Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-46 d.d. 14 februari 2013
(mr. C.E. du Perron, voorzitter, H. Mik RA en R.H.G. Mijné, leden en mr. T.R.G. Leyh, secretaris)

Samenvatting

Handel in opties. Kern van het voorliggende geschil vormt de weigering van Aangeslotene krediet te verlenen om aan de bij een dalende markt ontstane marginverplichting te kunnen voldoen. De Commissie is van oordeel dat de gesloten vaststellingsovereenkomst ontegenzeglijk mede ziet op de klacht van Consumenten met betrekking tot de gevraagde kredietverlening. Een beroep artikel 7:904 BW, eerste lid, gaat niet op. Consumenten kunnen derhalve in redelijkheid gehouden worden aan de in de vaststellingsovereenkomst gegeven finale kwijting.

1. Procedure

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:
- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het door de vader van Consumenten ingevulde vragenformulier met bijlagen ontvangen 6 december 2010;
- de door Consument 1 ingevulde verklaring ontvangen 28 december 2010;
- het verweer van Aangeslotene van 26 april 2011;
- de repliek van de vader van Consumenten van 22 mei 2011;
- de dupliek van Aangeslotene van 6 juni 2011;
- de door Consument 2 ter zitting overgelegde pleitnota.

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 te Den Haag op 6 juni 2012 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
2.1 Tussen Consumenten en Aangeslotene bestaat sinds februari 2003 een bancaire relatie. Naast een bankrekening heeft Aangeslotene voor Consumenten tevens een beleggingsrekening en een daaraan gekoppeld effectendepot geopend. Voorts hebben partijen een optieovereenkomst gesloten. In mei 2003 is met betrekking tot het effectendepot een standaard bevoorschotting overeengekomen. Consumenten hebben hun vader (hierna te noemen: de vader) gemachtigd over deze rekeningen bij Aangeslotene te beschikken.
2.2 Aanleiding voor het aangaan van de relatie was een lijfrenteovereenkomst van de

vader waarbij de koopsom was belegd. Nadat de vader in het najaar van 2002 niet meer aan de margeverplichtingen op die beleggingen kon voldoen en hij zijn toenmalige bank tevergeefs had verzocht ter dekking daarvan een hypothecaire inschrijving op zijn woonhuis te doen plaatsvinden, heeft Aangeslotene de benodigde garantie verstrekt. Deze garantie hield een krediet in ter grootte € 400.000 waarbij het woonhuis als dekking fungeerde. Uiteindelijk is de hypothecaire inschrijving op het woonhuis niet gevestigd en de afgegeven garantie niet geclaimd. Nadat Consumenten de lijfrenteovereenkomst hadden overgenomen hebben zij de bijbehorende effecten ondergebracht in het bij Aangeslotene geopende effectendepot.

2.3 De vader heeft in opties gehandeld. In het najaar van 2008 heeft hij meerdere malen telefonisch contact gehad met Aangeslotene. Aangeslotene heeft op 2 oktober 2008 een kredietofferte voor een verhoging van de limiet op basis van bevoorschotting van de effectenportefeuille aan de vader doen toekomen. De vader heeft deze offerte niet geaccordeerd. Kort daarna hebben dalende beurskoersen ertoe geleid dat niet meer aan de marginverplichtingen op de portefeuille werd voldaan.

2.4 Aangeslotene heeft vervolgens telefonisch contact opgenomen met de vader en Consument 1. Zij heeft op 8 oktober 2008 enkele posities gesloten en, na wederom telefonisch contact te hebben gehad, op 10 oktober 2008 vrijwel de gehele portefeuille geliquideerd. Aangeslotene heeft de gang van zaken bevestigd per brief van 10 oktober 2008.

2.5 Tijdens een gesprek op 15 oktober 2008 tussen de vader, Consument 2 en Aangeslotene heeft eerstgenoemde Aangeslotene aansprakelijk gesteld, hetgeen hij nadien schriftelijk heeft herhaald. Dit heeft geleid tot een voorstel van Aangeslotene, vastgelegd in haar brief van 5 februari 2009, dat de vader en Consumenten door ondertekening ervan op 10 februari 2009 hebben geaccepteerd.

