

Openbare versie
Aangetekend en per reguliere post verstuurd
Home Instead Finance B.V.
t.a.v. het bestuur
Cruquiusweg 1
2102 LS HEEMSTEDÉ

Datum
Ons kenmerk
Pagina
Betreft

█
1 van 33
Last onder dwangsom

Geacht bestuur,

De Autoriteit Financiële Markten (AFM)¹ legt aan Home Instead Finance B.V. (Home Instead) overeenkomstig artikel 3.4, tweede lid, aanhef en onder c, juncto artikel 3.4, achtste lid, van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) een last onder dwangsom op, omdat Home Instead misleidende handelspraktijken verricht waardoor schade is toegebracht of kan worden toegebracht aan de collectieve belangen van consumenten. De AFM is van oordeel dat Home Instead in strijd handelt met artikel 8.8 van de Whc juncto artikel 6:193b, eerste en derde lid, aanhef en onder a, juncto artikel 6:193c, eerste lid, onder b, juncto artikel 6:193d, eerste en tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek (BW) doordat Home Instead informatie (heeft) verstrekt aan huidige en potentiële obligatiehouders² die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, alsook essentiële informatie welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen niet heeft verstrekt aan de obligatiehouders. Ten gevolge hiervan kan de obligatiehouder een besluit over een overeenkomst nemen, dat hij anders niet had genomen.

De last onder dwangsom strekt tot het herstellen van de misleidende informatie en het verstrekken van essentiële informatie. Aan de last onder dwangsom worden voorschriften verbonden die redelijkerwijs noodzakelijk zijn om een effectieve controle op uitvoering van de last te verzekeren.

De dwangsom bedraagt € 5.000 (zegge: vijfduizend euro) voor iedere kalenderdag of gedeelte daarvan na de genoemde begunstigingstermijn dat Home Instead niet voldoet aan de dan opgelegde last met voorschriften, met een maximum van € 50.000 (zegge: vijftigduizend euro).

Deze brief, inhoudende de last onder dwangsom met voorschriften aan Home Instead, is als volgt opgebouwd. Allereerst beschrijft de AFM in paragraaf 1 de feiten die tot het opleggen van de last onder dwangsom met voorschriften aan Home Instead aanleiding geven alsook de bevindingen. In paragraaf 2 wordt de beoordeling van

¹ Met 'de AFM' wordt in deze brief zowel de AFM zelf, als haar toezichthouder(s) bedoeld.

² Gelet op de overdraagbaarheid van de obligaties en het feit dat de obligatielening nog aangeboden wordt, dient Home Instead het bepaalde uit de Whc in acht te nemen ten aanzien van huidige en potentiële obligatiehouders. Hierna wordt onder obligatiehouders zowel huidige als potentiële obligatiehouders bedoeld.

de feiten en bevindingen gegeven. In paragraaf 3 is de zienswijze van Home Instead en de beoordeling van de AFM opgenomen. In paragraaf 4 wordt het besluit en de wijze van de publicatie van het definitieve besluit toegelicht. In paragraaf 5 wordt de wijze van publicatie van het definitieve besluit toegelicht. Tot slot volgt in paragraaf 6 de rechtsgangverwijzing. In bijlage 1 is het relevant wettelijk kader opgenomen.

1. Feiten en bevindingen

1.1. Persoons- en bedrijfsgegevens³

Home Instead Finance B.V. is ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel (KvK) onder nummer 60648996. Home Instead is volgens de KvK gevestigd op Cruquiusweg 1, 2102 LS te Heemstede. [redacted] vermeld als enig aandeelhouder van Home Instead. [redacted] staat vermeld als bestuurder van Home Instead.

[redacted] is ingeschreven in de KvK onder nummer [redacted]. [redacted] is volgens de KvK gevestigd op [redacted], te [redacted]. [redacted] staat vermeld als enig aandeelhouder en bestuurder van [redacted].

[redacted] ([redacted]) staat vermeld als bestuurder van Home Instead. [redacted] is ingeschreven in de KvK onder nummer [redacted] en is volgens de KvK gevestigd op [redacted], te [redacted]. Handelsnamen van [redacted] zijn volgens de KvK [redacted], [redacted] en [redacted].

Bestuurders van [redacted] zijn [redacted] ([redacted]), [redacted] ([redacted]) en [redacted] ([redacted]).

[redacted] staat ingeschreven in de KvK onder nummer [redacted] en is volgens de KvK gevestigd op [redacted], te [redacted]. Handelsnamen van [redacted] zijn volgens de KvK [redacted] en [redacted]. Enig aandeelhouder en bestuurder van [redacted] sinds 28 september 1995 is de heer [redacted] (geboren op [redacted] te [redacted]).

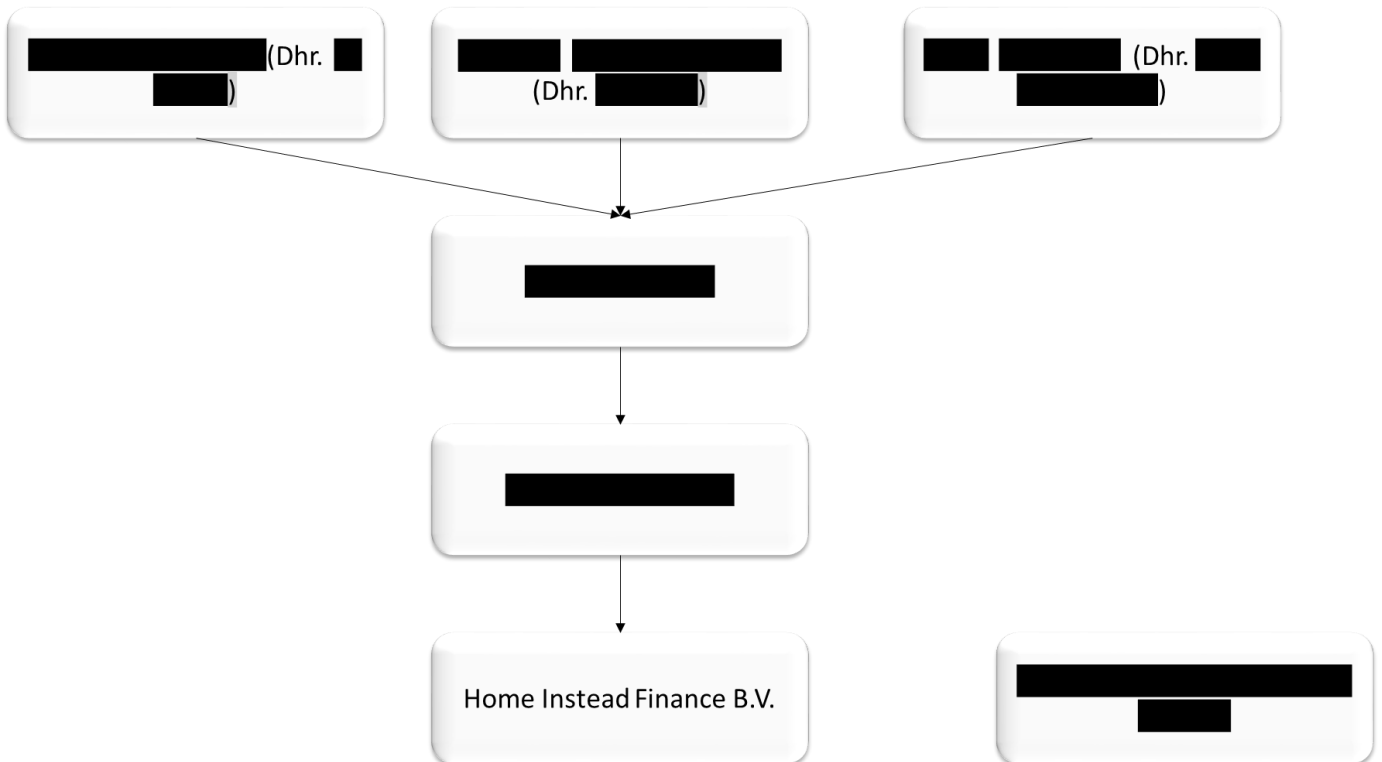
[redacted] staat ingeschreven in de KvK onder nummer [redacted] en is volgens de KvK gevestigd op [redacted], te [redacted]. Enig aandeelhouder en bestuurder van [redacted] sinds 6 mei 2010 is de heer [redacted] (geboren op [redacted] te [redacted]).

[redacted] staat ingeschreven in de KvK onder nummer [redacted] en is volgens de KvK gevestigd op [redacted], te [redacted]. Enig aandeelhouder en bestuurder van [redacted] sinds 20 oktober 2011 is de heer [redacted] (geboren op [redacted] te [redacted]).

³ Zoals blijkt uit de door de AFM op 5 april 2017 geraadpleegde uittreksels uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel.

[REDACTED] ([REDACTED]) is ingeschreven in de KvK onder nummer [REDACTED].
 [REDACTED] is volgens de KvK gevestigd op [REDACTED], te [REDACTED].
 Bestuurders zijn volgens de KvK [REDACTED] (geboren op [REDACTED] te [REDACTED]), de heer
 [REDACTED] (geboren op [REDACTED] te [REDACTED]) en de heer [REDACTED] (geboren op
 [REDACTED] te [REDACTED]).

In het volgende overzicht geeft de AFM een schematische weergave van de hierboven genoemde entiteiten.



1.2. Verloop en doel van het onderzoek

De AFM heeft een Whc-onderzoek ingesteld naar de activiteiten van Home Instead. Het doel van het onderzoek is om te bepalen in hoeverre Home Instead de bepalingen van Afdeling 3A van Titel 3 van Boek 6 van het BW naleeft en heeft nageleefd. Het onderzoek is er op gericht om te bepalen of Home Instead alle ‘essentiële informatie’ heeft verstrekt, zodat de obligatiehouders een goed geïnformeerd besluit kunnen nemen over het kopen, het behoud of het verkopen van de obligaties of over het uitoefenen van een contractueel recht. De obligatiehouders dienen te beschikken over informatie die hen inzicht geeft in (i) de wijze waarop Home Instead uitvoering geeft aan de overeenkomst met de obligatiehouders, (ii) de financiële positie van Home Instead en (iii)

hoe Home Instead de terugbetaling van de obligaties garandeert. Deze essentiële informatie dient duidelijk, begrijpelijk en ondubbelzinnig te zijn.

1.2.1 Verloop onderzoek

Op 27 januari 2016 heeft de AFM een aangetekend informatieverzoek (kenmerk: [REDACTED]) naar Home Instead verzonden.

Op 2 februari 2016 heeft de heer [REDACTED] namens Home Instead per e-mail verzocht om een telefonisch overleg naar aanleiding van het informatieverzoek van de AFM. Op deze datum heeft een telefonisch overleg plaatsgevonden met de heer [REDACTED] en de AFM. De heer [REDACTED] geeft aan binnen de gestelde termijn te zullen reageren en mocht dit niet (geheel) lukken met de AFM in contact te treden.

Op 9 februari 2016 reageert de heer [REDACTED] per e-mail namens Home Instead op het informatieverzoek van de AFM en levert digitaal de gevraagde gegevens aan.

Op 11 februari 2016 bevestigt de AFM, op verzoek van Home Instead, per e-mail de ontvangst van de e-mail van 9 februari 2016 van Home Instead.

Op 23 maart 2016 vindt, op initiatief van de AFM, een gesprek ten kantore van de AFM plaats met Home Instead. Namens Home Instead zijn de heer [REDACTED] en mevrouw [REDACTED] aanwezig. Namens de AFM zijn mevrouw [REDACTED] (eerste gedeelte van het gesprek), mevrouw [REDACTED] en mevrouw [REDACTED] aanwezig.

Op 7 april 2016 heeft de AFM per aangetekende post alsook per e-mail een herhaald alsook aanvullend informatieverzoek (kenmerk: [REDACTED]) naar Home Instead verzonden. Home Instead dient uiterlijk op 21 april 2016 te reageren op het informatieverzoek.

Op 22 april 2016 heeft de heer [REDACTED] namens Home Instead per e-mail verzocht om uitstel van de reactietermijn tot uiterlijk 29 april 2016 wegens verblijf in het buitenland.

Op 25 april 2016 heeft de AFM per e-mail aan Home Instead aangegeven akkoord te zijn met de uitgestelde reactietermijn tot uiterlijk 29 april 2016.

Op 28 april 2016 reageert mevrouw [REDACTED] (mevrouw [REDACTED]) namens Home Instead per e-mail op het herhaalde en aanvullende informatieverzoek van de AFM. De reactie van Home Instead is tevens per post verzonden.

Op 9 mei 2016 bevestigt de AFM, op verzoek van Home Instead, per e-mail de ontvangst van e-mail van 28 april 2016 van Home Instead.

