

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2017-295

(mr. dr. H.O. Kerkmeester, voorzitter, prof. dr. A. Buijs, mr. drs. R. Knopper leden en mr. R.P.W. van de Meerakker, secretaris)

Klacht ontvangen op : 15 augustus 2016
Ingediend door : Consument
Tegen : ING Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de Bank
Datum uitspraak : 10 mei 2017
Aard uitspraak : Bindend advies

Samenvatting

De Bank heeft transacties van Consument teruggedraaid ten aanzien van een Sprinter. Dit heeft zij gedaan omdat er verkooporders zijn uitgevoerd tegen een verkeerde prijs. De Commissie oordeelt dat de Bank tot het terugdraaien van de transacties gerechtigd was op grond van de Algemene Bankvoorwaarden. De Commissie wijst de vordering af.

1. Procesverloop

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

- het door Consument (digitaal) ingediende klachtformulier met als bijlage de procedure gevoerd in de interne klachtprocedure van de Bank;
- het verweerschrift van de Bank;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van de Bank.

De Commissie stelt vast dat partijen hebben gekozen voor bindend advies.

De Commissie stelt vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak kan daarom op grond van de stukken worden beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consument houdt een effectenrekening bij de Bank aan. Op deze rekening zijn de Algemene Bankvoorwaarden (ABV) van toepassing waarin, voor zover hier relevant, het volgende is bepaald:

19.3 De Bank is bevoegd een fout of vergissing zonder instemming van de cliënt te herstellen en om een onterechte boeking ongedaan te maken. De bank is bevoegd om de creditering van een rekening van de cliënt ingevolge een door een beschikkingsonbevoegde of handelingsonbekwame persoon gegeven opdracht ongedaan te maken.

2.2 Op de relatie tussen de Bank en Consument zijn voorts de Algemene Voorwaarden Beleggen van toepassing. Daarin is, voor zover hier relevant, het volgende bepaald:

Artikel 7.1 Aansprakelijkheid

[...]

3. De ING is niet aansprakelijk voor schade als gevolg van:

- een waardedaling of waardeinstijging van Effecten en/of Participaties;
- door de Klant geleden verliezen en/of gederfde winst, of
- welke andere gebeurtenis ook.

De ING zal uitsluitend aansprakelijk zijn indien en voor zover in rechte komt vast te staan dat deze schade het rechtstreekse gevolg is van opzet of toerekenbare tekortkoming van de ING.

[...]

7. De ING, voor zover dat niet al uit de wet voortvloeit, is niet aansprakelijk voor schade die het gevolg is van:

- internationale conflicten;
- gewelddadige of gewapende acties;
- maatregelen van een binnenlandse, buitenlandse of internationale overheid;
- boycotacties;
- arbeidsongeregeldheden bij derden of onder het eigen personeel;
- storingen in de elektriciteitsvoorziening, in communicatieverbindingen of in apparatuur of programmatuur van de ING of van derden.

Indien zich een van deze omstandigheden voordoet, zal de ING die maatregelen treffen die in redelijkheid van haar kunnen worden gevergd om de voor de Klant als gevolg daarvan nadelige gevolgen te beperken.

[...]

Artikel 7.4 Gebreken van Effecten

1. De ING is aansprakelijk voor gebreken aan Effecten die door de Klant zijn verkregen uit Orders die de ING heeft uitgevoerd met zichzelf als wederpartij.

2. Indien de ING op grond van het vorige lid aansprakelijk is, zal zij naar keuze van de Klant:

- alsnog Effecten van dezelfde soort zonder gebreken leveren; of
- het in rekening gebrachte bedrag, vermeerderd met rente, terugbetalen, een en ander tegen teruggave van de Effecten die door de Klant aanvankelijk werden verkregen.

