

ECLI:NL:GHSHE:2019:791

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	05-03-2019
Datum publicatie	06-03-2019
Zaaknummer	200.217.913 _01
Rechtsgebieden	Verbintenissenrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Overeenkomst van opdracht met betrekking tot financieel advies , zorgplicht financieel dienstverlener
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Team Handelsrecht

zaaknummer 200.217.913/01

arrest van 5 maart 2019

in de zaak van

[appellant] ,
wonende te [woonplaats] ,
appellant in principaal hoger beroep,
geïntimeerde in incidenteel hoger beroep,
hierna aan te duiden als [appellant] ,
advocaat: mr. M.F.J.J.M. Tijssen te Roermond,

tegen

[geïntimeerde] ,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,
geïntimeerde in principaal hoger beroep,

appellante in incidenteel hoger beroep,
hierna aan te duiden als [geïntimeerde] ,
advocaat: mr. R.M.I. Cornelissen te Roermond,

op het bij exploit van dagvaarding van 27 april 2017 ingeleide hoger beroep van het vonnis van 1 februari 2017, door de kantonrechter in de rechtbank Limburg, zittingsplaats Roermond, gewezen tussen [appellant] als eiser in conventie, verweerder in reconventie en [geïntimeerde] als gedaagde in conventie/eiser in voorwaardelijke reconventie.

1. Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummer C/03/206173/ HA ZA 15-278)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2 Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- de memorie van grieven met eiswijziging en producties;
- de memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel hoger beroep;
- de memorie van antwoord in incidenteel hoger beroep.

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3 De vaststaande feiten.

3.1. Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.12 van het vonnis van 1 februari 2017. Hiertegen zijn geen grieven of anderszins bezwaren gericht. Het betreft, door het hof zo nodig aangevuld, de volgende feiten.

3.1.1. [geïntimeerde] drijft een onderneming onder meer op het gebied van het verstrekken van financiële adviezen.

3.1.2. [appellant] heeft [geïntimeerde] benaderd voor financieel advies, waarbij [appellant] heeft aangegeven dat hij op een veilige manier wilde beleggen. [appellant] heeft zijn bij AEGON Levensverzekering N.V. lopende polis tussentijds beëindigd. [geïntimeerde] heeft [appellant] geadviseerd een bedrag van € 50.500,00 in te leggen in een financieel product genaamd 'Select Income Bond', een fondsgebonden koopsompolisverzekering (hierna te noemen 'het product') van Quantum Leben AG te [vestigingsplaats] (hierna te noemen Quantum). Het product werd exclusief ontwikkeld voor distributie via de verkoopkanalen van [distributeur] . De looptijd van het product was vijf jaar. Het product heeft een verzekeringscomponent en een beleggingscomponent.

3.1.3. In de brochure over het product die [appellant] van [geïntimeerde] heeft ontvangen staat onder meer vermeld:

"Select Income Bond voordeel en zekerheid!"

- minimale inleg vanaf € 50.000,00
- looptijd minimaal 5 jaar
- vijf jaar lang een hoge rente, die maandelijks wordt uitgekeerd
- kapitaalbescherming; bij beëindiging ontvangt u minimaal het in het fonds geïnvesteerde kapitaal
- deeltuitkeringen zijn mogelijk
- 101 % uitkering bij overlijden
- transparante kostenstructuur
- minimaal risico door speciale fondskeuze."

3.1.4. De financiële bijsluiter, versie januari 2009, vermeldt voor zover van belang het volgende:

"Wat zijn de risico's? Risico dat u uw inleg niet terugkrijgt. Bij tussentijdse beëindiging (3 jaar) vrij groot. Bij gehele looptijd (20 jaar) vrij groot."

3.1.5. Op 27 februari 2009 heeft [appellant] het aanvraagformulier ten behoeve van het product ondertekend. De looptijd van het product is ingegaan op 18 maart 2009 en zou eindigen op 18 maart 2014. Uit hoofde van het product zou [appellant] een maandelijkse uitkering ontvangen van minimaal € 250,00.

3.1.6. In januari 2012 heeft Quantum de maandelijkse uitkeringen gestopt. [appellant] heeft daarover navraag gedaan bij [geïntimeerde] . Deze heeft hem, voor zover van belang, per email van 10 februari 2012 het volgende bericht:

"Hallo [roepnaam echtgenote van geïntimeerde 1] en [roepnaam geïntimeerde 2] , één van de acht kredietverstrekkers aan wie Quantum geld uitleent heeft liquiditeitsproblemen en daardoor stelt Quantum de maandelijkse betaling uit. De reden dat Quantum de uitbetaling tijdelijk stopt is de garantie die in de polis staat dat je op einddatum van de polis ook de inleg terugkrijgt. Het tijdelijk stoppen met maandelijks uitbetalen is dus een voorzorgsmaatregel."

3.1.7. De betalingen zijn in maart 2012 weer hervat. In totaal heeft [appellant] een bedrag van € 19.223,28 aan maandelijkse uitkeringen ontvangen.

