

literatuur wordt de inhoud van deze afspraken niet nader geconcretiseerd.

M.M. Mendel

NJ 2007, 203

HOGHE RAAD (CIVIELE KAMER)

15 december 2006, nr. C05/252HR

(Mrs. D.H. Beukenhorst, P.C. Kop, A. Hammerstein,

F.B. Bakels, W.D.H. Asser; A-G Verkade)

m.nt. prof. mr. M.R. Mok

LJN AZ1083

JOL 2006, 800

RvdW 2007, 1

BW art. 6:74; Rv art. 149, 150

Zorgplicht vermogensbeheerder. Verzwaaarde stelplicht; bewijslastverdeling.

De omstandigheid dat thans eiseres tot cassatie zich heeft verweerd tegen de vordering van thans verweerders in cassatie met het betoog dat zij wel degelijk aan haar zorgplicht als vermogensbeheerder tegenover verweerders heeft voldaan, brengt niet mee dat eiseres de feiten moet bewijzen die zij aan dit verweer ten grondslag heeft gelegd, aangezien – anders dan het hof heeft geoordeeld – van een bevrijdend verweer in die zin dat eiseres de door verweerders aan hun vorderingen ten grondslag gelegde feiten niet zou hebben bestreden, maar zich afgezien daarvan op een bevrijdende omstandigheid zou hebben beroepen, geen sprake is.

In beginsel is het aan het beleid van de rechter die over de feiten oordeelt, overgelaten welke sanctie hij in de gegeven omstandigheden passend acht indien een partij op wie een verzwaaarde stelplicht rust, daaraan niet voldoet. In de regel zal voor de hand liggen dat de rechter de bewijslast niet omkeert, maar de stellingen van de partij op wie de bewijslast rust hetzij, als onvoldoende betwist, als vaststaand aanneemt, hetzij deze stelling voorshands bewezen acht behoudens tegenbewijs door de partij op wie de verzwaaarde stelplicht rust.

Van het door thans verweerders in cassatie, Mourik c.s., bij thans eiser tot cassatie, NNEK, in beheer gegeven vermogen is een groot deel verloren gegaan bij zeer riskante beleggingen (volgens de zgn. methode Premiselaar). In dit geding vorderen Mourik c.s. schadevergoeding en stellen daartoe dat NNEK toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de verplichtingen die voor haar voortvloeien uit de beheersovereenkomst. NNEK verweert zich met de stelling dat zij heeft voldaan aan de op haar rustende zorgplicht. Van deze stelling heeft het hof NNEK het bewijs opgedragen.

Ingevolge art. 150 Rv rust in beginsel op Mourik c.s. de bewijslast van de feitelijke grondslag van de gestelde tekortkoming(en). Het hof heeft echter

geoordeeld dat NNEK zich erop beroept dat zij heeft voldaan aan de op haar rustende zorgplicht, hetgeen volgens het hof een bevrijdende omstandigheid is waarvan op haar de bewijslast rust. Deze overweging getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Van een bevrijdend verweer in de zin dat NNEK de door Mourik c.s. aan hun vorderingen ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden niet zou hebben bestreden, maar zich afgezien daarvan op een bevrijdende omstandigheid zou hebben beroepen, is geen sprake. De omstandigheid dat NNEK zich heeft verweerd tegen de vordering met het betoog dat zij wel degelijk aan haar zorgplicht tegenover Mourik c.s. heeft voldaan, brengt niet mee dat NNEK de feiten moet bewijzen die zij aan dit verweer ten grondslag heeft gelegd.

Het is in beginsel aan het beleid van de rechter die over de feiten oordeelt, overgelaten welke sanctie hij in de gegeven omstandigheden passend acht indien een partij op wie een verzwaaarde stelplicht rust, daaraan niet voldoet. Wel zal het in de regel meer voor de hand liggen dat de rechter de bewijslast niet omkeert, maar de stellingen van de partij op wie de bewijslast rust hetzij, als onvoldoende betwist, op de voet van art. 149 lid 1 Rv als vaststaand aanneemt, hetzij deze stellingen voorshands bewezen acht behoudens tegenbewijs door de partij op wie de verzwaaarde stelplicht rust. Ook voor een dergelijke beslissing geldt dat zij ten minste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang, om de beslissing zowel voor partijen als voor derden – in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar te maken.

Noordnederlands Effektenkantoor BV, te Groningen, eiseres tot cassatie, adv. mr. E. Grabandt, tegen

1. J.G. Mourik,
2. J.A.M. Mourik-de Vilder, beiden te Groot-Ammers, verweerders in cassatie, adv. mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk.

Hof:

2. Beoordeling

2.1. De rechtbank heeft in tussenvonnis II hoger beroep van dat vonnis opengesteld. Dat brengt mee dat NNEK kan worden ontvangen in haar appèl van zowel tussenvonnis II als tussenvonnis I. Een goede procesorde brengt immers mee dat wanneer van een later tussenvonnis hoger beroep wordt open gesteld ook het eerdere vonnis waarop is voortgebouwd, aan de orde moet kunnen komen, omdat de inhoud van deze beide vonnissen als een geheel moet worden beschouwd. Dat de rechtbank in rov. 3.16 van het tussenvonnis I ten overvloede erop heeft gewezen dat ingevolge art. 337 Rv in beginsel geen hoger beroep van dat vonnis open staat dan tegelijk met het eindvonnis, kan daaraan niet afdoen. Het betoog van Mourik en De Vilder dat NNEK niet kan worden ontvangen in haar beroep van

tussenvonnis I, is derhalve vruchteloos voorgedragen.

2.2. De rechtbank heeft in tussenvonnis I onder 1, 1.1 tot en met 1.11 een aantal feiten als in deze zaak vaststaand aangemerkt. Daaromtrent bestaat geen geschil zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

2.3. Kort samengevat gaat het in deze zaak om het volgende.

2.3.1. Mourik en De Vilder zijn gehuwd. Zij hebben medio 2000 door verkoop van aandelen van de besloten vennootschap waarin Mourik als ondernemer werkzaam was, een liquide vermogen verworven van 2,5 miljoen gulden. Een groot gedeelte van dat vermogen wensten zij te beleggen.

NNEK is vermogensbeheerder als bedoeld in art. 1 sub c onder 1° Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte).

Op 5 juni 2000 en 13 juli 2000 heeft Mourik gesprekken gevoerd met H. Premseelaar en R. Timmer, werknemers van NNEK, over het beheer van bedoeld vermogen. Als uitkomst daarvan zijn partijen op 13 juli 2000 een vermogenbeheerovereenkomst (gedateerd 12 juli 2000), een optie/cliënten-overeenkomst AEX-Optiebeurs en een Appendix bij de optie-overeenkomst AEX-Optiebeurs overeengekomen, alsmede een tripartite-overeenkomst met Kas-Associatie N.V. (hierna: KasAss) voor effecten en derivaten. Mourik en De Vilder hebben bij KasAss twee rekeningen geopend (hierna: rekening 1 en rekening 2).

2.3.2. Mourik en De Vilder hebben op 27 juli 2000 f 2.100.000 doen overboeken naar rekening 1 ten einde dat bedrag door NNEK te doen beheren. Namens NNEK hebben Premseelaar en Timmer het vermogen van Mourik en De Vilder beheerd volgens 'de methode Premseelaar', zoals ook was overeengekomen. Tegenover Mourik en De Vilder te lenen geld, zou een portefeuille van ongeveer 4 miljoen gulden worden opgebouwd.

2.3.3. De methode Premseelaar houdt – kort gezegd – in zijn algemeenheid in dat een effectenportefeuille wordt opgebouwd die voor ongeveer 14 procent bestaat uit een 'hoofd' (langlopende callopties), voor ongeveer 36 procent uit een 'romp' (fondsen met een relatief groot belang in de portefeuille) en voor ongeveer 50 procent uit 'benen' (fondsen met een relatief klein belang in de portefeuille). Die portefeuille wordt voor ongeveer de helft gefinancierd uit eigen vermogen en voor de andere helft uit een lening in rekening-courant bij KasAss. Een wijziging van de verhouding tussen het eigen en het vreemd vermogen (de debetstand) brengt mee dat effecten moeten worden aangekocht indien de debetstand lager wordt of verkocht indien de debetstand hoger wordt.

De methode Premseelaar is een riskante vorm van beleggen doordat met een combinatie van eigen en vreemd vermogen wordt belegd in aandelen – in het bijzonder in zogenaamde groeifondsen – en in opties, volgens een min of

meer vaste verhouding, en door de dwingende manier waarop effecten worden aangekocht of verkocht. Met deze methode kunnen aanmerkelijke winsten worden geboekt, maar daar staat tegenover dat ook aanmerkelijke verliezen kunnen worden geleden.

2.3.4. NNEK heeft maandelijks gerapporteerd aan Mourik en De Vilder over het door haar behaalde resultaat. In de periode 3 tot en met 31 augustus 2000 was het resultaat f 177.344 positief. Daarna zijn nog slechts negatieve resultaten behaald.

2.3.5. Tussen partijen is gecorrespondeerd over de terugloop van het vermogen van Mourik en De Vilder. Op 8 januari 2001 hebben Mourik en De Vilder een gesprek daarover gehad met Premseelaar.

De raadsman van Mourik en De Vilder heeft bij brief 15 februari 2001 inlichtingen gevraagd aan NNEK. Die inlichtingen heeft zij bij brief van 28 februari 2001 verstrekt. Omstreeks die laatste datum is op verzoek van Mourik en De Vilder hun portefeuille geliquideerd. De opbrengst daarvan voor hen was f 446.048,23.

2.3.6. Bij brief van 8 maart 2001 hebben Mourik en De Vilder NNEK aansprakelijk doen stellen voor het negatief beleggingsresultaat.

2.4. In eerste aanleg vorderden Mourik en De Vilder van NNEK – kort gezegd – in hoofdsom een schadevergoeding f 1.628.951,77. De rechtbank heeft bij tussenvonnis II NNEK toegelaten te bewijzen – kort samengevat – (i) dat Mourik bij de intakegesprekken heeft aangegeven dat het te beleggen geld vrij beschikbaar was, en (ii) dat Mourik daarbij is gewezen op de risico's van de methode Premseelaar en op de mogelijkheid een deel van het vermogen in obligaties te beleggen.

2.6. Uitgangspunt in dit geschil is dat op NNEK, als professionele vermogensbeheerder, een bijzondere zorgplicht rustte ten opzichte van Mourik en De Vilder, die moeten worden aangemerkt als particuliere beleggers. Die bijzondere zorgplicht, volgend uit hetgeen waartoe eisen van redelijkheid en billijkheid een effecteninstelling verplichten in een contractuele relatie met een particuliere klant, strekt ertoe die klant te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. De reikwijdte van de bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, daaronder in het bijzonder begrepen de aard en de inhoud van de rechtsbetrekking tussen partijen, de regelgeving tot nakoming waarvan de effecteninsetting in casu is gehouden en de voor haar geldende gedragsregels, alsmede de mate van deskundigheid die aan de zijde van de klant aanwezig is. Dit uitgangspunt brengt mee dat NNEK, alvorens het aan haar toevertrouwde vermogen volgens de methode Premseelaar te beheren, zich ervan diende te overtuigen dat deze methode in dit geval geschikt was en dat Mourik en De Vilder de risico's daarvan konden en wensten te aanvaarden. Ingevolge het ten deze toepasselijke art. 28 lid 1 van de Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999 (NR99) diende NNEK daartoe in ieder

geval informatie in te winnen over de financiële positie van Mourik en De Vilder, hun ervaring met beleggingen in financiële instrumenten en hun beleggingsdoelstelling. Slechts indien uit de verkregen informatie ondubbelzinnig bleek dat NNEK zich daarvan heeft vergewist en dat Mourik en De Vilder op de hoogte waren van de risico's van de methode Premseelaar en zij deze ook in het licht van hun vermogenspositie en beleggingsdoelstelling willens en wetens hebben aanvaard, kan worden gezegd dat NNEK heeft gehandeld in overeenstemming met de op haar rustende bijzondere zorgplicht.

2.7. Met de *grieven I tot en met VIII* betoogt NNEK – naar de kern genomen – dat zij aan haar verplichtingen heeft voldaan en dat zij heeft gehandeld overeenkomstig de op haar rustende bijzondere zorgplicht. Volgens NNEK heeft Mourik bij de intakegesprekken gezegd dat het door haar te beheren vermogen vrij beschikbaar was in die zin dat het niet nodig was voor bestaanszekerheid, pensioen of studie, waren Mourik en De Vilder al voor het sluiten van de onder 2.3.1. genoemde overeenkomsten op de hoogte van de methode Premseelaar en de risico's daarvan, en is Mourik daar bij de intakegesprekken nog eens op gewezen. Voorts hebben dezen door ondertekening van de diverse overeenkomsten verklaard de methode Premseelaar en de risico's daarvan te aanvaarden.

2.8. Mourik en De Vilder bestrijden een en ander gemotiveerd. Zij voeren voorts aan dat Mourik bij de gesprekken op 5 en 13 juli 2000 aan NNEK heeft meegedeeld dat de opbrengsten van het door NNEK te beheren vermogen nodig waren om van te leven, als pensioenvoorziening en als studiegeld voor de kinderen van Mourik en De Vilder.

2.9. Gelet op de betwisting door Mourik en De Vilder, kan niet worden gezegd dat vast staat dat NNEK aan haar bijzondere zorgplicht heeft voldaan, zodat de *grieven I tot en met VIII* niet kunnen slagen. Bij deze stand van zaken heeft de rechtbank op goede grond aan NNEK bewijs van haar stelling opgedragen, zoals verwoord in het dictum van tussenvonnis II.

NNEK beroept zich er immers op dat zij heeft voldaan aan de op haar rustende zorgplicht, hetgeen een bevrijdende omstandigheid is waarvan op haar de bewijslast rust. *Grief IX* welke zich keert tegen de bewijslastverdeling, faalt derhalve. 2.10. Uit *grief XI* leidt het hof af dat NNEK meent dat zij het van haar verlangde bewijs reeds heeft geleverd. NNEK beroept zich op een uitdraai welke het cliëntenprofiel van Mourik en De Vilder zou bevatten. De enkele, niet ondertekende en kennelijk na de intakegesprekken opgestelde uitdraai is onvoldoende bewijs voor de inhoud en de juistheid van het cliëntenprofiel van Mourik en De Vilder en hetgeen dezen – al dan niet – omtrent de vrije beschikbaarheid van hun vermogen hebben meegedeeld, zodat nadere bewijsoverlevering noodzakelijk is.

