

**HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (Saladin - HBU)**

HOGE RAAD (Burg. Kamer), 19 mei 1967. (Mrs. de Jong, Wiarda, Houwing, Hulsmann en Loeff).

W. Saladin, te Naarden, eiser tot cassatie van een door het Hof te Amsterdam tussen pp. gewezen arrest van 28 april 1966, voorwaardelijk inc. verweerder, adv. Mr. S.K. Martens,

tegen

De naaml. venn. Hollandsche Bank-Unie NV, gevestigd en kantoorhoudende te Amsterdam, mede kantoorhoudende te Willemstad (Curacao), verweerster in cassatie, voorwaardelijk inc. eiseres, adv. Mr. C.R.C. Wijckerheld Bisdom;

De Hoge Raad, enz.;

O. dat uit het bestreden arrest en de stukken van het geding blijkt:

dat de eiser tot cassatie, Saladin, bij dagv. van 18 april 1963 de verweerster in cassatie, verder te noemen de Bank, heeft gedaagd voor de Rb. te Amsterdam, en heeft gesteld:

"1. dat hij vanaf mei 1950 tot mei 1960 woonachtig was te Willemstad - Curacao;

2. dat hij sedert 1953 in relatie stond met het te Willemstad - Curacao aan de Bredestraat no. 1 (P) gevestigde kantoor van de Bank, hierna te noemen Kantoor Willemstad, met welk kantoor hij een rekening-courant-overeenkomst had gesloten;

3. dat Saladin - een leek op financieel gebied - bij talrijke gelegenheden aan Kantoor Willemstad adviezen vroeg en verkreeg over beleggingsmogelijkheden en andere financiële problemen, welke adviezen Saladin placht op te volgen;

4. dat Kantoor Willemstad bij monde van de toen in dienst van de Bank zijnde procuratiehouders H.J.A.M. Stimm en H. van Petten zich omstreeks de maand okt. 1958 ongevraagd tot Saladin wendde en hem aanraadde door bemiddeling van Kantoor Willemstad gelden te beleggen in Canada, waarbij Kantoor Willemstad mededeelde, dat het hier een belegging betrof, die niet slechts een aantrekkelijk rendement bood, maar bovendien als veilig kon worden beschouwd;

5. dat Kantoor Willemstad aldus aan Saladin voorstelde voor zijn rekening en door bemiddeling van Kantoor Willemstad te kopen van J.E. Savard te Montreal (Canada) aandelen Waterman Pen Company voor d prijs van Can. dollars 6,00 per aandeel, mededeelde, dat Kantoor Willemstad beschikte over een door Savard ondertekende garantie, waarin hij de verplichting op zich nam de door Kantoor Willemstad voor Can. dollars 6,00 per aandeel verkochte aandelen een jaar na de verkoop terug te kopen voor Can. dollars 7,00 per aandeel, terwijl Kantoor Willemstad aan Saladin te kennen gaf, dat het hier een nagenoeg risicoloze transactie betrof, waarbij Saladin zich m.b.t. het aantal te kopen aandelen slechts diende te laten leiden door het bedrag, dat hij gedurende een jaar vast wilde leggen;

6. dat Kantoor Willemstad aan Saladin deze transactie heeft aangeprezen, door daarbij woorden te gebruiken als: "dit is een buitenkansje voor goede clienten van de Hollandsche Bank-Unie", Savard is onmetelijk rijk", "de bank kan geen garantie geven, maar het is honderd percent safe" en woorden van soortgelijke strekking, waardoor Saladin in de mening kwam te verkeren, dat het hier een veilige belegging betrof, welke hij op gezag van de deskundigheid van het personeel van de Bank nagenoeg zonder risico kon doen;

7. dat Kantoor Willemstad aan Saladin bevestigde, dat Savard bereid was vanaf 14 nov. 1959 t/m 31 dec. 1959 deze aandelen te kopen voor Can dollars 7,00 per aandeel;

8. dat Saladin, op deze manier daartoe overgehaald, op 14 nov. 1958 zes duizend aandelen Waterman Pen Co. op genoemde conditie heeft gekocht door bemiddeling van Kantoor Willemstad, deze aandelen geleverd heeft gekregen en de koopprijs vermeerderd met provisie en kosten heeft betaald;

9. dat Saladin de door hem gekochte 6000 aandelen na 14 nov. 1959 doch voor 31 dec. 1959 door bemiddeling van Kantoor Willemstad aan Savard voornoemd ten verkoop tegen de prijs van Can dollars 7,00 per aandeel heeft doen aanbieden;

10. dat Savard toen volledig in gebreke is gebleven zijn verplichting tot terugkoop na te komen en eerst in de loop van het jaar 1960 gedeeltelijk aan zijn verplichting tot terugkoop heeft voldaan en 3035 aandelen van Saladin heeft teruggekocht voor Can dollars 7,00 per aandeel, deze aandeelen geleverd heeft gekregen terwijl Saladin de koopprijs verminderd met provisie en kosten van kantoor Willemstad heeft ontvangen;

11. dat Savard echter tot op heden de resterende 2965 aandelen niet heeft teruggekocht;

12. dat Kantoor Willemstad t.b.v. Saladin e.a., die in dezelfde positie verkeerden, van Savard een rente voor te late nakoming van 7 percent per jaar heeft bedongen, welke rente Savard door bemiddeling van Kantoor Willemstad heeft betaald tot 1 maart 1961;

13. dat Savard, blijkens aan Saladin door Kantoor Willemstad getoonde correspondentie, niet in staat is zijn verplichtingen na te komen;

14. dat Saladin als gevolg van deze gang van zaken grote schade heeft geleden en nog lijdt, omdat per eind maart 1963 de aandelen Waterman Pen Co. vrijwel waardeloos zijn, immers nog slechts 1/8 Can dollar per aandeel waard zijn, terwijl Saladin uiteraard rente over het belegde geld derft;

15. dat de schade van Saladin per 31 maart 1963 bedroeg:

a. koersverlies ad Can dollar 6,875 per aandeel over 2965 aandelen . . . Can dollar 20.384,38

b. rente ad 7 percent per jaar vanaf 1 maart 1961 t/m 31 maart 1963 over 2965 x Can dollar 7,00 = Can dollar 20.755,00 . . Can dollar 3.026,77 Can dollar 23.411,15

tegen f 3,33 5/16 per Can dollar = f 78 032,29;

16. dat aan Saladin na zijn terugkeer in Nederland is gebleken, dat Kantoor Willemstad de gerelateerde transactie heeft aangepraat, terwijl het wist althans behoorde te weten, dat deze transactie in geen enkel opzicht als een veilige en degelijke belegging mocht worden beschouwd;

17. dat Kantoor Willemstad gegrond redenen moet hebben gehad om te twijfelen aan de solventie van Savard, omdat Kantoor Willemstad wist, dat Savard in belangrijke mate in de Waterman Pen Co. was geïnteresseerd, terwijl Kantoor Willemstad wist althans behoorde te weten, dat Savard niet in staat was de door hem benodigde crediten op normale manier in Canada te verkrijgen en begreep althans had moeten begrijpen, dat verkoop van een pakket aandelen Waterman Pen Co. te Montreal of New York voor Savard niet mogelijk was zonder dat de koers der aandelen in belangrijke mate zou dalen;

18. dat derhalve Kantoor Willemstad wist althans behoorde te weten, dat Saladin gevaar zou lopen verliezen te lijden als gevolg van de aan Saladin op bovenomschreven wijze aanbevolen transactie en desondanks op de gerelateerde wijze alles in het werk heeft gesteld om Saladin tot vorenstaande transactie te bewegen;

19. dat de Bank in ernstige mate faalde, toen zij aan Saladin ongevraagd op de gerelateerde wijze advies gaf, en zonder redelijke grond zich tegenover Saladin uitte op de wijze, als in de zesde "aangezien" dezer dagv. is vermeld, zodat de Bank zich aan wanprestatie heeft schuldig gemaakt;

20. dat de Bank althans - door te handelen als in het vorenstaande is vermeld - zich aan een onrechtmatige daad heeft schuldig gemaakt, immers handelende in strijd met de zorgvuldigheid, welke in het verkeer tussen een bank en haar client betaamt t.a.v. het goed van die client;

21. dat Saladin de schade, welke hij heeft geleden en nog lijdt, niet geleden zou hebben, zelfs niet gedeeltelijk, indien de Bank zich zou hebben onthouden van het ongevraagd geven van het gerelateerde advies, zodat die schade met de door de Bank gepleegde wanprestatie subs. met de door de Bank gepleegde onrechtmatige daad samenhangt;

22. dat de Bank heeft geweigerd de schade in der minne te regelen;"

op grond waarvan hij heeft gevorderd veroordeling van de Bank tot betaling van een schadevergoeding van f 78 032,29 met rente en kosten;

dat de Bank tegen deze vordering verweer heeft gevoerd, daarbij o.m. er zich op beroepend, dat zij in haar brief aan Saladin van 14 nov. 1958 waarbij zij de lit. transactie bevestigde en die door Saladin voor accoord werd getekend, heeft bedongen: "Hoewel de ons ten dienste staande informatie over Savard en Hart gunstig luiden kunnen wij echter generlei aansprakelijkheid voor deze transactie op ons nemen";

dat de Rb. te Amsterdam bij vonnis van 11 maart 1964 aan Saladin zijn eis heeft ontzegd;

dat op het door Saladin ingestelde hoger beroep het Hof te Amsterdam bij arrest van 11 nov. 1965, na te hebben vastgesteld dat Saladin tegen het beroepen vonnis als grieven heeft aangevoerd:

"Grief I. Ten onrechte heeft de Rb. de afwijzing van aansprakelijkheid voorkomende in de door de Bank geschreven en door en vanwege Saladin voor accoord getekende brieven van 14 nov. 1958 in haar rechtsoverwegingen betrokken, zulks terwijl deze brieven geen betrekking hebben op onrechtmatige handelingen in de zin van art. 14061 BW

Grief II. a. Ten onrechte beschouwt de Rb. de uitlating van een procuratiehouder van de Bank, dat de door de Bank aangeprezen beleggingstransactie: "100 procent safe" was, als de persoonlijke mening van deze procuratiehouder, hoewel Saladin deze uitlating kon en mocht opvatten als een uitlating van de Bank zelf d.m.v. haar orgaan.

b. Ten onrechte heeft de Rb. beslist, dat de uitlatingen van de procuratiehouder van de Bank: "deze transactie is een buitenkansje voor de goede clienten". "Savard is onmetelijk rijk" alsmede "het is 100 procent safe" niet onrechtmatig zijn gezien de gunstige informatie, waarover de Bank beschikte toen haar procuratiehouder zich aldus uitte.

Grief III. Ten onrechte heeft de Rb. het beleggingsadvies van de Bank, hetwelk ongevraagd gegeven werd, niet beschouwd als te zijn in strijd met hetgeen in het verkeer tussen een bank en haar client betaamt t.o.v. het goed van die client;"

een verschijning van pp. tot het verstrekken van inlichtingen heeft gelast;

dat, nadat deze had plaatsgevonden, het Hof bij het bestreden arrest het vonnis van de Rb. heeft bekrachtigd, na te hebben overwogen:

"dat het Hof aanleiding vindt om eerst te behandelen de grieven II en III;

"t.a.v. grief IIa dat Saladin bij inl. dagv. (sub 6) heeft gesteld, dat "kantoor Willemstad" hem de onderwerpelijke transactie heeft aangepraat door daarbij woorden te gebruiken als: "dit is een buitenkansje voor goede klanten van de Hollandsche Bank Unie", "Savard is onmetelijk rijk", "de bank kan geen garantie geven, maar het is 100 procent safe" en woorden van soortgelijke strekking;

"dat de Bank bij conclusie van antwoord in prima (sub 17) hiertegenover heeft gesteld dat van "aanpraten" van bedoelde transactie door haar, uitgaande boven het verstrekken van een normaal beleggingsadvies zoals een bank dit kan en mag geven, geen sprake is geweest;

"dat Saladin vervolgens, bij repliek (sub 6) zich heeft beroepen op het door haar geproduceerde p-v van een op 20 aug. 1962 gehouden voorlopig getuigenverhoor, blijkens hetwelk getuige Stimm, algemeen procuratiehouder bij de Bank, verklaarde, o.m.:

" "Ik heb destijds mijn bemiddeling verleend bij de aankoop van de onderhavige aandelen door verzoeker Saladin en door de heer Jongschaap. Ik was destijds chef van de afdeling van de Hollandsche Bank Unie NV, doch heb mij met deze aangelegenheid bemoeid omdat ik de heren Saladin en Jongschaap wel kende. Het komt er op neer, dat een zekere Baron Soupart, de vertegenwoordiger van J.E. Savard te Montreal, de aandelen had aangeboden voor Can dollars 6,00 per stuk met de bepaling dat hij deze aandelen voor 1 dec. 1959 zou terugkopen voor de prijs van Can dollars 7,00 per stuk. ... Ik heb toen de heren Saladin en Jongschaap benaderd en hun dit aanbod overgebracht ... Ik heb aan de heer Saladin - te zijnen huize of ten huize van de heer Jongschaap nog gezegd dat de onderhavige transactie een buitenkansje was voor de goede klanten van de Hollandsche Bank Unie" ", en waarbij de getuige Jongschaap verklaarde, o.m.:

" "De heer Stimm is eens bij mij thuis gekomen terwijl de heer Saladin toevallig ook bij mij was. Namens de Hollandsche Bank Unie zeide hij toen tegen Saladin en mij: " "Nu hebben wij wat moois voor jullie. Dit is een buitenkansje alleen voor goede klanten. Jullie kunt aandelen Waterman kopen voor dollars 6,00 per stuk van een zekere Savard en deze Savard verplicht zich om voor 1 dec. 1959 die aandelen voor Can dollars 7,00 per stuk weer terug te kopen." . . . Wij, althans een van ons, hebben (heeft) daarop aan Stimm gevraagd: "Is de bank garant?" waarop Stimm antwoordde: "Dat mag de Bank niet doen, maar ik zeg jullie dat het 100 procent safe is" ";

