Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2022-0845

(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, mr. M.E.J. Bracco Gartner,
mr. dr. M.D.H. Nelemans, leden en mr. P.V. Remmerswaal, secretaris)

Klacht ontvangen op	13 juli 2021
Ingediend door	de heer [naam], handelend namens [naam bedrijf], verder te noemen de consument
Tegen	BinckBank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen Binck
Datum uitspraak	6 oktober 2022
Aard uitspraak	Niet-bindend advies
Uitkomst	Vordering gedeeltelijk toegewezen
Bijlage	Relevante bepalingen uit wet- en regelgeving

Samenvatting

De consument heeft Binck geïnstrueerd om zijn claimrechten uit te oefenen en extra in te schrijven op de claimemissie van een beursvennootschap waarin hij belegt. Volgens Binck kon zij deze opdrachten niet uitvoeren wegens 'selling restrictions' waardoor de aanbieding niet openstond voor aandeelhouders in Nederland. De commissie is van oordeel dat Binck de opdracht tot inschrijving op de emissie heeft mogen weigeren op grond van wet- en regelgeving. Binck heeft echter niet de uitoefening van de claimrechten mogen weigeren, omdat zij wettelijk verplicht is de uitoefening van aandeelhoudersrechten te faciliteren. De klacht is gedeeltelijk gegrond. Binck wordt veroordeeld tot het herstellen van haar tekortkoming.

1. Procedure

1.1 De commissie beslist op basis van haar 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 Binck; 4) de repliek van de consument en 5) de dupliek van Binck.

1.2 Partijen zijn opgeroepen voor een digitale hoorzitting op 8 april 2022. Partijen hebben hieraan deelgenomen.

1.3 De consument heeft gekozen voor een niet-bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar niet aan de uitspraak kunnen houden.

1.4 Na de hoorzitting is de enkelvoudige commissie uitgebreid met de leden mr. M.E.J. Bracco Gartner en mr. dr. M.D.H. Nelemans, naar een meervoudige commissie. Partijen zijn hierover geïnformeerd.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 De consument houdt een effectenrekening aan bij Binck. Via zijn effectenrekening belegt hij onder meer in aandelen Modern Times Group AB (hierna: MTG).

2.2 Begin 2021 heeft MTG besloten nieuwe aandelen B uit te geven door middel van een claimemissie via inschrijfrechten. Bestaande aandeelhouders ontvingen op 25 januari 2021 één claimrecht per aandeel MTG. De consument heeft 50 claimrechten ontvangen. 12 claimrechten gaven recht op 5 aandelen B. De inschrijfprijs werd vastgesteld op 90 Zweedse Kroon (SEK). Bestaande aandeelhouders konden daarnaast extra inschrijven op nieuwe aandelen.

2.3 Op 4 februari 2021 heeft de consument Binck telefonisch laten weten dat hij zijn claimrechten wilde uitoefenen en wilde inschrijven op de claimemissie voor 4.000 aandelen B tegen een uitgifteprijs van 90 SEK. Op 5 februari 2021 heeft Binck geantwoord:

> *"(…)*
>
> *Middels deze e-mail informeren wij u over het volgende. De claims voor het fonds Modern Times Group kunnen helaas alleen gebruikt worden door beleggers in Scandinavië. Het is slechts mogelijk om in te schrijven voor de emmissie in Denemarken, Noorwegen, Zweden en Finland. (…)"*

2.4 De consument heeft dezelfde dag geantwoord:

> *"Ik heb ook even navraag gedaan bij ABN (mijn andere bank) en die zeggen het volgende; Ik heb gesproken met de afdeling beleggen en die zeggen dat geen probleem is als de share holder niet in Zweden, Noorwegen of Finland woonachtig is."*

2.5 Tijdens een telefoongesprek met de consument heeft Binck nogmaals bevestigd dat inschrijving niet mogelijk is.

2.6 Bij brief van 8 februari 2021 heeft de consument Binck het volgende bericht:

> *"(…)*
>
> *Hierbij sommeren wij u onze instructies tijdig (voor het sluiten van de termijn van 10 februari 2021) inzake de claimemissie van MTG AB uit te voeren. Onze instructies luiden als volgt:*
>
> *1) Onze 50 claim rechten uit te oefenen. Deze claim rechten geven recht op 20,83 aandelen B tegen een uitgifte prijs van SEK 90;*

