

## **Uitspraak Commissie van Beroep 2016-031A d.d. 21 september 2016**

(mr. C.A. Joustra, voorzitter, mr. A. Bus, drs. P.H.M. Kuijs AAG, mr. F.R. Salomons en mr. A. Smeeing-van Hees, leden, en mr. H.C. Dobbelaar-ten Cate, secretaris)

### **Samenvatting**

Belanghebbende handelt in opties via een bij de Bank aangehouden rekening op basis van execution only. Op 24 september 2008 is een dekkingstekort ontstaan en heeft de Bank Belanghebbende een zogenoemde 'vijfdagenbrief' gezonden met het verzoek het tekort voor 30 september 2008 op te heffen. Na het ontstaan van voornoemd dekkingstekort heeft Belanghebbende op diezelfde dag een verkooporder voor 500 optiecontracten (puts) geplaatst. De Bank heeft deze order diezelfde dag uitgevoerd. Later die dag heeft Belanghebbende getracht 250 contracten van dezelfde optieserie terug te kopen. Deze order is niet uitgevoerd. Bij brief van diezelfde datum heeft de Bank Belanghebbende hierover geïnformeerd en laten weten dat zij was overgegaan tot het sluiten van het gehele depot en dat het effectenkrediet van Belanghebbende was omgezet in een betaalrekening zonder debetfaciliteit.

De Geschillencommissie heeft onder meer geoordeeld dat de systemen van de Bank op 24 september 2008 niet naar behoren functioneerden, waardoor de optieorder van 500 optiecontracten op die datum ten onrechte is uitgevoerd, met alle gevolgen van dien. De Bank is verantwoordelijk voor een juiste werking van haar systemen en heeft derhalve niet voldaan aan de in artikel 86 Bgfo opgenomen verplichting.

De Commissie van Beroep oordeelt in een tussenuitspraak dat tussen partijen niet in geschil is dat de door de Bank gehanteerde systeemsoftware in de bewuste periode zodanige eigenschappen bezat dat het voor een cliënt mogelijk was om orders in te leggen zonder dat deze cliënt over voldoende saldi beschikte om aan de daaruit voortvloeiende actuele posities te voldoen en zonder dat voldoende zekerheden waren gesteld waaruit die verplichtingen konden worden voldaan. Daarmee staat vast dat de Bank ten onrechte vertrouwd op de systeemsoftware om te voldoen aan haar uit artikel 86 Bgfo voortvloeiende verplichting erop toe te zien dat geen orders worden uitgevoerd waarbij tegenover de actuele verplichtingen niet voldoende saldi dan wel zekerheden staan. Naar het oordeel van de Commissie van Beroep kan in dit verband worden gesproken van een systeemfout, ook al is deze niet zozeer het gevolg van een programmeerfout maar van de omstandigheid dat niet was onderkend dat de formule die gehanteerd is om de dekkingsverplichting te berekenen onder bepaalde omstandigheden de uitvoering van orders toeliet die de Bank op grond van artikel 86 Bgfo niet had mogen uitvoeren. Of ook andere banken deze formule hanteerden, is daarbij niet van belang.

Partijen procederen voort over de omvang van de schade en over de vraag in hoeverre de schade voor rekening van Belanghebbende moet worden gelaten.

[Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.](#)

## **1. De procedure in beroep**

- 1.1 Belanghebbende heeft bij een op 24 december 2015 door de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (verder: Commissie van Beroep) ontvangen beroepschrift een uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (verder: Geschillencommissie) van 12 november 2015 ([nummer]) ter toetsing voorgelegd.
- 1.2 De Bank heeft bij brief van 4 maart 2016 van haar gemachtigde [naam], advocaat te Amsterdam, verweer gevoerd en incidenteel beroep ingesteld.
- 1.3 Belanghebbende heeft een op 7 april 2016 gedateerd verweerschrift in het incidenteel beroep ingediend.
- 1.4 De Commissie van Beroep heeft de zaak mondeling behandeld op 25 april 2016. Beide partijen waren aanwezig. Partijen hebben hun standpunten toegelicht, de Bank aan de hand van overgelegde pleitaantekeningen. Voorts hebben zij 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 aan deze uitspraak gehechte uitspraak van de Geschillencommissie. Behalve de in de uitspraak van de Geschillencommissie genoemde stukken maken van het procesdossier van de eerste aanleg ook deel uit een brief van 23 juni 2015, met bijlagen, van de Bank en een brief van 26 juli 2015 van Belanghebbende.

