

Bedrijfs- en beroepsaansprakelijkheid

158

Gerechtshof Amsterdam
16 september 2008, nr. 104.003.148, LJN
BF0810
(mrs. Makkink, Van der Pol, Duitemeijer)
Noot W.H. van Boom

Aandelenlease. Massaschade-afwikkeling.

[BW art. 6:194, 6:228]

De stichting Spirit liet zich door ruim 1400 teleurgestelde Sprintplan-beleggers de vorderingen tegen Spaarbeleg cederen die in elk van de beleggingscontracten zouden zijn ontstaan door onder andere de vernietiging wegens dwaling en schadeplichtigheid door tekortschieten in de zorgplicht. De stichting wordt als cessionaris in beide feitelijke instanties in het ongelijk gesteld. Er is geen sprake van misleiding in de zin van art. 6:194 BW. Wat betreft het beroep op dwaling is kort gezegd onvoldoende concreet gesteld ten aanzien van de concrete beleggers wat de feiten en omstandigheden zijn die tot een geslaagd beroep kunnen leiden. Het hof oordeelt bovendien dat Spaarbeleg weliswaar haar zorgplicht heeft geschonden (waarschuwen voor risico restschuld en "ken uw cliënt") maar nu de stichting onvoldoende concreet schade en causaal verband in elk van de vorderingen heeft gesteld, wordt de eis tot vergoeding van schade ook afgewezen.

De stichting *Stichting Spirit* te Nieuwegein, appellante,
advocaat: mr. F.B. Falkena,
tegen
de naamloze vennootschap *Aegon Bank NV* te Utrecht,
geïntimeerde,
advocaat: mr. W.H. van Baren.

1. *Het geding in eerste aanleg*
(...; red.)

2. *Het geding in hoger beroep*
(...; red.)

3. *De grieven*

Stichting Spirit heeft – zakelijk weergegeven – de volgende grieven aangevoerd.

Met grief 1 stelt Stichting Spirit dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat al hetgeen partijen hebben aangevoerd met betrekking tot de processuele hoedanigheid van Stichting Spirit geen nadere beoordeling behoeft, nu partijen daarbij geen belang meer hebben. De rechtbank had de cessie van de vorderingen van de individuele deelnemers wel moeten beoordelen.

Met grief 2 richt Stichting Spirit zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de Wet op het consumentenkrediet (Wck) niet op de SprintPlan-overeenkomsten van toepassing is.

Met grief 3 keert Stichting Spirit zich tegen het oordeel van de rechtbank dat het beroep op dwaling van de Individuele Deelnemers niet kan slagen.

Met grief 4 stelt Stichting Spirit aan de orde dat de rechtbank ten onrechte de door Spaarbeleg verstrekte informatie niet als misleidend in de zin van artikel 6:194 Burgerlijk Wetboek (BW) heeft geoordeeld.

Met grief 5 richt Stichting Spirit zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de vordering tot schadevergoeding wegens een door Spaarbeleg gepleegde onrechtmatige daad strandt wegens het ontbreken van causaal verband. De bewijslast daarvan zou op Spaarbeleg dienen te rusten. In ieder geval heeft Stichting Spirit ter zake voldoende gesteld.

Met grief 6 verzet Stichting Spirit zich tegen de afwijzing door de rechtbank van de op artikel 1:345 lid 1 sub d BW jo artikel 1:253k BW gebaseerde vordering.

4. *De vaststaande feiten*

4.1. Tussen partijen staan in hoger beroep als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende weersproken en op grond van de in zoverre niet bestreden inhoud van overgelegde producties dan wel als door de rechtbank vastgesteld en in hoger beroep niet bestreden, de navolgende feiten vast.

4.2. Spaarbeleg is een financiële instelling die overeenkomsten sluit met betrekking tot financiële producten, waaronder het zogenaamde SprintPlan. Kort gezegd houdt het

SprintPlan in dat gedurende een periode van vijf jaar wordt belegd met een door Spaarbeleg verstrekte lening, waarover de deelnemer rente verschuldigd is. Met het geleende bedrag worden voor de deelnemer participaties aangekocht in het Spaarbeleg of het AEGON Garantiefonds (hierna: het Garantiefonds). Na afloop van de looptijd van de overeenkomst worden de participaties in het Garantiefonds verkocht en wordt de lening afgelost. Het SprintPlan-product kent een gegarandeerde einduitkering waarmee door de deelnemer (een deel van) het leningsbedrag aan Spaarbeleg kan worden terugbetaald.

4.3. Spaarbeleg heeft het SprintPlan-product op verschillende manieren in de markt gezet. Volgens de door Spaarbeleg gehanteerde standaardprocedure werd, nadat Spaarbeleg van een belangstellende een volledig ingevuld inschrijfformulier had ontvangen, hem een welkomstpakket gestuurd, dat in ieder geval bestond uit:

- a. een namens Spaarbeleg ondertekend certificaat met – op basis van de door de belegger verstrekte informatie op het inschrijfformulier – een opgave van, onder meer, de te verrichten transactie, de ingangs- en einddatum, het maandbedrag, het rentepercentage, en het garantiebedrag (hierna: het Certificaat);
- b. de Algemene Voorwaarden (hierna: de Algemene Voorwaarden);
- c. de Specifieke Bepalingen van het Spaarbeleg of het AEGON Garantiefonds (hierna: De Specifieke Bepalingen);
- d. een brochure over het SprintPlan (hierna: De Brochure).

4.4. De tekst van de Algemene Voorwaarden, de Specifieke Bepalingen en de Brochure is in de jaren dat Spaarbeleg het SprintPlan-product aanbood op ondergeschikte onderdelen aangepast. Stichting Spirit heeft voorbeelden van de door Spaarbeleg aan de deelnemers van het SprintPlan verstrekte informatie in het geding gebracht.

4.5. In het Certificaat is onder meer opgenomen:

“Spaarbeleg verklaart dat zij op grond van de ontvangen aanvraag en overeenkomstig de Algemene Voorwaarden een overeenkomst is aangegaan (...).”

De tekst van een, bij wijze van voorbeeld door Stichting Spirit overgelegd, certificaat uit 2000 luidt als volgt:

“(...)

Maandbedrag: f 600,=

Belegd bedrag: f 90.000,=

Belegd in: Aegon Garantiefonds juni 00/05

Rente: 8,00% (...)

Garantiewaarde: f 90.000,=

(...)”

4.6. De Algemene Voorwaarden, zoals door Stichting Spirit overgelegd, luiden – voor zover relevant – als volgt:

Artikel 2.2:

“Acceptatie van een inschrijfformulier door AEGON Bank geschiedt onder de opschortende voorwaarde dat de Cliënt niet voorafgaand aan de aanvangsdatum van het desbetreffende Spaarbeleg SprintPlan-contract schriftelijk, per fax of telefonisch heeft kenbaar gemaakt alsnog van het sluiten van dat Spaarbeleg SprintPlan-contract af te zien.”

Artikel 2.3:

“Onverwijld na ontvangst van een volledig ingevuld en ondertekend en door AEGON Bank geaccepteerd inschrijfformulier, zendt AEGON Bank aan de desbetreffende Cliënt een Spaarbeleg SprintPlan Welkomstpakket toe, waarin onder meer worden opgenomen (i) een afschrift van deze Algemene Voorwaarden en (ii) een opgave van de te verrichten transactie, met vermelding van de Aankoopsom, de aanvangsdatum, de looptijd en de einddatum van het Spaarbeleg SprintPlan-contract, het rentepercentage, het door de Deelnemer verschuldigde maandbedrag, alsmede de eerste en de laatste maand waarin het maandbedrag verschuldigd is.”

Artikel 5.1:

“Op de aanvangsdatum van een Spaarbeleg SprintPlan-contract worden voor rekening en risico van de Cliënt een aantal (fracties van) Participaties van de desbetreffende serie aangekocht. De Aankoopsom wordt gefinancierd door AEGON Bank, die ervoor zorgt dat de Aankoopsom tijdig aan het AEGON Garantiefonds wordt betaald. De desbetreffende (fracties van) Participaties worden op naam van Stichting AEGON BeleggingsGiro gesteld, die deze voor rekening en risico van de Cliënt gaat houden. (...)”

Artikel 5.2:

“Het door de Deelnemer op zijn inschrijfformulier vermelde maandbedrag is rente over de Aankoopsom van de voor hem aangekochte (fracties van) Participaties. (...)”

Artikel 6.3:

“(…) Tevens wordt een aantal van de Participaties van de desbetreffende serie die AEGON BeleggingsGiro voor de Deelnemer houdt, per de datum waarop de verlaging effectief wordt, ingekocht door het AEGON GarantieFonds. Het aantal Participaties dat wordt ingekocht, is gelijk aan het bedrag van de verlaging van de Aankoopsom, gedeeld door de dagwaarde van de Participaties van de desbetreffende serie op de eerste Beursdag van de maand waarin de verlaging van het maandbedrag effectief wordt. (...)”

Artikel 6.4:

“Binnen twee weken na de datum waarop een tussentijdse verlaging als bedoeld in dit artikel effectief wordt, zenden AEGON Bank en Stichting AEGON BeleggingsGiro aan de desbetreffende Deelnemer een mutatieoverzicht. Op het mutatie-overzicht worden onder meer vermeld: het bedrag waarmee de Aankoopsom is verlaagd, het restant van de Aankoopsom, het aantal ingekochte (...) Participaties, de inkoopprijs per Participatie alsmede het oorspronkelijke en het nieuwe maand bedrag.”

Artikel 7.1:

“Bij afloop van het Spaarbeleg SprintPlan-contract van een Deelnemer op een einddatum van de desbetreffende Portefeuille, maken AEGON Bank en Stichting AEGON BeleggingsGiro voor die Deelnemer een eindafrekening op, die binnen twee weken na de einddatum aan de Deelnemer wordt toegezonden. Op de eindafrekening wordt vermeld:

a. het bedrag dat na de einddatum wordt uitgekeerd op de (fracties van) Participaties die Stichting AEGON BeleggingsGiro alsdan voor de Deelnemer houdt, (b) de voor het desbetreffende Spaarbeleg SprintPlan-contract geldende (restant-) Aankoopsom en (c) al hetgeen de Deelnemer alsdan verder nog uit hoofde van zijn Spaarbeleg SprintPlan-contract aan AEGON Bank verschuldigd mocht zijn. Het saldo van de eindafrekening is het bedrag van de onder (a) bedoelde post, verminderd met het gezamenlijke bedrag van de onder (b) en (c) bedoelde posten. (...)”

