

LJN: BA7786, Gerechtshof Arnhem , 2006/424

Datum uitspraak: 19-06-2007
Datum publicatie: 28-06-2007
Rechtsgebied: Handelszaak
Soort procedure: Hoger beroep
Inhoudsindicatie: Uit de stellingen van partijen blijkt dat W&P jegens appellant onder meer als financieel adviseur is opgetreden. Het hof gaat er dan ook vanuit dat partijen een overeenkomst zijn aangegaan die erop neerkomt dat W&P in opdracht van appellant financieel advies aan hem heeft uitgebracht en dat zij hem in dat kader PFP 2 heeft geadviseerd. De omstandigheid dat W&P hiervoor niet door appellant werd betaald (maar haar vergoeding verkreeg van partijen bij wie appellant de in het financiële plan voorziene financiële producten verkreeg) maakt dat in het licht van het bepaalde in artikelen 7:400 en 401 BW niet anders. Voor zover W&P met haar verwijzing naar een cliëntenremisier bedoelt te betogen dat zij in dezen niet de zorgplicht van een financieel adviseur behoefde te betrachten, verwerpt het hof dat betoog.

Uitspraak

19 juni 2007
derde civiele kamer
rolnummer 2006/424

GERECHTSHOF TE ARNHEM

Arrest

in de zaak van:

[appellant],
wonende te [woonplaats],
appellant,
procureur: mr. L. Paulus,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Wagner & Partners B.V.,
gevestigd te Rotterdam,
geïntimeerde,
procureur: mr. F.J. Boom.

1 Het geding in eerste aanleg

Het hof verwijst voor de procedure in eerste aanleg naar de inhoud van de vonnissen van 2 maart 2005 (comparitievonnissen), 20 juli 2005 en 14 december 2005 (eindvonnis) die de rechtbank Arnhem tussen appellant (hierna ook te noemen: [appellant]) als eiser en geïntimeerde (hierna ook te noemen: W&P) als gedaagde heeft gewezen. Fotokopieën van deze vonnissen zijn aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 [appellant] heeft bij exploit van 14 maart 2006 (hersteld bij exploit van 23 maart 2006) aan W&P aangezegd van de genoemde vonnissen in hoger beroep te komen en haar voor dit hof gedagvaard.

2.2 Bij memorie van grieven heeft [appellant] veertien grieven tegen het tussenvonnissen van 20 juli 2005 en het eindvonnis aangevoerd, deze toegelicht en bewijs aangeboden. Hij vordert dat het hof de bestreden vonnissen zal vernietigen en, opnieuw recht doende, bij voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad verklaard arrest:

- (a) voor recht zal verklaren dat de in februari 2000 tussen partijen gesloten overeenkomst is vernietigd;
- (b) W&P zal veroordelen tot vergoeding van de huidige en toekomstige schade ten gevolge van de wanprestatie en de schending van de zorgplicht door W&P, op te maken bij staat, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf 1 januari 2003 tot aan de dag van algehele voldoening, alsmede tot betaling van een voorschot van ? 105.000,-, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf 1 januari 2003 tot aan de dag van algehele voldoening;
- (c) W&P zal veroordelen in de gedingkosten van beide instanties.

2.3 Bij memorie van antwoord heeft W&P de grieven bestreden. W&P concludeert dat het hof het hoger beroep zal afwijzen en [het hof leest:] de vonnissen zal bekrachtigen, [appellant] in de kosten van [het hof leest:] het hoger beroep zal veroordelen en daarbij zal bepalen dat de wettelijke rente over de proceskosten zal gaan lopen vanaf 2 dagen na betekening van het arrest, met uitvoerbaarverklaring van de kostenveroordeling bij voorraad.

2.4 Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd.

3 De vaststaande feiten

3.1 De rechtbank heeft in het tussenvonnis van 20 juli 2005 onder 2.1 tot en met 2.21 feiten vastgesteld. Aangezien daartegen geen grieven zijn aangevoerd of bezwaren zijn geuit, zal het hof in hoger beroep ook van die feiten uitgaan.

Op grond daarvan en van hetgeen in hoger beroep is gesteld en niet of onvoldoende weersproken en op grond van de in zoverre niet bestreden inhoud van overgelegde producties, merkt het hof de volgende feiten als tussen partijen vaststaand aan.

3.2 Voorjaar 1996 bezaten [appellant] en zijn echtgenote een woonhuis, dat zij met hun gezin met twee jonge kinderen bewoonden. De onderhandse waarde van dat woonhuis beliep toen NLG 310.000,-. De hypothecaire lening voor die woning beliep NLG 122.628,-.

[appellant] verdiende toen als service technicus c.q. adviseur technische service bij een technische handelsonderneming NLG 5.153,85 bruto per maand, zijn echtgenote als administratief medewerkster NLG 1.419,62.

