Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 0735

(mr. dr. H.O. Kerkmeester, voorzitter, prof. dr. A. Buijs,
mr. dr. M.D.H. Nelemans, leden en mr. R.E. van Lambalgen, secretaris)

Klacht ontvangen op	20 augustus 2021
Ingediend door	De consument
Tegen	Van Lanschot Kempen N.V., gevestigd te 's-Hertogenbosch, verder te noemen de bank
Datum uitspraak	31 augustus 2022
Aard uitspraak	Niet-bindend advies
Uitkomst	Vordering afgewezen

Samenvatting

In de context van een beleggingsadviesrelatie heeft de consument op eigen initiatief (zeer risicovolle) HEMA Bondco II obligaties aangekocht. De bank heeft dit niet tegengehouden en de aankoop zelfs actief gefaciliteerd (door in augustus 2019 een fondscode te openen). De consument vindt dat de bank hiermee haar zorgplicht heeft geschonden. De commissie oordeelt dat de bank niet verplicht was om de aankoop van de HEMA Bondco II obligaties te weigeren. Wél mag van de bank verwacht worden dat zij de consument zou waarschuwen voor de risico's van de HEMA Bondco II obligaties en dat, als deze obligaties niet geschikt/ passend zouden zijn voor de consument, zij de consument dan daarop attendeert. Hoewel de bank de consument meerdere malen had gewaarschuwd voor de risico's van de eerdere Bondco obligaties, is niet gebleken dat de bank dit in augustus 2019 (nogmaals) heeft gedaan. Uit het dossier blijkt echter dat de consument vastbesloten was de HEMA Bondco II obligaties te kopen en dat een indringende waarschuwing hem niet op andere gedachten zou hebben gebracht. De vordering van de consument wordt daarom afgewezen.

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) het verweerschrift van de bank; 3) de repliek van de consument; en 4) de dupliek van de bank.

1.2 Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op dinsdag 5 juli 2022. Op de hoorzitting was de consument aanwezig, samen met zijn zoon, de heer [naam 1], en de heer mr. [naam 2] (advocaat) en de heer mr. [naam 3] (advocaat). De bank was eveneens aanwezig.

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

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 De consument belegt bij de bank. Er is daarbij sprake van een beleggingsadviesrelatie tussen de bank en de consument. De consument is een niet-professionele belegger (ook wel aangeduid als particuliere belegger).

2.2 In de periode van oktober 2015 tot en met maart 2020 heeft de consument op eigen initiatief HEMA obligaties gekocht. Het betreft HEMA Bondco I (14-19), HEMA Bondco II (15-19), HEMA Bondco I (17-22) en HEMA Bondco II (17-23). De bank heeft deze obligaties niet op haar advieslijst staan en zij volgt deze obligaties ook niet.

2.3 In het 'offering memorandum' uit 2014 voor HEMA Bondco I (14-19) en HEMA Bondco II (15-19) staat dat deze obligaties enkel (mogen) worden aangeboden aan 'gekwalificeerde beleggers':

> NOTICE TO INVESTORS IN THE NETHERLANDS
> This offering memorandum is directed only at qualified investors (*gekwalificeerde beleggers*) as defined in the Prospectus Directive, as amended and as implemented in the Netherlands. The Notes have not, may not and will not be offered to the public in the Netherlands, other than exclusively to qualified investors (*gekwalificeerde beleggers*). This offering memorandum must not be acted on or relied on by persons who are not qualified investors *(gekwalificeerde beleggers*). Any investment or investment activity to which this offering memorandum relates is available only to qualified investors (*gekwalificeerde beleggers*) and will be engaged in only with qualified investors (*gekwalificeerde beleggers*). Recipients of this offering memorandum are not permitted to transmit it to any other person. For the purposes of this provision, the expression "offer of notes to the public" in relation to any Notes in the Netherlands means to make a sufficiently specific offer addressed to more than one person as referred to in section 217(1) of Book 6 of the Dutch Civil Code to conclude a contract to purchase or otherwise acquire the Notes, or to issue an invitation to make an offer of the Notes.

