

delijkheid te maken kosten, art. 2:357 lid 6 BW) zullen de verzoeken van de OK bestuurder en beheerder worden toegewezen (r.o. 3.20 en 3.21). Op vergelijkbare wijze als in OK 27 oktober 2015, «JOR» 2016/60, m.nt. Van Thiel (*Cunico*), r.o. 3.19, wordt het de OK functionarissen toegelaten een bedrag van € 1000.000 in escrow te plaatsen voor de kosten van verweer. Broere, die een noot schreef onder OK 5 augustus 2019, «JOR» 2019/222 (*Rabat*), waarin een vergelijkbare voorziening werd getroffen, is kritisch over deze gang van zaken voor zover de relevante functionaris op het moment van het wijzen van de beschikking nog niet aansprakelijk is gesteld. Hoewel ik het graag eens ben met Broere dat de OK niet “zomaar” een dergelijke voorziening zou moeten toestaan, vind ik het ook wat ver gaan om te eisen dat er eerst een aansprakelijkstelling moet liggen. Het geheel aan omstandigheden maakt immers aannemelijk dat zodanige aansprakelijkstelling op korte termijn kan volgen. Zouden partijen afstand doen van hun (vermeende) aanspraken tegen de OK functionarissen, zou het bedrag in escrow kunnen worden vrijgegeven. Daarmee hebben partijen zelf in de hand of een voorziening nodig is.

9. Het verzoek aan de OK om DEM goedkeuring te verlenen tot het geven van decharge aan haar OK bestuurder, alsmede het doen van afstand van eventuele vorderingen en/of het verlenen van kwijting voor vorderingen op de OK functionarissen wordt door de OK afgewezen. Dat is in lijn met eerdere jurisprudentie. De OK kan een door haar benoemde bestuurder geen decharge verlenen, zij heeft daartoe geen bevoegdheid; zie OK 18 maart 2013, «JOR» 2013/136, m.nt. Leijten (*De Orthopedische Schoenmakerij*) (De OK dacht hier eerder anders over. In OK 31 maart 2006, «JOR» 2006/181, m.nt. Josephus Jitta (*NIBO*), overwoog zij dat een dergelijk verzoek van een commissaris en beheerder van aandelen voor toewijzing vatbaar was). De OK overweegt hierbij uitdrukkelijk dat de OK bestuurder, met goedkeuring van de OK beheerder, zelf de bevoegdheid heeft om de voorgestelde besluiten die strekken tot decharge en kwijting te nemen zonder dat hierin “kennelijk onredelijk handelen” valt te zien (r.o. 3.25). Dit lijkt mij in lijn met (het systeem van) de wet. De toelichting bij lid 6 van art. 2:357 BW (over de bevoegdheid van de OK om kosten van verweer van tijdelijke functionarissen ten laste van de rechtspersoon te brengen) gaat er

van uit dat het de algemene vergadering is die aan de OK bestuurder decharge dient te verlenen. De desbetreffende passage in de MvT (*Kamerstukken II 2010/11 32887*, nr. 3, p. 40) luidt: “Aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon kan overigens worden ondervangen doordat de aandeelhoudersvergadering decharge verleent aan de desbetreffende bestuurder of commissaris.” Wel moet bij het nemen van de besluiten rekening worden gehouden met tegenstrijdig belang problematiek.

10. Al met al biedt de DEM beschikking OK functionarissen meer “comfort” Dat is wat mij betreft ook hard nodig voor een goed werkend enquête-recht.

mr. M.H.C. Sinninghe Damsté
advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam

Financieel recht

280

Omvang zorgplicht depotbank bij tripartiete overeenkomst

Gerechtshof Amsterdam
16 juli 2019, nr. 200.229.446/01,
ECLI:NL:GHAMS:2019:2553
(mr. Tromp, mr. Lewin, mr. Klomp)
Noot dr. mr. F.M.A. 't Hart

Schending van zorgplicht bij tripartiete overeenkomst. Depotbank handelt in strijd met aanbiedingsplicht uit Wft.

[Wft art. 1:1 onder d, 4:25c]

Ook in een tripartiete relatie moet de bank zich houden aan de wettelijke regeling met betrekking tot het inwinnen van informatie over de cliënt. IGB heeft uit de tekst van de tripartiete overeenkomst kunnen afleiden dat [appellante] zich liet adviseren door Attica en dat Attica over een vergunning voor effectenbemiddeling of vermogensbeheer beschikte. De tripartiete overeenkomst kon ook gebruikt worden om minder risicovolle gelden en fondsen voor [appellante] te verwerven

en te bewaren. In het licht van dit een en ander heeft [appellante] onvoldoende gesteld om aan te nemen dat IGB bij het aangaan van de relatie de hier bedoelde passendheidsstoets niet of onvoldoende zorgvuldig heeft uitgevoerd.

De zorgplicht van een bank in een tripartiete relatie als hier aan de orde is beperkt. Zo behoeft de bank in een dergelijke relatie geen cliëntprofiel op te maken en behoeft zij de belegger in beginsel niet voor te lichten over risico's die de belegger gaat nemen. Voorts is het niet aan de bank om zich te bemoeien met advisering of beheer. In dit geval is uitdrukkelijk overeengekomen dat IGB niet aansprakelijk is voor het door Attica gevoerde beleggingsbeleid.

Niettemin kan onder omstandigheden in een tripartiete relatie sprake zijn van een zorgplicht van de bank jegens de cliënt, zoals wanneer er sprake is van voor de bank kenbare evidente misstanden in het beheer of wanneer voor de bank kenbaar is dat de beheerder transacties uitvoert die zonder meer wegens het daarmee verbonden risico als onverantwoord moeten worden bestempeld.

Met betrekking tot het wettelijk aanbiedingsverbod oordeelt het hof dat de definitie van aanbieden ruimer is dan IGB heeft verdedigd met haar stelling dat aanbieden betekent: het feitelijk benaderen van aanbieder. Gelet op de gegeven gang van zaken heeft IGB dit verbod overtreden. In het midden kan blijven of de door IGB aan [appellante] aangeboden deelnemingsrechten gezien moeten worden als (delen van) door de buitenlandse fondsen uitgegeven deelnemingsrechten of als door IGB zelf gecreëerde nieuwe deelnemingsrechten.

