

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2016-481
(mr. J. Wortel, voorzitter, prof. dr. A. Buijs, mr. drs. R. Knopper, leden en
mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 4 mei 2015
Ingesteld door : Consumenten
Tegen : BinckBank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de bank
Aard uitspraak : bindend advies

Samenvatting

Consumenten vertrouwen vermogen toe aan een bekende (hierna: X) die niet de vereiste vergunning heeft om beleggingsdiensten te verlenen. Het vermogen wordt vervolgens door X belegd met behulp van een effectenrekening bij de bank; het belegde vermogen gaat grotendeels verloren, onder meer door beleggingsverliezen en aanzienlijke transactiekosten. X wordt veroordeeld wegens verschillende strafbare feiten. In de procedure bij de Commissie stellen consumenten dat de bank haar zorgplicht niet heeft nageleefd, door te faciliteren dat X, zonder de vereiste vergunning te hebben, met hun vermogen beleggingstransacties kon verrichten. Naar het oordeel van de Commissie heeft de bank haar zorgplicht niet nageleefd. Uit een register uit het handelsregister heeft de bank immers kunnen afleiden dat er sprake was van vergunningplichtige activiteiten, maar desondanks heeft de bank hierover geen navraag gedaan. Het ontbreekt echter aan het vereiste causaal verband tussen dit tekortschieten en de schade. De vordering wordt afgewezen.

I. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:

- het ingevulde klachtformulier met bijlagen,
- de brief van de bank van 20 juli 2015,
- de brief van de gemachtigde van Consumenten van 29 september 2015,
- de brief van de bank van 4 november 2015,
- de e-mail van 23 november 2015 waarin de gemachtigde van Consumenten mededeelt dat de uitspraak van de Commissie als bindend wordt aanvaard,
- de pleitnotities van de gemachtigde van Consumenten,
- de pleitnotities van de bank met één bijlage en
- de e-mail van de bank van 5 september 2016, waarin de bank mededeelt dat zij de uitspraak van de Commissie als bindend aanvaardt, met inachtneming van het bepaalde in artikel 44.6 van het reglement.

De Commissie stelt vast dat partijen haar advies als bindend aanvaarden met inachtneming van artikel 44.6 van het reglement. In dit artikel 44.6 is onder meer bepaald dat, ook als partijen instemmen met een bindend advies, de uitspraak niet bindend is voor zover aan hoofdsom een bedrag van meer dan € 250.000 wordt toegewezen en de verweerder lid is van de Nederlandse Vereniging van Banken.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 7 april 2016 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

- 2.1 Consumenten hebben in het verleden een effectenportefeuille bij Van Lanschot aangehouden. Omdat zij verlies hadden geleden op deze portefeuille en hadden vernomen dat de heer X, een bekende uit het dorp, zich met beleggen bezighield, hebben zij in 2008 besloten een deel van hun vermogen te laten beleggen door het bedrijf van de heer X (hierna aangeduid als Y BV). De bedrijfsomschrijving van Y BV in het handelsregister was ‘beleggen van vermogens voor derden en adviseren op vermogensgebied’.
- 2.2 In 2008 hebben de bank en Y BV een offerte voor twee beleggingsrekeningen ondertekend. De offerte had betrekking op de abonnementskosten en een korting op transacties in effecten genoteerd bij Euronext Amsterdam. In deze offerte staat:

“(…) Offerte voor rekening [twee rekeningnummers]

Op basis van de individuele overeenkomst biedt Alex u het volgende:

- 100% korting op de abonnementskosten (…)
- Een speciaal maximum tarief van € 100,- voor transactiekosten met betrekking tot effecten genoteerd aan Euronext Amsterdam

Voor het overige zullen de standard tarieven en condities van Alex van toepassing zijn. (…)
Deze korting gaat in per 1 april 2008 en blijft van kracht tot 1 april 2009. (…)”

- 2.3 De bank heeft een document overgelegd waarin de werkzaamheden van Y BV worden beschreven (bijlage 6 bij de brief van 20 juli 2015); de bank heeft gesteld dat haar niet bekend is wie dit document heeft opgesteld. In dit document staat onder meer:

“(…) Doel van [Y BV] is het beleggen van vermogens van derden, op de handelswijze van daytrader, dus speculeren op grote koersverschillen per dag met grote hefboomeffecten.
Strategie

Het beleggen vindt plaats via een beleggingsrekening bij de effectenbroker Alex Beleggersbank of BinckBank NV en in aandelen van bedrijven welke genoteerd staan op de Amsterdamse Effecten Beurs. Als daytrader wordt er vaak gehandeld in Shorts en Longs.

