heeft verder verklaard dat hij het maatwerkformulier heeft ingevuld ten behoeve van de financiering bij BLG. Blijkens de tekst van het formulier was een maatwerktoets kennelijk noodzakelijk omdat S c.s. op basis van een reguliere inkomenstoets niet voor de gevraagde financiering in aanmerking kwam ('De geldnemer verklaart door ondertekening van der Verzoek Maatwerktoets op zodanige wijze n kennis te zijn gesteld van de overschrijding van de maximale leencapaciteit volgens de Gedragscode Hypothecaire Financieringen en de daaraan verbonden risico's en dat geldnemer de overschrijding en risico's begrijpt en accepteert'). Op dit formulier is bij de redenen voor de aanvraag van de Maatwerktoets onder meer ingevuld dat sprake is van inkomsten uit onverpande beleggingen. Aangezien gesteld noch gebleken is dat S c.s. ten tijde van het invullen van het formulier andere onverpande beleggingen aanhield (zijn belegging bij de Danskebank was (althans werd) immers beëindigd) moet aangenomen worden dat met deze verwijzing bedoeld wordt op de – daags erna – getekende overeenkomst met ELI, waarvoor H eerder reeds het aanvraagformulier had ingediend. Ook hieruit volgt naar het oordeel van de rechtbank dat sprake is van één samenhangend advies waar het betreft de hypothecaire lening bij BLG en de obligatielening van ELI. De samenhang tussen beide producten volgt ook uit hetgeen S c.s. heeft gesteld omtrent het met de obligatielening nagestreefde doel, te weten het reduceren van de maandlasten alsmede voorzien in de (gedeeltelijke) aflossing van de hypotheek op het moment waarop de obligatielening moest worden afgelost.

4.1.3. Het verweer van H dat hij omtrent de obligatielening van ELI heeft geadviseerd in zijn hoedanigheid van werknemer van ELI snijdt geen hout. Zelfs indien veronderstellenderwijs aangenomen wordt dat sprake is van een reëel dienstverband (S c.s. bestrijdt dat) en dat H S c.s. er bij zijn advisering omtrent de obligatielening op heeft gewezen dat hij in loondienst werkzaam was van ELI (S betwist dat ook) dan ontslaat dat H nog niet van de verplichting die hij in het kader van de aan hem verstrekte opdracht op zich heeft genomen om te adviseren zoals dat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam financieel adviseur mag worden verwacht. Het enkel kenbaar maken van de gestelde hoedanigheid van werknemer van ELI brengt op zichzelf nog geen wijziging teweeg in de verantwoordelijkheden die

H voordien bij de opdracht om een totaaladvies uit te brengen had aanvaard.

H c.s. onderkent dat ook min of meer gezien zijn stelling dat het loondienstverband aan zijn onafhankelijkheid bij de advisering niet in de weg staat en dat uitsluitend is gehandeld in het belang van S c.s., waarmee in ieder geval tot uitdrukking is gebracht dat die – uit de opdracht voortvloeiende – verplichtingen onverkort zijn blijven gelden. Ten overvloede kan hier nog aan worden toegevoegd dat ook in het geval

H zijn financieel advies uitsluitend in hoedanigheid van werknemer zou hebben

18 mei 2011

uitgebracht dit hem niet zonder meer zou hebben gevrijwaard van aansprakelijkheid (in dat geval uit onrechtmatige daad) ingeval dat advies vervolgens ondeugdelijk zou zijn gebleken. Het door H c.s. gedane bewijsaanbod kan gezien het voorgaande als niet ter zake dienend worden gepasseerd.

