

# Insinger in cassatie tegen uitspraak rond zorgplicht

Door Lenneke Arts | Fondsnieuws - 30 december 2019 | [Rechtspraak](#)

---

**Tegen de uitspraak van Het Gerechtshof Amsterdam dat Theodoor Gilissen Bankiers de bijzondere zorgplicht geschonden zou hebben tegenover een particuliere belegger, is cassatie ingesteld.**



Dat blijkt uit een analyse die advocaat financieel recht Frank 't Hart over de zaak schrijft in de decembereditie van het magazine Jurisprudentie Onderneming & Recht.

De advocaat van Hart advocaten plaatst bovendien een kritische kanttekening bij de uitspraak van Het Hof van afgelopen juli. Hij stelt dat de depotbank bij zogenaamd vrije hand vermogensbeheer niet verplicht is om de passendheid van orders voor cliënten te beoordelen.

De zaak die InsingerGilissen achtervolgt, draait om de tripartiete overeenkomst tussen een particuliere belegger, de failliete vermogensbeheerder Attica en Theodoor Gilissen Bankiers, destijds nog geen onderdeel van fusiebank InsingerGilissen.

In een dergelijke relatie is een adviseur niet verbonden aan de bank waar een klant zijn depot aanhoudt. De adviseur geeft namens de klant orders door aan de beleggingsonderneming.

## **Faillissement**

De zaak tussen de particuliere belegger en de depotbank begon te rollen toen Attica in 2012 failliet ging en de door de rechtbank opgelegde vergoeding wegens te risicovol beleggen in buitenlandse hedgefondsen, niet kon voldoen. In de procedure die de particuliere klant vervolgens aanspande tegen de depotbank, oordeelde de rechter in eerste instantie dat Theodoor Gilissen niks te verwijten viel.

Maar Het Gerechtshof oordeelde anders in juli. De depotbank zou toerekenbaar tekortgeschoten zijn in de nakoming van haar verbintenissen uit de tripartiete overeenkomst, luidde de uitspraak. TGB moest de door die tekortkoming geleden schade vergoeden.

De zorgplicht was volgens Het Hof geschonden, omdat de bank het aanbodingsverbod had overtreden, medewerking had verleend aan een risicovolle deelneming in hedge funds terwijl ernstig rekening gehouden moest worden met het feit dat de beleggers niet professioneel waren, geen open kaart had gespeeld bij hedge funds en nagelaten had na te gaan of deelneming mogelijk was indien wél open kaart was gespeeld.

## **Vrije hand vermogensbeheer**

‘t Hart benadrukt nu in magazine JOR over dat laatste oordeel dat Attica vrije hand vermogensbeheer voerde over de effectenportefeuille van de klant en in het kader van het gevoerde beheer orders opgaf aan Theodoor Gilissen Bankiers.

‘Zou er sprake zijn geweest van een execution-only of beleggingsadvies, dan zijn beslissingen omtrent de samenstelling van de portefeuille en het te voeren beleggingsbeleid de eindverantwoordelijkheid van de niet-professionele belegger. Juist in het geval van vrije hand vermogensbeheer is het de professionele dienstverlener - in casu Attica - die zich een oordeel dient te vormen over de geschiktheid van de voorgenomen deelneming.’

Sec een overtreding van het aanbiedingsverbod betekent volgens 't Hart niet dat de zorgplicht van de depotbank richting de belegger is geschonden. 'Het is immers de vermogensbeheerder en niet de belegger die zich een oordeel dient te vormen ten einde een adequate beleggingsbeslissing te nemen; de vermogensbeheerder kwalificeert zich als een professionele belegger.'

## **Hoge Raad**

De depotbank had volgens de advocaat haar (beperkte) zorgplicht wél kunnen schenden als de bank wist of diende te weten dat de voorgenomen deelneming evident niet kon passen bij het risicoprofiel van de belegger. 't Hart citeert een artikel uit de Wft waarin staat dat een beleggingsonderneming erop mag vertrouwen dat de door een andere onderneming aan de cliënt 'voorgestelde wijze van beheer van het individuele vermogen van de cliënt overeenkomt met hetgeen bij of krachtens wet is bepaald'.

'Dit betekent dat de wetenschap van een depotbank over de passendheid van de uit te voeren orders zeer gering mag zijn. De enkele omstandigheid dat belegd wordt in een niet bij de AFM geregistreerde beleggingsinstelling met een bepaalde minimum-inleg brengt niet met zich mee dat de depotbank haar zorgplicht schendt, zelfs niet indien de depotbank de klant niet op deze omstandigheid wijst.'

Volgens de advocaat moet beoordeeld worden of de depotbank bekend was met andere feiten en omstandigheden op grond waarvan de depotbank de bijzondere zorgplicht geschonden zou hebben. 'Het woord is aan de Hoge Raad.'