Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-323 d.d. 13 november 2012
(mr. J. Wortel, voorzitter, en de heren H. Mik RA en J.C. Buiter, leden en mevrouw mr. J.J. Guijt, secretaris)

Samenvatting

Orderuitvoering. Consument heeft onvoldoende weersproken dat partijen hebben afgesproken geen procedure over de schuldvraag meer te voeren. Ook het door Consument gedane beroep op nietigheid van de afspraak om geen procedure over de schuldvraag te voeren op grond van dwaling faalt. Consument heeft zijn recht om alsnog een procedure over de schuldvraag te voeren verwerkt, zodat zijn vordering wordt afgewezen.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:
- het verzoek tot geschilbeslechting, ontvangen op 12 september 2011;
- de aanvulling op het verzoek tot geschilbeslechting met bijlagen van 20 december 2011;
- het verweer van Aangeslotene met bijlagen;
- de repliek van Consument met bijlage;
- de dupliek van Aangeslotene met bijlagen;
- de brief van Aangeslotene met bijlagen van 23 oktober 2012; en
- de door Consument ter zitting overgelegde pleitnotities.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.
Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid.
Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.
Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 31 oktober 2012.
Aldaar zijn partijen verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
3.1. Consument was in juli 2009 werkzaam bij Aangeslotene als global projectmanager op de afdeling Compliance. Tevens bestond er tussen Consument en (de rechtsvoorgangster van) Aangeslotene een Overeenkomst Effectendienstverlening. (De rechtsvoorganger van) Aangeslotene heeft een effectenrekening aan Consument ter beschikking gesteld. Consument had geen krediet op die effectenrekening.
3.2. Consument heeft in de periode van 17 tot en met 21 juli 2009 via de beleggingsdesk van Aangeslotene de volgende orders opgegeven, die ook zijn uitgevoer

Datum	Tijdstip order		Product	Aantal	Limiet	Koersuitvoering
17 juli 2009	16.57 uur	koop	Speeder short DJI	1.000	€ 3,90	€ 3,90
17 juli 2009	17.15 uur	koop	Speeder short WTI	1.000	€ 4,55	€ 4,52
20 juli 2009	10.57 uur	verkoop	Put AEX aug 09 265	9	bestens	
	€ 6,80					
20 juli 2009	10.59 uur	koop	Put AEX aug 09 265	9	€ 6,80	€ 6,80
21 juli 2009	12.20 uur	koop	Put AEX aug 09 265	10	€ 6,05	€ 6,05

Daarnaast heeft Consument de volgende order opgegeven via de service On-line bankieren:

Datum	Tijdstip order		Product	Aantal	Limiet	Koersuitvoering
20 juli 2009	15.45 uur	koop	Speeder short DJI	1.000	€ 3,33	€ 3,33

3.3. Op 21 juli 2009, na uitvoering van de laatste order, bedroeg het saldo op de effectenrekening € 35.880,41 negatief.
3.4. Op 21 juli 2009 om 13.15 uur heeft de directeur Beleggingsteam Personeel van Aangeslotene Consument gebeld om hem aan te spreken op het ontstane negatieve saldo. Vervolgens heeft nog telefonisch contact en een gesprek tussen hen plaatsgevonden. Bij e-mailbericht van 21 juli 2009 heeft Consument het gesprek met de directeur Beleggingsteam Personeel bevestigd, en daarin - voor zover hier van belang - het volgende opgenomen: "Doel van ons gesprek is geweest niet de situatie te escaleren via formele traject met gevolg dat beide partijen hiermee mogelijk in problemen raken. Er is na overleg en duidelijke afspra¬ken tot de volgende oplossing gekozen waarbij wij geen formele procedure aangaan over schuldvraag/cq formele escalatie".
3.5. Op woensdag 22 juli 2009 heeft de directeur Beleggingsteam Personeel Consument geadviseerd de AEX-put te sluiten. Consument heeft dat advies opgevolgd en 19 stuks AEX-put verkocht. Voorts heeft de directeur Beleggingsteam Personeel Consument telefonisch geadviseerd ook de WTI SPS en de DJI SPS te sluiten.
Consument heeft dat advies niet opgevolgd maar het negatieve saldo opgeheven door die middag gelden van een andere rekening over te boeken naar zijn effectenrekening.
3.6. Na verkoop van de 19 stuks AEX-put en de overboekingen resteerde een saldo van € 1.100,41 negatief. Omdat Aangeslotene Consument nog een vergoeding van € 1.105,- verschuldigd was in verband met een eerdere vergissing, heeft de directeur Beleggingsteam Personeel in een telefoongesprek op 22 juli 2009 om 15.08 uur aan Consument bevestigd dat het negatieve saldo zou zijn opgeheven. Op vrijdag 24 juli 2009 is de vergoeding van € 1.105,- bijgeschreven als gevolg waarvan het saldo op de effectenrekening € 4,59 bedroeg.
3.7. De in de periode van 17 tot en met 21 juli 2009 uitgevoerde orders hebben Consument verlies opgeleverd.