Dezelfde tekst staat ook in het 'offering memorandum' uit 2017 voor HEMA Bondco I (17-22) en HEMA Bondco II (17-23).

2.4 Op 28 oktober 2015 heeft (de beleggingsadviseur van) de bank de consument het volgende bericht gestuurd:

> *"Er zijn er twee Hema obligaties op de markt:*
> *(…)*
> *Bondco 2 kent een achterstelling tov Bondco 1. Vandaar ook het grote koersverschil. Bondco 2 wordt ook een half jaar later afgelost.*
>
> *Het gaat natuurlijk niet goed met de Hema dus je loopt met beide leningen een erg groot risico. Dat is geen nieuws maar moet ik je uiteraard wel melden. Beide zijn verhandelbaar in coupures vanaf Euro 100.000,-.*

Dit papier is wat mij betreft niet geschikt voor de portefeuilles van [naam kinderen van de consument] (ben je volgens mij ook niet van plan). De site www.oblis.be biedt nog steeds de meest uitvoerige info met regelmatige updates.
Gezien het risico zou ik je de aanschaf van Bondco 2 in ieder geval sterk willen afraden. Als je iets in Bondco 1 zou willen doen hoor ik het graag. Ik moet er dan wel een fondscode voor laten openen. Er lijkt wel voldoende handel te zijn."

2.5 In 2017 hebben de consument en (de beleggingsadviseur van) de bank elkaar telefonisch gesproken over de HEMA obligaties. De consument heeft daarbij het volgende aangegeven: *"Ik ken het spelletje een beetje en ik kan het hebben als ik verlies."*

2.6 In 2017 heeft HEMA wederom obligaties uitgegeven: HEMA Bondco I (17-22) en HEMA Bondco II (17-23). De consument wilde wederom in deze obligaties beleggen. Aanvankelijk was het niet mogelijk om bij de bank te beleggen in HEMA Bondco II (17-23) (hierna ook kortweg aangeduid als "HEMA Bondco II"). De bank heeft dit op 17 juni 2019 per e-mail aan de consument laten weten:

"Geprobeerd je te bellen, want ik heb slecht nieuws.

Deze lening is complex onder Mifid. Nederlandse documentatie nodig. Past niet in de distributiestrategie.

Ik krijg geen akkoord meer om een fondscode voor deze lening te openen."

2.7 In augustus 2019 heeft de bank (alsnog) een fondscode geopend voor HEMA Bondco II. De bank heeft dit op 9 augustus 2019 per e-mail aan de consument laten weten:

"Ik heb fiat om de 8,50% Hemabv te openen.

Vanaf volgende week kun je eventueel handelen."

2.8 Op 6 februari 2020 hebben de consument en (de beleggingsadviseur van) de bank elkaar telefonisch gesproken over HEMA Bondco II. De consument heeft daarbij het volgende aangegeven:

"Nou eh eh je moet me natuurlijk waarschuwen enzovoorts, enzovoorts, hel en verdoemenis dat ik die dingen koop, ik weet het allemaal wel enzovoorts, enzovoorts, en de telefoon luistert mee, dus dat heb je ook gedaan en ik ga eraan failliet enzovoorts, enzovoorts, ik weet het. (…)."

2.9 In de periode november 2019 tot en met maart 2020 heeft de consument HEMA Bondco II obligaties aangekocht (met een totale nominale waarde van € 1.300.000,-) tegen koersen tussen de 29,50 en 47,01%.

2.10 In 2020 heeft er een herstructurering bij HEMA plaatsgevonden, waardoor de HEMA Bondco II obligaties hun gehele waarde hebben verloren.