Op 21 december 2016 heeft de AFM een voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom (kenmerk: [REDACTED]) aan Home Instead verstuurd.

Op 28 december 2016 reageert de heer [REDACTED] per e-mail namens Home Instead op het voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom.

Op 28 december 2016 reageert de AFM per e-mail op de e-mail van de heer [REDACTED].

Op 3 januari 2017 heeft de heer [REDACTED] namens Home Instead telefonisch aan de AFM kenbaar gemaakt een mondelinge zienswijze te willen geven ten kantore van de AFM.

Op 18 januari 2017 heeft Home Instead ten kantore van de AFM haar mondelinge zienswijze gegeven. Namens Home Instead zijn de heer [REDACTED] en mevrouw [REDACTED] aanwezig. Namens [REDACTED] is de heer [REDACTED] aanwezig. Namens de AFM zijn de heer [REDACTED], mevrouw [REDACTED] en de heer [REDACTED] (notulist) aanwezig. Tijdens de zienswijze heeft de AFM Home Instead verzocht tevens een schriftelijke zienswijze op te stellen.

Op 25 januari 2017 heeft de AFM per aangetekende post het gespreksverslag van de mondelinge zienswijze (kenmerk: [REDACTED]) in tweevoud naar Home Instead verzonden met het verzoek één exemplaar hiervan ondertekend te retourneren.

Op 31 januari 2017 heeft de heer [REDACTED] per e-mail namens Home Instead één exemplaar van het gespreksverslag geretourneerd met daarbij een aantal opmerkingen. De heer [REDACTED] geeft aan akkoord te zijn met het gespreksverslag, met inachtneming van de opmerkingen

Op 31 januari 2017 heeft mevrouw [REDACTED] namens Home Instead de schriftelijke zienswijze toegestuurd.

1.3 De aanbieding

Home Instead biedt sinds 13 januari 2015 tot heden series obligaties aan van het Home Instead Obligatieprogramma (HIO) met een totale tegenwaarde van € 2.499.000, zo blijkt uit het prospectus. Het prospectus vermeldt het volgende over de aanbieding: *“Eind 2011 is het concept onder de naam “Home Instead Thuiservice” door de zorgondernemers [REDACTED], [REDACTED] en [REDACTED] in Nederland geïntroduceerd om daarmee te kunnen voorzien in een groeiende behoefte van senioren naar individuele, op maat gemaakte, niet-medische dienstverlening om zo lang mogelijk thuis te blijven wonen.”* Home Instead heeft het idee om franchisenemers aan te stellen die opereren vanuit hun lokale vestiging. Voor het opstarten van een vestiging is financiering nodig. Ten behoeve van de financiering is het HIO opgestart. Dit alles blijkt uit paragraaf 3.4.2 van het ‘Basisprospectus – 5 januari 2015’ (het prospectus).

Het aanbiedingsmateriaal bij de aanbieding bestaat naast het prospectus uit een informatiebrochure, factsheets van de verschillende franchisenemers, een inschrijfformulier, en informatie op de website www.homeinstead.nl (de website).

Home Instead heeft met het aanbieden van de verschillende series obligaties van 13 januari 2015 tot en met 9 februari 2016⁴ in totaal een bedrag van € 683.000 aangetrokken van obligatiehouders. De obligaties worden uitgegeven in coupures van € 1.000. Uit de door Home Instead verstrekte informatie blijkt dat hoofdzakelijk consumenten obligaties hebben gekocht.

Home Instead verklaart in haar aanbiedingsmateriaal dat zij met de aanbieding van het HIO gebruik maakt van de vrijstelling van de prospectusplicht zoals neergelegd in artikel 53, tweede lid, Vrijstellingsregeling Wft (totale tegenwaarde van de aanbieding bedraagt minder dan € 2.500.000).

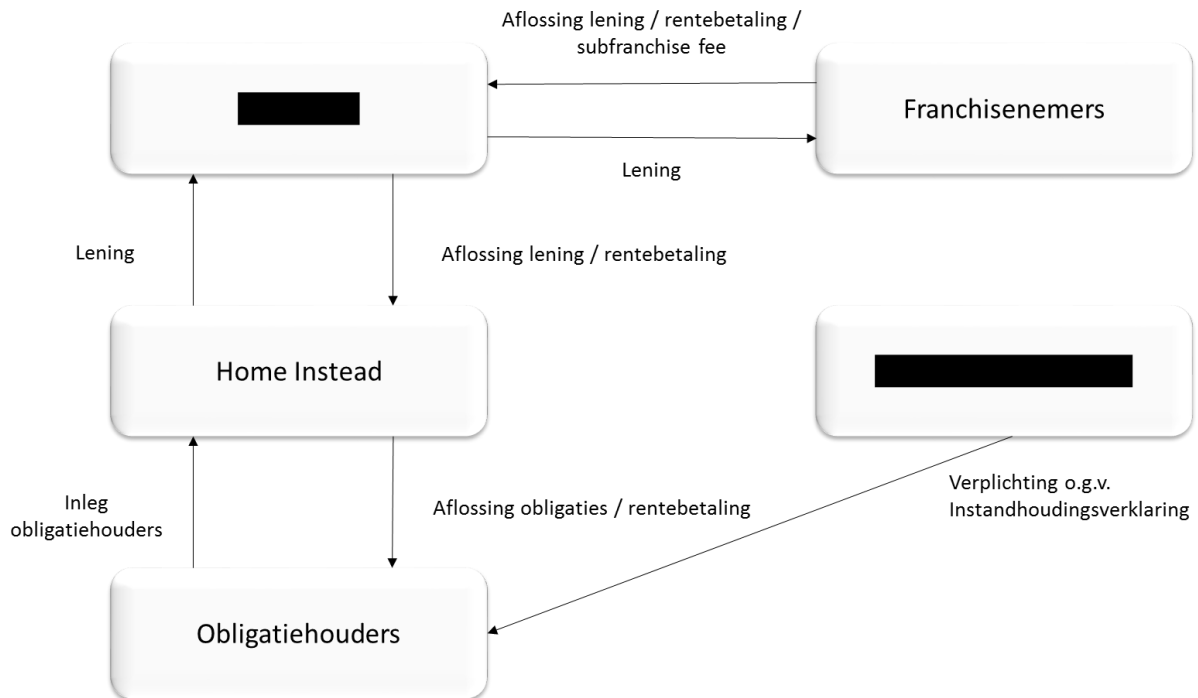
1.4 De geldstromen

Opstartkosten franchisenemer

Uit het prospectus volgt dat de opstartkosten voor het openen van een nieuwe vestiging tussen de € 75.000 en € 125.000 bedragen. Onderdeel hiervan is de aankoop van het franchiserecht à € 30.000 door de franchisenemer. Deze opstartkosten worden vaak geheel of gedeeltelijk van [REDACTED] geleend, respectievelijk door middel van de uitgifte van de obligaties. De jaarlijkse subfranchise fee bedraagt 8% van de omzet (exclusief omzetbelasting) van de franchisenemer.

De geldstromen zijn hieronder schematisch weergegeven en zullen nader worden toegelicht.

⁴ Datum van verstrekken van informatie door Home Instead aan de AFM.



De geldstromen

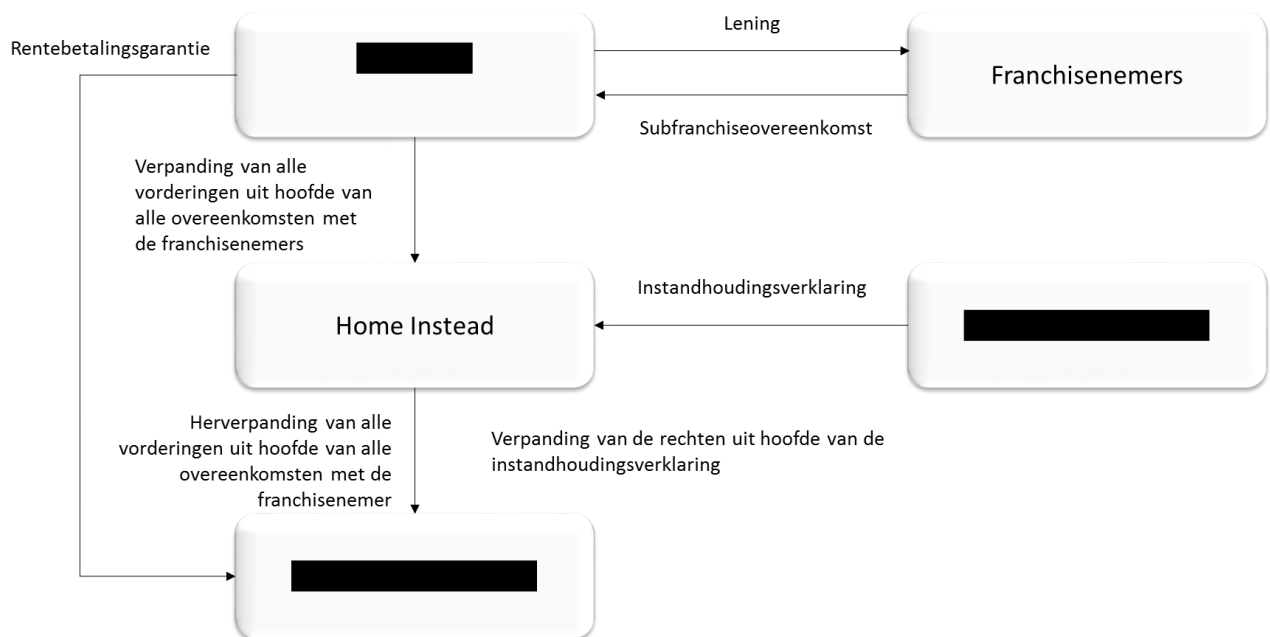
Uit het prospectus blijkt dat de geldstromen op de volgende manier lopen. Indien een franchisenemer een vestiging onder de vlag van Home Instead wil openen, kan zij hierover in contact treden met [REDACTED]. Vervolgens komt er, na een positieve screening van de franchisenemer, een subfranchiseovereenkomst (inclusief leningsovereenkomst) tot stand tussen [REDACTED] en de franchisenemer. [REDACTED] laat Home Instead vervolgens weten (overeenkomstig de Raamovereenkomst) dat zij financiering wenst ten behoeve van een nieuwe vestiging. Home Instead geeft een serie obligaties uit ter hoogte van het genoemde bedrag in de betreffende 'Definitieve Voorwaarden'.

Home Instead leent het opgehaalde bedrag van de obligatiehouders, na het einde van de inschrijvingsperiode, uit aan [REDACTED]. [REDACTED] wordt daarmee debiteur van Home Instead. [REDACTED] leent het bedrag vervolgens uit aan de betreffende franchisenemer met een renteopslag ter dekking van de kosten van het obligatieprogramma. De renteopslag is ongeveer 1%, zo volgt uit het prospectus. De franchisenemer wordt daarmee debiteur van [REDACTED].

De looptijd van de lening aan de franchisenemer bedraagt vier jaar. De franchisenemer betaalt 7% rente per jaar aan [REDACTED] en gaat vanaf het derde jaar ieder kwartaal lineair aflossen. Ook betaalt de franchisenemer jaarlijks een subfranchise fee van 8% van de behaalde omzet aan [REDACTED]. [REDACTED] lost de lening af die zij heeft bij Home Instead inclusief 6% rente per jaar. 1% van de rente die betaald is door de franchisenemers, houdt [REDACTED] ter dekking van de kosten van het obligatieprogramma. Home Instead lost de obligaties lineair af vanaf het derde jaar en betaalt tevens 6% rente per jaar over het uitstaande bedrag van de obligatielening aan de obligatiehouders.

1.5 De zekerheden ten behoeve van de obligatiehouders

De zekerheden ten behoeve van de obligatiehouders zijn hieronder schematisch weergegeven en zullen nader worden toegelicht.



Vorderingen

Samengevat bestaan in bovenstaand schema de volgende vorderingen. [Redacted] heeft een vordering op iedere franchisenemer met wie zij een subfranchiseovereenkomst is aangegaan ter hoogte van het bedrag dat is overeengekomen in de leningsovereenkomst. Home Instead heeft vervolgens een vordering op [Redacted] voor het uitgeleende bedrag. Tot slot hebben de obligatiehouders een vordering op Home Instead ter hoogte van het bedrag van de door hen aangekochte obligaties inclusief rente.

Verpanding van de vorderingen

De vordering van [Redacted] op de franchisenemer wordt verpand aan Home Instead. Hoofdstuk vier van het prospectus (pagina 27 t/m 34) zegt hierover het volgende: “Alle vorderingen uit hoofde van alle overeenkomsten tussen [Redacted] en elke franchisenemer zullen worden verpand aan de Uitgevende instelling.”