## **3. Inleiding op de beoordeling van het beroep**

- 3.1 Voor de feiten verwijst de Commissie van Beroep naar 2.1 tot en met 2.11 van de uitspraak van de Geschillencommissie. Samengevat weergegeven gaat het om het volgende.
  - Vanaf mei 2002 heeft Belanghebbende gehandeld in opties via een bij de Bank aangehouden rekening. In december 2004 heeft Belanghebbende een beleggersprofiel ingevuld en gekozen voor een zeer offensief risicoprofiel. In januari 2006 is de tussen partijen bestaande adviesrelatie omgezet naar *execution only*. In juni 2006 zijn partijen overeengekomen dat het bepalen van de bestedingsruimte voor de uitvoering van effectenorders van Belanghebbende niet alleen zal plaatsvinden op basis van de aan de effectenrekening gekoppelde geldrekening maar dat ook rekening wordt gehouden met de totale saldi en de kredietruimte op zijn betaalrekeningen, deposito's en spaarrekeningen waarvan het saldo vrij beschikbaar is. In oktober 2007 heeft Belanghebbende een nieuw beleggingsprofiel ingevuld en heeft hij daarbij gekozen voor een offensief risicoprofiel.

- In 2007 en 2008 heeft de Bank Belanghebbende enige malen door middel van een zogenoemde 'vijfdagenbrief' gewaarschuwd voor een dekkingstekort op zijn effectenrekening. Daarbij is verzocht het tekort binnen vijf dagen te voldoen en in de tussentijd geen aankooptransacties te doen of nieuwe posities in te nemen. Indien Belanghebbende het tekort niet binnen vijf dagen zou voldoen, zou de Bank bepalen welke maatregelen zouden worden getroffen om het dekkingstekort zo snel mogelijk op te heffen.
- Op 24 september 2008 is een dekkingstekort ontstaan van € 6.475,51 en heeft de Bank Belanghebbende een vijfdagenbrief gezonden met het verzoek het tekort voor 30 september 2008 op te heffen.
- Na het ontstaan van voornoemd dekkingstekort heeft Belanghebbende op diezelfde dag een verkooporder voor 500 optiecontracten (puts) geplaatst. De Bank heeft deze order diezelfde dag uitgevoerd. Later die dag heeft Belanghebbende getracht 250 contracten van dezelfde optieserie terug te kopen. Deze order is niet uitgevoerd. Op 29 september 2008 heeft Belanghebbende een verkooporder voor 9.000 optiecontracten (puts) geplaatst. Ook deze order heeft de Bank niet uitgevoerd.
- Het dekkingstekort van Belanghebbende bedroeg op 30 september 2008 € 369.659,98. Bij brief van diezelfde datum heeft de Bank Belanghebbende hierover geïnformeerd en laten weten dat zij was overgegaan tot het sluiten van het gehele depot en dat het effectenkrediet van Belanghebbende was omgezet in een betaalrekening zonder debetfaciliteit.
- Bij brief van 22 september 2009 heeft de Bank Belanghebbende bericht dat het debetsaldo van zijn rekening € 240.563,84 bedroeg en hem gesommeerd dit bedrag binnen zeven dagen aan haar te voldoen.

3.2 Belanghebbende heeft in eerste aanleg gevorderd dat de Bank wordt veroordeeld tot vergoeding van het verlies op zijn effectenportefeuille, door hem begroot op € 400.000. Verder heeft hij gevorderd dat de Bank het conservatoir beslag op zijn woning opheft, dat er een onderzoek wordt ingesteld naar handelen met voorkennis door de Bank, dat er aangifte wordt gedaan tegen de verantwoordelijken en dat de licentie van de Bank wordt ingetrokken. Aan deze vorderingen legt Belanghebbende onder meer ten grondslag dat de Bank:

- haar zorgplicht heeft geschonden door nieuwe optietransacties toe te staan terwijl Belanghebbende, zonder het te weten, een dekkingstekort had op zijn effectenportefeuille;
- Belanghebbende niet direct heeft geïnformeerd over zijn dekkingstekort;
- heeft geweigerd om tijdelijk onderpand te accepteren om de schade te beperken;
- onzorgvuldig heeft gehandeld bij de liquidatie van zijn portefeuille waardoor zijn schade is vergroot.