3.1.8. Op 10 maart 2014 heeft Quantum een brief aan [appellant] gestuurd met de volgende inhoud:

"Sehr geehrter Herr [appellant]

Wir informieren Sie, dass die bereits bekannte Situation um den Argyle-Fonds leider immer noch unverändert bleibt.

Seitens Quantum ist es nicht möglich diesen Zustand zu verändern, da wir auf die Sachlage um den Argyle Fonds keinen Einfluss haben.

Wir sind bemüht unsere Kunden über jegliche Veränderungen oder entsprechenden Informationen stets auf dem Laufenden zu halten.

Ebenfalls müssen wir Ihnen mitteilen, dass zurzeit keine Kündigung möglich ist und dem zu Folge keine Kapitalrückführung ausführbar ist.

Wir bitten Sie höflichst um Ihr Verständnis und hoffen Ihnen sobald wie möglich einen positiven Bescheid über die Entwicklung dieses Falles geben zu können.

Mit freundlichen Grüßen,

Quantum Leben AG

[administrator Quantum Leben AG]

Administrator"

3.1.9. In een persbericht van 13 maart 2014 heeft Quantum onder meer het volgende medegedeeld:

"(...).

8. In den aktuellen Berichten wird kolportiert,

a. dass es sich bei dem Produkt um ein Garantieprodukt handle, in dem die investierte Prämie garantiert ist.

*Dies ist unrichtig. Richtig ist allerdings, dass es sich bei der Police um eine Fondsgebundene Lebensversicherung handelt, bei der die Chancen und Risiken der Versicherungsnehmer trägt.
(...)."*

3.1.10. In reactie op een brief van de raadsman van [appellant] heeft [geïntimeerde] bij brief van 5 augustus 2014, voor zover van belang, bericht:

"Het advies om de Quantum Leben polis te adviseren is gebaseerd op het doel van de heer en mevrouw [appellant] , kapitaalbehouden inkomensaanvulling. Destijds heb ik met de heer en mevrouw [appellant] alles duidelijk besproken en hierop hebben zij besloten de polis af te sluiten. Tijdens de gesprekken met de heer en mevrouw [appellant] is het aanvraagformulier (bijlage 1) samen doorgelezen en uitgebreid besproken en ingevuld, daarnaast is de informatiebrochure over de Select Income Bond aan hen uitgereikt en besproken (zie bijlage 2). Op basis van al deze informatie en hun uiteindelijke doelstelling hebben de heer en mevrouw [appellant] besloten deze polis te effectueren."

3.1.11. Bij brief van 26 april 2016 heeft Quantum aan [appellant] medegedeeld dat de betalingen uit het fonds voor onbepaalde tijd worden uitgesteld.

3.1.12. In een overzicht van Quantum van 13 mei 2016, gericht aan [appellant] , is, voor zover van belang, het volgende gemeld:

"(...

Gesamtwert im Anlageportfolio 32.556,95

(...)

Prämienzahlungen während des Auswertungszeitraums 50.500,00

Teilauszahlungen während des Auswertungszeitraums gesamt 19.744,93

Ausschüttungen aus dem Fonds während des Auswertungszeitraums 24.182,55"

4 De procedure in eerste aanleg

4.1. [appellant] heeft in eerste aanleg, samengevat, gevorderd:

- een verklaring voor recht dat [geïntimeerde] aansprakelijk is voor de schade die [appellant] heeft geleden vanwege een onjuist advies van [geïntimeerde] ter zake van het product van Quantum, althans vanwege het in strijd handelen met haar zorgplicht bij de advisering van het product;
 - veroordeling van [geïntimeerde] tot betaling van een bedrag van € 50.500,00 ter zake van schadevergoeding, te vermeerderen met wettelijke rente;
 - veroordeling van [geïntimeerde] tot betaling van een bedrag van € 1.280,00 ter zake van buitengerechtigde incassokosten;
- met veroordeling van [geïntimeerde] in de proceskosten, te vermeerderen met wettelijke rente. [geïntimeerde] heeft hiertegen gemotiveerd verweer gevoerd.

4.2. [geïntimeerde] heeft in voorwaardelijke reconventie, voor het geval hij in conventie enig bedrag aan schadevergoeding aan [appellant] dient te voldoen, gevorderd:

- primair een verklaring voor recht dat de vorderingen van [appellant] uit hoofde van het product door de voldoening van [geïntimeerde] van hetgeen hij in conventie jegens [appellant] is veroordeeld, krachtens subrogatie op [geïntimeerde] zijn overgegaan, subsidiair veroordeling van [appellant] de koopsompolis [koopsompolis] onbezwaard over te dragen, althans over te dragen aan [geïntimeerde] op straffe van verbeurte van een dwangsom;
- veroordeling van [appellant] om de door hem ontvangen (winst)uitkeringen van Quantum vanaf

ingangsdatum van koopsompolis tot het moment van overdracht van de koopsompolis aan [geïntimeerde] te voldoen;

met veroordeling van [appellant] in de proceskosten en de nakosten.