(…)

Artikel 18 geeft [Y BV] te allen tijde de mogelijkheid om alle gemaakte transactiekosten (….) in rekening te brengen bij de cliënt (…). [Y BV] heeft artikel 18 kunnen opnemen, nadat [Y BV] met de effectenbroker Alex Beleggersbank en BinckBank NV (….) een (….) nultarief voor de abonnementskosten van Alex Pro en een maximum tarief van € 100 op de transactiekosten met betrekking tot effecten genoteerd aan (….) Euronext Amsterdam [werkwoord ontbreekt na ‘nadat’, toevoeging Kifid]. Zie het schrijven (….) van Alex Beleggersbank en Binckbank NV van 1 april 2008. (…)

Met de eerste cliënt van [Y BV], [achternaam Consumenten], had [Y BV] het volgende omtrent de transactiekosten overeengekomen, alvorens het beleggingscontract aan te gaan.

Gebaseerd op € 700.000 inleg (...) zou [Y BV] gemiddeld 14 transacties per dag maken, gedurende 5 dagen per week en maximaal 48 weken per jaar, tegen een normaal transactietarief / provisie tarief van maximum € 250 per transactie, in de ordergrootte van 1 x € 200.000,- en 2 x € 250.000,- maakt een totaal (...) 10.080 transacties. Dit aantal tegen maximaal € 250,- maakt aan totale transactiekosten / provisie kosten per jaar van € 2.520.000.

(...) de transactiekosten/provisiekosten [worden] in eerste instantie (...) in rekening gebracht ten laste van de beleggingsrekeningen van [Y BV] en vervolgens brengt [Y BV] deze (...) in rekening bij de cliënt (...) met een maximum van € 240.000,- exclusief btw per jaar.
(...)”

- 2.4 Y BV heeft begin mei 2008 een beleggingsrekening bij de bank geopend. De bank heeft het door Y BV ingevulde ‘openingsformulier rechtspersoon zelf beleggen’ overgelegd. In dit formulier is, bij de vraag ‘Gaaf u op deze Alex-rekening vermogen beheren van derde(n)’ ingevuld ‘Nee, ik beheer alleen het vermogen van mijzelf.’
- 2.5 In juni en september 2008 hebben Consumenten in totaal een bedrag van € 1.345.000 overgemaakt naar een rekening van Y BV bij een andere bank.
- 2.6 In haar brief van 2 december 2009 heeft de bank aan Y BV geschreven:
- “(...) Hierbij bericht BinckBank (...) u dat zij de cliëntrelatie die zij heeft met [Y BV] wenst te beëindigen.
Onlangs heeft u een verklaring afgelegd over een brief die u had opgesteld waarbij u zonder toestemming van BinckBank het briefhoofd van BinckBank heeft gebruikt. De brief was voorzien van de nagemaakte ondertekening door één van onze directeuren. Ondanks dat u in de verklaring stelde de brief uitsluitend voor eigen gebruik te hebben opgesteld, is ons onlangs gebleken dat de brief bij derden terecht is gekomen. Dit incident heeft het vertrouwen, dat BinckBank in u moet kunnen hebben, ernstig geschonden. Voortzetting van de cliëntrelatie met [Y BV] achten wij, gezien uw betrokkenheid bij deze vennootschap, om deze reden niet mogelijk.
Wij verzoeken u de tegoeden die [Y BV] aanhoudt op (...) rekening [nummer] en Alex Spaarrekening met nummer (...) binnen 4 weken na datum van dit schrijven over te boeken naar een andere bankinstelling. De portefeuille van rekening (...) kunt u binnen deze periode verkopen dan wel overboeken naar een andere bankinstelling. Eventuele tegoeden of effecten die na afloop van genoemde periode op deze rekeningen aanwezig zijn, zullen wij afboeken. Genoemde rekeningen zullen wij vervolgens sluiten. (...)”
- 2.7 In mei 2010 heeft een accountant vastgesteld dat Y BV, met het van Consumenten ontvangen vermogen, in totaal voor een bedrag van € 62.277.314 effecten heeft gekocht, voor € 61.177.198 effecten heeft verkocht, € 124.952 aan transactiekosten heeft betaald en aan Consumenten een bedrag van € 141.184 terugbetaald.
- 2.8 De AFM heeft, in een brief van 16 juni 2010 aan de districtsrecherche Noord van de politie Drenthe, een oordeel gegeven over de toelaatbaarheid van Y BV's activiteiten.

De AFM schrijft in deze brief dat het op grond van artikel 2:96 van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) verboden is zonder vergunning beleggingsdiensten te verlenen en dat Y BV in strijd met dit verbod heeft gehandeld.