Claims € 0,00 € 0,00 € 0,00 0,00%

50 Modern Times Group -B- -Rights- (claim) — € 0,00 — € 0,00 € 0,00 0,00% —

2) In te schrijven op 4.000 aandelen B tegen een uitgifteprijs van EUR 90 (als bestaande aandeelhouder maar meer dan de thans ontvangen claimrechten). (…)"

2.7 Op 9 februari 2021 heeft Binck gereageerd op de brief met instructies van de consument:

"(…)

U heeft een klacht betreffende de inschrijving voor de claimemissie van het fonds Modern Times Group.

Allereerst onze excuses dat wij niet eerder duidelijk en helder hebben verklaard waarom inschrijving niet mogelijk is. In overleg met de afdeling Corporate Action heb ik vanmorgen naar aanleiding van uw e-mail om een toelichting gevraagd. Inschrijving voor de claim-emissie is niet mogelijk, omdat deze niet is opengesteld voor landen buiten Scandinavië.

In de bijlage van deze e-mail treft u het aanmeldingsformulier voor de claimemissie. Op pagina 2 vindt u "Imporant Information" alwaar de volgende tekst staat genoteerd:

*"**Offering***

(...) No measure has been taken, nor will be taken, to provide a public offering in any jurisdictions other than Sweden, Denmark, Finland and Norway. (..)"

Om deze reden kunnen wij helaas geen inschrijving faciliteren en heeft u derhalve ook geen bericht hierover ontvangen. (…)"

2.8 De claimrechten zijn op 17 februari 2021 door Binck verkocht voor een bedrag van € 61,65.

De klacht en vordering

2.9 De consument stelt dat Binck toerekenbaar is tekortgeschoten in de naleving van de overeenkomst met hem door zijn instructies niet uit te voeren. In het prospectus van MTG staat dat alle aandeelhouders claimrechten ontvangen en kunnen uitoefenen. Bovendien bleek uit navraag bij ABN Amro dat zij de uitoefening van claimrechten door aandeelhouders van MTG in Nederland wel faciliteerde. Dat alleen aandeel-houders in Scandinavië dat zouden kunnen doen, klopt dus niet. Daarnaast heeft Binck nagelaten hem tijdig de informatie door te geven die relevant is voor het uitoefenen van zijn aandeelhoudersrechten. Binck heeft hem hierover geen enkel bericht gestuurd. Doordat Binck is tekortgeschoten in de naleving van de overeenkomst, moet zij de schade die de consument daardoor lijdt vergoeden.

Als Binck de instructies had uitgevoerd, had hij 4020,83 aandelen in bezit gekregen tegen een uitgifteprijs van 90 SEK. In de periode die volgde, heeft de koers van de aandelen zich bewogen tussen de 135 en 145 SEK, waartegen de consument de aandelen zou hebben verkocht. Binck dient deze schade te vergoeden.

2.10 De consument vordert vergoeding van het verschil tussen de uitgifteprijs van 90 SEK en de prijs waartegen hij zou hebben verkocht, door hem begroot op 181.935 SEK voor alle aandelen gezamenlijk, ofwel ongeveer € 17.500,-.

Het verweer

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

3. De beoordeling

Algemeen

3.1 Aan de commissie ligt de vraag voor of Binck toerekenbaar is tekortgeschoten jegens de consument door zijn instructies niet uit te voeren en gehouden is de daaruit voortvloeiende schade te vergoeden.

3.2 Binck heeft aangevoerd dat het uitoefenen van de claimrechten en het inschrijven op de claimemissie niet open stond voor haar klanten. Zij heeft verwezen naar de website van MTG, waar het prospectus met informatie over de claimemissie voor de Nederlandse jurisdictie is afgeschermd. Uit de disclaimer blijkt dat het prospectus niet verspreid mag worden in jurisdicties waar dit illegaal zou kunnen zijn ('selling restrictions'). Daarnaast hebben de custodians van Binck bevestigd dat de inschrijving voor klanten als de consument niet open staat. Binck kon de instructies van de consument daarom niet uitvoeren. Dat ABN Amro de inschrijving wel faciliteerde, maakt dat niet anders.