Herverpanding van de vorderingen

De verpande vorderingen aan Home Instead worden vervolgens herverpand aan [Redacted]. Paragraaf 4.2.2, pagina 31 van het prospectus zegt hierover het volgende: “De Uitgevende instelling zal deze vorderingen op haar beurt herverpanden aan [Redacted] ten gunste van de Obligatiehouders (zie hoofdstuk 4.2.2).”

De AFM heeft in het aanvullende informatieverzoek van 7 april 2016 de volgende vraag over de herverpanding aan [REDACTED] gesteld aan Home Instead:

“Zoals in het gesprek op 23 maart 2016 besproken, is het de AFM niet duidelijk wat de precieze reden is waarom de vorderingen door Home Instead worden herverpand aan [REDACTED]. Wat betekent deze herverpanding in concreto wanneer de pandhouder zijn pandrecht wil uitoefenen? Wat voor zekerheden biedt de herverpanding voor de obligatiehouders? De AFM ontvangt graag alsnog een toelichting op de reden van de herverpanding en de zekerheden die dit biedt voor de obligatiehouders.”

Home Instead reageert in haar schriftelijke reactie van 28 april 2016 hierop als volgt:

“[REDACTED] behartigt de collectieve belangen van de obligatiehouders en kan dus op grond van het feit dat bepaalde vorderingen aan haar zijn (her)verpand onder bepaalde omstandigheden dit pandrecht uitoefenen ten behoeve van de obligatiehouders.

[REDACTED] treedt voor wat betreft de uitoefening van de rechten van de obligatiehouders op in plaats van de obligatiehouders (zie hoofdstuk 7 onderdeel g en artikel 5.1 van de Trustakte). Dit is een gebruikelijke afspraak tussen een obligaties uitgevende instelling en een partij die daarop toezicht houdt.”

In het informatieverzoek van 27 januari 2016 vraagt de AFM het volgende: *“De AFM ontvangt graag de overeenkomst tussen Home Instead en [REDACTED] waarin Home Instead verklaart een schuld te hebben die gelijk is aan het totale bedrag dat Home Instead op enig moment aan hoofdsom en rentekosten verschuldigd is aan de obligatiehouders (een zogenoemde ‘parallele schuld’) of andere verbintenissen tussen Home Instead en [REDACTED] waarvoor het recht van pand is gevestigd.”*

Home Instead verklaart in haar schriftelijke reactie van 9 februari 2016 dat er geen parallele schuld bestaat tussen Home Instead en [REDACTED]: *“Het HIO hanteert niet het systeem van parallele schuld, zoals geschetst in uw vraagstelling.”*

Instandhoudingsverklaring

Als enig aandeelhouder van Home Instead heeft [REDACTED] een instandhoudingsverklaring afgegeven, zo volgt uit paragraaf 4.2.3, pagina 32 van het prospectus. Middels de instandhoudingsverklaring verplicht [REDACTED] zich gedurende de looptijd van de obligaties om ten minste € 10.000 eigen vermogen aan te houden en staat zij daarbij garant voor alle verplichtingen van Home Instead uit hoofde van de obligatielening. In artikel 1.1 van de Instandhoudingsverklaring staat het volgende opgenomen over de garantstelling: *“De Aandeelhouder verplicht zich onvoorwaardelijk en onherroepelijk om de Uitgevende Instelling te allen tijde van voldoende gelden te voorzien om haar in staat te stellen aan haar verplichtingen uit hoofde van de uitgifte van Obligaties onder het Home Instead Obligatieprogramma te voldoen, onder welke verplichtingen in ieder geval doch niet uitsluitend zijn begrepen de tijdige en volledige (terug)betaling van de hoofdsom en rente*

onder de Obligaties.” Met ‘Aandeelhouder’ wordt hier bedoeld [REDACTED]. Met ‘Uitgevende Instelling’ wordt hier bedoeld Home Instead.

Verpanding van de rechten uit hoofde van de instandhoudingsverklaring

De rechten uit hoofde van de instandhoudingsverklaring zijn herverpand aan [REDACTED]. Uit paragraaf 4.2.4, pagina 32 van het prospectus blijkt met betrekking tot de verpanding van de rechten uit hoofde van de instandhoudingsverklaring het volgende: *“De Uitgevende Instelling heeft haar rechten uit hoofde van de instandhoudingsverklaring zoals beschreven in paragraaf 4.2.3 verpand aan [REDACTED] ten gunste van de Obligatiehouders. Mocht Uitgevende instelling in gebreke blijven voor wat betreft de betalingen aan de Obligatiehouders dan kan [REDACTED] haar pandrecht uitoefenen.*

De AFM heeft in het aanvullende informatieverzoek van 7 april 2016 de volgende vragen over de verpanding van de instandhoudingsverklaring gesteld aan Home Instead:

“Zoals in het gesprek op 23 maart 2016 besproken, is het de AFM niet duidelijk wat de precieze reden is waarom de garantstelling uit de instandhoudingsverklaring wordt verpand aan [REDACTED]. Wat betekent deze verpanding in concreto wanneer de pandhouder zijn pandrecht wil uitoefenen?”

Home Instead geeft aan dat zij niet het systeem van parallelle schuld hanteert. Een recht van pand of hypotheek kan alleen worden gevestigd om een vordering te kunnen verhalen. Welke vordering(en) heeft [REDACTED] op Home Instead dat het een recht van pand kan vestigen?”

Home Instead reageert in haar schriftelijke reactie van 28 april 2016 hierop als volgt:

“Zoals reeds bij 5.a. aangegeven, treedt [REDACTED] voor wat betreft de uitoefening van de rechten van de obligatiehouders op in de plaats van de obligatiehouders. Als een obligatiehouder wegens wanbetaling zijn pandrecht zou willen uitoefenen kan zij hiertoe [REDACTED] aanspreken op het ondernemen van actie hierop. Op grond van de Trustakte dient [REDACTED] de actie vervolgens uit te voeren. Verpanding van de rechten van Home Instead Finance B.V. uit hoofde van de instandhoudingsverklaring strekt tot zekerheid van de vorderingen van obligatiehouders op Home Instead Finance B.V. uit hoofde van de obligatielening.”

Rentebetalinggarantie

[REDACTED] heeft een rentebetalinggarantie afgegeven aan [REDACTED]. Uit paragraaf 4.2.5, pagina 33 van het prospectus blijkt met betrekking tot de rentebetalinggarantie het volgende: *“[REDACTED] garandeert [REDACTED] de betaling van de rente op de Obligaties gedurende de eerste 12 maanden na de Uitgiftedatum. Dit is vastgelegd in de garantie van [REDACTED] van 30 december 2014 die in dit Basisprospectus door middel van verwijzing is opgenomen.”*

1.6 Beschreven risico's

Hoofdstuk 2 van het prospectus (pagina 11 t/m 14) beschrijft de risicofactoren voor de obligatiehouders. Over het risico met betrekking tot het pandrecht op de vorderingen staat het volgende vermeld in het prospectus:

“2.2.2 Risico met betrekking tot het pandrecht op bepaalde vorderingen

_____ heeft alle vorderingen uit hoofde van alle overeenkomsten met haar respectievelijke franchisenemers aan de Uitgevende Instelling verpand. De Uitgevende Instelling heeft op haar beurt deze vorderingen herverpand aan _____ ten gunste van de Obligatiehouders. Er zou zich een situatie kunnen voordoen waarin (een) franchisenemer(s) en/of _____ over onvoldoende middelen beschikt c.q. beschikken (bijv. in geval van faillissement).

De Uitgevende Instelling heeft al haar rechten jegens _____ uit hoofde van de instandhoudingsverklaring aan _____ verpand ten gunste van de Obligatiehouders. Er zou zich een situatie kunnen voordoen waarin _____ over onvoldoende middelen beschikt (bijv. in geval van faillissement).

Beide situaties zouden ertoe kunnen leiden dat het pandrecht van de Uitgevende Instelling c.q. _____ uiteindelijk onvoldoende zekerheid biedt om de Obligaties af te lossen en de rente op de Obligaties te betalen.”

Over het risico met betrekking tot de door _____ afgegeven instandhoudingsverklaring staat het volgende vermeld in het prospectus:

“2.2.3 Risico met betrekking tot de instandhoudingsverklaring

De enig aandeelhouder van de Uitgevende Instelling, _____, heeft een instandhoudingsverklaring afgegeven. Op grond van deze instandhoudingsverklaring is zij verplicht gedurende de looptijd van de Obligaties ten minste € 10.000 eigen vermogen aan te houden en staat zij garant voor alle verplichtingen van de Uitgevende Instelling uit hoofde van de obligatielening. Indien de Uitgevende Instelling op enig moment niet in staat zou zijn om rente en/of aflossingen te betalen is bepaald dat deze betalingen op eerste verzoek van _____ worden gedaan door _____

LET OP! Gezien het in relatie tot het totale nominale bedrag aan Obligaties geringe eigen vermogen van _____ zou zich echter snel een situatie kunnen voordoen waarin zij over onvoldoende middelen beschikt om de betreffende rente en/of aflossingen aan de Obligatiehouders te betalen.”

Het risico met betrekking tot het geringe eigen vermogen van _____ in relatie tot het totale nominale bedrag aan obligaties wordt ook op pagina 32 van het prospectus genoemd.

Over het risico met betrekking tot de rentebetalinggarantie afgegeven door [REDACTED] staat het volgende vermeld in het prospectus:

“2.2.4 Risico met betrekking tot de rentebetalinggarantie

[REDACTED] garandeert [REDACTED] de betaling van de rente op de Obligaties gedurende de eerste 12 maanden na de Uitgiftedatum. Dit is vastgelegd in de garantie van [REDACTED] van 30 december 2014. Er zou zich een situatie kunnen voordoen waarin [REDACTED] over onvoldoende financiële middelen beschikt om aan haar verplichtingen uit hoofde van deze garantie te kunnen voldoen. Dit zou betekenen dat [REDACTED] over onvoldoende middelen zou beschikken om de betreffende rente aan de Obligatiehouders te betalen. [REDACTED] is niet verplicht deze rentebetalingen te doen met eigen financiële middelen c.q. financiële middelen die niet door [REDACTED] ter beschikking zijn gesteld.”

“De pandakte, de instandhoudingsverklaring en de rentebetalinggarantie bevatten geen bepalingen die een verplichting inhouden om de in deze documenten genoemde rechten in bepaalde volgorde uit te oefenen.”

2. Beoordeling AFM

In toenemende mate neemt de AFM in de markt aanbiedingen waar die gericht zijn op de (thuis)zorgsector, waaronder ook de aanbieding van obligaties door Home Instead.

2.1 Wet oneerlijke handelspraktijken

Artikel 8.8 Whc bepaalt dat het een handelaar als bedoeld in artikel 6:193a, eerste lid, onder b, BW niet is toegestaan oneerlijke handelspraktijken te verrichten als bedoeld in Afdeling 3A van Titel 3 van het BW.

Artikel 6:193b, eerste lid, BW bepaalt dat een handelaar onrechtmatig jegens een consument handelt indien hij een handelspraktijk verricht die oneerlijk is. Het derde lid van artikel 6:193b BW bepaalt dat een handelspraktijk in het bijzonder oneerlijk is indien een handelaar een misleidende handelspraktijk verricht als bedoeld in de artikelen 6:193c tot en met 6:193g BW. Op grond van artikel 6:193c, eerste lid, BW wordt het verstrekken van informatie die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden - al dan niet door de algemene presentatie van de informatie - aangemerkt als een misleidende handelspraktijk. Het gaat dan volgens onder b, van het eerste lid van artikel 6:193c BW onder meer om informatie ten aanzien van de voornaamste kenmerken van het product, zoals de voordelen en risico's. Op grond van artikel 6:193d, eerste lid, BW is een handelspraktijk misleidend indien sprake is van een misleidende omissie. Uit artikel 6:193d, tweede lid, BW volgt dat een misleidende omissie iedere handelspraktijk is waarbij essentiële informatie welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

De AFM is van oordeel dat Home Instead in strijd handelt met artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193b, eerste en derde lid, aanhef en onder a, juncto artikel 6:193c, eerste lid, onder b, BW door het verstrekken van misleidende informatie aan houders van obligaties van Home Instead, waardoor de gemiddelde consument een besluit neemt of kan nemen over een overeenkomst met Home Instead, dat hij anders niet had genomen. De AFM is tevens van oordeel dat Home Instead in strijd handelt met artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193b, eerste en derde lid, aanhef en onder a, juncto artikel 6:193d, eerste en tweede lid, BW door het weglaten van essentiële informatie aan obligatiehouders, welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen. De AFM licht dit hieronder als volgt toe.

