Uitspraak Commissie van Beroep 2013-34 d.d. 18 december 2013
(prof. mr. F.R. Salomons, voorzitter, mr. J.B Fleers, drs. P.H.M. Kuijs AAG en mr. F.P. Peijster, leden, en mr. M.J. Drijftholt, secretaris)

Samenvatting

Verzuim om belanghebbende nadrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen voor te houden dat execution only voor hem waarschijnlijk niet passend meer was.
Aan de zijde van belanghebbende achterwege gelaten eigen initiatief om tot beëindiging van de execution only-relatie te komen.
Schade 6:97 BW. 2/3^{e} voor rekening van belanghebbende.

Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.

Tussenuitspraak

1. De procedure in hoger beroep

1.1 Belanghebbende heeft bij een op 22 augustus 2012 gedateerd beroepschrift met bijlagen, waarvan de ontvangst door de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (verder: Beroepscommissie) op 29 augustus 2012 is geregistreerd, de uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (verder: Geschillencommissie) van 13 juli 2012 ter toetsing voorgelegd op de voet van artikel 43.1 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening in verbinding met artikel 5.1 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening.

1.2 De bank heeft het beroep bestreden bij een op 22 november 2012 gedateerd verweerschrift met bijlagen.

1.3 Namens belanghebbende heeft zijn echtgenote bij brief van 5 december 2012 bewijsstukken overgelegd met betrekking tot de verzending van het beroepschrift en de bezorging door PostNL.

1.4 De Beroepscommissie heeft het hoger beroep mondeling behandeld op 11 februari 2013. Beide partijen waar aanwezig. Partijen, die in verband met de plotselinge verhindering van een der leden van de Beroepscommissie hebben ingestemd met een behandeling door vier in plaats van vijf leden, hebben hun standpunt aan de hand van aan de Beroepscommissie overgelegde pleitaantekeningen nader toegelicht en vragen van de Beroepscommissie beantwoord.

2. De procedure in eerste aanleg

Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg verwijst de Beroepscommissie naar de aan deze uitspraak gehechte uitspraak van de Geschillencommissie.

3. Inleiding op de beoordeling van het beroep

3.1 De Beroepscommissie gaat op grond van hetgeen de Geschillencommissie onbestreden heeft vastgesteld, de niet of niet voldoende weersproken inhoud van de stukken van het geding en hetgeen bij de mondelinge behandeling is gebleken, uit van het volgende:

(i) Belanghebbende is al vele jaren, in ieder geval vanaf 1987, als belegger actief op de beurs. Op 27 september 2000 heeft belanghebbende bij de bank een effecten-rekening geopend. Op 17 juni 2002 heeft belanghebbende de *"Overeenkomst [naam van de bank] Beleggersrekening" getekend. Op 20 juli 2007 heeft belanghebbende met de bank de "Overeenkomst [naam van de bank] Direct Beleggen" gesloten."*

(ii) Behalve voor eigen rekening belegde belanghebbende ook voor rekening van zijn echtgenote, die hem daarvoor een volmacht had verleend. De echtgenote van belanghebbende handelde niet zelf op de beurs. In deze procedure treedt belang-hebbende zowel op voor zichzelf als voor zijn echtgenote.

(iii) Voor de door belanghebbende beheerde portefeuilles was als doelrisicoprofiel vast-gesteld: speculatief. Belanghebbende was een actieve belegger die vooral handelde in geschreven opties. Tot 20 juli 2007 was de relatie tussen belanghebbende en de bank een adviesrelatie. Sedertdien was sprake van execution only.

(iv) Tijdens zijn vakantie op Curaçao in januari 2008 werd belanghebbende getroffen door een herseninfarct. Bij terugkomst in Nederland op 25 januari 2008 werd hij in het ziekenhuis opgenomen. Vanuit het ziekenhuis heeft belanghebbende op 28 januari 2008 telefonisch contact gehad met zijn contactpersoon bij de bank, de heer S.

(v) Belanghebbende was voorafgaand aan zijn vakantie met de bank overeengekomen dat de heer S in geval van dreigende overschrijding van de marginverplichting gedurende die vakantie kon beschikken over gelden van de vennootschap van belanghebbende, teneinde een margintekort aan te zuiveren. Van deze bevoegdheid heeft de heer S gebruik gemaakt voor een bedrag van € 56.900.

(vi) De heer S heeft belanghebbende op 30 januari 2008 thuis bezocht en in de eerstvolgende weken nog verscheidene malen. Een door de bank overgelegde verklaring van de heer S vermeldt onder meer:
"Onderstaand mijn gespreksverslag van 28.1.2008 (5.2.2010 in systeem ingevoerd) gesproken met klant: [belanghebbende] heeft op Aruba een hersenbloeding gekregen en heeft nog problemen met gezichtsvermogen. Klant wil beleggingen wat gaan afbouwen. (…) Klant is pincode kwijt (…).
8/2/2008 klant gebeld en voicemail ingesproken en [de heer I] een mailtje gezonden en erop aangedrongen klant te bellen."