IGB heeft actief meegewerkt aan een gang van zaken waarbij a) zij het wettelijk aanbiedingsverbod overtrad; b) zij door haar medewerking bewerkstelligde dat beleggers in Nederland, onder wie [appellante], (indirect) in risicovolle hedge funds belegden, en zij niet is nagegaan of deze beleggers niet-professionele beleggers waren, hoewel zij ernstig rekening moest houden met de mogelijkheid dat zij dat waren; c) zij geen open kaart speelde bij de fondsen; en d) zij niet is nagegaan of verkrijging van de deelnemingsrechten mogelijk zou zijn geweest indien zij open kaart zou hebben gespeeld bij de fondsen, hoewel zij rekening moest houden met de mogelijkheid dat die verkrijging dan niet mogelijk zou zijn geweest. Door onder die omstandigheden zo te handelen heeft IGB haar bijzondere zorgplicht als bank je-

gens [appellante] geschonden. Hieraan doet niet af dat de zorgplicht van een bank jegens een cliënt in een tripartiete relatie beperkt is en dat [appellante], naar IGB wist, zich liet adviseren door Attica, die over een vergunning beschikte.

X,
appellante,
advocaat: mr. R.H. Kroes,
tegen
InsingerGilissen Bankiers NV te Amsterdam,
geïntimeerde,
advocaat: mr. C.W.M. Lieverse.

(...; red.)

2. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1-2.6 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen ook het hof tot uitgangspunt. Samengevat en aangevuld met andere vaststaande feiten komen de feiten op het volgende neer.

2.1. IGB is een kredietinstelling. Zij is rechtsopvolgster van TGB. TGB is rechtsopvolgster van Effectenbank Stroeve N.V. Hierna worden zij alle ook IGB genoemd.

2.2. [appellante] is een particulier. In oktober 2002 heeft zij een overeenkomst gesloten met Attica Vermogensbeheer B.V. (hierna: Attica). Daarbij verbond Attica zich jegens [appellante] om (een deel van) het vermogen van [appellante] te beheren (hierna: de vermogensbeheerovereenkomst).

2.3. Op 25 oktober 2002 is tussen [appellante], Attica en IGB een overeenkomst tot stand gekomen, aangeduid als tripartiete overeenkomst (hierna: de tripartiete overeenkomst). Hierin zijn de contractspartijen respectievelijk aangeduid als "Cliënt", "Attica" en "Stroeve" en is onder meer het volgende bepaald:

"In aanmerking nemende dat:

Cliënt zich ter zake van zijn beleggingen laat adviseren door Attica en aan deze volmacht heeft gegeven om effectentransacties te (doen) uitvoeren. Attica bij de Stichting Toezicht Effectenverkeer staat geregistreerd als houder van een vergunning voor onder andere effectenbemiddeling en/of vermogensbeheer, en in de uitvoering van diens activiteiten de medewerking van Stroeve verkiest.

Attica geen kredietinstelling is als bedoeld in de Wet toezicht kredietwezen, en het haar derhalve niet is toegestaan om gelden en/of fondsen ten behoeve van Cliënt aan te houden.

Stroeve wel staat ingeschreven in één der registers als bedoeld in de Wet toezicht kredietwezen, en Attica en Cliënt voor de administratieve verwerking van effectentransacties en het bewaren van effecten en gelden gebruik willen maken van de diensten van Stroeve ter zake.

Komen overeen als volgt:

1. Onderwerp van de overeenkomst

1.1. Stroeve opent ten name van de Cliënt een geld- en fondsenrekening, nader te noemen respectievelijk: de geldrekening en de fondsenrekening.

1.2. De afwikkeling van de voor rekening en risico van Cliënt verrichte effectentransacties benevens het verder verloop van de posities zal over de geld- en fondsenrekening van Cliënt plaatsvinden.

(...)

4. Functieverdeling

4.1. Stroeve respectievelijk het effectenbewaarbedrijf van Stroeve treedt op als bewaarder van de gelden en fondsen van Cliënt. Stroeve onthoudt zich van het geven van beleggingsadviezen aan Cliënt.

4.2 Het voor rekening en risico van Cliënt aan- en verkopen van effecten, het inschrijven op emissies en andere beleggingsdaden geschieden door Attica in naam en onder verantwoordelijkheid van Stroeve dan wel een door Stroeve ingeschakelde derde, nadat Stroeve daartoe een order heeft ontvangen van Attica.

(...)

4.3. Stroeve is niet aansprakelijk voor het door Attica gevoerde beleggingsbeleid. (...)

5. Uitvoeren van opdrachten

5.1. Stroeve kan opdrachten uitvoeren van zowel Cliënt als Attica ter zake van de financiële en administratieve afwikkeling van transacties. Indien zowel Cliënt als Attica een opdracht aan Stroeve geven, neemt Stroeve slechts de opdracht van Client in aanmerking voor zover Stroeve nog geen begin van uitvoering aan de opdracht van Attica heeft gegeven.”

2.4. IGB heeft ten tijde van de totstandkoming van deze overeenkomst geen informatie over [appellante] bij Attica opgevraagd.

Op 1 november 2002 heeft [appellante] een geschrift ondertekend, waarin onder meer staat dat indien IGB effectentransacties voor [appellante]

doet en zij effecten voor [appellante] doet bewaren door Stichting Stroeve Global Custody, op de relatie tussen [appellante], IGB en die stichting de voorwaarden voor bewaring van effecten Stichting Stroeve Global Custody en Effectenbank Stroeve N.V. van toepassing zijn.

IGB heeft algemene voorwaarden aan [appellante] verstrekt, met daarbij een tekst getiteld “Kenmerken van effecten en daaraan verbonden specifieke risico’s”.

