Uitspraak Commissie van Beroep 2019-034 d.d. 17 oktober 2019
(mr. C.A. Joustra, voorzitter, prof. mr. D. Busch, mr. E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell, J.C.H. Kars AAG CERA en F.R. Valkenburg AAG RBA., leden en mr. H.C. Dobbelaar-ten Cate, secretaris)

Samenvatting

Art. 5.6 onder (a) Reglement Geschillencommissie; art. 6:89 BW; execution only dienstverlening; zorgplicht; risicoprofiel; informatieplicht; waarschuwingsplicht; effectenkrediet / bevoorschotting; artikel 4 lid 1 onder h en artikel 28 lid 1 Wck; 113 BGfo

Voor een geslaagd beroep op artikel 5.6 onder (a) van het Reglement Geschillencommissie is niet noodzakelijk dat de reden dat de Consument geen verwijt valt te maken van de termijnoverschrijding (i.e. de psychische problemen van Consument) kenbaar is voor de Bank. Verder is de Commissie van Beroep van oordeel dat de Bank door de termijnoverschrijding niet onredelijk in haar verdediging is geschaad.
Ook het beroep op artikel 6:89 BW is ongegrond. Consument mocht er in beginsel op vertrouwen dat de Bank – die bij uitstek deskundig is ter zake van beleggen – niet gebrekkig zou presteren. Consument – die op dit punt als ondeskundig valt aan te merken – behoefde er niet op bedacht te zijn dat de verliezen die zij heeft geleden te wijten zouden kunnen zijn aan gebrekkige prestaties van de Bank, voor zover het al verwijten aan het adres van de Bank betreft die zijn te kwalificeren als gebrekkige prestaties in de zin van artikel 6:89 BW.
Omdat het hier een execution-only-relatie betrof was de Bank niet gehouden tot toetsing van concrete effectenorders aan het risicoprofiel, en was zij dus ook niet gehouden Consument te informeren of te waarschuwen als zij de Bank opdracht gaf effectenorders voor haar uit te voeren die strijdig waren met haar risicoprofiel. Dat Consument naar eigen zeggen een onervaren belegger was maakt dit niet anders. Tot slot maken ook de psychische problemen van Consument dit niet anders, omdat de Commissie van Beroep de Bank in haar stelling volgt dat deze psychische problemen voor de Bank niet redelijkerwijs kenbaar waren.
Noch uit de destijds geldende regelgeving, noch uit de zorgplicht vloeit voort dat de Bank bij de aanvraag van het effectenkrediet gehouden was Consument te informeren over of te waarschuwen voor een eventuele strijdigheid van de bevoorschotting met haar risicoprofiel. Het voert ook te ver om aan te nemen dat bevoorschotting nimmer geschikt is voor cliënten met een defensief of neutraal profiel. De Bank heeft zich aan alle geldende regels gehouden, zowel waar het gaat om het waarschuwen voor de risico's als waar het gaat om de omvang van het verleende krediet.
Er geldt geen verdergaande waarschuwingsplicht, ook niet als het gaat om beleggers met een defensief of neutraal beleggingsprofiel. Dat Consument geen ervaring had met beleggen en bovendien psychische problemen had, maakt dit niet anders, in het bijzonder niet omdat dit laatste niet redelijkerwijs kenbaar was voor de Bank.
De Commissie van Beroep is van oordeel is dat de Bank haar zorgplicht jegens Consument niet heeft geschonden en de destijds toepasselijke regels heeft nageleefd. De Commissie van Beroep handhaaft het bindend advies van de Geschillencommissie.

Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.

1. De procedure in beroep

1.1 Bij een op 10 oktober 2018 gedateerd beroepschrift (met bijlagen) heeft Consument bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (verder: Commissie van Beroep) beroep ingesteld tegen een bindend advies van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (verder: Geschillencommissie) van 4 september 2018 (dossiernummer [nummer]). Het beroepschrift is op 12 oktober 2018 bij de Commissie van Beroep binnengekomen.

1.2 De Bank heeft een op 13 december 2018 gedateerd verweerschrift ingediend.

1.3 De mondelinge behandeling van dit beroep heeft plaatsgehad op 28 januari 2019. Partijen zijn aldaar verschenen en hebben hun standpunt toegelicht, Consument aan de hand van een overgelegde pleitnota, en vragen van de Commissie van Beroep beantwoord.

2. De procedure in eerste aanleg

Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg verwijst de Commissie van Beroep naar de uitspraak van de Geschillencommissie van 4 september 2018.

3. Feiten

3.1 De Commissie van Beroep gaat uit van de feiten die de Geschillencommissie heeft vermeld in het bindend advies onder 2.1 tot en met 2.10, aangevuld met enkele andere feiten.

3.2 Consument heeft begin 2005 een beleggingsrekening bij de Bank geopend. Daartoe heeft zij in januari 2005 een cliëntenovereenkomst en een personaliaformulier particuliere rekening ondertekend. Ook heeft zij een vragenlijst ingevuld voor het bepalen van haar risicoprofiel:

"(…)	
1. Wat is het doel van uw beleggingen?	*Vermogensgroei.*
2. Heeft u veel ervaring met beleggen?	*[geen antwoord ingevuld; in de kantlijn is een vraagteken gezet naast de eerste twee antwoorden, zijnde 'Ik heb nog nooit belegd en weet niets van de beurs' en 'Ik beleg nog niet heel lang en ben niet bekend met de diverse beleggingsinstrumenten']*
3. Wat is uw beleggingshorizon?	*Ik beleg voor de middellange termijn (1 jaar < Beleggingen < 10 jaar).*
4. Welke groei van het vermogen in percentage wilt u op jaarbasis minimaal bereiken?	*8 tot 10 procent.*
5. Wat is uw houding ten opzichte van de verhouding tussen risico en rendement?	*Ik ben tevreden met een gemiddeld rendement (bijvoorbeeld op de index) met het daarbij horende risico.*
6. Hoeveel procent mag uw geïnvesteerd vermogen	*(..) Maximaal 15 procent.*

in één jaar maximaal dalen?	
7. Twee maanden nadat u een bepaald aandeel hebt gekocht daalt de koers met 25%. Wat doet u als er verder niets is veranderd?	*Ik doe niets en wacht tot de koers weer stijgt.*
8. Een aantal weken na aankoop van een bepaald aandeel is de waarde hiervan met 25% gestegen. Wat doet u als er verder niets is veranderd?	*Ik verkoop deze aandelen om de winst te realiseren.*
9. Welk geld gebruikt u voor uw investeringen?	*Vrij vermogen, dat ik niet op hele korte termijn nodig heb.*
10. Wilt u handelen in afgeleide instrumenten zoals opties en futures? (…)"	*Misschien op termijn.*

3.3 In haar brief van 14 januari 2005 heeft de Bank aan Consument geschreven:

"(…) Hartelijk dank voor uw openingsbescheiden. De vragenlijst (…) was niet volledig of niet correct ingevuld; u dient alle vragen te beantwoorden en u kunt slechts één antwoord per vraag aankruisen. Hoewel het insturen van een risicoprofiel ***niet verplicht*** *is voor het openen van een effecten-rekening, maken wij u erop attent dat wij u zonder de ingevulde vragenlijst niet kunnen informeren over de risico's die gepaard gaan met uw specifieke risicoprofiel.*

Wij sturen u daarom een kopie van de door u ingevulde vragenlijst en een nieuwe vragenlijst toe. Wij verzoeken u de nieuwe vragenlijst in te vullen en naar ons terug te sturen (…)."

3.4 De Bank heeft op 25 januari 2005 een e-mail met de volgende inhoud aan Consument verzonden:

"(…) Hartelijk dank voor het invullen van de vragenlijst (…). Uw risicoprofiel is risiconeutraal. Bijgaand treft u een beschrijving aan van het risicoprofiel risiconeutraal. (…)

Uit de antwoorden (…) blijkt, dat u 'risiconeutrale' belegger bent. Uw verwachting omtrent rendementen en uw houding ten opzichte van eventuele verliezen maken u een risiconeutrale belegger. U weet dat bij een langere beleggingshorizon aandelenbeleggingen een goede optie zijn, maar u wil niet volledig worden overgelaten aan de grillen van aandelenmarkten.

(…) ***Let wel: Wij sturen u dit risicoprofiel ter informatie. Binck toetst uw effectenorders bij acceptatie niet aan uw risicoprofiel.***

Risico's van de verschillende beleggingsinstrumenten

Aandelen
Aandelen zijn deelnemingen in het aandelenkapitaal van een vennootschap. De aandeelhouder mag zich (…) beschouwen als een bezitter van een deel van het vermogen van een onderneming. (…) Bij aandelen is sprake van risicodragend kapitaal. In geval van faillissement kan de waarde teruglopen tot nul. De waardeontwikkeling is vooral afhankelijk van de gerealiseerde en verwachte bedrijfsresultaten en de dividendpolitiek van de betrokken vennootschap. (…) De risico's van een belegging in aandelen kunnen dus zeer verschillend zijn (…).

Obligaties
Obligaties zijn schuldbrieven van een lening (…). Over de schuld wordt door de instelling die de obligatie heeft uitgegeven over het algemeen een vooraf overeengekomen rente vergoed. (…)
Obligaties behoren tot het zogenaamde vreemd vermogen (geleend geld) van een onderneming. (…)
Ook een belegging in obligaties draagt risico's met zich mee. De koers (…) is over het algemeen in de eerste plaats afhankelijk van de rentestand, zodat koersschommelingen kunnen plaatsvinden. Voorts is de gegoedheid van de uitgevende instelling belangrijk. (…)"

3.5 Consument heeft op 25 november 2005 door middel van een aanvraagformulier effectenkrediet aangevraagd. Door ondertekening van dit formulier is de eerder met haar gesloten cliëntenovereenkomst met betrekking tot het verstrekken van effectenkrediet gewijzigd. Met ingang van de ondertekening van het formulier heeft de Bank haar effectenkrediet verleend

3.6 Op 13 december 2007 heeft de Bank aan Consument gemaild:

"(…) U heeft het fonds Pharming Group N.V. (…) in uw portefeuille. Vanwege de hoge volatiliteit wordt de bevoorschotting voor dit fonds per direct ingetrokken. Dit houdt in dat BinckBank het verlenen van effectenkrediet over het fonds Pharming Group N.V. heeft beëindigd. Door het beëindigen van het verlenen van effectenkrediet over dit fonds is uw bestedingsruimte afgenomen. Indien uw bestedingsruimte hierdoor negatief is geworden ontvangt u van ons morgenochtend een tekortenbericht. BinckBank behoudt zich het recht voor om af te wijken van de standaard tekortenprocedure indien door plotselinge grote koersdaling de waarde van uw portefeuille zodanig is afgenomen dat het tekort niet of in beperkte mate kan worden aangezuiverd middels het sluiten van posities. (…)"

3.7 Op 14 december 2007 heeft de Bank aan Consument gemaild:

"(…) Uit onze administratie blijkt dat er een tekort in de bestedingsruimte (…) is opgetreden. (…)
Het (…) tekort bedraagt thans EUR -69.035,43 (…). De bestedingsruimte (en het eventuele tekort) fluctueert al naar gelang de waarde van de portefeuille zich ontwikkelt.
(…) [wij] verzoeken u (…) het (…) tekort aan te zuiveren vóór 20-12-2007, 15:00 uur. (…)
U kunt het tekort opheffen door het (…) bedrag over te maken (…) en/of door het uitvoeren van effectentransacties. (…)
In het geval het tekort niet volledig en tijdig is aangezuiverd, zijn wij helaas genoodzaakt effecten te verkopen en/of te sluiten. (…)"

