Uitspraak Commissie van Beroep 2016-006 d.d. 8 februari 2016
(mr. C.A. Joustra, voorzitter, mr. S.B. van Baalen, drs. P.H.M. Kuijs AAG en mr. R.J.F. Thiessen, leden, en mr. G.A. van de Watering, secretaris)

Samenvatting

Belanghebbende heeft bij de Bank, op basis van execution only, vanaf 11 februari 2010 een Marketindex-rekening aangehouden, waarbij hij toegang had tot een handelsplatform van de Bank, Marketindex-platform geheten. Op dat platform kon in 'Contracts for Difference' (CFD's; een derivaat-product) worden gehandeld. Op 8 november 2013 verviel de rekening, omdat de Bank het product niet langer aanbood. Voordat Belanghebbende de rekening toegewezen kreeg, heeft hij online een aanvraagproces ('Onboarding'-proces) moeten doorlopen. Toen de rekening verviel had Belanghebbende wegens handel in CFD's een verlies geleden van € 45.357,48. Hij sprak de Bank tot schadevergoeding aan. De Geschillencommissie houdt de Bank voor een gedeelte van de schade aansprakelijk op de grond dat zij voorafgaand aan het verstrekken van de Marketindex-rekening aan Belanghebbende niet voldoende heeft onderzocht of beleggen via deze rekening kon worden beschouwd als een voor Belanghebbende passende vorm van beleggen en omdat zij hem ook niet voldoende indringend heeft voorgelicht over de specifieke kenmerken en risico's van CFD's. In beroep bestrijdt de Bank deze beslissing op de grond dat de Geschillencommissie buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden. Deze klacht wordt gegrond bevonden. Drie andere klachten worden niet doeltreffend geoordeeld.

Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.

1. De procedure in hoger beroep

1.1 Met een op 1 april 2015 gedateerde brief is namens de Bank bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (hierna te noemen: Commissie van Beroep) een pro forma beroep ingesteld tegen de uitspraak d.d. 20 februari 2015 van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (hierna te noemen: Geschillencommissie) in het dossier met het nummer [nummer]. De gronden van het beroep zijn aangevoerd in een brief van 10 april 2015.

1.2 Belanghebbende heeft een op 28 april 2015 gedateerd verweerschrift ingediend.

1.3 De Commissie van Beroep heeft het beroep op 26 november 2015 behandeld op een zitting, waarop zijn verschenen de Bank en Belanghebbende in persoon. Door beide partijen is het door hen in beroep ingenomen standpunt nader toegelicht aan de hand van op schrift gestelde aantekeningen, die ter zitting zijn overgelegd. De Commissie van Beroep heeft verder aan partijen vragen gesteld die door hen zijn beantwoord.

2. De procedure in eerste aanleg

Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg verwijst de Commissie van Beroep naar de aan deze uitspraak gehechte uitspraak van de Geschillencommissie.

