Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 198
d.d. 29 november 2010
(mr. J. Wortel, voorzitter, en de heren R.H.G. Mijné en de heer H. Mik RA)

1. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken:
- de brief van Consument van 20 mei 2009, door de Commissie ontvangen op 25 mei 2009, waarmee Consument een verzoek tot geschilbeslechting bij de Commissie aanhangig maakt;
- het door Consument ingevulde vragenformulier, door de Commissie ontvangen op 11 juni 2009;
- het antwoord van Aangeslotene met bijlagen van 27 oktober 2009;
- de repliek van Consument met bijlagen van 16 november 2009;
- de dupliek van Aangeslotene van 2 december 2009; en
- de relevante stukken uit het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening.

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 maart 2010. Aldaar zijn beide partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consument heeft een effectenrekening bij Aangeslotene en tussen hen bestaat een effectendienstverleningsrelatie op basis van execution only.

2.2 Consument heeft tijdens zijn dienstverband bij X 260 aandelen van het bedrijf verworven. Deze aandelen hield hij aan op zijn effectenrekening. Op deze rekening werden op de aandelen X na, geen andere effecten aangehouden.

2.3 Op 2 januari 2008 heeft Consument tezamen met zijn echtgenote het bankkantoor van Aangeslotene te Z bezocht. Aan de heer Y, baliemedewerker, heeft hij toen laten weten zijn aandelen X te willen verkopen.

2.4 De baliemedewerker brengt daarop een telefonisch contact tot stand met een tot het uitvoeren van effectentransacties bevoegde medewerker van Aangeslotene. Om 16.49 uur wordt door Consument en/of zijn echtgenote aan deze medewerker een opdracht tot verkoop van 260 aandelen X verstrekt.

2.5 Bij orderbevestiging van 3 januari 2008 heeft Aangeslotene aan Consument medegedeeld dat zijn verkoopopdracht niet is uitgevoerd.

3. Geschil

Het geschil houdt – kort en zakelijk weergegeven – het volgende in.

3.1 Consument stelt dat hij nadat hij op teletekst had gezien dat de koers van het aandeel X € 110 bedroeg, hij op 2 januari 2008 het eerdergenoemde bankfiliaal van Aangeslotene te Z heeft bezocht met de bedoeling zijn aandelen X te verkopen. Omdat de desbetreffende baliemedewerker de verkoopopdracht niet kon uitvoeren, heeft deze contact heeft gezocht met een andere afdeling van Aangeslotene te B. Aan de medewerker van Aangeslotene die Consument en/of zijn echtgenote toen

telefonisch te spreken kreeg, heeft hij en/of zij de verkoopopdracht herhaald. Daarna heeft deze medewerker Consument en/of zijn echtgenote bevestigd dat zijn verkoopopdracht was uitgevoerd.

3.2 De volgende dag is Consument naar de Commissie begrijpt met vakantie gegaan. Bij thuiskomst trof Consument de door Aangeslotene aan hem gezonden afschrift van 3 januari 2008 aan. Omdat Consument, naar hij stelt, in de veronderstelling verkeerde dat de aandelen waren verkocht heeft hij het afschrift opgevat als dat hij als gevolg van de verkoop geen recht meer had op de desbetreffende aandelen. Eerst nadat hij na enige tijd, door omstandigheden in de familiaire sfeer, opmerkte dat de bijschrijving van de verkoopopbrengst op zijn rekening uitbleef, heeft hij op 27 mei 2008 bij Aangeslotene daarnaar geïnformeerd.

3.3 Consument heeft de 260 aandelen uiteindelijk per 5 september 2008 verkocht tegen een koers van € 69,30. Consument is van mening dat het niet uitvoeren van de opdracht door Aangeslotene op tot schade heeft geleid bestaande uit 260 x (€ 110- € 69,30)= € 10.582. Consument stelt Aangeslotene aansprakelijk voor het door hem geleden verlies en vordert derhalve vergoeding daarvan van Aangeslotene.

3.4 Consument merkt ten aanzien van de koers nog op dat hij het bankfiliaal binnen is gegaan met de opdracht zijn aandelen te verkopen en niet met de opdracht ze tegen een koers van € 110 te verkopen. Van het bestaan van dag- en limietorders was Consument tot aan onderhavige procedure niet op de hoogte, laat staan dat hij een dergelijke opdracht heeft verstrekt.

