

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 118**  
**d.d. 5 mei 2011**  
**(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter)**

**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.

**I. Procedure**

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het door Consument ondertekende vragenformulier, ontvangen op 2 maart 2010;
- het antwoord van Aangeslotene d.d. 28 juli 2010;
- de repliek van Consument d.d. 9 september 2010;
- de dupliek van Aangeslotene d.d. 14 oktober 2010;
- door Consument overgelegde schermprinten (door Consument gemerkt als bewijsstuk A tot en met G);
- ter hoorzitting door Consument 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 te Den Haag op 23 maart 2011. Aldaar zijn beide partijen verschenen.

**2. Feiten**

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1 Partijen zijn overeengekomen dat Consument gebruik kan maken van 'X' en zodoende via de website van Aangeslotene orders kan plaatsen. Op deze overeenkomst zijn de Voorwaarden 'Y' van toepassing.
- 2.2 Artikel 8 van de Voorwaarden Y bepaalt:  
*Z is niet aansprakelijk voor de schade als gevolg van het niet beschikbaar zijn van A, vertragingen in de oproepbaarheid van de dienstverlening via Internet en ter zake van onjuistheden in opgevraagde (koers)informatie en/of berekeningen, tenzij de schade is te wijten aan toerekenbaar tekortkomen van Z. Indien het niet mogelijk is om Beursorders via A door te geven, wordt Cliënt de mogelijkheid geboden om zijn Beurorders via een medewerker van Z afdeling Effecten of, indien van toepassing, via de B-service door te geven tegen de daarvoor geldende tarieven.*
- 2.3 Op 14 oktober 2008 logt Consument in op C.nl om opdracht te geven tot verkoop van vier optiecontracten, te weten twee contracten AEX Call okt 2008 265 en twee contracten AEX Call okt 2008 260. Consument ziet dat zijn op C.nl weergegeven

- beleggingsportefeuille niet overeenstemt met zijn werkelijke portefeuille. Het geven van een verkooporder is daardoor niet mogelijk.
- 2.4 Consument neemt om 09:27 uur telefonisch contact op met Aangeslotene. Hij wordt in de wacht gezet. In de tussentijd start Consument om 10:45 een chatsessie met Aangeslotene. Aangeslotene geeft daarin aan dat zij via chat alleen vragen kan beantwoorden over betaalproducten, C.nl en sparen. Consument vraagt Aangeslotene de volgende klacht te registreren:  
*“er zijn op mijn effectenrekening een heleboel aandelen en opties die ik in bezit heb niet zichtbaar en daardoor dus ook niet door mij verkocht kunnen worden.”*  
Aangeslotene bevestigt de klacht te zullen registreren en adviseert Consument de klacht ook schriftelijk in te dienen bij de afdeling Beleggen.
- 2.5 Consument logt opnieuw in op C.nl en constateert dat zijn beleggingsportefeuille inmiddels correct wordt weergegeven. Hij beëindigt daarop, na ruim 90 minuten in de wacht te hebben gestaan, om circa 11:00 uur het telefoongesprek met Aangeslotene.
- 2.5 Consument geeft vervolgens via C.nl voor twee optiecontracten (call AEX okt 2008 265) een verkoopopdracht. Deze opdracht (sluitingsverkoop) wordt uitgevoerd om 11:25 uur.
- 2.7 Om 11:35 uur geeft Consument via C.nl voor de andere twee optiecontracten (AEX Call okt 2008 260) een verkoopopdracht. Hij geeft daarbij een limiet van € 35,30 mee. Consument krijgt daarop de volgende foutmelding:  
*“Helaas kunnen wij deze order niet accepteren omdat het aantal contracten van uw order groter is dan de positie die u kunt sluiten. Mogelijk heeft u voor deze optieserie nog een openstaande sluitingsopdracht. (meldingscode: 33.323.1.1202).”*
- 2.8 Om 12:20 uur neemt Consument daarover telefonisch contact op met Aangeslotene. Hij wordt opnieuw in de wacht gezet. Na ruim 64 minuten beëindigt Consument het telefoongesprek, zonder een medewerker van Aangeslotene te hebben gesproken. Consument probeert om 15:48 en 17:01 uur nogmaals Aangeslotene telefonisch te bereiken, steeds tevergeefs.
- 2.9 Op 15 oktober 2008 probeert Consument opnieuw via C.nl de verkoopopdracht voor de twee optiecontracten AEX Call okt 2008 260 te geven. Hij krijgt echter wederom een foutmelding. Om 10:25 en 13:11 uur belt Consument wederom tevergeefs met Aangeslotene.
- 2.10 Om 14:25 uur belt Consument opnieuw met Aangeslotene. Ditmaal slaagt hij er in zijn verkoopopdracht telefonisch door te geven, waarna de twee optiecontracten (2 AEX Call 2008 okt 260) op 15 oktober 2008 om 14:43 en 14:44 uur zijn verkocht tegen een bedrag van € 13,10 per contract.