3.8 Op 18 december 2007 heeft de Bank aan Consument gemaild:

"(…) Door middel van deze e-mail bevestig ik u de afspraak (…) over het aanzuiveren van de bestedingsruimte (…).
We zijn overeengekomen dat het aandeel Pharming tot 31 januari 2008 een fictieve bevoorschotting zal krijgen van 50%. Dit zult u niet in uw bestedingsruimte kunnen terugvinden. Dit omdat dit buiten het systeem om moet gebeuren. U kunt dus tot 31 januari 2008

negatief staan in uw bestedingsruimte. Hoeveel u negatief kunt staan is afhankelijk van de koers van het aandeel Pharming. Mocht in de periode tot 21 januari 2008 uw bestedingsruimte meer negatief zijn dan mogelijk is op basis van de fictieve bevoorschotting van 50% op het aandeel Pharming dan komt u voor het overige deel in de reguliere tekorten procedure.
Het overige tekort in uw bestedingsruimte zal (…) op 20 december 2007 voor 15.00 uur moeten zijn aangezuiverd. Mocht dit niet het geval zijn dan zijn wij genoodzaakt posities op uw rekening te sluiten. Bij het eventueel sluiten van posities zullen wij rekening houden met de fictieve bevoorschotting van 50% op het aandeel Pharming. (…)"

3.9 Eveneens op 18 december 2007 heeft de Bank aan Consument gemaild:

"(…) U gaf aan uitstel te willen voor het aanzuiveren van uw bestedingsruimte tot 16 januari 2008. Dit omdat u denkt dat het aandeel Laurus na het uitkomen van de cijfers zal gaan stijgen. Dit is echter niet mogelijk.
In uw visie gaat het aandeel Laurus stijgen na het uitkomen van de cijfers, maar de kans is ook aanwezig dat het aandeel (…) zal gaan dalen. In dit laatste geval zal uw bestedingsruimte verder dalen. Om deze rede is het niet mogelijk uitstel te geven voor het aanzuiveren van uw bestedingsruimte.
De bestaande afspraak blijft tot 31 januari 2008 van kracht. (…)"

3.10 In een mail van de Bank d.d. 12 oktober 2012 (Wijziging Basisvoorwaarden en basishandleiding BinckBank) staat het volgende te lezen:

"*Artikel 8 is uitgebreid met een paragraaf (8.7) over het jaarlijks invullen van de passendheidstoets*".

Art. 8.7 van de gewijzigde Basisvoorwaarden en basishandleiding BinckBank luidt als volgt:

"Cliënt verklaart uitdrukkelijk dat hij de ingevulde vragenlijst in het kader van de passendheidstoets of een eventuele door Binck opgestelde nieuwe vragenlijst jaarlijks opnieuw zal invullen."

3.11 Consument heeft in de periode vanaf het openen van haar beleggersrekening meer dan 2.300 opdrachten tot effectentransacties aan de Bank gegeven. De laatste transactie in opdracht van Consument is verricht in 2014. De beleggersrekening is in maart 2017 gesloten.

3.12 Overgelegd is de Handleiding BinckActive en BinckLite (verder: de Handleiding). Daarin staat:

"(…) BinckBank verleent standaard effectenkrediet over de waarde van uw effectenportefeuille. Slechts over het deel van het effectenkrediet waarvan u gebruik maakt, betaalt u debetrente. Het actuele effectenkredietpercentage en de actuele debetrente vindt u op de website onder 'Condities'. De condities staan onder de rubriek 'Over BinckBank'. Indien u geen gebruik wenst te maken van het effectenkrediet kunt u dat aangeven op de laatste pagina van de cliëntenovereenkomst.

Let op! Wanneer u gebruik maakt van het effectenkrediet belegt u met geleend geld. Beleggen met geleend geld brengt extra risico's met zich mee. Door koersschommelingen bestaat de mogelijkheid dat uw bestedingsruimte terugloopt of negatief wordt. BinckBank zal u dan verzoeken het ontstane bestedingsruimtetekort aan te zuiveren. (…)"

4. Klacht en bindend advies Geschillencommissie

4.1 Consument vordert dat de Bank wordt veroordeeld tot vergoeding van schade begroot op € 190.000,00. Aan deze vordering legt Consument ten grondslag (1) dat de Bank toerekenbaar is tekortgeschoten door een neutraal risicoprofiel vast te leggen en (2) dat de Bank over een langere periode een onverantwoord hoog effectenkrediet heeft verstrekt terwijl Consument bij het aangaan van de beleggingsrelatie aan de Bank had medegedeeld een defensieve portefeuille te wensen. Verder stelt Consument (3) dat de Bank heeft verzuimd haar te waarschuwen voor de grote risico's die zij gedurende de looptijd van de overeenkomst liep, hoewel de Bank op grond van de grote hoeveelheid ongestructureerde transacties die Consument verrichtte, had kunnen opmerken dat Consument niet *compos mentis* was.

4.2 De Bank heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weergesproken. De door de Bank opgeworpen stelling dat sprake is van termijnoverschrijding als bedoeld in art. 5.4 van het Reglement van de Geschillencommissie, is door de Geschillencommissie verworpen.

4.3 De Geschillencommissie heeft overwogen dat de Bank haar verplichtingen op grond van artikel 28 Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002 (verder: NR) heeft nageleefd. Zij heeft immers Consument een vragenlijst laten invullen en heeft vervolgens, toen bleek dat de vragenlijst niet compleet was ingevuld, Consument verzocht die vragenlijst nogmaals (compleet) in te vullen en heeft pas daarna aan Consument bericht dat een neutraal risicoprofiel was bepaald. De stelling van Consument dat zij de e-mail met bevestiging van het profiel niet heeft ontvangen wordt gepasseerd. Dit wordt niet anders door het feit dat in de overgelegde vragenlijst één vraag niet is ingevuld, omdat het wegens de overige in die vragenlijst ingevulde antwoorden verklaarbaar is dat een neutraal risicoprofiel is vastgelegd.

