

ECLI:NL:GHARL:2013:4713

| | |
|----------------------|---|
| Instantie | Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden |
| Datum uitspraak | 02-07-2013 |
| Datum publicatie | 11-07-2013 |
| Zaaknummer | CD 200.108.352-01 2-7-2013 |
| Formele relaties | Cassatie: ECLI:NL:HR:2014:3040, Bekrachtiging/bevestiging |
| Rechtsgebieden | Civiel recht |
| Bijzondere kenmerken | Hoger beroep |
| Inhoudsindicatie | Schending zorgplichtbeleggingsadviseur door het verstrekken van onjuiste informatie over (vermeende) garantstelling door Credit Suisse en het niet informeren van de cliënt over gerezen twijfel n.a.v. negatieve bevindingen van derden. |
| Vindplaatsen | Rechtspraak.nl JONDR 2013/1110 RF 2014/39 JA 2013/158 |

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEUWARDEN

locatie Leeuwarden

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.108.352/01
(zaaknummer rechtbank Noord-Nederland 170784/HL ZA 10-582)

arrest van de tweede kamer van 2 juli 2013

in de zaak van

[appellant],

wonende te [woonplaats 1],
appellant in het principaal hoger beroep,
geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,
in eerste aanleg: eiser,
hierna: **[appellant]**,
advocaat: mr. J.P. van Dijk, kantoorhoudend te Dedemsvaart,

tegen

[geïntimeerde] ,
wonende te [woonplaats 2],
geïntimeerde in het principaal hoger beroep,
appellant in het incidenteel hoger beroep,
in eerste aanleg: gedaagde,
hierna: **[geïntimeerde]**,
advocaat: mr. O. Diemel, kantoorhoudend te Rosmalen.

1 Het geding in eerste aanleg

In eerste aanleg is geprocedeerd en beslist zoals weergegeven in de vonnissen van 26 januari 2011, 27 juli 2011 en 14 maart 2012 van de rechtbank Zwolle-Lelystad, thans rechtbank Overijssel.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure is als volgt:

- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 8 juni 2012,
- de memorie van grieven tevens vermindering van eis,
- de memorie van antwoord, tevens van grieven in incidenteel hoger beroep,
- de memorie van antwoord in incidenteel hoger beroep,
- een akte van [appellant],
- een antwoordakte van [geïntimeerde].

2.2 Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest overgelegd en heeft het hof arrest bepaald. Gelet op artikel CIII van de Wet herziening gerechtelijke kaart (*Staatsblad* 2012, 313) wordt in deze voor 1 januari 2013 aanhangig gemaakte zaak uitspraak gedaan door het hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden.

2.3 De vordering van [appellant] luidt:

"te vernietigen de beslissing van de rechtbank Zwolle-Lelystad d.d. 14 maart 2012 onder kenmerk 170784/HL ZA 10-582 geweest en opnieuw rechtdoende, doende wat de eerste rechter had behoren te

doen, alsnog bij arrest, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar te verklaren bij voorraad, te beslissen als volgt:

Primair

Te verklaren voor recht dat geïntimeerde jegens appellant toerekenbaar tekort is geschoten bij de nakoming van de verplichtingen uit overeenkomst en dat deze niet de zorg heeft betracht als bedoeld in artikel 7:401 BW.

Voorts geïntimeerde te veroordelen tot voldoening van een schadevergoeding ter hoogte van € 37.840,00 verhoogd met de wettelijke rente vanaf 8 maart 2007, subsidiair vanaf de dag der dagvaarding in eerste aanleg tot aan de dag der algehele voldoening.

Subsidiair

Te verklaren voor recht dat de geïntimeerde jegens appellant onrechtmatig heeft gehandeld.

Voorts geïntimeerde te veroordelen tot voldoening van een schadevergoeding wegens het plegen van een onrechtmatige daad groot € 37.840,00 verhoogd met de wettelijke rente vanaf 8 maart 2007, subsidiair vanaf de dag der dagvaarding in eerste aanleg tot aan de dag der algehele voldoening.