3.3 Voorjaar 1996 is [appellant] via [A.] (hierna: [A.]), een voormalige collega van [appellant] die inmiddels bij W&P werkzaam was, met W&P in contact gekomen. W&P heeft aan [appellant] een Persoonlijk Financieel Plan (hierna: PFP 1) geadviseerd en bij monde van [B.] uitgelegd. [appellant] heeft dat, als productie 9 bij comparitie van partijen door W&P overgelegde, PFP 1 aanvaard en er is uitvoering aan gegeven.

3.4 PFP 1 voorzag er onder meer in dat [appellant] een nieuwe, hogere hypothecaire lening sloot, welke hij bij ING Bank N.V. (hierna: ING) heeft gesloten, en dat hij een koopsompolis verkreeg, welke hij bij Hooge Huys Levensverzekeringmaatschappij N.V. (hierna: HH) heeft afgesloten. Onder PFP 1 bestond de mogelijkheid om bedragen ter vrije besteding op te nemen uit de koopsompolis, mits met toestemming van ING, aan welke bank de rechten uit die polis waren verpand. In november 1999 heeft W&P, naar aanleiding van een weigering van ING om een verzoek van [appellant] om opname uit het fonds van de koopsompolis te accorderen, geadviseerd om de hypothecaire lening wederom te verhogen. Daarop heeft [appellant] gereageerd bij brief van 21 november 1999, met onder meer de volgende bewoordingen:

?Omdat de volgende redenen wil ik geen verhoging van de hypotheek volgens bovenstaand advies:

1. Uitgaande van een rendement van 9% en een hypotheekrente van 6% is het rendement op het ge?nvesteerde vermogen 3%. Voor 3% rendement wil ik het risico niet nemen.
2. Ik bespaar me de notariskosten en de kosten van de hypotheekakte.

Ik wil wel op korte termijn een aanpassing van de constructie:

1. Hypotheek verhogen met f 50.000,- en dit bedrag uitkeren.
2. Minimale maandlasten (circa f 300,- netto).

Omdat we destijds in de hypotheekakte een bedrag van f 400.000,- hebben opgenomen en mijn huidige hypotheek f 350.000,- bedraagt kan het extra bedrag opgenomen worden zonder notariskosten.

Uitgangspunt bij deze wijziging is dat we denken dat we op latere leeftijd veel minder behoeftes zullen hebben dan nu. In de huidige constructie wordt veel ge?nvesteerd in vermogensopbouw. Graag ontvang ik van u een voorstel en een nieuwe berekening.?

3.5 W&P heeft [appellant] daarop medegedeeld dat ING niet op dat voorstel wilde ingaan. Na verdere correspondentie heeft [A.] van W&P aan [appellant] geadviseerd om een aangepast PFP (hierna: PFP 2) op te zetten, waarbij een hogere lening zou worden aangegaan en daarmee de lopende lening zou worden afbetaald. Die opzet van PFP 2 heeft W&P bij faxbericht van 29 februari 2000 aan [appellant] toegezonden.

Het inkomen van [appellant] bedroeg toen NLG 5.950,- bruto per maand; bij zijn echtgenote werd toen geen inkomen in aanmerking genomen. De onderhandse verkoopwaarde van hun woning was toen getaxeerd op NLG 550.000,- en de executiewaarde ervan op NLG 492.200,-.

Ook PFP 2 heeft [appellant] aanvaard. Ook aan PFP 2 is uitvoering gegeven.

3.6 Op 2 december 2000 schreef [appellant] aan W&P onder meer:
 ?In verband met wijziging van het belastingstelsel heb ik de volgende vragen:
 1. Welk deel van mijn hypotheek kan ik nog opgeven als aftrekbare kosten?
 2. Ik heb diverse ?spaarpotten? cq polissen:
 - Zijn de uitkeringen in het nieuwe belastingstelsel nog steeds belastingvrij?
 - [..]
 Ik heb een brief gehad waarin men aangeeft dat ik 5800,-:
 a) moet betalen of
 b) als inkomen op moet geven dus 50% belast = 2900,-
 [..]?

