Uitspraak Geschillencommissie Kifid nr. 2023-0635

(mr. M.E.J. Bracco Gartner, voorzitter en mr. D.P. van Strien, secretaris)

Datum uitspraak	16 augustus 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 Voorwaarden Beleggingsdiensten

Samenvatting

Overname Acacia Pharma door Eagle Pharmaceuticals. De aandelen Eagle Pharmaceuticals zijn na de overname op 10 juni 2022 pas op 30 december 2022 effectief aan de consument geleverd. De commissie is van oordeel dat geen sprake is van grove schuld of opzet aan de zijde van DeGiro of enige andere partner in de custodyketen bij het leveren van de aandelen. Dat deze aandelen niet verhandelbaar waren op Euronext Brussel is dan ook een omstandigheid die voor rekening van de consument moet blijven.

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 Partijen zijn opgeroepen voor een digitale hoorzitting op 11 juli 2023. De consument nam deel aan de hoorzitting, samen met zijn partner mevrouw [naam 1]. Namens DeGiro nam deel de heer mr. [naam 2'], manager legal.

1.3 De consument heeft gekozen voor een bindend advies. De commissie doet echter uitspraak in de vorm van een niet-bindend advies. Onder de nummers 3.2 tot en met 3.4 wordt toegelicht waarom.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 De consument heeft een effectenrekening bij DeGiro waarop hij op basis van execution-only belegt.

Aan de dienstverlening door DeGiro ligt een cliëntovereenkomst ten grondslag en de Voorwaarden Beleggingsdiensten zijn van toepassing.

2.2 Op 28 maart 2022 is de overname aangekondigd van Acacia Pharma Group PLC (ISIN GB00BYWF9Y76) (hierna: Acacia) door Eagle Pharmaceuticals, Inc. (ISIN US2697961082) (hierna: Eagle). Voorafgaand aan deze overname heeft de consument aandelen Acacia aangekocht. Per aandeel Acacia verkreeg de consument recht op € 0,68 cash en 0,0049 aandeel Eagle. Op grond van de door hem ingenomen positie had de consument recht op 784 aandelen Eagle.

2.3 De overnametransactie heeft op 10 juni 2022 plaatsgevonden. Op 27 juni 2022 zijn 784 aandelen "Acacia Pharma Group PLC – Non tradeable (US2697961082)" op de effectenrekening van de consument bijgeboekt. Op 5 juli 2022 heeft hij de cash-betaling ontvangen.

2.4 Omdat de aandelen niet werden omgezet in verhandelbare aandelen Eagle, heeft de consument een aantal malen contact opgenomen met DeGiro. Op 24 augustus 2022 heeft hij een klacht bij DeGiro ingediend. Op 30 december 2022 zijn de aandelen omgezet in verhandelbare aandelen Eagle.

De klacht en vordering

2.5 Op 8 december 2012 heeft de consument zijn klacht bij Kifid ingediend. Omdat de aandelen toen nog niet waren omgezet in verhandelbare aandelen Eagle, vorderde hij aanvankelijk dat DeGiro de (nog niet omgezette) aandelen zou gaan aanhouden tegen betaling van USD 45,- per aandeel. Voor 784 aandelen komt dit op een bedrag van USD 35.280,-. De consument vordert rente over dit bedrag vanaf 15 juli 2022 tot aan de ontvangstdatum van de gelden.

2.6 De consument heeft navraag gedaan bij de Belgische broker Bolero. Daar konden klanten al op 12 juli 2022 over hun aandelen beschikken. Hij houdt DeGiro aansprakelijk voor de omstandigheid dat hij vanaf die datum niet over de aandelen heeft kunnen beschikken. In de periode rond 12 juli 2022 schommelde de waarde van het aandeel Eagle rond de USD 45,-. Ten tijde van het indienen van de klacht was de waarde gedaald tot USD 34,-.

2.7 DeGiro heeft in haar verweer aangevoerd dat de aandelen Eagle met ISIN US2697961082 aanvankelijk geleverd waren op Euronext Brussel, omdat Acacia daar noteerde. Toen bleek dat de aandelen Eagle alleen op Nasdaq verhandeld zouden worden en niet ook alsnog op Euronext Brussels, heeft DeGiro het proces opgestart om de aandelen over te zetten naar Nasdaq. De consument brengt daartegen in dat op grond van de overnamedocumentatie bekend was dat Eagle alleen zou gaan noteren op Nasdaq. Omdat de overnametransactie al op 10 juni 2022 was, had de omzetting eerder dan 5 juli 2022 kunnen worden gestart. Volgens DeGiro neemt een omzetting doorgaans enkele weken in beslag.

