Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2015-284 (prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, de heer drs. L.B. Lauwaars RA en de heer J.C. Buiter en mr. T.R.G. Leyh, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 6 februari 2015
Ingesteld door	: Consument
Tegen	: DeGiro B.V. gevestigd te Amsterdam, verder te noemen DeGiro
Datum uitspraak	: 2 oktober 2015
Aard uitspraak	: Bindend advies

Samenvatting

Consument heeft geruime tijd niet kunnen beschikken over een uit een vervroegd aflosbaar gestelde perpetuele obligatie vrijgekomen deel van zijn vermogen. De Commissie oordeelt dat de verantwoordelijkheid hiervoor bij DeGiro ligt, die bij de uitvoering van haar dienstverlening gebruik heeft gemaakt van een hulppersoon als bedoeld in artikel 6:76BW. De Commissie oordeelt voorts dat de exoneratie clausule in de algemene voorwaarden van DeGiro geen effect mag hebben. De vordering van Consument om financiële compensatie te ontvangen gebaseerd op gemist rendement, is niet in overeenstemming met de wettelijke bepalingen die de vertragingsschade regelen en komt om die reden niet voor toewijzing in aanmerking.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:

- het door Consument ondertekende klachtformulier met bijlagen waaronder de in de interne klachtprocedure van DeGiro gevoerde correspondentie;
- de brief van DeGiro waarin zij verwijst naar het standpunt dat zij eerder in haar interne klachtprocedure heeft ingenomen;
- het e-mailbericht met bijlagen van DeGiro van 19 maart 2015;
- het e-mailbericht van Consument van 13 april 2015;
- het e-mailbericht van Consument van 24 april 2015;
- het e-mailbericht van de secretaris van 24 april 2015;
- het e-mailbericht van DeGiro van 4 mei 2015;
- het e-mailbericht van Consument van 23 mei 2015:
- het e-mailbericht van Consument van 25 mei 2015;
- het door Consument voor akkoord ondertekende formulier ter acceptatie van bindendheid van de uitspraak van de Commissie.

De Commissie stelt vast dat partijen haar advies als bindend zullen aanvaarden en dat het geschil zich leent voor afdoening op stukken, nu voor mondelinge behandeling als bedoeld in artikel 40.1 van haar reglement geen aanleiding bestaat.

2. Feiten

2.1 Consument belegt op basis van execution only bij DeGiro en houdt in dat kader bij DeGiro een beleggingsrekening aan. Op deze rekening heeft Consument een positie in een obligatie van KBC Bank aangehouden (ISIN XS0368735154) met een nominale waarde van € 100.000. Deze obligatie is per 27 juni 2014 vervroegd aflosbaar gesteld, welke niet op de beleggingsrekening van Consument is verwerkt. Consument heeft wel op die datum een bedrag van € 8.000 aan rentevergoeding ontvangen.

2.2 In de door DeGiro aan Consument online ter beschikking gestelde portefeuilleoverzichten is ook na de vervroegde aflossing dagelijks de op de obligatie opgelopen couponrente weergegeven.

2.3 Op 22 augustus 2014 heeft Consument contact opgenomen met DeGiro met vragen en opmerkingen rond de vervroegde aflossing van de obligatie.

2.4 Op 10 oktober 2014 heeft bijschrijving van de hoofdsom van de obligatie plaatsgehad op de rekening van Consument, zonder bijschrijving van de tot die datum opgelopen couponrente.

2.5 Vervolgens heeft Consument over deze gang van zaken informatie gevraagd bij zowel KBC als DeGiro.

2.6 In een e-mailbericht van KBC aan Consument van 23 oktober 2014 schrijft zij dat het niet op de datum van aflossing uitkeren van de hoofdsom van de obligatie *'te wijten is aan een nalatigheid van uw broker in Nederland'*.

2.7 Consument heeft op diezelfde dag DeGiro een aansprakelijkstelling gemaild welke DeGiro telefonisch heeft afgewezen op 29 oktober 2014.

2.8 Vervolgens heeft Consument op 29 oktober 2014 een klacht bij DeGiro ingediend, en deze aangevuld op 12 november 2014.

2.9 Op 10 december 2014 heeft DeGiro Consument een voorstel gedaan, inhoudende vergoeding van geleden nadeel ter hoogte van € 360,16.