Artikel 7.3:

“Indien het in artikel 7.1 bedoelde saldo van de eindafrekening negatief mocht zijn, is de Deelnemer verplicht tot bijbetaling van dit saldo aan AEGON Bank. (...)”

Artikel 8.4:

“In geval van vervroegde opzegging of beëindiging vindt vervroegde eindafrekening plaats. Het bepaalde in (...) is van overeenkomstige toepassing, met dien verstande dat: (i) de in artikel 7.1 onder (a) bedoelde post van de eindafrekening wordt vervangen door een bedrag dat gelijk is aan de dagwaarde van de (fracties van) Participaties die Stichting AEGON BeleggingsGiro alsdan voor de Deelnemer houdt; en (ii) geen bijbetaling van een eventueel negatief saldo van de eindafrekening aan AEGON Bank verschuldigd is, indien de vervroegde beëindiging is veroorzaakt door het overlijden van de Deelnemer. (...)”

4.7. Artikel 3 van de Specifieke Bepalingen van het Spaarbeleg GarantieFonds 99/04 luidt, voor zover relevant, als volgt:

“(…) De beheerder van het Spaarbeleg GarantieFonds garandeert dat de waarde van een Participatie op de einddatum ten minste 90% van de uitgifteprijs zal bedragen. Indien, op enige dag gedurende de looptijd van de Portefeuille, de Samengestelde Index voor het eerst een eindstand heeft behaald die 10% hoger is dan de Introductiestand, wordt de garantiewaarde van de Participaties verhoogd met hetzelfde percentage, berekend over de oorspronkelijke garantiewaarde derhalve 100% van de uitgifteprijs. Deze garantie is niet van toepassing in geval van tussentijdse inkoop van Participaties door het Spaarbeleg GarantieFonds.”

4.8. In het voorbeeld van de Brochure dat door Stichting Spirit is overgelegd, is onder meer het volgende vermeld:

“Makkelijker kunnen we het niet maken. Mee-doen met SprintPlan betekent dat u elke maand een vast bedrag betaalt van minimaal f 100,= en maximaal f 600,=. U hoeft dus niet zelf over een kapitaal te beschikken om een flink rendement te kunnen behalen. Op basis van het gekozen maandbedrag schiet Spaarbeleg direct een groot bedrag aan u voor.

(...)

Reken maar dat het hard kan gaan. Het werkt heel eenvoudig. Uw maandbedrag is een vergoeding (rente) voor het bedrag dat Spaarbeleg u voorschiet. Hoe lager die rente is, hoe groter het bedrag dat we u kunnen voorschieten. Door de lage rente (8%) gaat er direct een groot bedrag voor u aan de slag! En daar profiteert u optimaal van omdat het rendement op

dit voorgeschoten bedrag volledig voor u is. Het bedrag wordt belegd in het AEGON Garantiefonds. Na vijf jaar wordt de waarde van deze belegging uitgekeerd minus het door Spaarbeleg voorgeschoten bedrag.

(...)

100% garantie op het voorgeschoten bedrag! (... het Garantiefonds biedt u de garantie dat het voorgeschoten bedrag na 5 jaar nooit in waarde kan dalen. U loopt dus alleen risico over uw rentebetalingen

(...)

De tussentijdse mogelijkheden

Met SprintPlan gaat u een contract aan voor 5 jaar. Dan heeft u het volledige profijt. U kunt echter, als dat nodig is, tussentijds uw SprintPlan aanpassen. (...) eerder stoppen kan ook. U krijgt dan de waarde van uw SprintPlan, na aftrek van het voorgeschoten bedrag en 5% boeterente uitgekeerd. Bij tussentijdse beëindiging of verlaging komt de garantie op het voorgeschoten bedrag te vervallen.

(...)"

4.9. Stichting Spirit is opgericht op 24 januari 2005 en heeft blijkens haar statuten de volgende doelstelling:

"1. het ter incasso nemen van vorderingen van gedupeerden van Sprintplanovereenkomsten of van andere belanghebbenden op Aegon Bank N.V., handelend onder de naam: Spaarbeleg, statutair gevestigd te Utrecht en voorts al hetgeen met één en ander rechtstreeks of zijdelings verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin des woords.

2. Zij tracht dit doel te bereiken door onder meer het voeren van gerechtelijke procedures in diverse instanties en voorts al hetgeen met één en ander rechtstreeks of zijdelings verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin des woords."

4.10. Stichting Spirit is overeenkomsten aangaan met diverse personen die hebben deelgenomen aan het SprintPlan (in de overeenkomst aangeduid als: "Deelnemer"). In deze overeenkomsten is onder meer het volgende vermeld:

"Akte van cessie ter incasso

Stichting Spirit (...), hierna genoemd 'SPiRiT'
En

1. (...) hierna genoemd: 'Deelnemer'

Nemen het volgende in aanmerking

Deelnemer heeft op (...) een overeenkomst met kenmerk (...) gesloten met Aegon Bank

N.V. h.o.d.n. Spaarbeleg, hierna genoemd 'Spaarbeleg' ter zake van het zogenaamde SprintPlan, hierna 'Overeenkomst'. Een kopie van de Overeenkomst wordt als bijlage aan de akte gehecht.

Deelnemer wenst de Overeenkomst te vernietigen hetzij te ontbinden, waartoe Deelnemer SPiRiT door middel van deze akte machtigt.

Deelnemer heeft uit hoofde van de bovenbedoelde vernietiging en/of ontbinding dan wel uit andere hoofde een (toekomstige) vordering op Spaarbeleg, hierna: 'Vordering' en wenst de Vordering door middel van deze Akte van cessie ter incasso, hierna genoemd 'Akte' over te dragen aan SPiRiT. De omvang van de Vordering omvat onder meer aan Spaarbeleg betaalde bedragen op grond van de Overeenkomst, vermeerderd met rente en kosten, en alle daarmee samenhangende vorderingen.

Spaarbeleg heeft met derden soortgelijke overeenkomsten gesloten, waarvan een aantal hun vorderingen eveneens hebben overgedragen aan SPiRiT op dezelfde voorwaarden, zoals vastgelegd in deze Akte, hierna genoemd: 'Deelnemers', waaronder begrepen Deelnemer.

SPiRiT zal namens Deelnemers de overgedragen vorderingen, waaronder begrepen de Vordering trachten te incasseren en daartoe opdracht geven aan Bosselaar & Strengers advocaten te Utrecht.

Zijn overeengekomen als volgt:

Deelnemer machtigt SPiRiT om namens Deelnemer de door Deelnemer met Spaarbeleg gesloten overeenkomst te vernietigen dan wel te ontbinden. Deelnemer cedeert en levert bij deze ter incasso de vordering aan SPiRiT, welke cessie en levering SPiRiT bij deze aanvaardt. Deelnemer verklaart dat de Vordering onbezwaard is, vrij is van beslagen en dat hij gerechtigd is daarover te beschikken en de Vordering aan SPiRiT over te dragen.

Voor zover nodig worden hierbij met hetzelfde doel door Deelnemer alle overige aan de Vordering verbonden nevenrechten overgedragen aan SPiRiT.

SPiRiT zal de vordering op eigen naam ten behoeve van Deelnemer al dan niet in rechte trachten te incasseren bij Spaarbeleg.

SPiRiT is gerechtigd deze cessie terstond schriftelijk mede te delen aan Spaarbeleg.

Deelnemer is gehouden bij te dragen in alle

kosten, welke SPiRiT maakt terzake de incasso van alle overgedragen vorderingen. Deze bijdrage bedraagt in eerste aanleg € 130,= voor leden van de vereniging Pay Back en € 150,= voor niet-leden van de vereniging Pay Back. Deelnemer zal de door SPiRiT te vragen bijdragen telkenmale op eerste verzoek van SPiRiT voldoen.

SPiRiT zal niet overgaan tot het incasseren van de aan haar overgedragen vorderingen en geen opdracht geven aan Bosselaar & Strengers advocaten te Utrecht, indien niet tenminste 175 Deelnemers hun vordering ter incasso hebben overgedragen aan SPiRiT. In geval er minder dan 225 Deelnemers zijn, worden de in artikel 6 genoemde bijdragen verhoogd na raadpleging van de Deelnemers. In dat geval zal SPiRiT zich richten naar de meerderheid van de meerderheid van de uitgebrachte meningsuitingen. De uitkomst daarvan wordt bindend door SPiRiT vastgesteld.

SPiRiT is gerechtigd zonder ruggespraak met Deelnemers alle besluiten te nemen, waaronder het procederen in hoger beroep en in casuatie, welke SPiRiT nuttig of nodig acht.

(...)

(...)

SPiRiT zal het totaal bedrag, dat zij terzake van alle overgedragen vorderingen op Spaarbeleg zal innen, na aftrek van alle gemaakte kosten, pro rata parte, vastgesteld aan de hand van de vorderingen die Deelnemers hebben op Spaarbeleg uit hoofde van de Overeenkomsten maar verminderd met eventueel door Deelnemer aan Spaarbeleg verschuldigde bedragen en van Spaarbeleg ontvangen bedragen, voor zover deze door Spaarbeleg verrekend worden met de aan SPiRiT overgedragen vordering, verdelen onder de Deelnemers.

(...)

Deelnemer verklaart tenslotte hierbij niet eerder onder eigen naam in rechte of buiten rechte, in casu de Stichting Geschillen Commissies, de Vordering heeft trachten te incasseren.

Mijn vordering op Spaarbeleg is € (...)"

4.11. Stichting Spirit had ten tijde van het aanhangig maken van de procedure in eerste aanleg met 1409 personen een overeenkomst als bovenstaand afgesloten. Deze personen zullen evenals in eerste aanleg worden aangeduid als "Individuele Deelnemers"

4.12. Bij brief van 20 april 2005 heeft de advo-

caat van Stichting Spirit aan Spaarbeleg geschreven:

"Tot mij heeft zich gewend Stichting Spirit te Nieuwegein. Stichting Spirit is opgericht ten einde de belangen van deelnemers aan uw SprintPlan te behartigen. In dat verband hebben 354 deelnemers aan het SprintPlan Stichting Spirit gemachtigd de tussen hen en uw bank gesloten overeenkomsten te vernietigen dan wel te ontbinden en de daaruit resulterende vorderingen aan Stichting Spirit overgedragen.