3.7 In mei 2002 schreef [appellant] aan [A.] van W&P onder meer:
 ?Een deel van mijn hypotheek is niet aftrekbaar = fl. 230.000,- De bijbehorende rentekosten zijn 6% = fl. 13.800,- per jaar = fl. 1.150,- per maand. Hiertegenover staan investeringen die tot nu toe alleen maar zeer veel geld gekost hebben! En als er in de toekomst een positief rendement behaald wordt moet er eerst 6% overbrugd worden. Ik wil graag dat je op korte termijn bekijkt wat de beste oplossing is voor deze situatie.?
 [A.] reageerde daarop bij schrijven van 24 mei 2002 met onder meer:
 ?Ik heb een 3 tal berekeningen gemaakt.
 deze houden hetvolgende in
 berekening 1) 020523001 Is huidige planning met actuele waardes, wel is deze geoptimaliseerd door per ommegeande de premies van Aegon te verlagen.
 berekening 2) 020524002 Is aflossenario, hieruit blijkt dat de maandlast fors stijgt! Van Eur 185 per maand naar berekening 3) 020524003 Is berekening 1 met aanpassing maandlasten
 berekening 4) 020524004 Algehele aflossing uit alle depots + polissen?

3.8 Bij brief van 18 november 2002 schreef ARAG Rechtsbijstand namens [appellant] onder meer het volgende aan W&P:
 ?Echter, een groot gedeelte van de maandelijks lasten van cli?nt worden in dit plan nu betaald door de inkomsten uit beleggingen. Omdat de koersen drastisch dalen, moeten steeds grotere aandelenpakketten verkocht worden om daarmee dezelfde lasten te kunnen voldoen. Daarom dient cli?nt nu zelf grote sommen bij te leggen om de maandlasten te voldoen en de geleende som, waarmee belegd is, niet geheel op te laten drogen.
 Uw medewerker heeft cli?nt een onacceptabel risicovol plan laten afsluiten zonder hem daarbij deugdelijk op de hoogte te brengen van de aan dit specifieke plan verbonden risico?s. Derhalve heeft u als financieel adviseur niet voldaan aan uw zorgplicht. Cli?nt heeft hierdoor omtrent de aanwezige aanzienlijke risico?s gedwaald, nu hij hier geenszins behoorlijk is ingelicht in het telefoongesprek met de heer [A.]. [..]
 Namens cli?nt vernietig ik bij deze dan ook de overeenkomst tussen partijen. ?

3.9 Per 31 december 2002 was de waarde van de in het kader van het tweede PFP gedane beleggingen teruggelopen tot (omgerekend) NLG 279.311,43.

4 De motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1 [appellant] heeft W&P gedagvaard voor de rechtbank en (afgezien van de proceskosten) hetzelfde gevorderd als thans in hoger beroep. Hij baseert zijn vorderingen ? kort gezegd ? op onvoldoende informatieverschaffing door W&P, waardoor hij met de uitvoering van PFP 2 voor hem onbekende en, naar hem achteraf bleek, onaanvaardbaar grote risico?s is gaan lopen.
 De rechtbank heeft bij het bestreden tussenvonnissen van 20 juli 2005 de zaak naar de rol verwezen voor uitlating door [appellant] over diverse onderwerpen. Na aktewisseling heeft de rechtbank de vorderingen van [appellant] afgewezen, omdat ? kort gezegd ? niet is komen vast te staan dat [appellant] bij het aangaan van de overeenkomst tussen partijen betreffende PFP 2 van februari/maart 2000 (hierna: de Overeenkomst) op aan W&P toerekenbare gronden heeft gedwaald, evenmin dat W&P toerekenbaar is tekortgeschoten bij de nakoming van de Overeenkomst.

4.2 Blijkens (de toelichtingen op) de grieven ? met name de grieven 1 tot en met 4, 6 en 8 ? baseert [appellant] zijn vorderingen op de volgende stellingen.

- (1) [appellant] heeft bij het aangaan van de Overeenkomst gedwaald en W&P is in de uitvoering van haar opdracht tekortgeschoten, doordat W&P hem niet heeft gewaarschuwd voor de aan (de uitvoering van) het tweede PFP klevende, door hem als de ?hefboomwerking? aangeduide, risico?s :
- (a) dat bij geringer dan het in het PFP geprognosticeerde rendement op c.q. bij teruglopende waarde van de beleggingen er onvoldoende dekking voor de maandelijks lasten zou zijn,
 (b) dat bij een geringere dan de in het PFP geprognosticeerde waarde van de beleggingen er onvoldoende dekking zou zijn voor de hypothecaire geldlening, die (zowel) de (executie- als de onderhandse) waarde van zijn woning oversteeg;
- (2) W&P heeft wanprestatie gepleegd door hem te adviseren in een fonds te beleggen dat aanzienlijke risico?s

meebracht; en

(3) W&P heeft voorts wanprestatie gepleegd door hem na het tot stand komen van het tweede PFP niet te waarschuwen voor het bewaarheid worden van die risico's, toen duidelijk werd dat zijn beleggingen in waarde daalden, en door evenmin zijn schade te beperken.

W&P voert gemotiveerd verweer.

Het hof oordeelt als volgt.

