KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-231 d.d. 13 augustus 2012
(mr. C.E. du Perron, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA, G.J.P Okkema, leden, waarbij mr. T.R.G. Leyh als secretaris)

Samenvatting

Execution only. Achtergrond van deze zaak vormt de ondergang van de X bank in 2008. De Commissie is van oordeel dat Consumenten het risico hebben genomen in een roerige periode omvangrijke bedragen te beleggen in een financiële onderneming, zonder zich daarbij door een adviseur te laten begeleiden. De gevolgen daarvan dienen zij, in ieder geval in hun verhouding tot Aangeslotene, die uitsluitend hun opdrachten heeft uitgevoerd, zelf te dragen. Zij mochten van Aangeslotene niet verwachten dat zij hun eventueel bij haar bekende niet publiek bekende informatie over X zou openbaren. Dat geldt ook voor indirecte openbaring in de vorm van het afraden of onmogelijk maken van transacties. Daarbij neemt de Commissie mede in overweging dat Aangeslotene in dat geval wel degelijk in strijd met het in art. 5:57 Wft neergelegde tipverbod zou hebben gehandeld. Aangeslotene is wel tekortgeschoten bij de aanmelding voor de aandeelhoudersvergadering. De schade die daardoor is geleden, dient zij te vergoeden.

1. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement (Oud) en op basis van de volgende stukken:
- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- de brief van Consumenten alsmede de door Consumenten ingevulde vragenformulieren en de door hen ingevulde verklaringen ontvangen 23 juli 2010;
- de brief van Consumenten met bijlagen van 4 augustus 2010;
- het verweer van Aangeslotene van 4 januari 2011;
- de repliek van Consumenten van 30 januari 2011;
- de dupliek van Aangeslotene van 11 maart 2011;
- de ter zitting namens Consumenten overgelegde pleitnota;
- de brief van Consumenten van 2 september 2011;
- de brief van Aangeslotene van 14 oktober 2011;
- de brief van Consumenten van 14 maart 2012;
- de brief van Consumenten van 31 juli 2012.

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 op 17 augustus 2011. Aldaar zijn partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
2.1 Tussen Consumenten en Aangeslotene bestaan overeenkomsten van effectendienstverlening op basis van advies. Aangeslotene heeft Consumenten in het kader van haar dienstverlening de faciliteit Internet Bankieren aangeboden. Deze faciliteit hebben Consumenten gebruikt om onder meer de hierna vermelde aankooptransacties te verrichten die gezamenlijk worden aangeduid als de transacties.
2.2 Consument 1 heeft op 1 oktober 2008 om 12:06 uur zonder voorafgaand verkregen advies van Aangeslotene opdracht gegeven 20.000 aandelen X N.V. te kopen. Deze opdracht is uitgevoerd tegen een gemiddelde koopprijs van € 4,824398. De totale aanschafwaarde bedroeg derhalve € 96.487,96. Consument heeft € 353,21 aan aankoopprovisie betaald.
Consument 2 heeft op 2 oktober 2008 om 13:33 uur zonder voorafgaand verkregen advies van Aangeslotene opdracht gegeven 2.373 aandelen X N.V. te kopen. Deze opdracht is uitgevoerd tegen een gemiddelde koopprijs van € 5,568. De totale aanschafwaarde bedroeg derhalve € 13.212,86. Consument heeft € 61,75 aan aankoopprovisie betaald.
2.3 In de periode rond de transacties heeft de bankencrisis zich geopenbaard. Ten aanzien van de gang van zaken bij X destijds heeft de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam in zijn uitspraak van 24 november 2008, LJN: BG5150 onder meer het volgende vastgesteld:
"2.33 Op vrijdag 26 september 2008 heeft X een persbericht uitgegeven waarin zij opheldering verschafte over haar actuele commerciële en financiële situatie. (…) "De solvabiliteit van X is solide en ligt ruim boven het wettelijk vereiste minimum." (…)
2.35 Op vrijdagmiddag 26 september 2008 heeft X een beroep gedaan op de Marginal Lending Facility bij de Nationale Bank van België tot een bedrag van € 5.000.000.000 omdat de interbancaire markt voor X niet meer toegankelijk was. (…)
2.39 Bij persbericht van 29 september 2008 heeft X de gezamenlijke actie van de drie overheden en hun toezichthouders bekend gemaakt. Het Nederlandse Ministerie van Financiën heeft op diezelfde dag een Nieuwsbericht op zijn website geplaatst waarin de transacties met de drie Benelux overheden kort zijn beschreven en het, tezamen met DNB, laat weten dat "[d]e problemen bij [X] zijn opgelost". (…)
2.41 Op 30 september 2008 hebben vertegenwoordigers van X zich vervoegd op het Nederlandse Ministerie van Financiën teneinde de overeenkomst van 28 september 2008 vast te leggen en uit te werken.
Het door de Nederlandse regering te investeren bedrag van € 4.000.000.000 was toen nog niet betaald. (…)
2.45 Op 3 oktober 2008 heeft X een persbericht doen uitgaan waarin is verklaard dat de Nederlandse Staat X (Holding) N.V., inclusief het belang van X in Aangeslotene, heeft verworven (…)
2.47 Bij brief van 6 oktober 2008 hebben de Nederlandse minister-president en minister van Financiën een brief gezonden aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.(…) In deze brief is onder meer opgenomen: Zeer snel na het op 28 september aangekondigde gezamenlijk ingrijpen, bleek dat de getroffen maatregelen onvoldoende waren