2.5. Het door [appellante] aan Attica in beheer gegeven vermogen is in het begin gedeeltelijk en in de loop van de vermogensbeheerrelatie vrijwel geheel belegd in *hedge funds* of in *funds of hedge funds* (hierna beide soorten fondsen aangeduid als *hedge funds*). Deze beleggingsinstellingen waren in het buitenland gevestigd, beschikten niet over een vergunning van de AFM, waren niet bij de AFM aangemeld en richtten zich niet op particuliere beleggers in Nederland.

2.6. De gang van zaken was in voorkomende gevallen als volgt. Attica leverde bij IGB een order aan voor een aantal cliënten (zoals [appellante]) tegelijk. IGB gebruikte dan (het inschrijvingsformulier bij) het prospectus voor de desbetreffende belegging en voerde daarmee de order uit (al dan niet via een *transfer agent*). Als het deelnemingsrecht was toegewezen, stelde IGB het op naam van haar effectenbewaarbedrijf in een door haar aangehouden register. Zij boekte gedeelten van het bedrag van het toegewezen deelnemingsrecht tevens op naam van de cliënten conform hun inleg zoals aangegeven door Attica, door bijschrijving van die gedeelten op de fondsenrekeningen van de cliënten. De bijschrijving bij een individuele cliënt was in voorkomende gevallen lager dan het in het prospectus van het desbetreffende fonds vermelde minimale investeringsbedrag (de desbetreffende “deelnemingsdrempel”). IGB deelde aan de beleggingsinstelling niet mee dat zij gedeelten van het bedrag van het toegewezen deelnemingsrecht op fondsenrekeningen van individuele cliënten boekte.

2.7. In oktober 2007 heeft IGB algemene voorwaarden ingevoerd, waarin aandacht wordt besteed aan *hedge funds*.

2.8. IGB was ermee bekend dat [appellante] maandelijkse onttrekkingen van haar fondsenrekening deed. Met ingang van 1 april 2008 heeft [appellante] de onttrekkingen van € 6.500,- per maand verhoogd naar € 10.000,- per maand.

2.9. [appellante] heeft nooit rechtstreeks een order aan IGB verstrekt om te investeren in enig fonds. De tripartiete overeenkomst voorziet wel in die mogelijkheid (in art. 5.1).

2.10. [appellante] heeft Attica in rechte betrokken. Bij vonnis van 24 oktober 2012 heeft de rechtbank Amsterdam voor recht verklaard dat Attica jegens [appellante] toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de vermogensbeheerovereenkomst, en heeft zij Attica veroordeeld tot schadevergoeding, op te maken bij staat. Dit vonnis vermeldt onder meer:

“2.1. [appellante] is vanaf 1994 weduwe met de zorg voor drie, destijds minderjarige, kinderen. De erfenis van haar voormalige echtgenoot is in 1998 verdeeld. [appellante] kreeg als gevolg van de verdeling de beschikking over een vermogen bestaande uit liquide middelen en (verhuurd) onroerend goed.

2.2. [appellante] is sinds 1994 arbeidsongeschikt zodat zij haar oorspronkelijke beroep van tandarts niet meer kon uitoefenen. Zij geniet een arbeidsongeschiktheidsuitkering.

(...)

2.6. Tussen [appellante] en [X] [directeur van Attica, toevoeging hof] hebben in de loop van 2002 diverse gesprekken plaatsgehad over het mogelijke beheer door Attica van het vermogen van [appellante] (...). [appellante] en Attica hebben besproken dat [appellante] jaarlijks rond € 90.000,00 aan de portefeuille wilde onttrekken als inkomen.

(...)

2.9. Ter gelegenheid van het aangaan van de overeenkomst [dit is de vermogensbeheerovereenkomst met [appellante], toevoeging hof] heeft Attica een “intakeformulier” ingevuld, (...). Als beleggingsdoel staat genoemd: “voor aanvulling op jaarlijks inkomen uit huur en overig inkomen”. Voorts is ingevuld dat [appellante] geen ervaring met beleggen heeft, dat het gewenste risicoprofiel “tussen neutraal en defensief profiel” ligt en dat er een lange termijn beleggingshorizon is”

2.11. Attica is in 2012 in staat van faillissement verklaard. Het faillissement is opgeheven bij gehef aan baten.

2.12. Bij brief van 26 januari 2012 heeft de advocaat van [appellante] aan IGB bericht dat IGB in strijd met haar zorgplicht jegens [appellante] heeft gehandeld en dat IGB aansprakelijk is voor de daardoor door [appellante] geleden schade.

3. Beoordeling

3.1. In dit geding heeft [appellante], verkort weergegeven, een verklaring voor recht gevorderd dat IGB jegens [appellante] toerekenbaar is tekortgeschoten en/of onrechtmatig heeft gehandeld, en schadevergoeding, op te maken bij staat. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. Hier tegen komt [appellante] in hoger beroep op.

3.2. [appellante] heeft onder meer betoogd dat IGB wettelijk gehouden was bij het aangaan van de tripartiete relatie met [appellante] een “passendheidstoets” uit te voeren en dat IGB deze toets niet of onvoldoende zorgvuldig heeft uitgevoerd.

3.3. Ook in een tripartiete relatie als de onderhavige moet de bank zich houden aan de wettelijke regeling met betrekking tot het inwinnen van informatie over de cliënt. Tot 1 januari 2007 golden art. 35 sub b Besluit toezicht effectenverkeer (hierna: Bte 1995) en art. 28 Nadere regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002 (hierna: Nrgv 2002). Met ingang van 1 januari 2007 is de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) ingevoerd, waardoor art. 4:24 Wft ging gelden. Met ingang van 1 november 2007 is art. 4:24 Wft gewijzigd en art. 4:25a Wft ingevoerd. Die bepaling is per 1 januari 2013 vernummerd tot art. 4:25c Wft.