#### 4.2. risicoprofiel

4.2.1 H c.s. bestrijdt dat hij gehouden was om voorafgaand aan zijn advisering omtrent de obligatielening van ELI een risicoprofiel op te stellen als bedoeld in artikel 4:23 lid 1 Wft. Anders dan H c.s. is de rechtbank van oordeel dat uit het feit dat de advisering betrekking heeft op een effect (obligatie), uitgegeven door een niet onder AFM toezicht staande instelling en waarvan het prospectus ingevolge artikel 5:3 Wft ook niet aan goedkeuring van de AFM is onderworpen op zichzelf nog niet voortvloeit dat H c.s. bij zijn advisering omtrent dit product is vrijgesteld van de verplichting om op grond van artikel 4:23 lid 1 Wft een risicoprofiel op te stellen. Echter, zelfs indien zou worden aangenomen dat artikel 4:23 Wft in het onderhavige geval toepassing mist dan vloeit de verplichting tot naleving van de in dat artikel toe uitdrukking gebrachte regel voort uit de – op de redelijkheid en billijkheid gestoelde – bijzondere zorgplicht die op H c.s. rust als professionele financiële dienstverlener, en welke bijzondere zorgplicht verder strekt dan de verplichtingen die gelden ingevolge de toepasselijke publiekrechtelijke regelingen. Van een redelijk handelend en redelijk bekwaam financieel adviseur mag worden verlangd dat deze zich vooraf informeert omtrent de financiële positie van zijn cliënt alsmede diens kennis, ervaring, doelstelling en risicobereidheid en alle overige gegevens die met het oog op het gevraagde advies van belang kunnen zijn. Deze zorgplicht strekt er – mede – toe de cliënt te beschermen tegen eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht. Hoewel het in het geding gebrachte (schriftelijke) risicoprofiel dateert van 28 mei 2008 begrijpt de rechtbank overigens uit de stellingen van H c.s. alsmede de verklaring van H ter comparitie dat deze ten tijde van zijn advisering omtrent de ELI obligatielening feitelijk ook bekend was de financiële positie S c.s., zijn kennis, ervaring, doelstelling, risicobereidheid en overige, voor de advisering van belang zijnde gegevens, en dat daar feitelijk ook rekening mee is gehouden bij de advisering.

4.2.2. H c.s. heeft weliswaar nog aangevoerd dat S c.s. een ervaren belegger is die wel risico's durfde te nemen gezien zijn familieachtergrond, zijn belegging in de Danskebank alsmede het op die belegging geleden verlies maar daar gaat de rechtbank aan voorbij. Deze stelling staat namelijk haaks op de erkenning van H ter comparitie dat het kan kloppen dat S heeft aangegeven dat hij geen risico wilde lopen. Bovendien blijkt uit de omstandigheid dat eerder was belegd is in obligaties nog niet dat S c.s. bereid was risico's te lopen, gegeven het feit dat een obligatie op zichzelf als een betrekkelijk veilig product kan worden bestempeld. De omstandigheid dat S c.s. op hun obligatielening van de Danskebank 20% verlies hebben geleden maakt dat niet anders, integendeel: het feit dat zij belegd hadden in een obligatielening en zijn uitgestapt met 20% verlies waar anderen hun belegging aanhielden en later alsnog met 70% verlies uitstapten illustreert veeleer de risicoaversie van S c.s..

#### 4.3. De geadviseerde obligatielening

De rechtbank is van oordeel dat H c.s. als redelijk bekwaam en redelijk handelend financieel adviseur de obligatielening van ELI had dienen te ontraden, zulks gelet op de bedoeling van S c.s. om zijn maandlasten te drukken en een voorziening te treffen voor het aflossen van de hypotheek alsmede de beperkte mate waarin S c.s. bereid was om risico's te aanvaarden. De rechtbank licht dit als volgt toe.



18 mei 2011

4.3.1. Om te beginnen heeft H c.s. aangevoerd dat de obligatielening van ELI identiek is aan het product van Arasfonds dat S c.s. enige maanden later heeft aangeschaft. Zowel ELI als het Arasfonds beleggen in de markt van Life Settlements. Arasfonds staat onder toezicht van de AFM en het door haar op de markt gebrachte product is door de AFM goedgekeurd. Daarom mocht H c.s. er van uit gaan dat de obligatielening van ELI ook het predicaat veilig verdiende. De obligatielening zou derhalve geheel passen binnen het conservatieve risicoprofiel van S c.s.

