

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2015-012 d.d.
6 januari 2015
(mr. J. Wortel, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA en J.C. Buiten, leden en mr. M.J.M.
Fennis, secretaris)**

Samenvatting

Margintekort. Vijfdagentermijn. Artikel 86 Bgfo. Aangeslotene was er wettelijk toe gehouden er op toe te zien dat een margintekort uiterlijk binnen vijf werkdagen na het ontstaan ervan wordt opgeheven. Van bijzondere omstandigheden die een afwijking van dit voorschrift zouden kunnen rechtvaardigen is de Commissie niet gebleken. De door Consument toegezegde zekerheden voldeden niet. Aangeslotene heeft niet aan de op haar rustende verplichtingen voldaan. Vordering van Consument is gedeeltelijk toegewezen.

Consument,

tegen

BinckBank N.V. gevestigd te Amsterdam, hierna te noemen Aangeslotene.

1. Procesverloop

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

- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het van Consument op 8 juli 2013 ontvangen vragenformulier met bijlagen;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

De Commissie stelt vast dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening (hierna: de Ombudsman) niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat partijen haar advies als bindend aanvaardden. Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 10 april 2014 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

- 2.1. Consument belegt sinds 2009 op basis van een execution only overeenkomst bij Aangeslotene. Consument belegde daarbij onder meer in geschreven opties op de AEX en geschreven opties op aandelen. Vanwege deze optiehandel is Consument meerdere malen geconfronteerd met de procedure inzake margintekorten waarbij hij verplicht was de ontstane margintekorten aan te vullen. Onderwerp van het onderhavig geschil zijn twee perioden waarin margintekorten zijn ontstaan en die langer hebben geduurd dan de krachtens dwingend voorschrift gestelde norm van vijf werkdagen.

- 2.2. Op woensdag 1 juni 2011 is er een margintekort ontstaan, naar aanleiding waarvan Aangeslotene aan Consument een zogenoemde tekortenbrief heeft gezonden en Consument het tekort uiterlijk op dinsdag 7 juni 2011 diende te hebben aangevuld of aanvullende zekerheid te hebben gesteld. Naar aanleiding van het geconstateerde tekort is er op dinsdag 7 juni 2011 telefonisch contact geweest tussen Consument en Aangeslotene. Consument heeft daarbij aan Aangeslotene toegezegd een bedrag van 7.000.000,- Bath vanuit [land] te laten overboeken. Het bedrag zou op de rekening bij Aangeslotene worden aangeboden in USD met een tegenwaarde van ruim € 150.000,-. Vanwege deze toezegging heeft Aangeslotene op 7 juni 2011 besloten haar bevoegdheid om het ontstane tekort op te heffen door een deel van de bij haar aangehouden beleggingen van Consument te verkopen, niet uit te oefenen. Op woensdag 8 juni 2011 heeft Aangeslotene een faxbericht van de bank van Consument uit [land] ontvangen waaruit de bevestiging van de overboeking bleek. Op donderdag 9 juni 2011 heeft Aangeslotene het toegezegde bedrag daadwerkelijk ontvangen, waarmee het margintekort alsnog was aangezuiverd.
- 2.3. Op vrijdag 29 juli 2011 ontstond opnieuw een margintekort naar aanleiding waarvan Aangeslotene aan Consument een tekortenbrief heeft verzonden. Op vrijdag 5 augustus 2011 uiterlijk diende het tekort door Consument te zijn aangevuld of voldoende zekerheid te zijn gesteld.
- 2.4. Op 5 augustus 2011 is er een bedrag van € 84.980,50 op de rekening bij Aangeslotene bijgeschreven. Tevens heeft Consument aan Aangeslotene een e-mail gezonden waarin hij heeft aangegeven dat hij "holdings" in [land 1] had die hij te gelde wilde laten maken om zodoende de margincalls met een bedrag van ongeveer € 120.000,- te kunnen dekken. Consument heeft verder aangegeven dat hij onmiddellijk een instructie kon geven om dit bedrag over te maken naar Aangeslotene. Later die dag heeft Aangeslotene aan Consument bevestigd met het voorstel van Consument in te stemmen.
- 2.5. Om 15:49 uur op vrijdag 5 augustus 2011 bedroeg het margintekort, aldus de becijfering van Aangeslotene, € 120.696,17. Vanwege de verwachte overboeking door Consument vanuit [land 1], heeft Aangeslotene voor de berekening van de vrije bestedingsruimte rekening gehouden met dat nog te ontvangen bedrag en geconcludeerd dat er op dat moment een positieve vrije bestedingsruimte was, waarmee naar zeggen van Aangeslotene de tekortenprocedure als beëindigd is beschouwd.
- 2.6. Op maandag 8 augustus 2011 heeft Aangeslotene van de bank van Consument in [land 1] een bevestiging ontvangen dat de [land 1]se holdings waren verkocht en dat de opbrengst zo snel mogelijk naar Aangeslotene zou worden overgemaakt.
- 2.7. Ook op maandag 8 augustus 2011 heeft Aangeslotene een tekortenbrief aan Consument gestuurd met de mededeling dat die dag opnieuw een margintekort was ontstaan, en de termijn voor opheffing van het margintekort ditmaal eindigde op vrijdag 12 augustus 2011.
- 2.8. Op vrijdag 12 augustus 2011 waren er nog geen gelden uit [land 1] ontvangen.
- 2.9. Op woensdag 17 augustus 2011 heeft Aangeslotene een bedrag van € 106.366,97 uit [land 1] ontvangen. Het margintekort was daarmee gedeeltelijk aangevuld. Aangeslotene heeft die dag evenwel geen posities van Consument gesloten om het restant van het tekort op te heffen.
- 2.10. Op vrijdag 19 augustus 2011 heeft Aangeslotene Consument geïnformeerd dat op dat moment nog steeds een margintekort bestond van ongeveer € 150.000, - en dat dit nog dezelfde dag diende te worden aangevuld. Consument heeft aan Aangeslotene medegedeeld dat hij het bedrag dezelfde dag zou laten overmaken, maar dat het bedrag

