

ECLI:NL:GHARL:2016:5454

Instantie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak 05-07-2016

Datum publicatie 07-07-2016

Zaaknummer 200.144.421/01

Rechtsgebieden Civiel recht

Bijzondere kenmerken Hoger beroep

Inhoudsindicatie

Zorgplicht beleggingsdienstverlener. Geïntimeerde, een particulier zonder enige beleggingservaring, is overeenkomst aangegaan met appellante, strekkende tot het beleggen in futures. Appellante heeft naar het oordeel van het hof haar zorgplicht geschonden door na te laten hem te adviseren van de belegging af te zien, gelet op het ontbreken van beleggingservaring en het hoge beleggingsrisico.

Geïntimeerde had toen hem na enige maanden van zee forse koersschommelingen duidelijk was dat hij belegde in een zeer risicovol product, zijn portefeuille moeten beëindigen.

Door dat niet te doen heeft geïntimeerde de op hem rustende schadebeperkingsplicht geschonden. Eigen schuld van 50% (over het op dat moment nog resterende belegde vermogen).

Vindplaatsen

Rechtspraak.nl

NTHR 2016, afl. 5, p. 272

NJF 2014/493

JONDR 2016/993

mr. drs. S.J. Hoes-Weishut, mr. B.J. Boutellier, mr. J. Sluijter,
mr. J.P. van der Klein en mr. A.E.E. Verspyck Mijnsen annotatie in UDH:FR/13432

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEUWARDEN

locatie Leeuwarden

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.144.421/01

(zaaknummer rechtbank Overijssel C/07/199198 / HZ ZA 12-160)

arrest van 5 juli 2016

in de zaak van

Invinco GmbH,

gevestigd te Düsseldorf,

appellante in het principaal appel,

geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,

tevens eiseres in het incident,

in eerste aanleg: gedaagde,

hierna: **Invinco**,

advocaat: mr. drs. M.M.S. ter Beek-Ehren, kantoorhoudend te Eindhoven,

tegen

[geïntimeerde] ,

wonende te [woonplaats] ,

geïntimeerde in het principaal appel,

appellant in het incidenteel hoger beroep,

verweerder in het incident,

in eerste aanleg: eiser,

hierna: **[geïntimeerde]**,

advocaat: mr. R.H. Kroes, kantoorhoudend te Amsterdam.

1 Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

1.1 Het hof neemt de inhoud van het arrest van 28 oktober 2014 in het incident hier over.

In dat arrest heeft het hof overwogen dat [geïntimeerde] ontvangen kan worden in zijn appel tegen het tussenvonnissen van de rechtbank van 26 februari 2014 en heeft het hof de bezwaren tegen de wijziging van eis door [geïntimeerde] in diens memorie van antwoord in principaal appel tevens memorie van grieven in incidenteel appel verworpen.

1.2 Na genoemd arrest heeft Invinco een memorie van antwoord in incidenteel appel en hebben beide partijen nog een akte genomen.

1.3 Vervolgens heeft het hof bij arrest van 15 december 2015 een comparitie van partijen gelast. Deze comparitie heeft op 20 april 2016 plaatsgevonden. Bij die gelegenheid hebben de advocaten van beide partijen pleitnotities overgelegd. Van het verhandelde ter comparitie is proces-verbaal opgemaakt.

1.4 De zaak is aan het slot van de comparitie verwezen naar de rol voor arrest.

2 Vaststaande feiten

2.1 De rechtbank heeft in rechtsoverweging 2 (2.1 tot en met 2.13) van het tussenvonnis van 25 september 2013 de feiten vastgesteld. Grief 1 in het principaal appel ziet op een onderdeel van de feitenvaststelling. Tegen de overige onderdelen van de feitenvaststelling zijn geen grieven gericht en ook overigens is niet van bezwaren gebleken. In appel kan van die feiten derhalve worden uitgegaan. Rekening houdend met hetgeen overigens over de feiten is aangevoerd en met inachtneming van hetgeen Invinco in grief 1 heeft aangevoerd, komen de feiten op het volgende neer.

2.2 [geïntimeerde] , geboren op [geboortedatum] , heeft een las- en constructiebedrijf. Daarnaast heeft [geïntimeerde] inkomsten uit vastgoed.

2.3 Invinco (tot 19 juli 2012: Pergine Financial Group Europe GmbH - het hof zal voor gebeurtenissen tot 2012 de naam PFG gebruiken) is een Duitse beleggingsonderneming.

2.4 Vanaf medio 2008 is [geïntimeerde] meerdere keren door PFG over haar producten benaderd. Bij e-mailbericht van 1 september 2008 heeft PFG aan [geïntimeerde] nadere informatie toegezonden over haar bedrijf, haar werkwijze en de werking van de termijnmarkt. In die informatie is onder het kopje "RISIKO" het volgende vermeld:

"We hebben zojuist uitgelegd dat er in een bewegende markt zowel bij stijgende als bij dalende prijzen/koersen positieve resultaten kunnen worden geboekt. Het liefst gaan wij natuurlijk voor positieve resultaten (dus winst), maar de realiteit gebiedt ons te melden dat een voorspelling ook wel eens anders kan uitpakken.

Teneinde de winstkansen zo optimaal mogelijk te houden en de verlies risico's te beperken wordt bij alle transacties een verlies maximum ingebouwd. Dit wordt een 'stop loss limit' genoemd. In de praktijk betekent dit dat bij een onverwachte prijsdaling het contract automatisch wordt verkocht wanneer de prijs een van tevoren bepaald punt heeft bereikt.

In het eerder genoemde voorbeeld wordt een stijging van US\$ 1 verwacht. Om een onverwacht verlies te minimaliseren wordt een 'stop loss limit' ingevoerd van US\$ 0,25 dus op een prijs van US\$ 124 minus US\$ 0,25 is US\$ 123,75 per vat.

Het maximale verlies van de transactie kan dan als volgt worden berekend:

(...)

In een verlies situatie rekent PFG geen kosten."

2.5 Op 15 december 2008 heeft [geïntimeerde] tijdens een bezoek aan hem van een vertegenwoordiger van PFG een aantal contracten / documenten ondertekend, te weten een in de Nederlandse en Duitse taal opgestelde "Overeenkomst voor Portfoliomanagement" met PFG Inc., een in de Engelse en Nederlandse taal gestelde "Customer Account Agreement"/ "Overeenkomst klantenrekening", een als "Limited Power-Of-Attorney" aangeduid stuk in de Engelse taal en een bijbehorende "Third Party Letter NFA Rule 2-8 (e)", eveneens in de Engelse taal. Ten slotte heeft [geïntimeerde] die dag een in de Engelse en Nederlandse taal opgesteld stuk "Belangrijke informatie omtrent de verliesrisico's bij handel in futures"¹ ondertekend.