"dat de Bank, bij dupliek, deze verklaringen van de getuigen Stimm en Jongschaap niet als onjuist heeft betwist, en daaromtrent (sub 8) slechts heeft gesteld dat zij de onderwerpelijke transactie "op basis van de toen te harer beschikking staande" gegevens stellig mocht aanbevelen als "een buitenkansje voor goede relaties";

"dat op grond van de aangehaalde getuigenverklaringen derhalve mag worden aangenomen dat nu wijlen Stimm, toen hij (naar bij dagv. onweersproken is gesteld: omstreeks 1958) in de onderwerpelijke aangelegenheid zich tot Saladin wendde, dit deed namens de Bank, en dat hij in het gesprek dat hij toen met Saladin heeft gehad woorden heeft gebruikt als "deze transactie is een buitenkansje voor de goede klanten" alsmede "het is 100 procent safe";

"dat in deze omstandigheden moet worden aangenomen, en in ieder geval Saladin het er voor mocht houden, dat Stimm de bedoelde woorden namens de Bank gebruikte, en hieraan niet afdoet dat, zoals de Bank heeft aangevoerd, Stimm destijds was hoofd van de assurantie-afdeling van de Bank te Willemstad, en aldaar niet werkzaam was bij haar effecten-afdeling, noch ook dat, zoals Saladin bij gelegenheid van de verschijning van pp. heeft medegedeeld, Stimm in zijn vrije tijd voor de v.o.f. waarin Saladin en Jongschaap de deelgenoten waren, de eindboekhouding verzorgde;

"dat Saladin, bij inl. dagv., door te spreken van "kantoor Willemstad", ook niet anders gesteld heeft en de Rb. dus niet had mogen overwegen (zijn stellingen weergevende) "als zijn persoonlijke mening zou Stimm nog te kennen hebben gegeven dat het "100 procent safe" was";

"dat grief IIa dus gegrond is, doch deze grief blijkens hetgeen het Hof hierna verder zal overwegen niet tot vernietiging van het beroepen vonnis kan leiden;

"m.b.t. grief IIb dat de Rb. heeft overwogen "Saladin verwijt dan aan de Bank dat haar procuratiehouder Stimm zou hebben gezegd - blijkbaar voor de transactie met Savard werd gesloten - dat de aankoop der aandelen een buitenkansje was voor de goede klanten van de Bank, en dat Savard "onmetelijk rijk" zou zijn";

"dat de Rb. daarbij in het midden heeft gelaten of Stimm de aangehaalde woorden inderdaad heeft gebruikt, hetgeen zij kon doen omdat zij vervolgens overwoog dat "deze aanprijzingen", gezien de ontvangen gunstige informatie over Savard, geen onrechtmatige daad tegenover Saladin vormen;

"dat het Hof grief IIb dus zal lezen alsof daarin niet staat "de uitlatingen van de procuratiehouder van de Bank" doch "de door Saladin gestelde uitlatingen van de procuratiehouder van de Bank", waarbij dan voor de goede orde aangetekend zij dat, nadat (zoals hierboven reeds werd overwogen) de Bank in

prima zich er toe beperkt had te stellen dat van "aanpraten", uitgaande boven het verstrekken van een normaal beleggingsadvies, zoals een bank dit kan en mag geven, geen sprake is geweest, zij bij memorie van grieven heeft betoogd dat de Rb. terecht heeft overwogen dat "alle door de heer Stimm ter aanprijzing van de transactie gebezigde uitdrukkingen" (cursivering van het Hof) gezien de ontvangen gunstige informatie betreffende Savard geen onrechtmatige daad jegens Saladin kunnen opleveren, hetgeen niet anders kan worden opgevat dan dat de Bank niet langer tegenspreekt dat Stimm ook heeft gezegd dat Savard onmetelijk rijk was;

"hieromtrent en tevens t.a.v. grief III dat bij de gehouden verschijning van pp. de gemachtigde van de Bank, van Petten, heeft verklaard, zakelijk weergegeven en voor zover ten deze van belang:

dat hij in 1956 te Montreal van een Hollander die bij Savard en Hart werkte vernam dat het een grote zaak was; dat in 1958 baron Soupert, leider van het kantoor van Savard en Hart te Miami Beach, de transactie heeft voorgesteld waar het in dit proces om gaat en daartegenover heeft gezegd dat Savard hoopte dat bewoners van Curacao door bemiddeling van de Bank met zijn firma zaken zouden gaan doen; dat hij, van Petten, tijdens het gesprek dat hij met Saladin heeft gehad voor deze aan de Bank opdracht gaf tot aankoop van aandelen Waterman Pen Company, wist dat Savard chairman was van deze company, en kantoren had behalve te Zurich, te Montreal, Toronto en Miami Beach; dat hij, toen hij zijn onderhoud met Saladin had, in zijn bezit had het jaarboek Survey of Industrials, jaargang 1958; dat hij dit jaarboek niet meer bezit, maar wel de jaargang 1959 daarvan, waarin vermeld staat de geconsolideerde balans per 31 jan. 1958 van de Waterman Pen Company, in welke voorkomt een deficit van dollars 456.563,00, en voorts wordt medegedeeld: "Net profit for the year ended Jan.: 31, 1958, was dollars 165.702,00 compared with dollars 126.069,00 for the previous year"; dat hij aanneemt dat deze laatste zinsnede ook al heeft gestaan in het jaarboek 1958, doch hij wanneer dit niet het geval is geweest bij zijn gesprek met Saladin (van welk gesprek tussen pp. thans vaststaat dat het in nov. 1958 plaatsgevonden heeft) van de in het boekjaar 1957-1958 door voormelde company gemaakte winst nog geen kennis kan hebben gedragen, en daaraan dus geen conclusie verbonden kan hebben; dat hij aanneemt dat voormeld jaarboek 1958 over de jaren 1954 t/m 1957 aangaande de aandelen Waterman Pen Company dezelfde noteringen heeft vermeld als voormeld jaarboek 1959, en dat hij voor zijn meervermeld onderhoud met Saladin daarvan kennis heeft genomen, evenals van de geconsolideerde balans van de company per 31 jan. 1958, indien deze in het jaarboek 1958 reeds vermeld heeft gestaan, en anders van de geconsolideerde balans per 31 jan. 1957; dat hij in het najaar 1958 niet de beschikking had over de originele jaarverslagen, balansen, verlies- en winstrekeningen van de Waterman Pen Company; dat in 1958 de Bank het blad Monthly Review maandelijks toegestuurd kreeg, en dat het nummer van nov. 1958 al in het bezit van de Bank moet zijn geweest toen hij - van Petten - de zaak met Saladin besprak;

"dat de Bank heeft geproduceerd een ter gelegenheid van de verschijning van pp. door de raadsheer-commissaris gewaarmerkte blz. uit het jaarboek Survey of Industrials, jaargang 1959, vermeldende o.m. de navolgende koersen van de aandelen Waterman Pen:

1957 1956 1955 1954

High Low High Low High Low High Low

10,5 procent 5 17 procent 8 16 procent 11 1/4 13 9

"dat voorts de Bank heeft gesteld bij conclusie van antwoord in eerste aanleg (sub 15), zakelijk weergegeven en voor zover ten deze van belang: dat de effectenmakelaars firma Savard en Hart een uitstekende reputatie genoot; dat de Bank destijds beschikte over betrouwbare referenties omtrent deze firma, waarin geconcludeerd werd, dat zij haar verplichtingen steeds placht na te komen en dat er geen reden bestond om te vrezen, dat zij verplichtingen zou aangaan, welke zij niet zou kunnen nakomen; dat in 1957 Savard een soortgelijk aanbod, als dat waarop Saladin i.c. is ingegaan heeft gedaan, met dien verstande, dat de aandelen Waterman Pen Co. toen voor de prijs van Can dollars 5,00 per aandeel werden aangeboden met een terugkoop-garantie na verloop van een jaar van Can dollars 6,00 per aandeel; dat de Bank te minder reden had om de solvabiliteit van Savard in twijfel te trekken omdat de helft van de aankoopssommen door Savard en Hart zelf gefinancierd werd;

"dat bij conclusie van dupliek in prima de Bank hieraan nog heeft toegevoegd dat de onderwerpelijke transactie heeft berust op een aanbod van Savard van 23 okt. 1958 en dat op die datum de notering van de aandelen Waterman Pen Co. ter beurze van Montreal bedroeg dollars 5 3/8 a dollars 5 5/8;

"dat, bij gelegenheid van de pleidooien in hoger beroep, de Bank nog heeft geproduceerd een brief van The Royal Bank of Canada te Montreal aan haar, de Bank, d.d. 9 nov. 1956 alsmede een bij die brief geadviseerd "bankers' report" betreffende Savard en Hart, Montreal Quebec, d.d. 6 nov. 1956, luidende:

"The above are a well known firm of Stock Brokers being members in good standing of the Montreal Stock and Curb Markets. They have been satisfactory clients of ours for a number of years, but as advances are made on the usual banker-broker basis we have found it unnecessary to call for a Statement of affairs and consequently, are not informed as to their financial position. They however

appear to finance without difficulty and, in our opinion, are responsible for legitimate business obligations";

"dat de Bank bovendien nog heeft geprobeerd een bankers' report betreffende Savard en Hart d.d. 28 maart 1958, weergegeven in een brief aan de Bank van The Royal Bank of Canada, Montreal, d.d. 18 nov. 1958 doch de gemachtigde van de Bank bij de meervermelde verschijning van pp. heeft toegegeven dat hij deze brief en de daarin vervatte informatie niet kan hebben gekend toen hij zijn meervermeld onderhoud met Saladin had, zijnde dit onderhoud in ieder geval voorafgegaan aan het tot stand komen van de lit. transactie, die op 14 nov. 1958 door de Bank aan Saladin (en mej. Damoen) bevestigd werd;

"dat al de hier opgesomde feiten en gegevens voor de Bank zeker geen aanleiding hebben kunnen zijn om Saladin mede te delen dat Savard onmetelijk rijk was;

"dat die feiten en gegevens eerder de vraag rechtvaardigden of niet Savard, resp. Savard en Hart, in dusdanige mate behoefte had aan liquide middelen dat hij, om in die behoefte te voorzien, zijn toevlucht moest nemen - nog wel twee jaar achter elkaar - tot een transactie die zeker hoogst ongebruikelijk moest worden geacht, en die ingeval hij tot terugkoop zou moeten overgaan er op neer zou komen dat hij voor de tijdelijk tot zijn beschikking gekomen gelden een enorme rente moest betalen, terwijl, wanneer terugkoop niet van hem verlangd zou worden, zijn belang in de Company waarvan hij chairman was zeer sterk zou verminderen, zo al niet geheel verloren zou gaan;

"dat bij deze vraag zich onmiddellijk de vraag behoorde aan te sluiten of, wanneer Savard inderdaad tot terugkoop van de verkochte aandelen werd aangesproken, hij tot deze terugkoop nog wel in staat zou zijn;

"dat echter de eerder bedoelde feiten en gegevens, voor zover betreffende de Waterman Pen Company - de door Savard en Hart gegeven terugkoopgarantie buiten beschouwing gelaten - zeker niet rechtvaardigden de aan Saladin voorgestelde transactie jegens hem aan te duiden als "een buitenkansje voor de goede klanten", en nog minder als "100 procent safe", dragende bedoelde transactie veeleer, naar de Bank had kunnen begrijpen, een in niet geringe mate speculatief karakter;

"dat hiermede echter nog niet gezegd is dat de in grief IIB aangehaalde uitlatingen van wijlen de procuratiehouder van de Bank, Stimm, en dat het bij grief III bedoeld beleggingsadvies, jegens Saladin onrechtmatig zijn geweest, resp. in strijd zijn geweest met hetgeen in het verkeer tussen een bank en haar client betaamt t.o.v. het goed van die client;

"daaromtrent dat Saladin niet heeft gesteld dat de aanprijzingen van de Bank van de lit. transactie en het dienaangaande door haar gegeven advies tegen beter weten in hebben plaatsgevonden, en het tegendeel ten overvloede duidelijk is geworden doordat Saladin niet heeft weersproken dat Stimm, zoals hij ter voorlopige enquête heeft verklaard, zelf een aanzienlijk deel van zijn bezit in de onderwerpelijke transactie heeft gestoken, en dat van Petten, gelijk hij als gemachtigde van de Bank heeft verklaard, in nov. 1958 ook aandelen Waterman Pen Company heeft gekocht op de ten processe vermelde condities, zij het dat hij de meeste van deze aandelen reeds in die tijd weer heeft doorgegeven aan derden, omdat bij al degenen die bij het kantoor Willemstad van de Bank werkzaam waren zo'n groot enthousiasme voor de onderwerpelijke transactie bestond;

"dat in het kader van de beide hier behandelde grieven de vraag dus slechts blijft of aanprijzingen en advies van de Bank, hoezeer te goeder trouw verstrekt, niettemin opleveren een dusdanig te kort schieten van de Bank in de zorgvuldigheid die zij jegens Saladin in acht behoorde te nemen dat die aanprijzingen en dat advies jegens Saladin als onrechtmatige daden moeten worden beschouwd, die de Bank verplichten om de als gevolg van die daden door Saladin geleden schade aan hem te vergoeden;

"dat echter het Hof, i.v.m. hetgeen hierna zal worden overwogen n.a.v. grief I, aan beantwoording van deze vraag niet toekomt, hetgeen betekent dat de grieven IIB en III niet tot vernietiging van het beroepen vonnis kunnen leiden;

"dat toch - m.b.t. grief I - tussen pp. vaststaat dat de brieven d.d. 14 nov. 1958, waarbij de Bank aan Saladin en aan mej. Damoen de lit. transactie bevestigde, inhielden de bepaling: "Hoewel de ons ten dienste staande informaties over Savard en Hart gunstig luiden kunnen wij echter generlei aansprakelijkheid voor deze transactie op ons nemen";

"dat Saladin, en mej. Damoen, bedoelde brieven, houdende de aangehaalde bepaling, voor accord hebben afgetekend, en mitsdien bedoelde bepaling hebben geaccepteerd;

