Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2023-0043

(mr. M.E.J. Bracco Gartner, voorzitter, prof. dr. A. Buijs,
mr. dr. H.O. Kerkmeester, leden en mr. R.G. de Kruif, secretaris)

Klacht ontvangen op	28 maart 2022
Ingediend door	De consument
Tegen	BinckBank N.V., handelend onder de naam Saxo Bank, gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de bank
Datum uitspraak	17 januari 2023
Aard uitspraak	Bindend advies
Uitkomst	Vordering (gedeeltelijk) toegewezen

Samenvatting

Execution only beleggingsrekening. De bank heeft de order van de consument – conform het order-uitvoeringsbeleid, maar in strijd met de instructie van de consument – OTC aangeboden in plaats van op de beurs van Frankfurt. De bank heeft de consument hier niet tijdig over geïnformeerd. De commissie schat de omvang van de schade die de consument hierdoor heeft geleden.

1. Procedure

1.1 De commissie beslist op basis van haar reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat om: 1) het klachtformulier van de consument; 2) de aanvullende stukken van de consument; 3) het verweerschrift van de bank; 4) de repliek van de consument en 5) de dupliek van de bank.

1.2 De commissie is van oordeel dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak wordt daarom op grond van de stukken beslist.

1.3 De consument en de bank hebben gekozen voor een bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 In augustus 2016 heeft de consument als directeur van zijn pensioen-B.V. "[X] B.V." een zakelijke effectenrekening geopend bij de (rechtsvoorganger van de) bank. Daarop zijn van toepassing de Basisvoorwaarden Zelf Beleggen (met leeswijzer), de Belangrijke Informatie Zelf Beleggen en de Algemene Bankvoorwaarden. Ook is het Beleid Orderuitvoering van toepassing.

2.2 De consument heeft voor € 50.000,- nominaal obligaties 'Bank of Scotland PLC 2,5% 05/35' (hierna: de obligatie), welke obligatie in 2016 via een externe partij is overgeboekt naar de bank en vervolgens via een interne overboeking in de portefeuille van de consument geplaatst.

2.3 De consument heeft op 26 november 2021 telefonisch een doorlopende order opgegeven tot verkoop van de obligatie met een limiet van 115,50%.

2.4 Op 29 november 2021 heeft de consument, met een support ticket, een bericht aan de bank gestuurd waarin hij klaagde over de slechte bereikbaarheid van de bank en meldde dat zijn order niet was terug te vinden in het systeem van de beurs van Frankfurt. Daarbij heeft hij ook het verzoek gedaan om de order zo spoedig mogelijk aan te passen om zijn order op de beurs van Frankfurt in te leggen.

2.5 Op 27 december 2021 heeft een medewerker van de bank in eerste instantie geantwoord dat er geen order was, maar diezelfde dag een bericht gestuurd dat de order wel in het systeem stond, maar dat deze was gewijzigd. In dit bericht deed de medewerker voorts de volgende mededeling: *'Voor het plaatsen van deze order willen wij u vriendelijk verzoeken telefonisch contact met ons op te nemen.'*.

2.6 De consument heeft vervolgens meerdere keren via chat, e-mails en telefonisch contact met de bank opgenomen, maar kreeg daarbij steeds onvoldoende duidelijkheid over zijn order of informatie die volgens hem niet juist was.

2.7 Op 25 maart 2022 heeft de consument zijn klacht bij Kifid ingediend.

De klacht en vordering

2.8 De consument klaagt dat het hem ondanks talloze pogingen niet is gelukt de juiste (verantwoordelijke) persoon bij de bank te spreken te krijgen naar aanleiding van zijn verkooporder van de obligatie. De consument is zelf lang werkzaam geweest als obligatiehandelaar en weet daarom dat wat de medewerkers van de bank hem hebben gezegd niet klopt. Daarnaast klaagt hij dat de bank moeilijk bereikbaar is en vrijwel nergens op reageert. Omdat de rente op de markt in de tussentijd behoorlijk is opgelopen, is sprake van een (steeds verder) oplopend verlies op zijn obligatie. De consument acht de bank gehouden hem daarvoor te compenseren.

Het verweer

2.9 De bank heeft de verweer gevoerd. Zij heeft excuses aangeboden voor het uitblijven van een tijdige reactie op berichten van de consument en de mindere bereikbaarheid van haar klantenservice. Los daarvan was de consument volgens de bank sinds het plaatsen van de order ruimschoots in de gelegenheid om de uitvoering van de order te monitoren en daaraan zo nodig aanpassingen te doen zodat de order zou worden uitgevoerd, rekening houdend met de beperkte liquiditeit van de obligatie.