niet dezelfde dag door Aangeslotene zou worden ontvangen omdat de gelden ditmaal vanuit [land 2] dienden te worden overgemaakt. Aangeslotene heeft daarvan geen bevestiging van de bank van Consument uit [land 2] ontvangen.

- 2.1.1. Op 26 augustus 2011 is Aangeslotene er toe over gegaan posities van Consument te sluiten en daarmee het tekort op te heffen.

3. De vordering en grondslagen

- 3.1. Consument vordert schadevergoeding van Aangeslotene. De grondslag voor de vordering is als volgt:

- Aangeslotene heeft niet in overeenstemming gehandeld met de op haar rustende liquidatieplicht;
- Aangeslotene heeft onvoldoende gewaarschuwd voor de gevolgen van de oplopende margintekorten;
- Aangeslotene heeft diverse bedragen uit [land 1] en [land] geaccepteerd zonder oorsprong en identiteit van de bankrekeningen van waaruit de betalingen geschiedde te toetsen;
- Aangeslotene heeft geen melding gemaakt van de margintekorten, maar heeft uitsluitend volstaan met het vermelden van de tekortenprocedure op de vrije bestedingsruimte;
- Aangeslotene heeft niet volledig voldaan het ken-uw-klant beginsel, de gegevens over de financiële positie van Consument zijn onbekend bij Aangeslotene;
- Aangeslotene heeft gelden geaccepteerd die onderdeel uitmaakten van de pensioenvoorziening van Consument.

- 3.2. Aangeslotene heeft gemotiveerd verweer gevoerd. De door partijen betrokken stellingen worden, voor zover relevant, in het hiernavolgende besproken.

4. Beoordeling

- 4.1.1. Het geschil betreft de voorschriften met betrekking tot het bewaken van de marginverplichtingen in verband met optieposities. Regel is dat een beleggingsonderneming de plicht heeft er op toe te zien dat cliënten die optieposities hebben in financiële instrumenten waaruit verplichtingen kunnen voortvloeien, voortdurend over voldoende saldi, in geld dan wel stukken, beschikken om aan die verplichtingen te kunnen voldoen. Indien een tekort ontstaat, is de beleggingsonderneming gehouden dit tekort binnen ten hoogste vijf beursdagen op te heffen, desnoods door optieposities van de desbetreffende cliënt op eigen gezag te sluiten. Dit volgt uit artikel 86 lid 2 Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft ("Bgf"). Cliënt kan daaraan ontkomen door of het tekort op te heffen of door voldoende zekerheid te stellen waaruit de verplichtingen kunnen worden voldaan.

