

Einduitspraak Commissie van Beroep 2016-031B d.d. 15 mei 2017

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

Samenvatting

Nadat partijen over en weer hebben gereageerd op de tussenuitspraak, heeft de Commissie van Beroep in de einduitspraak beslist dat op grond van de door Belanghebbende verstrekte nadere gegevens kan worden vastgesteld dat ook andere transacties dan die waarover de Geschillencommissie zich heeft uitgesproken, voor Belanghebbende tot schade hebben geleid, zodat de vordering van Belanghebbende, voor zover deze betrekking heeft op die andere transacties, moet worden afgewezen. Met betrekking tot de vraag in hoeverre de schade in verband met 'eigen schuld' van Belanghebbende geheel of gedeeltelijk voor rekening van Belanghebbende moet worden gelaten, beslist de Commissie van Beroep (in afwijking van de Geschillencommissie) dat niet valt in te zien welke aan Belanghebbende toe te rekenen omstandigheden hebben bijgedragen aan de schade. De Bank dient derhalve de door de Geschillencommissie vastgestelde schade volledig aan Belanghebbende te vergoeden.

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

I. Het verdere verloop van de procedure in beroep

I.1 Op 21 september 2016 heeft de Commissie van Beroep een tussenuitspraak gedaan, waarbij onder meer is overwogen:

“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. (...) 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 (...) [wantrouwen] 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.”

1.2 Belanghebbende heeft bij brief van 1 november 2016, met bijlage, gereageerd op de tussenuitspraak. Vervolgens heeft de Bank bij brief van 20 december 2016, met bijlage, gereageerd. Ten slotte heeft Belanghebbende bij brief van 2 februari 2017 op de reactie van de Bank gereageerd.

2. De verdere beoordeling van het beroep

2.1 Beslist dient nog te worden op twee vragen:

1. heeft Belanghebbende als gevolg van de systeemfout schade geleden bij eerdere transacties en, zo ja, om hoeveel schade gaat het?
2. dient de schade als gevolg van de systeemfout geheel of ten dele voor rekening van Belanghebbende te worden gelaten?

Schade als gevolg van de systeemfout bij eerdere transacties?

2.2 Ter zitting was door Belanghebbende 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 de systeemfout nog bij enkele transacties een rol gespeeld. In zijn brief van 1 november 2016 heeft Belanghebbende opgave gedaan van “alle optieseries waarbij de systeemfout van de bank problemen veroorzaakte (door ten onrechte geen of te weinig marginverplichting te berekenen) vanwege de lage uitoefenprijs”. Belanghebbende vermeldt daarbij dat de fout bij de oudere transacties niet meteen vanaf het aangaan optrad, maar pas later doordat de beurs was gestegen. De bijlage vermeldt voor elke transactie een aantal gegevens, zoals hierna (voor enkele transacties) weergegeven:

“#	Optieserie	Schrijven	Sluiten	Schade
500	AEX PDEC09 160	20080925	500 × 0,95 20080930	500 × 3,00
			=====	=====
		bruto	47.500	150.000
		netto	46.433,25	102.500
				103.566,80

500	AEX PDEC09 160	20080904	341 × 0,45	20080930	500 × 3,00		
		20080903	3 × 0,45				
		20080901	34 × 0,45				
		20080729	22 × 0,60				
		20080304	90 × 1,00				
		20080303	5 × 1,05				
		20080131	5 × 1,00				
			=====			=====	
		bruto	28.355			150.000	121.645
		netto	27.267,64			150.000	122.732,40
(...)							
500	KPN PDEC11 5	20080723	400 × 0,30	20080930	500 × 0,4475		
		20080325	100 × 0,45				
			=====			=====	
		bruto	16.500			22.375	5.875
		netto	15.416,25			22.375	6.958,75
TOTAAL		bruto				281.835	
		netto (d.w.z. na kosten)				287.339,70"	