2.2 Misleidende informatie en ontbrekende informatie

Uit hetgeen in paragraaf 2 wordt uiteengezet, blijkt naar het oordeel van de AFM dat de algemene presentatie van de door Home Instead verstrekte informatie ten aanzien van de voornaamste kenmerken van de obligatielening de gemiddelde consument misleidt, dan wel kan misleiden. Naar het oordeel van de AFM blijkt dat Home Instead in het bijzonder een misleidend beeld geeft over de zekerheden en garanties ter afdekking van de risico's die gepaard gaan met de obligatielening. Ook blijkt naar het oordeel van de AFM dat Home Instead essentiële informatie welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen niet heeft verstrekt aan de obligatiehouders.

Beperkte materialiteit zekerheden

Door het vestigen van meerdere zekerheden en garanties bij het aanbieden van obligatieleningen en hier in communicatie met obligatiehouders meermaals aan te refereren, terwijl de zekerheden en garanties die door Home Instead in het leven zijn geroepen feitelijk gezien helemaal geen (extra) zekerheid bieden, suggereert Home Instead dat de obligatielening minder risicovol is dan daadwerkelijk het geval is. Dit is naar het oordeel van de AFM misleidend. De AFM is van oordeel dat de ingebouwde zekerheden – zoals de (her-)verpandingen en garantstellingen – niet-materieel zijn en daarom een schijnzekerheid bieden aan de belegger. Dat Home Instead de garanties en zekerheden in het prospectus op sommige plaatsen in het prospectus enigszins nuanceert, door zeer summier en zeer algemeen de risico's te beschrijven, doet naar het oordeel van de AFM dan ook niet af aan het misleidend karakter van voornoemde zekerheden en garanties. Sterker nog, Home Instead lijkt zich met deze nuancerings terdege bewust van de loosheid van de garanties en zekerheden en draagt door het zeer summier en zeer algemeen beschrijven van de risico's bij aan de schijnzekerheid van de zekerheden en garantstellingen. Onterecht wordt een zweem van veiligheid opgeroepen bij de obligatiehouder waardoor hij een besluit neemt of kan nemen over een overeenkomst met Home Instead dat hij anders niet had genomen. Een obligatiehouder dient duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige informatie te ontvangen met betrekking tot de (zeer beperkte materialiteit van de) zogenaamde zekerheden en garanties die verbonden zijn aan de obligatielening om tot een geïnformeerde keuze over een overeenkomst te komen.

Onderstaande punten dragen in het bijzonder bij aan het oordeel van de AFM dat Home Instead misleidende informatie verstrekt en heeft verstrekt aan de obligatiehouders.

Verpanding vorderingen zijn niet materieel

De verpanding van de vorderingen van de franchisenemers van [REDACTED] aan Home Instead is naar het oordeel van de AFM (indirect) een zogenoemde ‘wassen neus’ voor de obligatiehouder omdat de verpanding geen toegevoegde waarde heeft voor de obligatiehouder. Door in de communicatie met beleggers meermaals te refereren aan de verpanding wordt de suggestie gewekt dat de verpanding extra zekerheid voor de belegger betekent, terwijl in werkelijkheid een ‘holle’ constructie in het leven is geroepen. [REDACTED] heeft namelijk als hoofdactiviteit het verstrekken van leningen aan franchisenemers die zij financiert (via Home Instead) uit de obligatiegelden van obligatiehouders. Wanneer franchisenemers niet meer aan hun verplichtingen aan [REDACTED] kunnen voldoen (dus geen rente meer betalen en niet (meer) aflossen op de lening), heeft het invoeren van het pandrecht door Home Instead geen nut. Een pandrecht is juist bedoeld als extra zekerheid, maar deze extra zekerheid is er in dit geval niet, omdat het pandrecht gevestigd is op de inkomstenbron van [REDACTED] waarmee zij sowieso haar verplichtingen aan Home Instead zou moeten nakomen. Het pandrecht heeft derhalve, naar het oordeel van de AFM, voor de obligatiehouder een misleidend karakter, omdat het aan (potentiële) beleggers een extra zekerheid voorspiegelt die in werkelijkheid niet materieel is.

Herverpanding vorderingen biedt materieel geen toegevoegde waarde

De herverpanding van de vorderingen aan [REDACTED] door Home Instead biedt, naar het oordeel van de AFM, materieel gezien geen toegevoegde waarde voor de obligatiehouder, want Home Instead heeft zelf al een pandrecht op diezelfde vorderingen. Volgens Home Instead is de herverpanding een gebruikelijke afspraak tussen een obligaties uitgevende instelling en een partij die daarop toezicht houdt. In onderhavige casus is dat d[REDACTED]. Uit de informatie aan de obligatiehouder en de informatie die Home Instead aan de AFM verstrekt heeft, blijkt onvoldoende wat de reden is van de herverpanding en welke extra zekerheden dit precies biedt aan de obligatiehouder.

De herverpanding houdt in dat wanneer Home Instead haar verplichtingen richting de obligatiehouders niet meer zou kunnen nakomen, [REDACTED] haar pandrecht kan invoeren. Home Instead leent echter de obligatiegelden van de obligatiehouders uit aan [REDACTED]. Op het moment dat Home Instead niet aan haar verplichtingen kan voldoen, zal dit komen omdat [REDACTED] op haar beurt niet kan voldoen aan haar verplichtingen richting Home Instead. Een herverpanding heeft, naar het oordeel van de AFM, in deze hoedanigheid dan ook geen duidelijke functie maar creëert in de perceptie van de obligatiehouder wel een gevoel van (extra) veiligheid c.q. zekerheid. De herverpanding heeft derhalve een misleidend karakter alsook de informatie hierover.

Beschreven risico's dragen bij aan misleidend karakter zekerheden

Home Instead heeft in het prospectus zeer summier en zeer algemeen de risico's beschreven met betrekking tot de verpanding en herverpanding van bepaalde vorderingen. Ook zijn de risico's op een andere plaats in het prospectus beschreven dan waar de verpanding en herverpanding worden beschreven. Ten aanzien van de risico's schrijft Home Instead in het prospectus dat er zich een situatie zou kunnen voordoen waarin (een) franchisenemer(s) en/of [REDACTED] over onvoldoende middelen beschikt c.q. beschikken. Dit zou er volgens Home Instead toe kunnen leiden dat het pandrecht van Home Instead en [REDACTED] onvoldoende zekerheid biedt om de obligaties af te lossen en de rente op de obligaties te betalen aan de obligatiehouders. Deze door Home Instead beschreven risico's zijn echter inherent aan een pandrecht, zoals dat *normaalgesproken* geldt. Door juist

deze risico's te benoemen doet Home Instead het voorkomen dat het hier gaat om een pandrecht dat wél zekerheid biedt. De consument wordt hierdoor op het verkeerde been gezet. Home Instead vermeldt niet dat het pandrecht is gevestigd op de inkomstenbron van [REDACTED] waarmee zij sowieso haar verplichtingen aan Home Instead zou moeten nakomen en dat het pandrecht derhalve geen extra zekerheid biedt. Voor de herverpanding van de vorderingen geldt hetzelfde. De beschrijving van de risico's met betrekking tot het pandrecht op de hiervoor besproken vorderingen is naar het oordeel van de AFM dan ook onvolledig, onduidelijk en onevenwichtig. Door bij de risico's op te merken dat het pandrecht mogelijk onvoldoende zekerheid biedt om de obligaties af te lossen en de rente op de obligaties te betalen aan de obligatiehouders, geeft Home Instead ook onjuiste informatie. Immers, zoals eerder aangegeven biedt het pandrecht in deze hoedanigheid geen enkele zekerheid.

Het onvolledig, onduidelijk, onevenwichtig alsook onjuist beschrijven van de risico's draagt naar het oordeel van de AFM dan ook bij aan het misleidende karakter van de zekerheden.

Home Instead heeft geen parallelle schuld aan de Stichting

Home Instead heeft aan de AFM verklaard dat er geen parallelle schuld bestaat tussen Home Instead en [REDACTED]. Aangezien [REDACTED] geen vordering heeft op Home Instead, zoals bijvoorbeeld een parallelle schuld, is er goederrechtelijk gezien geen pandrecht tot stand gekomen. Uit artikel 227 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek volgt namelijk dat een pandrecht er toe strekt om op de daaraan onderworpen goederen een vordering tot voldoening van een geldsom bij voorrang boven andere schuldeisers te verhalen. Dit bevestigt het oordeel van de AFM dat de herverpanding materieel gezien geen toegevoegde waarde heeft.

Instandhoudingsverklaring heeft nauwelijks materiële waarde

De instandhoudingsverklaring tussen Home Instead en [REDACTED] heeft, naar het oordeel van de AFM, nauwelijks materiële waarde voor de obligatiehouder. De instandhoudingsverklaring verplicht Home [REDACTED] zich gedurende de looptijd van de obligatieleningen om ten minste € 10.000 eigen vermogen aan te houden om hiermee garant te staan voor alle verplichtingen van Home Instead uit hoofde van de uitgifte van de obligaties. Een eigen vermogen van € 10.000 ter garantie van een totaal bedrag van € 683.000 aan obligatieleningen⁵ staat niet tot elkaar in verhouding en is daarom, naar het oordeel van de AFM, niet materieel. Hoewel Home Instead in het prospectus het risico met betrekking tot het geringe eigen vermogen van [REDACTED] in relatie tot het totale nominale bedrag aan obligaties, op een aantal plaatsen benoemt, is dit risico zeer summier beschreven en draagt het onterecht bij aan het beeld dat dit een extra zekerheid is. De geschetste zekerheid in het prospectus ten aanzien van de instandhoudingsverklaring is volgens de AFM dan ook misleidend.

Verpanding instandhoudingsverklaring heeft geen functie

De verpanding van de rechten uit hoofde van de instandhoudingsverklaring aan [REDACTED] door Home Instead heeft, naar het oordeel van de AFM, geen functie in termen van zekerheid voor de obligatiehouder. Immers, een pandrecht op de verplichting ten minste € 10.000 aan te houden ter garantie voor alle verplichtingen van Home

⁵ Dit was het bedrag op 9 februari 2016. De AFM heeft op de website van Home Instead gezien dat er nadien meerdere nieuwe uitgiftes van obligaties zijn geweest. Dit betekent dat het genoemde bedrag van € 683.000 aan obligatieleningen inmiddels mogelijk hoger is.

Instead is niet als pand uit te baten. Daar komt bij dat de verpanding van de rechten uit hoofde van de instandhoudingsverklaring dubbelop is, immers [REDACTED] heeft al de verplichting garant te staan voor de verplichtingen van Home Instead jegens de obligatiehouders. Home Instead heeft onvoldoende duidelijk kunnen maken aan de AFM wat de reden is van de verpanding en welke vorderingen (parallele schuld) ten grondslag liggen aan het pandrecht. De verpanding van de garantstelling van de instandhoudingsverklaring heeft, naar het oordeel van de AFM, geen duidelijke functie, is dubbelop en daarom misleidend voor de obligatiehouder.

De rentebetalinggarantie is niet materieel

De rentebetalinggarantie die [REDACTED] heeft afgegeven, is naar het oordeel van de AFM, niet materieel voor de obligatiehouder. Home Instead heeft namelijk de obligatiegelden doorgeleend aan [REDACTED] [REDACTED] heeft de verplichting rente te betalen op deze leningen. In feitelijke zin rust er al een (indirecte) verplichting op [REDACTED] om de verschuldigde rente op de obligaties te betalen aan de obligatiehouders (via Home Instead). Het niet kunnen nakomen van de renteverplichtingen door Home Instead aan de obligatiehouders zal dan ook haar oorzaak hebben in het niet nakomen van de renteverplichtingen door [REDACTED] aan Home Instead. Er wordt met betrekking tot de rentebetalinggarantie de suggestie gewekt dat dit een extra zekerheid is voor obligatiehouders, terwijl zij deze “zekerheid” al hebben zonder deze rentebetalinggarantie, omdat de rentebetalinggarantie afhankelijk is van dezelfde geldstroom waarmee [REDACTED] haar verplichtingen aan Home Instead moet nakomen (namelijk de aflossing en rentebetalingen door de franchisenemers). Door de rentebetalinggarantie worden de obligatiehouders op het verkeerde been gezet. Verder is de rentebetalinggarantie slechts beperkt tot de eerste twaalf maanden van de totale looptijd van vier jaar van de obligatieleningen. In het prospectus merkt Home Instead bij de risico's hierover niets op. Gezien het voorgaande heeft de rentebetalinggarantie, naar het oordeel van de AFM, een misleidend karakter.

