Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-42 d.d. 7 februari 2012
(mr. J. Wortel, voorzitter, de heren prof. drs. A.D. Bac RA en G.J.P. Okkema, leden en mevrouw mr. J.J. Guijt, secretaris)

Samenvatting

Execution only. De Commissie is bevoegd de door Consument voorgelegde klacht te behandelen nu die ziet op uitvoering van een in het kader van de effectendienstverleningsrelatie gegeven opdracht.
Het moet Consument na ontvangst van de 'Bepalingen betreffende bewaarneming van effecten' bekend zijn geweest dat de effecten niet op eigen naam werden bewaard; in ieder geval was Consument gezien zijn e-mailbericht van 23 mei 200 ,vanaf die datum daarvan op de hoogte. Ondanks een andersluidend bericht van de bewaarbank heeft Aangeslotene Consument op 18 november 2010 medegedeeld dat ten aanzien van de verkoop van 'Kolon Industries Rights' capital gain tax in rekening zou worden gebracht. Door desondanks op 30 november 2010 tot verkoop over te gaan heeft Consument het risico aanvaard dat capital gain tax in rekening werd gebracht.

Consument,

en

de naamloze vennootschap Hof Hoorneman Bankiers N.V. (voorheen genaamd VPV Bankiers N.V.), statutair gevestigd te Gouda, hierna te noemen Aangeslotene.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:
- het verzoek tot geschilbeslechting met bijlagen van 19 januari 2012;
- het verweer van Aangeslotene met bijlagen;
- de repliek van Consument met bijlagen;
- de dupliek van Aangeslotene met bijlage;
- het faxbericht van Aangeslotene van 25 juni 2012;
- de pleitaantekeningen van Consument; en
- de ter zitting overgelegde pleitaantekeningen van Aangeslotene.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.
Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid.

Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.
Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 28 november 2012 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:
3.1. Op 15 juli 2002 heeft Consument een tradingaccount bij Aangeslotene geopend. Consument heeft bij het aangaan van deze execution only-beleggingsrelatie de Algemene Voorwaarden van Aangeslotene, de informatie 'Kenmerken risico's bij beleggen in Effecten' en de 'Bepalingen betreffende de bewaarneming van Effecten' ontvangen. In laatstgenoemde bepalingen staat, voor zover hier van belang:

> "Ten aanzien van [zich] in Nederland bevindende toondereffecten die geen deel uitmaken van een verzameldepot als bedoeld in de Wet giraal effectenverkeer
> 1. Alle effecten niet opgenomen in een verzameldepot als bedoeld in de Wet giraal effectenverkeer, welke [Aangeslotene], hierna te noemen "de Bank" in Nederland onder zich heeft of onder zich zal krijgen, ten einde deze voor een cliënt in bewaring te houden en op diens naam in bewaring te houden, zullen door de Bank namens de cliënt en op diens naam in bewaring worden gegeven aan de Stichting Effectenbewaarbedrijf [van Aangeslotene], hierna te noemen "Bewaarneemster" en door deze laatste voor de cliënt in bewaring worden genomen.
> 2. Hoewel - behoudens in die gevallen waarin de effecten zouden zijn geïndividualiseerd - de juridische eigendom van de effecten bij Bewaarneemster berust, is het de Bewaarneemster niet toegestaan enig aan de eigendom der effecten verbonden recht uit te oefenen, behoudens (..).
> (..)
> 13. De in voorgaande artikelen opgenomen bepalingen betreffende de bewaarneming van effecten zijn voor zover mogelijk van overeenkomstige toepassing op de in het buitenland bevindende toondereffecten.
> 14. In afwijking van het bepaalde in artikel 3 zal Bewaarneemster met betrekking tot effecten die zich in het buitenland bevinden gebruik maken van derden, waarbij onder meer sprake zal kunnen zijn van het in bewaring geven van effecten aan derden en het verkrijgen van rechten ten aanzien van effecten via derden. De Bank draagt zorg voor selectie van die derden. De Bank is niet aansprakelijk voor tekortkomingen van die derden indien zij aantoont dat zij bij de keuze van die derden de nodige zorgvuldigheid in acht heeft genomen. Mocht de Bank niet aansprakelijk zijn voor tekortkomingen van die derden, dan zal zij, indien de cliënt schade heeft geleden, de cliënt in ieder geval zoveel mogelijk behulpzaam zijn bij het ongedaan maken van zijn schade. Bewaarneemster zal niet aansprakelijk zijn voor tekortkomingen van bedoelde derden, behoudens indien aan Bewaarneemster zelf opzet of grove schuld te verwijten valt".

3.2. In de jaren 2003 tot en met 2005 heeft Consument via Aangeslotene voor een bedrag van ongeveer € 1,9 miljoen Zuid-Koreaanse effecten gekocht, waaronder effecten 'Kolon Industries Rights'.