3.3 De commissie overweegt dat de instructie die de consument bij brief van 8 februari 2021 aan Binck heeft doorgegeven, kan worden onderscheiden in twee onderdelen, te weten 1) het uitoefenen van de 50 claimrechten die hij heeft ontvangen en 2) het inschrijven op 4000 nieuwe aandelen MTG B. De commissie zal voor beide onderdelen afzonderlijk beoordelen of Binck deze opdrachten heeft mogen weigeren uit te voeren dan wel is tekortgeschoten.

De inschrijving op 4000 aandelen MTG B

3.4 De commissie gaat eerst in op de instructie tot het extra inschrijven op nieuwe aandelen.

De uitgifte van nieuwe aandelen door MTG door middel van een claimemissie kwalificeert als een aanbieding van effecten aan het publiek als bedoeld in artikel 2 onder d van Verordening 2017/1129, ook wel de Prospectusverordening genoemd.[1] Het aanbieden van effecten aan het publiek in de Europese Unie is in beginsel alleen toegestaan als er een prospectus is gepubliceerd dat voldoet aan de eisen van de Prospectusverordening[2] en is goedgekeurd door de bevoegde autoriteit van de lidstaat waar de uitgevende instelling haar statutaire zetel heeft. Om de aanbieding vervolgens open te stellen voor het publiek in andere lidstaten, moeten de bevoegde autoriteiten van die andere lidstaten in kennis worden gesteld van de goedkeuring van het prospectus door de betrokken bevoegde autoriteit. Deze kennisgeving gebeurt op verzoek van de uitgevende instelling en aanbiedende banken, die zo bepalen in welke jurisdicties de aanbieding open staat.[3]

3.5 Uit de stukken blijkt dat MTG een prospectus heeft opgesteld voor de claimemissie. In het prospectus staat dat MTG geen maatregelen heeft genomen om een aanbieding van effecten aan het publiek te faciliteren in jurisdicties buiten Zweden, Denemarken, Finland en Noorwegen. De commissie leidt hieruit af dat MTG niet de door de Prospectusverordening vereiste handelingen heeft verricht om in Nederland effecten aan het publiek te kunnen aanbieden. Het was daarom voor de consument, als aandeelhouder woonachtig buiten Zweden, Denemarken, Finland en Noorwegen, niet mogelijk om zich extra in te schrijven op nieuwe aandelen. Dat Binck zijn instructie om in te schrijven op deze emissie niet heeft uitgevoerd, kan haar daarom niet worden verweten. Dit klachtonderdeel is daarom ongegrond.

De uitoefening van claimrechten

3.6 Dit ligt anders bij de opdracht van de consument tot uitoefening van 50 claimrechten. Een claimrecht is te beschouwen als een aandeelhoudersrecht, omdat het claimrecht tot doel heeft de zittende aandeelhouders te compenseren voor de waarde-vermindering van de aandelen door verwatering van hun belang vanwege de uitgifte van nieuwe aandelen. In artikel 3 quater van Richtlijn 2017/828 van het Europees parlement en de Raad[4], ook wel de Aandeelhoudersrichtlijn genoemd, is opgenomen dat tussen-personen de uitoefening van de rechten door de aandeelhouder moeten faciliteren. Deze bepaling is geïmplementeerd in artikel 49db van de Wet giraal effectenverkeer.[5]

[1] Verordening (EU) 2017/1129 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 betreffende het prospectus dat moet worden gepubliceerd wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel op een gereglementeerde markt worden toegelaten en tot intrekking van Richtlijn 2003/71/EG.
[2] Zie artikel 3 van de Prospectusverordening.
[3] Artikel 24 en 25 van de Prospectusverordening.
[4] Richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft.
[5] Voor de inhoud van deze bepalingen wordt verwezen naar de bijlage bij deze uitspraak.

Deze bepaling van dwingend recht moet in relatie tot de Prospectusverordening zo gelezen worden dat beperkingen voortvloeiend uit de Prospectusverordening, (de 'selling restrictions'), niet in de weg staan aan het uitoefenen van voorkeursrechten door aandeelhouders. De commissie sluit daarbij aan bij de interpretatie die European Securities and Markets Authority (ESMA) aan de verhouding tussen deze regels heeft gegeven.[6]

3.7 Uit het voorgaande volgt dat Binck verplicht was de consument in staat te stellen zijn aandeelhoudersrechten uit oefenen en dus verplicht was om de claimrechten uit te oefenen. De Prospectusverordening staat daar niet aan in de weg. Door de opdracht tot uitoefening van 50 claimrechten niet uit te voeren, is Binck tekortgeschoten in de naleving van haar verplichtingen jegens de consument. Het klachtonderdeel is gegrond.