(vii) Op 25 of 26 februari 2008 heeft de heer I van de bank een gesprek bij belanghebbende thuis gehad, waarover de heer I onder meer het volgende heeft vastgelegd:
"Cliënt heeft begin dit jaar tijdens een vakantie op Curaçao een herseninfarct gekregen en heeft daar gelukkig niet al te veel (blijvende) schade van opgelopen. Momenteel wordt hij vier x per week behandeld in het revalidatiecentrum. Hij heeft echter toch zoveel

beperkingen (met name met lezen en traploopen) dat hij het niet meer vertrouwd vindt zo actief met optieposities bezig te zijn en de afgelopen week zijn een aantal optieposities in overleg met [de heer S] gedeeltelijk afgebouwd."

(viii) Bij afwezigheid van de heer S in maart 2008 heeft belanghebbende enige malen contact gehad met de heer T van de bank. De heer T heeft daarover op 18 maart 2008 onder meer het volgende vastgelegd:
"Vorige week frequent contact gehad met [belanghebbende] en echtgenote [naam echtgenote]. Cliënt heeft recent een herseninfarct gehad. Zie gespreksverslag van [de heer S]. Orders lopen nu via het advieskanaal omdat [belanghebbende] geen order meer via het internet kan doorgeven (dit door zijn beperkte zicht). Klant heeft de posities die hij inneemt/ingenomen heeft, wel goed in de gaten.
Ik overleg met [de heer S], die de klant al veel langer kent, of het wellicht zinvol is om de klant terug te halen naar Select Beleggen."

(ix) In de maanden na het herseninfarct zijn belanghebbende en zijn echtgenote verscheidene malen bij de bank op kantoor langs geweest, onder meer op 16 en 25 april, 16 juni en 2 juli 2008.

(x) Eind februari 2008 was de waarde van de opties van belanghebbende en zijn echtgenote € 669.690,25 negatief. In de loop van 2008 heeft belanghebbende met de optiehandel verdere verliezen geleden.

(xi) Op 20 november 2008 heeft belanghebbende in een gesprek met de heer I van de bank zich erover beklaagd dat de bank hem na het herseninfarct niet goed heeft begeleid.

(xii) Belanghebbende heeft de bank op 21 januari 2009 een brief gezonden waarin hij de bank verwijt niet aan haar zorgplicht jegens hem te hebben voldaan.

3.2 Belanghebbende vordert vergoeding van de door hem als gevolg van het handelen van de bank geleden schade. Deze schade heeft belanghebbende begroot op een bedrag tussen € 470.000 en € 564.000. Tevens vordert hij vergoeding van de wettelijke rente. Aan zijn vordering heeft belanghebbende, kort samengevat, onder meer het volgende ten grondslag gelegd.

- Na het herseninfarct was belanghebbende niet in staat de gevolgen van zijn handelen te overzien en was hij half blind. Zijn echtgenote had geen inzicht in of ervaring met beleggen. De heer S heeft zich bekommerd om de beleggingen van belanghebbende en de uitvoering van de orders ter hand genomen. De bank was daardoor goed op de hoogte van de ernst van de persoonlijke situatie van belanghebbende.
- De bank is tekortgeschoten in haar zorgplicht jegens belanghebbende. De bank heeft meer specifiek verzuimd om, nadat zij op de hoogte was geraakt van de gewijzigde persoonlijke omstandigheden van belanghebbende, een nieuw risico-profiel voor belanghebbende op te stellen. Als dit wel was gebeurd, zou de discrepantie tussen het bestaande profiel en de beleggingsportefeuille zijn gebleken en zou er anders zijn geadviseerd en gehandeld. De optieposities zouden dan (wellicht) direct gesloten zijn en het restant zou op een risicoloze wijze zijn onder-gebracht.
- Het vermogen van belanghebbende kende (overduidelijk) een pensioendoelstelling. Gelden die in dat kader worden belegd, mogen nimmer aan dergelijke (bijzondere) risico's worden blootgesteld.

3.3 De Geschillencommissie heeft de vorderingen van belanghebbende afgewezen. Daartoe heeft zij, samengevat weergegeven, het volgende overwogen. Het bleef de verantwoordelijkheid van belanghebbende en zijn echtgenote om de bank duidelijk te maken dat execution only niet langer een geschikte vorm van dienstverlening voor belanghebbende was. Belanghebbende heeft onvoldoende aangevoerd om, tegenover de betwisting door de bank, te kunnen vaststellen dat de bank moet hebben bemerkt dat belanghebbende vanaf een bepaald moment niet langer in staat was om zijn beleggingsbeslissingen zonder advies te nemen en de gevolgen ervan te overzien. Dit brengt mee dat belanghebbende zelf verantwoordelijk blijft voor de geleden verliezen in de portefeuille.