Wanprestatie

4.3 De grieven 1 tot en met 4, 6 en 8 betreffen onder meer de stelling van [appellant] dat W&P hem bij het aangaan van PFP 2 niet voldoende heeft gewaarschuwd voor de daaraan verbonden risico's, zoals in rechtsoverweging 4.2 onder (1) beschreven.

W&P bestrijdt dat [appellant] die risico's bij het aangaan van de Overeenkomst niet kende ? kort gezegd ? omdat zij [appellant] in 1996 bij haar advisering over PFP 1 op de risico's had gewezen, onder meer bij monde van [B.], en de risico's van PFP 2 niet wezenlijk daarvan verschilden. Voorts voert W&P aan dat zij naar aanleiding van de brief van [appellant] van 11 december 1999 uitgebreid met hem heeft gesproken over de verschillen tussen beleggen door middel van een kapitaalverzekering en in beleggingsfondsen, over de maandlasten en over de consequentie van tegenvallende koersen en beursdalingen. Verder voert W&P aan dat zij ten aanzien van de beleggingen slechts als cliëntenremisier optrad, zodat zij niet behoefde te adviseren over de aan bepaalde (vormen van) beleggingen verbonden risico's en evenmin verantwoordelijkheid droeg voor (het verloop van) die beleggingen.

4.4. Uit de stellingen van partijen blijkt dat W&P jegens [appellant] onder meer als financieel adviseur is opgetreden. Het hof gaat er dan ook vanuit dat partijen een overeenkomst zijn aangegaan die erop neerkomt dat W&P in opdracht van [appellant] financieel advies aan hem heeft uitgebracht en dat zij hem in dat kader PFP 2 heeft geadviseerd. De omstandigheid dat W&P hiervoor niet door [appellant] werd betaald (maar haar vergoeding verkreeg van partijen bij wie [appellant] de in het financiële plan voorziene financiële producten verkreeg) maakt dat in het licht van het bepaalde in artikelen 7:400 en 401 BW niet anders.

Voor zover W&P met haar verwijzing naar een cliëntenremisier bedoelt te betogen dat zij in dezen niet de zorgplicht van een financieel adviseur behoefde te betrachten, verwerpt het hof dat betoog.

4.5 Als particuliere opdrachtgever mocht [appellant] van W&P als professionele financieel adviseur verwachten dat zij ten opzichte van hem de zorg van een redelijk bekwaam en redelijk handelend financieel adviseur ten opzichte van een particuliere klant in acht zou nemen. Deze uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende zorgplicht strekt er onder meer toe de particuliere opdrachtgever te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. De omvang van die zorgplicht van W&P jegens [appellant] hangt af van de omstandigheden van het geval.

4.6 Daarom zal het hof eerst de inhoud en de werking van de beide PFP's nader bespreken.

Het hof leidt uit onder meer productie 9 bij comparitie van partijen de volgende hoofdlijnen van de inhoud en werking van PFP 1 af.

Het PFP 1 had een looptijd van 35 jaar.

[appellant] ging bij ING een hypothecaire lening aan van NLG 350.000,-. Met dat geleende bedrag loste hij zijn lopende hypothecaire lening van NLG 122.628,- af.

Van het restant sloot hij bij HH een levensverzekering af tegen een koopsom van NLG 200.000,-, welke werd verpand aan ING, met een ?flexibele opnamemogelijkheid? die onder meer inhield dat [appellant] ter eigen besteding gelden uit dat fonds kon opnemen, mits met toestemming van ING.

Verder sloot [appellant] bij Aegon Levensverzekering N.V. (hierna: Aegon) een kapitaalverzekering af, waarmee in die 35 jaar vermogen zou worden opgebouwd ter aflossing van de hypothecaire geldlening. Daarbij werd een rendement van 8% per jaar aangenomen.

[appellant] en zijn echtgenote sloten bij Aegon tevens lijfrente-overlijdensrisico-verzekeringen voor een bedrag van NLG 250.000,- af.

De rente voor die geldlening en de premies voor die verzekeringen zouden volgens PFP 1 gedurende een geruime periode grotendeels worden betaald uit de koopsompolis en voor het overige uit het inkomen van [appellant] en zijn echtgenote.

Door de constructie van PFP 1 gingen [appellant] en zijn echtgenote aldus een hogere lening aan, zouden door gebruik te maken van fiscale voordelen hun netto maandlasten geringer worden en zou voldoende vermogen ter aflossing van de lening alsmede ter vrije opname worden opgebouwd, ervan uitgaande dat het beoogde rendement van 8% zou worden gerealiseerd.

Uit onder meer productie 28 zijdens W&P bij comparitie van partijen leidt het hof de volgende hoofdlijnen van de inhoud en werking van PFP 2 af.

PFP 2 bouwde voort op PFP 1. Ook PFP 2 had een looptijd van 35 jaar.

