

## **Uitspraak Commissie van Beroep 2017-041 d.d. 13 december 2017**

(mr. F.R. Salomons, voorzitter, mr. S.B. van Baalen, mr. A. Bus, mr. A. Smeeïng-van Hees en F.R. Valkenburg AAG RBA, leden, en mr. H.C. Dobbelaar-ten Cate, secretaris)

### **Samenvatting**

Beleggingsrekening bij broker. Volgens de broker is het niet kunnen plaatsen van een order het gevolg geweest van een omstandigheid waarvoor de broker niet verantwoordelijk is (storing bij de uitgevende instelling). Dit verweer wordt als onvoldoende onderbouwd verworpen, nu consument vergeefs heeft geprobeerd om een order te plaatsen op een moment voordat de handel volgens de broker als gevolg van de storing onmogelijk was geworden.

[Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.](#)

### **I. De procedure in beroep**

- I.1 Belanghebbende heeft bij aangetekende brief van 5 april 2017 (met bijlagen), door de Commissie van Beroep ontvangen op 10 april 2017, de uitspraak van de Geschillencommissie van 28 februari 2017, dossiernummer [nummer], gepubliceerd onder nr. 2017-144, ter toetsing voorgelegd.
- I.2 Aangeslotene heeft bij brief van 12 mei 2017 (met bijlagen), ontvangen op 17 mei 2017, verweer gevoerd.
- I.3 Aangeslotene heeft op verzoek van de voorzitter van de Commissie van Beroep op 29 september 2017 nog een stuk overgelegd.
- I.4 De Commissie van Beroep heeft de zaak mondeling behandeld op 2 oktober 2017. Beide partijen waren aanwezig. Partijen hebben hun standpunten toegelicht en vragen van de Commissie van Beroep beantwoord.
- I.5 Na de mondelinge behandeling heeft Aangeslotene zich tot de Commissie van Beroep gewend bij e-mailbericht van 3 oktober 2017 met een bijlage (een e-mailbericht van 3 oktober 2017 van Euronext aan Aangeslotene).
- I.6 De Commissie van Beroep heeft partijen op 5 oktober 2017 laten weten met het e-mailbericht van 3 oktober 2017 slechts rekening te kunnen houden als Belanghebbende daarmee instemt en haar voor dat geval in de gelegenheid gesteld inhoudelijk te reageren.
- I.7 Belanghebbende heeft op 5 oktober 2017 per e-mail laten weten dat zij er niet instemt dat met het e-mailbericht van 3 oktober 2017 rekening wordt gehouden.

- 1.8 Op 6 oktober 2017 heeft de voorzitter partijen bericht dat de Commissie van Beroep overeenkomstig artikel 9.6 van het Reglement Commissie van Beroep financiële dienstverlening (hierna: Reglement van Beroep) bij het nemen van haar beslissing geen acht zal slaan op de bij e-mail van 3 oktober 2017 ontvangen informatie. Naar aanleiding van dit bericht heeft Aangeslotene nog gereageerd bij e-mail van 10 oktober 2017. Hierop heeft Belanghebbende gereageerd bij e-mail van gelijke datum.

## **2. De procedure in eerste aanleg**

Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg verwijst de Commissie van Beroep naar de aan deze uitspraak gehechte uitspraak van de Geschillencommissie van 20 april 2016.

## **3. Inleiding op de beoordeling van het beroep**

- 3.1 De Commissie van Beroep gaat uit van de niet betwiste feiten die de Geschillencommissie heeft vermeld in de bestreden uitspraak onder 2.1 tot en met 2.5, aangevuld met enige feiten die tussen partijen evenmin in geschil zijn. Het gaat om het volgende.
- 3.2 Belanghebbende houdt een effectenrekening aan bij Aangeslotene.
- 3.3 In april 2016 had Belanghebbende een positie in een turbo, te weten de AEX Trader Short met ISIN-code NL0011589924 (hierna: de turbo). De uitgevende instelling is [naam I].
- 3.4 Belanghebbende heeft, toen zij 's ochtends op 18 april 2016 een order wilde plaatsen, geconstateerd dat er geen bied- en laatkoersen van de turbo beschikbaar waren in de Webtrader van Aangeslotene. Belanghebbende en haar echtgenoot hebben Aangeslotene die ochtend enkele malen gebeld, de eerste maal om 9:06 uur. Tijdens een van deze telefoongesprekken heeft een medewerker van Aangeslotene gezegd dat hij ook geen bied- en laatkoersen kon zien en dat hij niets daaraan kon doen, omdat de fout niet bij Aangeslotene lag, maar bij [naam I].
- 3.5 Op 19 april 2016 om 9.01 uur heeft Belanghebbende een order opgegeven tot verkoop van de turbo. Deze verkooporder is uitgevoerd voor een prijs van € 0,18 per stuk.
- 3.6 Belanghebbende heeft in eerste aanleg gevorderd dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot vergoeding van schade, begroot op € 25.300. Aangeslotene is volgens haar toerekenbaar tekortgeschoten doordat handelen in de turbo 's ochtends op 18 april 2016 niet mogelijk was en Aangeslotene geen maatregelen heeft getroffen waardoor Belanghebbende de gewenste order van 27.500 stuks van de turbo had kunnen uitvoeren. Het bedrag van de gevorderde schadevergoeding komt overeen met het verschil tussen het bedrag waarvoor zij op 18 april 2016 de stukken had willen verkopen tegen een koers van € 1,10 en het bedrag waarvoor zij de stukken – als gevolg van het tekortschieten door Aangeslotene – pas op 19 april 2016 tegen een koers van € 0,18 heeft kunnen verkopen.

