

Uitspraak Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening nr. 2023-0025

(mr. C.A. Joustra, voorzitter, prof. dr. mr. R.H. de Bock, J.C.H. Kars AAG CERA, P.G. Polstra AA RB, mr. R.J.F. Thiessen, leden en mr. H.C. Dobbelaarten Cate, secretaris)

Beroepschrift ontvangen op	24 januari 2023
Ingediend door	Hof Hoorneman N.V., gevestigd te Gouda, hierna te noemen de bank
Tegen	de consument
Datum uitspraak	19 juni 2023
Aard uitspraak	bindend advies
Uitkomst	beroep ongegrond

Samenvatting

Tekortschieten in zorgplicht door de bank bij vermogensbeheer. De bank heeft niet aannemelijk kunnen maken dat zij heeft beoordeeld en met de consument heeft besproken, of het risicoprofiel van de beleggingsportefeuille van de consument nog passend was, nadat de consument werkloos was geworden en voor haar inkomen volledig afhankelijk was geworden van haar (door de bank beheerde) vermogen. De Commissie van Beroep bevestigt de uitspraak van de Geschillencommissie dat de bank hierdoor toerekenbaar tekort geschoten is jegens de consument en op die grond schadelijkt is jegens haar.

1. De procedure in beroep

- I.1 Bij een op 24 januari 2023 gedateerd beroepschrift heeft de bank bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (hierna: de Commissie van Beroep) beroep ingesteld tegen een uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (hierna: de Geschillencommissie) van 13 december 2022 (dossiernummer [nummer], gepubliceerd onder nummer 2022-1055).
- I.2 Op 6 maart 2023 heeft de consument een verweerschrift ingediend.
- I.3 De mondelinge behandeling van dit beroep heeft plaatsgehad op 13 maart 2023. De consument is daar verschenen vergezeld door haar gemachtigde P.P. van Straaten, verbonden aan Vermogensmonitor. Namens de bank was [naam I] aanwezig, bijgestaan door mr. W.M. Schonewille en mr. R.A. Mulder, beiden advocaat te Den Haag. Partijen hebben hun standpunt toegelicht en vragen van de Commissie van Beroep beantwoord.

2. De procedure bij de Geschillencommissie

Voor het verloop van de procedure bij de Geschillencommissie verwijst de Commissie van Beroep naar de uitspraak van de Geschillencommissie van 13 december 2022.

3. De feiten

- 3.1 De Commissie van Beroep gaat uit van de feiten die de Geschillencommissie heeft vermeld in de uitspraak onder 2.1 tot met 2.6. De feiten zijn niet betwist en worden voor zover nodig aangevuld met enkele andere feiten die tussen partijen vaststaan. Kort gezegd gaat het om het volgende.
- 3.2 In 2010 is de consument met de bank een overeenkomst tot vermogensbeheer aangegaan. In het kader van deze beheerovereenkomst heeft de consument een intakeformulier/vragenlijst moeten invullen; dit om haar kennis en ervaring, haar inkomens- en vermogenspositie, haar beleggingsdoelstellingen en haar risicobereidheid te inventariseren. Op basis van deze inventarisatie is zij in het meest risicovolle beleggingsprofiel (“profiel 5”) ingedeeld. Met dit profiel kwam zij in aanmerking voor de ‘Value Investing’-beleggingsmethode van de bank.
- 3.3 De consument is rond 2012/2013 werkloos geworden, waarna zij voor haar inkomen afhankelijk werd van haar inkomen uit vermogen.
- 3.4 Het door de bank beheerde vermogen van de consument was bij aanvang € 800.000,-. In augustus 2014 heeft de consument een bedrag van € 990.000,- bijgestort. Op 25 september 2014 heeft de bank de consument hierover een brief gestuurd en daarin het volgende vermeld:

“Hiermee bevestigen wij dat u heeft aangegeven dat er een aantal wijzigingen zijn opgetreden te weten:

- *U heeft recent een bedrag van € 1.000.000,- afkomstig uit de nalatenschap van uw vader toegevoegd aan het al bestaande Value Investing account. Hierdoor is uw belegd vermogen toegenomen tot nu ca. € 1.818.000,-. In de loop van 2014 ontvangt u nog een tweede deel uit de afwikkeling van de nalatenschap van uw vader, groot ca € 500.000,-. Ook dit bedrag voegt u weer aan genoemde portefeuille toe. U realiseert zich dat de portefeuille volledig belegd is in effecten met het risicokarakter van aandelen.”*

- 3.5 In 2015, 2017 en 2018 heeft de consument opnieuw aanzienlijke bedragen bijgestort op haar beleggingsrekening bij de bank.
- 3.6 Jaarlijks heeft de bank de consument een bevestiging van het beleggingsprofiel gemaild. Ter illustratie wordt hieronder de e-mail uit 2016 weergegeven:

“Wij spreken elkaar normaal gesproken een aantal maal per jaar (telefonisch) over de portefeuille die wij voor jullie mogen beheren. Hierbij de formele vaststelling (review) van het beleggingsprofiel.

Tijdens onze besprekingen komt de financiële situatie vanzelfsprekend aan de orde. U heeft aangegeven dat u geen wijzigingen in uw inkomens- en vermogenssituatie verwacht die van invloed zijn op het voor u door Hof Hoorneman Bankiers gevoerde beleggingsbeleid voor de portefeuille. Dit, gekoppeld aan (niet limitatief):

- *De ongewijzigde beleggingsdoelstellingen, vermogensgroei op de lange termijn en lange termijn beleggingshorizon (> 10 jaar),*

- rendementsstreven van gemiddeld meer dan 8% per jaar, dat hebben wij ongeveer voor u kunnen behalen sinds 2010 rekening houdend met de stortingen en onttrekkingen,
- acceptatie van het neerwaarts risico van maximaal 25%, dit kan in de praktijk meer zijn (getuige het jaar 2008, het jaar van de kredietcrisis waarin het mandaat zo'n 50% van de waarde verloor),
- u neemt op gezette tijden vermogen oplopend tot zo'n 120.000 euro in enig jaar,
- u heeft aangegeven dat als het rendement negatief is ook met zo'n 50.000 euro per jaar toe te kunnen,
- risicobereidheid, u bent reeds bekend (sinds 2010) met de grote koersschommelingen van het mandaat en acht dit acceptabel.

Dit leidt tot de wederzijdse conclusie dat er geen aanleiding is de portefeuillesamenstelling /mandaat te veranderen.

Wij treffen elkaar zoals gezegd een maal per jaar en bespreken dan de gang van zaken. Zouden zich vóór die bijeenkomst omstandigheden wijzigen die daarmee nopen tot het aanpassen van het risicoprofiel van de portefeuille dan verzoek ik u ons daarvan zo spoedig als mogelijk op de hoogte te stellen.

Voor de goede orde bevestig ik jullie dat het huidige risicoprofiel 5 inhoudt dat in neutrale omstandigheden het vermogen voor 100% in zakelijke waarden (aandelenrisico) is ingedeeld en belegd.

In de bijlage staat de volledige beschrijving van uw profiel en passendheid van de belegging. Graag uw aandacht daarvoor! Dit omdat wij graag doen wat passend is in uw situatie. Dus als er zaken wij die van invloed (kunnen) zijn op de inhoud van dit schrijven vernemen wij dit graag.

- 3.7 In juli 2018 heeft de consument de bank laten weten dat zij ontevreden was met het behaalde rendement.
- 3.8 Op 1 juli 2020 heeft de consument de bank verzocht het vermogensbeheer te beëindigen en haar portefeuille te verkopen. Op 11 september 2020 heeft de consument zich bij de bank beklagd over de wijze waarop de bank haar vermogen had beheerd.

4. De klacht en de uitspraak van de Geschillencommissie

- 4.1 De consument is van mening dat de bank haar zorgplicht als vermogensbeheerder heeft geschonden. In 2012/2013 is consument werkloos geworden. Hierdoor werd zij voor haar inkomen volledig afhankelijk van haar (door de bank beheerde) vermogen. Dit had voor de bank aanleiding moeten zijn om te inventariseren of het in 2010 overeengekomen beleggingsprofiel nog steeds passend was. Ook had de bank niet het mandaat om de door de consument in 2014, 2015, 2017 en 2018 bijgestorte bedragen te beheren. Ten slotte heeft de consument geklaagd dat de beleggingsmethode 'Value Investing' gaandeweg, in ieder geval vanaf 2018, niet meer passend voor haar was.
- 4.2 De Geschillencommissie heeft de laatste twee klachten ongegrond verklaard. Op grond van art. 1.1 van de beheerovereenkomst had de bank de bevoegdheid om ook de bedragen die de consument ná 2010 op haar beleggingsrekening zou storten te beheren. Dat was ook de bedoeling van partijen, zo blijkt uit de brief van 25 september

2014. Verder heeft de consument onvoldoende onderbouwd waarom de beleggingsmethode 'Value Investing' gaandeweg niet meer passend was, zodat ook die klacht niet slaagt.