4.3. Partijen hebben over en weer verweer gevoerd.

4.4.1. Bij vonnis van 1 februari 2017 heeft de rechtbank, kort samengevat, geoordeeld dat [geïntimeerde] als financieel dienstverlener haar bijzondere zorgplicht heeft geschonden door onvoldoende onderzoek te verrichten naar de achtergrond bij en de aard van het product, temeer nu sprake was van tegenstrijdige informatie in de brochure en de financiële bijsluiter. De rechtbank heeft voorts geoordeeld dat ook voor [appellant] duidelijk moet zijn geweest dat van een 100 % garantie tot terugbetaling van de inleg nimmer sprake kon zijn, mede gelet op de door [appellant] ondertekende 'disclaimer en verklaring van kennisname', die ook melding maakt van risico 's die verbonden zijn aan een investering die gekoppeld is aan een beleggingsfonds. De rechtbank heeft hierin aanleiding gezien om de schade over beide partijen gelijkelijk te verdelen, zodat ieder de helft van de schade dient te dragen.

De rechtbank heeft ten aanzien van de door [appellant] gevorderde schadevergoeding overwogen dat de hoogte van de schade niet vast staat en dat er daarom aanleiding is de zaak ambtshalve te verwijzen naar de schadestaatprocedure.

In reconventie heeft de rechtbank overwogen dat zij niet toekomt aan behandeling van de vordering in reconventie, nu [geïntimeerde] in conventie niet is veroordeeld tot betaling van een bepaald bedrag waardoor de voorwaarde waaronder de vordering is ingesteld, niet is vervuld.

4.4.2. De rechtbank heeft vervolgens in conventie voor recht verklaard dat [geïntimeerde] aansprakelijk is jegens [appellant] vanwege het in strijd handelen met haar zorgplicht bij de advisering ter zake van het product voor 50 % van de door [appellant] als gevolg daarvan geleden schade, nader op te maken bij staat, [geïntimeerde] veroordeeld in de proceskosten, te vermeerderen met wettelijke rente, en het meer of anders gevorderde afgewezen. In reconventie heeft de rechtbank verstaan dat de vordering geen behandeling behoeft.

5 De beoordeling in hoger beroep

5.1. [appellant] voert in hoger beroep zes grieven aan tegen het vonnis van 1 februari 2017 en vordert vernietiging van dat vonnis en alsnog toewijzing van zijn vorderingen in conventie, met dien verstande dat hij in hoger beroep ter zake van schadevergoeding een bedrag van € 43.430,57 vordert, met veroordeling van [geïntimeerde] in de kosten van het hoger beroep.

5.2. [geïntimeerde] voert in incidenteel hoger beroep twee grieven aan tegen voornoemd vonnis en vordert vernietiging van dat vonnis en alsnog afwijzing van de vorderingen van [appellant] , met veroordeling van [appellant] in de kosten van dit hoger beroep.

5.3. Het hof zal de grieven 1 en 2 in principaal hoger beroep en grief 1 in incidenteel hoger beroep, voor zover gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat [geïntimeerde] tekort is geschoten in de nakoming van haar zorgplicht, gezamenlijk behandelen.

5.3.1. [appellant] legt aan zijn vorderingen ten grondslag dat [geïntimeerde] tegenover hem toerekenbaar tekort is geschoten dan wel onrechtmatig heeft gehandeld en op basis daarvan aansprakelijk is voor de door [appellant] als gevolg daarvan geleden schade vanwege:

1. het geven van een onjuist advies: [geïntimeerde] heeft een product geadviseerd dat niet past binnen de doelstellingen van [appellant] en zijn risicobereidheid;
2. het verstrekken van onjuiste informatie over het product door te vermelden dat de inleg van € 50.500,00 gegarandeerd was door Quantum;
3. schending van haar bijzondere zorgplicht als financieel adviseur door het niet, althans onvoldoende waarschuwen voor de risico's die verbonden waren aan het product en voor het feit dat het product niet paste binnen de doelstellingen en risicobereidheid van [appellant] .

5.3.2. Het hof stelt het volgende voorop. [geïntimeerde] werd als financieel dienstverlener benaderd door [appellant] voor een op zijn situatie toegesneden advies. In een zodanige situatie rustte op [geïntimeerde] als financieel dienstverlener een bijzondere zorgplicht op grond waarvan zij met het oog op dat advies naar behoren onderzoek diende te doen naar de financiële mogelijkheden, de deskundigheid, de beleggingsdoelstelling en risicobereidheid van [appellant] en diende zij hem ook te informeren en te waarschuwen voor eventuele risico's die aan de voorgenomen beleggingsvorm waren verbonden en voor het feit dat een beoogde beleggingsvorm mogelijk niet aansloot bij de beleggingsdoelstelling, de risicobereidheid of diens deskundigheid. Nu [appellant] aangemerkt dient te worden als een onervaren belegger – het enkele feit dat [appellant] al een keer een beleggingspolis heeft afgesloten bij Aegon, maakt hem nog geen deskundig en/of ervaren belegger – , diende [geïntimeerde] in het bijzonder na te gaan of [geïntimeerde] het aangedragen product begreep en zich daadwerkelijk van de daaraan verbonden risico's bewust was. Voornoemde zorgplicht strekt immers mede ter bescherming van de cliënt tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid (vgl. HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1725).