Voorts met veroordeling van de geïntimeerde in de nakosten zoals opgenomen in de dagvaarding in hoger beroep.

Voorts met veroordeling van geïntimeerde in de kosten van beide instanties".

2.4 [geïntimeerde] heeft in het principaal appel als volgt voor antwoord geconcludeerd:

"om appellant in principaal appèl niet in zijn hoger beroep te ontvangen, althans het tussenvonnissen en eindvonnis van rechtbank Zwolle-Lelystad, sector civiel van 27 juli 2011 respectievelijk 14 maart 2012, gewezen tussen appellant als eiser en geïntimeerde als gedaagden, ten aanzien van het principaal appèl te bekrachtigen, met veroordeling van appellant in principaal appèl in de kosten van deze procedure, één en ander zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 14 dagen na dagtekening van het in deze te wijzen arrest en vermeerderd met nakosten voor een bedrag van € 131,00 dan wel, indien betekening plaatsvindt, van € 199,00;

In incidenteel appel heeft [geïntimeerde] gevorderd:

"om het tussenvonnissen en eindvonnis van rechtbank Zwolle-Lelystad, sector civiel van 27 juli 2011 respectievelijk 14 maart 2012, gewezen tussen appellant in incidenteel appèl als gedaagde en geïntimeerde als eiser, ten aanzien van het incidenteel appèl gedeeltelijk te vernietigen en, opnieuw rechtdoende, de oorspronkelijke vorderingen van geïntimeerde in incidenteel appèl alsnog volledig af te wijzen, met veroordeling van geïntimeerde in incidenteel appèl in de kosten van deze procedure, één en ander zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 14 dagen na dagtekening van het in dezen te wijzen arrest en vermeerderd met nakosten voor een bedrag van € 131,00 dan wel, indien betekening plaatsvindt, van € 199,00."

2.5 [appellant] heeft in het incidenteel appel geantwoord:

"appellant in incidenteel appel in haar vorderingen in hoger beroep niet-ontvankelijk te verklaren, althans en in elk geval deze vordering aan appellant te ontzeggen als zijnde ongegrond en onbewezen.

Voorts met veroordeling van appellant in de kosten van beide instanties."

3 De feiten

3.1 De rechtbank heeft in haar tussenvonnissen van 26 januari 2011 onder 2 (2.1 tot en met 2.11) alsmede in haar tussenvonnissen van 27 juli 2011 onder 2.4 (a tot en met j) en 2.5 (a tot en met c) de

volgende feiten vastgesteld die niet tussen partijen in geschil zijn.

3.2 [geïntimeerde] dreef een eenmanszaak onder de naam [geïntimeerde] Adviesgroep, welke klanten adviseerde over hypotheeken, financieringen, belastingen alsmede levens- en schadeverzekeringen. Inmiddels is de eenmanszaak omgezet in een besloten vennootschap.

3.3 [appellant] was sinds 1 november 1999 klant van [geïntimeerde].

3.4 Bij brief van 28 februari 2003 heeft [appellant] [geïntimeerde] geschreven naar aanleiding van een aantal verzekeringen die hij begin 2000 in overleg met [geïntimeerde] had afgesloten en waarvan de gezamenlijke jaarpremie € 5.469,08 beliep. Na een opsomming van de afgesloten verzekeringen luidt de brief - voor zover van belang - als volgt:

"De rest van het kapitaal dat wij destijds ter beschikking hadden is ondergebracht in een aantal aandelenfondsen met de achterliggende gedachte dat bovengenoemde premies uit de opbrengst hiervan betaald zouden worden. Door de ontwikkelingen op de kapitaalmarkt van de afgelopen jaren is hiervan echter geen sprake en zijn wij vanaf het begin genoodzaakt de premies uit eigen middelen te betalen. Helaas moeten wij nu tot de conclusie komen dat dit voor ons niet langer op te brengen is: de post van EUR 450,- per maand drukt te zwaar op ons gezinsbudget. Graag ontvangen wij van u op korte termijn een gefundeerd plan om bovenstaande problematiek op te lossen. Wij laten het aan uw deskundigheid over om de diverse zaken die hierbij een rol spelen (gehele/gedeeltelijke afkoop - premieverlaging -belastingconsequenties) inzichtelijk te maken."

