Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2021-0624
(mr. J. Wortel, voorzitter, mr. E.L.A. van Emden, N.W. Over de Vest, leden en mr. R.G. de Kruif, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 25 november 2020
Ingediend door	: De consument
Tegen	: BinckBank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de bank
Datum uitspraak	: 7 juli 2021
Aard uitspraak	: Bindend advies
Uitkomst	: Vordering afgewezen
Bijlage	: Relevante bepalingen uit de basisvoorwaarden en basishandleiding van de bank.

Samenvatting

Execution-only beleggingsrekening. De bank is niet verantwoordelijk voor de gevolgen van een storing bij de market-maker waardoor er tijdelijk geen bied- en laatkoersen konden worden afgegeven voor de turbo's van de consument. De bank heeft haar aansprakelijkheid voor de gevolgen van dergelijke storingen uitgesloten. Dat de (vermeende) schade het rechtstreekse gevolg is van grove nalatigheid of opzet van de bank, is in dit geval gesteld noch gebleken. De commissie wijst de vordering af.

1. De 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 De consument heeft een (execution-only) beleggingsrekening bij de bank, genaamd 'Binck Zelf Beleggen'. Op deze dienstverlening van de bank zijn van toepassing:
- de Basisvoorwaarden Binck Zelf Beleggen;
- de Basishandleiding Binck Zelf Beleggen; en
- de Algemene Bankvoorwaarden (AVB).

2.2 De consument had op 12 mei 2020 onder andere de volgende series turbo's in zijn beleggingsportefeuille:

1) 1.000 ArcelorMittal Binck turboXL long 8.3107;
2) 1.500 ArcelorMittal Binck turboXL long 8.5103;
3) 4.000 ArcelorMittal Binck turboXL long 8.0184;
4) 2.500 ArcelorMittal Binck turboXL long 7.6252;
5) 2.000 ArcelorMittal Binck turboXL long 6.0199;
6) 500 ArcelorMittal Binck turboXL long 6.7222.

2.3 Op 12 mei 2020 was van 8.00 uur tot en met 9:08 uur sprake van een storing bij UBS, de market maker van onder andere de turbo's van de consument. Toen de handel weer mogelijk was, waren de (onder 2.2 genoemde) eerste drie series turbo's van de consument door hun stop-loss gegaan en daarmee waardeloos afgelopen, en de andere 3 series turbo's bleken fors in waarde gedaald.

2.4 Op 12 mei 2020 om 9:11:54 uur heeft de consument een kooporder in een van de turbo's geplaatst.

2.5 De consument heeft op 12 mei 2020 om 21:56 uur een e-mail naar de bank gestuurd waarin hij heeft aangegeven dat hij die ochtend geen orders kon opgeven voor de turbo's in zijn portefeuille en heeft daarbij gevraagd of hij daarover een klacht of een verzoek tot compensatie bij de bank kan indienen. Bij e-mail van 16 mei 2020 heeft de bank daar als volgt op gereageerd:

"U meldt dit probleem per mail ruim 12 uur nadat dit probleem is ontstaan, waardoor het beperken van eventuele schade waarschijnlijk niet meer mogelijk is. Wij hebben nu namelijk ook niet de mogelijkheid gehad om met spoed te achterhalen waarom u de positie zelf niet kon sluiten."

2.6 Bij e-mail van 15 juni 2020 heeft de vertegenwoordiger van de consument een klacht bij de bank ingediend. Daar heeft de bank bij e-mail van 30 juni 2020 op gereageerd.

Vervolgens is de klacht op 8 juli 2020 bij de directie van de bank ingediend, wat tot een reactie van 30 september 2020 van de bank heeft geleid. Daar de consument het niet eens was met het standpunt van de bank, heeft hij zijn klacht bij Kifid ingediend.

De klacht en vordering

2.7 De consument klaagt erover dat hij als gevolg van de storing op 12 mei 2020 een deel van zijn turbo's niet (tijdig) heeft kunnen verkopen. Hij houdt de bank als zijn directe aanspreekpunt en zijn enige contractspartij, verantwoordelijk voor de goede werking van de handelssystemen. Hij doet daarbij een beroep op het consumentenrecht. Hij houdt de bank aansprakelijk voor de als gevolg van de storing door hem geleden schade. De consument verwijst naar uitspraak 2019-086 van de commissie waarin volgens hem in een vergelijkbaar geval een bank aansprakelijk is gesteld voor de als gevolg van een storing ontstane schade. Bij de opening van de handel om 8:00 uur hadden de turbo's volgens de consument nog een waarde, welke waarde ongeveer gelijk was aan die bij sluiting van de handel op de vorige dag verhoogd met een risico-opslag. De consument heeft zijn schade begroot op € 7.292,25.