[appellant] sloot bij SNS bank N.V. (hierna: SNS) een nieuwe hypothecaire geldlening voor NLG 580.000,-. Met het geleende geld werd de toen lopende hypothecaire lening bij ING van NLG 350.000,- afgelost.

De koopsompolis bij HH beliep toen NLG 222.000,-. Daaruit nam [appellant] NLG 110.000,- op en ging voor dat bedrag alsmede een bedrag van NLG 10.000,- beleggen in het fonds T&P Resultante Fund (hierna: TPRF).

Overigens werd de koopsompolis op dezelfde voorwaarden voortgezet.

[appellant] ging voorts deelnemen in het aandelenbeleggingsfonds Holland Selectie Fonds (hierna: HSF) en legde daarin NLG 180.000,- in.

De bij Aegon lopende kapitaalverzekering werd op dezelfde voet voortgezet.

Ten aanzien van de kapitaalverzekering, de koopsompolis en de beleggingen werd een rendement van 9% per jaar aangenomen.

De rente van die geldlening en de premie van die kapitaalverzekering ? welke in totaal blijkens genoemde productie 28 zijdens W&P gedurende de eerste jaren NLG 31.830 per jaar beliepen ? zouden gedurende de eerste jaren worden betaald uit die beleggingen en voor het overige uit het inkomen van [appellant] en zijn echtgenote. Na 35 jaar, bij het einde van PFP 2, zou onder de kapitaalverzekering voldoende saldo overblijven om de geldlening af te lossen.

Door de constructie van PFP 2, een meer complexe constructie dan die van PFP 1, gingen [appellant] en zijn echtgenote aldus een nog hogere lening aan, zouden door gebruik te maken van fiscale voordelen hun netto maandlasten geringer worden en zou voldoende vermogen ter aflossing van de lening worden opgebouwd, ervan uitgaande dat het beoogde rendement van 9% zou worden gerealiseerd.

Uit de opzet van het PFP2 leidt het hof af dat, zou het rendement geringer zijn, geen voldoende geldstroom zou worden gerealiseerd om enerzijds die kosten te dekken en anderzijds voldoende vermogen ter aflossing te creëren. Dit geldt, uiteraard, eens te sterker indien geen rendement zou worden behaald en de beleggingen slechts in waarde zouden afnemen.

4.7 W&P betwist niet dat de hierboven onder 4.2 onder (1) genoemde risico's zich onder PFP 2 konden voordoen.

Gesteld noch gebleken is dat in de periode dat [appellant] PFP 1 had lopen de waarde van de in het kader daarvan gesloten koopsompolis of de kapitaalverzekering is gedaald, aldus dat de risico's van deze aard voor [appellant] in ernstige mate voelbaar zijn geworden. Dat is vanaf (een datum in) 2001 wel het geval geweest met de in het kader van PFP 2 gedane beleggingen.

4.8 Omdat [appellant] aldus onder de complexe financierings- en beleggingsconstructie van PFP 2 (a) voor een lange periode een lening aanging voor een hoger bedrag dan de onderhandse verkoopwaarde van zijn eigen woning met (b) in verhouding tot zijn inkomen aanzienlijke lasten en hij (c) een aanmerkelijk deel van het aldus geleende bedrag in effecten ging beleggen met alle risico's van dien, waarbij (d) werd uitgegaan van een gedurende de gehele looptijd gemiddeld rendement van 9% per jaar, bracht de zorgplicht die W&P als professioneel financieel adviseur jegens haar particuliere opdrachtgever [appellant] in acht diende te nemen mee dat zij hem in niet mis te verstane bewoordingen behoorde te wijzen op de aan de uitvoering van PFP 2 verbonden risico's, zoals de hierboven onder 4.2 onder (1) genoemde risico's.

Anderzijds mag van een belegger als [appellant] die van een constructie als PFP 2 heeft kennis genomen gevergd worden dat hij het door W&P beschikbaar gestelde materiaal met de nodige nauwlettendheid bestudeert. Maatstaf daarbij is de verwachting van een niet ter zake deskundige, doch aandachtige en oplettende consument. Deze maatstaf dient ook aangelegd te worden ten aanzien van de voorlichting over een complexe financierings- en beleggingsconstructie als PFP 2. Van [appellant] mocht dus worden verwacht dat hij met de nodige aandacht en oplettendheid kennis zou nemen van de van W&P ontvangen schriftelijke stukken en zich rekenschap zou geven van de inhoud daarvan.