Uit de omstandigheden dat De Vilder de

cursus 'De Premseelaar Beleggingsmethode voor het ondernemingsgewijs beleggen' en de cursus 'De Premseelaar beleggingsmethode – de technische analyse van aandelen' heeft gevolgd, dat Mourik drie jaar geabonneerd was op de periodiek 'De financiële wereld volgens Premseelaar' en dat Mourik een drietal vooringevulde grafiekenboeken heeft besteld en ontvangen, kan niet zonder meer worden afgeleid dat Mourik en De Vilder op de hoogte waren van de bijzondere risico's van de methode Premseelaar. De door NNEK op bladzijde 18 van haar memorie van grieven gegeven citaten uit het cursusmateriaal, zijn daarvoor te algemeen en, ook in samenhang bezien, onvoldoende specifiek op de methode Premseelaar gericht. Dat Premseelaar tijdens de cursussen op de bijzondere risico's van zijn methode heeft gewezen, volgt daaruit niet en is ook overigens vooralsnog niet gebleken.

De omstandigheid dat Mourik en De Vilder door ondertekening van de contracten de methode Premseelaar en de risico's daarvan hebben aanvaard, kan alleen tot het bewijs bijdragen als zij genoegzaam op die risico's zijn gewezen.

NNEK heeft derhalve het van haar verlangde bewijs nog niet geleverd, zodat ook *grief XI* faalt, en NNEK verder bewijs dient bij te brengen op de door de rechtbank bepaalde wijze. De zaak zal daartoe worden teruggewezen.

2.11. Bij die bewijsoverlevering kan ook aan de orde komen dat Mourik ter gelegenheid van het in hoger beroep gehouden pleidooi heeft opgemerkt (i) dat De Vilder enige tijd huishoudgeld volgens de methode Premseelaar heeft belegd, en (ii) dat Mourik bij een intakegesprek NNEK gevraagd heeft of het niet beter was een deel van het vermogen op een minder riskante wijze dan volgens de methode Premseelaar te beleggen, bijvoorbeeld door te beleggen in obligaties.

2.12. *Grief X* stelt aan de orde dat als niet komt vast te staan dat NNEK heeft voldaan aan haar bijzondere zorgplicht, het causaal verband tussen die tekortkoming en de gestelde schade nog moet komen vast te staan. NNEK betwist het causaal verband echter niet anders dan door te zeggen dat ook als zij niet heeft voldaan aan haar bijzondere zorgplicht, Mourik en De Vilder desondanks voor de methode Premseelaar zouden hebben gekozen. Zij stelt daartoe dat Mourik en De Vilder zich uit overwegingen van 'avontuurlijkheid' tot deze methode voelden aangetrokken. Dat mag zo zijn, maar dat is een vorm van lichtzinnigheid waartegen een vermogensbeheerder als NNEK haar cliënten nu juist moet beschermen. Nu NNEK verder geen verweer heeft gevoerd tegen het causaal verband als hiervoor bedoeld, kan dit worden aangenomen.

2.12. *Grief XII* betreft de omvang van de door Mourik en De Vilder geleden schade en de eventuele matiging daarvan. Voorzover de *grief* betoogt dat de schade die Mourik en De Vilder lijden niet eenvoudigweg bestaat uit het verschil tussen het vermogen dat zij bij NNEK in beheer

hebben gegeven en het restant daarvan na liquidatie van hun portefeuille, is het uitgangspunt van de grief juist. De omvang van de schade dient immers te worden bepaald aan de hand van het verschil tussen de omvang van het vermogen dat op de datum van liquidatie zou hebben geresteerd indien het in dit geval was beheerd door een redelijk handelend en redelijk bekwaam vermogensbeheerder op een wijze die passend is voor hetgeen Mourik en De Vilder wensten, en de daadwerkelijke opbrengst bij liquidatie. Uit niets blijkt echter dat de rechtbank dat heeft miskend, zodat de grief in zoverre tevergeefs is opgeworpen. Of er daarnaast nog aanleiding is voor een matiging van het schadebedrag, kan eerst na de bewijsslevering bij de rechtbank aan de orde komen.

2.13. Hetzelfde geldt voor al hetgeen NNEK met haar grieven XIV, XV en XVI aan de orde heeft gesteld.

3. Slotsom en kosten

Geen van de grieven slaagt, zodat de vonnissen waarvan beroep moeten worden bekrachtigd. De zaak zal worden teruggewezen. NNEK heeft als de in het ongelijk gestelde partij de kosten van het hoger beroep te dragen. Het hof ziet aanleiding beroep in cassatie van dit arrest open te stellen. (enz.)

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, doordat het Hof heeft overwogen en beslist als is vervat in het ten deze bestreden arrest, zulks ten onrechte op grond van het navolgende:

's-Hofs beslissing, in het bijzonder in de r.o. 2.7 tot en met 2.9, omtrent de bewijslastverdeling is rehtens onjuist, althans onbegrijpelijk en niet naar de eisen der wet met redenen omkleed. Mourik c.s. hebben gesteld dat NNEK is tekortgeschoten in de nakoming van de tussen partijen gesloten overeenkomst, en zij behoren, ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv, daartoe de nodige feiten te stellen, en te bewijzen. NNEK heeft in de procedure ten verweere tegen het door Mourik c.s. aangevoerde gesteld (vgl. r.o. 2.7, eerste zin) dat zij aan haar verplichtingen heeft voldaan en dat zij heeft gehandeld overeenkomstig de op haar rustende bijzondere zorgplicht. Ten onrechte oordeelt het Hof in r.o. 2.9 dat dit verweer dient te worden aangemerkt als een bevrijdende omstandigheid waarvan op NNEK de bewijslast rust. Indien immers de gedaagde het door de eiser gestelde feit ontkent, en deze ontkenning met feiten of omstandigheden onderbouwt, brengt dit geen verandering in het aan artikel 150 Rv ontleende uitgangspunt dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten de bewijslast van die feiten of rechten draagt. De aan de onderbouwing van de ontkenning ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden kunnen niet worden

aangemerkt, althans niet zonder nadere motivering die ontbreekt, als een bevrijdende omstandigheid die met zich zou brengen dat – in casu – op NNEK de bewijslast rust. Een en ander is anders in gevallen waarin de gedaagde het door de eiser gestelde feit erkent, doch daar tegenover een bevrijdend feit stelt nu in zodanige situatie de gedaagde ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv de bewijslast draagt van de feiten die de grondslag vormen van zijn bevrijdend verweer. In casu is van die situatie echter geen sprake. Het oordeel van het Hof is evenmin gebaseerd op de in artikel 150 Rv geformuleerde uitzonderingen op de in die bepaling gegeven hoofdregel, zodat de beslissing niet daarop kan steunen. Heeft het Hof niettemin bedoeld de beslissing (al dan niet mede) te doen steunen op het oordeel dat sprake is van een in artikel 150 Rv bedoelde bijzondere regel, dan wel op het oordeel dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast dan die voortvloeit uit de hoofdregel voortkomt, dan is de beslissing evenzeer rehtens onjuist, althans niet naar de eisen der wet met redenen omkleed, nu van enige bijzondere regeling niet is gebleken, en het Hof daarvan ook geen melding maakt, terwijl evenmin duidelijk is op welke grond de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast met zich brengen.

Zou het Hof bedoeld hebben te beslissen dat NNEK haar stelling 'dat zij aan haar verplichtingen heeft voldaan en dat zij heeft gehandeld overeenkomstig de op haar rustende bijzondere zorgplicht' (vgl. r.o. 2.7, eerste zin) onvoldoende heeft onderbouwd, dan is dat allereerst onvoldoende met redenen omkleed omdat een en ander niet voldoende (gemotiveerd) uit 's Hofs beslissing blijkt, maar is zulks daarenboven onbegrijpelijk in het licht van het betoog in de grieven I tot en met VIII waarnaar ook het Hof in r.o. 2.7, eerste zin, verwijst (voor die grieven zie de mvg blz. 17 tot en met 49).

Conclusie A-G mr. Verkade:

1. Inleiding

1.1. Eiseres tot cassatie zal hierna worden aangeduid als NNEK. Verweerders in cassatie, het echtpaar Mourik-de Vilder, worden gezamenlijk aangeduid als Mourik c.s. en afzonderlijk als Mourik, respectievelijk Mourik-de Vilder.

1.2. De onderhavige zaak betreft een geschil tussen NNEK als vermogensbeheerder en Mourik c.s. als haar cliënten, waarbij door NNEK is belegd volgens de zgn. methode-Premseelaar.¹

Materieel gezien staat in de procedure centraal de vraag of NNEK de op haar jegens Mourik c.s. rustende zorgplicht heeft geschonden. Het cassatiemiddel stelt echter als centrale vraag aan de

¹ Zie over deze methode hierna onder 2.1.2, alsmede (kritisch): K. Frielink, noot onder Rb. Amsterdam 27 augustus 2003, JOR 2003, 238, sub 2 en sub 8.

orde of het hof van een juiste bewijslastverdeling is uitgegaan.

2. Feiten²

2.1.1. Na daartoe op 5 juni en 13 juli 2000 gesprekken te hebben gevoerd, zijn NNEK en Mourik c.s., voor zover hier van belang, het volgende overeengekomen:

'Vermogensbeheerovereenkomst

Ondergetekende:

1. Mourik e/o Mourik-de Vilder

[...]

hierna te noemen 'Cliënt'

2. Noordnederlands Effectenkantoor B.V.

[...]

hierna te noemen 'NNEK'

Overwegende:

dat Cliënt zijn vermogen of een deel daarvan, wenst te doen beleggen teneinde zo spoedig mogelijk vermogensgroei en/of inkomsten te behalen;

dat Cliënt aan NNEK opdracht en volmacht wenst te geven om te dien einde voor rekening en risico van Cliënt beleggingstransacties te verrichten

Komen overeen als volgt:

1. Strekking van de overeenkomst

1.1. Cliënt geeft hiermede opdracht en volmacht aan NNEK, die deze aanvaardt, om namens Cliënt en voor diens rekening en risico te verrichten alle beheers- en beschikkingshandelingen waaronder mede begrepen belegging en alle daaruit voortvloeiende handelingen en administratie van de in Bijlage 1 bij deze overeenkomst gespecificeerde bestanddelen en de toegestane categorieën van beleggingstransacties waarvoor de volmacht van de Cliënt geldt.

1.2. Onverminderd het bepaalde bij de artikel 1.1 en 2 ter nadere uitwerking daarvan, bepalen partijen dat het beleggingsbeleid van NNEK dient te zijn gericht op het behalen van een voor Cliënt zo goed mogelijk resultaat. Uit dien hoofde kan NNEK in de beleggingen en de in Bijlage 1 omschreven vermogensbestanddelen te allen tijde wijzigingen aanbrengen die hij in het belang acht van de Cliënt.

[...]

1.3. NNEK is – met inachtneming van hetgeen bepaald is in artikel 2 van deze overeenkomst – bij de uitvoering hiervan geheel vrij in het beleggingsbeleid, met bepaling evenwel dat de hier bedoelde belegging, beheer en administratie uitsluitend betrekking kunnen hebben op de vermogensbestanddelen, en geen andere beleggingstransacties verricht mogen worden – behoudens na concrete instructie door Cliënt – dan de welke zijn omschreven in Bijlage 1.

2. Doelstellingen

2.1. NNEK zal bij ondertekening van deze overeenkomst in overleg met Cliënt een schriftelijke opgave opstellen waarin de uitgangspunten en doelstellingen van Cliënt ter zake van het beheer van het vermogen zijn

omschreven, welke opgave als Bijlage 2 aan deze overeenkomst zal worden gehecht.

2.2. [...]

2.3. NNEK zal de uitgangspunten en doelstellingen alsmede de ontvangen specificaties als bedoeld in de vorige leden van dit artikel in acht nemen bij het beheer van het vermogen.

[...]

5. Risico's belegging in optie en/of termijncontracten

Cliënt verklaart hierbij uitdrukkelijk zich ten volle bewust te zijn

1. van de risico's verbonden aan het verrichten van beleggingstransacties met name in optie en/of termijntransacties en

2. van de consequenties die aan het beheer van het vermogen in meerdere valuta zijn verbonden en deze te aanvaarden.

6. AEX

De rechten en verplichtingen van Cliënt hangen samen met en worden mede bepaald door alle bepalingen van het Algemeen Reglement AEX en andere door AEX vastgestelde regels, richtlijnen en aanwijzingen, waaronder tevens de toepasselijke clearingvoorwaarden.

[...]

7. Aansprakelijkheid

NNEK zal deze overeenkomst te goeder trouw en naar beste kunnen uitvoeren. NNEK zal niet aansprakelijk zijn voor schade als gevolg van waardevermindering en/of door Cliënt geleden verliezen of welke andere oorzaak dan ook, behalve indien en voor zover komt vast te staan dat de schade rechtstreeks gevolg is van een toerekenbare tekortkoming van NNEK bij de uitvoering van deze overeenkomst met Bijlagen.'

2.1.2. In bijlage 2 bij bovengenoemde overeenkomst wordt, voor zover hier van belang het volgende vermeld:

'Doelstelling is het behalen van een voor Cliënt zo goed mogelijk resultaat met behoud van continuïteit.

Het centrale uitgangspunt bij het beheer van uw vermogen is het ondernemingsgewijs beleggen zoals dat oorspronkelijk ontwikkeld is door Harry Premseelaar. In evenwichtstoestand betekent dit dat een debetstand wordt aangehouden van in principe 50% (49-55%) van het totaal vermogen. Indien de debetstand lager wordt dan 55% dan is dit een koopsignaal voor het aankopen van effecten. Indien de debetstand hoger wordt dan 55% dan is dit in principe een verkoopsignaal. Bij hogere debetstanden dan 55% wordt op korte termijn door verkoop van effecten het debetpercentage gereduceerd. Als in het belang van de

2 Ontleend aan rov. 1.1 t/m 1.11 van het tussenvonnis van de rechtbank van 19 juni 2002, waarnaar het hof in rov. 2.2 van het bestreden arrest verwijst. Hetgeen de rechtbank in rov. 1.10 en 1.11 heeft vermeld (correspondentie tussen de raadsman van Mourik c.s. en NNEK d.d. 15 en 28 februari 2001) is hier niet overgenomen.

portefeuille op langere termijn een hogere debetstand gewenst is, dan zal daarover overleg gevoerd worden met cliënt.

Verder worden er lange call opties gekocht. Tevens worden er call opties geschreven op aandelen en op de AEX-index.

[...]

De volgende verhouding tussen de vermogensbestanddelen zal gelden als richtlijn voor het opbouwen en vormgeven van de portefeuille:

1. Langlopende call opties: (14%), (10%-20%)
2. Fondsen met een relatief groot belang in de portefeuille (>7%): 36%, (32%-42%)
3. Fondsen met een relatief klein belang in de portefeuille (<7%): 50%, (40%-60%)

Als uitgangspunt wordt het vreemd vermogen geleend in Euro's. Voor aandelen gekocht in valuta's anders dan de Euro, is het mogelijk om tevens vreemd vermogen te lenen in dezelfde valuta voor een gedeelte van de waarde van de betreffende effecten.'

