KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2011-347 d.d. 7 december 2011
(mr. J. Wortel, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA en de heer G.J.P. Okkema, leden, en mr. J. Hardenberg, secretaris)

Samenvatting

Execution only-relatie. Doorgeven van orders. Ook tijdens de vakantie is Consument zelf verantwoordelijk voor het management van zijn portefeuille. Aangeslotene voert "slechts" de orders uit.
Margintekort. Aangeslotene heeft gehandeld in overeenstemming met haar wettelijke marginbewakingsplicht. Een waarschuwingsplicht en/of schadebeperkingsplicht is niet van toepassing.

1. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:
- het verzoek tot geschilbeslechting met bijlagen, ontvangen op 5 maart 2010;
- de aanvulling op het verzoek, ontvangen op 18 mei 2010;
- het antwoord van Aangeslotene, ontvangen op 27 januari 2011;
- de repliek van Consument, ontvangen op 23 maart 2011;
- de dupliek van Aangeslotene ontvangen op 8 april 2011;
- nadien gevoerde correspondentie (brieven Consument van 17 mei en 19 juli 2011 en brieven Aangeslotene van 1 juni en 1 augustus 2011);
- de relevante stukken uit het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening.

De Commissie stelt vast dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat partijen het advies als bindend zullen aanvaarden.
Partijen hebben aan de Commissie kenbaar gemaakt geen behoefte te hebben aan het geven van een mondelinge toelichting. De Commissie heeft vervolgens vastgesteld dat het geschil zich leent voor schriftelijk afdoening als bedoeld in artikel 16 van haar Reglement en afgezien van een mondelinge behandeling.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1 Consument heeft sinds 1998 een adviesrelatie met Aangeslotene. Deze relatie is in maart 2007 gewijzigd in een execution only-relatie. Daartoe heeft Consument op 14 maart 2007 een verklaring Direct Beleggen ondertekend. In deze verklaring is, voor zover thans van belang, bepaald:
"(…) In dit verband verklaart Cliënt tevens jegens [Aangeslotene] dat hij kennis genomen heeft van wat deze execution only effectendienstverlening inhoudt, namelijk het zonder enige

begeleiding van [Aangeslotene] door hem beleggen in effecten waarbij [Aangeslotene] niet anders doet dan het verwerken van door hem opgegeven orders tot aan- en verkoop van effecten respectievelijk tot het openen en sluiten van posities in effecten. (…)
Ten slotte verklaart Cliënt ervan op de hoogte te zijn dat [Aangeslotene] Direct Beleggen met uitsluiting van andere kanalen slechts kan geschieden via [Aangeslotene] Internet Bankieren, de Beleggingsorderlijn of Mobiel Bankieren (…).”

2.2 Op 30 september 2008 heeft Consument telefonisch contact opgenomen met een medewerker van Aangeslotene. Consument was op dat moment op vakantie, had geen inzage in zijn beleggingsportefeuille en wenste, vanwege de ontwikkelingen op de beurs, optieposities te sluiten. De medewerker van Aangeslotene heeft Consument daarop doorverwezen naar de beleggingsorderlijn.

2.3 Op 30 september 2008 heeft Aangeslotene geconstateerd dat sprake was van een dekkingstekort, waarna zij Consument daarover heeft geïnformeerd met de zogenoemde tekortenbrief. In deze brief heeft Aangeslotene geschreven, voor hier van belang:
“Heft u (…) het dekkingstekort zo spoedig mogelijk en in elk geval vóór 06-10-2008 op. (…) Tot 06-10-2008 mag u geen nieuwe aankooptransacties doen of nieuwe optieposities innemen.
Op zowel 03-10-2008 als 06-10-2008 gaan wij in de uren voor opening van de beurs één keer na of er dan nog een dekkingstekort is. (…) Als er op beide momenten een dekkingstekort is, bepalen wij op 06-10-2008 welke maatregelen wij treffen om uw, op die dag geconstateerde, dekkingstekort zo snel mogelijk op te heffen (…).”

2.4 Op 6 oktober 2008 voorbeurs was geen sprake van een dekkingstekort, maar van een positieve bestedingsruimte van € 21.758,78, zodat Aangeslotene niet is overgegaan tot het treffen van maatregelen. Op 7 oktober 2008 heeft Aangeslotene geconstateerd dat (opnieuw) sprake was van een dekkingstekort, ten bedrage van € 5880,60, en heeft zij Consument eenzelfde brief als op 30 september 2008 toegezonden, waarin zij hem heeft gesommeerd het tekort uiterlijk op 13 oktober 2008 op te heffen. Consument heeft hierop de benodigde actie ondernomen.

3. Geschil

3.1. Consument vordert vergoeding van de schade die hij heeft geleden. Consument heeft zijn schade begroot op een bedrag van € 150.500,--, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 3 oktober 2008.

