KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-110 d.d. 4 april 2012
(mr. C.E. du Perron, voorzitter, prof. drs. A.D. Bac RA en de heer J.C. Buiter, leden en mevrouw mr. J. Hardenberg, secretaris)

Samenvatting

De bank is krachtens wettelijk voorschrift gehouden erop toe te zien dat een margintekort uiterlijk binnen vijf werkdagen na het ontstaan ervan door Consument wordt opgeheven, bij gebreke waarvan zij zelf maatregelen dient te treffen. Consument stelt dat de bank op verschillende momenten ter zake het sluiten van opties in verband met een margintekort, tekort is geschoten en dat de bank voorts ten onrechte een opdracht tot verkoop niet heeft uitgevoerd. De Commissie oordeelt dat de bank ter zake het opheffen van de margin-tekorten niet onjuist of onredelijk heeft gehandeld. Ten aanzien van het niet uitvoeren van de verkoopopdracht is de Commissie van oordeel dat er sprake is van een toerekenbare tekortkoming maar dat niet vast is komen te staan dat Consument als gevolg hiervan schade zou hebben geleden.

1. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:
- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het verzoek tot geschilbeslechting met bijlagen, ontvangen op 10 augustus 2010;
- het antwoord van Aangeslotene d.d. 2 november 2010;
- de repliek van Consument d.d. 7 december 2010;
- de dupliek van Aangeslotene d.d. 26 januari 2011.
- ter hoorzitting overgelegde pleitnota van Consument;
- nadere akte van Aangeslotene d.d. 13 juli 2011.

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 te Den Haag op 6 juli 2011. Aldaar zijn partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1. Consument heeft in 1998 een optie-overeenkomst ondertekend en handelde sindsdien met grote regelmaat in opties en andere effecten bij (de rechtsvoorgangster van) Aangeslotene.

2.2. Op of omstreeks 3 september 2008 is een tekort ontstaan in de bestedingsruimte op de effectenrekening van Consument. Aangeslotene heeft Consument hiervan per

brief op de hoogte gesteld en hem verzocht dit tekort uiterlijk op de zesde beursdag, derhalve op 10 september 2008, op te heffen.

2.3. Op 10 september 2008 heeft Consument telefonisch contact opgenomen met Aangeslotene en, ter opheffing van het tekort dat op dat moment € 3.340,- bedroeg, opdracht gegeven tot overschrijving van een bedrag van € 2.500,- van zijn Girorekening naar zijn Effectenrekening en tot verkoop van de 11% reverse convertible Commerzbank 07/08. Verder heeft Consument tijdens dit telefoongesprek verzocht om uitstel tot maandag 15 september 2008 en meegedeeld dat een aantal obligaties in zijn portefeuille zouden aflopen op 19 september 2008 en 2 oktober 2008.

2.4. Aangeslotene heeft dezelfde dag, overeenkomstig de opdracht van Consument, € 2.500,- overgeschreven van de Girorekening naar de effectenrekening van Consument. Voor de 11% reverse convertible Commerzbank 07/08 heeft zij om 13:04 uur een bestens verkoopopdracht ingelegd. Deze opdracht werd evenwel niet uitgevoerd en is door Aangeslotene om 13:10 uur geroyeerd. Vervolgens heeft Aangeslotene om 13:11 uur een gelimiteerde verkoopopdracht gegeven. Deze opdracht werd eveneens niet uitgevoerd en is om 14:05 uur door Aangeslotene geroyeerd. Aangeslotene heeft gesteld dat zij daarna telefonisch contact heeft gezocht met Consument. Omdat zij er niet in slaagde Consument te bereiken, is Aangeslotene, zelfstandig, overgegaan tot het sluiten (sluitkoop) van 10 putopties RD dec09 27,50. Tezamen met de overschrijving van € 2.500,- is het tekort zodoende met in totaal een bedrag van € 3.392,- aangezuiverd.

2.5. Op 2 oktober 2008 is de 10,75% Reverse Convertible NIBC Bank 06/08 tegen 100% afgelost. De aflossing vond foutief plaats in contanten in plaats van aandelen Fortis. Aangeslotene heeft Consument daarover op 9 oktober 2008 geïnformeerd, toegelicht dat de oorzaak was gelegen in foutieve communicatie vanuit Euroclear NL en meegedeeld dat de uitkering zou worden gecorrigeerd, hetgeen ook is geschied.

2.6. Op 2 oktober 2008 was er gedurende de gehele dag een computerstoring bij Aangeslotene. Door deze storing waren er geen gegevens beschikbaar over de bestedingsruimte van Consument. Aangeslotene heeft verklaard dat zij om die reden die dag geen orders van Consument heeft kunnen aannemen. Van de orders die Consument die dag heeft opgegeven, zijn er twee, respectievelijk om 9:42 uur en 9:46 uur, uitgevoerd. De overige opdrachten zijn niet uitgevoerd.

2.7. Op of omstreeks 31 oktober 2008 is (opnieuw) een tekort ontstaan in de bestedingsruimte op de effectenrekening van Consument. Aangeslotene heeft Consument hiervan per brief op de hoogte gesteld en hem verzocht dit tekort uiterlijk op de zesde beursdag, derhalve op 7 november 2008, op te heffen. Consument heeft dit tekort niet tijdig aangezuiverd, waarna Aangeslotene, ondanks het verzoek van Consument om in afwachting van de klachtbehandeling af te zien van het treffen van maatregelen, de gehele portefeuille (bestens) heeft verkocht.

3. Geschil

3.1. De Commissie begrijpt de vordering aldus dat Consument vergoeding vordert van de schade die hij heeft geleden als gevolg van een opeenstapeling van fouten van Aangeslotene op en na 10 september 2008. Consument heeft zijn schade begroot op een bedrag ad € 20.034,-, te vermeerderen met rente van 13,2% per jaar, gelijk aan de debetrente die Aangeslotene hem in rekening brengt op zijn betaalrekening.

3.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.

- Aangeslotene heeft op 10 september 2008 een aantal optieposities gesloten in verband met een margintekort, maar daarbij geen rekening gehouden met de wensen en het belang van Consument;
- Aangeslotene heeft op 2 oktober 2008 ten onrechte geweigerd enkele orders uit te voeren en heeft Consument hierdoor belemmerd positie verbeterende transacties uit te voeren;
- Aangeslotene heeft een niet-voltooide briefwisseling afgekapt en is abrupt overgegaan tot het opheffen van de gehele portefeuille van Consument (1116 aandelen en 87 opties zijn bestens verkocht).

3.3. Aangeslotene heeft gemotiveerd verweer gevoerd. De door partijen betrokken stellingen worden in het hiernavolgende voor zover nodig besproken.

4. Beoordeling

Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde en hetgeen door hen tijdens de hoorzitting naar voren is gebracht, overweegt de Commissie als volgt.

4.1. Dit geschil betreft de voorschriften betreffende het bewaken van marginverplichtingen in verband met optieposities. Tot deze voorschriften, aanvankelijk opgesteld door de houder van de optiebeurs, vervolgens door de wettelijk aangewezen toezichthouder, en daarna, met de invoering van de Wet op het financieel toezicht, door de wetgever, behoort de regel dat de beleggingsonderneming gehouden is een margintekort binnen een termijn van ten hoogste vijf beursdagen op te heffen door optieposities van de desbetreffende cliënt desnoods op eigen gezag te sluiten. Deze voorschriften, thans te vinden in (voor zover hier van belang) art. 86 Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen (hierna: Bgfo), zijn gegeven met het oog op een ordelijk verloop van de beurshandel, maar in de rechtspraak zijn die voorschriften tevens in verband gebracht met de bijzondere zorgplicht die een beleggingsonderneming heeft ten opzichte van haar (niet professioneel optredende) cliënt.
Deze achtergrond brengt mee dat Aangeslotene geen vrijheid heeft van deze voorschriften af te wijken. Aangeslotene is derhalve wettelijk gehouden erop toe te zien dat het margintekort uiterlijk binnen vijf werkdagen na het ontstaan ervan wordt opgeheven, behoudens bijzondere omstandigheden die een afwijking van dit voorschrift zouden kunnen rechtvaardigen.

4.2. Partijen zijn het erover eens dat begin september 2008 een margintekort is ontstaan, welk tekort uiterlijk op 10 september 2008 diende te zijn aangezuiverd. Ook verschillen partijen niet van mening over het feit dat Consument, tijdens zijn vakantie,

op 10 september 2008, de dag waarop het tekort diende te zijn aangezuiverd, telefonisch contact heeft opgenomen met een medewerker van Aangeslotene en instructies heeft gegeven ten aanzien van de wijze waarop het tekort moest worden opgeheven. De Commissie heeft vastgesteld dat Aangeslotene deze instructies heeft opgevolgd, doch dat de gewenste verkoop van de in de portefeuille aanwezige 11% reverse convertible Commerzbank 07/08 niet heeft plaatsgevonden en Aangeslotene derhalve andere posities heeft gesloten.

4.3.1. Omdat Consument niet tijdig is overgegaan tot opheffing van het margintekort, was Aangeslotene ingevolge haar wettelijke plicht genoodzaakt op 10 september 2008 ten laste van Consument maatregelen te treffen ter opheffing daarvan. De Commissie is niet gebleken van bijzondere omstandigheden die een afwijking van het in alinea 4.1 genoemde voorschrift zouden kunnen rechtvaardigen, of waaruit volgt dat Aangeslotene bij het uitvoeren van deze rechtsregel jegens Consument onzorgvuldig heeft gehandeld.

4.3.2. Aangeslotene heeft getracht uitvoering te geven aan de op 10 september 2008 gegeven telefonische instructies. De opdracht van Consument tot overboeking van € 2.500,- naar zijn effectenrekening heeft Aangeslotene uitgevoerd. De opdracht van Consument tot verkoop van de in zijn portefeuille aanwezige 11% reverse convertible Commerzbank 07/08 heeft zij tevergeefs getracht uit te voeren; Aangeslotene heeft aan de Commissie aangetoond dat zij daarvoor eerst een bestens verkooporder en vervolgens een gelimiteerde verkooporder heeft ingelegd, maar dat zij deze orders heeft geroyeerd omdat deze niet direct werden uitgevoerd. Hoewel de Commissie niet uitsluit dat verkoop van de desbetreffende reverse convertibles wel mogelijk zou zijn geweest als Aangeslotene de order op een andere dan de nu gebruikte gereglementeerde markt van Euronext had ingelegd of de order op een ander moment had ingelegd, is zij van oordeel dat de zorgplicht van Aangeslotene in het algemeen niet zover voert dat zij ter onmiddellijke opheffing van het margintekort posities op een niet-reguliere wijze sluit (bijvoorbeeld via het OTC circuit of op een MTF). Dit geldt des temeer indien Aangeslotene de mogelijkheid heeft om andere posities te sluiten welke zeker en per direct zullen leiden tot het opheffen van het margintekort.
Dit zou onder omstandigheden anders kunnen zijn, maar van dergelijke omstandigheden is de Commissie niet gebleken. Met name kunnen deze omstandigheden niet worden gevonden in de opdracht die Consument aan Aangeslotene heeft verstrekt. Consument heeft deze opdracht pas verstrekt op de laatste dag van de gestelde termijn. In dit geval klemt dat des te meer omdat Consument uit eigen ervaring wist dat de wijze van verkoop van deze reverse convertibles af kan wijken van de gebruikelijke gang van zaken.
Ten slotte stond het Aangeslotene vrij het verzoek van Consument om uitstel niet te honoreren.

4.3.3. Samenvattend is de Commissie van oordeel dat Aangeslotene zich voldoende heeft ingespannen om aan alle instructies van Consument te voldoen. Indien Consument zich ervan had willen verzekeren dat de desbetreffende reverse convertibles zouden

worden verkocht ter aanzuivering van het tekort, dan had hij dit tijdig zelf kunnen realiseren. Consument heeft er evenwel voor gekozen te wachten tot de laatste dag. Dat Aangeslotene, die op die dag verplicht was maatregelen te treffen, uiteindelijk is overgegaan tot het sluiten van andere posities, is een risico dat voor rekening van Consument dient te komen, ook indien vast zou komen te staan dat, zoals Consument stelt, de verkoop van het desbetreffende fonds niet heeft plaatsgevonden omdat Aangeslotene "de weg niet kende". Daarbij heeft Consument weliswaar gesteld dat er een biedprijs in de markt zou zijn geweest, maar heeft hij die stelling niet nader onderbouwd, zodat de Commissie daaraan voorbij moet gaan.

4.3.4. Ten aanzien van de posities die Aangeslotene uiteindelijk heeft gesloten ter opheffing van het tekort heeft de Commissie vastgesteld dat dit posities zijn waarvan de marginverplichting het hoogst was en waarvan bij verkoop derhalve het margintekort in haar geheel opgeven zou kunnen worden. Voorts heeft de Commissie vastgesteld dat Aangeslotene niet meer posities heeft gesloten dan redelijkerwijs noodzakelijk was. De Commissie is dan ook van oordeel dat Aangeslotene bij haar keuze voor de desbetreffende posities niet onredelijk heeft gehandeld. Dat strategisch of financieel gezien een andere keuze beter voor Consument zou hebben uitgepakt, doet hieraan, gegeven de achtergrond, niet af.

4.4.1. Op 2 oktober 2008 zou de 10,75% Rev. Conv. NIBC Bank 06/08 worden afgelost in Fortis-aandelen. Dit zou een verbetering van de bestedingsruimte betekenen en Consument heeft verklaard dat hij ter verdere verbetering meer transacties wenste uit te voeren, zoals het doorrollen van posities en het schrijven van langlopende calls op de verkregen Fortisaandelen. Vanwege een computerstoring was het evenwel voor Aangeslotene niet mogelijk de bestedingsruimte van Consument vast te stellen. Hoewel Aangeslotene die dag twee orders voor Consument heeft uitgevoerd, heeft zij na 9:46 uur om die reden geen orders meer geaccepteerd. Consument verwijt Aangeslotene deze opstelling; uit de aflossing in aandelen en uit het feit dat er geen tekortenbrief onderweg was, bleek volgens hem voldoende duidelijk dat er geen sprake kon zijn van een tekort.

4.4.2. Gedurende het bestaan van een tekort mogen er geen transacties worden verricht die tot gevolg zouden kunnen hebben dat het tekort verder oploopt. In die zin is de beslissing van Aangeslotene om geen orders aan te nemen, omdat zij door de computerstoring op 2 oktober 2008 niet in staat was vast te stellen of sprake was van een tekort, verklaarbaar. De Commissie is evenwel van oordeel dat deze computerstoring een tekortkoming betreft, die ex artikel 6:77 BW aan Aangeslotene moet worden toegerekend. Een dergelijke toerekening zou – zie art. 6:77 BW – onder omstandigheden onredelijk kunnen zijn, maar nu Aangeslotene op dit punt onvoldoende feiten heeft gesteld en de Commissie ook anderszins niet is gebleken van omstandigheden die tot die conclusie zouden kunnen leiden, gaat de Commissie niet nader in op deze uitzonderingsmogelijkheid.

4.4.3. Het exoneratiebeding in de algemene voorwaarden (artikel 31) waarop Aangeslotene zich beroept, leidt niet tot een andere conclusie. Dit beding wordt op grond van art. 6:237 sub f BW vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Dit vermoeden is door

Aangeslotene in de schriftelijke stukken, noch tijdens de zitting (voldoende) ontzenuwd. Hoewel Consument geen beroep (ook niet impliciet) heeft gedaan op de onredelijkheid van het beding, mag het beding volgens Europees consumentenrecht geen effect hebben. De Commissie verwijst in dit verband naar bijvoorbeeld HvJ EG 4 juni 2009, NJ 2009, 395. Dat betekent dat de Commissie, naar Nederlands recht, in dit geval tot het oordeel moet komen dat een beroep op het onderhavige beding door Aangeslotene naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Zie voor dit laatste ook het rapport van de werkgroep LOVCK: 'Ambtshalve toetsing', februari 2010, p. 12.

4.4.4. Nu vast is komen te staan dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming van de zijde van Aangeslotene, dient te worden vastgesteld of sprake is van schade die in causaal
verband daarmee staat. Hoewel de Commissie het aannemelijk acht dat Consument bepaalde transacties had willen verrichten, is voor haar niet komen vast te staan welke transacties dit zouden zijn geweest. Consument heeft weliswaar gesteld welke transacties dit zouden zijn geweest, maar heeft onvoldoende aangetoond dat hij die transacties daadwerkelijk zou hebben verricht op 2 oktober 2008 als geen sprake zou zijn geweest van een computerstoring. De Commissie heeft in haar beoordeling betrokken dat Consument de desbetreffende transacties in de dagen na 2 oktober 2008 niet heeft verricht, noch heeft aangetoond dat hij aan Aangeslotene kenbaar heeft gemaakt dat hij deze transacties had willen verrichten. Integendeel, Consument heeft in de dagen na de computerstoring bedragen overschreven van zijn effectenrekening naar zijn betaalrekening. De Commissie concludeert dat niet is vast komen te staan dat Consument schade heeft geleden die in causaal verband staat met de tekortkoming.

