Uitspraak Commissie van Beroep 2010-13 d.d. 22 november 2010
(prof. mr. A.S. Hartkamp, voorzitter, mr A. Bus, mr. J.B. Fleers, drs. P.H.M. Kuijs AAG en mr. F.H.J. Mijnssen, leden, en mr. M.J. Drijftholt, secretaris)

Samenvatting

Sluiting optieposities. Voor beoordeling dekkingstekort is alleen het geldsaldo van de effectenrekening relevant. Niet relevant is het saldo van een andere rekening bij dezelfde bank waarop geen effectentransacties worden geboekt. Gelet op consuments ervaring met opties, geen strijd met zorgplicht indien bank met aandrang adviseert optieposities te sluiten. Niet gebleken dat bank zich heeft verbonden consument op de hoogte houden van voort-bestaan of omvang van het dekkingstekort.

Klik hier voor de uitspraak in eerste aanleg.

1. De procedure in hoger beroep

1.1 Appellante (verder: belanghebbende) heeft bij op 30 juni 2010 door de Beroepscommissie ontvangen beroepschrift op de voet van artikel 22.1 van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (de Geschillencommissie) in verband met artikel 5 van het Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (de Beroepscommissie) aan de Beroepscommissie een uitspraak van de Geschillencommissie van 22 februari 2010 ter toetsing voorgelegd.

1.2 Verweerster in hoger beroep (verder: de bank) heeft bij een op 17 september 2010 gedateerd verweerschrift verzocht het beroep van belanghebbende af te wijzen.

1.3 De Beroepscommissie heeft het beroep mondeling behandeld op 18 oktober 2010. Beide partijen waren aanwezig. Belanghebbende heeft de zaak toegelicht aan de hand van een door hem voorgelezen en in het geding gebrachte nota.

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 van 22 februari 2010.

3. Ontvankelijkheid van het beroep

3.1 In haar rechtsoverweging 3.3 heeft de Geschillencommissie de vordering van belanghebbende in eerste aanleg als volgt omschreven dat de bank zal worden verplicht de sluiting van de hierna in 4.1 onder (v) te noemen optieposities ongedaan te maken en deze tegen de reguliere expiratiedatum met belanghebbende af te wikkelen. Zulks met vergoeding van de wettelijke rente en de kosten van de procedure ten bedrage van € 150,00. Aldus heeft belanghebbende een vordering tot een onbepaalde waarde ingesteld. Daarnaar door de Beroepscommissie gevraagd heeft belanghebbende meegedeeld dat het belang van zijn vordering meer dan € 50.000,00 bedraagt. Bij de mondelinge behandeling heeft de raadsman van de bank verklaard dat belanghebbende door het voortijdig sluiten van de optieposities een nadeel kan hebben geleden dat een bedrag van € 50.000,00 te boven gaat.

3.2 Op grond hiervan gaat de Beroepscommissie moet ervan uit dat het belang van het geschil in ieder geval het in artikel 5 lid 1 van het Reglement van Beroep Financiële dienstverlening genoemde bedrag van € 25.000,00 te boven gaat. Belanghebbende is dan ook ontvankelijk in zijn hoger beroep.

4. Inleiding op de beoordeling van het hoger beroep

4.1 De Beroepscommissie gaat op grond van hetgeen de Geschillencommissie niet bestreden heeft vastgesteld, op grond van de niet of niet voldoende weersproken inhoud van de stukken van het geding en op grond van hetgeen bij de mondelinge behandeling is gebleken, uit van het volgende.
(i) Tussen belanghebbende en de bank bestond een adviesrelatie. Deze relatie bracht voor de bank niet de verplichting mee om belanghebbende ongevraagd advies te verschaffen omtrent zijn beleggingen.

(ii) Belanghebbende belegde reeds meer dan vijf jaren in AEX-putopties. In augustus 2007 behoorden tot de portefeuille van belanghebbende onder meer putopties AEX 530, AEX 540 en AEX 550. De opties zouden in september 2007 expireren. De koers van deze opties was in week 32 van 2007 fors gedaald.

(iii) Op 13 augustus 2007 (week 33) is ter zake van de opties van belanghebbende een margintekort ontstaan. De bank heeft belanghebbende op die dag schriftelijk voor het margintekort gewaarschuwd op de voet van art. 24 van de "Voorwaarden X" met een "5-dagen brief" zoals in genoemd artikel bedoeld.

