

Schriftelijke vastlegging van effectenkrediet is niet vereist?

Inleiding

Een belegger die bij zijn bank in effecten heeft belegd en meent in het kader van de effectendienstverlening door de bank gedupeerd te zijn, kan in beginsel kiezen of hij zich wendt tot de rechtbank of tot de Klachtencommissie DSI (Dutch Securities Institute). Bij beide instanties is de vraag aan de orde geweest of de bank verplicht is om een kredietovereenkomst schriftelijk vast te leggen als de belegger met het krediet effecten koopt. De Klachtencommissie DSI beantwoordt die vraag bevestigend. De Rechtbank Amsterdam heeft tweemaal geoordeeld dat de bank niet verplicht was tot schriftelijke vastlegging van effectenkrediet. De meest recente van die twee uitspraken, van 7 januari 2004, wordt in het navolgende besproken.

Rechtbank Amsterdam 7 januari 2004, JOR 2004, 47 (Yigit/ABNAMRO)

Feiten

Yigit heeft op 14 december 1998 bij ABNAMRO Bank N.V. een effectenrekening geopend en gebruikgemaakt van de daarbij geboden debetfaciliteit. De debetfaciliteit hield in dat Yigit krediet mocht opnemen op basis van de – verpande – effecten tot een bedrag gelijk aan 70% van de beurswaarde van aan de Amsterdamse Effectenbeurs genoteerde effecten. De afspraken met betrekking tot de debetfaciliteit zijn niet schriftelijk vastgelegd. Terwijl de effectenrekening een debetsaldo vertoonde, heeft Yigit effecten bijgekocht. Yigit gaf de bank daartoe opdracht via de beleggingslijn. Door koersdalingen is de door de bank gestelde kredietlimiet (70% van de beurswaarde van de effectenportefeuille) overschreden. De bank heeft Yigit vervolgens verzocht de ongeoorloofde debetstand aan te zuiveren. Aan dit verzoek heeft Yigit niet voldaan. De bank is overgegaan tot liquidatie van de gehele effectenportefeuille. Na verkoop van de portefeuille was het saldo van de effectenrekening ruim € 10.000 debet.

Vordering eiser: beroep op uitspraak Klachtencommissie DSI 27 september 2001

Yigit heeft bij de rechtbank schadevergoeding gevorderd, op grond van de stelling dat de bank jegens Yigit tekort is geschoten in haar bijzondere zorgplicht. Onder meer zou de bank bij gebreke van een schriftelijke kredietovereenkomst geen effectentransacties hebben mogen uitvoeren waarbij gebruik werd gemaakt van de debetfaciliteit. Yigit verwees hierbij naar een uitspraak van de Klachtencommissie DSI van 27 september 2001 (JOR 2001, 265), waarin een vergelijkbaar geval speelde. De rechtbank begreep hieruit dat Yigit zich beriep op de Nadere Regeling gedragstoezicht effectenverkeer 2002 (hierna: de Nadere Regeling 2002)

– de opvolger van de Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999 (hierna: de Nadere Regeling 1999) – en op artikel 25 Besluit toezicht effectenverkeer 1995 (hierna: Bte 1995) en het vrijwel gelijkkluidende artikel 36 Bte 1995. De Klachtencommissie DSI had overwogen:

‘De Nadere Regeling toezicht effectenverkeer 1999 legt aan verweerder een zorgplicht op die onder meer inhoudt dat hij ervoor waakt dat klager niet voor méér geld effecten koopt dan hij aan middelen ter beschikking heeft.

Verweerder is thans als effecteninstelling, naar uit art. 25 van het Besluit toezicht effectenverkeer 1995 is af te leiden, alvorens een cliënt krediet ten behoeve van effectentransacties te verlenen, gehouden met deze cliënt een schriftelijk vastgelegde kredietovereenkomst te sluiten.’

Ook in het geval dat aan de Klachtencommissie DSI was voorgelegd, stond vast dat tussen partijen geen schriftelijke kredietovereenkomst tot stand was gekomen en dat de bank een opdracht had uitgevoerd terwijl de rekening van de cliënt een debetsaldo vertoonde. De Klachtencommissie DSI oordeelde dat de bank de opdracht niet had mogen uitvoeren, omdat de cliënt door het debetsaldo destijds geen bestedingsruimte had, en dat de bank derhalve in beginsel aansprakelijk was, met dien verstande dat vanwege eigen schuld van de cliënt een deel van de schade voor zijn rekening bleef. Uitspraken van gelijke strekking deed de Klachtencommissie DSI op 10 december 2001 (JOR 2002, 33), op 10 juni 2002 (nr. 97) en op 23 oktober 2003 (nr. 156), de laatste op basis van artikel 36 Bte 1995.¹