2.9 Nadat door Consumenten aangifte tegen hem was gedaan, is de heer X veroordeeld wegens verschillende strafbare feiten.

3. Vordering, klacht en verweer

3.1 Consumenten vorderen dat de bank wordt veroordeeld tot vergoeding van schade, begroot op € 999.999 en te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag en kosten van rechtsbijstand. Aan deze vordering leggen zij ten grondslag dat de bank jegens hen toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgplicht, door te faciliteren dat Y BV een effectenrekening bij de bank aanhield en beleggingstransacties kon verrichten met vermogen afkomstig van Consumenten.

3.2 De bank heeft de stellingen van Consumenten gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

4.1 Partijen verschillen van standpunt over de vraag of het, voor de beoordeling van deze klacht, uitmaakt dat Consumenten zelf geen rekening bij de bank aanhielden en het belegde vermogen ook niet (rechtstreeks) naar de rekening van Y BV bij de bank hebben overgemaakt. In hun debat over dit geschilpunt zijn partijen ingegaan op de arresten Safe Haven (HR 23 december 2005, NJ 2006, 289) en Stichting Belangenbehartiging Gedupeerde Beleggers/ABN AMRO (HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399). In het arrest Safe Haven is overwogen dat de maatschappelijke functie van een bank een bijzondere zorgplicht meebrengt ten opzichte van derden met wier belangen zij, op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, rekening behoort te houden. In het arrest van 27 november 2015 is overwogen, samengevat, dat de functie van een bank, die in het betalings- en effectenverkeer en de dienstverlening ter zake een centrale rol speelt, op die gebieden bij uitstek als deskundig is te beschouwen, en over informatie kan beschikken die anderen missen, rechtvaardigt dat haar zorgplicht niet beperkt is tot diegenen die als klant in een contractuele relatie tot haar staan. De Commissie neemt als uitgangspunt dat de bijzondere zorgplicht van de bank als financiële dienstverlener in het voorliggende geval ook jegens Consumenten gold, ook al waren zij zelf geen rekeninghouder van de bank en hadden zij zelf geen geld overgemaakt naar een rekening bij de bank, met dien verstande dat de bank voldoende alert behoorde te zijn op aanwijzingen dat haar rekeninghouder transacties uitvoerde die jegens derden onrechtmatig konden blijken te zijn en waardoor die derden benadeeld konden worden.

- 4.2 Aan de orde is vervolgens de vraag of de bank jegens Consumenten haar zorgplicht heeft nageleefd. De bank voert aan dat zij heeft mogen afgaan op Y BV's mededeling in het openingsformulier – namelijk dat zij de rekening niet voor het beheren van vermogens van derden zou gebruiken – en dat ook uit de omschrijvingen van betalingen niet bleek dat Y BV voor iemand anders belegde. Verder verwijst de bank naar het genoemde arrest van 27 november 2015, waaruit zij afleidt dat alleen bepalend is of bank zich concreet bewust is geweest van vergunningplichtige activiteiten. Deze verweren worden gepasseerd omdat vaststaat dat de bank ten aanzien van Y BV een uittreksel uit het handelsregister heeft opgevraagd – wat zij, afgaande op de onderaan op het uittreksel vermelde datum, op of kort na 3 juni 2008 ter beschikking heeft gekregen – waarin als bedrijfsomschrijving wordt vermeld 'beleggen van vermogens voor derden en adviseren op vermogensgebied'. Omdat zulke werkzaamheden vergunningplichtig zijn op grond van artikel 2:96 Wft, had het na kennisneming van dit uittreksel op de weg van de bank gelegen bij Y BV na te vragen of zij op haar rekeningen bij de bank alleen eigen gelden of ook gelden van derden belegde en, als dat laatste het geval was, of zij beschikte over de daarvoor vereiste vergunning op grond van de Wft. Nu niet is gesteld of gebleken dat de bank destijds daarover navraag heeft gedaan bij Y BV, is zij toerekenbaar tekortgeschoten in het nakomen van haar zorgplicht jegens Consumenten.
- 4.3 Consumenten stellen dat op 21 april 2008, voordat Y BV effectenrekeningen bij de bank opende, de bank en Y BV een offerte hebben ondertekend waaruit de bank heeft kunnen afleiden dat Y BV voor derden zou gaan handelen; zij hebben de echtheid betwist van de brief met als bijlage de offerte die de bank bij dupliek heeft overgelegd. De bank heeft op haar beurt betwist dat de door Consumenten overgelegde offerte reeds op 21 april 2008 door de bank is ondertekend en heeft een exemplaar van die offerte, met dagtekening '5-6-8', ter zitting overgelegd. De Commissie constateert dat niet is komen vast te staan wanneer deze offerte door Y BV respectievelijk de bank is ondertekend. Aan verdere bewijslevering hoeft echter niet te worden toegekomen, aangezien de Commissie, onder 4.2 hiervoor, reeds op andere gronden tot het oordeel is gekomen dat de bank erop bedacht had kunnen zijn dat Y BV vergunningplichtige werkzaamheden verrichtte.
- 4.4 Beoordeeld moet worden of het vereiste causaal verband bestaat tussen het hiervoor vastgestelde tekortschieten van de bank en de gestelde schade. Volgens Consumenten zou, als de bank haar zorgplicht wél had nageleefd, Y BV's rekening zijn gesloten en zou dit in de weg hebben gestaan aan nieuwe stortingen. Consumenten stellen dat zij dan zouden zijn geconfronteerd met het feit dat Y BV niet de vereiste vergunning had en zouden hebben beseft dat X met zijn dienstverlening een economisch delict beging; en dat het hoogst onaannemelijk is dat Y BV in dat geval desondanks een andere rekening zou hebben geopend en haar activiteiten zou hebben voortgezet. Verder stellen Consumenten dat het om hun pensioengeld ging en dat, als de bank had gewezen op het ontbreken van de vereiste vergunning, dit voor hen een signaal zou zijn geweest om niet met de heer X in zee te gaan.