3. Inleiding op de beoordeling in beroep

3.1 De volgende feiten zijn door de Geschillencommissie vastgesteld en/of zijn gesteld dan wel blijken uit de in het geding gebrachte stukken, terwijl betwisting van die feiten niet of onvoldoende gemotiveerd heeft plaatsgevonden.
(i) Belanghebbende heeft bij de Bank, op basis van execution only, vanaf 11 februari 2010 een Marketindex-rekening aangehouden, waarbij hij toegang had tot een handels-platform van de Bank, Marketindex-platform geheten. Op dat platform kon in 'Contracts for Difference' (CFD's) worden gehandeld. Op 8 november 2013 verviel de rekening, omdat de Bank het product niet langer aanbood.
(ii) Voordat Belanghebbende de rekening toegewezen kreeg, heeft hij online een aanvraag-proces ('Onboarding'-proces) moeten doorlopen. Dat proces hield, kort gezegd, in het invullen van een lijst met vragen over onder meer zijn kennis en ervaring met beleggen en het gedurende enige tijd virtueel handelen in CFD's via een 'Demo Rekening'. Bij de aanvang van het Onboarding-proces wordt er voor gewaarschuwd dat het Marketindex-platform de mogelijkheid biedt voor handelen in producten met een zeer hoog risico.
(iii) Aan de handel in CFD's was een margin-verplichting verbonden, die inhield dat Belanghebbende op zijn Marketindex-rekening een bepaald bedrag diende aan te houden om aan uit ingenomen posities voortvloeiende verplichtingen te kunnen voldoen. Bovendien was voorzien in een mechanisme, 'Airbag' geheten, dat er voor zorgde dat het saldo op de Marketindex-rekening niet negatief kon worden. Zodra het netto-saldo op de rekening daalde tot 50% van de totale margin-verplichting van alle openstaande posities, werden alle openstaande posities gesloten. Daardoor bleef het op dat moment maximaal te lijden verlies beperkt tot het op dat moment op de rekening staande saldo.
(iv) In de hiervoor onder (i) genoemde periode heeft Belanghebbende een groot aantal transacties via de Marketindex-rekening uitgevoerd. Door de werking van de 'Airbag' zijn regelmatig ingenomen posities gesloten.
(v) In totaal heeft Belanghebbende een verlies van € 45.357,48 geleden.

3.2 Belanghebbende heeft de Bank tot vergoeding van de door hem geleden schade, het hiervoor genoemde verlies, aangesproken. In haar uitspraak vermeldt de Geschillencommissie als gronden die door Belanghebbende aan die vordering ten grondslag zijn gelegd:
a) De Bank heeft CFD's aangeboden met AAA-rating, terwijl deze rating onjuist is.
b) De Bank heeft op eigen initiatief posities op de Marketindex-rekening van Belanghebbende gesloten.
c) De Bank heeft nagelaten Belanghebbende te waarschuwen voor de risico's die aan CFD's zijn verbonden.

3.3 De Geschillencommissie komt, naar valt aan te nemen in het kader van de beoordeling van de hiervoor onder c) vermelde grond, tot de slotsom dat de Bank voorafgaand aan het verstrekken van de Marketindex-rekening aan Belanghebbende niet voldoende heeft onderzocht of beleggen via deze rekening kon worden beschouwd als een voor Belanghebbende passende vorm van beleggen en hem ook niet voldoende indringend heeft voorgelicht over de specifieke kenmerken en risico's van CFD's. De

Geschillencommissie houdt de Bank om die redenen aansprakelijk voor het door Belanghebbende geleden verlies. Zij is echter tevens van oordeel dat de helft van dat verlies voor rekening van Belanghebbende dient te blijven, omdat hij gedurende 3 jaar en 9 maanden in CFD's is blijven handelen, terwijl hij kon waarnemen dat de transacties voor hem meestal in verliezen resulteerden. Daarmee heeft hij ook zelf aan de omvang van de schade bijgedragen, aldus de Geschillencommissie.

4. Beoordeling van het beroep

4.1 De Bank heeft vier grieven aangevoerd, de grieven 2 t/m 3 onder de voorwaarde dat grief 1 geen doel treft.

4.2 In grief 1 wordt er over geklaagd dat de Geschillencommissie ten onrechte als klacht van Belanghebbende jegens de Bank heeft aangenomen een gebrekkig waarschuwen van de Bank voor de risico's die aan CFD's zijn verbonden. Deze klacht heeft Belanghebbende, zo wordt gesteld, niet aangevoerd.

4.3 De grief komt hierop neer dat de Geschillencommissie buiten de grenzen van rechtsstrijd is getreden door aan de schadevordering van Belanghebbende een grondslag te geven die door Belanghebbende niet is aangevoerd. De grief is gegrond. In hetgeen Belanghebbende tijdens de procedure voor de Geschillencommissie naar voren heeft gebracht valt niet te onderkennen, dat Belanghebbende zich er op heeft beroepen dat de Bank niet voldoende heeft onderzocht of het beleggen in CFD's een voor Belanghebbende passende vorm van beleggen zou zijn en dat de Bank nagelaten heeft hem te waarschuwen voor de risico's die aan de CFD's zijn verbonden. Gelet op het ook bij een procedure bij de Geschillencommissie in acht te nemen beginsel van hoor en wederhoor, betekent dit dat het oordeel van de Geschillencommissie dat de Bank aansprakelijk is te houden voor de door Belanghebbende geleden schade rust op een grondslag die de Geschillencommissie voor dat oordeel niet had mogen aanhouden.