3. Zienswijze Home Instead en beoordeling AFM

Naar aanleiding van het voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom door de AFM van 21 december 2016, heeft de heer [REDACTED] namens Home Instead op 18 januari 2017 een mondelinge zienswijze gegeven. Op 31 januari 2017 heeft Home Instead, op verzoek van de AFM, ook een schriftelijke zienswijze overgelegd. Voor zover relevant wordt door Home Instead het volgende in de zienswijzen naar voren gebracht:

Zienswijze van Home Instead over geldstromen [REDACTED]

Home Instead geeft aan dat [REDACTED] de organisatie is waarin de operationele activiteiten van de Home Instead organisatie zijn ondergebracht. [REDACTED] is eigenaar van de handelsnaam “[REDACTED]” en is masterfranchisehouder voor Nederland van de internationale Home Instead franchiseformule. Daarnaast heeft [REDACTED] twee eigen Home Instead vestigingen en kan zij daarnaast subfranchise verstrekken aan derden. Er werken negen personen bij [REDACTED]. In de schriftelijke zienswijze heeft Home Instead ook een tabel verstrekt met daarin de (geschatte) inkomende geldstromen van [REDACTED] in 2016 en 2017. Zie hieronder.

Inkomende geldstromen	Werkelijke omvang 2016		Geschatte omvang 2017		Opmerkingen
	€	%	€	%	
Startfees franchisenemers	€ 60.000	6%	€ 240.000	23%	In 2016 2 nieuwe franchisenemers. Aantal per jaar wisselend. In 2017 tot nu toe al 3. Totaal begroot aantal franchisenemers in 2017 = 8.
Maandelijkse franchisefees franchisenemers	€ 386.558	36%	€ 749.994	73%	Varieert per maand en is gekoppeld aan de gerealiseerde omzet van alle franchisenemers
Financiering middels agio'stortingen aandeelhouders	€ 450.000	41%	Pm		Bijstorting vindt plaats op basis van behoefte en vanuit eigen middelen van aandeelhouders
Financiering middels achtergestelde lening aandeelhouders	€ 150.000	14%	Pm		Bijstorting vindt plaats op basis van behoefte en vanuit eigen middelen van aandeelhouders
Rente-inkomsten franchisenemers	€ 34.829	3%	€ 43.699	4%	

Een deel van de franchisenemers kan de kosten voor het opstarten van een vestiging zelf financieren. Voor de franchisenemers die dat niet kunnen is het obligatieprogramma ontwikkeld. Home Instead trekt de gelden aan van het publiek ten behoeve van de financiering van deze franchisenemers. De betreffende serie obligaties is gekoppeld aan de lening aan de franchisenemer en wordt ook zodanig geadmistreerd door Home Instead. Home Instead stelt dat de rente en aflossing van de obligaties via [REDACTED] lopen. De gedachte hierachter is dat [REDACTED] de centrale onderneming is binnen de Home Instead groep, waar verschillende geldstromen binnenkomen. In het geval een franchisenemer te laat zou zijn met het betalen van de rente, dan zal dit

normaalgesproken niet leiden tot een te late betaling aan de obligatiehouders, omdat [REDACTED] dan de rente uit andere inkomsten kan betalen aan de obligatiehouders, zo stelt Home Instead.

Beoordeling door de AFM

Uit het door Home Instead verstrekte overzicht maakt de AFM op dat [REDACTED] wel verschillende soorten inkomsten (rente inkomsten, inkomsten uit franchisefees) heeft, maar dat deze inkomsten allemaal uit dezelfde inkomstenbron komen: gelden afkomstig van de franchisenemers. Uit het overzicht blijkt niet dat [REDACTED] ook andere inkomstenbronnen heeft dan die van de franchisenemers, waardoor Arcentier afhankelijk is van deze inkomstenstroom. Het door Home Instead verstrekte overzicht is niet opgenomen in het prospectus. Home Instead geeft in het prospectus geen volledig beeld over de inkomsten van [REDACTED] en daarmee inzicht in hoeverre [REDACTED] in staat is haar verplichtingen aan Home Instead na te komen in het geval de franchisenemers (deels) in gebreke blijven.

Door bovenstaande informatie niet of onvolledig op te nemen in het prospectus heeft Home Instead naar het oordeel van de AFM essentiële informatie weggelaten, welke de obligatiehouder nodig heeft om een geïnformeerd besluit te nemen over het kopen, het behoud of het verkopen van de obligaties. Het niet opnemen van essentiële informatie is tevens misleidende informatie.

Zienswijze van Home Instead over de materialiteit van de zekerheden

Home Instead stelt dat [REDACTED] meer is dan een doorgeefluik van de gelden van de obligatiehouders en vice versa. [REDACTED] heeft verschillende inkomstenbronnen.

De reden dat de betreffende zekerheden en garanties meerdere malen worden genoemd in het Basisprospectus, vloeit voort uit de wens van Home Instead om het Basisprospectus te baseren op de Prospectusrichtlijn en –verordening, zo geeft zij aan. Home Instead verklaart dat het niet haar intentie is om hierdoor de suggestie van (schijn)zekerheid te wekken of (mogelijke) misleidende informatie te verstrekken.

Home Instead betwist dat er een materialiteitseis geldt met betrekking tot zekerheden in het Nederlands effectenrecht, indien de zekerheid slechts een (al dan niet zeer) geringe materialiteit heeft. Uit het door de AFM aangehaalde artikel 6:193c, eerste lid, onderdeel b, BW maakt Home Instead geen materialiteitseis op. Home Instead meent dat dit artikel er op neerkomt dat een uitgevende instelling informatie heeft verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, al dan niet door de algemene presentatie van de informatie, zoals ten aanzien van de voornaamste kenmerken van de obligaties, zoals voordelen en risico's, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

Home Instead geeft aan dat artikel 6:193c BW zich richt op de 'gemiddelde consument' en dat in het Basisprospectus van Home Instead in Hoofdstuk 6 het volgende staat opgenomen: *“dat gezien de aard en structuur van het Home Instead Obligatieprogramma en de totale nominale waarde van de Obligaties HIFBV zicht richt op die beleggers (...) die voldoende kennis hebben om de groep waartoe de Uitgevende instelling behoort, de rol van de individuele groepsmaatschappijen, de structuur van het Home Instead Obligatieprogramma in het algemeen en de uitgifte van afzonderlijke Series met betrekking tot afzonderlijke franchisenemers in het bijzonder alsmede de zekerheden, zoals beschreven in hoofdstukken 3.1, 3.2 en 4, te begrijpen en een gedegen inschatting te maken van de risico's, zoals beschreven in hoofdstuk 2.”* Home Instead

stelt dat het hier niet gaat om de gemiddelde consument. Verder merkt Home Instead op dat op pagina 4 van het Basisprospectus het volgende staat opgenomen: “*IEDERE BESLISSING OM TE BELEGGEN IN DE OBLIGATIES MOET ZIJN GEBASEERD OP DE BESTUDERING VAN HET GEHELE BASISPROSPECTUS DOOR DE BELEGGER.*” Home Instead meent dat indien een belegger dat niet doet, dat Home Instead niet kan worden aangerekend.

Home Instead meent dat er geen bepaling is in het BW of de Wft die voorschrijft dat obligatiehouders dienen te beschikken over “*informatie die hen inzicht geeft in hoe een uitgevende instelling de terugbetaling van obligaties garandeert*”.

Home Instead meent te voldoen aan het door de AFM gestelde dat de belegger op grond van de informatie die opgenomen wordt in het prospectus een verantwoord oordeel dient te kunnen vormen over het vermogen, de financiële positie, het resultaat en de vooruitzichten van de uitgevende instelling en de aan de effecten verbonden rechten en plichten.

Beoordeling door de AFM

De Whc gaat over de *informatieverstrekking* over onder meer de voornaamste kenmerken van een product. De zekerheden zijn een belangrijk onderdeel van de aanbieding (het product). De AFM is dan ook van oordeel dat Home Instead duidelijke, begrijpelijke en ondubbelzinnige informatie moet verstrekken over de materialiteit van de zekerheden en garanties die verbonden zijn aan de obligatielening, zodat de obligatiehouder tot een geïnformeerd besluit kan komen over het kopen, het behoud of het verkopen van de obligaties.

Home Instead betoogt – kort gezegd – dat de belegger tot wie zij zich richt niet kan worden aangemerkt als ‘gemiddelde consument’ in de zin van het BW. Dat betoog gaat niet op. Naast het feit dat artikel 6:193a, tweede lid, BW bepaalt dat onder het begrip ‘gemiddelde consument’ mede wordt verstaan het gemiddelde lid van een specifieke groep waarop de handelaar zich richt, heeft Home Instead niet aannemelijk gemaakt dat de kring van personen tot wie de informatiebrochure zich richt of die zij daarmee bereikt uitsluitend bestaat uit ‘*beleggers (...) die voldoende kennis hebben om de groep waartoe de Uitgevende instelling behoort, de rol van de individuele groepsmaatschappijen, de structuur van het Home Instead Obligatieprogramma in het algemeen en de uitgifte van afzonderlijke Series met betrekking tot afzonderlijke franchisenemers in het bijzonder alsmede de zekerheden, zoals beschreven in hoofdstukken 3.1, 3.2 en 4, te begrijpen en een gedegen inschatting te maken van de risico’s, zoals beschreven in hoofdstuk 2.*’ Er moet daarom bij de beoordeling van de informatiebrochure uitgegaan worden van het criterium – zoals volgt uit vaste rechtspraak – van “*de vermoedelijke verwachting van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument tot wie de brochure zich richt of die zij bereikt.*”⁶ Ook het standpunt van Home Instead dat het haar niet kan worden aangerekend, indien het gehele prospectus niet wordt gelezen, omdat Home Instead expliciet aangeeft dat het gehele prospectus dient te worden bestudeerd, kan niet tot een andere conclusie leiden.

Home Instead meent te voldoen aan het door de AFM gestelde dat de belegger op grond van de informatie die opgenomen is in het prospectus een verantwoord oordeel dient te kunnen vormen over het vermogen, de financiële positie, het resultaat en de vooruitzichten van de uitgevende instelling en de aan de effecten verbonden rechten en

⁶ Zie: Hoge Raad 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2820.

plichten. Home Instead geeft hier echter geen inhoudelijke toelichting op, en zij onderbouwt niet met stukken waar dit uit zou moeten blijken.

Tot slot, door het vestigen van meerdere zekerheden en garanties bij het aanbieden van obligatieleningen en hierin de communicatie met obligatiehouders meermaals aan te refereren, terwijl de zekerheden en garanties die door Home Instead in het leven zijn geroepen feitelijk gezien geen (extra) zekerheid bieden, wordt in het prospectus de suggestie gewekt dat de obligatielening minder risicovol is dan daadwerkelijk het geval is. Onterecht wordt een zweem van veiligheid opgeroepen bij de obligatiehouder waardoor hij een besluit neemt of kan nemen over een overeenkomst met Home Instead dat hij anders niet had genomen. De AFM is derhalve van oordeel dat Home Instead misleidende informatie heeft verstrekt aangezien de zekerheden – zoals de (her-)verpandingen en garantstellingen – niet-materieel zijn en daarom een schijnzekerheid bieden aan de belegger.

Zienswijze van Home Instead over de materialiteit van de verpanding van de vorderingen

Home Instead stelt dat de hoofdactiviteit van [REDACTED] niet het verstrekken is van leningen aan franchisenemers en dat zij ook andere inkomsten heeft. Volgens Home Instead is in dat opzicht geen informatie verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden. De risico's die zijn verbonden aan deze zekerheid, zijn naar de mening van Home Instead duidelijk, juist en volledig verwoord in hoofdstuk 2.2.2, eerste alinea van het Basisprospectus. Tot slot meent Home Instead dat ook besloten had kunnen worden om de vorderingen niet te (her)verpanden, waardoor Home Instead en de obligatiehouders überhaupt niet deze zekerheid zouden hebben gehad. Derhalve is volgens Home Instead wel degelijk sprake van een zekerheid.

Beoordeling door de AFM

Wanneer franchisenemers niet meer aan hun verplichtingen aan [REDACTED] kunnen voldoen (dus geen rente meer betalen en niet (meer) aflossen op de lening), heeft het inroepen van het pandrecht door Home Instead geen nut. Een pandrecht is juist bedoeld als extra zekerheid, maar deze extra zekerheid is er in dit geval niet, omdat het pandrecht gevestigd is op de inkomstenbron van [REDACTED] waarmee zij sowieso haar verplichtingen aan Home Instead zou moeten nakomen. De verpanding van de vorderingen van de franchisenemers van [REDACTED] aan Home Instead is naar het oordeel van de AFM (indirect) dan ook een zogenoemde 'wassen neus' voor de obligatiehouder, omdat de verpanding geen toegevoegde waarde heeft voor de obligatiehouder. Door in de communicatie met beleggers meermaals te refereren aan de verpanding wordt de suggestie gewekt dat de verpanding extra zekerheid voor de belegger betekent, terwijl in werkelijkheid een 'holle' constructie in het leven is geroepen.