3.5 [geïntimeerde] heeft daarop een overzicht gemaakt van de inkomsten- en vermogenspositie van [appellant]. Partijen hebben dit overzicht besproken.

3.6 Vervolgens heeft [geïntimeerde] twee opties aan [appellant] voorgelegd, te weten:

- a. Participatiesparen van SNS/Reaal tegen 6,35 % rente;
- b. [Q] Garantie Certificaten tegen 7% rente.

3.7 [geïntimeerde] heeft [appellant] over beide producten geïnformeerd. Hij heeft [appellant] onder meer de brochure, het Engelstalige prospectus en de technische specificaties en de van de [Q] Garantie Certificaten verstrekt. Blijkens de brochure betreft het een (achtergestelde) lening aan [Q] met een looptijd van 10 jaar. In de technische specificaties staat vermeld:

"Vermogensbeheerder: Credit Suisse".

In het prospectus staat onder meer:

"1.11 Events of Default (a) Due en Repayable., All Bonds shall become due and repayable at the principle amount (...) in the event: (i) het Issuer is adjudicated bankrupt or granted moratorium of payments, or: (ii) an order is made or an effective resolution is passed for the winding-up or liquidation (voluntary or juridical) of het Issuer (...)

1.19 *Issue related costs. The Bonds are issued with an Issue Price of 101% of het nominal value (euro 1.000,-) (...)*

1.20 *Use of proceeds. (...) The remaining (approximately) 90% of the proceeds of het Issue will be credited to an account of Credit Suisse Asset Management S.A. in Luxembourg. Credit Suisse Asset Management S.A. will perform asset-management activities under a DIA (Discretionary Investment Agreement). As a result of this DIA, the interest payments to the bondholder are, subject to the terms and conditions of this Preliminary Offering Circular, guaranteed."*

[geïntimeerde] heeft [appellant] medegedeeld dat blijkens de technische specificaties Credit Suisse garant staat voor de inleg.

3.8 [appellant] heeft daarop gekozen voor belegging in de [Q] Garantie Certificaten. Hij heeft het aanvraagformulier ingevuld dat hem door [geïntimeerde] was toegestuurd en hij heeft dit formulier ingevuld, getekend en op 1 december 2003 naar [geïntimeerde] Adviesgroep gezonden, die het op 3 december 2003 heeft doorgestuurd naar [Q].

3.9 Op 15 december 2003 heeft [E] (blijkens zijn mailonderschrift op dat moment werkzaam bij [B]) de volgende email geschreven aan [A] van [geïntimeerde] Adviesgroep:

"Ik heb de garantiecertificaatbrochure bekeken. Er blijven bij mij wel een aantal vragen over:

- 1. is de uitkering van de inleg gegarandeerd na 10 jaar?*
- 2. waar halen zij hun rendement vandaan?*
- 3. gegevens over inleg op de site en brochure komen niet overeen.*
- 4. het prospectus blijkt niet te downloaden.*
- 5. bij faillissement van het bedrijf: inleg kwijt?*
- 6. bij de VOFP kwam ik nog al een negatieve berichtgeving tegen over [Q]:*
<http://www.vofp.nl/id50.htm> "

3.10 De heer [C] van [geïntimeerde] Adviesgroep heeft bij brief van 16 december 2003 aan de heer [D] van Capital Consult de technische specificatie van [Q] gestuurd met de mededeling:

"Hierbij de door U gevraagde prospectus, met daarin aangestreept de in de bijlage 1 vermelde specificaties en een korte toelichting voor intermediairs. Er wordt dus wel degelijk over Credit Suisse gepraat in de prospectus.