4.9 De enkele omstandigheid dat [appellant] heeft deelgenomen aan een piramidespel is niet van invloed op die maatstaven. Evenmin brengt de omstandigheid dat [appellant] aan W&P had verzocht om een financieel plan waarbij hij in een dure levensperiode lagere maandlasten en meer geld ter beschikking zou krijgen, terwijl hij een voorziening op langere termijn minder belangrijk vond, mee dat een andere maatstaf zou moeten worden aangelegd. In zoverre zijn de grieven 5 en 7 terecht aangevoerd.

4.10 De hierboven onder 4.5 en 4.8 genoemde maatstaven brengen voor het onderhavige geval mee dat W&P als opdrachtnemer ter motivering van haar betwisting dat zij [appellant] niet genoegzaam heeft geadviseerd voldoende terzake dienende en concrete feitelijke gegevens verschaft.

4.11 Het verweer dat [B.] van W&P aan [appellant] in 1996 de werking van PFP 1 had uitgelegd rechtvaardigt niet de conclusie dat W&P [appellant] ook voldoende duidelijk heeft gewezen op de aan de uitvoering van PFP 2 verbonden risico's. Dat geldt zeker voor het aan PFP 2 verbonden risico als genoemd onder 4.2 onder (1). In dit verband merkt het hof op dat niet gesteld of gebleken is dat [B.] [appellant] ook gewezen heeft op de risico's verbonden aan het niet halen van het aangehouden rendement van 8%, evenmin op die verbonden aan het geringer worden van de waarde van de belegging onder PFP 1. Bovendien waren (zoals uit de samenvatting in rov. 4.6 blijkt) de beleggingsrisico's onder PFP 2 groter dan onder PFP 1 omdat PFP 2 voorzag in meer beleggingen en voor een groter totaalbeloop.

4.12 Het verweer van W&P dat zij naar aanleiding van de brief van [appellant] van 11 december 1999 uitgebreid

met hem heeft gesproken over de verschillen tussen beleggen door middel van een kapitaalverzekering en in beleggingsfondsen, over de maandlasten en over de consequentie van tegenvallende koersen en beursdalingen acht het hof evenmin voldoende, al aangenomen dat komt vast te staan dat zodanige gesprekken hebben plaatsgevonden.

Onder PFP 1 werd belegd in een kapitaalverzekering en in een koopsompolis; onder PFP 2 bleven die beide vormen in stand, maar kwamen er beleggingen in fondsen bij. Het gaat er niet om of W&P [appellant] op de verschillen tussen die vormen van beleggingen heeft gewezen, maar om de vraag of zij hem op niet mis te verstane wijze op de risico's van elk van die vormen heeft gewezen, gelet op de ten opzichte van de waarde van zijn woning onevenredig hoge lening en op de ten opzichte van zijn inkomen onevenredig hoge kosten, tot betaling waarvan hij zich in beginsel voor vele jaren zou binden.

De enkele omstandigheid dat W&P met [appellant] over de maandlasten heeft gesproken zegt, zonder meer, niet dat zij hem er ook op niet mis te verstane wijze op gewezen heeft dat zijn maandlasten onevenredig zwaarder zouden worden indien het aangenomen rendement van 9% niet zou worden behaald, laat staan indien waardevermindering van de beleggingen zou plaatsvinden.

De enkele omstandigheid dat W&P met [appellant] over de consequentie van tegenvallende koersen en beursdalingen heeft gesproken zegt, zonder meer, niet dat zij hem er ook op niet mis te verstane wijze op gewezen heeft dat hij al bij een lager dan het aangenomen rendement van 9% onvoldoende waarde in de beleggingen zou creëren om de ten opzichte van zijn inkomen onevenredig hoge kosten te dekken, evenmin dat hij daarbij onvoldoende vermogen zou opbouwen om aan het einde van PFP 2 de lening te kunnen aflossen. Dit geldt eens te sterker bij waardedalingen van de beleggingen.

4.13 Uit de in eerste aanleg overgelegde stukken blijkt niet dat en op welke wijze W&P [appellant] schriftelijk heeft gewezen op de risico's verbonden aan een geringer rendement op de beleggingen dan het bij PFP 2 (productie 28 tijdens W&P bij comparitie van partijen) aangehouden rendement van 9% per jaar. Dat geldt a fortiori ten aanzien van het risico dat de beleggingen in waarde zou dalen.

Uit de brief van [appellant] van 21 november 1999 ? aangehaald onder 3.4 ? blijkt dat hij zich bewust is geweest van enig ? aan de toen kennelijk door W&P voorgestelde wijziging op het lopende PFP 1 verbonden ? risico (?wil ik het risico niet nemen?). Daaruit blijkt niet dat voor hem inzichtelijk was welke risico's hij liep. Dat blijkt evenmin uit de stellingen van partijen of de overige stukken van het geding. Daaruit blijkt derhalve ook niet dat [appellant] zich bewust was van de onder 4.2 onder (1) genoemde risico's.