Het pandrecht heeft derhalve, naar het oordeel van de AFM, voor de obligatiehouder een misleidend karakter, omdat het aan (potentiële) beleggers een extra zekerheid voorspiegelt die in werkelijkheid niet materieel is.

Zienswijze van Home Instead over de toegevoegde waarde van de herverpanding van de vorderingen

Home Instead is van mening dat de herverpanding wel degelijk toegevoegde waarde heeft voor de obligatiehouders. Home Instead stelt dat een herverpanding vereist is om de rol van [REDACTED] als lasthebber en vertegenwoordiger van de obligatiehouders vorm te geven. Home Instead stelt dat zij in dit opzicht geen informatie heeft verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden. Home Instead is van mening dat de herverpanding duidelijk, juist en volledig is verwoord in hoofdstuk 4.2.2 van het Basisprospectus en in artikel 5.2 van de Trustakte.

In de mondelinge zienswijze geeft Home Instead het volgende aan: “De heer [REDACTED] legt uit dat de herverpanding aan [REDACTED] geen extra financiële zekerheid voor de obligatiehouders biedt. In plaats daarvan geeft het de obligatiehouders controle op de geldstromen waar zij recht op hebben, mocht Home Instead om wat voor reden in gebreke blijven. De heer [REDACTED] en de heer [REDACTED] zijn het eens dat de materialiteit van de (her)verpanding voornamelijk afhangt van de oorzaak mocht [REDACTED] in gebreke blijven: als [REDACTED] in gebreke blijft door wanprestaties bij de franchisenemers dan heeft het pandrecht op de vorderingen weinig of geen waarde.”

Beoordeling door de AFM

Home Instead heeft in de mondelinge zienswijze aangegeven dat de herverpanding geen extra financiële zekerheid is voor de obligatiehouders, maar een “controle op de geldstromen waar zij [de obligatiehouders] recht op hebben”. Home Instead heeft in het aanbiedingsmateriaal nagelaten toe te lichten dat de herverpanding volgens haar een controlefunctie heeft en niet zozeer een extra financiële zekerheid met zich meebrengt. Naar het oordeel van de AFM, creëert Home Instead zonder deze toelichting onterecht bij obligatiehouder een gevoel van (extra) veiligheid c.q. zekerheid.

De herverpanding heeft derhalve naar het oordeel van de AFM een misleidend karakter alsook de informatie hierover.

Zienswijze van Home Instead over de bijdrage van de beschreven risico's aan het misleidende karakter van de zekerheden

Home Instead is het niet eens met het standpunt van de AFM dat i) de risico's bijdragen aan het misleidend karakter van de zekerheden en ii) de risico's “zeer summier en zeer algemeen” in het Basisprospectus zijn beschreven. Home Instead stelt geen informatie te hebben verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden. Home Instead is van mening dat de risico's die zijn verbonden aan de verstrekte zekerheden duidelijk, juist en volledig zijn verwoord in hoofdstuk 2.2 van het Basisprospectus. Home Instead verwijst naar haar beschrijving in haar schriftelijke zienswijze over de rol van [REDACTED] alsook figuur 5 op pagina 31 en hoofdstuk 4.2.2 van het Basisprospectus met betrekking tot de volgende passage uit het voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom: “Home Instead vermeldt niet dat het pandrecht is gevestigd op de inkomstenbron van [REDACTED] waarmee zij sowieso haar verplichtingen aan Home Instead moet nakomen en dat het pandrecht derhalve geen extra zekerheid biedt”

Beoordeling door de AFM

De AFM is onvoldoende overtuigd van het standpunt van Home Instead dat de beschreven risico's met betrekking tot de herverpanding niet zouden bijdragen aan het misleidende karakter van de zekerheden. Zo verwijst Home Instead onder meer naar figuur 5 op pagina 31 van het prospectus. In deze figuur is een overzicht schematisch weergegeven met betrekking tot de zekerheden ten behoeve van de obligatiehouders. Hieruit volgen naar het oordeel van de AFM niet de daarmee gepaard gaande risico's. Uit hoofdstuk 4.2.2 volgt volgens de AFM eveneens niet een volledige beschrijving van de risico's, zoals ook al aangegeven in het voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom. Tot slot verwijst Home Instead naar haar beschrijving in haar schriftelijke zienswijze van de rol van [REDACTED]. Echter, dit is geen informatie die volgt uit het prospectus en doet derhalve voor het bepalen of de in het prospectus beschreven risico's al dan niet bijdragen aan het misleidende karakter van de zekerheden niets af.

De AFM blijft derhalve van oordeel dat ten aanzien van de beschreven zekerheden Home Instead de risico's onvolledig, onduidelijk, onevenwichtig alsook onjuist heeft beschreven in het prospectus en dat dit bijdraagt aan het misleidende karakter van deze zekerheid.

Zienswijze van Home Instead over het niet hebben van een parallelle schuld aan

Home Instead stelt dat het mogelijk is om een zekerheidsrecht te vestigen op een vordering die aan een ander toebehoort. Home Instead verwijst in dit verband naar paragraaf 45 (p. 48) van "Asser 3-VI Zekerheidsrechten - Vermogensrecht algemeen" geschreven door T. van Mierlo.

Beoordeling door de AFM

De stand van het recht ten opzichte van het wel of niet moeten aangaan van een parallelle schuld om een zekerheidsrecht te kunnen vestigen is naar het oordeel van de AFM onduidelijk. Het is dan ook de verantwoordelijkheid van Home Instead om wel of geen parallelle schuld aan te gaan en hierover duidelijk te communiceren in haar aanbiedingsmateriaal, zodat obligatiehouders hierover juist en volledig geïnformeerd zijn.

Zienswijze van Home Instead over de materiële waarde van de instandhoudingsverklaring

Home Instead stelt dat het aan te houden eigen vermogen van van € 10.000 laag is ten opzichte van de totale nominale waarde van de door Home Instead uitgegeven obligaties, maar Home Instead stelt geen informatie te hebben verstrekt die in dit opzicht feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden. Home Instead stelt dat zij het feit dat € 10.000 eigen vermogen ten opzichte van de totale nominale waarde van de door Home Instead uitgegeven obligaties laag is alsook de hieraan verbonden risico's duidelijk, juist en volledig heeft verwoord in hoofdstuk 4.2.3, tweede alinea en in hoofdstuk 2.2.3, tweede alinea van het Basisprospectus.

Home Instead verklaart dat zij ook hadden kunnen besluiten om geen instandhoudingsverklaring te sluiten. In dat geval zouden Home Instead en de obligatiehouders überhaupt niet deze zekerheid hebben gehad. Home Instead is derhalve van mening dat wel degelijk sprake is van een zekerheid voor Home Instead en de obligatiehouders. Home Instead vindt het wenselijk om deze overeenkomst alsook de informatie hierover te handhaven in het prospectus.

In de mondelinge zienswijze geeft Home Instead het volgende aan: "De instandhoudingsverklaring is standaard in het prospectus opgenomen. De heren en geven aan dat in dit geval de instandhoudingsverklaring tussen () en Home Instead niet materieel is, gezien het geringe (verplichte) eigen vermogen van € 10.000 ten opzichte van de verplichtingen van (destijds) € 683.000."

Beoordeling door de AFM

Zowel in de schriftelijke alsook de mondelinge zienswijze erkent Home Instead dat het eigen vermogen laag is ten opzichte van de totale nominale waarde van de obligatieleningen en toch wenst zij de achterliggende instandhoudingsverklaring alsook de informatie hierover te handhaven in het prospectus. De instandhoudingsverklaring zou volgens Home Instead standaard in het prospectus zijn opgenomen. Naar het oordeel van de AFM is Home Instead zich daarom terdege bewust van de beperkte materiële waarde van het eigen vermogen van . Het schept een misleidend beeld over de materialiteit van de zekerheden, zeker in het licht van alle andere geschetste zekerheden.

Hoewel Home Instead in het prospectus het risico met betrekking tot het geringe eigen vermogen van [REDACTED] in relatie tot het totale nominale bedrag aan obligaties, op een aantal plaatsen benoemt, is dit risico zeer summier beschreven en draagt het onterecht bij aan het algehele beeld van alle andere geschetste zekerheden dat dit in aanvulling hierop een extra zekerheid zou zijn.

De AFM blijft dan ook van oordeel dat de instandhoudingsverklaring tussen Home Instead en [REDACTED] nauwelijks materiële waarde heeft voor de obligatiehouder. De geschetste zekerheid in het prospectus ten aanzien van de instandhoudingsverklaring is naar het oordeel van de AFM dan ook misleidend.

Zienswijze van Home Instead over de functie van de verpanding van de instandhoudingsverklaring

Home Instead stelt dat de instandhoudingsverklaring tussen [REDACTED], Home Instead en [REDACTED] inhoudt dat [REDACTED] zich richting Home Instead verplicht om Home Instead te allen tijde van voldoende gelden te voorzien om haar in staat te stellen aan haar verplichtingen uit hoofde van de uitgifte van obligaties te voldoen. [REDACTED] houdt daarvoor gedurende de looptijd ten minste € 10.000 aan eigen vermogen aan. Home Instead heeft het recht nakoming te vorderen van deze verplichting. Dat recht is verpand aan [REDACTED]. Volgens Home Instead betekent dat, indien zich een situatie zou voordoen die leidt tot het doen van een beroep op nakoming van deze verplichting, [REDACTED] hierin het voortouw kan nemen.

Uit de mondelinge zienswijze blijkt hierover het volgende: “*Het is voor de toezichhouders onduidelijk wat de toegevoegde waarde is van de verpanding van de instandhoudingsverklaring. Meer in het bijzonder is onduidelijk hoe de verplichting van [REDACTED] door [REDACTED] als pand uit te baten is. De heer [REDACTED] geeft aan dit punt intern te zullen bespreken en in de zienswijze toe te lichten.*”

Beoordeling door de AFM

Home Instead heeft in haar schriftelijke zienswijze onvoldoende duidelijk gemaakt wat de functie is van de verpanding van de instandhoudingsverklaring in termen van zekerheid voor de obligatiehouder. In haar schriftelijke zienswijze herhaalt Home Instead hetgeen zij in eerdere correspondentie met de AFM, voorafgaand aan het voornemen tot opleggen van een last onder dwangsom van de AFM, reeds heeft toegelicht. Het is de AFM nog steeds niet duidelijk hoe een pandrecht op een verplichting als pand is uit te baten. Ook gaat Home Instead in haar schriftelijke zienswijze niet in op het punt van de AFM dat de verpanding van de rechten uit hoofde van de instandhoudingsverklaring aan [REDACTED] dubbelop is.

De AFM blijft dan ook van oordeel dat de verpanding van de garantstelling van de instandhoudingsverklaring aan [REDACTED] door Home Instead geen duidelijke functie heeft, dubbelop is en daarom misleidend is voor de obligatiehouder.

Zienswijze van Home Instead over de materialiteit van de rentebetalinggarantie

Home Instead stelt dat de rentebetalinggarantie die [REDACTED] heeft afgegeven wel degelijk een zekerheid is voor de obligatiehouders. [REDACTED] had namelijk ook kunnen besluiten om geen rentebetalinggarantie te verstrekken. Home Instead is van mening dat zij geen informatie heeft verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden. De garantie zelf alsook de risico's die hieraan zijn verbonden zijn naar de

mening van Home Instead duidelijk, juist en volledig verwoord in hoofdstuk 4.2.5 en 2.2.4 van het Basisprospectus.

“Verder is de rentebetalinggarantie slechts beperkt tot de eerste twaalf maanden van de totale looptijd van vier jaar van de obligatieleningen. In het prospectus merkt Home Instead bij de risico’s hierover niets op. Gezien het voorgaande heeft rentebetalinggarantie, naar het voorlopig oordeel van de AFM, een misleidend karakter.”

Onder verwijzing naar bovenstaande passage uit het voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom meent Home Instead dat het vanzelfsprekend is dat er bij de risico’s niets is opgemerkt over de looptijd. Home Instead stelt namelijk dat in het onderdeel Risicofactoren in het Basisprospectus onder andere de risico’s dienen te worden vermeld met betrekking tot de zekerheden zoals zij feitelijk zijn (beschreven) en niet zoals zij niet zijn. Ter illustratie geeft Home Instead het voorbeeld dat ook niet als risico zou hoeven te worden vermeld dat de heren [REDACTED], [REDACTED] en [REDACTED] niet persoonlijk borg staan voor de (nakoming van de) verplichtingen van Home Instead richting de obligatiehouders.