Het komt ons voor dat het rentecertificaat van SNS (ook perpetual obligatie en ook 4 handelsdagen) er erg op lijkt. Hebben jullie wel eens wat geschreven/uitgezocht over dat product? We horen graag van jullie wat jullie bevindingen zijn."

3.11 Op 23 december 2003 heeft [A] van [geïntimeerde] Adviesgroep de volgende email aan [E] gezonden:

"Dit roept inderdaad vragen op. Mijn collega die deze zaken 'beheert' heeft contact gehad met [D] en hem de engelstalige prospectus toegestuurd. Hij berichtte ons deze te hebben ontvangen en beloofde ons op de hoogte te houden, volgend jaar. Zodra wij meer weten breng ik je, of mijn collega, op de hoogte."

3.12 In februari 2004 heeft [D] een kritisch artikel over de Garantiecertificaten van [Q] in het februarinummer van het blad Fiscalert geschreven. Hij concludeerde:

"We zetten grote vraagtekens bij deze aanbieding, omdat de zogenaamde garanties op drijfzand lijken te staan. Een garantie is immers net zo sterk als de fundamenten van degene die hem aanbiedt. In dit geval is dat toch echt [Q], en niet Credit Suisse."

3.13 [appellant] heeft op 16 maart 2004 de inleg van € 40.000,- rechtstreeks aan [Q] Investments overgemaakt.

3.14 Bij brief van 22 maart 2004 aan [appellant] bevestigt [Q] de deelname van [appellant] met 40 [Q] Garantie Certificaten met een totale nominale waarde van € 40.000,-

3.15 Bij brief van 21 juli 2004 heeft [A] [D] als volgt bericht:

"Hierbij treft U een kopie van het schrijven van mijn collega [C] aan d d. 16 december 2003. Voor zover

wij kunnen nagaan hebben wij hier nimmer een antwoord op gehad. Vriendelijk verzoek ik u, ons zo mogelijk, te informeren."

3.16 Op 22 juli 2004 heeft [D] [A] een email gestuurd met de volgende inhoud:

"Dank voor uw reminder en mijn excuses voor het niet beantwoorden van de vraag van december 2003. Mijn aandacht ging op dat moment uit naar [Q] waar ik (nog steeds) ernstige vraagtekens bij heb. Zo beschik ik onder andere over een schriftelijke verklaring van Credit Suisse dat zij [Q] helemaal niet kennen en er ook geen zaken mee doen.

(..) [Q] staat niet onder toezicht en heeft slechts de verplichting een prospectus met accountantsverklaring bij de AFM te deponeren."

3.17 Op 25 juli 2006 is [Q] Investments failliet verklaard. Credit Suisse bleek niet garant te staan voor de inleg.

4 Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

4.1 [appellant] heeft een schadevergoeding van € 40.000,- in hoofdsom gevorderd van [geïntimeerde] wegens toerekenbare tekortkoming dan wel onrechtmatig handelen.

4.2 De rechtbank heeft geoordeeld dat [geïntimeerde] geen verwijt treft dat de beleggingsovereenkomst tussen [appellant] en [Q] begin december 2003 tot stand is gekomen omdat gesteld noch gebleken is dat [geïntimeerde] op dat moment beschikte over negatieve informatie over [Q]. [geïntimeerde] mocht naar het oordeel van de rechtbank daarom afgaan op de informatie die [Q] via haar prospectus en technische en financiële specificaties e.d. had verstrekt. (r.o. 2.7 tussenvonnissen van 27 juli 2011 in samenhang met r.o. 4.13 van het tussenvonnissen van 26 januari 2011).

