

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 135
d.d. 25 mei 2011
(prof. mr. drs. M.L. Hendrikse, voorzitter)

Samenvatting

Adviesrelatie. Consument heeft niet kunnen aantonen dat hij de bank een verkoopopdracht heeft verstrekt. Wel wordt aangenomen dat Consument tot verkoop van effecten wenste over te gaan en de bank hem daartoe een voorstel zou doen. Periode om tot advies te komen heeft evenwel te lang geduurd. Schade die daarvan het gevolg is, komt deels voor rekening van de bank en blijft deels voor rekening van Consument (eigen schuld). Een verdeling van de schade van 50-50% acht de Commissie billijk.

1. Procedure

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

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het verzoek tot geschilbeslechting met bijlagen, ontvangen op 21 september 2009;
- het antwoord van Aangeslotene d.d. 18 juni 2010;
- de repliek van Consument d.d. 29 juli 2010;
- de dupliek van Aangeslotene d.d. 8 september 2010.

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 te Den Haag op 23 maart 2011. Aldaar zijn beide partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1 Consument en Aangeslotene zijn op 5 juni 2002 een 'Overeenkomst Effectendienstverlening' aangegaan. Artikel I van deze overeenkomst bepaalt dat Aangeslotene in opdracht en voor rekening van Consument effectentransacties en andere bijkomende diensten verricht c.q. verleent.
- 2.2 Op de overeenkomst Effectendienstverlening zijn de 'Voorwaarden Effectendienstverlening X, inclusief het daarvan deel uitmakende 'Informatieblad Effectendienstverlening X, en de 'Algemene Voorwaarden X' van toepassing verklaard.
- 2.3 Op 22 mei 2008 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen een medewerker van Aangeslotene en Consument. Daarin heeft Consument aangegeven dat hij een bedrag wenste te lenen aan zijn zoon en het daarvoor benodigde bedrag wilde vrijmaken door

verkoop van een deel van zijn beleggingen.

Aangeslotene heeft hiervan de volgende interne gespreksnotitie geregistreerd:

“Wil zoon helpen met financiering aankoop boerderij. Circa 7 ton. Geld hiervoor vrijmaken. Bekijken wat het beste vrijgemaakt kan worden en dan berichten.”

- 2.4 Op 13 juni 2008 vond een vervolgspraak plaats. Op dat moment was de waarde van de beleggingen van Consument gedaald, ten opzichte van de waarde van zijn beleggingen op 22 mei 2008 (van € 998.000,-- naar € 951.000,--). Consument besloot een bedrag van circa € 390.000,-- vrij te maken en op een later moment te beslissen over eventuele transacties ter verkrijging van het additioneel benodigde bedrag.
- 2.5 Op 13 en 17 juni 2008 verkocht Aangeslotene diverse beleggingen van Consument. De opbrengst bedroeg circa € 390.000,--.

3. Geschil

- 3.1. Consument vordert vergoeding van de schade die hij door het handelen van Aangeslotene stelt te hebben geleden. Hij begroot deze schade op € 9.743,16, zijnde het koersverlies over de periode van 26 respectievelijk 27 mei 2008 en de verkoopdatum (13 en 17 juni 2008) van de effecten. Dit bedrag dient te worden vermeerderd met de misgelopen rentevergoedingen vanwege de vertraagde verkoop ad € 1.000,-- (€ 400.000,-- x 20 dagen à 5%).
- 3.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.
- Consument heeft Aangeslotene op 22 mei 2008 opdracht gegeven over te gaan tot verkoop van effecten, dit in verband met te verwachten verdere koersdalingen. Consument vertrouwde erop dat Aangeslotene deze opdracht zou uitvoeren. Aangeslotene is evenwel niet tot verkoop overgegaan.
- 3.3. Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd.
- Consument heeft op 22 mei 2008 geen verkoopopdracht gegeven. Wel verstrekte Consument op deze dag Aangeslotene de opdracht om te onderzoeken welke fondsen in aanmerking kwamen voor verkoop.
 - zonder een daartoe strekkende opdracht kon Aangeslotene, gelet op de tussen partijen bestaande adviesrelatie, niet overgaan tot verkoop van effecten;
 - indien Consument een verkoopopdracht zou hebben verstrekt, dan zou Aangeslotene tot verkoop zijn overgegaan en zou Consument daarvan binnen enkele dagen een afrekening hebben ontvangen. Aangeslotene verwijst in dit verband naar artikel 16 lid 2 van de Voorwaarden Effectendienstverlening. Van Consument mag worden verwacht dat hij navraag zou doen toen hij geen afrekening ontving;
 - de overige verweren van Aangeslotene worden in het hiernavolgende voor zover nodig besproken.

