Uitspraak Geschillencommissie Kifid nr. 2023-0393

(mr. M.E.J. Bracco Gartner, voorzitter en mr. P.V. Remmerswaal, secretaris)

Datum uitspraak	23 mei 2023
Klacht van	De consument
Tegen	flatexDEGIRO Bank AG, mede gevestigd te Amsterdam, verder te noemen DeGiro
Aard uitspraak	Niet-bindend advies
Uitkomst	Vordering afgewezen
Bijlage	Relevante bepalingen uit de algemene voorwaarden en wet- en regelgeving

Samenvatting

De consument stelt dat hij schade heeft geleden als gevolg van een onjuiste weergave van de gemiddelde aankoopprijs van het product waarin hij belegt. Op basis daarvan heeft hij het product met verlies verkocht. De commissie is van oordeel dat DeGiro toerekenbaar is tekortgeschoten in haar verplichtingen jegens de consument door onjuiste informatie in de Webtrader te weergeven en hem daarover niet te informeren. Het is echter niet komen vast te staan dat de consument daardoor schade heeft geleden. De vordering wordt afgewezen.

1. Procedure

1.1 De behandelend commissie, verder te noemen de commissie, beslist op basis van het 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 aanvullende stukken van de consument; 3) het verweerschrift van DeGiro; 4) de repliek van de consument en 5) de dupliek van DeGiro.

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

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

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 De consument houdt een effectenrekening aan bij DeGiro waarop hij op basis van execution-only belegt. Op de overeenkomst zijn de Voorwaarden Beleggingsdiensten (hierna: de algemene voorwaarden) van toepassing.

2.2 Via zijn effectenrekening belegde de consument sinds 29 maart 2022 in het product WisdomTree Nickel 2x Daily Leveraged (hierna: LNIK). In totaal had hij 26 stuks LNIK in zijn portefeuille met een gemiddelde aankoopprijs van € 103,058.

2.3 Op enig moment heeft de uitgever van het product besloten het International Securities Identification Number (de ISIN-code) van het product te wijzigen. Deze wijziging is in gang gezet na het sluiten van de beurs op vrijdag 2 september 2022. DeGiro heeft deze wijziging op de effectenrekeningen van haar klanten doorgevoerd voor het openen van de beurs op maandag 5 september 2022. De wijziging is in het account van de consument geboekt door in het overzicht met aan- en verkopen de volgende regels op te nemen:

"- 05/09/2022 08:14:40 Changement ISIN: Vente 26 Wisdomtree Commodity Securities Ltd@43,938 EUR (DE000A2BDEC4)

- 05/09/2022 08:14:40 Changement ISIN: Achat 26 WisdomTree Nickel 2x Daily Leveraged@43,938 EUR (JE00BDD9QB77)"

2.4 Na de wijziging van de ISIN-code is de gemiddelde aankoopprijs voor het product zoals weergegeven in het overzicht in de Webtrader van de consument gewijzigd naar € 43,938.

2.5 Op 12 september 2022 heeft de consument alle 26 stuks LNIK verkocht tegen een limietprijs van € 54,60 per stuk, voor een totale opbrengst van € 1.419,60.

De klacht en vordering

2.6 De consument stelt dat DeGiro jegens hem is tekortgeschoten in de naleving van haar zorgplicht door onjuiste informatie te weergeven in de Webtrader dan wel door hem niet te informeren dat de informatie in de Webtrader onjuist was. Na de wijziging van de ISIN-code werd ten onrechte aangegeven dat de gemiddelde aankoopprijs voor de stukken LNIK € 43,938 bedroeg. In werkelijkheid was de gemiddelde aankoopprijs € 103,058. De consument heeft zijn besluit om alle stukken LNIK te verkopen gebaseerd op deze verkeerde weergave en was in de veronderstelling dat hij daarmee winst zou maken. In werkelijkheid heeft hij de stukken verkocht met een verlies van € 1.260,91. Als DeGiro ervoor zorg had gedragen dat de juiste gemiddelde aankoop-koers werd weergegeven, was dit niet gebeurd. Voor zover dat technisch niet mogelijk was, had DeGiro hem moeten informeren dat de weergegeven informatie onjuist was.

2.7 De consument stelt DeGiro aansprakelijk voor de schade en vordert vergoeding van het koersverlies van € 1.260,91.

Het verweer

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

3. De beoordeling

Waar gaat deze zaak over?

