

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 116
d.d. 18 april 2011
(mr. J. Wortel, voorzitter, en de heren H. Mik RA en J.C. Buiter)**

Samenvatting

Conform de voorschriften worden transacties als de onderhavige afgewikkeld volgens de "T+3" methode. Gezien het feit dat voor de geplande afwikkeldatum van deze transactie surseance van betaling werd verleend, deed zich een bijzondere omstandigheid voor waardoor het gebruikelijke afwikkelproces geen doorgang kon vinden. Het tegenpartijrisico in de transactie berust bij Consument.

1. Procedure

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

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- de brief van Consument van 28 december 2009 met bijlagen;
- het door Consument ingevulde vragenformulier en de door hem ingevulde verklaring ontvangen 31 december 2009;
- het verweer van Aangeslotene van 29 juni 2010;
- de repliek van Consument van 11 juli 2010;
- de dupliek van Aangeslotene van 10 augustus 2010;
- de ter zitting door Consument overgelegde pleitnota.

De Commissie heeft vastgesteld dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid.

De Commissie heeft vastgesteld dat beide partijen het advies als bindend zullen aanvaarden.

De Commissie heeft partijen opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 15 december 2010. Aldaar zijn beide partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 Tussen Consument en Aangeslotene bestaat een adviesrelatie. Op advies van Aangeslotene heeft Consument op 9 februari 2007 de door Lehman Brothers Treasury (hierna: LBT) uitgegeven obligaties "Garantie Bonus Notes VI 07/16" (hierna: GBN/VI) gekocht, met een nominale waarde van € 20.000.

2.2 De zekerheden op de GBN/VI zoals deze er zijn tot het doen van uitkeringen, mogelijke couponbetalingen en - in het geval van een note met kapitaalsgarantie - het volledig terugbetalen van de inleg, zijn verstrekt door Lehman Brothers Holding Inc. (Lehman Brothers), dat op het moment van aanschaf een A+ rating heeft.

2.3 Op 12 september 2008 geeft Consument Aangeslotene de opdracht tot verkoop van de in zijn portefeuille aanwezige GBN/VI. Hij krijgt de verkoop middels een transactie en portefeuilleoverzicht, gedateerd 12 september 2008, bevestigd. Blijkens dit overzicht wordt de opbrengst van de transactie met valutadatum 17 september 2008 overgemaakt op een liquiditeiten rekening van Consument.

2.4 Op 15 september 2008 is aan Lehman Brothers surseance van betaling verleend.

2.5 Op 25 september 2008 wordt door Aangeslotene aan Consument medegedeeld dat de verkoop van € 20.000,- nominaal op 12 september 2008 niet is doorgegaan en de administratieve handelingen rond deze transactie worden teruggedraaid. Dit wordt bevestigd door een “transactie en portefeuilleoverzicht” gedateerd 22 september 2008 waarop te lezen valt dat de transactie per 17 september 2008 wordt teruggeboekt met valutadatum 22 september 2009.

3. Geschil

3.1 Consument vordert vergoeding van de door hem geleden schade, bestaande uit de verloren gegane belegging, door hem begroot op een bedrag van € 12.038,- + een bedrag p.m., zijnde het verkoopbedrag op 12 september 2008 van de GBN/VI plus rente.

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen. Consument heeft, ondanks een door Aangeslotene gegeven advies dit niet te doen, de verkoopopdracht voor de GBN/VI opgegeven.

Aangeslotene heeft de verkooptransactie mondeling op 15 september 2008 bevestigd aan Consument door na het doen van de transactie de verkoopkoers van 60,77% aan hem door te geven.

Op 17 september 2008 in de avond is deze transactiebevestiging mondeling aan Consument herhaald door een medewerker van Aangeslotene. Consument stelt dat na deze beide mondelinge mededelingen, aangevuld met de schriftelijke transactiebevestiging, onomstotelijk is vast komen te staan dat de verkooptransactie is uitgevoerd en hij derhalve recht had op de op de transactiebevestiging vermelde opbrengst.

Consument stelt verder dat Aangeslotene zelf ook posities aanhoudt in de GBN/VI en derhalve dus ook optreedt of op kan treden als tegenpartij.

Consument houdt het voor waarschijnlijk dat Aangeslotene zelf de tegenpartij is geweest bij zijn verkooporder op 12 september 2008 in GBN/VI en is van mening dat Aangeslotene niet aannemelijk heeft gemaakt dat het tegendeel waar is waardoor, volgens Consument, na het doen van de transactie het risico op de belegging in de GBN/VI vanaf dat moment ook voor rekening moet komen van Aangeslotene.