(iv) Op 14 augustus 2007 heeft een medewerkster van de bank belanghebbende opgebeld. Met deze medewerkster had belanghebbende regelmatig contact maar zij was niet de accountmanager tot wie hij zich placht te richten ter verkrijging van adviezen over zijn beleggingen. De bedoelde medewerkster heeft belanghebbende toen gewezen op het margintekort. Zij heeft hem voorts meegedeeld dat zij de beleggingen van belanghebbende riskant achtte.

(v) Belanghebbende heeft vervolgens de volgende putoptieposities gesloten:
- op woensdag 15 augustus 2007 voor een bedrag van € 8.930,--
- op 16 augustus voor een bedrag van € 15.570,--
- op 17 augustus voor een bedrag van € 26.750,--.

Belanghebbende heeft hierbij de beleggingslijn van de bank gebruikt, een "execution only" kanaal.

(vi) Belanghebbende hield bij de bank een effectenrekening aan waarop geldbedragen konden worden bij- of afgeboekt. Voorts hield belanghebbende bij de bank een Kapitaalmarkt Index rekening (verder kmi-rekening) aan. Deze laatste rekening was niet bestemd voor het doen en ontvangen van girale betalingen. Het saldo van deze rekening kon slechts beperkt worden opgenomen.

(vii) Op 14 augustus 2007 is € 5.500,-- overgeboekt van de effectenrekening naar de kmi-rekening.

(viii) Ook op 19 en 27 juli en op 1 augustus 2007 heeft belanghebbende margin-tekorten gehad. Ter zake daarvan zijn aan hem 5-dagenbrieven verzonden. De dekkingstekorten heeft belanghebbende toen aangezuiverd door overboekingen van zijn kmi-rekening naar de effectenrekening.

4.2 De door belanghebbende in eerste aanleg aan de Geschillencommissie voorgelegde klachten laten zich als volgt weergeven.

- Belanghebbende heeft met de bank afgesproken dat in geval van margintekort door de afdeling Cliëntenservice Effecten telefonisch contact met hem zal worden opgenomen opdat een bedrag van zijn kmi-rekening zal worden over-gemaakt om het tekort op te heffen.
- Op 14 augustus 2007 is belanghebbende opgebeld door een medewerkster van de bank. Deze heeft belanghebbende niet alleen gewezen op het margintekort, zij heeft belanghebbende ook, ongevraagd, geadviseerd om meer spreiding in zijn portefeuille aan te brengen door optieposities te sluiten.
- Belanghebbende is door hetgeen deze medewerkster hem heeft meegedeeld in verwarring geraakt. Omdat hij niet op de hoogte was van de exacte stand van het dekkingstekort en de medewerkster van de bank hem dit niet kon meedelen, kon belanghebbende niet beoordelen of het saldo van zijn kmi-rekening voldoende was om het dekkingstekort aan te zuiveren. Belanghebbende heeft de mede-werkster van de bank verzocht hem telefonisch of schriftelijk in te lichten over de hoogte van het tekort. Enig bericht hieromtrent is uitgebleven.
- Op 15 augustus 2007 heeft belanghebbende twee optieposities gesloten. Toen een reactie van de bankmedewerkster uit bleef heeft belanghebbende op 16 en 17 augustus 2007 de resterende optieposities gesloten.

- Later is aan belanghebbende gebleken dat er toen hij de laatst genoemde optieposities sloot al geen sprake meer was van een dekkingstekort. Sluiting ervan was daarom niet meer nodig.
- Belanghebbende verwijt de bank dat zij geen uitvoering heeft gegeven aan de afspraak dat dekkingstekorten in beginsel zouden worden afgedekt door overboeking van het daartoe nodige bedrag van zijn kmi-rekening naar zijn effectenrekening. Voorts dat de bank hem geen informatie heeft vertrekt omtrent de actuele stand van zijn marginverplichting en dat de bank met het telefoongesprek van 14 augustus 2007 ongeoorloofd heeft geïntervenieerd binnen de hem gegeven termijn van vijf dagen.
- Belanghebbende heeft gevorderd dat de bank zal worden verplicht de sluiting van de optieposities ongedaan te maken en deze tegen de reguliere expiratiedatum met belanghebbende af te wikkelen met vergoeding van de wettelijke rente en de kosten van de procedure ten bedrage van € 150,00.