- 3.7 De Geschillencommissie heeft de vordering afgewezen en daartoe, samengevat, als volgt overwogen. Van belang is of het een storing betreft in de systemen van Aangeslotene zelf of dat aan een derde partij, zoals de uitgevende instelling, is toe te rekenen dat voor Belanghebbende geen tegenpartij beschikbaar was en evenmin bied- en laatkoersen zichtbaar werden. Aangeslotene heeft gesteld dat zij op 18 april 2016, nadat Belanghebbende had gebeld, haar systemen heeft gecontroleerd, dat uit die controle is gebleken dat het probleem zich voordeed bij [naam 1] en dat dit meebracht dat er geen bied- en laatprijzen werden afgegeven en voor Belanghebbende geen tegenpartij beschikbaar was. De Geschillencommissie vindt geen aanwijzingen dat deze stellingen van Aangeslotene onjuist zijn of dat een bij haar opgetreden storing de reden is geweest dat Belanghebbende op 18 april 2016 geen verkooporder heeft kunnen laten uitvoeren. Derhalve is niet aannemelijk geworden dat Aangeslotene toerekenbaar is tekortgeschoten. Het niet kunnen verhandelen van de turbo op 18 april 2016 vond zijn oorzaak in omstandigheden die buiten de macht van Aangeslotene lagen.

#### **4. Beoordeling van het beroep**

- 4.1 De bezwaren van Belanghebbende tegen de bestreden beslissing, die ertoe strekken het geschil in volle omvang aan de Commissie van Beroep voor te leggen, kunnen als volgt worden samengevat. Op geen enkele wijze is bewezen dat de storing in de systemen van [naam 1] plaatsvond en dus niet in de systemen van Aangeslotene. Belanghebbende beschikt niet over bewijs hieromtrent en meent dat Aangeslotene bewijs moet leveren. Voorts kan Aangeslotene aansprakelijk worden gehouden nu zij jegens Belanghebbende is tekortgeschoten in haar inspanningsverplichting om haar systemen storingsvrij te houden en om zo nodig alternatieven aan Belanghebbende aan te bieden om schade te voorkomen. Verder is Aangeslotene, als de storing zich inderdaad voordeed bij [naam 1], daarvoor op basis van artikel 6:76 van het Burgerlijk Wetboek aansprakelijk, aangezien [naam 1] moet worden beschouwd als hulppersoon van Aangeslotene.
- 4.2 Aangeslotene heeft in haar verweerschrift in beroep onder meer verklaard dat op 18 april 2016 handel in de turbo mogelijk was tussen 8 uur 's morgens en het moment dat de handel in het product werd geschorst. Voorts heeft zij verklaard dat de turbo op Euronext die dag niet verhandelbaar was tussen 9:08 uur en 9:52 uur. Aangeslotene verwijst naar de door haar in eerste aanleg overgelegde schermafbeelding van [naam 2], waaruit blijkt dat in de periode tussen 09:08:54 uur en 09:53:39 uur er geen bied- of laatkoers op Euronext was. Aangeslotene merkt verder op dat in correspondentie tussen haar en [naam 1] is bevestigd dat er een storing was bij [naam 1]. Dit vindt bevestiging in de volgende passage in een e-mailbericht van 5 mei 2016 van [naam 1] aan Aangeslotene (het hiervoor onder 1.3 vermelde stuk): "Wij hadden in de ochtend van 18 april een technische storing waardoor wij tijdelijk geen koersen konden uitsturen en er geen handel mogelijk was in dit product".