2.3 De Bank acht de door Belanghebbende gegeven onderbouwing voor zijn verdere schade ontoereikend en merkt op dat het causale verband tussen de systeemfout en de eventuele schade in elk geval niet duidelijk is. Volgens de Bank stonden de vermelde posities niet in verband met de omstrede eigenschap van de marginformule. De Bank vermoedt dat Belanghebbende deze posities opvoert omdat zij onderdeel zijn geweest van het sluiten door de Bank van alle posities na de vijfde dagenbrieven van 23 en 30 september 2008. Verder voert de Bank aan dat na uitvoering van de orders die Belanghebbende nu opvoert, er op dat moment geen sprake was van enige overstand. Belanghebbende had daarmee steeds een positie met een marginverplichting die binnen de toen gestelde eisen viel. Deze orders, aldus nog steeds de Bank, waren dus hoe dan ook toelaatbaar, ongeacht of de marginberekening wel of niet een systeemfout bevat. Dat door koersontwikkelingen later de marginverplichting verder kan toenemen is inherent aan optiehandel en staat hier los van.

2.4 In zijn nadere reactie van 2 februari 2017 heeft Belanghebbende nog opgemerkt: "Alle transacties in mijn tabel hadden tot een overstand geleid, zou de systeemfout er niet zijn geweest, en hadden dus niet toegelaten of tijdig gesloten moeten worden. De Bank heeft immers niet nagelaten om voortdurend aan te geven dat ik gedurende 2007-2008 vaker vijfde dagenbrieven ontving, zodat vaststaat dat ik in deze periode met systeemfout al continu tegen een overstand aanzat. In al deze gevallen heb ik derhalve schade geleden. Ik ben ervan uitgegaan dat voor de vaststelling van de schade dezelfde berekeningswijze wordt gebruikt (...) als welke reeds is gebruikt voor de volledige liquidatie in september 2008."

2.5 De Commissie van Beroep oordeelt als volgt. Uit de door Belanghebbende verstrekte gegevens blijkt duidelijk uit welke transacties volgens hem als gevolg van de systeemfout door hem schade is geleden en hoe groot die schade was, uitgaande van dezelfde berekeningswijze als in de bestreden uitspraak van de Geschillencommissie is gehanteerd. Met de verstrekte gegevens heeft Belanghebbende evenwel niet voldoende toegelicht dat de genoemde transacties zonder de systeemfout niet zouden hebben plaatsgevonden. De enkele stelling van Belanghebbende dat dit het geval was geweest is in het licht van de betwisting door de Bank onvoldoende. Het had op de weg van Belanghebbende gelegen om naar aanleiding van de tussenuitspraak zodanige gegevens te verstrekken dat de Commissie van Beroep kan vaststellen dat de bedoelde transacties zonder de systeemfout niet zouden hebben plaatsgevonden. Nu dit onduidelijk is gebleven, zal de vordering van Belanghebbende, voor zover betrekking hebbend op die transacties, worden afgewezen.

Dient de schade geheel of ten dele voor rekening van Belanghebbende te worden gelaten?

2.6 De Geschillencommissie heeft in de bestreden uitspraak geoordeeld dat Belanghebbende ook zelf aan de schade heeft bijgedragen en daarom de helft van de schade zelf dient te dragen. Daarbij overwoog de Geschillencommissie voorts dat Belanghebbende econometrist is, sinds 2002 veelvuldig in opties handelt (sinds 2006 op basis van execution only) en dat hij bekend was met de vijfdaagse brieven. Derhalve mocht van Belanghebbende worden verwacht, aldus de Geschillencommissie, dat hij goed op de hoogte was van de risico's van een dekkingstekort en dat hij, alvorens een grote risicovolle order in te voeren, zoals 500 optiecontracten, uitzoekt of hij aan zijn marginverplichting voldoet.