4. Beoordeling

Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde en hetgeen door hen tijdens de hoorzitting naar voren is gebracht, overweegt de Commissie als volgt.

- 4.1 De kern van het geschil betreft de vraag of Consument op 22 mei 2008 een verkoopopdracht heeft verstrekt aan Aangeslotene. Consument stelt dat zulks het geval is. Deze stelling is door Aangeslotene gemotiveerd betwist. Hieruit vloeit voort dat Consument, als de partij die zich beroept op het rechtsgevolg van dat feit, ex art. 150 Rv. de bewijslast draagt. De Commissie heeft geen aanleiding om een andere verdeling van de bewijslast vast te stellen.
- 4.2 Consument heeft ten bewijze van zijn stelling zijn adviesrelatie met Aangeslotene omschreven en verklaard dat hij Aangeslotene tijdens het gesprek op 22 mei 2008 een verkoopopdracht heeft gegeven. Consument beschikt niet over bewijsstukken die zijn stelling ondersteunen.
- 4.3 Na 22 mei 2008 heeft Consument een afwachtende houding aangenomen. Die na 22 mei 2008 door Consument aangenomen afwachtende houding vormt voor de Commissie eveneens geen aanwijzing dat Consument een verkoopopdracht zou hebben gegeven. Tezamen met de gemotiveerde betwisting van Aangeslotene, overtuigt de bewijsvoering van Consument de Commissie niet voldoende en moet zij vaststellen dat Consument te weinig feiten en omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan kan worden aangenomen dat hij op 22 mei 2008 een verkoopopdracht aan Aangeslotene heeft verstrekt.
- 4.4 Voor de Commissie is wel komen vast te staan dat partijen op 22 mei 2008 uiteen zijn gegaan met de bedoeling om een aanstaande verkoopopdracht, die op dat moment nog onvoldoende was gespecificeerd, te concretiseren en dat Aangeslotene Consument daartoe een voorstel zou doen. Van Aangeslotene mag worden verwacht dat zij in een dergelijke situatie voortvarend handelt. In dit geval ontving Consument het advies van Aangeslotene op 13 juni 2008. Dit betekent dat Aangeslotene de periode van 22 mei tot 13 juni 2008 heeft gebruikt om tot een advies te komen. De feiten en omstandigheden in ogenschouw nemende, meent de Commissie dat Aangeslotene haar advies eerder had kunnen en ook behoren te geven. Daarbij neemt zij in aanmerking dat haar niet is gebleken van feiten en omstandigheden die een dergelijk lange periode om tot een advies te kunnen komen, rechtvaardigen. De Commissie stelt vast dat Aangeslotene op dit punt een verwijt treft. In zoverre is sprake van een tekortkoming aan de zijde van Aangeslotene, welke tekortkoming Aangeslotene overigens heeft erkend.
- 4.5 De Commissie stelt vast dat de hiervoor onder punt 4.3 genoemde tekortkoming aan Aangeslotene toegerekend kan worden, zodat Aangeslotene in principe schadeplichtig is. Ten aanzien van de schadeposten dient te worden onderzocht of deze in causaal verband staan tot genoemde tekortkoming.
- 4.6 De Commissie acht het aannemelijk dat Consument eerder tot verkoop van effecten zou zijn overgegaan indien Aangeslotene eerder tot advisering zou zijn overgegaan.