3.3. Consument heeft sinds 2005 ook een securities account geopend bij Samsung Securities. Via deze account belegt Consument eveneens in Koreaanse aandelen.
3.4. Aangeslotene heeft in 2006 op verzoek van Consument getracht de Koreaanse aandelen van Consument op de bij Aangeslotene aangehouden tradingaccount over te brengen naar de account van Consument bij Samsung Securities in Korea. Het overbrengen van de effecten bleek evenwel niet mogelijk omdat de Koreaanse aandelen niet op naam van Consument geregistreerd waren maar op naam van de Stichting Effectenbewaarbedrijf van Aangeslotene. Consument heeft Aangeslotene hierop bij e-mailbericht van 23 mei 2006 - voor zover hier van belang - het volgende medegedeeld:

> "Ik ben van mening dat [Aangeslotene] mij vooraf had moeten informeren dat de door mij gekochte Koreaanse aandelen niet op mijn naam geregistreerd zouden worden en wat de consequenties hiervan zouden zijn. Zoals [Aangeslotene] in haar brief over bewaarloon vermeld, houd ik bij [Aangeslotene] een 'Trading Account" aan. Het karakter is 'execution only' waarbij [Aangeslotene] slechts de uitvoerende partij is. Nu blijkt dat [Aangeslotene] mijn Koreaanse aandelen niet op mijn naam registreert en ik dus aan [Aangeslotene] gebonden blijf met deze aandelen cq. slechts tegen een aanzienlijke kostenpost zelf over mijn aandelen kan beschikken".

3.5. Eind oktober 2010 heeft Consument een zogenaamde "rights-issue" ontvangen op zijn effecten 'Kolon Industries Rights'**.** Hierover heeft Aangeslotene Consument geïnformeerd middels doorzending van de 'Corporate Action Notice' van 27 oktober 2010 van haar bewaarbank, The Bank of New York Mellon Corporation. In deze Notice is onder meer de volgende tekst opgenomen:

> "For the capital gain tax, 1) In case there is D.T.T. (Double Taxation Treaties) for C.G.T. exemption between your country and Korea: Please send us an original certificate of residence issued by authorized tax office by post mail service since we have tot deliver it to the broker to submit it to tax office to be exempt from capital gain tax on you behalf. 2) In case there is no D.T.T. for C.G.T. exemption between your country and Korea: the tax amount will be levied to lower amount between 11 percent of the rights selling price and 22 percent of capital gain tax".

3.6. Consument heeft Aangeslotene bij e-mailbericht van 8 november 2010 medegedeeld de rights-issue rechten te willen verkopen en te opteren voor vrijstelling van de capital gain tax en heeft daartoe een fiscale woonplaatsverklaring overgelegd. Aangeslotene heeft dit verzoek neergelegd bij haar bewaarbank. Omdat de effecten geregistreerd stonden op naam van de Stichting Effectenbewaarbedrijf van Aangeslotene en in een verzameldepot werden gehouden, bleek evenwel bij verkoop toch capital gain tax in rekening te zullen worden gebracht. Aangeslotene heeft Consument hierover geïnformeerd bij e-mailbericht van 18 november 2010. Hierin staat, voor zover hier van belang:

> "Onze bewaarder houdt de stukken aan in een verzameldepot. De uiteindelijk rechthebbende (= beneficial owner) is daarmee voor hem niet bekend. Ondanks de toezegging in de circulaire van de bewaarder dat na overlegging van een woonplaatsverklaring de capital gain tax voorkomen kan worden, hebben zij in tweede instantie aangegeven dit niet waar te kunnen maken, gezien het aspect van het verzameldepot. Uiteraard erg vervelend dat in eerste instantie een andere indruk is gewekt. [De bewaarbank] excuseert zich hiervoor.

Hoewel wij geen belastingexpert zijn en vertrouwen op het advies van jouw fiscalist, achten wij het overigens niet uitgesloten dat de eventuele capital gain tax, analoog aan de methodiek bij bronbelasting, verrekenbaar is".

3.7. Consument heeft vervolgens opdracht tot verkoop van de 'Kolon Industries Rights' gegeven, welke opdracht op 30 november 2010 is uitgevoerd. Op de opbrengst van de verkoop is 11% capital gain tax ingehouden, te weten KRW 9,430,130 (zijnde € 6.216,30).

4. De vordering en de grondslagen

4.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot vergoeding van de ingehouden capital gain tax ten bedrage van € 6.216,30, vermeerderd met de wettelijke rente.
Voorts vordert hij dat de Commissie oordeelt dat Aangeslotene aansprakelijk is voor elk aantoonbaar (financieel) nadeel als gevolg van de wijze van registratie van de effecten van Consument.

