Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-916 (mr. J. Wortel, voorzitter, prof. dr. A. Buijs, mr. M.E.J. Bracco Gartner, leden en mr. J.E.M. Sünnen, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 7 mei 2018
Ingediend door	: Consument
Tegen	: DeGiro B.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen DeGiro
Datum uitspraak	: 7 november 2019
Aard uitspraak	: Niet-bindend advies
Vordering Consument	: Afgewezen
Bijlagen	: Relevante artikelen uit de verzekeringsvoorwaarden en de wet

Samenvatting

Execution only. DeGiro heeft Consument verzocht een tekort op de beleggingsrekening aan te zuiveren. In dit verzoek heeft DeGiro een termijn van twee werkdagen gesteld (uiterlijk 13 november om 16.00 uur). Consument heeft vervolgens de beleggingsrekening aangezuiverd, maar op het genoemde tijdstip constateerde DeGiro alsnog een tekort en heeft zij een aantal posities van Consument gesloten. Consument stelt dat de tekortenprocedure had moeten eindigen toen hij het tekort had aangezuiverd en dat DeGiro te veel posities heeft gesloten. Volgens Consument moet de klacht ook naar Duits recht worden beoordeeld, omdat het Duitse recht hem meer bescherming biedt. De uitspraak is niet-bindend omdat de Commissie volgens het reglement klachten naar Nederlands recht beoordeelt en omdat Consument de mogelijkheid moet behouden de klacht aan de gewone rechter voor te leggen. Inhoudelijk oordeelt de Commissie dat niet is gebleken dat DeGiro in strijd met haar verplichtingen jegens Consument heeft gehandeld. De vordering wordt afgewezen.

1. Procesverloop

1.1 De Commissie beslist op basis van haar Reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief alle bijlagen. Het gaat hier om het klachtenformulier en de aanvullingen hierop van Consument, het verweerschrift van DeGiro, de repliek van Consument en de dupliek van DeGiro. Hoewel beide partijen ingestemd hebben met bindend advies, is deze uitspraak niet-bindend. De Commissie legt in alinea 3.1 uit wat hiervan de reden is.

1.2 De zaak is op grond van de stukken beslist.

2. Waar gaat het om

Achtergrond van de klacht

2.1 Consument heeft een beleggingsrekening bij DeGiro. Op deze rekening belegt hij op basis van execution only (hierna: de beleggingsrekening).

2.2 Op de overeenkomst tussen partijen is van toepassing de '*Client Agreement, DeGiro*' (hierna: de Cliëntenovereenkomst) en de voorwaarden '*Investment Service Terms and Conditions*', '*Debit Money Conditions*' (hierna: de Voorwaarden) en '*Investment Services Information, Security Value, Risk, Debit Money and Debit Securities*' (hierna: de Aanvullende Voorwaarden). De relevante bepalingen van deze (aanvullende) Voorwaarden zijn in de bijlagen bij deze uitspraak opgenomen.

2.3 Op 9 november 2017 is een tekort ontstaan op de beleggingsrekening van Consument. Op diezelfde dag heeft DeGiro om 15:26 uur een e-mail aan Consument gestuurd waarin Consument erop werd geattendeerd dat een tekort was ontstaan en dit tekort € 111,50 bedroeg. Consument werd verzocht het tekort aan te zuiveren. Wanneer Consument vóór 13 november 2017 om 16:00 uur niet zou hebben voldaan aan dit verzoek, zou DeGiro overgaan tot het sluiten van posities van Consument en hiervoor de kosten in rekening brengen. Voor informatie over het margesysteem en de tekortprocedure werd Consument verwezen naar de Voorwaarden.

2.4 Op 10 november 2017 om 18:15 uur heeft Consument een e-mail ontvangen van DeGiro waarin zij Consument herinnerde aan het tekort op zijn beleggingsrekening dat op dat moment €183,00 bedroeg. Consument werd wederom verzocht het tekort ongedaan te maken. Wanneer het tekort niet boven nul zou zijn vóór 13 november 2017 om 16:00 uur zou DeGiro posities sluiten en hiervoor kosten in rekening brengen. Consument werd nogmaals verwezen naar de Voorwaarden.

2.5 Op 13 november 2017 om 14:06 uur heeft Consument € 250,00 gestort op zijn beleggings-rekening om het tekort op te heffen.

2.6 Op 13 november 2017 om 16:01 uur heeft Consument van DeGiro een e-mail ontvangen waarin werd vastgesteld dat de beleggingsrekening nog steeds een tekort bevatte. Consument had tot 13 november 2017 16:00 uur de tijd het tekort aan te zuiveren, maar op dat moment bedroeg het tekort € 85,10. DeGiro vermeldde daarbij dat zij enkele posities van Consument zou sluiten om het tekort op de beleggingsrekening op te heffen.
DeGiro heeft daartoe op 13 november 2017 vier posities van Consument gesloten, waarvan drie volledig en één gedeeltelijk, ter waarde van € 7.100,00.

Vordering van Consument

2.7 Consument vordert een schadevergoeding van DeGiro van € 850,42, zijnde het koersverlies van € 800,00 ten opzichte van het moment dat hij de posities zelf had kunnen verkopen en de in rekening gebrachte kosten, zijnde € 50,42. Consument legt aan deze vordering ten grondslag dat DeGiro in strijd met haar verplichtingen heeft gehandeld door zijn posities te sluiten, terwijl hij het tekort reeds had aangezuiverd. De in rekening gebrachte kosten zijn daarom tevens onterecht in rekening gebracht. Daarnaast heeft DeGiro disproportioneel gehandeld door beleggingen ter waarde van € 7.100,00 te verkopen, om een tekort van € 85,00 aan te zuiveren. Tot slot stelt Consument dat de klacht naar Duits recht moet worden beoordeeld.

Verweer DeGiro

2.8 DeGiro heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de boordeling daarop ingaan.

3. Beoordeling

3.1 Partijen verschillen van standpunt over de vraag of DeGiro wegens een tekort op de beleggingsrekening posities ter waarde van € 7.100,00 van Consument heeft mogen sluiten en daarbij kosten in rekening mocht brengen.

Is het Duitse recht van toepassing?

3.2 Voordat de Commissie inhoudelijk op de klacht ingaat, onderzoekt zij eerst volgens welk recht de klacht moet worden beoordeeld en of zij in deze zaak uitspraak kan doen in de vorm van een bindend of een niet-bindend advies.
De Cliëntenovereenkomst wordt beheerst door Nederlands recht. Echter op grond van artikel 6 lid 2 van de Rome 1-verordening (Verordening (EG) nr. 593/2008) wordt de Cliëntenovereenkomst beheerst door het recht van de woonplaats van de consument – in dit geval Duits recht – voor zover dat recht hem meer bescherming biedt. De verordening heeft rechtstreekse werking en is van dwingend recht, zodat daarvan niet in het nadeel van Consument mag worden afgeweken.
Op grond van artikel 43.2 van het Reglement Geschillencommissie Kifid moet de Commissie klachten beoordelen naar Nederlands recht. Aangezien de Commissie niet kan vaststellen of zich de mogelijkheid voordoet dat het recht van zijn woonplaats Consument meer bescherming biedt, moet hij de mogelijkheid behouden zijn klacht aan de gewone rechter voor te leggen. De Commissie doet in deze zaak daarom uitspraak in de vorm van een niet-bindend advies.

Wat is er tussen de partijen overeengekomen?

3.3 Van belang is wat in de Cliëntenovereenkomst en de daarvan deel uitmakende (aanvullende) Voorwaarden is bepaald over het overschrijden van limieten.

3.4 Consument stelt dat DeGiro de voorwaarden niet juist heeft toegepast omdat er sprake was van verschillende risico-overschrijdingen; de eerste is door Consument op 13 november 2017 om 14:06 uur aangezuiverd binnen de gestelde deadline van 13 november 2017 16:00 uur. Volgens Consument is het tekort van € 85,00 daarom een nieuw tekort, zodat DeGiro de procedure op grond van artikel 10 opnieuw had moeten starten.

3.5 In dit standpunt kan Consument niet worden gevolgd. In artikel 6.1 van de Aanvullende Voorwaarden is benadrukt dat bij het opheffen van een margetekort rekening moet worden gehouden met de duur van een overboeking en ook met de mogelijkheid dat de overboeking door veranderde marktomstandigheden alsnog ontoereikend blijkt, in welk geval de procedure bij overschrijding van limieten van kracht blijft. Het was daarom de verantwoordelijkheid van Consument zelf na te gaan of zijn (bij)storting bij het verstrijken van de door De Giro gestelde termijn, dus op maandag 13 november 2017 om 16:00 uur, toereikend was gebleken om het tekort op te heffen. Op dat moment heeft Consument zich daarvan kennelijk niet vergewist. Hij heeft niet aannemelijk gemaakt dat het tekort waarop De Giro heeft gewezen in haar e-mail van 13 november 2017, 16:01 uur, een nieuw tekort was dat moet zijn ontstaan nadat het eerdere tekort effectief was aangezuiverd. De Giro heeft jegens Consument niet onrechtmatig gehandeld door op die dag om 16:00 uur te constateren dat de beleggingsrekening een tekort vertoonde zodat de eerder aangekondigde procedure ter beëindiging van dat tekort kon worden voortgezet.

3.6 Het voorgaande betekent dat DeGiro mocht overgaan tot het verkopen van een aantal posities van Consument om de portefeuille binnen de risicolimiet te brengen. De vordering tot vergoeding van koersverlies en de in rekening gebrachte kosten (zie 2.7 hiervoor) kan daarom niet slagen.