om de stabiliteit van X te waarborgen. (…) Al aan het begin van vorige week werd duidelijk dat de klanten van X niet gerust gesteld waren (…). Dit uitte zich met name door een uitstroom van middelen van zakelijke klanten. Als gevolg hiervan kwam X in ernstige liquiditeitsproblemen en moest X gedurende de afgelopen week in toenemende mate een beroep doen op liquiditeitssteun verstrekt door de Nationale Bank van België en DNB. (…)
2.49 De koers van het aandeel X op de beurs van Euronext te Amsterdam was op 16 september 2008 € 7,43; op 26 september 2008 € 5,18 en op 3 oktober 2008 € 5,41.
2.50 In de periode van maandag 6 tot en met maandag 13 oktober 2008 is het aandeel X niet op de beurs verhandeld."
2.4 In november en december 2008 hebben Consumenten zich per e-mail bij Aangeslotene beklaagd. Vervolgens hebben Consumenten met een beroep op dwaling en bedrog de overeenkomsten van opdracht tot aankoop van aandelen X buitengerechtelijk vernietigd en van Aangeslotene geëist dat zij zou meewerken aan de ongedaanmaking van de wederzijds verrichte prestaties, hetwelk door die laatste is geweigerd.
2.5 Consumenten hebben op 6 oktober 2009 de aandelen X, die inmiddels bij een andere bank werden aangehouden, verkocht. De opbrengst bedroeg voor Consument 1 € 65.300,01 (waarbij € 271,45 aan verkoopprovisie in rekening is gebracht). De opbrengst van de verkoop bedroeg voor Consument 2 € 7.747,85 (waarbij € 22,50 aan verkoopprovisie in rekening is gebracht).

3. Geschil

3.1 Consumenten stellen zich primair op het standpunt dat de transacties tot stand zijn gekomen onder invloed van dwaling en/of bedrog. Zij stellen daartoe onder meer dat Aangeslotene hun een onvolledige dan wel onjuiste voorstelling van zaken heeft gegeven en onvolledige dan wel onjuiste informatie heeft verstrekt met betrekking tot:
(i) de financiële toestand en ernstige liquiditeitsproblemen van X;
(ii) de mate waarin klanten hun tegoeden bij X terugtrokken; en
(iii) het op 30 september 2008 onzeker worden dat het op 28 september 2008 bekendgemaakte steunplan van de drie Benelux staten doorgang zou vinden op de wijze waarop het was aangekondigd, doordat op 30 september 2008 met heronderhandelingen over dat steunplan was begonnen.
Subsidiair stellen Consumenten dat – indien ervan uitgegaan kan worden dat Aangeslotene van de liquiditeitsproblemen en/of de terugtrekkingen van tegoeden door klanten van X op de hoogte was – Aangeslotene tekort is geschoten in haar contractuele verplichtingen dan wel tekort is geschoten in haar zorgplicht. Zij verwijten Aangeslotene in dat geval dat zij ondanks het feit dat zij bekend was met de problemen bij het X concern heeft nagelaten klagers hiervoor te waarschuwen dan wel hierover informatie te verstrekken alhoewel zij contractueel en op grond van de Wet op het financieel toezicht gehouden was loyaal te zijn aan de belangen van Consumenten.
3.2 Consumenten wensen voor het geleden koersverlies te worden gecompenseerd en verzoeken vaststelling van het feit dat de tussen hen en Aangeslotene gesloten overeenkomsten rechtsgeldig zijn vernietigd. Tevens dient Aangeslotene de kosten van de