3.8 Binck dient haar tekortkoming te herstellen. De commissie is van oordeel dat zij het meest recht doet aan de situatie als Binck in staat wordt gesteld haar tekortkoming te herstellen door haar verplichtingen jegens de consument alsnog na te komen. Binck dient de consument daarom alsnog de mogelijkheid te geven 20,83 aandelen MTG B aan te schaffen tegen een koers van 90 SEK. De consument dient op zijn beurt het bedrag van € 61,65 dat hij heeft ontvangen uit de verkoop van de claimrechten terug te betalen aan Binck.

Conclusie

3.9 Gelet op het voorgaande is de klacht van de consument gedeeltelijk gegrond. De vordering wordt gedeeltelijk toegewezen.

4. De beslissing

De commissie beslist dat:

a. Binck aan de consument 20,83 aandelen MTG B levert tegen een uitgifteprijs van 90 SEK; en

b. de consument het bedrag van € 61,65 dat hij heeft ontvangen na de verkoop van de claimrechten aan Binck terugbetaalt,

een en ander binnen vier weken nadat deze beslissing aan partijen is verstuurd.

Het meer of anders gevorderde wordt afgewezen.

[6] Zie European Securities and Markets Authority, *Questions and Answers on the Prospectus Regulation*, ESMA 27 juli 2019, versie 10, punt 4.3.

Deze uitspraak is een niet-bindend advies. 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 de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen tot herstel van een overduidelijke vergissing in de uitspraak zoals een schrijffout, een verkeerde naam/datum of een rekenfout. De beslissing van de geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Ook kunt u binnen 1 maand na de verzenddatum van de uitspraak een schriftelijk verzoek indienen om de uitspraak aan te vullen als u vindt dat de geschillencommissie niet heeft beslist over alle onderdelen van uw vordering. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de geschillencommissie in haar uitspraak niet uitdrukkelijk al uw argumenten, ter onderbouwing van uw vordering, heeft behandeld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het reglement van de geschillencommissie vanaf 1 april 2017, 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 wet- en regelgeving

Verordening (EU) 2017/1129 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 betreffende het prospectus dat moet worden gepubliceerd wanneer effecten aan het publiek worden aangeboden of tot de handel op een gereglementeerde markt worden toegelaten en tot intrekking van Richtlijn 2003/71/EG

Hoofdstuk I

Algemene bepalingen

(…)

Artikel 2

Definities

Voor de toepassing van deze verordening wordt verstaan onder:

(…)

d) „aanbieding van effecten aan het publiek": een in om het even welke vorm en met om het even welk middel tot personen gerichte mededeling waarin voldoende informatie over de voorwaarden van de aanbieding en de aangeboden effecten wordt verstrekt om een belegger in staat te stellen tot aankoop van of inschrijving op deze effecten te besluiten. Deze definitie is ook van toepassing op de plaatsing van effecten via financiële tussenpersonen;

(…)

Artikel 3

Verplichting om een prospectus te publiceren en vrijstelling

1. Onverminderd artikel 1, lid 4, worden in de Unie uitsluitend effecten aan het publiek aangeboden nadat overeenkomstig deze verordening een prospectus is gepubliceerd.

(…)

Hoofdstuk V

Grensoverschrijdende aanbiedingen en toelatingen tot de handel op een gereglementeerde markt en taalregeling