4.3 De Geschillencommissie heeft de vordering van belanghebbende afgewezen. Daartoe heeft de Geschillencommissie, samengevat, het volgende overwogen.

- De bank heeft na het ontstaan van een margintekort op 13 augustus 2007 gedaan wat zij behoorde te doen door aan belanghebbende een 5-dagenbrief te zenden en op 14 augustus 2007 telefonisch contact met hem op te nemen.
- Niet gebleken is van een afspraak ertoe strekkende dat de bank uit eigen beweging bedragen van de kmi-rekening naar de effectenrekening zou overmaken in geval van margintekort. Niet gebleken is dat belanghebbende op 14 augustus 2007 opdracht heeft gegeven om een bedrag van zijn kmi-rekening over te boeken naar diens effectenrekening.
- Het was aan belanghebbende om te beslissen of hij al dan niet de optieposities zou sluiten. Niet gebleken is dat de bank door te adviseren als zij deed in het telefoongesprek op 14 augustus 2007 heeft gehandeld in strijd met de zorg die een goede effecteninstelling betaamt.

5. Beoordeling van het beroep

5.1 Belanghebbende heeft tegen de beslissing van de Geschillencommissie een aantal bezwaren aangevoerd, verdeeld in vier groepen telkens na een gedachtenstreepje.

- Het eerste bezwaar van belanghebbende komt erop neer dat de bank bij de berekening van het margintekort op 13 augustus 2007 niet ook het positieve saldo van de kmi-rekening heeft betrokken. Had de bank dit wel gedaan, dan zou zijn gebleken dat niet van een dekkingstekort sprake was.
- Zijn tweede bezwaar komt erop neer dat in eerdere gevallen van margintekort het tekort werd aangezuiverd door overboeking van geldbedragen naar de effectenrekening. Dit had ook in het onderhavige geval weer kunnen gebeuren.

Daarom was het onjuist dat in het telefoongesprek van 14 augustus 2007 door de bank is aangedrongen op sluiten van de opties.

- In hetgeen belanghebbende heeft aangevoerd na het derde gedachtenstreepje zijn twee bezwaren te ontwaren. In de eerste plaats, hierna aan te duiden met 3a, een bezwaar gericht tegen het oordeel van de Geschillencommissie in haar rechtsoverweging 4.2 dat niet is gebleken dat belanghebbende op 14 augustus 2007 een telefonische opdracht heeft gegeven tot overboeking van een bedrag van zijn kmi-rekening naar de effectenrekening. Dit bezwaar betreft de overboeking op 14 augustus 2007 van een bedrag van € 5.500,-- zoals hiervoor in 4.1 onder (vii) genoemd. Belanghebbende stelt dat hij opdracht had gegeven tot overboeking van het genoemde bedrag van de kmi-rekening naar de effectenrekening, maar dat de bank bij vergissing een omgekeerde overboeking heeft bewerkstelligd. Belanghebbende voert aan dat hij op 14 augustus 2007 ervan mocht uitgaan dat er als gevolg van de door hem beoogde overboeking van de kmi-rekening naar de effectenrekening niet meer van een margintekort sprake was.
  Belanghebbende voert voorts aan, bezwaar 3b, dat de bank van de vergissing met betrekking tot de hier bedoelde overboeking misbruik heeft gemaakt om met psychische druk en tegen de beleggingstrategie van belanghebbende in, op grond van een overgewaardeerd dekkingstekort sluiting van de opties te bewerkstelligen.
- Het vierde bezwaar komt erop neer dat belanghebbende door het telefoongesprek van de bankmedewerkster met belanghebbende op 14 augustus 2007 in verwarring is geraakt en dat de bank hem ondanks zijn uitdrukkelijke verzoek hiertoe niet schriftelijk of telefonisch nader heeft ingelicht omtrent het dekkingstekort. Ook na de eerste sluiting van optieposities, zie hiervoor onder 4.1 sub (v), heeft de bank belanghebbende niet gewaarschuwd dat het dekkingstekort was opgeheven. Belanghebbende is hierdoor in paniek geraakt en heeft onder invloed hiervan ook de twee overige optieposities gesloten. Belanghebbende besluit dit bezwaar met de stelling dat de bank hem op geraffineerde wijze heeft overgehaald om met "het overgewaardeerde dekkingstekort" voortijdig opties te sluiten en zodoende de "bonuswinst" te verzilveren.