- 4.3 De eerste klacht, dat de bank verzuimd heeft te inventariseren of het risicoprofiel van de consument nog passend was nadat de consument werkloos was geworden, slaagt wel. De bank is er niet in geslaagd te onderbouwen dat zij jaarlijks gesprekken met de consument heeft gevoerd. Ook heeft de bank niet kunnen aantonen dat zij in 2012/2013 – nadat de consument werkloos was geworden – heeft geïnventariseerd of het beleggingsprofiel nog steeds passend was. Het moet er daarom voor worden gehouden dat de bank dat niet heeft gedaan. Door dit achterwege te laten is de bank toerekenbaar tekortgeschoten.
- 4.4 Het verweer van de bank dat de consument eerder hierover had moeten klagen, is door de Geschillencommissie verworpen. Hetzelfde geldt voor het beroep van de bank op verjaring.
- 4.5 Naar het oordeel van de Geschillencommissie is echter niet gebleken dat de consument door de tekortkoming van de bank schade heeft geleden. De vordering tot schadevergoeding is daarom afgewezen. Wel heeft de Geschillencommissie aanleiding gezien om de door de bank in rekening gebrachte beheerkosten te matigen, omdat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de bank aanspraak wil (blijven) houden op de hele beheersvergoeding. In de periode 2012-2020 heeft de consument daarvoor € 155.221,- betaald aan de bank. De bank moet hiervan € 75.000,- terugbetalen. Verder heeft de Geschillencommissie een bedrag van € 750,- aan proceskosten toegewezen.
- 4.6 De Geschillencommissie heeft de klacht van de consument gedeeltelijk gegrond geacht. De bank is veroordeeld tot betaling aan de consument van een bedrag van € 75.750,-.

5. De beoordeling van het beroep

- 5.1 De bank heeft haar beroep beperkt tot het oordeel van de Geschillencommissie over de gegrondheid van de klacht van de consument dat de bank tekortgeschoten is in haar zorgplicht als vermogensbeheerder doordat zij in 2012/2013 onvoldoende zou hebben geïnventariseerd of het beleggingsprofiel van de consument – nadat zij werkloos was geworden – nog steeds passend was.
- 5.2 Door de bank wordt in de eerste plaats aangevoerd dat de Geschillencommissie ten onrechte haar beroep op schending van de klachtplicht heeft verworpen. Op grond van art. 6:89 BW had de consument tijdig moeten klagen. Dat heeft zij niet gedaan; pas op 11 september 2020 heeft zij geklaagd dat de bank in 2012/2013 – nadat de consument werkloos werd – op grond van haar zorgplicht haar beleggingsprofiel had moeten aanpassen. Dat is te laat, volgens de bank.
- 5.3 De Commissie van Beroep volgt het standpunt van de bank niet. Ook de Commissie van Beroep is van oordeel dat er onvoldoende feiten en omstandigheden zijn gebleken waaruit kan worden afgeleid dat de consument al in 2012/2013 bekend had moeten zijn

met het gestelde tekortschieten van de bank in haar zorgplicht. De consument heeft de bank juist ingeschakeld als vermogensbeheerder vanwege de professionaliteit en deskundigheid van de bank. De consument mocht daarop vertrouwen. De consument mocht er bovendien vanuit gaan dat de bank in beginsel haar zorgplicht jegens haar zou naleven. Het niet-naleven van de zorgplicht door de bank is dan ook niet een tekortkoming die de consument had behoren op te merken en waarover zij eerder had moeten klagen. De omstandigheden die de bank in dit verband heeft aangevoerd, maken dat niet anders. Die komen er immers allemaal op neer dat de consument zélf had moeten vaststellen dat haar beleggingsprofiel niet meer passend was. Maar door het ontbreken van kennis en inzicht hierover was de consument nu juist aangewezen op de deskundigheid van de bank. De bank kan daarom niet aan de consument tegenwerpen dat zij dat zelf had moeten ontdekken.

- 5.4 In de tweede plaats klaagt de bank dat de Geschillencommissie ten onrechte haar beroep op verjaring heeft verworpen. Volgens de bank kon de consument reeds vanaf 2012 – maar in elk geval vanaf 2014 – bekend zijn met het feit dat zij schade had geleden vanwege het gestelde tekortschieten van de bank. Ook dit verweer kan niet slagen. De bank kan niet gevolgd worden in haar stelling dat de consument in 2012 dan wel 2014 bekend was met haar vordering. Daarvoor zou immers vereist zijn geweest dat de consument daadwerkelijk wist dat de bank tekortgeschoten was in de zorgplicht omdat het beleggingsprofiel van de consument niet was aangepast, en dat de consument daarom (mogelijk) een vordering op de bank had. Zoals hiervoor onder 5.3 uiteen is gezet, kan daar echter niet van worden uitgegaan.
- 5.5 De bank voert in de derde plaats aan dat de Geschillencommissie ten onrechte heeft geoordeeld dat sprake is geweest van een toerekenbare tekortkoming, omdat de bank nadat consument werkloos werd niet heeft geïnventariseerd of het beleggingsprofiel nog steeds passend was. De Commissie van Beroep overweegt hierover het volgende.
- 5.6 Uit de door de bank overgelegde stukken blijkt dat de bank voorafgaand aan het aangaan van de overeenkomst tot vermogensbeheer, in 2010, in voldoende mate heeft onderzocht of het gekozen beleggingsprofiel passend is voor de consument. Anders ligt dit echter voor de periode 2012/2013. De in het geding gebracht ‘risk reviews’ (gedateerd op 7 februari 2012, 24 oktober 2012 en 14 februari 2013) zijn nagenoeg gelijkkluidend van inhoud. Uit de ‘reviews’ komt naar voren dat de bank bekend was met de werkloosheid van de consument, maar geenszins blijkt daaruit dat deze omstandigheid voor de bank aanleiding is geweest voor een herbeoordeling van de passendheid van het beleggingsprofiel van de consument. Ook anderszins kan uit de ‘reviews’ niet worden afgeleid dat deze zijn opgemaakt naar aanleiding van een onderzoek van de bank, al dan niet in samenspraak met de consument, over de (actuele) passendheid van het beleggingsprofiel. Integendeel, het feit dat de ‘reviews’ vrijwel gelijkkluidend zijn (dat wil zeggen: precies dezelfde tekst bevatten met vermelding van dezelfde feiten en omstandigheden, zonder enige aanvulling of wijziging in een latere ‘review’), duidt er eerder op dat zij gecopy-pastet zijn uit de intakeperiode. Overigens heeft de bank ter zitting ook erkend dat de ‘reviews’ geen gespreksverslag zijn.