De namen en adressen van de deelnemers, die hun vorderingen aan Stichting Spirit hebben overgedragen zend ik u bijgaand. Namens Stichting Spirit (en voor zover nodig namens de deelnemers) vernietig respectievelijk ontbind ik de tussen hen en u gesloten SprintPlan overeenkomsten en vorder ik al hetgeen zij aan u hebben betaald uit hoofde van de SprintPlan overeenkomsten terug, met inbegrip van wettelijke rente over de bedragen vanaf de datum van iedere betaling. Grondslag van deze vernietiging respectievelijk ontbinding is dwaling aan de zijde van deelnemers, respectievelijk schending van de zorgplicht door uw bank (onder voorbehoud van het recht nadere rechtsgronden aan te voeren)."

4.13. De advocaat van Stichting Spirit heeft op 13 juli 2005, 6 december 2005, 24 januari 2006 en 8 mei 2006 brieven met een gelijke strekking verstuurd aan Spaarbeleg in verband met nieuwe Individuele Deelnemers die met Stichting Spirit een onder 2.9 aangeduide overeenkomst hebben gesloten.

4.14. Stichting Spirit heeft lijsten met de namen en adressen van alle Individuele Deelnemers aan Spaarbeleg verstrekt en in deze procedure overgelegd.

5. De vermeerdering van eis

5.1. Stichting Spirit wenst bij wijze van vermeerdering van eis in de procedure in hoger beroep te betrekken de door 109 nieuwe deelnemers aan haar overgedragen vorderingen uit hoofde van vernietiging dan wel ontbinding van de SprintPlan-overeenkomsten van deze deelnemers, alsmede de aan de Stichting Spirit overgedragen vorderingen uit onrechtmatige daad en alle hiermee samenhangende vorderingen van de betreffende deelnemers.

5.2. Bovendien vordert Stichting Spirit een verklaring voor recht dat zij de SprintPlan-

overeenkomsten van de Individuele Deelnemers die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst waren gehuwd, rechtmatig namens de echtgenoten dan wel geregistreerde partners van de betreffende Individuele Deelnemers op grond van artikel 1:88 lid 1 sub d juncto 1:89 BW heeft vernietigd.

6. De motivering van de beslissing in hoger beroep

6.1. Nu tegen de vermeerdering van eis als weergegeven onder 5.1 door Spaarbeleg geen bezwaar is gemaakt en deze vermeerdering van eis ook niet in strijd is met de eisen van een goede procesorde, dient het hof op grondslag van de gewijzigde eis recht te doen.

Toepasselijkheid Wet op het consumentenkrediet (Wck)

6.2. Grief 2 richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de Wet op het consumentenkrediet (Wck) niet op de SprintPlan-overeenkomsten van toepassing is.

6.2.1. Artikel 1 Wck luidt, voor zover in het onderhavige geschil van belang, als volgt:

“In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

a. krediettransactie: iedere overeenkomst en ieder samenstel van overeenkomsten met de strekking dat:

1. door of vanwege de eerste partij (de kredietgever) aan de tweede partij (de kredietnemer) een geldsom ter beschikking wordt gesteld en de tweede partij aan de eerste partij een of meer betalingen doet,

2. door of vanwege de eerste partij (de kredietgever) aan de tweede partij (de kredietnemer) het genot van een roerende zaak wordt verschaft of een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen dienst wordt verleend en de tweede partij aan de eerste partij een of meer betalingen doet, of

3. door of vanwege de eerste partij (de kredietgever) aan de tweede partij (de kredietnemer), dan wel ten behoeve van deze aan een derde partij (de leverancier) een geldsom ter beschikking wordt gesteld ter zake van het verschaffen van het genot van een roerende zaak of het verlenen van een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen dienst aan de tweede partij, en de tweede partij aan de eerste partij of aan de derde partij een of meer betalingen doet,

en dat ten minste een van de betalingen van de kredietnemer later plaatsvindt dan drie maanden nadat de geldsom ter beschikking is gesteld, onderscheidenlijk nadat met het verschaffen van het genot van de zaak of het verlenen van de dienst een aanvang is gemaakt;

b. [...]

c. [...]

d. geldkrediet: een krediettransactie als bedoeld onder a, 1;

e. goederenkrediet: een krediettransactie als bedoeld onder a, 2 of 3;”

Geldkrediet

6.2.2. In de Memorie van Toelichting (hierna ook te noemen: de MvT) wordt ten aanzien van het begrip geldkrediet het volgende overwogen:

“Geldkredieten zijn die krediettransacties, waarop de WCGK (hof: Wet op het consumentief geldkrediet) betrekking heeft. De meest voorkomende vormen hiervan zijn de persoonlijke lening, al dan niet door zekerheid gedeekt, en het doorlopende geldkrediet. [...] De prestatie die de kredietgever levert, is het ter beschikking stellen van een geldsom. De vorm waarin het geld ter beschikking gesteld wordt, is voor de toepasselijkheid van deze wet niet relevant. Zo is niet van belang of het geld charitaal ter hand wordt gesteld, of giraal aan de kredietnemer wordt overgemaakt. Bij doorlopend geldkrediet stelt de kredietgever de kredietnemer een bepaalde financiële ruimte ter beschikking, waarbinnen deze in de tijd gespreid geldsommen kan opnemen.” (Tweede Kamer, vergaderjaar 1986-1987, 19 785, nr. 3, p. 69).

6.2.3. Uit bovengenoemd citaat kan worden afgeleid dat de wetgever bij geldkrediet heeft bedoeld op de situatie dat de kredietnemer daadwerkelijk een geldsom ter beschikking krijgt, waarover hij vrijelijk kan beschikken. Tussen partijen staat vast dat de Individuele Deelnemers niet de feitelijke beschikking hebben gehad over het geleende bedrag. Dit bedrag is, conform de tussen partijen gesloten overeenkomst, direct aangewend om (fracties van) participaties te kopen in het door Spaarbeleg in het leven geroepen AEGON Garantie-Fonds. Van het aan de Individuele Deelnemers ter beschikking stellen van een geldsom als bedoeld in artikel 1 onder a sub 1e Wck is derhalve geen sprake. Gezien het voorgaande valt

de overeenkomst niet onder de wettelijke definitie van geldkrediet.

Goederenkrediet

6.2.4. Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of de overeenkomst onder de definitie van goederenkrediet valt in de zin van artikel 1 aanhef a onder 2° Wck. In de MvT wordt ten aanzien van dit begrip het volgende overwogen:

“Goederenkredieten vallen vrijwel samen met de door de WAS (hof: Wet op het Afbetalingsstelsel) bestreken transacties. Deze kunnen zowel betrekking hebben op het verschaffen van het genot van een zaak als op het verrichten van een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen dienst. Het ligt in ons voornemen om vormen van dienstverlening aan te wijzen die meer dan incidenteel gepaard gaan met kredietverlening (afbetaling). In concreto zal het naar verwachting gaan om reisovereenkomsten, bepaalde (computer-) cursussen, alsmede dienstverlening die verband houdt met koop, bijvoorbeeld installatie en onderhoud van apparatuur, een ander uiteraard slechts voor zover vallend onder het bereik van de definitie van krediettransactie. [...] Goederenkredieten doen zich in de praktijk zoal voor in de vorm dan wel onder de naam van huurkoop, leasing, koop op afbetaling [...]” (Tweede Kamer, vergaderjaar 1986-1987, 19 785, nr. 3, p. 69)

De wetgever heeft geen gebruik gemaakt van voornoemde aanwijzingsbevoegdheid om effectenlease-overeenkomsten onder het bereik van de definitie van goederenkrediet te brengen.

Volgens artikel 1 van de WAS werden “afbetalingstransacties” gedefinieerd als transacties met betrekking tot “een roerende lichamelijke zaak of een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen roerende onlichamelijke zaak [...] of een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen dienst”. Van die laatste aanwijzingsbevoegdheid is, aldus de MvT op de Wck, geen gebruik gemaakt, zodat de WAS slechts gold voor roerende lichamelijke zaken.

6.2.5. Meer in het bijzonder is het van belang om, mede aan de hand van de in de MvT gegeven toelichting, vast te stellen wat onder de term “roerende zaak”, zoals in de definitie van goederenkrediet wordt gebezigd, wordt verstaan. Het hof zal bij de uitleg van de be-

grippen aansluiting zoeken bij de begripsbepaling van het Burgerlijk Wetboek (BW).

6.2.6. Goederen zijn alle zaken en alle vermogensrechten (artikel 3:1 BW). Zaken zijn de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten (artikel 3:2 BW), en zijn roerend of onroerend (artikel 3:3 BW). Vermogensrechten zijn rechten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, of wel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel (artikel 3:6 BW). De (fracties van) participaties waarop de Sprint-Plan-overeenkomst betrekking heeft, kwalificeren als vermogensrechten en zijn geen zaken in de zin van artikel 3:2 BW. Aldus kan niet worden gezegd dat Spaarbeleg aan de Individuele Deelnemers het genot van een roerende zaak heeft verschafte, zodat de overeenkomst niet als goederenkrediet kan worden gekwalificeerd.

6.2.7. De parlementaire stukken noch de tekst van de Wck bevatten aanknopingspunten om aan het in de Wck genoemde begrip roerende zaak een ruimere betekenis toe te kennen. Integendeel, de Wck en Boek 3 van het BW zijn gelijktijdig per 1 januari 1992 in werking getreden. In het oorspronkelijke wetsvoorstel van de Wck werden in artikel 1 aanhef a onder 2° en 3° Wck de woorden “roerende lichamelijke zaak” gebezigd (in aansluiting op het oud BW). Bij Wet van 14 november 1991, houdende aanpassing van de Wet op het consumentenkrediet aan de Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, is bepaald dat in artikel 1 onder a sub 2° en 3° het woord “lichamelijke” vervalt (Stb. 1991, 630) met als doel, zoals uit de MvT op deze wet blijkt, de Wck aan te passen aan het nieuwe vermogensrecht. In het nieuwe BW wordt het onderscheid “lichamelijke/onlichamelijke” niet meer gebezigd. Met de omschrijving “lichamelijke zaken” wordt bedoeld: zaken in de zin van artikel 3.1.1.1 nieuw BW, zodat “lichamelijk” kan vervallen, aldus de MvT (Tweede Kamer, vergaderjaar 1990-1991, 22 109, nr. 3, p. 2.).