3.1 De vraag die in deze zaak centraal staat is of DeGiro toerekenbaar is tekortgeschoten in haar informatieverplichtingen jegens de consument en zo ja of zij zijn schade dient te vergoeden.

Niet-bindend advies

3.2 Voordat zij inhoudelijk op de klacht ingaat, zal de commissie onderzoeken 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.

3.3 In artikel 27.4 van de algemene voorwaarden staat dat de overeenkomst tussen partijen wordt beheerst door Nederlands recht. Van belang is verder dat op grond van artikel 6 lid 2 van de Rome 1-verordening (Verordening (EG) nr. 593/2008, gelezen in samenhang met artikel 10:154 van het Burgerlijk Wetboek) de overeenkomst wordt beheerst door het recht van de woonplaats van de consument – in dit geval Frans 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.

3.4 Op grond van vraag 15 van hoofdstuk 3 van het Reglement Geschillencommissie Kifid beoordeelt de commissie klachten naar Nederlands recht. De commissie kan niet vaststellen of de genoemde mogelijkheid zich hier voordoet dat het Franse 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.

Is DeGiro tekortgeschoten in de naleving van haar zorgplicht?

3.5 DeGiro voert aan dat haar beleggingsdiensten op basis van ‘execution-only’ worden verleend. De consument is daarom zelf verantwoordelijk voor zijn beleggings-beslissingen. Hij is op grond van artikel 16.1 van de algemene voorwaarden verplicht de informatie die DeGiro beschikbaar stelt te verifiëren en te controleren op juistheid. Voordat hij de verkooporder inlegde, heeft de consument regelmatig ingelogd in de Webtrader. Het had hem moeten opvallen dat de ongerealiseerde winst/verlies-waarde plots sterk gestegen was. Daarnaast had hij, door de oorspronkelijke transactiegegevens van de aankoop te bekijken, op eenvoudige wijze kunnen nagaan of de gemiddelde aankoopprijs juist was.

3.6 De commissie is het niet eens met deze lezing van DeGiro over haar verantwoordelijkheid bij ‘execution-only’ beleggingsdienstverlening.

Bij deze vorm van beleggingsdienstverlening is de zorgplicht van de beleggingsonderneming beperkt en neemt de belegger zelfstandig en zonder voorafgaand advies beleggingsbeslissingen. Het behoort daarom tot de verantwoordelijkheid van de consument om zich te informeren over de eigenschappen en risico's van de beleggingsproducten waarin hij belegt. Dat neemt echter niet weg dat door DeGiro via haar systemen aan haar cliënten beschikbaar gestelde informatie over financiële instrumenten correct, duidelijk en niet misleidend moet zijn. Dit volgt uit artikel 4:19 lid 2 van de Wet op het financieel toezicht (hierna: "de Wft").

3.7 Naar het oordeel van de commissie is DeGiro de verplichting in artikel 4:19 lid 2 Wft niet nagekomen. DeGiro dient er zorg voor te dragen dat de informatie die zij weergeeft in de Webtrader correct is. Als, zoals in dit geval, de oorspronkelijke gemiddelde aankoopkoers na het verwerken van een corporate action door DeGiro door een technische beperking niet meer kan worden weergegeven, ligt het op de weg van DeGiro om haar klanten daarover te informeren. Ook had DeGiro ervoor kunnen kiezen een andere methode te gebruiken voor het verwerken van een wijziging van een ISIN-code. Dit geldt temeer omdat uit de stukken blijkt dat DeGiro op de hoogte was van deze technische beperking en aan een oplossing werkte. Omdat DeGiro zelf heeft gekozen de ISIN-code te verwerken op een manier die technische beperkingen met zich brengt, ligt het risico dat daardoor onjuiste informatie wordt weergegeven bij DeGiro. Zij kan daarom in redelijkheid geen beroep doen op artikel 16.1 van de algemene voorwaarden en kan daarom in dit geval de verantwoordelijkheid voor het ontdekken van onjuiste informatie niet bij de consument neerleggen.

Schade is niet komen vast te staan

3.8 De volgende vraag is of de consument schade heeft geleden door deze tekortkoming. Volgens DeGiro is dat niet het geval omdat de gemiddelde aankoopprijs zoals weergegeven in de Webtrader geen invloed heeft op de koers van het product. Er is daarom geen verband tussen de gevorderde schade van € 1.261,- en de onjuist weergegeven gemiddelde aankoopprijs. Ook bij een juiste weergave zou de consument de stukken niet hebben kunnen verkopen zonder koersverlies. Bovendien is de koers van het product nog altijd lager dan de koers waartegen hij de stukken op 12 september 2023 heeft verkocht, aldus DeGiro.