5.3.3. Vast staat dat het doel van [appellant] inkomensaanvulling en kapitaalbehoud was, dat hij geen risico wilde lopen om zijn inleg van € 50.500,00 kwijt te raken en dat hij daarom een veilige belegging wenste. Dit doel was bij [geïntimeerde] bekend. [geïntimeerde] heeft [appellant] vervolgens geadviseerd het product af te sluiten. Ten aanzien hiervan staat als onweersproken vast dat het een complex financieel product betreft met een verzekeringscomponent én een beleggingscomponent, dat de verzekeraar een buitenlandse verzekeraar uit [vestigingsplaats] is, dat de verzekering is gekoppeld aan een beleggingsfonds, waarvan de beheerder was gevestigd op de Kaaimaneilanden, en dat het beleggingsfonds op haar beurt bij wijze van voorfinanciering investeerde in vorderingen/debiteuren (ook wel bekend als "factoring"). Niet is betwist dat een dergelijke wijze van beleggen een vrij groot risico meebrengt dat de inlegger zijn geld niet terug krijgt, zoals ook vermeld in de financiële bijsluiter van het product. Voorts staat vast dat de volledige inleg van [appellant] werd belegd en dat de afgesloten kapitaalverzekering slechts het overlijdensrisico afdekte en niet het risico dat de inleg aan het einde van de looptijd niet uit de beleggingen kon worden terugbetaald. Naar het oordeel van het hof kan dus worden vastgesteld dat het product niet past binnen de doelstellingen van [appellant] en evenmin bij zijn risicobereidheid. Gelet hierop heeft [geïntimeerde] [appellant] een onjuist advies gegeven.

5.3.4. Daarnaast kan worden vastgesteld dat [geïntimeerde] [appellant] onjuiste informatie heeft gegeven. [geïntimeerde] stelt zelf dat zij voorafgaande aan het afsluiten van het product met [appellant] heeft gesproken over de door [appellant] gewenste kapitaalbescherming en dat zij zich daarbij heeft gebaseerd op en ook verwezen heeft naar de brochure van Quantum. In deze brochure staat vermeld dat bij beëindiging van het product minimaal het geïnvesteerde bedrag wordt terugontvangen. Weliswaar betwist [geïntimeerde] dat zij voorafgaande aan het afsluiten van het product heeft gegarandeerd dat [appellant] haar inleg niet kwijt zou raken, maar tijdens de comparitie van partijen in eerste aanleg is namens haar verklaard dat een leek voornoemde vermelding in de brochure als garantie zal

interpreteren. Tijdens de comparitie is namens haar ook verklaard dat zij er zelf ook van uitging dat [appellant] na afloop van de looptijd minimaal het door hem geïnvesteerde kapitaal zou terug krijgen.

De inhoud van de brochure van Quantum is echter in strijd met de inhoud van de financiële bijsluiter van het product, eveneens afkomstig van Quantum, waarin vermeld staat dat het risico vrij groot is dat de deelnemer zijn inleg niet terugkrijgt. [geïntimeerde] betwist ook niet, althans onvoldoende dat de informatie in de brochure achteraf onjuist bleek te zijn.

- 5.3.5. Uit het voorgaande vloeit voort dat [geïntimeerde] [appellant] evenmin heeft gewaarschuwd voor de omvang en aard van de risico's van de investering, behorend bij het product. [geïntimeerde] betwist ook niet dat zij [appellant] voorafgaande aan het afsluiten van het product niet heeft gewaarschuwd dat [geïntimeerde] na beëindiging van de looptijd van het product zijn inleg kon kwijt raken.
- 5.3.6. Het verweer van [geïntimeerde] komt erop neer dat [geïntimeerde] niets te verwijten valt, omdat zij bij haar advies aan [appellant] is afgegaan op achteraf onjuist gebleken informatie van [distributeur] en Quantum. Zij voert in dat verband aan dat het product speciaal door Quantum is ontwikkeld voor de verkoopkanalen van [distributeur], dat zij er gelet hierop van mocht uitgaan dat [distributeur] bij uitstek de deskundige was ten aanzien van het product en dat zij juist op aanraden van [distributeur] het product aan [appellant] heeft geadviseerd. [geïntimeerde] voert voorts aan dat zij de tegenstrijdige informatie in de brochure en de financiële bijsluiter heeft voorgelegd aan [distributeur] en dat deze haar daarop te kennen heeft gegeven dat uitgegaan moet worden van de inhoud van de brochure. [geïntimeerde] is van mening dat zij niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de onjuiste informatie die door [distributeur] en door Quantum (in de folder) is gegeven.
- 5.3.7. Het hof overweegt ten aanzien hiervan als volgt. Ook al is de informatie dat bij beëindiging minimaal het in het fonds geïnvesteerde kapitaal zou worden ontvangen, afkomstig van Quantum zelf als aanbieder van het product, dit laat onverlet dat, gelet op de bijzondere zorgplicht van [geïntimeerde] tegenover [appellant], het op de weg van [geïntimeerde] had gelegen om zelfstandig nader onderzoek te verrichten naar de aard en risico's van het product. Dit geldt temeer, nu het volledige door [appellant] ingelegde bedrag werd belegd, terwijl de risicobereidheid van [appellant] beperkt was, en de inhoud van de brochure van Quantum op het punt van kapitaalbescherming niet overeenkomt met de inhoud van de financiële bijsluiter. Naar het oordeel van het hof had [geïntimeerde] dan ook niet kunnen volstaan met het enkel doen van navraag bij [distributeur] over deze tegenstrijdige inhoud van de brochure en de financiële bijsluiter en had hij zonder nader onderzoek niet mogen afgaan op de juistheid van de daarop door [distributeur] gegeven informatie. Gesteld noch gebleken is dat [distributeur] enige toelichting heeft gegeven op zijn antwoord dat uitgegaan diende te worden van de inhoud van de brochure. In de financiële bijsluiter wordt daarnaast nog verwezen naar een prospectus. [geïntimeerde] stelt dat hij bij [distributeur] heeft geïnformeerd naar het bestaan van die prospectus en dat [distributeur] heeft geantwoord dat er geen prospectus bestond. Gesteld noch gebleken is dat [geïntimeerde] dit op juistheid heeft gecheckt dan wel anderszins informatie heeft ingewonnen over deze prospectus, bijvoorbeeld bij Quantum. Gelet hierop kan [geïntimeerde] zich er dan ook niet achter verschuilen dat de onjuiste informatie niet van haar afkomstig was maar van [distributeur] dan wel Quantum.
- 5.3.8. Gelet op het voorgaande kan worden geconcludeerd dat [geïntimeerde] tekort is geschoten in de nakoming van haar bijzondere zorgplicht tegenover [appellant] door hem onjuist te adviseren, hem onjuist te informeren en hem niet te waarschuwen voor de risico's van het product en voor het feit dat het product niet past bij zijn doelstellingen en kan dit haar ook worden toegerekend. Hieruit volgt ook dat het beroep van [geïntimeerde] op overmacht als bedoeld in artikel 6:75 BW dient te worden verworpen.

Dit betekent dat de eerste twee grieven in principaal appel in zoverre slagen en de eerste grief in incidenteel appel in zoverre faalt.

- 5.4.1. Het hof komt vervolgens toe aan de behandeling van de derde grief in principaal hoger beroep en de eerste grief in incidenteel appel die (deels) betrekking hebben op de vraag in welke mate ieder van partijen dienen bij te dragen bij de door [appellant] geleden schade als gevolg van de tekortkoming van [geïntimeerde] .
- 5.4.2. [geïntimeerde] heeft een beroep gedaan op eigen schuld aan de zijde van [appellant] als bedoeld in artikel 6:101 BW. In verband met dit beroep herhaalt het hof dat [geïntimeerde] tegenover [appellant] is opgetreden als een financieel dienstverlener, dat op [geïntimeerde] uit hoofde daarvan een bijzondere zorgplicht rustte, die mede strekte ter bescherming van [appellant] tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of van eigen lichtvaardigheid. Zoals hiervoor is overwogen, heeft [geïntimeerde] deze zorgplicht geschonden. [appellant] mocht er in beginsel van uitgaan dat [geïntimeerde] haar zorgplicht tegenover hem zou naleven. Hieruit volgt dat [appellant] minder snel bedacht hoefde te zijn op en zich minder snel uit eigen beweging hoefde te verdiepen in door [geïntimeerde] niet vermelde risico's van het product. Dit geldt temeer, nu het product een gecompliceerde en risicovolle combinatie van verzekeren en beleggen inhield. Dit is ook van belang bij de causaliteitsafweging op de voet van art. 6:101 BW (vgl. ook hier HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1725).

[geïntimeerde] stelt daar enkel tegenover dat [appellant] ervaring had met beleggen en op de hoogte was van de risico's daarvan doordat hij al eerder een beleggingspolis bij AEGON had afgesloten en daarbij geld had verloren. Zoals het hof hiervoor al heeft overwogen, maakt het enkele feit dat [appellant] al een keer eerder een beleggingspolis had afgesloten hem nog niet een ervaren belegger, laat staan een deskundig belegger.
- 5.4.3. Het feit dat [appellant] de 'disclaimer en verklaring van kennisname' heeft ondertekend die melding maakt van risico's die verbonden zijn aan een investering gekoppeld aan een beleggingsfonds, kan evenmin tot het oordeel leiden dat het ook voor [appellant] duidelijk moet zijn geweest dat van een 100 % garantie tot terugbetaling van de inleg geen sprake kon zijn. Deze disclaimer, die een standaard tekst bevat en niet is toegespitst op het aangeboden product, kan niet worden gezien als een voldoende effectieve waarschuwing voor de risico's van het onderhavige product en de gevolgen die verwezenlijking van die risico's voor [appellant] zouden kunnen hebben. Daar komt bij dat [geïntimeerde] tijdens de comparitie in eerste aanleg heeft verklaard er zelf ook van te zijn uitgegaan dat [appellant] na afloop van de looptijd van het product zijn inleg zou terug krijgen. [geïntimeerde] kan dan als deskundig te achten professionele financiële dienstverlener niet aan [appellant] tegenwerpen dat [appellant] wél had kunnen en moeten weten dat het product het risico zou meebrengen dat hij zijn inleg zou verliezen.
- 5.4.4. Naar het oordeel van het hof kan dus niet worden geconcludeerd dat de door [appellant] geleden schade als gevolg van de tekortkoming van [geïntimeerde] mede het gevolg is van een omstandigheid die [appellant] kan worden toegerekend en dient deze schade volledig te worden gedragen door [geïntimeerde] . Het beroep van [geïntimeerde] op artikel 6:101 BW dient dan ook te worden verworpen. De derde grief in het principaal hoger beroep slaagt en de eerste grief in incidenteel hoger beroep faalt in zoverre eveneens.
- 5.5.1. De vierde grief van [appellant] in principaal hoger beroep is gericht tegen de overweging van de rechtbank dat de hoogte van de schade niet kan worden vastgesteld en dat dit voor de rechtbank aanleiding is om de zaak te verwijzen naar de schadestaatprocedure.
- 5.5.2. Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat de schade die [appellant] heeft geleden als gevolg van het tekortschieten door [geïntimeerde] in de nakoming van haar zorgplicht

