Uitspraak Commissie van Beroep Kifid nr. 2024-0022

mr. C.A. Joustra, voorzitter, mr. dr. S.B. van Baalen, mr. H.P. de Kanter, J.C.H. Kars AAG CERA, prof. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon, leden en mr. H.C. Dobbelaar-ten Cate, secretaris

Datum uitspraak	4 maart 2024
Beroep ingediend door	De consument
Tegen	ING Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de bank
Aard uitspraak	Bindend advies
Uitkomst	Beroep ongegrond

Samenvatting

De bank heeft haar zorgplicht geschonden door een opdracht tot verkoop van de longposities in opties AEX van de consument uit te voeren waardoor een dekkingstekort ontstond. Het beroep van de consument ziet alleen op de door hem ontvangen schadevergoeding. Van de door de consument gestelde schade is echter niet gebleken. De Commissie van Beroep bevestigt de uitspraak van de Geschillencommissie.

1. De procedure in beroep

1.1 Bij een op 2 augustus 2023 ontvangen brief heeft de consument bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (hierna: de Commissie van Beroep) beroep ingesteld tegen een uitspraak van de Geschillencommissie Kifid (hierna: de Geschillencommissie) van 17 juli 2023 (dossiernummer [nummer], gepubliceerd onder nummer 2023-0536).

1.2 De bank heeft een op 27 september 2023 gedateerd verweerschrift ingediend.

1.3 Bij e-mail van 29 september 2023 heeft de consument gereageerd op het verweerschrift van de bank.

1.4 Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 30 oktober 2023. De consument heeft te kennen gegeven dat hij vanwege gezondheidsredenen niet bij de hoorzitting aanwezig kan zijn. De bank heeft een schriftelijke reactie gegeven op de e-mail van 29 september 2023 van de consument en beide partijen zijn akkoord gegaan met een beslissing van de Commissie van Beroep op basis van de stukken. De behandeling op stukken heeft plaatsgehad op 13 november 2023.

2. De procedure bij de Geschillencommissie

Voor het verloop van de procedure bij de Geschillencommissie verwijst de Commissie van Beroep naar de uitspraak van de Geschillencommissie van 17 juli 2023.

3. De feiten

3.1 De Commissie van Beroep gaat uit van de feiten die de Geschillencommissie heeft vermeld in de uitspraak onder 2.1 tot met 2.4. De feiten zijn niet betwist. Kort gezegd gaat het om het volgende.

3.2 De consument belegt bij de bank op basis van execution only. Hij had zowel putopties geschreven als putopties gekocht; allemaal op de AEX en met dezelfde uitoefendatum, maar met verschillende uitoefenprijzen. Hij had hetzelfde aantal optiecontracten gekocht als verkocht. De gekochte opties (hierna: de longposities) fungeerden als vrijwel volledige dekking voor de verplichtingen die voortvloeiden uit de geschreven opties (hierna: de shortposities).

3.3 Meer in het bijzonder had de consument de volgende posities:

Long	Short
- 100 put AEX dec 765	- 200 put AEX dec 770
- 100 put AEX dec 768	- 100 put AEX dec 776
- 100 put AEX dec 774	- 100 put AEX dec 780
- 100 put AEX dec 778	

3.4 Op 13 december 2021 heeft de consument de longposities verkocht voor in totaal € 64.000,--. Door de verkoop van de longposities is de dekking van de shortposities weggevallen, waardoor een tekort in de bestedingsruimte is ontstaan van ongeveer € 3 miljoen. De consument is tot de verkoop overgegaan omdat hij destijds een mentale inzinking had waardoor hij in verwarring was geraakt.

3.5 Vanwege het ontstane dekkingstekort en de daaropvolgende tekortenprocedure heeft de consument op 14 en 17 december 2021 het merendeel van de ongedekte shortposities gesloten. Het restant van de shortposities is op 17 december 2021 geëxpireerd, waarbij een verrekening in geld heeft plaatsgevonden ('cash settlement'). Voor het sluiten van de shortposities en de cash settlement van de geëxpireerde contracten heeft de consument in totaal (inclusief transactiekosten) € 129.912,50 betaald.

4. De klacht en de uitspraak van de Geschillencommissie

4.1 De klacht van de consument komt erop neer dat de bank onzorgvuldig heeft gehandeld omdat zij de verkoop van de longposities niet had mogen uitvoeren. Daarmee kwam de dekking aan zijn shortposities te ontvallen een heeft hij grote risico's gelopen. De consument wenst de schade vergoed te zien van € 129.912,50.

4.2 De bank heeft bij de Geschillencommissie aangegeven dat de order inderdaad ten onrechte is uitgevoerd. De bank betwist echter de schade van consument.

4.3 De Geschillencommissie is van oordeel dat de bank de order niet had mogen uitvoeren vanwege het dekkingstekort dat daardoor is ontstaan en kent de consument een schadevergoeding toe van € 13.450,--. De berekening van dat bedrag is gebaseerd op het verschil in het werkelijk behaalde nettoresultaat van de verkochte long- en shortposities en het

resultaat dat de consument zou hebben gehad als de posities waren geëxpireerd, zijnde een verschil van € 13.000,--, vermeerderd met de betaalde transactiekosten die de consument bij expiratie niet zou hebben betaald (zijnde € 450,--).

