Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-668
(mr. dr. H.O. Kerkmeester, voorzitter, drs. L.B. Lauwaars RA, J.C. Buiter, leden en mr. R.P.W. van de Meerakker, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 15 januari 2018
Ingediend door	: Consumenten
Tegen	: ASR Bank N.V., gevestigd te Utrecht, verder te noemen de Bank
Datum uitspraak	: 10 september 2019
Aard uitspraak:	: Niet-bindend advies

Samenvatting

De Commissie heeft geoordeeld dat de Bank de overeenkomst met Consumenten met een geldige reden heeft opgezegd, nu sprake was van verlening van beleggingsdiensten aan US Persons. Naar het oordeel van de Commissie heeft de Bank daarbij wel een onjuist opzegtermijn gehanteerd. Dat maakt haar schadeplichtig. De Commissie oordeelt dat de Bank € 5.000,- aan Consumenten dient te vergoeden.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken voorzien van bijlagen:

- het namens Consumenten (digitaal) ingediende klachtformulier;
- het verweerschrift van de Bank;
- de reactie op het verweer namens Consumenten;
- de laatste reactie van de Bank.

De Commissie stelt vast dat partijen hebben gekozen voor bindend advies.

Partijen zijn op 13 december 2018 uitgenodigd voor een hoorzitting bij Kifid en zijn aldaar verschenen.

Na de zitting zijn partijen in overleg getreden om gezamenlijk tot een oplossing te komen. Op 17 juni 2019 heeft de gemachtigde van Consumenten een uitspraak van de Commissie verzocht.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consumenten hebben in 2005 een hypothecaire geldlening afgesloten. Dit betrof een beleggingshypotheek met een totale hoofdsom van € 330.000,-. In het kader van deze hypotheek is een effectenrekening geopend bij De Bank. Op die effectenrekening zijn de Voorwaarden Effectenbemiddeling ASR Bank van toepassing (hierna: Voorwaarden).

2.2 In artikel 15 van de Voorwaarden is, voor zover hier relevant, in lid 1 en lid 2 het volgende bepaald:

> 1. *De Cliëntenovereenkomst is aangegaan voor onbepaalde tijd. Zowel Rekeninghouder als ASR Bank is gerechtigd de Cliëntenovereenkomst schriftelijk aan de wederpartij op te zeggen, met inachtneming van een termijn van een kwartaal indien de opzegging door ASR Bank plaatsvindt. […] Bij beëindiging van de Cliëntenovereenkomst zal tevens de ASR Effectenrekening van Rekeninghouder van rechtswege worden opgeheven, een en ander met inachtneming van de Voorwaarden.*
> 2. *De Cliëntenovereenkomst eindigt onmiddellijk zonder dat opzegging is vereist wanneer Rekeninghouder:*
> *a in surséance van betaling komt te verkeren, failliet wordt verklaard of wordt ontbonden;*
> *b voor zover Rekeninghouder een natuurlijke persoon is, overlijdt, onder bewind of onder curatele wordt gesteld.*

2.3 De Bank heeft op 26 november 2015 een brief aan Consumenten gestuurd. Voor zover hier relevant luidt de tekst van de brief als volgt:

> *U hebt een beleggersrekening met nummer [nummer]. Uit interne controle is gebleken dat [Consument I] conform Amerikaanse Belastingwetgeving (FATCA) mogelijk wordt aangemerkt als US Person. Dit heeft gevolgen voor uw beleggersrekening.*
>
> *Vanwege strikte wet- en regelgeving is het voor [Geldverstrekker] niet mogelijk US Persons op het gebied van beleggingen van dienst te zijn. Helaas zijn wij daarom genoodzaakt uw beleggingen te verkopen en de opbrengst liquide op uw rekening te laten staan. Omdat uw beleggingsrekening is verpand aan uw hypotheek, kan dit gevolgen hebben voor het behalen van het eindkapitaal. Mogelijk is er daarom aanvullende actie benodigd van uw zijde. Uw adviseur kan u hier verder over informeren.*
>
> *Meer informatie over FATCA vindt u op de site van de Nederlandse Vereniging van Banken via onderstaande link: www.nvb.nl/publicaties-standpunten/publicaties/3412/fatca.html.*
>
> *Mocht u geen US Person zijn, dan kunt u dit aangeven middels bijgesloten formulier. Dit formulier ontvangen wij graag, samen met een eventueel Certificate of Loss of Nationality of the United States, voor 11 december volledig ingevuld en ondertekend van u retour. U kunt het formulier o.v.v. van uw rekeningnummer sturen naar [e-mailadres] of verzenden per post naar: [postadres].*

Als uit het formulier blijkt dat u geen US Person bent, dan zullen wij de reeds uitgevoerde transactie ongedaan maken.