2.2. In artikel 23 van een – in aanvulling op de in 2.1 genoemde overeenkomst – op 12 juli 2000 tussen partijen en Kas-Associatie NV gesloten tripartiete overeenkomst voor effecten en derivaten (niet-effectenkredietinstellingen) is, voor zover hier van belang, het volgende opgenomen:

'De Cliënt verklaart op de hoogte te zijn van de risico's die het beleggen in optiecontracten termijncontracten en premieaffaires met zich meebrengt en staat er voor in mogelijke verliezen voortvloeiende uit deze beleggingen te kunnen dragen.'

2.3. In het kader van de in 1.1 genoemde overeenkomst zijn partijen op 13 juli 2000 een optie/cliëntenovereenkomst AEX (AEX-optiebeurs/FTA) overeengekomen. In artikel 2 van deze overeenkomst is het volgende opgenomen:

'Cliënt is zich ten volle bewust van de risico's verbonden aan het verrichten van optietransacties en termijntransacties.'

2.4. Voorts zijn NNEK en Mourik c.s. in het kader van de in 1.1. genoemde overeenkomst op 13 juli 2000 een zogenaamde APPENDIX bij de optieovereenkomst AEX-Optiebeurs (inzake Special Products) overeengekomen. In artikel 2 van deze overeenkomst is het volgende opgenomen:

'Cliënt is zich ten volle bewust van de risico's verbonden aan het kopen van deze Special Products.'

2.5. Bij de mededeling behorende bij de optieovereenkomst AEX-optiebeurs is onder 'kenmerken van effecten en daaraan verbonden specifieke risico's' onder het kopje 'Overig' de volgende passage opgenomen:

'Bij het kiezen van beleggingen dient de cliënt een goede afweging te maken welke effecten binnen zijn of haar beleggingsdoelstelling vallen. Aan alle vormen van beleggen zijn in meer of mindere mate risico's verbonden. Met name het schrijven van ongedekte opties, termijncontracten (en opties op termijncontracten) kunnen zeer risicovol zijn. De cliënt dient alleen in deze risicovolle beleggingen te

(doen) handelen indien de cliënt het (eventuele) verlies kan en wil dragen en zich terdege bewust is van de risico's.'

2.6. Mourik heeft op 27 juli 2000 een bedrag van f 2100 000 aan NNEK ter belegging daarvan in beheer gegeven.

2.7. Omtrent het door NNEK gevoerde beleggingsbeheer is maandelijks gerapporteerd. De eerste rapportage betreft de periode van 3 augustus tot 31 augustus 2000. In die periode werd een resultaat geboekt van 8,5%, zijnde een bedrag van f 177 344. In de maanden daarna zijn negatieve resultaten geboekt. Op 8 januari 2001 hebben partijen hierover een gesprek gevoerd.

2.8. Omstreeks 28 februari 2001 is de portefeuille van Mourik c.s. geliquideerd en is de onder 1.1. genoemde overeenkomst beëindigd. Het saldo na liquidatie van de portefeuille bedroeg f 446 048,23.

2.9. Bij brief van 8 maart 2001 hebben Mourik c.s. NNEK aansprakelijk gesteld voor het negatief beleggingsresultaat.

3. Procesverloop

3.1. Bij inleidende dagvaarding van 30 maart 2001 hebben Mourik c.s. NNEK gedagvaard voor de rechtbank te Amsterdam en gevorderd, voor zover in cassatie van belang, NNEK te veroordelen tot betaling van een bedrag van f 1 632 751,77, waarvan een bedrag van f 3800 aan buitengerechtelijke incassokosten, een en ander vermeerderd met de wettelijke rente.

3.2.³ Mourik c.s. hebben aan hun vordering(en) ten grondslag gelegd dat NNEK jegens hen toerekenbaar tekortgeschoten is in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de tussen partijen gesloten overeenkomst. Daartoe voerden zij aan dat NNEK bij de uitvoering van die overeenkomst heeft nagelaten de zorg van een redelijk handelend en bekwaam vermogensbeheerder in acht te nemen. Mourik c.s. stelden dat NNEK heeft nagelaten om een gedegen risico-profiel op te stellen en dat zij een portefeuille heeft samengesteld die niet met hun risicoprofiel overeenstemt. Aan die portefeuille waren vanwege de Premiselaar-methode grote risico's verbonden, welke risico's door NNEK zijn verhoogd als gevolg van – aldus Mourik c.s. – het beleggen in een groot aantal long call opties, en in een groot aantal aandelen in de technologiesector die een hoge risicograad hebben, en het kopen van fondsen met een notering in dollars zonder het daaraan verbonden valutarisico af te dekken. Volgens Mourik c.s. heeft NNEK ten onrechte onduidelijkheid laten bestaan over de door haar gehanteerde beleggingsmethode en haar beleggingsbeleid; is zij buiten de grenzen van dat beleid is getreden; heeft zij het valutarisico niet beperkt; en heeft zij Mourik c.s. onjuist geadviseerd met betrekking tot de beperking van de schade.

3 Ontleend aan rov. 3.4. van het tussenvonnis van de rechtbank van 19 juni 2002.

3.3. NNEK heeft de vorderingen van Mourik c.s. gemotiveerd bestreden.

3.4. De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 19 juni 2002 zowel NNEK als Mourik c.s. in de gelegenheid gesteld nadere inlichtingen te verstrekken (ten aanzien van de hierna te noemen (geschil)punten). Daartoe overwoog de rechtbank in rov. 3.6 van haar vonnis het volgende:

'Partijen zijn het erover eens dat de door Noordnederlands samengestelde portefeuille voor het merendeel uit opties en aandelen met een hoge risicograad bestond. De vraag die beantwoord dient te worden is of deze 'risicovolle' portefeuille, waarvan Noordnederlands stelt (en Mourik betwist) dat Mourik daarvoor zelf gekozen heeft, in overeenstemming is met c.q. afgestemd is op de inkomens- en vermogenspositie van Mourik ten tijde van het sluiten van de overeenkomst. Voorts dient te worden vastgesteld in hoeverre Mourik zich destijds van de (hoge) risico's van die portefeuille bewust was, en of hij die risico's toen heeft kunnen en willen dragen. Partijen verschillen hierover immers van mening.'

Teneinde de vraag te kunnen beantwoorden of NNEK met betrekking tot de in rov. 3.6 genoemde punten in haar zorgplicht jegens Mourik c.s. toerekenbaar tekort is geschoten, diende volgens de rechtbank allereerst te worden vastgesteld wat partijen tijdens de intakegesprekken op 5 juni en 13 juli 2000 hebben besproken. Omdat NNEK te kennen had gegeven dat zij over aantekeningen van die intakegesprekken beschikt⁴, heeft de rechtbank NNEK in de gelegenheid gesteld die aantekeningen in het geding te brengen. Voorts heeft de rechtbank Mourik c.s. – in het kader van de beoordeling van de stelling van Mourik c.s. dat NNEK hen onjuist heeft geadviseerd omtrent de beperking van schade – in de gelegenheid gesteld een tape met een geluidsopname van de bespreking die op 8 januari 2001 tussen partijen heeft plaatsgevonden in het geding te brengen. Daarnaast heeft de rechtbank beide partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over een mogelijk te benoemen deskundige en de aan hem/haar te stellen vragen.

3.5. Bij tussenvonnis van 28 januari 2004 heeft de rechtbank NNEK toegelaten te bewijzen dat (i) 'Mourik bij de intakegesprekken heeft aangegeven dat het te beleggen geld vrij beschikbaar was en niet nodig voor zijn bestaanszekerheid, dat zijn pensioen en het studiegeld voor zijn kinderen al geregeld was en dat hij als interim manager in zijn levensonderhoud (en dat van zijn gezin) zou gaan voorzien'; en (ii) dat 'Mourik bij de intakegesprekken is gewezen op de risico's van de methode Premiselaar en op de mogelijkheid om een gedeelte van het vermogen minder risicovol in obligaties te beleggen'.

Voorts heeft de rechtbank bepaald dat haar tussenvonnis vatbaar was voor hoger beroep.

3.6. NNEK is van beide tussenvonnissen in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof te Amsterdam⁵, onder aanvoering van zestien grieven.

Mourik c.s. hebben gemotiveerd verweer gevoerd.

3.7. Bij arrest van 2 juni 2005 heeft het hof de tussenvonnissen waarvan beroep bekrachtigd en de zaak terugverwezen naar de rechtbank. Daartoe overwoog het hof – voor zover in cassatie van belang – het volgende:

'2.6. Uitgangspunt in dit geschil is dat op NNEK, als professionele vermogensbeheerder, een bijzondere zorgplicht rustte ten opzichte van Mourik en De Vilder, die moeten worden aangemerkt als particuliere beleggers. Die bijzondere zorgplicht, volgens uit hetgeen waartoe eisen van redelijkheid en billijkheid een effecteninstelling verplichten in een contractuele relatie met een particuliere klant, strekt ertoe die klant te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. De reikwijdte van de bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, daaronder in het bijzonder begrepen de aard en de inhoud van de rechtsbetrekking tussen partijen, de regelgeving tot nakoming waarvan de effecteninstelling in casu is gehouden en de voor haar geldende gedragsregels, alsmede de mate van deskundigheid die aan de zijde van de klant aanwezig is.

Dit uitgangspunt brengt mee dat NNEK, alvorens het aan haar toevertrouwde vermogen volgens de methode Premiselaar te beheren, zich ervan diende te overtuigen dat deze methode in dit geval geschikt was en dat Mourik en De Vilder de risico's daarvan konden en wensten te aanvaarden. Ingevolge het ten deze toepasselijke art. 28 lid 1 van de Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999 (NR99) diende NNEK daartoe in ieder geval informatie in te winnen over de financiële positie van Mourik en De Vilder, hun ervaring met beleggingen in financiële instrumenten en hun beleggingsdoelstelling. Slechts indien uit de verkregen informatie ondubbelzinnig bleek dat NNEK zich daarvan heeft vergewist en dat

4 Zie p. 4 van de conclusie van dupliek; aldaar heeft NNEK uitdrukkelijk aangeboden de hier bedoelde gespreksaantekeningen in het geding te brengen.

5 In het kader van de (in cassatie overigens niet spelende) vraag of NNEK wel kon worden ontvangen in haar beroep tegen het eerste tussenvonnis, wijs ik op Snijders/Wendels, Civiel appel, 2003, nr. 38, pp. 66-67, die ten aanzien van een appel tegen twee tussenvonnissen, waarvan slechts de laatste expliciet appellabel is verklaard, opmerken: 'Ontbreekt – zoals thans veelal – de mogelijkheid van tussentijds appel of wordt zij althans niet benut, dan kan appel nog ingesteld worden ter gelegenheid van een later op zichzelf appellabel vonnis in de desbetreffende zaak.' Even verderop merken zij nog op: 'het is toegestaan om appel tegen een tussenvonnis in te stellen in het kader van het appel tegen een later appellabel tussenvonnis.' Zie ook A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie voor HR 17 december 2004, nrs. C04/064 en C04/100 (Bosta BV/Van de Lande BV) en Veegens-Korthals Altes-Groen, 2005, nr. 59, p. 130. Het hof heeft het niet-ontvankelijkheidsverweer van Mourik c.s. t.a.v. het eerste tussenvonnis m.i. dan ook terecht verworpen (zie rov. 2.1 van het bestreden arrest).

Mourik en De Vilder op de hoogte waren van de risico's van de methode Premseelaar en zij deze ook in het licht van hun vermogenspositie en beleggingsdoelstelling willens en wetens hebben aanvaard, kan worden gezegd dat NNEK heeft gehandeld in overeenstemming met de op haar rustende bijzondere zorgplicht. 2.7. Met de grieven I tot en met VIII betoogt NNEK – naar de kern genomen – dat zij aan haar verplichtingen heeft voldaan en dat zij heeft gehandeld overeenkomstig de op haar rustende bijzondere zorgplicht. Volgens NNEK heeft Mourik bij de intakegesprekken gezegd dat het door haar te beheren vermogen vrij beschikbaar was in die zin dat het niet nodig was voor bestaanszekerheid, pensioen of studie, waren Mourik en De Vilder al voor het sluiten van de onder 2.3.1. genoemde overeenkomsten op de hoogte van de methode Premseelaar en de risico's daarvan, en is Mourik daar bij de intakegesprekken nog eens op gewezen. Voorts hebben dezen door ondertekening van de diverse overeenkomsten verklaard de methode Premseelaar en de risico's daarvan te aanvaarden.

2.8. Mourik en De Vilder bestrijden een en ander gemotiveerd. Zij voeren voorts aan dat Mourik bij de gesprekken op 5 en 13 juli 2000 aan NNEK heeft medegedeeld dat de opbrengsten van het door NNEK te beheren vermogen nodig waren om van te leven, als pensioenvoorziening en als studiegeld voor de kinderen van Mourik en De Vilder.

2.9. Gelet op de betwisting door Mourik en De Vilder, kan niet worden gezegd dat vast staat dat NNEK aan haar bijzondere zorgplicht heeft voldaan, zodat de grieven I tot en met VIII niet kunnen slagen. Bij deze stand van zaken heeft de rechtbank op goede grond aan NNEK bewijs van haar stelling opgedragen, zoals verwoord in het dictum van tussenvonnissen II. NNEK beroept zich er immers op dat zij heeft voldaan aan de op haar rustende zorgplicht, hetgeen een bevrijdende omstandigheid is waarvan op haar de bewijslast rust. Grief IX welke zich keert tegen de bewijslastverdeling, faalt derhalve.'

Hoewel in cassatie niet bestreden, citeer ik ook rov. 2.10:

'2.10. Uit grief XI leidt het hof af dat NNEK meent dat zij het van haar verlangde bewijs reeds heeft geleverd.

NNEK beroept zich op een uitdraai welke het cliëntenprofiel van Mourik en De Vilder zou bevatten. Die enkele, niet ondertekende en kennelijk na de intakegesprekken opgestelde uitdraai is onvoldoende bewijs voor de inhoud en de juistheid van het cliëntenprofiel van Mourik en De Vilder en hetgeen dezen – al dan niet – omtrent de vrije beschikbaarheid van hun vermogen hebben meegedeeld, zodat nadere bewijsoverlevering noodzakelijk is.

Uit de omstandigheden dat Mourik-de Vilder de cursus 'De Premseelaar Beleggingsmethode

voor het ondernemingsgewijs beleggen' en de cursus 'De Premseelaar beleggingsmethode – de technische analyse van aandelen' heeft gevolgd, dat Mourik drie jaar geabonneerd was op de periodiek 'De financiële wereld volgens Premseelaar' en dat Mourik een drietal voor- ingevulde grafiekenboeken heeft besteld en ontvangen, kan niet zonder meer worden afgeleid dat Mourik en De Vilder op de hoogte waren van de bijzondere risico's van de methode Premseelaar. De door NNEK op bladzijde 18 van haar memorie van grieven gegeven citaten uit het cursusmateriaal, zijn daarvoor te algemeen, en, ook in samenhang bezien, onvoldoende specifiek op de methode Premseelaar gericht. Dat Premseelaar tijdens de cursussen op de bijzondere risico's van zijn methode heeft gewezen, volgt daaruit niet en is ook overigens vooralsnog niet gebleken.