6.2.8. Het vorenstaande kan ook worden afgeleid uit de MvT bij de “Wijziging van de Wet toezicht kredietwezen 1992 en de Wet op het consumentenkrediet teneinde de reikwijdte van de bepalingen inzake de informa-

tieverstreking aan het publiek uit te breiden”. Bij die wijziging is artikel 4 Wck zodanig aangepast dat transacties waarbij kredietverlening wordt gecombineerd met belening van ter beurze genoteerde effecten, bijvoorbeeld aandelenlease-constructies, onder de reikwijdte van de informatieplicht werden gebracht (MvT, vergaderjaar 2000-2001, 27 869, nr. 3, p. 3). Deze wijziging levert ook een aanwijzing op dat aandelenlease-overeenkomsten daarvoor niet onder (de informatieverplichting van) de Wck vielen.

6.2.9. Dit sluit ook aan bij hetgeen de Minister van Financiën op 6 juli 1998 in antwoord op Kamervragen (Aanhangsel van de Handelingen, vergaderjaar 1997-1998, nr. 1470, p. 3015) heeft opgemerkt:

“Ik acht dan ook geen reden aanwezig om de effectenlease onder de Wck te brengen, te meer daar de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995) van toepassing is.”

6.2.10. Dat aandelenlease-overeenkomsten niet onder het toepassingsgebied van de Wck vallen, kan bovendien worden afgeleid uit de MvT op de Wet financiële dienstverlening (hierna: Wfd) welke wet inmiddels is vervallen door de inwerkingtreding van de Wet op het financieel toezicht. De definitie van krediet was gebaseerd op artikel 1 aanhef a Wck. Krediet werd in de Wfd, artikel 1 aanhef en onder r., als volgt gedefinieerd:

“krediet: geldkrediet of goederenkrediet, waarbij wordt verstaan onder:

1. geldkrediet: het aan een consument ter beschikking stellen van een geldsom, waarbij de consument gehouden is ter zake een of meer betalingen te verrichten;
2. goederenkrediet: het aan een consument verschaffen van het genot van een roerende zaak of een effect of het verlenen van een bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen dienst, dan wel het aan een consument of een derde ter beschikking stellen van een geldsom terzake van het aan die consument verschaffen van het genot van een roerende zaak of een effect of het verlenen van een bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen dienst, waarbij de consument gehouden is ter zake een of meer betalingen te verrichten”.

Over de toevoeging “of een effect” merkt de MvT op:

“De definitie van krediet is gebaseerd op de omschrijving in artikel 1, onderdeel a, van de

Wck. Zowel goederen- als geldkrediet vallen onder het begrip «krediet». Door aan de definitie van goederenkrediet het verschaffen van het genot van een effect toe te voegen worden producten bestaande uit een beleggingselement en een kredietelement, zoals effectenlease producten, voor wat het kredietelement betreft expliciet onder de reikwijdte van het wetsvoorstel gebracht. Buiten deze toevoeging is met de in het wetsvoorstel gehanteerde terminologie niet bedoeld een verschil aan te brengen in de reikwijdte van de definitie ten opzichte van de Wck.” (Tweede Kamer, vergaderjaar 2003-2004, 29 507, nr. 3, p. 71)

Ook uit deze toelichting volgt dat eerst door de aanpassing van de definitie effectenlease-overeenkomsten onder de reikwijdte van de Wfd kwamen te vallen. Ook daaruit put het hof een aanwijzing dat zulke overeenkomsten niet onder de Wck vielen.

6.2.11. Gezien het bovenstaande is het hof van oordeel dat de overeenkomst geen krediettransactie is in de zin van artikel 1 aanhef en onder a of artikel 1 aanhef en onder d Wck. Dientengevolge zijn de overige artikelen van de Wck en daarop gebaseerde uitvoeringsbesluiten waarop Stichting Spirit een beroep doet, op deze overeenkomst niet van toepassing.

6.2.12. Voorts geldt dat de vergunningseis van artikel 9 Wck niet de strekking heeft de geldigheid van door een niet-vergunninghouder gesloten kredietovereenkomst aan te tasten. Het wetsartikel, geplaatst in hoofdstuk II De kredietgeefster, regelt de toegang tot de aanbodzijde van de markt van kredietverstrekking aan consumenten en is wel van een strafsanctie maar niet van een civiele sanctie voorzien. Niets in de wetsgeschiedenis wijst erop dat deze vergunningseis mede strekt tot bescherming van de consument tegen het aangaan van leenschulden. Daartoe voorziet de wet in andere instrumenten, zoals opgenomen in hoofdstuk III Werving, bemiddeling en behandeling van kredietaanvragen en hoofdstuk IV De krediettransactie.

6.2.13. Ook een uitleg van de Wck in het licht van Richtlijn 87/102/EEG van 22 december 1986 betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake het consumentenkrediet (Pb EG 1987 L 42/48 (hierna: de Richtlijn),

welke richtlijn daarna diverse malen is gewijzigd, leidt niet tot een ander oordeel.

6.2.14. Het hof stelt voorop dat de Richtlijn in beginsel niet tussen particulieren geldt. De nationale rechter dient bepalingen uit het nationale recht zoveel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en doel van de Richtlijn. In het onderhavige geval bestaat daar geen ruimte toe, aangezien de tekst van de Wck en de bedoeling van de wetgever voldoende duidelijk zijn. Ook het rechtszekerheidsbeginsel verzet zich tegen een ruimere uitleg dan de hiervoor genoemde uitleg, omdat de belanghebbenden gelet op de tekst van de Wck daarmee geen rekening behoeften te houden.

6.2.15. Het hof verwerpt tevens de stelling van Stichting Spirit dat de overeenkomst voldoet aan de strekking van de Wck en de Individuele Deelnemers daarom door deze wet beschermd moeten worden geacht. De omstandigheid dat bij de totstandkoming van de Wck nog geen rekening is gehouden met het “nieuwe product” van de aandelenlease-overeenkomst maakt dit niet anders.

6.2.16. De overeenkomst valt dan ook niet onder de reikwijdte van de Wck en is ook niet nietig ingevolge enige bepaling van de Wck. Aan de vraag of de overeenkomst onder één van de uitzonderingen van artikel 4 Wck valt en aan hetgeen Stichting Spirit anderszins met betrekking tot de Wck heeft betoogd, komt het hof aldus niet toe. Daarom behoeven de stellingen van Stichting Spirit dat Spaarbeleg in strijd met de Wck heeft gehandeld, geen verdere bespreking.

Dwaling

6.3. Met grief 3 keert Stichting Spirit zich tegen het oordeel van de rechtbank dat het beroep op dwaling van de Individuele Deelnemers niet kan slagen.

6.3.1. Stichting Spirit stelt dat de Individuele Deelnemers de SprintPlan-overeenkomsten zijn aangegaan onder invloed van dwaling en dat de overeenkomsten daarom vernietigbaar zijn op grond van artikel 6:228 lid 1 onder a en b BW. Daarbij voert Stichting Spirit aan dat de Individuele Deelnemers meenden dat zij te maken hadden met een spaarproduct. Indien de Individuele Deelnemers, zo stelt Stichting Spirit, de risico's hadden gekend die voortvloeien uit het feit dat het hier geen

spaarproduct betreft, dan zouden zij de SprintPlan-overeenkomst niet hebben gesloten. Stichting Spirit wijst in dit verband op de in haar ogen agressieve verkooptechnieken van Spaarbeleg en meent dat sprake is van aan bedrog grenzende misleiding.

6.3.2. Het hof overweegt dienaangaande als volgt. Hij die een overeenkomst sluit, moet tot op zekere hoogte maatregelen nemen om te voorkomen dat hij die overeenkomst sluit onder invloed van een onjuiste voorstelling zaken. Gelet hierop mag van degene die een overeenkomst sluit worden verlangd dat hij kennis neemt van de inhoud van die overeenkomst en van de eventuele daarop toepasselijke voorwaarden en deze stukken aandachtig en met de nodige nauwlettendheid leest. Hetzelfde geldt voor de eventueel aan hem met het oog op het aangaan van een overeenkomst verstrekte brochures. Indien voornoemde stukken onduidelijkheden bevatten, mag van hem tevens worden verlangd dat hij daarover vragen stelt. Daarbij geldt als uitgangspunt dat men in de regel mag afgaan op de juistheid van de door de wederpartij gedane mededelingen. In het algemeen kan worden aangenomen dat de mededelingsplicht boven de onderzoeksplicht gaat. Indien de dwalende niet aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan, dan kan dit er op grond van artikel 6:228 lid 2 BW toe leiden dat de dwaling voor rekening van de dwalende behoort te blijven.

6.3.3. Uit 4.3 volgt dat de Individuele Deelnemers, alvorens tot de SprintPlan-overeenkomst toe te treden, beschikten over de volgende door Spaarbeleg toegezonden stukken: het Certificaat, de Algemene Voorwaarden, de Specifieke Bepalingen en de Brochure.

Naar het oordeel van het hof blijkt uit tekst van de genoemde stukken voldoende duidelijk dat met door Spaarbeleg voorgeschoten geld belegd zou worden in het AEGON Garantiefonds. De Algemene Voorwaarden maken er in artikel 5.1, tweede zin, melding van dat de aankoopsom wordt gefinancierd door AEGON Bank, de Brochure spreekt van “een bedrag dat Spaarbeleg voorschiet” en van het feit dat “uw maandbedrag een vergoeding (rente) (is) voor het bedrag dat Spaarbeleg u voorschiet” en blijkens het Certificaat gaat het om een in het AEGON Garantiefonds belegd bedrag waarover rente wordt betaald.