Wij realiseren ons dat deze maatregel het nodige ongemak voor u met zich meebrengt en bieden u daarvoor onze verontschuldigingen aan. Wij danken u bij voorbaat voor uw begrip.

2.4 De Bank heeft de portefeuille vervolgens verkocht. Consumenten hebben op 4 mei 2016 aangegeven dat zij schade zullen lijden doordat de hypotheek dient te worden omgezet. Consumenten hebben daarbij het volgende verzoek aan de Bank gericht:

Geven wij u in eerste instantie de volgende oplossingen in overweging:
1) U vergoedt ons op de nu liquide gemaakte rekening een dusdanige rente gegarandeerd tot de einddatum dat wij alsnog ons doelvermogen halen op de einddatum.
2) U betaalt ons éénmalig een (af)koopsom zodat wij met de huidige rente die u op deze rekening nu vergoed en zonder onze huidige inleg hoeven te verhogen ook ons doelvermogen halen.
3) U vergoedt ons de boete die wij bij de [redacted] moeten betalen en alle kosten voor de oversluiting van onze hypotheek naar een andere bank.

Mogelijk dat er meer oplossingen zijn, en heel goed mogelijk dat u bij ASR bank specialisten heeft, die nog betere voorstellen voor ons kunnen bedenken. Tenslotte zijn wij ook klant bij uw bank.
Wij zien uw reactie en ontvangst van deze brief graag "per omgaande" tegemoet, want hoe langer de huidige situatie voortduurt hoe hoger onze schade, en tekenen met vriendelijke groet.

2.5 Partijen hebben elkaar niet gevonden in een oplossing van het geschil. Consumenten hebben zich tot hun rechtsbijstandverzekeraar gewend en een financieel expert ingeschakeld om de schade te bepalen.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consumenten

3.1 Consumenten vorderen:

- financiële schade van € 109.071,44 tot 1 maart 2017 en een bedrag aan schade vanaf 1 maart 2017, waarvan de hoogte in goede justitie bepaald dient te worden door de Commissie;
- een bedrag van € 1.596,84 aan expertisekosten;
- incassokosten van € 2.276,84;
- over alle voorgenoemde bedragen wettelijke rente;
- en tot slot de kosten van de procedure en een bedrag aan salaris van de door Consument ingeschakelde gemachtigde.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslagen.

3.2.1. Geldverstrekker heeft de beleggingsdienstverlening ten onrechte beëindigd dan wel gewijzigd. Deze beslissing is door Geldverstrekker onverplicht, zonder aankondiging en zonder rechtsgrond genomen.

3.2.2. Consumenten stellen ook dat dat deze beslissing van Geldverstrekker in strijd komt met de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). Door het nemen van de beslissing wordt namelijk onderscheid gemaakt in de dienstverlening op grond van de nationaliteit van [Consument 1];

3.2.3. Voor zover Geldverstrekker het recht had tot beëindiging of wijziging over te gaan, heeft zij de belangen van Consumenten geschaad. Voordat zij daartoe overging had Geldverstrekker een redelijke termijn in acht moeten nemen. Door dit niet te doen heeft Geldverstrekker niet gehandeld conform de eisen die vanuit de redelijkheid en billijkheid aan dat handelen gesteld mogen worden. Deze redelijkheid en billijkheid brengt met zich dat Geldverstrekker slechts onder aanbieding van een redelijke schadevergoeding dan wel na het bereiken van overeenstemming met Consumenten en een andere bank over oversluiting tot beëindiging dan wel wijziging mocht overgaan;

3.2.4. De beslissing van de Bank heeft zeer ingrijpende en onwenselijke gevolgen voor Consumenten, te weten een aanzienlijk tekort in het bij het sluiten van de beleggingshypotheek beoogde eindkapitaal. Dat tekort is als financiële schade door een financieel expert berekend.

Verweer van Geldverstrekker

3.3 Geldverstrekker heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

4.1 De Commissie heeft allereerst te beoordelen of de Bank verwijtbaar gehandeld heeft door de beleggingsdienstverlening aan Consumenten te beëindigen.

4.2 De Bank heeft voor het besluit de beleggingsdiensten te beëindigen als reden gegeven dat [Consument 1] een US Person is als bedoeld in de in overweging 2.3 genoemde FATCA regelgeving. Zij heeft gesteld dat zij een risico op boetes van de Amerikaanse toezichthouder loopt wanneer zij beleggingsdiensten verleent aan US Persons en haar dienstverlening dan niet voldoet aan diverse Amerikaanse toezichtrechtelijke regels. De Bank heeft aangegeven dat zij zich op de Nederlandse markt richt en in Amerika niet over de juiste vergunningen beschikt.