3.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd. Consument heeft uit de aan hem overhandigde Prospectus en Term Sheet van GBN/VI kunnen opmaken dat de secundaire markt wordt onderhouden door Lehman Brothers. Aangeslotene treedt slechts op als “Dealer” of intermediair. Voor de afwikkeling van transacties wordt gebruik gemaakt van de systemen van Euroclear en deze vinden plaats volgens het principe van Delivery versus Payment, anders gezegd: levering tegen betaling. Het gevolg van de op 15 september 2008 verleende surseance van betaling aan Lehman Brothers was dat de transacties waar Lehman Brothers partij in was, gedaan vóór 15 september, maar welke nog niet waren afgewikkeld, dus onder meer de transacties in GBN/VI, niet konden worden afgewikkeld en er derhalve geen eigendomsoverdracht plaats kon vinden.

Consument blijft daardoor eigenaar van de GBN/VI en heeft derhalve een vordering op de uitgevende instantie en de garantieverstrekker, zijnde Lehman Brothers, en niet op Aangeslotene. De beleggingspositie in de GBN/VI en de daaruit volgende schade dient voor rekening en risico van Consument te blijven.

3.4 Aangeslotene verzoekt de Commissie dan ook de vordering van Consument af te wijzen.

Overigens heeft Aangeslotene een advocatenkantoor ingeschakeld ter behartiging van de belangen van haar cliënten ook al verlangt de curator momenteel geen actie van de crediteuren.

4. Beoordeling

Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde overweegt de Commissie als volgt.

4.1 In geschil is voor wiens rekening het zogenaamde tegenpartijrisico dient te komen met betrekking tot de verkoop op 12 september 2008 van de in het bezit van Consument zijnde GBN/VI, gegeven de relevante feiten en omstandigheden.

4.2 In de onweersproken stellingen van Aangeslotene ligt besloten dat de transacties in GBN/VI worden afgewikkeld volgens de voorschriften die gelden in de landen waarin deze notes zijn uitgegeven, waaronder Nederland. Het is de Commissie bekend dat deze voorschriften inhouden dat transacties als de onderhavige worden afgewikkeld volgens de "T+3" methode. Dit brengt mee dat de afwikkeling van de door Consument gegeven en vervolgens uitgevoerde verkoopopdracht moest worden afgewikkeld op de derde handelsdag na de dag waarop de transactie werd uitgevoerd, volgens het principe: leveren tegen betaling. Gezien het feit dat op maandag 15 september, tussen het doen van de transactie op vrijdag 12 september 2008 en de geplande afwikkeldatum van deze transactie, woensdag 17 september 2008, aan Lehman Brothers surseance van betaling werd verleend, deed zich een bijzondere omstandigheid voor waardoor het gebruikelijke afwikkelproces geen doorgang kon vinden. Het betreft in dit geschil geen transactie van een beursgenoteerd product welke over het algemeen gegarandeerd wordt afgewikkeld via en bij een zogenaamde Central Counter Party. Het tegenpartijrisico in de transactie van de GBN/VI blijft derhalve bij de oorspronkelijke partijen in deze transactie.

4.3 Aldus ten overvloede overweegt de Commissie nog dat de Consument de verkoopopbrengst zelfs niet zou hebben ontvangen indien de transactie in stand was gelaten. In dat geval zou de aan Lehman Brothers verleende surseance immers hebben meegebracht dat zij niet meer aan haar betalingsverplichtingen behoefde, of zelfs kon, voldoen. Nu de transactie wel is teruggedraaid is Consument weer in het bezit gekomen van de GBN/VI en kan hij mogelijk via gerechtelijke procedures, al dan niet samen met anderen, zich voegen bij de overige crediteuren van Lehman Brothers om zodoende mogelijk nog enige uitkering te ontvangen op de Notes. De Commissie wijst hierbij op de mededeling van Aangeslotene dat zij reeds actie heeft ondernomen in deze.

4.4 Het feit dat Aangeslotene ook zelf posities innam in de GBN/VI houdt niet in dat zij ook gehouden was om als tegenpartij op te treden van Consument. Consument heeft geen feiten aangevoerd waaruit blijkt dat Aangeslotene in dit specifieke geval wel als tegenpartij is opgetreden of opgetreden zou zijn.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vordering van Consument moet worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat de vordering van Consument wordt afgewezen.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van 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.