4.4 Wat betreft het effectenkrediet overweegt de Geschillencommissie dat de Bank op grond van de in die periode geldende regelgeving – de Wet op het consumentkrediet (Wck) in november en december 2005, het Besluit financiële dienstverlening (Bfd) in 2006 en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo) vanaf 2007 – bij het verstrekken van effectenkrediet geen inlichtingen over de kredietwaardigheid van de consument hoefde in te winnen zolang de kredietsom niet een bepaald maximum overschreed. Ten tijde van de Wck gold als maximum dat de kredietsom niet hoger mocht liggen dan de waarde van de beleende effecten (zie artikel 4 lid 1 onder h en artikel 28 lid 1 Wck); op grond van artikel 59 Bfd mocht de kredietsom niet hoger liggen dan 70% van de waarde van de beleende effecten en op grond van artikel 113 BGfo, ten slotte, mag de kredietsom niet hoger liggen dan 70% procent van de waarde van de beleende effecten als het aandelen betreft of 80% van die waarde als het obligaties betreft. De Bank stelt dat de

omvang van het krediet steeds beperkt is gebleven tot 65% van de waarde van de onderliggende effecten en dat zij deze veiligheidsmarge steeds heeft bewaakt. De Geschillencommissie verwerpt de door Consument hiertegen ingebrachte verweren en oordeelt dat niet is gebleken dat de Bank bij het verlenen van effectenkrediet in strijd met haar wettelijke verplichtingen heeft gehandeld.

4.5 Ook de klacht over het verzaken van de waarschuwingsplicht kan naar het oordeel van de Geschillencommissie niet slagen. Er zijn geen stukken overgelegd en ook geen voldoende specifieke feiten en omstandigheden gesteld waaruit volgt dat de Bank, afgaande op de bij aanvang van Consument ontvangen gegevens, had behoren te weten dat Consument psychische problemen had die invloed hadden op haar vermogen om te beslissen over het risicoprofiel, het gebruik maken van effectenkrediet en de aan- en verkoop van beleggingen. Afgaande op de overgelegde cliëntenovereenkomst en de bijbehorende Voorwaarden bestond tussen partijen een relatie op basis van execution only zodat, na het afsluiten van de cliëntenovereenkomst, voor de Bank geen verplichting gold om na te gaan of door Consument opgegeven orders bij haar risicoprofiel pasten. Evenmin is gebleken dat de ontwikkeling van de portefeuille aanleiding voor de Bank had moeten zijn om Consument te waarschuwen. Immers, voor zover de Commissie kan nagaan aan de hand van de overgelegde transactieoverzichten is weliswaar van tijd tot tijd een negatief saldo op de beleggersrekening ontstaan, maar is het ontstane tekort vervolgens telkens aangevuld.

4.6 De Geschillencommissie heeft de vordering van Consument daarom afgewezen.

5. Beoordeling van het beroep

Vordering

5.1 Consument verzoekt de Commissie van Beroep haar klacht alsnog gegrond te verklaren en de Bank te veroordelen tot vergoeding van schade begroot op € 190.000,00.

Tijdsverloop

5.2 De Bank stelt dat de Geschillencommissie de klacht niet behandelbaar had moeten verklaren in haar beroep op grond van artikel 5.4 van het Reglement Geschillencommissie. Verder is de Bank van mening dat de Geschillencommissie ten onrechte het beroep van de Bank op artikel 6:89 BW (de klachtplicht) heeft verworpen.

5.3 De Geschillencommissie heeft het beroep op artikel 5.4 van het Reglement verworpen, omdat volgens artikel 5.6 onder (a) van het Reglement Geschillencommissie een klacht bij termijnoverschrijding toch wordt behandeld als (a) de consument geen verwijt kan worden gemaakt van de termijnoverschrijding en (b) deze ook niet op andere gronden voor zijn rekening moet blijven, *mits* (c) het belang van de verweerder niet onredelijk wordt geschaad.

De Geschillencommissie heeft geoordeeld dat aan de vereisten onder (a) t/m (c) is voldaan. Enerzijds omdat Consument langdurig niet in staat was een klacht bij de Geschillen-commissie in te dienen wegens ernstige psychische problemen, anderzijds omdat de Bank

in de procedure bij de Geschillencommissie inhoudelijk verweer heeft gevoerd en de voor haar verweer relevante bewijsstukken heeft overgelegd, zodat niet is gebleken dat zij door de vertraagde behandeling in haar belangen is geschaad. Dit laatste brengt naar het oordeel van de Geschillencommissie ook mee dat het beroep op artikel 6:89 BW wordt verworpen.

5.4 De Bank blijft van mening dat zij in haar verdediging is geschaad. Zij beroept zich er in het bijzonder op dat Consument haar in deze procedure heeft geconfronteerd met een telefoongesprek dat op of omstreeks 11 januari 2005 zou hebben plaatsgehad, maar waarvan nu niet meer is na te gaan of het wel of niet heeft plaatsgevonden. Als het wel heeft plaatsgevonden, valt niet meer na te gaan wat er tijdens dit gesprek is besproken. De Bank meent verder dat de ernstige psychische problemen voor rekening en risico van Consument moeten blijven, omdat, zo begrijpt de Commissie van Beroep de stelling van de Bank, deze psychische problemen niet redelijkerwijs kenbaar waren voor de Bank.