De rechtbank heeft voorts geoordeeld dat [geïntimeerde] wel tekort is geschoten in zijn zorgplicht als beleggingsadviseur door [appellant] begin 2004 niet te informeren over de negatieve bevindingen van [D], zodat [geïntimeerde] aansprakelijk is voor de schade die [appellant] dientengevolge heeft geleden (r.o. 2.10 tot en met 2.13 van het vonnis van 27 juli 2011). heeft naar het oordeel van de rechtbank evenwel onvoldoende gesteld ten betoge dat hij niet tot overboeking van zijn inleg zou zijn overgegaan als [geïntimeerde] hem voor 16 maart 2004 op de hoogte zou hebben gesteld van de kritische informatie over [Q] (r.o. 2.8 eindvonnis van 14 maart 2012). Om die reden heeft de rechtbank de vordering van [appellant] afgewezen.

5 De beoordeling

In het principaal appel en in het incidenteel appel

5.1 In grief 2 in principaal appel klaagt [appellant] dat de rechtbank het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden, door in haar eindvonnis in r.o. 2.7 een standpunt van [geïntimeerde] weer te geven waarop [appellant] niet meer heeft kunnen reageren. Het hof is van oordeel dat [appellant], die in dit hoger beroep alsnog de gelegenheid heeft gehad zijn standpunt dienaangaande weer te geven, geen belang heeft bij de bespreking van deze grief, wat daarvan verder ook zij.

5.2 De overige grieven in het principaal appel en de grief in het incidenteel appel leggen aan het hof

de vraag voor of [geïntimeerde] toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst door de op hem rustende zorgplicht te schenden en of [appellant] dientengevolge schade heeft geleden. De grieven lenen zich voor een gezamenlijke bespreking. Het hof overweegt dienaangaande als volgt.

5.3 Vast staat dat [appellant] zich tot [geïntimeerde] heeft gewend met het verzoek hem te adviseren over zijn vermogenspositie omdat de premies van de diverse verzekeringen die [appellant] had afgesloten - in totaal € 450,- per maand - te zwaar op het gezinsbudget drukten, nu zij door de tegenvallende resultaten op de kapitaalmarkt niet uit de opbrengst van zijn beleggingen konden worden voldaan, zoals aanvankelijk was voorzien.

Eveneens staat vast dat [geïntimeerde] [appellant] heeft geadviseerd om voor een bedrag van € 40.000,- [Q] Garantie Certificaten aan te schaffen - welk bedrag gefinancierd diende te worden middels een verhoging van de hypotheek op de woning van [appellant] - en dat [geïntimeerde] [appellant] daarbij heeft verzekerd dat zowel de betaling van de rente als de (terug)betaling van de inleg door Credit Suisse zou zijn gegarandeerd.

heeft onweersproken gesteld dat [geïntimeerde] heeft toegezegd hem een Nederlandse versie van het prospectus te zullen toezenden, maar dat [geïntimeerde] dat heeft nagelaten en dat [appellant] volledig is afgegaan op de mededelingen van [geïntimeerde].

Ten slotte staat vast dat [Q] failliet is gegaan en dat Credit Suisse niet garant bleek te staan voor de inleg.

5.4 [geïntimeerde] heeft [appellant] - die gelet op zijn adviesaanvraag behoefte had aan een veilige belegging en voor wie de garantstelling van Credit Suisse daarom van cruciaal belang was - onjuiste informatie verstrekt. Uit het prospectus en de technische specificaties blijkt immers - anders dan [geïntimeerde] heeft doen voorkomen - niet van een garantstelling door Credit Suisse. Naar het oordeel van het hof is [geïntimeerde] door het verstrekken van die onjuiste informatie toerekenbaar tekort geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen. Nu [Q] in staat van faillissement is verklaard waardoor [appellant] geen rente meer ontvangt en zijn inleg heeft verloren - hetgeen door [geïntimeerde] niet, althans niet gemotiveerd is betwist - staat bovendien vast dat [appellant] schade heeft geleden als gevolg van de onjuiste advisering door [geïntimeerde].