- 2.3 Tussen 8 en 14 april 2016 heeft Consument vijf kooporders en vijf verkooporders verricht op de ING Sprinter met onderliggende waarde Berkshire Hathaway Inc. met ISIN NL0011297874. In de hieronder opgenomen tabel zijn de kooporders groen en de verkooporders rood:

Date	Time	Exec Price	theoretical Value Underlying	actual value underlying	ISIN	Exec Qty	Broker ID
8-4-2016	15:14:08	2,64	204.875,70	214.771,14	ING0000000294346	100	INGFM
12-4-2016	10:58:20	20,03	5.825,68	211.323,72	ING0000000301906	100	INGFM
12-4-2016	11:13:24	2,97	200.933,51	212.580,96	ING0000000301928	200	INGFM
13-4-2016	13:14:49	20,26	5.779,02	213.966,32	ING0000000304156	200	INGFM
12-4-2016	19:14:01	2,15	210.401,73	212.845,00	ING0000000302460	100	INGFM
13-4-2016	13:14:49	20,26	5.779,02	213.966,32	ING0000000304155	100	INGFM
13-4-2016	14:16:35	2,49	206.721,84	215.057,08	ING0000000304229	500	INGFM
14-4-2016	13:26:08	20,34	5.718,86	215.497,20	ING0000000308051	500	INGFM
13-4-2016	15:44:17	1,99	212.371,84	215.201,72	ING0000000304394	500	INGFM
14-4-2016	13:26:07	20,34	5.718,86	215.497,20	ING0000000308050	500	INGFM

- 2.4 De kooporders zijn uitgevoerd op prijzen variërend tussen € 1,99 en € 2,97. De verkooporders zijn geëffectueerd op prijzen tussen € 20,03 en € 20,34. Deze transacties hebben voor Consument tot een positief verkoopresultaat geleid van in totaal € 25.055,29.
- 2.5 Op 14 april 2016 heeft de Bank telefonisch contact opgenomen met Consument en aangegeven dat zij de orders heeft teruggedraaid. Op de effectenrekening van Consument is zodoende een negatief saldo van € 4.279,59 ontstaan.
- 2.6 De Bank heeft Consument per e-mail op 15 april 2016 de volgende toelichting gegeven op het terugdraaien van de aan- en verkooporders:

In deze e-mail geef ik een toelichting op het terugdraaien van uw aan- en verkooporders in Berkshire Hathaway Sprinter Short 217349.

Zoals wij u reeds telefonisch hebben aangegeven zijn al uw aan- en verkooporders teruggedraaid omdat er sprake was van mispricing. ING Sprinters worden verhandeld via CATS. Cats is een bilateraal platform. De misprijs heeft kunnen plaatsvinden doordat de aandelen Berkshire worden geprijsd op een notering in Duitsland wanneer de Amerikaanse beurs nog niet geopend is. Deze notering gaf een absurde downtick waardoor de Sprinter van ongeveer 1,80- naar ruim 20 euro ging in een enkele tik. Daarna viel de prijs meteen weer terug naar de correcte waarde. Doordat u een verkooporder in de markt had liggen, werd deze automatisch uitgevoerd op de hoge prijs. Dit heeft een aantal keer plaatsgevonden deze week. ING heeft het recht om te bepalen of een trade fair is. In dit geval was het overduidelijk dat er op een misprijs is gehandeld. Op grond hiervan is besloten om al uw aan- en verkooporders terug te draaien.

Wij realiseren ons heel goed dat dit voor u zeer vervelend is. Ook betreuren wij het dat deze storing pas na een week is geconstateerd. Hiervoor bieden wij u onze excuses aan.

- 2.7 In de interne klachtprocedure heeft de Bank aangegeven dat zij uit coulance en onverplicht €250,- aan Consument wenst te vergoeden.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

- 3.1 Consument vordert dat de Bank wordt veroordeeld tot vergoeding van zijn schade, door hem begroot op € 25.055,-.