5.5 De Commissie van Beroep overweegt als volgt. Voor een geslaagd beroep op artikel 5.6 onder (a) van het Reglement Geschillencommissie is niet noodzakelijk dat de reden dat de Consument geen verwijt valt te maken van de termijnoverschrijding (i.e. de psychische problemen van Consument) kenbaar is voor de Bank. Verder is de Commissie van Beroep van oordeel dat de Bank door de termijnoverschrijding niet onredelijk in haar verdediging is geschaad. Ook in de procedure in beroep heeft de Bank inhoudelijk verweer gevoerd en de voor haar verweer relevante bewijsstukken overgelegd, zodat niet is gebleken dat zij door de vertraagde behandeling onredelijk in haar belangen is geschaad. Weliswaar is niet duidelijk of het telefoongesprek d.d. 11 januari 2005 heeft plaatsgehad, en zo ja, wat er tijdens dit gesprek is besproken, maar die omstandigheid op zichzelf is onvoldoende zwaarwegend om tot de conclusie te komen dat de Bank in haar belang is geschaad. Het verweer van de Bank gebaseerd op artikel 5.4 Reglement Geschillencommissie is derhalve terecht door de Geschillencommissie verworpen.

5.6 Ook het beroep op artikel 6:89 BW is ongegrond. Consument mocht er in beginsel op vertrouwen dat de Bank – die bij uitstek deskundig is ter zake van beleggen – niet gebrekkig zou presteren. Consument – die op dit punt als ondeskundig valt aan te merken – behoefde er niet op bedacht te zijn dat de verliezen die zij heeft geleden te wijten zouden kunnen zijn aan gebrekkige prestaties van de Bank, voor zover het al verwijten aan het adres van de Bank betreft die zijn te kwalificeren als gebrekkige prestaties in de zin van artikel 6:89 BW. De Bank stelt in dit verband dat Consument eind 2007 moet hebben ontdekt dat de Bank niet aan haar zorgplicht zou hebben voldaan. Uit het dossier blijkt dat Consument (in ieder geval) op 9 december 2012 haar beklag heeft gedaan bij de Bank. Uit die brief volgt dat Consument ongeveer vijf jaar lang psychisch niet in staat was om het dossier onder ogen te zien en dat zij na “recente lezing” zich “niet aan de indruk [kan] onttrekken” dat de Bankover de periode 11 januari tot en met 14 december tekort is geschoten in haar zorgplicht. Gelet op deze omstandigheden is de Commissie van Beroep van oordeel dat de Bank onvoldoende heeft onderbouwd dat Consument de gebrekkige

prestaties al in 2007 heeft ontdekt of – gelet op haar geestestoestand – redelijkerwijs had moeten ontdekken.

Risicoprofiel

5.7 Consument meent dat de Geschillencommissie ten onrechte heeft geoordeeld dat de Bank zich aan de destijds geldende wetgeving heeft gehouden. Volgens Consument heeft de Bank haar zorgplicht geschonden. In dit kader beroept Consument zich op de volgende passage uit een brief van de Bank aan Consument d.d. 14 januari 2005:

"Hoewel het insturen van een risicoprofiel niet verplicht is voor het openen van een effectenrekening, maken wij u erop attent dat wij u zonder de ingevulde vragenlijst niet kunnen informeren over de risico's die gepaard gaan met uw specifieke risicoprofiel."

Consument meent aan deze passage het gerechtvaardigd vertrouwen te mogen ontlenen dat de Bank haar telkens zou informeren of waarschuwen als zij de Bank opdracht gaf effectenorders voor haar uit te voeren die strijdig waren met haar risicoprofiel. Nu dat niet is gebeurd, heeft de Bank volgens Consument haar zorgplicht geschonden. De Commissie van Beroep begrijpt de stellingen van Consument aldus, dat de verplichting van de Bank om Consument te informeren of te waarschuwen als zij de Bank opdracht gaf effectenorders voor haar uit te voeren die strijdig waren met haar risicoprofiel, mede moet worden aangenomen omdat de Consument (i) een onervaren belegger was en (ii) psychische problemen had (niet *compos mentis* was) en dit een en ander voor de Bank ook redelijkerwijs kenbaar was, omdat de wijze van beleggen onverantwoord was.

5.8 Consument stelt verder dat de Geschillencommissie er ten onrechte vanuit is gegaan dat Consument de tweede gecorrigeerde vragenlijst heeft ingestuurd. Consument stelt in plaats daarvan op of omstreeks 11 januari 2005 telefonisch contact te hebben opgenomen met de Bank. In dat gesprek zou Consument hebben aangeven een defensief risicoprofiel te wensen, mede onder verwijzing naar haar beleggingsportefeuille bij ABN AMRO, die ook een defensief karakter droeg. De Bank stelt geen vastlegging te hebben aangetroffen van het bedoelde telefonisch contact. De Bank geeft aan van telefonische contacten met haar klanten een telefoonnotitie te maken en deze vast te leggen in het klantendossier. Van het gesprek waar Consument op doelt is volgens de Bank geen telefoonnotitie aangetroffen in de administratie. De Bank betwijfelt daarom of dit telefoongesprek wel heeft plaatsgevonden. De Bank geeft aan dat zij geen kennis had van het bestaan van een beleggingsportefeuille van Consument bij ABN AMRO met een defensief karakter.

