KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-102 d.d. 2 april 2012
(mr. J. Wortel, voorzitter, de heren H. Mik en G.J.P. Okkema, leden en mr. E.E. Ribbers, secretaris)

Samenvatting

Execution only. Eiser stelt schade te hebben geleden door storingen in de door de bank ter beschikking gestelde systemen voor het inleggen van transacties. Volgens de Commissie heeft de bank een inspanningsverplichting om de systemen storingsvrij te houden. De vordering wordt afgewezen omdat Consument niet aannemelijk heeft gemaakt dat de bank toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van deze inspanningsverplichting.

1. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken:
- het door de Ombudsman Financiële Dienstverlening overgelegde dossier;
- het ingevulde en op 18 februari 2011 door Consument ondertekende vragenformulier met bijlagen;
- de brief namens Aangeslotene van 19 mei 2011;
- het antwoord namens Aangeslotene van 11 oktober 2011met bijlagen;
- de repliek van Consument van 24 oktober 2011 met bijlagen;
- de dupliek van Aangeslotene van 9 november 2011.

De Commissie heeft vastgesteld dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid.
De Commissie heeft voorts vastgesteld dat beide partijen het advies als bindend zullen aanvaarden.
De Commissie heeft partijen opgeroepen voor een mondelinge behandeling te Den Haag op woensdag 1 februari 2012. Aldaar zijn partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
2.1 Tussen Aangeslotene en Consument bestaat een execution only dienstverleningsrelatie inzake het verrichten van transacties in effecten. In het kader daarvan maakt Consument onder meer gebruik van een door Aangeslotene ter beschikking gesteld elektronisch systeem voor actuele koersinformatie en het inleggen van effectenorders, de zogenoemde X-Box. Bij het verrichten van transacties kan Consument gebruik maken van een door Aangeslotene beschikbaar gesteld effectenkrediet.
2.2 Inzake de dienstverlening ter zake de X-Box zijn de door Aangeslotene gehanteerde Algemene Voorwaarden Toegang (naam Aangeslotene) en de Algemene

Voorwaarden (naam Aangeslotene) X-Box toepasselijk. In artikel 19 Algemene Voorwaarden Toegang (naam Aangeslotene) is het volgende bepaald:
"Artikel 19 Technische infrastructuur

1. (Naam Aangeslotene) is niet verantwoordelijk voor en draagt niet het risico van de niet onder haar beheer staande technische infrastructuur die nodig is voor de Communicatie met (naam Aangeslotene) zoals het telefoonnet en de apparatuur van internet providers. (naam Aangeslotene) is dan ook niet aansprakelijk voor het niet bij haar aankomen van berichten of verminking van berichten.
2. (Naam Aangeslotene) zal zich inspannen om de infrastructuur voor zover die wel onder haar beheer valt zodanig beschikbaar te houden dat Cliënt binnen de door (naam Aangeslotene) aangegeven tijden van beschikbaarheid in staat is tot elektronische en telefonische Communicatie. (naam Aangeslotene) geeft evenwel geen garantie voor de daadwerkelijke beschikbaarheid en aanvaardt daarvoor geen aansprakelijkheid behoudens het geval van grove nalatigheid. In dat geval zal de aansprakelijkheid van (naam Aangeslotene) zijn beperkt tot eventuele directe schade van Cliënt."

Artikel 3 lid 5 en artikel 12 leden 1 en 2 Algemene Voorwaarden (naam Aangeslotene) X-Box luiden als volgt:
"5. De via X-Box beschikbaar gestelde informatie is afkomstig van derden. Noch (naam Aangeslotene) noch deze derden zijn aansprakelijk voor het niet actueel zijn, onjuistheid of onvolledigheid van deze informatie."
Artikel 12:
"Aansprakelijkheids-/ schadevergoedingsbeperking

1. (Naam Aangeslotene) is, behoudens haar eigen opzet of grove schuld, niet aansprakelijk voor schade die direct of indirect voortvloeit uit:
    - het geheel of gedeeltelijk niet bereikbaar zijn of anderszins niet of niet behoorlijk functioneren van X-Box;
    - wijziging, opschorting en/of beëindiging van X-Box als Bankdienst.
2. (Naam Aangeslotene) is uitsluitend aansprakelijk voor directe schade. (Naam Aangeslotene) is niet aansprakelijk voor indirecte schade, gevolgschade en/of gederfde winst.

(….)"

2.3 Gedurende het jaar 2009 heeft Consument in negen gevallen schadevergoeding van Aangeslotene geclaimd als gevolg van opgetreden storingen in de X-Box c.q. andere systemen. In alle gevallen heeft Aangeslotene de schadeclaim afgewezen. In de loop van 2010 heeft Consument zes maal een klacht ingediend bij Aangeslotene vanwege een storing in de X-Box c.q. andere systemen. Ten aanzien van de eerste drie klachten heeft Aangeslotene Consument een deel van de door hem geclaimde schade vergoed. Ten aanzien van de laatste drie klachten heeft Aangeslotene onder meer bij brief van 7 februari 2011 een schikkingsvoorstel gedaan tot betaling van een bedrag van € 1.500,-. Consument heeft dit afgewezen.

2.5 Ter zitting stelt Aangeslotene onweersproken dat Consument in de jaren 2009 en 2010 ongeveer 1.700 transacties heeft verricht.

3. Geschil

3.1 Consument vordert dat de Commissie bepaalt dat Aangeslotene gehouden is Consument een bedrag te betalen van € 18.680,-. Dit betreft de door Consument over de jaren 2009 en 2010 geclaimde schade verminderd met door Aangeslotene reeds betaalde schadevergoeding. Hiernaast vordert Consument per schadegeval vergoeding van de wettelijke rente te berekenen vanaf de datum waarop die schade ontstond.

3.2 Deze vorderingen steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen:

- Aangeslotene is toerekenbaar tekort geschoten vanwege een fout in de door Aangeslotene gebruikte systemen bij het valideren van orders. Als gevolg van de systeemfout werd de bestedingsruimte onjuist berekend en daardoor ten onrechte beperkt. Verder vond geen terugmelding van door Consument ingelegde orders plaats waardoor zijn portefeuille niet up to date was. De systeemfout heeft gevolgen gehad voor alle door Aangeslotene aangeboden wijzen van orderinleg, derhalve voor het handelen via de X-Box, via Internetbankieren en via de beleggingslijn. Door de systeemfout kon Consument geen orders inleggen. Consument is daghandelaar en het snel kunnen handelen is daarbij van groot belang. Gedurende de jaren 2009 en 2010 heeft Consument hierdoor in een aantal gevallen schade ondervonden. Aangeslotene heeft hiernaast nagelaten om de in eerdere instantie al door Consument gemelde systeemfout direct te onderzoeken en op te lossen. Aangeslotene heeft de betreffende systemen steeds weer online gezet zonder dat de inmiddels bekende fout was opgelost en zonder waarschuwing aan de gebruikers;
- aangezien het gaat om de centrale systemen van Aangeslotene kan zij zich niet beroepen op de afhankelijkheid van derden;
- Aangeslotene kan zich niet beroepen op artikelen 3 lid 5 en 12 Algemene Voorwaarden (naam Aangeslotene) X-Box omdat dit bedingen zijn in de zin van artikel 6:237 onder f BW (grijze lijst);
- Consument is van mening voldoende bewijs te hebben geleverd voor de transacties die hij stelt niet te hebben kunnen uitvoeren. Consument wijst er in dit verband ook op dat Aangeslotene in sommige gevallen niet in staat blijkt te zijn om transcripties van bepaalde telefoongesprekken van Consument met de beleggerslijn aan te leveren omdat vanwege technische problemen gesprekken niet zijn opgenomen. Hierdoor kan Consument geen bewijs leveren voor een bepaalde stelling. Hij is van mening dat zijn schadeclaim in die gevallen “automatisch” dient te worden toegewezen;
- Consument heeft zijn schade proberen te beperken door gebruik te maken van alternatieve orderinlegmogelijkheden (Internetbankieren, beleggingslijn en mobiel bankieren). Echter dit kost tijd zodat Consument als daghandelaar al niet meer kan inspelen op actuele koersontwikkelingen. Hiernaast bleken de alternatieve orderinlegmogelijkheden ook op hetzelfde tijdstip onbereikbaar. Consument wijst hier bijvoorbeeld op de beleggerslijn (telefoon) waar hier de

verbinding regelmatig werd verbroken na de melding dat alle medewerkers in gesprek zijn;

3.3 Aangeslotene heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. Beoordeling

4.1 Het verweer van Aangeslotene dat voor zover de klachten van Consument niet op de X-Box zien, deze klachten niet-ontvankelijk zijn omdat Consument die klachten niet eerst aan de interne klachtenafhandeling van Aangeslotene en de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft voorgelegd, wordt verworpen. Naar het oordeel van de Commissie blijkt uit de op 28 april 2009 door Consument aan de interne klachtenafdeling van Aangeslotene gezonden email, de brief van 22 maart 2010 van de toenmalige advocaat aan de Ombudsman Financiële Dienstverlening alsmede de brief van 22 november 2010 waarin de Ombudsman Financiële Dienstverlening zijn oordeel over de klacht van Consument geeft, afdoende dat de klachten van Consument niet uitsluitend betrekking hadden op de X-Box maar in zijn algemeenheid op de door Aangeslotene ter beschikking gestelde systemen voor het inleggen van orders.

4.2 Tussen Consument en Aangeslotene bestaat een execution only-relatie. In deze vorm van effectendienstverlening neemt de belegger zelfstandig en zonder enige begeleiding beleggingsbeslissingen. De rol van Aangeslotene beperkt zich tot het verwerken van de door de belegger gegeven orders. In het onderhavige geval kan Consument orders inleggen via de X-Box, Internetbankieren, de beleggings-orderlijn van Aangeslotene alsmede mobiel bankieren.

4.3 Op de rechtsverhouding tussen Consument en Aangeslotene zijn (onder meer) toepasselijk de Algemene Voorwaarden Toegang (naam Aangeslotene), hierna "AVT" en de Algemene Voorwaarden (naam Aangeslotene) X-Box, hierna "AV X-Box". Uit artikel 19 lid 2 AVT volgt dat op Aangeslotene een inspanningsverplichting rust om de technische infrastructuur voor zover die onder haar beheer valt zodanig beschikbaar te houden dat Consument binnen de door Aangeslotene aangegeven tijden van beschikbaarheid in staat is tot elektronische en telefonische communicatie. Door Consument is niet aangevoerd en ook niet aannemelijk gemaakt dat tussen hem en Aangeslotene, in afwijking van het bepaalde in artikel 19 lid 2 AVT, is overeengekomen dat Aangeslotene garandeert dat er geen storingen in de bij haar onder beheer staande technische infrastructuur zullen voorkomen, zodat de Commissie uit gaat van de in artikel 19 lid 2 AVT geformuleerde inspanningsverplichting van Aangeslotene.

4.4 De vraag die de Commissie dient te beantwoorden is of, zoals Consument stelt, Aangeslotene jegens Consument tekort is geschoten in de nakoming van de op haar rustende inspanningsverplichting om de technische infrastructuur voor zover die onder haar beheer valt zodanig beschikbaar te houden dat Consument binnen de door Aangeslotene aangegeven tijden van beschikbaarheid in staat is tot elektronische

en telefonische communicatie. De Commissie beantwoordt deze vraag ontkennend en zal dat hieronder toelichten.

4.5 Ter onderbouwing van zijn stelling heeft Consument zich beroepen op een aantal in 2009 respectievelijk 2010 opgetreden storingen in de technische infrastructuur van Aangeslotene als gevolg waarvan Consument stelt schade te hebben geleden. De Commissie stelt vast dat het hierbij in totaal 15 storingen betreft. In drie van deze gevallen heeft Aangeslotene Consument een schadevergoeding toegekend welke door Consument is geaccepteerd, deze gevallen zijn daarmee afgedaan en Consument kan zich daarover niet meer bij de Commissie beklagen. In de overige 12 gevallen heeft Aangeslotene de schadeclaim van Consument gemotiveerd afgewezen.

4.6 De Commissie stelt vast dat in de 12 resterende gevallen wellicht sprake is geweest van een storing in de technische infrastructuur als gevolg waarvan Consument (tijdelijk) niet heeft kunnen handelen. Naar het oordeel van de Commissie heeft Consument daarbij echter niet aannemelijk kunnen maken dat de opgetreden storingen het gevolg waren van het toerekenbaar tekort schieten van Aangeslotene in de nakoming van bovenomschreven inspanningsverplichting. De Commissie stelt in dit kader vast dat uit de ter zake van de storingen door partijen overgelegde stukken blijkt dat de storingen diverse oorzaken hadden. Van structurele aan Aangeslotene toe te rekenen systeemfouten is de Commissie niet gebleken. Verder merkt de Commissie op dat door Aangeslotene ter zitting onweersproken is opgemerkt dat Consument in de jaren 2009 en 2010 ongeveer 1700 transacties via de systemen van Aangeslotene heeft verricht zodat het door Consument genoemde aantal van 15 storingen een fractie daarvan is en eveneens niet wijst op structurele fouten in de systemen van Aangeslotene. Ten slotte wijst de Commissie er op dat Consument daghandelaar is en zeer frequent transacties via de systemen van Aangeslotene wenst te verrichten. De verwachtingen die Consument hierbij heeft over het ongestoord functioneren van de systemen van Aangeslotene sluiten veeleer aan bij die van een professionele handelaar maar passen niet bij de thans tussen parijen bestaande rechtsverhouding. Voor zover Aangeslotene een dergelijke vorm van dienstverlening aanbiedt zal die gepaard gaan met een passend kostenniveau.

4.7 Uit het bovenstaande vloeit voort dat de vorderingen van Consument zullen worden afgewezen. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

5. Beslissing

De Commissie wijst, als bindend advies, de vordering van Consument 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.