4.2. Deze vordering steunt op de grondslag dat Aangeslotene toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen uit hoofde van de tussen partijen gesloten effectendienstverleningsovereenkomst**.** Dit tekortschieten is volgens Consument gelegen in de volgende omstandigheden:
- de 'Kolon Industries rights' zijn ten onrechte niet op naam van Consument geregistreerd;
- ten onrechte is 11% capital gain tax ingehouden op de verkoopopbrengst van de 'Kolon Industries rights; en
- Aangeslotene heeft zich onvoldoende ingespannen om de ingehouden capital gain tax terug te vorderen.

4.3. Aangeslotene heeft zich primair op het standpunt gesteld dat de Consument niet-ontvankelijk is in zijn klacht omdat geen sprake is van een 'financiële dienst' en heeft overigens ook de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken.

5. Beoordeling

Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde overweegt de Commissie als volgt.

5.1. De Commissie verwerpt het primaire verweer van Aangeslotene inhoudende dat Consument niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in zijn klacht omdat geen sprake is van een financiële dienst. De aan de Commissie door Consument voorgelegde klacht ziet niet - zoals Aangeslotene stelt - op het verstrekken van fiscaal advies, maar op het door Aangeslotene uitvoeren van een door Consument gegeven opdracht in het kader van een tussen hen bestaande effectendienstverleningsrelatie. Daarmee staat het bepaalde in artikel 1 van het Reglement er niet aan in de weg dat de Commissie de onderhavige klacht behandelt.

5.2. Voor wat betreft de inhoudelijke kant van het geschil, overweegt de Commissie als volgt.

5.3. De klacht dat Aangeslotene jegens Consument is tekortgeschoten doordat de 'Kolon Industries rights' niet op naam van Consument zijn geregistreerd, faalt. Uit de hiervoor onder 3.1 geciteerde 'Bepalingen betreffende de bewaarneming van effecten' volgt dat de

effecten van Consument op naam van de Stichting Effectenbewaarbedrijf van Aangeslotene bewaard zouden worden. Anders dan Consument stelt zijn deze aan hem bekend gemaakte bepalingen ook op de onderhavige effecten van toepassing, nu sprake is van in het buitenland gedeponeerde toonderaandelen.

5.4. Het moet Consument vanaf ontvangst van voornoemde bepalingen bekend zijn geweest dat deze effecten niet op zijn eigen naam werden bewaard. Uit het hiervoor onder 3.4 geciteerde e-mailbericht van Consument van 23 mei 2006 volgt bovendien dat Consument in ieder geval vanaf die datum daadwerkelijk op de hoogte was van het feit dat de effecten op naam van de Stichting Effectenbewaarbedrijf van Aangeslotene geregistreerd waren.

5.5. Tussen Consument en Aangeslotene bestaat een execution only-relatie. In deze vorm van effectendienstverlening beperkt de rol van Aangeslotene zich tot het uitvoeren van de door de belegger gegeven orders.

5.6. Tussen partijen staat vast dat Aangeslotene eind oktober 2010 een door haar bewaarbank opgestelde 'Corporate Action Notice', waarin Consument werd geïnformeerd over een rights-issue op zijn 'Kolon Industries Rights', aan Consument heeft doorgestuurd en dat Consument Aangeslotene naar aanleiding hiervan heeft verzocht om haar bewaarbank te informeren dat hij als Nederlands ingezetene en natuurlijk persoon wilde opteren voor vrijstelling van de capital gain tax tegen overlegging van een fiscale woonplaatsverklaring. Voorts staat tussen partijen vast dat Aangeslotene dit verzoek heeft neergelegd bij haar bewaarbank, dat de bewaarbank na aanlevering van de woonplaatsverklaring van Consument heeft medegedeeld dat toch capital gain tax in rekening zou worden gebracht en dat Aangeslotene dit bericht op 18 november 2010 heeft doorgeleid aan Consument.

5.7. Gezien de inhoud van het hiervoor onder 3.6 geciteerde e-mailbericht van Aangeslotene van 18 november 2010 moest Consument er rekening mee houden dat ten aanzien van de verkoop van de 'Kolon Industries Rights' capital gain tax in rekening zou worden gebracht. Door desondanks op 30 november 2010 tot verkoop van zijn rechten over te gaan, heeft Consument dit risico aanvaard. Gezien de aard van de tussen partijen bestaande rechtsverhouding - een execution only-relatie - lag het op de weg van Consument zelf de nodige stappen te zetten om duidelijkheid te krijgen over de verschuldigdheid van de capital gain tax en met succes een beroep te kunnen doen op vrijstelling van die belasting. De Commissie kan derhalve niet vaststellen dat Aangeslotene in dit opzicht is tekortgeschoten.

5.8. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vordering van Consument wordt afgewezen.

6. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat de vordering van Consument wordt afgewezen.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak.