KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 228
d.d. 23 september 2011
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA en R.H.G. Mijné, leden)

Samenvatting

Betreft de onmogelijkheid voor Consument zijn bij Aangeslotene aangehouden positie in aandelen te liquideren gedurende de (te) lange periode van overboeking van die aandelen. Het is voldoende aannemelijk dat Consument zijn positie heeft willen liquideren. Aangeslotene is toerekenbaar tekort geschoten in de uitvoering van de tussen partijen geldende overeenkomst. De Commissie wijst de vordering toe.

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 door Consument ingevulde vragenformulier alsmede de door Consument ondertekende verklaring met bijlagen, ontvangen op 29 september 2009;
- het verweer van Aangeslotene van 24 maart 2010;
- de repliek van Consument van 8 april 2010 en de aanvulling van 11 april 2010;
- de dupliek van Aangeslotene van 23 april 2010:
- de door Consument ter zitting 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 10 november 2010.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 Tussen Consument en Aangeslotene heeft geruime tijd een beleggingsrelatie bestaan waarbij Consument orders telefonisch door heeft kunnen geven aan bij Aangeslotene werkzame adviseurs. Over de wijzen waarop Aangeslotene orders van haar cliënten aanneemt, heeft Aangeslotene Consument in de loop der tijd door middel van verschillende brieven geïnformeerd waarbij verschillende verkoopmodaliteiten aan de orde zijn gesteld.

2.2 In een door beide partijen voor akkoord getekende overeenkomst van 25 augustus 2004 is onder meer en voor zover hier van belang vastgelegd:
"Bijzondere afspraken
(…)Orders kunnen via (Aangeslotene) Internetbankieren Beleggen en/of de (Aangeslotene) OrderLijn (OL) worden ingelegd. Het is in het kader van (Aangeslotene) Direct Beleggen niet mogelijk advies van een beleggingsadviseur te krijgen of orders bij een beleggingsadviseur in te leggen (…)"
In de begeleidende brief van Aangeslotene aan Consument van 24 augustus 2004 is onder andere opgenomen:
"Uw effectenovereenkomst is omgezet in (Aangeslotene) Direct Beleggen, zodat u orders via de (Aangeslotene) Orderlijn door kunt geven."
Ook nadat deze overeenkomst tot stand is gekomen heeft Consument zijn orders telefonisch opgegeven bij een voor Aangeslotene werkzame adviseur.

2.3 In een brief van 18 oktober 2007 heeft Aangeslotene Consument geïnformeerd over een aantal wijzigingen in de Algemene Voorwaarden voor de Effectendienstverlening.

2.4 Consument heeft Aangeslotene op 29 oktober 2007 per faxbericht opdracht gegeven tot het overboeken van zijn portefeuille naar het depot bij een andere instelling daar hij niet beschikte over een zogenaamde pulse telefoon en het voor hem daardoor niet mogelijk was via de orderlijn orders op te geven. In een brief van Aangeslotene aan Consument van 16 november 2007 staat onder meer en voor zover hier van belang:
"Op 29 oktober heeft u telefonisch contact met ons gehad. U wou per telefoon een effectenorder opgeven. Op dat moment bent u door ons doorverwezen naar de orderlijn, omdat u het serviceconcept Direct Beleggen afneemt. (…)
Na te zijn doorverbonden met de Orderlijn liep u tegen het probleem aan dat u met uw telefoon geen keuze kon maken in het keuzemenu van de Orderlijn, waarop de verbinding met de Orderlijn werd verbroken. Hierop heeft u nogmaals contact met onze bank gehad. Als oplossing voor uw probleem hebben wij voorgesteld dat een Beleggingsspecialist u éénmalig uit de brand zou helpen en de order voor u zou uitvoeren, ook al bent u Direct Belegger. Door een miscommunicatie tussen de collega die u aan de lijn heeft gehad en de Beleggingsspecialist, heeft de Beleggingsspecialist u echter nogmaals doorverwezen naar de Orderlijn en is uw order niet uitgevoerd.
Door deze gang van zaken heeft u besloten uw beleggingen onder te brengen bij de (X) bank. Dit heeft u kenbaar gemaakt in uw fax van 29 oktober.
Uw verzoek om de effecten over te boeken naar (X) hebben wij voor u in behandeling genomen. De kosten voor het overboeken van uw effecten naar (X) nemen wij echter niet voor onze rekening en ook aanvaarden wij geen aansprakelijkheid voor de tijd dat uw effecten niet beschikbaar zijn. Dat de effecten door een overboekingsprocedure niet te benaderen zijn, is gebruikelijk."

2.5 In zijn portefeuille heeft Consument onder meer 1507 aandelen Harvest Energy Trust, (voormalig Viking Energy Royal Trust, hierna te noemen: Harvest) genoteerd aan de beurs van Toronto, aangehouden. Consument heeft ook bij een andere effecteninstelling aandelen Harvest in zijn portefeuille, te weten 6000 stuks, aangehouden. Op 8 november 2007 heeft Consument van zijn aldaar werkzame adviseur het advies gekregen die aandelen van de hand te doen. Consument heeft dit advies direct opgevolgd. De aandelen zijn tegen een verkoopprijs van (omgerekend) € 18,961 per stuk verkocht.

2.6 Op 8 november 2007 heeft Consument telefonisch contact gehad met Aangeslotene. Daarbij is hij door een adviseur van Aangeslotene verwezen naar de orderlijn.

2.7 Consument heeft op 28 december 2007, als de aandelen Harvest in het depot bij de ontvangende instelling zijn aangekomen, weer over de aandelen kunnen beschikken. Hij heeft op diezelfde dag de aandelen verkocht tegen een prijs van € 14,763 per stuk.