4.5. Het is gebleken dat de 10,75% Rev. Conv. NIBC Bank 06/08 op 2 oktober 2008 foutief niet in Fortis-aandelen is afgelost, maar in contanten. Aangeslotene heeft Consument hier op 9 oktober 2008 van op de hoogte gesteld en een en ander teruggedraaid. De stelling van Consument dat dit "weer een bewijs was dat Beleggen Select niet met dit derivate product kon omgaan" treft geen doel. De Commissie is niet gebleken van feiten en omstandigheden waaruit kan worden afgeleid dat Aangeslotene verantwoordelijk kan worden gehouden voor de foutieve uitkering, noch voor de eventuele nadelige consequenties daarvan voor Consument, zoals de onduidelijkheid die dit meebracht voor de bestedingsruimte en het gevolg daarvan dat Consument niet kon handelen of meende niet te kunnen handelen.

4.6.1. Dan komt de Commissie nu toe aan het laatste onderdeel van de klacht. De liquidatie van de portefeuille op 7 november 2008.
Tussen partijen staat vast dat op of omstreeks 31 oktober 2008 sprake was van een margintekort. Aangeslotene heeft Consument per brief op 31 oktober 2008 verzocht dit tekort aan te zuiveren. Aangeslotene schreef in deze zogenoemde 'tekortenbrief': *"Vanwege de strenge regelgeving is [Aangeslotene], indien op 7 november 2008 nog steeds sprake is van een margintekort, helaas genoodzaak ongedekt geschreven opties bestens , en/of aandelen/opties bestens te verkopen, totdat het tekort is opgeheven."*

4.6.2. Tussen partijen staat, als onbetwist gelaten door Consument, eveneens vast dat Consument deze brief heeft ontvangen. Consument was er derhalve tijdig van op de hoogte - voor zover hij daarmee al niet eerder via andere wegen bekend was geworden - dat hij het margintekort onverwijld diende op te heffen, en dat Aangeslotene op 7 november 2008 maatregelen zou treffen ter opheffing van een dan nog bestaand margintekort.

4.6.3. Omdat Consument niet tijdig is overgegaan tot opheffing van het margintekort, was Aangeslotene ingevolge haar wettelijke plicht genoodzaakt op 7 november 2008 ten laste van Consument maatregelen te treffen ter opheffing daarvan. De Commissie is niet gebleken van bijzondere omstandigheden die een afwijking van het in alinea 4.1 genoemde voorschrift zouden kunnen rechtvaardigen, of waaruit volgt dat Aangeslotene bij het uitvoeren van deze rechtsregel jegens Consument onzorgvuldig heeft gehandeld.

4.6.4. Zulke bijzondere omstandigheden zijn met name niet te vinden in de omstandigheid dat Consument op 4 november 2008 een brief heeft geschreven aan Aangeslotene waarin hij is ingegaan op de brief van Aangeslotene van 30 oktober 2008, die zij hem in het kader van de klachtbehandeling heeft toegezonden. In de desbetreffende brief van 4 november 2008 heeft Consument geschreven:
"(…) Ik vertrouw er dan ook op dat u de 5-daagse periode niet toepast in afwachting van een gesprek (…)."
Consument, die (in ieder geval uit ervaring) bekend is met de regels omtrent marginverplichtingen en met name met zijn verantwoordelijkheid voor tijdige opheffing van het margintekort, mocht er niet zonder meer vanuit gaan dat Aangeslotene door de brief van 4 november 2008 zou afzien van het treffen van maatregelen, temeer nu Aangeslotene Consument op 30 oktober 2008, naar aanleiding van een telefoongesprek op 22 oktober 2008 met Consument, een brief heeft gezonden waarin zij ingaat op de klacht van Consument, maar tevens schrijft:
"Uw negatieve dispositieruimte bedraagt op dit moment € 16.427,67. Het is van belang dat u zo spoedig mogelijk uw dispositieruimte aanzuivert en u wordt daarover ook geïnformeerd door onze afdeling Risk Management."
Voor zover er nog twijfel mocht bestaan zijdens Consument, kon hij hieruit en uit het feit dat de brief van Aangeslotene van 30 oktober 2008 de dag daarop werd gevolgd door een tekortenbrief, afleiden dat de 5-dagen-termijn niet zou worden opgeschort door de klachtbehandeling.

4.7. Resumerend is de klacht in alle onderdelen ongegrond, althans is niet vast komen te staan dat Consument schade heeft geleden die in causaal verband staat met enige tekortkoming, zodat de vordering van Consument moet 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 af.

KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

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.