De omstandigheid dat Mourik en De Vilder door ondertekening van de contracten de methode Premseelaar en de risico's daarvan hebben aanvaard, kan alleen tot het bewijs bijdragen als zij genoegzaam op die risico's zijn gewezen.

NNEK heeft derhalve het van haar verlangde bewijs nog niet geleverd, zodat ook grief XI faalt, en NNEK verder bewijs dient bij te brengen op de door de rechtbank bepaalde wijze. De zaak zal daartoe worden terugverwezen.'

3.8. Het hof heeft voorts bepaald dat onmiddellijk cassatieberoep tegen zijn arrest kon worden ingesteld. NNEK heeft van deze mogelijkheid – tijdig⁶ – gebruik gemaakt. Mourik c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Zowel namens NNEK als namens Mourik c.s. is de zaak schriftelijk toegelicht.

4. Stelplicht en bewijslast; inleidende opmerkingen

4.1. Voordat ik aan de bespreking van het cassatiemiddel toekom, schets ik de verplichtingen van partijen die voortvloeien uit de stelplicht en de daarmee onlosmakelijk verbonden bewijslast. Artikel 150 Rv luidt:

'De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.'

4.2. Aan de bewijslast gaat de stelplicht vooraf. Uit art. 150 Rv volgt dat een partij die een beroep doet op een rechtsgevolg een stelplicht heeft ten aanzien van de feiten die tot dat rechtsgevolg leiden. Dit houdt in dat die partij moet aanvoeren dat die feiten zich hebben voorgedaan en dat zij duidelijk moet maken dat en waarom de rechter die feiten als vaststaand moet aannemen en aan zijn beslissing ten grondslag moet leggen. Als

⁶ Het arrest dateert van 2 juni 2005; de cassatiedagvaarding is op 31 augustus 2005 uitgebracht.

eiser niet aan zijn stelplicht voldoet, is het gestelde ontoereikend voor de door hem beoogde rechtsgevolgen.⁷ Indien onvoldoende wordt gesteld, wordt aan bewijsslevering niet toegekomen.⁸

Aan de bewijslast is verbonden het zgn. bewijsrisico. De partij die de bewijslast heeft, draagt het risico dat de gestelde feiten niet bewezen worden. Dat geldt ook als deze feiten niet bewezen kunnen worden, terwijl het tegendeel evenmin te bewijzen valt (de zgn. non liquet-situatie).⁹

4.3. Afgezien van de eis van het gemotiveerd verweer, kan de gedaagde ook een stelplicht en een bewijslast hebben, nl. indien en voorzover hij zich beroept op een of meer zelfstandige feiten met rechtsgevolgen. Het gaat dan met name om feiten met rechtsgevolgen die de toewijzing van de vordering blokkeren doordat de rechtsgrond waarop eiser zijn vordering baseert en op zichzelf kan baseren, in dit geval (toch) niet (meer) aanwezig is. Dergelijke verweren worden wel gekwalificeerd als 'zelfstandige' of 'bevrijdende' verweren.¹⁰ Asser noemt als voorbeelden hiervan onder meer: betaling waardoor de verbintenis waarop de eis was gebaseerd teniet is gegaan; overmacht waardoor een onrechtmatige daad of wanprestatie niet aan gedaagde kan worden toegerekend of een rechtvaardigingsgrond waardoor de rechtmatigheid van het gedrag van de gedaagde is weggenomen.¹¹ Op een didactisch aantrekkelijke wijze wordt het bevrijdend verweer wel aangeduid als een 'ja, maar...'-verweer, ter onderscheiding van het gewone ontkennende gemotiveerde verweer als een 'neen, want...'-verweer.¹²

Van een bevrijdend of 'ja, maar...'-verweer draagt de verweerder, met de stelplicht en de bewijslast, het bewijsrisico.

Hoewel in de meeste gevallen duidelijk zal zijn of een verweer als een gemotiveerde ontkennening, dan wel als een bevrijdend verweer dient gelden, is dat niet altijd zo. Bij de vraag wie wat als de grondslag van zijn eis respectievelijk verweer moet beschouwen, en dus moet stellen en – zonodig – bewijzen, is uiteindelijk beslissend de materiële rechtsregel, waarvan de overtreding of niet-nakoming de onrechtmatigheid of toerekenbare tekortkoming meebrengt. Hetgeen (onontbeerlijk) daartoe gesteld en eventueel nog bewezen moet worden, komt voor rekening van de eiser, en hetgeen daartegen wordt aangevoerd is dus een 'neen, want...'-verweer. Als het gaat om een (wettelijke) regel of een gevestigde jurisprudentiële regel kan de formulering van de materiële rechtsregel een bruikbaar hulpmiddel zijn bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een 'neen, want-' of een 'ja, maar-verweer'.¹³ maar de formulering is echter niet altijd beslissend.¹⁴ Deze kwestie kan zich uiteraard vooral als probleempunt laten gevoelen indien de betrokken (zorgvuldigheids-)norm nog niet uitgekristalliseerd is.

4.4. De eiser kan (en moet zelfs volgens het in 2002 ingevoerde voorschrift van 111 lid 3 Rv) in

zijn stellingname bij dagvaarding vooruitlopen op een in het voortraject al gebleken of anderszins te verwachten verweer van de gedaagde: ook op een bevrijdend verweer. Evenwel moet in het oog gehouden worden dat daarmee de bewijslast van het bevrijdend verweer niet verplaatst wordt¹⁵, en dat de eiser dus niet wordt 'gestraft' voor dit 'goede gedrag'.

4.5. Na een gemotiveerde betwisting van de feiten waarvoor een partij stelplicht heeft, draagt die partij dus de bewijslast voor die feiten. Zij zal de feiten moeten bewijzen om het rechtsgevolg dat zij inroept te laten intreden en zij draagt het eerder genoemde bewijsrisico.

4.6. Onder omstandigheden wordt een zogenaamde 'verzuwaarde stelplicht'¹⁶ aangenomen als tegemoetkoming aan degene op wie de bewijslast rust. Aansprekende voorbeelden van deze constructie zijn te ontlenen aan de rechtspraak van uw Raad in enige medische aansprakelijkheidskwesties. In die zaken rustte conform de hoofdregel van de bewijslastverdeling (art. 150 Rv) de bewijslast op de patiënt (degene die het rechtsgevolg van de schadevergoeding inroept), terwijl van de arts mocht worden verlangd dat hij tegenover de desbetreffende stellingen van eiser voldoende feitelijke gegevens verstrekke ter motivering van zijn betwisting. De arts diende in die gevallen met andere woorden zo nauwkeurig mogelijk zijn lezing te geven van hetgeen, voorzover relevant, tijdens de medische behandeling was voorgevallen en alle informatie waarover hij in redelijkheid kon beschikken ter beschikking te stellen.¹⁷

4.7. Een andere methode om aan de bewijsnood van een partij op wie de bewijslast (en daarmee het bewijsrisico) rust tegemoet te komen, is gelegen in 'rechterlijke/feitelijke vermoedens'. De partij die eigenlijk bewijs zou moeten leveren wordt daarvan vrijgesteld op grond van een vermoeden dat haar stellingen waar zijn, bijvoor-

7 Snijders/Vnzonides/Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht (2002), nr. 208, p. 192.

8 Vgl. bijv. HR 31 januari 1992, NJ 1992, 319 (D/Delta Lloyd), rov. 3, laatste alinea.

9 Vgl. W.D.H. Asser, a.w., nr. 14, p. 53.

10 Vgl. H.L.G. Wieten, Bewijs (2004), nr. 3.5, p. 24; zie ook W.D.H. Asser, Bewijslastverdeling (2004), nr. 45, p. 110.

11 W.D.H. Asser, a.w., nr. 13, p. 52.

12 Vgl. bijv. M.J. Schenck, Rondom de hoofdregel van stelplicht en bewijslastverdeling, in Heer en meester (Sillevis Smitt-bundel), 2004, p. 75 (78) en de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 18 november 2005, nr. C04/176, NJ 2006, 151 (BTJ/...), sub 2.6-2.9.

13 Schenck, a.w., pp. 78-79. Schenck illustreert dit aan de hand van HR 23 oktober 1992, NJ 1992, 813, met betrekking tot het toerekenings-element in art. 6:162 BW respectievelijk art. 6:74 BW.

14 Zoals ook Schenck, a.w., pp. 79-80 onderkent.

15 Vgl. bijv. HR 12 februari 1999, NJ 1999, 584 (Dohrmann/-Goorhuis), vermeld in de s.t. namens Mourik c.s., onder 9.

16 Er wordt in dit verband ook wel gesproken van een 'aanvullende stelplicht'; zie bijvoorbeeld I. Giesen, Bewijs en aansprakelijkheid (2001), p. 39 e.v.

17 Zie H.L.G. Wieten, a.w., nr. 3.7, p. 27 en de op p. 30 en 31 besproken jurisprudentie; zie voorts I. Giesen, a.w., pp. 39 t/m 47.

beeld op grond van door haar overgelegde stukken. De rechter acht deze stellingen dan voorshands bewezen. De wederpartij zal in een dergelijke situatie desgewenst tegenbewijs mogen leveren.¹⁸ Voor het slagen van dit tegenbewijs is voldoende dat het ten behoeve van de partij op wie de bewijslast rust aangenomen bewijsvermoeden erdoor wordt ontzenuwd¹⁹, zodat dus niet nodig is dat het tegendeel bewezen wordt.

De hiervoor bedoelde constructies ('verzwaaarde stelplicht' en 'rechterlijke/feitelijke vermoedens') leiden dus niet tot een omkering van de bewijslast, en dus ook niet tot een omkering van het bewijsrisico.

4.8. In dit verband sta ik tot slot nog kort stil bij de zogenaamde 'omkeringsregel' met betrekking tot causaal verband bij onrechtmatige daad en een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis. Hiermee wordt bedoeld de – in een reeks van arresten van uw Raad ontwikkelde – 'regel' dat indien door een als onrechtmatige daad of toerekenbare tekortkoming aan te merken gedraging een risico terzake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan, waarbij het in het kader van het hier te leveren tegenbewijs voldoende is om dit laatste aannemelijk te maken.²⁰ Door aldus in te grijpen in de bewijssleveringslast, heeft de Hoge Raad de bewijspositie van de partij die volgens de hoofdregel (van art. 150 Rv) het bewijsrisico draagt verlicht door het verplaatsen van de bewijssleveringslast. Het bewijsrisico, voor zover dit nog aan de dag treedt, wordt hierdoor niet verlegd.²¹ Ook bij toepassing van de omkeringsregel is – met andere woorden – van omkering van de bewijslast in die zin dus geen sprake.²²

4.9. De verdeling van de bewijslast kan wél worden omgekeerd (i) op grond van een geschreven of ongeschreven bijzondere regel of (ii) op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid. Dit volgt expliciet uit art. 150 Rv. Voorbeelden van de eerste categorie zijn onder meer te vinden in art. 6:99 BW (alternatieve causaliteit) en art. 6:195 BW (misleidende reclame).²³ Als voorbeeld van een situatie waarin de redelijkheid en billijkheid ten grondslag worden gelegd aan de omkering van de bewijslast, noem ik een recent arrest van uw Raad²⁴ over een verzekerskwesitie, waarin de partij (verzekeraar) die volgens de hoofdregel van art. 150 Rv de bewijslast droeg, in een onredelijk zware bewijspositie was geraakt door toedoen van de wederpartij (verzekerde).

4.10. Zie over stelplicht en bewijslast in verband met effectentransacties in het bijzonder nog Van Luyn en Du Perron, a.w., hst. 11, p. 291 e.v.

5. *Bespreking van het cassatiemiddel*

5.1. Het middel richt zich tegen rov. 2.7 tot en met 2.9 van het bestreden arrest, waarin het hof de grieven I tot en met VIII – strekkende tot het betoog dat NNEK aan haar verplichtingen heeft voldaan en dat zij heeft gehandeld overeenkomstig de op haar rustende bijzondere zorgplicht – heeft verworpen. Volgens het hof hebben Mourik c.s. het hiervoor bedoelde betoog van NNEK gemotiveerd bestreden, zodat – aldus het hof (in rov. 2.9) – niet kan worden gezegd dat vast staat dat NNEK aan haar bijzondere zorgplicht heeft voldaan. Het hof vervolgt dan met de overweging (nog steeds rov. 2.9):

'Bij deze stand van zaken heeft de rechtbank op goede grond aan NNEK bewijs van haar stelling opgedragen, zoals verwoord in het dictum van tussenvonnissen II. NNEK beroept zich er immers op dat zij heeft voldaan aan de op haar rustende zorgplicht, hetgeen een bevrijdende omstandigheid is waarvan op haar de bewijslast rust. Grief IX welke zich keert tegen de bewijslastverdeling, faalt derhalve.'

5.2. Het middel klaagt dat het hof aldus is uitgegaan van een onjuiste, althans onbegrijpe-

18 Vgl. H.L.G. Wieten, a.w., nr. 3.7, p. 27; zie over rechterlijke/feitelijke vermoedens voorts W.D.H. Asser, a.w., nr. 44, pp. 105-107.

19 HR 2 mei 2003, nr. C02/035, NJ 2003, 468 (bewijs seksueel misbruik); zie hierover W.D.H. Asser, a.w., nr. 46, pp. 110-111.

20 Zie o.m. HR 29 november 2002, nr. C00/298, NJ 2004, 304 (TFS/NS c.s.) en C01/071, NJ 2004, 305 ([...]/Achtkarpspelen) m.nt. DA; zie over de omkeringsregel voorts: W.D.H. Asser, a.w., nr. 43, pp. 102-105 en nr. 185 e.v., p. 173 e.v., i.h.b. nr. 189, pp. 182-190.

21 Vgl. de noot van DA onder HR 29 november 2002, NJ 2004, 305 ([...]/Achtkarpspelen) sub 12-14 en W.D.H. Asser, a.w., nr. 43, p. 103.

22 S.B. van Baalen gaat in zijn proefschrift (Zorgplichten in de effectenhandel, 2006, p. 403 e.v.) in op de betekenis van de omkeringsregel in zaken waarin de belegger zich op het standpunt stelt dat de effecteninstelling in strijd met de op haar rustende zorgplicht bepaalde transacties heeft verricht. Indien de belegger de schending van de zorgplicht aannemelijk heeft gemaakt, leidt de omkeringsregel er volgens Van Baalen toe dat het causaal verband tussen de schade en de schending is gegeven voor zover de norm strekt tot bescherming van een specifiek belang. De omkeringsregel laat onverlet dat het nog steeds aan de belegger is aan te tonen dat er sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij hem te voorkomen. De belegger die zich op de schending van deze norm beroept, zal ook bij betwisting aannemelijk moeten maken dat in het concrete geval het specifieke gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt, aldus Van Baalen. Een norm die in de onderhavige zaak een belangrijke rol speelt (vgl. 'shofs rov. 2.6), en waarnaar ook Van Baalen op p. 404 van zijn proefschrift verwijst, ligt besloten in het 'ken uw klant-beginsel' als bedoeld in art. 28 lid 1 Nadere Regeling toezicht effectenverkeer. Zie nader par. 5.4 van deze conclusie.