Deze regeling, waarop beide partijen een beroep hebben gedaan, komt er (in de gehele relevante periode) op neer dat de bank bij het aangaan van een tripartiete overeenkomst moet beoordelen of de in die overeenkomst voorziene tripartiete relatie passend is voor de cliënt. IGB heeft uit de tekst van de tripartiete overeenkomst kunnen afleiden dat [appellante] zich liet adviseren door Attica en dat Attica over een vergunning voor effectenbemiddeling of vermogensbeheer beschikte. De tripartiete overeenkomst kon ook gebruikt worden om minder risicovolle gelden en fondsen voor [appellante] te verwerven en te bewaren. In het licht van dit een en ander heeft [appellante] onvoldoende gesteld om aan te nemen dat IGB bij het aangaan van de relatie de hier bedoelde passendheidstoets niet of onvoldoende zorgvuldig heeft uitgevoerd.

3.4. [appellante] heeft verder betoogd dat IGB haar (bijzondere) zorgplicht (als bank) heeft geschonden door met overtreding van een wettelijk aanbodingsverbod actief mee te werken aan een constructie waardoor particuliere beleggers, zoals [appellante], in de *hedge funds* konden beleggen. IGB wist dat [appellante] een particuliere

niet-professionele belegger was met een inkomensdoelstelling. Verder had Attica IGB geïnformeerd over de uitgangspunten voor het vermogensbeheer en de doelstelling en risicobereidheid van [appellante]. Het was voor particuliere beleggers, zoals [appellante], in beginsel niet mogelijk om in deze fondsen deel te nemen. De fondsen waren uitsluitend geschikt voor professionele beleggers. Zij kenden een hoge risicograad en hoge deelnemingsdrempels. IGB heeft onjuiste mededelingen aan de fondsen gedaan. IGB deelde aan de fondsen mee dat zij de deelnemingsrechten voor eigen rekening en risico ten behoeve van Attica verwierf en dat zij die niet zou verdelen. In twee gevallen moest IGB blijkens de prospectus aan de fondsen verklaren dat zij de deelneming niet zou verdelen of doorverkopen en anderen niet zou toestaan om direct of indirect in de deelneming te participeren, aldus [appellante].

3.5. Bij de beoordeling van dit betoog stelt het hof het volgende voorop. De zorgplicht van een bank in een tripartiete relatie als hier aan de orde is beperkt. Zo behoeft de bank in een dergelijke relatie geen cliëntprofiel op te maken en behoeft zij de belegger in beginsel niet voor te lichten over risico's die de belegger gaat nemen. Voorts is het niet aan de bank om zich te bemoeien met advisering of beheer. In dit geval is uitdrukkelijk overeengekomen dat IGB niet aansprakelijk is voor het door Attica gevoerde beleggingsbeleid (art. 4.3 van de tripartiete overeenkomst).

Niettemin kan onder omstandigheden in een tripartiete relatie sprake zijn van een zorgplicht van de bank jegens de cliënt, zoals wanneer er sprake is van voor de bank kenbare evidente misstanden in het beheer of wanneer voor de bank kenbaar is dat de beheerder transacties uitvoert die zonder meer wegens het daarmee verbonden risico als onverantwoord moeten worden bestempeld.

3.6. Over het wettelijk aanbodingsverbod oordeelt het hof als volgt.

Art. 4 (oud) Wet toezicht beleggingsinstellingen en art. 2:65 Wft verbieden, voor zover van belang, om in of vanuit Nederland deelnemingsrechten aan te bieden in een beleggingsinstelling die niet wordt beheerd door een beheerder waaraan een vergunning is verleend.

In art. 1:1 Wft is het begrip *aanbieden* gedefinieerd. Onder d (vroeger: onder c) staat een definitie die betrekking heeft op deelneming in een beleggingsinstelling. Daaruit blijkt dat ook het "rechtstreeks of middellijk verkrijgen van gelden

van een cliënt ter deelneming in een beleggingsinstelling" onder de definitie valt. Dit staat sinds 2008 in de wet (Reparatiewet Wft, Stb. 2008, 582). Aangenomen moet worden dat het voordien ook al gold. De definitie van aanbieden is dus ruimer dan IGB heeft verdedigd met haar stelling dat aanbieden betekent: het feitelijk benaderen van beleggers. De hiervoor in rov. 2.6 omschreven gang van zaken valt onder het aanbodingsverbod. IGB heeft dit verbod dus overtreden. In het midden kan blijven of de door IGB aan [appellante] aangeboden deelnemingsrechten gezien moeten worden als (delen van) door de buitenlandse fondsen uitgegeven deelnemingsrechten of als door IGB zelf gecreëerde nieuwe deelnemingsrechten.

3.7. Over hetgeen IGB van [appellante] wist of kon weten, oordeelt het hof als volgt. Uit haar eigen administratie kon IGB afleiden welke gelden en beleggingen er op de door IGB bijgehouden geld- en fondsenrekening van [appellante] stonden. Daardoor wist zij ook dat [appellante] maandelijks onttrekkingen deed. Verder staat op de tripartiete overeenkomst de naam van [appellante] vermeld, met een woonadres in Nederland, zonder verdere aanduiding. Hieruit kon IGB in elk geval afleiden dat [appellante] geen rechtspersoon is, maar een natuurlijke persoon. Zij moest op grond van deze informatie minst genomen ernstig rekening houden met de mogelijkheid dat [appellante] niet beroeps- of bedrijfsmatig handelde of belegde in effecten (in de zin van art. 26 en 37 Bte 1995), respectievelijk een niet-professionele belegger was (in de zin van art. 1:1 Wft).