2.6 De overeenkomst voor portfoliomanagement houdt, volgens het door partijen ondertekende schriftelijke contract, in dat [geïntimeerde] opdracht heeft gegeven aan en PFG heeft gemachtigd om de effecten die bij PFG Inc. "thans of in de toekomst ten behoeve van contracten op de internationale termijnmarkten ten name van hem zullen zijn gedeponneerd", overeenkomstig de bepalingen van de hiervoor bedoelde overeenkomst "te beheren". In (de Nederlandstalige versie van) het door [geïntimeerde] ondertekende contract is onder meer het volgende vermeld:

1 Voorwerp van de overeenkomst

1.1

Voorwerp van de overeenkomst is het verzorgen van beleggingstransacties van de rekeninghouder door PFG Europe.

PFG Europe verzorgt voor de rekeninghouder de verkrijging en vervreemding van de effecten die zich op de rekening bevinden. Het betreft hier termijntransacties van alle typen. Er vindt geen vermogensbeheer in algemene zin plaats.

1.2

Deze overeenkomst kan door elk der partijen ten allen tijde schriftelijk worden opgezegd. (...).

2 Aansprakelijkheid

2.2

PFG Europe kan haar handelsbeslissingen naar eigen goeddunken van zaken nemen. Er wordt geen garantie of verzekering gegeven ten aanzien van het gewenste resultaat.

6 Bekendheid

6.1

De rekeninghouder is bekend met het economische effect van de transacties op zijn winstmogelijkheden.

6.2

De rekeninghouder is ermee bekend dat hij het risico loopt op een algeheel verlies van middelen en dat zijn inleg onderhevig is aan hefboomwerking.

6.4

Het is de rekeninghouder bekend dat de transacties van zuiver speculatieve aard zijn. "

2.7 De "Customer Account Agreement" is een stuk van 75 pagina's, dat onder meer bestaat uit de aanvraag van een rekening, de eigenlijke "Customer Agreement", een aantal "Risk Disclosure Statements" en een inkomstenverklaring.

De rekeningaanvraag betreft de aanvraag voor een individuele effectenrekening bij PGF Inc., een Amerikaanse instelling. In de aanvraag is aangekruist dat [geïntimeerde] een jaarinkomen van \$ 50.000 tot \$ 100.000 en een vermogen van \$ 50.000 tot \$ 100.000 heeft, dat hij geen ervaring heeft in het beleggen aandelen, fondsen, goederen en opties en dat hij een aanvraag doet voor het openen van een speculatieve account.

Vraag 8 luidt in de Nederlandse taal:

"Is dit een speculatieve rekening of een dekkingsrekening?"

Als antwoord is aangekruist dat het een speculatieve rekening betreft.

Vraag 9 luidt in de Engelse taal:

"Do you intend to trade security futures products ("SFP")

en in het Nederlands:

Wenst u futures te verhandelen ("SFP")?"

Als antwoord is nee aangekruist, maar het tweede deel van vraag 9:

"Als u beoogt om inkomen te produceren, begrijpt u dat er risico en verlies bestaat in het verhandelen van deze contracten?"

is met ja beantwoord.

Bij vraag 11, of [geïntimeerde] inzicht heeft in Futures Trading en/of de verliesrisico's en/of het "Margebeleid PFG" is steeds het vakje ja aangekruist.

In de "Customer Agreement" is de contractuele verhouding tussen [geïntimeerde] en PGF Inc. uiteengezet.

Het slot van de Nederlandse tekst van de van de overeenkomst deel uitmakende risicoverklaring betreffende futures en opties luidt:

"Ik, de ondergetekende klant, heb een exemplaar van deze risicoverklaring ontvangen, gelezen en begrepen. Ik bevestig verder dat Ik, voor het geval Ik de bedoeling heb om opties op futures te verhandelen, de risicoverklaring over opties gelezen en begrepen heb, en wanneer Ik de

bedoeling heb om termijncontracten met zekerheden te verhandelen (security futures contracts), de risicoverklaring voor futurecontracten met zekerheden en de elektronische handel en de Verklaring betreffende voorverhandelde zaken en die opgenomen is op pagina 34-64 van deze rekeningdocumenten gelezen en begrepen heb.”

In deze risicoverklaring is onder meer gewezen op het risico de volledige aankoopprijs van een optie te verliezen en op het risico van onbepaalde verliezen bij termijncontracten. Verder is aangegeven:

“U kunt op zeer korte termijn een grote som geld verliezen. (...)

Als u zich niet prettig voelt met dit risiconiveau zou u geen termijn contracten moeten aangaan. (...)

Wees voorzichtig met beweringen dat u grote winsten kunt maken door termijncontracten te verhandelen. Hoewel het hoge hefboomeffect voor termijncontracten kan leiden tot grote onmiddellijke winsten, kan dit ook tot grote en onmiddellijke verliezen leiden.”

2.8 Het stuk “Belangrijke informatie omtrent de verliesrisico’s bij handel in futures” is een in de Engelse en Nederlandse taal opgesteld stuk van zes pagina’s met algemene informatie over beleggingsrisico’s bij futures en informatie over risico’s bij specifieke types van handel.

In het stuk is onder meer vermeld:

“De kans om winst te maken bij de handel in futures gaat gepaard met een hoog risico, verliezen te lijden. (...)

Het kan onmogelijk zijn om uw verplichtingen bij de handel in futures te voorspellen. Die kunnen zelfs stijgen boven de door u reeds gedeponeerde waarborgsom en ze kunnen uw andere activa aantasten.”

2.9 In het alleen in de Engelse taal opgestelde stuk met de aanduiding “Limited Power-Of-Attorney” bevestigt [geïntimeerde] dat hij Invinco heeft gemachtigd om namens hem als handelsagent op te treden en dat hij zich ervan bewust is dat bij de handel in futures sprake is van een hoog risico.