procedure (eigen bijdrage en liquidatietarief) overeenkomstig art. 19 lid 10 van het Reglement (Oud) te vergoeden. Ten aanzien van het moment waarop de schade vastgesteld moet worden, aangaande de schadebeperkingsplicht en daarmee over de omvang van de door Aangeslotene te vergoeden schade menen Consumenten dat uit de uitspraak van de Commissie van Beroep van 1 juli 2010 (GCHB 2010-394) blijkt op welk moment de schade bij beleggingen vastgesteld moet worden en hoe deze berekend moet worden. Namelijk vastgesteld naar de koers van het moment waarop Consumenten bekend raakten met de tekortkoming in de contractuele verplichtingen en/of de onrechtmatige daad van Aangeslotene. Dit was in het weekend van 22 en 23 november 2008. Op zondag 23 november 2008 hebben Consumenten ook voor het eerst geklaagd over de handelwijze van Aangeslotene in een e-mail. In dat weekend bedroeg de koers van het aandeel X EUR 0,60, hetgeen de slotstand was van vrijdag 21 november 2008. De schade van Consumenten bedraagt derhalve het verschil tussen de aankoopwaarde enerzijds en deze koers vermenigvuldigd met het aantal aangekochte aandelen anderzijds.

3.3 De vorderingen steunen, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.

1. De overeenkomsten waarbij aan Aangeslotene opdracht is gegeven tot aankoop van aandelen X (de litigieuze overeenkomsten), zijn gesloten onder invloed van wederzijdse dwaling (art. 6:228 lid 1 aanhef en onder c BW) en zijn derhalve rechtsgeldig door Consumenten vernietigd bij brief van 24 september 2009. Hetgeen op grond van die overeenkomsten door Consumenten is betaald aan Aangeslotene is onverschuldigd betaald en dient dus door Aangeslotene te worden terugbetaald (art. 6:203 BW). Aangeslotene weigert dit ten onrechte.

2. De litigieuze overeenkomsten zijn gesloten onder invloed van dwaling in de zin van art. 6:228 lid 1 aanhef en onder b BW (schending mededelingsplicht) en zijn derhalve rechtsgeldig door Consumenten vernietigd bij brief van 24 september 2009. Hetgeen op grond van die overeenkomsten door Consumenten is betaald aan Aangeslotene is onverschuldigd betaald en dient dus door Aangeslotene te worden terugbetaald (art. 6:203 BW). Aangeslotene weigert dit ten onrechte.

3. De litigieuze overeenkomsten zijn gesloten onder invloed van bedrog in de zin van art. 3:44 leden 3 en 5 BW en zijn derhalve rechtsgeldig door Consumenten vernietigd bij brief van 24 september 2009. Hetgeen op grond van die overeenkomsten door Consumenten is betaald aan Aangeslotene is onverschuldigd betaald en dient dus door Aangeslotene te worden terugbetaald (art. 6:203 BW). Aangeslotene weigert dit ten onrechte.

4. Aangeslotene had in de gegeven omstandigheden adequate maatregelen moeten treffen ter bescherming van de belangen van Consumenten. Door dit na te laten is Aangeslotene toerekenbaar tekortgeschoten in haar contractuele verplichtingen (art. 6:74 BW) en heeft zij toerekenbaar onrechtmatig gehandeld (art. 6:162 BW) jegens Consumenten. Aangeslotene is derhalve gehouden de daardoor veroorzaakte schade (koersverlies) te vergoeden. Aangeslotene weigert dit ten onrechte. Voor zover Aangeslotene bedoelde adequate maatregelen achterwege heeft gelaten vanwege een of meer andere belangen (zoals haar eigen belang, het belang van X N.V., het belang van andere groepsvennootschappen, het belang van medewerkers, het belang van andere klanten en/of

het algemeen belang), was sprake van een belangenconflict en is Aangeslotene tekortgeschoten en/of heeft zij onrechtmatig gehandeld jegens Consumenten door Consumenten niet voorafgaand van dit belangenconflict op de hoogte te stellen (zie art. 4:88 leden 1 en 2 Wft jo art. 167b Bgfo, maar ook de bijzondere zorgplicht). Ook dan is Aangeslotene gehouden de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden en weigert zij dit ten onrechte.

5. Aangeslotene had Consument 1a moeten aanmelden voor de aandeelhoudervergadering van X N.V. op 1december 2008. Door dit na te laten is Aangeslotene toerekenbaar tekortgeschoten in haar contractuele verplichtingen (art. 6:74 BW) en/of heeft zij toerekenbaar onrechtmatig gehandeld (art. 6:162 BW) jegens Consument 1a. Aangeslotene is derhalve gehouden de daardoor veroorzaakte schade (inkomstenderving) te vergoeden en Aangeslotene weigert dit ten onrechte.