5.5 Het hof is met de rechtbank van oordeel dat [geïntimeerde] bovendien tekort is geschoten in zijn zorgplicht als beleggingsadviseur door [appellant] begin 2004 niet te informeren over de negatieve bevindingen van [E] en [D] over de garantiecertificaten van [Q]. Het hof verwerpt het verweer van [geïntimeerde] dat geen sprake was van een "brede publieke waarschuwing". De signalen van [E] en [D] waren dusdanig ernstig en het belang van [appellant] zodanig groot, dat van [geïntimeerde] verwacht had mogen worden dat hij [appellant] daarover informeerde. Door dat niet te doen, heeft hij de kans onbenut gelaten om de schade te beperken door [appellant] te adviseren alsnog van zijn inleg af te zien.

5.6 [appellant] heeft zijn schadevordering in hoger beroep verminderd met het bedrag van € 2.160,- dat door hem aan rente van [Q] is ontvangen. Hij vordert thans nog een bedrag van € 37.840,- in hoofdsom. [appellant] schade bestaat naar 's hofs oordeel tenminste uit dat bedrag nu gesteld noch gebleken is dat [appellant] enige uitkering uit het faillissement van [Q] heeft gekregen of kan verwachten en [geïntimeerde] heeft erkend dat er bij [Q] "niets gehaald kan worden" (conclusie van antwoord, randnummer 32).

5.7 De grief in het incidenteel appel faalt. De grieven 1, 3 en 4 in het principaal appel treffen doel.

Slotsom

5.8 Het vonnis van de rechtbank Zwolle-Lelystad van 14 maart 2012 zal worden vernietigd. Het hof zal, opnieuw recht doende, de vordering van [appellant] tot schadevergoeding toewijzen, vermeerderd met de gevorderde rente, nu [geïntimeerde] heeft erkend dat deze per 8 maart 2007 is aangezegd.

Het hof stelt vast dat [appellant] in hoger beroep niet langer vergoeding van buitengerechtelijke kosten vordert. Daarnaast heeft [appellant] geen belang bij een verklaring voor recht, zodat de vordering in zoverre zal worden afgewezen. [geïntimeerde] zal de in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep, alsmede in de nakosten. De proceskosten worden tot aan deze uitspraak aan de zijde van [appellant] wat het geliquideerd salaris voor de advocaat betreft begroot op € 2.316,- (4 punten, tarief III) in eerste aanleg en op € 1158,- (1 punt, tarief III) in het principaal appel. Naar vaste rechtspraak vindt geen kostenveroordeling plaats in het incidenteel appel indien dat onnodig is ingesteld. Dat is hier het geval nu de in het incidenteel appel opgeworpen vraag ingevolge de devolutieve werking van het principaal appel ook door het hof zou moeten worden beantwoord.

6 De beslissing

Het gerechtshof:

in principaal en in incidenteel hoger beroep:

vernietigt het vonnis van de rechtbank Zwolle-Lelystad van 14 maart 2012 en doet in zoverre opnieuw recht:

veroordeelt [geïntimeerde] tot voldoening aan [appellant] van een schadevergoeding wegens toerekenbare tekortkoming ter hoogte van € 37.840,- te vermeerderen met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 8 maart 2007 tot aan de dag der algehele voldoening;

veroordeelt [geïntimeerde] in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep en begroot deze tot aan deze uitspraak voor zover gevallen aan de zijde van [appellant] in eerste aanleg op € 2.316,- aan geliquideerd salaris voor de advocaat en op € 973,88 aan verschotten en in principaal hoger beroep op € 1.158,- aan geliquideerd salaris voor de advocaat en op € 756,64 aan verschotten;

veroordeelt [geïntimeerde] tot voldoening van € 131,- voor nasalaris van de advocaat, alsmede € 68,- voor nasalaris van de advocaat indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak is voldaan en betekening heeft plaatsgevonden;

verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Aldus gewezen door mrs. L. Janse, voorzitter, M.M.A. Wind en I. Tubben en uitgesproken door de rolraadsheer ter openbare terechtzitting van dit hof van dinsdag 2 juli 2013 in bijzijn van de griffier.