Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 123
d.d. 11 mei 2011
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter)

Samenvatting

Toerekenbare tekortkoming. Naar billijkheid vaststellen van schade.
De bank heeft onjuiste informatie verstrekt. Verder heeft de bank de opdracht tot overboeking van effecten niet voortvarend uitgevoerd. Consument is daardoor in periode X de kans ontnomen om zijn effecten te verkopen.
Hoewel het schadebedrag niet vaststaat, acht de Commissie het voldoende aannemelijk dat Consument is benadeeld door het handelen van de bank. De Commissie stelt daarom de schade naar billijkheid vast.

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 26 april 2010;
- het antwoord van Aangeslotene d.d. 4 november 2010;
- de repliek van Consument d.d. 18 november 2010;
- de dupliek van Aangeslotene d.d. 28 december 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 In 2007 heeft Consument 179.041 warrants Antonov laten omzetten van Britse Ponden naar Euro's en laten noteren aan Euronext Amsterdam, waarna de stukken op 17 mei 2007 zijn geboekt in het depot van Consument bij Aangeslotene.

2.2 Op 20 mei 2008 neemt Consument telefonisch contact op met Aangeslotene om een verkooporder door te geven voor een aantal van de in zijn portefeuille aanwezige warrants Antonov. Aangeslotene deelt Consument mee dat zijn warrants Antonov een notering hebben op de beurs in Londen. Zij geeft aan gelimiteerde dagorders voor fondsen met een notering anders dan op Euronext Amsterdam niet aan te kunnen nemen. Consument voert aan dat dit niet juist kan zijn. Aangeslotene volhardt evenwel in haar standpunt. Consument ziet zich genoodzaakt af te zien van het plaatsen van een order.

2.3 Op 7 juni 2008 verzoekt Consument Aangeslotene om alle warrants Antonov over te boeken naar zijn depot bij een derde. Op 18 juni 2008 zijn 938 warrants Antonov

overgeboekt, eind juni 2008 nog eens circa 169.000 stuks en de laatste stukken zijn op 28 augustus 2008 overgeboekt. In tegenstelling tot de eerste 938 warrants, die in euro's zijn genoteerd, blijken de overige overgeboekte warrants na overboeking in Britse Ponden te zijn genoteerd. Dit wordt hersteld en op of omstreeks 25 september 2008 noteren alle warrants weer in euro's.

2.4 Aangeslotene heeft per brief aan Consument bevestigd dat de medewerker die Consument op 20 mei 2008 te woord stond zich heeft vergist en wel degelijk een gelimiteerde dagorder voor de warrants Antonov had kunnen aannemen. Verder heeft Aangeslotene per brief aan Consument bevestigd dat uit haar administratie blijkt dat de warrants Antonov die Consument aanhield bij Aangeslotene, noteerden in euro's.

3. Geschil

3.1. Consument vordert vergoeding van de door hem gesteld geleden schade als gevolg van een toerekenbare tekortkoming zijdens Aangeslotene. Consument heeft zijn schade begroot op een bedrag ad € 29.067,44

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

- Aangeslotene heeft de op 20 mei 2008 door Consument gegeven verkoopopdracht ten onrechte niet uitgevoerd. Indien Aangeslotene de opdracht correct zou hebben uitgevoerd, zou Consument 40.000 warrants Antonov hebben verkocht tegen € 0,40 per stuk;
- de overboeking door Aangeslotene van de warrants Antonov van Consument naar een derde heeft te lang geduurd;
- de overboeking door Aangeslotene van de warrants Antonov is niet juist uitgevoerd (omzetting van Euro's naar Britse Ponden was niet gevraagd);
- indien Consument in de periode van 21 mei tot oktober 2008 over zijn warrants Antonov zou hebben beschikt, dan zou hij ze in die periode hebben verkocht voor € 0,20 per stuk. Dit blijkt ook uit het feit dat Consument, vanaf het moment dat hij weer de beschikking had over de warrants Antonov tot verkoop daarvan is overgegaan.

3.3. Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd.

- Aangeslotene erkent op 20 mei 2008 onjuiste informatie te hebben verstrekt aan Consument, doch stelt dat niet is komen vast te staan dat Consument tengevolge daarvan schade heeft geleden. Ter onderbouwing van haar stelling verwijst Aangeslotene naar een koersoverzicht van Bloomberg. Daaruit blijkt volgens Aangeslotene dat op 20 mei 2008 geen handel plaatsvond in warrants Antonov. Ook overigens is haar niet gebleken dat de koers van de warrants Antonov op 20 mei 2008 € 0,40 per stuk bedroeg.
- de overboeking van de warrants Antonov van Aangeslotene naar een derde heeft niet te lang geduurd;
- het staat niet vast dat de warrants Antonov door toedoen van Aangeslotene tijdens de overboeking zijn omgezet van warrants met een notering in Amsterdam in warrants met een notering in Londen;
- niet is gebleken dat het door een derde weer terug omzetten naar warrants met een notering in Amsterdam vervolgens daadwerkelijk tot eind september 2008 heeft

geduurd en als al blijkt dat dit inderdaad tot eind september 2008 heeft geduurd, kan dit Aangeslotene niet worden verweten;
- aangenomen mag worden dat Consument de warrants niet voor € 0,20 per stuk had kunnen verkopen indien hij wel tijdig over de warrants had kunnen beschikken, aangezien er in de bewuste periode nauwelijks handel was in genoemde warrants.