2.10 Op 22 januari 2009 heeft [geïntimeerde] een niet in het Nederlands gestelde aanvullende risicoverklaring (“additional risk disclosure”) ondertekend. Deze verklaring is hem door PFG toegestuurd en komt erop neer dat hij zich realiseert dat het verlies bij de handel in futures en opties substantieel kan zijn en dat het hefboomeffect waarmee wordt gewerkt zowel in zijn voordeel als in zijn nadeel kan uitpakken. In een e-mailbericht van die datum heeft PGF onder meer het volgende aan [geïntimeerde] geschreven:

“Und ausserdem hat der Kunde KEINE Erfahrung lt. Contract und deswegen benötigen wir noch die zweite Risikoerklärung.”

2.11 Op 23 januari 2009 heeft [geïntimeerde] - in verband met een proefperiode - een bedrag van € 20.000,00 op de inmiddels geopende effectenrekening bij PFG Inc. overgemaakt.

2.12 Op 27 januari 2009 heeft een telefonisch (intake)gesprek tussen [X] (PFG) en [geïntimeerde] plaatsgevonden. Van dit telefoongesprek is een opname gemaakt.

2.13 Op 4, 5 en 9 maart 2009 heeft [geïntimeerde] stortingen op de effectenrekening gedaan van in totaal € 128.000,00.

2.14 Onder andere op 17 juni 2010 hebben PFG en [geïntimeerde] telefonisch contact gehad. Van dat telefoongesprek is eveneens een opname gemaakt.

2.15 In de periode tot maart 2011 is vrijwel het gehele door [geïntimeerde] belegde bedrag is verloren gegaan.

2.16 Bij brief van 12 april 2011 heeft [geïntimeerde] PFG aansprakelijk gesteld voor de schade die volgens hem is ontstaan door het risicovolle beheer. PFG heeft aansprakelijkheid van de hand gewezen.

3 Het geding in eerste aanleg

- 3.1 [geïntimeerde] heeft Invinco gedagvaard en gevorderd dat voor recht wordt verklaard dat Invinco is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens hem en/of onrechtmatig heeft gehandeld. Ook heeft hij veroordeling van Invinco tot schadevergoeding op te maken bij staat en tot betaling van (buitengerechtigde) kosten. Aan deze vorderingen heeft hij ten grondslag gelegd dat PFG de op grond van artikel 7:401 BW op haar rustende (pre)contractuele zorgplicht heeft geschonden doordat zij bij het bepalen van het beleggingsprofiel niet heeft geïnformeerd naar de beleggingsdoelstellingen en risicobereidheid van [geïntimeerde] . Ook heeft PFG verzuimd [geïntimeerde] indringend te waarschuwen voor de specifieke risico's die zijn verbonden aan het beleggen in futures en opties op futures. Volgens [geïntimeerde] was de door PGF toegepaste wijze van vermogensbeheer, gelet op diens gebrek aan ervaring met beleggingen en het hoge risico niet geschikt voor [geïntimeerde] . PFG had hem haar diensten dan ook niet mogen aanbieden. Als gevolg van deze tekortkomingen heeft [geïntimeerde] aanzienlijke vermogensschade geleden.
- 3.2 Invinco heeft verweer gevoerd. Zij heeft zich allereerst beroepen op schending van de klachtplicht door [geïntimeerde] . Ook heeft zij besteden dat PFG is tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgplicht jegens [geïntimeerde] . Zij heeft voldoende informatie ingewonnen over de situatie van [geïntimeerde] en diens beleggingsdoelstellingen en heeft hem ook uitvoerig en indringend gewaarschuwd tegen de risico's van het beleggen in (opties op) futures.
- 3.3 De rechtbank heeft in haar vonnis van 25 september 2013 het beroep van Invinco op schending van de klachtplicht door [geïntimeerde] verworpen.
De rechtbank heeft voorts overwogen dat niet is gebleken dat PFG bij de aanvang van de beleggingsrelatie een (volledig) beleggingsprofiel heeft opgesteld en dat zij voldoende informatie heeft ingewonnen over de financiële situatie van [geïntimeerde] en het risico dat hij wilde nemen. De rechtbank was ook van oordeel dat Invinco de stelling van [geïntimeerde] dat PFG hem onvoldoende heeft gewaarschuwd onvoldoende gemotiveerd heeft betwist.
De rechtbank concludeerde dat PFG bij het aangaan van de overeenkomst niet aan haar zorgplicht heeft voldaan door onvoldoende informatie in te winnen en door [geïntimeerde] niet te waarschuwen tegen de (specifieke) risico's die zijn verbonden aan de handel in (de opties op) futures. PFG heeft dan ook, volgens de rechtbank, in strijd gehandeld met artikel 4:23 Wet financieel toezicht (Wft) in verbinding met artikel 80a Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen.
Volgens de rechtbank is sprake van causaal verband tussen de schending van de zorgplicht door PFG en het aangaan van de overeenkomst door [geïntimeerde] en daarmee tussen de schending van de zorgplicht en de door [geïntimeerde] gestelde schade. Invinco is dan ook aansprakelijk voor de schade die [geïntimeerde] heeft geleden doordat Invinco bij aanvang van de contractuele relatie niet aan haar zorgplicht heeft voldaan en niet heeft gehandeld overeenkomstig hetgeen van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beleggingsadviseur mag worden verwacht, aldus de rechtbank.
De rechtbank overwoog ten slotte dat ofschoon [geïntimeerde] verwijzing naar de schadestraatprocedure heeft gevorderd de schade nu kan worden begroot. De rechtbank verwees de zaak daartoe naar de rol voor het nemen van een akte door [geïntimeerde] , waarin hij zijn schade kon specificeren en onderbouwen
De rechtbank stelde tussentijds appel tegen het vonnis open.
- 3.4 Nadat [geïntimeerde] bij akte zijn vordering had gespecificeerd op een bedrag van € 148.000,-, het door hem ingelegde bedrag, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag waarop hij de ingelegde bedragen op de beleggingsrekening had gestort en Invinco daarop bij

antwoordakte had gereageerd, heeft de rechtbank op 26 februari 2014 een tweede tussenvonnis gewezen. In dat vonnis heeft de rechtbank allereerst overwogen dat de schade van [geïntimeerde] dient te worden begroot door de situatie waarin hij nu verkeert te vergelijken met de situatie waarin hij zou hebben verkeerd indien hem eind 2008 een passend risicoprofiel zou zijn geadviseerd. Om te kunnen bepalen welk risicoprofiel passend zou zijn geweest, dient een deskundige te worden benoemd.

De rechtbank overwoog vervolgens ten aanzien van het door Invinco gedane beroep op eigen schuld dat [geïntimeerde] heeft nagelaten schadebeperkende maatregelen te nemen toen hem bleek dat hij forse verliezen leed. Na afweging van wat de over en weer gemaakte fouten geacht moeten worden tot de verliezen te hebben bijgedragen en van de ernst van die feiten, achtte de rechtbank het redelijk de aansprakelijkheid van Invinco te beperken tot 60% van de verliezen. De rechtbank heeft een inlichtingencomparitie gelast.

4 De bevoegdheid van het hof en het toepasselijk recht

- 4.1 Naar tussen partijen ook niet ter discussie staat, heeft de Nederlandse rechter op grond van het bepaalde in artikel 15 lid 1 sub c jo. artikel 16 EEX-Vo rechtsmacht van het geschil tussen partijen kennis te nemen. Het hof is dan ook bevoegd van het appel kennis te nemen.
- 4.2 De rechtbank heeft Nederlands recht van toepassing geacht. Partijen hebben zowel in eerste aanleg als in hoger beroep aangegeven uit te gaan van de toepasselijkheid van Nederlands recht. Het hof zal de vorderingen van [geïntimeerde] dan ook beoordelen naar Nederlands recht.

5 De bespreking van de grieven in het principaal appel

- 5.1 Nu het hof de feiten heeft vastgesteld met hetgeen Invinco daarover in grief 1 te berde heeft gebracht, heeft Invinco geen belang meer bij een uitdrukkelijke bespreking van die grief.
- 5.2 Met de grieven 2, 3 en 4 in het principaal appel komt Invinco op tegen het oordeel van de rechtbank dat PFG in haar zorgplicht is tekortgeschoten. De grieven, die met elkaar samenhangen, leggen dit oordeel in volle omvang aan het hof voor. Het hof zal de grieven tezamen bespreken.
- 5.3 Het meest verstrekkende betoog van [geïntimeerde] - een betoog dat de rechtbank niet uitdrukkelijk heeft behandeld, maar dat het hof indien de grieven van Invinco zouden slagen op grond van (de positieve zijde) van de devolutieve werking van het appel wel dient te bespreken - is dat PFG hem haar diensten niet had mogen verlenen, maar had moeten weigeren als klant. Door hem wel als klant te accepteren, heeft PFG haar zorgplicht jegens hem geschonden. Het hof ziet reden dit betoog eerst te behandelen.
- 5.4 Het hof stelt voorop dat de overeenkomst die PFG met [geïntimeerde] is aangegaan een beleggingsbeheerovereenkomst is. Op grond van deze overeenkomst heeft [geïntimeerde] PFG immers opdracht gegeven en gemachtigd de door hem op de beleggingsrekening gestorte bedragen te beheren. Daarbij geldt wel de beperking dat PFG deze bedragen zal beleggen in internationale termijntransacties, futures en opties op futures. Dat sprake is van vermogensbeheer wordt door Invinco ook niet bestreden. In haar memorie van grieven duidt ze de door haar op grond van de overeenkomst te verrichten diensten aan als "een bijzondere vorm van vermogensbeheer"(MvG nr. 6). Dat PFG op grond van de overeenkomst maar een deel van het vermogen van [geïntimeerde] , het op de effectenrekening bij PFG Inc. gestorte bedrag, beheerde en dat het beheer plaatsvond door middel van het verrichten van een van tevoren bepaald type transacties, doet niet af aan het karakter van haar dienst als vermogensbeheer.

5.5 Het staat tussen partijen niet ter discussie dat [geïntimeerde] een particuliere belegger is. Vermogensbeheerders, en andere beleggingsdienstverleners, hebben volgens vaste rechtspraak (vgl. Hoge Raad 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799 en 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4440) een bijzondere zorgplicht jegens hun particuliere cliënten. De bijzondere zorgplicht strekt ertoe particuliere cliënten te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid en/of gebrek aan inzicht. De omvang van de bijzondere zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de bijzondere risico's van de verleende dienst of het aangeboden product, de eventuele deskundigheid van de particuliere cliënt en de inkomens- en vermogenspositie van de particuliere cliënt. De zorgplicht geldt niet alleen gedurende de looptijd van het contract, maar strekt zich ook uit tot de precontractuele fase. De bijzondere zorgplicht tegenover particulieren mondt uit in onderzoeks- en waarschuwingsplichten. De onderzoeksplicht houdt in elk geval in dat de vermogensbeheerder naar behoren onderzoek doet naar de inkomens- en vermogenspositie, de deskundigheid en de doelstellingen van de particuliere cliënt. In dat verband dient de vermogensbeheerder de bij of krachtens artikel 4:23 lid 1 onder a Wft vermelde informatie over zijn cliënt in te winnen. Indien bij dat onderzoek blijkt dat het product of de dienst niet passend is voor de cliënt, dan kan de vermogensbeheerder de verplichting hebben de particuliere cliënt te adviseren het product of de dienst niet af te nemen. Onder bijzondere omstandigheden is de vermogensbeheerder gehouden zijn diensten te weigeren. De waarschuwingsplicht houdt in dat de vermogensbeheerder de cliënt indringend moet waarschuwen voor de risico's verbonden aan het product of de dienst.

5.6 In dit geval staan de volgende feiten en omstandigheden vast:

a. De rechtbank heeft vastgesteld dat PFG het initiatief heeft genomen tot het aangaan van de overeenkomst. Zij heeft [geïntimeerde] benaderd. Invinco heeft in haar memorie van grieven geen grief gericht tegen deze vaststelling. Bij gelegenheid van de comparitie van partijen in appel heeft de vertegenwoordiger van Invinco weliswaar gesteld dat [geïntimeerde] PFG heeft benaderd, maar hij heeft daaraan toegevoegd dat dit niet blijkt uit het dossier van [geïntimeerde], terwijl gebruikelijk is dat in de cliëntendossiers een bewijs is opgenomen dat de cliënt contact heeft opgenomen. Met deze - ook nog eens tardieve - stelling heeft PFG het onderbouwde betoog van [geïntimeerde] dat PFG destijds herhaalde malen met hem contact heeft opgenomen, zonder dat hij dit contact had gezocht, onvoldoende weersproken;

b. De door PFG aangeboden beleggingsdienst heeft een zeer speculatief karakter. Invinco heeft daarover zelf opgemerkt in haar memorie van grieven (nr. 6):
"Beleggingen in futures of in opties op futures is altijd zeer risicovol (100%). (...) Invinco biedt haar klanten alleen speculatieve accounts aan."

c. Beleggingen in (opties op) futures zijn niet alleen risicovol, maar ook complex. Om dergelijke transacties te kunnen doorgronden en de risico's ervan te kunnen overzien, is theoretische kennis over de werking van futures en de effecten die een rol spelen, zoals het hefboomeffect, vereist;

d. Toen PFG hem benaderde om van haar beleggingsdiensten gebruik te gaan maken, had [geïntimeerde] geen enkele ervaring met beleggingen in aandelen of met termijntransacties. [geïntimeerde] was toen een jonge ondernemer, die enkele panden in eigendom had, en van wie om die reden hooguit zou kunnen worden betoogd dat hij (op bescheiden schaal) in Nederlands onroerend goed belegde, maar hij had verder geen enkele beleggingservaring. [geïntimeerde] heeft dat ook aangegeven in de in rechtsoverweging 2.7 aangehaalde aanvraag voor een effectenrekening. Invinco heeft niet weersproken dat [geïntimeerde], zoals hij heeft aangevoerd, toen ook niet over theoretische kennis betreffende termijntransacties beschikte.

5.7 Uit hetgeen hiervoor is vastgesteld, volgt dat PFG het initiatief heeft genomen tot het aangaan van een beleggingsovereenkomst met een zeer risicovol en bovendien complex karakter, dat [geïntimeerde] geen kennis en ervaring had in het beleggen in effecten in het algemeen en in futures in het bijzonder en ook geen (theoretische) kennis had van de werking van opties, futures en opties op futures, de producten waarop de overeenkomst betrekking had. Onder deze omstandigheden had [geïntimeerde], naar het oordeel van het hof, op dat moment onvoldoende inzicht in het karakter en de risico's van de transacties die hij in het kader van een overeenkomst

met PFG zou aangaan. De op PFG rustende bijzondere zorgplicht strekte er onder meer toe [geïntimeerde] te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. PFG diende te voorkomen dat [geïntimeerde] zich met het aangaan van de overeenkomst (op haar initiatief) in een avontuur stortte waarvan hij de risico's niet kon overzien. Bij gelegenheid van de comparitie heeft de vertegenwoordiger van Invinco ook aangegeven dat Invinco een potentiële klant niet accepteert als hij het door haar aangeboden product niet snapt. Het is volgens hem nodig dat een klant theoretische kennis heeft van het product en de risico's begrijpt. Volgens hem wordt dat ook getoetst.

5.8 Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, had PFG [geïntimeerde] in elk geval moet adviseren af te zien van het aangaan van een overeenkomst met haar, totdat zij had vastgesteld dat [geïntimeerde] (inmiddels wel) beschikte over voldoende kennis omtrent het door haar aangeboden product. Indien [geïntimeerde] ondanks een dergelijk advies toch met PFG in zee wilde gaan, zou PFG in overweging hebben moeten nemen haar diensten te weigeren.

5.9 Gesteld noch gebleken is dat PFG [geïntimeerde] heeft geadviseerd van de overeenkomst af te zien. Dat levert, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, een schending van haar zorgplicht op indien [geïntimeerde] niet over de vereiste kennis beschikte, zoals [geïntimeerde] heeft aangevoerd. Naar het oordeel van het hof heeft Invinco de stelling van [geïntimeerde] dat hij niet over de vereiste kennis beschikte toen Invinco begon met het beleggen in futures onvoldoende weersproken. Daartoe is het volgende redengevend.

5.10 Invinco heeft allereerst gesteld dat tijdens het gesprek op 15 december 2008 is vastgesteld dat [geïntimeerde] over de vereiste kennis beschikte. Zij heeft die stelling echter niet afdoende toegelicht. Dat op het aanvraagformulier voor de effectenrekening is aangekruist dat [geïntimeerde] inzicht heeft in Futures Trading en/of de verliesrisico's en/of het "Margebeleid PFG" betekent niet dat toen ook is gecontroleerd of dat antwoord terecht is aangekruist. Dat had wel voor de hand gelegen, nu [geïntimeerde] ook had aangekruist dat hij geen ervaring had met het beleggen in, onder meer opties en futures.

In de op 15 december 2008 aan [geïntimeerde] overhandigde en door hem ondertekende stukken staan her en der waarschuwingen betreffende het risico van de handel in futures en het speculatieve karakter van deze handel. Dat betekent echter niet dat [geïntimeerde] na het kennismaken van deze omvangrijke stukken - alleen de Overeenkomst klantenrekening met PFG Inc. beslaat al 75 pagina's - de werking van de handel in futures begrijpt. Dat, en zo ja op welke wijze, PFG heeft gecontroleerd dat [geïntimeerde] de - naar het oordeel van het hof niet eenvoudig leesbare - stukken heeft doorgenomen en heeft doorgrond, heeft Invinco niet gesteld. Invinco heeft ten slotte nog gewezen op het telefoongesprek dat op 27 januari 2009 heeft plaatsgevonden tussen de heer [X] van PFG en [geïntimeerde] . Daargelaten dat [geïntimeerde] ten tijde van het telefoongesprek al een bedrag van € 20.000,- had gestort op de beleggingsrekening, volgt uit de overgelegde transcriptie van het telefoongesprek niet dat [geïntimeerde] de werking van futures en opties op futures doorgrondde. [X] heeft wel een, naar het oordeel van het hof niet eenvoudig te volgen, uitleg gegeven, maar [geïntimeerde] heeft er in zijn reacties, die in de transcriptie vooral worden weergegeven met "ja", "nee" of "uhuh" er geen blijk van gegeven [X] ook geheel te kunnen volgen. [X] heeft ook geen pogingen gedaan te controleren of [geïntimeerde] hem volgde, bijvoorbeeld door hem te vragen het gehoorde eens toe te passen in een eenvoudig voorbeeld. In de communicatie tussen partijen over dit onderwerp heeft [X] vooral veel ingewikkelde informatie 'verzonden' zonder te controleren of de informatie ook door [geïntimeerde] werd 'ontvangen'.

5.11 De slotsom is dan ook dat toen PFG op 15 december 2008 een overeenkomst met [geïntimeerde] is aangegaan betreffende het voor hem handelen in (opties op) futures en na 27 januari 2009 (het hof hanteert die datum in het voordeel van Invinco) op basis van die overeenkomst heeft gehandeld zonder dat zij met recht had kunnen vaststellen dat [geïntimeerde] over voldoende kennis omtrent de handel in (opties op) futures beschikte. Door [geïntimeerde] niet te adviseren van de overeenkomst af te zien, maar door zonder een dergelijk advies haar diensten beschikbaar

te (blijven) stellen en toch op basis van de gesloten overeenkomst met de door [geïntimeerde] gestorte bedragen te gaan handelen, is PFG in de op haar rustende zorgplicht tekortgeschoten. Daaraan doet niet af dat [geïntimeerde] in de hem beschikbaar gestelde stukken is gewaarschuwd voor de risico's van het beleggen in futures. Vanwege het ontbreken van de vereiste kennis, kon PFG niet volstaan met het waarschuwen van [geïntimeerde] tegen de risico's van het beleggen in (opties op) futures - het hof laat daar of een, herhaalde, schriftelijke waarschuwing volstond en in hoeverre die waarschuwing werd gerelativeerd door informatie van PFG over het door haar gehanteerde stop loss systeem -, maar had zij [geïntimeerde] dienen te adviseren van het beleggen in genoemde producten, en daarmee van de overeenkomst met haar, af te zien.

5.12 Uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat de grieven 2 tot en met 4 niet slagen, wat er ook zij van hetgeen Invinco met deze grieven heeft aangevoerd tegen de overwegingen van de rechtbank omtrent de zorgplicht.

5.13 Met grief 5 in het principaal appel komt Invinco op tegen het oordeel van de rechtbank over het causaal verband. De rechtbank heeft overwogen dat Invinco onvoldoende heeft onderbouwd dat [geïntimeerde] de overeenkomst ook zou hebben gesloten als de zorgplichtschending niet had plaatsgevonden.

5.14 De grief is vergeefs voorgesteld. Uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat de door het hof aangenomen zorgplichtschending is gelegen in het feit dat PFG [geïntimeerde] niet heeft geadviseerd af te zien van het beleggen in (opties op) futures, en daarmee van de overeenkomst met haar. Indien PFG deze zorgplicht niet zou hebben geschonden, zou zij [geïntimeerde] wel hebben geadviseerd van de overeenkomst af te zien. Het hof acht niet aannemelijk dat [geïntimeerde], die niet eerder had belegd in effecten en die niet zelf het initiatief had genomen om een overeenkomst aan te gaan met PFG, die er op neerkwam dat hij zou beleggen in zeer risicovolle en complexe effecten, een dergelijk advies naast zich neergelegd zou hebben. Het hof laat dan nog daar dat indien [geïntimeerde] ondanks een advies van PFG niet met haar in zee te gaan toch te kennen zou hebben gegeven via PFG te willen beleggen, PFG had moeten overwegen [geïntimeerde] haar diensten te weigeren, nu Invinco alleen in deze effecten, en niet in eenvoudiger en minder risicovolle effecten, belegde. Invinco heeft niets aangevoerd waaruit volgt dat [geïntimeerde] een advies om af te zien van een overeenkomst met haar naast zich neergelegd zou hebben. Dat volgt in elk geval niet uit het enkele feit dat [geïntimeerde] toen de overeenkomst eenmaal was aangegaan en op basis van die overeenkomst was gehandeld meerdere stortingen heeft gedaan. Beslissend voor het antwoord op de vraag of sprake is van causaal verband is niet wat [geïntimeerde] heeft gedaan na de zorgplichtschending, maar wat hij naar verwachting zou hebben gedaan zonder de zorgplichtschending. Het hof tekent daarbij aan dat de stortingen, op de eerste storting na, in een periode van enkele dagen in maart 2009, derhalve kort na het aangaan van de overeenkomst, zijn gedaan.

5.15 De grieven in het principaal appel falen.

6 De grieven in het incidenteel appel en de gewijzigde eis

6.1 [geïntimeerde] heeft zijn eis gewijzigd, in die zin dat hij nu betaling van een concreet bedrag vordert. In het arrest in het incident heeft het hof reeds overwogen en beslist dat de eiswijziging, ondanks het bezwaar van Invinco daartegen, toelaatbaar is. Invinco heeft het hof niet verzocht terug te komen op dit deel van het arrest in het incident. Het hof zal dan ook hebben te beslissen op de gewijzigde eis. Indien het hof de vordering zonder verdere instructie geheel of gedeeltelijk toewijsbaar acht, leidt dat tot vernietiging van het tussenvonnissen van 25 september 2013. In dat vonnis heeft de rechtbank immers nog geen concreet bedrag toegewezen, maar een instructie gegeven. In zoverre behelst de wijziging van eis een grief tegen genoemd tussenvonnissen (vgl.

Hoge Raad 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959). Bij die beslissing op de gewijzigde eis zal het hof ook betrekken hetgeen partijen in het kader van de bespreking van de grieven in het incidenteel appel hebben aangevoerd. Die grieven betreffende de omvang van de schade en de schadeberkingsplicht, onderwerpen die het hof in het kader van de beslissing op de gewijzigde eis gelet op het partijdebat niet onbesproken kan laten.