5.9 Ter bevestiging van het gecompleteerde risicoprofiel stelt de Bank aan Consument een e-mail d.d. 25 januari 2005 te hebben gestuurd, waarin te lezen staat (i) dat het profiel van de Consument risiconeutraal is, en (ii) dat de Bank de bevestiging van het risicoprofiel ter informatie toezond, omdat de Bank effectenorders bij acceptatie niet toetst aan het risicoprofiel. Consument stelt de bevestigingsmail nooit ontvangen te hebben. Omdat Consument na het telefoongesprek niets meer van de Bank had gehoord, ging zij ervan uit dat de Bank haar een defensief risicoprofiel had toegekend. Verder ging Consument ervan uit dat de Bank "over haar schouder zou meekijken" en individuele effectenorders zou toetsen aan het risicoprofiel en haar zou informeren of waarschuwen als zij de Bank

opdracht gaf effectenorders voor haar uit te voeren die strijdig waren met haar risicoprofiel, omdat (a) zij dat volgens haar uit de in 5.7 geciteerde passage uit de brief d.d. 14 januari 2005 mocht afleiden en (b) zij de in de e-mail d.d. 25 januari 2005 vervatte waarschuwing dat de Bank effectenorders niet toetst aan het risicoprofiel niet zou hebben ontvangen. Consument stelt dat als zij de bevestigingsmail d.d. 25 januari 2005 met de erin vervatte waarschuwing wel had ontvangen, deze waarschuwing haar zeker wakker zou hebben geschud.

5.10 De Commissie van Beroep overweegt als volgt.

(1) De Commissie van Beroep gaat er veronderstellenderwijs van uit dat Consument de e-mail van 25 januari 2005 niet heeft ontvangen. Het gaat er dan om of Consument aan de hierboven geciteerde passage uit de brief d.d. 14 januari 2005 het gerechtvaardigd vertrouwen mocht ontlenen dat de Bank haar telkens zou informeren of waarschuwen als zij de Bank opdracht gaf effectenorders voor haar uit te voeren die strijdig waren met haar risicoprofiel. De Commissie van Beroep is (met de Bank) van oordeel dat uit de tekst van de passage duidelijk blijkt dat als de Bank op grond van de vragenlijst een risicoprofiel vaststelt, zij Consument zal kunnen "*informeren over de risico's die gepaard gaan met uw specifieke risicoprofiel*". Deze tekst impliceert niet dat de Bank haar zou informeren indien zij in strijd met haar risicoprofiel zou handelen en Consument mocht daarop dan ook niet gerechtvaardigd vertrouwen. Bovendien behoefde de Bank er geen rekening mee te houden dat Consument op grond van deze brief zou begrepen dat de Bank concrete effectenorders zou toetsen aan haar risicoprofiel. Anders dan Consument meent, valt uit het in haar beroepschrift opgenomen citaat afkomstig van de website van de AFM niet anders op te maken. De website van de AFM vermeldt dat een cliënt expliciet erop moet worden gewezen indien de excution only dienst niet aansluit bij het profiel van de cliënt. Consument heeft niet aangevoerd dat haar profiel niet paste bij execution only. Verder vermeldt de website dat weinig ervaren beleggers moeten worden geïnformeerd over de risico's van de verschillende soorten effecten en over het risico van execution only. Consument heeft ook niet aangevoerd dat de Bank deze verplichting heeft verzaakt.

Omdat het hier een execution-only-relatie betrof was de Bank niet gehouden tot toetsing van concrete effectenorders aan het risicoprofiel, en was zij dus ook niet gehouden Consument te informeren of te waarschuwen als zij de Bank opdracht gaf effectenorders voor haar uit te voeren die strijdig waren met haar risicoprofiel. Dat Consument naar eigen zeggen een onervaren belegger was maakt dit niet anders. Met de Bank is de Commissie van Beroep van oordeel dat dit ook niet anders zou zijn geweest als de Bank aan Consument een defensief in plaats van een neutraal risicoprofiel zou hebben toegekend. Ook dan was de Bank niet gehouden Consument te informeren of te waarschuwen als haar orders strijdig waren met haar risicoprofiel. Tot slot maken ook de psychische problemen van Consument dit allemaal niet anders, omdat de Commissie van Beroep de Bank in haar stelling volgt dat deze psychische problemen voor de Bank niet redelijkerwijs kenbaar waren. Ook in beroep zijn geen stukken overgelegd en ook geen voldoende specifieke

feiten en omstandigheden gesteld die de conclusie wettigen dat de Bank had behoren te weten dat Consument psychische problemen had.

(2) Consument stelt dat als zij de bevestigingsmail met de erin vervatte mededeling zou hebben ontvangen, zij hierdoor zeker wakker zou zijn geschud. De Commissie van Beroep begrijpt deze stelling van Consument aldus dat zij er dan van had afgezien zo veelvuldig en roekeloos te gaan handelen. De Commissie van Beroep acht het niet aannemelijk dat een mededeling zoals vervat in de e-mail d.d. 25 januari 2005 er toe zou hebben geleid dat Consument op een andere wijze zou hebben gehandeld. Ter zitting heeft Consument nog eens bevestigd dat zij zich door het beëindigen van de bevoorschotting op 14 december 2007 realiseerde dat de Bank individuele effectenorders niet toetste aan het risicoprofiel en haar dus ook niet zou informeren of waarschuwen als zij de Bank opdracht gaf effecten-orders uit te voeren die strijdig waren met haar risicoprofiel. Consument is na het beëindigen van de bevoorschotting echter op dezelfde voet doorgegaan met handelen. Pas in maart 2014 heeft Consument haar laatste effectenorder geplaatst. Dat (i) Consument zich na 14 december 2007 heeft laten adviseren door vrienden en haar zwager over voorgenomen transacties, (ii) Consument heeft doorgehandeld om wat terug te verdienen, en (iii) het handelen uiteindelijk is doodgebloed, maakt dit niet anders.

Effectenkrediet

5.11 Consument meent dat de Geschillencommissie ten onrechte heeft geoordeeld dat niet is gebleken dat de Bank bij het verlenen van het effectenkrediet (bevoorschotting) in strijd met haar wettelijke verplichtingen heeft gehandeld. Volgens Consument heeft de Bank bij de verlening van effectenkrediet haar zorgplicht geschonden, en wel op de volgende gronden.