H c.s. miskent met dit betoog (nog daargelaten de verdere merites waar het betreft de getrokken vergelijking met het Arasfonds) dat het er in deze zaak niet om gaat of de Life Settlement producten die ELI zou aankopen met de middelen die door haar uitgegeven obligatielening aangetrokken gelden betrouwbaar en veilig waren maar of de door ELI uitgegeven obligatielening dat predicaat verdiende en ook als zodanig had mogen worden geadviseerd gelijk H c.s. dat heeft gedaan. S c.s. verkreeg namelijk op grond van de obligatielening geen goederenrechtelijk aandeel in de – met zijn geld – aan te schaffen levenspolissen noch werden hem anderszins zakelijke zekerheden ter veiligstelling van de terugbetalingsverplichting van ELI aan het einde van de looptijd verschaft.

4.3.2. S c.s. heeft – terecht – tot uitgangspunt genomen dat een obligatielening op zichzelf past in een conservatief ingerichte beleggingsportefeuille. Het verschaft tijdens de looptijd een constante inkomstenstroom en recht op terugbetaling van de inleg aan het einde van de looptijd. Er zijn in beginsel slechts 2 risico's waar de belegger rekening mee moet houden: 1) de renteontwikkeling tijdens de looptijd (van invloed op de opbrengst bij verkoop voor het einde van de looptijd) en 2) het risico dat de debiteur niet in staat is aan zijn rente- en/of aflossingsverplichtingen te voldoen. S c.s. stelt dat

H c.s. hem met het oog op met name dit laatste risico de obligatielening had moeten ontraden, althans hem uitdrukkelijk op dit risico had moeten wijzen, in aanmerking nemende het voor S c.s. geldende risicoprofiel.

H verklaarde ter comparitie:

*'Easy Life heeft in het verleden al eens contact met mij opgenomen. Ik wilde met hun geen zaken doen en heb hen afgewezen omdat ik niet wist wat er met de investeringen van mijn klanten zou gebeuren als het bedrijf failliet zou gaan. Ik vond het eenvoudigweg te risicovol. Later is Easy Life teruggekomen met een bankgarantie. De in de Life Settlement geïnvesteerde producten waren namelijk verzekerd door middelen van een bankgarantie van Wells Fargo, een gerenommeerd financieel instituut uit de Verenigde Staten. Uiteindelijk is van de 40 miljoen euro slechts 7 miljoen euro geïnvesteerd door Easy Life'.*

Ter comparitie verklaarde H verder dat S c.s. heeft verteld dat het Easy Life product een veilig product was omdat er een bankgarantie op zat. H heeft aangenomen, zo verklaarde hij, dat hij te maken had met een eerlijk bedrijf en is er van uit gegaan dat alle aangetrokken gelden ook daadwerkelijk in de – gegarandeerde - Life Settlement producten werden geïnvesteerd, zonder daarbij aan te geven waarop hij dat vertrouwen baseerde. De rechtbank is van oordeel dat dit vertrouwen lichtvaardig is geweest omdat het niet op enig adequaat onderzoek is gestoeld noch anderszins objectief gerechtvaardigd was. Bij dit oordeel slaat de rechtbank mede acht op de omstandigheid dat ELI ten tijde van de uitgifte van de obligatielening (blijkens de prospectus) amper twee jaar bestond (en derhalve niet kon bogen op een relevant 'track-record' waarop het vertrouwen in de soliditeit en integriteit wellicht mede gebaseerd had kunnen worden), niet gelieerd was aan een grote, gereputeerde en daardoor vertrouwenwekkende financiële instelling noch – anders dan het Arasfonds - onder enige vorm van (overheids-)toezicht viel. Onder die omstandigheden rust op een redelijk bekwaam en redelijk handelend financieel adviseur die

