Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2021-1073
(mr. H.O. Kerkmeester, voorzitter, mr. M.E.J. Bracco Gartner, W.J.J. Ong RA, leden en mr. D.M.A. Gerdes, secretaris)

Klacht ontvangen op : 13 mei 2020
Ingediend door : De consument
Tegen : DeGiro B.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen DeGiro
Datum uitspraak : 17 december 2021
Aard uitspraak : Niet-bindend advies
Uitkomst : Vordering deels toegewezen

Samenvatting

Tekortenprocedure. Na op een margintekort te zijn gewezen maakt de consument geld over en meldt hij dit per e-mail aan DeGiro. Het overgemaakte bedrag wordt echter niet in mindering gebracht op het tekort. Tekortschieten. De schade wordt door de commissie begroot.

1. De procedure

1.1 De commissie beslist volgens haar reglement en op basis van de door partijen ingediende stukken met bijlagen.

1.2 De commissie is van oordeel dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak wordt daarom op basis van de stukken beslist.

1.3 In 3.1 tot en met 3.3 hierna wordt toegelicht waarom deze uitspraak niet-bindend is.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 De consument heeft een effectenrekening bij DeGiro. Hij belegt op basis van execution only.

2.2 Op vrijdag 13 maart 2020 om 13.45 uur heeft DeGiro aan de consument een e-mail gezonden met het verzoek uiterlijk op 17 maart 2020 om 14.00 uur het margintekort van € 230,61 aan te zuiveren. Later die middag, om 17.13 uur, heeft DeGiro hem weer gemaild, nu met het verzoek een margintekort van € 11.905,21 uiterlijk op 16 maart 2020 om 9.30 uur aan te zuiveren. Op diezelfde dag om 20.23 uur heeft DeGiro hem weer gemaild. Het margintekort bedroeg nu € 11.520,82 en de consument werd verzocht het tekort uiterlijk 16 maart 2020 om 9.30 uur aan te zuiveren.

2.3 Eveneens op 13 maart 2020, om 20.41 uur, heeft de consument een e-mail aan DeGiro gezonden met de vraag hoe hij het moest begrijpen dat nu een nieuwe termijn werd gehanteerd. Hij heeft gevraagd of hij moest uitgaan van de termijn die afliep op 16 maart 9.30 uur of op 17 maart 14.00 uur.

2.4 De consument heeft op 16 maart 2020 een bedrag van € 10.000,- naar zijn effectenrekening overgemaakt en om 9.31 uur op die dag bewijs daarvan aan DeGiro gemaild.

2.5 Omdat het margintekort nog niet was opgeheven, heeft DeGiro op 16 maart 2020 vanaf 9.51 uur posities op de rekening gesloten. Het tekort was toen opgelopen tot € 21.095,93.

2.6 De consument heeft geklaagd over het sluiten van zijn posities, waarna partijen hebben gecorrespondeerd. In het kader van deze correspondentie heeft een medewerker van de klantenservice op 18 maart 2020 aan de consument gemaild dat de afdeling risico het overschrijvingsbewijs had ontvangen en dat daarom de margin call nietig was en de deadline niet meer gold. In haar brief van 16 juni 2020, met haar reactie in de interne klacht-procedure, is DeGiro hierop teruggekomen en heeft zij gesteld dat zij posities mocht sluiten.

2.7 Op de overeenkomst tussen partijen zijn de Voorwaarden Beleggingsdiensten (Investment Services Conditions) en het document 'Informatie Beleggingsdiensten' (Investment Services Information) van toepassing. In de Engelse versie daarvan staat:

Investment Services Conditions:

"(…)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:

"(…) 6.1 Exceeding Limits
During a trading day, DeGiro continually monitors your compliance with the Limits that apply to you. 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.
(…)
The notice (…) states the date and time by which you must eliminate the breach. 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. (…)
Depending on the Limit that is threatened to be breached, you can make adjustments by reducing positions in Debit Securities or in Derivatives (…) [or] by transferring money (…). 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. (...) 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. (…) DeGiro may consider deferring intervention for a short time following receipt of proof of a transfer. (…)"

Klacht, vordering en verweer

2.8 In het klachtformulier heeft de consument gevorderd dat DeGiro wordt veroordeeld tot vergoeding van een bedrag van € 187.000,- te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 16 maart 2020. In zijn brief van 3 september 2020 heeft hij zijn vorderingen als volgt omschreven:

(a) herstel van al zijn posities in aandelen voor dezelfde koers;
(b) schadevergoeding voor zijn opties door het heropenen van zijn optieposities of door het betalen van een geldbedrag;
(c) vergoeding van kosten van de tekortenprocedure ad € 155,47; en
(d) vergoeding van transactiekosten in verband met herstel van posities.