4.14 Het hof stelt vast dat zich bij de talrijke in eerste aanleg door W&P overgelegde stukken niet alle details van de PFP's, noch van het eerste, noch van het tweede bevinden. Onder meer het volledige door W&P in februari/maart 2000 toegezonden PFP en het kennelijk in maart 2000 door [appellant] en zijn echtgenote ingevulde aanvraagdingsformulier ervan zijn niet ? althans voor het hof niet als zodanig herkenbaar ? in het geding gebracht.

4.15 Door geen verdere terzake dienende en concrete feitelijke gegevens over haar mondelinge of schriftelijke advisering aan [appellant] te verstrekken heeft W&P niet voldaan aan de (verzwaarde) informatieplicht bij haar verweer.

Derhalve neemt het hof als onvoldoende weersproken aan dat W&P [appellant] niet voldoende duidelijk heeft gewezen op de onder 4.2 onder (1) onder (a) en (b) genoemde risico's. Daarmee is W&P jegens hem toerekenbaar tekort is geschoten bij de nakoming van haar verbintenissen als financieel adviseur, zodat zij uit dien hoofde aansprakelijk is om de daardoor door [appellant] geleden schade te vergoeden. In zoverre slagen de grieven 1 tot en met 4, 6 en 8 derhalve.

4.16 [appellant] verwijt W&P voorts dat zij hem heeft geadviseerd te beleggen in het TPRF dat aanzienlijke risico's meebracht. [appellant] voert in dat kader aan dat het TPRF Nederlandse aandelen met putopties combineerde en relatief hoge transactiekosten in rekening bracht.. W&P verweert zich met onder meer de stelling dat zij in dezen niet anders heeft gedaan dan [appellant] te verwijzen. Het hof oordeelt daarover als volgt. De enkele omstandigheden dat het TPRF Nederlandse aandelen met putopties combineerde en relatief hoge transactiekosten in rekening bracht zijn niet voldoende om het advies van W&P om in dat fonds te beleggen ? al aangenomen dat een en ander zou komen vast te staan ? als een tekortkoming van W&P jegens [appellant] te kwalificeren. [appellant] heeft in dit kader geen andere feiten aangevoerd. Daarom concludeert het hof dat de onder 4.2 onder (2) genoemde stelling de vorderingen niet (mede) kan dragen.

4.17 Ook heeft [appellant] betoogd dat de rol van financiële adviseur over constructies als (PFP 1) of PFP 2 meebrengt dat W&P eigener beweging had te waken voor de belangen van [appellant] bij de in het kader van de PFP's door hem gedane beleggingen.

W&P heeft daartegen aangevoerd dat zij [appellant] in december 2000 en mei 2002 nader heeft geadviseerd naar aanleiding van vragen van [appellant] en van financiële ontwikkelingen. In mei 2002 heeft W&P daarbij voorstellen gedaan voor aanpassing van het PFP, kennelijk met het oog op schadebeperking. Uit de bij comparitie van partijen door W&P overgelegde producties 33 en 34 blijkt van die advisering.

Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat W&P in het kader van haar advisering toerekenbaar tekort is geschoten. Alle daaruit voortvloeiende schade komt in beginsel voor haar rekening. Daarom heeft [appellant]

geen belang meer bij de beoordeling van de vraag of W&P hem daarna nog afdoende geadviseerd heeft over de beleggingen.

Voor zover W&P die verplichting al zou hebben en voor zover zij in dat verband zou zijn tekortgeschoten, komt reeds door de omstandigheid dat zij [appellant] bij aanvang niet deugdelijk en/of volledig heeft geadviseerd de daardoor later ontstane schade voor haar rekening.

Dat er sprake is van eigen schuld aan de zijde van [appellant] doordat hij haar latere adviezen niet heeft opgevolgd heeft W&P niet gesteld.

Op het vorenstaande stuiten de onder 4.2 onder (3) genoemde grondslag van aansprakelijkheid, alsmede de grieven 9 en 13 af.

Dwaling

4.18 W&P voert onder meer aan dat [appellant] geen belang heeft bij zijn beroep op dwaling, omdat ? ook indien geconcludeerd mocht worden dat [appellant] bij het aangaan van de Overeenkomst gedwaald heeft en dat die dwaling aan W&P toerekenbaar is ? hij met derden (SNS, Aegon, HH, TPRF en HSF) hem bindende overeenkomsten heeft gesloten, welke door vernietiging van de Overeenkomst (wegens dwaling) niet zullen wijzigen.