23 Voorbeelden van uitzonderingen op de hoofdregel van art. 150 Rv op basis van ongeschreven recht zijn te vinden in jurisprudentie inzake werknemersbescherming.

24 HR 20 januari 2006, nr. C04/288, NJ 2006, 78 (B/Interpolis); zie voor een ander voorbeeld: HR 9 september 2005, nr. C0/096, NJ 2006, 99.

lijke verdeling van de bewijslast. Volgens het middel hebben Mourik c.s. in het kader van hun vordering tot schadevergoeding gesteld dat NNEK tekortgeschoten is in de nakoming van de tussen partijen gesloten overeenkomst en behoren Mourik c.s., ingevolge de hoofdregel van art. 150 Rv de nodige feiten te stellen, en te bewijzen. NNEK heeft, zo vervolgt de klacht – zoals het hof in rov. 2.7, eerste volzin ook overweegt – ten verweere gesteld dat zij aan haar verplichtingen heeft voldaan en dat zij heeft gehandeld overeenkomstig de op haar rustende zorgplicht. Volgens het middel oordeelt het hof in rov. 2.9 ten onrechte dat dit verweer dient te worden aangemerkt als een 'bevrijdende omstandigheid' en brengt de door de gedaagde met feiten of omstandigheden onderbouwde ontkenning van het door de eiser gestelde feit geen verandering in het uitgangspunt van art. 150 Rv dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten de bewijslast daarvan draagt. De aan de onderbouwing van de ontkenning ten grondslag gelegde feiten kunnen niet, althans niet zonder nadere motivering die ontbreekt, worden aangemerkt als een 'bevrijdende omstandigheid' die zou meebrengen dat in casu op NNK de bewijslast rust.

5.3. De klacht komt mij gegrond voor. Volgens de hoofdregel van art. 150 Rv rust inderdaad op Mourik c.s. de bewijslast van hun stelling dat NNEK is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst. Zij zullen in beginsel moeten bewijzen dat NNEK niet aan haar zorgplicht heeft voldaan teneinde het rechtsgevolg dat zij invoeren – te weten: schadevergoeding – te laten intreden en zij dragen het risico dat zich realiseert wanneer zij daarin niet slagen.

5.4. Hiertoe merk ik op dat het hof – in overeenstemming met de stellingen van Mourik c.s. – de materiële norm (die door NNEK potentieel geschonden is) in rov. 2.6 – onbestreden in cassatie – aanduidt als een op NNEK, als professionele vermogensbeheerder, rustende bijzondere zorgplicht ten opzichte van Mourik c.s. In rov. 2.6 werkt het hof – eveneens onbestreden in cassatie – deze norm aldus uit dat deze meebrengt dat NNEK, alvorens het aan haar toevertrouwde vermogen volgens de methode-Premseelaar te beheren, zich ervan diende te overtuigen dat deze methode in dit geval geschikt was en dat Mourik c.s. de risico's daarvan konden en wensten te aanvaarden en dat – ingevolge art. 28 lid 1 NR1999 – NNEK daartoe in ieder geval informatie diende in te winnen over de financiële positie van Mourik c.s., hun ervaring met beleggingen in financiële instrumenten en hun beleggingsdoelstelling.²⁵

Omdat het hof niet overweegt dat reeds de enkele toepassing van de 'methode-Premseelaar' meebrengt dat NNEK de op haar rustende bijzondere zorgplicht ten opzichte van Mourik c.s. zou hebben geschonden – hetgeen Mourik c.s. ook niet gesteld hebben²⁶, en hetgeen m.i. ook te ver zou gaan²⁷ – zijn de in de vorige alinea bedoelde

materiële (deel-)normen inderdaad bepalend. Mourik c.s. hebben overigens (onder meer) schending van juist deze (deel-)normen aan hun vordering ten grondslag gelegd²⁸, en zij hebben m.i. juist aangevoeld dat zij dit ook dienden te stellen.

5.5. Zoals het middel constateert, heeft het hof inderdaad de bewijslast omgekeerd: door zich erop te beroepen dat zij aan haar zorgplicht heeft voldaan, zou NNEK zich op een 'bevrijdende' omstandigheid hebben beroepen, waarvan – aldus het hof – de bewijslast op haar rust.

M.i. is er geen sprake van een 'bevrijdende' omstandigheid in bewijsrechtelijke zin. Wat er is gebeurd, is dat NNEK de stelling van Mourik c.s., dat zij in strijd met haar zorgplicht zou hebben gehandeld, gemotiveerd heeft betwist en in dat kader heeft zij gemotiveerd gesteld dat zij aan haar zorgplicht heeft voldaan. Een dergelijk verweer leidt niet tot een wijziging in de (oorspronkelijke) bewijslastverdeling conform art. 150 Rv.

5.6. In cassatie betogen Mourik c.s. dat 'shofs arrest als volgt gelezen moet worden.²⁹ Het hof is van oordeel dat NNEK tekort geschoten is jegens (de particuliere beleggers) Mourik c.s. door hun vermogen op grond van de (veel té) risicovolle methode-Premseelaar te beleggen, tenzij komt vast te staan dat NNEK vooraf:

- (i) is nagegaan of de financiële positie en beleggingsdoelstelling van Mourik c.s. dusdanig waren dat deelname aan de risicovolle methode-Premseelaar verantwoord was;
- (ii) Mourik c.s. heeft gewaarschuwd voor de risico's van het beleggen volgens de methode-Premseelaar.

In deze lezing heeft het hof hetgeen aan NNEK te bewijzen was opgedragen terecht wél als door haar te bewijzen 'bevrijdende' feiten aangemerkt, aldus Mourik c.s.

5.7. Deze lezing acht ik niet aannemelijk. Zij staat in de eerste plaats haaks op de (letterlijke) overwegingen van het hof:

- (rov. 2.6) dat 'uitgangspunt in dit geschil is dat op NNEK, als professionele vermogensbeheerder, een bijzondere zorgplicht rustte ten opzichte van Mourik en De Vilder' (welke zorgplicht door het hof werd uitgewerkt als hierboven in nr. 5.4 samengevat);
- (rov. 2.7) dat NNEK met de grieven I tot en met VIII naar de kern genomen betoogde dat zij aan haar verplichtingen heeft voldaan en dat zij

25 Art. 28 lid 1 NR 1999 luidt: 'Een effecteninstelling wint in het belang van haar cliënten informatie in betreffende hun financiële positie, hun ervaring met beleggingen in financiële instrumenten en hun beleggingsdoelstellingen, voor zover dit redelijkerwijs relevant is bij de uitvoering van de door de effecteninstelling te verrichten diensten.'

26 Zie hierboven nr. 3.2 voor een aan het tussenvonnissen van de rechtbank van 19 juni 2002 ontleende verkorte weergave van de door Mourik c.s. gestelde feiten en omstandigheden.

27 Zie hierna par. 5.8.

28 Zie voetnoot 26.

29 Vgl. s.t. namens Mourik c.s., nr. 6.

heeft gehandeld overeenkomstig de op haar rustende bijzondere zorgplicht;

– en (rov. 2.9) dat, gelet op de betwisting door Mourik en De Vilder, niet kan worden gezegd dat vast staat dat NNEK aan haar bijzondere zorgplicht heeft voldaan.

5.8. De door Mourik c.s. voorgehouden lezing is bovendien onaannemelijk omdat het hof niet alleen niet overwogen heeft, maar rehtens ook bezwaarlijk had kunnen overwegen dat het beleggen van een vermogen op basis van de risicovolle methode-Premseelaar zonder meer reeds een tekortschieten jegens (ook: particuliere) beleggers (als Mourik c.s.) zou meebrengen.

Wat het onderhavige casustype betreft, is de materiële norm – die voor het vaststellen van hetgeen door eiser gesteld moet worden met het oog op de aan het verweten handelen te verbinden rechtsgevolgen onontbeerlijk is³⁰ – m.i. niet dat reeds (zonder meer) onrechtmatig of toerekenbaar tekortkomend wordt gehandeld in het geval dat enkel gekenmerkt wordt 'door de grote risico's die zijn verbonden aan het beheer van een portefeuille van een particuliere belegger'. Het hangt af van de omstandigheden van het geval.

Een en ander brengt mij ertoe om ervan uit te gaan dat (in wezen overeenkomstig rov. 2.6 van 'shofs arrest, welke rov. in cassatie niet bestreden is) de hier tot uitgangspunt te nemen materiële regel meebrengt dat sprake moet zijn van verzaking van een preventieve waarschuwingsplicht (een wegens het cliëntprofiel te groot risico) en/of een latere waarschuwingsplicht.³¹ Daarbij dienen in voorkomend geval eventuele desbetreffende wettelijke en/of branche-gedragsnormen in aanmerking te worden genomen.

Nu – per saldo – het toerekenbaar tekortkomend of onrechtmatig handelen daarin gelegen is, behoort een zodanig verzaken evenzo tot de stelplicht van de eiser die zich op beleggingsgebied gedupeerd acht door handelen of nalaten van zijn wederpartij.

5.9. Een en ander voert mij – summa summarum – tot de mening dat de thema's dat NNEK heeft nagelaten om een gedegen risicoprofiel op te stellen en een portefeuille heeft samengesteld die niet met hun risicoprofiel overeenstemt, en dat NNEK ten onrechte onduidelijkheid heeft laten bestaan over de door haar gehanteerde beleggingsmethode en het beleggingsbeleid, inderdaad tot de stelplicht aan de zijde van Mourik c.s. behoorden. Het niet voldoen aan deze zorgplicht is de schending van de norm, en de gemotiveerde ontkenning daarvan ('neen, want...') is een bestrijdend en niet een bevrijdend ('ja, maar...') verweer.

5.10. Het verweer van Mourik c.s. bij s.t. in cassatie gaat m.i. dus niet op. Daartoe kan ook niet dienen wat de s.t. in nr. 11 opmerkt omtrent hetgeen het hof in rov. 3.10 heeft overwogen.

5.11. Ik teken nog aan dat in 'shofs oordeel m.i. niet kan worden gelezen dat is beoogd een 'voorschands-bewezen-behoudens-tegenbewijs-' of

'verzwaarde stelplicht-constructie' toe te passen, niet alleen omdat het hof spreekt van een 'bevrijdende' omstandigheid, maar ook omdat het hof expliciet overweegt dat op grond daarvan de bewijslast op NNEK rust, terwijl de beide genoemde constructies niet tot een 'omkering van de bewijslast' leiden.

Ook kan uit 'shofs oordeel zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet worden afgeleid dat het hof een van de in art. 150 Rv genoemde uitzonderingen (zie hiervoor nr. 4.9) op de hoofdregel op grond waarvan de bewijslastverdeling zou moeten worden omgekeerd op het oog heeft gehad.³²

5.12. Overigens lijken voor een zodanig nader oordeel in rov. 2.10 wel bouwstenen voorhanden. Uit deze – hiervoor in nr. 3.7 geciteerde en in cassatie niet bestreden – rov. 2.10 (tweede alinea) blijkt dat de door NNEK in het geding gebrachte uitdraai van het cliëntenprofiel van Mourik c.s. naar 'shofs oordeel ongenoegzaam is. Het ontbreken van een tijdig gemaakt en door Mourik c.s. ondertekend cliëntenprofiel leidt tot een potentiële bewijsnood, en, in het licht van de 'voorschands-bewezen-behoudens-tegenbewijs' of 'verzwaarde stelplicht-constructie' of art. 150 Rv, kan na verwijzing alsnog aan de orde komen de vraag wat dit betekent voor de wederzijdse (nadere) stelplicht, de vraag wat voorhands als bewezen kan worden aangenomen, en de vraag of er reden is voor bewijslastomkering in de zin van art. 150 Rv in fine.

Bij de beantwoording van de vraag welke grenzen partijen en rechter verder in acht hebben te nemen bij het debat na cassatie en verwijzing, heeft uw Raad immers tot uitgangspunt genomen dat de verwijzingsrechter de zaak moet behandelen in de stand waarin zij verkeerde toen de vernietigde uitspraak werd gewezen. Bovendien heeft uw Raad de bevoegdheid in een verwijzende uitspraak aanwijzingen te geven voor de verdere behandeling van de zaak na verwijzing.³³

In dat verband zou, naar mijn gevoelen, vooreerst kunnen worden gewezen op de 'voorschands-behoudens-tegenbewijs-constructie', die m.i. weliswaar niet in het tussenarrest van het hof kan worden gelezen, maar mogelijk wel in het tussenvonnis van de rechtbank van 28 januari

³⁰ Vgl. nr. 4.3.

³¹ Anders dan in de zaak [...]/Rabo, HR 11 juli 2003, nr. C01/257, NJ 2005, 103 m.nt. Du Perron, rov. 3.6.4, is in deze zaak niet aan de orde een deelregel die onder omstandigheden een nadere plicht tot bescherming van een belegger die per se zeer risicovol wenst te beleggen (zonder dat daarbij de gebruikelijke marginverplichting wordt aangehouden) meebrengt.

³² Zo ook de s.t. namens Mourik c.s.: zie voetnoot 1 op p. 3 aldaar.

³³ B. Winters, De procedure na cassatie en verwijzing in civiele zaken (diss. 1992), p. 151, spreekt van zogenaamde verwijzingsinstructies. Zie in dit verband ook Veegens/Kort-hals Altes/Groen, 2005, nr. 200, waar wordt gesproken over 'verwijzingsopdrachten'.

2004. Daartoe wijs ik op rov. 8 en 9 van dat tussenvonnis:

'8. Van [NNEK] mocht tegenover het door Mourik c.s. aan haar gemaakte verwijt dat zij op voornoemde punten in haar zorgplicht was tekortgeschoten, worden verlangd dat zij voldoende feitelijke gegevens verstrekke ter motivering van haar betwisting van dit verwijt. Het was aan [NNEK] om zo nauwkeurig mogelijk haar lezing te geven van hetgeen tijdens de intakegesprekken aan de orde is gekomen en daaromtrent de gegevens te verschaffen waarover zij als vermogensbeheerder redelijkerwijs kon beschikken. (...)

9. Als [NNEK] er niet in slaagt het haar opgedragen bewijs te leveren, dient de lezing van de intakegesprekken als door Mourik c.s. gesteld voor juist te worden gehouden en is de vordering van Mourik c.s. – strekkende tot vergoeding van hun negatieve beleggingsresultaat – toewijsbaar. In dat geval staat immers vast dat [NNEK] in haar zorgplicht jegens Mourik c.s. tekort is geschoten door een beleggingsmethode overeen te komen die niet paste bij de door Mourik c.s. aangegeven beleggingsdoelstelling. (...)