- 4.3 Uit het verweer van Aangeslotene volgt dat de handel in de turbo op 18 april 2016 mogelijk moet zijn geweest tussen 8 uur 's morgens tot 09:08.54 uur. Nu Belanghebbende, dan wel haar echtgenoot, die dag reeds - onbetwist - om 9:06 uur telefonisch contact heeft opgenomen met Aangeslotene, moet ervan worden uitgegaan dat Belanghebbende kort tevoren tevergeefs heeft geprobeerd een order te plaatsen op een tijdstip voordat de handel in de turbo als gevolg van de storing bij [naam 1] onmogelijk was geworden. In haar verweerschrift in beroep is Aangeslotene hierop niet ingegaan. Ook naar aanleiding van vragen ter zitting van de Commissie van Beroep heeft zij hiervoor geen verklaring gegeven. Het verweer van Aangeslotene dat het niet kunnen plaatsen van een order op 18 april omstreeks 9 uur het gevolg is geweest van een omstandigheid waarvoor Aangeslotene niet verantwoordelijk is, wordt daarom als onvoldoende onderbouwd verworpen.
- 4.4 Aangeslotene heeft zich op 3 oktober 2017, derhalve na de zitting, per e-mail (met bijlage) tot de Commissie van Beroep gewend. Nu een partij zich op grond van artikel 9.6 van het Reglement van beroep op stukken die niet al eerder ter kennis van de Commissie van Beroep en de andere partij zijn gebracht slechts kan beroepen als zij deze stukken tijdig voor de zitting aan de Commissie van Beroep heeft doen toekomen, dient de Commissie van Beroep de nader door Aangeslotene verstrekte informatie buiten haar beoordeling te houden. Dat zou anders zijn indien Belanghebbende ermee zou instemmen dat de Commissie van Beroep van die informatie kennisneemt en deze bij haar beoordeling betreft en Belanghebbende in dat geval voorts, in verband met het beginsel van hoor en wederhoor, in de gelegenheid is gesteld om zich over de informatie uit te laten (HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR: 2016:2879). Belanghebbende heeft evenwel, zoals hiervoor in 1.7 overwogen, zijn instemming niet verleend, zodat de e-mail van 3 oktober 2017 buiten beschouwing moet blijven.
- 4.5 Het voorgaande wordt niet anders door de argumenten die Aangeslotene in haar e-mailbericht van 10 oktober 2017 nog heeft aangevoerd. Anders dan Aangeslotene kennelijk meent, lag het op grond van hetgeen Belanghebbende in eerste aanleg en in haar beroepschrift heeft gesteld en de naar aanleiding daarvan door Aangeslotene reeds verstrekte gegevens voor de hand dat ter zitting de vraag zou worden gesteld hoe te verklaren viel dat Belanghebbende op 18 april 2016 vóór 9:06 uur de door haar gewenste order niet kon plaatsen. Daar komt bij dat de voorzitter van de Commissie van Beroep enige dagen voor de zitting aan Aangeslotene heeft verzocht om overlegging van de in het verweerschrift van Aangeslotene genoemde correspondentie met [naam 1]. Aangeslotene had dan ook redelijkerwijs kunnen begrijpen dat bij de Commissie van Beroep nog niet voldoende duidelijkheid bestond omtrent het verweer van Aangeslotene dat het niet kunnen plaatsen van de order was veroorzaakt door de storing bij [naam 1]. Niet valt in te zien waarom Aangeslotene de nadere informatie niet eerder heeft opgevraagd, zodat zij daarop uiterlijk ter zitting een beroep had kunnen doen.
- 4.6 De klacht van Belanghebbende slaagt derhalve. Aangeslotene dient de schade te vergoeden die het gevolg is van het niet kunnen plaatsen van de order van 27.500 stuks van de turbo op 18 april 2016 omstreeks 9 uur.

- 4.7 De Commissie van Beroep gaat ervan uit dat als Belanghebbende de order had kunnen plaatsen omstreeks 9 uur, de stukken (27.500 maal € 0,89 is) € 24.475 zouden hebben opgebracht. Hiermee volgt de Commissie van Beroep Aangeslotene, die in haar verweerschrift in hoger beroep, onderbouwd met een daarbij als bijlage 2 gevoegd overzicht van koersen, vermeldt dat de koers tussen 8 uur 's morgens en het moment dat de handel in het product werd geschorst daalde van € 0,93 naar € 0,89. De door Belanghebbende genoemde koers van € 1,10 werd volgens de door Aangeslotene overgelegde [naam 2]-schermafbeelding pas op een later moment (09:08:54 uur) bereikt en dient om die reden buiten beschouwing te worden gelaten.
- 4.8 Ter zitting bleken partijen het erover eens te zijn dat als Belanghebbende de order zou hebben geplaatst zodra de handel weer mogelijk was, omstreeks 9:53 uur, de verkoop tegen een koers van € 0,69 zou hebben plaatsgevonden. In dat geval zou de opbrengst dan (27.500 maal € 0,69 is) € 18.975 hebben belopen.
- 4.9 De schade die Belanghebbende aldus heeft geleden en door Aangeslotene dient te worden vergoed, is derhalve te stellen op een bedrag van (€ 24.475 min € 18.975 is) € 5.500.

*Slotsom*

- 4.10 Slotsom is dat het beroep slaagt en dat Aangeslotene aan Belanghebbende een schadevergoeding van € 5.500 dient te betalen. Aangeslotene dient voorts aan Belanghebbende de voor beroep verschuldigde bijdrage van € 500 te vergoeden.

## **5. Beslissing**

De Commissie van Beroep stelt de volgende beslissing in de plaats voor die van de Geschillencommissie:

- Aangeslotene dient aan Belanghebbende binnen vier weken na de datum van verzending van deze uitspraak een schadevergoeding van € 5.500 te betalen en de eigen bijdrage voor beroep van € 500 te vergoeden.