wel kan worden vastgesteld. Zoals [appellant] terecht stelt, dient deze schade te worden berekend door een vergelijking te maken tussen de situatie waarin [appellant] zich nu bevindt en die waarin hij zich zou hebben bevonden als [geïntimeerde] zijn zorgplicht zou hebben nageleefd.

Tussen partijen staat in hoger beroep niet ter discussie dat de situatie van [appellant] op dit moment inhoudt dat hij aan het afsluiten van het product een vermogen van € 19.744,93 (de ontvangen rente-uitkeringen gedurende de looptijd van het product) heeft overgehouden, terwijl zijn inleg € 50.500,00 bedroeg.

Naar het oordeel van het hof bestaan er geen tot onvoldoende aanwijzingen dat te verwachten is dat het product alsnog tot uitkering komt. Ten tijde van de memorie van grieven in principaal hoger beroep was de looptijd inmiddels bijna drie-en-een-half jaar verstreken en had [appellant] nog altijd niets ontvangen. [geïntimeerde] stelt dat de waarde van de polis dient te worden vastgesteld op een bedrag van € 32.556,95 en baseert zich daarbij op een overzicht van Quantum van 13 mei 2016. [appellant] heeft echter bij memorie van grieven een recenter overzicht van Quantum van 10 april 2017 overgelegd waarbij de waarde van de polis per 31 december 2016 is vastgesteld op 0. [geïntimeerde] heeft dit onvoldoende betwist.

Uit het voorgaande volgt dat de schade van [appellant] in ieder geval € 30.755,07 bedraagt (€ 50.500,00 minus € 19.744,93).

5.5.3. [appellant] stelt zich op het standpunt dat, gelet op zijn doelstellingen, inhoudende kapitaalbescherming en inkomensaanvulling, en het door hem gewenste hogere rendement dan bij banksparen, een deugdelijk advies zou zijn geweest om te beleggen in obligaties van de Nederlandse/Europese AEX-genoteerde beursfondsen met een hoge kredietkwaliteit zoals koninklijke DSM, Shell International en Heineken N.V. en vijfjarige staatsobligaties (NL). Volgens [appellant] zou het gemiddelde effectieve rendement 5,02 % zijn geweest, wat over een inleg van € 50.500,00 gedurende een looptijd van vijf jaar een rendement zou hebben opgeleverd van € 12.675,50. De totale opbrengst zou dan (€ 50.500,00 + € 12.675,50 =) € 63.175,50 bedragen en de schade bedraagt dan (€ 63.175,50 - € 19.744,93 =) € 43.430,57, aldus [appellant] .

5.5.4. Naar het oordeel van het hof heeft [appellant] voornoemd rendement tegenover de gemotiveerde betwisting daarvan door [geïntimeerde] onvoldoende onderbouwd. Het hof kan, zonder nadere toelichting, die ontbreekt, uit de door [appellant] in dat verband overgelegde productie 4 bij memorie van grieven niet afleiden dat belegging in obligaties van de door [appellant] genoemde beursfondsen een dergelijk rendement zou hebben opgeleverd.

