

NOOT

In deze zaak vordert een particuliere belegger een vergoeding van de schade die is ontstaan als gevolg van het niet uitvoeren van een door hem gegeven order. ABN heeft erkend dat een *stop loss order* is gegeven die niet is uitgevoerd, maar heeft aangevoerd dat de particulier met dat laatste in verdere gesprekken heeft ingestemd. Het hof heeft de vorderingen afgewezen. De Hoge Raad vernietigt. De Hoge Raad gaat eerst in op de vraag of de overeengekomen *stop loss order* kan worden gewijzigd door een daartoe strekkende mededeling van de ene partij aan de andere. Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van het feit of de partij die de mededeling deed (ABN deelde mee dat de stop order niet was uitgevoerd), erop mocht vertrouwen dat de reactie van haar wederpartij (of het uitblijven daarvan) mocht worden opgevat als een blijk van instemming (r.o. 3.3.2, HR 4 februari 2000, «JOR» 2000/70. Deze maatstaf wordt in casu ingekleurd door de bijzondere zorgplicht van de bank ten opzichte van de cliënt. Die zorgplicht strekt mede ter bescherming van de cliënt tegen het gevaar van een gebrek aan kunde en inzicht of van eigen lichtvaardigheid. (HR 8 februari 2013, «JA» 2013/117, «JOR» 2013/106, m.nt. Van der Wiel). De omvang van deze bijzondere zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval (HR 9 januari 1998, «JOR» 1998/116, m.nt. Kortmann). Deze zorgplicht kan meebrengen dat de bank de cliënt behoort te waarschuwen voor de risico's die zijn verbonden aan voortzetting van een bepaald beleggingsbeleid en dat zij pas erop mag vertrouwen dat de cliënt ermee instemt bepaalde risico's te lopen als hij, na uitdrukkelijk door de bank op die risico's te zijn gewezen, daarmee instemt. Daarbij kan de bank verplicht zijn zich ervan te vergewissen dat de cliënt zich daadwerkelijk van die risico's bewust is (HR 3 februari 2012, «JOR» 2012/116, m.nt. Van Baalen). Tegen deze achtergrond komt de Hoge Raad tot het oordeel dat ondanks het feit dat partijen geen vermogensbeheerrelatie zijn aangegaan maar een adviesrelatie, dit niet weg neemt, dat op de bank een bijzondere zorgplicht rustte tegenover de particulier.

Het oordeel van het hof dat "op grond van de adviesrelatie" de particulier zelf verantwoordelijk was voor het beheer van het belegde vermogen en de gevolgen van door hem genomen beslissingen, gaat uit van een onjuiste rechtsopvatting. Het oordeel van het hof dat ABN ervan mocht uitgaan dat de op 19 september 2008 gegeven *stop loss order* op 22 september 2008 niet meer aan de orde was, is onvoldoende gemotiveerd indien het hof wél van de juiste rechtsopvatting is uitgegaan, maar van oordeel was dat ABN erop mocht vertrouwen dat de reactie van de particulier mocht worden opgevat als een blijk van instemming met de mededeling van de bankmedewerker op maandag 22 september 2008 dat de ABN de *stop loss order* niet had uitgevoerd. Het hof heeft de essentiële stellingen van de particulier niet kenbaar in zijn oordeel betrokken: a. dat ABN deze order niet heeft uitgevoerd en dus de ontstane situatie heeft veroorzaakt; b. dat ABN in de gegeven omstandigheden, mede gelet op de op haar rustende bijzondere zorgplicht, de particulier aanstonds over de door haar gemaakte fout had moeten informeren en hem uitdrukkelijk de keuze had moeten bieden om hetzij de aandelen alsnog te verkopen, met vergoeding van de schade die hij door de tekortkoming van ABN had geleden, hetzij deze aandelen alsnog aan te houden, al dan niet vergezeld van een nieuwe *stop loss order*; c. dat de particulier, mede naar aanleiding van geruststellende mededelingen van zijn accountmanager, zich alsnog bereid verklaarde het risico te gaan lopen dat de koers van de aandelen zou zakken tot beneden € 19,50 per aandeel, hoewel de eerder door hem gegeven, maar door de ABN niet uitgevoerde, *stop loss order* juist impliceerde dat hij dit risico niet wenste te aanvaarden; en d. dat de ABN wist dat de particulier geen ervaring had met de werking van een order. Daarnaast oordeelt de Hoge Raad dat ook in de situatie dat ABN erop mocht vertrouwen dat de *stop loss order* op 22 september 2008 was ingetrokken, daarmee in de gegeven omstandigheden niet zonder meer haar bijzondere zorgplicht in de gegeven omstandigheden is uitgewerkt. De vraag rijst wat dit arrest nu betekent voor de rechtspraak. A-G Spier concludeerde in tegenstelling tot de Hoge Raad tot verwerping en afdoening op grond van art. 81 RO. Spier kwam tot het oordeel dat het de particulier wel duidelijk moet zijn geweest dat hij met vuur speelde. De