KiFiD
Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 131
d.d. 23 december 2009
(mr. V. van den Brink, voorzitter, en de heren prof. drs. A.D. Bac RA en G.J.P. Okkema)

1. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken:
- het verzoek tot geschilbeslechting, ontvangen op 4 mei 2009, vergezeld van een door Consument ingevuld vragenformulier met bijlage;
- het antwoord van Aangeslotene met bijlagen van 5 augustus 2009;
- de repliek van Consument met bijlage van 27 augustus 2009;
- de dupliek van Aangeslotene van 17 september 2009;
- de door Consument bij de mondelinge behandeling overgelegde pleitnota; en
- de relevante stukken uit het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening.

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 op 25 november 2009. Aldaar zijn beide partijen verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consument houdt bij Aangeslotene een effectenrekening aan. Op de tussen partijen bestaande rechtsverhouding zijn van toepassing de voorwaarden en bepalingen X "Zelf beleggen op de beurs", de "voorwaarden X Optie- annex pandovereenkomst" en de "Bijzondere bepalingen voor cliënten van X met betrekking tot de optiehandel op Euronext.liffe Amsterdam". Tevens is aan Consument verstrekt de handleiding "Opties Zo werkt het".

2.2 Artikel 8 van de op de tussen partijen bestaande verhouding van toepassing zijnde "Voorwaarden X Optie- annex pandovereenkomst", bepaalt voor zover relevant:
" 8.1……..
8.2. Indien Cliënt als schrijver van opties optreedt, dient hij alvorens tot het schrijven kan worden overgegaan, aan X de vereiste zekerheden te verstrekken ter dekking van de marginverplichting….
8.3. ……..
8.4. Indien de door Cliënt verstrekte zekerheden als bedoeld in lid 2 van dit artikel onvoldoende zijn om aan de marginverplichting te voldoen, is Cliënt verplicht om

aanvullende zekerheden te verstrekken dan wel door het sluiten van posities in opties en/of het verkopen van posities te bewerkstelligen dat de margin voldoet aan de door X gestelde eisen.
8.5. Indien Cliënt, na aanzegging hiertoe door X, niet binnen 5 dagen voldoet aan het gestelde in lid 4 van dit artikel, is X gerechtigd om namens Cliënt over te gaan tot het sluiten van posities in opties en/of het verkopen van posities in effecten voor zover nodig om weer aan de marginverplichting te kunnen voldoen……"

2.3 In de handleiding "Opties Zo werkt het" is ten aanzien van de marginverplichting voor zover relevant opgenomen:
"Marginverplichting
Marginverplichting is het bedrag in geld of effecten dat een belegger moet aanhouden als hij (gedeeltelijk) ongedekt geschreven opties heeft….. De marginverplichting wordt in mindering gebracht op de bestedingsruimte van de effectenrekening.
Gevolgen marginverplichting voor bestedingsruimte.
Door koersschommelingen kan de marginverplichting toenemen en een negatieve bestedingsruimte ontstaan. Als dit het geval is, krijgt u een brief van ons waarin we u verzoeken dit tekort binnen vijf beursdagen na het ontstaan van het tekort aan te vullen. Controleer zelf of uw aanvulling voldoende is, omdat het tekort inmiddels kan zijn opgelopen. ….."

2.4 Bij brief van 16 januari 2008 deelt Aangeslotene Consument mede dat de bestedingsruimte op haar effectenrekening op dat moment als gevolg van de marginverplichting op de geschreven opties een tekort vertoont van € 1.228,83. Aangeslotene verzoekt Consument om binnen vier beursdagen maatregelen te treffen om dat tekort op te heffen, bij gebreke waarvan Aangeslotene de ongedekt geschreven opties op 23 januari bestens zal sluiten totdat het tekort is opgeheven.

2.5 Op 23 januari 2008 sluit Aangeslotene de volgende posities: 5 putopties BHR 8/12 € 10, 10 putopties AGN 10/12 € 15 en 5 putopties FOR 10/12 € 20,93.

3. Geschil

Het geschil houdt – kort en zakelijk weergegeven – het volgende in.

3.1 Consument stelt zich op het standpunt dat Aangeslotene de betreffende putopties op 23 januari 2008 ten onrechte heeft gesloten. Zij heeft immers het geconstateerde tekort tijdig aangezuiverd door op zowel 18 als 22 januari 2008 € 2.000 van haar girorekening naar haar effectenrekening over te boeken en 23 januari nog eens € 5.000 van een bankrekening bij derden naar haar girorekening over te maken.

3.2 Ook is Consument van mening dat Aangeslotene niet eerder dan op 24 januari 2008 tot sluiting van de posities had mogen overgaan. De brief waarin zij door Aangeslotene is verzocht om het geconstateerde tekort aan te zuiveren heeft zij

ontvangen op 18 januari 2008, zodat de laatste beursdag waarop zij het tekort kon aanzuiveren 23 januari 2008 is.

3.3 Op 23 januari 2008 ontvangt Consument een sms-bericht van Aangeslotene dat over wordt gegaan tot sluiting van haar posities. Ze neemt daarop direct contact op met Aangeslotene om haar verbazing daarover te uiten. Ondanks dat Aangeslotene kan zien dat de overboeking van € 5.000 op de rekening is bijgeschreven, kan de sluiting niet worden teruggedraaid.

3.4 Consument heeft als gevolg van de onterechte sluiting van de ongedekt geschreven opties een verlies geleden van € 13.925. Zij houdt Aangeslotene daarvoor aansprakelijk.

