Uitspraak Commissie van Beroep 2013-07 d.d. 31 januari 2013
(prof. mr. A.S. Hartkamp, voorzitter, mr. J.B. Fleers, mr. C.A. Joustra, drs. P.H.M. Kuijs AAG, en mr. F.P. Peijster, leden, en mr. M.J. Drijftholt, secretaris).

Samenvatting

Optieovereenkomst. Bank constateert tot twee keer toe een margintekort, welk tekort door belanghebbende niet tijdig (volledig) wordt aangezuiverd.
Falende klachten over de wijze waarop de bank heeft zorg gedragen voor het opheffen van de tekorten.

Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.

1. De procedure in hoger beroep

1.1 Belanghebbende heeft bij een op 21 juni 2012 gedateerd beroepschrift, met bijlagen een uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (verder: Geschillencommissie) van 4 april 2012 op de voet van artikel 43.1 van het Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening in verbinding met artikel 5.1 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (verder: Reglement Beroepscommissie) ter toetsing doen voorleggen. Het beroepschrift is op 25 juni 2012 bij de Beroepscommissie binnengekomen.

1.2 De bank heeft een op 2 augustus 2012 gedateerd verweerschrift met bijlagen ingediend. Het verweer van de bank strekt ertoe dat de Beroepscommissie de klachten van belanghebbende zal afwijzen.

1.3 De Beroepscommissie heeft het beroep mondeling behandeld op 15 oktober 2012. Partijen hebben hun standpunt nader toegelicht en vragen van de Beroepscommissie beantwoord. Belanghebbende was aanwezig en heeft een pleitnota overgelegd.

2. De procedure in eerste aanleg

Voor het verloop van de procedure in eerste aanleg verwijst de Beroepscommissie naar de aan deze uitspraak gehechte uitspraak van de Geschillencommissie.

3. Inleiding op de beoordeling van het beroep

3.1 De Beroepscommissie gaat op grond van:
- hetgeen de Geschillencommissie onbestreden heeft vastgesteld,
- de niet of niet voldoende weersproken inhoud van de stukken van het geding en hetgeen bij de mondelinge behandeling is gebleken, uit van het volgende.

(i) Belanghebbende heeft in 1998 een optieovereenkomst ondertekend en handelde sindsdien met grote regelmaat in opties en andere effecten bij de rechtsvoorgangster van de bank.

(ii) Op of omstreeks 3 september 2008 is een tekort ontstaan in de bestedingsruimte op de effectenrekening van belanghebbende. De bank heeft belanghebbende hiervan per brief op de hoogte gesteld en hem verzocht dit tekort uiterlijk op de zesde beursdag, te weten 10 september 2008, op te heffen.

(iii) Op 10 september 2008 heeft belanghebbende telefonisch contact opgenomen met de bank. Het tekort bedroeg op dat moment € 3.340,-. Belanghebbende heeft ter opheffing van dat tekort opdracht gegeven tot overschrijving van een bedrag van € 2.500,- van zijn girorekening naar zijn effectenrekening, welke opdracht de bank heeft uitgevoerd. Voorts heeft hij opdracht gegeven tot verkoop van de 11% reverse convertible Commerzbank 07/08.

(iv) De bank heeft diezelfde dag om 13.04 uur een bestens opdracht gegeven voor de 11% reverse convertible Commerzbank 07/08, maar deze opdracht werd niet uitgevoerd en is om die reden om 13.10 uur geroyeerd. Hierop heeft de bank om 13.11 uur een gelimiteerde verkoopopdracht gegeven. Deze opdracht werd evenmin uitgevoerd en is om 14.05 uur door de bank geroyeerd. De bank heeft vervolgens, naar zij stelt, contact gezocht met belanghebbende maar heeft hem niet kunnen bereiken. Daarop is de bank zelfstandig overgegaan tot het sluiten (sluitkoop) van tien putopties RD dec09 27,50. Tezamen met de onder (ii) genoemde overschrijving is het tekort zodoende met in totaal € 3.392,- aangezuiverd.