2.10 Consument heeft DeGiro op 2 januari 2015 bericht niet met het voorstel akkoord te gaan.

2.11 In een e-mailbericht van 12 januari 2015 heeft DeGiro gewezen op artikel 13.4 van de aan de relatie tussen partijen ten grondslag liggende overeenkomst. Dit artikel luidt:
"Artikel 13. Aansprakelijkheid, uitsluiting en vrijwaring (…)
13.4 Derden DEGIRO en Beleggersgiro houden bij derden, zoals clearing members en (sub) custodians geld en Financiële Instrumenten aan voor rekening en risico van Cliënt. DEGIRO en Beleggersgiro zijn ten aanzien van door hen voor Cliënt bij derden gehouden geld en Financiële Instrumenten tot niet meer gehouden dan datgene dat zij in relatie tot dat geld en die Financiële Instrumenten daadwerkelijk van die derden ontvangen. DEGIRO maakt bij het verlenen van haar diensten gebruik van verschillende derden, zoals brokers, beurzen, prime brokers, OTC wederpartijen enzovoorts. DEGIRO is niet aansprakelijk voor schade die het gevolg is van tekortkomingen van derden, tenzij en voor zover die derden door DEGIRO zelf zijn ingeschakeld en de schade te wijten is aan de grove schuld van DEGIRO bij het onvoldoende zorgvuldig selecteren en monitoren van deze derden.

2.12 *Indien DEGIRO niet aansprakelijk is voor verlies van Cliënt ten gevolge van het handelen van een derde, dan zal DEGIRO Cliënt helpen de schade op die derde te verhalen."*

2.13 In reactie hierop heeft Consument DeGiro bij e-mailbericht van 13 januari 2015 verzocht te laten weten op welke datum DeGiro van welke partij de hoofdsom heeft ontvangen. Hij vervolgt met: *"Dat zou mij in de gelegenheid stellen om mijn claim op het juiste adres neer te leggen, ervan uitgaand dat de versie van DeGiro juist is, nl. dat niet DeGiro maar een andere partij over de hoofdsom beschikte."*

2.14 In haar e-mailbericht van 13 januari 2015 schrijft DeGiro aan Consument dat zij zijn claim naar behoren heeft behandeld, dat zij bij het behandelen van de klacht de derde partij heeft gevraagd naar de situatie, dat die partij haar een verschil aan € 42 aan opgelopen rente heeft gecompenseerd en dat Consument een bedrag van € 360,18 heeft gekregen voor het ongemak.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering

3.1 Consument vordert een bedrag van € 2.330,- hetwelk bestaat uit het rendement dat hij op de KBC obligatie is misgelopen sinds 27 juni 2014, de datum van vervroegde aflossing.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Ter onderbouwing van zijn vordering voert Consument samengevat aan dat hij geruime tijd niet over een via DeGiro aangehouden deel van zijn vermogen heeft kunnen beschikken. Verder meent hij dat de geboden compensatie niet in verhouding staat tot de door hem geleden schade en voorts dat DeGiro hem de mogelijkheid heeft ontnomen de verantwoordelijke andere partij aan te spreken.

Verweer van DeGiro

3.3 DeGiro heeft in eerste instantie volstaan met een verwijzing naar haar eerder in de interne klachtprocedure ingenomen standpunt, op verzoek van de secretaris aangevuld met haar onder 1. vermelde e-mailberichten. Zij heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

4.1 Consument heeft Kifid gevraagd uitspraak te doen inzake de vordering, over maatregelen die nodig zijn om te voorkomen dat dit soort bedragen zo maar maandenlang van 'de radar' kunnen verdwijnen, zoals Consument schrijft, en over de kennelijke onbalans tussen enerzijds de tarieven van DeGiro en anderzijds het aanzienlijke financiële risico in de ketenafhandeling van opbrengsten van beleggingen. Risico's die op zich niets te maken hebben met beleggen en met normale beleggingsrisico's maar voor de klanten van DeGiro zeer relevant zijn, aldus nog steeds Consument.

4.2 De Commissie honoreert de laatstgenoemde twee verzoeken van Consument niet. Daartoe overweeg zij als volgt. Deze verzoeken ten aanzien van de dienstverlening van DeGiro zijn van *algemene* aard en de taak van de Commissie is beperkt tot het oordelen over *concrete* klachten van Consumenten over financiële dienstverleners.
Zij kan zich dan ook niet in algemene zin uitlaten over zaken die in de beleidssfeer van zodanige dienstverleners liggen.

4.3 Blijft over de bespreking van de vordering van Consument. In dat kader is de aard van de rechtsverhouding tussen partijen van belang. Dit betreft een relatie van execution only. In deze vorm van effectendienstverlening is de zorgplicht van de zijde van de beleggingsonderneming geringer van aard dan in andere vormen van dergelijke dienstverlening. De vraag is hoe ver deze reikt, met name in de zin of de verantwoordelijkheid voor de omstandigheid dat Consument in dit geval geruime tijd niet over een deel van zijn vermogen heeft kunnen beschikken bij DeGiro ligt en of er gronden zijn voor het toewijzen van de gevorderde schadevergoeding.