"dat Saladin bij de verschijning van pp. in persoon heeft verklaard dat hij na ontvangst van bedoelde brieven door hemzelf en door mej. Damoen van Petten heeft opgebeld om hem opheldering te vragen, en dat deze hem toen heeft geantwoord dat hij zich niet ongerust behoefde te maken, want dat het om een gewone bankformaliteit ging, doch dat van Petten zelf, bij bedoelde verschijning namens de Bank optredende, heeft verklaard zich hieromtrent niets te herinneren, terwijl Saladin op dit punt geen bewijs heeft bijgebracht, noch ook specifiek aangeboden;

"dat Saladin in zijn toelichting op grief I stelt dat deze grief zich richt tegen de mogelijkheid dat de Rb., in het beroepen vonnis, de hier besproken bepaling mede van toepassing heeft geacht op door de Bank gepleegde onrechtmatige gedragingen;

"dat aan Saladin moet worden toegegeven, dat het beroepen vonnis in dit opzicht niet duidelijk is, immers de Rb. wel overweegt dat, door de bedoelde bepaling in haar bevestigingsbrief, de Bank duidelijk liet uitkomen dat zij aansprakelijkheid voor eventuele wanprestatie van de zijde van Savard inzake diens terugkoopverplichting afwees, doch zij niet tevens overweegt dat dit, naar de bedoeling van pp., ook moest gelden wanneer de Bank, bij het aanprijzen van de transactie resp. het geven van haar beleggingsadvies, moest voorzien dat Savard zijn terugkoopverplichting niet zou kunnen nakomen, of althans met die mogelijkheid rekening moest houden;

"dat Saladin zijnerzijds beweert dat de onderwerpelijke bepaling geen betrekking had op onrechtmatige handelingen in de zin van art. 1401 BW, en geen andere betekenis had dan dat Saladin bereid was de risico's aan de transactie verbonden te aanvaarden, omdat deze risico's volgens de mededelingen van de Bank te verwaarlozen waren;

"dat het Hof deze uitlegging in strijd acht met de duidelijke bewoordingen van de onderwerpelijke bepaling, die (algemeen als zij luiden) tot bedoelde - zeer beperkte - uitlegging geenszins aanleiding geven;

"dat het Hof dan ook van oordeel is dat een beroep op de bepaling in kwestie aan de Bank slechts dan niet toekomt wanneer zij bij haar aanprijzingen en advies hetzij te kwader trouw heeft gehandeld, hetzij daarbij dusdanig grof inbreuk heeft gemaakt op hetgeen naar eisen van maatschappelijk verkeer haar jegens Saladin betaamde dat een beroep op de bepaling in strijd geacht zou moeten worden met de goede zeden, of althans met de goede trouw, die bij nakoming van overeenkomsten moet worden toegepast;

"dat echter hierboven reeds werd overwogen dat op kwade trouw door Saladin geen beroep wordt gedaan;

"dat voorts het Hof, nu niet anders gebleken is dan dat degenen die voor de Bank handelden onvoldoende inzicht hadden in de risico's die aan de lit. transactie verbonden waren, ook niet aanneemt dat de aanprijzingen en adviezen van de Bank, indien zij jegens Saladin al onrechtmatig geacht zouden moeten worden, dit waren in zodanige mate dat de Bank daartegenover geen beroep zou mogen doen op de in de brieven van 14 nov. 1958 vervatte bepaling;

"dat aan Saladin's bewijsaanbod, waarbij geen andere feiten te bewijzen worden aangeboden dan waarvan hierboven reeds is uitgegaan, mitsdien moet worden voorbijgegaan;

"dat ook aan grief I dus geen gevolg kan worden toegekend, waaruit volgt dat het beroepen vonnis moet worden bekrachtigd;"

O. dat Saladin tegen 's Hofs arrest van 11 nov. 1965 beroep in cassatie heeft ingesteld, als middel van cassatie voorstellend:

"Schending van het Ned. recht - meer in het bijzonder van de artt. 14 AB, 1371, 1373, 1374, 1374, 1375, 1401 en 1402 BW - door, op in 's Hofs arrest vermelde en als hier herhaald aan te merken gronden, het vonnis d.d. 11 maart 1964 door de Rb. te Amsterdam in deze zaak gewezen te bekrachtigen cum annexis, zulks ten onrechte om de navolgende redenen:

a) naar uit 's Hofs arrest blijkt, resp. door Saladin is gesteld en in het midden is gebleven, heeft de Bank aan haar vaste relatie Saladin, een leek op financieel gebied, die op haar beleggingsadviezen placht te vertrouwen en deze placht op te volgen, de ten processe bedoelde transactie Savard en Hart - bij het aangaan van welke transactie door Saladin de Bank financieel belang had - ongevraagd, en in elk geval: eigener beweging voorgesteld en aangeraden. Degenen, die daarbij voor de Bank handelden, hebben de lit. transactie aan Saladin voorgesteld en aangeraden in bewoordingen ("dit is een buitenkansje voor goede klanten van de Hollandsche Bank-Unie", "Savard is onmetelijk rijk", "de Bank kan geen garantie geven, maar het is 100 procent safe"), welke enerzijds geschikt waren om Saladin de indruk te geven, dat die transactie niet alleen bijzonder voordelig, maar ook volkomen veilig was - terwijl de Bank, resp. degenen, die voor haar handelden, als deskundige(n) op financieel gebied had(den) behoren te weten, dat bedoelde transactie veeleer een in niet geringe mate speculatief karakter droeg -, anderzijds niet, althans volstrekt onvoldoende werden gerechtvaardigd door de feiten en gegevens omtrent Savard en Hart, resp. de door deze aangeboden aandelen Waterman Pen Co., waarover de Bank, resp. degenen, die voor haar handelden, toen zij evenbedoeld advies gaf (gaven), beschikte(n).

b) nadat de Bank vorenbedoelde transactie aan Saladin in voege als sub a. omschreven had voorgesteld en aangeraden, en nadat Saladin, afgaande op haar advies, de Bank opdracht had gegeven om die transactie voor hem - deels ten eigen name, deels op naam van Mej. Damoen (destijds zijn verloofde, thans zijn echtgenote) - aan te gaan, heeft de Bank in de brieven, waarbij zij bevestigde de lit. transactie te hebben verricht, een bepaling opgenomen luidende: "Hoewel de ons ten dienste staande informatie over Savard en Hart gunstig luiden, kunnen wij echter generlei aansprakelijkheid voor deze transactie

op ons nemen", welke bepaling Saladin en Mej. Damoen, door voor accord tekenen van bedoelde brieven, naar 's Hofs oordeel, hebben geaccepteerd, terwijl deze bepaling - naar 's Hofs uitleg - ook moest gelden wanneer de Bank bij het (in voege als voormeld) aanprijzen van de (lit.) transactie, resp. het geven van haar (vorenbedoeld) beleggingsadvies, moest voorzien, dat Savard zijn terugkoopverplichting niet zou kunnen nakomen, of althans met die mogelijkheid rekening moest houden.