3.5 Tevens verwijt Consument Aangeslotene dat zij haar niet tussentijds heeft ingelicht over het snel oplopende tekort in de dagen voorafgaand aan de sluiting van de posities. Consument stelt dat als zij zou hebben geweten dat de door haar genomen maatregelen onvoldoende waren om het tekort aan te zuiveren, zij nadere maatregelen had kunnen treffen.

3.6 Aangeslotene stelt zich op het standpunt dat zij niet onrechtmatig heeft gehandeld door het sluiten van de ongedekt geschreven opties. Op 16, 17, 18, 21 en 22 januari (19 en 20 januari waren geen beursdagen) is sprake geweest van een negatieve bestedingsruimte.
Omdat op de 23e januari 2008 bij opening van de beurs nog immer sprake was van een tekort op de bestedingsruimte, was Aangeslotene gerechtigd om tot sluiting van de posities over te gaan. In tegenstelling tot hetgeen Consument meent is immers niet relevant of sprake is van een positief saldo maar of sprake is van een positieve bestedingsruimte op de effectenrekening. De bestedingsruimte is het saldo van de effectenrekening plus eventueel effectenkrediet minus de marginverplichting.

3.7 Aangeslotene beaamt dat na constatering van het tekort op de bestedingsruimte op 16 januari 2008 het tekort snel is opgelopen. Consument is er bij brief van 16 januari 2008 door haar echter expliciet op gewezen dat de marginverplichting dagelijks fluctueert en dat het verstandig is om na aanzuivering telefonisch te controleren of sprake is van een positieve bestedingsruimte. Dat Consument de 23e januari 2008 door een medewerker van Aangeslotene zou zijn aangegeven dat de overboeking van € 5.000 inmiddels op de rekening van Aangeslotene is bijgeschreven, is mogelijk. Het meetpunt voor de beoordeling of sprake is van een positieve bestedingsruimte ligt immers voor het moment van opening van de beurs. Omdat op dat moment geen sprake was van een positieve bestedingsruimte, is tot sluiting overgegaan. Boekingen die na opening beurs op de rekening worden ontvangen, tellen voor het bepalen van de bestedingsruimte niet mee.

4. Beoordeling

De Commissie overweegt naar aanleiding van het door partijen over en weer gestelde als volgt.

4.1 De Commissie stelt vast dat uit de Consument verstrekte bescheiden, waar de onder 2.2 en 2.3 aangehaalde passages zijn opgenomen, duidelijk blijkt dat op Consument de verplichting rust een tekort op de bestedingsruimte onverwijld, doch binnen vijf dagen na het ontstaan van het tekort, aan te vullen. Gelet hierop dient de stelling van Consument dat de termijn van vijf dagen eerst ingaat vanaf het moment van ontvangst van het verzoek om het tekort aan te zuiveren, te worden verworpen.

4.2 De Commissie stelt voorts vast dat, nu Consument geen bescheiden heeft overgelegd die anderszins aantonen, van 16 januari 2008 tot aan de sluiting van de posities op 23 januari 2008 nimmer sprake is geweest van een positieve bestedingsruimte. Dat de bestedingsruimte in genoemde periode ondanks de verschillende overboekingen zijdens Consument nooit positief is geweest, had Consument naar het oordeel van de Commissie zelf kunnen vaststellen indien zij, zoals in de handleiding "Opties Zo werkt het" alsmede de brief van 16 januari 2008 van Aangeslotene is geadviseerd, vóór afloop van de vijfdagentermijn ter zake telefonisch navraag zou hebben gedaan bij Aangeslotene. Dat Consument zulks, zoals zij ter zitting desgevraagd heeft verklaard, niet (voldoende)
heeft gedaan, is een omstandigheid die naar het oordeel van de Commissie voor Consuments eigen rekening en risico behoort te blijven. Op Aangeslotene rust niet de verplichting Consument tussentijds over de status van haar bestedingsruimte te informeren.

4.3 Aangeslotene heeft zich op het standpunt gesteld dat de termijn waarbinnen Consument het op 16 januari 2008 geconstateerde tekort diende aan te zuiveren tot en met
22 januari 2008 (rekening houdend met het weekend) liep. Ter zitting heeft Aangeslotene verklaard dat zij een vast toetsingsmoment hanteert voor het controleren van de bestedingsruimte. Dat toetsingsmoment ligt vóór opening van de beurs. Op 23 januari 2008 heeft Aangeslotene op het door haar gehanteerde toetsingsmoment vóór opening van de beurs gecontroleerd of op dat moment sprake was een positieve bestedingsruimte. Toen dat niet het geval bleek te zijn, is zij tot sluiting van de posities overgegaan. Naar het oordeel van de Commissie heeft Aangeslotene daarmee niet in strijd met hetgeen tussen partijen is overeengekomen dan wel onrechtmatig gehandeld. Consument heeft niet aannemelijk kunnen maken dat zij maatregelen heeft genomen die ertoe leidden dat de overboeking van € 5.000 voor opening van de beurs op de 23e januari 2008 op de rekening was bijgeschreven zodat de Commissie het ervoor moet houden dat de bijschrijving eerst ná opening van de beurs, derhalve te laat, door Aangeslotene is ontvangen.

4.4 Gelet op het voorgaande is de Commissie dan ook van oordeel dat de vordering van Consument moet worden afgewezen.

4.5 Ten overvloede merkt de Commissie nog op dat het Consument vrij stond om na sluiting van de posities, deze zelf opnieuw te openen waarmee ze haar verlies had kunnen beperken.

5. Beslissing

De Commissie stelt het bindend advies vast dat de vordering wordt afgewezen.