(v) Op 2 oktober 2008 is de 10,75% Reverse Convertible NIBC Bank 06/08 tegen 100% afgelost. De aflossing vond foutief plaats, te weten in contanten in plaats van in aandelen Fortis. De bank heeft belanghebbende daarover op 9 oktober 2008 geïnformeerd en heeft de fout gecorrigeerd.

(vi) Op 2 oktober 2008 heeft belanghebbende om respectievelijk 9.42 uur en 9.46 uur een tweetal orders gegeven die de bank heeft uitgevoerd. De rest van de dag heeft belanghebbende geen opdrachten meer kunnen laten uitvoeren. De bank heeft belanghebbende medegedeeld dat dit werd veroorzaakt door een computerstoring bij haar, waardoor geen gegevens beschikbaar waren over de bestedingsruimte van belanghebbende.

(vii) Op of omstreeks 31 oktober 2008 is (opnieuw) een tekort ontstaan in de bestedingsruimte op de effectenrekening van belanghebbende. De bank heeft hem hiervan per brief op de hoogte gesteld en hem verzocht het tekort uiterlijk op de zesde beursdag, te weten op 7 november 2008, op te heffen. Belanghebbende heeft niet aan dit verzoek voldaan, waarop de bank de gehele portefeuille (bestens) heeft verkocht.

3.2 Belanghebbende heeft aangevoerd dat hij als gevolg van gedragingen van de bank schade heeft geleden. Deze heeft hij in eerste aanleg begroot op een bedrag van € 20.034,- te vermeerderen met rente van 13,2% per jaar, welk rentepercentage gelijk is aan de debetrente die de bank hem in rekening brengt op zijn betaalrekening. Bij zijn beroepsschrift heeft belanghebbende zijn eis vermeerderd tot een bedrag van € 41.786,-. Tijdens de mondelinge behandeling heeft hij deze eis wederom vermeerderd met een bedrag van € 2.074,-, zijnde drie jaar wettelijke rente over het bedrag van € 17.290,-.

3.3 Belanghebbende heeft aan zijn vordering het volgende (samengevat weergegeven) ten grondslag gelegd.

1. Toen de bank op 10 september 2008 een aantal optieposities heeft gesloten in verband met een margintekort, heeft zij daarbij onvoldoende rekening gehouden met de wensen en belangen van belanghebbende.
2. De bank heeft vervolgens nagelaten met voortvarendheid te reageren op de klachten van belanghebbende en heeft op 2 oktober 2008 zonder grond geweigerd enkele van zijn orders uit te voeren. Bovendien is die dag op onjuiste wijze de 10,75% Reverse Convertible NIBC Bank 06/08 afgelost.
3. De bank heeft daarna wederom nagelaten een bevredigende oplossing voor te stellen voor de klachten van belanghebbende. Bij die stand van zaken kon de bank op 7 november 2008 redelijkerwijs niet overgaan tot de verkoop van de gehele portefeuille van belanghebbende.

3.4 De Geschillencommissie heeft de vordering van belanghebbende afgewezen. Hieronder zal – voor zover relevant – worden ingegaan op de overwegingen die ten grondslag hebben gelegen aan deze beslissing.

4. Beoordeling van het beroep

4.1 De bank voert aan dat belanghebbende niet-ontvankelijk is in zijn hoger beroep omdat er onjuistheden zouden zitten in zijn schadeberekening waardoor de vordering onder de appelgrens zou uitkomen. De Beroepscommissie gaat aan deze stelling voorbij omdat voor het bepalen van de ontvankelijkheid doorslaggevend is de hoogte van de vordering in eerste aanleg en niet de wijze waarop de vordering in hoger beroep is opgebouwd. Belanghebbende vorderde in eerste aanleg een bedrag van € 20.034,- te vermeerderen met rente van 13,2% per jaar (naar de Beroepscommissie begrijpt: vanaf eind 2008), waarmee de vordering boven de appelgrens van € 25.000,- komt.