5.2.1 Bij de beoordeling van het eerste bezwaar is van belang dat in het tot de stukken van het geding behorende "Informatieblad Effectendienstverlening", dat klaarblijkelijk in het onderhavige geval van toepassing is, op p. 7 is vermeld dat de bank per werkdag berekent of er sprake is van dekkingstekort. Dit gebeurt, is daar vermeld, op basis van de actuele saldi op de geldrekeningen en wat betreft de effecten, aan de hand van de laatst bekende slotkoersen. Van belang is voorts dat in de, eveneens tot de stukken van het geding behorende voorwaarden Effectendienstverlening van de bank, onder 1, sub l, is vermeld dat onder geldrekening wordt verstaan de door de cliënt van de bank aangehouden geldrekening ten laste of ten gunste waarvan effectentransacties worden verricht.

5.2.2 Hieruit volgt dat voor beoordeling van het al dan niet aanwezig zijn van een dekkingstekort ten laste van belanghebbende de bank alleen het geldsaldo van diens effectenrekening in de berekening diende te betrekken, niet het saldo van de kmi-rekening. Ten gunste of ten laste van deze rekening werden immers geen effectentransacties geboekt. Voor zover in het betoog van belanghebbende ligt besloten dat hij met de bank in afwijking van hetgeen zo-even is vermeld, was overeengekomen dat de bank eigener beweging de voor opheffing van het dekkingstekort benodigde bedragen van de kmi-rekening zou overschrijven naar de effectenrekening van belanghebbende, faalt dit betoog. De bank ontkent het bestaan van zodanige afspraak en belanghebbende heeft daartegen het bestaan ervan niet aannemelijk gemaakt.

5.2.3 Het eerste bezwaar is derhalve ongegrond.

5.3.1 Met betrekking tot het tweede bezwaar moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat volgens art. 24 lid 1 van de Voorwaarden Effectendienstverlening de bank in een geval van een dekkingstekort niet alleen een 5-dagenbrief aan de desbetreffende cliënt zendt maar hem of haar zo mogelijk ook telefonisch waarschuwt.
Dit is gebeurd in het telefoongesprek van 14 augustus 2007. De bank heeft aldus gedaan waartoe zij volgens de toepasselijke algemene voorwaarden was verplicht.

5.3.2 De exacte inhoud van het telefoongesprek van 14 augustus 2007 is niet komen vast te staan. Volgens belanghebbende heeft de desbetreffende medewerkster van de bank er bij hem op aangedrongen dat hij zijn optieposities zou sluiten. Volgens de bank is slechts vrijblijvend en in algemene bewoordingen geadviseerd om meer spreiding in de portefeuille aan te brengen en het risico op de AEX terug te brengen. Ook al zou de desbetreffende medewerkster met enige aandrang hebben geadviseerd tot sluiting van de opties, dan nog kan niet worden gezegd dat zodanig advies niet in overeenstemming zou zijn met de door de bank op grond van haar overeenkomst met belanghebbende in acht te nemen zorg.

5.3.3 Belanghebbende had immers reeds geruime tijd in AEX-opties belegd en had daarin ervaring. Hij was ook bekend met de mogelijkheid van het ontstaan van dekkingstekort en de mogelijkheden om dit aan te zuiveren. Daarom moet ervan worden uitgegaan dat belanghebbende in staat was zijn eigen afweging te maken met betrekking tot de keuze het dekkingstekort weg te werken. Er is geen reden om hier, waar het gaat om een adviesrelatie, af te wijken van het beginsel dat beslissingen zoals de onderhavige voor rekening komen van de cliënt van de effecteninstelling.

5.3.4 Het tweede bezwaar is evenmin gegrond.

5.4.1 Wat het bezwaar 3a. betreft staat vast dat op 14 augustus 2007 een opdracht tot overboeking van € 5.500,-- is gegeven. Volgens belanghebbende was het zijn bedoeling dat zijn effectenrekening met dit bedrag zou worden gecrediteerd ten laste van de kmi-rekening. Niet is komen vast te staan of een vergissing is gemaakt en door wie. Niet valt uit te sluiten dat belanghebbende bij vergissing een overboekings-opdracht heeft gegeven die niet overeenstemde met hetgeen hem voor ogen stond. Mogelijk heeft de bank de opdracht verkeerd begrepen.