4. Ontvankelijkheid

Bij verzending ter post is een beroepschrift tijdig ingediend indien blijkt dat het voor het einde van de termijn ter post is bezorgd, mits het niet later dan een week na afloop van de termijn is ontvangen (art. 6.3, tweede zin, Reglement van Beroep). Uit de onder 1.3 bedoelde stukken blijkt dat belanghebbende het beroepschrift op 24 augustus 2012 heeft verzonden en dat het op 25 augustus 2012 is afgeleverd in de postbus van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening. Nu het beroepschrift derhalve binnen de beroepstermijn van zes weken na verzending van de bestreden beslissing ter post is bezorgd en niet later dan een week na afloop van de termijn is ontvangen, is het beroep ontvankelijk.

5. Beoordeling van het beroep

5.1 In beroep heeft belanghebbende een aantal bezwaren geformuleerd tegen de beslissing van de Geschillencommissie.

5.2.1 Het eerste bezwaar richt zich tegen het oordeel van de Geschillencommissie dat belanghebbende onvoldoende concrete feiten en omstandigheden heeft aangevoerd ter ondersteuning van zijn stelling dat het de bank niet kan zijn ontgaan dat het beleggingsgedrag van belanghebbende was veranderd en hij niet meer volledig in staat was de gevolgen van zijn beleggingsbeslissingen te overzien.

5.2.2 Tussen partijen is niet in geschil dat belanghebbende door het herseninfarct ernstig was getroffen in zijn gezondheid. Evenmin heeft de bank voldoende weersproken dat belanghebbende als gevolg van de door het herseninfarct veroorzaakte gezichtsbeperking en verminderde rekenvaardigheid moeite had om zijn beleggingsportefeuille te overzien en om de voor het beheer van de optieportefeuille noodzakelijke beleggingsbeslissingen te nemen. De bank heeft zich evenwel op het standpunt gesteld dat de ernst van de beperkingen van belanghebbende, in het bijzonder de beperking op het vlak van rekenen, voor haar niet kenbaar was. In dat verband heeft zij erop gewezen dat wanneer belanghebbende en zijn echtgenote de bank bezochten voor het doorgeven van orders, aan de opdrachten en ook aan hem niet te merken was dat hij aan rekenvaardigheid had ingeboet.

5.2.3 Vast staat dat het gezichtsvermogen van belanghebbende na het herseninfarct ernstig beperkt was en dat de bank hiervan op de hoogte was. Belanghebbende was hierdoor, naar

de bank moet hebben begrepen, niet langer in staat om zijn beleggingen via internet te regelen. Reeds hieruit had het de bank, ook los van de vraag of belanghebbende in mindere mate dan voorheen in staat was zijn portefeuille te overzien en beleggingsbeslissingen op verantwoorde wijze te nemen, duidelijk moeten zijn dat belanghebbende zijn actieve beleggingsgedrag – waarbij hij zijn portefeuille van dag tot dag in de gaten hield en gemiddeld drie maal per week transacties uitvoerde – vermoedelijk niet op dezelfde voet zou kunnen voortzetten. Belanghebbende zou dan immers voor het doorgeven van orders naar de bank moeten reizen, waarvoor hij door zijn gezichtsbeperking en de beperking in zijn vermogen om te lopen aangewezen was op de hulp van zijn echtgenote.

5.2.4 De eerste weken na het herseninfarct heeft de heer S belanghebbende verscheidene malen thuis bezocht en bij die gelegenheden transacties in de beleggingsportefeuille van belanghebbende uitgevoerd. Partijen verschillen van mening of de heer S daarbij, zoals belanghebbende aanvoert, geheel naar eigen inzicht heeft gehandeld, dan wel uitsluitend beslissingen van belanghebbende heeft uitgevoerd, zoals de bank meent. Aan te nemen valt in elk geval – zie de hiervoor in 3.1 onder (vi), (vii) en (viii) aangehaalde verslagen, dat deze medewerker van de bank belanghebbende in die periode niet in staat achtte om zonder zijn hulp de bedoelde transacties tot stand te brengen, ook niet bijvoorbeeld telefonisch door tussenkomst van zijn echtgenote.

5.2.5 Vast staat verder dat de heer S kort na het herseninfarct over belanghebbende heeft genoteerd: 'wil beleggingen wat gaan afbouwen' en voorts dat belanghebbende zijn pincode niet meer wist. Nadat de heer S er, naar blijkt uit zijn in 3.1, onder (vi) aangehaalde aantekening, op 8 februari 2008 op had aangedrongen dat de heer I van de bank contact met belanghebbende opnam, vond op 25 of 26 februari 2008 een gesprek plaats bij belanghebbende thuis waarbij belanghebbende aan de heer I te kennen gaf dat hij het niet meer vertrouwd vond zo actief met optieposities bezig te zijn en dat hij in overleg met de heer S reeds optieposities had afgebouwd. Naar het oordeel van de Beroepscommissie valt hieruit af te leiden dat in elk geval toen, wat er verder ook zij van de kenbaarheid van de vermindering van de rekenvaardigheid van belanghebbende, voor de bank duidelijk moet zijn geweest dat belanghebbende zichzelf niet goed meer in staat achtte zijn actieve beleggingsgedrag voort te zetten.