4.2 Bij de beoordeling van het hoger beroep stelt de Beroepscommissie het volgende voorop. De bank is als beleggingsonderneming wettelijk verplicht de marginverplichting van belanghebbende te bewaken. De marginverplichting dient zowel ter bescherming van de handel als ter bescherming van de belegger. Indien de bank hierin tekortschiet, is zij aansprakelijk voor de schade die hierdoor ontstaat. De bank was gehouden het margintekort op te heffen binnen een termijn van ten hoogste vijf beursdagen, zelfs als dit meebrengt dat zij optieposities op eigen gezag sluit.

De bank diende dus zowel op 10 september 2008 als op 7 november 2008 ervoor te zorgen dat het margintekort van belanghebbende zou worden opgeheven.

4.3 Belanghebbende heeft nog aangevoerd dat hij op 10 september 2010 de bank heeft verzocht om uitstel: hij verwachtte dat binnen afzienbare termijn een aantal obligaties uit zijn portefeuille zou aflopen waardoor het margintekort zou worden opgeheven en mocht erop rekenen dat de bank hem hierin tegemoet zou komen omdat dat in het verleden al eerder was gebeurd. Uit hetgeen hiervoor onder 4.2 is overwogen, vloeit echter voort dat de bank niet de vrijheid had om aan een dergelijk verzoek tegemoet te komen, ook niet als zij – zoals belanghebbende stelt, maar de bank weerspreekt – in het verleden wel bereid zou zijn geweest uitstel te verlenen.

4.4 Belanghebbende heeft voorts aangevoerd dat hij ter zake van het margintekort dat op of omstreeks 31 oktober 2008 was ontstaan, mocht verwachten dat de bank hem uitstel zou verlenen teneinde het tekort aan te zuiveren, omdat de bank op dat moment nog niet had gereageerd op zijn klachten over de dienstverlening in september/oktober 2008. Deze stelling gaat evenmin op. De omstandigheid dat belanghebbende bij de bank heeft geklaagd over de dienstverlening, leidt er niet toe dat de bank hem uitstel kan of mag verlenen bij het aanzuiveren van het margintekort. Dit geldt ook indien – zoals belanghebbende stelt – de klachten er mede toe strekken dat het margintekort is veroorzaakt door tekortschieten van de bank.

4.5 Belanghebbende is voorts van mening dat de bank is tekortgeschoten in de wijze waarop zij op 10 september 2008 het margintekort heeft opgeheven. Volgens hem was het wel mogelijk die dag de 11% reverse convertible Commerzbank 07/08 te verkopen, maar is het aan onkunde bij de bank te wijten dat dat niet is gebeurd. Het door de bank gekozen alternatief (het sluiten van tien putopties RD dec09 27,50) heeft bovendien ertoe geleid dat belanghebbende aanzienlijke verliezen heeft geleden.

4.6 Met de Geschillencommissie is de Beroepscommissie evenwel van oordeel dat de zorgplicht van de bank in het algemeen niet zover voert dat zij ter onmiddellijke opheffing van het margintekort posities op een (voor haar) niet gebruikelijke wijze sluit, te meer nu de bank de mogelijkheid had andere posities te sluiten die per direct zouden leiden tot het opheffen van het margintekort. Daarbij acht de Beroepscommissie mede van belang dat belanghebbende de opdracht pas op de laatste dag van de gestelde termijn heeft verstrekt en dat belanghebbende onvoldoende heeft aangetoond dat de verkoop van het desbetreffende fonds op 10 september 2012 wel (op voor de bank eenvoudige wijze) mogelijk was.
Ter zake van de putopties RD dec09 27,50, welke de bank bij wijze van alternatief heeft gesloten, is komen vast te staan dat deze posities de hoogste marginverplichting hadden, zodat bij verkoop het margintekort in haar geheel zou kunnen worden opgeheven. De bank heeft aldus niet onredelijk gehandeld, ook al zou een andere keuze voor belanghebbende beter hebben uitgepakt.