Daarmee zou de consument zijn schade hebben beperkt, waarbij de bank ook wijst op de jarenlange ervaring van de consument als professionele handelaar in obligaties. In plaats daarvan heeft de consument afgewacht en gedurende een lange periode van koersdaling van de obligatie niet ingegrepen. De bank ziet daarom geen reden op grond waarvan zij aansprakelijk zou zijn voor het koersverlies op de obligatie.

3. De beoordeling

Waar gaat het om?

3.1 De commissie ziet zich gesteld voor de vraag of de bank haar zorgplicht tegenover de consument heeft geschonden. Naar het oordeel van de commissie is daar in het onderhavige geval van de consument inderdaad sprake van geweest. De commissie licht dat als volgt toe.

3.2 Allereerst wordt ingegaan op wat tussen partijen is overeengekomen. Vervolgens wordt besproken waarom de bank naar het oordeel van de commissie tegenover de consument (toerekenbaar) is tekortgeschoten in haar zorgplicht. Tot slot gaat de commissie in op de schade die de bank dient te vergoeden.

Wat is overeengekomen?

3.3 De consument heeft bij de bank een beleggingsrekening op basis van execution only. Uitgangspunt daarbij is dat de consument zelf verantwoordelijk is voor het verrichten van effectentransacties.[1] De bank voert in opdracht van en voor rekening en risico van de consument de door hem opgegeven orders uit. Deze wijze van dienstverlening heeft de bank ook in artikel 3 van haar basisvoorwaarden beschreven.

3.4 De bank dient de orders zo goed mogelijk uit te voeren om het beste resultaat te bereiken conform de specifieke instructies van de consument. Dit volgt uit de 'best execution'-verplichting van artikel 4:90a van de Wet op het financieel toezicht. De bank heeft in haar Beleid Orderuitvoering de criteria opgenomen die zij hanteert voor optimale uitvoering (best execution) van een order. Daarin is ook opgenomen dat orders in voorkomende gevallen door OTC-transacties worden uitgevoerd.

Heeft de bank haar zorgplicht geschonden?

3.5 Vast staat dat de consument op 26 november 2021 telefonisch een (doorlopende) order heeft doorgegeven tot verkoop van zijn obligatie met een limiet van 115,50%. Op 29 november 2021 heeft hij vervolgens bij de bank gemeld dat hij zijn order niet kon terugvinden in het orderboek van de beurs van Frankfurt.

[1] Vergelijkbaar Geschillencommissie Kifid nrs. 2021-0659, 2020-730 en 2020-098. Deze en andere uitspraken zijn te vinden op www.kifid.nl.

In reactie daarop heeft de bank op 27 december 2021 in eerste instantie aan de consument bericht dat zij zijn order niet kon terugvinden, maar in een tweede e-mail die dag heeft de bank aangegeven dat zijn order toch in het systeem stond. Daarbij heeft de bank aangegeven dat de order was gewijzigd en de consument gevraagd om contact met haar op te nemen. De consument heeft vervolgens meerdere keren contact met de bank opgenomen, maar zonder (duidelijke) antwoorden van de bank te krijgen. De bank heeft dit ook niet bestreden en heeft de mindere bereikbaarheid van haar klantenservice en het aanvankelijk uitblijven van een reactie op de berichten van de consument zelf ook betreurd en haar excuses daarvoor aangeboden.

3.6 Het staat ook vast dat de bank – weliswaar pas na het indienen van de klacht bij Kifid – op 30 juni 2022 met de consument contact heeft opgenomen. Pas op dat moment heeft de consument van de bank vernomen dat zijn order niet naar de beurs van Frankfurt is verstuurd, maar 'over-the-counter' (OTC) zou worden verhandeld als daarvoor (tegen de limiet) een afnemer beschikbaar zou zijn. Reden daarvoor is dat de bank voor de verhandeling van deze obligatie geen rechtstreekse aansluiting heeft op de beurs van Frankfurt en daarom voor de verkoop van de obligatie is aangewezen op handel op basis van OTC-transacties. Niet gesteld of gebleken is dat dit voor de consument (eerder) te achterhalen of te checken is geweest. Het blijkt ook niet uit de berichten die op 27 december 2021 aan de consument zijn verstuurd.