Wat daar verder ook van zij, het hof acht het daarnaast niet voldoende aannemelijk dat belegging in obligaties van de door [appellant] genoemde beursfondsen door [geïntimeerde] zou zijn geadviseerd, indien hij zijn zorgplicht wel was nagekomen. Dit advies zou evenmin passend zijn geweest bij de beleggingsdoelstellingen van [appellant] , aangezien hij een zodanige kapitaalbescherming wenste dat hij geen risico zou lopen om zijn inleg te verliezen. [appellant] heeft tijdens de comparitie in eerste aanleg ook verklaard dat het behalen van rendement voor hem niet het belangrijkste was en dat het hem erom ging dat hij zijn inleg van

€ 50.500,00 zou terug krijgen. Algemeen bekend kan worden geacht dat investeren zonder risico een laag rendement oplevert. Met de belegging in de genoemde beursfondsen zou [appellant] juist wel risico hebben gelopen dat zijn inleg zou worden verminderd of geheel verloren zou gaan. Hoewel [appellant] bij de opdracht aan [geïntimeerde] had aangegeven een hoger rendement te willen bereiken dan door middel van banksparen, ziet het hof niet onmiddellijk in op welke andere wijze [appellant] zijn geld had kunnen investeren zonder het risico te lopen – al dan niet een gedeelte van - zijn inleg te verliezen. [appellant] biedt hiervoor ook geen aanknopingspunten en biedt op dit punt evenmin bewijs aan. Voor de

schatting van het redelijk te achten rendement dat [appellant] zou hebben gehad over zijn inleg, indien [geïntimeerde] haar zorgplicht niet had geschonden, zoekt het hof dan ook veeleer aansluiting bij de gemiddelde spaarrente over de jaren 2009 tot en met 2014, te weten (afgerond) ongeveer 2,15 %. Dit zou hebben geresulteerd in een rendement over vijf jaar van (afgerond)

€ 5.429,00, zodat de totale opbrengst zou zijn geweest (€ 50.500,00 + € 5.429,00 =)

€ 55.929,00. Hierop dienen de door [appellant] gedurende de looptijd van het product ontvangen uitkeringen van totaal € 19.744,93 in mindering te worden gebracht. De door [appellant] geleden schade kan dan worden begroot op € 36.184,07. Dit bedrag zal worden toegewezen ter zake van schadevergoeding.

De daarover gevorderde wettelijke rente zal worden toegewezen met ingang van de einddatum van het product (19 maart 2014), nu op dat moment de schade als gevolg van de schending door [geïntimeerde] van haar zorgplicht wordt geacht te zijn geleden en [geïntimeerde] vanaf dat moment in verzuim is komen te verkeren. Dit wordt ook niet door [geïntimeerde] betwist.

In zoverre slaagt de vierde grief in principaal hoger beroep.

- 5.6. De vijfde grief van [appellant] in het principaal hoger beroep is gericht tegen de afwijzing door de rechtbank van de door [appellant] gevorderde vergoeding van buitengerechterlijke incassokosten van € 1.280,00. Het hof stelt vast dat het Besluit vergoeding voor buitengerechterlijke incassokosten (hierna: het Besluit) van toepassing is, nu het verzuim na 1 juli 2012 is ingetreden. [appellant] heeft naar het oordeel van het hof voldoende gesteld en onderbouwd dat hij buitengerechterlijke incassokosten heeft gemaakt. Het gevorderde bedrag aan buitengerechterlijke incassokosten komt overeen met het in het Besluit bepaalde tarief en zal worden toegewezen. De vijfde grief slaagt dus eveneens.
- 5.7. De zesde grief in principaal hoger beroep heeft geen zelfstandige betekenis en behoeft daarom geen afzonderlijke behandeling.
- 5.8. Nu [geïntimeerde] in hoger beroep alsnog zal worden veroordeeld tot betaling van een bedrag ter zake van schadevergoeding, is hiermee de voorwaarde vervuld waaronder [geïntimeerde] haar vordering van [geïntimeerde] in reconventie heeft ingesteld en komt het hof toe aan de beoordeling daarvan.
- 5.8.1. [geïntimeerde] heeft in eerste aanleg in reconventie primair gevorderd voor recht te verklaren dat de vorderingen van [appellant] uit hoofde van het product door de voldoening van [geïntimeerde] van hetgeen hij in conventie jegens [appellant] is veroordeeld krachtens subrogatie als bedoeld in artikel 6:150 sub c BW op [geïntimeerde] zijn overgegaan. [geïntimeerde] heeft hieraan ten grondslag gelegd dat hij bij toewijzing van de vorderingen van [appellant] feitelijk de vordering voldoet die [appellant] heeft op Quantum uit hoofde van het product. Het hof kan haar daarin niet volgen. Voor het overgaan van een vordering bij wijze van subrogatie op een derde is vereist dat een derde in eigen naam de vordering van de schuldeiser voldoet. Hiervan is in dit geval geen sprake. Het betreft immers geen vordering van [appellant] op Quantum die [geïntimeerde] als derde zou voldoen, maar een vordering van [appellant] op [geïntimeerde] zelf wegens het toerekenbaar tekortschieten van [geïntimeerde] in de nakoming van haar zorgplicht tegenover [appellant]. De primair gevorderde verklaring voor recht is dus niet toewijsbaar.
- 5.8.2. [geïntimeerde] heeft in reconventie subsidiair gevorderd [appellant] te veroordelen om de koopsompolis verbonden aan het product onbezwaard over te dragen, althans over te dragen aan [geïntimeerde] op straffe van verbeurte van een dwangsom. [geïntimeerde] heeft hieraan ten grondslag gelegd dat indien [appellant] zowel de koopsompolis en de daaruit al ontvangen uitkeringen behoudt als een schadevergoeding van [geïntimeerde] ontvangt, in een aanmerkelijk betere positie terecht komt dan de situatie waarin de polis na