5.2.6 Het in 5.2.5 overwogene vindt bevestiging in de omstandigheid dat toen belanghebbende enige weken nadien een gesprek met de heer T van de bank had, nadat de heer T in de daaraan voorafgegane dagen frequent telefonisch contact had gehad met belanghebbende en zijn echtgenote, aan de orde kwam of belanghebbende wel zou voortgaan te beleggen op basis van execution only, dan wel of het beter was om met belanghebbende wederom een adviesrelatie aan te gaan. Uit hetgeen de heer T hierover heeft vastgelegd, valt af te leiden dat hij over die vraag overleg zou voeren met de heer S. Gesteld noch gebleken is dat de bank hierop nog bij belanghebbende is teruggekomen. Ter zitting heeft de heer T tegenover de Beroepscommissie desgevraagd verklaard dat de transacties die hij voor belanghebbende uitvoerde weliswaar niet minder complex waren dan voorheen, maar dat het daarbij steeds ging om afbouw of voortzetting ('doorrollen') van posities en dus niet om het innemen van nieuwe posities.

5.2.7 Het eerste bezwaar van belanghebbende treft derhalve doel. Dat brengt mee dat de bank naar het oordeel van de Beroepscommissie kort na het herseninfarct, in elk geval eind februari 2008, belanghebbende nadrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen erop had behoren te wijzen dat de execution only relatie voor belanghebbende naar alle waarschijnlijkheid geen passende vorm van dienstverlening meer was. Daarbij neemt de Beroepscommissie in aanmerking dat de bank belanghebbende kende als een belegger die gewoon was actief te beleggen en grote risico's te nemen met geschreven opties, dat deze beleggingsvorm hoge eisen stelt aan de belegger, en voorts dat de bank ermee bekend moet worden geacht dat belanghebbende, die inmiddels 69 jaar oud was, voor zijn levensonderhoud afhankelijk was van zijn vermogen. Ook als voor de bank niet aanstonds duidelijk zou zijn geweest dat de rekenvaardigheid van belanghebbende door het herseninfarct was aangetast, moet het de bank duidelijk zijn geweest dat reeds de beperking van zijn gezichtsvermogen belanghebbende aanzienlijk zou bemoeilijken zijn beleggingsgedrag ongewijzigd voort te zetten. Van belang is in dit verband verder dat de portefeuille van belanghebbende naar zijn aard een actief beheer vergde, zodat verliezen te verwachten vielen als belanghebbende tot zodanig beheer niet of nog slechts in mindere mate in staat zou blijken.

5.3.1 Belanghebbende voert als bezwaar tegen de bestreden beslissing verder aan dat de Geschillencommissie in overweging 4.5 ten onrechte overweegt dat het de verantwoordelijkheid van belanghebbende bleef om aan de bank duidelijk te maken dat execution only niet langer een voor belanghebbende passende vorm van dienstverlening was. Ter toelichting voert belanghebbende aan dat het niet de belegger maar de bank is die moet beslissen of execution only al dan niet passend voor hem is. De bank had belanghebbende moeten waarschuwen.

5.3.2 Naar het oordeel van de Beroepscommissie heeft de Geschillencommissie in overweging 4.5 van de bestreden beslissing niet anders willen uitdrukken dan dat de bank niet verantwoordelijk kan worden gesteld voor door belanghebbende geleden verliezen, als niet kan worden vastgesteld dat de bank moet hebben bemerkt dat belanghebbende vanaf een bepaald moment niet langer in staat was om zijn beleggingsbeslissingen zonder advies te nemen en de gevolgen ervan te overzien. Hiervoor is reeds overwogen dat de bank in de gegeven omstandigheden wél reden had om aan te nemen dat execution only voor hem naar alle waarschijnlijkheid niet langer geschikt was en dat in verband daarmee van de bank mocht worden verwacht dat zij belanghebbende voor de daaraan verbonden risico's zou waarschuwen.

5.4 De andere door belanghebbende aangevoerde bezwaren zijn voor de beoordeling van zijn vordering niet van rechtstreeks belang en kunnen daarom onbesproken blijven.

5.5.1 Nu het eerste bezwaar van belanghebbende gegrond is bevonden, zal de Beroepscommissie ingaan op de verweren die door de bank in eerste aanleg en in beroep tegen de vordering heeft aangevoerd, voor zover deze hiervoor niet reeds zijn besproken.

