

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 293 d.d. 25 oktober 2011
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter en mevrouw mr. M.B.S. Brinkman, secretaris)

Samenvatting

Execution only. Computerstoring. Toerekenbare tekortkoming Aangeslotene. Schade. Causaal verband. Beroep op exoneratiebeding door Aangeslotene is in dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Op Aangeslotene rust de plicht tot het aanbieden van alternatieve mogelijkheden om order door te kunnen geven en Consument hier tijdig en voldoende over te informeren.

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 21 december 2010;
- de aanvulling op het verzoek d.d. 11 januari 2011;
- het antwoord van Aangeslotene ontvangen 27 mei 2011;
- de repliek van Consument d.d. 15 juni 2011;
- de dupliek van Aangeslotene d.d. 1 juli 2011.

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 28 september 2011. Aldaar zijn beide partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1 Tussen partijen bestaat een effectendienstverleningsrelatie op basis van execution only. Deze relatie is vastgelegd in de overeenkomst 'Beleggingsrekening'. Opdrachtverstrekking vindt daarbij plaats via internet of telefonisch via de orderlijn.
- 2.2 Op 13 oktober 2008, tussen 9.00 uur en 9.30 uur, was het vanwege een computerstoring bij Aangeslotene niet mogelijk om orders te plaatsen via internet.
- 2.3 Consument heeft op de betreffende dag tussen 9.00 uur en 10.00 uur meermaals telefonisch contact gehad met Aangeslotene, in verband met bovengenoemde storing.
- 2.4 Direct na afloop van de storing heeft Consument via internet orders geplaatst om aandelen Nieuwe Steen, verder te noemen: 'X', te kopen. Consument heeft tussen 9.30 uur en 10.00 uur in verschillende orders met verschillende limieten opdracht gegeven tot

aankoop van in totaal 7.564 aandelen X. Deze opdrachten konden slechts ten dele worden uitgevoerd, zodat Consument naar aanleiding van deze opdrachten uiteindelijk 3.961 aandelen X heeft verworven.

2.5 De koers van aandeel X liet op 13 oktober 2008 een sterke stijging zien.

3 Geschil

3.1. Consument vordert vergoeding van de door hem als gevolg van het handelen van Aangeslotene geleden schade ad € 10.736,94. Consument heeft zijn schade als volgt begroot:

- Het aantal aandelen dat niet kon worden aangekocht bedraagt $7.564 - 3.961 = 3.603$ stuks.
- De gemiddelde prijs van aandeel X op 13 oktober 2008 tussen 9.00 en 9.30 uur was €11,90.
- Consument gaat er, zo begrijpt de Commissie, van uit dat hij de aandelen weer had kunnen verkopen voor een prijs van €14,88 per aandeel.
- De schade is derhalve $(€14,88 - €11,90) \times 3.603 = €10.736,94$

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

- Het was niet mogelijk voor Consument om op 13 oktober 2008 tussen 9.00 uur en 9.30 uur orders via internet op te geven.
- Aangeslotene heeft Consument onvolledig en onjuist geïnformeerd over de mogelijkheden van de noodprocedure.
- Door deze onvolledige en onjuiste informatie was het niet mogelijk voor Consument om zijn schade te beperken.
- Indien Consument correct over de noodprocedure was geïnformeerd, dan zou hij daar zeker gebruik van gemaakt hebben.

3.3. Aangeslotene stelt dat de vordering van Consument afgewezen moet worden. Aangeslotene voert hiervoor het volgende aan.

- Aangeslotene is op grond van de tussen haar en Consument geldende algemene voorwaarden niet aansprakelijk voor schade die voortvloeit uit de storing in een computersysteem. Aangeslotene wijst hierbij specifiek op artikel 31 van de Algemene Bankvoorwaarden en artikel 22 van de Algemene Voorwaarden voor de Effectendienstverlening 2007.
- Artikel 31 van de Algemene Bankvoorwaarden luidt als volgt:
(...) Voor zover dit niet reeds voortvloeit uit de wet, is de bank in ieder geval niet aansprakelijk indien een tekortkoming van de bank het gevolg is van:
 - (...);
 - *Storingen in de elektriciteitsvoorziening, in communicatieverbindingen of in apparatuur of programmatuur van de bank of van derden.*
 - (...)