Artikel 24

Uniereikwijdte van een prospectusgoedkeuring

1. Ingeval in één of meer lidstaten of in een lidstaat die niet de lidstaat van herkomst is, een aanbieding van effecten aan het publiek of een aanvraag voor de toelating van effecten tot de handel op een gereglementeerde markt gebeurt, zijn, onverminderd artikel 37, het door de lidstaat van herkomst goedgekeurde prospectus en alle aanvullingen daarvan in een willekeurig aantal lidstaten van ontvangst geldig voor een aanbieding aan het publiek of voor een toelating tot de handel op een gereglementeerde markt, op voorwaarde dat ESMA en de bevoegde autoriteit van elke lidstaat van ontvangst overeenkomstig artikel 25 in kennis worden gesteld. De bevoegde autoriteiten van de lidstaten van ontvangst starten geen administratieve of goedkeuringsprocedures voor prospectussen en aanvullingen daarvan die door de bevoegde autoriteiten van andere lidstaten zijn goedgekeurd, en voor definitieve voorwaarden. 2. Indien binnen de in artikel 23, lid 1, bepaalde termijn een belangrijke nieuwe factor, materiële vergissing of materiële onnauwkeurigheid zich voordoet of wordt geconstateerd, vereist de bevoegde autoriteit van de lidstaat van herkomst dat de publicatie van een aanvulling van het prospectus wordt goedgekeurd conform artikel 20, lid 1. ESMA en de bevoegde autoriteit van de lidstaat van ontvangst kunnen de bevoegde autoriteit van de lidstaat van herkomst meedelen dat nieuwe informatie vereist is.

Artikel 25

Kennisgeving van prospectussen en aanvullingen daarvan en mededeling van definitieve voorwaarden

1. Op verzoek van de uitgevende instelling, de aanbieder, de aanvrager van een toelating tot de handel op een gereglementeerde markt of de voor het opstellen van het prospectus verantwoordelijke persoon zendt de bevoegde autoriteit van de lidstaat van herkomst binnen één werkdag na ontvangst van het verzoek of, indien het verzoek samen met het ontwerpprospectus is ingediend, binnen één werkdag na goedkeuring van het prospectus, aan de bevoegde autoriteit van de lidstaat van ontvangst een goedkeuringsverklaring waarin wordt bevestigd dat het prospectus in overeenstemming met deze verordening is opgesteld, alsmede een elektronisch afschrift van dat prospectus.

De in de eerste alinea bedoelde kennisgeving gaat, in voorkomend geval, vergezeld van een onder de verantwoordelijkheid van de uitgevende instelling, de aanbieder, de aanvrager van een toelating tot de handel op een gereglementeerde markt of de voor het opstellen van het prospectus verantwoordelijke persoon gemaakte vertaling van het prospectus en een eventuele samenvatting.

Voor eventuele aanvullingen van het prospectus wordt dezelfde procedure gevolgd.

De uitgevende instelling, de aanbieder, de aanvrager van een toelating tot de handel op een gereglementeerde markt of de voor het opstellen van het prospectus verantwoordelijke persoon worden op hetzelfde tijdstip als de bevoegde autoriteit van de lidstaat van ontvangst in kennis gesteld van de goedkeuringsverklaring.

(…)

Richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft.

(…)

Artikel 3 quater

Het faciliteren van de uitoefening van aandeelhoudersrechten

1. De lidstaten zorgen ervoor dat de tussenpersonen de uitoefening van de rechten door de aandeelhouder faciliteren, waaronder het recht om deel te nemen aan en te stemmen op de algemene vergaderingen op ten minste een van de volgende manieren:

a) de tussenpersoon treft de regelingen die noodzakelijk zijn om te zorgen dat de aandeelhouder of een door hem aangewezen derde in staat is om deze rechten zelf uit te oefenen;

b) de tussenpersoon oefent de rechten voortvloeiend uit de aandelen uit met de uitdrukkelijke machtiging en instructie van de aandeelhouder ten behoeve van de aandeelhouder uit.

(…)

Wet giraal effectenverkeer

Hoofdstuk 3a. Identificatie van aandeelhouders, doorgifte van informatie en facilitering van de uitoefening van aandeelhoudersrechten

(…)

Artikel 49db

1 Partijen in de bewaarketen met zetel in Nederland faciliteren de uitoefening van de rechten door de aandeelhouder door ten minste:

a. regelingen te treffen die noodzakelijk zijn om te zorgen dat de aandeelhouder of een door hem aangewezen derde in staat is om deze rechten zelf uit te oefenen; of

b. ten behoeve van de aandeelhouder de rechten voortvloeiend uit de effecten met aandelenkarakter uit te oefenen met de uitdrukkelijke machtiging en instructie van de aandeelhouder.

(…)