5.5.2 De bank heeft aangevoerd dat het voor haar niet kenbaar was dat belanghebbende niet meer in staat was complexe orders of posities te doorgronden. Verder heeft de bank erop gewezen dat er geen wijziging zichtbaar was in zijn beleggingsstrategie. Het eerste verweer gaat eraan voorbij dat ook als belanghebbende op zichzelf nog wel in staat was om complexe orders of posities te doorgronden, de bank – zoals voortvloeit uit hetgeen in 5.2.2 tot en met 5.2.7 is overwogen – voldoende reden had om te betwijfelen dat execution only voor belanghebbende nog een geschikte vorm van dienstverlening was. Om dezelfde reden kan ook het verweer dat geen wijziging zichtbaar was in de beleggings-strategie van belanghebbende, wat daar verder van zij, de bank niet baten. Dit geldt ook voor het verweer dat belanghebbende en zijn echtgenote de bank nimmer om hulp hebben gevraagd, zoals de bank heeft gesteld en belanghebbende heeft betwist.

5.5.3 De bank heeft verder als verweer aangevoerd dat niet valt in te zien wat zij had kunnen doen om belanghebbende voor de door hem geleden verliezen te behoeden. De bank had immers niet het recht om eigenmachtig de posities van belanghebbende te sluiten. Belanghebbende had derhalve in elk geval zelf, met zijn echtgenote, moeten kiezen wat er met zijn vermogen moest gebeuren. De Beroepscommissie verwerpt dit verweer. De verplichting van de bank om belanghebbende na het herseninfarct nadrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen voor te houden dat execution only voor hem naar alle waarschijnlijkheid geen passende vorm van dienstverlening meer vormde, strekte ertoe om belanghebbende te behoeden voor onverstandige beslissingen onder invloed van een onjuiste taxatie van zijn mogelijkheden en beperkingen. Nu vaststaat dat belanghebbende in elk geval in het gesprek met de heer I op 25 of 26 februari 2008 te kennen heeft gegeven het niet meer vertrouwd te vinden zo actief als voorheen te beleggen, acht de Beroepscommissie het aannemelijk dat als de bank haar verplichting om belanghebbende nadrukkelijk te waarschuwen zou zijn nagekomen, belanghebbende het beheer van zijn portefeuille niet ongewijzigd zou hebben voortgezet, maar ofwel zou hebben gekozen voor terugkeer naar een adviesrelatie ofwel voor, al dan niet tijdelijk, vermogensbeheer. De bank heeft niet aannemelijk gemaakt dat belanghebbende niet bereid zou zijn geweest om gevolg te geven aan een advies van de bank om de ingenomen posities te sluiten, ook als dat gepaard zou zijn gegaan met aanzienlijke verliezen.

5.5.4 De bank heeft zich erop beroepen dat belanghebbende, door pas op 21 januari 2009 schriftelijk bij de bank te klagen, niet met bekwame spoed heeft geprotesteerd en daarom op grond van art. 6:89 BW op de tekortkoming geen beroep meer kan doen. Belanghebbende heeft zich echter niet pas op 21 januari 2009 maar op 20 november 2008 zich bij de bank beklaagd over de wijze waarop de bank zich na het herseninfarct tegenover belanghebbende had opgesteld, en de bank heeft niet betoogd dat ook indien wordt uit-gegaan van laatstgenoemde datum niet binnen bekwame tijd is geprotesteerd, zodat het beroep op artikel 6:89 BW faalt.

5.5.5 De bank heeft zich er ten slotte op beroepen dat de schade van belanghebbende het gevolg is van omstandigheden die hemzelf kunnen worden toegerekend. Belanghebbende had immers eenvoudig zelf al zijn posities kunnen sluiten en zijn verliezen kunnen nemen. Ook had belanghebbende de bank kunnen benaderen met het verzoek om terug te keren tot een adviesrelatie. Dit verweer is ten dele gegrond. Belanghebbende had ook zonder

nadrukkelijke waarschuwing van de bank tot de conclusie kunnen komen dat voortzetting van zijn beleggingen op de oude voet niet verstandig was en dat hij er beter aan deed met de bank tot een adviesrelatie of een overeenkomst van vermogensbeheer te komen. Dat belanghebbende hiervan bewust heeft afgezien, heeft de bank niet aannemelijk gemaakt. Veeleer is sprake geweest van een gebrek aan doortastendheid, dat veroorzaakt kan zijn door de nasleep van het herseninfarct en de daardoor ontstane problemen, maar dat niettemin aan belanghebbende kan worden toegerekend en grond geeft om een deel van de schade voor rekening van belanghebbende te laten (art. 6:101 BW).