Het verweer

2.8 De bank heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van de consument. Voor zover relevant zal de commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

Wat moet de commissie beoordelen?

3.1 De commissie ziet zich gesteld voor de vraag of de bank aansprakelijk kan worden gehouden voor een storing waardoor het tijdelijk niet mogelijk was te handelen in de turbo's die de consument in zijn beleggingsportefeuille had. De commissie gaat daarbij allereerst in op de vraag welke voorwaarden van toepassing zijn.

Welke voorwaarden zijn van toepassing?

3.2 In de aanvullende klachtuiting is namens de consument gesteld dat hij niet beschikte over de Basisvoorwaarden van de bank en niet bekend was met het artikel uit de Basisvoorwaarden waar de bank zich op heeft beroepen. Bij haar verweer heeft de bank gesteld dat de consument bij het openen van de beleggingsrekening via elektronische weg akkoord is gegaan met de toepasselijke voorwaarden en heeft zij ter onderbouwing een screenprint van het openingsproces meegestuurd waaruit een akkoordverklaring blijkt. In repliek is de consument daar niet meer op ingegaan. De commissie acht het daarom aannemelijk dat de consument over de toepasselijke voorwaarden heeft beschikt of heeft kunnen beschikken. De commissie acht daarom de Basisvoorwaarden van toepassing op de overeenkomst tussen de consument en de bank.

Storing in het market making systeem van UBS

3.3 Tussen partijen wordt niet betwist dat vanaf opening van de handel (8:00 uur) tot circa 9:08 uur een storing heeft plaatsgevonden waardoor de *reguliere* handel in de turbo's niet mogelijk was. De bank heeft toegelicht dat het ging om een storing in het market making systeem van UBS, waardoor er tijdelijk geen bied- en laatkoersen konden worden afgegeven.

Geen sprake van non-conformiteit

3.4 Het beroep van de consument op het consumentrecht waaronder wettelijke garantie, gaat naar het oordeel van de commissie niet op. Voor zover al gesproken kan worden van een consumentenkoop, is in dit geval geen sprake van non-conformiteit van het aangeschafte product. De consument heeft via de bank de turbo's aangeschaft die voldeden aan wat hij daarvan kon verwachten. Het (tijdelijk) niet beschikbaar zijn van bied- en laatprijzen maakt deze producten op zichzelf niet ondeugdelijk. Daarnaast is niet afgesproken dat quotes ten allen tijde beschikbaar zouden zijn.

In de prospectus wordt gewezen op de risico's

3.5 In de prospectus van de turbo's[1], waar de consument als execution-only belegger kennis van dient te nemen als hij daarin gaat handelen, wordt juist gewezen op het risico dat onder bepaalde omstandigheden de handel niet mogelijk kan zijn. In de brochure van de bank over 'Binck turboXL' worden de belangrijkste risico's, zoals beschreven in het prospectus, van het product nader toegelicht. Daarin staat onder andere dat een storing, waardoor de market maker geen bied- en laatprijzen afgeeft en de turbo's niet kunnen worden verhandeld, een risico is dat de belegger dient te accepteren voordat de turbo wordt gekocht. Onder 'liquiditeitsrisico' in die brochure wordt voorts vermeld dat de bank (en de market maker UBS) in dergelijke situaties niet aansprakelijk zijn voor eventuele schade, en dat als de belegger niet bereid is dit risico te nemen de bank adviseert om niet in deze turbo te gaan beleggen.

3.6 Bovendien heeft de bank ook in artikel 22.1 onder c van de Basisvoorwaarden haar aansprakelijkheid vanwege storingen in onder andere communicatieverbindingen uitgesloten ongeacht of deze door de bank of derden worden beheerd[2]. De bank kan daarom niet aansprakelijk worden gehouden voor de als gevolg van de betreffende storing op 12 mei 2020 mogelijk geleden schade door de consument. Daarbij komt dat in dit geval niet is gesteld of gebleken dat de (vermeende) schade het rechtstreekse gevolg is van grove nalatigheid of opzet van de bank.

---

[1] Base prospectus of BinckBank N.V. for the issue of turbo's and turbo's XL.

[2] In de bijlage bij deze uitspraak zijn de relevante passages uit de Basisvoorwaarden en de Basishandleiding van de bank opgenomen.