Naar het oordeel van het hof blijkt daaruit dat

belegd zou worden met geleend geld. Voor zover de Individuele Deelnemers dit onvoldoende zouden hebben begrepen, had het op hun weg gelegen om zich, al dan niet met hulp van anderen, de inspanning te getroosten om de strekking van de overeenkomst te begrijpen. Indien de Individuele Deelnemers dit hebben nagelaten, dient dit voor hun rekening te blijven.

6.3.4. Stichting Spirit voert aan dat de Individuele Deelnemers niet gewaarschuwd zijn voor de risico's die zij met het aangaan van de SprintPlan-overeenkomst liepen, omdat hun niet duidelijk is gemaakt dat het niet ging om een spaarproduct maar om een financieel product waarbij belegd werd met geleend geld. Dienaangaande heeft het hof hierboven reeds geoordeeld dat het voor de Individuele Deelnemers duidelijk moet zijn geweest dat niet werd gespaard doch dat werd belegd met geleend geld met de daaraan verbonden risico's. Voor zover Stichting Spirit het beroep op dwaling in algemene zin (dus los van de individuele omstandigheden van iedere Individuele Deelnemer) onderbouwd heeft met de stelling dat niet is gewaarschuwd voor de risico's, verwerpt het hof die stelling. Dat zou anders kunnen zijn indien door Stichting Spirit naar behoren feiten en omstandigheden worden aangevoerd waaruit kan volgen dat sprake is van een dwaling die niet voor rekening van de Individuele Deelnemers behoort te blijven. Daarbij heeft op grond van de hoofdregel van artikel 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) als uitgangspunt te gelden dat op Stichting Spirit de last rust die feiten en omstandigheden te stellen en – bij gemotiveerde betwisting door Spaarbeleg – te bewijzen.

6.3.5. In het bestreden vonnis heeft de rechtbank – zakelijk weergegeven – in rechtsoverweging 4.9 geoordeeld dat Stichting Spirit ten aanzien van haar beroep op dwaling – ondanks diverse verzoeken van Spaarbeleg daartoe – in het geheel niet is ingegaan op de omstandigheden van de Individuele Deelnemers bij het aangaan van de overeenkomst en aldus in haar stelplicht is tekortgeschoten. De rechtbank is daarom niet aan het verstrekken van een bewijsopdracht toegekomen. Met grief 3 komt Stichting Spirit ook tegen deze overweging op.

6.3.6. Teneinde – voor zover nodig – aan haar

stelplicht te voldoen heeft Stichting Spirit vrijwel alle Individuele Deelnemers een verklaring doen afleggen aan de hand van een door Stichting Spirit opgesteld vragenformulier met de volgende tekst.

1. mijn moedertaal is:

- Nederlands
- Turks
- Arabisch

- Berber
- anders, namelijk

2. Mijn geboortedatum is

3. Toen ik het SprintPlan afsloot

- had ik een vaste baan
- had ik een tijdelijke baan
- had ik een eigen bedrijf
- was ik gepensioneerd
- was ik werkloos
- anders, namelijk

4. Toen ik het Sprintplan afsloot was mijn bruto maandinkomen _

Indien u dit niet meer precies weet, was uw inkomen

- minder dan € 2.000
- tussen € 2.000 en € 2.500
- meer dan € 2.500

5. Toen ik het SprintPlan afsloot had ik schulden (bijvoorbeeld een lening bij de bank, roodstand bij de bank, een afbetalingsregeling bij een incassobureau, etc)

- ja mijn schulden bedroegen in totaal een bedrag van (ongeveer) _
- nee, ik had geen schulden

6. Toen ik het Sprintplan afsloot had ik eerder belegd in aandelen

- ja
- nee

7. Toen ik het Sprintplan afsloot deed ik dat:

- om te sparen
- om te beleggen in aandelen
- anders, namelijk om

8. Toen ik het SprintPlan afsloot had ik al eerder een rekening bij Spaarbeleg

- ja
- nee

9. Het Sprintplan:

- is mij schriftelijk aangeboden door Spaarbeleg
- is mij aangeboden door vertegenwoordiger/tussenpersoon
- ik heb zelf gevraagd naar Sprintplan
- anders, namelijk

10. Toen ik Sprintplan afsloot:

- o dacht ik dat het een spaarplan was
 o dacht ik dat het effectenlease was
11. Toen ik het SprintPlan afsloot, had ik al bedacht wat ik met de einduitkering zou gaan doen
 o ja, ik zou het gaan besteden aan:
 o nee, ik had nog geen doel voor de einduitkering
12. Het verlies van mijn inleg:
 o is zeer ernstig voor mij
 o kan ik goed dragen
13. Had ik geweten wat het Sprintplan inhield was ik er nooit aan begonnen
 o ja
 o nee
14. Heeft u nog overige opmerkingen of aanvullingen?
 De deelnemer verklaart door ondertekening van dit formulier alle vragen volledig en naar waarheid te hebben beantwoord en verleent toestemming aan de Stichting Spirit de verstrekte gegevens te gebruiken in het kader van de procedure tussen Stichting Spirit en Aegon.
- 6.3.7. Van de aan alle Individuele Deelnemers verzonden formulieren heeft Stichting Spirit er 1.343 ingevuld retour ontvangen. Deze formulieren zijn ter griffie van dit hof gedeponeerd en de antwoorden op de aan de Individuele Deelnemers gestelde vragen zijn verwerkt in een bij de memorie van grieven als productie 4 overgelegde spreadsheet. Stichting Spirit betoogt door het overleggen van de verklaringen voldaan te hebben aan haar stelplicht ten aanzien van de omstandigheden die tot de dwaling van de Individuele Deelnemers hebben geleid.
- 6.3.8. Daarmee is de vraag aan de orde of Stichting Spirit door het overleggen van de verklaringen van deze 1.343 Individuele Deelnemers voldaan heeft aan de op haar rustende stelplicht ten aanzien van de feiten en omstandigheden die tot de dwaling van iedere deelnemer hebben geleid. Spaarbeleg heeft gemotiveerd betwist (memorie van antwoord sub 7.5) dat de vragenlijsten kunnen fungeren als stellingen ten aanzien van de persoonlijke omstandigheden, en zij wijst er in dat verband op dat de vragenlijsten zó gesloten van opzet zijn dat de invuller in de richting van het gewenste antwoord wordt gedirigeerd.
- 6.3.9. Het hof is van oordeel dat Stichting Spirit ter onderbouwing van het beroep op dwaling van de Individuele Deelnemers niet kan

volstaan met een verwijzing naar de door haar overgelegde, door de Individuele Deelnemers ingevulde, vragenlijsten. In het kader van de op haar rustende stelplicht mag van Stichting Spirit worden verlangd dat zij ten behoeve van zowel de rechter als van haar wederpartij in haar schriftelijke conclusies aangeeft welke concrete antwoorden van iedere afzonderlijke Individuele Deelnemer zij ten grondslag wenst te leggen aan het beroep op dwaling. Door de enkele verwijzing naar de overgelegde vragenlijsten en de daarop gegeven antwoorden verzuimt zij concreet aan te geven welke feiten en omstandigheden van iedere Individuele Deelnemer zij aan het beroep op dwaling – dat strekt tot vernietiging van iedere individuele overeenkomst – ten grondslag wenst te leggen. Als gevolg daarvan is niet duidelijk welke de feitelijke grondslag is van het (namens iedere Individuele Deelnemer) gedane beroep op dwaling. Aan dat verzuim verbindt het hof de gevolgtrekking dat Stichting Spirit het verweer van Spaarbeleg – dat niet naar behoren individualiseerbare feiten en omstandigheden zijn gesteld ter onderbouwing van het beroep op dwaling – onvoldoende gemotiveerd heeft weersproken, zodat dit verweer slaagt. Aan bewijslevering wordt niet toegekomen, omdat geen voor bewijslevering vatbare, iedere Individuele Deelnemer afzonderlijk betreffende, feiten en omstandigheden zijn aangevoerd. Het bewijsaanbod wordt daarom gepasseerd.

6.3.10. In de toelichting op grief 3 heeft Stichting Spirit aangevoerd dat onder de gegeven omstandigheden kan worden gesteld dat de SprintPlan-overeenkomsten door misbruik van omstandigheden als bedoeld in artikel 3:44 lid 4 BW tot stand zijn gekomen. Ook daarvoor geldt als uitgangspunt dat op Stichting Spirit de last rust de feiten te stellen die het beroep op artikel 3:44 BW kunnen dragen. Stichting Spirit stelt daartoe dat Spaarbeleg als professionele instelling onervaren consumenten tegenover zich had en wist, althans had moeten begrijpen dat de Individuele Deelnemers slechts werden bewogen tot het aangaan van de overeenkomsten vanwege deze onervarenheid. Naar het oordeel van het hof is ook hier sprake van een algemene, niet nader met relevante feiten en omstandigheden onderbouwde grondslag. Aan bewijslevering wordt niet toegekomen omdat geen voor bewijslevering vatbare feiten en omstandigheden zijn gesteld.

Ook in zoverre moet het bewijsaanbod worden gepasseerd.

Misleidende mededeling

6.4.1. Met grief 4 stelt Stichting Spirit aan de orde dat de rechtbank ten onrechte de door Spaarbeleg verstrekte informatie niet als misleidend in de zin van artikel 6:194 BW heeft geoordeeld.

6.4.2. Voorzover Stichting Spirit betoogt dat in de door Spaarbeleg aan de Individuele Deelnemers ter beschikking gestelde informatie de suggestie wordt gewekt dat de SprintPlan-overeenkomst een spaarproduct zou betreffen, verwijst het hof naar hetgeen hieromtrent onder rechtsoverwegingen 6.3.3 en 6.3.4 is overwogen. Dit betoog stuit daarop af.

6.4.3. De overigens voor de beoordeling van een beroep op misleidende reclame te stellen maatstaf is de vraag naar de vermoedelijke verwachting van de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument tot wie de betreffende informatie zich richt.