afloop van de looptijd van vijf jaar tot uitkering zou zijn gekomen, hetgeen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Ook hierin kan het hof [geïntimeerde] niet volgen. Zoals het hof hiervoor al heeft overwogen, is de looptijd van de polis geëindigd op 19 maart 2014 en heeft [appellant] nog altijd geen uitkering ontvangen en zijn er ook geen aanwijzingen dat de polis alsnog zal worden uitgekeerd. De rente-uitkeringen die [appellant] tijdens de looptijd van het product heeft ontvangen, zijn in mindering gebracht op het bedrag dat [geïntimeerde] ter zake van schadevergoeding aan [appellant] dient te voldoen. Aldus kan niet worden geconcludeerd dat [appellant] nu in een aanmerkelijk betere positie zal komen te verkeren dan wanneer de polis na beëindiging van de looptijd tot uitkering zou zijn gekomen. De subsidiaire vordering is dus evenmin toewijsbaar.

5.8.3. [geïntimeerde] heeft ten slotte in reconventie gevorderd [appellant] te veroordelen om de door hem ontvangen uitkeringen van Quantum vanaf de ingangsdatum van het product tot en met het moment van overdracht van het product aan haar te voldoen. Nu de door [appellant] tijdens de looptijd van het product ontvangen uitkeringen van totaal € 19.744,93 in mindering zijn gebracht op de door [geïntimeerde] te betalen schadevergoeding, heeft [geïntimeerde] bij deze vordering geen belang.

6 De slotsom

6.1. Uit het bovenstaande volgt dat het bestreden vonnis dient te worden vernietigd voor zover daarbij voor recht is verklaard dat [geïntimeerde] voor 50 % aansprakelijk is voor de door [appellant] geleden schade en de zaak wat betreft de hoogte van de schade is verwezen naar de schadestaatprocedure. Het bewijsaanbod van ieder van partijen wordt gepasseerd omdat het telkens niet is toegesneden op een of meer stellingen die tot een ander oordeel kunnen leiden. Omwille van de leesbaarheid van het dictum zal het hof het vonnis geheel vernietigen.

6.2. [geïntimeerde] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van beide instanties. Hieruit volgt dat grief 2 in incidenteel hoger beroep, gericht tegen de proceskostenveroordeling van [geïntimeerde] in eerste aanleg, ook faalt.

6.2.1. Deze kosten worden aan de zijde van [appellant] in eerste aanleg in conventie begroot op € 99,98 aan exploitkosten, € 883,00 aan griffierecht en € 2.682,00 aan salaris advocaat (3 punten [inleidende dagvaarding 1, conclusie van repliek 1, comparitie 1] maal tarief IV) en in reconventie op € 904,00 aan salaris advocaat (2 punten [conclusie van antwoord in reconventie 1, conclusie van dupliek in reconventie 1] maal tarief II).

6.2.2. In hoger beroep worden de proceskosten aan de zijde van [appellant] tot op heden begroot in principaal hoger beroep op € 93,30 aan exploitkosten, € 716,00 aan griffierecht en € 1.959,00 aan salaris advocaat (1 punt [memorie van grieven] maal tarief IV) en in incidenteel hoger beroep € 979,50 aan salaris advocaat (1 punt [memorie van antwoord in incidenteel hoger beroep] maal tarief IV maal 0,5).

6.2.3. De door [appellant] gevorderde wettelijke rente over de proceskosten zal worden toegewezen op na te melden wijze.

7 De uitspraak

Het hof:

in principaal hoger beroep en incidenteel hoger beroep:

vernietigt het vonnis van de rechtbank Limburg, zittingsplaats Roermond, van 1 februari 2017;

en opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat [geïntimeerde] aansprakelijk is jegens [appellant] vanwege het in strijd handelen met haar zorgplicht bij de advisering met betrekking tot het product Select Income Bond van Quantum voor de schade die [appellant] daardoor heeft geleden;

veroordeelt [geïntimeerde] tot betaling aan [appellant] van een bedrag van € 36.184,07 ter zake van schadevergoeding, te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW over dit bedrag vanaf 19 maart 2014 tot aan de dag van algehele voldoening;

veroordeelt [geïntimeerde] tot betaling aan [appellant] van een bedrag van € 1.280,00 ter zake van buitengerechtigde incassokosten;

veroordeelt [geïntimeerde] in de proceskosten van de eerste aanleg en het hoger beroep, en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van [appellant] in eerste aanleg in conventie op € 982,98 aan verschotten en op € 2.689,00 aan salaris advocaat en in reconventie op € 904,00 aan salaris advocaat, in principaal hoger beroep op € 809,30 aan verschotten en op € 1.959,00 aan salaris advocaat en in incidenteel hoger beroep op € 979,50 aan salaris advocaat, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en – voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW, te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;

verklaart dit arrest voor wat betreft bovenstaande veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. E.J. van Sandick, O.G.H. Milar en P. Kuipers en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 5 maart 2019.

griffier rolraadsheer