5.5.6 Ter bepaling van het deel van de schade dat voor rekening van belanghebbende dient te blijven, is van belang in welke mate de aan de bank, respectievelijk aan belanghebbende toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Aan de zijde van de bank gaat het om het verzuim om belanghebbende nadrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen voor te houden dat execution only voor hem waarschijnlijk niet passend meer was. Aan de zijde van belanghebbende gaat het om het achterwege laten van eigen initiatief om tot beëindiging van de execution only-relatie te komen. In dit verband is van belang dat van belanghebbende, bijgestaan door zijn echtgenote, een beter inzicht mocht worden verwacht in de door het herseninfarct veroorzaakte beperkingen. Belanghebbende heeft erkend dat hij zich telkens grote moeite gaf zich op bezoeken aan de bank voor te bereiden, zodat zijn verminderde rekenvaardigheid de bank mogelijk minder opviel. De aan belanghebbende toe te rekenen omstandigheden hebben derhalve in hogere mate aan de schade bijgedragen dan de omstandigheden die aan de bank zijn toe te rekenen. Op grond hiervan acht de Beroepscommissie het aangewezen dat belanghebbende twee derde van zijn schade zelf draagt. Dit resultaat is ook in overeenstemming met de billijkheid, bedoeld aan het slot van art. 6:101 lid 1 BW.

5.6 De Beroepscommissie beschikt niet over voldoende gegevens om te kunnen vaststellen welk bedrag de bank aan belanghebbende dient te vergoeden. Zo beschikt de Beroepscommissie niet over alle financiële gegevens die belanghebbende in het kader van de behandeling bij de Ombudsman en de Geschillencommissie hebben overgelegd, in het bijzonder de in de brief van 22 juli 2010 van belanghebbende genoemde stukken en het financiële overzicht, genoemd aan het slot van de toelichting die was gevoegd bij de brief van 14 april 2011 van belanghebbende aan de Geschillencommissie. De Beroepscommissie zal daarom partijen in de gelegenheid stellen alsnog relevante financiële gegevens over te leggen. Uitgangspunt dient daarbij te zijn dat de bank gehouden is tot vergoeding van een derde deel van de schade die is geleden over de periode vanaf 1 maart 2008 tot 21 november 2009, toen belanghebbende zich over de bank beklaagde en derhalve geacht moet worden door het treffen van andere maatregelen, zoals het inschakelen van een andere bank als adviseur of vermogensbeheerder, verdere schade te hebben kunnen voorkomen. Voorshands komt het de Beroepscommissie voor dat de schade kan worden berekend door na te gaan wat het belanghebbende zou hebben gekost om zijn posities per 1 maart 2008 te sluiten en dit te vergelijken met de verliezen die hij vanaf die datum tot en met 21 november 2008 daadwerkelijk heeft geleden. Belanghebbende heeft aanspraak op wettelijke rente vanaf 21 november 2009.

5.7 Belanghebbende zal in de gelegenheid worden gesteld zich binnen zes weken na dagtekening van deze uitspraak schriftelijk nader uit te laten over de schade. De bank zal binnen zes weken op die uitlating kunnen reageren.

5.8 De Beroepscommissie geeft partijen in overweging om ter voorkoming van verdere onzekerheid en kosten te trachten in onderling overleg een minnelijke regeling te treffen.

6. Beslissing

De Beroepscommissie:
- stelt partijen in de gelegenheid zich schriftelijk nader uit te laten zoals hiervoor onder 5.6-5.7 is overwogen;
- houdt elke verdere beslissing aan.

Einduitspraak

1. De procedure in eerste aanleg en in hoger beroep

1.1 De Beroepscommissie verwijst voor het geding in eerste aanleg naar wat daaromtrent is vermeld onder 2 van haar tussenuitspraak van 30 mei 2013. Voor het geding in hoger beroep tot en met de tussenuitspraak verwijst de Beroepscommissie naar deze tussenuitspraak. Nu de tussenuitspraak met goedvinden van partijen is genomen door vier in plaats van vijf leden van de Beroepscommissie, wordt deze uitspraak gedaan door diezelfde leden.

1.2 Belanghebbende heeft de Beroepscommissie bij brief van 23 juli 2013 een reactie op de tussenuitspraak, met daarbij 15 bijlagen, gezonden. Hierop heeft de gemachtigde van de bank gereageerd bij brief van 12 september 2013, met 2 bijlagen.

2 Verdere beoordeling van het hoger beroep

2.1 Partijen zijn niet erin geslaagd een minnelijke regeling te treffen. De Beroepscommissie zal derhalve vaststellen welk bedrag de bank aan belanghebbende dient te vergoeden.