3.9 Naar het oordeel van de commissie miskent deze redenering de klacht van de consument. De consument klaagt dat hij op basis van de informatie van DeGiro dacht dat zijn positie op winst stond in plaats van op verlies. Door op basis van deze onjuiste informatie te handelen, heeft de consument een verlies geleden dat hij anders wellicht niet had genomen. Desondanks is de commissie het wel eens met DeGiro dat het koersverlies op de positie niet voor rekening van DeGiro dient te komen, maar voor rekening van de consument dient te blijven. Als de consument geen verlies wilde nemen had hij zijn positie moeten herstellen door het product weer aan te kopen.

DeGiro heeft onweersproken aangevoerd dat het product nog steeds tegen een lagere koers wordt verhandeld dan waartegen de consument het product heeft verkocht. Het is daarom niet gebleken dat de consument schade heeft geleden. De vordering tot schadevergoeding wordt afgewezen.

Conclusie

3.10 Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat de klacht van de consument in zoverre gegrond is dat DeGiro toerekenbaar is tekortgeschoten in haar verplichtingen jegens de consument. Deze constatering leidt echter niet tot een toewijzing van de vordering.

4. De beslissing

De commissie wijst de vordering af.

Deze uitspraak is niet-bindend. Tegen deze uitspraak staat geen beroep open bij de Commissie van Beroep Kifid. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

Binnen 2 weken na verzending van de uitspraak kunt u schriftelijk verzoeken een overduidelijke vergissing in de uitspraak zoals een schrijffout, een verkeerde naam/datum of een rekenfout te herstellen. De beslissing in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Ook kunt u binnen 2 weken na verzending van de uitspraak schriftelijk 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 de Geschillencommissie Kifid niet op al uw argumenten is ingegaan. Meer informatie hierover staat onder vraag 58 en 59 van het Reglement Geschillencommissie Kifid – vanaf 1 april 2022, te vinden op de website.

Contactgegevens Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

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

Bijlage – relevante bepalingen uit de algemene voorwaarden en de Wet op het financieel toezicht

De Voorwaarden Beleggingsdiensten

Article 16. Administration and verification of information

16.1 Verification of information and error reporting

The Client shall frequently check the information made available by DEGIRO on the Personal Page of the Client (e.g. information regarding the placing and execution of orders, Corporate actions, dividends, deposits, withdrawals or changes in personal information). If the Client detects an inaccuracy, error or incompleteness (each hereinafter referred to as an "error") in any of the information on the Personal Page the Client shall inform DEGIRO immediately, so as to limit the damage that can result from these errors.

The foregoing applies equally in the event that the Client is expecting a message or other communication from DEGIRO – or should reasonably know to expect a message from DEGIRO – but does not receive such message. In such case, the Client will make DEGIRO aware of this as soon as possible.

Article 27. Disputes

27.4 Applicable law

The contractual relationship, as well as questions about the existence and formation thereof, between the Client, DEGIRO and SPV are governed exclusively by the laws of The Netherlands, excluding the rules on private international law. However, this does not rule out the protection of the Client by mandatory provisions of the country where the Client has his/her habitual residence.

Verordening (EG) nr. 593/2008 (Rome-I verordening)

Artikel 6

Consumentenovereenkomsten

(…)

2. Niettegenstaande lid 1 kunnen de partijen overeenkomstig artikel 3 het recht kiezen dat van toepassing is op een overeenkomst die voldoet aan de voorwaarden van lid 1. Deze keuze mag er evenwel niet toe leiden dat de consument de bescherming verliest welke hij geniet op grond van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken volgens het recht dat overeenkomstig lid 1 toepasselijk zou zijn geweest bij gebreke van rechtskeuze.

(…)

Wet op het financieel toezicht

Afdeling 4.2.3. Zorgvuldige dienstverlening

Artikel 4:19

(…)

2 *De door een financiële onderneming aan cliënten verstrekte of beschikbaar gestelde informatie, waaronder reclame-uitingen, ter zake van een financieel product, financiële dienst of nevendienst is correct, duidelijk en niet misleidend.*

(…)