De onder 4 bedoelde adequate maatregelen ter bescherming van de belangen van Consumenten hadden bijvoorbeeld het volgende kunnen en moeten inhouden.

a. Aangeslotene had in de gegeven omstandigheden de litigieuze overeenkomsten niet mogen aangaan. Voor zover zij niet heeft nagelaten die overeenkomsten aan te gaan vanwege andere belangen, had Aangeslotene zoals gezegd, Consumenten voorafgaand van het bestaande belangenconflict op de hoogte moeten stellen.

b. Aangeslotene had in de gegeven omstandigheden de litigieuze overeenkomsten niet direct mogen uitvoeren door aandelen X voor Consumenten aan te kopen. Voor zover zij dit heeft nagelaten vanwege andere belangen, had Aangeslotene, zoals gezegd, Consumenten voorafgaand van het bestaande belangenconflict op de hoogte moeten stellen.

c. Er was sowieso (dus los van de vraag waarom Aangeslotene geen adequate maatregelen ter bescherming van de belangen van Consumenten heeft getroffen) sprake van een belangenconflict tussen Consumenten enerzijds en Aangeslotene N.V., X N.V., een of meer andere groepsvennootschappen, een of meer medewerkers en/of een of meer andere klanten van hen anderzijds. Aangeslotene had Consumenten voorafgaand van dit belangenconflict op de hoogte moeten stellen.

d. Aangeslotene had in de gegeven omstandigheden Consumenten voorafgaand moeten waarschuwen dat zij op basis van openbare informatie van oordeel was dat X 'zich bevond op een niet te stuiten glijbaan op weg naar de afgrond'. Voor zover zij dit heeft nagelaten vanwege andere belangen, had Aangeslotene, zoals gezegd, Consumenten voorafgaand van dit belangenconflict op de hoogte moeten stellen.

e. Aangeslotene had in de gegeven omstandigheden moeten (trachten te) bewerkstelligen dat X N.V. de door haar op 26 september 2008 verspreide onjuiste/-onvolledige/misleidende informatie onmiddellijk zou rechtzetten en niet na die datum opnieuw onjuiste/onvolledige/misleidende informatie zou verspreiden. Voor zover zij dit heeft nagelaten vanwege andere belangen, had Aangeslotene, zoals gezegd, Consumenten voorafgaand van dit belangenconflict op de hoogte moeten stellen.

3.4 Aangeslotene heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Bij de beoordeling zal de Commissie daar voor zover nodig op in gaan.

4. Beoordeling

4.1 Het geschil betreft kort gezegd de door Consumenten via het internetkanaal van Aangeslotene opgegeven opdrachten tot aankoop van aan de Amsterdamse Effectenbeurs genoteerde aandelen X op 1 en 2 oktober 2008. Achtergrond van deze zaak vormt de ondergang van de X bank in 2008. X had in 2007 met Y en Z, Aangeslotene overgenomen en is, nadat de kredietcrisis ook voet aan de grond kreeg in Europa, bij de financiering hiervan in de problemen geraakt. Uiteindelijk is het Nederlandse gedeelte van X, nadat eind september 2008 een bankrun bleek te zijn ontstaan, overgenomen door de Nederlandse Staat.
4.2 De Commissie stelt allereerst vast dat in het kader van de uitvoering van de transacties in casu de dienstverlening van Aangeslotene als execution only dient te worden gekwalificeerd. Al bestaan tussen Consumenten en Aangeslotene adviesovereenkomsten inzake effectendienstverlening, naar het oordeel van de Commissie heeft Aangeslotene zich met recht beroepen op het feit dat Consumenten de desbetreffende orders via internetbankieren hebben opgegeven. Deze vorm van dienstverlening kenmerkt zich door het execution only karakter. Consumenten waren daarvan op de hoogte althans behoorden dat te zijn. Aangezien in beginsel bepalend is via welk kanaal een belegger een order heeft opgegeven, mede gelet op het verschil in tarief dat doorgaans tussen de diverse orderkanalen bestaat, en de mate van dienstverlening die beleggers op grond daarvan mogen verwachten, volgt de Commissie Aangeslotene in haar standpunt dat voor onderhavige transacties dient te gelden dat sprake was van execution only dienstverlening. In deze vorm van effectendienstverlening neemt de belegger zelfstandig en zonder enige begeleiding beleggingsbeslissingen en is de rol van Aangeslotene beperkt tot het verwerken van de door de belegger gegeven orders. Uit de aard van de aldus vastgestelde relatie volgt dat de verplichtingen van Aangeslotene jegens Consumenten beperkt zijn. Waar nodig komt de Commissie in het vervolg van haar beoordeling terug op de strekking daarvan.
4.3 Consumenten hebben aangevoerd dat X en de Nederlandse Staat in de dagen voorafgaand aan voornoemde transacties in elk geval op drie onderdelen (zoals onder 3.1 vermeld) onjuiste informatie naar buiten hebben gebracht over de situatie van X. Consumenten beroepen zich primair op het feit dat de transacties mitsdien tot stand zijn gekomen onder invloed van (wederzijdse) dwaling en /of bedrog en hebben gesteld op grond daarvan de overeenkomsten van opdracht tot aankoop van de aandelen X rechtsgeldig te hebben kunnen vernietigen en mitsdien vorderingen op grond van onverschuldigde betaling jegens Aangeslotene hebben.
Subsidiair stellen Consumenten dat Aangeslotene tekort is geschoten in haar contractuele verplichtingen jegens hen dan wel onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld waarbij de vraag centraal staat of Aangeslotene van de penibele situatie bij X op de hoogte was of had moeten zijn, en zo zij over zodanige kennis beschikte, of zij die met haar cliënten, waaronder Consumenten, had moeten delen.
4.4.1 Consumenten hebben allereerst een beroep gedaan op wederzijdse dwaling en hebben ter onderbouwing daarvan onder meer gesteld dat de voorstelling die Aangeslotene bij het aangaan van de transacties over de drie onder 3.1 genoemde punten had, van belang is. Consumenten hebben zes vereisten (1. onjuiste/onvolledige voorstelling bij Consumenten