Beoordeling door de AFM

Er wordt met betrekking tot de rentebetalinggarantie de suggestie gewekt dat dit een extra zekerheid is voor obligatiehouders, terwijl zij deze “zekerheid” al hebben zonder deze rentebetalinggarantie, omdat de rentebetalinggarantie afhankelijk is van dezelfde geldstroom waarmee [REDACTED] haar verplichtingen aan Home Instead moet nakomen (namelijk de aflossing en rentebetalingen door de franchisenemers). Door de rentebetalinggarantie worden de obligatiehouders op het verkeerde been gezet. Home Instead gaat in haar schriftelijke zienswijze niet in op dit punt.

Home Instead stelt dat de rentebetalinggarantie wel een zekerheid is, waarvan door Home Instead ook besloten had kunnen worden om deze niet op te nemen. Hieruit volgt naar het oordeel van de AFM dat de rentebetalinggarantie een beperkte materialiteit heeft, immers kennelijk had Home Instead de obligatieleningen ook uit kunnen geven zonder deze rentebetalinggarantie.

De AFM is van oordeel dat de rentebetalinggarantie niet materieel is voor de obligatiehouder. Home Instead heeft namelijk de obligatiegelden doorgeleend aan [REDACTED]. [REDACTED] heeft de verplichting rente te betalen op deze leningen. In feitelijke zin rust er al een (indirecte) verplichting op [REDACTED] om de verschuldigde rente op de obligaties te betalen aan de obligatiehouders (via Home Instead). Het niet kunnen nakomen van de renteverplichtingen door Home Instead aan de obligatiehouders zal dan ook haar oorzaak hebben in het niet nakomen van de renteverplichtingen door [REDACTED] aan Home Instead.

Door te benoemen dat het een risico is dat de rentebetalinggarantie beperkt is tot de eerste twaalf maanden van de totale looptijd van vier jaar, benoemt Home Instead het risico zoals het feitelijk is. De rentebetalinggarantie dient naar het oordeel van de AFM op deze manier in perspectief te worden gezet. De AFM is van oordeel dat dit essentiële informatie is, waarover de obligatiehouder dient te beschikken om zelf tot een geïnformeerde keuze over een overeenkomst te komen. Home Instead heeft ten aanzien van dit punt essentiële informatie weggelaten.

De AFM blijft dan ook van oordeel dat de rentebetalinggarantie een misleidend karakter heeft.

4. Last onder dwangsom

Op grond van het vorenstaande heeft de AFM besloten om op grond van artikel 3.4, tweede lid, aanhef en onder c, Whc aan Home Instead een last onder dwangsom met voorschriften op te leggen wegens:

- overtreding van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193b, eerste en derde lid, aanhef en onder a, juncto artikel 6:193c, eerste lid, onder b, BW door het verstrekken van informatie aan obligatiehouders die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.
- overtreding van artikel 8.8 Whc juncto artikel 6:193b, eerste en derde lid, aanhef en onder a, juncto artikel 6:193d, eerste en tweede lid, BW door het weglaten van essentiële informatie aan obligatiehouders, welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

De last onder dwangsom strekt ertoe dat Home Instead binnen tien werkdagen na dagtekening van de definitieve last onder dwangsom aan het volgende voldoet:

Home Instead staakt de overtreding van voornoemde bepaling doordat in ieder geval de volgende informatie aan obligatiehouders duidelijk, begrijpelijk en ondubbelzinnig schriftelijk wordt verstrekt:

- 1) Hoe materieel de verpanding van de vorderingen van de franchisenemers van [REDACTED] aan Home Instead feitelijk is en in hoeverre dit een extra zekerheid biedt aan de obligatiehouders;
- 2) Hoe materieel de herverpanding van de vorderingen van de franchisenemers van [REDACTED] door Home Instead aan [REDACTED] feitelijk is en in hoeverre dit een extra zekerheid biedt aan de obligatiehouders;
- 3) Dat er geen vordering dan wel een parallelle schuldovereenkomst tussen Home Instead en [REDACTED] bestaat waarop het (her)verpandingsrecht is gevestigd;
- 4) Dat de instandhoudingsverklaring die [REDACTED] verplicht € 10.000 eigen vermogen aan te houden en garant te staan voor verplichtingen (de obligatieleningen) van Home Instead ter waarde van € 683.000 niet tot elkaar in verhouding staan en geen (extra) zekerheid biedt aan de obligatiehouders;
- 5) Dat de verpanding van de rechten uit hoofde van de instandhoudingsverklaring door Home Instead aan [REDACTED] geen extra zekerheid biedt aan de obligatiehouders;
- 6) Dat de rentebetalinggarantie die [REDACTED] heeft afgegeven aan de obligatiehouders geen extra zekerheid biedt aan de obligatiehouders.

Voorschriften

De AFM zal op grond van artikel 3.4, achtste lid, Whc, voorschriften verbinden aan de last onder dwangsom. Deze voorschriften strekken ertoe dat Home Instead aan de AFM aantoont dat zij de overtredingen met betrekking tot de obligatielening heeft gestaakt. Home Instead dient binnen tien werkdagen na dagtekening van de last onder dwangsom te voldoen aan de volgende voorschriften:

- A. Home Instead verstrekt aan de AFM kopieën van de informatieverstrekking aan de obligatiehouders waarmee zij de overtredingen met betrekking tot de obligatielening heeft gestaakt. Van de informatie die per post dan wel per e-mail aan individuele obligatiehouders is verzonden, ontvangt de AFM steeds een bewijs van verzending.
- B. Home Instead past het prospectus, en de overige informatie (waaronder ook de website) met betrekking tot de obligatielening aan conform de wettelijke regels en informeert de AFM hier schriftelijk over.

Dwangsom

De dwangsom zal 5.000 (zegge: vijfduizend) euro bedragen voor iedere kalenderdag of gedeelte daarvan na de overschrijding van de genoemde termijn dat Home Instead niet voldoet aan de last onder dwangsom met voorschriften, met een maximum van 50.000 (zegge: vijftigduizend) euro. De vastgestelde hoogte van de dwangsom en het maximaal te verbeuren bedrag staan in redelijke verhouding tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van de last onder dwangsom. De AFM heeft bij de beoordeling van de hoogte van de dwangsom en het maximaal te verbeuren bedrag rekening gehouden met de zwaarte van de overtreding en de beoogde werking van de oplegging van de last onder dwangsom.

Indien Home Instead niet voldoet aan de last onder dwangsom met voorschriften zal de dwangsom na het verbeuren onmiddellijk opeisbaar zijn door de AFM. Het maken van bezwaar schorst de werking van de beschikking niet. De AFM zal de eventuele kosten van aanmaning tot betaling van de verbeurde dwangsommen en van de wettelijke rente voor rekening van Home Instead doen komen.

5. Openbaarmaking

De AFM zal het besluit tot het opleggen van de last onder dwangsom met voorschriften openbaar maken op grond van het bepaalde in artikel 3.4a, eerste en tweede lid, Whc. De AFM doet dit twee weken nadat deze op de in artikel 3:41 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) voorgeschreven wijze bekend is gemaakt, tenzij de overtreders de beschikking zelf heeft openbaar gemaakt, heeft doen openbaar maken of openbaarmaking met de overtreder is overeengekomen.

De parlementaire geschiedenis bij de Whc geeft aan dat de Whc de volgende doelen dient: meer vertrouwen van consumenten, geïnformeerde en efficiënte keuzes van consumenten, minder concurrentievervalsing en een betere werking van de markt. Naar het oordeel van de AFM dient openbaarmaking van dit besluit tot het opleggen van de last onder dwangsom deze doelstellingen. De AFM heeft overwogen dat het bij publicatie van de last onder dwangsom niet alleen gaat om de belangen van de obligatiehouders die reeds obligaties van Home Instead hebben gekocht, maar ook om de belangen van mogelijke opvolgende kopers van de verhandelbare obligaties. Daarnaast kan in het kader van generale preventie een waarschuwend effect uitgaan naar andere beleggingsaanbiedingen. Het individuele belang van Home Instead kan in dit verband niet tot een andere uitkomst leiden gezien de ernst van de gedragingen. Het argument dat publicatie (reputatie)schade kan toebrengen, is volgens vaste rechtspraak geen

zelfstandige grond om hiervan af te zien.⁷ Gezien de ernst van de gedragingen en de belangen van consumenten is de AFM van oordeel dat in dit verband ook niet van publicatie kan worden afgezien.

Als Home Instead bij de voorzieningenrechter een verzoek indient om de openbaarmaking op te schorten, wordt de openbaarmaking uitgesteld tot er een uitspraak is van de voorzieningenrechter.

Twee weken na de bekendmaking van de last onder dwangsom, op de in artikel 3:41 Awb voorgeschreven wijze, zal de openbaarmaking plaatsvinden door:

- a. publicatie van het besluit tot oplegging van de last onder dwangsom op de website van de AFM; en
- b. publicatie in een persbericht; en, als dit naar het oordeel van de AFM wenselijk is,
- c. publicatie van dit persbericht in één of meerdere landelijke en/of regionale dagbladen.

Ook wordt op dat moment een bericht over de last onder dwangsom met voorschriften opgenomen in de periodieke AFM-nieuwsbrieven (consumenten/professionals) en wordt mogelijk een bericht op Twitter⁸ geplaatst.

Als dit besluit op de website van de AFM wordt gepubliceerd, worden eventuele vertrouwelijke gegevens verwijderd. Het gaat hierbij om de in de brief met de last onder dwangsom grijs gemarkeerde gegevens. Deze informatie zal dus in de publicatie worden afgeschermd. Als u vindt dat bepaalde andere gegevens ook als vertrouwelijk moeten worden aangemerkt, kunt u dit binnen een termijn van tien werkdagen na dagtekening van de brief met de last onder dwangsom aan de AFM kenbaar maken.

Hieronder vindt u de tekst van het persbericht dat de AFM zal publiceren.

“AFM eist informatie voor obligatiehouders van Home Instead Finance B.V. ”

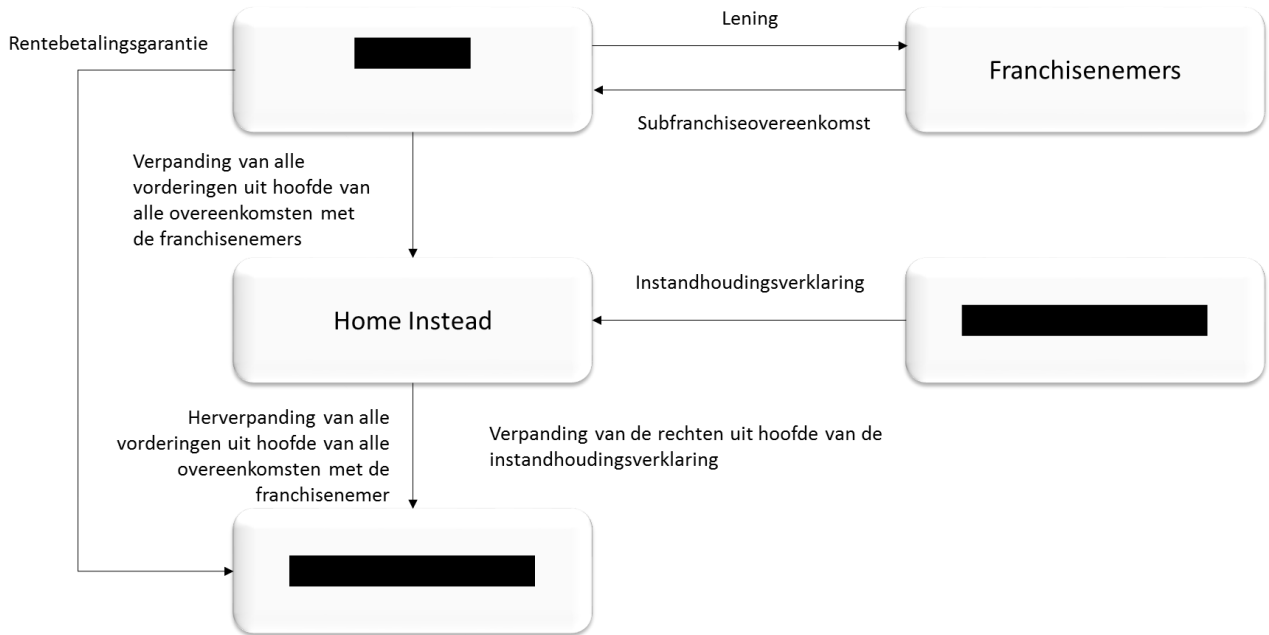
Home Instead Finance B.V. (Home Instead) moet misleidende informatie herstellen aan consumenten die geld hebben geïnvesteerd in obligatieleningen van Home Instead. Dat eist de Autoriteit Financiële Markten (AFM) in een last onder dwangsom, die op <datum> is opgelegd. Als Home Instead dit niet binnen de gestelde termijn doet, moet de onderneming € 5.000 betalen voor iedere dag dat de informatie niet wordt verstrekt, tot een maximum van € 50.000. De AFM is van oordeel dat Home Instead met de door haar verstrekte informatie een misleidend beeld geeft over de zekerheden en garanties ter afdekking van de risico's die gepaard gaan met de obligatielening.