Oordeel rechtbank

De rechtbank is een andere mening toegedaan. Zij overweegt dat in artikel 36 Bte 1995, dat bepaalt dat de overeenkomst met betrekking tot effectendiensten schriftelijk wordt vastgelegd, *geen* wettelijke verplichting is te lezen om een kredietovereenkomst schriftelijk vast te leggen. Ook niet als met een te verlenen krediet effecten worden gekocht. De Nadere Regeling 2002 was volgens de rechtbank weliswaar ten tijde van de litigieuze transactie nog niet in werking getreden, maar de inhoud daarvan kan wel van belang zijn voor de vraag tot hoever de zorgplicht van de bank reikt. Op het punt van de zorgplicht acht de bank een aantal omstandigheden van belang. De effectenrekening vertoonde ten tijde van de transacties begin 2001 reeds een debetstand. Toch heeft Yigit opdrachten tot het verrichten van effectentransac-

1. Te vinden op www.dsi.nl.

ties gegeven, als gevolg waarvan de debetstand is toegenomen, althans heeft gefluctueerd. De bank heeft dus, door de opdrachten uit te voeren, feitelijk krediet verleend. Yigit heeft de stelling van de bank dat hij dit moet hebben geweten, niet weersproken. Voorts heeft Yigit niet gesteld dat er onduidelijkheid bestond ten aanzien van de voorwaarden waaronder de bank krediet verleende. Yigit heeft erkend dat de bank hem al minstens een keer eerder heeft verzocht om de rekening aan te zuiveren wegens het overschrijden van de dekingswaarde van zijn portefeuille. Gezien deze omstandigheden oordeelt de rechtbank dat zij niet kan concluderen dat de bank aansprakelijk is wegens schending van haar zorgplicht door aan Yigit krediet te verlenen, zonder dat de afspraken daartoe waren neergelegd in een schriftelijke overeenkomst. De rechtbank wijst de vorderingen van Yigit af.

Commentaar

Schriftelijke vastlegging per definitie vereist?

In tegenstelling tot de Klachtencommissie DSI ziet de rechtbank in de artikelen 25 en 36 Bte 1995 geen aanleiding om te oordelen dat effectenkrediet schriftelijk dient te worden vastgelegd.

Lid 1 van de artikelen 25 en 36 Bte 1995 bepaalt dat een (effecten)instelling met iedere cliënt een schriftelijke overeenkomst sluit die de uitsluitende grondslag vormt voor de diensten die de (effecten)instelling in de uitoefening van haar bedrijf voor de cliënt verricht. Het gaat hier om de cliëntenovereenkomst. De verplichting geldt niet als het professionele beleggers betreft. Lid 2 van beide artikelen bevat een opsomming (sub a tot en met k) van de onderwerpen die in de cliëntenovereenkomst ten minste bepaald moeten zijn. Het betreft onder meer de wederzijdse rechten en verplichtingen, de naar soort onderscheiden diensten, de naar soort onderscheiden kosten, informatie over de risico's en aansprakelijkheid. Het onderwerp kredietverlening wordt niet genoemd.

Ook in de toelichting op artikel 25 wordt geen melding gemaakt van krediet en dat is niet verwonderlijk. Artikel 25 geldt voor effecteninstellingen met een Wte-vergunning. Die mogen geen krediet verlenen. Voor kredietinstellingen met een Wtk-vergunning, die zijn vrijgesteld van de vergunningplicht onder de Wte 1995, geldt artikel 36. De toelichting op artikel 36 verwijst zonder meer naar de toelichting op artikel 25, waaruit kan worden afgeleid dat de wetgever niet op kredietverlening heeft gedoeld.²