3.7 In hoofdstuk 4.5 van de Basishandleiding staat eveneens dat de bank haar aansprakelijkheid voor calamiteiten als storingen, handelsonderbrekingen en dergelijke heeft uitgesloten en eventuele schade als gevolg daarvan voor rekening van de belegger is. Daarnaast heeft de bank daarin beschreven hoe te handelen bij een storing en het opgeven van orders, nader uitgewerkt in paragraaf 5.6 van de Basishandleiding. Voor zover er zonder storing een verkoopmogelijkheid zou zijn geweest – waarbij de betreffende turbo's nog niet de stop-loss hadden bereikt – is niet aannemelijk geworden dat tijdens de storing sprake was van een verkoopintentie bij de consument. Hij heeft weliswaar tijdens de storing geprobeerd telefonisch contact te krijgen met de bank, wat niet mogelijk bleek, maar hij heeft niet op de in Basishandleiding van de bank beschreven manier een *alternatieve* verkooporder ingelegd of zijn wensen kenbaar gemaakt. Hij heeft pas 's avonds nadat de beurzen gesloten waren kenbaar gemaakt dat hij die ochtend (al dan niet gelijk bij of) na het openen van de handel de (inmiddels verlopen) turbo's had willen verkopen.

3.8 De verwijzing van de consument naar een eerdere uitspraak van de commissie, te weten GC Kifid 2019-086, gaat in dit geval ook niet op. Daar was sprake van een storing bij de desbetreffende bank zelf waardoor er op geen enkele manier orders konden worden ingelegd en alleen de hoogte van de schade tussen partijen ter discussie stond.

Conclusie

3.9 Nu de bank niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de als gevolg van de storing (mogelijk) ontstane schade bij de consument, komt de commissie niet toe aan de beoordeling van de (juistheid van de) schadeberekening en de daarbij gemaakte aannames. De conclusie is dat de vordering van de consument moet worden afgewezen.

4. De beslissing

De commissie wijst de vordering af.

Deze uitspraak is een bindend advies. Tegen deze uitspraak kunt u beroep instellen bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening als wordt voldaan aan de vereisten van artikel 2 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Voor het instellen van beroep geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Het reglement van de commissie van beroep en meer informatie over het instellen van beroep kunt u vinden op de website www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

Binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen tot herstel van vergissingen in de uitspraak zoals schrijffouten, een verkeerde naam/datum of rekenfouten. De beslissing van de geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Binnen een maand na de verzenddatum van de uitspraak kunt u 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, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Bijlage - Relevante bepalingen uit de Basisvoorwaarden en Basishandleiding van BinckBank

Zelf Beleggen – Basisvoorwaarden

Artikel 22 - Uitsluiting Aansprakelijkheid, Vrijwaring

22.1 BinckBank is niet aansprakelijk voor schade van Cliënt die het gevolg is van of samenhangt met:
(...)
(c) storingen, van welke aard dan ook, in de elektriciteitsvoorziening of storingen in communicatieverbindingen en/of apparatuur en/of overige faciliteiten, ongeacht of deze verbindingen, apparatuur of faciliteiten door BinckBank of een derde worden beheerd, of andere oorzaken waardoor Cliënt geen of vertraagd gebruik kan maken van de door BinckBank aangeboden producten en diensten en de daaraan verbonden faciliteiten van BinckBank of derden;
(...)
(m) welke andere schade ook, behalve indien en voor zover komt vast te staan dat deze schade het rechtstreekse gevolg is van grove nalatigheid of opzet van BinckBank.

22.2 Indien BinckBank aantoont dat zij zorgvuldig is geweest bij de keuze om bij de Effectendienstverlening gebruik te maken van diensten van derden, is BinckBank niet aansprakelijk voor tekortkomingen van die derden.

22.3 BinckBank is nimmer aansprakelijk voor indirecte schade, gevolgschade en/of voor gederfde winst.

Basishandleiding – Binck Zelf Beleggen

4.5 RISICO'S VAN CALAMITEITEN: HANDELSONDERBREKINGEN EN STORINGEN

De mogelijkheid bestaat dat de handel in een bepaald fonds tijdelijk niet mogelijk is, ernstig wordt vertraagd of dat u niet kunt beleggen via een bepaald communicatiemiddel. Ook kan bepaalde informatie niet voorhanden zijn (bijvoorbeeld koersinformatie of terugmeldingen van orders), waardoor in voorkomende gevallen aanzienlijke schade kan ontstaan. Hoezeer de betrokken marktpartijen zich hiertegen ook proberen te wapenen, geheel uit te sluiten zijn dergelijke risico's niet. Denkt u bijvoorbeeld aan de situatie dat technische infrastructuur wordt beschadigd door derden, bijvoorbeeld bij werkzaamheden.