2.2 In onderdeel 5.6 van de tussenuitspraak heeft de Beroepscommissie geoordeeld dat belanghebbende aanspraak kan maken op vergoeding van een derde deel van de schade die hij heeft geleden in de periode vanaf 1 maart 2008 tot 21 november 2008, het moment dat belanghebbende zich over de bank had beklaagd en derhalve geacht moet worden door andere maatregelen zijn schade te hebben kunnen voorkomen. Datzelfde onderdeel 5.6 vermeldt in plaats van 21 november 2008 ook een andere datum (21 november 2009), eenmaal als einddatum van de schade en eenmaal als begindatum voor de over die schade te vergoeden wettelijke rente. In beide gevallen berust de vermelding op een kennelijke verschrijving.

2.3 Belanghebbende heeft ter onderbouwing van zijn schade onder meer een brief van 14 juni 2013 van [naam accountant] FB, de accountant van belanghebbende, overgelegd. In deze brief is, voor zover thans van belang, het volgende vermeld:

"*Op uw verzoek heb ik onderzoek gedaan naar het verlies dat in 2008 door u is geleden op de aandelenpositie omdat de positie niet direct op 28 februari van dat jaar is gesloten. De berekening is gebaseerd op de wijze die door WIFID is aangegeven als mogelijke optie voor de schade-berekening zoals die voorshands kan worden aangehouden.*

Ik heb daarbij eerst berekend wat de kosten zouden zijn wanneer op 28 februari 2008 de positie zou zijn gesloten.

Daarna heb ik berekend welke gelden ontvangen zijn door verkoop van effecten en door het doorrollen van optieposities en wat de betalingen zijn voor het sluiten van posities. Daarbij heb ik tevens rekening gehouden met kosten van beleggingen. Voor mevrouw [naam echtgenote van belanghebbende] geldt dat zij einde jaar nog een positie open heeft staan; deze is tevens meegenomen.

Dit geeft het volgende beeld:

	Dhr. [naam belanghebbende]	***Mw. [naam echtgenote van belanghebbende]***
Aandelen per 28/2/2008	*51.960*	*142.619*
Opties per 28/2/2008	*-350.618*	*-319.072*
Totale effectenpositie 28/2	*-298.658*	*-176.453*
Verlies bij sluiten op 28/2	*298.658*	*176.453*
Bij: aankopen 2008 vanaf 28/2	*810.765*	*781.981*
af: verkopen 2008 vanaf 28/2	*1.164.431*	*984.605*
Totaal mutaties	*-353.666*	*-202.624*
Effecten per 31/12	*0*	*-67.725*
Totaal positie einde 2008	*-353.666*	*-270.349*
Geleden verlies	*353.666*	*270.349*
Verlies door niet sluiten op 28/2	***55.008***	***93.896***

Het totale verlies op de transacties komt dan uit op € 148.904".

Uitgaande van dit schadebedrag becijfert [naam accountant] de vergoeding op € 49.635 (een derde deel van de schade), nog te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 1 maart 2008.

2.4 De bank heeft de schade berekend door te kijken naar het verloop van de waarde van de beide portefeuilles in de periode van 1 maart 2008 tot 21 november 2008. Omdat het niet mogelijk is gebleken de gegevens voor de genoemde data uit het systeem van de bank te verkrijgen, is uitgegaan van data die zo dicht mogelijk liggen bij de genoemde data.
In de berekening van de bank zijn de volgende gegevens, vermeld in bijlage 1 bij de brief van 12 september 2013, van belang, waarbij dient te worden bedacht dat de vermelde waarden van de opties negatieve bedragen zijn:

"Overzicht verloop effectenrekening 13429000 t.n.v. [naam belanghebbende]

Datum	*Saldo tegenrekening*	*Waarde effecten*	*Waarde opties*	*Saldo*
(…)				
29-2-2008	*€ 361.224,29*	*€ 51.960,00*	*€ 350.618,00 [negatief]*	*€ 62.566,29*
(…)				
15-12-2008	*€ 35.704*	*-*	*€ 28.300 [negatief]*	*€ 7.404*
(…)				

Overzicht verloop effectenrekening 215772607 t.n.v. [naam echtgenote van belanghebbende]

Datum	*Saldo tegenrekening*	*Waarde effecten*	*Waarde opties*	*Saldo*	*Totaal beide portefeuilles*
(…)					
29-2-2008	*€ 266.815,27*	*€ 142.619,00*	*€ 319.072,25 [negatief]*	*€ 90.362,02*	*€ 152.928,3*
17-11-2008	*€ 89.391,52*	*€ 917,60*	*€ 73.400,00 [negatief]*	*€ 16.909,12*	*€ 24.313,12*
(…)"					

De bank beargumenteert de omvang van de schade, exclusief de wettelijke rente, als volgt:

"Daarnaar kijkend kan men zien dat op 29 februari 2008 (dat wil zeggen één dag vóór 1 maart 2008) de waarde van de beide portefeuilles nog EUR 152.928,31 bedroeg. Op 17 november 2008 (dat wil zeggen 4 dagen vóór 21 november 2008) bedroeg de waarde EUR 24.313,12. Het verschil is derhalve EUR 152.928,31 minus EUR 24.313,12 = EUR 128.615,19. Het bedrag dat de bank op basis van de uitspraak van de Commissie dient te vergoeden is een derde hiervan, dat wil zeggen EUR 42.871,73."