2.7 De Bank heeft aangevoerd dat de schade volledig voor rekening van Belanghebbende dient te blijven, omdat aangenomen moet worden dat Belanghebbende bewust gebruikt heeft gemaakt van de systeemfout. Hetgeen de Bank daartoe in haar brief van 20 december 2016 nader heeft aangevoerd, overtuigt de Commissie van Beroep niet. Uit het overzicht van enkele transacties blijkt dat Belanghebbende eerder geconfronteerd is geweest met na het doen van bepaalde transacties – nl. het schrijven van putopties met een uitoefenprijs van minder dan 50% van de actuele waarde van de onderliggende waarde – (sterk) oplopende marginverplichtingen bij een ongunstige koersontwikkeling, maar daaruit volgt naar het oordeel van de Commissie van Beroep niet dat Belanghebbende zich daadwerkelijk bewust is geweest van de systeemfout en daarvan zelfs bewust gebruik heeft trachten te maken. Het betoog van de Bank dat de schade volledig voor rekening van Belanghebbende moet worden gelaten, wordt derhalve verworpen.

2.8 Resteert de vraag of de schade, zoals door Belanghebbende in hoger beroep bepleit, voor een minder groot deel dan de helft voor rekening van Belanghebbende dient te worden gelaten. De Commissie van Beroep is van oordeel dat er onvoldoende grond is om aan te nemen dat de schade mede is veroorzaakt door aan Belanghebbende toe te rekenen omstandigheden. Daarbij is vooral van belang dat het ordersysteem nu juist voorzorg in een mechanisme om te voorkomen dat onverantwoord te achten transacties konden worden aangeaan. Belanghebbende mocht er in beginsel op vertrouwen dat dat mechanisme adequaat functioneerde. Volgens Belanghebbende heeft hij op enig moment in september 2008 bij de Bank navraag gedaan of, kort gezegd, de margin wel juist werd berekend, maar

daarop was het antwoord volgens Belanghebbende dat er niks mis was. De Bank heeft de stellingen van Belanghebbende op dit punt niet gemotiveerd betwist, zodat de Commissie van Beroep van de juistheid daarvan heeft uit te gaan. Onder de aldus gegeven omstandigheden valt niet in te zien welke aan Belanghebbende toe te rekenen omstandigheden hebben bijgedragen aan de schade. De Bank dient derhalve de door de Geschillencommissie vastgestelde schade van € 102.500,- volledig aan Belanghebbende te vergoeden.

- 2.9 Belanghebbende heeft de Commissie van Beroep in zijn brief van 2 februari 2017 nog verzocht om bij de uitspraak dwangmaatregelen aan de Bank in het vooruitzicht te stellen indien niet tijdig aan de uitspraak wordt voldaan en voorts om te bepalen dat de Bank zich bij de uitvoering van de uitspraak niet mag beroepen op verrekening met – door Belanghebbende bestreden – vorderingen op Belanghebbende. Nu deze verzoeken eerst in het allerlaatste stadium van de procedure zijn gedaan en de Bank daarop niet meer heeft kunnen reageren, zal de Commissie van Beroep deze niet inwilligen. De Commissie van Beroep heeft overigens ook geen mogelijkheid om dwangmaatregelen in het vooruitzicht te stellen.
- 2.10 Slotsom is dat de uitspraak van de Geschillencommissie in verband met het antwoord op de tweede vraag niet in stand kan blijven en zal worden vervangen door de beslissing als hierna vermeld. Nu Belanghebbende geen bijdrage heeft hoeven betalen voor het ingestelde beroep en hij zich voorts niet heeft laten vertegenwoordigen door een gemachtigde en derhalve geen kosten van rechtsbijstand heeft gemaakt, is er geen reden om aan de Bank een verplichting op te leggen om hiervoor aan Belanghebbende enige vergoeding te betalen.

3. Beslissing

De Commissie van Beroep:

- stelt de volgende beslissing voor die van de Geschillencommissie in de plaats:
- de Bank dient aan Belanghebbende binnen vier weken na dagtekening van deze uitspraak een vergoeding te voldoen van € 102.500,-, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 30 september 2008.