- 6.2 Nu het hof in het kader van de beslissing op de gewijzigde eis in dient te gaan op de onderwerpen die met de (overige) grieven in het incidenteel appel aan de orde worden gesteld, zal het hof reeds om deze reden niet terugkomen op zijn beslissing omtrent de ontvankelijkheid van het incidenteel appel van [geïntimeerde] , dat is gericht tegen het tussenvonnis van 26 februari 2014.
- 6.3 Het uitgangspunt voor de begroting van de schade van [geïntimeerde] is dat de situatie waarin [geïntimeerde] nu verkeert wordt vergeleken met de situatie waarin hij zou hebben verkeerd indien PFG haar zorgplicht zou hebben nageleefd (vgl. r.o. 3.0.1 van Hoge Raad 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914).
- 6.4 [geïntimeerde] heeft in totaal € 148.000,- gestort op de beleggingsrekening bij PGF Inc. PGF heeft met de gestorte bedragen belegd in (opties op) futures. Tussen partijen staat niet ter discussie dat van de gestorte bedragen niets meer over is. De situatie nu is dan ook dat [geïntimeerde] een verlies heeft geleden van € 148.000,-.
- 6.5 Ter onderbouwing van zijn gewijzigde eis heeft [geïntimeerde] schadeberekeningen in het geding gebracht, die zijn gebaseerd op de veronderstelling dat [geïntimeerde] in de fictieve situatie, waarin de zorgplichtschending van PGF wordt weggedacht en [geïntimeerde] dus niet via PGF zou hebben belegd, zou hebben belegd met een neutraal beleggingsprofiel. Volgens die berekeningen zou [geïntimeerde] , afhankelijk van de gekozen beleggingsmix, bij een inleg van € 148.000,- geen verlies hebben gehad, maar winst, variërend van afgerond € 56.000,- tot € 81.000,-. Bij gelegenheid van de comparitie in hoger beroep heeft de advocaat van [geïntimeerde] echter aangegeven dat hij de berekeningen heeft vervaardigd naar aanleiding van het vonnis van de rechtbank van 26 februari 2014, maar dat het lastig is om vol te houden dat [geïntimeerde] in de fictieve situatie ook zou hebben belegd. Daarmee heeft [geïntimeerde] zijn alleen door het tussenvonnis van 26 februari 2014 ingegeven betoog dat voor de fictieve situatie rekening moet worden gehouden met beleggingen door [geïntimeerde] , zo begrijpt het hof, verlaten.
- Volgens Invinco zou [geïntimeerde] in de fictieve situatie wel hebben belegd. [geïntimeerde] heeft niet onderbouwd dat in dat geval een neutraal beleggingsprofiel zou zijn gehanteerd. De schade van [geïntimeerde] kan niet hoger zijn dan het door hem gestorte bedrag, aldus Invinco.
- 6.6 Het hof ziet geen enkel aanknopingspunt voor de stelling van Invinco dat [geïntimeerde] in de fictieve situatie dat PGF haar zorgplicht niet zou hebben geschonden, en [geïntimeerde] dus niet via PGF zou hebben belegd, ook in effecten zou hebben belegd. [geïntimeerde] had tot hij door PGF werd benaderd nooit in aandelen belegd. Dat hij concrete plannen had om in aandelen te beleggen, is gesteld noch gebleken. [geïntimeerde] investeerde zijn vermogen in onroerend goed en was bij de bouw van dat onroerend goed betrokken. Daarin was hij succesvol; zo succesvol dat hij in staat was om een bedrag van € 148.000,- aan PGF ter beschikking te stellen om voor hem te beleggen in futures. Onder deze omstandigheden ziet het hof onvoldoende grond voor de veronderstelling dat [geïntimeerde] in de fictieve situatie ook beleggingsverliezen zou hebben geleden.
- 6.7 De slotsom is dat de schade gelijk is aan het door [geïntimeerde] belegde bedrag, € 148.000,-.
- 6.8 Invinco heeft een beroep gedaan op eigen schuld van [geïntimeerde] . Volgens Invinco heeft [geïntimeerde] zijn schadeberkingsplicht geschonden door de overeenkomst niet op te zeggen.

Het contract bood hem de mogelijkheid de overeenkomst te allen tijde op te zeggen. [geïntimeerde] heeft geen gebruik gemaakt van die mogelijkheid, ook niet toen hij verliezen ging leiden. Integendeel, [geïntimeerde] wilde in juni 2009 zelfs nog meer beleggen, maar PGF heeft hem daarvan weten te weerhouden, althans Invinco.

6.9 Het hof stelt vast dat het beroep op eigen schuld van Invinco louter is gebaseerd op schending van de schadebeperkingsplicht en derhalve ziet op feiten en omstandigheden die zich hebben voorgedaan nadat de overeenkomst tussen partijen al tot stand was gekomen en [geïntimeerde] een bedrag van € 148.000,- had gestort op de beleggingsrekening bij PGF Inc. ter belegging in (opties op) futures door PGF.

6.10 Bij de bespreking van het beroep op de schadebeperkingsplicht stelt het hof het volgende voorop.

- De relatie tussen PGF en [geïntimeerde] verschilt van die tussen de aanbieder van een standaard effectenlease-relatie en diens wederpartij. Er zijn reeds om deze reden onvoldoende aanknopingspunten om bij het beroep op eigen schuld aan te sluiten bij de uitgangspunten die door de Hoge Raad zijn geformuleerd in het arrest van 5 juni 2009 (ECLI:NL:HR:2009:BH2815) in de Dexia-zaak (vgl. Hoge Raad 6 september 2009, ECLI:NL:HR:2013:CA1725). Bovendien gaat het hier niet om eigen schuld die is gelegen in onvoldoende oplettendheid bij het aangaan van een overeenkomst, maar om eigen schuld die is gelegen in het niet beëindigen van een aangegane overeenkomst. Het gaat niet om het geval dat het intreden van de schade mede het gevolg is van een handelen of nalaten van de benadeelde, maar om het geval dat de omvang van de schade vergroot wordt door het handelen of nalaten van de benadeelde.

- Nadat PGF haar zorgplicht had geschonden en daardoor schade was ontstaan, was [geïntimeerde] gehouden zijn schade te beperken voor zover hem dit mogelijk was en redelijkerwijs van hem kon worden gevergd. Daarbij heeft te gelden dat [geïntimeerde] , zoals hiervoor is overwogen, geen ervaring had met beleggen, zodat niet van hem mocht worden verwacht dat hij onmiddellijk adequaat zou opereren toen hem in de praktijk duidelijk welke risico's hij liep. Dat [geïntimeerde] toen bleek dat hij verliezen leed de overeenkomst niet onmiddellijk wilde beëindigen, kan hem niet worden aangerekend, nu hij de mogelijkheid mocht openlaten dat de aanvankelijk geleden verliezen zouden worden goedgeemaakt. Uit de informatie van PGF volgt ook dat sprake is van sterke fluctuaties. Bovendien is gesteld noch gebleken - het hof wijst erop dat stelplicht en bewijslast ten aanzien van feiten die een beroep op schending van de schadebeperkingsplicht kunnen dragen, op Invinco rusten - dat, en zo ja op welk moment, PGF [geïntimeerde] heeft geadviseerd om 'uit te stappen' en heeft voorgelicht over de manier waarop hij dat het beste kon doen; de portefeuille diende in dat verband immers te worden afgebouwd.

- Indien [geïntimeerde] zijn schadebeperkingsplicht heeft geschonden, betekent dat niet zonder meer dat de schade die daarvan het gevolg is geheel voor zijn rekening komt. De schending van de schadebeperkingsplicht is een species van de eigen schuld, zodat er geen reden is af te wijken van de regel van artikel 6:101 BW. Nu de vergroting van de schade zowel in causaal verband staat met de omstandigheid waarop de aansprakelijkheid berust - de schending van de zorgplicht door PGF - als met een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend - de schending van de schadebeperkingsplicht door [geïntimeerde] - geldt als hoofdregel dat dit deel van de schade tussen beiden moet worden verdeeld, maar dat toepassing van de billijkheidscorrectie tot een andere verdeling kan leiden.