De bank heeft hiertegen ingebracht dat de oorzaak van de geleden verliezen niet ligt in haar handelen of nalaten, maar in de gevolgde beleggingsstrategie; volgens de bank is het aannemelijk dat, ook als Y BV door de bank zou zijn geweigerd wegens het ontbreken van een vergunning, het vermogen van Consumenten elders volgens eenzelfde strategie zou zijn belegd, eventueel via een andere vermogensbeheerder die wel een vergunning had.

- 4.5 De Commissie overweegt als volgt. Vast staat dat Consumenten in 2008, om Y BV in staat te stellen voor hen beleggingswerkzaamheden te verrichten, een bedrag van € 1.345.000 hebben overgemaakt naar de rekening die Y BV aanhield bij een andere bankinstelling. Door die overmaking is Y BV in staat gesteld naar eigen inzicht over dit bedrag te beschikken. De Commissie kan niet als vaststaand feit aanmerken dat Consumenten dit bedrag van Y BV zouden hebben teruggekregen indien de bank, na te hebben vastgesteld dat Y BV of haar bestuurder X als financiële dienstverlener over gelden van derden beschikte zonder over de vereiste vergunning te beschikken, terstond zou hebben geweigerd een rekening voor Y BV te openen, althans zou hebben geweigerd om ten aanzien van die rekening transacties uit te voeren. Naar het oordeel van de Commissie is op basis van de haar voorgelegde feiten zelfs niet waarschijnlijk te noemen dat zulk (onverwijld) handelen van de bank ertoe zou hebben geleid dat Consumenten het aan Y BV overgemaakte bedrag hadden teruggekregen. Het staat vast dat Consumenten zonder meer hebben vertrouwd op hetgeen X hun vertelde over diens uiterst profijtelijke wijze van beleggen. Aangenomen – hetgeen op zichzelf al niet waarschijnlijk is – dat X Consumenten in alle eerlijkheid zou hebben verteld dat de bank hem het gebruik van een rekening had geweigerd, valt allerminst uit te sluiten dat Consumenten zouden zijn afgegaan op mededelingen van X die hem in staat hadden gesteld het reeds in bezit gekregen bedrag op andere wijze, via een bij een andere bankinstelling geopende rekening, te blijven gebruiken voor zijn beleggingsstrategie die, naar achteraf moet worden vastgesteld, buitengewoon risicovol is en onevenredig hoge kosten meebrengt. In elk geval is onvoldoende aannemelijk dat adequaat handelen van de bank als hiervoor bedoeld ertoe zou hebben geleid dat Consumenten weer de beschikking zouden hebben gekregen over het bedrag dat zij hebben overgemaakt naar een rekening van Y BV bij een andere bankinstelling.
- 4.6 Het is, kortom, niet komen vast te staan dat adequaat handelen van de bank de schade van Consumenten zou hebben voorkomen; daarmee is ook het vereiste causaal verband tussen de gestelde schade en het tekortschieten van de bank niet komen vast te staan. Dit betekent dat de gevorderde schadevergoeding niet kan worden toegewezen.
- 4.7 Gezien het voorgaande zal de vordering worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor www.kifid.nl/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld.

U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 46 van het Reglement.