3.8. Over hetgeen IGB wel of niet aan de fondsen heeft medegedeeld, oordeelt het hof als volgt. In productie 14 vermeldt IGB: "Please execute, on behalf of our client Attica Vermogensbeheer, the following order (...)", in productie 25: "Please find attached our (...) subscription (...) on behalf of our client Attica Vermogensbeheer" en in productie 27: "The underlying client is Attica Invest"

IGB liet hier de rol van Attica dus niet onvermeld. Wel staat vast, zoals hiervoor in rov. 2.6 vermeld, dat IGB niet aan de fondsen mededeelde dat zij gedeelten van het bedrag van het aangevraagde deelnemingsrecht op rekeningen van individuele cliënten zou boeken. IGB heeft dus ook niet geverifieerd of de fondsen de deelnemingsrechten zouden hebben toegewezen indien zij daarvan op de hoogte zouden zijn geweest. IGB moest daarom rekening houden met de mogelijkheid dat de

fondsen in dat geval de deelnemingsrechten niet zouden hebben toegewezen. De fondsen waren immers bedoeld voor professionele beleggers en zij werkten met deelnemingsdrempels.

3.9. Op grond van het voorgaande moet worden geoordeeld dat IGB met de hiervoor in rov. 2.6 beschreven werkwijze actief heeft meegewerkt aan een gang van zaken, waarbij:

a. zij het wettelijk aanbiedingsverbod overtrad;
b. zij door haar medewerking bewerkstelligde dat beleggers in Nederland, onder wie [appellante], (indirect) in risicovolle *hedged funds* belegden, en zij niet is nagegaan of deze beleggers niet-professionele beleggers waren, hoewel zij ernstig rekening moest houden met de mogelijkheid dat zij dat waren;

c. zij geen open kaart speelde bij de fondsen; en
d. zij niet is nagegaan of verkrijging van de deelnemingsrechten mogelijk zou zijn geweest indien zij open kaart zou hebben gespeeld bij de fondsen, hoewel zij rekening moest houden met de mogelijkheid dat die verkrijging dan niet mogelijk zou zijn geweest.

Door onder die omstandigheden zo te handelen heeft IGB haar bijzondere zorgplicht als bank jegens [appellante] geschonden. Hieraan doet niet af dat de zorgplicht van een bank jegens een cliënt in een tripartiete relatie beperkt is en dat [appellante], naar IGB wist, zich liet adviseren door Attica die over een vergunning beschikte.

3.10. [appellante] heeft aangevoerd dat IGB nog meer over haar wist, of had behoren te onderzoeken, dan hiervoor in rov. 3.7 is aangenomen. Volgens [appellante] had Attica IGB geïnformeerd over de uitgangspunten voor het vermogensbeheer en de doelstelling en risicobereidheid van [appellante]. IGB betwist dat. Nu de hiervoor in rov. 3.7 genoemde wetenschap over [appellante] voldoende is om de hiervoor in rov. 3.9 omschreven zorgplichtschending aan te nemen, kan dit geschilpunt onbeslist blijven.

3.11. IGB heeft haar bijzondere zorgplicht geschonden door te handelen als hiervoor in rov. 3.9 omschreven. Niet kan worden aangenomen dat zij daarnaast een waarschuwingplicht jegens [appellante] had. IGB mocht erop vertrouwen dat Attica waar nodig [appellante] zou waarschuwen. De aard van de tripartiete relatie brengt dat mee.

3.12. De “SNS-constructie”, waarop [appellante] zich heeft beroepen, is aan de orde geweest bij de bestuursrechter in de rechtbank Rotterdam (uitspraak van 3 januari 2013 («JOR» 2013/73, m.nt.

Affourtit; *red.*), ECLI:NL:RBROT:2013:BY9415), de burgerlijke rechter in de rechtbank Midden-Nederland (uitspraak van 30 januari 2013 («JOR» 2013/76, m.nt. Lieverse; *red.*), ECLI:NL:RBMNE:2013:BY9836) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (uitspraak van 17 juli 2014 («JOR» 2014/241, m.nt. Affourtit; *red.*), ECLI:NL:CBB:2014:249). Bij de “SNS-constructie” was geen sprake van een tripartiete overeenkomst. Het hof ziet geen aanleiding om verder in te gaan op de verschillen en overeenkomsten tussen de zaken over de “SNS-constructie” en de onderhavige zaak.

3.13. IGB heeft aangevoerd dat [appellante] ingevolge art. 6:89 BW geen beroep kan doen op de zorgplichtschending, omdat zij niet binnen bekwame tijd nadat zij deze schending heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij IGB daarover heeft geklaagd.

3.14. Ook bij tripartiete relaties heeft de bank te gelden als professionele en bij uitstek deskundige dienstverlener, terwijl bij de cliënt doorgaans een zodanige professionaliteit en deskundigheid ontbreken. Dit brengt mee dat de cliënt niet zonder meer op de hoogte hoeft te zijn van het bestaan van de hiervoor bedoelde zorgplicht van de bank, terwijl hij, indien hij daarvan wel op de hoogte is, in beginsel ervan mag uitgaan dat de bank die zorgplicht jegens hem naleeft. Het niet naleven van de zorgplicht is derhalve niet een tekortkoming van de bank die de cliënt zonder meer behoort op te merken. Op de cliënt rust dan ook pas op grond van art. 6:89 BW een onderzoeksplicht met betrekking tot de vraag of de bank de zorgplicht jegens hem heeft nageleefd, indien hij van die zorgplicht op de hoogte is en gereede aanleiding heeft te veronderstellen dat de bank daarin kan zijn tekortgeschoten.

Uit de gestelde omstandigheid dat [appellante] in juli 2009 bij Attica heeft geklaagd kan niet worden afgeleid dat [appellante], toen zij dat deed, ook op de hoogte was van de zorgplichtschending van IGB als bank, nu die een andere zorgplicht betreft dan die van Attica als vermogensbeheerder, en dus evenmin dat zij toen ook al gereede aanleiding had te veronderstellen dat IGB kon zijn tekortgeschoten in die zorgplicht.

In het licht van dit een en ander heeft IGB onvoldoende gesteld om haar beroep op art. 6:89 BW te kunnen doen slagen.

3.15. IGB heeft een beroep gedaan op contractuele vervalbedingen.

[appellante] heeft terecht aangevoerd dat dit beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, gelet op de aard en de ernst van de verweten gedragingen zoals hiervoor overwogen, en gelet op hetgeen hiervoor in rov. 3.14 is overwogen in verband met art. 6:89 BW. Dat is van overeenkomstige toepassing op de door IGB ingeroepen contractuele vervalbedingen.