Zijn er disproportioneel posities gesloten?

3.7 Consument stelt daarnaast dat DeGiro door het sluiten van posities met een waarde van € 7.100,00 onnodig veel posities heeft gesloten in verhouding tot het geconstateerde tekort van € 85,00. Met dit standpunt wordt miskend dat in artikel 10.11 en 10.12 van de Voorwaarden is bepaald dat, als DeGiro een overschrijding ongedaan maakt, zij voor zover mogelijk het risico ('Risk' in de Engelse versie van de Voorwaarden) terugbrengt tot 90% van de zekerheidswaarde ('Security Value' in de Engelse versie van de Voorwaarden). Bepalend is daarom niet de verhouding tussen de waarde van de gesloten posities en het tekort, maar de verhouding tussen het risico en de zekerheidswaarde.

In dit geval is echter niet gebleken dat DeGiro meer posities heeft gesloten dan nodig was om de verhouding tussen risico en zekerheidswaarde terug te brengen tot de voorgeschreven 90%

4. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

De uitspraak heeft de vorm van een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 40 van het Reglement.

Bijlagen

Client Agreement, DeGiro' en de voorwaarden '*Investment Service Terms and Conditions*', '*Debit Money Conditions*' en '*Investment Services Information, Security Value, Risk, Debit Money and Debit Securities*'

De Voorwaarden

Investment Service Terms and Conditions

(…)

Artikel 1. Definitions

(…)

"**Personal Page**" the personal page of Client in WebTrader that can only be entered with the Access Code and from which page Client can initiate Orders, check the Order history and view the Balance and Limits.

(…)

Article 10. Limits

(…)

10.3 Debit Money Limit

Client is not permitted to have a negative balance in money in any currency on the Personal Page unless DEGIRO has agreed to provide Debit Money and an Appendix Debit Money applies between Parties in relation to that Personal Page. The applicable Debit Money Limit is specified in the document Security Value, Risk, Debit Money and Debit Securities in the Investment Services Information(…)

(…)

10.10 Reporting the breach of a Limit

When a breach of a Limit occurs or at the end of the Trading Day on which a Limit has been breached, DEGIRO reports the breach of the Limit to Client on the Personal Page and by email, text message or otherwise. When the Limit is still breached at the end of the following Trading Day, DEGIRO will report this again to Client with a second announcement. In both announcements, DEGIRO will report the type and extent of the breach and report to Client that Client needs to cure the breach of the Limit immediately.

10.11 Intervention DEGIRO

If the breach of the Limit, which has been reported to Client, is still present 48 hours after the first notification of the breach has been sent to Client, DEGIRO is authorised to close or sell positions of Client or otherwise enter into transactions for the account of Client as is necessary to cure the breach of the Limit. If the breach relates to the Security Value versus Risk Limit, DEGIRO will strive to reduce the Risk to not more than 90% of the Security Value.

(…)

10.12 Direct intervention DEGIRO

If the Risk becomes higher than 125% of the Security Value at any moment during a Trading Day, DEGIRO will inform Client about this breach as soon as possible after DEGIRO has become aware of the breach. Unless the Risk has decreased to below the Security Value due to actions of Client or fluctuation of the market, DEGIRO will be authorised to close or sell positions of Client or enter into positions for the account of Client after one hour after having informed Client about the breach. DEGIRO will strive to reduce the Risk to no more than 90% of the Security Value. As soon as Risk becomes higher than 135% of Security Value, DEGIRO will be entitled to take such action, immediately and without prior warning. (…)

Investment Services Information, Security Value, Risk, Debit Money and Debit Securities

(…)

6. Procedure on breach of a Limit

6.1 (…) If a Limit is found to have been breached, DEGIRO will start the procedure for breach of Limits and will notify you of the type and amount of the breach. DEGIRO charges costs for this. (…) If the breach is not cured or otherwise solved by the time specified by DEGIRO, then DEGIRO will be authorised to close positions in order to eliminate the excess. DEGIRO charges costs for this. (…) Depending on the Limit that is threatened to be breached, you can make adjustments by reducing positions in Debit Securities or in Derivatives (with which you reduce your Risk), by transferring money (in this way you increase Security Value and reduce the use of Debit Money where applicable). If you transfer money, take account of the duration of the transfer and provide for some margin. After all, it is possible that when the transferred amount arrives in your Balance, it will still prove to be insufficient due to changing market circumstances, as a result of which the procedure for breach of Limits will remain in effect. We also draw your attention to the fact that, in view of the short term that DEGIRO applies when risk Limits are exceeded, it is advisable to take immediate action. In the case of a transfer of money, you can notify DEGIRO of this by sending an e-mail to risk@degiro.nl, in which you attach a printscreen of the approved transfer to your Balance. This image must show the amount, your name and the transfer date.