2.9 In vervolgens ingediende reacties is de consument wederom ingegaan op zijn vorderingen:

- In zijn e-mail van 17 november 2020 heeft hij het verlies op zijn aandelen begroot op € 2.768.689,47.
- In zijn reactie van 15 maart 2021 heeft hij vermeld dat hij renteverlies lijdt, opgelopen tot € 657,79.
- In zijn e-mail van 9 april 2021 heeft hij vermeld dat dividend is misgelopen voor een bedrag van € 8.543,69.
- Op verzoek van de commissie heeft de consument bij e-mail van 22 en 23 april 2021 de gevorderde schade begroot.

In deze e-mails vordert hij dat de sluitingstransacties van 16 maart 2020 worden teruggedraaid en, voor zover dat niet mogelijk is, dat DeGiro wordt veroordeeld tot schadevergoeding. De schade is begroot op € 113.666,09, uitgaande van de peildatum 21 april 2021, met de toevoeging dat de schade verder kan oplopen en dat hij daarom een schadevergoeding van € 150.000,- voorstelt. Verder staat in deze e-mails dat het verlies, berekend ten opzichte van de helft van de hoogst behaalde koersen, uitkomt op € 1.333.500,87.
- In zijn e-mail van 29 augustus 2021 vordert de consument vergoeding van gederfde winst op de aandelen en opties per 27 augustus 2021 en transactiekosten ad € 43,22. Verder licht hij toe dat de schadepost renteverlies ermee samenhangt dat hij, wegens de sluitings-transacties, effectenkrediet heeft moeten benutten en vergoeding vordert van de daarvoor betaalde rente.

2.10 De vorderingen berusten op de stelling dat DeGiro in strijd met haar verplichtingen heeft gehandeld door de consument een te korte termijn te bieden voor aanzuivering van het margintekort, te meer omdat hij in het weekend het tekort niet door eigen transacties ongedaan kon maken. Verder stelt de consument dat DeGiro op 13 en 16 maart 2020 zijn vragen onbeantwoord liet en ten onrechte het bedrag van € 10.000,- niet op het tekort in mindering bracht.

2.11 DeGiro heeft verweer gevoerd. Voor zover nodig zal de commissie daarop ingaan.

3. De beoordeling

Niet-bindend advies

3.1 Voordat zij inhoudelijk op de klacht ingaat, zal de commissie onderzoeken volgens welk recht de klacht moet worden beoordeeld en of zij een bindende uitspraak kan doen.

3.2 In artikel 17.4 van de Investment Services Conditions staat dat de overeenkomst wordt beheerst door Nederlands recht met uitzondering van wettelijke bepalingen geldend in het woonland van de consument waarvan bij overeenkomst niet mag worden afgeweken. Van belang is verder dat op grond van artikel 6 lid 2 van de Rome I-verordening (Verordening (EG) nr. 593/2008) de overeenkomst wordt 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 een consument mag worden afgeweken.

3.3 Op grond van artikel 43.2 van het reglement beoordeelt de commissie klachten naar Nederlands recht.

De commissie kan niet vaststellen of de genoemde mogelijkheid zich hier voordoet dat het Duitse recht de consument meer bescherming biedt. Dit betekent dat de consument de mogelijkheid moet behouden zijn klacht in volle omvang aan de gewone rechter voor te leggen. Deze uitspraak is daarom niet-bindend.

Mocht DeGiro posities sluiten?

3.4 Een belangrijke vraag in deze zaak is of DeGiro op 16 maart 2020 posities mocht sluiten. Volgens de consument mocht zij dit niet. Hij stelt dat hij geen schappelijke kans kreeg om zelf het tekort ongedaan te maken door het sluiten van posities of het overmaken van geld, terwijl het nu juist tot de DeGiro gestelde regels behoort dat de klant gelegenheid daarvoor krijgt. Verder stelt hij dat hij nog meer geld had kunnen overmaken.