Dat verweer treft doel. Het is [appellant] er kennelijk om te doen om de ter uitvoering van het PFP 2 met die geldverstrekker, die verzekeraar en die beleggingsinstellingen gesloten overeenkomsten terug te draaien. Echter, onderscheid dient te worden gemaakt tussen de Overeenkomst (van opdracht, waarbij W&P [appellant] adviseerde en hem PFP 2 bezorgde) enerzijds en de ter uitvoering van PFP 2 door [appellant] met die derden gesloten overeenkomsten. Laatstbedoelde worden niet getroffen worden door een eventuele vernietiging van de Overeenkomst. Een verklaring voor recht van vernietiging van de Overeenkomst leidt tot verbintenissen tot teruggave van hetgeen ieder van partijen ([appellant] en W&P) krachtens de Overeenkomst heeft verkregen (art. 6: 228 in samenhang met artt. 3:49 ? 3:53 BW), maar niet tot vernietiging en/of terugdraaiing van de met derden naar aanleiding van PFP 2 gesloten overeenkomsten. Gesteld noch gebleken is dat [appellant] enig bedrag aan W&P heeft betaald in verband met de Overeenkomst; derhalve leidt vernietiging in dit geval niet tot een verbintenis van W&P tot teruggave. Evenmin leidt zodanige verklaring voor recht of vernietiging op zichzelf tot schadeplichtigheid van W&P.

[appellant] heeft derhalve geen belang bij de grieven voor zover deze strekken tot (het verkrijgen van een verklaring voor recht over) vernietiging van de Overeenkomst.

Provisionele eis

4.19 W&P betwist zowel de schadeomvang als het causale verband tussen haar wanprestatie en de gestelde schade. De door W&P niet betwiste stand van de beleggingen, de koopsompolis en de kapitaalverzekering per 31 december 2002 is op zichzelf niet voldoende om de betaling van een voorschot op de schadevergoeding te rechtvaardigen, omdat deze financiële waarden aan fluctuering onderhevig zijn en gesteld noch gebleken is dat W&P een bepaalde omvang ervan per die datum had toegezegd. Omdat noch de schadeomvang noch het causale verband zijn aangetoond, komt de vordering van [appellant] tot toewijzing van een voorschot niet voor toewijzing in aanmerking.

Schadestaat

4.20 Nu de toerekenbare tekortkoming van W&P is komen vast te staan en de mogelijkheid aannemelijk is dat [appellant] daardoor schade heeft geleden, kan de vordering tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat worden toegewezen. In de door [appellant] aan te spannen schadestaatprocedure kan de schadeomvang en het causale verband worden beoordeeld.

4.21 De overige grieven behoeven geen bespreking.

Appel tegen tussenvonnis van 2 maart 2005

4.22 [appellant] heeft ook tegen het comparatievonnis van 2 maart 2005 hoger beroep ingesteld, maar daartegen geen grieven geuit. Daarom zal hij tot in zoverre in zijn hoger beroep niet-ontvankelijk worden verklaard.

Slotsom

[appellant] zal niet-ontvankelijk worden verklaard in zijn hoger beroep tegen het tussenvonnis van 2 maart 2005. De grieven 1 tot en met 8 treffen doel. W&P is door [appellant] niet voldoende te adviseren over de onder 4.2 onder (1) onder (a) en (b) genoemde risico's van PFP 2 toerekenbaar tekort geschoten. Zij is uit dien hoofde gehouden om de door die wanprestatie veroorzaakte schade van [appellant], op te maken bij staat, te vergoeden. Het bestreden tussenvonnis en het bestreden eindvonnis kunnen niet in stand blijven. W&P zal in de proceskosten van de beide instanties worden veroordeeld.

De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

verklaart [appellant] niet-ontvankelijk in zijn hoger beroep tegen het tussenvonniss van de rechtbank Arnhem van 5 maart 2005;

vernietigt de vonnissen van de rechtbank Arnhem van 20 juli 2005 en 14 december 2005 en doet opnieuw recht;

veroordeelt W&P om aan [appellant] te vergoeden zijn huidige en toekomstige schade ten gevolge van haar tekortkoming in de verplichting [appellant] te adviseren over de in rechtsoverweging 4.2 onder (1) onderdelen (a) en (b) genoemde, aan de uitvoering van PFP 2 verbonden risico's, welke schade is op te maken bij staat, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover te berekenen vanaf 1 januari 2003 tot aan de dag van algehele voldoening;

veroordeelt W&P in de kosten van beide instanties, tot aan deze uitspraak aan de zijde van [appellant] voor wat betreft de eerste aanleg begroot op ? 3.552,50 voor salaris van de procureur en op ? 2.393,78 voor verschotten en voor wat betreft het hoger beroep begroot op ? 894,- voor salaris van de procureur en op ? 3.234,87 voor verschotten;

verklaart de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. Makkink, Vaessen en Sprenger en in tegenwoordigheid van de griffier uitgesproken ter openbare terechtzitting van 19 juni 2007.