2.6 In voornoemde brief heeft Aangeslotene onder meer en voor zover hier van belang het navolgende geschreven:

"Als gevolg van de ontwikkelingen op de beurs is de waarde van de effectenportefeuille van uw zoons gedaald. U bent van mening dat deze waardedaling te wijten is aan de bank en heeft aangegeven financiële compensatie op zijn plaats te vinden. Wij hebben uw reactie binnen onze Klachtencommissie besproken. Ter voorkoming van onzekerheid of enig verschil van mening over de huidige ontstane situatie, alles in de ruimste zin des woords, wensen wij met betrekking tot de afhandeling van deze zaak tot een coulanceregeling te komen.
Wij zijn bereid uw zoons een hypothecaire lening groot € 300.000 te verstrekken (…) waarbij de bank de rente over de eerste 3 jaar bij vooruitbetaling zal vergoeden. (…) De dekking voor deze financiering zal bestaan uit een eerste hypotheek op het woonhuis (…)
Het leningbedrag zal moeten worden aangewend om de optiepositie in Fortis te sluiten, eventueel om de stukken Fortis (uit een eventuele assignment) te kunnen aankopen. Wij zullen voor deze transacties geen aan/verkoopprovisie in rekening brengen. Het restant leningbedrag kan door u worden belegd, met de restrictie dat er geen put opties en geen ongedekte call opties meer geschreven mogen worden.
Naast het bovenstaande zullen wij een vergoeding betalen groot € 2.000.
Zoals eerder opgemerkt verklaart (Aangeslotene) zich bereid tot bovenstaande coulanceregeling, zonder aanvaarding van enige aansprakelijkheid, zulks tegen finale kwijting. Met andere woorden met inachtneming van het vorenstaande verklaren partijen over en weer niets meer van elkaar te vorderen te hebben terzake van uw beleggingen en de kredietverlening in de periode hiervoor, alles in de ruimste zins des woords, en partijen zullen terzake derhalve geen procedures aanspannen, hoe ook genaamd."

2.5 In maart 2010 heeft de vader opnieuw zijn beklag gedaan bij Aangeslotene.

Vervolgens heeft hij in een e-mailbericht van 11 juni 2010 aan een medewerker van Aangeslotene geschreven:
"(…) wel heeft u ons een coulanceregeling aangeboden met een waarde van circa 47k. wij hebben de coulanceregeling met tegenzin aanvaard. Hebben recht te weten wat er bij de bank is misgegaan.
De coulanceregeling is tot stand gekomen tussen 2 ongelijkwaardige partijen. Aan de ene kant een machtige bank aan de andere kant in een dwangpositie verkerende particulieren. Beroep op de gegeven finale kwijting is derhalve in strijd met de goede trouw en onfatsoenlijk van een bank van uw statuur. Wij willen dat de bank zijn aansprakelijkheid erkent en alsnog naast de reeds betaalde 47 k met ons in gesprek komt over een aanvullende vergoeding van € 5.000 per jaar gedurende een aantal jaren."

2.6 De vader heeft tot zijn overlijden in oktober 2011, op welk moment de onderhavige klacht reeds bij de Commissie in behandeling was, de contacten met Aangeslotene onderhouden.