3.5 Bij dit geschilpunt is van belang wat de overeenkomst tussen partijen bepaalt. Op grond van artikel 10.11 en 10.12 van de Investment Services Conditions mag DeGiro posities sluiten als haar klant een tekort niet binnen de gestelde termijn aanzuivert. Op grond van artikel 10.12 geldt daarvoor een termijn van één uur als het risico hoger ligt dan 125% van de zekerheids-waarde. In artikel 10.12 wordt niet expliciet vermeld of het voor deze termijn uitmaakt of de relevante beurzen open zijn. In deze zaak kan het antwoord op die vraag in het midden blijven wegens de volgende omstandigheden:

- De consument is op vrijdag 13 maart om 17.13 uur verzocht het margintekort uiterlijk maandag 16 maart 2020 om 9.30 uur aan te zuiveren.
- Hij had in elk geval de mogelijkheid zijn margintekort voor maandagochtend 16 maart 9.30 uur door middel van verkooptransacties aan te zuiveren, omdat de relevante beurzen (Frankfurt Stock Exchange en Eurex) om 17.30 uur sluiten en om 9.00 uur opengaan.
- Per saldo waren de beurzen dus meer dan een uur open tussen de melding van het tekort en de sluitingstransacties, die op maandag 16 april 2020 vanaf 9.51 uur plaatsvonden.

Daarom is niet komen vast te staan dat de gestelde schade is veroorzaakt door het hanteren van een te korte termijn.

3.6 De consument stelt dat DeGiro voorbijgaat aan haar e-mail van 18 maart 2020 waarin stond dat de betaling van € 10.000,- toereikend was en de deadline niet meer gold (zie 2.6 hiervoor). In deze procedure heeft DeGiro echter voldoende toegelicht waarom zij deze mededeling in de e-mail van 18 maart 2020 niet meer onderschrijft zodat zij niet daaraan kan worden gehouden. De commissie is van oordeel dat DeGiro heeft mogen overgaan tot het sluiten van posities, nu de consument niet tijdig over een toereikend saldo beschikte om aan zijn marginverplichtingen te voldoen. De storting van € 10.000,- was daarvoor niet voldoende. De commissie merkt daarbij op dat het onwenselijk is dat een consument van de afdeling klantenservice mededelingen krijgt die wezenlijk verschillen van DeGiro's standpunt in de procedure.

3.7 Verder stelt de consument dat DeGiro heeft verzuimd hem te bellen in verband met het margintekort en hem had moeten informeren over ontwikkelingen op de beurs. In deze stelling kan hij niet worden gevolgd omdat de Investment Services Conditions niet in een dergelijke verplichting voorzien.

Moest DeGiro € 10.000,- in mindering brengen?

3.8 Beoordeeld moet worden of DeGiro is tekortgeschoten doordat zij het bedrag van € 10.000,- niet op het tekort in mindering heeft gebracht.

3.9 Naar het oordeel van de commissie is DeGiro hiermee tekortgeschoten. In haar brieven van 3 september 2020 en 19 januari 2021 heeft DeGiro erkend dat de consument zijn e-mail over deze betaling aan de juiste afdeling heeft gestuurd en dat dit bedrag daarom in mindering had moeten worden gebracht op het tekort. In haar brief van 7 juli 2021 heeft DeGiro echter betoogd dat zij op grond van haar Investment Services Information (zie 2.7 hiervoor) niet verplicht was rekening te houden met de betaling van € 10.000,-. De commissie zal dit betoog in de brief van 7 juli 2021 passeren omdat alleen de schade-begroting nog ter discussie stond toen deze brief werd ingediend. Bovendien licht DeGiro niet toe waarom de bedoelde bewoording in de Investment Services Information relevant is. Deze bewoording gaat over het uitstellen van sluitingstransacties terwijl het hier gaat om het al dan niet meerekenen van een reeds overgemaakt bedrag bij het bepalen van het margin-tekort.

Schadevergoeding

3.10 Gevorderd wordt dat DeGiro de sluitingstransacties terugdraait. De commissie overweegt dat deze vordering niet kan worden toegewezen. Hiervoor is immers geconstateerd dat DeGiro posities heeft mogen sluiten, maar voor een kleiner bedrag. Bovendien zou het geheel terugdraaien van de sluitingstransacties zich niet verdragen met het uitgangspunt dat de consument zijn schade had moeten beperken (zie 3.11 hierna).

3.11 Beoordeeld moet worden in hoeverre schade is veroorzaakt door DeGiro's tekortschieten. De commissie constateert dat de schade op basis van de stellingen van partijen niet kan worden begroot. Dit hangt ermee samen dat de consument, in zijn e-mails van 22 en 23 april 2021, de schade heeft berekend over de periode van 16 maart 2020 tot en met 21 april 2021. Hiermee wordt miskend dat het op de weg van de consument had gelegen zijn schade, ontstaan door de sluitingstransacties, te beperken door de aandelen in kwestie wederom aan te kopen, respectievelijk de optieposities weer te openen.

