Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-259 d.d. 21 augustus 2013
(prof.mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, H. Mik RA en G.J.P. Okkema, leden en mevrouw mr. I.M.M. Vermeer, secretaris)

Samenvatting

Consument baseert zijn vordering op de stelling dat Aangeslotene een onjuiste berekening heeft gemaakt bij de vaststelling van het dekkingstekort en zij derhalve op 5 augustus 2011 ten onrechte de 5 dagen brief heeft verzonden. De Commissie is van oordeel dat Aangeslotene bij de berekening van het dekkingstekort ten onrechte de saldi van de overige rekeningen van Consument, overeenkomstig hetgeen in 2005 tussen Aangeslotene en Consument is afgesproken, niet heeft meegenomen. Deze tekortkoming heeft in dit geval echter geen gevolgen, aangezien het dekkingstekort als gevolg van de sterk dalende beurs, ook na 5 augustus 2011, zou zijn ontstaan. Ten aanzien van de klacht van Consument dat Aangeslotene hem gedurende de 5 dagen procedure geen hulp en informatie heeft geboden die voor Consument noodzakelijk was om een voor hem voordeligere transactie te doen sluiten, overweegt de Commissie dat de aard van de dienstverleningsvorm execution only niet meebrengt dat op Aangeslotene een verplichting rustte om Consument de voor hem noodzakelijke informatie te verstrekken. De Commissie wijst de vordering van Consument af.

Consument,

tegen

de naamloze vennootschap ABN AMRO Bank 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 verzoek tot geschilbeslechting met bijlagen;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.
Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid.

Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.
Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 5 juni 2013 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
Tussen Consument en Aangeslotene bestaat een beleggingsrelatie op basis van execution only. Hiervoor heeft Consument op of omstreeks 13 maart 2009 de overeenkomst Verklaring Direct Beleggen (hierna: "de Overeenkomst") ondertekend.
Op de Overeenkomst zijn de Voorwaarden Effectendienstverlening ABN AMRO en het Informatieblad Effectendienstverlening ABN AMRO van toepassing. In artikel 11.3 van het Informatieblad is het volgende opgenomen:
"Per werkdag berekent ABN AMRO éénmalig en wel in de uren vóór opening van de beurs of er sprake is van een dekkingstekort. Dit gebeurt op basis van de actuele saldi op de geldrekeningen en wat betreft de effecten, aan de hand van de laatst bekende slotkoersen. De uitkomsten van deze berekeningen zijn alsdan geldend tot er op de eerst volgende werkdag wederom dergelijke berekeningen zijn gemaakt. Indien sprake is van een dekkingstekort - hetzij in verband met marginverplichtingen, hetzij in verband met een combinatie hiervan - wordt u daarover zo snel mogelijk geïnformeerd met een zogenaamde 5-dagen brief.
U zult er vervolgens voor moeten zorgdragen dat er aan het begin van de 5e werkdag vanaf dagtekening van de 5-dagen brief geen enkel tekort meer is. Dat kunt u bijvoorbeeld doen door bestaande optieposities te sluiten en/of (een deel van) uw effecten te verkopen en/of lopende effectenorders te royeren en/of gelden te laten bijschrijven. Verder mag u gedurende de 5-dagen procedure geen nieuwe openingstransacties doen of risicovolle optieposities innemen (…)".
Op 21 juli 2005 heeft Aangeslotene Consument een brief gestuurd over een verruiming van de bestedingsruimte voor de beleggingen van Consument. Hierin is het volgende opgenomen:
"(…) Met deze brief bevestigen wij u dat wij op uw verzoek voor uw beleggingen uw bestedingsruimte op een andere manier zullen berekenen dan zoals bepaald in de Voorwaarden Effectendienstverlening ABN AMRO.
Dit geldt uitsluitend voor de fiattering van uw effectenorders, voor de bewaking van uw bestedingsruimte en, indien u opties schrijft, voor de maximale omvang van uw marginverplichtingen (…)".
"(…) Verruiming bestedingsruimte voor uw beleggingen
Uw bestedingsruimte zal niet alleen worden berekend op basis van uw Geldrekening, maar ook op basis van uw:
- betaalrekeningen;
- spaarrekeningen waarvan het saldo vrij opneembaar is'
- deposito's;
- eventueel in de toekomst nieuw te openen rekeningen. (…)"
"(…) Overig

Zowel u als ABN AMRO kunnen de verruiming van uw bestedingsruimte voor uw beleggingen, zoals overeengekomen in deze brief, te allen tijde schriftelijk opzeggen. (…)."
In juli 2009 heeft Consument met Aangeslotene een kredietovereenkomst gesloten. Hierin is opgenomen dat door Consument van het krediet gebruik kan worden gemaakt tot maximaal 70% van de beurswaarde van zijn effectendepot, met een limiet van maximaal € 80.000,-.
In verband met een dekkingstekort heeft Aangeslotene Consument op 5 augustus 2011 een zogenoemde '5 dagen brief' gestuurd. In deze brief is onder andere het volgende opgenomen:
"(…) Op 05-08-2011 constateerden wij een dekkingstekort. Wij kunnen ons voorstellen dat u hiervan niet op de hoogte was en wij gaan ervan uit dat u dit tekort zo snel mogelijk opheft.
Het dekkingstekort heeft de volgende opbouw:

• Het saldo van uw geldrekening(en), exclusief lopende rente	Eur.	23.634,74
• De kredietlimiet op uw geldrekening(en)	Eur.	0,00
• Reserveringen (bijvoorbeeld voor lopende effectenorders)	Eur.	0,00
• De onderpandswaarde van uw effectendepot(s), (mogelijk gemaximeerd) (op basis van slotkoersen d.d. 04-08-2011)	Eur.	98.387,00
• Marginverplichtingen	Eur.	-138.840,00
Dekkingstekort:	Eur.	16.818,26(…)"

"(…) Een dekkingstekort is in strijd met de overeenkomst(en) die u met ons bent aangegaan. Heft u daarom het dekkingstekort zo spoedig mogelijk en in elk geval vóór 11-08-2011 op. (…)"
"(…) Tot 11-08-2011 mag u geen nieuwe aankooptransacties doen of nieuwe optieposities innemen. (…)"
Op 9 augustus 2011 heeft Consument het dekkingstekort opgeheven door optieposities te sluiten.

De vordering en grondslagen

Consument vordert vergoeding van de door hem als gevolg van het handelen van Aangeslotene geleden schade. Deze schade wordt door Consument begroot op een bedrag van € 125.000,-.
Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.
Consument vindt het vreemd dat Aangeslotene hem niet heeft gebeld nadat zij op 5 augustus 2011 het dekkingstekort had geconstateerd.
Bij de berekening van het dekkingstekort heeft Aangeslotene verzuimd om de saldi van alle rekeningen van Consument te betrekken, overeenkomstig de afspraken tussen Aangeslotene en Consument zoals door Aangeslotene bij brief van 21 juli 2005 is bevestigd.
Aangeslotene heeft Consument gedurende de 5 dagen procedure geen hulp en informatie geboden die hij nodig had om een voor hem voordeligere transactie te doen sluiten dan het sluiten van de geschreven opties. Hiermee heeft Aangeslotene haar zorgplicht jegens Consument geschonden.

Op de stellingen die Aangeslotene aan haar verweer ten grondslag legt, wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