6.4.4. Naar het oordeel van het hof mocht van de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument en derhalve ook van de Individuele Deelnemers worden verwacht dat zij zorgvuldig de ter beschikking gestelde schriftelijke informatie tot zich zouden nemen. Zouden zij dit hebben gedaan, dan zou naar het oordeel van het hof uit het door Spaarbeleg voorafgaande aan het sluiten van de overeenkomst ter beschikking gestelde schriftelijke materiaal voor hen kenbaar moeten zijn dat de SprintPlan-overeenkomst betrekking had op een beleggingsproduct met geleend geld dat aan het einde van de overeenkomst terugbetaald diende te worden. Voorts kon naar het oordeel van het hof aan de hand van het schriftelijke materiaal duidelijk zijn dat deze belegging voor rekening en risico van de Individuele Deelnemer was, dat de resultaten van de overeenkomst afhankelijk zouden zijn van het rendement op deze belegging en dat er sprake was van een opbrengst welke, behoudens in het geval van verlaging en tussentijdse beëindiging toereikend was om het geleende bedrag terug te betalen.

Daarbij overweegt het hof ten aanzien van de brochure welke deel uitmaakt van het schriftelijke materiaal dat de Individuele Deelnemers zich bewust hadden dienen te zijn van de zekere mate van overdrijving welke bij reclame

hoort en ook is toegestaan. De Individuele Deelnemers zouden zich daardoor niet moeten laten misleiden.

6.4.5. Stichting Spirit voert in de context van de vierde grief (onder 6.6 memorie van grieven) nog aan dat Spaarbeleg ten onrechte een historisch rendement van 11,6% met betrekking tot de samengestelde index heeft vermeld. Dit betoog houdt geen stand omdat de bewuste brochure geen melding maakt van een "historisch rendement van 11,6%", althans de toelichting op de grief niet duidelijk maakt op welke vermeende onjuiste informatie Stichting Spirit precies doelt.

Het hof is verder van oordeel dat Stichting Spirit in de memorie van grieven en met haar verwijzingen naar punt 7.6 van de inleidende dagvaarding en het gestelde onder 7.7/7.8 en 8.4 van de conclusie van repliek voor het hof onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt dat en waarom de informatie in de brochure met betrekking tot het rendement ten aanzien van de Samengestelde Index onjuist is. Dat klemt te meer omdat door Spaarbeleg onder 5.11 van de conclusie van dupliek is aangevoerd dat de vermelding in de brochure van een gemiddelde stijging van de Samengestelde Index over de afgelopen 15 jaar juist is en is berekend en gepresenteerd overeenkomstig de voorschriften van de (destijds geldende) Nadere Regeling.

Gelet op die gemotiveerde betwisting door Spaarbeleg had het op de weg van Stichting Spirit – op wie immers de stelplicht en bewijslast rust – gelegen om haar stellingen op het punt van de gestelde onjuistheid in de brochure in appel nader te onderbouwen en kon zij niet volstaan met een kale verwijzing naar haar stellingen uit de eerste aanleg.

6.4.6. De klacht, ten slotte, dat bij de berekening van het gemiddelde rendement in de brochure niet steeds is uitgegaan van gelijke weging van de drie indices, kan geen doel treffen nu het Spaarbeleg Garantiefonds zich heeft voorbehouden de weging van ieder van deze indices te variëren van 25% tot 40% van het totaal.

6.4.7. Uit het hetgeen hierboven is overwogen vloeit voort dat grief 4 faalt.

Schending zorgplicht

6.5. Met grief 5 richt Stichting Spirit zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de vor-

dering tot schadevergoeding wegens een door Spaarbeleg gepleegde onrechtmatige daad strandt wegens het ontbreken van causaal verband.

6.5.1. Het hof leidt uit hetgeen dienaangaande door Stichting Spirit is aangevoerd af, dat aan Spaarbeleg wordt verweten dat zij haar zorgplicht heeft geschonden enerzijds door de Individuele Deelnemer onvoldoende te waarschuwen voor de aan de SprintPlan-overeenkomst verbonden risico's en anderzijds door na te laten inlichtingen in te winnen over inkomsten- en vermogenspositie van de Individuele Deelnemer, alsmede over zijn/haar beleggingservaring, beleggingsdoelstelling, bereidheid risico's te nemen en de mogelijkheid om die risico's te dragen. In dat verband heeft Stichting Spirit ten aanzien van alle Individuele Deelnemers gesteld dat de SprintPlan-overeenkomsten door hen niet zouden zijn aangegaan indien Spaarbeleg aan haar zorgplicht zou hebben voldaan.

6.5.2. Het hof stelt voorop dat op Spaarbeleg, als professionele dienstverlener op het terrein van beleggingen en aanverwante financiële diensten een bijzondere zorgplicht rust tegenover personen met wie zij een SprintPlan-overeenkomst zal aangaan. Deze bijzondere zorgplicht volgt uit hetgeen van een bank op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht betaamt – in aanmerking genomen haar maatschappelijke functie en haar deskundigheid op onderhavig gebied – in gevallen waarin iemand aan haar kenbaar heeft gemaakt een overeenkomst met haar te willen aangaan van het soort waartoe de SprintPlan-overeenkomst behoort. De reikwijdte van deze zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico's. De zorgplicht heeft tot strekking particuliere wederpartijen te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht.

6.5.3. Naar het oordeel van het hof bestond voor Spaarbeleg geen bijzondere zorgplicht om de Individuele Deelnemer ten aanzien van het gegeven dat de ontwikkeling van de waarden van de (fracties van) deelnemingen in het AEGON Garantiefonds het risico met zich bracht dat aan het einde van de looptijd tegen-

over de betaalde rente geen enkele uitkering zou staan. Dat moet aan de gemiddeld opletende Individuele Deelnemers bij normaal zorgvuldige lezing van de in 6.3.3. genoemde stukken voldoende duidelijk zijn geweest.

6.5.4. Spaarbeleg is echter naar het oordeel van het hof wel tekortgeschoten in haar verplichting om de Individuele Deelnemers in duidelijke en niet mis te verstane bewoordingen te waarschuwen voor het risico dat een schuld aan Spaarbeleg zou kunnen resten indien de overeenkomst tussentijds zou worden beëindigd of indien het belegde bedrag tussentijds zou worden verlaagd. Naar het oordeel van het hof valt een dergelijke waarschuwing niet te lezen in de Brochure, de Algemeen Voorwaarden en/of het Certificaat.

6.5.5. Ook is Spaarbeleg tekortgeschoten in haar verplichting om voor het aangaan van de overeenkomst inlichtingen in te winnen over de inkomens- en vermogenspositie van de Individuele Deelnemers en aldus antwoord te krijgen op de vraag of de Individuele Deelnemer gedurende een reeks van jaren de met de overeenkomst gemoeide maandelijkse verplichtingen zou kunnen nakomen, mede gezien het risico dat de Individuele Deelnemer bij tussentijdse beëindiging van de overeenkomst of verlaging van het belegde bedrag een negatief saldo van de eindafrekening zal moeten bijbetalen.

6.5.6. Uit de hoofdregel van artikel 150 Rv volgt echter voor Stichting Spirit de plicht om voldoende feiten en omstandigheden te stellen die – indien deze komen vast te staan – tot de conclusie kunnen leiden dat Individuele Deelnemers schade hebben geleden als gevolg van het feit dat Spaarbeleg in de onder 6.5.4 en 6.5.5 bedoelde zin in haar zorgplicht is tekortgeschoten.

Stichting Spirit kan deze stelplecht niet ontgaan met een beroep op de zogenaamde omkeringsregel. Dat beroep zou slechts kunnen slagen indien (1) de als onrechtmatige daad of als wanprestatie aan te merken gedraging (2) de schending van een norm betreft die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade en (3) degene die zich op schending van die norm beroept aannemelijk heeft gemaakt dat (4) in het concrete geval het specifieke gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt. Bij het gevaar van het

ontstaan van een restschuld gaat het echter niet om een zodanig specifiek gevaar doch om een algemeen risico verbonden aan het beleggen met geleend geld. Bovendien is onvoldoende omtrent restschulden gesteld.

6.5.7. Stichting Spirit is van opvatting dat zij met het overleggen van de onder 6.3.6 genoemde verklaringen aan haar stelplicht heeft voldaan. Dat betoog faalt op gelijke gronden als hiervoor onder 6.3.9 ten aanzien van het beroep op dwaling is uiteengezet. Dat komt er wat betreft het vereiste van causaal verband op neer dat, tegenover het verweer van Spaarbeleg, op Stichting Spirit de last rust om in hoger beroep concreet de feiten en omstandigheden te stellen die een onderbouwing vormen van het causaal verband. Het enkele overleggen van de vragenlijsten volstaat niet, omdat daaruit voor de rechter en de wederpartij niet aanstonds duidelijk wordt gemaakt op welke voor iedere afzonderlijke Deelnemer geldende feiten en omstandigheden Stichting Spirit daarbij precies het oog heeft.

Minderjarige Individuele Deelnemers

6.6. Met grief 6 verzet Stichting zich tegen de afwijzing door de rechtbank van de op artikel 1:345 lid 1 jo 1:253k BW gebaseerde vordering.

In dit verband heeft Stichting Spirit gevorderd dat de rechtbank voor recht verklaart dat de SprintPlan-overeenkomsten die zijn gesloten door Individuele Deelnemers die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst minderjarig waren, bij gebreke van de vereiste machtiging van de kantonrechter door Stichting Spirit rechtmatig zijn vernietigd, dan wel dat de rechtbank deze zal vernietigen en Spaarbeleg zal veroordelen tot betaling van al hetgeen deze Individuele Deelnemers uit hoofde van de SprintPlan-overeenkomsten aan Spaarbeleg hebben betaald, vermeerderd met de wettelijke rente over deze bedragen vanaf de dag van ontbinding tot de dag der algehele voldoening.

6.6.1. Naar het oordeel van het hof kan op grond van hetgeen door Stichting Spirit is aangevoerd niet worden vastgesteld of, en zo ja, welke individuele overeenkomsten door Stichting Spirit zijn vernietigd althans van welke individuele overeenkomsten de vernietiging wordt gevorderd wegens het ontbreken van de machtiging van de kantonrechter in verband met de minderjarigheid van de deel-

nemer. Ook in dit opzicht is niet voldaan aan de stelplicht. Daarop stuit de grief af. Bij de bespreking van grief 6 heeft Stichting Spirit voor het overige geen belang.