De Rechtbank Amsterdam had over deze kwestie reeds een jaar voor Yigit/ABN AMRO een uitspraak gedaan.³ De feiten waren vergelijkbaar met die van Yigit/ABN AMRO; die

worden niet afzonderlijk besproken. In tegenstelling tot het vonnis inzake Yigit/ABN AMRO bevatte deze uitspraak slechts een overweging ten aanzien van de artikelen 25 en 36 Bte 1995, zonder dat in dit verband werd ingegaan op de – hierna nader te bespreken – zorgplicht van de bank. De rechtbank overwoog dat artikel 36 Bte 1995 is opgenomen in een paragraaf waarin vereisten die aan effecteninstellingen met een Wte-vergunning worden gesteld, van overeenkomstige toepassing worden verklaard op kredietinstellingen. Die vereisten strekken ertoe dat effecteninstellingen in overeenstemming handelen met de doelstellingen van de Wte 1995. De rechtbank maakte uit het voorgaande op dat een kredietinstelling die aan het effectenverkeer deelneemt in het kader van de Wte 1995, niet aan strengere uitvoeringsvoorwaarden behoeft te voldoen dan een niet-kredietverlenende effecteninstelling. Met andere woorden: aan artikel 36 Bte 1995 kan geen wijdere strekking worden toegedacht dan aan het overeenkomstige, slechts voor effecteninstellingen in enge zin geschreven artikel 25 Bte 1995. Aangezien het vereiste dat de verlening van effectenkrediet moet berusten op een schriftelijke overeenkomst, niet kan worden gebaseerd op artikel 25 Bte 1995, kan dit dus ook niet op artikel 36 Bte 1995 worden gegrond. De rechtbank was van mening dat de uitspraak van de Klachtencommissie DSI daaraan niet kon afdoen.

Deze redenering is in lijn met de gedachte dat de Wte 1995 en de Bte 1995 slechts betrekking hebben op 'effectentypische' diensten, waar – aan effecteninstellingen niet toegestaan – kredietverlening niet onder valt. Het oordeel van de rechtbank dat in artikel 36 Bte 1995 geen wettelijke verplichting is te lezen om een kredietovereenkomst schriftelijk vast te leggen, lijkt mij dan ook juist. Noch de bewoordingen van de wet en de toelichting, noch de ratio van de artikelen geven daartoe aanleiding.

Schriftelijke vastlegging als uitvloeisel van de zorgplicht?

Zowel de Klachtencommissie DSI als de rechtbank in Yigit/ABN AMRO verwijst naar de zorgplicht van de bank in verband met de Nadere Regeling 2002, althans haar voorganger de Nadere Regeling 1999. De rechtbank overweegt weliswaar dat de Nadere Regeling 2002 ten tijde van de in het geding zijnde transactie nog niet in werking was getreden, maar de Nadere Regeling 1999 gold toen al wel. Voorzover hier van belang bestaat tussen die twee regelingen geen verschil.

Ter uitvoering van lid 4 van de artikelen 25 en 36 Bte 1995 heeft de STE (thans AFM) in de artikelen 27 en 28 Nadere Regeling 1999 nadere regels gesteld met betrekking tot de inhoud van de cliëntenovereenkomst. Artikel 27 Nadere Regeling 1999 c.q. Nadere Regeling 2002 bevat grotendeels een herhaling van de artikelen 25 en 36 Bte 1995. Artikel 28 bevat het zogenoemde *know your customer*-principe en het voorschrift dat de bank waakt over voldoende saldi. Ingevolge artikel 28 lid 2 dient de instelling zich te onthouden van het uitvoeren van een transactie voor rekening van

2. Zie dezelfde constatering bij M.L. Lauman, Nieuw aktevereiste?, Tijdschrift voor Effectenrecht 2001, p. 236.

3. Rb. Amsterdam 8 januari 2003, JOR 2003, 117 m.nt. KF.

een cliënt indien de op naam van de cliënt aanwezige saldi ontoereikend zijn om te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit die transactie. Deze voorschriften zijn overigens niet van toepassing als het gaat om professionele beleggers.

In de toelichting op artikel 28 van de Nadere Regeling 1999 is vermeld:

‘Voor de saldi vereisten in het tweede (...) lid geldt overigens dat deze [bepaling] niet [verbiedt] om tot kredietverstrekking over te gaan (...); dit dient echter, voor zover het niet professionele cliënten betreft, separaat (contractueel) te worden geregeld.’

De betekenis van de bewoordingen ‘separaat (contractueel)’ is niet geheel duidelijk. Bedoelt de STE c.q. AFM hiermee slechts dat het krediet moet zijn overeengekomen, of dat het krediet *schriftelijk* moet zijn overeengekomen? Naar mijn mening zou overeenstemming zonder vormver-eiste voldoende moeten zijn.

Volgens de rechtbank is opschriftstelling niet per se nodig. De zorgplicht van de bank bracht in Yigit/ABN AMRO niet mee dat de bank de debetfaciliteit schriftelijk had moeten vastleggen, blijkens de overwegingen van de rechtbank ook niet in het licht van de Nadere Regeling 1999 c.q. de Nadere Regeling 2002.