Beoordeling

Ingevolge artikel 86 van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen ziet een beleggingsonderneming er op toe dat cliënten die posities hebben in financiële instrumenten waaruit verplichtingen kunnen voortvloeien voortdurend over voldoende saldi beschikken om aan de actuele verplichtingen die uit die posities voortvloeien te voldoen. Indien een cliënt over onvoldoende saldi beschikt om te voldoen aan deze verplichtingen, ziet de beleggingsonderneming er op toe dat deze cliënt zekerheden stelt waaruit die verplichtingen kunnen worden voldaan. Indien de cliënt geen zekerheden kan stellen, sluit de beleggingsonderneming de posities zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen vijf werkdagen, tenzij er zich bijzondere omstandigheden voordoen. Op 5 augustus 2011 constateerde Aangeslotene dat Consument over onvoldoende saldi beschikte om te kunnen voldoen aan de actuele verplichtingen die voortvloeiden uit de door Consument ingenomen optieposities en heeft Aangeslotene Consument een 5 dagen brief gestuurd.
Mede gelet op diens tijdens de mondelinge behandeling gegeven toelichting berust de klacht van Consument in belangrijke mate op de stelling dat Aangeslotene een onjuiste berekening heeft gemaakt bij de vaststelling van het dekkingstekort en zij derhalve op 5 augustus 2011 ten onrechte de 5 dagen brief heeft verzonden. Aangeslotene heeft bij de berekening van het tekort niet alle rekeningen van Consument betrokken, terwijl dit in 2005 wel contractueel is vastgelegd. Aangeslotene stelt dat zij de 5 dagen brief terecht heeft verzonden omdat er volgens haar berekening een dekkingstekort was ontstaan van € 16.818,16. Dit tekort was door Aangeslotene juist berekend, aangezien met het afsluiten van de kredietovereenkomst in 2009 de eerder tussen Consument en Aangeslotene overeengekomen afspraken zijn komen te vervallen.
De Commissie is van oordeel dat Aangeslotene bij de berekening van het dekkingstekort ten onrechte de saldi van de overige rekeningen van Consument, overeenkomstig hetgeen in 2005 tussen Aangeslotene en Consument is afgesproken, niet heeft meegenomen. De Commissie volgt de stelling van Aangeslotene dat met het afsluiten van de kredietovereenkomst in 2009 deze eerder gemaakte afspraken zijn komen te vervallen niet. Het is immers niet gebleken dat Aangeslotene deze afspraken heeft herroepen. De stelling van Aangeslotene dat Consument reeds in 2009 wist dat de saldi van deze rekeningen niet zouden worden meegenomen berust op een interpretatie door Aangeslotene van een brief van Consument van 26 maart 2012. De Commissie volgt deze interpretatie van Aangeslotene niet. Dat Aangeslotene heeft nagelaten de overige saldi van de rekeningen van Consument bij de berekening van het dekkingstekort te betrekken heeft in dit geval echter geen gevolgen. De beurskoersen daalden ook na 5 augustus 2011 sterk en Consument heeft ter zitting zelf verklaard dat, ook indien het dekkingstekort wel op de juiste wijze zou zijn berekend, reeds op de volgende beursdag een tekort zou zijn ontstaan.
Ten aanzien van de klacht van Consument dat Aangeslotene hem gedurende de 5 dagen procedure geen hulp en informatie heeft geboden die voor Consument noodzakelijk was om een voor hem voordeligere transactie te doen sluiten, overweegt de Commissie als volgt.

Tussen Consument en Aangeslotene bestaat een execution only-relatie. De Commissie is van oordeel dat de aard van deze dienstverleningsvorm niet meebrengt dat op Aangeslotene een verplichting rustte om Consument de voor hem noodzakelijke informatie te verstrekken. Dat Aangeslotene Consument in het verleden van advies heeft voorzien doet hier niet aan af, nu dit advies door Aangeslotene als service werd aangeboden. Het voorgaande brengt mee dat Consument er naar het oordeel van de Commissie niet op mocht vertrouwen dat er bij Aangeslotene altijd iemand aanwezig zou zijn om hem van noodzakelijke informatie te voorzien.
De Commissie stelt vast dat de inhoud van de 5 dagen brief van Aangeslotene volstrekt duidelijk is. Voor zover dit al niet uit de voorwaarden blijkt, staat in de brief duidelijk vermeld dat Consument geen nieuwe optieposities mocht innemen. Dit brengt mee dat Consument er dan ook niet op mocht vertrouwen dat zijn - naar eigen zeggen - voordeligere constructie door Aangeslotene zou worden uitgevoerd. Naar het oordeel van de Commissie kan Consument zich niet beroepen op zijn stelling dat de orderlijn hem achteraf heeft meegedeeld dat zijn gewenste constructie wel zou zijn uitgevoerd. Consument heeft deze orderlijn op 8 augustus 2011, de eerste werkdag na 5 augustus 2011, immers niet gebeld, zoals door hem tijdens de zitting werd bevestigd.
Gelet op het voorgaande concludeert de Commissie dat de klacht van Consument ongegrond is en de vordering derhalve moet worden afgewezen.
Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

6. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat de vordering van Consument wordt afgewezen.

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.