c) in vorengeschetste omstandigheden is deze contractuele uitsluiting van de aansprakelijkheid van de Bank jegens Saladin, resp. Mej. Damoen voor de gevolgen van vorenbedoeld advies, dat, althans in de vorm waarin het werd gegeven, naar de Bank als deskundige op financieel terrein toen had behoren te weten, onverantwoord was en derhalve door haar niet, althans niet in vorenbedoelde bewoordingen had mogen zijn gegeven, in strijd met de goede zeden en mitsdien krachteloos, althans is het beroep daarop ten deze in strijd met de goede trouw, waarmede overeenkomsten ten uitvoer moeten worden gebracht. Daaraan doet niet, althans niet zonder meer af, dat op kwade trouw van de Bank bij het geven van voormeld advies geen beroep is gedaan, resp. dat daarvan ook niet is gebleken, noch dat degenen, die voor de Bank handelden, onvoldoende inzicht hadden in de risico's, die aan de lit. transactie verbonden waren. Voormeld advies had immers nimmer in vorenomschreven bewoordingen mogen worden gegeven en was - mede omdat het niet, althans volstrekt onvoldoende gerechtvaardigd werd door de gegevens waarover de Bank, resp. degenen die voor haar handelden beschikte(n) - in de hoogste mate roekeloos, resp. in de hoogste mate onzorgvuldig tegenover Saladin";

O. dat de Bank voorwaardelijk - n.l. onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van het arrest zou kunnen leiden - inc. cassatieberoep heeft ingesteld;

t.a.v. het principaal beroep:

O. dat hetgeen het Hof m.b.t. de door Saladin aan de Bank verweten gedragingen heeft vastgesteld in hoofdzaak hierop neerkomt:

1e. dat de Bank aan Saladin een door haar bemiddeling te sluiten transactie heeft voorgesteld en aangeraden, waarbij Saladin van Savard een aantal aandelen Waterman Pen Company zou kopen voor 6 Canadese dollar per stuk onder verplichting van Savard deze aandelen, zo Saladin zulks zou wensen, na een jaar van Saladin terug te kopen voor 7 Canadese dollar per stuk, en dat degenen die namens de Bank optraden daarbij aan Saladin mededelingen hebben gedaan van deze strekking, dat deze transactie een buitenkansje was voor de goede klanten van de Bank, dat Savard onmetelijk rijk was en dat de transactie 100 procent safe was;

2e. dat de gegevens waarover de Bank toen t.a.v. Savard beschikte, voor de Bank geen aanleiding hebben kunnen zijn om aan Saladin mee te delen dat Savard onmetelijk rijk was, en eerder de vraag rechtvaardigden of Savard niet in dusdanige mate behoefte had aan liquide middelen, dat hij om in die behoefte te voorzien zijn toevlucht moest nemen tot een hoogst ongebruikelijke en voor hem zeer onvoordelige transactie, en of Savard wanneer hij tot terugkoop van de aandelen zou worden aangesproken, nog wel tot terugkoop in staat zou zijn;

3e. dat de gegevens waarover de Bank toen t.a.v. Waterman Pen Company beschikte - de terugkoopgarantie buiten beschouwing gelaten - niet rechtvaardigden de aan Saladin voorgestelde transactie als een buitenkansje voor de goede klanten en als 100 procent safe aan te duiden, en deze transactie veeleer, naar de Bank had kunnen begrijpen, een in niet geringe mate speculatief karakter droeg;

4e. dat de aanprijzingen van de transactie door de Bank en het door haar dienaangaande gegeven advies niet tegen beter weten in doch te goeder trouw hebben plaats gevonden, mede blijkens het feit dat degenen die namens de Bank deze aanprijzingen deden en dit advies gaven ook zelf, een van hen zelfs voor een aanzienlijk deel van zijn bezit, aandelen op gelijke voorwaarden van Savard hebben gekocht;

O. dat de Bank in de door Saladin voor accord getekende brief van 14 nov. 1958 waarin zij aan Saladin de opdracht tot het uitvoeren van de transactie tussen Saladin en Savard bevestigde, de bepaling heeft opgenomen: "Hoewel de ons ten dienste staande informaties over Savard en Hart gunstig luiden kunnen wij echter generlei aansprakelijkheid voor deze transactie op ons nemen"; dat het Hof, blijkens hetgeen het overweegt omtrent de gevallen waarin naar zijn oordeel aan de Bank een beroep op deze bepaling niet zou toekomen, deze bepaling feitelijk en dus in cassatie onaanastbaar aldus heeft uitgelegd, dat daarbij de aansprakelijkheid van de Bank voor de transactie in beginsel ook dan werd uitgesloten als de Bank m.b.t. de door haar gedane aanprijzingen en het door haar gegeven advies zou hebben gehandeld in strijd met de zorgvuldigheid die haar jegens Saladin betaamde; dat immers het Hof heeft beslist dat een beroep op deze bepaling aan de Bank slechts dan niet toekomt, als de Bank hetzij bij haar aanprijzingen en advies te kwader trouw heeft gehandeld, hetzij daarbij dusdanig grof inbreuk heeft gemaakt op hetgeen naar de eisen van maatschappelijk verkeer jegens Saladin betaamde dat een beroep op de bepaling in strijd moet worden geacht met de goede zeden of althans met de goede trouw, die bij de nakoming van overeenkomsten moet worden toegepast;

O. dat het Hof heeft aangenomen dat in het gegeven geval - bij het ontbreken van kwade trouw bij de Bank - een beroep op die bepaling aan de Bank wel toekomt, omdat, nu niet anders is gebleken dan dat degenen die voor de Bank handelden onvoldoende inzicht hadden in de risico's die aan de lit. transactie verbonden waren, de aanprijzingen en adviezen, indien al onrechtmatig jegens Saladin, dit niet waren in zodanige mate, dat de Bank daartegenover geen beroep zou mogen doen op die bepaling; dat het middel zich richt tegen dit oordeel van het Hof;

O. dat het antwoord op de vraag in welke gevallen aan degenen die - gelijk te dezen de Bank - bij contractueel beding zijn aansprakelijkheid voor zekere gedragingen ook indien deze jegens zijn wederpartij onrechtmatig zijn heeft uitgesloten, een beroep op dit beding niet vrijstaat, afhankelijk kan zijn van de waardering van tal van omstandigheden, zoals: de zwaarte van de schuld, mede i.v.m. de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van pp., de wijze waarop het beding is tot stand gekomen, de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest;

dat deze waardering in belangrijke mate van feitelijke aard is, en dientengevolge een op zodanige waardering berustend oordeel dat in een gegeven geval op een bepaling als hier bedoeld niet of wel een beroep kan worden gedaan, slechts in beperkte mate voor toetsing in cassatie vatbaar is;

O. dat in het onderhavige geval het Hof, mede in aanmerking genomen de goede trouw aan de zijde van de Bank en de gronden waarop het Hof deze aanwezig heeft geacht, alsmede de aard en de ernst van het verwijt dat aan de Bank kon worden gemaakt, heeft kunnen oordelen, gelijk het deed, dat de Bank met vrucht een beroep op de door haar gemaakte bepaling kon doen, terwijl de in het middel aangevoerde omstandigheden het Hof niet tot een ander oordeel behoeft te leiden;

O. dat het middel dus tevergeefs tegen 's Hofs oordeel opkomt en alzo niet kan slagen;

O. dat het inc. cassatieberoep, ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging leidt, dienvolgens niet in behandeling komt;

Verwerpt het principale beroep in cassatie;

Veroordeelt eiser tot cassatie in de op dit beroep gevallen kosten, tot op deze uitspraak aan de zijde van verweerster in cassatie begroot op f 50 aan verschotten en f 1 000 voor salaris.