18 mei 2011

een cliënt zoals S c.s. moet adviseren de verplichting om 1) hetzij gedegen onderzoek in te stellen naar de soliditeit en integriteit van de aanbieder van het product alvorens zijn cliënt de aanschaf ervan in overweging te geven (al dan niet onder uitdrukkelijke vermelding van eventuele door hem gesignaleerde restrisico's voor zover passend binnen het vigerende risicoprofiel), hetzij de cliënt dit product te ontraden zo dit onderzoek daar aanleiding toe geeft danwel in het geheel achterwege blijft. Vast staat dat

H c.s. het een noch het ander heeft gedaan. De omstandigheid dat S c.s. wist dat ELI niet onder toezicht stond van de AFM maakt dit niet anders, aangezien daaruit niet volgt dat S c.s. daarmee het risico heeft willen aanvaarden gelijk zich dat in deze heeft gemanifesteerd. De omstandigheid dat H c.s. S c.s. niet heeft verteld dat de AFM het prospectus niet had goedgekeurd omdat hij dat zelf ook niet wist maakt dit oordeel evenmin anders omdat H c.s. dit – gelet op artikel 5:2 Wft - had moeten weten en ook de eventuele wetenschap van S c.s. op dit punt de tekortkoming van H c.s. niet zou hebben weggenomen noch zou dit zijn aansprakelijkheid voor de schadelijke gevolgen ervan hebben verminderd. Het gegeven dat de Life Settlement producten die ELI met de aangetrokken gelden zou aanschaffen waren verzekerd met een bankgarantie van Wells Fargo (op basis waarvan H c.s. zijn aanvankelijke wantrouwen liet varen) waarborgde op geen enkele wijze dat ELI de aangetrokken gelden ook daadwerkelijk voor dat doel zou aanwenden terwijl de bankgarantie evenmin de rente- en aflossingsverplichtingen van ELI jegens S c.s. verzekerde. In zoverre was de mededeling van H dat 'het Easy Life product een veilig product was omdat er een bankgarantie op zat' feitelijk onjuist, aangezien de gememoreerde garantie geen enkele waarborg gaf dat ELI ook daadwerkelijk haar verplichtingen jegens S c.s. uit hoofde van de obligatielening zou nakomen.

4.4. Op grond van het voorgaande komt de rechtbank tot de conclusie dat H c.s. tekortgeschoten is in de nakoming van zijn verplichtingen als financieel adviseur door S de aanschaf van de obligatielening van ELI aan te bevelen in plaats van hem dit te ontraden.

#### 4.5. Schade

4.5.1. H c.s. heeft geen feiten of omstandigheden gesteld op grond waarvan aangenomen moet worden dat S c.s., ook in het geval hem de obligatielening zou zijn ontraden, desondanks deze overeenkomst met ELI zou hebben gesloten. De omstandigheid dat S enige maanden na het sluiten van de overeenkomst met ELI nog een (volgens H c.s. vergelijkbaar) product heeft gekocht van het Arasfonds levert geen aanwijzing op dat S c.s. een advies van H c.s. om geen obligaties van ELI te kopen in de wind zou hebben geslagen, althans dit valt zonder nadere toelichting, welke niet in verstrekt, niet in te zien. Aangenomen mag worden dat S c.s. bij een deugdelijke advisering van H c.s. van de obligatielening zou hebben afgezien.

4.5.2. Bij het vaststellen van de omvang van de schade als gevolg van de tekortkoming dient de feitelijke situatie vergeleken te worden met de hypothetische situatie, uitgaande van een onberispelijke nakoming. Hiervoor is overwogen dat H c.s. bij een onberispelijke nakoming de obligatielening van ELI had dienen te ontraden en dat S c.s. daar alsdan ook van zou hebben afgezien. Dat betekent dat hij in dat geval enerzijds de inleg ad EUR ,- zou hebben behouden en anderzijds geen recht op de rente over die inleg zou hebben verkregen. Daarmee is zijn schade gelijk aan de verloren inleg.