Koop op afbetaling

6.7. Bij memorie van grieven heeft Stichting Spirit haar eis vermeerderd, als weergegeven in rechtsoverweging 5.2. Zij heeft daartoe aangevoerd dat ten tijde van het sluiten van de SprintPlan-overeenkomsten een groot aantal van de Individuele Deelnemers was gehuwd, dat de SprintPlan-overeenkomst te beschouwen is als een overeenkomst van koop op afbetaling en dat de echtgenoot die een dergelijke overeenkomst sluit de toestemming van de andere echtgenoot behoeft. Stichting Spirit stelt dat geen van de echtgenoten dan wel de geregistreerde partners van de Individuele Deelnemers bij het afsluiten van de SprintPlan-overeenkomsten toestemming heeft verleend voor het sluiten van de overeenkomst. Bij brief van 2 april 2007 heeft de advocaat van Stichting Spirit namens alle personen die ten tijde van het sluiten van een SprintPlan-overeenkomst de echtgenoot waren van een Individuele Deelnemer, de betreffende overeenkomst vernietigd.

6.7.1. Stichting Spirit heeft de stelling dat de SprintPlan-overeenkomst gekwalificeerd moet worden als koop op afbetaling onvoldoende onderbouwd. Zij heeft ermee volstaan aan te voeren dat de overeenkomst als zodanig moet worden opgevat doch nagelaten de feiten te stellen die zou kunnen leiden tot het oordeel dat de SprintPlan-overeenkomst te beschouwen is als koop op afbetaling. Uit de onder 4.3 bedoelde bescheiden valt niet op te maken dat het om koop van de participaties door de Individuele Deelnemers gaat. Aflevering in de zin van artikel 7a:1576 lid 1 BW is daarin niet voorzien.

Bovendien heeft Stichting Spirit nagelaten concreet aan te geven in welke gevallen sprake is van een situatie waarop artikel 1:88 lid 1 onder d BW en de daarop gebaseerde vordering ex artikel 1:89 BW ziet. Ook de door Stichting Spirit overgelegde verklaringen geven hierover geen uitsluitsel, zodat onbekend blijft op welke van de 1509 Individuele Deelnemers de op artikel 1:89 BW gebaseerde vordering betrekking heeft. Daaruit volgt dat de vordering niet kan slagen.

Processuele hoedanigheid Stichting Spirit

6.8. Grief I klaagt erover dat de rechtbank geen oordeel heeft gegeven over het rechtskarakter van de cessie door Individuele Deelnemers aan Stichting Spirit. De klacht treft geen doel. Aan de rechter wordt niet voorgeschreven dat hij reageert op stellingen van partijen die voor de uitkomst van de procedure niet van betekenis zijn. De vraag of sprake is van een rechtsgeldige cessie behoeft geen bespreking, omdat ook in het geval dat moet worden aangenomen dat de vorderingen rechtsgeldig zijn overgedragen, de vorderingen, gelet op al het voorgaande, niet kunnen worden toegewezen.

Slotsom

6.9. De grieven falen. Als de in het ongelijk te stellen partij zal Stichting Spirit worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

7. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep: bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Utrecht van 20 december 2006; veroordeelt Stichting Spirit in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Spaarbeleg begroot op € 2.682,= voor proceskosten volgens liquidatietarief en op € 296,= voor griffierecht; verklaart dit arrest ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad en bepaalt dat indien deze kosten niet binnen veertien dagen na de datum van dit arrest zijn voldaan, over het bedrag van die kosten wettelijke rente verschuldigd zal zijn vanaf deze veertiende dag tot de dag der algehele voldoening.

NOOT

1. De stichting Spirit liet zich door ruim 1400 teleurgestelde Sprintplan-beleggers de restitutievorderingen (ter incasso) cederen die in elk van de beleggingscontracten zouden ontstaan na vernietiging dan wel ontbinding van die contracten. De stichting werd bovendien door de beleggers gemachtigd om het wilsrecht van vernietiging of ontbinding uit te oefenen (zie de tekst van de akte van cessie in r.o. 4.10 arrest). De stichting vorderde in eerste aanleg verklaring voor recht dat alle betrokken overeenkomsten nietig (wegens strijd met de wet) dan wel

vernietigd waren (o.a. wegens dwaling) dan wel ontbonden waren (wegens tekortschieten in contractuele zorgplicht), dan wel dat sprake was van onrechtmatige daad wegens tekortschieten in de zorgplicht (o.a. "ken uw cliënt" principe). Voortbouwend daarop vorderde de stichting veroordeling tot restitutie, ongedaanmaking dan wel schadevergoeding.

De Rechtbank Utrecht wees alle vorderingen af (Rb. Utrecht 20 december 2006, LJN AZ5241).

Er was volgens de rechtbank onder andere onvoldoende gesteld om te concluderen dat de beleggers in verschoonbare dwaling verkeerden. De rechtbank oordeelde kort gezegd dat in algemene zin het foldermateriaal en de informatie van Spaarbeleg voldoende informatie gaf. De omstandigheden die tot een beroep op dwaling zouden kunnen leiden, waren niet per individuele belegger nader geconcretiseerd en het verzoek om alle beleggers als getuige te horen werd daarom door de rechtbank afgewezen. Wel kwam de rechtbank tot het oordeel dat Spaarbeleg toerekenbaar onrechtmatig had gehandeld door in de totstandkomingsfase van de beleggingsovereenkomsten haar zorgplicht te schenden door in het onderhavige geval noch beleggingsdoelstellingen van de individuele beleggers te onderzoeken noch te verifiëren of zij alle denkstappen hadden gemaakt om het product op zijn merites te kunnen beoordelen.

Met die vaststelling kwam de stichting niet veel verder, want de vordering tot schadevergoeding werd afgewezen. Causaal verband (en schade, zou ik menen) zou de rechtbank alleen willen aannemen als voldoende aannemelijk zou zijn dat de belegger de SprintPlan-overeenkomst niet zou zijn aangegaan indien Spaarbeleg zich afdoende van haar zorgplicht had gekweten. Om dat te beoordelen, "is mitsdien noodzakelijk dat de deelnemer in ieder geval inzicht verschaft in zijn persoonlijke (financiële) omstandigheden, beleggingservaring en beleggingsdoelstellingen", en de stichting had ten aanzien van deze omstandigheden van de individuele beleggers niets gesteld.

2. In appel vult de stichting een aantal nieuwe rechtsgronden toe (zoals vernietiging ex art. 1:88 BW), maar de afloop wordt er niet beter door. Allereerst gaat het hof in op toepasselijkheid van de WCK (conclusie: de WCK is niet van toepassing). Daarna komt het dwalingsberoep aan de orde (r.o. 6.3). Het hof kiest

voor een benadering die dwaling uitsluit: het foldermateriaal en de informatie maken voldoende duidelijk dat met geleend geld belegd zou worden. Als de beleggers dat onvoldoende hebben begrepen is niettemin geen sprake van verschoonbare dwaling (6.3.3).

Bij de rechtbank strandde de zaak onder andere omdat de stichting zou hebben nagelaten concreet aan te geven in welke individuele omstandigheden van de 1400 beleggers de rechtvaardiging voor het beroep op dwaling gelegen zou zijn. Door na te laten daarover concrete omstandigheden te stellen, kon de rechtbank het bewijsaanbod van de stichting (om alle beleggers als getuige te horen!) passeren. In appel probeert de stichting die valkuil te vermijden. Zij presenteert een gestandaardiseerde vragenlijst (zie r.o. 6.3.6), ingevuld door de (meeste) beleggers, om hun individuele omstandigheden meer reliëf te geven en aldus voldoende te stellen om een bewijsopdracht mogelijk te maken. Spaarbeleg betwist dat die vragenlijst als geïndividualiseerde onderbouwing van de stellingen van de stichting kan gelden. Het hof gaat mee in deze redenering en maakt in r.o. 6.3.9 korte metten met de poging van de stichting om haar motiveringsplicht in te vullen.

Van misleidende mededelingen (art. 6:194 BW (oud)) is volgens het hof evenmin sprake: de "maatman", de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument zou hebben begrepen wat de implicaties van het product waren en hij zou zich niet hebben laten misleiden (r.o. 6.4.4).¹ In lijn met deze overweging oordeelt het hof bovendien (r.o. 6.5.3) dat de gemiddeld oplettende individuele belegger bij zorgvuldige lezing had kunnen weten dat het risico op totale verdamping van de inleg bestond. Dit lijkt mij een niet geheel zuiver gemotiveerd oordeel: bij art. 6:194 BW mag weliswaar de gemiddelde consument als maatman worden gehanteerd, maar of dat ook mag als het gaat om de toepassing van art. 6:162 BW ten aanzien van de bijzondere zorgplicht van de beleggingsinstelling tegenover de individuele cliënt lijkt mij voor betwisting vatbaar.

Of het wenselijk is om de objectieve maatman van art. 6:194 BW uit te breiden naar de algemene zorgplicht van art. 6:162 BW, durf ik nog niet te zeggen. Het heeft natuurlijk de charme van eenvoud, maar het creëert wellicht ook het risico van overmatige bescherming van personen die deze bescherming niet nodig hebben. Ten slotte meent het hof dat er wel sprake is van tekortschieten in de zorgplicht wat betreft het waarschuwen tegen het ontstaan van een restschuld (r.o. 6.5.4) en wat betreft het onderzoek naar de individuele inkomens- en vermogenspositie (r.o. 6.5.5).

Hierin is een moeilijk te verenigen spanning gelegen tussen de wijze waarop het beroep op dwaling wordt benaderd en de wijze waarop het beroep op schending van de zorgplicht wordt benaderd. Ik vat het oordeel zo samen: geen mogelijkheid van een algemeen beroep op dwaling wegens onvoldoende waarschuwen voor de risico's van het product (het moet de beleggers duidelijk zijn geweest dat niet werd gespaard doch dat werd belegd met geleend geld met de daaraan verbonden risico's), maar wel de mogelijkheid van een algemeen beroep op onrechtmatige daad, dat wil zeggen: schending van de zorgplicht omdat niet werd gewaarschuwd tegen de risico's van het ontstaan van een restschuld en geen onderzoek werd verricht naar de individuele financiële positie van de beleggers. Aan het financiële product kleeft dus geen "algemeen dwalingsgebrek" maar wel een "algemeen zorggebrek", terwijl deze gebreken elkaar materieel gezien zeer dicht naderen, om niet te zeggen identiek zijn. Ik heb al eerder geschreven dat ik daar moeite mee heb; ik zou menen dat het dwalingsleerstuk wat dit betreft veel meer convergentie zou kunnen vertonen met de aansprakelijkheid wegens schending van een zorgplicht.²

3. De stichting voert tenslotte nog aan dat bepaalde overeenkomsten wegens handelingsonbekwaamheid van de belegger vernietigd zijn of moeten worden. Eenzelfde betoog betreft de gehuwde deelnemers. Beide gronden worden afgewezen (r.o. resp. 6.6 6.7) omdat kennelijk niet concreet is aangegeven welke beleggers het betreft.