Naar het oordeel van de commissie zou een periode van twee weken daarvoor voldoende zijn geweest, zodat de schade moet worden begroot over het tijdvak vanaf 16 tot en met 30 maart 2020. Gegevens over de koers van de beleggingen op 30 maart 2020 ontbreken in de stukken van partijen, zodat de schade zal worden geschat zoals is toegestaan op grond van artikel 6:97 van het Burgerlijk Wetboek.

3.12 De schade wordt begroot op basis van de hieronder vermelde omstandigheden:

(a) Op 16 maart 2020 heeft DeGiro voor een bedrag van € 101.644,41 aandelen verkocht. De consument heeft tussen 16 en 30 maart 2020 een deel van de aandelenposities hersteld; afgaande op DeGiro's brief van 7 juli 2021 heeft hij in die periode 200 aandelen Daimler gekocht tegen een koers van € 21,85, 1.000 aandelen Deutsche Telekom tegen een koers van € 10,70, 1.000 aandelen E.ON tegen een koers van € 7,745 en 100 aandelen Continental tegen een koers van € 56,78. De commissie is bij de schadeberekening wat betreft deze aandelen uitgegaan van de verschillen tussen de koersen waarvoor DeGiro de aandelen heeft verkocht en de koersen waarop de consument de aandelen heeft teruggekocht.
(b) Ten aanzien van de andere door DeGiro verkochte aandelen is de commissie uitgegaan van de verschillen tussen de koersen waarvoor DeGiro de aandelen heeft verkocht en de koersen waarop de consument naar informatie van de commissie de aandelen op 30 maart 2020 had kunnen terugkopen.
(c) Het totaal van de op grond van (a) en (b) hiervoor berekende bedragen is afgerond € 5.600,-.
(d) Wat betreft de optieposities is de commissie bij de schadebegroting uitgegaan van de verschillen tussen de koersen waarop de posities door DeGiro zijn gesloten en de koersen waarop de consument naar informatie van de commissie deze posities op 30 maart 2020 weer had kunnen openen. Het totaal berekent de commissie op afgerond € 4.200,-.
(e) Hiervoor is overwogen dat DeGiro weliswaar posities heeft mogen sluiten, maar enkel voor het aanzuiveren van een tekort van (€ 21.095,93 – € 10.000 =) € 11.095,93. Daarom kunnen de bedragen genoemd onder (c) en (d) niet geheel worden vergoed, maar slechts ongeveer de helft daarvan (namelijk 11.095,93 / 21.095,93, afgerond 0,5).
(f) De consument vordert vergoeding van kosten van de tekortenprocedure ad € 155,47 en transactiekosten ad € 43,22. Evenals bij de voorgaande schadeposten zal de helft hiervan worden vergoed, afgerond € 100,-.
(g) De schade komt daarmee uit op 0,5 x (€ 5.600,- + € 4.200,- + € 100,-) = (afgerond) € 5.000,-.

3.13 Vergoeding is gevorderd van (a) rente betaald voor het effectenkrediet dat de consument stelt nodig te hebben als gevolg van de sluitingstransacties; (b) misgelopen dividend en (c) gederfde winst op zijn aandelen en opties.

De commissie overweegt dat deze schadeposten niet zouden zijn ontstaan als de consument tijdig zijn schade had beperkt (zie 3.11 hiervoor) en daarom niet toewijsbaar zijn.

3.14 De consument vordert wettelijke rente over het toegewezen bedrag vanaf 16 maart 2020. Bij gebrek aan betwisting van de aanvangsdatum zal de wettelijke rente worden toegewezen vanaf 16 maart 2020.

Slotsom

3.15 Gezien het voorgaande zal schadevergoeding voor een bedrag van € 5.000,- worden toegewezen, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 16 maart 2020. Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.

4. De beslissing

De commissie:

(a) beslist dat DeGiro binnen vier weken na verzending van deze beslissing aan partijen een bedrag van € 5.000,- aan de consument betaalt, te vermeerderen met wettelijke rente over dit bedrag vanaf 16 maart 2020 tot aan de dag van algehele betaling; en

(b) wijst het meer of anders gevorderde af.

In 3.1 tot en met 3.3 is toegelicht dat deze uitspraak niet-bindend is. Tegen de uitspraak staat geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

Binnen twee weken na verzending van de uitspraak kunt u verzoeken een vergissing zoals een schrijf- of rekenfout of een verkeerde naam of datum te herstellen. De beslissing in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Binnen een maand na verzending kunt u verzoeken de uitspraak aan te vullen als u vindt dat niet op alle onderdelen van uw vordering is beslist. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat niet op al uw argumenten is ingegaan. Meer informatie staat in artikel 40 reglement.