Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 2011-321 d.d. 15 november 2011
(mr. C. E. du Perron, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA en G.J.P. Okkema, leden en mr. T.R.G. Leyh, secretaris)

Samenvatting

Er was sprake van een openbaar omwisselingsbod waarbij de stukken van Consument ter conversie moesten worden aangemeld. Consument is door de effectennota geïnformeerd over uitvoering van de omwisseling. Het had op zijn weg gelegen binnen een redelijke termijn na de ontvangst van de nota te protesteren, dan had de conversie, indien deze op dat moment niet gewenst was, hersteld kunnen worden. Nu hij dit heeft nagelaten dient zijn vordering te worden afgewezen.

1. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:
- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- de brief van Consument van 11 december 2008;
- het door Consument ingevulde vragenformulier alsmede de door Consument ingevulde en ondertekende verklaring, ontvangen januari 2009;
- het verweer van Aangeslotene van 11 februari 2010;
- de repliek van Consument van 22 februari 2010 en zijn aanvullingen daarop bij brieven van 21 en 22 april 2010;
- de dupliek van Aangeslotene 17 juni 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 15 september 2010. Aldaar zijn beide partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
2.1 Tussen Consument en Aangeslotene bestaat een execution only relatie sinds januari 2001. Op deze relatie zijn de Algemene Voorwaarden (hierna te noemen: AV) alsmede de Algemene voorwaarden voor de Effectendienstverlening (hierna te noemen: AVED) van toepassing. Eerstgenoemde bevat onder meer en voor zover hier van belang het volgende artikel:
12. Controle bankbescheiden
(…) De cliënt is verplicht de door de bank aan hem verzonden bevestigingen, rekeningafschriften, nota's of andere opgaven terstond na ontvangst te controleren. (…) Bij constatering van een onjuistheid of onvolledigheid is de cliënt verplicht de bank daarvan zo spoedig mogelijk in kennis te stellen.
En voor zover hier van belang bevat laatstgenoemde onder meer het volgende artikel:
Artikel 20. Administratieve voorschriften en procedures.
Beheers- en beschikkingshandelingen met betrekking tot tegoeden op de Effectenrekening zijn onderworpen aan door de Bank vast te stellen administratieve voorschriften en

procedures. Bij gebreke van tijdige ontvangst van volledige instructies van de Cliënt is de Bank bevoegd doch niet verplicht om voor rekening en risico van de Cliënt beheers- en beschikkingshandelingen met betrekking tot tegoeden op de Effectenrekening te verrichten en daarbij de keuzes te maken die naar haar oordeel het meest dienstig zijn aan het belang van de gemiddelde Cliënt.
2.2 Op 16 januari 2007 koopt Consument 5.500 stuks IsoTis S.A. tegen een koers van € 0,86. Dit aandeel ondergaat een 'reverse split' waarbij een belegger voor iedere 10 aandelen IsoTis S.A. 1 aandeel IsoTis Inc. ontvangt. Consumenten die het aandeel IsoTis S.A. reeds in hun portefeuille hadden, zijn over deze gebeurtenis in december 2006 per brief geïnformeerd. In deze brief wordt cliënten de mogelijkheid geboden hun instructies met betrekking tot het al dan niet akkoord gaan met de conversie uiterlijk op 18 januari 2007 om 16:30 uur kenbaar te maken. Consument ontvangt na de reverse split een effectennota "Effectennota fusie(bod) in aandelen" welke als transactiedatum 26 januari 2007 vermeldt alsmede de tekst "ISOTIS 5.500 stuks verwisseld in ISOTIS INC 550 stuks. Zie brief."
2.3 Op 30 mei 2007 wil Consument 5.500 aandelen IsoTis S.A. verkopen tegen een koers van € 1,40. Op dat moment realiseert Consument zich dat hij niet meer de beschikking heeft over de aandelen IsoTis S.A. aangezien deze zijn verwisseld voor aandelen IsoTis Inc. Consument verkoopt op 2 november 2007 de aandelen IsoTis Inc. voor een bedrag van € 2.758.