Andere omstandigheden?

Op het punt van de zorgplicht acht de rechtbank de volgende omstandigheden van belang:

1. doordat Yigit terwijl een debetstand bestond opdracht gaf tot het verrichten van transacties, is feitelijk krediet verleend, waarvan Yigit kennelijk op de hoogte is geweest;
2. er bestond kennelijk geen onduidelijkheid over de voorwaarden van het krediet; en
3. de bank heeft Yigit reeds eerder verzocht om de rekening aan te zuiveren toen door koersdalingen de kredietlimiet werd overschreden.

De overwegingen van de rechtbank lijken enige ruimte te laten voor de interpretatie dat onder andere omstandigheden de zorgplicht van de bank wel met zich zou kunnen brengen dat de kredietovereenkomst schriftelijk moet worden vastgelegd. Wat als de hiervoor genoemde omstandigheden zich niet zouden voordoen?

1. Als de cliënt *niet* op de hoogte is van feitelijk verleend krediet, rijst de vraag of eigenlijk wel sprake is van een kredietovereenkomst. Mij lijkt van niet. Aan de vraag of de debetfaciliteit schriftelijk moet worden vastgelegd, komt men dan niet toe. De bank heeft in dat geval mijns inziens in strijd met haar zorgplicht gehandeld. Bovendien is dan niet voldaan aan het vereiste van een ‘separa-

te (contractuele) regeling’. Aangezien cliënten doorgaans transactienota's en afschriften toegestuurd krijgen waaruit de debetstand blijkt, zal de omstandigheid dat een cliënt niet van het krediet op de hoogte is, zich overigens niet snel voordoen. Als een cliënt zich wel bewust is van de debetstand en bovendien opdrachten tot transacties blijft geven, kan al snel worden aangenomen dat het krediet is overeengekomen.

2. In casu had Yigit niet gesteld dat er onduidelijkheid bestond ten aanzien van de voorwaarden waaronder de bank krediet verleende. Indien de cliënt wel aanvoert dat de modaliteiten van het krediet onduidelijk waren, is het mijns inziens aan de bank om het tegendeel te bewijzen.⁴ Als de bank hier niet in slaagt, dient de onduidelijkheid voor haar rekening te komen. Dan is de bank in beginsel aansprakelijk voor de verliezen die de cliënt tijdens het bestaan van een debetstand geleden heeft. In dat geval rest slechts het mogelijke verweer dat de cliënt eigen schuld heeft aan de schade. Het betreft hier derhalve de bewijslast en niet de vraag of schriftelijke vastlegging vereist is. Het enige verband met schriftelijke vastlegging is dat de bewijslast ter zake van het bestaan van een kredietovereenkomst in geval van schriftelijke vastlegging niet aan de orde komt.
3. Ten slotte acht de rechtbank relevant dat de bank Yigit reeds eerder heeft verzocht om aanzuivering van de rekening na het ontstaan van een dekkingstekort. Had de bank dit niet gedaan, dan had zij wellicht in strijd met haar zorgplicht gehandeld. De bank dient er immers voor te waken dat de vrije bestedingsruimte niet overschreden wordt. Wanneer dit door koersdaling toch gebeurt, is de bank gehouden om aanzuivering te verzoeken en zo nodig maatregelen te nemen. Dit heeft echter niets te maken met het neerleggen van de afspraken in een schriftelijke kredietovereenkomst.⁵ Wel kan de omstandigheid dat al eerder om aanzuivering is verzocht, hebben meegespeeld bij de beantwoording van de vraag in hoeverre Yigit zich moet hebben gerealiseerd dat feitelijk krediet was verleend. Dit geldt temeer indien Yigit aan het verzoek gevolg heeft gegeven, waarvan het vonnis niet uitdrukkelijk blijkt geeft.

Dit alles overwegende zou ik menen dat als één of meer van voornoemde omstandigheden zich niet zouden voordoen, de conclusie weliswaar zou kunnen zijn dat de zorgplicht van de bank is geschonden, maar *niet* dat schriftelijke vastlegging van de kredietovereenkomst vereist is. Ik ben derhalve van mening dat het ontbreken van schriftelijke vast-

4. In vergelijkbare zin Frielink in zijn noten bij Klachtencommissie DSI 27 september 2001, JOR 2001, 265, Klachtencommissie DSI 10 december 2001, JOR 2002, 33 en Rb. Amsterdam 8 januari 2003, JOR 2003, 117.

