Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2022-0584

(mr. M.E.J. Bracco Gartner, voorzitter, N.W. Over de Vest, mr. dr. M.D.H. Nelemans, leden en mr. J.E.M. Sünnen, secretaris)

Klacht ontvangen op	28 januari 2022
Ingediend door	De consument
Tegen	flatexDEGIRO Bank Dutch Branch bijkantoor van flatexDEGIRO Bank AG, h.o.d.n. DeGiro, gevestigd te Amsterdam, verder te noemen DeGiro
Datum uitspraak	11 juli 2022
Aard uitspraak	Bindend advies
Uitkomst	Vordering afgewezen

Samenvatting

Beleggingsrekening. Ongebruikelijke transacties. De consument heeft schade geleden vanwege ongeautoriseerde aan- en verkooptransacties op zijn rekening en vordert vergoeding van deze schade bij DeGiro. De commissie stelt vast dat de consument onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van een tekortkoming in de dienstverlening van DeGiro. Het is niet komen vast te staan dat DeGiro aansprakelijk is voor de ontstane schade. De commissie heeft de vordering afgewezen.

1. Procedure

1.1 De commissie beslist op basis van haar reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat om: 1) het klachtformulier van de consument; 2) de reactie op de klacht van DeGiro (het verweerschrift); 3) de reactie op het verweerschrift door de consument (de repliek) en 4) de reactie op de repliek door DeGiro (de dupliek).

1.2 Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 13 mei 2022. Partijen zijn aldaar verschenen.

1.3 De consument en DeGiro hebben gekozen voor een bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 De consument heeft een ‘execution only’ beleggingsrekening bij DeGiro.

Door ondertekening van het document 'acceptatiedienst beleggingsdiensten' heeft de consument verklaard zelf verantwoordelijk te zijn voor de door hem opgegeven orders en posities. Daarnaast bevestigt hij ermee bekend te zijn en accepteert hij dat DeGiro geen beleggingsadvies verstrekt.

2.2 Op 17 augustus 2021 zag de consument dat op zijn beleggingsrekening transacties waren verricht zonder zijn toestemming. Deze transacties betroffen de verkoop van de gehele effectenportefeuille en aankoop van 96.000 aandelen Timber Pharmaceuticals. Hij heeft de transacties bij DeGiro per telefoon en per e-mail en hierbij aangegeven dat hij vermoedde dat sprake was van een hack. In het telefoongesprek met DeGiro gaf de betreffende medewerker aan dat sprake zou zijn van vergelijkbare gevallen en dat een intern onderzoek zou worden verricht om vast te stellen sprake is van een hack. Ook hebben de consument en DeGiro gesproken over het geleidelijk afbouwen van de zeer grote positie van consument in Timber om zijn schade zo beperkt mogelijk te houden. Per e-mail heeft de consument diezelfde dag DeGiro aansprakelijk gesteld voor het verlies van € 8.000,- als gevolg van de spooktransacties.

2.3 DeGiro heeft de aansprakelijkheid in de correspondentie tussen partijen herhaaldelijk afgewezen. Partijen zijn niet tot een overeenstemming gekomen, wat heeft geleid tot een klacht bij Kifid.

De klacht en vordering

2.4 De consument vordert van DeGiro € 17.484,63, bestaande uit de waardedaling van zijn portefeuille en de transactiekosten als gevolg van niet geautoriseerde aan- en verkooptransacties op zijn rekening. Ter onderbouwing voert hij het volgende aan:

DeGiro heeft haar zorgplicht geschonden door:

1) de consument niet te waarschuwen over de vreemde transactie in zijn portefeuille. De consument is een passieve belegger en de ongebruikelijke verkooptransacties en aankooptransactie passen niet bij zijn beleggingsprofiel, dat bij aanvang van de overeenkomst is opgesteld.

2) onvoldoende zijn rekening te beschermen tegen datalekken. De consument wijst op het artikel van het Financieel Dagblad van 14 december 2021 waaruit blijkt dat DeGiro onvoldoende investeerde in haar IT-systeem, waaronder de beveiliging van haar klantenbestanden en de veiligheid en stabiliteit van het platform. Volgens dit artikel heeft DNB eerder in 2021 DeGiro gewezen op een "gebrekkig digitaal veiligheids-niveau, wat het risico vergroot dat klantaccounts worden gehackt". Pas op maandag 22 november 2021 zijn door DeGiro nieuwe cybersecuritymaatregelen geïmplementeerd. Dit was ruim na de ongeautoriseerde aan- en verkooptransacties op de rekening van de consument.