4. De vordering en de grondslagen

4.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot vergoeding van de door hem geleden schade als gevolg van het uitvoeren door Aangeslotene van de door hem in de periode van 17 tot en met 21 juli opgegeven orders. Deze schade begroot Consument

op € 30.104,12, vermeerderd met de rente die Consument verschuldigd is geworden over een lening die Consument door het handelen van Aangeslotene noodgedwongen bij een andere financiële instelling heeft afgesloten, te weten circa € 3.000,-.
4.2. Deze vordering steunt op de stelling dat Aangeslotene met het uitvoeren van de op 17, 20 en 21 juli 2009 opgegeven orders heeft gehandeld in strijd met artikel 4:25 lid 1 Wft juncto artikel 85 Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft omdat er ten tijde van de uitvoering van de orders onvoldoende saldo op de rekening van Consument beschikbaar was en Consument niet beschikte over een kredietfaciliteit. Voorts verwijt Consument Aangeslotene dat zij de schade onnodig heeft laten oplopen.
4.3. Aangeslotene heeft zich primair op het standpunt gesteld dat Consument uitdrukkelijk en zonder enig voorbehoud afstand heeft gedaan van zijn recht een klacht, dan wel een vordering in te dienen jegens Aangeslotene en heeft overigens ook de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken.

5. Beoordeling van de ontvankelijkheid van de klacht

Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde overweegt de Commissie als volgt.
5.1. Aan haar beroep op afstand van recht legt Aangeslotene ten grondslag dat Consument met de directeur Beleggingsteam Personeel mondeling heeft afgesproken geen formele procedure te zullen voeren over de schuldvraag, welke afspraak Consument ook schriftelijk heeft bevestigd in zijn hiervoor onder 3.4. geciteerde e-mailbericht van 21 juli 2009.
5.2. Consument, die betwist heeft dat hij afstand heeft gedaan van zijn recht om een vordering tot vergoeding van schade in te dienen, heeft naar het oordeel van de Commissie onvoldoende weersproken dat partijen hebben afgesproken geen procedure over de schuldvraag meer te voeren. De stelling van Consument dat partijen slechts bedoeld hebben dat geen interne melding van het incident zou worden gedaan faalt gezien de duidelijke bewoordingen in het hiervoor onder 3.4. geciteerde e-mailbericht van Consument van 21 juli 2009.
5.3. Ook het door Consument gedane beroep op nietigheid van de afspraak om geen procedure over de schuldvraag te voeren op grond van dwaling omdat de directeur Beleggingsteam Personeel zich niet heeft gehouden aan de afspraak om intern geen melding te maken van het incident, wordt verworpen. Daargelaten dat Aangeslotene gemotiveerd heeft betwist dat de gemaakte afspraak ook inhield dat de directeur Beleggingsteam Personeel zelfs niet de volgens interne voorschriften van Aangeslotene verplichte melding (aan de superieur van Consument) zou doen van het feit dat Consument in strijd met de voor hem als personeelslid geldende regels binnen vierentwintig uur een tegengestelde order had opgegeven, betreft de stelling van Consument dat zodanige melding wel is gedaan een toekomstige omstandigheid, zodat van dwaling als bedoeld in art. 6:228 BW geen sprake kan zijn.
5.4. Aangeslotene heeft er in de gegeven omstandigheden op mogen vertrouwen dat Consument haar niet meer zou aanspreken tot vergoeding van de schade die hij nu stelt te

hebben geleden door de uitvoering van de door hem op 17, 20 en 21 juli 2009 opgegeven orders.

5.5. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat Consument zijn recht om alsnog een procedure over de schuldvraag te voeren heeft verwerkt, zodat de vordering van Consument moet worden afgewezen.

6. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat de vordering 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.