### **3. Geschil**

- 3.1 Consument vordert vergoeding van de door hem gesteld geleden schade als gevolg van een computerstoring op 14 oktober 2008. Consument heeft zijn schade begroot op een bedrag ad € 3.380,--.
- 3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.
- Consument wenste op 14 oktober 2008 over te gaan tot verkoop van twee optiecontracten (call AEX okt 2008 260). Wegens een computerstoring was het op dat moment echter niet mogelijk via C.nl een verkooporder te geven. Consument heeft daarop telefonisch en via internet (chat) contact gezocht met

Aangeslotene. Aangeslotene bleek onbereikbaar voor het verwerken van verkooporders;

- op 15 oktober 2008 is Consument er uiteindelijk in geslaagd de betreffende twee optiecontracten te verkopen. Dit evenwel tegen een koers lager dan de koers waartegen de optiecontracten zouden zijn verkocht indien geen sprake zou zijn geweest van een computerstoring of indien Consument er op andere wijze in zou zijn geslaagd Aangeslotene te bereiken. Die koers raamt Consument, gezien de koersontwikkeling op 14 oktober 2008 van de betreffende optie, op € 30,- per contract. De koers waartegen de optiecontracten op 15 oktober 2008 zijn verkocht bedroeg € 13,10 per contract. Het verschil merkt Consument aan als schade.
- 3.3 Aangeslotene heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd.
- het staat niet vast dat Consument op 14 oktober 2008 de betreffende opdracht heeft willen opgeven;
  - Aangeslotene is niet aansprakelijk voor schade als gevolg van het niet beschikbaar zijn van A. Aangeslotene verwijst in dit verband naar artikel 31 van de Algemene- en D-voorwaarden en artikel 8 van de Voorwaarden Y;
  - de telefonische orderlijn is op 14 oktober 2008 de gehele dag bereikbaar geweest. Indien Consument op een gegeven moment niet had opgehangen zonder een medewerker te hebben gesproken, maar aan de lijn was gebleven, had hij de betreffende order gewoon op kunnen geven.

#### 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 'X' 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 'X' maakt Aangeslotene gebruik van een website. Tussen partijen is niet in geschil dat deze website op 14 oktober 2008 een storing vertoonde en Consument tengevolge daarvan geen gebruik kon maken van 'X'. 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 Het exoneratiebeding in de algemene voorwaarden waarop Aangeslotene zich beroept, leidt niet tot een andere conclusie. Dit beding wordt 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 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. Hoewel betwist door Aangeslotene, is het voor de Commissie voldoende aannemelijk geworden dat Consument op 14 oktober 2008 een verkooporder zou hebben gegeven indien zulks voor hem mogelijk zou zijn geweest. Gelet op het koersverloop van de betreffende optie op 14 oktober 2008 acht de Commissie het voorts aannemelijk dat de optiecontracten zouden zijn verkocht tegen de door Consument gestelde koers van € 30,- per contract. Nu de optiecontracten op 15 oktober 2008 zijn verkocht tegen een koers van € 13,10 per contract, staat vast dat schade is geleden.
- 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 zich via de voor hem openstaande wegen (internet, chat en telefonisch) aanhoudend ingespannen om zijn verkooporder geplaatst te krijgen. De Commissie meent dat van Consument niet méér kan worden verwacht. Integendeel, de Commissie meent dat Aangeslotene, zeker bij optiehandel, 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 in dit geval door Aangeslotene opengestelde alternatieve wegen voldeden niet en acht de Commissie reeds om die reden onvoldoende.
- 4.6 Het bovenstaande leidt de Commissie tot de conclusie dat Aangeslotene jegens Consument aansprakelijk moet worden gehouden voor het feit dat Consument zijn verkooporder niet heeft kunnen plaatsen en de daardoor geleden schade ad € 3.380,- aan Consument dient te vergoeden.
- 4.7 Nu Consument 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 beslist, als bindend advies, dat Aangeslotene binnen een termijn van één maand na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd aan de Consument vergoedt een bedrag van 3.380,- 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.