- 5.7 De bank heeft niet aannemelijk kunnen maken dat er contact is geweest tussen de bank en de consument over de passendheid van het risicoprofiel in verband met de in 2012/2013 ingetreden werkloosheid. Schriftelijke stukken hierover ontbreken. Volgens de bank zou dit zijn besproken met de consument, maar de consument heeft betwist dat er gesprekken zijn geweest met (medewerkers van) de bank over beleggingsrisico's in relatie tot haar (gewijzigde) persoonlijke situatie. Sowieso zijn er volgens de consument nauwelijks persoonlijke contacten geweest; zij heeft alleen tweemaal geluncht met een medewerker en verder heeft zij incidenteel telefonisch geïnformeerd naar de koersbewegingen van bepaalde aandelen. De bank heeft hier geen concrete, andere feiten tegenover gesteld. Desgevraagd heeft de bank verklaard dat de betrokken medewerker (wiens naam ook onder de 'reviews' is vermeld – overigens zonder handtekening) al lang niet meer bij haar werkt en dus ook geen verklaring kan afleggen. De bank beschikt niet over andere schriftelijke informatie.
- 5.8 Het moet er dan ook voor worden gehouden dat de bank in de periode 2012/2013, toen de consument werkloos was geworden, niet heeft onderzocht of het bij aanvang gekozen beleggingsprofiel nog passend voor haar was en daarover ook niet heeft gesproken met de consument. Dit is in strijd met de zorgplicht van art. 24 Wet op het financieel toezicht. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de bank tekortgeschoten is in haar zorgplicht jegens de consument.
- 5.9 Vervolgens is de vraag welke schade de consument hierdoor heeft geleden. In haar verweerschrift in beroep heeft de consument een nieuwe schadeberekening opgenomen, die sluit op een bedrag van € 294.820,-. Dit schadebedrag is – kort gezegd – gebaseerd op de hypothetische opbrengst indien vanaf 2014 belegd zou zijn in obligaties.
- 5.10 De Commissie van Beroep deelt het standpunt van de bank dat de schadeberekening van de consument niet kan worden gevolgd. Uit het overzicht van het verloop van de portefeuille volgt dat de consument alleen in de jaren 2013, 2016 en 2019 per saldo meer geld aan de portefeuille heeft onttrokken dan gestort. In de jaren 2017 en 2018 heeft zij relatief weinig geld aan de portefeuille onttrokken. Dit relativeert de stelling van de consument dat zij voor haar levensonderhoud afhankelijk was van de portefeuille en daarmee ook het belang dat zij stelt te hebben bij minder risicovol beleggen. Daar komt nog bij dat de bank de consument via mailberichten op 3 juni 2016, 30 juni 2017, 6 juni 2018 en 27 januari 2020 erop heeft gewezen dat er risicovol werd belegd. Dit heeft de consument er echter niet toegebracht om haar beleggingsprofiel aan te passen. De Commissie van Beroep is dan ook van oordeel dat niet kan worden aangenomen dat de consument in 2014 en de jaren erna ervoor zou hebben gekozen om minder risicovol te gaan beleggen.
- 5.11 Maar ook als wel zou moeten worden aangenomen dat de consument in 2014 op advies van de bank minder risicovol was gaan beleggen, dan is het de vraag of zij daarmee in 2020 uiteindelijk beter af zou zijn geweest. In dat verband is onder meer van belang dat haar (risicovolle) portefeuille in de loop der jaren veelal goed heeft geredeneerd en dat de consument medio 2020 heeft besloten de beleggingsportefeuille bij de bank te verkopen op een dieptepunt van de markt. Uit het overzicht van het verloop van de beleggingen volgt dat de portefeuille in maart 2020 – tijdens het begin

van de coronacrisis – een kwart van haar waarde was verloren en dat het vermogen van de consument in één maand was gedaald van € 2.024.855,- naar € 1.593.582,-, een verlies dat in de maanden tot verkoop van de portefeuille in augustus 2020 maar in beperkte mate weer kon worden goedge maakt. Het is aannemelijk dat ook een minder risicovolle portefeuille in deze periode aanzienlijk zou zijn gedaald en dat de consument ook in een dergelijke daling aanleiding zou hebben gezien haar portefeuille te verkopen. Tegen deze achtergrond heeft de consument onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij per saldo een beter resultaat zou hebben behaald als sprake was geweest van een meer defensief beleggingsprofiel; eerder in de tijd zou consument dan ook minder hebben geprofiteerd van de gestegen beurskoersen. De consument heeft immers wel tegen die gestegen beurskoersen bedragen onttrokken aan de portefeuille en daarmee koerswinsten gerealiseerd. Om die reden kan het door de consument genoemde schadebedrag niet worden gevolgd. Het door de consument gevorderde bedrag wordt door de Commissie van Beroep dan ook afgewezen.

- 5.12 De Geschillencommissie heeft overwogen dat, gelet op het tekortschieten van de bank in haar zorgplicht, het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de bank aanspraak wil blijven houden op de gehele beheervergoeding en dat de bank daarom een deel daarvan, € 75.000,-, moet terugbetalen. Tegen deze overweging is de bank in haar beroepschrift niet afzonderlijk opgekomen. Zij heeft dat wel gedaan bij de mondelinge behandeling. De Commissie van Beroep laat deze klacht echter buiten beschouwing omdat zij het aanvoeren daarvan in dit stadium van de procedure in strijd acht met de goede procesorde.

Slotsom en kosten

- 5.13 De slotsom is dat de bestreden beslissing in stand kan blijven.
- 5.14 Voor het voeren van de procedure bij de Commissie van Beroep zal de consument een bedrag van € 750,- worden toegekend (volgens het liquidatietarief van de Commissie van Beroep: I punt voor professionele rechtsbijstand, niet zijnde een advocaat).

6. De beslissing

De Commissie van Beroep:

bevestigt de uitspraak van de Geschillencommissie;

wijst de in beroep door de consument gevorderde schadevergoeding af;

veroordeelt de bank tot betaling aan de consument van een bedrag van € 750,- aan proceskosten, te betalen binnen vier weken na heden.