Grondslagen en argumenten daarvoor

- 3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. Aan deze vordering legt Consument ten grondslag, dat de Bank zich het tegoed van Consument onrechtmatig heeft toegeëigend, nu er geen (wettelijke of contractuele) bepaling is op grond waarvan aan de Bank de bevoegdheid is gegeven de transacties terug te draaien. Derhalve heeft de Bank onrechtmatig gehandeld door zich de gemaakte koerswinst van Consument toe te eigenen. Daarnaast heeft de Bank ten onrechte Consument niet beschermd tegen fouten in de (prijsbepaling van) door haar aangeboden producten. Zij heeft immers meerdere malen en gedurende een langere periode onjuiste informatie verstrekt over de Sprinter, zij heeft niet vereiste alertheid getoond in het volgen van de prijsvorming van de Sprinter teneinde Consument zo nodig van de juiste informatie te voorzien. Voor gebreken aan de Sprinter is de Bank tot vergoeding verplicht op grond van artikel 7.4 Algemene Voorwaarden Beleggen. Daarmee heeft de Bank de op haar rustende zorgplicht, die zij jegens Consument in acht dient te nemen, geschonden. Dit levert een toerekenbare tekortkoming op, waardoor de Bank op grond van artikel 7.1 lid 3 van de Algemene Voorwaarden Beleggen de schade dient te vergoeden. Voor zover op grond van de voorwaarden geen sprake zou zijn van een toerekenbare tekortkoming geldt dat de Bank niet heeft voldaan aan de plicht die zij via artikel 7.1 lid 7 van de Algemene Voorwaarden Beleggen heeft om de schade voor Consument te beperken.

Verweer van de Bank

- 3.3 De Bank heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

- 4.1 De Commissie stelt vast dat Consument en de Bank van mening verschillen over de vraag of de Bank gerechtigd was de orders van Consument terug te draaien. De Commissie beantwoordt die vraag bevestigend en oordeelt daartoe als volgt.
- 4.2 De Bank heeft gemotiveerd gesteld dat de verkooporders zijn uitgevoerd tegen een verkeerde prijs. Dat deze orders zijn uitgevoerd tegen een verkeerde prijs heeft Consument niet betwist. De Bank heeft de foute uitvoering hersteld en de verkooporders van Consument teruggedraaid.
- 4.3 De Commissie stelt vast dat de Bank gerechtigd is op grond van het, hiervoor in overweging 2.1 aangehaalde, artikel 19.3 ABV een fout te herstellen zonder dat zij daarvoor instemming van Consument nodig heeft. De Commissie oordeelt dat de verkeerde prijs waarop gehandeld is, aan te merken is als een fout zoals bedoeld in artikel 19.3 ABV. Consument kan aan een dergelijke fout van de Bank geen rechten ontleen.

Hij is gebracht in de situatie waarin hij zou hebben verkeerd indien de fout niet had plaatsgevonden (zie ook Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, nr. 2012-43 en nr. 2017-207).

- 4.4 Ten overvloede merkt de Commissie op dat door het herstel van de fout, de vermogenspositie van Consument is teruggebracht in de situatie voorafgaand aan de fout. Hierdoor is er juridisch gezien geen schade voor Consument. Aan het beroep op de bepalingen in artikel 7.1 Algemene Voorwaarden Beleggen gaat de Commissie derhalve voorbij.
- 4.5 Voorts oordeelt de Commissie dat het beroep van Consument op het hiervoor in overweging 2.2 aangehaalde artikel 7.4 Algemene Voorwaarden Beleggen evenmin opgaat. Een gebrek aan een effect ziet naar het oordeel van de Commissie niet op een onjuiste prijs.
- 4.6 Het hiervoor overwogene brengt mee dat de vordering van Consument niet kan slagen en dient te worden afgewezen.
- 4.7 Het voorgaande neemt niet weg dat geconstateerd en uitgesproken moet worden dat de Bank een pijnlijke fout heeft gemaakt waardoor Consument op het verkeerde been is of kon worden gezet. De Commissie vertrouwt er derhalve op dat de Bank het voorstel dat zij coulanchehalve deed om € 250,- aan Consument te vergoeden alsnog gestand doet.

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.