6.11 Uit hetgeen Invinco - onbetwist door [geïntimeerde] - heeft gesteld over de beleggingsresultaten en het verloop van de beleggingsrekening van [geïntimeerde] , volgt dat tot en met maart 2009 een winst was geboekt van - afgerond - € 7.000,-. Met de bedragen die door [geïntimeerde] waren gestort, bedroeg het belegd vermogen van [geïntimeerde] per ultimo maart 2009 € 155.000,-. In april 2009 werd een verlies van € 90.000,- geboekt, waardoor het vermogen per ultimo april 2009 nog € 65.000,- bedroeg. Per ultimo mei 2009 werd dat € 40.000,- in verband met een verlies in mei 2009 van € 25.000,-. In juni 2009 werd een winst van € 80.000,- behaald, waardoor het belegd vermogen per ultimo juni 2009 € 120.000,- bedroeg. Per ultimo juli 2009 was het weer gedaald tot € 70.000,-. Vanaf dat moment nam het vermogen ieder

maand af, in augustus 2009 met € 27.000,-, in september tot en met november 2009 maandelijks met € 5.000,- en in december 2009 met € 13.000,-, waarna het resterende vermogen helemaal is tenietgegaan.

6.12 Naar het oordeel van het hof had het [geïntimeerde] , die naar tussen partijen niet ter discussie staat zeer geregeld geïnformeerd werd over de behaalde beleggingsresultaten en de stand van het belegde vermogen, eind mei 2009 duidelijk kunnen zijn dat het beleggen in (opties op) futures zeer risicovol was. Hij had toen, na twee achtereenvolgende maanden een fors verlies te hebben geleden, nog een belegd vermogen van € 40.000,-. [geïntimeerde] had ervoor kunnen kiezen om toen hij in de maand juni 2009 weer een winst had behaald van € 80.000,-, en het geleden verlies dus voor een groot deel was goedge maakt, de overeenkomst op te zeggen. Dat hij dat niet heeft gedaan, betekent naar het oordeel van het hof niet dat hij zijn schadebeperkingsplicht heeft geschonden. Het hof neemt bij dit oordeel in aanmerking dat Invinco niet heeft gesteld dat zij [geïntimeerde] eind juni 2009, toen het aanvankelijke verlies grotendeels was goedge maakt, heeft geadviseerd om de overeenkomst op te zeggen omdat het een goed moment was om dat te doen. Dat [geïntimeerde] na de voor hem zeer gunstig verlopen maand juni 2009 juist geen aanleiding zag om de overeenkomst op te zeggen, acht het hof alleszins voorstelbaar. Toen [geïntimeerde] de daaropvolgende maand weer een fors verlies leed, had naar het oordeel van het hof in redelijkheid van hem gevergd mogen worden de overeenkomst op te zeggen. Hij had toen in drie maanden zeer forse verliezen geleden, waardoor het door hem belegde vermogen meer dan gehalveerd was en de aanvankelijke verliezen slechts gedeeltelijk waren goedge maakt. Dat betekent dat het beroep op schending van de schadebeperkingsplicht slaagt voor wat betreft het vanaf augustus 2009 geleden verlies, een bedrag van € 70.000,-, het per ultimo juli nog resterende belegde vermogen.

6.13 Bij een causale verdeling van 50-50 dient [geïntimeerde] komt de helft van € 70.000,- voor eigen rekening van [geïntimeerde] . Het hof ziet geen reden voor een billijkheidscorrectie, zodat van de schade van [geïntimeerde] € 35.000,- voor eigen rekening komt.

6.14 De slotsom is dat de gewijzigde vordering van [geïntimeerde] toewijsbaar is tot een bedrag van € 148.000,- (het totale schadebedrag) -/- € 35.000,- (aan [geïntimeerde] toe te rekenen schadebedrag vanwege schending van de schadebeperkingsplicht) = € 113.000,-. Over dit bedrag is wettelijke rente verschuldigd vanaf 25 februari 2013, de gevorderde ingangsdatum. Het is het hof onduidelijk welk belang [geïntimeerde] bij deze stand van zaken - waarin geen verwijzing naar de schadestaat plaatsvindt, maar een concreet schadebedrag wordt toegewezen en gesteld noch gebleken is dat mogelijk nog sprake is van andere schadecomponenten - heeft bij toewijzing van de gevorderde verklaring van recht. Het hof zal de vordering tot verklaring voor recht dan ook afwijzen.

6.15 Bij een afzonderlijke bespreking van de grieven in het incidenteel appel heeft [geïntimeerde] geen belang meer. Het onderwerp van de grieven - de omvang van de schade en de schadebeperkingsplicht - is in het kader van de bespreking van zijn gewijzigde vordering al aan de orde geweest.

6.16 Het hof zal de beide tussenvonnissen vernietigen. Als de overwegend in het ongelijk gestelde partij zal Invinco worden verwezen in de kosten van het geding in eerste aanleg (geliquideerd salaris van de advocaat: in eerste aanleg 4,5 punten tarief V) en in de kosten van het principaal en incidenteel appel, waaronder de kosten van het incident in het incidenteel appel (in principaal appel: 2 punten tarief V, in incidenteel appel: 3,5 punten tarief V * 50%, in totaal derhalve 3,75 punten tarief V) en in het nasalaris voor wat betreft de procedure in appel.

7 De beslissing

Het gerechtshof:

**in principaal appel en in incidenteel appel:
vernietigt de vonnissen van de rechtbank Overijssel van 25 september 2013 en
26 februari 2014, tussen partijen geweest,
en opnieuw rechtdoende:
veroordeelt Invinco om aan [geïntimeerde] te betalen een bedrag van € 113.000,-, te
vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 25 februari 2013 tot aan het
tijdstip van voldoening van de vordering;
veroordeelt Invinco in de proceskosten van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep en
begroot deze kosten, voor zover tot op heden aan de zijde van [geïntimeerde] gevallen:
- voor de procedure in eerste aanleg op € 352,64 aan verschotten en op
€ 6.394,50 voor geliquideerd salaris van de advocaat;
- voor de procedure in principaal en incidenteel appel op € 308,- aan verschotten en op €
9.870,- voor geliquideerd salaris van de advocaat, te vermeerderen met het nasalaris ten
bedrage van € 131,- zonder betekening en nogmaals € 89,- in het geval betekening van dit
arrest plaatsvindt;
verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;**

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mr. H. de Hek, mr. M.M.A. Wind en mr. R.E. Weening en is door de
rolraadsheer in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op dinsdag
5 juli 2016.