3.16. De gevorderde verklaring voor recht zal worden toegewezen op de wijze als in het dictum te vermelden. De mogelijkheid dat [appellante] schade heeft geleden door de zorgplichtschending van IGB is aannemelijk. De schade kan thans niet worden begroot. Het hof zal, zoals [appellante] heeft gevorderd, de zaak naar de schadestaatprocedure verwijzen.

3.17. IGB heeft een beroep gedaan op eigen schuld op de voet van art. 6:101 BW. Dit beroep zal in de schadestaatprocedure aan de orde kunnen komen.

3.18. Het hoger beroep slaagt. Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd. IGB zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in beide instanties.

4. Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep;

en opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat IGB toerekenbaar jegens [appellante] is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen uit de tripartiete overeenkomst door te handelen zoals hiervoor in rov. 3.9 is omschreven;

veroordeelt IGB tot vergoeding van de door die toerekenbare tekortkoming geleden schade van [appellante], op te maken bij staat, met inachtneming van hetgeen hiervoor in rov. 3.17 is overwogen;

veroordeelt IGB in de kosten van het geding in beide instanties (...; *red.*);

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

NOOT

1. De omvang van de zorgplicht van een depotbank bij het uitvoeren van orders van niet-professionele beleggers in niet bij de AFM geregistreerde beleggingsinstellingen kwam in dit arrest aan de orde.

2. De feiten en omstandigheden laten zich als volgt samenvatten. Een particuliere belegger (klant) ging een overeenkomst tot vermogensbeheer aan met de beleggingsonderneming Attica. Attica voerde vrije hand vermogensbeheer over de effectenportefeuille van de klant en gaf, in het kader van het gevoerde beheer, orders op aan Theodoor Gilissen Bankiers.

De dienstverlening van deze bank was beperkt tot die van een depotbank: de uitvoering van de aan haar opgegeven orders en de bewaring van de effectenportefeuille. De particuliere belegger, de vermogensbeheerder en de depotbank hadden een zogenoemde tripartiete overeenkomst gesloten waarin was opgenomen dat de bank ter zake van de beleggingsbeslissingen slechts een uitvoerende rol had.

3. Attica werd in een andere procedure door de Rechtbank Amsterdam veroordeeld tot vergoeding van de door de klant geleden beleggingschade omdat door haar te risicovol was belegd en hierdoor verlies was geleden. Attica had onder andere belegd in hedge funds die niet pasten bij het risicoprofiel van de klant (Rb. Amsterdam 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY3241). Attica ging in augustus 2012 failliet en de klant initieerde vervolgens een procedure tegen de depotbank. De depotbank zou haar zorgplicht hebben geschonden door – kort gezegd – de door Attica opgegeven orders klakkeloos uit te voeren. De rechtbank wijst de vorderingen van de klant af. Naar het oordeel van de rechtbank is niet gebleken dat de depotbank wist of behoorde te weten van wanbeheer.

Ook was naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van een zorgplichtschending doordat de depotbank de klant toegang had gegeven tot hedge funds die een minimuminleg voorschreven die de financiële mogelijkheden van de klant te boven ging. De rechtbank overweegt in dit kader dat niet is gebleken dat de depotbank hierdoor “nieuwe beleggingsmogelijkheden” in het leven heeft geroepen (Rb. Amsterdam 16 augustus 2017 (niet gepubliceerd)). Met deze laatste overweging doelt de rechtbank kennelijk op de eventuele overtreding van het aanbodingsverbod uit de Wft. Hierop kom ik terug.

4. Voor de beoordeling van dit geschil zijn twee vragen van belang. Ten eerste, de vraag of het aanbodingsverbod uit de Wft door de depotbank is overtreden doordat orders zijn uitgevoerd ter

belegging in niet bij de AFM geregistreerde beleggingsinstellingen.

Ten tweede, de vraag of de depotbank haar zorgplicht heeft geschonden indien deelname in niet bij de AFM geregistreerde beleggingsinstellingen niet openstaat voor particuliere beleggers (uit Nederland).

5. De vraag of de publiekrechtelijke zorgplicht is geschonden bij het uitvoeren van orders in niet bij de AFM geregistreerde beleggingsinstellingen kwam eerder aan de orde in de bestuursrechtelijke procedure die door SNS Bank tegen de AFM was aangespannen. De AFM had aan SNS Bank twee bestuurlijke boetes opgelegd nu deze bank particuliere beleggers had laten beleggen in niet bij de AFM geregistreerde beleggingsinstellingen (van Bernard Madoff). De eerste boete werd opgelegd vanwege overtreding van art. 4:90 Wft (verplichting om zich op een "eerlijke, billijke en professionele wijze" in te zetten voor de belangen van cliënten). De tweede boete was door de AFM opgelegd vanwege overtreding van art. 4:20 Wft (informatieplicht) en art. 4:24 Wft (ken-uwcliënt). De Rechtbank Rotterdam nam onder andere aan dat de bank haar informatieplicht mede had geschonden door klanten niet te waarschuwen: *"Met AFM is de rechtbank voorts van oordeel dat SNS gehouden was haar cliënten te informeren over het feit dat zij via de 'execution only' dienstverlening van SNS konden beleggen in fondsen die voor hen als particulieren in beginsel niet openstonden, gelet op de minimale initiële instapbedragen en de kwalificaties die de fondsen aan de beleggers stelden en die als 'niet-geregistreerde buitenlandse beleggingsfondsen' niet in Nederland mochten worden aangeboden"* (Rb. Rotterdam 3 januari 2013 in «JOR» 2013/73, m.nt Affourtit).

6. Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven overwoog in hoger beroep dat deze informatieplicht een zelfstandige plicht is die op de bank rust en dat de dienstverlening door de betrokken vermogensadviseur daaraan geen afbreuk doet: *"Het College volgt de rechtbank in haar oordeel dat SNS zich niet van de in artikel 4:20, eerste lid, Wft opgenomen verplichting kan vrijwaren door te wijzen op de betrokkenheid van de externe vermogensadviseur [naam 2]. SNS mocht er niet vanuit gaan dat [naam 2] aan de informatieverplichtingen van de artikelen 4:20, eerste lid, en 4:24, eerste lid, Wft voldeed en dat voor haar geen rol was weggelegd, anders dan het enkel*

nog uitvoeren van de orders. De verplichting te voldoen aan de artikelen 4:20, eerste lid, en 4:24, eerste lid, Wft rust in beginsel op SNS zelf" (CBB 17 juli 2014 in «JOR» 2014/241, m.nt. Affourtit).

7. In een civiele zaak (collectieve actie ter verkrijging van een verklaring voor recht) overwoog de Rechtbank Midden-Nederland ter zake van dezelfde kwestie dat SNS Bank het aanbiedingsverbod niet had overtreden door de deelnemingsrechten op eigen naam te verwerven en ook niet door ontvangst van de gelden ter deelneming. Het aanbiedingsverbod was naar het oordeel van de rechtbank wel overtreden door *"het verwerven van deelnemingsrechten in de fondsen op naam van SNS Global Custody, en het daartoe in ontvangst nemen van gelden, ten behoeve van de cliënten van SNS Bank, voor zover deze verwerking meebracht dat de cliënten daaraan minder of mindere aanspraken of bevoegdheden, of juist méér aanspraken of bevoegdheden konden ontlenen dan wanneer zij die deelnemingsrechten in eigen naam zouden hebben verworven, afgezien van de omstandigheid dat de deelnemingsrechten op naam van SNS Global Custody waren gesteld"* (Rb. Midden-Nederland 30 januari 2013, «JOR» 2013/76, m.nt. Lieveerse).

8. In de zaak die hier aan de orde is, refereert de Rechtbank Amsterdam met de aanduiding "nieuwe beleggingsmogelijkheden" kennelijk aan deze laatste overweging van de Rechtbank Midden-Nederland. Het Hof Amsterdam overweegt echter in hoger beroep dat het niet relevant is of door de depotbank nieuwe deelnemingsrechten zijn gecreëerd nu reeds het ontvangen van gelden ter deelneming een schending van het aanbiedingsverbod met zich brengt. Ook is niet eerst sprake van aanbieden – zoals betoogd door de depotbank – indien beleggers feitelijk worden benaderd (aldus het hof). Dit laatste oordeel zou voor de praktijk betekenen dat depotbanken dienen te overwegen om de toegang tot niet bij de AFM geregistreerde beleggingsinstellingen niet meer mogelijk te maken, in ieder geval niet voor niet-professionele beleggers.

9. Overtreding van het publiekrechtelijk aanbiedingsverbod betekent niet per definitie dat daarvoor tevens de civielrechtelijke zorgplicht is geschonden. Het Hof Amsterdam overweegt ten principale dat de zorgplicht van een depotbank beperkt is. Deze zorgplicht kan worden geschonden indien (i) sprake is van evident kenbare misstanden in het beheer of (ii) voor de bank ken-

baar is dat de door de beheerder opgegeven orders vanwege de daaraan verbonden risico's, als onverantwoord beschouwd moeten worden. In casu acht het Hof Amsterdam deze zorgplicht geschonden vanwege vier omstandigheden: (i) overtreding van het aanbiedingsverbod, (ii) verlening van medewerking aan een risicovolle deelneming in hedge funds terwijl er ernstig rekening mee gehouden moest worden dat de beleggers niet professioneel waren, (iii) geen open kaart te spelen bij hedge funds (door aan hen te verklaren dat belegd werd namens Attica) en (iv) niet na te gaan of deelneming mogelijk was indien wel open kaart was gespeeld (zie r.o. 3.9 van dit arrest).

10. Een kritische kanttekening plaats ik bij dit laatste oordeel. Mijns inziens moet rekening gehouden worden met de omstandigheid dat de particuliere belegger zijn effectenportefeuille in vrije hand beheer had gegeven aan een professionele dienstverlener. Zou sprake zijn geweest van execution-only of beleggingsadvies, dan zijn beslissingen omtrent de samenstelling van de portefeuille en het te voeren beleggingsbeleid de eindverantwoordelijkheid van de niet-professionele belegger. Juist in het geval van vermogensbeheer is het de professionele dienstverlener – in casu Attica – die zich een oordeel dient te vormen over de geschiktheid van de voorgenomen deelneming. Immers, de oordeelsvorming is in het geval van vermogensbeheer aan de beheerder toevertrouwd en niet aan de particuliere belegger. Dat een minimuminleg wordt voorgeschreven maakt dat niet anders. In lijn met deze gedachte overwoog de Ombudsman Financiële Dienstverlening: *“Wanneer er sprake is van beheer wordt dat in sommige opzichten niet gezien als aanbieden van effecten in de zin van de Wft. In het kort is het zo dat op basis van artikel 2:65 Wft juncto artikel 55 Vrijstellingsbesluit Wft dat de prospectusplicht niet geldt voor wanneer de belegger (in dit geval u) zijn beslissingsvolmacht op voorhand heeft overgedragen aan een professionele vermogensbeheerder (de Aangeslotene). De gedachte daarachter is dat de professionele belegger voldoende deskundig en professioneel is om een goed oordeel te vormen over de aangeboden stukken”* (ongepubliceerde uitspraak OFD d.d. 15 maart 2010). In de “SNS-zaak” was geen sprake van vermogensbeheer maar van execution-only dienstverlening.

11. Terug naar de (civielrechtelijke) zorgplicht van een depotbank die orders uitvoert die zijn opgegeven door een vermogensbeheerder. Het enkele feit dat het aanbiedingsverbod is overtreden – hetgeen door de AFM gehandhaafd kan worden op grond van de Wft – betekent niet dat door de depotbank de jegens de belegger in acht te nemen zorgplicht is geschonden. Het is immers de vermogensbeheerder en niet de belegger die zich een oordeel dient te vormen ten einde een adequate beleggingsbeslissing te nemen; de vermogensbeheerder kwalificeert als een professionele belegger. Mijns inziens kan alsdan niet zonder meer een zorgplichtschending worden aangenomen.