De klacht en vordering

2.11 De consument vindt dat de bank haar zorgplicht heeft geschonden wat betreft de HEMA Bondco II obligaties. Hij wijst erop dat in het 'offering memorandum' is bepaald dat de HEMA Bondco II obligaties enkel aan gekwalificeerde beleggers mogen worden aangeboden. De consument is een particuliere belegger (en dus geen gekwalificeerde belegger). De bank had daarom moeten *weigeren* om zijn aankooporder voor de HEMA Bondco II obligaties uit te voeren. Voor zover de commissie zou oordelen dat de bank geen weigeringsplicht heeft, geldt dat de bank de consument had moeten *waarschuwen* voor het feit dat de obligaties enkel aan gekwalificeerde beleggers mochten worden aangeboden. Volgens de consument betekent dit dat deze obligaties niet geschikt waren voor particuliere beleggers. De bank heeft hem hier nooit voor gewaarschuwd. Sterker nog, de bank heeft hem in augustus 2019 actief benaderd voor HEMA Bondco II en 'fiat' gegeven voor de aankoop van de HEMA Bondco II obligaties. Door dit 'fiat' – wat maar één ding kan betekenen, namelijk dat het product geschikt is voor de klant – is hij op het verkeerde been gezet. De HEMA Bondco II obligaties waren immers niet geschikt voor hem.

2.12 De totale schade bedraagt volgens de consument € 1.300.000,- (namelijk de totale nominale waarde van de HEMA Bondco II obligaties). Gelet op artikel 2.1 onder h van het reglement beperkt hij zijn vordering tot schadevergoeding tot € 1.000.000,-.

Het verweer

2.13 De bank heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van de consument. Voor zover relevant zal de commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

3.1 In de context van een beleggingsadviesrelatie heeft de consument op eigen initiatief HEMA Bondco II obligaties aangekocht. De bank heeft dit niet tegengehouden en de aankoop zelfs actief gefaciliteerd (door in augustus 2019 een fondscode te openen). De vraag waar dit geschil om draait, is of de bank hierdoor haar zorgplicht heeft geschonden.

Aard van de rechtsverhouding

3.2 De commissie stelt voorop dat er sprake is van een beleggingsadviesrelatie en dat de bank in dat kader een bijzondere zorgplicht heeft jegens de consument. De consument heeft weliswaar *op eigen initiatief* in de HEMA Bondco II obligaties belegd, maar dat maakt nog niet dat er ten aanzien van die beleggingen sprake zou zijn van *execution only* (zoals de bank betoogt). De bank heeft de aankoop van de obligaties weliswaar niet geadviseerd, maar dat neemt niet weg dat er een beleggingsadviesrelatie bestond en dat de bank in dat kader een bijzondere zorgplicht heeft jegens de consument.

In de woorden van de Hoge Raad behelst die zorgplicht onder meer "dat de bank vooraf naar behoren onderzoek moet doen naar de financiële mogelijkheden, deskundigheid en doelstellingen van de cliënt en dat zij hem dient te waarschuwen voor eventuele risico's die aan een voorgenomen of toegepaste beleggingsvorm zijn verbonden, alsook voor het feit dat een door hem voorgenomen of toegepaste beleggingsstrategie niet past bij zijn financiële mogelijkheden of doelstellingen, zijn risicobereidheid of zijn deskundigheid".[1]

3.3 De zorgplicht van de bank betreft in dit geval dus vooral een *waarschuwingsplicht*. De zorgplicht gaat over het algemeen niet zover dat de bank transacties moet *weigeren*. Een weigeringsplicht kan weliswaar voortvloeien uit toezichtregelgeving[2], maar als een dergelijk 'haakje' (om een civielrechtelijke weigeringsplicht aan op te hangen) ontbreekt, kan een weigeringsplicht alleen in zeer bijzondere omstandigheden worden aangenomen.

3.4 De eerste vraag is of er in deze zaak bijzondere omstandigheden zijn die een weigeringsplicht met zich brengen. Als die er niet zijn, heeft de bank enkel een waarschuwingsplicht; de tweede vraag is dan of de bank voldoende heeft gewaarschuwd.