5. Dit constateert ook Frielink in zijn noot bij Klachtencommissie DSI 27 september 2001, JOR 2001, 265.

legging van een kredietovereenkomst *op zichzelf* geen schending van de zorgplicht mee kan brengen. Het ontbreken van schriftelijke vastlegging als zodanig leidt ook niet tot schade bij de belegger. Wel kan de bank worden geconfronteerd met een bewijsprobleem. De bank zal zo nodig moeten aantonen dat er een overeenkomst was en dat duidelijkheid bestond over de voorwaarden.

Tot slot

De benadering van de rechtbank lijkt mij een betere dan die van de Klachtencommissie DSI. Wanneer de bank aantoont dat er wilsovereenstemming bestond omtrent het krediet en de voorwaarden, is er mijns inziens geen goede reden om desalniettemin aansprakelijkheid van de bank aan te nemen bij gebreke van opschriftstelling. Cliënten die willens en wetens geld lenen om daarmee te beleggen, moeten worden geacht te weten dat geleend geld moet worden terugbetaald en dat men daarover rente moet betalen. Gebrek aan schriftelijke vastlegging kan daaraan niet afdoen. De belegger wordt beschermd doordat de bewijslast op de bank rust.

Bij dit alles past de kanttekening dat de benadering van de Klachtencommissie DSI niet meebrengt dat een belegger die geleend geld heeft verloren, zijn schade altijd op de bank kan verhalen als het krediet niet op schrift stond. Weliswaar acht de Klachtencommissie DSI de bank dan *in beginsel* aansprakelijk, maar zij oordeelt vaak dat – gedeeltelijk of soms zelfs geheel – sprake is van eigen schuld. Onder schriftelijke vastlegging verstaat de Klachtencommissie DSI tevens schriftelijke bevestiging door de bank en stilzwijgende aanvaarding door de cliënt.⁶

Tot slot merk ik op dat de Klachtencommissie DSI ook na de eerste keer dat het standpunt van de rechtbank duidelijk werd, haar eigen standpunt heeft gehandhaafd. Dit roept de vraag op in hoeverre de Klachtencommissie DSI is gebonden aan een uitspraak van een rechtbank. Ingevolge artikel 12.2 van het Reglement Klachtencommissie Dutch Securities Institute oordelen de leden van de Klachtencommissie DSI als goede mannen naar billijkheid en op de grondslagen van het Nederlands recht. Deze bepaling verplicht de Klachtencommissie DSI mijns inziens niet het oordeel van de rechtbank te volgen. Bovendien is het oordeel van de Klachtencommissie DSI bindend advies als bedoeld in artikel 7:900 lid 2 BW, dus een vaststellingsovereenkomst. Artikel 7:904 lid 1 BW bepaalt dat indien gebondenheid aan een beslissing van een derde in verband met de inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, de beslissing vernietigbaar is. Vernietiging op deze grond wordt zeer terughoudend toegepast. De bedoeling van vaststellingsovereenkomsten is juist dat geschillen worden opgelost. Niet iedere onvolmaaktheid in het advies geeft aanleiding tot vernietiging. Het

advies kan alleen met succes worden bestreden als het advies zózeer ingaat tegen wat redelijk en billijk is, dat het onaanvaardbaar is dat de ene partij de andere partij aan het advies gebonden wil houden.⁷ Voor vernietiging van de in dit artikel bedoelde uitspraken van de Klachtencommissie DSI is mijns inziens onvoldoende aanleiding. Dit betekent dat, mits tijdig beroep wordt ingesteld en overigens aan de ontvankelijkheidscriteria is voldaan, slechts hoger beroep bij de Commissie van Beroep DSI rest. Eén keer is de vraag of een kredietovereenkomst schriftelijk moet worden vastgelegd, voorgelegd aan de Commissie van Beroep DSI.⁸ De Commissie van Beroep oordeelde echter dat de bank niet-ontvankelijk was in het beroep en voldeed niet aan het verzoek tot een obiter dictum: het doen van uitspraken omtrent vragen die niet bij de inhoudelijke behandeling van een concrete vraag bij de Commissie van Beroep DSI aan de orde zijn gekomen, behoorde immers niet tot haar taak. Wellicht zal op dit punt in de toekomst duidelijkheid komen.

*Mr. E.M. Das
Stibbe*

7. Asser/Hartkamp 4-II, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, nr. 319 en 326.

8. Commissie van Beroep DSI 17 april 2003, nr. 49, te vinden op www.dsi.nl.

6. Klachtencommissie DSI 10 december 2001, JOR 2002, 33 m.nt. KF.