(1) De Bank heeft Consument bij de aanvraag van het effectenkrediet ten onrechte niet geïnformeerd over dan wel gewaarschuwd voor (i) de risico's, de kosten en het begrip bevoorschotting en (ii) de strijdigheid van de bevoorschotting met haar risicoprofiel. Volgens Consument is de bevoorschotting in strijd met haar risicoprofiel, omdat Consument bij het aangaan van de execution only-relatie met de Bank in het ken-uw-cliënt formulier van de Bank had aangegeven te willen beleggen met "vrij vermogen", zie 3.2 onder punt 9. Als de Bank Consument wel had geïnformeerd of gewaarschuwd, dan (a) had Consument het effectenkrediet niet laten ingaan, (b) had Consument nooit zo'n grote hoeveelheid van eenzelfde aandeel (Pharming) gekocht, en (c) was er geen schade voor Consument ontstaan.

(2) De Bank was ook bij de aanvraag van het effectenkrediet gehouden tot naleving van ken-uw-cliënt-regels, omdat hierbij sprake was van een nieuwe, aanvullende overeenkomst met grote risico's, zeker voor een onervaren belegger. De Bank heeft in het kader van de verlening van het effectenkrediet evenwel geen onderzoek gedaan naar de financiële positie van Consument, terwijl Consument niet alleen (1) geen enkele ervaring met beleggen had, maar ook (2) psychische problemen had (niet *compos mentis* was), en dit een en ander voor

de Bank ook redelijkerwijs kenbaar was, omdat de wijze waarop Consument belegde onverantwoord was.

(3) Tijdens de mondelinge behandeling van 8 maart 2018 bij de Geschillencommissie heeft Consument een mail van de Bank d.d. 12 oktober 2012 (Wijziging Basisvoorwaarden en basishandleiding [van de Bank]) aan de Voorzitter, de overige leden van de Geschillencommissie en aan de advocaat van de Bank ter hand gesteld. Na lezing heeft de Voorzitter van de Geschillencommissie deze mail aan Consument teruggegeven. In de uitspraak van de Geschillencommissie leest Consument hierover niets terug, terwijl onder het hoofdstuk Basisvoorwaarden op deze mail het volgende vermeld staat:

"*Artikel 8 is uitgebreid met een paragraaf (8.7) over het jaarlijks invullen van de passendheidstoets*".

Ook dit heeft de Bank volgens Consument nooit gedaan.

5.12 De Bank betwist dat zij bij de verlening van het effectenkrediet de destijds toepasselijke wettelijke regels en haar zorgplicht heeft geschonden.

(1) De Bank stelt dat zij Consument wel geïnformeerd heeft over de risico's en de kosten van bevoorschotting, te weten in de voorwaarden die van toepassing waren op de Cliëntovereenkomst. Indien het begrip bevoorschotting voor Consument onduidelijk was, had het op haar weg gelegen daarover vragen te stellen. Bovendien is door het gestelde onbegrip geen schade geleden. Het effectenkrediet wordt verleend tegen onderpand van de effecten die worden aangekocht en heeft geen betekenis bij het beschrijven van de risico's van effectenkrediet, waarvoor Consument terdege is gewaarschuwd in de documentatie, en de gevolgen van een tekort. Het is volgens de Bank bovendien onjuist te veronderstellen dat het verstrekken van effectenkrediet niet zou passen bij een klant zoals Consument. Het risico van effectenkrediet wordt in belangrijke mate bepaald door de wijze waarop daarvan gebruik wordt gemaakt. Zoals in het verweerschrift van de Bank in de procedure voor de Geschillencommissie is beschreven, is de omvang van het effectenkrediet en de tijdsduur waarbinnen Consument gebruik heeft gemaakt van het krediet steeds haar eigen keuze geweest. De gevolgen daarvan dienen voor haar rekening en risico te blijven. De stelling dat het gebruik maken van effectenkrediet meebrengt dat niet meer met eigen vermogen wordt belegd, wordt door de Bank betwist. Juist de wijze waarop het effectenkrediet door de Bank is beperkt, te weten maximaal 65% van de waarde van de onderliggende effecten, brengt mee dat – hoge uitzonderingen daargelaten – de aangegane schuld volledig met het eigen vermogen kan worden afgelost door middel van de verkoop van de beleende effecten. Het verstrekken van effectenkrediet viel daarom goed te rijmen met de beantwoording van de vraag in de vragenlijst, waarbij Consument aangaf dat het vermogen vrij vermogen betrof dat zij niet op hele korte termijn nodig had.

(2) Voorts wijst de Bank op de overweging in de uitspraak van de Geschillencommissie, inhoudende dat niet is gebleken dat de Bank bij het verlenen van effectenkrediet in strijd met haar wettelijke verplichtingen heeft gehandeld. De regelgeving zoals deze destijds van tijd tot tijd gold, bracht mee dat de Bank geen nadere inlichtingen hoefde in te winnen over

de kredietwaardigheid van Consument. De stelling van Consument dat bij de aanvraag van het effectenkrediet een nieuwe passendheidstoets had dienen plaats te vinden vindt geen steun in het recht en wordt overigens niet onderbouwd door Consument anders dan dat dit vereiste uit de zorgplicht zou voortvloeien. De Bank betwist het bestaan van een dergelijke vergaande zorgplicht.

(3) De bank wijst erop dat art. 8.7 van de gewijzigde Basisvoorwaarden en basishandleiding BinckBank als volgt luidt:

"Client verklaart uitdrukkelijk dat hij de ingevulde vragenlijst in het kader van de passendheidstoets of een eventuele door Binck opgestelde nieuwe vragenlijst jaarlijks opnieuw zal invullen."

Volgens de Bank beoogt de bepaling te bewerkstelligen dat de Bank beschikt over actuele informatie aangaande de persoonlijke situatie van de klant. Het roept de klant op eventuele wijzigingen door te geven opdat de Bank zo nodig een nieuw risicoprofiel kan bepalen en de klant daarover kan informeren. Het verwijt dat de Bank in dit verband iets niet gedaan zou hebben wat de Bank verplicht was te doen kan de Bank niet plaatsen.