2.5.1 Met betrekking tot de beide berekeningen overweegt de Beroepscommissie als volgt.

2.5.2 De berekening van belanghebbende volgt de benadering die de Beroepscommissie in de tussenuitspraak tot uitgangspunt had genomen. Zij wijkt daarvan echter af doordat zij als einddatum niet 20 november 2008 neemt maar 31 december 2008.

Uit de door de bank verstrekte gegevens komt naar voren dat in die periode de waarde van de portefeuilles nog verder is gedaald. Voorts laat belanghebbende de wettelijke rente ten onrechte aanvangen op 1 maart 2008 in plaats van op 21 november 2008. De bank betrekt in de berekening ook de ontwikkeling van het saldo op de tegenrekening van de beleggersrekeningen. Dat is slechts juist wanneer in de betrokken periode geen stortingen of onttrekkingen hebben plaatsgevonden, omdat in dat geval het bedrag van de daling nog moet worden aangepast met het saldo van die stortingen en onttrekkingen. Uit de voorhanden gegevens kan de Beroepscommissie niet vaststellen of en zo ja welke stortingen en onttrekkingen hebben plaatsgevonden.

2.5.3 De berekening van belanghebbende en die van de bank liggen niet ver uiteen. Tegenstrijdigheden tussen de bedragen waarvan in beide berekeningen is uitgegaan heeft de Beroepscommissie niet gevonden, behalve waar belanghebbende de waarde van de effecten op 31 december 2008 op nihil stelt, terwijl de bank daarvoor een bedrag van € 28.200 (negatief) noemt. Niet voor alle bedragen is een grondslag in rekeningafschriften of andere bewijsstukken te vinden.

2.5.4 Nu de omvang van de schade die belanghebbende in de relevante periode heeft geleden aan de hand van de door partijen verstrekte gegevens niet nauwkeurig kan worden vastgesteld en nauwkeurigere gegevens, naar de Beroepscommissie begrijpt, niet voorhanden zijn, zal de Beroepscommissie op de voet van art. 6:97 BW van die omvang een schatting maken. Zij stelt de schade schattenderwijs vast op het gemiddelde van de door belanghebbende en de bank genoemde bedragen. Het door de bank aan belanghebbende te vergoeden een derde deel van die schade bedraagt, afgerond op het meest nabijgelegen veelvoud van € 100,-, derhalve € 46.300,- exclusief wettelijke rente.

2.6 Belanghebbende heeft nog aangevoerd dat hem een aanzienlijk hogere schadevergoeding dient te worden toegekend, die zijn totale vermogensverlies in 2008 omvat. In een door belanghebbende overgelegde brief van 13 juni 2013 van [naam accountant] FB wordt dit vermogensverlies becijferd op € 576.000,-. Daarbij is geen rekening gehouden met de waarde van de effecten, aldus de brief, omdat deze de oorzaak is van het interen op het vermogen. Belanghebbende ziet echter eraan voorbij dat de effecten eind februari 2008 een negatieve waarde vertegenwoordigden van een bedrag dat niet ver af lag van het door belanghebbende genoemde bedrag van zijn vermogensverlies in 2008. Het ligt voor de hand dat het genoemde vermogensverlies nu juist is terug te voeren op de waarde die de effecten eind februari 2008 hadden. De bank is daarvoor niet aansprakelijk. Ook van de andere schadeposten die belanghebbende in dit verband noemt, is niet aannemelijk geworden dat zij kunnen worden toegerekend aan de in deze procedure vastgestelde tekortkoming van de bank.

3 Slotsom

3.1 Uit de tussenuitspraak en hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat de uitspraak van de Geschillencommissie niet in stand kan blijven. De Beroepscommissie stelt daarvoor de hierna te vermelden beslissing in de plaats.

3.2 De bank zal belanghebbende de door hem betaalde eigen bijdrage van € 50,- voor de behandeling door de Geschillencommissie en de bijdrage voor beroep van € 500,- dienen te vergoeden. Voorts dient de bank als vergoeding van gemaakte proceskosten aan belanghebbende een bedrag van € 2.500,- te voldoen.

4. Beslissing

De Beroepscommissie stelt de volgende beslissing in de plaats van de beslissing van de Geschillencommissie:

- de bank zal aan belanghebbende een bedrag van € 46.300,- vergoeden, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dat bedrag vanaf 21 november 2008 tot aan de dag der algehele voldoening;
- de bank dient aan belanghebbende zijn eigen bijdrage voor de behandeling door de Geschillencommissie van € 50,-, de bijdrage voor beroep van € 500,- alsmede voor gemaakte proceskosten een bedrag van € 2.500,- te vergoeden.