De consument heeft – gezien ook de overige verweren van DeGiro – twijfels over de aanpak van DeGiro en de custodyketen. DeGiro heeft zich onvoldoende ingespannen om de omzetting sneller te laten verlopen. De consument heeft daardoor te lang op de aandelen moeten wachten.

2.8 Bij repliek heeft de consument zijn vordering aangevuld. Als het niet mogelijk is voor DeGiro om de aandelen Eagle over te nemen, wenst de consument de aandelen te verkopen op een door DeGiro te kiezen tijdstip, waarbij DeGiro hem het verschil tussen de verkoopwaarde en USD 45,- per aandeel vergoedt.

Het verweer

2.9 DeGiro heeft de volgende verweren gevoerd:

- Het is een feit van algemene bekendheid dat er een risico bestaat in de custodyketen, met name bij afwikkeling of settlement van transacties. Het afwikkelingsrisico komt, behalve bij grove schuld of opzet van DeGiro, voor rekening van de consument. DeGiro beroept zich op de artikelen 17.3 en 17.3.1 van de Voorwaarden Beleggingsdiensten.
- Het overzetten van een aandeel van de ene beurs naar een andere is een buitengewone dienst omdat het een buitengewone situatie betreft. De aandelen worden in de custodyketen overgedragen, maar het eigendom blijft bij de consument. Deze overzetting is een handmatig en relatief moeizaam proces, waardoor DeGiro geen garantie kan geven over de duur van een omzetting.
- De omzetting heeft om drie redenen lang geduurd. De aandelen Eagle met ISIN US2697961082 die op Euronext Brussel geleverd waren, werden alleen op Nasdaq verhandeld. Na de levering aan de consument op 27 juni 2022, van aandelen die niet verhandelbaar waren op Euronext Brussel, werd op 5 juli 2022 duidelijk dat de aandelen niet alsnog op Euronext Brussel zouden worden verhandeld. DeGiro heeft haar custodian verzocht de aandelen over te zetten naar Nasdaq. Er was vervolgens lange tijd onzekerheid over de fungibiliteit van de aandelen.[1] Deze kon volgens de custodian pas op 15 november 2022 bevestigd worden. DeGiro heeft daarna op 24 november 2022 de overzetting geïnstrueerd. De agent die het depot bij Euronext Brussel voor de custodian aanhoudt, wilde de overzetting echter alleen faciliteren als de gehele positie in dat depot werd overgedragen. De custodian heeft hiervoor op 27 december 2022 toestemming gekregen. Op 30 december 2022 zijn de stukken op de rekening van de consument geboekt.

[1] Fungibiliteit betekent inwisselbaarheid. Het aandeel dat wordt weggenomen bij de centrale effectenbewaarinstelling van Euronext Brussel en naar de centrale effectenbewaarinstelling van Nasdaq gaat, moet precies hetzelfde eigendomsrecht voorstellen.

- Het overzetten van de stukken gebeurt op basis van best effort. DeGiro heeft een overzicht van de correspondentie met haar custodian overgelegd waaruit blijkt dat er 18 contactmomenten met de custodian zijn geweest en dat DeGiro zich dus voldoende heeft ingespannen.

3. De beoordeling

Wat is de hoofdvraag?

3.1 De commissie moet de vraag beantwoorden of DeGiro aansprakelijk is voor de schade die de consument stelt te hebben geleden omdat, na de overname van Acacia op 10 juni 2022, de aandelen Eagle pas op 30 december 2022 effectief aan hem geleverd zijn. De commissie is van oordeel dat dit niet zo is en legt hieronder uit waarom.

Niet-bindend advies

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

3.3 In DeGiro's Voorwaarden Beleggingsdiensten 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 I-verordening (Verordening (EG) nr. 593/2008) de overeenkomst wordt beheerst door het recht van de woonplaats van de consument - in dit geval Belgisch 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 onder 1 van haar reglement beoordeelt de commissie klachten naar Nederlands recht. De commissie kan niet vaststellen of de genoemde mogelijkheid zich hier voordoet dat het Belgisch 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.

Beleggingsrisico's zijn voor de consument

3.5 De consument heeft naar aanleiding van het overnamebod door Eagle gekozen om in Acacia te beleggen, anticiperend op mogelijke winst. Met deze keuze heeft hij alle beleggingsrisico's van deze beslissing aanvaard. Tot deze beleggingsrisico's behoort naar het oordeel van de commissie ook het leveringsrisico, zoals genoemd in artikel 17.3 van de clientovereenkomst: *"De voor- en nadelen van alle (…) aangehouden posities zijn voor rekening en risico van de Cliënt."*

3.6 Vaststaat dat de betaaldatum voor het overnamebod van Eagle 10 juni 2022 was.

De aandelen zijn op 27 juni 2022 aan de consument geleverd door boeking op zijn effectenrekening, maar waren op dat moment niet verhandelbaar. Bij deze levering zijn de aandelen voor de consument ontvangen op Euronext Brussel. Volgens de consument was dit niet het juiste handelsplatform, nu uit de biedingsdocumentatie bleek dat Eagle niet op Euronext Brussel zou worden verhandeld.

3.7 DeGiro heeft ter zitting op vragen van de commissie geantwoord dat de levering van de aandelen is uitgevoerd conform marktusance. De commissie is van oordeel dat daarom geen sprake is van grove schuld of opzet aan de zijde van DeGiro of enige andere partner in de custodyketen bij het leveren van de aandelen (zie artikel 25 van de voorwaarden). Dat deze aandelen niet verhandelbaar waren op Euronext Brussel is dan ook een omstandigheid die voor rekening van de consument moet blijven, zie 3.5.

3.8 Om de stukken alsnog verhandelbaar te maken heeft een beursomzetting moeten plaatsvinden. DeGiro doet dit soort buitengewone dienstverlening op basis van best effort. De stukken zijn uiteindelijk op 30 december 2022 geleverd. DeGiro heeft onderkend dat dit lang geduurd heeft. Hoewel de commissie begrijpt dat dit voor de consument spijtig is, is niet gebleken dat DeGiro zich onvoldoende heeft ingespannen om de omzetting te bewerkstelligen. Het lange tijdsverloop tot effectieve levering van de aandelen hoort óók tot het leveringsrisico en moet daarom voor risico van de consument blijven.

Ambtshalve toetsing

3.9 De bedingen die voor de beoordeling van de klacht van de consument relevant zijn, zijn door de commissie getoetst aan het Europese en Nederlandse (consumenten)recht. De commissie acht ze niet in strijd met deze regelgeving.

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 www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Contactgegevens Klachteninstituut Financiële Dienstverlening

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

Bijlage - Relevante bepalingen uit de Voorwaarden Beleggingsdiensten

Artikel 17. SPV voor vermogensscheiding.

(…)

17.3 Posities in Financiële Instrumenten
DEGIRO en SPV zullen alle posities in Financiële Instrumenten die de Cliënt bij hen aanhoudt, aanhouden bij derde partijen zoals CDS's, centrale tegenpartijen, custodians, clearing members en prime brokers. Meer informatie over het aanhouden van Financiële Instrumenten bij derde partijen vindt u in het document Beleggingsdiensten van de Nadere Informatie Beleggingsdiensten.

17.3.1. Risico en rekening van de Cliënt
De voor- en nadelen van alle aldus aangehouden posities zijn voor rekening en risico van de Cliënt. Dit betekent dat alle winsten, zoals dividend- en wisselkoersverhogingen, maar ook alle verliezen, zoals wisselkoersverlies en verlies als gevolg van wanbetaling of insolventie van een derde partij, voor risico en rekening van de Cliënt komen. Dergelijke winsten of verliezen worden door DEGIRO in het Saldo geboekt. Indien van toepassing vindt de boeking plaats met gelijktijdige aftrek van belastingen (en andere verplichte bedragen die verschuldigd zijn op grond van Wetten en Regels).
(…)

Artikel 25. Aansprakelijkheid en vrijwaring

25.2 Aansprakelijkheid
DEGIRO aanvaardt aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door haar handelen of wanprestatie. De aansprakelijkheid van DEGIRO is beperkt tot schade die het directe en voorzienbare gevolg is van opzet of grove schuld van DEGIRO.

(…)

25.4 Aansprakelijkheid voor – en van – derden
De diensten van DEGIRO behelzen dat DEGIRO de Cliënt toegang biedt tot de diensten van vele derde partijen wereldwijd, zoals beurzen, CSD's, Central Clearing Counterparty (CCP's), brokers, clearing members, OTC-wederpartijen en data providers. DEGIRO is niet aansprakelijk voor schade als gevolg van wanprestaties van een dergelijke derde partij, tenzij en voor zover deze derde partij door DEGIRO zelf wordt ingeschakeld en de schade te wijten is aan de grove schuld van DEGIRO door het niet met voldoende zorgvuldigheid selecteren en monitoren van derde partij. (…)