bij het sluiten van de overeenkomst; 2. causaal verband; 3. Aangeslotene ging van dezelfde onjuiste/onvolledige voorstelling uit; 4. kenbaarheid; 5. geen uitsluitend toekomstige omstandigheid en 6. de dwaling dient niet voor rekening van Consumenten te blijven) voor het doen slagen van een beroep op wederzijdse dwaling toegelicht. Consumenten hebben desgevraagd ter zitting hun argument nader toegelicht en meegedeeld dat ook als Aangeslotene werkelijk geen verwijt te maken was, er toch vernietigd kan worden wegens wederzijdse dwaling.

Aangeslotene heeft zich hiertegen verweerd door te wijzen op het execution only karakter van de effectendienstverleningsrelatie en het feit dat haars inziens voor een succesvol beroep op wederzijdse dwaling vereist is dat Aangeslotene van dezelfde onjuiste veronderstellingen is uitgegaan als Consumenten, en dat daar geen sprake van kan zijn nu Aangeslotene zich in haar rol als orderuitvoerder zelf geen veronderstelling diende te vormen.

4.4.2 De Commissie is van oordeel dat het beroep van Consumenten op wederzijdse dwaling niet opgaat. Uitgangspunt daarbij is dat, gelet op de onder 4.2 vastgestelde execution only relatie, de Commissie met Aangeslotene van oordeel is dat zij zich inhoudelijk geen mening behoefde te vormen over de aankooporders of na diende te gaan of Consumenten deze orders op de voor hen juiste grondslagen of informatie hadden gebaseerd. Zo ook wordt betreffende deze wetsbepaling in de MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 910 toegelicht: "De wederpartij kan alleen gez(e)gd worden bij het sluiten van de overeenkomst van een bepaalde veronderstelling te zijn uitgegaan, als die veronderstelling ook aan zijn zijde bij de totstandkoming een rol gespeeld heeft. Beweegredenen van de dwalende waar de wederpartij niets mee te maken had, behoren buiten de bepaling te vallen."
Daaruit volgt dat Aangeslotene niet gedwaald kan hebben. Enkel om die reden al is wederzijdse dwaling niet mogelijk en een beroep daarop dan ook vergeefs voorgesteld.

4.4.3 Consumenten hebben zich voorts beroepen op dwaling in de zin van art. 6:228 lid 1 aanhef en onder b BW, betreffende een schending van de mededelingsplicht. Zij hebben daartoe onder meer gesteld dat dezelfde vereisten gelden als voor wederzijdse dwaling met dien verstande dat in plaats van het derde vereiste geldt dat Aangeslotene Consumenten had behoren in te lichten over hetgeen zij wist of behoorde te weten omtrent de dwaling. Consumenten verlangden in dat kader niet van Aangeslotene dat zij, in strijd met de wettelijke bepaling van artikel 5:57 Wft, voorwetenschap zou mededelen. Consumenten betogen wel dat Aangeslotene aan haar wettelijke mededelingsplicht invulling had moeten geven door Consumenten mede te delen dat zij beschikte over geheime informatie over X op grond waarvan Consumenten mogelijk zouden willen afzien van het verkrijgen of kopen van aandelen X en door hen aan te bevelen geen aandelen X te verkrijgen of kopen. Daarmee zou Aangeslotene niet in strijd hebben gehandeld met de wet nu daarmee geen voorwetenschap geopenbaard zou zijn, aldus Consumenten. Zij voegen daaraan toe, onder verwijzing naar enkele gerechtelijke uitspraken, dat de execution only relatie niet inhoudt dat er geen informatie- of waarschuwingsplicht op de bank rust.