4.5.3. H c.s. betwist dat nu reeds vast staat dat de boedel van ELI geen enkele verhaal zal bieden, maar dat verweer wordt gepasseerd. Nog afgezien van het feit dat H c.s. zijn stelling op dit punt op generlei wijze heeft geconcretiseerd merkt de rechtbank op dat de omstandigheid dat in het faillissement van ELI mogelijk een uitkering zal kunnen worden gedaan aan schuldeisers niet van invloed is op de schade waarvoor H c.s. op grond van zijn tekortschieten aansprakelijk is jegens S . Indien H c.s. deugdelijk had gepresteerd dan was S c.s. helemaal geen schuldeiser (in het faillissement) van ELI geworden.

#### 4.6. Nevenvorderingen

Behalve de inleg kan ook de gevorderde wettelijke rente daarover ingaande de dag der dagvaarding worden toegewezen nu daartegen verder geen verweer is gevoerd.

De vordering ter zake de buitengerechtigde incassokosten wordt afgewezen nu de vordering van S c.s. dienaangaande iedere feitelijke onderbouwing ontbeert en de overgelegde sommatiebrief voorafgaand aan de dagvaarding naar het oordeel van de rechtbank moet worden gezien als de inleiding tot de onderhavige procedure waarvoor de proceskostenveroordeling geacht wordt een vergoeding in de houden.

H c.s. heeft ter comparitie verweer gevoerd tegen de gevorderde uitvoerbaarheid bij voorraad omdat hij ingeval van zijn veroordeling voornemens is hoger beroep in te stellen en tenuitvoerlegging in verband met de gelegde beslagen tot allerlei executiegeschillen aanleiding kan geven. De rechtbank verwerpt dit verweer nu de aangevoerde gronden op zichzelf en bij gebreke van gestelde of gebleken bijkomende omstandigheden onvoldoende gewicht in de schaal leggen tegenover het belang van S c.s. om zijn in deze procedure vastgestelde aanspraken geldend te kunnen maken ook in het geval tegen het vonnis waarin die aanspraken zijn vastgesteld een rechtsmiddel wordt aangewend.

4.8. Aangezien H c.s. als de overwegend in het ongelijk gestelde partij is aan te merken dient hij met de proceskosten te worden belast. Deze kosten worden, uitgaande van de toegewezen hoofdsom, als volgt begroot:

- kosten dagvaarding	EUR	98,93
- vast recht (2,2% over EUR 120.000)		2.640,-
- salaris advocaat (2 pnt; tarief V)		<u>2.842,-</u>
		5.580,93

De gevorderde beslagkosten kunnen eveneens worden toegewezen en worden op basis van de overgelegde stukken vastgesteld op EUR 6.597,50 (EUR 3.755,50 verschotten en EUR 2.842,- salaris advocaat, uitgaande van 2 verzoekschriften en tarief V).

## 5. De beslissing

De rechtbank

5.1. Veroordeelt H c.s. hoofdelijk, des dat de een betalend de ander zal zijn bevrijdt, tot betaling aan S c.s. van een bedrag van EUR ,-, te vermeerderen met de wettelijke rente ingaande 5 februari 2010 tot de dag der algehele voldoening;

- 
- 5.2. veroordeelt H c.s. hoofdelijk, des dat de een betalend de ander zal zijn bevrijdt, tot betaling van de proceskosten van S c.s., tot heden begroot op EUR 5.580,93;
- 5.3. veroordeelt H c.s. hoofdelijk, des dat de een betalend de ander zal zijn bevrijdt, tot betaling van de beslagkosten ad EUR 6.597,50;
- 5.4. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- 5.5. wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. W. Schoorlemmer en in het openbaar uitgesproken op 18 mei 2011.

w.g. de griffier

Voor eerste grosse

De griffier van de rechtbank 's-Hertogenbosch.



w.g. de rechter

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Hellema', is written over the seal and extends to the right.