Conclusie Adv.-Gen. Mr. van Oosten.

De eiser, Saladin, zou in of omstreeks de maand okt. 1958 in rekening-courant verhouding hebben gestaan tot de Hollandsche Bank-Unie NV, kantoor Willemstad (Curacao). Aan het hoofd van de assurantie-afdeling van dit kantoor stond toen zekere Stimm, die nadien is overleden. Wijlen Stimm heeft zich in of omstreeks de maand nov. 1958 tot Saladin gewend in een aangelegenheid, welke het Hof in r.o. 7 van het bestreden arrest aanduidt als "de onderwerpelijke aangelegenheid". Het Hof heeft aangenomen: (1) dat Stimm, toen hij zich in die aangelegenheid tot Saladin wendde, dit deed namens de HBU en dat hij in het toen met Saladin gevoerde gesprek woorden heeft gebruikt als "deze transactie is een buitenkansje voor de goede klanten", en "het is 100 procent safe". (2) dat Saladin het er voor mocht houden dat Stimm die woorden heeft "gebruikt" namens de HBU. In r.o. 13 overweegt het Hof dat de HBU niet tegensprekt dat Stimm ook heeft gezegd dat Savard "onmetelijk rijk was". J.E. Savard te Montreal (Canada) is degene van wie de HBU in de maand nov. 1958 de ter inleidende dagvaarding vermelde shares in opdracht van Saladin heeft gekocht. Deze aankoop is de ten processe bedoelde transactie met Savard en Hart waarvan sprake is in de cassatiedagvaarding.

De HBU heeft bij brief van 14 nov. 1958 aan W. Saladin, thans eiser, medegedeeld:

"Onder referte aan het mondeling onderhoud bevestigen wij U hiermede dat wij in Uw opdracht hebben gekocht: 1.000 shares Waterman Pen Co. tegen de koers van Can. dollar 6.

In verband met het feit dat door U voor de aankoop van deze shares Can dollars 3.000 zal worden betaald, derhalve uitmakend 50 procent van de netto aankoopssom, zullen deze shares als onderpand gedeponerd worden bij de Heren Savard en Hart te Montreal.

De normale tarieven voor aan- en verkoop zullen op deze transactie van toepassing zijn, terwijl door Savard en Hart een debetrente op basis van 6 procent p.a. berekend zal worden over het door hen gefourneerde bedrag bij de aankoop. Uiteraard bent U niet verplicht om van de door Savard en Hart aangeboden financiering gebruik te maken zodat U gerechtigd bent terstond het gehele, of successievelijk bij gedeelten, het door hen gefourneerde bedrag via onze bemiddeling af te lossen.

Van Savard en Hart bezitten wij een schrijven waarin ons gegarandeerd wordt dat zij van 14 nov. 1959 t/m 31 dec. 1959 bereid zijn deze aandelen te kopen tegen de koers van Can. dollar 7. Hierbij wordt aangetekend dat eveneens in het schrijven van genoemde Heren wordt vermeld dat het U ten alle tijde vrij staat om de shares in zijn geheel of gedeeltelijk op de beurs te verkopen vanaf heden t/m 14 nov. 1959.

Hoewel de ons ten dienste staande informaties over Savard en Hart gunstig luiden kunnen wij echter generlei aansprakelijkheid voor deze transactie op ons nemen".

Aan het slot van deze brief verklaart de HBU, dat zij de accoordbevestiging "door middel van bijgaande copie van dit schrijven" gaarne tegemoet ziet.

Een brief van dezelfde datum is door de HBU gericht tot Mej. C.A.T. Damoen, destijds de verloofde en thans echtgenote van Saladin. De inhoud van deze brief is gelijkkluidend aan die van de eerstgenoemde brief, behoudens dat de HBU aan Mej. Damoen bevestigt in opdracht van deze 5.000 shares Waterman Pen Co. tegen de koers van Can. dollar 6 te hebben gekocht, en dat zij, Mej. Damoen, voor de aankoop van deze 5.000 shares Can. dollar 15.000 betaalt.

Saladin heeft de tot hem door de HBU gerichte brief van 14 nov. 1958 voor "accoord" bevestigd.

Desgelijks heeft Mej. Damoen gedaan. Ik bepaal mij verder tot de tot Saladin gerichte brief en tot de accoordbevestiging daarvan door dezen.

Vraagt men zich af waarvoor de HBU naar haar mening, zoals zij die bij de brief aan Saladin heeft geopenbaard, geen aansprakelijkheid op zich kon nemen, dan kon de HBU aan Saladin geen aansprakelijkheid op zich nemen voor de aankoop van de 1000 shares.

De vraag is gerezen of de bewoordingen van de 5e alinea van de brief duidelijk zijn. Het Hof acht de 5e alinea van de brief duidelijk en geeft aldus te kennen dat de clausule geen uitlegging behoeft. Het Hof oordeelt dat de bewoordingen der clausule "algemeen" luiden. In de rechtsoverwegingen 33/37 van het arrest wordt deze clausule door het Hof niet uitgelegd. Het Hof zegt wel dat de door Saladin aan de conclusie gehechte betekenis in strijd is met de bewoordingen daarvan, maar het Hof zegt niet hoe die clausule dan wel moet worden uitgelegd, kennelijk van mening dat de clausule geen uitlegging behoeft omdat de bewoordingen daarvan, althans naar 's Hofs oordeel, duidelijk zijn.

Het Hof heeft overwogen dat de Rb. "wel overweegt dat, door de bedoelde bepaling (al. 5 van de brief) in haar bevestigingsbrief, geintimeerde duidelijk liet uitkomen dat zij aansprakelijkheid voor eventuele wanprestatie van de zijde van Savard inzake diens terugkoopverplichting afwees, doch zij niet tevens overweegt dat dit, naar de bedoeling van pp., ook moest gelden wanneer geintimeerde, bij het aanprijzen van de transactie resp. het geven van haar beleggingsadvies, moest voorzien dat Savard zijn terugkoopverplichting niet zou kunnen nakomen, of althans met die mogelijkheid rekening moest houden". Maar het Hof heeft niet beslist dat, naar de bedoeling van pp., de clausule, vervat in al. 5 van de brief van 14 nov. 1958, ook moest gelden voor het geval de HBU "bij het aanprijzen van de transactie resp. het geven van haar beleggingsadvies, moest voorzien dat Savard zijn terugkoopverplichting niet zou kunnen nakomen, of althans met die mogelijkheid rekening moest houden".