Aangeslotene heeft ten verweer aangevoerd dat deze vorm van dwaling ziet op een mededelingsplicht aan de kant van Aangeslotene tegenover Consumenten omtrent haar eigen wetenschap en dat het execution only karakter van de effectendienstverleningsrelatie –

waaruit volgt dat er geen informatieplicht op haar rustte – zich daar tegen verzet. Voorts bestaat de waarschuwingsverplichting zoals door Consumenten gesteld niet aangezien de uitleg die Consumenten geven aan de door hen aangehaalde gerechtelijke uitspraken gebaseerd is op een verkeerde lezing ervan.

4.4.4 Zoals onder 4.4.2 reeds overwogen is de Commissie van oordeel dat het beroep van Consumenten op dwaling niet opgaat. Van een waarschuwingsverplichting jegens Consumenten voortvloeiend uit het in artikel 6:228 lid 1 aanhef en sub b bepaalde is ook in de omstandigheden van deze zaak geen sprake in het licht van de execution only relatie die tussen partijen geldt. Daarbij neemt de Commissie mede in overweging dat Aangeslotene, zo zij met geheime bijzonderheden over X bekend zou zijn geweest, wel degelijk in strijd met het in art. 5:57 Wft neergelegde tipverbod zou hebben gehandeld door de dan door Consumenten verlangde informatie te verstrekken. In de hiernavolgende overweging 4.5.3 gaat de Commissie hier verder op in.

4.4.5 Consumenten hebben daarnaast gesteld dat de overeenkomsten, er van uitgaande dat Aangeslotene, als rechtspersoon, weet had van of had kunnen hebben van de liquiditeitsproblemen en/of de aanzienlijke terugtrekkingen van tegoeden door klanten van X, zijn gesloten onder invloed van bedrog in de zin van art. 3:44 leden 3 en 5 BW en dat deze derhalve rechtsgeldig door Consumenten zijn vernietigd, bij brief van 24 september 2009. Ter onderbouwing van die stelling hebben Consumenten onder meer opgemerkt dat voldaan is aan de vereisten die de wet stelt aan een geslaagd beroep op bedrog, te weten 1. opzettelijk misleidend gedrag (kunstgreep); 2. opzet om de ander door dit misleidende gedrag tot het aangaan van de overeenkomst (verrichten van de rechtshandeling) te bewegen; 3. Causaal verband tussen kunstgreep en de overeenkomst (rechtshandeling) in die zin dat de overeenkomst zonder het misleidende gedrag niet of niet op dezelfde voorwaarden zou zijn gesloten en 4 (nu het misleidende gedrag niet door Aangeslotene maar door X en de Nederlandse staat is gepleegd), dat Aangeslotene als wederpartij reden had het bestaan ervan te veronderstellen. Aangeslotene kon weten dat de wil van Consumenten tot het aangaan van de overeenkomsten gebrekkig was in die zin dat zij bij het aangaan ervan een onjuiste voorstelling hadden van de situatie bij X.

Aangeslotene heeft zich tegen deze stellingen verweerd en te berde gebracht dat ook het beroep van Consumenten op bedrog niet opgaat. Bedrog impliceert immers de bedoeling om te verzwijgen, om bij iemand een onjuiste voorstelling van de werkelijkheid op te wekken en hem daardoor tot het verrichten van de rechtshandeling te bewegen en nergens blijkt uit dat X en/of de Nederlandse Staat in de dagen voorafgaand aan de aankopen van Consumenten bepaalde uitlatingen zouden hebben gedaan (of juist niet) met het oogmerk beleggers te bewegen tot het kopen van aandelen X. Bovendien is het niet Aangeslotene zelf geweest die zich aan bedrog (als daarvan al sprake is) heeft schuldig gemaakt. Derhalve kunnen Consumenten op grond van art. 3:44 lid 5 jegens haar geen beroep op bedrog doen, indien Aangeslotene geen reden had het bestaan van het bedrog te veronderstellen. Evenals ten aanzien van het beroep van Consumenten op dwaling geldt dat het voor Aangeslotene niet aan de orde was om in het kader van de aandelen- aankoop van Consumenten vast te stellen of X en/of de Nederlandse Staat zich wel of niet aan bedrog schuldig maakten omdat Aangeslotene slechts een passieve rol van orderuitvoerder had,