- 4.1.2. Deze voorschriften behoren tot de toezichtwetgeving en zijn gegeven met het oog op een ordelijk verloop van de beurshandel. De marginbewaking en liquidatieplicht gelden ter bescherming van de marktpartijen tegen het risico dat een belegger zijn verplichtingen jegens de markt en/of afwikkelorganisaties niet kan nakomen. In de rechtspraak evenwel zijn die voorschriften tevens in verband gebracht met de bijzondere zorgplicht die een beleggingsonderneming heeft ten opzichte van haar (niet professioneel optredende) cliënt. De marginbewaking en liquidatieplicht strekken derhalve ook tot bescherming van de cliënt, die door koersschommelingen van de onderliggende waarden geconfronteerd kan

worden met zeer snel en hoog oplopende verliezen indien het margintekort niet tijdig wordt opgeheven. Deze achtergrond van de voorschriften rond (de opheffing van) margintekorten brengt mee dat een beleggingsonderneming in beginsel geen vrijheid heeft daarvan af te wijken. Aangeslotene was derhalve krachtens wettelijk voorschrift gehouden erop toe te zien dat de margintekorten binnen vijf werkdagen na het ontstaan ervan werden opgeheven, behoudens bijzondere omstandigheden die het oordeel kunnen dragen dat de door deze voorschriften beschermde belangen niet in gevaar komen zodat een afwijking van die voorschriften is gerechtvaardigd.

Tekortenprocedure juni 2011

- 4.2.1. Op grond van het op dinsdag 1 juni 2011 geconstateerde margintekort en de verzonden tekortenbrief, diende Consument uiterlijk op maandag 7 juni 2011 het tekort te hebben aangevuld, dan wel voldoende zekerheid te hebben gesteld. Op 7 juni 2011 is er contact geweest tussen Aangeslotene en Consument waarin Consument toezegde uit [land] een bedrag te laten overboeken met een tegenwaarde van ruim € 150.000. Op 8 juni 2011 ontving Aangeslotene een fax van de betreffende bank uit [land] waarin de toezegging van Consument werd bevestigd en op 9 juni 2011 zijn de gelden door Aangeslotene ontvangen.
- 4.2.2. Aangeslotene heeft daarmee niet overeenkomstig de dwingende regels die voortvloeien uit artikel 86 lid 2 Bgfo gehandeld. Op grond van artikel 86 lid 2 Bgfo had Aangeslotene op 7 juni 2011 vanwege het margintekort maatregelen moeten nemen. Immers op dat moment was het margintekort niet opgeheven en zekerheden zijn op dat moment ook niet gesteld. De toezegging van Consument op 7 juni 2011 kan niet als een zekerheid in de zin van de wet worden beschouwd aangezien die toezegging Aangeslotene niet rechtstreeks de beschikking over het toegezegde saldo verschafte. Daarvoor zullen de toegezegde gelden eerst op de bankrekening bij Aangeslotene bijgeschreven moeten zijn. Tot dat moment had Aangeslotene niet de vereiste zekerheid. De Commissie wijst op artikel 6:51 BW lid 2 waarin is bepaald dat de schuldenaar op de aangeboden zekerheid zonder moeite verhaal zal kunnen nemen.
- 4.2.3. Om dezelfde reden kon Aangeslotene bijzondere omstandigheden als hiervoor bedoeld evenmin vinden in de verzekering van Consument dat hij elders middelen aanhield die voldoende waren om in het tekort te voorzien, temeer omdat deze middelen zich volgens Consument in het buitenland bevonden.
- 4.2.4. De enkele stelling van Aangeslotene dat zij Consument ter wille heeft willen zijn door hem op 7 juni 2011 uitstel te verlenen, kan haar dus niet ontheffen van de verplichting de hiervoor genoemde voorschriften stipt na te leven. Aangeslotene had op 7 juni 2011 tot het sluiten van posities over moeten gaan.
- 4.2.5. Nu vaststaat dat Aangeslotene niet conform artikel 86 lid 2 Bgfo heeft gehandeld, is de vraag of er sprake is van aan die tekortkoming toe te rekenen schade. Dat is niet het geval. Consument ziet zijn schade kennelijk in de omstandigheid dat bij ingrijpen van Aangeslotene op 7 juni 2011 tegen (relatief) gunstige koersen zou zijn verkocht. Zijn stellingen houden evenwel niet in dat het na die datum openstaan van de door hem geschreven opties tot een groter verlies heeft geleid dan reeds uit het schrijven van de opties voortvloeide. Het verlies dat consument heeft geleden staat niet in rechtstreeks verband met het overtreden van de voorschriften van artikel 86 lid 2 Bgfo. Daarom kan een op die opties geleden nadeel niet redelijkerwijs aan de tekortkoming van Aangeslotene worden toegerekend.