3.3 De Bank heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

- 3.4 De Geschillencommissie heeft, samengevat, als volgt geoordeeld.
- Voor zover de vordering niet betrekking heeft op het verlies van de effectenportefeuille, valt deze buiten de bevoegdheid van de Geschillencommissie en wordt de klacht ongegrond verklaard.
  - Bij de dienstverlening van de Bank, die geschiedde als execution only, had Belanghebbende geen aanspraak op advisering.
  - Op deze vorm van dienstverlening is artikel 86 van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (hierna: Bgfo) van toepassing, waaruit volgt dat de Bank erop moet toezien dat de cliënt voortdurend voldoende saldi heeft om te voldoen aan de actuele verplichtingen uit de door hem ingenomen posities dan wel zekerheden stelt waaruit de verplichtingen kunnen worden voldaan. Indien een cliënt geen zekerheden kan stellen, dient de Bank de posities zo spoedig mogelijk doch uiterlijk binnen vijf werkdagen te sluiten.
  - De systemen van de Bank functioneerden op 24 september 2008 niet naar behoren, waardoor de optieorder van 500 optiecontracten op die datum ten onrechte is uitgevoerd, met alle gevolgen van dien. De Bank is verantwoordelijk voor een juiste werking van haar systemen en heeft derhalve niet voldaan aan de in artikel 86 Bgfo opgenomen verplichting.
  - De Bank is gehouden tot vergoeding van de door Belanghebbende geleden schade, doch de Geschillencommissie ziet aanleiding de helft daarvan voor rekening van Belanghebbende te laten, nu Belanghebbende ook zelf aan de schade heeft bijgedragen door na te laten zelf onderzoek te doen naar een eventueel dekkingstekort voordat hij de order invoerde. Belanghebbende is econometrist en handelde sinds 2002 veelvuldig in opties. Sinds 2006 handelt hij op basis van execution only en is in beginsel zelf verantwoordelijk voor zijn beleggingsbeslissingen. Hij was bekend met de inhoud van de vijf dagenbrieven. Van hem mag worden verwacht dat hij goed op de hoogte was van de risico's van een dekkingstekort en dat hij uitzoekt of hij aan zijn marginverplichting voldoet voordat hij een grote risicovolle order als deze uitvoert.
  - De schade door de verkoop van de 500 contracten op 24 september 2008 is € 102.500. Daarvan dient de Bank € 51.250 aan Belanghebbende te vergoeden, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 30 september 2008.

#### **4. Beoordeling van het beroep**

- 4.1 In zijn beroepschrift voert Belanghebbende tegen de bestreden uitspraak van de Geschillencommissie aan dat ten onrechte geen rekening is gehouden met andere transacties in de periode 2007-2008, die niet van die van 24 september 2008 zijn te onderscheiden en eveneens tot schade hebben geleid (beroepschrift, onderdeel 1). Verder keert Belanghebbende zich tegen de door de Geschillencommissie gehanteerde schadeverdeling (beroepschrift, onderdelen 2 tot en met 4). Ten slotte voert hij aan dat de Geschillencommissie de klachten die buiten haar bevoegdheid vallen niet ongegrond had moeten verklaren maar hem in die klachten niet-ontvankelijk had moeten verklaren (beroepschrift, onderdeel 5).