Weigeringsplicht

3.5 De consument stelt dat de bank in dit geval wél een weigeringsplicht had. Hij wijst erop dat in het 'offering memorandum' is bepaald dat de obligaties enkel aan gekwalificeerde beleggers mogen worden aangeboden. Aangezien hij een niet-professionele belegger is (en hij ook niet via een "opt-up" verzocht heeft om als professionele belegger behandeld te worden), is hij geen gekwalificeerde belegger en had de bank niet mogen meewerken aan de aankoop van de obligaties – zo betoogt de consument.

3.6 De commissie gaat niet mee in dit betoog. Het feit dat de uitgevende instelling de obligaties *bij de emissie* enkel aanbiedt aan gekwalificeerde beleggers, betekent niet dat de obligaties *op de secundaire markt* enkel door gekwalificeerde beleggers verhandeld zouden mogen worden. De beperking tot gekwalificeerde beleggers heeft namelijk te maken met een uitzondering op de prospectusplicht. Op grond van artikel 1 lid 4 onder a van de Prospectusverordening (voorheen artikel 5:3 Wft) hoeft een uitgevende instelling geen prospectus op te stellen bij een aanbieding van effecten die alleen tot gekwalificeerde beleggers is gericht. De beperking tot gekwalificeerde beleggers geldt enkel bij de emissie en niet bij de handel op de secundaire markt.

[1] Zie HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, rechtsoverweging 4.3.1.
[2] Voorbeelden hiervan zijn optietransacties en productinterventie. Zie hierover D. Busch, 'De toekomst van de bijzondere zorgplicht in de financiële sector', p. 10-16, in: D. Busch e.a. (red.), *Zorgplicht in de financiële sector* (Onderneming en recht nr. 122), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

De bank was dan ook niet verplicht om de aankoop van de HEMA Bondco II obligaties op de secundaire markt te weigeren.

3.7 In deze zaak speelt de bijzonderheid dat de bank de aankoop van de HEMA Bondco II obligaties in juni 2019 feitelijk geweigerd heeft door geen fondscode te openen. Ter zitting heeft de bank aangegeven dat zij in augustus 2019 *uit commerciële overwegingen* besloten had om de fondscode voor HEMA Bondco II (alsnog) te openen, zodat de consument de obligaties kon aankopen. De consument ziet in de aanvankelijke weigering een erkenning van zijn stelling dat de bank de aankoop van de obligaties eigenlijk niet had mogen faciliteren. De commissie gaat hier niet in mee. Uit het feit dat de bank de aankoop in juni 2019 (feitelijk gezien) weigerde, kan namelijk niet de conclusie worden getrokken dat de bank (juridisch gezien) de aankoop had *moeten* weigeren en dat de bank fout zat door de aankoop in augustus 2019 alsnog mogelijk te maken. In de e-mail van 17 juni 2019 wordt weliswaar aangegeven dat de lening complex is onder Mifid, maar de commissie ziet in die enkele verwijzing naar toezicht-regelgeving geen 'haakje' op basis waarvan een weigeringsplicht zou kunnen worden aangenomen. Dit wordt ondersteund doordat in de e-mail van 17 juni 2019 ook staat dat een dergelijk complex product niet in de distributiestrategie past. Dat wijst erop dat de beslissing om geen fondscode te openen voor HEMA Bondco II eveneens was ingegeven door commerciële overwegingen en dat het niet is terug te voeren op een juridische weigeringsplicht.

3.8 Kortom: de bank was niet verplicht om de aankoop van de HEMA Bondco II obligaties te weigeren. Nu er dus geen weigeringsplicht was, komt de waarschuwingsplicht in beeld.