3. Geschil

3.1 Consument vordert vergoeding van de door hem geleden schade, bestaande uit gederfde opbrengst welke een gevolg is van de ongeautoriseerde beheershandeling, door hem begroot op een bedrag van € 6.000, hetwelk bestaat uit het verschil tussen de gewenste verkoopprijs (€ 7.700) en de uiteindelijke verkoopprijs (€ 2.758), per saldo € 4.941, plus rente en gemaakte proceskosten.
3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.
Consument stelt dat Aangeslotene zonder in zijn opdracht te handelen een beheershandeling heeft verricht door zijn aandelen IsoTis S.A. voor hem te converteren in aandelen IsoTis Inc. Aangeslotene is verantwoordelijk voor de conversie en daarmee voor de schade die Consument heeft geleden. Deze handelwijze staat niet in de voorwaarden dus is er sprake van onrechtmatig handelen en een ernstige omissie.
Consument is bovendien niet persoonlijk door Aangeslotene geïnformeerd over de op handen zijnde verwisseling. Het is ook niet billijk instructies te moeten geven binnen 2 dagen na aanschaf van de stukken bij Aangeslotene. Consument heeft na ontdekking binnen bekwame tijd gereageerd, waardoor artikel 6:89 BW niet van toepassing is.
3.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende weren aangevoerd.
De beslissing en verantwoordelijkheid tot aan en verkoop van effecten ligt geheel bij Consument. Dat Aangeslotene zonder zijn opdracht een beheershandeling heeft verricht is onjuist. Omwisseling van die aandelen heeft zonder haar tussenkomst plaatsgevonden. Consument had daarvan op de hoogte kunnen zijn. Er was daaromtrent openbare informatie beschikbaar, onder meer op de website van Aangeslotene, welke hij heeft nagelaten in te winnen.
Voorts had Consument terstond, conform artikel 12 AV en in lijn met artikel 6:89 BW, de nota dienen te controleren en niet pas in juni moeten klagen. Pas na koersstijging wil Consument beweerdelijk verkopen wat hij sinds 26 januari 2007 al niet meer in portefeuille had. Aangeslotene betwist bovendien dat Consument schade heeft geleden daar hij op 30 mei 2007 zijn aandelen IsoTis Inc. met winst had kunnen verkopen.

4. Beoordeling

4.1 De Commissie acht niet aannemelijk dat er in deze zaak sprake is geweest van een "automatische" omwisseling waarbij Aangeslotene heeft stilgezeten. Zij begrijpt dat sprake is geweest van een openbaar omwisselingsbod waarbij de stukken ter conversie moesten worden aangemeld. Ter beoordeling staat of Aangeslotene deze handeling mocht verrichten zonder daartoe een instructie van Consument te hebben ontvangen.
4.2 Het hiervoor onder 2.1. geciteerde artikel 20 uit de AVED zou Aangeslotene de bevoegdheid kunnen geven bij gebrek aan tijdige ontvangst van volledige instructies van de cliënt beheers- en beschikkingshandelingen te verrichten. Het verzoek van Aangeslotene aan cliënten om instructies is in het onderhavige geval echter verzonden voordat de Consument de aandelen IsoTis S.A. heeft gekocht. Wel heeft Aangeslotene op haar website informatie verstrekt over de conversie.
Nu Consument zelf gekozen heeft voor een execution only relatie ligt niet alleen de verantwoordelijkheid voor het uitvoeren van een transactie bij hem, maar ook de zorg om zich te vergewissen van relevante informatie omtrent de voorgenomen transactie en de daarbij betrokken stukken. Het kan niet van Aangeslotene worden gevergd dat zij bijhoudt wie er in een execution only relatie voor het eerst stukken verkrijgen waarover zij eerder informatie heeft verzonden, om die informatie daarop na te sturen.
Het eerder geciteerde artikel 20 uit de AEVD geeft de Aangeslotene de bevoegdheid een keuze te maken die naar haar oordeel het meest dienstig is aan het belang van de gemiddelde cliënt. Daarbij zal Aangeslotene tot uitgangspunt moeten nemen dat cliënten die wensen dat zij een bepaalde handeling verricht, daartoe een instructie zullen geven. De zogenaamde "negatieve optie", waarbij Aangeslotene een aanmelding of andere transactie verricht indien zij geen instructie ontvangt, is alleen aanvaardbaar als redelijkerwijs te verwachten valt dat cliënten door het uitblijven van handelen van Aangeslotene zozeer zouden worden benadeeld, dat het gerechtvaardigd is, behoudens andersluidende instructie, te veronderstellen dat zij handelen van Aangeslotene wensen. Niet is gebleken dat Aangeslotene te dien tijde tot het oordeel had moeten komen dat de conversie het belang van een gemiddelde cliënt zou schaden. Dat koersontwikkelingen nadien in een andere richting wijzen, doet daar niet aan af.
4.3 In het midden kan blijven of in deze zaak aan de strenge voorwaarden voor het hanteren van een negatieve optie is voldaan. Vast staat immers dat Consument door de effectennota van 26 januari 2007 is geïnformeerd over uitvoering van de omwisseling . In die nota wordt verwezen naar de - niet door hem ontvangen - brief. Als Consument na ontvangst van de nota eerder had geprotesteerd of navraag had gedaan had de conversie, indien deze op dat moment niet gewenst was, hersteld kunnen worden. Nu Consument pas na 30 mei 2007 heeft geprotesteerd, kan hij in redelijkheid niet meer van Aangeslotene vergen dat zij de conversie ongedaan maakt. Het had op zijn weg gelegen binnen een redelijke termijn na de ontvangst van het afschrift te protesteren, waarbij de Commissie bij beleggingshandelingen als deze een termijn van maximaal een week redelijk acht.
4.4 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vordering van Consument moet worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat de klacht van Consument 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.