4.4 De Commissie heeft aan de hand van de ISIN code van het product vastgesteld dat de betreffende obligatie een perpetuele lening betrof welke tot aan het moment van (vervroegde) aflossing een rentevergoeding kende van 8% op jaarbasis. De Commissie stelt voorts vast dat Consument in zijn klachtuiting heeft vermeld dat hij in mei/juni 2014 op de hoogte was van de omstandigheid dat de obligatie per 27 juni 2014 gecalld zou gaan worden (vervroegd aflosbaar zou worden gesteld).

4.5 DeGiro heeft bij de uitvoering van haar dienstverlening aan Consument gebruik gemaakt van derden. Daarmee is sprake van de inschakeling van een hulppersoon als bedoeld in artikel 6:76 BW.

4.6 Op de relatie tussen partijen zijn de algemene voorwaarden van DeGiro van toepassing. De Commissie merkt op dat DeGiro met artikel 13.4 van deze voorwaarden heeft beoogd haar aansprakelijkheid te beperken tot die gevallen waarin sprake is van grove schuld van DeGiro bij het monitoren van derden (als hiervoor bedoeld). Uit artikel 6:237 sub f BW volgt dat een in algemene voorwaarden opgenomen exoneratie in relatie tot een consument wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn als een dergelijke exoneratie de gebruiker van de algemene voorwaarden geheel of gedeeltelijk van haar wettelijke verplichting tot schadevergoeding bevrijdt. Een dergelijk beding is om die reden vernietigbaar. Alhoewel Consument geen beroep op artikel 6:237 sub f BW heeft gedaan, mag het beding volgens Europees consumentenrecht, meer in het bijzonder de richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, geen effect hebben. Dit betekent dat de Commissie, naar Nederlands recht, tot het oordeel komt dat een beroep op dit beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (vgl. HvJ EG 4 juni 2009, NJ 2009, 395, het rapport 'Ambtshalve toetsing' van de werkgroep LOVCK van februari 2010, p. 12 en de uitspraak van de Commissie van 5 mei 2011, GC 2011-118).

4.7 Tussen partijen is niet in geschil dat Consument het door de vervroegde aflosbaarheid vrijgekomen bedrag niet op 27 juni 2014 maar eerst op 10 oktober 2014 heeft ontvangen. Gelet op het voorgaande acht de Commissie DeGiro gehouden daarmee samenhangend nadeel dat aan haar of een door haar ingeschakelde derde valt toe te rekenen aan

Consument te vergoeden.

4.8 Ingevolge artikel 6:119 BW bestaat de schadevergoeding, verschuldigd wegens vertraging in de voldoening van een geldsom, uit de wettelijke rente van die som over de tijd dat de schuldenaar met de voldoening daarvan in verzuim is. De schuldeiser (Consument) heeft minimaal én maximaal recht op het bedrag van de wettelijke rente (vergelijk HR 11 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4777).

4.9 De vordering van Consument om financiële compensatie te ontvangen gebaseerd op gemist rendement, is niet in overeenstemming met de wettelijke bepalingen die de vertragingsschade regelen en komt om die reden niet voor toewijzing in aanmerking.

4.10 Met de becijfering van het bedrag van € 360,18, gebaseerd op de door haar gehanteerde debetrentevoet, heeft DeGiro niet voldaan aan de schadevergoedingsplicht die ingevolge artikel 6:119 BW op haar rust. Die dient immers uit te gaan van de wettelijke rente, en wel over de periode 27 juni 2014 tot en met 10 oktober 2014. Voor zover berekening van die wettelijke rente over deze periode leidt tot een vergoeding die hoger is dan voornoemd bedrag, is DeGiro gehouden dat hogere bedrag aan Consument uit te keren met dien verstande dat indien DeGiro de eerder toegezegde compensatie reeds aan Consument heeft uitbetaald, dat bedrag voor mindering op de toegewezen wettelijke rentevergoeding in aanmerking komt.

5. Beslissing

De Commissie beslist dat DeGiro binnen vier weken na de dag waarop een afschrift van deze beslissing aan partijen is verstuurd, aan Consument vergoedt een bedrag als onder 4.10 omschreven.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende 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. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor www.kifid.nl/consumenten/hoe-wordt-uw-klacht-behandeld.