De opdracht aan NNEK luidde vervolgens te bewijzen dat Mourik bij de intakegesprekken heeft aangegeven dat het te beleggen geld vrij beschikbaar was en niet nodig voor zijn bestaanszekerheid, dat zijn pensioen en het studiegeld voor zijn kinderen al geregeld was en dat hij als interim manager in zijn levensonderhoud (en dat van zijn gezin) zou gaan voorzien en dat Mourik bij de intakegesprekken is gewezen op de risico's van de methode Premselaar en op de mogelijkheid om een gedeelte van het vermogen minder risicovol in obligaties te beleggen. Ervan uitgaande dat de rechtbank de 'voorhands-bewezen-behoudens-tegenbewijs-constructie' voor ogen heeft gehad, zou het dictum van het tussenvonnis uiteraard aldus moeten worden gelezen dat NNEK werd toegelaten tot het leveren van tegenbewijs tegen het volgens de rechtbank voorhands afdoende bewezen feit dat Mourik tijdens de intakegesprekken niet is gewezen op de risico's van de methode Premselaar. Bij die lezing is ontzenuwing van het voorhands als bewezen aangenomen feit voldoende en is geen bewijs van het tegendeel vereist. Een dergelijke bewijsleveringsverdeling zou mij in de onderhavige zaak niet onredelijk voorkomen. Bovendien zou een dergelijke bewijsleveringsverdeling aansluiten bij de huidige visie van de Commissie van Beroep DSI in zaken waarin het gaat over de gevolgen van het ontbreken van een – genoegzaam, tijdig gemaakt en ondertekend – cliëntenprofiel, waarover nader in nr. 5.13.

5.13. De Commissie van Beroep DSI heeft hierover enige hierna te vermelden uitspraken gedaan, als ik goed zie óók in zaken tegen NNEK waarin de 'methode Premselaar' aan de orde was.

Ten tijde van de contractsluiting in die zaken (evenals ten tijde van de sluiting van het

onderhavige contract tussen Mourik c.s. en NNEK), voorzag het toepasselijke NR 1999, art. 28, lid 1³⁴ nog niet in de nadien toegevoegde volzin: 'De effecteninstelling legt deze informatie schriftelijk dan wel elektronisch vast.' Deze wijziging trad m.i.v. 1 september 2001 in werking (Stcrt. 2001, nr. 168).

NNEK heeft zich in de procedures – ook in de onderhavige procedure – erop beroepen dat een schriftelijke vastlegging destijds nog geen vereiste was. Uit de toelichting op de wijziging van art. 28 NR 1999 (zie Stcrt. 2001, nr. 168) zou echter kunnen worden afgeleid het schriftelijk vastleggen van het cliëntenprofiel reeds vóór de wijziging gangbare praktijk was: 'Dit cliëntenprofiel dient van iedere cliënt te worden opgemaakt en wordt ook vrijwel altijd schriftelijk vastgelegd. Instellingen moeten immers kunnen aantonen dat zij kennis hebben genomen van het cliëntenprofiel. Artikel 28, eerste lid (oud), schreef echter niet expliciet voor dat het profiel moet worden vastgelegd; met de wijziging van het eerste lid is dit nu wel het geval.'

Aanvankelijk oordeelde de Commissie van Beroep DSI (zie bijv. de uitspraak van 18 november 2003, JOR 2004, 16), omtrent een intakegesprek in 2000 dat door de effecteninstelling niet schriftelijk was vastgelegd:

'Dat deelnemster (lees: de effecteninstelling; toevoeging A-G) niet beschikt over een verslag van het desbetreffende gesprek, valt te betreuren. Aan die omstandigheid komt echter, gelet op de destijds bestaande praktijk geen betekenis toe voor de beoordeling van de handelwijze van deelnemster te dezen.'

Zie ik het goed, dan ging de Commissie van Beroep DSI ten deze echter in 2004 'om'. Bij uitspraak van 22 juni 2004, nr. 71, betrekking hebbend op een in 1999 gesloten contract, oordeelde de Commissie van Beroep:³⁵

'4.1.4. [...] In het midden kan blijven of deelnemster destijds reeds verplicht was een schriftelijk risicoprofiel met betrekking tot belanghebbende op te stellen en of het enkele feit dat zulks is nagelaten tot aansprakelijkheid van deelnemster kan leiden. Een instelling als die van deelnemster, die het beheer van – een deel van – een vermogen op zich neemt, dient en diende ook destijds, informatie in te winnen betreffende de financiële positie van de cliënt en diens ervaring met beleggen in financiële instrumenten en zijn beleggingsdoelstellingen. In een geval waarin deelnemster door haar cliënt wordt aangesproken wegens – beweerdelijk – tekortschieten in de beheerstaak, dient

34 Geciteerd in voetnoot 25.

35 Overgelegd als prod. 1 bij MvA. Zie ook uitspraak nr. 70 van dezelfde datum. Laatstgenoemde uitspraak heeft eveneens betrekking op een in 1999 gesloten beleggingsovereenkomst. In die uitspraak oordeelde de Commissie van Beroep DSI ook dat de effecteninstelling de beleggers (specifiek) had moeten waarschuwen voor de bijzondere risico's die de beleggers bij de toegepaste beleggingsmethode liepen. Beide uitspraken zijn te vinden op www.stichting-dsi.nl.

deelneemster voldoende gegevens te verstrekken ter motivering van haar verweer dat zij, gelet op de omstandigheden van het geval, in afdoende mate op de hoogte was van de bedoelde, haar cliënt betreffende, omstandigheden en, deze omstandigheden tot uitgangspunt nemende, haar beleggingsbeleid hieraan heeft aangepast.

4.1.5. In de hiervoor onder 4.1.3 weergegeven stellingen van deelneemster ligt besloten dat zij wel over voldoende gegevens als bedoeld met betrekking tot belanghebbende beschikte. Deelneemster heeft echter, door dit niet op enigerlei wijze vast te leggen, zichzelf beroofd van de mogelijkheid bij belanghebbende te informeren of het beeld dat zij ter zake van de, belanghebbende betreffende, omstandigheden had, overeenstemde met de door belanghebbende verschaftte gegevens. Deelneemster heeft zich daardoor voorts beroofd van de mogelijkheid harerzijds de nodige gegevens te verstrekken ter weerlegging van de klacht dat zij haar beleggingsbeleid niet zou hebben afgestemd op de financiële positie van belanghebbende. Onder deze omstandigheden behoort het risico dat deelneemster niet kan aantonen dat zij is uitgegaan van gegevens die hem [lees: haar, A-G] door haar cliënt omtrent zichzelf zijn verstrekt, te rusten op deelneemster. [...]

Alsmede:

'4.3.5. Daarnaast heeft deelneemster aangevoerd dat de Klachtencommissie heeft miskend dat, zoals deelneemster heeft gesteld, met belanghebbende een aantal 'intake gesprekken' is gevoerd waarin alle relevante kwesties aan de orde zijn gesteld en uitgebreid is gesproken over de methode X. Deelneemster heeft echter nagelaten te vermelden op welke wijze belanghebbende in deze gesprekken is gewezen op de gevaren die, gelet op de omstandigheid dat het ging om belegging met geleend geld, in het bijzonder voor hem waren verbonden aan de gevolgde methode. Hier breekt zich wederom dat deelneemster destijds klaarblijkelijk heeft nagelaten vast te leggen wat in de bedoelde gesprekken aan de orde is gekomen en dergelijke verslagen aan belanghebbende ter goedkeuring voor te leggen. Dat deelneemster thans niet meer kan aantonen dat belanghebbende destijds expliciet is gewezen op de hiervoor vermelde risico's behoort wederom voor risico van deelneemster te komen. [...]

6. Conclusie

Mijn conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en verwijzing.

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Verweerders in cassatie – verder in enkelvoud te noemen: Mourik – hebben bij exploit van 30

maart 2001 eiseres tot cassatie – verder te noemen: NNEK – gedagvaard voor de rechtbank te Amsterdam en gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, NNEK te veroordelen tot betaling van een bedrag van f 1632751,77, waarvan een bedrag van f 3800 aan buitengerechtelijke incassokosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 8 maart 2001 tot aan de dag der algehele voldoening, en voorts om NNEK te veroordelen in de kosten verbonden aan het ten laste van Mourik gelegde conservatoir derdenbeslag, met veroordeling van NNEK in de kosten van de procedure.

NNEK heeft de vordering bestreden.

De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 19 juni 2002 de zaak naar de rol verwezen om partijen in de gelegenheid te stellen nadere inlichtingen te verstrekken. Bij tussenvonnis van 28 januari 2004 heeft de rechtbank NNEK toegelaten tot bewijslevering.

Tegen beide tussenvonnissen heeft NNEK hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam.

Bij arrest van 2 juni 2005 heeft het hof beide tussenvonnissen bekrachtigd en de zaak teruggevoerd naar de rechtbank te Amsterdam.

(...)

2. Het geding in cassatie

(...)

De conclusie van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en verwijzing.

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Na daartoe op 5 juni en 13 juli 2000 gesprekken te hebben gevoerd, zijn NNEK en Mourik, voor zover hier van belang, het volgende overeengekomen (hierna ook: de beheersovereenkomst):

'Vermogensbeheersovereenkomst

Ondergetekende:

1. Mourik e/o Mourik-de Vilder

[...]

hierna te noemen 'Cliënt'

2. Noordnederlands Effektenkantoor B.V.

[...]

hierna te noemen 'NNEK'

Overwegende:

dat Cliënt zijn vermogen of een deel daarvan, wenst te doen beleggen teneinde zo spoedig mogelijk vermogensgroei en/of inkomsten te behalen;

dat Cliënt aan NNEK opdracht en volmacht wenst te geven om te dien einde voor rekening en risico van Cliënt beleggingstransacties te verrichten

Komen overeen als volgt:

1. Strekking van de overeenkomst

1.1. Cliënt geeft hiermede opdracht en volmacht aan NNEK, die deze aanvaardt, om namens Cliënt en voor diens rekening en risico

te verrichten alle beheers- en beschikkings-handelingen waaronder mede begrepen belegging en alle daaruit voortvloeiende handelingen en administratie van de in Bijlage 1 bij deze overeenkomst gespecificeerde bestanddelen en de toegestane categorieën van beleggingstransacties waarvoor de volmacht van de Cliënt geldt.

1.2. Onverminderd het bepaalde bij de art. 1.1 en 2 ter nadere uitwerking daarvan, bepalen partijen dat het beleggingsbeleid van NNEK dient te zijn gericht op het behalen van een voor Cliënt zo goed mogelijk resultaat. Uit dien hoofde kan NNEK in de beleggingen en de in Bijlage 1 omschreven vermogensbestanddelen te allen tijde wijzigingen aanbrengen die hij in het belang acht van de Cliënt.

[...]

1.3. NNEK is – met inachtneming van hetgeen bepaald is in art. 2 van deze overeenkomst – bij de uitvoering hiervan geheel vrij in het beleggingsbeleid, met bepaling evenwel dat de hier bedoelde belegging, beheer en administratie uitsluitend betrekking kunnen hebben op de vermogensbestanddelen, en geen andere beleggingstransacties verricht mogen worden – behoudens na concrete instructie door Cliënt – dan de welke zijn omschreven in Bijlage 1.

2. Doelstellingen

2.1. NNEK zal bij ondertekening van deze overeenkomst in overleg met Cliënt een schriftelijke opgave opstellen waarin de uitgangspunten en doelstellingen van Cliënt ter zake van het beheer van het vermogen zijn omschreven, welke opgave als Bijlage 2 aan deze overeenkomst zal worden gehecht.

2.2. [...]

2.3. NNEK zal de uitgangspunten en doelstellingen alsmede de ontvangen specificaties als bedoeld in de vorige leden van dit art. in acht nemen bij het beheer van het vermogen.

[...]

5. Risico's belegging in optie en/of termijncontracten

Cliënt verklaart hierbij uitdrukkelijk zich ten volle bewust te zijn

1. van de risico's verbonden aan het verrichten van beleggingstransacties met name in optie en/of termijntransacties en

2. van de consequenties die aan het beheer van het vermogen in meerdere valuta zijn verbonden en deze te aanvaarden.

6. AEX

De rechten en verplichtingen van Cliënt hangen samen met en worden mede bepaald door alle bepalingen van het Algemeen Reglement AEX en andere door AEX vastgestelde regels, richtlijnen en aanwijzingen, waaronder tevens de toepasselijke clearingvoorzwaarden.

[...]

7. Aansprakelijkheid

NNEK zal deze overeenkomst te goeder trouw en naar beste kunnen uitvoeren. NNEK zal niet

aansprakelijk zijn voor schade als gevolg van waardevermindering en/of door Cliënt geleden verliezen of welke andere oorzaak dan ook, behalve indien en voor zover komt vast te staan dat de schade rechtstreeks gevolg is van een toerekenbare tekortkoming van NNEK bij de uitvoering van deze overeenkomst met Bijlagen.'

(ii) In bijlage 2 bij de beheersovereenkomst wordt, voor zover hier van belang het volgende vermeld:

'Doelstelling is het behalen van een voor Cliënt zo goed mogelijk resultaat met behoud van continuïteit.

Het centrale uitgangspunt bij het beheer van uw vermogen is het ondernemingsgewijs beleggen zoals dat oorspronkelijk ontwikkeld is door Harry Premelaar. In evenwichtstoestand betekent dit dat een debetstand wordt aangehouden van in principe 50% (49-55%) van het totaal vermogen. Indien de debetstand lager wordt dan 55% dan is dit een koopsignaal voor het aankopen van effecten. Indien de debetstand hoger wordt dan 55% dan is dit in principe een verkoopsignaal. Bij hogere debetstanden dan 55% wordt op korte termijn door verkoop van effecten het debetpercentage gereduceerd. Als in het belang van de portefeuille op langere termijn een hogere debetstand gewenst is, dan zal daarover overleg gevoerd worden met cliënt.

Verder worden er lange call opties gekocht. Tevens worden er call opties geschreven op aandelen en op de AEX-index.

[...]

De volgende verhouding tussen de vermogensbestanddelen zal gelden als richtlijn voor het opbouwen en vormgeven van de portefeuille:

1. Langlopende call opties: (14%), (10%-20%)
2. Fondsen met een relatief groot belang in de portefeuille (>7%): 36%, (32%-42%)
3. Fondsen met een relatief klein belang in de portefeuille (<7%): 50%, (40%-60%)

Als uitgangspunt wordt het vreemd vermogen geleend in Euro's. Voor aandelen gekocht in valuta's anders dan de Euro, is het mogelijk om tevens vreemd vermogen te lenen in dezelfde valuta voor een gedeelte van de waarde van de betreffende effecten.'

(iii) In art. 23 van een – in aanvulling op de beheersovereenkomst – op 12 juli 2000 tussen partijen en Kas-Associatie NV gesloten driepartijenovereenkomst voor effecten en derivaten (niet-effectenkredietinstellingen) is, voor zover hier van belang, het volgende opgenomen:

'De Cliënt verklaart op de hoogte te zijn van de risico's die het beleggen in optiecontracten termijncontracten en premieaffaires met zich meebrengt en staat er voor in mogelijke verliezen voortvloeiende uit deze beleggingen te kunnen dragen.'

(iv) In verband met de beheersovereenkomst zijn partijen op 13 juli 2000 een optie-/cliëntenovereenkomst AEX (AEX-optiebeurs/FTA) overeen-

gekomen. Art. 2 van deze overeenkomst luidt als volgt:

'Cliënt is zich ten volle bewust van de risico's verbonden aan het verrichten van optietransacties en termijntransacties.'

(v) Voorts zijn NNEK en Mourik in het kader van de beheersovereenkomst op 13 juli 2000 een zogenaamde APPENDIX bij de optieovereenkomst AEX-Optiebeurs (inzake Special Products) overeengekomen. In art. 2 van deze overeenkomst staat het volgende:

'Cliënt is zich ten volle bewust van de risico's verbonden aan het kopen van deze Special Products.'

(vi) Bij de mededeling behorende bij de optieovereenkomst AEX-optiebeurs is onder 'kenmerken van effecten en daaraan verbonden specifieke risico's' onder het kopje 'Overig' de volgende passage opgenomen:

'Bij het kiezen van beleggingen dient de cliënt een goede afweging te maken welke effecten binnen zijn of haar beleggingsdoelstelling vallen. Aan alle vormen van beleggen zijn in meer of mindere mate risico's verbonden. Met name het schrijven van ongedekte opties, termijncontracten (en opties op termijncontracten) kunnen zeer risicovol zijn. De cliënt dient alleen in deze risicovolle beleggingen te (doen) handelen indien de cliënt het (eventuele) verlies kan en wil dragen en zich terdege bewust is van de risico's.'

(vii) Mourik heeft op 27 juli 2000 een bedrag van f 2.100.000 aan NNEK ter belegging in beheer gegeven.

(viii) Omtrent het door NNEK gevoerde beheer is maandelijks gerapporteerd. De eerste rapportage betreft de periode van 3 augustus tot 31 augustus 2000. In die periode werd een resultaat geboekt van 8,5%, zijnde een bedrag van f 177.344. In de maanden daarna zijn negatieve resultaten geboekt. Op 8 januari 2001 hebben partijen hierover een gesprek gevoerd.

(ix) Omstreeks 28 februari 2001 is de portefeuille van Mourik geliquideerd en is de beheersovereenkomst beëindigd. Het saldo na liquidatie van de portefeuille bedroeg f 446.048,23.

(x) Bij brief van 8 maart 2001 heeft Mourik NNEK aansprakelijk gesteld voor het negatieve beleggingsresultaat.

3.2. In dit geding heeft Mourik aan zijn vorderingen ten grondslag gelegd dat NNEK toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de verplichtingen die voor haar voortvloeiden uit de beheersovereenkomst. Hij heeft daartoe een aantal concrete verwijten opgesomd die erop neerkomen dat NNEK bij de uitvoering van die overeenkomst niet de zorg in acht heeft genomen die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vermogensbeheerder mocht worden verwacht.

De rechtbank heeft twee tussenvonnissen gewezen. In haar tweede tussenvonnis heeft zij NNEK toegelaten tot het bewijs dat

(i) Mourik bij de intakegesprekken heeft aange-

geven dat het te beleggen geld vrij beschikbaar was en niet nodig voor zijn bestaanszekerheid, dat zijn pensioen en het studiegeld voor zijn kinderen al geregeld waren en dat hij als interimmanager in zijn levensonderhoud (en dat van zijn gezin) zou gaan voorzien en

(ii) dat Mourik bij de intakegesprekken is gewezen op de risico's van de methode-Premseelaar en op de mogelijkheid een gedeelte van zijn vermogen minder risicovol in obligaties te beleggen.

NNEK heeft hoger beroep ingesteld tegen de door de rechtbank gewezen tussenvonnissen. Het hof heeft deze tussenvonnissen bekrachtigd. Het overwoog daartoe met name:

'2.7. Met de grieven I tot en met VIII betoogt NNEK – naar de kern genomen – dat zij aan haar verplichtingen heeft voldaan en dat zij heeft gehandeld overeenkomstig de op haar rustende bijzondere zorgplicht. Volgens NNEK heeft Mourik bij de intakegesprekken gezegd dat het door haar te beheren vermogen vrij beschikbaar was in die zin dat het niet nodig was voor bestaanszekerheid, pensioen of studie, waren Mourik en De Vilder al voor het sluiten van de onder 2.3.1. genoemde overeenkomsten op de hoogte van de methode Premseelaar en de risico's daarvan, en is Mourik daar bij de intakegesprekken nog eens op gewezen. Voorts hebben dezen door ondertekening van de diverse overeenkomsten verklaard de methode Premseelaar en de risico's daarvan te aanvaarden.

2.8. Mourik en De Vilder bestrijden een en ander gemotiveerd. Zij voeren voorts aan dat Mourik bij de gesprekken op 5 en 13 juli 2000 aan NNEK heeft medegedeeld dat de opbrengsten van het door NNEK te beheren vermogen nodig waren om van te leven, als pensioenvoorziening en als studiegeld voor de kinderen van Mourik en De Vilder.

2.9. Gelet op de betwisting door Mourik en De Vilder, kan niet worden gezegd dat vast staat dat NNEK aan haar bijzondere zorgplicht heeft voldaan, zodat de grieven I tot en met VIII niet kunnen slagen. Bij deze stand van zaken heeft de rechtbank op goede grond aan NNEK bewijs van haar stelling opgedragen, zoals verwoord in het dictum van tussenvonnis II. NNEK beroept zich er immers op dat zij heeft voldaan aan de op haar rustende zorgplicht, hetgeen een bevrijdende omstandigheid is waarvan op haar de bewijslast rust. Grief IX welke zich keert tegen de bewijslastverdeling, faalt derhalve.'

3.3. Het onderdeel betoogt dat de beslissing van het hof omtrent de verdeling van de bewijslast onjuist is, althans onbegrijpelijk gemotiveerd. Kort samengevat wordt daartoe in de eerste plaats aangevoerd dat ingevolge de hoofdregel van art. 150 Rv de bewijslast van de feiten en omstandigheden die Mourik aan zijn vorderingen ten grondslag heeft gelegd, op Mourik rust en niet op NNEK.

Zoals hiervoor in 3.2 is overwogen, heeft Mourik aan zijn vorderingen ten grondslag gelegd dat NNEK toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de verplichtingen die voor haar voortvloeien uit de beheersovereenkomst. Ingevolge art. 150 Rv rust in beginsel op Mourik de bewijslast van de feitelijke grondslag van de gestelde tekortkoming(en). In rov. 2.9 van zijn arrest heeft het hof echter geoordeeld dat NNEK zich erop beroept dat zij heeft voldaan aan de op haar rustende zorgplicht, hetgeen volgens het hof een bevrijdende omstandigheid is waarvan op haar de bewijslast rust. Deze overweging getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Van een bevrijdend verweer in de zin dat NNEK de door Mourik aan zijn vorderingen ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden niet zou hebben bestreden, maar zich afgezien daarvan op een bevrijdende omstandigheid zou hebben beroepen, is geen sprake. De omstandigheid dat NNEK zich heeft verweerd tegen de vordering met het betoog dat zij wel degelijk aan haar zorgplicht tegenover Mourik heeft voldaan, brengt niet mee dat NNEK de feiten moet bewijzen die zij aan dit verweer ten grondslag heeft gelegd.

3.4. De rechtsklacht van het middel is dus gegrond. Het bestreden arrest kan niet in stand blijven en verwijzing zal moeten volgen. Met het oog op de hernieuwde beoordeling in de procedure na verwijzing van grief IX van NNEK wordt het volgende overwogen.

Met die grief is NNEK opgekomen tegen de bewijslastverdeling door de rechtbank in haar tweede tussenvonnis. NNEK is er daarbij van uitgegaan dat op haar volgens de rechtbank een verzwaarde stelplicht rust en dat dit tussenvonnis aldus moet worden verstaan dat de rechtbank de bewijslast in haar nadeel heeft omgekeerd op de grond dat zij niet aan deze verzwaarde stelplicht heeft voldaan. Tegen deze beslissing heeft NNEK onder meer aangevoerd dat de rechtbank heeft miskend dat indien een partij op wie een verzwaarde stelplicht rust, daaraan niet voldoet, de rechter op die grond niet de bewijslast en dus het bewijsrisico mag omkeren. Dit standpunt berust op een onjuiste rechtsopvatting. Het is in beginsel aan het beleid van de rechter die over de feiten oordeelt, overgelaten welke sanctie hij in de gegeven omstandigheden passend acht indien een partij op wie een verzwaarde stelplicht rust, daaraan niet voldoet. Wel zal het in de regel meer voor de hand liggen dat de rechter de bewijslast niet omkeert, maar de stellingen van de partij op wie de bewijslast rust hetzij, als onvoldoende betwist, op de voet van art. 149 lid 1 Rv als vaststaand aanneemt, hetzij deze stellingen voorshands bewezen acht behoudens tegenbewijs door de partij op wie de verzwaarde stelplicht rust. Overigens geldt ook voor een dergelijke beslissing dat zij ten minste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang, om de beslissing zowel voor partijen als voor derden – in geval van openstaan van hogere voorzienin-

gen: de hogere rechter daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar te maken.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 2 juni 2005;

verwijst het geding naar het gerechtshof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Mourik in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van NNEK begroot op €5897,78 aan verschotten en €2600 voor salaris.

NOOT

1. *Bescherming particuliere beleggers*

Particuliere beleggers die in conflict komen met de financiële instelling die voor hen beleggingsdiensten verricht, hebben de keus tussen een gerechtelijke procedure en alternatieve geschillenbeslechting, in de vorm van bindend advies. Is men een van deze wegen ingeslagen, dan is in beginsel de andere geblokkeerd.¹ Van beide mogelijkheden wordt in de praktijk gebruik gemaakt. Wie kiest voor bindend advies komt terecht bij een commissie die is begonnen en bekend geworden als Klachtencommissie Effectenbedrijf, maar die thans (nog) Klachtencommissie DSI² heet. In de loop van 2007 zal deze onderdeel gaan uitmaken van het op de Wet financieel toezicht berustende Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (KlIFD).

Voordelen van de gewone rechter zijn diens professionaliteit, het feit dat zijn onafhankelijkheid is gewaarborgd en dat zijn uitspraken ten uitvoer kunnen worden gelegd (bindend adviezen van alternatieve geschillenbeslechtsers niet). Voorts kan de rechter getuigen onder ede horen, en is er in dit soort zaken altijd de mogelijkheid van rechtspraak in meer instanties. Daar staat tegenover dat de commissies lagere toegangsdrempels hebben, gemiddeld aanzienlijk sneller zijn, de procedure informeel is en dat de commissies gespecialiseerd zijn in de onderwerpen die zij behandelen. De gegeven bindend adviezen worden bijna altijd opgevolgd, al doet zich af en toe wel eens een uitzondering voor. Van uitspraken van de Klachtencommissie DSI staat in beperkte mate hoger beroep open op de Commissie van Beroep DSI, die eveneens uitspraak in de vorm van bindend advies doet.

Herhaaldelijk zijn procedures voor de civiele rechter over beleggersbescherming tot in cassatie gevoerd.³ Het belangrijkste arrest was de Hoge Raad over deze materie is m.i. dat in de zaak

¹ Afgezien van rechterlijke toetsing van een bindend advies op de voet van artikel 7:904 BW.

² (Stichting) Dutch Securities Institute.

³ Van HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261, m.nt.G.J. Scholten (Saladdin/HBU) tot HR 23 december 2005, NJ 2006, 289, m.nt. M.R. Mok (Safe Haven).

Rabo/Everaars.⁴ Beide proceskanalen beïnvloeden elkaar wederkerig. In de hier behandelde zaak heeft advocaat-generaal Verkade (in § 5.13) verwezen naar enkele uitspraken van de Commissie van Beroep DSI en uit één daarvan uitvoerig geciteerd.

2. Bewijslast

Mourik heeft de wegens op zijn door NNEK beheerde effectenportefeuille geleden verliezen, van NNEK schadevergoeding gevorderd. In twee tussenvonnissen heeft de rechtbank te Amsterdam eerst partijen in de gelegenheid gesteld inlichtingen te verstrekken en vervolgens NNEK toegelaten tot bewijslevering. Tegen beide vonnissen heeft NNEK hoger beroep ingesteld.⁵ Het gerechtshof te Amsterdam heeft beide vonnissen bekrachtigd. Tegen het daartoe strekkende arrest was het door NNEK gericht cassatieberoep gericht.

De vorderingen van Mourik steunden op de stelling van toerekenbare tekortkoming van NNEK bij de nakoming van de verplichtingen uit de beheerovereenkomst. NNEK heeft tegengeworpen dat zij aan de op haar rustende zorgplicht heeft voldaan, hetgeen volgens het hof (ro. 2.9) een bevrijdende omstandigheid was, waarvan op NNEK de bewijslast rust. A.-g. Verkade duidt zulk een omstandigheid aan als *ja, maar-verweer*, te onderscheiden van het gewone ontkenkende verweer, dat men (nog steeds volgens de a.-g.) aanschouwelijk kan betitelen als *nee, want-verweer*.

Wanneer een eiser stelt dat de tegenpartij haar contractuele plichten niet is nagekomen en die tegenpartij verweert zich met de stelling dat zij die plichten wel is nagekomen, dan kan men dat moeilijk opvatten als een (zelfstandig) bevrijdend *ja, maar-verweer*. De stelling is in tegendeel het prototype van een ontkenning. Het is dan aan de eiser aan te tonen dat die ontkenning ongefundeerd is.

De HR heeft daarom het arrest van het hof vernietigd en het geding verwezen naar het gerechtshof in Den Haag ter verdere behandeling. Dat betekent dat dit hof opnieuw het door NNEK ingestelde appel tegen de tussenvonnissen van de rechtbank moet beoordelen. Voor die beoordeling heeft de HR in ro. 3.4 een interessante verwijzing (wel aangeduid als 'verwijzingsinstructie'⁶) gegeven.

3. Bancaire zorgplicht en methode Premelaar

De overeenkomst tussen het echtpaar Mourik en NNEK hield in dat deze laatste de inleg van het echtpaar zou beheren volgens de methode Premelaar. Mourik heeft eind juli 2000 een bedrag van f 2.200.000 (dus ± € 1 mln.) ingebracht. Zeven maanden later, eind februari 2001, werd de overeenkomst beëindigd en de portefeuille geliquideerd. Het liquidatiesaldo was ruim f 446.000. Ongeveer 80% van het vermogen was in die periode dus verloren gegaan.

Nu kunnen aandelen sterk in waarde dalen en

in de betrokken periode hebben zij dat ook gedaan. Evenwel stond de AEX aan het begin van de genoemde periode op 671 en aan het eind op 597. Dat is een daling van 11%. Partijen waren niet overeengekomen dat zou worden geprobeerd de AEX bij te houden of te 'verslaan', maar de ontwikkeling van de index geeft wel dat de algemene koersontwikkeling ter beurze een verlies van 80% niet kan verklaren. Dat geeft voedsel aan het vermoeden dat er met de methode Premelaar iets niet klopt.

Hoe de methode werkt is beschreven in een bijlage bij de beheerovereenkomst die zowel in de conclusie van a.-g. Verkade als in het arrest van de HR is opgenomen. Kort samengevat komt het er op neer dat gewerkt wordt met een debetstand van rond 50%. Wordt de debetstand lager dan 55% dan is dat een 'signaal' tot het bijkopen van effecten. Wordt de debetstand daarentegen hoger dan 55% dan is het juist een signaal tot verkoop van effecten.

Om op een debetstand van 50% uit te komen moet men een krediet ter grootte van de inleg opnemen. Dat betekent dat bij de aanvang meteen een krediet van f 2.200.000 is opgenomen en belegd. Een debetstand van 50% betekent dat men tweemaal zoveel belegt als de inleg, dus dat elke beursbeweging tweemaal zo sterk wordt doorgegeven. Stijgt de beurs 10%, dan verdient men (bruto) 20% en omgekeerd. Ik voegde het woord 'bruto' in omdat de belegger in alle gevallen met hoge kosten te maken krijgt. Om te beginnen moet hij debetrente betalen over het geleende bedrag (bij de aanvang over hetzelfde bedrag als dat van zijn inleg). Komen er veel koersschommelingen voor, dan zal er vaak worden verkocht en weer bijgekocht, wat tot een hoog bedrag aan provisie leidt. Ten slotte is aannemelijk dat de belegger voor het beheer een vergoeding aan de beheerder (NNEK) verschuldigd is. Er is heel wat koerswinst nodig om het totaal van deze kostenposten te compenseren.

Een en ander versterkt het vermoeden dat er met de methode iets mis is. M.i. is dit vermoeden gegrond. De methode doet denken aan de uitvindingen van een figuur uit Marten Toonders Bommelerhalen, professor Prlwytzkofsky. Deze deed voortdurend uitvindingen, steeds even onverwacht en excentriek. Eén ding hadden die uitvindingen gemeen: ze sorteerden nooit het beoogde effect en veroorzaakten meestal een ramp.

Ter ondersteuning geef ik enkele citaten uit uitspraken van de Klachtencommissie en de Commissie van Beroep DSI.⁷

'De Commissie acht de methode zoals ver-

⁴ HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192, m.nt. C.J. van Zeben.

⁵ Zie hierover voetnoot 5 van de conclusie van de a.-g.

⁶ Vgl. voetnoot 33 bij de conclusie van de a.-g.

⁷ Enkele van deze uitspraken blijken uit de gedingstukken. Men kan uitspraken van beide Commissies, die anoniem op de website van DSI zijn opgenomen, identificeren als betrekking hebbend op de methode Premelaar door de beschrijving van deze (unieke) methode.

weerder die heeft gehanteerd zeer risicovol. Toepassing van de regel dat steeds circa 50% van de portefeuille met vreemd vermogen moet zijn gefinancierd, heeft tot gevolg dat de beheerder tot mutaties in de portefeuille wordt gedwongen. Aan- en verkopen vinden volgens deze methode niet plaats op grond van verwachte marktontwikkelingen doch op basis van de hoogte van het debetsaldo in verhouding tot de actuele waarde van de portefeuille. Dit brengt bij een dalende markt grote risico's mee, zeker als de toepassing van de methode niet aan de veranderde marktomstandigheden wordt aangepast zoals klager had gewild en ook heeft voorgesteld. Deze risico's worden versterkt doordat spreiding van de portefeuille over sectoren geen factor van betekenis is.

De aan de methode verbonden risico's maken het nodig dat beleggers daarvoor op indringende wijze worden gewaarschuwd. In het aan klagers verstrekte materiaal, waaronder de syllabus van de cursus, is op verscheidene plaatsen vermeld dat beleggen niet zonder risico is omdat koersen kunnen dalen. Mede gezien de gekozen bewoordingen en de context waarin de waarschuwingen zijn geplaatst, is het begrijpelijk dat klagers zich de consequenties onvoldoende hebben gerealiseerd. Dit geldt te meer daar verscheidene teksten in de documentatie voor meer dan één uitleg vatbaar zijn en de gevaren op andere plaatsen worden gebagatelliseerd. Daar staat tegenover dat het niet aannemelijk is dat verweerder heeft gesuggereerd, zoals klager heeft gesteld, dat financiering met 50% vreemd vermogen zou leiden tot een halvering van het verlies bij koersdaling.⁸

In een andere zaak over belegging volgens de methode Premseelaar overwoog de Commissie van Beroep DSI⁹:

'De door deelnemster¹⁰ toegepaste beleggingsmethode brengt mee dat in een dalende markt koersverliezen worden verzwaaard door de aan deze methode inherente financiering met geleend geld. In het onderhavige geval werd dit effect extra versterkt omdat belanghebbende ter verkrijging van de oorspronkelijke portefeuille geld ter leen had opgenomen. Dan bestaat het gevaar dat de waarde van de portefeuille als gevolg van koersverliezen zal dalen onder het bedrag van de lening, zodat in de portefeuille geen dekking meer kan worden gevonden voor het volle bedrag van de lening. Deelnemster heeft te dien aanzien aangevoerd dat het hier ging om het liquide maken van de overwaarde van het woonhuis van belanghebbende, zodat niet gezegd kan worden dat belanghebbende de ingebrachte portefeuille had gefinancierd met vreemd geld. Daarom zou belanghebbende, volgens deelnemster, voldoende kapitaalkrachtig zijn om verliezen te dragen. Deze opvatting kan niet worden gevolgd, al was het alleen reeds omdat belanghebbende over het aldus geleende geld

rente diende te betalen. Deze rente diende mede uit de met de beleggingen behaalde resultaten te worden voldaan. Dit een en ander leidt tot de gevolgtrekking dat aan de gevolgde methode voor belanghebbende extra risico's waren verbonden, te weten de kans dat de beleggingsresultaten onvoldoende waren om de rente op te brengen en de kans dat de waarde van de portefeuille zou dalen onder het nog openstaande bedrag van de hypotheek. De Commissie van beroep is van oordeel dat deelnemster belanghebbende uitdrukkelijk had behoren te wijzen op de bijzondere risico's die de gevolgde beleggingsmethode in het onderhavige geval voor belanghebbende meebracht.'

Uit het bovenstaande kan men afleiden dat beleggen volgens de methode Premseelaar – mede als gevolg van de niet geringe kosten – beperkte mogelijkheden bood aardig te verdienen en aanzienlijke kansen veel, zelfs alles, te verliezen. A.-g. Verkade heeft (§ 5.8.) betoogd dat men niet kan overwegen dat het beleggen van een vermogen op basis van de risicovolle methode Premseelaar zonder meer reeds tekortschieten jegens particuliere beleggers zou meebrengen. Als men de nadruk legt op 'zonder meer' (Verkade heeft deze woorden gecursiveerd), dan is dat wel juist. Als iemand komt met geld dat hij over heeft (in deze tijd waarin er mensen zijn met een inkomen van ettelijke miljoenen euro per jaar, kan dat) en de dienstverlener legt goed uit wat de risico's zijn, kan men niet zeggen dat de zorgplicht niet is nagekomen.

Om dergelijke klanten ging het – kan men uit de gepubliceerde uitspraken opmaken – gewoonlijk niet. De Mouriks waren waarschijnlijk vrij representatief: geen arme mensen, maar ook geen Croesussen. Dan wordt het al bedenkelijker, maar er kwam wat bij. NNEK heeft wel voorgelicht en ook wel gewaarschuwd, maar de voorlichting kan een wervende en de waarschuwingen kunnen een relativiserende toonzetting hebben gehad. De effectenbranche wijkt niet af van andere: verkopers willen omzet en winst genereren, waartoe individuele adviseurs/verkopers door een prestatiebeloning worden aangemoedigd.¹¹ Wie schadevergoeding eist zal in beginsel moeten bewijzen of aannemelijk maken dat de instelling haar zorgplicht niet is nagekomen, maar omdat dit zeker geen uitzondering was, is dat bewijs niet zo moeilijk. Zo zou ik menen dat de instelling (NNEK) die een effectenrelatie (en zeker beheer) met toepassing van de methode Premseelaar afsloot, moest nagaan of de klant zich kon permitteren het ingelegde bedrag te verliezen. Zij was niet alleen de dienstverlener maar ook de expert, die moest weten welke nadelen en

8 Uitspraak Klachtencommissie DSI d.d. 17 juni 2003, nr. 98.

9 Uitspraak Commissie van Beroep DSI nr. 71 d.d. 22 juni 2004.

10 D.w.z. de deelnemster aan de Stichting DSI, i.c. het NNEK.

11 Zie hierover A.J.C.C.M. Loonen, Een kwestie van vertrouwen, diss. UvA, 2006, passim, bijv. p. 291.

gevaaren aan de methode inherent waren, terwijl de klanten doorgaans afgingen op de – mondelinge en schriftelijke – mededelingen van de instelling. In dit verband past ook de suggestie van de Hoge Raad (ro. 3.4.) dat de rechter de stellingen van de partij op wie de bewijslast rust (de klant) hetzij als onvoldoende betwist als vaststaand aanneemt, hetzij deze stellingen voorshands bewezen acht, behoudens tegenbewijs door de wederpartij (de financiële dienstverlener). Deze vorm van zachte omkering van de bewijslast zal voor de meeste klagende klanten voldoende zijn.

NNEK heeft een slag gewonnen, maar zij mag daaruit niet afleiden dat zij ook de eindzege op zak heeft.

M.R. Mok

NJ 2007, 204

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

5 januari 2007, nr. C05/123HR

(Mrs. D.G. van Vliet, A.E.M. van der Putt-Lauwers, F.W.G.M. van Brunschot, P. Lourens, E.N. Punt; A-G De Wit)

m.nt. prof. mr. J.W. Zwemmer*

LJN AU8958

JOL 2007, 2

RvdW 2007, 67

EG-Verdrag art. 29, 90; IVBPR art. 26; EVRM art. 14; EVRM 1e Protocol art. 1

Wet op de belasting van personenauto's en motorrijwielen 1992. Ontbreken teruggaafregeling bij uitvoer: strijd met gemeenschapsrecht (art. 90 en 29 EG) dan wel met art. 26 IVBPR en art. 14 EVRM jo. art. 1 Protocol 1 bij EVRM?

Niet blijkt van een onjuiste rechtsopvatting m.b.t. het discriminatieverbod van art. 90 EG geeft 's hofs oordeel dat de omstandigheid dat de opbrengst van de heffing krachtens de Wet op de belasting van personenauto's en motorrijwielen 1992 (Wet BPM) rechtstreeks naar de staatskas vloeit en niet reeds bij voorbaat bestemd is voor de financiering van wegen of andere activiteiten die alleen de nationale weggebruiker ten goede komen, de conclusie wettigt dat de heffing van BPM niet in strijd is met dat artikel. Het ontbreken van een teruggaafregeling bij uitvoer doet de Wet BPM niet om die reden in strijd zijn met art. 90 EG. Evenmin is sprake van schending van het communautaire evenredigheidsbeginsel. Onjuist is de opvatting dat door het ontbreken van een teruggaafregeling bij uitvoer een door art. 29 EG verboden ongelijkheid wordt geschapen en dat de heffing van BPM strijdig is met art. 26 IVBPR en art. 14 EVRM jo. art. 1 van Protocol 1 bij het EVRM.

Ingevolge de Wet op de belasting van personen-

auto's en motorrijwielen 1992 (BPM) wordt belasting geheven zodra een auto geacht wordt tot het Nederlandse wagenpark te behoren. De BPM kent geen regeling op grond waarvan BPM wordt teruggegeven indien een auto wordt uitgevoerd naar een andere staat. Bovag c.s. hebben gevorderd te verklaren voor recht dat de BPM gezien het ontbreken van een algemene teruggaafregeling bij uitvoer in strijd is met gemeenschapsrecht (art. 29 en 90 EG) dan wel met art. 26 IVBPR en art. 14 EVRM in verbinding met art. 1 van Protocol 1 van het EVRM. Het hof heeft geoordeeld dat de opbrengst van de heffing van BPM rechtstreeks naar de staatskas vloeit en niet reeds bij voorbaat bestemd is voor financiering van wegen of andere activiteiten die alleen de nationale weggebruiker ten goede komen. Het hof heeft voorts geoordeeld (i) dat de heffing van BPM niet in strijd is met art. 90 EG; (ii) dat het ontbreken van een teruggaafregeling de BPM niet om die reden in strijd doet zijn met art. 90 EG; (iii) dat voor een toetsing van het ontbreken van een teruggaafregeling aan art. 29 EG geen plaats is, nu de heffingsregeling valt onder het bereik van art. 90 EG. Het cassatiemiddel keert zich tegen deze oordelen.

(i) De conclusie van het hof dat de heffing van BPM niet in strijd is met art. 90 EG kan het niet tot cassatie leiden, omdat die conclusie, naar redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar is, geen blijk geeft van een onjuiste opvatting met betrekking tot voormeld artikel. Immers, uit het arrest van het HvJEG van 8 juni 2006, Koornstra, C-517/04, volgt dat een dergelijke heffing slechts in strijd zou zijn met het discriminatieverbod van artikel 90 EG indien de opbrengst van die heffing strekt ter financiering van activiteiten die enkel ten goede komen aan de voor de binnenlandse markt bestemde binnenlandse producten, en indien de voordelen die uit de bestemming van de opbrengst van die heffing voortvloeien, de op die producten drukken last volledig compenseren. 's Hof's oordeel houdt in dat dit geval zich hier niet voordoet.

(ii) Zoals de Hoge Raad heeft overwogen in zijn arrest van 19 januari 2000, nr. 35057, BNB 2000/119, brengt het ontbreken van een teruggaafregeling niet mee dat Nederland een hogere binnenlandse belasting heft op producten van een andere lidstaat dan de belasting die op gelijksoortige nationale producten wordt geheven, dan wel dat door de onderwerpelijke belastingheffing andere producties zijdelings worden beschermd, en leidt het ontbreken van een teruggaafregeling er evenmin toe dat personenauto's die naar een andere lidstaat worden uitgevoerd, wegens die uitvoer zwaarder worden belast dan niet uitgevoerde personenauto's. Gelet op het voorgaande en in aanmerking genomen dat de BPM geen heffing is die beoogt het gebruik van een personenauto of motorrijwiel te belasten naar de mate waarin gebruik wordt gemaakt van de

* Prof. mr. J.W. Zwemmer is hoogleraar belastingrecht aan de Universiteit van Amsterdam en raadshoof-plaatsvervanger in de gerechtshoven van Arnhem, Den Bosch en Amsterdam.