2.5 Bij "hack-zaken" wordt daarnaast de omkeringsregel van de bewijslast toegepast, aldus de consument. DeGiro is volgens de AVG aan te merken als een 'verwerkings-verantwoordelijke'. Op grond van artikel 32 AVG is DeGiro verplicht passende technische en organisatorische maatregelen te treffen om een op het risico afgestemd beveiligingsniveau te waarborgen. Deze verplichting is door DeGiro geschonden. Volgens de consument is het aan DeGiro om te bewijzen dat zij voldaan heeft aan deze beveiligingsplicht.

2.6 Voor zover DeGiro stelt dat hij heeft verzuimd de 2FA-inlogmethode te activeren, stelt de consument dat deze inlogmethode hem niet verplicht is opgelegd en hem dit dan ook niet kan worden tegengeworpen. Ook doet dit niet af aan de verplichtingen van DeGiro zoals hiervoor beargumenteerd.

Het verweer

2.7 DeGiro heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van de consument. Hierbij voert DeGiro allereerst het formele verweer dat de klacht niet behandelbaar is. In essentie gaat de klacht over de schade die de consument heeft geleden als gevolg van niet door hem verrichte transacties door een hack bij DeGiro. Hiermee gaat het om de vraag of de consument is gehackt of dat DeGiro is gehackt. Het voorkomen van hacking valt niet onder de definitie van een financiële dienst. Nu de Geschillencommissie, op grond van het Reglement, alleen klachten kan behandelen over financiële diensten, moet de klacht niet behandelbaar worden verklaard, aldus DeGiro.

2.8 Inhoudelijk heeft DeGiro ook verweer gevoerd tegen de stellingen van de consument. Voor zover relevant zal de commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

Is de klacht behandelbaar door de geschillencommissie?

3.1 Voordat de Commissie inhoudelijk op de klacht kan ingaan moet eerst worden beoordeeld of deze behandelbaar is.

3.2 In essentie klaagt de consument over schade die hij geleden heeft als gevolg van niet door hem opgegeven transacties in zijn effectenportefeuille. Of de oorzaak al dan niet is gelegen in een hack, doet er niet aan af dat de klacht van de consument gaat over transacties op zijn beleggingsrekening die zonder zijn toestemming zijn uitgevoerd. Het uitvoeren van orders in financiële instrumenten is een financiële dienst als bedoeld in de Wet op het financieel toezicht. Op grond hiervan kan de commissie de zaak behandelen.

Waarover oordeelt de commissie?

3.3 Aan de orde is de vraag of DeGiro aansprakelijk is voor de schade van de consument die ontstaan is door transacties in zijn effectenportefeuille die niet door hem zijn geautoriseerd.

Met welke wet- en regelgeving houdt de commissie rekening?

3.4 Het uitgangspunt in wet- en regelgeving is dat eenieder zijn eigen schade draagt, tenzij er gronden zijn om de schade op een ander te verhalen. Pas als vaststaat dat DeGiro is tekortgeschoten in haar dienstverlening kan de schade die daaruit voortvloeit op DeGiro worden verhaald.
Bij het beantwoorden van de vraag of DeGiro is tekortgeschoten in haar dienstverlening, houdt de commissie rekening met het feit dat DeGiro, zoals alle vergunninghoudende financiële dienstverleners, onder toezicht staat van de financiële toezichthouders en moet voldoen aan eisen van integere bedrijfsvoering. Dit brengt mee dat wanneer sprake is van een hack, of van vergelijkbare inbreuken in de systemen, de financiële instelling dit moet melden bij de toezichthouder op basis van de financiële toezichtregelgeving.[1]

Is DeGiro tekortgekomen in zijn dienstverlening?

3.5 Partijen zijn het eens dat een onbekende derde toegang heeft kunnen krijgen tot het account van de consument en de ongeautoriseerde transacties heeft kunnen uitvoeren. De consument vindt dat DeGiro aansprakelijk is voor de schade die hieruit is voortgevloeid. Hij stelt namelijk dat DeGiro hem geen waarschuwing heeft gegeven over de transacties op de rekening, die niet passen binnen zijn beleggingsprofiel en dus als ongebruikelijk hadden moeten worden aangemerkt.
De commissie merkt op dat beleggingsondernemingen zoals DeGiro wettelijk verplicht zijn om transacties van hun cliënten te monitoren op witwassen en terrorisme financiering. Als DeGiro denkt dat hiervan sprake is, moet zij dit melden bij de Financial Intelligence Unit – Nederland (FIU). Deze verplichting houdt niet in dat óók de betrokken client wordt gewaarschuwd. Nu deze wettelijke verplichting om transacties te monitoren niet strekt tot bescherming van cliënten, kan DeGiro hiervoor niet aansprakelijk worden gesteld als mocht blijken dat niet aan deze verplichting is voldaan.

3.6 Daarnaast heeft de consument gesteld dat DeGiro, als verwerkingsverantwoordelijke, niet heeft voldaan aan haar verplichting op grond van artikel 32 AVG om passende technische en organisatorische maatregelen te treffen om een op het risico afgestemd beveiligingsniveau te waarborgen.