Wel heeft het Hof in de rechtsoverwegingen 33 tot en met 36, zij het ook niet explicite, het verweer aanvaard dat de HBU in haar conclusie van antwoord en van dupliek heeft doen gelden en dat zij in appel heeft gehandhaafd, te weten het verweer "dat banken in het algemeen - behoudens opzet en wellicht grove schuld - niet aansprakelijk zijn voor eventuele nadelige gevolgen van door hen gegeven adviezen en/of transacties, bij welker tot stand koming zij bemiddeling hebben verleend. Deze algemene regel is bij de onderwerpelijke transacties uitdrukkelijk toepasselijk verklaard". De HBU verwees hierbij naar haar bij conclusie van antwoord overgelegde fotocopies van de brieven van 14 nov. 1958, welke resp. door Saladin en Mej. Damoen voor accoord waren getekend, en betoogde: "Met deze uitsluiting van gedaagdes aansprakelijkheid ontvalt in feite de basis aan eisders vordering, zodat deze vordering hem alleen reeds op deze grond zonder meer ontzegd zal dienen te worden". Maar als de Bank zich heeft willen bevrijden van haar aansprakelijkheid voor de door haar gegeven adviezen, dan heeft zij deze wil niet geopenbaard in de brief van 14 nov. 1958: zij geeft daarin uitdrukking aan haar wil om zich te bevrijden van haar aansprakelijkheid voor de aankoop van 1000 shares Waterman Pen Co., welke zij in opdracht van Saladin heeft gekocht. In ieder geval heeft de HBU in al. 5 van de brief niet, zoals zij beweert, "uitdrukkelijk" de in al. 13 der conclusie vermelde "algemene regel" toepasselijk verklaard. Saladin heeft, naar hij stelt, door het voor accoord tekenen van de brief slechts tot uitdrukking gebracht "dat hij het risico voor gebeurtenissen, welke toen in redelijkheid niet te voorzien waren, zou dragen", memorie van grieven p. 2, al. 3.

De vraag of een overeenkomst is tot stand gekomen en wat de inhoud daarvan is hangt in de eerste plaats af van hetgeen elk der pp. heeft gewild. Was hun wil op hetzelfde rechtsgevolg gericht en heeft die wil zich geopenbaard, dan is een overeenkomst tot stand gekomen (vgl. de Toelichting op het Ontwerp Meijers, 3e ged. Boek 6, p. 741). De aansprakelijkheid van de HBU voor de voormelde adviezen zou contractueel uitgesloten zijn, wanneer de wil van de HBU en de wil van Saladin gericht zou zijn geweest op uitsluiting van de aansprakelijkheid van de HBU voor de eventuele nadelige gevolgen van die adviezen. Saladin heeft echter ten processe steeds pertinent ontkend dat zijn wil daarop gericht is geweest. Dat de wil van de HBU daarop gericht is geweest heeft zij niet, althans zeker niet uitdrukkelijk, tot uitdrukking gebracht of geopenbaard in al. 5 van de brief. Volgens de

bewoordingen daarvan stipuleert zij immers uitsluiting van haar aansprakelijkheid voor een handeling welke zij in opdracht van Saladin heeft verricht: de aankoop van 1000 shares Waterman Pen Co., en niet voor daartoe gegeven adviezen.

Het Hof heeft, hoewel het m.i. het beroepen vonnis heeft bekrachtigd omdat het door de HBU gevoerde verweer als voormeld heeft aanvaard, niet beslist dat de HBU in de brief van 14 nov. 1958 de in al. 13 der conclusie van antwoord vermelde regel uitdrukkelijk toepasselijk heeft verklaard. Het Hof heeft evenmin beslist of, zoals in de conclusie van dupliek, onder 5, door de HBU is aangevoerd, uit "de aanvaarding van deze disculpatie-clausule zonder meer (volgt), dat eiser en Mej. Damoen o.a. hebben aanvaard het risico, dat de door hen gekochte aandelen Waterman Pen Co. minder waard zouden blijken te zijn dan zij verwachtten ten tijde van de aankoop, of zelfs dat deze aandelen geheel waardeloos zouden blijken". Evenmin heeft het Hof zich uitgelaten over de bewering van de HBU, dat bij het betrokken beleggingsadvies "uitdrukkelijk" en "in absolute vorm" is "vastgelegd" de algemene regel "dat banken niet aansprakelijk (zijn) voor de gevolgen van fouten in de door haar gegeven beleggingsadviezen". Het Hof heeft zich er ook niet over uitgelaten of deze algemene regel door Saladin is aanvaard, en of een en ander tussen pp. vaststaat.

Eiser gaat er in onderdeel c van het voorgestelde middel van uit dat de aansprakelijkheid van de HBU jegens Saladin, resp. jegens Mej. Damoen, en wel de aansprakelijkheid voor de gevolgen van het onder c bedoelde advies, contractueel is uitgesloten. Ik heb uiteen gezet waarom dit naar mijn mening niet kan worden aangenomen. Derhalve kunnen de in onderdeel c van het middel opgeworpen vragen in cassatie niet worden beantwoord, en wordt het middel vruchteloos voorgesteld.

Nu in cassatie niet kan worden aangenomen dat de aansprakelijkheid van de HBU jegens Saladin, resp. Mej. Damoen, voor de eventuele nadelige gevolgen van het in onderdeel c bedoelde advies contractueel is uitgesloten, is er geen overeenkomst tot uitsluiting van die aansprakelijkheid waaromtrent in cassatie kan worden onderzocht of zij al dan niet in strijd met de goede zeden is, en of het daarop door de HBU ten processe gedane beroep ter afwering van haar aansprakelijkheid al of niet in strijd is met de goede trouw waarmede overeenkomsten ten uitvoer moeten worden gebracht.

Aan de door de geeerde pleiter voor de eiser aangehaalde jurisprudentie en literatuur voeg ik nog toe: het arrest van de Belgische cassatierechter van 25 sept. 1959, *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, 1960, p. 5, n. Dabin, en *De Page*, II, 3e ed. (1964), p. 1106 e.v. Het is, aldus *De Page*, p. 1107/1108, vaste rechtspraak in België, dat het geoorloofd is te stipuleren "l'exoneration de la responsabilité résultant de ses fautes, à la condition que pareille clause ne s'étende pas au dol". Sinds het evengemelde arrest van 25 sept. 1959 wordt in de Belgische doctrine het adagium "culpa lata dolo aequiparatur" geacht te zijn een rechtspreuk "sans valeur legale".

Mocht de Hoge Raad het door Saladin voorgestelde middel gegrond bevinden, dan ware het in het incidenteel beroep voorgestelde middel te verwerpen. Door appelgrief II, onderdeel a, gegrond te bevinden, heeft het Hof verstaan dat Saladin de uitlating van een procuratiehouder van de HBU dat de door haar, de HBU, aangeprezen beleggingstransactie "100 procent safe" was, kon en mocht opvatten als een uitlating van de HBU zelve door middel van haar orgaan. Dit oordeel is m.i. in cassatie onaantastbaar, omdat het van feitelijke aard is, en wordt bovendien vruchteloos aangevallen, omdat 's Hof's beslissing omtrent onderdeel a van appelgrief II, blijkens r.o. 10 van het bestreden arrest, niet moverend is geweest voor de bekrachtiging van het beroepen vonnis. Daarvoor is moverend geweest de aanvaarding van het door de HBU gevoerde verweer, zoals de HBU dit in haar conclusie van antwoord, al. 13 en al. 14, heeft doen gelden en in appel heeft uitgewerkt en gehandhaafd in haar memorie van grieven.

Ik concludeer tot verwerping van het cassatieberoep en tot veroordeling van Saladin in de kosten welke aan de zijde van de wederpartij op het cassatieberoep zijn gevallen.