4.4 Blijkens het door Belanghebbende in beroep ingediende verweerschrift en diens bij gelegenheid van de mondelinge behandeling overgelegde aantekeningen voert Belanghebbende als klachten over de Bank nog aan:
1. dat zij (de Bank) onvoldoende cliëntbescherming heeft gehandhaafd ten tijde dat ik (Belanghebbende) een Marketindex-rekening bij deze bank (de Bank) had;
2. dat de CFD producten onder AAA-rating niet volgens Nederlandse en EU vigerende regels en wetten geldend zijn en (de Bank) hierdoor het handelsplatform heeft moeten sluiten op 8-11-2013;
3. dat deze bank (de Bank) buiten de koersen op de werkelijke financiële markt mijn (Belanghebbende's) posities heeft gesloten, zodat het marketindex-platform te vergelijken is (met) en gefungeerd heeft als (een) online casino.

4.5 In geen van deze klachten is een grond te vinden voor het aansprakelijk houden van de Bank voor het door Belanghebbende geleden verlies.

4.5.1 De klacht onder 1 is te vaag. Niet wordt toegelicht welke cliëntenbescherming de Bank aan Belanghebbende had moeten bieden in de periode dat hij een Marketindex-rekening bij de Bank aanhield. Daardoor blijft onduidelijk in welk opzicht de Bank volgens Belanghebbende tegenover hem tekort is geschoten in het bieden van cliëntenbescherming in de periode dat hij een Marketindex-rekening bij de Bank aanhield.

4.5.2 Met de klacht onder 2 beoogt Belanghebbende, zo schijnt het althans toe, uit te dragen dat de Bank geen ruimte voor handel in CFD's heeft mogen bieden wegens gebrekkigheid van dat product. Ook indien van een ontbreken van een AAA-rating zou kunnen worden uitgegaan, dan valt niet reeds daaruit een gebrekkigheid van de CFD's af te leiden. Dat sprake is van strijdigheid met enige regelgeving, is ook niet nader toegelicht. Verder heeft de Bank tijdens de mondelinge behandeling desgevraagd meegedeeld dat de beëindiging van het Marketindex-platform per 8 november 2013 door de Bank niet te maken heeft gehad met een aan de CFD's klevend gebrek, maar met een herstructurering van de bedrijfsactiviteiten van de Bank in 2013. Hiermee is de door Belanghebbende gestelde beëindigingsgrond voldoende betwist.

4.5.3 De klacht onder 3 strandt hierop dat deze klacht stoelt op de onjuiste veronderstelling dat het sluiten van door Belanghebbende ingenomen posities in de periode dat hij bij de Bank de Marketindex-rekening had, door de Bank is bewerkstelligd. Het sluiten van door Belanghebbende ingenomen posities is het gevolg geweest van het inwerking treden van de in het systeem van de rekening ingebouwde 'Airbag'. De werking van de 'Airbag' heeft de Bank bij het sluiten van de overeenkomst voldoende toegelicht.

4.6 Uit het hetgeen hierboven in 4.4 t/m 4.4.3 is overwogen volgt dat er door Belanghebbende niet een andere klacht over de Bank is aangevoerd die als grond zou kunnen dienen voor het aansprakelijk houden van de Bank voor het door Belanghebbende geleden verlies. De schadevordering van Belanghebbende is bijgevolg niet toewijsbaar.

5. Beslissing

De Commissie van Beroep verklaart het beroep van de Bank gegrond en stelt voor de uitspraak van de Geschillencommissie in de plaats de beslissing: wijst de schadevordering van Belanghebbende af.