4.3 Consumenten hebben niet weersproken dat [Consument 1] een US Person is.

Wel hebben zij betwist dat deze kwalificatie tot risico's leidt voor de bedrijfsvoering van de Bank en, a fortiori, dat het een grond voor de Bank mag vormen om haar dienstverlening aan Consumenten te beëindigen. De Commissie merkt op dat de verwijzing naar FATCA-belastingwetgeving daarbij tot de nodige verwarring bij Consumenten heeft geleid. De risico's op boetes van de Amerikaanse financiële toezichthouder bij het verlenen van beleggingsdiensten aan US Persons vloeien niet voort uit belastingwetgeving, maar uit toezichtwetgeving. Voor de Amerikaanse situatie betreft dat de Dodd-Frank Act en daarvan afgeleide regelgeving. Onder meer is daarin bepaald dat uitvoering van beleggingsdiensten aan US Persons alleen is toegestaan wanneer de Bank geregistreerd is als broker/dealer of investment advisor bij de Securities Exchange Commission (SEC).

4.4 De stelling van Consumenten dat de Bank [Consument 1] moet accepteren als cliënt ondanks haar Amerikaanse nationaliteit vindt naar het oordeel van de Commissie geen steun in het recht. De Commissie heeft eerder aangegeven dat er geen sprake is van een verboden indirect onderscheid naar nationaliteit in de zin van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). Zie daarvoor Geschillencommissie Kifid, nr. 2016-545. Daarbij is opgemerkt dat een tegengesteld oordeel ertoe zou leiden dat de Bank zich grote inspanningen zou moeten getroosten en uitgaven zou moeten doen om een zeer select gezelschap cliënten van dienst te kunnen zijn.

4.5 De Commissie merkt op dat de Bank heeft gesteld dat zij de overeenkomst heeft gewijzigd door de effectenportefeuille van Consumenten te liquideren. Naar het oordeel van de Commissie is van wijziging geen sprake. Geldverstrekker heeft aangegeven geen effecten meer aan te willen houden voor Consumenten. De Commissie is van oordeel dat zich daarmee een situatie van opzegging van de overeenkomst voordoet. Dit betreft naar het oordeel van de Commissie een geldige reden voor opzegging van de overeenkomst door de Bank.

4.6 Vervolgens is de vraag aan de orde of de opzegging op de juiste wijze heeft plaatsgevonden. De bevoegdheid van de Bank tot opzegging van de overeenkomst volgt uit het in overweging 2.2 aangehaalde artikel 15 van de Voorwaarden. Daarin is opgenomen dat de overeenkomst mag worden opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van een kwartaal.

4.7 Dat de Bank zich niet aan de contractuele opzegtermijn gehouden heeft, maar Consument op 26 november 2015 heeft geïnformeerd dat de verkoop is uitgevoerd, levert een tekortkoming op in de nakoming van de overeenkomst tussen partijen. De vraag is vervolgens tot welke financiële schade de onrechtmatige opzegging van Geldverstrekker geleid heeft.

Daarvoor dient een vergelijking te worden gemaakt met de situatie waarin de opzegging op de juiste wijze had plaatsgevonden. Dat betreft de situatie waarin een opzegtermijn van een kwartaal in acht genomen was door de Bank. Was de juiste opzegtermijn in acht genomen, dan hadden Consumenten dus een kwartaal lang rendement over hun beleggingen genoten.

4.8 Daarnaast volgt de Commissie het standpunt van Consumenten, dat inhoudt dat het op de weg van de Bank had gelegen om voorafgaand aan de opzegging met Consumenten en eventueel de geldverstrekker te overleggen en hen te informeren over de mogelijkheden van het oversluiten van de geldlening en de hiermee gemoeide kosten te dragen. In dit licht is de Commissie van oordeel dat de door Consument gemaakte advies- en notariskosten voor oversluiten voor rekening van de Bank komen.

4.9 De uitgangspunten van een door de Bank te vergoeden schade worden derhalve gevonden in de advieskosten, notariskosten voor oversluiten en een compensatie van gederfd kwartaalrendement. De overige gevorderde schade komt niet voor vergoeding in aanmerking omdat er geen sprake is van een onrechtmatige opzegging door de Bank. Omdat door partijen op basis van deze uitgangspunten geen onderbouwde schadeberekeningen bij de Commissie zijn ingediend, zal zij het schadebedrag, gebruik makende van haar in artikel 6:97 Burgerlijk Wetboek gegeven bevoegdheid schatten, nu zij deze niet nauwkeurig vast kan stellen. Daarvoor is van belang dat de Commissie heeft vastgesteld dat in de drie maanden na de transactie het rendement op de portefeuille negatief is geweest – de koers van de effecten daalde met ruim 10% – en er wat dit betreft geen sprake is van schade. Ex aequo et bono bepaalt de Commissie de restantschade, bestaande uit advieskosten, notariskosten en oversluitkosten op € 5.000,-.

5. Beslissing

De Commissie beslist dat de Bank binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan Consument vergoedt een bedrag van € 5.000,-.

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.