5.4.2 Belanghebbende heeft aangevoerd dat hij na het telefoongesprek op 14 augustus 2007 geen bericht heeft ontvangen omtrent de stand van zijn effectenrekening. Er moet daarom van worden uitgegaan dat hij in de periode van 15 tot en met 17 augustus 2007 ook geen rekeningafschrift heeft ontvangen waaruit zou zijn gebleken dat het bedrag van € 5.500,-- van zijn effectenrekening was overgeboekt naar zijn kmi-rekening. Belanghebbende heeft voorts aangevoerd dat hij ervan mocht uitgaan dat er als gevolg van een door hem beoogde overboeking van de kmi-rekening naar de effectenrekening geen sprake meer was van dekkingstekort. Deze veronderstelling moet naar volgt uit hetgeen hiervoor is opgemerkt, tot en met 17 augustus 2007 hebben bestaan.

5.4.3 Nu belanghebbende in de mening verkeerde dat het dekkingstekort was aangezuiverd toen hij op 15, 16 en 17 augustus 2007 opties sloot, kan belanghebbende met het sluiten van de opties niet de bedoeling hebben gehad een dekkingstekort aan te zuiveren. In het midden kan blijven of en door wie op 14 augustus 2007 een vergissing is gemaakt bij het geven of uitvoeren van een overboeking. Dat € 5.500,-- is overgeschreven van de effectenrekening naar de kmi-rekening is niet van invloed geweest op de beslissing van belanghebbende om de opties te sluiten.

5.4.4 Hetgeen onder 5.4.1 tot en met 5.4.3 is overwogen leidt tot de gevolgtrekking dat geen oorzakelijk verband bestaat tussen de overboeking van € 5.500,-- van de effectenrekening naar de kmi-rekening en het nadeel dat belanghebbende heeft geleden als gevolg van het op 15, 16 en 17 augustus 2007 sluiten van opties.

5.5. Wat bezwaar 3b. betreft moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat belang-hebbende niet heeft aangevoerd dat er op of na 14 augustus 2007 een ander contact is geweest tussen hem en de bank waarbij hem is geadviseerd de opties te sluiten. Belanghebbende heeft niet aannemelijk gemaakt dat in het telefoongesprek op 14 augustus 2007 een druk is uitgeoefend die, gelet op de door de bank te betrachten zorg, niet oirbaar kan worden geacht.

5.6.1 Wat het vierde bezwaar betreft valt in de eerste plaats op te merken dat niet is gesteld en uit de overgelegde algemene voorwaarden die de verhouding tussen belanghebbende en de bank beheersten ook niet blijkt, dat de bank zich in het algemeen heeft verbonden om een cliënt in de vijf dagen na het ontstaan van een dekkingstekort op de hoogte te houden van de omvang dan wel het niet langer

bestaan van het dekkingstekort. Uit het hiervoor reeds vermelde Informatieblad Effectendienstverlening komt onder het hoofd "Dekkingstekort en de 5-dagen-procedure" daarentegen naar voren dat de cliënt zelf inlichtingen moet inwinnen over het al dan niet voortduren van het dekkingstekort.

5.6.2 Tegenover de ontkenning te dier zake door de bank heeft belanghebbende niet aannemelijk gemaakt dat de medewerkster van de bank in het telefoongesprek van 14 augustus 2007 heeft toegezegd belanghebbende mondeling of schriftelijk op de hoogte te houden van de omvang van het dekkingstekort. Wat daarvan zij, belang-hebbende had volgens de hoofdregel zelf informatie omtrent het dekkingstekort bij de bank moeten inwinnen toen hij, na de overboeking op 14 augustus 2007, taal noch teken daarover van de bank vernam. Dit past ook in het stelsel van de onderhavige overeenkomst, waarin de bank niet uit eigen beweging behoeft te adviseren zoals dit naar voren komt uit hetgeen is vermeld onder het hoofd Dekkingstekorten en de 5-dagenprocedure van het Informatieblad Effectendienstverlening. Zie hiervoor onder 5.2.1.

5.6.3 Hiermee ontvalt de grond aan het vierde bezwaar. Opgemerkt moet nog worden dat niet is gebleken van een grond voor het verwijt van belanghebbende aan de bank dat zij erop uit was door het sluiten van de opties "bonuswinst" te realiseren.

6. Slotsom

Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat het hoger beroep moet worden verworpen.

7. Beslissing

De Beroepscommissie handhaaft de bestreden beslissing.