Ook kan afhankelijk van de diverse beursreglementen sprake zijn van handelsonderbrekingen, vaak ter voorkoming van niet marktconforme koersvorming.

Realiseert u zich dat de diverse marktpartijen, waaronder ook BinckBank, hun aansprakelijkheid voor calamiteiten als storingen, handelsonderbrekingen en dergelijke hebben uitgesloten. Dit heeft tot gevolg dat eventuele schade voor rekening van de beleggers is.

Overigens doet BinckBank er alles aan om zich hiertegen te wapenen. BinckBank schakelt voor haar dienstverlening alleen derde partijen met een goede reputatie in. Desondanks kan ook BinckBank te maken krijgen met een storing. Dit kan bijvoorbeeld een computerstoring in het ordersysteem of een storing in de verbinding met de beurs zijn.

Bij een storing kan BinckBank besluiten het plaatsen van orders via de internetsite of apps tijdelijk uit te schakelen. BinckBank houdt u via een bericht op de website van een storing op de hoogte. Het doorgeven van uw orders en het opvragen van informatie over uw lopende orders is altijd mogelijk via de Klantenservice & Orderdesk. Als u er niet in slaagt de Klantenservice & Orderdesk telefonisch te bereiken, stuurt u dan een e-mail naar klantenservice@binck. nl.

Voor nadere instructies over hoe te handelen in geval van een storing zie paragraaf 5.6. Voor informatie over het opgeven van orders, andere vragen en opmerkingen of klachten over de dienstverlening van BinckBank, staat de Klantenservice & Orderdesk van BinckBank u graag te woord. Mocht u een klacht hebben of onregelmatigheden hebben geconstateerd, dan dient u dit direct te melden bij de Klantenservice & Orderdesk (telefonisch of per e-mail).

5.6 ORDERS PLAATSEN BIJ EEN INTERNETSTORING

Als door een technische storing uw Binck-rekening niet meer via de website toegankelijk is, plaatst u dan uw orders via onze medewerkers van de Klantenservice & Orderdesk, telefonisch via 020 606 26 66. In geval van een internetstoring brengt BinckBank geen kosten voor mondelinge orderopgave in rekening en zetten wij extra medewerkers in. Houdt u bij een storing echter wel rekening met een langere wachttijd. Via de website houdt BinckBank u op de hoogte van de status van de storing.

Als u tijdens een storing er niet in slaagt een medewerker van de Klantenservice & Orderdesk te spreken, en u wilt een bestaande positie uit uw portefeuille sluiten, stuurt u dan een e-mail aan klantenservice@binck.nl met als onderwerp ‘Order’. Vermeld in het bericht concreet welke order u wilt plaatsen en de limiet die u daaraan wilt meegeven. De Klantenservice & Orderdesk zal uw e-mail zo spoedig mogelijk in behandeling nemen en uw order naar de beurs versturen.

Door de drukte tijdens een storing kan de verwerking van uw e-mail enige tijd in beslag nemen. Heeft u tijdens een storing een beursopdracht per e-mail doorgegeven, geeft u dan niet nogmaals voor dezelfde positie eenzelfde order door. Daarmee wordt voorkomen dat uw order dubbel zou worden uitgevoerd.

Houdt u er rekening mee dat een tijdens een storing opgegeven beursopdracht uitsluitend telefonisch via een medewerker van de Klantenservice & Orderdesk gewijzigd of geannuleerd kan worden, en dus niet via een e-mail. Tijdens een storing verkregen posities kunnen gedurende de storing niet worden gesloten.

Gezien deze beperkingen is het plaatsen van een order tijdens een storing waarbij een nieuwe positie wordt geopend risicovol. Als de storing meebrengt dat de bestedingsruimte van uw Binck-rekening niet kan worden getoetst, dan behoudt BinckBank zich het recht voor orders tot het openen van nieuwe posities niet te accepteren.

Wij hopen met de genoemde alternatieve ordermogelijkheden de overlast van een storing zo veel mogelijk te beperken. Als u van mening bent dat u desondanks schade hebt geleden, stuurt u dan een onderbouwd verzoek tot vergoeding daarvan aan klantenservice@binck.nl. Uw verzoek wordt binnen 24 uur door ons in behandeling genomen.