- Artikel 22 van de Algemene Voorwaarden voor de Effectendienstverlening 2007 luidt als volgt:

Onverminderd de regeling in de Algemene Bankvoorwaarden is de Bank ingeval van bijzondere omstandigheden (waaronder begrepen uitvallen van ordersystemen en grote drukte op effecten- en derivatenbeurzen) jegens de Klant niet gehouden om een order uit te voeren binnen de daarvoor gebruikelijke tijden. De Bank is niet aansprakelijk voor de hierdoor ontstane schade, tenzij sprake is van opzet of grove schuld van de Bank.

- Consument heeft nagelaten telefonisch zijn order tot aankoop van aandelen X te plaatsen, zelfs nadat hij was geïnformeerd over de noodprocedure.
- Indien Consument zijn order wel had doorgegeven, had hij deze hoeveelheid aandelen niet voor de door hem gewenste prijs kunnen verkopen. Hiervoor waren de aantallen te groot en de door Consument opgegeven limieten te laag.

3.4 Ter zitting zijn de standpunten van partijen over en weer herhaald en toegelicht. De volgende punten die in de hoorzitting naar voren zijn gekomen, zijn kort en zakelijk weergegeven, voor de beoordeling van dit geschil van belang.

- Consument heeft een beleggingsstrategie waarin hij aandelen koopt en deze vervolgens weer verkoopt binnen een korte termijn om zodoende de koerswinst te verzilveren.
- Consument stelt dat op het moment dat hij weer orders kon opgeven via internet, het systeem van Aangeslotene zeer traag was, zodat orders van beleggers die via een andere bank werden ingelegd, sneller werden uitgevoerd.
- Aangeslotene stelt dat Consument geen recht heeft op de noodprocedure, maar dat dit een service is aan haar klanten.
- Aangeslotene stelt dat Consument niet alle aandelen X die hij op 13 oktober 2008 heeft verkocht op korte termijn weer heeft verkocht.

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 Aan zijn vordering legt Consument ten grondslag – zo begrijpt de Commissie – dat Aangeslotene in de uitvoering van de met hem gesloten overeenkomst ‘Beleggersrekening’ toerekenbaar tekort is geschoten en op grond daarvan aansprakelijk is voor de schade die hij tengevolge van die tekortkoming heeft geleden.
- 4.2 Bij de uitvoering van de overeenkomst ‘Beleggersrekening’ maakt Aangeslotene gebruik van een website. Tussen partijen is niet in geschil dat deze website op 13 oktober 2008 tussen 9.00 uur en 9.30 uur een storing vertoonde en Consument tengevolge daarvan geen gebruik kon maken van de mogelijkheid om orders op te geven via internet. Deze tekortkoming rekent de Commissie ex artikel 6:77 BW toe aan Aangeslotene. Een dergelijke toerekening zou – zie art. 6:77 BW - onder omstandigheden onredelijk kunnen zijn, maar nu Aangeslotene op dit punt onvoldoende feiten heeft gesteld gaat de Commissie niet nader in op deze uitzonderingsmogelijkheid.

- 4.3 De artikelen 31 van de Algemene Bankvoorwaarden en 22 van de Algemene Voorwaarden voor de Effectendienstverlening 2007 waarop Aangeslotene zich beroept, leiden niet tot een andere conclusie. Deze bedingen worden op grond van art. 6:237 sub f BW vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Dit vermoeden is door Aangeslotene noch in de schriftelijke stukken, noch tijdens de zitting (voldoende) ontzenuwd. Hoewel Consument geen beroep (ook niet impliciet) heeft gedaan op de onredelijkheid van het beding, mag het beding volgens Europees consumentenrecht geen effect hebben. De Commissie verwijst in dit verband naar bijvoorbeeld HvJ EG 4 juni 2009, NJ 2009, 235. Dat betekent dat de Commissie, naar Nederlands recht, in dit geval tot het oordeel moet komen dat een beroep op het onderhavige beding door Aangeslotene naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Zie voor dit laatste ook het rapport van de werkgroep LOVCK: 'Ambtshalve toetsing', februari 2010, p. 12.
- 4.4 De Commissie meent dat Aangeslotene, zeker bij handel in effecten, bij een computerstoring een alternatieve weg moet openstellen voor Consument en hem zodoende in de gelegenheid dient te stellen zijn order door te geven. De Commissie constateert dat de door Aangeslotene daarvoor gehanteerde noodprocedure in principe als een adequaat alternatief kan dienen. Alvorens werkelijk gesproken kan worden van een adequaat alternatief, dient aannemelijk te zijn dat Aangeslotene Consument voldoende heeft geïnformeerd over het bestaan van dit alternatief en de voorwaarden waaronder Consument door gebruikmaking van de noodprocedure orders kan opgeven. Aangeslotene erkent dat Consument in de telefoongesprekken op 13 oktober 2008 waarvan geluidsopnames bewaard zijn gebleven, niet is geïnformeerd over de noodprocedure. Het feit dat Aangeslotene van een aantal gesprekken geen geluidsopnames (meer) heeft, komt gezien de omstandigheden van het geval, voor rekening van Aangeslotene. Consument heeft zijn stellingen voldoende gemotiveerd. De Commissie oordeelt dat Consument te laat dan wel onvoldoende is geïnformeerd over het bestaan van de noodprocedure en de werking daarvan. De Commissie oordeelt dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming van de zijde van Aangeslotene.
- 4.5 Het is de Commissie niet gebleken dat deze schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan Consument kan worden toegerekend. Consument heeft gedurende de duur van de computerstoring herhaaldelijk telefonisch contact gezocht met Aangeslotene, gezien zijn wens om orders in te leggen. De Commissie meent, mede in het licht van hetgeen in 4.4 is overwogen, dat van Consument niet méér kan worden verwacht. De Commissie acht het aannemelijk dat Consument gebruik zou hebben gemaakt van de noodprocedure indien Aangeslotene hem daarover correct zou hebben geïnformeerd. De Commissie verwerpt hiermee tevens het verweer van Aangeslotene dat Consument zijn orders telefonisch had moeten opgeven.
- 4.6 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. Op basis van de door Consument overlegde transactieoverzichten volgt de Commissie Consument in zijn stelling dat hij een