3. Geschil

3.1. Consumenten vorderen vergoeding van de geleden schade, begroot op een bedrag van minimaal € 280.000.

3.2. Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen. Aangeslotene heeft bij overschrijding van de marginverplichting in oktober 2008 geen dekking willen ontlenen aan het woonhuis van de vader. Consumenten stellen, met hun vader, in de veronderstelling te hebben verkeerd dat Aangeslotene daartoe bereid zou zijn. Aangeslotene wist namelijk dat Consumenten rekenden op de verstrekking van krediet op soortgelijke wijze als dat in 2003 was gebeurd. Consumenten menen dat de mogelijkheid tot het aangaan van het krediet doorlopend is blijven bestaan. Door de weigering dekking te verlenen hebben Consumenten op 10 oktober 2008 nagenoeg de gehele portefeuille moeten verkopen waardoor de schade is ontstaan.
Voorts menen Consumenten dat de "finale kwijting" uit de brief van 5 februari 2009 van beperkte waarde en strekking is. Die gegeven kwijting heeft alleen betrekking op vorderingen die op 5 februari 2009 bestonden en niet op mogelijke toekomstige vorderingen. Dit is van belang in verband met de geschreven putopties die op 10 oktober 2008 gesloten zijn. Consumenten stellen dat een vordering van ter zake geleden schade pas is ontstaan op het ogenblik dat die opties expireerden. De betreffende opties werden gesloten met de bedoeling ze op de expiratiedatum waardeloos te laten aflopen. In dat geval is de schade gelijk aan de kosten van de op 10 oktober 2008 gesloten sluitingskoop. In de gevallen dat de opties niet waardeloos zijn afgelopen bedraagt de schade de kosten voor de sluitingskoop minus het verschil tussen de uitoefenprijs en de koers van het aandeel op expiratiedatum.
Ten aanzien van de schade nemen Consumenten aan dat de transacties van 8 oktober in ieder geval uitgevoerd zouden zijn. Die van 10 oktober hadden echter achterwege kunnen blijven omdat de verminderde margeverplichtingen voldoende dekking zouden hebben gevonden in de waarde van de resterende effecten en de extra dekking van het woonhuis. Bovendien zou die dekking voor twee jaar voldoende zijn geweest. De schade bestaat

derhalve ten minste uit de in deze twee jaar gemiste dividenden en couponrentes vermeerderd met het verschil in waarde van de effecten op 10 oktober 2008 en de waarde in oktober 2010.
3.3 Aangeslotene heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Bij de beoordeling zal de Commissie daar voor zover nodig op in gaan.

4. Beoordeling

4.1 De Commissie constateert allereerst dat tussen partijen sprake is geweest van een adviesrelatie. Voorts constateert zij dat de portefeuille van Consumenten voor een aanzienlijk deel uit optieposities heeft bestaan. Desgevraagd heeft Consument 2 ter zitting verklaard dat zijn vader heel bewust de risico's verbonden aan het beleggen in opties is aangegaan. Ondanks het feit dat het de Commissie niet duidelijk is geworden wat het bij de portefeuille behorende profiel is geweest, kan de Commissie derhalve in het midden laten of Aangeslotene in een adviesrelatie als de onderhavige optieposities zoals deze door de vader van Consumenten zijn aangegaan zonder waarschuwing heeft kunnen laten ontstaan dan wel heeft kunnen laten voortbestaan.
4.2 Kern van het voorliggende geschil vormt de weigering van Aangeslotene in oktober 2008 krediet te verlenen om aan de bij een dalende markt ontstane marginverplichting te kunnen voldoen. De vraag die de Commissie in dat kader dient te beantwoorden is of de in februari 2009 door partijen gesloten vaststellingsovereenkomst ook ziet op deze weigering. Vooropgesteld zij namelijk dat de Commissie – net als de burgerlijke rechter – niet over een zaak kan oordelen als partijen daarover reeds een schikking hebben getroffen.
4.3 Hiermee spitst de klacht zich toe op de uitleg die gegeven dient te worden aan voornoemde vaststellingsovereenkomst. Niet in geding is dat Consumenten en hun vader op 10 februari 2009 de brief van Aangeslotene van 5 februari 2009 hebben ondertekend en dat daarmee een overeenkomst tot stand is gekomen waarin de verschillende gronden waarop Consumenten hun klacht hebben gebaseerd zijn beschreven en waarin Aangeslotene heeft toegezegd Consumenten een hypothecaire lening te verstrekken alsmede een vergoeding te betalen, tegen finale kwijting. Evenmin is in geding dat er daarmee sprake is van een vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:900 e.v. BW noch dat Aangeslotene daaraan vervolgens uitvoering heeft gegeven.
4.4 De Commissie begrijpt het verwijt van Consumenten, dat de "finale kwijting" uit de brief van 5 februari 2009 van beperkte strekking is, aldus, dat eerst met het expireren van de in oktober 2008 geliquideerde optieposities voor hen de omvang van de daardoor geleden schade duidelijk werd en dat er daarmee sprake is van een situatie waarin de vaststellingsovereenkomst niet voorzag. Die zag immers op de klachten zoals deze op 5 februari 2009 bij partijen bekend waren.
Aangeslotene heeft zich hiertegen verweerd, door te wijzen op het feit dat het geschil door het aangaan van de vaststellingsovereenkomst tegen finale kwijting is afgedaan en dat over de hoogte van het in die overeenkomst opgenomen bedrag niet meer kan worden geklaagd. Tevens is met die overeenkomst de klacht dat het woonhuis als zekerheid kon dienen voor