- 4.2 De Bank heeft het beroep van Belanghebbende bestreden en van haar kant in het incidenteel beroep twee bezwaren (waarvan de tweede voorwaardelijk) aangevoerd. In de eerste plaats voert de Bank aan dat zij niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de gevolgen van de in haar systemen gehanteerde berekeningswijze van de dekkingverplichting van Belanghebbende, die overeenkwam met de eerder door Euronext voorgeschreven berekeningswijze. In de tweede plaats, voor het geval de Bank toch aansprakelijk wordt gehouden, voert de Bank aan dat de schade geheel, althans voor meer dan de helft voor rekening van Belanghebbende moet worden gelaten, nu hij bewust gebruik heeft gemaakt van de eigenschappen van de gehanteerde berekeningswijze om een order ingelegd te krijgen waarvan hij wist dat deze niet ingelegd had kunnen en mogen worden.
- 4.3 Ter zitting heeft de Commissie van Beroep met partijen besproken dat de Commissie op grond van artikel 14.2 Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening geen bindende uitspraak kan doen voor zover aan hoofdsom meer dan € 250.000 wordt toegewezen, en dat de vordering van Belanghebbende dit bedrag ruimschoots overtreft. Daardoor bestaat voor Belanghebbende enerzijds – indien de procedure in het voordeel van Belanghebbende wordt beslist – niet het vooruitzicht dat het volledige, hogere, bedrag van zijn vordering bindend wordt toegewezen, terwijl hij anderzijds – bij verlies van de procedure – wel het risico loopt dat zijn vordering voor het hele bedrag bij bindende uitspraak wordt afgewezen. Partijen zijn naar aanleiding hiervan ter zitting met elkaar overeengekomen dat Belanghebbende geacht moet worden uitsluitend een vordering tot schadevergoeding te hebben ingesteld, gebaseerd op het niet naar behoren werken van de systemen van de Bank, welke vordering beperkt is tot € 250.000. De Commissie zal het beroep met inachtneming van deze overeenkomst beoordelen. Dit brengt mee dat de vordering waarvan de Geschillencommissie heeft geoordeeld dat deze buiten haar bevoegdheid valt, thans niet meer aan de orde is.
- 4.4 De Commissie van Beroep ziet aanleiding om eerst te oordelen over het bezwaar van de Bank dat zij ten onrechte aansprakelijk is gehouden voor de gevolgen van de in haar systemen gehanteerde berekeningswijze. Tussen partijen is niet in geschil dat de door de Bank gehanteerde systeemsoftware in de bewuste periode zodanige eigenschappen bezat dat het voor een cliënt mogelijk was om orders in te leggen zonder dat deze cliënt over voldoende saldi beschikte om aan de daaruit voortvloeiende actuele posities te voldoen en zonder dat voldoende zekerheden waren gesteld waaruit die verplichtingen konden worden voldaan. Daarmee staat vast dat de Bank ten onrechte vertrouwd op de systeemsoftware om te voldoen aan haar uit artikel 86 Bgfo voortvloeiende verplichting erop toe te zien dat geen orders worden uitgevoerd waarbij tegenover de actuele verplichtingen niet voldoende saldi dan wel zekerheden staan. Naar het oordeel van de Commissie van Beroep kan in dit verband worden gesproken van een systeemfout, ook al is deze niet zozeer het gevolg van een programmeerfout maar van de omstandigheid dat niet was onderkend dat de formule die gehanteerd is om de dekkingverplichting te berekenen onder bepaalde

omstandigheden de uitvoering van orders toeliet die de Bank op grond van artikel 86 Bgfo niet had mogen uitvoeren. Of ook andere banken deze formule hanteerden, is daarbij niet van belang.

Nu de Bank niet heeft voldaan aan haar verplichting uit artikel 86 Bgfo, moet geoordeeld worden dat zij is tekortgeschoten in de zorg waartoe zij uit hoofde van de overeenkomst met Belanghebbende gehouden was. Voor de schade die Belanghebbende als gevolg daarvan heeft geleden, is de Bank aansprakelijk. Het eerste bezwaar van de Bank wordt derhalve verworpen.