3.5 Consument voert tot slot nog aan dat hij bij Aangeslotene een verzoek heeft ingediend tot het beluisteren van de bandopname van het telefoongesprek van 2 januari 2008 en dat hij van Aangeslotene te horen heeft gekregen dat de opname niet meer kan worden achterhaald. Het gegeven dat Aangeslotene naar de mening van Consument gehouden is bandopnames vijf jaar te bewaren en zij de bandopname thans niet kan reproduceren, vormt zijns inziens al reden om zijn vordering toe te wijzen.

3.6 Aangeslotene stelt zich op het standpunt dat Consument destijds het betreffende bankfiliaal heeft bezocht en de baliemedewerker te kennen heeft gegeven 260 aandelen X te verkopen voor € 110 per stuk. Omdat de heer Y niet de bevoegdheid had om de verkoop te bewerkstelligen heeft hij bij wijze van serviceverlening het telefoonnummer van de beleggingslijn van Aangeslotene ingetoetst en de telefoon vervolgens aan de echtgenote van Consument gegeven. Na beëindiging van het telefoongesprek verklaarde de echtgenote van Consument dat de aandelen waren verkocht.

3.7 De order is vervolgens naar de beurs gebracht. Omdat geen koper bereid bleek de aandelen voor de prijs van € 110 te verwerven, heeft geen match kunnen plaatsvinden. Aan het eind van de beursdag is de order komen te vervallen, omdat Consument naar Aangeslotene stelt de order had opgegeven als een dagorder.

3.8 Aangeslotene wijst erop dat volgens de bij haar geldende vaste procedures orders voordat ze worden ingelegd eerst aan de cliënt wordt teruggelezen. Daarbij wordt ook gemeld om wat voor order het gaat (dag of doorlopend) en of het een bestens dan wel limietopdracht betreft. Niet eerder dan nadat de cliënt na het teruglezen van de order zijn akkoord heeft gegeven, wordt de order ingelegd.

3.9 Aangeslotene vindt het spijtig dat zij de opname van het gesprek van 2 januari 2008 niet meer kan achterhalen. Zij hecht er dienaangaande wel aan op te merken dat op haar niet de wettelijke verplichting rust deze gegevens te bewaren. Als al een opmerking zou zijn gemaakt betreffende de uitvoering van de opdracht, hetgeen Aangeslotene betwist, kan daarmee alleen bedoeld zijn bedoeld dat de order was

weggezonden (dus ingelegd in het orderboek van Euronext). Toezeggingen over de verkoopprijs worden niet en mogen ook niet worden gedaan, aldus Aangeslotene.

3.10 Aangeslotene heeft één dag nadat de order was opgegeven Consument een afschrift gezonden waarop was vermeld dat de opdracht niet was uitgevoerd en was komen te vervallen. Doordat Consument niet direct contact heeft opgenomen met haar, mocht Aangeslotene naar zij stelt ervan uitgaan dat Consument in het vervallen van de opdracht had berust. Tevens heeft Consument door bijna een half jaar te wachten alvorens bij haar te reclameren, Aangeslotene de mogelijkheid ontnomen om als er al sprake is geweest van een fout harerzijds deze fout recht te zetten.

3.11 Tot slot meldt Aangeslotene dat Consument niet heeft voldaan aan zijn verplichting tot beperking van zijn schade. Bij ontvangst van het afschrift van 3 januari 2008 had Consument duidelijk moeten zijn dat de order niet was uitgevoerd en had hij maatregelen moeten nemen ter beperking van zijn schade. Aangeslotene is dan ook van mening dat als de Commissie al zou oordelen dat sprake is van aansprakelijkheid harerzijds, de verliezen van na 3 januari 2008 niet voor haar rekening behoren te komen.

4. Beoordeling

Uit hetgeen partijen over en weer hebben gesteld, overweegt de Commissie als volgt.

4.1 De Commissie stelt vast dat de tussen partijen bestaande relatie moet worden gekenschetst als execution only. Dat wil zeggen dat Consument zijn beleggingsbeslissingen geheel zelfstandig neemt, waarbij de dienstverlening van Aangeslotene zich beperkt tot het doorgeven of (doen) uitvoeren van orders.

4.2 Onderhavig geschil ziet uitsluitend op de uitvoering van de door Consument verstrekte opdracht tot verkoop van de in zijn bezit zijnde aandelen X. Dienaangaande staat vast dat Consument op 2 januari 2008 naar het eerdergenoemde bankfiliaal van Aangeslotene te Z is gegaan om zijn aandelen te verkopen. Eveneens staat vast dat ter plekke een telefonisch contact tot stand is gekomen met een medewerker van de beleggingslijn van Aangeslotene die bevoegd was tot het aannemen van orders.

4.3 De Commissie acht het op basis van het over en weer door partijen gestelde aannemelijk dat in het telefoongesprek met eerdergenoemde medewerker aan de orde is gekomen dat Consument de aandelen wilde verkopen omdat hij op teletekst had gezien dat de koers van het aandeel € 110 was. Tevens acht de Commissie het aannemelijk dat de desbetreffende medewerker toen tegen Consument heeft gezegd dat de koers inmiddels was gezakt en dat Consument heeft laten weten toch te willen verkopen.

4.4 In de gegeven omstandigheden ligt het naar het oordeel van de Commissie op de weg van Aangeslotene om te bewijzen dat niet zoals redelijkerwijs verwacht zou kunnen worden de opdracht is gegeven om tegen een realiseerbare koers te verkopen, doch integendeel dat Consument wilde verkopen tegen de koers die hij op teletekst had gezien en waarvan vaststaat dat die inmiddels op de betreffende dag niet meer bestond.

4.5 Dat tegenbewijs had Aangeslotene kunnen leveren door transcripties van het telefoongesprek van 2 januari 2008 over te leggen. Aangeslotene is daartoe niet meer in staat ofschoon vaststaat dat volgens het door haar ter zitting toegelichte interne bedrijfsproces dat gesprek niet verloren kan zijn gegaan. Nu Aangeslotene het redelijkerwijs van haar te verwachten tegenbewijs niet kan leveren om redenen die

voor haar risico komen, volgt de Commissie Consument in zijn stelling dat hem in het telefoongesprek is toegezegd dat de door hem opgegeven order tot verkoop van 260 aandelen X is uitgevoerd. Op die mededeling had Consument naar het oordeel van de Commissie mogen vertrouwen.

4.6 Gelet daarop dient Aangeslotene Consument naar het oordeel van de Commissie de schade te vergoeden die is ontstaan door de omstandigheid dat Consument naar aanleiding van het afschrift van 3 januari 2008 geen maatregelen heeft genomen om die aandelen alsnog zo snel mogelijk te verkopen. Voor dat nadeel is Consument echter ook deels zelf verantwoordelijk. Hoe begrijpelijk de redenen van Consument ook zijn geweest voor de vertraagde reactie zijnerzijds, naar het oordeel van de Commissie had het op zijn weg gelegen om binnen een redelijke termijn te reageren op, en zo nodig gevolg te geven aan, de mededeling op het afschrift van 3 januari 2008 dat de order niet was uitgevoerd. Tussen de ontvangt van het afschrift en Consuments reactie naar Aangeslotene is bijna zes maanden gelegen. De Commissie kwalificeert dit niet als een redelijke termijn. Nu Consument te lang heeft gewacht met reageren naar Aangeslotene, moet hij een deel van de door hem geleden schade zelf dragen.

4.7 Ten aanzien van de door Aangeslotene aan Consument te vergoeden schade overweegt de Commissie als volgt. De koers van het aandeel X heeft naar de Commissie is gebleken in de periode voorafgaand en na plaatsing van de order grote bewegingen getoond. Omdat een precieze berekening van de geleden schade daarom niet mogelijk is, gaat de Commissie ervan uit dat indien Consument binnen een redelijke termijn na ontvangst van het afschrift van 3 januari 2008 aan Aangeslotene te kennen zou hebben gegeven dat hij zijn aandelen alsnog wilde verkopen, die transactie uitgevoerd had kunnen worden tegen een koers van € 85. Aldus stelt de Commissie in redelijkheid vast dat Aangeslotene aan Consument dient te vergoeden het verschil tussen de gemiddelde koers op 2 januari 2008 (€ 106,75 + € 103,22= € 209,97/2=) € 104,99 en € 85 derhalve € 19,99 x 260 = € 5.197,40

4.8 Tevens ziet de Commissie aanleiding om te bepalen dat Aangeslotene als in het ongelijk gestelde partij, de door Consument betaalde eigen bijdrage voor behandeling van onderhavig geschil door de Commissie aan Consument vergoedt.

4.9 Het meer of anders gevorderden wijst de Commissie af.

5. Beslissing

De Commissie stelt het bindend advies vast dat Aangeslotene binnen de termijn van zes weken na verzending aan partijen van een afschrift van dit bindend advies aan Consument vergoedt € 5.197,40, vermeerderd met de door Consument betaalde eigen bijdrage voor de behandeling van dit geschil (€ 50).
Het meer of anders gevorderde wordt afgewezen.