Waarschuwingsplicht

3.9 De consument stelt dat de bank hem had moeten waarschuwen voor het feit dat in het 'offering memorandum' is bepaald dat de obligaties enkel aan gekwalificeerde beleggers aangeboden mochten worden. Volgens de consument betekent dit dat de obligaties niet geschikt waren voor particuliere beleggers. De commissie gaat hier niet in mee. Zoals hiervoor in 3.6 overwogen, is het feit dat de HEMA Bondco II obligaties bij de emissie enkel aan gekwalificeerde beleggers werden aangeboden, terug te voeren op een keuze van de uitgevende instelling (HEMA) – omdat op die manier gebruik kon worden gemaakt van een uitzondering op de prospectusplicht – en betekent dit niet automatisch dat de obligaties niet geschikt zouden zijn voor particuliere beleggers. De bank had de consument dan ook niet hoeven waarschuwen voor het specifieke feit dat in het offering memorandum is bepaald dat de obligaties enkel aan gekwalificeerde beleggers mochten worden aangeboden.

3.10 Wél mag van de bank verwacht worden dat zij de consument zou waarschuwen voor de risico's van de HEMA Bondco II obligaties.

Ook mag van de bank verwacht worden dat, als de HEMA Bondco II obligaties niet geschikt/passend zouden zijn voor de consument, zij hem daarvoor waarschuwt. De commissie stelt vast dat de bank de consument in 2015 gewaarschuwd heeft voor de risico's van de eerdere HEMA Bondco II obligaties en dat de bank de aankoop hiervan destijds heeft afgeraden. Ook in 2017 is erover gesproken. Op 9 augustus 2019 – toen de bank de aankoop van de HEMA Bondco II obligaties mogelijk maakte – heeft de bank niet (nogmaals) gewaarschuwd. In de e-mail van 9 augustus 2019 is namelijk geen enkele waarschuwing te vinden. Op dit punt heeft de bank mogelijk haar zorgplicht geschonden.

3.11 Deze eventuele zorgplichtschending kan echter niet tot een toewijzing van de vordering leiden. Uit het dossier blijkt naar het oordeel van de commissie namelijk dat de consument zéér graag de HEMA Bondco II obligaties wilde kopen en dat een indringende waarschuwing hem niet op andere gedachten zou hebben gebracht. Uit de telefonische reactie van de consument van 6 februari 2020 (die in 2.8 is weergegeven) blijkt dat de consument zich bewust was van de risico's en dat hij desondanks de HEMA Bondco II obligaties wilde aankopen. Dit telefoongesprek heeft hem bovendien niet weerhouden om, na een aankoop op de dag van het gesprek, op 3 maart 2020 nog meer HEMA Bondco II obligaties te kopen. Dit rechtvaardigt de conclusie dat een indringende waarschuwing op 9 augustus 2019 niets zou hebben uitgemaakt, omdat de consument de obligaties hoe dan ook gekocht zou hebben. Hierdoor ontbreekt het causaal verband tussen de eventuele zorgplichtschending en de door de consument geleden schade. Immers, zowel in de (hypothetische) situatie waarin de bank op 9 augustus 2019 wél gewaarschuwd zou hebben als in de (daadwerkelijke) situatie waarin de bank op 9 augustus 2019 niet gewaarschuwd heeft, zou de consument in HEMA Bondco II obligaties belegd hebben. In beide gevallen zou hij schade hebben geleden. Met andere woorden: zijn schade is dus niet veroorzaakt door de (eventuele) tekortkoming van de bank.

Slotsom

3.12 De slotsom is dat de vordering van de consument moet worden afgewezen.

3.13 Voor de volledigheid merkt de commissie nog op dat de consument zich aanvankelijk ook had beklaagd over het feit dat de bank hem niet over de herstructurering van HEMA in 2020 had geïnformeerd en dat hij daardoor buitenspel is gezet in de herstructureringsplannen van HEMA. De bank heeft daarop (onder meer) aangegeven dat het vereiste percentage obligatiehouders dat instemt met de schuld-herstructurering niet gehaald was en dat ook als de consument zich wel had aangemeld, dit vereiste percentage niet gehaald zou zijn. De consument is hier verder niet meer op ingegaan. De commissie kan er ook kort over zijn: namelijk dat zij de redenering van de bank volgt.

4. De beslissing

De commissie wijst de vordering af.

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