- 4.5 De Geschillencommissie heeft de schade als gevolg van de transactie van 24 september 2008 bepaald op het directe verlies als gevolg van de transactie ten bedrage van € 102.500, te weten het aantal contracten (500), vermenigvuldigd met het verschil tussen het bedrag waarvoor de contracten zijn gesloten (€ 3 per stuk) en het bedrag waarvoor de contracten zijn verkocht (€ 0,95 per stuk) en vermenigvuldigd met de optiegrootte (100). Tegen deze wijze van schadevaststelling is door partijen geen bezwaar gemaakt, zodat ook de Commissie van Beroep hiervan zal uitgaan.
- 4.6 Over het bezwaar van Belanghebbende dat eveneens rekening moet worden gehouden met andere transacties in de periode 2007-2008, die niet van die van 24 september 2008 zijn te onderscheiden en eveneens tot schade hebben geleid, oordeelt de Commissie van Beroep als volgt. De Bank heeft aangevoerd dat het debat tussen partijen zich zowel in de fase bij de Ombudsman als in de fase bij de Geschillencommissie geheel heeft geconcentreerd op de transacties van 24 september 2008 en dat Belanghebbende niet eerder heeft duidelijk gemaakt dat zijn klacht betrekking heeft op al zijn transacties in de genoemde periode. De Commissie van Beroep volgt de Bank hierin niet. Zo heeft Belanghebbende in de bijlage bij zijn klachtformulier van 30 juli 2014 als 'hoofdklacht' geformuleerd dat de Bank gedurende de periode 2007-2008 zijn marginverplichting foutief heeft berekend en weergegeven en nieuwe posities heeft toegestaan terwijl Belanghebbende in werkelijkheid al lang niet meer aan de margin-eisen voldeed. Niet valt in te zien waarom Belanghebbende niet tevens aanspraak zou kunnen maken op vergoeding van schade die hij als gevolg van de systeemfout op eerdere transacties heeft geleden. De Bank heeft immers niet gesteld, en evenmin is gebleken, dat Belanghebbende het recht heeft verwerkt om zodanige aanspraak geldend te maken, of dat hij van dat recht afstand heeft gedaan.
- 4.7 De Commissie van Beroep beschikt niet over voldoende gegevens om vast te stellen of, en zo ja in hoeverre, Belanghebbende inderdaad schade heeft geleden op eerdere transacties. Ter zitting heeft hij verklaard dat het aantal transacties waarbij de systeemfout aan de orde was, niet groot was: in elk geval heeft hij kort voor 24 september 2008 een transactie gedaan van 500 contracten van hetzelfde type en daarvoor heeft het nog bij enkele transacties een rol gespeeld. Belanghebbende zal in de gelegenheid worden gesteld om, binnen zes weken na de datum van deze uitspraak, alsnog schriftelijk toe te lichten en te specificeren (1) om welke transacties het gaat en (2) welke (directe) schade als gevolg van de systeemfout op deze transacties heeft geleden. De Bank zal vervolgens binnen zes weken op de nadere toelichting van Belanghebbende mogen reageren.

- 4.8 De Bank heeft zich erop beroepen dat de schade geheel, althans voor een groter deel dan de helft, voor rekening van Belanghebbende moet worden gelaten omdat de schade mede is veroorzaakt door omstandigheden die aan Belanghebbende zijn toe te rekenen, meer in het bijzonder doordat Belanghebbende bewust gebruik heeft gemaakt van de systeemfout. Belanghebbende heeft ontkend dat hij bekend was met de systeemfout en dat hij daarvan bewust gebruik heeft gemaakt. Volgens Belanghebbende had hij pas in september 2008 aanleiding om de door de Bank verstrekte gegevens over zijn dekkingsverplichting te wanvertrouwen omdat de Bank vanuit het niets opeens een groot margintekort vermeldde en heeft hij toen direct navraag gedaan bij de Bank. Belanghebbende meent daarom dat de schade geheel voor rekening van de Bank dient te komen.
- 4.9 Op grond van hetgeen partijen over en weer hebben gesteld en de stukken die zijn overgelegd staat voor de Commissie van Beroep niet vast dat de schade mede het gevolg is van aan Belanghebbende zelf toe te rekenen omstandigheden, in het bijzonder niet dat Belanghebbende bewust heeft gebruik gemaakt van de systeemfout. De Commissie van Beroep ziet aanleiding om de Bank in de gelegenheid te stellen om haar stellingen op dit punt nader te onderbouwen. Dit zal zij mogen doen tegelijk met haar reactie op de in 4.7 bedoelde toelichting en specificatie van Belanghebbende. Belanghebbende zal vervolgens binnen zes weken daarop mogen reageren.
- 4.10 De voorzitter kan de in 4.7 en 4.9 genoemde termijnen op gemotiveerd verzoek verlengen.

## **5. Beslissing**

De Commissie van Beroep:

- stelt partijen in de gelegenheid te handelen als hiervoor onder 4.7 en 4.9 vermeld;
- houdt verder iedere beslissing aan.