4.7 Ter zake van de gebeurtenissen op 2 oktober 2008 voert belanghebbende aan dat het niet uitvoeren van orders op die dag te wijten is aan (kort gezegd) onwil van de bank. Hij accepteert niet de verklaring van de bank dat sprake was van een computerstoring als gevolg waarvan geen gegevens beschikbaar waren over zijn bestedingsruimte. Hij verzoekt de Beroepscommissie bij Euronext te controleren of de bank die dag voor al haar klanten optieorders heeft geweigerd.

4.8 Naar het oordeel van de Beroepscommissie zijn er onvoldoende aanwijzingen dat de bank op 2 oktober 2008 uitsluitend opdrachten van belanghebbende heeft geweigerd en/of dat er in het geheel geen computerstoring heeft plaatsgevonden. De omstandigheid dat belanghebbende naar aanleiding van de gebeurtenissen op 10 september 2008 een klacht had ingediend, rechtvaardigt niet zijn (kennelijke) vermoeden dat de bank hem niet langer als klant zou willen hebben. Dat geldt ook voor de stelling van belanghebbende dat het voor de bank duidelijk moet zijn geweest dat hij die dag voldoende bestedingsruimte had. Voor nader onderzoek bij Euronext is dan ook onvoldoende aanleiding, nog daargelaten dat het niet zonder meer op de weg van de Beroepscommissie ligt dergelijke informatie in te winnen.

4.9 Dit alles neemt niet weg dat de Beroepscommissie – met de Geschillencommissie - van oordeel is dat de computerstoring een toerekenbare tekortkoming is en dat de bank aansprakelijk is voor de schade die hieruit voortvloeit. De Geschillencommissie heeft geoordeeld dat niet is komen vast te staan dat belanghebbende schade heeft geleden die in causaal verband tot de tekortkoming staat.

4.10 Ook in hoger beroep heeft belanghebbende niet toegelicht welke transacties hij op 2 oktober 2008 had willen uitvoeren en welke schade het niet-uitvoeren van die transacties voor hem heeft meegebracht. Hij voert slechts aan dat hij die dag ruimteverbeterende orders had willen geven, maar niet welke orders dat zouden zijn geweest, zodat reeds om die reden onvoldoende gegevens beschikbaar zijn om de omvang van zijn (eventuele) schade vast te stellen. Naar de Beroepscommissie begrijpt is belanghebbende ook van mening dat het niet-uitvoeren van (ruimteverbeterende) orders op 2 oktober 2008 (mede) tot gevolg had dat er op 31 oktober 2008 opnieuw een margintekort ontstond. Deze stelling is echter ook onvoldoende onderbouwd, reeds omdat niet duidelijk is geworden dat en waarom dergelijke orders de dagen daarop niet konden worden gegeven.

4.11 Samenvattend is de Beroepscommissie van oordeel dat

- de bank op 10 september 2008 niet tekort is geschoten in haar dienstverlening door het sluiten van een aantal putopties RD dec09 27,50;
- dat het op 2 oktober 2008 niet kunnen uitvoeren van orders een toerekenbare tekortkoming vormt aan de zijde van de bank, maar dat niet is komen vast te staan dat belanghebbende door die tekortkoming schade heeft geleden;
- dat de bank verplicht was op 7 november 2008 de gehele portefeuille van belanghebbende te verkopen teneinde het margintekort op te heffen en dat er geen bijzondere omstandigheden zijn gebleken op grond waarvan de bank anders mocht of moest handelen.

5. Slotsom

De slotsom luidt dat het beroep van de bank wordt verworpen.

6. Beslissing

De Beroepscommissie stelt bij bindend advies vast dat de bestreden beslissing van de Geschillencommissie wordt gehandhaafd.