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

- Aangeslotene heeft haar zorgplicht jegens Consument geschonden, althans heeft niet gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend opdrachtgever mag worden verwacht, door de op 30 september 2008 telefonisch door Consument gegeven verkoopopdracht niet uit te voeren, althans hem daarbij niet behulpzaam te zijn.
- Aangeslotene heeft haar zorgplicht jegens Consument geschonden door op 6 oktober 2008 niet de gehele beleggingsportefeuille van Consument op te heffen

ten einde het dekkingstekort op te lossen, althans hem niet te waarschuwen voor mogelijke dekkingstekorten in de nabije toekomst.

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

4. Beoordeling

Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde overweegt de Commissie als volgt.

4.1 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. Een en ander is vastgelegd in de op 14 maart 2007 door partijen ondertekende verklaring Direct Beleggen.

4.2 Als erkend door Aangeslotene staat vast dat Consument op 30 september 2008, tijdens zijn vakantie, telefonisch contact heeft opgenomen met een medewerker van Aangeslotene en hem heeft verzocht om bijstand bij het sluiten van optieposities. Verder staat vast dat deze medewerker in reactie op het verzoek van Consument, Consument heeft doorverwezen naar de beleggingsorderlijn. Niet is vast komen te staan of Consument daarna heeft gesproken met een medewerker van de beleggingsorderlijn.

4.3 Consument verwijt Aangeslotene dat zij zijn op 30 september 2008 telefonisch gegeven verkoopopdracht niet heeft uitgevoerd. Aangeslotene heeft betwist dat een zodanige opdracht is verstrekt. Partijen zijn overeengekomen dat Consument zijn opdrachten met uitsluiting van andere kanalen slechts kan geven via [Aangeslotene] Internet Bankieren, de Beleggingsorderlijn of Mobiel Bankieren. Het is niet vast komen te staan dat Consument op 30 september 2008 via één van die kanalen een opdracht heeft verstrekt, zodat Consument niet kan worden gevolgd in zijn stelling dat Aangeslotene op dat punt in gebreke is gebleven.
Indien de stelling van Consument, dat de medewerkers van de Beleggingsorderlijn zouden hebben geweigerd zijn order uit te voeren omdat hij niet over bepaalde gegevens zou hebben beschikt, juist zou zijn, blijft dat zonder gevolg. Consument is een ervaren belegger die wordt geacht de procedures, van onder meer de Beleggingsorderlijn, bij Aangeslotene te kennen. Dat Consument op vakantie was en zodoende kennelijk niet beschikte over de vereiste informatie, is een omstandigheid die voor zijn rekening dient te blijven.

4.4 Het verwijt van Consument dat Aangeslotene hem niet behulpzaam was toen hij haar op 30 september 2008 telefonisch om hulp verzocht bij het sluiten van optieposities, noch zijn verwijt dat Aangeslotene naar aanleiding van zijn verzoek niet zelfstandig is overgegaan tot het sluiten van optieposities, treffen doel. In de tussen partijen bestaande beleggingsrelatie is Consument, ook tijdens zijn vakantie, zelf verantwoordelijk voor het management van zijn portefeuille. Aangeslotene voert "slechts" de orders uit. Zeker een belegger, zoals Consument, die al jaren belegt en

grote risicovolle posities inneemt, wordt geacht hiervan op de hoogte te zijn. De Commissie concludeert dat Aangeslotene op 30 september 2008 heeft gehandeld overeenkomstig de tussen partijen geldende afspraken en overeenkomstig de op haar rustende zorgplicht.

4.5 Het tweede klachtonderdeel is eveneens ongegrond. In verband met een margintekort heeft Aangeslotene op 30 september 2008 een tekortenbrief verzonden waarin zij Consument heeft gesommeerd dit tekort op te heffen en heeft aangekondigd dat zij bij een tekort op 6 oktober 2008 voorbeurs zelf zou overgaan tot opheffing daarvan. Op 6 oktober 2008 voorbeurs was geen sprake (meer) van een margintekort, zodat er voor Aangeslotene geen aanleiding bestond om zelfstandig optieposities te sluiten. Dat op 6 oktober 2008 voorbeurs wel een dekkingstekort zou hebben bestaan heeft Consument weliswaar gesteld, maar is niet voldoende door hem onderbouwd. De Commissie concludeert dat Aangeslotene heeft gehandeld in overeenstemming met haar wettelijke marginbewakingsplicht.

4.6 Consument heeft verder gesteld dat Aangeslotene hem had moeten waarschuwen voor mogelijke dekkingstekorten in de nabije toekomst, of zelfs schadebeperkend had moeten handelen door al zijn optieposities te sluiten. Nog daargelaten dat Consument bekend wordt verondersteld te zijn met dat risico, is een zodanige waarschuwingsplicht en/of schadebeperkingsplicht niet van toepassing, zeker niet in de tussen partijen bestaande execution only-relatie.

4.7 Op grond van het voorgaande komt de Commissie tot de conclusie dat de klacht ongegrond is en dat de vordering van Consument moet worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie wijst, als bindend advies, de vordering 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.