5. De beoordeling van het beroep

5.1 Het beroep van de consument komt erop neer dat hij het niet eens is met de wijze waarop de Geschillencommissie zijn schadevergoeding heeft berekend. De Geschillencommissie is volgens hem ten onrechte uitgegaan van de berekeningen van de bank. De consument stelt zich op het standpunt dat uitgegaan moet worden van het scenario dat hij al zijn posities op 13 december 2021 zou hebben verkocht, in plaats van alleen zijn longposities. Hij stelt dat hij in dat geval geen verlies had geleden maar zelfs een kleine winst.

5.2 De bank voert verweer en licht toe waarom het scenario dat de consument zijn posities tot expiratie had gehouden het meest waarschijnlijk is. Verder geeft de bank aan dat zelfs als de consument al zijn posities zou hebben verkocht op 13 december 2021, hij een vergelijkbaar verlies zou hebben geleden.

5.3 De Commissie van Beroep stelt bij haar beoordeling voorop dat de bank (ook in execution only relaties) gehouden is ervoor te waken dat dekkingstekorten ontstaan bij een belegger als de consument als gevolg van de handel in opties. Er moet sprake zijn van voldoende bestedingsruimte. Dat is niet alleen vastgelegd in regelgeving (artikel 85 Bgfo), maar is reeds geruime tijd vaste rechtspraak. Dat geldt niet alleen voor het innemen van posities, maar ook voor de verkoop van posities als daardoor een dekkingstekort ontstaat. Ook in dat geval mag de order niet worden uitgevoerd als er onvoldoende bestedingsruimte is. Vast staat dat de verkooporder van de longposities van de consument niet had mogen worden uitgevoerd omdat daarmee dekking kwam te ontvallen aan de short posities. Op enig moment was sprake van een dekkingstekort van ongeveer € 3 miljoen. In zoverre is de klacht door de consument terecht voorgesteld en heeft de bank haar zorgplicht geschonden. Het beroep van de consument heeft alleen betrekking op de hoogte van de schadevergoeding uit hoofde van de schending van deze zorgplicht. Dat beroep is echter niet terecht.

5.4 Bij de schadevaststelling moet gekeken worden naar de hypothetische situatie waarin de longposities niet waren gesloten: had de consument dan zijn posities in portefeuille gehouden tot expiratie (zoals de bank aangeeft), of had hij dan zowel zijn long- als shortposities op 13 december verkocht (het scenario waarvan de consument uitgaat). Omdat niet meer met zekerheid te achterhalen valt wat de consument destijds zou hebben gedaan, moet gekeken worden naar het meest waarschijnlijke scenario.

5.5 Er zijn regels voor wie in dat verband wat moet bewijzen (artikel 150 Wetboek van Rechtsvordering). Het uitgangspunt is dat de consument moet bewijzen dat hij schade heeft geleden en dus dat zijn scenario het meest waarschijnlijke is. Daarbij houdt de Commissie van Beroep er wel rekening mee dat de consument geen professionele partij is en de bank wel, zodat van de bank verwacht mag worden dat zij haar verweer (het volgens de bank meest waarschijnlijke scenario) voldoende handen en voeten geeft. Het is vervolgens aan de Commissie van Beroep om de beslissen welk scenario zij het meest waarschijnlijk acht.

5.6 In dit verband staat vast dat de consument zelf heeft aangegeven dat de verkoop van zijn longposities het gevolg was van een mentale inzinking waardoor hij in de war was. Het is niet goed te begrijpen waarom de consument al zijn posities (dus long en short) zou hebben verkocht als de bank de opdracht tot de verkoop van (alleen) de long posities had geweigerd. Als dat zijn bedoeling was geweest, had het voor de hand gelegen dat hij direct (op 13 december) met het sluiten van zijn long posities, ook zijn short posities had gesloten. Dat heeft hij pas op 14 en 17 december gedaan (althans het overgrote deel) met hulp van een derde, die daarmee de ongedekte posities van de consument grotendeels beëindigde en daarmee zijn exposure (van ongeveer € 3 miljoen) sterk heeft verminderd. Als de longposities niet waren gesloten, was dat dekkingstekort niet ontstaan zodat sluiting van vrijwel alle posities ook niet nodig was geweest. De consument heeft tegen deze achtergrond niet uitgelegd waarom zijn scenario (het sluiten van alle posities op 13 december) niettemin het meest voor de hand lag. Hij volstaat met de mededeling dat meerdere scenario's denkbaar waren geweest.

5.7 Daar komt nog bij dat de consument ervan uitgaat dat hij in het geheel geen verlies zou hebben geleden als hij op 13 december al zijn posities zou hebben verkocht. Sterker nog: er zou volgens hem sprake zijn van een kleine winst. Hij legt dat alleen niet uit, bijvoorbeeld met een verwijzing naar het koersverloop van de onderliggende waarde (AEX) in die periode. Daar staat tegenover dat de bank heeft aangevoerd dat het door de consument aangegeven positieve resultaat niet zou hebben bestaan, omdat de onderliggende waarde van de optieposities (de AEX) in die dagen nauwelijks aan koersbeweging onderhevig was. Volgens de bank is het juist waarschijnlijk dat de consument bij verkoop van alle posities op 13 december een vergelijkbaar verlies had gehad als hij daadwerkelijk heeft geleden. Tegenover dit verweer van de bank, heeft de consument slechts herhaald dat de cijfers voorhanden zijn waaruit de juistheid van zijn stelling zou blijken, zonder deze cijfers over te leggen. Dat is echter onvoldoende gelet op de regels omtrent wie wat moet bewijzen.

5.8 Dit betekent dat het beroep niet slaagt en de beslissing van de Geschillencommissie in stand blijft.

6. De beslissing

6.1 De Commissie van Beroep wijst het beroep af.