3.7 Hoewel in het orderbeleid van de bank is opgenomen dat orders OTC kunnen worden uitgevoerd, is dus niet gebleken dat het de consument duidelijk had kunnen zijn dat zijn order OTC en niet via de beurs zou worden uitgevoerd en/of aangeboden. De consument heeft bovendien enkele dagen na zijn (telefonische) order contact gezocht en de bank gevraagd waarom zijn order niet op de beurs van Frankfurt zichtbaar was. De commissie is van oordeel dat het tot de (zorg)plicht van de bank hoort om daar adequaat op te reageren. Omdat de bank dat niet heeft gedaan, is zij daarmee toerekenbaar tekortgeschoten in haar (zorg)verplichting jegens de consument om hem (binnen een redelijke termijn) voldoende te informeren over de wijze waarop de order uitgevoerd zou worden.

Welke schade dient de bank te vergoeden?

3.8 De bank heeft gemotiveerd dat de order van 26 november 2021 ook niet zou zijn uitgevoerd als deze op de beurs van Frankfurt was aangeboden, omdat de opgegeven limiet niet is behaald. Dat blijkt uit het koersoverzicht van de obligatie van de beurs van Frankfurt waarvan de bank een overzicht heeft verstrekt. Dat neemt niet weg dat de consument niet wist op welke manier de order uitvoering zou kunnen krijgen en dat daarover lange tijd onduidelijkheid heeft bestaan terwijl de waarde van de obligatie daalde. De commissie acht het redelijk dat de bank de consument voor een deel van het opgetreden (koers)verlies compenseert. Uit het koersverloop blijkt dat de prijs van de obligatie vanaf 26 november 2021 lange tijd op 112% heeft gestaan en op 30 juni 2022 op 92% stond.

Op basis hiervan kan bij nominaal van € 50.000,- aan obligaties een bedrag van € 10.000,- worden berekend (€ 50.000,- x 20%). Voor de berekening van de schadevergoeding is echter van belang in welke positie de consument zou hebben verkeerd als hij door de bank wel op de juiste manier (meteen) was geïnformeerd. Dat de consument in dat geval inderdaad de obligatie van € 50.000,- nominaal voor 112% had verkocht staat niet vast. Er bestaat immers geen zekerheid dat in dat geval de consument zijn verkooporder had gewijzigd naar een limiet van 112%. Bovendien staat niet vast dat als de consument dit had gedaan de order ook voor inderdaad het totaal van € 50.000,- nominaal was uitgevoerd. Aangezien uit de stukken blijkt dat de handel in de obligatie steeds zeer beperkt is geweest, is het eerder aannemelijk dat een order tegen een limiet van 112% slechts gedeeltelijk zou zijn uitgevoerd. Bovendien dient rekening te worden gehouden met de rente die de consument tijdens het langer aanhouden van de obligatie heeft ontvangen. Gelet op de genoemde factoren schat de commissie de door de bank aan de consument te betalen schadevergoeding op € 5.000,-.

Wat is de conclusie?

3.9 De conclusie is dat in dit geval een bedrag van € 5.000,- voor vergoeding in aanmerking komt. Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.

4. De beslissing

De commissie beslist dat de bank een bedrag van € 5.000,- aan de consument vergoedt, binnen vier weken nadat deze beslissing aan partijen is verstuurd, en wijst het meer of anders gevorderde af.

Deze uitspraak is een bindend advies. Tegen deze uitspraak kunt u beroep instellen bij de Commissie van Beroep Kifid als wordt voldaan aan de vereisten van regel 7 van het Reglement Commissie van Beroep Kifid – vanaf 1 april 2022, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten. In regel 18.1 van dat reglement is bepaald dat beroep kan worden ingesteld tot 6 weken na de dag van deze uitspraak. Meer informatie over het instellen van beroep kunt u vinden op de website www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

Binnen 2 weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen tot herstel van een overduidelijke vergissing in de uitspraak zoals een schrijffout, een verkeerde naam/datum of een rekenfout. De beslissing van de geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Ook kunt u binnen 1 maand na de verzenddatum van de uitspraak een schriftelijk verzoek indienen om de uitspraak aan te vullen als u vindt dat de geschillencommissie niet heeft beslist over alle onderdelen van uw vordering. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de geschillencommissie in haar uitspraak niet uitdrukkelijk al uw argumenten, ter onderbouwing van uw vordering, heeft behandeld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het reglement van de geschillencommissie vanaf 1 april 2017, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Contactgegevens Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Telefoonnummer: 070 - 333 8 999
Website: www.kifid.nl