aldus Aangeslotene.
4.4.6 In vervolg op overweging 4.4.1 is de Commissie van oordeel dat Consumenten zich niet met succes kunnen beroepen op bedrog. In tegenstelling tot hetgeen Consumenten hebben gesteld, acht de Commissie de wettelijke vereisten van artikel 3:44 BW namelijk niet vervuld. Wat er verder zij van de informatie die X en de Nederlandse Staat in de bewuste periode hebben verstrekt, niet aannemelijk is dat zij het oogmerk hadden beleggers als Consumenten tot het aangaan van aankooptransacties te bewegen. Daarbij komt dat Consumenten niet aannemelijk hebben gemaakt dat Aangeslotene redenen had in zodanige mate te twijfelen aan de verstrekte informatie dat zij mogelijk bedrog had kunnen vermoeden. Resumerend acht de Commissie geen van de op wilsgebreken gebaseerde stellingen houdbaar, beschouwt zij de overeenkomsten derhalve niet als rechtsgeldig vernietigd en oordeelt zij dat van onverschuldigde betaling aan Aangeslotene - de gevolgtrekking welke Consumenten aan de vernietiging hebben verbonden (dat hetgeen op grond van die overeenkomsten door hen is betaald aan Aangeslotene onverschuldigd is betaald en dus door Aangeslotene dient te worden terugbetaald conform het bepaalde in art. 6:203 BW) - geen sprake is geweest.
4.4.7 Ten overvloede overweegt de Commissie dat de door Consumenten verlangde vernietiging van de aan Aangeslotene gegeven opdrachten op zichzelf nog niet meebrengt dat ook de aankooptransactie die Aangeslotene voor rekening van Consumenten heeft verricht wordt vernietigd en ongedaan moet worden gemaakt. De Commissie deelt de mening van Aangeslotene dat zij niet is opgetreden als wederpartij van Consumenten, maar als commissionair en dat zij in die hoedanigheid niet als rechthebbende van de effecten kan worden beschouwd.
4.5.1 Subsidiair hebben Consumenten wanprestatie en onrechtmatige daad aan hun vorderingen ten grondslag gelegd. Zij hebben daartoe aangevoerd dat Aangeslotene in de gegeven omstandigheden adequate maatregelen (die hadden kunnen bestaan uit de onder 3.1 vermelde klachtpunten a tot en met e) had moeten treffen ter bescherming van de belangen van Consumenten. Door dit na te laten is Aangeslotene toerekenbaar tekortgeschoten in haar contractuele verplichtingen (art. 6:74 BW) en heeft zij toerekenbaar onrechtmatig gehandeld (art. 6:162 BW) jegens Consumenten. Aangeslotene is derhalve gehouden de daardoor veroorzaakte schade, die bestaat uit het geleden koersverlies, te vergoeden. Voor zover Aangeslotene bedoelde adequate maatregelen achterwege heeft gelaten vanwege een of meer andere belangen was sprake van een belangenconflict en is Aangeslotene tekortgeschoten en/of heeft zij onrechtmatig gehandeld jegens Consumenten door Consumenten niet voorafgaand van dit belangenconflict op de hoogte te stellen (zie art. 4:88 leden 1 en 2 Wft jo art. 167b Bgfo, maar ook de bijzondere zorgplicht), aldus Consumenten.

Aangeslotene heeft deze stellingen betwist en heeft ter onderbouwing van haar verweer in deze onder meer verwezen naar een uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage d.d. 20 oktober 2009 (LJN: BK0741). Voorts heeft zij bij een eventuele vaststelling van aansprakelijkheid gewezen op een op Consumenten rustende schadebeperkingsplicht alsmede eigen schuld aan de zijde van Consumenten.
4.5.2 Ook deze stellingen van Consumenten zijn naar het oordeel van de Commissie onhoudbaar, en van een verplichting tot schadevergoeding kan dientengevolge geen sprake

zijn. Daartoe overweegt de Commissie als volgt. Zoals onder 4.2 overwogen maakt de aard van de execution only relatie dat alleen bij zeer concrete effectentechnische informatie een waarschuwings- of informatieplicht kan gelden. Naar het oordeel van de Commissie was in het onderhavige geval van zodanige informatie geen sprake.