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 Als erkend door Aangeslotene stelt de Commissie vast dat Aangeslotene op 20 mei 2008 onjuiste informatie heeft verstrekt aan Consument over de in zijn portefeuille aanwezige warrants Antonov.

Ten aanzien van de op 7 juni 2008 door Consument gegeven opdracht tot overboeking van zijn warrants Antonov naar een derde, heeft de Commissie vastgesteld dat Aangeslotene voor de voltooiing van deze opdracht in totaal drie maanden nodig had. De Commissie beschouwt die uitvoering niet als voortvarend.

Voor zover Aangeslotene zich op het standpunt stelt dat de derde waarnaar de warrants Antonov moesten worden overgeboekt (mede) verantwoordelijk is voor de overboeking is daarvan onvoldoende gesteld en gebleken met als gevolg dat de Commissie dit verweer moet passeren.

De Commissie concludeert dat Aangeslotene jegens Consument toerekenbaar tekort is geschoten in zowel de uitvoering van haar dienstverlening als de uitvoering van de opdracht tot overboeking en stelt vast dat Aangeslotene Consument daarmee de kans heeft ontnomen om in de periode van 20 mei tot oktober 2008 warrants Antonov te verkopen.

4.2 Nu vast is komen te staan dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming van de zijde van Aangeslotene, dient te worden vastgesteld of sprake is van schade die in causaal verband daarmee staat.

Aangeslotene heeft ter compensatie van haar tekortschietende dienstverlening reeds aan Consument voldaan een bedrag van € 638,10, welk bedrag diende ter vergoeding van de bij Consument in rekening gebrachte kosten voor omzetting en overboeking van de warrants Antonov en een rentevergoeding over dat bedrag, van € 15,95.

Consument stelt evenwel dat hij daarenboven koersverlies heeft geleden. Hij gaat er daarbij vanuit dat hij op 20 mei 2008 40.000 warrants Antonov had kunnen verkopen voor € 0,40 per stuk en de overige in zijn bezit zijnde warrants Antonov (139.041 stuks) in de periode van mei tot oktober, in welke periode hij vanwege het overboekingsproces geen beschikking had over zijn warrants, had kunnen verkopen voor € 0,20 per stuk. De verkoopopbrengst zou in dat geval in totaal een bedrag van € 43.808.20 zijn geweest. Consument heeft de warrants, nadat zij in oktober beschikbaar kwamen, stapsgewijs verkocht. De werkelijke verkoopopbrengst was € 14.740,76. Het verschil merkt Consument aan als "koersverlies".

4.3 Hoewel betwist door Aangeslotene, is het voor de Commissie voldoende aannemelijk geworden dat Consument, die op 20 mei 2008 telefonisch contact opnam met Aangeslotene om een verkooporder door te geven, op die dag een verkooporder zou hebben gegeven indien van complicaties geen sprake zou zijn geweest.

Dat gesteld hebbende, merkt de Commissie evenwel op dat voor haar niet is komen vast te staan wat de omvang van die verkooporder zou zijn geweest, of verkoop zou hebben plaatsgevonden en wat daarvan de opbrengst zou zijn geweest.

4.4 Consument stelt dat er op 20 mei 2008 vraag was naar 40.000 warrants Antonov tegen een prijs van € 0,40, hij bereid was 40.000 warrants te verkopen tegen € 0,40 en die dag derhalve een koop tot stand zou zijn gekomen. Deze stelling is door Aangeslotene gemotiveerd betwist. Hieruit vloeit voort dat Consument, als de partij die zich beroept op het rechtsgevolg van dat feit, de bewijslast draagt. De Commissie heeft geen aanleiding om een andere verdeling van de bewijslast vast te stellen.

4.5 Consument heeft ten bewijze van zijn stelling uiteengezet dat hij dagelijks en realtime het bied- en laatboek van Antonov bijhield. Op 20 mei verscheen daarin de vraag naar 40.000 warrants Antonov tegen € 0,40 per stuk. Consument heeft daarop onmiddellijk contact opgenomen met Aangeslotene om zijn verkooporder door te geven. Consument heeft ter zitting desgevraagd aangegeven dat hij niet beschikt over verificatoire bewijsstukken, waarmee hij de juistheid van zijn stelling kan aantonen. Gezien de gemotiveerde betwisting van Aangeslotene op dit punt, overtuigt de bewijsvoering van Consument de Commissie niet voldoende en moet de Commissie vaststellen dat Consument te weinig feiten en omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan kan worden aangenomen dat hij op 20 mei 2008 40.000 warrants zouden hebben verkocht voor € 0,40 per stuk.

4.6 Het hiervoor onder punt 4.4 en 4.5 overwogene gaat ook op voor de overige 139.041 warrants Antonov die Consument in portefeuille had. De Commissie overweegt dat Consument te weinig feiten en omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan kan worden aangenomen dat hij in de periode van 21 mei tot oktober 2008 zijn overige warrants zou hebben verkocht voor € 0,20 per stuk.

4.7 Vorenstaande leidt tot de conclusie dat het schadebedrag niet is komen vast. De Commissie acht evenwel voldoende aannemelijk dat Consument is benadeeld als gevolg van de toerekenbare tekortkoming van Aangeslotene en zal de eventuele tengevolge daarvan geleden schade derhalve naar billijkheid dienen vast te stellen.

4.8 Aangeslotene schreef in haar brief d.d. 21 april 2009 aan Consument dat de koers van de warrants Antonov eind mei, begin juni en in augustus 2008 schommelde rond de € 0,20. Verder heeft Aangeslotene in deze procedure gesteld dat in de periode van 20 mei tot eind september 2008 in totaal 3600 warrants Antonov zijn verhandeld, waarvan 900 tegen een koers van "slechts" € 0,11. Op basis van deze informatie acht de Commissie het billijk bij de bepaling van de schade uit te gaan van een koers van € 0,20 per warrant.

4.9 De stelling van Aangeslotene dat er in de bewuste periode niet of nauwelijks handel was in warrants, wordt gepasseerd. Het verhandelde volume is weliswaar een aanwijzing, maar kan ingeval van een incourant fonds zoals Antonov niet leiden niet tot de gevolgtrekking dat Consument zijn warrants Antonov niet zou hebben kunnen verkopen. Daarvoor zijn meer factoren van belang, zoals onder andere het op hetzelfde moment bij elkaar komen van vraag en aanbod.

Zoals onder punt 4.3 overwogen, acht de Commissie het aannemelijk dat Consument op 20 mei 2008 een verkooporder zou hebben gegeven. Voor de bepaling van de schade volgt de Commissie Consument in zijn stelling dat die verkooporder 40.000 warrants zou hebben betroffen.

Voorts acht de Commissie het aannemelijk dat Consument in de opvolgende periode tot verkoop van een aantal warrants zou zijn overgegaan, indien hij daarover zou hebben

beschikt. De Commissie heeft vastgesteld dat Consument op het moment dat hij weer beschikte over zijn warrants Antonov in oktober 2008 tot verkoop van 24.500 warrants is overgegaan. De Commissie acht het om die reden voor de bepaling van de schade aannemelijk dat Consument, indien hij over zijn warrants zou hebben beschikt, naast de in oktober 2008 (tegen € 0,20) verkochte 24.500 warrants Antonov, in de periode van 21 mei tot oktober 2008 voor in ieder geval 24.500 warrants een verkoopopdracht zou hebben verstrekt. Uit de overgelegde bankrekeningafschriften blijkt dat de eerstvolgende verkoop plaatsvond in april 2009. Uit dat verloop kan de Commissie niet afleiden dat Consument in de periode van 21 mei tot oktober 2008 voor zijn overige warrants Antonov een verkoopopdracht zou hebben gegeven. Deze warrants laat de Commissie bij haar schadebepaling derhalve buiten beschouwing. Resumerend stelt de Commissie vast dat zij het billijk acht bij de bepaling van de schade ervan uit te gaan dat Consument in de periode van 20 mei tot oktober 2008 64.500 warrants zou hebben verkocht tegen € 0,20, derhalve totaal ad € 12.900,-- (zodat Consument in totaal 89.000 warrants heeft "verkocht" tegen € 0,20). Deze 64.500 warrants heeft Consument evenwel in april 2009 verkocht tegen een lagere prijs, te weten gemiddeld € 0,06 per warrant, derhalve totaal ad € 3.870,--. Het verschil, zijnde een bedrag ad € 9.030,-- beschouwt de Commissie als de naar billijkheid vastgestelde schade.

4.10 Het is de Commissie niet gebleken dat deze schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan Consument kan worden toegerekend.

4.11 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat Aangeslotene ter vergoeding van de door Consument geleden schade aan Consument dient te voldoen een bedrag ad € 9.030,--. Daarover zal Aangeslotene ook rente moeten vergoeden, gelijk aan de wettelijke rente, met ingang van 7 maart 2009, de dag waarop Consument voor het eerst (schriftelijk) jegens Aangeslotene aanspraak maakte op vergoeding van rente.

4.12 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.

4.13 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 € 9.030,-- met rente gelijk aan de wettelijke rente vanaf 20 mei 2008 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.