Home Instead biedt aan het publiek verschillende series obligatieleningen aan. In het prospectus maakt Home Instead kenbaar vrijgesteld te zijn van de verplichting om een door de AFM goedgekeurd prospectus beschikbaar te stellen. Met de aangetrokken obligatiegelden verstrekt Home Instead (via haar moederonderneming) leningen aan franchisenemers van Home Instead die zich richten op thuiszorg voor ouderen. In het bijbehorende prospectus schetst Home Instead onder meer verschillende zekerheden en garanties om risico's van de obligatielening af te dekken. Zo zijn de vorderingen van de franchisenemers verpand en herverpand en is er een

⁷ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam, 27 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX884.

⁸ Het bericht op Twitter zal bestaan uit de kop van het persbericht en een link naar het persbericht op de website van de AFM.

rentebetalinggarantie afgegeven door de moederonderneming van Home Instead. De geschetste zekerheden en garanties zijn hieronder schematisch weergegeven.



De AFM heeft in haar onderzoek vastgesteld dat de verstrekte informatie door Home Instead de gemiddelde consument misleidt, dan wel kan misleiden. De AFM is van oordeel dat Home Instead in het bijzonder een misleidend beeld geeft over de zekerheden en garanties ter afdekking van de risico's die gepaard gaan met de obligatielening. Door het verstrekken van informatie door Home Instead aan obligatiehouders die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen. Ook blijkt naar het oordeel van de AFM dat Home Instead essentiële informatie welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen niet heeft verstrekt aan de obligatiehouders.

Home Instead moet in ieder geval de volgende informatie schriftelijk aan (potentiële) obligatiehouders verstrekken:

- 1) Hoe materieel de verpanding van de vorderingen van de franchisenemers van [REDACTED] aan Home Instead feitelijk is en in hoeverre dit een extra zekerheid biedt aan de obligatiehouders;
- 2) Hoe materieel de herverpanding van de vorderingen van de franchisenemers van [REDACTED] door Home Instead aan [REDACTED] feitelijk is en in hoeverre dit een extra zekerheid biedt aan de obligatiehouders;
- 3) Dat er geen vordering dan wel een parallelle schuldovereenkomst tussen Home Instead en [REDACTED] bestaat waarop het (her)verpandingsrecht is gevestigd;
- 4) Dat de instandhoudingsverklaring die [REDACTED] verplicht € 10.000 eigen vermogen aan te houden en garant te staan voor verplichtingen (de obligatieleningen) van Home Instead ter waarde van € 683.000 niet tot elkaar in verhouding staan en geen (extra) zekerheid biedt aan de obligatiehouders;

- 5) *Dat de verpanding van de rechten uit hoofde van de instandhoudingsverklaring door Home Instead aan [REDACTED] geen extra zekerheid biedt aan de obligatiehouders;*
- 6) *Dat de rentebetalinggarantie die [REDACTED] heeft afgegeven aan de obligatiehouders geen extra zekerheid biedt aan de obligatiehouders.*

Home Instead is wettelijk verplicht deze informatie te verstrekken. Als de onderneming dat niet doet, verricht ze een zogenoemde oneerlijke handelspraktijk en dat is een overtreding van de Wet handhaving consumentenbescherming.

Het besluit van de AFM kan door belanghebbende(n) ter toetsing aan de rechter worden voorgelegd.

Wat is een last onder dwangsom?

Een last onder dwangsom is een instrument waarmee een onderneming of een persoon wordt opgedragen (gelast) een gedraging te doen of te laten. Als binnen de gestelde termijn niet aan de opdracht is voldaan, dan moet de onderneming/persoon een geldsom betalen. Om een effectieve controle op de uitvoering van de last onder dwangsom te verzekeren zijn voorschriften aan de last onder dwangsom verbonden.

Het volledige besluit kunt u hiernaast downloaden in pdf-formaat. Bij vragen of klachten kunt u contact opnemen met het Meldpunt Financiële Markten van de AFM: 0800-5400 540 (gratis).

De AFM bevordert eerlijke en transparante financiële markten. Wij zijn onafhankelijke gedragstoezichthouder op de markten van sparen, lenen, beleggen en verzekeren. De AFM bevordert zorgvuldige financiële dienstverlening aan consumenten en ziet toe op een eerlijke en efficiënte werking van kapitaalmarkten. Ons streven is het vertrouwen van consumenten en ondernemingen in de financiële markten te versterken, ook internationaal. Op deze manier draagt de AFM bij aan de stabiliteit van het financiële stelsel, het functioneren van de economie, de reputatie en de welvaart van Nederland.”

Let op: de AFM kan, al naar gelang de omstandigheden op het moment van publicatie, bovengenoemde publicatietekst wijzigen of aanvullen.

6. Rechtsgangverwijzing

Iedere belanghebbende kan tegen deze beschikking bezwaar aantekenen door binnen zes weken na bekendmaking daarvan een bezwaarschrift in te dienen bij de AFM, t.a.v. [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED]. Een bezwaarschrift kan ook per fax (alleen naar faxnummer 020-797 [REDACTED]), per e-mail (alleen naar e-mailadres [REDACTED]@afm.nl) of door middel van het formulier op de website van de AFM (www.afm.nl/bezwaar) worden ingediend. Aan deze elektronische wijze van verzending stelt de AFM nadere eisen die op haar website worden toegelicht. Dat een bezwaarschrift niet aan andere AFM-faxnummers of AFM-e-mailadressen wordt verzonden dan de hier genoemde, is één van die eisen. De AFM zal het bezwaarschrift alleen inhoudelijk in behandeling nemen als aan bedoelde eisen is voldaan.

De AFM wijst erop dat het maken van bezwaar niets afdoet aan de verplichting om aan deze last onder dwangsom te voldoen en evenmin aan de eventuele verplichting om verschuldigde dwangsommen te betalen.

Als u nog vragen heeft, kunt u contact opnemen met mevrouw [REDACTED] op telefoonnummer 020 – 797 [REDACTED].

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[REDACTED]

[REDACTED]

Bijlage 1: Relevant wettelijk kader**Wet handhaving consumentenbescherming (Whc)****Artikel 3.4 Whc**

1. De Stichting Autoriteit Financiële Markten kan in het kader van haar taken, genoemd in deze wet, een openbare waarschuwing uitvaardigen voordat zij een inbreuk of intracommunautaire inbreuk heeft vastgesteld, indien dat redelijkerwijs noodzakelijk is om consumenten snel en effectief te informeren over een schadeveroorzakende handelspraktijk van een ondernemer en daardoor schade te voorkomen. Artikel 2.23, tweede tot en met vijfde lid, is van overeenkomstige toepassing.

2. De Stichting Autoriteit Financiële Markten kan, indien zij van oordeel is dat een inbreuk of intracommunautaire inbreuk op een van de wettelijke bepalingen, bedoeld in de onderdelen a en b van de bijlage bij deze wet, heeft plaatsgevonden:

- a. een zelfstandige last opleggen;
- b. een bestuurlijke boete opleggen;
- c. een last onder dwangsom opleggen.

3. Artikel 4.3 is van overeenkomstige toepassing indien begrippen worden uitgelegd, die worden gehanteerd in een van de wettelijke bepalingen, bedoeld in onderdeel a van de bijlage bij deze wet.

4. Met betrekking tot de toepassing van het tweede lid is artikel 2.24 van overeenkomstige toepassing.

5. Met betrekking tot de toepassing van het tweede lid, onderdeel b, is artikel 2.15 van toepassing dan wel, indien het betreft een overtreding van onderdeel b van de bijlage bij deze wet, artikel 1:81 van de Wet op het financieel toezicht.

6. Met betrekking tot de toepassing van het tweede lid, onderdeel c, zijn de artikelen 5:48 tot en met 5:51 van de Algemene wet bestuursrecht van overeenkomstige toepassing en is artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht van overeenkomstige toepassing.

7. Een last onder dwangsom kan strekken tot verzekering van de medewerking die krachtens artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht kan worden gevorderd.

8. Aan een last onder dwangsom kunnen voorschriften worden verbonden die redelijkerwijs noodzakelijk zijn om effectieve controle op de uitvoering van de last te verzekeren.

Artikel 3.4a Whc

1. De Stichting Autoriteit Financiële Markten kan een beschikking openbaar maken omtrent het opleggen van een zelfstandige last, last onder dwangsom of bestuurlijke boete alsmede een toezegging door de overtreder dat een inbreuk of intracommunautaire inbreuk zal worden gestaakt.

2. De Stichting Autoriteit Financiële Markten maakt een voornemen tot openbaarmaking van een beschikking als bedoeld in het eerste lid van te voren bekend aan degene tot wie de beschikking is gericht. Dit geschiedt op hetzelfde moment als dat degene tot wie de beschikking is gericht in de gelegenheid wordt gesteld daarover zijn zienswijze uit te brengen.

3. De Stichting Autoriteit Financiële Markten maakt een beschikking als bedoeld in het eerste lid niet eigener beweging openbaar gedurende twee weken nadat het besluit op de in artikel 3:41 van de Algemene wet bestuursrecht voorgeschreven wijze bekend is gemaakt, tenzij degene tot wie de beschikking is gericht de

beschikking zelf heeft openbaar gemaakt, heeft doen openbaar maken of openbaarmaking met degene tot wie de beschikking is gericht is overeengekomen.

Artikel 8.8 Whc

Het is een handelaar als bedoeld in artikel 193a, eerste lid, onderdeel b, van Boek 6 van het Burgerlijk wetboek niet toegestaan oneerlijke handelspraktijken te verrichten als bedoeld in Afdeling 3A van Titel 3 van dat boek.

Burgerlijk Wetboek (BW)

Artikel 6:193b BW

1. Een handelaar handelt onrechtmatig jegens een consument indien hij een handelspraktijk verricht die oneerlijk is.

(...)

3. Een handelspraktijk is in het bijzonder oneerlijk indien een handelaar:

a. een misleidende handelspraktijk verricht als bedoeld in de artikelen 193c tot en met 193g, of

(...)

Artikel 6:193c BW

1. Een handelspraktijk is misleidend indien informatie wordt verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, al dan niet door de algemene presentatie van de informatie, zoals ten aanzien van:

(...)

b. de voornaamste kenmerken van het product, zoals beschikbaarheid, voordelen, risico's, uitvoering, samenstelling, accessoires, klantenservice en klachtenbehandeling, procédé en datum van fabricage of verrichting, levering, geschiktheid voor het gebruik, gebruiksmogelijkheden, hoeveelheid, specificatie, geografische of commerciële oorsprong, van het gebruik te verwachten resultaten, of de resultaten en wezenlijke kenmerken van op het product verrichte tests of controles;

(...)

waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

Artikel 6:193d BW

1. Een handelspraktijk is bovendien misleidend indien er sprake is van een misleidende omissie.

2. Een misleidende omissie is iedere handelspraktijk waarbij essentiële informatie welke de gemiddelde consument nodig heeft om een geïnformeerd besluit over een transactie te nemen, wordt weggelaten, waardoor de gemiddelde consument een besluit over een overeenkomst neemt of kan nemen, dat hij anders niet had genomen.

(...)

Algemene wet bestuursrecht (Awb)

Artikel 3:41 Awb

1. De bekendmaking van besluiten die tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, geschiedt door toezending of uitreiking aan hen, onder wie begrepen de aanvrager.

2. Indien de bekendmaking van het besluit niet kan geschieden op de wijze als voorzien in het eerste lid, geschiedt zij op een andere geschikte wijze.

Artikel 4:8 Awb

1. Voordat een bestuursorgaan een beschikking geeft waartegen een belanghebbende die de beschikking niet heeft aangevraagd naar verwachting bedenkingen zal hebben, stelt het die belanghebbende in de gelegenheid zijn zienswijze naar voren te brengen indien:

- a. de beschikking zou steunen op gegevens over feiten en belangen die de belanghebbende betreffen, en
- b. die gegevens niet door de belanghebbende zelf ter zake zijn verstrekt.

2. Het eerste lid geldt niet indien de belanghebbende niet heeft voldaan aan een wettelijke verplichting gegevens te verstrekken.

Artikel 4:9 Awb

Bij toepassing van de artikelen 4:7 en 4:8 kan de belanghebbende naar keuze schriftelijk of mondeling zijn zienswijze naar voren brengen.