een bij marginoverschrijdingen noodzakelijk krediet afgedaan. Dat betrof namelijk geen nieuwe klacht, aldus Aangeslotene.

4.5 De Commissie overweegt dat de ratio van een vaststellingsovereenkomst er in is gelegen dat partijen zich jegens elkaar, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil, binden omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt. De Commissie is met Aangeslotene van oordeel dat de vaststellingsovereenkomst ontegenzeglijk mede ziet op de klacht van Consumenten met betrekking tot de gevraagde kredietverlening. Zij beantwoordt daarmee de onder 4.2 gestelde vraag bevestigend. Niet voor niets is in de overeenkomst opgenomen dat partijen "over en weer niets meer van elkaar te vorderen hebben terzake van (de) beleggingen en de kredietverlening in de periode" tot februari 2009. In het licht van functie en inhoud van de vaststellingsovereenkomst moet het er dan ook voor worden gehouden dat Consumenten met betrekking tot de in de overeenkomst vermelde klacht en de daarin beschreven gronden waarop de klacht berust aan Aangeslotene finale en onherroepelijke kwijting hebben verleend waarmee de klacht was afgehandeld.

4.6 Consumenten hebben nog opgeworpen dat de vaststellingsovereenkomst in strijd met de goede trouw tot stand is gekomen omdat zij in een dwangpositie verkeerden. De Commissie begrijpt dat Consumenten daarmee een beroep doen op artikel 7:904 BW, eerste lid, dat bepaalt dat indien gebondenheid aan een beslissing van een partij in verband met de inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, die beslissing vernietigbaar is. Nog los van de betwisting door Aangeslotene van dit punt is de Commissie hiervan niet gebleken. Consument heeft te weinig aangevoerd wat deze stelling onderbouwt. Daar komt bij dat tussen de gebeurtenissen in oktober 2008 en de ondertekening van de vaststellingsovereenkomst in februari 2009 geruime tijd is verstreken, hetgeen de Commissie sterkt in dat oordeel. Dat tijdsverloop duidt er immers op dat van een acute noodsituatie en daarmee een dwangpositie kennelijk geen sprake is geweest.

4.7 De gevolgtrekking van bovenstaande is dan ook dat de Commissie de stelling, dat Consumenten in redelijkheid door Aangeslotene niet gehouden kunnen worden aan de in de vaststellingsovereenkomst gegeven finale kwijting, niet aannemelijk acht, en de klacht daarmee ongegrond is. Aan een inhoudelijke behandeling van de onder 4.2 vermelde kern van het geschil komt de Commissie dan ook niet toe.

4.8 Ten overvloede merkt de Commissie op dat het standpunt van Consumenten dat zij er op mochten vertrouwen dat het krediet zou worden verleend, niet zonder meer houdbaar is. De betreffende regelgeving is immers in de periode na 2003 gewijzigd en ook de marktomstandigheden zijn sterk veranderd. Deze aanname zou hoe dan ook voor rekening van Consumenten hebben dienen te blijven. Daarenboven merkt de Commissie nog op dat voor de schadeposten die Consumenten hebben opgevoerd geldt dat de Commissie, als het tot een schadeberekening zou zijn gekomen, naar alle waarschijnlijkheid een datum vrij kort na het sluiten van de posities als peildatum had genomen.

5. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat de klacht van Consument als ongegrond 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.