Gezien de feiten en omstandigheden meent de Commissie dat van Aangeslotene mocht worden verwacht dat zij Consument binnen enkele dagen na het gesprek van 22 mei 2008 zou voorzien van advies. Aangeslotene heeft Consument evenwel pas op 13 juni 2008 voorzien van advies. Tengevolge hiervan zijn de effecten van Consument niet reeds enkele dagen na het gesprek van 22 mei 2008 verkocht, maar pas op 13 en 17 juni 2008. Het in de tussenliggende periode ontstane koersverlies merkt de Commissie aan als schade die in causaal verband staat met de onder punt 4.3 genoemde tekortkoming. Aangeslotene heeft berekend dat het verschil tussen de afrekenkoers van de verkochte effecten op de verkoopdatum (13 en 17 juni 2008) en de koersen op 26 mei respectievelijk 27 mei 2008 van deze effecten, uitgaande van een hypothetische verkoop van deze effecten op die data, ad € 9.743,16 bedraagt. Partijen verschillen niet van mening over deze berekening, zodat de Commissie bij de bepaling van de schade uit zal gaan van deze berekening.

- 4.7 Hoewel voor de Commissie voldoende is komen vast te staan dat het koersverlies in causaal verband staat tot de tekortkoming van Aangeslotene, komt deze schadevordering niet voor volledige toewijzing in aanmerking. Het koersverlies is namelijk mede een gevolg van een omstandigheid die aan Consument kan worden toegerekend. Consument heeft in de tussen hem en Aangeslotene bestaande adviesrelatie een eigen verantwoordelijkheid om te verifiëren of zijn opdrachten juist en volledig worden uitgevoerd en, indien dit niet het geval is, maatregelen te treffen. Gelet op het feit dat Consument geen effectennota ontving, die Aangeslotene overeenkomstig artikel 16 van haar Voorwaarden Effectendienstverlening verstrekt na uitvoering van een order, lag het op de weg van Consument, zeker nu hij spoedig tot verkoop wenste over te gaan, om navraag te doen bij Aangeslotene. Zodoende had hij mogelijk een groter koersverlies kunnen voorkomen. Consument heeft dit evenwel nagelaten en daarmee zijn eigen verantwoordelijkheid miskent. De Commissie ziet daarin aanleiding om een deel van het door Consument ondervonden nadeel op grond van artikel 6:101 lid 1 BW voor rekening van Consument te laten.
- 4.8 De Commissie oordeelt naar billijkheid dat het hiervoor in alinea 4.5 omschreven koersverlies voor de helft aan de tekortkoming van Aangeslotene moet worden toegerekend. Zij zal dus worden veroordeeld tot vergoeding van een bedrag van € 4.871,58 aan Consument. Daarover zal Aangeslotene ook rente moeten vergoeden, gelijk aan de wettelijke rente, met ingang van 20 januari 2009, de dag waarop Consument jegens Aangeslotene voor het eerst aanspraak maakte op vergoeding van rente (de dag waarop de Ombudsman Financiële Dienstverlening de klacht van Consument ontving).
- 4.9 Nu Consument deels in het gelijk wordt gesteld, dient Aangeslotene de door Consument in verband met het aanhangig maken en de behandeling van het geschil gemaakte kosten ad € 50,- te vergoeden.
- 4.10 Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie beslist, als bindend advies, dat Aangeslotene binnen een termijn van twee weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd aan de Consument vergoedt een bedrag van € 4.871,58 met rente gelijk aan de wettelijke rente vanaf 20 januari 2009 tot aan de dag van algehele voldoening, en met vergoeding aan de Consument van diens eigen bijdrage aan de behandeling van deze klacht, zijnde € 50,--.

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.