[1] Deze verplichting vloeit voort uit de artikelen 4:11 en 4:14 van de Wet op het financieel toezicht (Wft)

Volgens de consument moet DeGiro bewijzen dat zij aan deze zorgplicht voldoet. De commissie begrijpt dit zo dat de consument voor het omkeren van de bewijslast verwijst naar artikel 82 AVG. Hierin is opgenomen dat een verwerkings-verantwoordelijke of verwerker van aansprakelijkheid tot een schadevergoeding wordt vrijgesteld wanneer hij bewijst dat hij op geen enkele wijze verantwoordelijk is voor het schadeveroorzakende feit.

3.7 DeGiro heeft aangevoerd dat zij na de telefonisch melding van de consument een intern onderzoek heeft verricht. Uit dit interne onderzoek blijkt dat er op normale wijze is ingelogd op het account van de consument en geen sprake is van een beveiligingsinbreuk bij DeGiro.

3.8 De commissie acht dit verweer aannemelijk omdat DeGiro een dergelijke inbreuk had moeten melden bij de toezichthouder, waarna DeGiro maatregelen ter bescherming van haar klanten had moeten nemen. De omkeringsregel uit de AVG brengt niet met zich mee dat DeGiro haar interne onderzoek moet delen met betrokkenen. Het delen van de conclusies uit dit onderzoek met de consument is voldoende bewijs dat er geen inbreuk (hack) van de systemen van DeGiro heeft plaatsgevonden. Het is daarom aan de consument om zijn stelling verder te onderbouwen dat DeGiro onvoldoende maatregelen zou hebben getroffen om een op het risico afgestemd beveiligingsniveau te waarborgen als bedoeld in artikel 32 AVG. Het overgelegde krantenartikel is daarvoor onvoldoende.

3.9 Volgens DeGiro is de meest waarschijnlijke verklaring dat iemand zich toegang heeft kunnen verschaffen tot het account van de consument, mogelijk omdat hij geen gebruik heeft gemaakt van extra beveiliging van zijn account door middel van 2FA-autorisatie. Dit is een beveiligingssysteem waarbij een extra factor aan het verificatieproces bij het inloggen wordt toegevoegd als verhoogde bescherming van de veiligheid van een account.
De consument stelt dat deze inlogmethode hem niet verplicht is opgelegd en hem dit dan ook niet kan worden tegengeworpen.

3.10 De commissie overweegt dat de consument ook een eigen verantwoordelijkheid heeft om zijn inloggegevens veilig te houden. Met het beschikbaar stellen van een dergelijk beveiligingssysteem heeft DeGiro voldoende aan haar zorgplicht voldaan en is de consument vrij om te beslissen om dit wel of niet te installeren. Eventuele consequenties van deze beslissing moeten voor zijn rekening en risico blijven. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat niet is komen vast te staan dat door het ontbreken van de 2FA-inlogmethode de ongeautoriseerde transacties hebben kunnen plaats-vinden. Of sprake is van een beveiligingsinbreuk bij de consument blijft daarmee onduidelijk. De consument heeft geen onderzoek laten verrichten door een externe deskundige om een beveiligingsinbreuk van zijn apparaten uit te sluiten. Door wie op zijn account is ingelogd en hoe die persoon aan de inloggegevens heeft kunnen komen, is daardoor onduidelijk gebleven.

Conclusie

3.11 Nu niet is komen vast te staan dat DeGiro is tekortgekomen in haar dienstverlening, zal de commissie de vordering van de consument afwijzen.

4. De beslissing

De commissie wijst de vordering af.

Deze uitspraak is een bindend advies. Tegen deze uitspraak kunt u beroep instellen bij de Commissie van Beroep Kifid als wordt voldaan aan de vereisten van regel 7 van het Reglement Commissie van Beroep Kifid – vanaf 1 april 2022, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten. In regel 18.1 van dat reglement is bepaald dat beroep kan worden ingesteld tot 6 weken na de dag van deze uitspraak. Meer informatie over het instellen van beroep kunt u vinden op de website www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

Binnen 2 weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen tot herstel van een overduidelijke vergissing in de uitspraak zoals een schrijffout, een verkeerde naam/datum of een rekenfout. De beslissing van de geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Ook kunt u binnen 1 maand na de verzenddatum van de uitspraak een schriftelijk verzoek indienen om de uitspraak aan te vullen als u vindt dat de geschillencommissie niet heeft beslist over alle onderdelen van uw vordering. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de geschillencommissie in haar uitspraak niet uitdrukkelijk al uw argumenten, ter onderbouwing van uw vordering, heeft behandeld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het reglement van de geschillencommissie vanaf 1 april 2017, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Contactgegevens Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

Telefoonnummer: 070 - 333 8 999
Website: www.kifid.nl