4.5.3 Voorts zijn de door Consumenten voorgestane maatregelen, die een waarschuwing voorafgaand aan het uitvoeren van de opdrachten tot aankoop tot gevolg gehad zouden hebben, naar het oordeel van de Commissie niet uitvoerbaar voor een individuele instelling als Aangeslotene en is zij daartoe ook niet bevoegd. Zo al kan worden aangenomen, zoals door Consumenten is gesteld, dat kennis van de werkelijke situatie bij X bij Aangeslotene in de organisatie aanwezig was (nog daargelaten of die doorgesijpeld zou zijn naar de betrokken beleggingsadviseur) dan staat het een individuele instelling niet vrij dergelijke koersgevoelige informatie te openbaren. Evenmin kan zij een waarschuwend bericht doen uitgaan strekkende tot het niet langer accepteren van orders in een bepaald fonds zonder verdere inhoudelijke informatie te geven, omdat dit materieel gelijk staat aan een bekendmaking van koersgevoelige informatie als hiervoor bedoeld. Feitelijk komt een zodanige actie neer op het stilleggen van de handel in dat fonds, en de essentie van de beurshandel en het ingestelde toezicht is nu juist dat enkel de toezichthouder verantwoordelijkheid draagt en bevoegd is tot het nemen van beslissingen die zulke effecten beogen te sorteren, omdat daarmee verzekerd is dat alle beleggers gelijk worden behandeld. Voor zover Consumenten hebben betoogd dat het in 4:88 Wft bepaalde botst met de bepaling van 5:57 Wft merkt de Commissie nog op dat het beginsel dat degenen die op de effectenbeurs handelen dat met gelijke informatie doen, naar haar oordeel dermate belangrijk is als grondslag voor een eerlijke effectenhandel dat dit beginsel in voorkomende gevallen gaat boven de individuele verplichting van een bank om haar cliënten te beschermen op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheid of het loyaliteitsbeginsel

4. 6 Consument 1a heeft nog geklaagd over het feit dat Aangeslotene hem had moeten aanmelden voor de aandeelhoudersvergadering van X van 1 december 2008. Naar het oordeel van de Commissie heeft Consument 1 a onweersproken gesteld dat hij die instructie heeft gegeven, dat Aangeslotene dit bij brief van 2 februari 2009 ook heeft erkend, en dat dit voor hem tot schade aan tevergeefs gemaakte kosten heeft geleid. Deze bestaan uit reiskostenschade en inkomstenderving ten bedrage van € 117,27 respectievelijk € 480, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 december 2008. Aangeslotene heeft tegen deze vordering geen verweer gevoerd, ook niet nadat Consumenten er bij repliek nadrukkelijk op had gewezen. Derhalve zal de Commissie deze vordering als onbestreden toewijzen.

4.7 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de klachten van Consumenten, behoudens hetgeen zij onder 4.6 heeft overwogen, in al hun onderdelen ongegrond zijn en de vorderingen moeten worden afgewezen. In de kern samengevat: Consumenten hebben het risico genomen in een roerige periode omvangrijke bedragen te beleggen in een financiële onderneming, zonder zich daarbij door een adviseur te laten begeleiden. De gevolgen daarvan dienen zij, in ieder geval in hun verhouding tot Aangeslotene, die uitsluitend hun opdrachten heeft uitgevoerd, zelf te dragen. Zij mochten van Aangeslotene niet verwachten dat zij hun eventueel bij haar bekende niet publiek bekende informatie over X zou

openbaren. Dat geldt ook voor indirecte openbaring in de vorm van het afraden of onmogelijk maken van transacties.

4.8 De Commissie heeft nota genomen van de in de procedure door Consumenten gedane verzoeken om expliciete en gemotiveerde beslissingen. Aan het verzoek een e-mail van een voormalig bestuurder van Aangeslotene in het geding te brengen gaat de Commissie voorbij aangezien die in haar beoordeling geen verandering kan brengen. Zoals hiervoor is overwogen, kunnen de vorderingen van Consumenten namelijk ook niet slagen indien bij Aangeslotene bekend was dat er sprake was van liquiditeitsproblemen en het terugtrekken van tegoeden van en door klanten van X. Eventuele bevestiging hiervan door de bewuste e-mail kan in het oordeel dan ook geen verandering brengen.

4.9 Consument 2 heeft verzocht voor hem de mogelijkheid van hoger beroep open te stellen. De Commissie acht het onwenselijk dat in deze zaak, mede gelet op het belang daarvan, voor de ene Consument wel en voor de andere geen hoger beroep zou openstaan. Zij zal dan ook op grond van artikel 22.1 van het Reglement (oud) van de Commissie in verband met artikel 5.6 van het Reglement van de Commissie van Beroep de mogelijkheid van hoger beroep openen, ongeacht of wordt voldaan aan de vereisten van artikel 5 leden 1 en 3 van het Reglement van de Commissie van Beroep.

5. Beslissing

De Commissie, in het geschil van Consument 1a:
stelt bij bindend advies vast dat Aangeslotene binnen één maand na de dag van verzending aan partijen van een afschrift van dit bindend advies aan Consument 1a betaalt een bedrag ter grootte van € 597,27 te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 december 2008.
De Commissie, in beide geschillen:
stelt bij bindend advies vast dat behoudens het onder 4.6 overwogene de klachten van Consumenten ongegrond zijn en hun vorderingen worden afgewezen;
bepaalt dat tegen deze beslissing binnen de daarvoor geldende termijn hoger beroep openstaat bij de Commissie van Beroep.

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.