Tekortenprocedure augustus

- 4.3.1. Met betrekking tot de tekortenprocedure in augustus 2011 geldt min of meer hetzelfde als het hiervoor gestelde. Nadat Aangeslotene op 29 juli 2011 een margintekort had geconstateerd, had zij op 5 augustus 2011 toen het margintekort, ook nadat er een bedrag van € 84.980,50 was bijgeschreven, nog steeds gedeeltelijk aanwezig was, tot sluiting van posities van Consument hebben moeten overgaan om het tekort volledig op te heffen.
- 4.3.2. Dat Aangeslotene, zoals zij stelt, op 5 augustus 2011 heeft geconstateerd dat het tekort als opgeheven kon worden beschouwd indien rekening werd gehouden met de toezegging van Consument dat ongeveer € 120.000 zou worden overgemaakt, onthief haar om de hiervoor uiteengezette redenen niet van haar verplichting desnoods eigenmachtig posities van Consument te sluiten teneinde het margintekort binnen de termijn op te heffen. Het margintekort is derhalve blijven voortduren en er was, anders dan in de bij 2.7 hiervoor genoemde brief van Aangeslotene vermeld geen sprake van een op maandag 8 augustus 2011 opnieuw ontstaan margintekort.
- 4.3.3. Eerst op 26 augustus 2011 is Aangeslotene tot het sluiten van posities van Consument overgegaan, waarmee een einde kwam aan de tekortenprocedure die op 29 juli 2011 aan aanvang nam.
- 4.3.4. Nu vaststaat dat Aangeslotene ook in dit geval niet conform artikel 86 lid 2 Bgfo heeft gehandeld, moet worden onderzocht of er sprake is van aan die tekortkoming toe te rekenen schade. Consument heeft aannemelijk gemaakt dat hij een verlies heeft geleden dat voorkomen had kunnen worden door binnen de termijn, uiterlijk op 5 augustus 2011, posities te sluiten. Dit redelijkerwijs aan de overtreding van artikel 86 lid 2 Bgfo toe te rekenen nadeel heeft Consument begroot op € 199.852,-. Aangeslotene heeft dit bedrag en de wijze waarop Consument het heeft berekend niet of onvoldoende gemotiveerd betwist, zodat tussen partijen vaststaat dat de schade bedrag belooft
- 4.3.5. De Commissie vindt evenwel aanleiding de verplichting tot vergoeding van deze schade te matigen op grond van eigen schuld aan de kant van Consument. Consument heeft, ofschoon hij een ervaren belegger was die de effecten van een margintekort reeds eerder had ondervonden, Aangeslotene ervan weten te overtuigen binnen de daarvoor geldende termijn geen posities te sluiten. Met inachtneming van de mate waarin partijen elk geacht kunnen worden aan het ontstaan van de schade te hebben bijdragen, wordt het percentage eigen schuld aan de kant van Consument naar billijkheid vastgesteld op 50%.
- 4.3.6. De overige door Consument naar voren gebrachte klachtonderdelen kunnen buiten beschouwing worden, reeds omdat Consument niet aannemelijk heeft gemaakt dat er een causaal verband bestaat tussen wat hij Aangeslotene overigens nog verwijt en de door Consument gestelde schade
Wettelijke rente, kosten en eigen bijdrage
- 4.4.1. Consument vordert vergoeding van wettelijke rente over het toegewezen bedrag. Nu Consument Aangeslotene in zijn brief van 5 april 2012 tot vergoeding van de schade heeft aangesproken, zal de wettelijke rente worden toegewezen vanaf 5 april 2012 tot aan de dag van algehele betaling.
- 4.4.2. Voorts zal Aangeslotene, omdat zij overwegend in het ongelijk is gesteld, worden veroordeeld in de proceskosten, bestaande uit de eigen bijdrage ad € 50 en de kosten van rechtsbijstand. Die kosten van rechtsbijstand begroot de Commissie met overeenkomstige toepassing van het Liquidatietarief (de zogenaamde kantonstaffel), gelet op het toegewezen deel van de vordering en uitgaande van 3 punten, op € 1.800,-.
- 4.4.3. Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat Aangeslotene binnen een termijn van 4 weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd aan de Consument vergoedt

- a. een bedrag van € 99.926,- te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 5 april 2012 tot aan de dag van algehele voldoening; en,
- b. terzake van proceskosten een bedrag van € 1.850,-.

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. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.