3. Geschil

3.1 Consument vordert vergoeding van de door hem geleden schade, veroorzaakt door de vanaf 8 november 2007 tot 28 december 2007 uitgestelde verkoop van de 1507 aandelen Harvest, door hem begroot op een bedrag van 1507* (18,961- 14,763)= € 6.326,39. Over dit bedrag vordert Consument tevens de wettelijke rente.

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.

Samengevat beklaagt Consument zich over het feit dat hij niet op de wijze waarop hij dat gewoon was orders heeft kunnen opgeven. Hij is van mening dat hij onterecht verplicht werd de orderlijn te gebruiken. Dit heeft hem ertoe bewogen zijn portefeuille naar een andere bank over te boeken. Terwijl de overboeking gaande was, heeft Consument op 8 november 2007 de aandelen Harvest willen verkopen. Dat is naar zijn zeggen genoegzaam duidelijk uit het feit dat hij zijn positie in deze aandelen bij een andere instelling alwaar hij een portefeuille aanhoudt op die dag heeft verkocht. Consument stelt dat Aangeslotene de order ten onrechte niet heeft uitgevoerd en daardoor schadeplichtig is.

Consument beroept zich voorts op meerdere zorgplichtschendingen door Aangeslotene en acht een adviesrelatie aanwezig.

3.3 Aangeslotene heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Bij de beoordeling zal de Commissie daar voor zover nodig op in gaan.

4. Beoordeling

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

4.1 De Commissie stelt vast dat tussen partijen een relatie op basis van execution only bestaat. De stelling van Consument, dat er sprake is van een adviesrelatie nu er voor hem een doelrisicoprofiel is vastgesteld, kan hem niet baten. De Commissie volgt Aangeslotene in haar standpunt dat dit enkele feit, mede gelet op de door haar gegeven uitleg inhoudende dat zij ook in execution only relaties een profiel vaststelt, en in samenhang met de aan de Commissie overgelegde overeenkomst van 25 augustus 2004 waaruit duidelijk blijkt dat een adviesrelatie niet is overeengekomen, niet voldoende is om van een adviesrelatie te kunnen spreken.

4.2 De klacht van Consument richt zich in de kern op de onmogelijkheid gedurende de (te) lange periode van overboeking van de aandelen Harvest zijn bij Aangeslotene aangehouden positie in die aandelen te liquideren. Aangeslotene heeft niet, althans niet voldoende gemotiveerd, betwist dat Consument de betreffende order heeft opgegeven. Integendeel, zij heeft ter zitting meegedeeld dat zij bereid was de order van Consument uit te voeren en heeft daarmee afstand genomen van haar in de schriftelijk procedure ingenomen standpunt dat Consument enkel orders door kon geven via de Orderlijn en/of via internet. Nog daargelaten op welke wijze Consument zijn order geplaatst heeft, is het naar het oordeel van de Commissie voldoende aannemelijk dat Consument op 8 november 2007 zijn positie in het aandeel Harvest heeft willen liquideren. De Commissie hecht daarbij veel waarde aan het feit dat Consument zijn aandelen van dezelfde onderneming die hij bij een andere instelling in portefeuille aanhield, op die datum heeft verkocht.

4.3 Nu er sprake was van een execution only relatie, was Aangeslotene gehouden de aan haar verstrekte opdracht naar beste vermogen uit te voeren. Aangeslotene heeft aangevoerd dat zij daartoe niet over kon gaan daar de aandelen op het betreffende moment werden overgeboekt. De Commissie is van oordeel dat op Aangeslotene, als instelling bij welke de effecten oorspronkelijk in depot waren en die zich jegens Consument verbonden heeft die effecten naar een andere instelling over te boeken, een resultaatsverbintenis rustte om er zorg voor te dragen dat deze effecten binnen een redelijke tijdspanne onder berusting van de ontvangende instelling zouden komen. Onder verwijzing naar het door Consument bij zijn pleitnota overgelegde artikel, waarin Aangeslotene voor een overboeking van buitenlandse aandelen naar haar eigen zeggen een periode korter dan 10 dagen behoeft, en rekening houdend met de omstandigheid dat Aangeslotene ter zitting omtrent de vertraging geen afdoende verklaring kon geven, acht de Commissie de in het artikel genoemde termijn in dit geval redelijk.

4.4 Nu er zonder afdoende verklaring van Aangeslotene anderhalve maand langer is gedaan over de overboeking van de betreffende aandelen en het aannemelijk is dat Consument deze op 8 november 2007 heeft willen verkopen is de Commissie van oordeel dat Aangeslotene toerekenbaar tekort is geschoten in de uitvoering van de tussen partijen geldende overeenkomst en derhalve aansprakelijk is voor de daardoor ontstane schade. Consument heeft van die schade een berekening gemaakt en noch is gesteld, noch is anderszins gebleken dat Consument daarbij onjuiste uitgangspunten heeft gekozen. De Commissie wijst zijn vordering derhalve toe, waarbij vergoeding van de wettelijke rente wordt toegewezen vanaf het moment dat de schade zich materialiseerde.

4.5 Aangezien het voorgaande reeds tot de conclusie leidt dat de vordering van Consument moet worden toegewezen gaat de Commissie voorbij aan de overige door partijen aangevoerde stellingen.

5. Beslissing

De Commissie beslist, als bindend advies, dat Aangeslotene binnen een termijn van vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd aan Consument vergoedt een bedrag van € 6.326,39, met rente gelijk aan de wettelijke rente vanaf 28 december 2007 tot aan de dag van algehele voldoening, en met vergoeding aan de Consument van diens eigen bijdrage aan de behandeling van deze klacht, zijnde € 50,00. Het meer of anders gevorderde 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.