5.13 De Commissie van Beroep overweegt als volgt.

(1) De Commissie van Beroep is met de Bank van oordeel dat de Bank Consument wel geïnformeerd heeft over de risico's en de kosten van bevoorschotting, omdat deze risico's en kosten worden beschreven in de Handleiding die hiervoor onder 3.12 is geciteerd en die de Bank aan Consument op haar eigen verzoek heeft verstrekt. Indien het begrip bevoorschotting voor Consument onduidelijk was, had het op haar weg gelegen daarover vragen te stellen. In de Handleiding wordt Consument ook gewaarschuwd voor de risico's van het effectenkrediet door middel van een "Let op" tekst. Noch uit de destijds geldende regelgeving, noch uit de zorgplicht vloeit voort dat de Bank bij de aanvraag van het effectenkrediet gehouden was Consument te informeren over of te waarschuwen voor een eventuele strijdigheid van de bevoorschotting met haar risicoprofiel. Het voert ook te ver om aan te nemen dat bevoorschotting nimmer geschikt is voor cliënten met een defensief of neutraal profiel. De Bank heeft zich aan alle geldende regels gehouden, zowel waar het gaat om het waarschuwen voor de risico's als waar het gaat om de omvang van het verleende krediet. Er geldt geen verdergaande waarschuwingsplicht, ook niet als het gaat om beleggers met een defensief of neutraal beleggingsprofiel. Dat Consument geen ervaring had met beleggen en bovendien psychische problemen had (niet *compos mentis* was), maakt dit niet anders, in het bijzonder niet omdat dit laatste niet redelijkerwijs kenbaar was voor de Bank. Ook in het hoger beroep zijn geen stukken overgelegd en ook geen voldoende specifieke feiten en omstandigheden gesteld waaruit volgt dat de Bank had behoren te weten dat Consument psychische problemen had. De stelling van Consument dat als de Bank Consument had geïnformeerd over of gewaarschuwd had voor de door Consument

gestelde strijdigheid van de bevoorschotting met haar risicoprofiel, Consument (a) het effectenkrediet niet had laten ingaan, (b) nooit zo'n grote hoeveelheid van eenzelfde aandeel (Pharming) gekocht, en (c) er geen schade voor Consument was ontstaan, gaat niet op. De Bank was immers niet verplicht Consument te informeren over of te waarschuwen voor een eventuele strijdigheid van de bevoorschotting met haar risicoprofiel.

(2) Met de Geschillencommissie en de Bank is de Commissie van Beroep van oordeel dat niet is gebleken dat de Bank bij het verlenen van effectenkrediet in strijd met haar wettelijke verplichtingen heeft gehandeld. De Geschillencommissie heeft hierover terecht het volgende overwogen in rov. 4.9 en 4.10 van haar bindend advies (welke overwegingen Consument in beroep ook niet heeft bestreden):
Op grond van de in die periode geldende regelgeving – de Wet op het consumentkrediet (Wck) in november en december 2005, het Besluit financiële dienstverlening (Bfd) in 2006 en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo) vanaf 2007 – hoefde de Bank bij het verstrekken van effectenkrediet geen inlichtingen over de kredietwaardigheid van de consument in te winnen zolang de kredietsom niet een bepaald maximum overschreed. Ten tijde van de Wck gold als maximum dat de kredietsom niet hoger mocht liggen dan de waarde van de beleende effecten (zie artikel 4 lid 1 onder h en artikel 28 lid 1 Wck); op grond van artikel 59 Bfd mocht de kredietsom niet hoger liggen dan 70% van de waarde van de beleende effecten en op grond van artikel 113 BGfo, ten slotte, mocht de kredietsom niet hoger liggen dan 70% procent van de waarde van de beleende effecten als het aandelen betrof of 80% van die waarde als het obligaties betrof. In dit geval is de omvang van het krediet steeds beperkt gebleven tot 65% van de waarde van de onderliggende effecten. De Bank heeft deze veiligheidsmarge steeds bewaakt.

Een dergelijke verplichting vloeit ook niet voort uit de zorgplicht. Dat Consument geen ervaring met beleggen had en psychische problemen had (niet *compos mentis* was), maken dit niet anders, in het bijzonder niet omdat dit laatste niet redelijkerwijs kenbaar was voor de Bank. Zoals hiervoor reeds is overwogen (5.10 onder (1), slot) zijn ook in beroep geen stukken overgelegd en ook geen voldoende specifieke feiten en omstandigheden gesteld waaruit volgt dat de Bank had behoren te weten dat Consument psychische problemen had.

(3) Zoals de Bank terecht stelt, valt in artikel 8.7 van de gewijzigde Basisvoorwaarden en basishandleiding van de Bank niet redelijkerwijs een verplichting van de Bank te lezen om Consument jaarlijks een nieuwe passendheidstoets te laten invullen. De bepaling verplicht Consument zelf in actie te komen en jaarlijks een nieuwe passendheidstoets in te vullen als dat volgens Consument gelet op gewijzigde omstandigheden noodzakelijk zou zijn. Bovendien betreft het een wijziging uit 2012, terwijl het in de onderhavige zaak gaat over schade die in de periode 2005-2007 zou zijn geleden. De bepaling is voor een beslissing in deze zaak dus irrelevant.

Slotsom

5.14 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie van Beroep van oordeel is dat de Bank haar zorgplicht jegens Consument niet heeft geschonden en de destijds toepasselijke regels heeft nageleefd. Het beroep is dus ongegrond. De Commissie van Beroep zal het bindend advies

van de Geschillencommissie handhaven.

6. Beslissing

De Commissie van Beroep handhaaft het bindend advies van de Geschillencommissie.