1. Voor de maatman bij toepassing van art. 6:194 BW (oud) zie HR 30 mei 2008, «JA» 2008/133 (De Boer e.a./TMF). Daarover bijv. de annotatie van H.M. Vletter-van Dort en A.C.W. Pijls, Ondernemingsrecht 2008/9, nr. 104, p. 364 e.v.

2. Zie mijn annotatie onder Rechtbank 's-Hertogenbosch, sector kantonrechter, locatie Helmond 26 maart 2008, nr. 425077, 4271/05, LJN BC8096, «JOR» 2008/163.

4. Wat betreft de collectieve benadering ten aanzien van dwaling denk ik dat de lijn van het hof hier op neerkomt. Een stichting die als cessionaris voor 1400 individuele beleggers een verklaring voor recht van dwaling en restitutie wegens dwaling vordert, wordt alleen toegelaten tot het bewijs van feiten en omstandigheden die het beroep op dwaling kunnen dragen als per belegger een geïndividualiseerd "profiel" wordt aangedragen waarbij concreet wordt aangegeven welke de feitelijke grondslag per persoon is. Deze benadering maakt het onmogelijk om, als een rechter eenmaal de lijn hanteert dat een bepaald financieel product – lees: overeenkomst – *in algemene zin* geen aanleiding geeft tot vernietiging wegens dwaling, een dwalingsberoep op collectief niveau vorm te geven. Er zal per individu gemotiveerd gesteld moeten worden waarin de dwaling gelegen is, welke omstandigheden tot een spreek- of onderzoeksplicht voor de wederpartij van de dwalende hadden moeten leiden, welke omstandigheden het in concreto zijn die maken dat de dwaling voor rekening van de wederpartij gebracht moeten worden, etcetera. Een collectief dwalingsberoep is daarmee onmogelijk, tenzij als gezegd de rechter oordeelt dat het financieel product in algemene zin reeds dwaling teweegbrengt. Dit komt niet echt als een verrassing, maar jammer is het wel. Dat een dergelijk collectief dwalingsberoep moeilijk ligt, volgt allereerst uit de rechtspraak op het leerstuk van de dwaling zelf: of het beroep slaagt hangt af van alle relevante omstandigheden van het geval. Tegen die achtergrond is collectivering van individuele acties die traditioneel het vaststellen van concrete omstandigheden vergen, zoals het beroep op dwaling, een hachelijke onderneming.

5. Het collectief vorderen van schadevergoeding is evenmin eenvoudig. Het hof is wel bereid om algemene uitspraken te doen over de delictuele zorgplicht van Spaarbeleg tegenover de beleggers in het algemeen, maar de vorderingen tot schadevergoeding worden afgewezen. Van collectieve afwikkeling ex art. 3:305a BW is uitdrukkelijk uitgesloten het vorderen van schadevergoeding; ook het vorderen van verklaring voor recht dát tegenover individuen een schadevergoedingsplicht bestaat kan al

een brug te ver zijn.³ Tegen die achtergrond is begrijpelijk dat een rechter die in één dossier wordt geconfronteerd met ruim 1400 bij elkaar genomen individuele schadevergoedingsvorderingen, concrete informatie wil over de concrete schade en het concrete causaal verband. Die concrete informatie heeft hij uiteraard nog niet als hij 1343 ingevulde formulieren en een spreadsheet van de antwoorden krijgt. In het traditionele model van het tweepartijenproces wordt de eis dan afgewezen als zijnde gebouwd op onvoldoende onderbouwde stellingen. Ik vraag me af of dat model hier wel zo bevredigend werkt; het is betrekkelijk eenvoudig om slecht onderbouwde stellingen af te wijzen, veel minder eenvoudig is het (al was het maar omdat de wet hier geen houvast biedt) om te weten hoe men gecollectiveerde vorderingen substantieert op een abstract maar toch concreet genoeg niveau. Moet van de rechter in massaschadeafwikkeling niet juist een meer regisserende rol worden verwacht of ligt het juist op de weg van de stichting die tot gecollectiveerde aanbidding van de zaken overgaat, om het dossier "panklaar" aan te leveren? Dat laatste ligt voor de hand. Afgaande op 's hofs arrest concludeer ik dat de stichting zich kennelijk – ik ken de dossierstukken niet – danig heeft verslikt in de eisen die rechters stellen aan het substantiëren van 1400 vorderingen. Als ik het goed begrijp (r.o. 6.7.1), is in verband met het beroep op art. 1:88 BW zelfs nagelaten om aan te geven *welke* van de beleggers gehuwd was.

Zo moet het dus niet, maar hoe moet het dan wel? Een eiser die als cessionaris een gecollectiveerd pakket vorderingen instelt, zou mogelijk meer richting kunnen krijgen met een rolreglement massaschadezaken waarin de randvoorwaarden gesteld worden. Het reglementeren van gecollectiveerde vorderingen biedt misschien ook daarom perspectief omdat als de stichting wél per belegger gemotiveerd had gesteld dat en waarom sprake was van dwaling en schade door schending van de zorgplicht, de feitenrechters hier nog wel even zoet waren geweest met het horen van meer dan 1000 getuigen.

6. Dit arrest is een wrang voorbeeld van een

3. HR 13 oktober 2006, «JA» 2007/2, NJ 2008, 527 (Vie d'Or).

vastgelopen massaschadeafwikkeling. Het gevolg is verstrekkend: ruim 1400 beleggers zijn, tenzij cassatie tot vernietiging van het arrest van het hof leidt, door de gekozen collectiviseringswijze hun eventuele aanspraken kwijtgeraakt.

W.H. van Boom
hoogleraar Privaatrecht
Erasmus Universiteit Rotterdam

159

Rechtbank Amsterdam
26 maart 2008, nr. 362533/HA ZA 07-442, LJN
BF3730
(mr. Pompe)

**Zorgplicht bank. Beleggingsadviesrelatie.
Execution-only relatie. Eigen schuld.**

[BW art. 6:98, 6:101, 7:401]

Eiseres is in 2000 een beleggingsrelatie met bank X aangegaan. Hiervoor is eerst het eigen vermogen en vervolgens ook de debetfaciliteit aangewend. Vanwege daling van de aandelenwaarde heeft de bank eerst in oktober 2000 om bijstorting verzocht en vervolgens de beleggingsportefeuille van eiseres verkocht, omdat het rekening-courant krediet niet afgelost kon worden. Eiseres heeft de bank aansprakelijk gesteld voor de door haar geleden schade. De rechtbank oordeelt dat sprake is van een beleggingsadviesrelatie en een execution-only relatie, hetgeen van belang is voor de zorgplicht. Hoewel bij laatstgenoemde relaties een beperkte zorgplicht geldt, dient in beide gevallen een cliëntenprofiel te worden opgemaakt. Uitgangspunt bij een adviesrelatie is enerzijds dat de belegger op eigen risico het advies opvolgt, anderzijds dat de adviseur dient te handelen als een redelijk handelend en redelijk bewaam adviseur. Het advies moet aansluiten bij het cliëntenprofiel en de belegger moet gewaarschuwd worden indien door haar verrichte transacties daarvan afwijken. Nu door de bank geen (afdoende) cliëntenprofiel is opgesteld, heeft zij eiseres niet adequaat kunnen adviseren en waarschuwen. Bij execution-only relaties dient getoetst te worden of de geplaatste orders aan het cliëntenprofiel voldoen. Is dit niet het geval, dan moet de belegger gewaar-

schuwd worden. Dit heeft de bank niet voldoende gedaan. Ook is de bank tekortgeschoten in het waarschuwen voor de risico's van beleggen met geleend geld. Eiseres krijgt de bewijsopdracht haar schade aan te tonen, met onderscheid tussen de schade voor en na oktober 2000. Voor de schade na oktober 2000 is door de bank terecht een beroep op eigen schuld gedaan, aldus de rechtbank. Toen eiseres geld bijstortte was duidelijk dat het gevoerde beleggingsbeleid uiterst risicovol was en zich niet verdroeg met haar risicobereidheid. Zij had destijds bij de bank navraag moeten doen en het gevoerde beleggingsbeleid niet zonder meer moeten voortzetten. Eiseres draagt laatstgenoemde schade voor de helft.

1. A te [woonplaats],
2. B te [woonplaats],
eisers,
procureur: mr. H.J. Bos,
tegen
de naamloze vennootschap X te Amsterdam,
gedaagde,
procureur: mr. J.W. van Rijswijk.

Partijen zullen hierna A c.s. en X genoemd worden.

1. *De procedure*
(...; red.)

2. *De feiten*

2.1. A, de partner van B, heeft eind 1998 en medio 1999 twee aan haar toebehorende appartementen verkocht. De verkoopopbrengst, f 200.000,=, heeft zij gestort op een door haar bij X aangehouden bankrekening met het nummer 45.75.84.432. In maart 2000 heeft B een door hem gedreven onderneming verkocht. De opbrengst van deze verkoop, groot f 660.974.22, heeft hij gestort op een door hem bij X aangehouden bankrekening met het nummer 60.39.37.012. Beide rekeningen kenden een debetfaciliteit.

2.2. A c.s. is in 2000 een beleggingsrelatie met X aangegaan en heeft de hiervoor genoemde bedragen volledig in aandelen belegd. Aan de zijde van X trad eerst de heer C, en later de heer D (hierna: D) als accountmanager op.

2.3. D is door C geïnformeerd over de op A c.s. betrekking hebbende portefeuilles. Hij heeft nooit zelf met A c.s. besproken wat zij