12. De depotbank kan haar (bepaalde) zorgplicht wel schenden indien de bank weet of dient te weten dat de voorgenomen deelneming evident niet kan passen bij het risicoprofiel van de belegger. En juist in dit kader is van belang dat de depotbank niet gehouden was tot naleving van het ken-uw-cliëntbeginsel gelet op het bepaalde in art. 4:25a Wft (oud): *“Indien een beleggingsonderneming van een andere beleggingsonderneming de opdracht krijgt om beleggingsdiensten of nevendiensten voor een cliënt te verlenen; (...) mag zij erop vertrouwen dat het door de andere onderneming aan de cliënt (...) voorgestelde wijze van beheer van het individuele vermogen van de cliënt overeenkomt met hetgeen bij of krachtens wet daaromtrent is bepaald”*. Dit betekent dat de wetenschap van een depotbank over de passendheid van de uit te voeren orders zeer gering mag zijn. De enkele omstandigheid dat belegd wordt in een niet bij de AFM geregistreerde beleggingsinstelling met een bepaalde minimuminleg brengt niet met zich dat de depotbank haar zorgplicht schendt, zelfs niet indien de depotbank de klant niet op deze omstandigheid wijst.

13. Het bovenstaande betekent dat beoordeeld dient te worden of de depotbank bekend was met andere feiten en omstandigheden op grond waarvan de depotbank tot een bijzondere zorgplicht jegens de particuliere belegger in kwestie was gehouden. Het woord is aan de Hoge Raad.

dr. mr. F.M.A. 't Hart
advocaat te Amsterdam

281

Toepassing van Duitse rechtsbeginselen bij opzegging bancaire overeenkomst

Rechtbank Amsterdam
4 september 2019, nr. HA ZA 18-554,
ECLI:NL:RBAMS:2019:6952
(mr. Bakker)
Noot mr. B.W. Wijnstekers

Opzegging bancaire overeenkomst met professionele vermogensbeheerder. Toepassing van Duits recht. Geen (indirecte) contracteerplicht. Feitelijk voortduren van custody-diensten leidt evenmin tot post-contractuele zorgplicht of ontoelaatbaar tegenstrijdig handelen.

[Rome-I art. 3]

Partijen hebben in de Custody Agreement, het Country Addendum en de FX4-Agreement (hierna gezamenlijk ook: de overeenkomsten) een expliciete keuze gemaakt voor de toepasselijkheid van het Duitse recht. Overeenkomstig art. 3 Rome I-verordening (Verordening (EG) nr. 593/2008) is derhalve Duits recht van toepassing.

In geschil is of Deutsche Bank de overeenkomsten mocht opzeggen respectievelijk of zij zich op die opzegging kan beroepen.

Deutsche Bank was op grond van de overeenkomsten bevoegd deze overeenkomsten op te zeggen, zonder dat hiervoor een grond of reden was vereist.

Net zoals in het Nederlandse recht kan er in het Duitse recht onder omstandigheden in weerwil van het beginsel van contractsvrijheid een contracteerplicht bestaan. De ratio van een contracteerplicht is veelal dat de betrokken diensten een vitaal of basaal karakter hebben, zodat iedereen daarop aanspraak moet kunnen maken. Een contracteerplicht kan bijvoorbeeld ook bestaan ter compensatie van de economische machtspositie die een aanbieder van diensten heeft. De contracteerplicht kan uit de wet voortvloeien (unmittelbare Kontrahierungszwang) of uit een ongeschreven norm, of indirect uit een wetsbepaling worden afgeleid (mittelbare Kontrahierungszwang). Aan-

gezien het aannemen van een indirecte contracteerplicht een inbreuk oplevert op het beginsel van Privatautonomie, dient hiermee terughoudend te worden omgegaan. Daarbij dienen alle relevante omstandigheden van het betreffende geval in ogenschouw te worden genomen.

In de onderhavige zaak kan geen indirecte contracteerplicht worden aangenomen. Daarbij is van belang dat het hier gaat om custodian- en valutadiensten, die worden afgenomen door een bedrijfsmatig handelende vermogensbeheerder. Deze professionele partij is een overeenkomst aangegaan die een opzegmogelijkheid bevatte. Over de opzegtermijn is onderhandeld. Dat betekent dat [eiseres sub 1] zich dus bij het aangaan van de overeenkomsten de gevolgen van een mogelijke opzegging door Deutsche Bank realiseerde en daarmee welbewust heeft ingestemd. Hoewel [eiseressen] voor de uitvoering van hun bedrijfsactiviteiten op de custodian- en valutadiensten zijn aangewezen, zijn dit in het algemeen geen essentiële voorzieningen bij gebreke waarvan niet aan het maatschappelijk verkeer kan worden deelgenomen, zoals wel het geval kan zijn bij nutsvoorzieningen of een bankrekening.

Niet in geschil is dat Deutsche Bank nog steeds, bij gebreke van een nieuwe custodian, de activa onder zich houdt. In de Custody Agreement is hierin ook voorzien. Niet is komen vast te staan dat sprake is van ontoelaatbaar tegenstrijdig handelen. Deutsche Bank heeft gemotiveerd gesteld dat haar handelen altijd gericht is gebleven op de afwikkeling van de contractuele relatie, en dat het voor beide partijen duidelijk was dat die contractuele relatie zou eindigen.

1. [eiseres sub 1],

2. [eiseres sub 2],

eiseressen,

advocaat mr. J.H. Lemstra,

tegen

de vennootschap naar Duits recht

Deutsche Bank Aktiengesellschaft te Frankfurt am Main (Duitsland),

gedaagde,

advocaat mr. B.W.G. van der Velden.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. [eiseres sub 2] is een vermogensbeheerder die de activa beheert van bepaalde (beleggings)fond-