beleggingsstrategie heeft waarin hij op korte termijn aandelen koopt en vervolgens weer verkoopt. Aangeslotene heeft niet betwist dat Consument op 13 oktober 2008 tussen 9.30 uur en 10.00 uur via internet opdracht heeft gegeven tot de aankoop van 7.564 aandelen X en dat Consument op basis van deze orders er in geslaagd is 3.961 aandelen aan te kopen. De Commissie acht het aannemelijk dat Consument na 10.00 uur niet opnieuw een order heeft ingelegd tot aankoop van 3.603 aandelen X, omdat de koers inmiddels sterk was gestegen en de aankoop van de aandelen niet meer rendabel zou zijn gezien de beleggingsstrategie van Consument. De Commissie constateert dat Consument in de dagen na 13 oktober 2008 ten minste 3.961 aandelen X heeft verkocht voor een hogere prijs dan de aankoopprijs op 13 oktober 2008. De Commissie maakt hieruit op dat het aannemelijk is dat Consument, indien hij meer aandelen X had gekocht op 13 oktober 2008, deze eveneens verkocht zou hebben voor een hogere prijs dan de aankoopprijs. De Commissie passeert de stelling van Aangeslotene dat het onwaarschijnlijk is dat Consument tussen 9.00 uur en 9.30 uur 3.603 aandelen X had kunnen kopen, nu vaststaat dat Consument in het daarop volgende half uur 3.961 aandelen X heeft weten te kopen. De Commissie oordeelt dat Consument schade heeft geleden op basis van de toerekenbare tekortkoming van Aangeslotene.

- 4.7 Op basis van deze omstandigheden en bij gebreke van een mogelijkheid om het aan Aangeslotene toe te rekenen deel van de schade meer nauwkeurig vast te stellen, begroot de Commissie de door Aangeslotene te vergoeden schade naar billijkheid op € 8.210,52. Hierbij gaat de Commissie uit van de volgende bedragen.

Fictieve verkoopkoers	€ 14,20 (gemiddelde van grote verkopen d.d. 15-10-08)
Fictieve aankoopkoers	€ 11,90 (conform door Consument opgegeven gemiddelde)
Verschil	€ 2,30 per aandeel

Voor de verkoopkosten hanteert de Commissie een bedrag van € 21,20 per 1.000 aandelen.

De berekening wordt dan als volgt.

$$(3.603 \times € 2,30) - ((3.603 \times € 21,20)/1000) = € 8.210,52$$

- 4.8 Het meer of anders gevorderde moet worden afgewezen. Alle overige door partijen ingenomen stellingen kunnen niet tot een andere beoordeling van de zaak leiden, zodat zij geen bespreking behoeven.
- 4.9 Nu Consument gedeeltelijk 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.

5. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat Aangeslotene binnen een termijn van vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd aan

Consumenten vergoedt een bedrag € 8.210,52 vermeerderd met de € 50,- ter zake van de door hem betaalde eigen bijdrage voor behandeling van het geschil door de Commissie. Het meer of anders gevorderde wijst de Commissie af.

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.